

**POMOC PAŃSTWA – NIDERLANDY****Pomoc państwa SA.46470 (2017/C) (ex 2017/NN) – Domniemana pomoc państwa na rzecz Inter IKEA****Zaproszenie do zgłaszania uwag zgodnie z art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2018/C 121/04)

Pismem z dnia 7 grudnia 2017 r., zamieszczonym w autentycznej wersji językowej na stronach następujących po niniejszym streszczeniu, Komisja powiadomiła Niderlandy o swojej decyzji w sprawie wszczęcia postępowania określonego w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczącego wyżej wspomnianego środka pomocy.

Zainteresowane strony mogą zgłaszać uwagi na temat środka pomocy, w odniesieniu do którego Komisja wszczyni postępowanie, w terminie jednego miesiąca od daty publikacji niniejszego streszczenia i następującego po nim pisma. Uwagi należy kierować do Kancelarii ds. Pomocy Państwa w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej na następujący adres lub numer faksu:

European Commission,  
Directorate-General Competition  
State Aid Greffe  
1049 Bruxelles/Brussel  
BELGIQUE/BELGIË  
Faks: + 32 22961242  
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Otrzymane uwagi zostaną przekazane władzom niderlandzkim. Zainteresowane strony zgłaszające uwagi mogą wystąpić z odpowiednio uzasadnionym pisemnym wnioskiem o objęcie ich tożsamości klauzulą poufności.

**PROCEDURA**

W następstwie zarzutów opublikowanych w prasie, dotyczących praktyk unikania opodatkowania stosowanych przez grupę Inter IKEA („Inter IKEA”), pismem z dnia 7 kwietnia 2016 r. Komisja zwróciła się do władz niderlandzkich o informacje na temat interpretacji indywidualnych prawa podatkowego wydanych spółkom należącym do grupy Inter IKEA. W 2016 i 2017 r. zwrócono się o dodatkowe informacje i zostały one przekazane.

**OPIS ŚRODKÓW, W ODNIESIENIU DO KTÓRYCH KOMISJA WSZCZYNA POSTĘPOWANIE**

Niniejsze postępowanie wyjaśniające dotyczy dwóch uprzednich porozumień cenowych (APA) na korzyść spółki Inter IKEA Systems BV (spółka „Systems”) zawartych w 2006 i 2011 r. (odpowiednio „APA 2006” i „APA 2011”). Spółka „Systems”, będąca rezydentem Niderlandów, opracowała koncepcję franczyzy IKEA, która opiera się na pewnych prawach własności intelektualnej. Na podstawie umowy franczyzy spółka „Systems” udziela praw do korzystania z koncepcji franczyzy IKEA sklepom IKEA na całym świecie (tzn. osobom trzecim w stosunku do grupy Inter IKEA).

APA 2006 dotyczy okresu od 2006 do 2011 r. Porozumienie to umożliwia spółce „Systems” odliczanie od podstawy opodatkowania opłaty licencyjnej, jaką winna ona była ówczesnym właścicielom prawnym praw własności intelektualnej, którymi były dwie spółki holdingowe należące do grupy Inter IKEA z siedzibą w Luksemburgu (do 2009 r.) i na Arubie (w 2010 i 2011 r.).

Pod koniec 2011 r. spółka „Systems” nabyła prawa własności intelektualnej i w związku z tym przestała uiszczać opłatę licencyjną. Aby sfinansować nabycie tych praw, spółka „Systems” uzyskała pożyczkę od fundacji Inter IKEA z siedzibą w Liechtensteinie. APA 2011 dotyczy okresu następującego po nabyciu (tj. począwszy od 2012 r.). W porozumieniu tym zatwierdzono cenę nabycia praw własności intelektualnej oraz kwotę i warunki pożyczki udzielonej przed fundacją Inter IKEA w Liechtensteinie. Porozumienie umożliwiało także spółce „Systems” odliczenie od podstawy opodatkowania odsetek uiszczanych w związku z tą pożyczką. Zatwierdzono w nim również odliczanie rezerw związanych z ewentualnym wzrostem ceny nabycia, który ma zostać opłacony dopiero po grudniu 2023 r.

**OCENA ŚRODKÓW POMOCY**

Komisja uważa, że APA 2006 i APA 2011 mogą zapewniać selektywną korzyść grupie Inter IKEA, ponieważ umożliwiają spółce „Systems” stosowanie w transakcjach wewnątrz grupy cen transferowych, które nie przypominają cen, jakie naliczono by w warunkach pełnej konkurencji między niezależnymi przedsiębiorstwami negocjującymi w porównywalnych okolicznościach.

Komisja ma wątpliwości do wysokości opłaty licencyjnej ustalonej w APA 2006, ponieważ wydaje się ona zawyżona, czyli odbiegająca od wiarygodnego wyniku rynkowego w warunkach pełnej konkurencji. Komisja ma mianowicie wątpliwości, czy spółka „Systems” wykonywała rutynowe zadania, podejmowała niewielkie ryzyko i nie była właścicielem wartościowych aktywów, co założyły władze niderlandzkie przy obliczaniu kwoty opłaty licencyjnej. Wręcz przeciwnie Komisja uważa na obecnym etapie, że spółka „Systems” wносиła wyjątkowy i cenny wkład w działalność franczyzową IKEA.

Na tym etapie Komisja z kilku powodów kwestionuje także APA 2011. Po pierwsze cena uzgodniona za prawa własności intelektualnej może także nie odzwierciedlać zadań wykonywanych przez spółkę „Systems” ani aktywów będących jej własnością, a co za tym idzie ceny, jaką niezależne przedsiębiorstwa zgodziłyby się zapłacić za te prawa na rynku w porównywalnych okolicznościach i w warunkach pełnej konkurencji, co skutkuje nadmiernym zadłużeniem i nadmiernymi płatnościami odsetek. Po drugie Komisja ma także wątpliwości co do tego, czy warunki pożyczki przyznanej na nabycie praw własności intelektualnej, a także postanowienia związane z możliwym wzrostem ceny nabycia są zgodne z zasadą pełnej konkurencji i mającymi zastosowanie przepisami prawa niderlandzkiego.

Opłaty licencyjne i odsetki, które wydają się zawyżone, a zostały zatwierdzone odpowiednio w APA 2006 i APA 2011, a także postanowienia zawarte w APA 2011 prowadzą do tego, że znaczna część dochodu wygenerowanego przez spółkę „Systems” w Niderlandach pozostaje nieopodatkowana, a następnie zostaje przeniesiona do jurysdykcji o niskich stawkach podatkowych.

W związku z tym Komisja ma wątpliwości, czy APA 2006 i APA 2011 oraz ich realizacja w rocznych deklaracjach podatkowych nie stanowią pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE na rzecz Inter IKEA. Komisja nie widzi ponadto podstaw dla stwierdzenia zgodności takich ewentualnych środków z rynkiem wewnętrznym.

## TEKST PISMA

Met deze brief stelt de Commissie Nederland ervan in kennis dat zij, na onderzoek van de door uw autoriteiten met betrekking tot bovengenoemde maatregel verstrekte informatie, heeft besloten de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie („het Verdrag”) in te leiden.

## 1. DE PROCEDURE

- (1) Na berichten in de pers over praktijken van belastingontwijking door Inter IKEA Group („Inter IKEA”) en na de publicatie op 12 februari 2016 van het rapport van de fractie De Groenen/Vrije Europese Alliantie in het Europees Parlement heeft de Commissie Nederland bij brief van 7 april 2016 verzocht informatie te verschaffen over Advanced Tax Rulings („ATR's”) en Advanced Pricing Agreements („APA's”) die aan vennootschappen van Inter IKEA zijn afgegeven <sup>(1)</sup>.
- (2) Bij brief van 24 mei 2016 heeft Nederland op dat verzoek geantwoord en onder meer kopieën verschaft van APA's die de Nederlandse Belastingdienst aan Inter IKEA Systems BV („Systems”) had afgegeven op 9 maart 2006 („de APA van 2006”) en op 19 december 2011 („de APA van 2011”).
- (3) Bij brief van 19 augustus 2016 heeft de Commissie Nederland een nieuw informatieverzoek gezonden met verdere vragen over de APA van 2006 en de APA van 2011.
- (4) Bij brief van 17 november 2016 heeft Nederland op dat verzoek geantwoord en de gevraagde informatie over de APA's van 2006 en van 2011 verschaft.
- (5) Bij brief van 27 januari 2017 heeft de Commissie, op basis van haar voorlopige beoordeling van de door Nederland ingediende informatie, aangegeven te vrezen dat met de APA van 2006 en de APA van 2011 mogelijk methoden voor het vaststellen van de winst van Systems zijn goedgekeurd die geen betrouwbare benadering opleveren van een marktgebaseerde uitkomst die met het zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming is en dat daarmee bijgevolg mogelijk een selectief voordeel aan Systems is verleend. In diezelfde brief heeft de Commissie Nederland verzocht om verdere informatie met betrekking tot zijn brief van 17 november 2016 en om andere, aanvullende informatie <sup>(2)</sup>.
- (6) Bij brief van 15 mei 2017 heeft Nederland op het informatieverzoek van de Commissie van 27 januari 2017 geantwoord. Een deel van de gevraagde informatie is op 10 en 24 april 2017 door Nederland verschaft.
- (7) Op 26 juni 2017 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden tussen de diensten van de Commissie en vertegenwoordigers van de Nederlandse Belastingdienst.
- (8) Bij brief van 11 september 2017 heeft Nederland verdere informatie en toelichting verschaft met betrekking tot het informatieverzoek van de Commissie van 27 januari 2017.

## 2. INLEIDING

- (9) Dit besluit ziet op de APA van 2006 en de APA van 2011 die zijn afgesloten tussen de Nederlandse Belastingdienst en Systems, een vennootschap van Inter IKEA belast met het beheer van de franchiseactiviteiten van de „IKEA”-winkels (zie deel 3.1).
- (10) De APA van 2006 bepaalde indirect voor belastingdoeleinden de licentievergoeding die Systems betaalde aan een andere vennootschap van Inter IKEA met vestiging in Luxemburg, I.I. Holding SA („Holding”), voor een reeks eigendomsrechten (*proprietary rights*) die noodzakelijk zijn voor de exploitatie van de franchiseactiviteiten van IKEA (deel 4.1). Door die licentievergoeding werd een substantieel deel van de winst van Systems verschoven naar Holding en aldus werd de belastbare winst <sup>(3)</sup> van Systems verlaagd. Deze vergoeding werd vervolgens niet in Luxemburg belast omdat Holding was onderworpen aan een bijzondere vrijstellingsregeling voor holdingmaatschappijen, die eind 2010 afliep. In dit stadium heeft de Commissie twijfel of de in de APA van 2006 indirect bepaalde

<sup>(1)</sup> Die brief is gezonden onder referentie SA.37419 — Fiscale rulings — Nederland.

<sup>(2)</sup> Die brief is gezonden onder referentie SA.46470 — Mogelijke steun aan Inter IKEA — Nederland.

<sup>(3)</sup> In dit besluit dient „belastbare winst” te worden begrepen als de winst vóór belastingen.

licentievergoeding zakelijk was, en of de APA van 2006 dus voor de periode 2006-2011 resulteerde in een jaarlijks belastbare winst voor Systems die beantwoordt aan een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst die met het zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming is (zie deel 7.2.1).

- (11) In 2011 heeft Systems de betrokken eigendomsrechten verworven waardoor Systems geen licentievergoedingen meer verschuldigd is. De APA van 2006 is daardoor ook niet langer meer van toepassing. De APA van 2011 bepaalt dat de prijs die Systems voor de eigendomsrechten betaalt zakelijk is en dat de lening tussen Systems en andere groepsmaatschappijen die voor de verwerving van de eigendomsrechten is verstrekt onder zakelijke voorwaarden tot stand is gekomen waardoor de rente betaald op deze schuld niet in aftrek beperkt wordt. Door die renteaftrek wordt de belastbare winst van Systems in Nederland verlaagd (zie deel 4.2). In dit stadium heeft de Commissie twijfel of de in de APA van 2011 voor de eigendomsrechten overeengekomen prijs overeenstemt met een zakelijke prijs, en of de APA van 2011 dus vanaf 2012 resulteerde in een jaarlijks belastbare winst voor Systems die beantwoordt aan een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst die met het zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming is (zie deel 7.2.2).

### 3. FEITELIJKE EN JURIDISCHE ACHTERGROND

#### 3.1. De begunstigde van de omstreden maatregelen: Systems

- (12) IKEA is in 1943 in Zweden opgericht door de heer Ingvar Kamrad, aanvankelijk als een postorderbedrijf dat onder meer potloden en ansichtkaarten verkocht<sup>(4)</sup>. Met de jaren is het bedrijf uitgegroeid tot woonwarenhuizen waar aantrekkelijk vormgegeven zelfbouwmeubelen en woninginrichtingen worden verkocht tegen aantrekkelijke prijzen, met winkels in meerdere landen<sup>(5)</sup>.
- (13) Begin van de jaren tachtig besloot de heer Ingvar Kamrad om de exploitatie van de IKEA-activiteiten om te schakelen naar een franchisingmodel. Met het oog daarop werd besloten „de eigendom van de retailactiviteiten af te splitsen van het concept en het merk IKEA”<sup>(6)</sup>. Zodoende zijn de IKEA-activiteiten opgesplitst in twee groepen, INGKA (eigenaar van de meeste detailhandelszaken) en Inter IKEA. Volgens Nederland zijn Inter IKEA en INGKA twee afzonderlijke groepen zonder aandeelhoudersrelatie en met een afzonderlijk management<sup>(7)</sup>.
- (14) Inter IKEA is een groep vennootschappen die onder meer actief is in de ontwikkeling en franchising van unieke marketingsystemen voor de detailhandelsverkoop van meubelen, woninginrichting en verwante producten voor interieurdecoratie, alsmede aanverwante activiteiten zoals winkelrestaurants. Inter IKEA is eigenaar van de „IKEA-formule”, zijnde een reeks immateriële activa bestaande uit onder meer het IKEA-handelsmerk, het IKEA Franchise Concept<sup>(8)</sup> en knowhow die in franchise wordt uitgegeven aan IKEA-winkels over de hele wereld.
- (15) Inter IKEA is eigendom van Interogo Foundation, gevestigd in Liechtenstein en opgericht in 1989. Volgens de website van Inter IKEA is Interogo Foundation een *Unternehmensstiftung* naar Liechtensteins recht<sup>(9)</sup>.
- (16) In 2015 bedroegen de geconsolideerde inkomsten van Inter IKEA 3,7 miljard EUR, de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (ebitda) 998 miljoen EUR en de nettowinst 625 miljoen EUR. De geconsolideerde boekwaarde van de totale activa bedroeg 15,9 miljard EUR<sup>(10)</sup>.

<sup>(4)</sup> Zie <http://www.inter.ikea.com/en/about-us/milestones/>.

<sup>(5)</sup> Voor mijlpalen in de geschiedenis van IKEA, zie *ibid*.

<sup>(6)</sup> Zie <http://www.inter.ikea.com/en/about-us/milestones/> (eigen vert.).

<sup>(7)</sup> Zie de brief van Nederland van 24 mei 2016.

<sup>(8)</sup> Zie <http://inter.ikea.com/en/about-us/business-in-brief/>. Op de website wordt hiervan de volgende omschrijving gegeven: „[t]he IKEA Concept is the core asset of Inter IKEA Group and its franchising operation. The overall purpose of Inter IKEA Group is to secure continuous improvement, development, expansion and a long life of the IKEA Concept”.

<sup>(9)</sup> Zie <http://inter.ikea.com/en/about-us/Our-owner>. Naast de franchiseactiviteiten is Inter IKEA ook aanwezig in de sector investeringen. Sinds mei 2016 is Inter IKEA georganiseerd in twee afzonderlijke divisies. Inter IKEA Holding BV (Nederland) is de holdingmaatschappij van de franchisingdivisie van IKEA. Interogo Holding AG (Zwitserland) is de holdingmaatschappij van de investeringsactiviteiten. Beide holdingmaatschappijen zijn eigendom van Interogo Foundation (zie <http://inter.ikea.com/en/media/news/2015-inter-ikea-group-annual-report-published/>).

<sup>(10)</sup> Zie <http://inter.ikea.com/en/media/news/2015-inter-ikea-group-annual-report-published/>.

- (17) Systems is een vennootschap van de Inter IKEA-groep die in 1983 in Nederland is opgericht. Systems is de franchisenemer en de eigenaar van het IKEA Franchise Concept<sup>(11)</sup>. Volgens Nederland zijn de aandelen-Systems eigendom van een Nederlandse holdingmaatschappij, Inter IKEA Holding BV, die zelf eigendom is van een Luxemburgse holdingmaatschappij, Inter IKEA Holding SA („IIHSA”). De aandelen IIHSA worden gehouden door de Interogo Foundation<sup>(12)</sup>.
- (18) In november 2017 had Systems overeenkomsten met 11 onafhankelijke groepen franchisenemers in 49 landen, die 411 winkels exploiteerden, waarvan er 361 eigendom waren van de INGKA Group<sup>(13)</sup>. In de Europese Unie zijn er franchisenemers in 23 lidstaten<sup>(14)</sup>.
- (19) Systems is belast met het beheer van contractuele en zakelijke betrekkingen met de franchisenemers en zij initieert, coördineert en beheert het verrichten van diensten van andere gelieerde partijen en externe dienstverrichters, zoals productdesign en rangeselectie, levering en distributie, fabricage, en designdiensten voor het openen en herinrichten van winkels<sup>(15)</sup>. Haar belangrijkste bron van inkomsten is de franchisevergoeding die franchisenemers betalen, alsmede de inkomsten uit de verkoop van catalogi.
- (20) Systems is ook belast met het beheer, het onderhoud en de verbetering van het intellectuele eigendom met betrekking tot de franchiseactiviteiten, dat marketing- en onderzoeksactiviteiten omvat, maar ook het testen van producten en opleidingen<sup>(16)</sup>. Systems is eigenaar van het IKEA Concept Centre in Delft (Nederland). Het IKEA Concept Centre omvat een test-store die niet alleen een gewone IKEA-winkel is<sup>(17)</sup>, maar sinds 1992 ook functioneert als een pilot-store. Het IKEA Concept Centre omvat ook een opleidingscentrum voor bestaande en potentiële nieuwe franchisenemers (IKEA Business College)<sup>(18)</sup>. Ten slotte is Systems belast met het uitgeven en leveren van catalogi aan de franchisenemers<sup>(19)</sup>.
- (21) In 2015 had Systems in totaal 983 werknemers (voltijdequivalenten — vte's) in dienst, als volgt uitgesplitst: 226 vte's in dienst bij franchiseactiviteiten, 492 in het IKEA Concept Centre in Delft, en 265 in dienst voor activiteiten buiten Nederland<sup>(20)</sup>.

### 3.2. De exploitatie van de IKEA-activiteiten: 1983-2011

- (22) Toen de IKEA-activiteiten begin van de jaren tachtig werden opgesplitst in twee groepen, Inter IKEA en INGKA, droeg de heer Kamprad een groot aantal van de retailondernemingen over aan de INGKA Group, meer bepaald aan een Nederlandse stichting, de INGKA Foundation — die aan het hoofd staat van de INGKA Group — die momenteel eigenaar is van de meeste IKEA-winkels<sup>(21)</sup>. Terzelfder tijd werden de Proprietary Rights voor de IKEA-activiteiten die tot dan toe waren ontwikkeld — zoals handelsmerken, de IKEA-handelsnaam en het auteursrecht, alsmede

<sup>(11)</sup> Zie <http://inter.ikea.com/en/about-us/business-in-brief/>. Zie ook de brief van Nederland van 24 mei 2016. Volgens de website van Inter IKEA is het zo dat Systems, na de oprichting ervan „starts to conceptualise the IKEA business model into what is now the IKEA Concept” (<http://inter.ikea.com/en/about-us/milestones/>).

<sup>(12)</sup> Zie de brief van Nederland van 24 mei 2016. Na de reorganisatie van de vennootschap in 2016 is IIHSA van Luxemburg naar Zwitserland verhuisd en is haar naam veranderd in wat thans Interogo Holding AG is, die aan het hoofd staat van de investeringsactiviteiten van Interogo (zie voetnoot 55).

<sup>(13)</sup> Zie de website <http://franchisor.ikea.com/ikea-franchisees/>.

<sup>(14)</sup> Zie de website <http://franchisor.ikea.com/ikea-franchisees/>.

<sup>(15)</sup> Zie de beschrijving in het samen met de APA van 2006 verschaft verrekenningsrapport, punt 1.1.

Volgens de brief van Nederland van 15 mei 2017 (bijlage 1) worden bepaalde diensten door Systems uitbesteed aan andere Inter IKEA-dochterondernemingen (zoals juridische dienstverlening — o.a. bescherming van handelsnaam en handelsmerk —, architectonische dienstverlening en winkelontwerp) (zie, voor meer details, voetnoot 71). Andere functies zoals ontwerpen, bepalen en ontwikkelen van de IKEA-productrange, inkoop en beheer van de leveringsketen van de IKEA-productrange en de fabricage van bepaalde IKEA-producten zijn door Systems uitbesteed aan niet-gelieerde partijen die deel uitmaken van de INGKA Group (met name de entiteiten IKEA of Sweden AB en IKEA Supply AG). Op 31 augustus 2016 heeft Inter IKEA Group deze activiteiten overgenomen van de INGKA Group (zie Besluit van de Commissie van 13 juli 2016 betreffende zaak M.8047 — Inter Ikea Holding / Parts of INGKA Holding).

<sup>(16)</sup> Zie de beschrijving in het samen met de APA van 2006 verschaft verrekenningsrapport, punt 4.3.

<sup>(17)</sup> Met uitzondering van de IKEA-winkel in Delft, werken alle IKEA-winkels op grond van franchiseovereenkomsten met Systems (<http://inter.ikea.com/en/about-us/business-in-brief/>).

<sup>(18)</sup> Zie de brief van Nederland van 24 mei 2016. Zie ook <http://inter.ikea.com/en/about-us/milestones/> en <http://franchisor.ikea.com/a-home-for-the-ikea-concept/>.

<sup>(19)</sup> Zie de beschrijving in het samen met de APA van 2006 verschaft verrekenningsrapport, punt 4.1.2.

<sup>(20)</sup> Brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 1.

<sup>(21)</sup> Zie <http://www.inter.ikea.com/en/about-us/milestones/>. Dit besluit ziet niet op INGKA.

onderliggende knowhow of formules („de Rechten”)<sup>(22)</sup> — in 1983 overgedragen aan Inter IKEA, met name aan Holding<sup>(23)</sup>, een vennootschap onder de zeggenschap van de Interogo Foundation<sup>(24)</sup> en onderworpen aan de bijzondere Holding 1929-belastingregeling in Luxemburg<sup>(25)</sup>.

- (23) Terzelfder tijd sloot Holding op 1 juli 1983 met Systems een licentieovereenkomst („de licentieovereenkomst”), waarbij laatstgenoemde toestemming kreeg de Rechten te gebruiken om, tegen betaling van een licentievergoeding, het IKEA Franchise Concept te bedenken en ontwikkelen<sup>(26)</sup>. Het IKEA Franchise Concept is een reeks immateriële activa nodig om de IKEA-activiteiten onder het franchisemodel te kunnen exploiteren<sup>(27)</sup>. Het IKEA Franchise Concept is vervolgens door Systems in franchise uitgegeven aan in wezen alle internationale IKEA-winkels<sup>(28)</sup> (waarvan de meeste eigendom zijn van INGKA). Op grond van de franchiseovereenkomsten moeten de franchisenemers Systems een franchisevergoeding van 3 % van de netto-omzet van hun winkels<sup>(29)</sup> betalen in ruil voor het gebruik van het IKEA Franchise Concept<sup>(30)</sup>.
- (24) Op grond van de licentieovereenkomst heeft Holding aan Systems de licentie verleend voor het recht op het gebruik en de exploitatie van de Rechten door het selecteren en combineren van verschillende onderdelen ervan, en zodoende „een uniek marketing- en retailconcept te ontwikkelen [...] voor de verkoop van meubilair en inrichting” (het IKEA Franchise Concept), dat vervolgens door Systems in franchise wordt uitgegeven aan detailhandelaren<sup>(31)</sup>. Systems krijgt ook toestemming om de Rechten te laten registreren en zegt toe om deze rechten te beschermen, ook al blijft Holding de juridische eigenaar en *beneficial owner*<sup>(32)</sup>. De licentieovereenkomst is van toepassing in de landen genoemd in een bijlage bij de licentieovereenkomst en in andere, afzonderlijk tussen de partijen overeengekomen landen<sup>(33)</sup>.

<sup>(22)</sup> Zie de brief van Nederland van 24 mei 2016, voetnoot 4. Meer specifiek staan de Rechten, volgens de brief van Nederland van 15 mei 2017 (bijlage 1), „voor de volgende immateriële eigendomsrechten: (i) onderscheidende en herkenbare merken, handelsnamen, handelsmerken en domeinnamen, servicemerken, copyrights, logo's, emblemen en reclame en promotionele slogans (inclusief, zonder beperking, „IKEA”); (ii) bepaalde unieke handelskleding, inclusief winkelontwerp en lay-out, winkelinrichting en decor, restaurantontwerp en lay-out; en (iii) andere intellectuele eigendomsrechten inclusief, maar niet beperkt tot, de geheime IKEA-knowhow, patenten, ontwerpen, tekeningen, gebruiksmodellen, databases, foto's en computerprogramma's”.

<sup>(23)</sup> Voorheen IKEA Holding International SA. Zie de brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 1. „July 1, 1983: The founder of IKEA transferred the developed rights (possibly through a non-related entity), and outside the Netherlands, to the Luxembourgish IKEA Holding International SA”. Voorts is het volgens de op 1 juli 1983 door Holding en Systems gesloten licentieovereenkomst zo dat „[a]ll the material and territorial rights of Mr Kamprad to the IKEA trademarks have been transferred to IKEA Lux” (overweging 3).

<sup>(24)</sup> Zie het door Nederland met zijn brief van 24 mei 2016 verstrekte „Verslag behandeling”, blz. 4.

<sup>(25)</sup> De Holding 1929-regeling is goedgekeurd bij de Luxemburgse wet van 31 juli 1929. Onder deze regeling, die eind 2010 afliep, waren holdingmaatschappijen in Luxemburg niet onderworpen aan directe belastingen, zoals *impôt sur le revenu des collectivités* (vennootschapsbelasting), *impôt commercial communal* (gemeentelijke bedrijfsbelasting) en *taxe sur la valeur nette* (belasting op de nettowaarde). Bijgevolg was een vennootschap die onder de Holding 1929-regeling viel, in Luxemburg geen belasting verschuldigd over dividenden, rente en vermogenswinst. Evenmin was over de uitkering van dividenden, royalty's en rente enige bronbelasting verschuldigd (zie Beschikking 2006/940/EG van de Commissie van 19 juli 2006 betreffende steunmaatregel nr. C 3/2006 van Luxemburg ten behoeve van de 1929-holdings en de miljardairholdings (PB L 366 van 21.12.2006, blz. 47)).

<sup>(26)</sup> Zie de APA van 2006, punt 1.4, en de brief van Nederland van 15 mei 2017, antwoord op vraag A.6 in bijlage 2. Zie ook de overeenkomst van 30 augustus 2006 tussen Systems en Holding, de overwegingen b) en c).

<sup>(27)</sup> Het IKEA Franchise Concept wordt in de APA van 2006 beschreven als een „uniek marketing- en retailconcept ontwikkeld voor de verkoop van meubilair en (woning-)inrichting” (punt 1.4). Dezelfde of vergelijkbare definities van het IKEA Franchise Concept komen voor in de Licence Agreement (overweging 5) en de APA van 2011 (punt 1.7). Volgens Nederland (brief van 15 mei 2017, bijlage 1, en antwoord op vraag A.6 in bijlage 2) is het IKEA Franchise Concept „een uniek systeem voor de detailhandel dat in eigendom is van [Systems]. [...] [Het] bestaat uit een kenmerkende en unieke combinatie van designontwerp, interieur- en exterieuraccessoires, bedrijfssystemen en -methodes (inclusief systemen voor de verkoop van voedsel en dranken), bedrijfsstandaarden, reclame- en marketingtechnieken (inclusief de IKEA-catalogus en de IKEA-website), klantenclubs, digitale componenten en applicaties die de implementatie van detailhandelssystemen ondersteunen”.

<sup>(28)</sup> Volgens Nederland (brief van 15 mei 2017, bijlage 1) zijn, met uitzondering van een drietal warenhuizen, de IKEA-franchisenemers onafhankelijk van de Inter IKEA-groep. Ook de test-store in Delft (Nederland) is eigendom van Systems (<http://www.inter.ikea.com/en/about-us/business-in-brief/>) (zie punt (20)).

<sup>(29)</sup> Netto-omzet of nettoverkoppen zijn, uit boekhoudkundig standpunt, brutoverkoppen minus schadevergoedingen, betalingskortingen en teruggenomen goederen.

<sup>(30)</sup> Zie de APA van 2006, punt 3.1.

<sup>(31)</sup> Zie Licence Agreement, artikel I (eigen vert.). Zie ook Letter of Understanding ondertekend door Holding en Systems, in werking tredend vanaf 1 januari 1996.

Volgens de Licence Agreement is Systems „a company especially established with the objective of, in a more consistent and controlled manner, creating and franchising a unique marketing and retailing concept, THE IKEA FRANCHISING CONCEPT, for the sale of furniture and furnishings. The main objective of [Systems] is to acquire and systematize for such a concept essential components and to continuously administer and improve the IKEA FRANCHISE CONCEPT” (overweging 5). Systems zegt toe „to use THE IKEA PROPRIETARY RIGHTS in full compliance with the directives provided by [Systems] and not to conduct [...] business inconsistent with the unique characteristics, goodwill and reputation attached to THE IKEA PROPRIETARY RIGHTS” (overweging e). Onder de Licence Agreement is Systems ook gerechtigd om de IKEA-handelsmerken te exploiteren „by licensing third party producers and/or product range or similar companies to use the IKEA trademarks in direct connection with products distinguished by IKEA design and quality, provided, however, that these products are exclusively intended for marketing or retailing through IKEA units authorised thereto” (artikel III.a.).

<sup>(32)</sup> Zie Licence Agreement, clause II.b), Letter of Understanding van november 1998, punten 2 en 3, en de brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 1.

<sup>(33)</sup> Licence Agreement, clause III.b. en c. Nederland heeft geen exemplaar van Appendix B verschaft. In zijn brief van 15 mei 2017 heeft Nederland evenwel verklaard (antwoord op vraag A.7.i) dat de overeenkomst alleen voor bepaalde landen is gesloten en dat nieuwe landen niet onder de overeenkomst vallen tenzij uitdrukkelijk door de partijen overeengekomen.

- (25) Holding en Systems hebben verschillende Letters of Understanding en aanvullende overeenkomsten ondertekend om meerdere aspecten van de licentieovereenkomst aan te passen, aan te vullen en/of te verduidelijken („de Letters of Understanding”). De meest relevante zijn:
- (i) een Letter of Understanding die in werking treedt per 1 januari 1996 en waarmee de looptijd van de licentieovereenkomst verlengd wordt van drie naar vijf jaar (stilzwijgend verlengbaar);
  - (ii) een aanvullende overeenkomst van 15 november 1990 betreffende de oprichting en opening door Systems van de test-store in Delft in 1992;
  - (iii) een aanvullende overeenkomst van 30 augustus 2006 neemt in ogenschouw dat, ingeval van beëindiging van de licentieovereenkomst, Systems het recht krijgt om het IKEA Franchise Concept over te dragen aan Holding, in welk geval Holding een prijs betaalt die gelijk is aan de kosten die Systems moet maken om de franchiseactiviteiten te beëindigen;
  - (iv) de betaling van de licentievergoeding door Systems aan Holding is geregeld in een Letter of Understanding van 30 augustus 2006, in werking tredend per 1 januari 2006 („Licence Fee Letter”). Volgens deze License Fee Letter moet Systems aan Holding een vergoeding betalen die overeenstemt met 70 % van het „franchise-inkomen” van Systems<sup>(34)</sup>. De Licence Fee Letter omschrijft „franchise-inkomen” als „alle franchise- en licentievergoedingen verschuldigd aan [Systems], plus de IKEA Business College (IBC)-gelden, plus het netto catalogus-inkomen<sup>(35)</sup> en minus marketingsupport betaald aan franchisenemers”<sup>(36)</sup>. De vergoeding wordt om de vier maanden betaald<sup>(37)</sup>;
  - (v) een andere Letter of Understanding ondertekend op 30 augustus 2006, in werking tredend per 1 januari 2006, regelt de verdeling tussen Holding en Systems van een aantal „diverse” kosten en uitgaven die laatstgenoemde moet maken deels met betrekking tot de Rechten en deels met betrekking tot het IKEA Franchise Concept („Cost Split Letter”) <sup>(38)</sup>. Volgens de Cost Split Letter worden die kosten als volgt verdeeld: 40 % wordt geacht betrekking te hebben op het IKEA Franchise Concept en bijgevolg maakt Systems dit deel van de kosten voor eigen rekening<sup>(39)</sup>. De resterende 60 % van de kosten worden geacht te zijn gemaakt door Systems namens Holding en moeten dus om de vier maanden door Holding aan Systems worden terugbetaald<sup>(40)</sup>.
- (26) In zijn brief van 15 mei 2017 heeft Nederland toegelicht hoe de licentievergoeding dient te worden berekend en wat de verhouding is tussen de licentievergoeding en de verdeling van de kosten. Volgens Nederland „bedraagt de licentievergoeding 70 % [van Systems’ „franchise-inkomen”] na aftrek van kosten. Deze kosten worden gedefinieerd als 9 % van dezelfde basis als waarop de licentievergoeding wordt berekend. De bruto licentievergoeding bedraagt derhalve 79 % van de desbetreffende berekeningsgrondslag [het franchise-inkomen]. Naar de mededeling van [Systems] is vanaf 1996 afgesproken tussen partijen dat indien de werkelijke kosten hoger waren dan de begrote 9 % het meerdere tussen [Systems] en de licentieverstrekker zouden worden gedeeld”<sup>(41)</sup>.

<sup>(34)</sup> Zie Licence Fee Letter, punt I.a. Het „franchise-inkomen” wordt in andere documenten „franchiseopbrengsten” genoemd.

<sup>(35)</sup> „Nettocatalogusinkomen” wordt omschreven als „the balance between all income received by [Systems] for the sale of IKEA Catalogues and all costs [...] paid by [Systems] related to the IKEA Catalogues” (Licence Fee Letter, punt I.b).

<sup>(36)</sup> Zie Licence Fee Letter, punt I.a (eigen vert.).

<sup>(37)</sup> Op 31 mei, 30 september en 31 januari van elk jaar (Licence Fee Letter, punt I.a).

<sup>(38)</sup> Volgens de Cost Split Letter, punt II, omvatten deze kosten het volgende: 1) diensten ontvangen van Inter IKEA Holding Service SA, Belgium, voor juridische ondersteuning (legal support) met betrekking tot het IKEA Franchise Concept, met inbegrip van de IKEA-handelsmerken en ander intellectueel eigendom; 2) diensten ontvangen van Inter IKEA Systems Service AB, Inter IKEA Systems A/S en Inter IKEA Systems SA; 3) IKEA Franchise Concept-medewerkers in dienst bij Systems; 4) Franchise Concept-tests, met inbegrip van tests in de IKEA-winkel in Delft; 5) maintenance van IKEA-handelsmerken en andere intellectuele eigendomsrechten; 6) kosten van het IKEA Business College, o.a. opleidingscursussen; 7) vestiging groep in dienst bij of ingehuurd door Systems; en 8) kosten met betrekking tot externe dienstverleners.

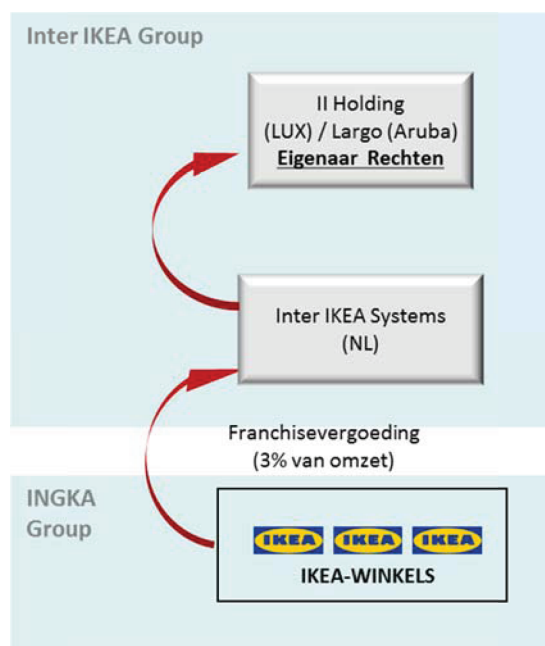
<sup>(39)</sup> Zie Cost Split Letter, punt III.

<sup>(40)</sup> Jaarlijks op dezelfde data als die waarop Systems de licentievergoeding aan Holding betaalt (Cost Split Letter, punt III).

<sup>(41)</sup> Brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 3.

- (27) Nederland heeft cijfergegevens verschaft waaruit blijkt dat, voor elk jaar in de periode 2006-2009, de door Systems namens Holding gemaakte kosten die door Holding aan Systems dienden te worden terugbetaald zijn berekend als 9 % van het franchise-inkomen <sup>(42)</sup>. Uit deze cijfergegevens blijkt voorts dat de (bruto)licentievergoeding die Systems aan Holding verschuldigd was, is bepaald als 79 % van het franchise-inkomen <sup>(43)</sup>. Bijgevolg was de daadwerkelijk door Systems aan Holding betaalde licentievergoeding het verschil tussen deze beide percentages: een nettobedrag van 70 % van het franchise-inkomen <sup>(44)</sup>.
- (28) In december 2009 zijn de Rechten en de rechten en plichten uit hoofde van de licentieovereenkomst overgedragen van Holding aan Largo Brands Corporation AVV, een op Aruba gevestigde dochteronderneming van Interogo Foundation <sup>(45)</sup> („Largo”) <sup>(46)</sup>. Daardoor volgde Largo vanaf die datum Holding op als licentiegever van de Rechten aan Systems. Nederland heeft de voorwaarden van deze overdracht niet verschaft <sup>(47)</sup>.
- (29) De transactie tussen Systems en Holding/Largo is het voorwerp van de APA van 2006.
- (30) De verschillende bij de hier beschreven transacties betrokken entiteiten zijn weergegeven in Figuur 1.

**Figuur 1 – Exploitatie IKEA-activiteiten tot en met 2011 volgens de APA van 2006**



<sup>(42)</sup> Zie de post „Kosten I.I. Holding SA” in Figuur 5 in punt (63).

<sup>(43)</sup> Zie de post „Licentievergoeding” in Figuur 5 in punt (63).

<sup>(44)</sup> Zie ook de brief van 17 november 2016, bijlage 2, antwoord op vraag B.(d)(iii), met onder meer de tabel met de nettobedragen die aan royalty's zijn betaald. Een en ander wordt voorts bevestigd door de cijfergegevens in de notulen van de bijeenkomsten tussen Systems en Largo op 20 oktober 2010 en 24 maart 2011, die door Nederland zijn verstrekt bij brief van 15 mei 2017, bijlage 3.

<sup>(45)</sup> Zie de brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 1.

<sup>(46)</sup> Brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 1. Zie ook de brief van Nederland van 24 mei 2016. Zie ook de brief van Largo aan Systems van 18 juni 2010, door Nederland verschaft op 10 april 2017. Volgens Nederland heeft Largo een vrijgestelde winstbelastingstatus in verband met haar charitatieve karakter (zie het door Nederland met zijn brief van 24 mei 2016 verstrekte „Verslag behandeling”).

<sup>(47)</sup> Brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 2, antwoord op vraag A(viii).



### 3.3. De exploitatie van de IKEA-activiteiten sinds 2011

- (31) Op 21 december 2011 hebben Interogo Foundation en Systems een Sale and Purchase Agreement („verkoop/aankoop-overeenkomst”) afgesloten<sup>(48)</sup>, waarbij Systems het *beneficial ownership* van de Rechten verwerft<sup>(49)</sup>. Volgens de verkoop/aankoop-overeenkomst bedroeg de waarde van de Rechten 9 miljard EUR. Nadat Systems de Rechten had verworven, is de licentieovereenkomst beëindigd.
- (32) De verwerving verliep via twee transacties. Enerzijds heeft Interogo in Systems 40 % van het *beneficial interest* in de Rechten ingebracht — hetgeen een bedrag van 3,6 miljard EUR vertegenwoordigt — als agioreserves<sup>(50)</sup>. Anderzijds heeft Interogo aan Systems de resterende 60 % van het *beneficial interest* in de Rechten ingebracht tegen een verkoopprijs van 5,4 miljard EUR („de verkoopprijs”) <sup>(51)</sup>. Beide transacties gingen in per 1 januari 2012<sup>(52)</sup>. De aankoopprijs werd omgezet in een lening („de lening”) die Interogo Foundation aan Systems toekende<sup>(53)</sup>. Bijgevolg had Systems een schuld aan Interogo Foundation ten belope van 5,4 miljard EUR<sup>(54)</sup>.
- (33) De voorwaarden van de lening zijn vastgelegd in een leningovereenkomst die Interogo Foundation en Systems op 21 december 2011 hebben gesloten („de leningovereenkomst”) <sup>(55)</sup>. Deze heeft een vaste jaarlijkse rente van 6 %, die op zakelijke voorwaarden zou zijn bepaald op basis van twee *quotation letters* van BNP Paribas en ING en de beoordeling van de Chief Financial Officer van Inter IKEA<sup>(56)</sup>. Volgens de voorwaarden van de leningovereenkomst gaat het om een aflossingsvrije lening met een looptijd van twaalf jaar<sup>(57)</sup>.
- (34) Volgens Nederland was de initiële waarde van 9 miljard EUR gebaseerd op de door de Rechten gegenereerde verwachte toekomstige kasstromen en de door het externe merkconsultancybureau Interbrand aan het merk „IKEA” toegekende waarde<sup>(58)</sup>. Nederland heeft een brief verschaft die de belastingadviseur op 8 november 2011 aan de Nederlandse Belastingdienst heeft gezonden, met daarin een door Inter IKEA gemaakte waardering van de Rechten, „grofweg bepaald op basis van een *discounted cash flow methode*”<sup>(59)</sup>.
- (35) De toepassing van de Discounted Cash Flow (DCF)-methode is voorgesteld in Figuur 2. De tabel heeft als titel „*Inter IKEA Systems BV (Franchisor of IKEA Retail Concept). Valuation of IP rights*” en bevat een berekening van hoge en lage schattingen van de disconteringsvoet en een inschatting van de kasstromen voor de jaren nà 2012. De waardering ligt tussen 8,6 miljard EUR en 12,8 miljard EUR.

<sup>(48)</sup> Door Nederland ingediend bij brief van 24 mei 2016.

<sup>(49)</sup> Het is de Commissie niet bekend hoe en wanneer de Rechten van Largo aan Interogo Foundation zijn overgedragen, noch tegen welke prijs die overdracht heeft plaatsgevonden.

<sup>(50)</sup> Zie verkoop/aankoop-overeenkomst, artikel 3.

<sup>(51)</sup> Zie verkoop/aankoop-overeenkomst, artikel 4.1.

<sup>(52)</sup> Zie verkoop/aankoop-overeenkomst, artikel 5.

<sup>(53)</sup> Zie verkoop/aankoop-overeenkomst, artikel 4.2.1.

<sup>(54)</sup> Volgens Nederland is de schuld uiteindelijk overgedragen aan Interogo Holding AG in Zwitserland (zie voetnoot 55).

<sup>(55)</sup> Zie verkoop/aankoop-overeenkomst, artikelen 4.2.1 en 4.2.2. Zie leningovereenkomst verschaft door Nederland bij brief van 11 september 2017. Volgens Nederland (brief van 11 september 2017) zijn de rechten van Interogo Foundation op grond van de leningovereenkomst overgedragen aan de Luxemburgse entiteit Interogo Finance SA. Interogo Finance SA is eind 2015 geliquideerd en haar activiteiten (met inbegrip van de aan de lening verbonden rechten) zijn overgedragen aan IIHSA in Luxemburg. De zetel van IIHSA is verplaatst van Luxemburg naar Zwitserland en de naam is veranderd is wat thans Interogo Holding AG is.

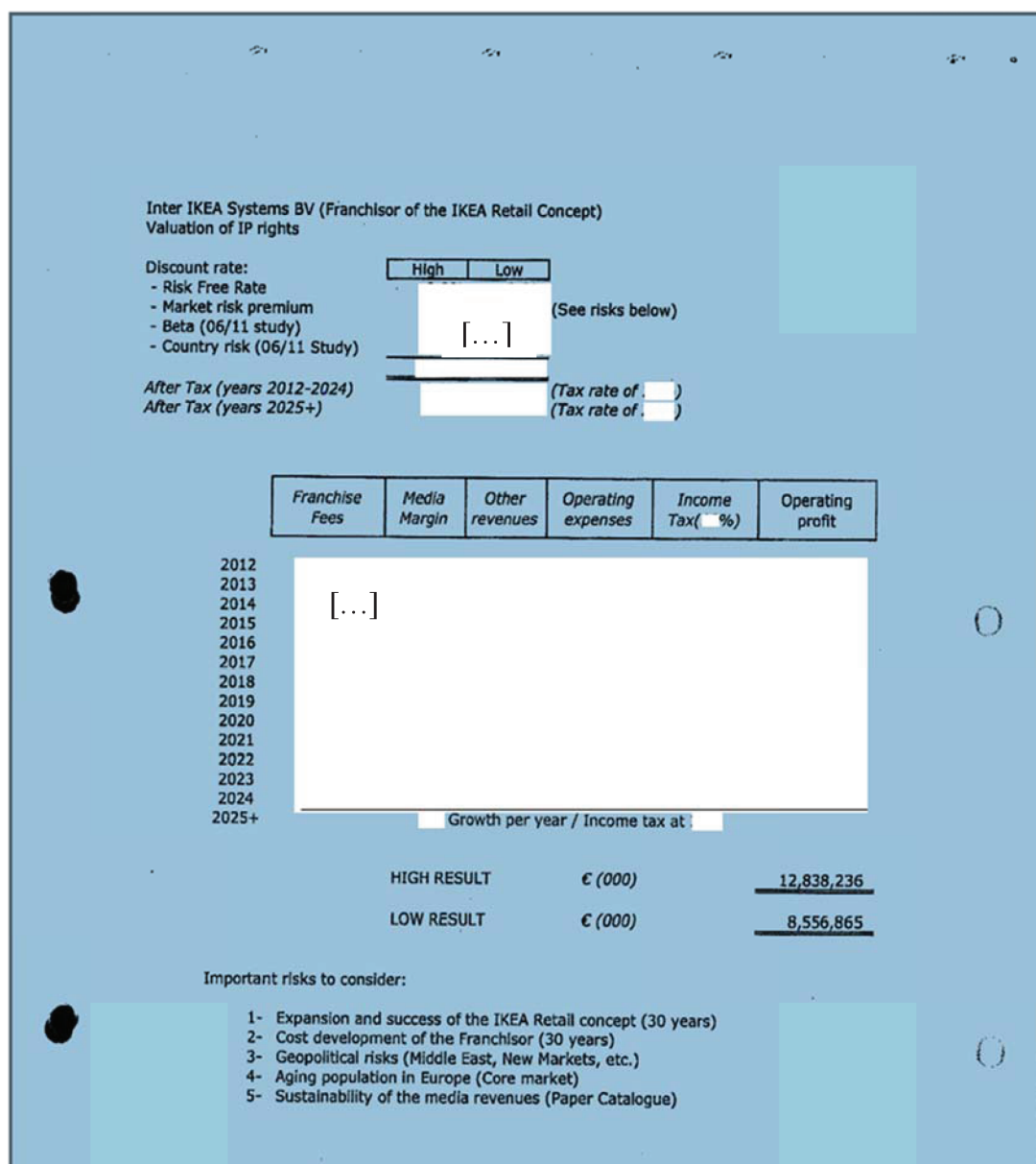
<sup>(56)</sup> De beide banken hebben IKEA een *quotation* gedaan voor een vastrentende lening over twaalf jaar van ongeveer 5 miljard EUR. In deze *quotation letters* is geen sprake van specifieke leningsvoorwaarden of enige financiële analyse.

<sup>(57)</sup> Zie leningovereenkomst, artikel 1.2.

<sup>(58)</sup> Zie het ten behoeve van de Commissie opgestelde „Verslag behandeling”, door Nederland verstrekt met zijn brief van 24 mei 2016.

<sup>(59)</sup> Brief van de belastingadviseur aan de Belastingdienst van 8 oktober 2011, door Nederland verstrekt met zijn brief van 24 mei 2016.

Figuur 2 – Discounted cash-flows voor de raming van de waarde van de Rechten



- (36) Nederland heeft, samen met de APA van 2011 en de verkoop/aankoop-overeenkomst, een tabel verstrekt met een waardering van het merk Ikea door Interbrand ([www.interbrand.com](http://www.interbrand.com)) die uitkomt op 12,5 miljard USD in 2010 <sup>(60)</sup>.
- (37) De verkoop/aankoop-overeenkomst bevat een prijsaanpassingsmechanisme <sup>(61)</sup> waarmee, indien op 31 december 2023 <sup>(62)</sup> de waarde in het economisch verkeer van de Rechten geen 9 miljard EUR bedraagt, het bedrag van de schuld aan Interogo Foundation op diezelfde datum (opwaarts of neerwaarts) wordt aangepast zodat het nog steeds 60 % vertegenwoordigt van de waarde in het economisch verkeer van de Rechten <sup>(63)</sup>. In de verkoop/aankoop-overeenkomst wordt geen methodiek vastgelegd voor het berekenen van de waarde in het economisch verkeer van de Rechten <sup>(64)</sup>[...].

<sup>(60)</sup> Informatie verstrekt door Nederland in zijn brief van 24 mei 2016.

<sup>(61)</sup> Zie verkoop/aankoop-overeenkomst, artikel 4.3.

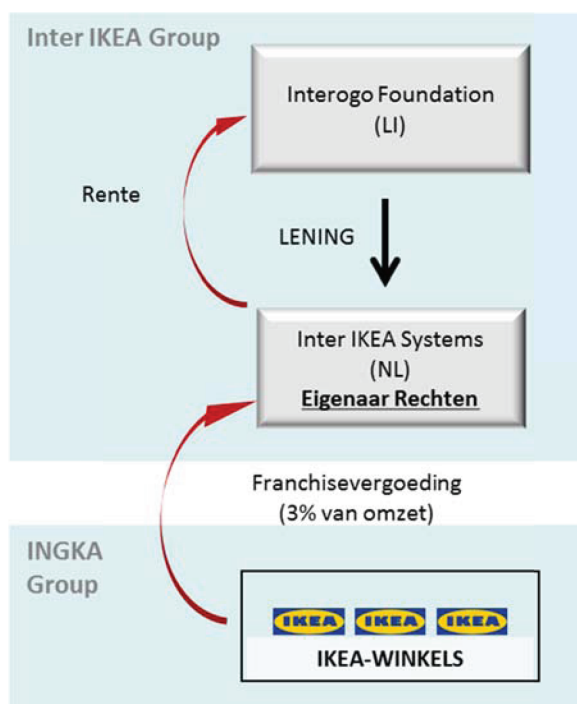
<sup>(62)</sup> Of, indien vroeger, de laatste dag van het jaar waarop de APA van 2011 afloopt of wordt beëindigd (verkoop/aankoop-overeenkomst, artikel 1).

<sup>(63)</sup> In een vergelijkbare aanpassing is voorzien voor de inbreng van de agioreserves van 3,6 miljard EUR (artikel 4.4).

<sup>(64)</sup> De waarde in het economisch verkeer moet door de partijen worden overeengekomen. Bij gebreke van een akkoord wordt de waarde bepaald door verrekenningspecialisten die door Systems worden aangesteld (zie verkoop/aankoop-overeenkomst, punt 4.3.2).

- (38) Het onderwerp van de tweede omstreden maatregel (de APA van 2011) is de verwerving van de Rechten door Systems.
- (39) De hier beschreven transacties worden voorgesteld in Figuur 3.

**Figuur 3 – Exploitatie IKEA-activiteiten sinds 2011 volgens de APA van 2011**



#### 4. DE OMSTREDEN MAATREGELEN

- (40) De omstreden maatregelen zijn de APA van 2006 en de APA van 2011. Een APA is een overeenkomst tussen een belastingdienst en een belastingplichtige die, vooraf en voor een vastgestelde periode, zekerheid geeft over een methode voor de vaststelling van een zakelijke beloning voor grensoverschrijdende transacties tussen organisaties die behoren tot dezelfde groep. Een APA wordt formeel ingeleid door een verzoek van een belastingplichtige.

##### 4.1. De APA van 2006

- (41) De titel van de APA van 2006 is „Vaststellingsovereenkomst APA”. Deze is op 9 maart 2006 gesloten tussen Systems en de Nederlandse Belastingdienst. Doel van de APA van 2006 is het bepalen van „de belastbare marge op de franchise-, catalogus- en service-activiteiten, alsmede de waarde van het IKEA FRANCHISE CONCEPT bij beëindiging van de licentieovereenkomst tussen [Systems] en [Holding]”<sup>(65)</sup>. De APA van 2006 geldt voor de periode van 1 januari 2006 tot en met 31 december 2010, met een automatische verlenging voor een aansluitende periode van vijf jaar mits de feiten en omstandigheden waarop deze is gebaseerd, niet wezenlijk zijn gewijzigd. Op 23 december 2010 heeft KPMG Meijburg & Co („de belastingadviseur”) een brief aan de Nederlandse Belastingdienst gezonden met het verzoek om een verlenging voor vijf jaar, omdat de feiten waarop de APA van 2006 was gebaseerd, „geen wezenlijke verandering hebben ondergaan” (sic). Dit verzoek is op 28 december 2010 door de Nederlandse Belastingdienst goedgekeurd<sup>(66)</sup>.

<sup>(65)</sup> Zie APA van 2006, punt 2.

<sup>(66)</sup> Brief van de belastingadviseur van 23 december 2010, door Nederland verstrekt met zijn brief van 24 mei 2016.

- (42) Volgens punt 1 van de APA van 2006 is deze gebaseerd op correspondentie tussen de partijen in de periode 2002-2005 en op een verrekenprijsrapport van 18 september 2005 <sup>(67)</sup>. In zijn brief van 24 mei 2016 heeft Nederland een exemplaar verstrekt van het door de belastingadviseur opgestelde verrekenprijsrapport van Systems („het verrekenprijsrapport”) dat dateert van september 2005 <sup>(68)</sup>. Voorts wordt in de APA van 2006 een reeks feiten en omstandigheden beschreven waarop de overeenkomst is gebaseerd en die als volgt kunnen worden samengevat:
- (i) Holding is de eigenaar van de Rechten en Systems heeft van Holding, op grond van de licentieovereenkomst, het recht verkregen om deze rechten te exploiteren.
  - (ii) Het IKEA Franchise Concept is ontwikkeld door Systems. System onderhoudt en verbetert het IKEA Franchise Concept en is onder meer verantwoordelijk voor de onderhandelingen over de franchise- en serviceovereenkomsten <sup>(69)</sup>.
  - (iii) Systems exploiteert de test-store in Delft <sup>(70)</sup>. Zij verleent voorts specifieke diensten aan de franchisenemers met betrekking tot het opstarten en herinrichten van winkels. Daartoe heeft Systems serviceovereenkomsten gesloten met andere Inter IKEA-vennootschappen. Sommige van deze diensten worden ingekocht door Systems en zonder enigerlei opslag doorberekend aan de franchisenemers <sup>(71)</sup>.
  - (iv) De risico's van Systems ter zake van de franchiseactiviteiten zijn beperkt tot een debiteurenrisico over 30 % van het franchise-inkomen, alsmede een koersrisico ten aanzien van ontvangen franchisevergoedingen in buitenlandse valuta <sup>(72)</sup>.

#### 4.1.1. Fiscale behandeling van Systems

- (43) Volgens de APA van 2006 is Systems ten volle gerechtigd tot de van de franchisenemers ontvangen franchise- en catalogusinkomsten die betrekking hebben op het IKEA Franchise Concept <sup>(73)</sup>.
- (44) In de APA van 2006 is bepaald dat de beloning voor de activiteiten van Systems als zakelijk kan worden beschouwd „indien zij een operationele marge <sup>(74)</sup> van 5 % van de franchise- en service-inkomsten behaalt” <sup>(75)</sup>. Voor zover de door Systems behaalde operationele marge meer bedraagt dan 5 % van de franchise- en service-inkomsten, zal het meerdere worden aangemerkt als een informele kapitaalstorting door Inter IKEA in Systems en dus niet worden belast <sup>(76)</sup>. In de tabel in punt 3.7 van de APA van 2006, die hierna wordt weergegeven als Figuur 4, wordt een en ander samengevat:

<sup>(67)</sup> Zie de APA van 2006, punt 1.2.

<sup>(68)</sup> Het verrekenprijsrapport is gelabeld „Draft for discussion purposes”. De Commissie neemt aan dat dit het rapport is waarop de APA van 2006 is gebaseerd. Nederland heeft nog een tweede versie van hetzelfde document verstrekt die 4 juni 2004 is gedateerd.

<sup>(69)</sup> Zie de APA van 2006, punt 1.4.

<sup>(70)</sup> Zie de APA van 2006, punt 1.5.

<sup>(71)</sup> Zie APA van 2006, punten 1.6 en 3.8. Volgens het verrekenprijsrapport (deel 3) en de door Nederland verstrekte overeenkomsten leveren andere groepsmaatschappijen de volgende diensten aan Systems: i) verhuring van gebouwen voor de pilot-store en kantoorruimte geleverd door Inter IKEA Systems Holding BV; ii) administratie- en marketingdiensten geleverd door Inter IKEA Systems SA, Belgium (overeenkomsten van 1 oktober 1993 en 1 januari 2010), met onder meer verkoopdiensten en marketingmethoden voor gebruik in de winkels, marketinganalyses, opleiding en informatie, onderhandelingen voor de aankoop en productie van de catalogus, IT-diensten, die Inter IKEA Systems SA doorbelast aan Systems op basis van een kostenopslag van 6 %; iii) project support-diensten door Inter IKEA Systems Service AB (Zweden), zoals winkelarchitectuur, winkelontwerp en vormgeving, alsmede range en levering van goederen, doorbelast op basis van een kostenopslag van 6 % (overeenkomsten van 1 september 1997, 1 januari 2010 en 1 september 2013); iv) diensten voor algemeen management door Inter IKEA Systems A/S, Denmark (overeenkomst van 31 juli 1986 en 1 oktober 1993), doorbelast op basis van een kostenopslag van 6 % tot de liquidatie van deze vennootschap in 2009; v) juridische ondersteuning met onder meer bescherming van handelsmerken door Inter IKEA Holding Services SA, Belgium (overeenkomst van 1 januari 1994); vi) treasury-diensten door Inter IKEA Treasury SA; en vii) inkoop van papier en ander printmateriaal door IFPM Ltd. Al deze diensten worden doorbelast aan Systems op basis van een kostenopslag van 6 %, behalve de huur van kantoorruimte, waarvoor Systems een huur van de vrije markt betaalt, en de inkoop van papier, die wordt doorbelast op basis van een kostenopslag van 5 %.

<sup>(72)</sup> Zie de APA van 2006, punt 1.7.

<sup>(73)</sup> Zie de APA van 2006, punt 3.1. De franchisevergoeding die franchisenemers betalen, bedraagt 3 % van de door hen behaalde netto-omzet, terwijl „[d]e catalogi naar bestelling [worden] afgerekend”.

<sup>(74)</sup> Operationele marge in de APA van 2006 dient te worden begrepen als de operationele winst.

<sup>(75)</sup> Zie punt 3.5. Beloning voor specifieke diensten aan franchisenemers is uitgesloten van deze zakelijke beloning. Deze diensten worden doorbelast tegen een vergoeding van een kostenopslag van 5 %. Voor zover andere servicevennootschappen worden ingeschakeld, worden de kosten van deze diensten zonder enige opslag doorberekend aan franchisenemers (zie de punten 3.8 en 1.6) (zie voetnoot 71).

<sup>(76)</sup> Zie de APA van 2006, punt 3.5. De informele kapitaalstorting is in wezen een eenzijdige neerwaartse verrekenprijsaanpassing van de geboekte operationele winst die in de belastingaangifte van de vennootschap wordt doorgevoerd.

**Figuur 4 – Overzicht van het bepaalde in punt 3.7 van de APA van 2006**

Stel:	Grondslag als bedoeld in punt 3.2.	100	
	Licentievergoeding	-/- 70	(70 % van de grondslag)
	Kosten II Holding SA	-/- x	(60 % van de kosten)
	Kosten IIS BV	-/- y	(40 % van de kosten)
	Winstbijdrage	-/- 5	(5 % van de grondslag)
	Informeel kapitaal	100-/-70-/-x-/-y-/-5	

- (45) De tabel laat zien hoe de informele kapitaalstorting, d.w.z. het deel van de operationele winst<sup>(77)</sup> van Systems dat niet zal worden belast, moet worden berekend. Met „Grondslag als bedoeld in punt 3.2.” wordt het „franchise-inkomen” in de zin van punt 3.2 van de APA van 2006 bedoeld („[f]ranchise-inkomen is gedefinieerd als franchise- en licentie-inkomsten, plus nettocatalogusinkomen minus marketingsupportbijdragen aan franchisenemers”). Volgens de tabel moet, om de informele kapitaalstorting te verkrijgen, de grondslag met de volgende kostenposten worden verminderd: i) „licentievergoeding” (70 % van het „franchise-inkomen”), ii) „kosten II Holding SA” (hiermee lijkt de 60 % van de diverse kosten te zijn bedoeld die aan Holding worden toegerekend), en iii) „kosten IIS BV” (hiermee lijkt de 40 % van de diverse kosten te zijn bedoeld die aan Systems worden toegerekend). Het daaruit resulterende bedrag wordt verlaagd met „winstbijdragen”, waarmee de operationele marge van Systems lijkt te worden bedoeld die wordt belast (5 % van het franchise-inkomen). Het eindbedrag is de informele kapitaalstorting, die niet wordt belast.
- (46) Volgens de APA van 2006 zal de licentieovereenkomst worden verlengd voor de duur van de APA. Ingeval van beëindiging van de licentieovereenkomst zal Systems de eigendom behouden van het IKEA Franchise Concept. Echter, zonder toegang tot de Rechten, „tendeert de waarde van het IKEA Franchise Concept”, volgens de APA van 2006, „naar nihil en zal [Systems] worden geconfronteerd met de kosten voor sluiting van de franchisedivisie”.

#### 4.1.2. Het verrekenprijsrapport

- (47) De APA van 2006 is gebaseerd op het verrekenprijsrapport. Doel van het verrekenprijsrapport is „na te gaan of de voorwaarden waaronder de verrekenprijzen voor de transacties tussen [Systems], gevestigd in Nederland, en buitenlandse groepsmaatschappijen, zijn aangegaan overeenkomen met het zakelijkheidsbeginsel, zoals gedefinieerd in de OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”<sup>(78)</sup>.
- (48) Het verrekenprijsrapport beschrijft de verschillende transacties tussen Systems en andere vennootschappen van Inter IKEA<sup>(79)</sup>. Volgens deel 3.2 is de daarin gemaakte analyse evenwel toegespitst op één transactie: de betaling van de licentievergoeding door Systems aan Holding<sup>(80)</sup>. In het verrekenprijsrapport is de aanname dat de overige transacties tussen groepsmaatschappijen zakelijk zijn<sup>(81)</sup>.

<sup>(77)</sup> Operationele winst is de winst gegenereerd met de kernactiviteiten van een onderneming vóór rente en belastingen.

<sup>(78)</sup> Verrekenprijsrapport, punt 1 (eigen vert.).

<sup>(79)</sup> Verrekenprijsrapport, punt 3.1.

<sup>(80)</sup> Verrekenprijsrapport, punt 3.2.

<sup>(81)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 3.2. Zie ook de brief van de belastingadviseur aan de Nederlandse Belastingdienst van 10 mei 2005. Voor een overzicht van andere transacties tussen groepsmaatschappijen, zie voetnoot 71.

- (49) Om een raming te kunnen maken van de licentievergoeding, bepaalt het verrekenprijsrapport de operationele winst die Systems, gezien de uitgeoefende functies, gelopen risico's en gebruikte activa, op de markt zou moeten maken. De door Systems geboekte operationele winst die boven dat bedrag uitkomt, dient vanuit verrekenprijs oogpunt indirect te worden beschouwd als de prijs van de licentievergoeding die aan Holding wordt betaald.

*Functionele analyse*

- (50) In het verrekenprijsrapport worden de functies van Systems onderverdeeld in enerzijds franchiseactiviteiten en anderzijds catalogusactiviteiten (*Catalogue Operations*). Franchiseactiviteiten worden verder onderverdeeld in onderhoud van het IKEA Franchise Concept (*IKEA Franchise Concept Maintenance*) en beheer van de franchisecontracten (*Franchise Contract Management*)<sup>(82)</sup>. Het onderhoud van het IKEA Franchise Concept bestaat uit marketingonderzoek en verbetering van het concept, testen en opleiden, en conceptdocumentatie<sup>(83)</sup>. De functie „beheer van de franchisecontracten” bestaat uit het onderhouden van relaties met klanten, communicatie, verkoopondersteuning, beheer van uitbestede diensten en algemeen beheer<sup>(84)</sup>. De functie „catalogusactiviteiten” bestaat uit de inkoop van materiaal, de productie van catalogi, kwaliteitscontrole, verkoopondersteuning en algemeen beheer<sup>(85)</sup>. Volgens het verrekenprijsrapport oefent geen andere onafhankelijke partij precies dezelfde bundel activiteiten uit<sup>(86)</sup>.
- (51) In termen van risicoanalyse onderscheidt het verrekenprijsrapport de volgende risico's: markrisico<sup>(87)</sup>, krediet- en invorderingsrisico, valutarisico, aansprakelijkheidsrisico en voorraadrisico<sup>(88)</sup>.
- (52) De functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” draagt volgens het verrekenprijsrapport geen risico. Alle risico's met betrekking tot het onderhoud en de verbetering van het IKEA Franchise Concept worden door de functie „beheer van de franchisecontracten” gedragen<sup>(89)</sup>. De functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” is noch eigenaar, noch gebruiker van relevante activa<sup>(90)</sup>.
- (53) Ten aanzien van de functie „beheer van de franchisecontracten” is het markrisico van Systems volgens het verrekenprijsrapport beperkt omdat Systems slechts 30 % van de franchisevergoedingen behoudt<sup>(91)</sup>. Volgens het verrekenprijsrapport is een daling van de franchisevergoedingen ook weinig waarschijnlijk gelet op het hoge aantal potentiële nieuwe franchisenemers. Het risico dat uitgaat van nieuwe concurrenten die toetreden tot de markt is beperkt door de hoge toegangsdrempels<sup>(92)</sup>. Het krediet- en invorderingsrisico is volgens het verrekenprijsrapport beperkt tot 30 % van de franchisevergoedingen, omdat betalingen van licentievergoedingen afhankelijk zijn gesteld van de daadwerkelijke ontvangst van franchisebetalingen op kasbasis<sup>(93)</sup>. Ook het valutarisico is zeer beperkt omdat Systems die contante middelen onmiddellijk in euro omzet bij ontvangst van in vreemde valuta luidende contante middelen. Ten slotte zouden de beperkte aansprakelijkheidsrisico's blijken uit het feit dat er in het verleden nooit claims met betrekking tot de franchisecontracten zijn geweest en het feit dat daartegen een verzekering is afgesloten<sup>(94)</sup>. Ten aanzien van de activa in eigendom en in gebruik wordt in het verrekenprijsrapport geconcludeerd dat de immateriële activa waar Systems met betrekking tot deze activiteit eigenaar van is, een waarde van bijna nul hebben. De reden daarvoor is dat het IKEA Franchise Concept niet kan worden gebruikt en geen waarde heeft zonder de componenten van de Rechten, die eigendom zijn van Holding<sup>(95)</sup>.

<sup>(82)</sup> Verrekenprijsrapport, punt 4.1.

<sup>(83)</sup> Verrekenprijsrapport, punt 4.3.1.

<sup>(84)</sup> Verrekenprijsrapport, punt 4.2.1.

<sup>(85)</sup> Verrekenprijsrapport, punt 4.4.1.

<sup>(86)</sup> Verrekenprijsrapport, punt 4.1.3.2.

<sup>(87)</sup> Markrisico omvat factoren zoals productprijrisico's, het risico dat andere concurrenten de markt betreden, productverouderingsrisico.

<sup>(88)</sup> Verrekenprijsrapport, punten 4.2.2. en 4.4.2.2.

<sup>(89)</sup> Zoals echter in punt (53) uiteengezet, draagt de functie „beheer van de franchisecontracten” slechts beperkte risico's.

<sup>(90)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punten 4.3.2. en 4.3.3.

<sup>(91)</sup> Volgens het verrekenprijsrapport: „[...] *Since the license payment is based on the franchise income, [Systems] only bears 30 % of the risk with respect to the income flow*”.

<sup>(92)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.2.2.1.

<sup>(93)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.2.2.2.

<sup>(94)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punten 4.2.2.3 en 4.2.2.4.

<sup>(95)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.2.3.

- (54) Wat ten slotte de functie „catalogusactiviteiten” betreft, zijn de marktrisico’s volgens het verrekenprijsrapport beperkt: [75-95]% van de inkomsten ligt contractueel vast omdat de franchisenemers verplicht zijn de jaarlijkse IKEA-catalogus af te nemen. De prijzen van de catalogus worden vastgesteld door de functie „beheer van de franchisecontracten” en er is geen risico op veroudering omdat de levensduur van een catalogus maar één jaar is<sup>(96)</sup>. Ook voorraadrisico’s zijn zeer beperkt omdat catalogi franchisenemers worden toegezonden zodra die klaar zijn en de risico’s contractueel worden verschoven naar de papierleverancier en de drukker<sup>(97)</sup>. Krediet- en invorderingsrisico’s, maar ook aansprakelijkheidsrisico’s zijn zeer beperkt<sup>(98)</sup>. Wat activa betreft, gebruikt de functie „catalogusactiviteiten” alleen de Rechten waarvoor een vergoeding aan Holding is betaald<sup>(99)</sup>.
- (55) De conclusie van het verrekenprijsrapport is dat Holding alle belangrijke risico’s draagt met betrekking tot de hier te onderzoeken transactie<sup>(100)</sup> en dat de verschillende functies van Systems (de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept”, de functie „beheer van de franchisecontracten” en de functie „catalogusactiviteiten”) geen unieke en waardevolle bijdrage toevoegen aan de hier te onderzoeken transactie.

*Keuze van de verrekenprijsmethode en conclusie*

- (56) Volgens het verrekenprijsrapport kunnen de zogenaamde traditionele verrekenprijsmethoden (de Comparable Uncontrolled Price-methode, de Resale Price-methode en de Cost-Plus-methode)<sup>(101)</sup> niet worden toegepast om na te gaan of de prijs van de licentievergoeding in overeenstemming is met het zakelijkheidsbeginsel. Volgens het verrekenprijsrapport kon de Comparable Uncontrolled Price-methode niet worden gebruikt, omdat er geen afdoende informatie beschikbaar was om andere franchiseondernemingen te identificeren of te analyseren die op een met Systems vergelijkbare manier functioneren. Evenmin heeft Inter IKEA een contract met vennootschappen of entiteiten om activiteiten uit te voeren die identiek zijn aan die van Systems. De Resale Price-methode is afgewezen omdat het in de beschikbare databases aan vergelijkbare gegevens ontbreekt wegens de uiteenlopende boekhoudnormen in Europa, waardoor gegevens over de brutomarge niet steeds vergelijkbaar zijn. De Cost-Plus-methode werd evenmin als geschikt beschouwd omdat deze methode gebruikmaakt van brutomarges (en er dus geen vergelijkingsgegevens beschikbaar zijn) en zij doorgaans wordt toegepast op serviceactiviteiten, routinematige productieassemblage of de productie van goederen die worden verkocht aan gelieerde partijen.
- (57) Wat betreft de indirecte methoden, d.w.z. de Profit-Split-methode en de Transactional-Net-Margin-methode („TNMM”), werd de Profit-Split-methode niet geschikt bevonden omdat deze methode wordt gebruikt in situaties waarin beide partijen eigenaar zijn van belangrijke immateriële activa. In die zin is het volgens het verrekenprijsrapport in het onderhavige geval zo dat „[Systems] [...] geen immaterieel activum bijdraagt aan de [...] Groepsactiviteiten, aangezien deze alle (uiteindelijk) eigendom zijn van [Holding]”<sup>(102)</sup>.
- (58) Daarom gebruikt het verrekenprijsrapport de TNMM om voor elk van de drie door Systems uitgeoefende functies het passende peil van de operationele winst te bepalen<sup>(103)</sup>. Wat de functie „beheer van de franchisecontracten” betreft, toetst het verrekenprijsrapport haar „operationele marge”<sup>(104)</sup> aan die van onafhankelijke vergelijkbare vennootschappen aangezien deze functie beperkte risico’s draagt en diensten voor verkoopondersteuning verricht. Wat de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” en de functie „catalogusactiviteiten” betreft, toetst het verrekenprijsrapport de Net Cost Plus Mark-Up van deze functies<sup>(105)</sup> aan die van onafhankelijke vergelijkbare vennootschappen aangezien deze functies routinematige diensten verrichten en nagenoeg geen risico’s dragen<sup>(106)</sup>.
- (59) Het verrekenprijsrapport presenteert de resultaten (d.w.z. de operationele marge of de Net Cost Mark-Up) van vergelijkbare vennootschappen op percentielbasis volgens „interkwartielranges”. Door de TNMM toe passen op de reeks vergelijkbare vennootschappen die voor elk van de functies kon worden gevonden, bevestigt het verrekenprijsrapport het zakelijke karakter van de operationele winst van de drie functies zolang de getoetste partij voor elk van de functies tussen het 25<sup>e</sup> en 75<sup>e</sup> percentiel opereert<sup>(107)</sup>.

<sup>(96)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.4.2.1.

<sup>(97)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.4.2.2.

<sup>(98)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punten 4.4.2.4 en 4.4.2.5.

<sup>(99)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.4.3.

<sup>(100)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.6.2.

<sup>(101)</sup> Zie punt (81) voor een toelichting over de verschillende verrekenprijsmethoden.

<sup>(102)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 5.5 (eigen vert.).

<sup>(103)</sup> Voor een toelichting over de TNMM-methode, zie de punten (82) e.v.

<sup>(104)</sup> De operationele marge in het kader van de toepassing van de TNMM is de winstniveau-indicator bestaande uit de verhouding tussen operationele winst en de verkopen. Zie verrekenprijsrapport, punt 6.2.1.

<sup>(105)</sup> De Net Plus Mark-Up (ook wel Mark Up On Total Costs (MOTC) genoemd) is de verhouding tussen operationele winst en totale operationele kosten. Zie verrekenprijsrapport, punt 6.3.1.

<sup>(106)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 5.6.

<sup>(107)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punten 6 en 7.

4.1.3. *Addenda bij de APA van 2006 en de overdracht van de Rechten aan Largo Brands Corporation*

- (60) De beide addenda bij de APA van 2006 zijn na 2006 ondertekend. In 2007 is een addendum ondertekend waarmee bepaalde intellectuele-eigendomsrechten met betrekking tot logistieke activiteiten zijn opgenomen<sup>(108)</sup>.
- (61) Op 11 mei hebben Systems en de Nederlandse Belastingdienst een addendum bij de APA van 2006 ondertekend waardoor Largo met betrekking tot de bepalingen van de APA van 2006 Holding opvolgt.

4.1.4. *Tenuitvoerlegging van de APA van 2006*

- (62) In Tabel 1 worden Systems inkomsten, haar belastbare winst en de verschuldigde vennootschapsbelasting weergegeven zoals vermeld in de door Nederland verstrekte belastingaangiften van Systems voor de jaren waarop de APA van 2006 zag (periode 2006-2011)<sup>(109)</sup>:

Tabel 1

**Inkomsten, belastbare winst en verschuldigde belasting Systems over de periode 2006-2011, volgens belastingaangiften**

Bedragen in EUR	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Inkomsten	940 532 000	1 038 586 000	1 094 920 000	1 089 669 532	1 150 987 105	1 171 724 000
Belastbare winst	32 315 410	35 012 602	31 085 022	46 040 901	51 237 306	51 100 088
Verschuldigde belasting	9 564 431	8 926 138	7 911 555	11 729 429	13 054 512	12 765 021

- (63) Op verzoek van de Commissie heeft Nederland de in Figuur 5 weergegeven tabel verstrekt<sup>(110)</sup>, die de berekening geeft van de belastbare winst en het informele kapitaal voor elk van de jaren die door de APA van 2006 worden bestreken.

<sup>(108)</sup> Bij brief van 3 augustus 2006 (door Nederland ingediend bij brief van 24 mei 2016) heeft de belastingadviseur de Nederlandse Belastingdienst meegedeeld dat Inter IKEA werkte aan de ontwikkeling van een „pallet” (laadbord) met intellectuele-eigendomsrechten met betrekking tot logistieke activiteiten. In 2007 hebben Systems en de Nederlandse Belastingdienst een addendum bij de APA van 2006 ondertekend (Nederland heeft twee addenda verstrekt — één ondertekend op 14 november 2007 en een tweede ondertekend op 14 november 2006 en 29 maart 2007 — met in wezen dezelfde inhoud) dat betrekking heeft op de marge van de „palletactiviteiten” en op de waarde van het logistieke concept voor de beëindiging van de licentieovereenkomst (punt 2). Volgens dat addendum zijn de bepalingen van de APA van 2006 van toepassing op de palletinkomsten en -kosten. Holding is ook eigenaar van alle rechten met betrekking tot de „pallet” en Systems heeft op grond van de licentieovereenkomst en Letters of Understanding het recht verleend gekregen om de Rechten te exploiteren voor het creëren van een logistiek concept dat op grond van overeenkomsten aan externe partijen beschikbaar zal worden gesteld. Zodoende zullen de palletinkomsten worden behandeld als franchise-inkomsten en zullen palletkosten worden toegerekend aan Systems en Holding volgens de methodiek die in de APA van 2006 is bepaald (zie addendum, punten 3.10 en 3.11). Deze addenda laten de vergoeding voor de licentie ongewijzigd.

<sup>(109)</sup> Belastingaangiften verstrekt door Nederland in zijn brief van 24 mei 2016.

<sup>(110)</sup> Brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 2.



Figuur 5 – Posten van punt 3.7 van de APA van 2006 volgens Nederland (bedragen in EUR)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Grondslag (*)	[500.000.000-600.000.000]	[600.000.000-700.000.000]	[700.000.000-800.000.000]	[700.000.000-800.000.000]	[700.000.000-800.000.000]	[700.000.000-800.000.000]
Licentievergoeding	[400.000.000-500.000.000]	[500.000.000-600.000.000]	[500.000.000-600.000.000]	[500.000.000-600.000.000]	[600.000.000-700.000.000]	[600.000.000-700.000.000]
Totale kosten (**)	[80.000.000-90.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[80.000.000-90.000.000]
Kosten I.I. Holding SA (***)	[50.000.000-60.000.000]	[50.000.000-60.000.000]	[60.000.000-70.000.000]	[60.000.000-70.000.000]	[70.000.000-80.000.000]	[70.000.000-80.000.000]
Informeel kapitaal	[60.000.000-70.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[90.000.000-100.000.000]	[90.000.000-100.000.000]	[100.000.000-110.000.000]	[110.000.000-120.000.000]
Winstbijdrage	[20.000.000-30.000.000]	[30.000.000-40.000.000]	[30.000.000-40.000.000]	[30.000.000-40.000.000]	[30.000.000-40.000.000]	[30.000.000-40.000.000]
Overig resultaat (****)	[1.000.000-10.000.000]	[1.000.000-10.000.000]	-[10.000.000-0],	[1.000.000-10.000.000]	[10.000.000-20.000.000]	[10.000.000-20.000.000]
Belastbare winst	[30.000.000-40.000.000]	[30.000.000-40.000.000]	[30.000.000-40.000.000]	[40.000.000-50.000.000]	[50.000.000-60.000.000]	[50.000.000-60.000.000]

(64) Volgens de tabel wordt de „Grondslag” verminderd met de „Licentievergoeding” (die overeenstemt met 79 % van de „Grondslag”) en het verschil tussen de „Totale kosten”, d.w.z. alle kosten betaald door Systems, en de „Kosten I.I. Holding SA”, d.w.z. de „diverse kosten die deels betrekking hebben op IKEA PROPRIETARY RIGHTS en deels op het IKEA FRANCHISE CONCEPT”, die worden toegerekend aan Holding en die met precies 9 % van de „Grondslag” overeenstemmen. Het daaruit resulterende bedrag wordt vervolgens verlaagd met het informele kapitaal om de belastbare winst te verkrijgen.

(65) Nederland heeft, op verzoek van de Commissie, ook de in Figuur 6 weergegeven tabel verstrekt<sup>(111)</sup>, die laat zien hoe de „Grondslag” in de bovenstaande tabel is berekend voor elk jaar waarop de APA van 2006 ziet, volgens de definitie van „franchise-inkomen” in de APA van 2006<sup>(112)</sup>.

(\*) Betreft het saldo van berekende franchise fees, catalogusinkomen, marketingsupport en overig inkomen.

(\*\*) Dit zijn de totale kosten die door Systems betaald zijn. Hier zitten dus ook de kosten in begrepen die voor I.I. Holding SA betaald zijn maar nog verrekend moeten worden. [...]

(\*\*\*) Betreft de met I.I. Holding SA verrekende kosten, saldering met de totale kosten (kolom erboven) geeft de kosten voor Systems.

(\*\*\*\*) Hoofdzakelijk ziet dit op het resultaat van de conceptstore te Delft in Nederland.

<sup>(111)</sup> Brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 3.

<sup>(112)</sup> „Franchise-inkomen is gedefinieerd als franchise- en licentie-inkomsten, plus nettocatalogusinkomen minus marketingsupportbijdragen aan franchisenemers” (zie APA van 2006, punt 3.2, — punt (43)).

**Figuur 6 – Berekening „Grondslag” (franchise-inkomen) volgens Nederland (bedragen in EUR)**

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Inkomen franchisevergoeding	[500.000.000-600.000.000]	[600.000.000-700.000.000]	[600.000.000-700.000.000]	[600.000.000-700.000.000]	[700.000.000-800.000.000]	[700.000.000-800.000.000]
Nettocatalogus-inkomen	[70.000.000-80.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[80.000.000-90.000.000]	[40.000.000-50.000.000]
Marketingsupport	-[30.000.000-40.000.000]	-[40.000.000-50.000.000]	-[50.000.000-60.000.000]	-[50.000.000-60.000.000]	-[60.000.000-70.000.000]	-[50.000.000-60.000.000]
Overige inkomsten	[1.000.000-10.000.000]	[1.000.000-10.000.000]	[1.000.000-10.000.000]	[1.000.000-10.000.000]	[900.000-1.000.000]	[800.000-900.000]
<b>Grondslag</b>	<b>[500.000.000-600.000.000]</b>	<b>[600.000.000-700.000.000]</b>	<b>[700.000.000-800.000.000]</b>	<b>[700.000.000-800.000.000]</b>	<b>[700.000.000-800.000.000]</b>	<b>[700.000.000-800.000.000]</b>

#### 4.2. De APA van 2011

- (66) De titel van de APA van 2011 is „Vaststellingsovereenkomst APA”. Deze is op 19 december 2011 gesloten tussen Systems en de Nederlandse Belastingdienst. De APA van 2011 heeft „betrekking op het at arm’s length karakter van de waarde van de IKEA PROPRIETARY RIGHTS op het moment van verwerving van deze rechten door [Systems]”<sup>(113)</sup>. Voor de APA van 2011 geldt 1 januari 2012 als ingangsdatum en zij geldt voor een periode van twaalf jaar (d.w.z. tot en met 31 december 2023)<sup>(114)</sup>.
- (67) De APA van 2011 is gebaseerd op de aanname dat Systems de Rechten zal verwerven voor een initieel bedrag van 9 miljard EUR<sup>(115)</sup>. Als gevolg daarvan zal Systems, na de verwerving, de juridische en de economische eigendom hebben van zowel de Rechten als het IKEA Franchise Concept<sup>(116)</sup> en zal zij dus andere partijen geen vergoeding verschuldigd zijn voor het gebruik van de Rechten<sup>(117)</sup>. De APA van 2011 bepaalt ook dat over de lening „een zakelijke rente [is] verschuldigd, die bij aanvang wordt vastgesteld op een vast percentage van de hoofdsom”<sup>(118)</sup>.
- (68) Met betrekking tot het in punt (37) beschreven prijsaanpassingsmechanisme is in de APA van 2011 bepaald dat dit — in geval van een waardestijging van de Rechten — aanleiding kan geven tot een nabetalingsverplichting, die is toe te schrijven aan en wordt opgebouwd in eerdere jaren<sup>(119)</sup>. Daarom mag Systems volgens de APA van 2011 een fiscale voorziening vormen voor de rente op toekomstige nabetalingsverplichtingen. De fiscale voorzieningen worden verantwoord op grond van het feit dat, ook al zullen deze mogelijke verplichtingen pas op 31 december 2013 materialiseren, „het risico en de mogelijke aangroei van de verplichting zijn oorsprong vindt in eerdere jaren”<sup>(120)</sup>.

<sup>(113)</sup> Zie APA van 2011, punt 2.

<sup>(114)</sup> Zie APA van 2011, punt 15.

<sup>(115)</sup> Zie de APA van 2011, punt 1.2.

<sup>(116)</sup> Zie APA van 2011, punten 1.6 en 1.7.

<sup>(117)</sup> Zie APA van 2011, punt 1.9.

<sup>(118)</sup> Zie APA van 2011, punt 1.13.

<sup>(119)</sup> Zie de APA van 2011, punt 1.15. Financiering voor nabetalingsverplichtingen zal worden verstrekt door dezelfde entiteit die de initiële prijs financiert en zal beperkt blijven tot 60 % van de prijsaanpassing (punt 1.15).

<sup>(120)</sup> Zie de APA van 2011, punt 1.16.

## 4.2.1. Fiscale behandeling van Systems

- (69) De APA van 2011 bepaalt dat Systems de Rechten gedurende de looptijd van de APA niet zal afschrijven<sup>(121)</sup>. Voorts is bepaald dat de over de lening verschuldigde rente (met inachtneming van de in de verkoop/aankoop-overeenkomst bepaalde verhouding 60 % vreemd vermogen en 40 % eigen vermogen) als zakelijk wordt beschouwd en niet in aftrek wordt beperkt omdat geen renteaftrekbepalingen van toepassing zijn<sup>(122)</sup>.
- (70) Voor wat betreft het prijsaanpassingsmechanisme zullen ook de gevormde voorzieningen in aftrek komen<sup>(123)</sup>. In de APA van 2011 wordt niet uitgelegd hoe deze voorzieningen worden berekend.

## 4.2.2. Tenuitvoerlegging van de APA van 2011

- (71) Vanaf 2012 werden de verworven rechten op de balans van Systems geboekt als immaterieel activum, met een waarde van 9 miljard EUR. Aflossingen zijn niet geboekt<sup>(124)</sup>.
- (72) In Tabel 2 worden Systems inkomsten, haar belastbare winst en de verschuldigde vennootschapsbelasting weergegeven over de periode 2012-2014 zoals vermeld in de door Nederland verstrekte belastingaangiften<sup>(125)</sup>.

Tabel 2

**Inkomsten, belastbare winst en verschuldigde belasting Systems over de periode 2012-2014, volgens door Nederland verstrekte belastingaangiften**

Bedragen in EUR ('000)	2012	2013	2014
Inkomsten	[1.000.000 — 1.500.000]	[1.000.000 — 1.500.000]	[1.000.000 — 1.500.000]
Belastbare winst	[200.000 — 300.000]	[300.000 — 400.000]	[300.000 — 400.000]
Verschuldigde belasting	[40.000 — 50.000]	[50.000 — 60.000]	[50.000 — 60.000]

<sup>(121)</sup> Zie de APA van 2011, punt 1.5.

<sup>(122)</sup> Volgens punt 4.5 van de APA van 2011 „[zijn] geen renteaftrekbepalende maatregelen zoals zijn opgenomen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 of anderszins van toepassing” (zie ook punt 4.4). De Commissie tekent aan dat in de periode waarin de APA van 2011 werd afgegeven, de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) in artikel 10d een onderkapitalisatiereguleer bevatte. Die regel beperkte potentieel de aftrekbaarheid van tussen groepsmaatschappijen berekende rente voor zover die viel toe te schrijven aan „een teveel aan vreemd vermogen”. Een teveel aan vreemd vermogen werd omschreven als vreemd vermogen dat meer bedraagt dan een verhouding vreemd vermogen-eigen vermogen van 3:1, met een minimumdrempel van 500 000 EUR voor het teveel aan vreemd vermogen. Indien de belastingplichtige daarvoor koos, kon hij de verhouding vreemd vermogen-eigen vermogen hanteren van de groep waartoe hij behoorde, indien die verhouding gunstiger was. In zijn brief van 17 november 2016 (bijlage 2, antwoord op vraag C(ii)) heeft Nederland voorts nog het volgende verklaard: „Met betrekking tot de financieringsverhouding van 40 % eigen vermogen en 60 % vreemd vermogen is geen transferpricing of economische analyse beschikbaar. De Nederlandse wet- en regelgeving vereist dat ook niet. De Nederlandse wetgeving kent geen beperkingen ten aanzien van de renteaftrek die betrekking heeft op financiering met vreemd vermogen die ziet op de aankoop van immateriële activa. Er is derhalve in dit soort situaties geen wettelijke grondslag op basis waarvan een bepaalde verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen kan worden afgedwongen. Ook de OESO-richtlijnen gaan niet in op het vraagstuk van arm's length vermogensverhoudingen. Op verzoek wordt binnen de kaders van wet-, beleid en regelgeving in vooroverleg vastgesteld welk deel van aangekochte activa wordt gefinancierd met eigen dan wel vreemd vermogen met de daaruit voortvloeiende aftrekbare rentelast als gevolg. Op deze wijze wordt door de Belastingdienst gepoogd uitholling van de belastinggrondslag te beperken. Uitgangspunt echter blijft dat een belastingplichtige vrij is om de verhouding eigen vermogen-vreemd vermogen zelf te bepalen. In casu heeft INTER IKEA Systems BV gekozen voor een financiering met 40 % eigen vermogen, hetgeen in de ogen van de Belastingdienst geen agressieve financiering van de aangekochte rechten betreft.” De Commissie behoudt zich voor om na te gaan of de onderkapitaliseringsregel van artikel 10d Wet Vpb 1969 in acht is genomen.

<sup>(123)</sup> Zie de APA van 2011, punt 3.2. In punt 4.6 is voorts nader bepaald dat deze voorzieningen „zullen geacht worden te zien op lasten waarvan een redelijke mate van zekerheid aanwezig is dat deze lasten daadwerkelijk zullen moeten worden betaald”. Achteraf, op het moment van de inwerkingtreding van het prijsaanpassingsmechanisme, dient het voorziene bedrag betaald te worden waarbij de voorziening vrijvalt (punt 3.5).

<sup>(124)</sup> In 2012 beliep het totale bedrag aan vaste activa dat op de balans van Systems was geboekt 9,3 miljard EUR, waarvan 9 miljard EUR voor de Rechten (zie door Nederland bij brief van 24 mei 2016 verstrekte belastingaangiften van Systems).

<sup>(125)</sup> Belastingaangiften verstrekt door Nederland bij brief van 24 mei 2016.

- (73) De in Figuur 7 weergegeven tabel laat zien hoe de belastbare winst is verkregen voor elk van de jaren uit de periode 2012-2014, in overeenstemming met de APA van 2011, zoals verstrekt door Nederland <sup>(126)</sup>.

**Figuur 7 – Posten van punt 5 van de APA van 2011 volgens Nederland**

	2012	2013	2014
Grondslag volgens 1.18	[800.000.000-900.000.000]	[900.000.000-1.000.000.000]	[900.000.000-1.000.000.000]
Operationele kosten	[100.000.000-200.000.000]	[100.000.000-200.000.000]	[100.000.000-200.000.000]
Financieringslasten	324,000,000	324,000,000	324,000,000
Dotatie aan voorziening	100.000.000-200.000.000]	100.000.000-200.000.000]	100.000.000-200.000.000]
Vergoeding overdracht functies	-[40.000.000-50.000.000]	-[20.000.000-30.000.000]	-[10.000.000-20.000.000]
Winstbijdrage	[200.000.000-300.000.000]	[200.000.000-300.000.000]	[300.000.000-400.000.000]
Overige inkomsten	[8.000.000-9.000.000]	[7.000.000-8.000.000]	[8.000.000-9.000.000]
Belastbare winst	[200.000.000-300.000.000]	[300.000.000-400.000.000]	[300.000.000-400.000.000]
Vennootschapsbelasting	[60.000.000-70.000.000]	[70.000.000-80.000.000]	[80.000.000-90.000.000]
Te verrekenen bronbelasting	-[10.000.000-20.000.000]	-[20.000.000-30.000.000]	-[20.000.000-30.000.000]
Te betalen vennootschapsbelasting	[40.000.000-50.000.000]	[50.000.000-60.000.000]	[60.000.000-70.000.000]

- (74) De „Grondslag” wordt gevormd door het franchise-inkomen, dat is gedefinieerd als franchise- en licentie-inkomsten, plus nettocatalogusinkomen minus marketingsupportbijdragen aan franchisenemers <sup>(127)</sup>. Om de belastbare winst te verkrijgen, wordt de grondslag verminderd met diverse kostenposten („Operationele kosten”, „Financieringslasten”, „Dotatie aan voorziening”, „Vergoeding overdracht functies”). De 324 miljoen EUR „financieringslasten” vertegenwoordigen de jaarlijkse rente van 6 % betaald over de lening van 5,4 miljard EUR voor de verwerving van het *beneficial ownership* van de Rechten. Dit bedrag blijft ieder jaar gelijk omdat de hoofdsom van de lening niet wordt afgelost <sup>(128)</sup>. De „dotatie aan voorziening” is de voorziening die wordt gevormd voor toekomstige financieringslasten voortvloeiend uit het prijsaanpassingsmechanisme <sup>(129)</sup>.

<sup>(126)</sup> Brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 2.

<sup>(127)</sup> Zie APA van 2011, punt 1.18.

<sup>(128)</sup> Dit betekent dat de 6 % rente jaarlijks over het volledige bedrag van de lening wordt berekend (5,4 miljoen EUR).

<sup>(129)</sup> Met de „vergoeding overdracht functies” worden de uitgaven bedoeld die aanvankelijk slechts voor vier jaar waren gepland (2012-2015) als gevolg van de overdracht aan Systems van bepaalde functies die voordien door gelieerde groepsmaatschappijen werden uitgeoefend. Volgens Nederland (brief van 24 mei 2016) zijn deze functies, anders dan bij de totstandkoming van de APA van 2011 was aangenomen, uiteindelijk autonoom door Systems ontwikkeld zonder dat deze hoefden te worden overgedragen. Aangezien er dus geen grond was voor enige beloning zijn de in aftrek komende bedragen volgens Nederland gecorrigeerd (zie ook brief van 15 mei 2017, bijlage 3).

## 5. HET RELEVANTE WET- EN REGELGEVINGSKADER

### 5.1. OESO-handvatten voor verrekenprijzen

- (75) Een verrekenprijs is de voor belastingdoeleinden bepaalde prijs die gelieerde ondernemingen elkaar, binnen een multinationale groep, in rekening brengen voor de grensoverschrijdende overdracht van materiële en immateriële goederen of voor het verlenen van diensten. Wanneer onafhankelijke vennootschappen (d.w.z. „niet-geïntegreerde vennootschappen”) onderling transacties uitvoeren, worden de transactievoorwaarden, zoals de prijs, bepaald via marktwerking. Daarentegen kunnen vennootschappen die binnen dezelfde groep zijn geïntegreerd („gelieerde of geïntegreerde vennootschappen”) voorwaarden bepalen voor hun intragroepsverhoudingen die verschillen van die welke zouden zijn bepaald indien de groepsleden als onafhankelijke ondernemingen hadden gehandeld <sup>(130)</sup>. Dit kan ertoe leiden dat winst wordt verschoven van één jurisdictie naar een andere.
- (76) De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling („OESO”) heeft voor haar lidstaten handvatten bekendgemaakt inzake belastingheffing en de vaststelling van verrekenprijzen voor belastingdoeleinden <sup>(131)</sup>. Die handvatten zijn weliswaar niet bindend, maar OESO-lidstaten worden aangemoedigd om het OESO-raamwerk te volgen <sup>(132)</sup>. Bovendien dient het OESO-raamwerk als ijkpunt en oefent het een duidelijke invloed uit op de fiscale praktijken van OESO-lidstaten (en zelfs niet-lidstaten). Daarbij komt dat die OESO-documenten met aanwijzingen in talrijke lidstaten kracht van wet hebben gekregen of als referentie dienen voor de uitleg van nationaal belastingrecht. Voor zover de Commissie in dit besluit naar het OESO-raamwerk verwijst, doet zij dit dus omdat dat raamwerk het resultaat is van overleg van deskundigen binnen de OESO en daarin wordt ingegaan op technieken om gemeenschappelijke uitdagingen op het gebied van internationale belastingheffing aan te gaan <sup>(133)</sup>.
- (77) In artikel 9, lid 1, van het OESO-modelverdrag inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen is bepaald: „Indien [...] tussen de twee [gelieerde] ondernemingen in hun handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd die afwijken van die welke zouden worden overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen, mag winst die een van de ondernemingen zonder deze voorwaarden zou hebben behaald maar ten gevolge van die voorwaarden niet heeft behaald, worden begrepen in de winst van die onderneming en dienovereenkomstig worden belast” <sup>(134)</sup>. Die bepaling wordt geacht het zakelijkheidsbeginsel voor verrekenprijzdoeleinden bij internationale belastingheffing vast te leggen.
- (78) Volgens het zakelijkheidsbeginsel (of arm's length-beginsel) wordt de prijs van intragroepstransacties vastgesteld als waren zij overeengekomen door onafhankelijke vennootschappen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen. Het zakelijkheidsbeginsel is de internationale verrekenprijznorm waarvan de OESO-lidstaten hebben afgesproken dat deze voor belastingdoeleinden dient te worden gebruikt door multinationale groepen en belastingdiensten om dubbele belasting te vermijden, belastingontduiking te voorkomen en internationale handel, investeringen en eerlijke concurrentie te bevorderen <sup>(135)</sup>.
- (79) Overeenkomstig het zakelijkheidsbeginsel zijn de OESO-lidstaten overeengekomen dat de winsten van gelieerde vennootschappen desnoods kunnen worden aangepast voor belastingdoeleinden om te garanderen dat aan het zakelijkheidsbeginsel wordt voldaan. Met andere woorden, de OESO-lidstaten zijn van oordeel dat een aanpassing van verrekenprijzen passend is wanneer de voorwaarden in de handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen tussen gelieerde partijen („de gelieerde transactie”) verschillen van die welke zij zouden verwachten aan te treffen tussen onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden (d.w.z. in „vergelijkbare vrijemarkttransacties”) <sup>(136)</sup>. Dit is de kern van het zakelijkheidsbeginsel. Daarom wordt voor het zakelijkheidsbeginsel de benadering gehanteerd om de leden van één groep als afzonderlijke entiteiten te behandelen en niet als onlosmakelijk verbonden onderdelen van één enkele groep (de „separate entity approach”) <sup>(137)</sup>.

<sup>(130)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragraaf 6 van het voorwoord.

<sup>(131)</sup> Nederland is sinds 1961 lid van de OESO.

<sup>(132)</sup> Zie bijvoorbeeld OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragraaf 16 van het voorwoord: „OECD Member countries are encouraged to follow these Guidelines in their domestic transfer pricing practices, and taxpayers are encouraged to follow these Guidelines in evaluating for tax purposes whether their transfer pricing complies with the arm's length principle. [...]” [eigen vert.: „OESO-lidstaten worden aangemoedigd om deze richtlijnen te volgen in hun nationale verrekenprijzpraktijken, en belastingplichtigen worden aangemoedigd om deze richtlijnen te volgen wanneer ze voor belastingdoeleinden nagaan of hun verrekenprijs voldoet aan het arm's length-beginsel. [...]”].

<sup>(133)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragrafen 6 en 7 van het voorwoord. Zie, in diezelfde zin, OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragrafen 6 en 7.

<sup>(134)</sup> OESO-modelverdrag inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, artikel 9, lid 1 (vert.).

<sup>(135)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragrafen 1.8. e.v.

<sup>(136)</sup> OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 1.3. Doorgaans biedt de nationale belastingwetgeving van de OESO-lidstaten de nationale belastingdiensten de mogelijkheid om de door gelieerde vennootschappen aangegeven belastinggrondslag aan te passen wanneer ongeschikte verrekenprijzen zijn toegepast.

<sup>(137)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 1.6.

- (80) De OESO geeft belastingdiensten en multinationals in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen verdere handvatten voor de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel voor verrekenprijsoeinden. De jongste versie van de richtlijnen is op 10 juli 2017 gepubliceerd („OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2017”). Vorige versies van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen werden gepubliceerd in 2010 („OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010”) en in 1995 („OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995”) <sup>(138)</sup>.
- (81) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen worden vijf methoden gegeven om een zakelijke prijs van gelieerde transacties en winsttoewijzing tussen vennootschappen van dezelfde groep te benaderen: i) de methode van de vergelijkbare derdenprijs (Comparable Uncontrolled Price) <sup>(139)</sup>; ii) de Cost-Plus-methode <sup>(140)</sup>; iii) de Resale-Minus-methode <sup>(141)</sup>; iv) de Transactional Net Margin Method (TNMM) <sup>(142)</sup>; en v) de Transactional Profit-Split-methode <sup>(143)</sup>. In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen wordt een onderscheid gemaakt tussen traditionele transactiemethoden (de eerste drie methoden) en transactionele-winstmethoden (de laatste twee methoden) <sup>(144)</sup>.

<sup>(138)</sup> Latere wijzigingen van en toevoegingen aan de commentaren en richtlijnen met betrekking tot het OESO-modelbelastingverdrag die niet resulteren in een verandering van de bewoording van het OESO-modelbelastingverdrag zelf, worden geacht van toepassing te zijn op de uitlegging van de daarin uiteengezette artikelen. De achterliggende reden voor deze benadering is dat OESO-commentaren en -richtlijnen, zoals de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen, geacht worden de uiting te zijn van de internationale consensus over de toepassing van de in het OESO-modelbelastingverdrag uiteengezette beginselen; zie in dit verband *OECD Model Tax Convention Commentary*, paragraaf 35: “[Ambulatory interpretation of tax conventions] Needless to say, amendments to the Articles of the Model Convention and changes to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles. **However, other changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD member countries as to the proper interpretation of existing provisions and their application to specific situations.** [eigen vert.: „Wijzigbare uitlegging van belastingverdragen] Het behoeft geen betoog dat aanpassingen aan de artikelen van het modelverdrag en veranderingen aan de commentaren die een direct gevolg zijn van deze aanpassingen, niet relevant zijn voor de uitlegging of toepassing van voordien afgesloten verdragen wanneer de bepalingen van die verdragen inhoudelijk afwijken van de gewijzigde artikelen. **Evenwel zijn andere aanpassingen van of toevoegingen aan de commentaren in de regel van toepassing op de uitlegging en toepassing van verdragen die zijn gesloten vóór de vaststelling ervan, omdat zij de weergave zijn van de consensus van de OESO-lidstaten ten aanzien van de correcte uitlegging van bestaande bepalingen en de toepassing ervan op specifieke situaties.**”] (Nadruk toegevoegd).

<sup>(139)</sup> De Comparable Uncontrolled Price-methode wordt een directe verrekenprijsmethode genoemd. Deze methode benadert de zakelijke prijs van een transactie tussen groepsmaatschappijen aan de hand van de prijs en de overige voorwaarden die worden overeengekomen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties (d.w.z. transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen) die onder vergelijkbare omstandigheden plaatsvinden. Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragrafen 2.6 en 2.7, en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragrafen 2.13 en 2.14.

<sup>(140)</sup> De Cost-Plus-methode bepaalt de kostenopslag van de leverancier in de gelieerde transactie aan de hand van de kostenopslag die dezelfde leverancier of een onafhankelijke leverancier verdient bij vergelijkbare vrijemarkttransacties. Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragrafen 2.32 en 2.33, en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragrafen 2.39 en 2.40.

<sup>(141)</sup> De Resale-Price-methode bepaalt de marge op de detailhandelsprijs (de brutomarge op de detailhandelsprijs) van de wederverkoper bij de gelieerde transactie aan de hand van de marge op de detailhandelsprijs die dezelfde wederverkoper of een onafhankelijke onderneming verdient op bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ingekochte en verkochte producten. Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

<sup>(142)</sup> Zie de punten (82) e.v.

<sup>(143)</sup> De Profit-Split-methode neemt als uitgangspunt de gezamenlijke winst (verlies) van de gelieerde ondernemingen die partij zijn bij de intragroepstransacties waarvan de prijs wordt bepaald, en splitst die vervolgens uit over deze partijen op een economisch geldige basis die de verdeling van de winst zoals die in een zakelijke overeenkomst is verwerkt en weergegeven, zoveel mogelijk benadert. De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen beschrijven twee benaderingen om de gezamenlijke winst over de gelieerde ondernemingen te verdelen: de contributieanalyse en de restwinstanalyse. Bij de contributieanalyse wordt de gezamenlijke winst uitgesplitst op basis van de relatieve waarde van de functies (rekening houdende met de gebruikte activa en de gelopen risico's) die worden uitgeoefend door elk van de partijen die betrokken zijn bij de intragroepstransacties waarvan de prijs wordt bepaald. De restwinstanalyse is een benadering waarbij de winst in twee stappen wordt uitgesplitst. In een eerste stap krijgt iedere vennootschap een basis- (of routinematige) winst die past bij de functie die zij uitoefent, de activa waarvan zij gebruikmaakt en de risico's die zij loopt, op basis van een vergelijking met marktrendement behaald bij vergelijkbare transacties door onafhankelijke ondernemingen. Met andere woorden, de eerste stap stemt in wezen overeen met de toepassing van de TNMM. In een tweede stap wordt de overwinst (of restwinst) die overblijft nadat de eerste stap is afgerond, zodanig aan de verschillende partijen toegerekend dat hiermee de wijze wordt benaderd waarop onafhankelijke partijen die winst zakelijk hadden verdeeld. De Profit-Split-methode wordt doorgaans als een geschikte methode beschouwd wanneer beide partijen bij de intragroepstransactie unieke en waardevolle bijdragen leveren aan die transactie, omdat in dat geval onafhankelijke partijen zouden verwachten te delen in de winst van de transactie naar rato van hun respectieve bijdrage. Zie glossarium bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995 en van 2010, OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragraaf 3.7, en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragrafen 2.109 en 2.115.

<sup>(144)</sup> Voor de keuze van de meest geschikte methode wordt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, in paragraaf 2.3, verklaard: “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 [...] 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 [eigen vert.: „Traditionele transactiemethoden worden beschouwd als de meest directe methode om te bepalen of voorwaarden in de handelsbetrekkingen en financiële betrekkingen tussen gelieerde ondernemingen op arm's length zijn [...] Dit betekent dat, waar een traditionele transactiemethode en een transactionele winstmethode even betrouwbaar kunnen worden toegepast, de traditionele transactiemethode, rekening houdende met de criteria beschreven in paragraaf 2.2, de voorkeur verdient boven de transactionele winstmethode.”]. Zie, in diezelfde zin, OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragraaf 2.49.

- (82) De TNMM is een van de „indirecte methoden” om een zakelijke prijs van een gelieerde transactie te benaderen. Hiermee wordt de nettowinstindicator (of winstniveau-indicator)<sup>(145)</sup> van de belastingplichtige bij de betrokken gelieerde transactie bepaald aan de hand van dezelfde nettowinstindicator als bij vergelijkbare vrijemarkttransacties.
- (83) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de gelieerde transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator is gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de getoetste partij binnen een studie op basis van de TNMM de minst complexe van de beide gelieerde partijen is, d.w.z. de entiteit die eenvoudige functies uitoefent en geen waardevolle, unieke bijdrage levert met betrekking tot de gelieerde transactie<sup>(146)</sup>. De reden daarvoor is dat de minst complexe partij de partij is waarvoor de betrouwbaarste vergelijkings-elementen te vinden zijn<sup>(147)</sup>. Met andere woorden, het zal niet doenbaar zijn om betrouwbare vergelijkings-elementen te vinden voor complexe entiteiten die unieke en waardevolle bijdragen aan de transactie toevoegen<sup>(148)</sup>. Om die reden geven de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen aan dat deze methode geschikt is „in gevallen waarin een van de partijen alle unieke bijdragen bij de gelieerde transactie levert, terwijl de andere partij geen unieke bijdrage levert”. Omgekeerd is deze methode niet geschikt „indien elke partij bij een transactie waardevolle, unieke bijdragen levert [...] In dat geval zal een transactional profit split-methode doorgaans de meest geschikte methode zijn”<sup>(149)</sup>. De keuze van de minst complexe entiteit zal worden bepaald op basis van een zogenaamde functionele analyse, d.w.z. een analyse van de functies die door de gelieerde ondernemingen worden uitgeoefend, rekening houdende met de gebruikte activa en de gelopen risico's. Indien een vennootschap routinematige (d.w.z. „benchmarkable”) functies en activa heeft, geringe risico's loopt en dus geen waardevolle en unieke bijdrage aan de gelieerde transactie levert, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (84) Zodra de operationele winst van de minder complexe entiteit is bepaald, wordt de restwinst van de gelieerde transactie (d.w.z. de gezamenlijke winst van de gelieerde transacties minus de operationele winst van de minder complexe partij) toegerekend aan de complexere partij (d.w.z. de niet-getoetste partij)<sup>(150)</sup>. De complexere van beide entiteiten dient, als gevolg van haar niet-routinematige (d.w.z. unieke en waardevolle) bijdragen, per definitie recht te hebben op het overrendement (*excess return*) op de gezamenlijke transacties nadat de minder complexe en routinematige entiteit volgens de TNMM is beloond. De reden daarvoor is dat de complexere entiteit het risico van een verlies draagt ingeval de gezamenlijke transacties geen winst opleveren.

<sup>(145)</sup> Een nettowinstindicator („net profit indicator”), of ook wel winstniveau-indicator („profit level indicator”), wordt in het Glossarium bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010 omschreven als: „*The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets)* [eigen vert.: „De verhouding tussen nettowinst en een passende grondslag (bijv. kosten, verkopen, activa).”]. Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010 omvat „nettowinst” geen niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening zoals rentebaten en -kosten, inkomstenbelastingen en niet-recurrente bijzondere posten. Immers, wat in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen nettowinst wordt genoemd, stemt overeen met de operationele winst. Meer bepaald kan, bij het toepassen van de TNMM, de nettowinstindicator doorgaans de verhouding zijn tussen de operationele winst en, afhankelijk van de feiten en omstandigheden van de zaak, de verkopen, de totale operationele kosten (COGS plus operationele kosten) of de activa. COGS staat voor Cost Of Goods Sold (kosten verkochte goederen) en vertegenwoordigt in hoofdzaak de directe en indirecte kosten die aan de productie van een vennootschap zijn toe te schrijven, terwijl met „operationele kosten” uitgaven worden bedoeld die een bedrijf maakt om activiteiten te verrichten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten die verband houden met de onderneming als geheel zoals toezicht-, algemene en administratieve kosten. Inkomsten in de resultatenrekening minus COGS stemt overeen met de brutomarge van de vennootschap.

<sup>(146)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 3.19. Volgens paragraaf 3.43 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995 „[t]his will often entail selecting the associated enterprise that is the least complex of the enterprises involved in the controlled transaction **and that does not own valuable intangible property or unique assets**” [eigen vert.: „zal dit vaak betekenen dat de gelieerde onderneming wordt geselecteerd die de minst complexe van de bij de gelieerde transactie betrokken ondernemingen is en **die geen eigen waardevolle immateriële goederen of unieke activa bezit**”] (nadruk toegevoegd).

<sup>(147)</sup> OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 3.18. Zie ook OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragraaf 3.43.  
<sup>(148)</sup> Immers, een complexe entiteit die een unieke bijdrage levert, voldoet niet aan de standaard-eisen inzake vergelijkbaarheid om de TNMM toe te passen via een benchmarkanalyse in een commerciële database. Deze benchmarkanalyse voor een entiteit die unieke en waardevolle bijdragen aan een transactie levert, zou per definitie niet betrouwbaar zijn omdat die onderscheidende kenmerken (d.w.z. haar waardevolle en unieke bijdragen aan de transactie tussen groepsmaatschappijen) niet bij andere vennootschappen te vinden zijn. Met andere woorden, vergelijkingspunten voor dit soort bijdragen zijn zelden te vinden, omdat zij een cruciale bron van economisch voordeel zijn. Het feit dat de minder complexe entiteit bij de TNMM als getoetste partij dient te worden gebruikt, is vermeld in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995 en van 2010.

<sup>(149)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 2.59 (eigen vert.). Zie, in diezelfde zin, ook paragraaf 3.43 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995.

<sup>(150)</sup> Zie paragraaf 2.121 van OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010 waar het concept „restwinst” wordt afgebakend ten behoeve van de toepassing van de profit-split-methode, maar het geldt ook, *mutatis mutandis*, wanneer de TNMM wordt toegepast. Zie ook paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010. Zie, in diezelfde zin, OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragrafen 3.5 en 3.19.

## 5.2. Beschrijving van het relevante nationale rechtskader

- (85) De belastingverplichting van Systems wordt bepaald op grond van de Nederlandse Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 („Wet Vpb”).
- (86) Volgens artikel 2 Wet Vpb zijn in Nederland gevestigde vennootschappen — zoals Systems — binnenlandse belastingplichtigen. Volgens artikel 7 Wet Vpb wordt ten aanzien van binnenlandse belastingplichtigen Nederlandse vennootschapsbelasting geheven naar het belastbare bedrag, d.w.z. de in een jaar genoten belastbare winst verminderd met de verliezen van voorafgaande jaren. Overeenkomstig het in artikel 3.8 van de Wet Inkomstenbelasting (WIB) <sup>(151)</sup> vastgelegde totaalwinstbegrip, dat op grond van artikel 8 Wet Vpb ook geldt voor belastingplichtige vennootschappen, is winst het bedrag van de gezamenlijke (positieve en negatieve) voordelen die worden verkregen uit een onderneming. Overeenkomstig artikel 3.25 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (WIB 2001), dat op grond van artikel 8 Wet Vpb ook geldt voor belastingplichtige vennootschappen, dient de jaarwinst van een belastingplichtige te worden bepaald volgens goed koopmansgebruik <sup>(152)</sup>. Met dit beginsel wordt de redelijke en coherente allocatie bedoeld van kosten en baten aan het jaar waarmee deze samenhangen.
- (87) In artikel 8b, eerste lid, Wet Vpb, dat in 2002 in de Wet Vpb werd ingevoegd, wordt het zakelijkheidsbeginsel in het Nederlandse nationale belastingrecht vastgelegd. Het 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 onderlinge 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.” Vóór de invoering van artikel 8b, eerste lid, in de Wet Vpb werd het zakelijkheidsbeginsel al geacht van toepassing te zijn in het Nederlandse vennootschapsbelastingrecht omdat het voortvloeit uit het totaalwinstbegrip <sup>(153)</sup>. Het zakelijkheidsbeginsel is pas in artikel 8b, eerste lid, Wet Vpb, gecodificeerd om bij buitenlandse investeerders eventuele onzekerheid weg te nemen over de toepasselijkheid van dat beginsel in het Nederlandse vennootschapsbelastingrecht <sup>(154)</sup>.
- (88) Het Nederlandse besluit Verrekenprijzen van 30 maart 2001 („het Verrekenprijzbesluit”) geeft aanwijzingen over hoe de Nederlandse Belastingdienst het in artikel 8b, eerste lid, Wet Vpb vastgestelde zakelijkheidsbeginsel uitlegt <sup>(155)</sup>. In de aanhef van het besluit wordt het volgende verklaard:

„[...] Het uitgangspunt van het Nederlands beleid op het terrein van internationaal fiscaal recht ten aanzien van het arm's-lengthbeginsel is dat dit beginsel deel uitmaakt van de Nederlandse fiscale rechtsorde via het ruime inkomensbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001 <sup>(156)</sup>. In beginsel zijn de OESO-richtlijnen daarmee direct toepasbaar in Nederland op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001. Op een aantal punten laten de OESO-richtlijnen ruimte voor een eigen invulling. Op een aantal andere punten vraagt de praktijk om een verduidelijking van de OESO-richtlijnen. Dit besluit geeft op deze punten inzicht in de Nederlandse standpunten en heft waar mogelijk bestaande onduidelijkheden op.”

- <sup>(151)</sup> In artikel 3.8 WIB 2001 luidt het: „Winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”.
- <sup>(152)</sup> In artikel 3.25 WIB 2001 luidt het: „De in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragslijn kan alleen worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt”.
- <sup>(153)</sup> Zie Tweede Kamer, Kamerstukken, vergaderjaar 1997-1998, 25087, nr. 4, blz. 38 („De 'arm's length' benadering is onderdeel van het Nederlandse belastingrecht. Specifieke wetgeving om de nieuwe [OESO-]richtlijnen te implementeren is niet nodig”) en Kamerstukken, vergaderjaar 2001-2002, 28034, nr. 3, blz. 19 („Nationaal maakt het [arm's-length]beginsel onderdeel uit van het winstbegrip van artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 [...], dat ook geldt voor de vennootschapsbelasting”). Zie ook Resolutie Staatssecretaris van Financiën 25 april 1985, 084-2737 („Wanneer een in Nederland belastingplichtige onderneming transacties verricht met verbonden ondernemingen, dient te worden bezien of de voorwaarden welke zijn overeengekomen met de (verbonden) ondernemingen ten behoeve waarvan de werkzaamheden worden verricht, met het 'at arm's length' beginsel in overeenstemming zijn”). Een en ander wordt ook bevestigd door het Verrekenprijzbesluit waarmee het OESO-zakelijkheidsbeginsel in de Nederlandse belastingwetgeving wordt omgezet. In de inleiding van dat besluit luidt het: „Het uitgangspunt van het Nederlands beleid op het terrein van internationaal fiscaal recht ten aanzien van het arm's-lengthbeginsel is dat dit beginsel deel uitmaakt van de Nederlandse fiscale rechtsorde via het ruime inkomensbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001”.
- <sup>(154)</sup> Zie Tweede Kamer, Kamerstukken, vergaderjaar 2001-2002, 28034, nr. 3, blz. 19 („Anders dan veel OESO-landen kent de Nederlandse wetgeving evenwel niet een expliciet voorschrift op het punt van het arm's-lengthbeginsel. In internationaal verband leidt dit tot het kritische geluid dat de toepassing van het arm's-lengthbeginsel in Nederland onvoldoende is gewaarborgd”).
- <sup>(155)</sup> Besluit Verrekenprijzen van 30 maart 2001, IFZ2001/295M. Dit besluit is in 2013 (samen met het besluit van 21 augustus 2004, IFZ 2004/680M, tot aanvulling van het besluit van 2001 en tot wijziging ervan op bepaalde punten; het besluit van 2004 is in deze zaak echter niet relevant) vervangen door het besluit van 14 november 2013, IFZ 2013/184M, Internationaal Belastingrecht. Verrekenprijzen, toepassing van het arm's-lengthbeginsel en de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen). Aangezien de twee APA's van 2006 respectievelijk 2011 dateren, wordt in dit besluit verwezen naar het Verrekenprijzbesluit van 2001.
- <sup>(156)</sup> (Voetnoot toegevoegd door de Commissie:) Aangezien artikel 8b in 2001 nog niet in de Wet Vpb was gecodificeerd, werden verrekenprijsaanpassingen, zowel voor de inkomsten- als voor de vennootschapsbelasting, uitgevoerd op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 (die via artikel 8 Wet Vpb ook op belastingplichtige vennootschappen van toepassing was).



- (89) Wat verrekenprijsmethoden betreft, wordt in deel 2 van het Verrekenprijsbesluit het volgende verklaard:

*„In hoofdstuk II van de OESO-richtlijnen worden als nadere uitwerking van de paragrafen 1.68-1.70 de drie zogenoemde traditionele transactiemethoden besproken (comparable-uncontrolled-pricemethode, resale-pricemethode en de cost-plusmethode) en in hoofdstuk III de zogenoemde transactional-profitmethoden (de profit-splitmethode en de transactional-net-marginmethode ofwel TNMM). Afhankelijk van de omstandigheden dient een keuze uit één van deze vijf acceptabele methoden te worden gemaakt. De methoden kunnen elkaar aanvullen. De OESO-richtlijnen gaan uit van een zekere hiërarchie onder de methoden waarbij de voorkeur uitgaat naar de traditionele transactiemethoden. Enerzijds worden transactional-profitmethoden meer als laatste mogelijkheid aangemerkt. Aan de andere kant zeggen de OESO-richtlijnen dat belastingdiensten een verrekenprijs-onderzoek dienen te starten vanuit het perspectief van de door de belastingplichtige gekozen methode (paragraaf 4.9 van de OESO-richtlijnen).*

*De Nederlandse Belastingdienst dient haar onderzoek van de verrekenprijzen conform paragraaf 4.9 van de OESO-richtlijnen altijd te starten vanuit het perspectief van de door belastingplichtige gehanteerde methode ten tijde van de transactie. Dit is in overeenstemming met paragraaf 1.68 van de OESO-richtlijnen. Hieruit volgt dat belastingplichtige in principe vrij is in de keuze van een verrekenprijsmethode, mits de gekozen methode leidt tot een arm's-lengthuitkomst voor de specifieke transactie. Voor bepaalde situaties zal de ene methode echter tot betere uitkomsten leiden dan een andere. Hoewel van belastingplichtige kan worden verwacht dat hij bij zijn keuze van een verrekenprijsmethode rekening houdt met de betrouwbaarheid van de methode voor de betreffende situatie, is het uitdrukkelijk niet de bedoeling dat belastingplichtige alle methoden beoordeelt en vervolgens onderbouwt waarom de door hem gekozen methode onder de gegeven omstandigheden tot de beste uitkomst leidt (best method rule). In sommige situaties kan ook een combinatie van methoden worden gebruikt. Belastingplichtige is echter niet verplicht om meerdere methoden te hanteren. Wel zal de belastingplichtige zijn keuze aannemelijk moeten maken.”*

- (90) In punt 2.5 van het Verrekenprijsbesluit wordt de TNMM-methode beschreven en wordt voor nadere toelichting verwezen naar de desbetreffende paragrafen van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995.
- (91) De Nederlandse belastingautoriteiten hebben verklaard<sup>(157)</sup> dat in het Nederlandse belastingrecht de regels voor het vormen of aanvullen van een voorziening in een verslagjaar zijn gebaseerd op het algemene beginsel van het „goed koopmansgebruik”. Op grond van rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad waarin dit beginsel wordt uitgelegd<sup>(158)</sup>, mag bij de bepaling van de winst voor een zeker jaar ter zake van toekomstige (fiscaal aftrekbare) uitgaven een voorziening worden gevormd, mits aan elk van deze drie criteria is voldaan:

- die uitgaven vinden hun oorsprong in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan;
- die uitgaven kunnen ook aan die periode worden toegerekend; en
- er bestaat een redelijke mate van zekerheid dat zij zich zullen voordoen.

## 6. STANDPUNT VAN NEDERLAND

- (92) In zijn brief van 15 mei 2017 deelde Nederland zijn standpunt mee ten aanzien van de zakelijkheid van de beloning voor activiteiten van Systems en de kwalificatie van Systems als een routinematige entiteit. Volgens Nederland heeft Systems „vóór 1983 geen enkele bijdrage geleverd aan het IKEA-merk en (franchise)concept”. De belangrijkste kernwaarden en value drivers van het merk en concept waren reeds gedurende de veertig jaar daarvoor (1943-1982) ontwikkeld. De oprichter van IKEA is in de jaren na 1983 een prominente rol blijven vervullen in het onderhouden en verbeteren van het merk en het concept, en dit alles heeft buiten Nederland om plaatsgevonden. Volgens Nederland wordt in het verrekenprijsrapport correct aangegeven dat Systems nooit de eigenaar van de Rechten is geweest en dat de economische risico's voor 95 % of meer zich niet verwezenlijkten bij Systems.
- (93) Nederland betoogt dat, volgens de in 2006 geldende Nederlandse wet- en regelgeving gebaseerd op de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen, de vaststelling van de zakelijkheid van de beloning van Systems heeft plaatsgevonden aan de hand van de in Nederland uitgeoefende functies, gebruikte activa alsmede de daarbij horende risico's en dat een en ander in overeenstemming was met de op dat moment geldende OESO-richtlijnen Verrekenprijzen en conform de standaardpraktijken inzake verrekenprijzen. Deze vaststelling heeft plaatsgevonden aan de hand van onderzoeken, vooroverleg en door Systems overgelegde informatie (waaronder het verrekenprijsrapport). Telkenmale is daarbij door Systems verklaard, en door de Nederlandse autoriteiten tijdens hun onderzoeken die resulteerden in de APA's bevestigd, dat er sprake was van „(belangrijke) routinematige functionaliteit”.

<sup>(157)</sup> Brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.17.iii).

<sup>(158)</sup> Zie arrest van de Hoge Raad van 26 augustus 1998, nr. 33417 (ECLI:NL:HR:1998:AA2555).

- (94) Nederland is van mening dat de APA's in overeenstemming zijn met de (toentertijd van toepassing zijnde) Nederlandse wet- en regelgeving gebaseerd op de OESO-richtlijnen en de gangbare praktijk inzake verrekenprijzen zoals die voor alle Nederlandse vennootschapsbelastingplichtige ondernemingen werd toegepast. Er zijn, volgens Nederland, geen specifieke afwijkingen gemaakt en/of toegestaan voor Systems. Nederland concludeert dan ook dat geen sprake is van een aan Systems verleend selectief belastingvoordeel dat als staatssteun kan kwalificeren.
- (95) Wat betreft de voor de Rechten betaalde prijs en de aanneming dat het IKEA Franchise Concept geen waarde had, verklaart Nederland dat Systems tot 2012 de Rechten niet in haar bezit heeft gehad. Deze rechten zijn niet gecreëerd door Systems en vóór 2012 ook niet gedeeltelijk of geheel aan deze entiteit overgedragen. Wel mocht Systems deze immateriële vaste activa gebruiken op basis van een door haar met Holding gesloten licentieovereenkomst. Systems kreeg zodoende de mogelijkheid om de Rechten in het kader van een franchiseconcept te exploiteren. Volgens Nederland had Systems, zonder toegang tot het gebruik van de Rechten, haar franchiseactiviteiten niet kunnen uitoefenen. Tot 2006 had Systems op geen enkele wijze recht op enige vergoeding van beëindigingskosten in het geval de licentieovereenkomst niet verlengd zou worden. Pas vanaf 2006 was er een contractueel recht voor Systems om, in het geval de licentieovereenkomst niet verlengd zou worden, een vergoeding te ontvangen tot een maximum van de beëindigingskosten. Deze beperkte vergoeding zou, volgens Nederland, in lijn liggen met de Nederlandse civiele jurisprudentie. In zijn antwoord noemt Nederland één specifieke zaak<sup>(159)</sup> waarin geen compensatie voor winstgemis werd toegekend aan de distributeur na beëindiging van de overeenkomst waarin het gebruik van het merk werd toegestaan<sup>(160)</sup>.
- (96) Volgens Nederland hebben de activiteiten van Systems en het IKEA Franchise Concept, zonder toegang tot de Rechten, nauwelijks tot geen waarde. Hetgeen overigens bijdraagt aan de conclusie van het routinematige karakter van de activiteiten van Systems. Daarom concludeert Nederland dat de juridische en economische realiteit is dat de bedrijfsvoering nauwelijks tot geen zelfstandige waarde heeft. Systems heeft dan ook geen recht op (een deel van) de waarde van de Rechten. Dit zou in lijn zijn met het door Nederland gehanteerde zakelijkheidsbeginsel van de OESO. Vervolgens stipt Nederland aan dat er diverse situaties tussen onafhankelijke derden bekend zijn waarbij een juridisch eigenaar van een recht een eerder verleend gebruiksrecht niet verlengt en zelf de exploitatie van het recht ter hand neemt of deze door een andere partij laat uitvoeren, zonder dat de voormalige licentienemer recht heeft op een deel van de waarde van de immateriële activa, de ondernemingswaarde of compensatie voor winstgemis. In de onderhavige zaak liep Systems, als vervangbare partij voor Holding, het risico van contractopzegging/niet-verlenging indien bijvoorbeeld i) niet voldoende werd gepresteerd, ii) instructies van de merkeigenaar niet werden opgevolgd, en iii) indien zij voor haar activiteiten een te hoge beloning zou willen ontvangen van de licentiegever. Een onafhankelijke licentiegever zou dan kiezen voor een andere, goedkopere optie om Systems te vervangen. Dat dit scenario niet geheel denkbeeldig is, blijkt, volgens Nederland, uit het feit dat in 1990 de merkeigenaar aan Systems de voorwaarde heeft gesteld de test-store in Delft te openen, en dat zou een bewijs zijn voor de beslissingsbevoegdheid van Holding<sup>(161)</sup>. Indien Systems daaraan geen gehoor had gegeven, zou zij haar toegang tot de Rechten hebben verloren, met alle negatieve gevolgen van dien.
- (97) Nederland geeft aan dat de Rechten waardevolle immateriële vaste activa zijn gezien het succes van de wereldwijd gevestigde woonwinkels en de daaruit voortvloeiende (toenemende) inkomstenstromen in de vorm van een franchisevergoeding. Het feit dat Systems al eigenaar was van het IKEA Franchise Concept, vermindert de waarde van de Rechten niet. De initiële waardering van de Rechten op 9 miljard EUR moet worden gezien in combinatie met het prijsaanpassingsmechanisme. Zonder dit mechanisme is het aannemelijk te veronderstellen dat de verkoper de positieve verwachting over de toekomstige winsten vertaald had willen zien in een hogere prijs. De met de aankoop van de Rechten gemoeide lening (60 % van de initiële waardering) inclusief de daarbij horende voorwaarden zijn beoordeeld door de Nederlandse autoriteiten en als zakelijk geaccepteerd. Daarnaast is een omvang van de schuld ter grootte van 60 % van het aankoopbedrag van de Rechten bedrijfseconomisch verantwoord.
- (98) Aangezien er geen specifieke afwijkingen zijn gemaakt en/of toegestaan voor Systems, is Nederland dan ook van mening dat in dit geval geen sprake is van een aan Systems verleend selectief belastingvoordeel dat als staatssteun kan kwalificeren.

<sup>(159)</sup> Arrest van de Hoge Raad van 21 juni 1991, Mattel/Borka (ECLI:NL:HR:1991:ZC0291).

<sup>(160)</sup> Nederland heeft ook een bijlage verschaft met een samenvatting van een zaak met betrekking tot de vennootschap Absolut Vodka, waarin er kennelijk geen compensatie voor winstgemis na contractperiode is toegekend of overeengekomen. Voor deze zaak is echter geen zaaknummer of vindplaats gegeven.

<sup>(161)</sup> Zie ook de brief van Nederland van 11 september 2017, bijlage 1, voetnoot 6.

- (99) Ten slotte, wat betreft het prijsaanpassingsmechanisme, is Nederland van oordeel dat de voorzieningen die op grond van dit mechanisme zijn gevormd en in aftrek zijn gebracht, in overeenstemming zijn met de Nederlandse wet- en regelgeving, de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen en de economische realiteit, omdat de potentiële bijkomende betaling(en) als gevolg van het prijsaanpassingsmechanisme hun oorsprong vinden in hogere winsten die over voorafgaande jaren zijn behaald. Nederland geeft ook aan de aftrekbaarheid van de voorziening niet te hebben betwist vanwege het ontbrekende fiscale belang. Gesteld dat Systems de keuze had om een voorziening te vormen of af te schrijven op de Rechten, zou de aangegeven belastbare winst hoe dan ook hoger zijn dan bij afschrijving van die rechten het geval zou zijn geweest, omdat de jaarlijkse dotatie aan de voorziening (en de daarmee corresponderende last) lager is dan de potentiële afschrijving op de verworven rechten. Met name verklaart Nederland dat de dotatie aan de voorziening 135 miljoen EUR bedroeg in 2012, 133 miljoen EUR in 2013 en 144 miljoen EUR in 2014. Een afschrijvingstermijn van 45 jaar toepassen op de waarde van de Rechten (9 miljard EUR) had 200 miljoen EUR aan jaarlijkse afschrijvingskosten opgeleverd, hetgeen veel hoger is dan de dotatie aan de voorziening. Nederland concludeert dan ook dat voor een aanpassing van de jaarlijkse dotatie aan de voorziening fiscaal belang ontbreekt. Daarom is Nederland van mening dat de vorming van een voorziening op de balans van Systems en de daarmee samenhangende aftrek in lijn is met de Nederlandse wet- en regelgeving en niet kan leiden tot een selectief voordeel dat als staatssteun kan kwalificeren <sup>(162)</sup>.

## 7. BEOORDELING VAN DE OMSTREDEN MAATREGELEN

### 7.1. De vraag of er sprake is van steun

- (100) Volgens artikel 107, lid 1, van het Verdrag zijn steunmaatregelen van een lidstaat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.
- (101) Volgens vaste rechtspraak kan een maatregel slechts als steun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag worden aangemerkt wanneer is voldaan aan alle daarin genoemde voorwaarden. In de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de Staat of met staatsmiddelen bekostigd. In de tweede plaats moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel de begunstigde een voordeel verschaffen. In de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen <sup>(163)</sup>.
- (102) Wat de eerste voorwaarde betreft, is zowel de APA van 2006 als de APA van 2011 afgegeven door de Nederlandse Belastingdienst, een Nederlandse overheidsinstantie. Die rulings hielden in dat die overheidsdienst instemde met verrekenprijzeregelingen waardoor Systems een inschatting kon maken van haar tijdens de door de respectievelijke APA's bestreken periodes op jaarbasis in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting. Systems werkte vervolgens haar jaarlijkse aangifte vennootschapsbelasting uit op basis van de bepalingen van de APA's, die door de Nederlandse Belastingdienst waren geaccepteerd als uitgangspunt voor het bepalen van de in Nederland door Systems verschuldigde vennootschapsbelasting. Bovendien bevatten beide APA's een clausule waarbij de Nederlandse Belastingdienst afziet van de mogelijkheid om ten aanzien van Systems in de aangifte, bij de aanslagregeling c.q. in bezwaar en beroep standpunten in te nemen die afwijken van de in de APA's geregelde onderwerpen <sup>(164)</sup>. De omstreden maatregelen zijn derhalve aan Nederland toe te rekenen.
- (103) Wat de bekostiging van de maatregel uit staatsmiddelen betreft, is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een maatregel waarbij de overheid bepaalde ondernemingen een fiscaal gunstige behandeling verleent die, hoewel in dat kader geen staatsmiddelen worden overgedragen, de financiële situatie van de onderneming waarop deze van toepassing is, verbeterd ten opzichte van de andere belastingplichtigen, staatssteun kan vormen <sup>(165)</sup>. In dit stadium is de Commissie van mening dat de APA van 2006 en de APA van 2011 erin hebben geresulteerd dat de door Systems in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting is verlaagd ten opzichte van belastingplichtige ondernemingen in een vergelijkbare situatie. Bijgevolg is de voorlopige conclusie van de Commissie dat, gelet op het feit dat met de omstreden maatregelen wordt afgezien van belastinginkomsten die Nederland anders gerechtigd was te innen bij Systems, deze maatregelen geacht moeten worden een derving van staatsinkomsten op te leveren.

<sup>(162)</sup> Andere, meer specifieke opmerkingen die Nederland in zijn brief van 15 mei 2017 en in voorafgaande brieven aan de Commissie heeft gemaakt, komen aan bod in deel 7.2.

<sup>(163)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie / World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 53 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>(164)</sup> Zie clausule 11 van de APA van 2006 en van de APA van 2011.

<sup>(165)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 15 november 2011, Commissie en Spanje / Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, punt 72 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

- (104) Wat betreft de tweede voorwaarde om tot het bestaan van steun te concluderen, is Systems onderdeel van Inter IKEA, een multinationale groep die in diverse lidstaten werkzaam is. Systems is actief in de ontwikkeling en franchising van marketingsystemen voor de detailhandelsverkoop van meubelen, woninginrichting en verwante producten. Voor franchiserechten toegekend aan vennootschappen in verschillende lidstaten en voor intermediaire diensten aan franchisenemers en voor aan eindverbruikers verkochte producten bestaat er handelsverkeer tussen lidstaten. Bijgevolg kan iedere overheidsmaatregel ten faveure van Systems het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig beïnvloeden<sup>(166)</sup>, zodat de voorlopige conclusie van de Commissie is dat is voldaan aan de tweede voorwaarde om tot het bestaan van staatssteun te concluderen.
- (105) Voorts wordt een door de Staat genomen maatregel geacht de mededinging te vervalsen of te dreigen te vervalsen wanneer deze de concurrentiepositie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen kan verbeteren<sup>(167)</sup>. Voor zover Systems door de omstrede maatregelen wordt bevrijd van de vennootschapsbelasting die zij anders verschuldigd was, vormt de als gevolg van die APA's verleende steun bedrijfssteun, doordat Systems daarmee wordt bevrijd van een last die zij normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen. Het Hof van Justitie is steevast van oordeel dat bedrijfssteun de mededinging vervalst<sup>(168)</sup>, waardoor steun die aan een vennootschap van Inter IKEA is toegekend, dient te worden geacht de mededinging te vervalsen of te dreigen te vervalsen omdat deze haar financiële positie versterkt op de markten waarop zij actief is. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de vierde voorwaarde is vervuld om ten aanzien van de omstrede maatregelen tot het bestaan van staatssteun te besluiten.
- (106) Wat betreft de derde voorwaarde om tot het bestaan van steun te concluderen (het toekennen van een selectief voordeel), is een APA bedoeld om, vooraf en voor een bepaalde periode, passende criteria vast te leggen voor het berekenen van de zakelijke waarde van bepaalde gelieerde transacties. Zodoende wordt met een APA vooraf de toepassing vastgelegd van de algemene belastingregeling op een bepaalde gelieerde transactie gelet op de specifieke feiten en omstandigheden ervan, zodat de belastingplichtige zijn over de betrokken periode verschuldigde vennootschapsbelasting kan bepalen. Een APA moet, evenals iedere andere belastingmaatregel, evenwel de staatssteunvoorschriften in acht nemen. Wanneer met een APA zonder rechtvaardiging een uitkomst wordt bekrachtigd die geen betrouwbare afspiegeling vormt van de uitkomst bij een normale toepassing van de algemene belastingregeling, kan met die APA een selectief voordeel worden verleend aan de partij waaraan die ruling wordt afgegeven, voor zover die selectieve behandeling ertoe leidt dat de belasting welke die belastingplichtige in die lidstaat verschuldigd is, wordt verlaagd ten opzichte van vennootschappen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de APA van 2006 en de APA van 2011 in een fiscale behandeling heeft geresulteerd die de door Systems in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting heeft verlaagd ten opzichte van Nederlandse belastingplichtige vennootschappen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en die daarmee een selectief voordeel heeft opgeleverd.
- (107) In deel 7.2 zal de Commissie uitleggen waarom zij, in dit stadium, van mening is dat met de APA van 2006 en de APA van 2011 mogelijk een economisch voordeel aan Systems lijkt te worden verleend door het bekrachtigen van een verrekenprijsregeling die een uitkomst oplevert die afwijkt van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst die met het zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming is.
- (108) In deel 7.3 zal de Commissie uitleggen waarom zij, in dit stadium, van mening is dat dat voordeel een selectief karakter heeft. In de eerste plaats is de voorlopige conclusie van de Commissie dat het voordeel dat met de APA van 2006 en de APA van 2011 is toegekend, selectief van aard is omdat die APA's individuele maatregelen zijn die alleen aan Systems zijn toegekend. Volgens vaste rechtspraak kan in het geval van een individuele maatregel — zoals de omstrede APA's — „bij de vaststelling van een economisch voordeel in beginsel worden vermoed dat er sprake is van

<sup>(166)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 30 april 2009, Commissie / Italië en Wam, C-494/06 P, ECLI:EU:C:2009:272, punt 54 en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2005, Italië / Commissie, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, punt 112.

<sup>(167)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 17 september 1980, Philip Morris / Commissie, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, punt 11. Arrest van het Hof van Justitie van 15 juni 2000, Alzetta e.a. / Commissie, T-298/97, T-312/97 enz., ECLI:EU:T:2000:151, punt 80.

<sup>(168)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 3 maart 2005, Heiser, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, punt 55. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 20 maart 2014, Rouse Industry / Commissie, C-271/13 P, ECLI:EU:C:2014:175, punt 44; arrest van het Hof van Justitie van 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a. / Commissie, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, punt 136, en arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2000, Duitsland / Commissie, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, punt 30 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

*selectiviteit*"<sup>(169)</sup>, zonder dat de selectiviteit van de maatregel hoeft te worden onderzocht volgens de selectiviteitsanalyse in drie stappen die het Hof van Justitie voor staatssteunregelingen heeft ontwikkeld<sup>(170)</sup>. Niettemin zal de Commissie volledigheidshalve ook, aan de hand van de analyse in drie stappen, die het Hof van Justitie voor steunregelingen heeft ontwikkeld, aantonen waarom zij de omstreden APA's voorlopig als selectief van aard beschouwt.

## 7.2. Voordeel

- (109) Wanneer een door de Staat genomen maatregel de netto financiële positie van een onderneming verbetert, is er sprake van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag<sup>(171)</sup>. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, dient te worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf<sup>(172)</sup>. Wat belastingmaatregelen betreft, kan een voordeel worden verleend via verschillende soorten verminderingen van de belastingdruk van een onderneming, zoals een verlaging van de belastbare winst of een vermindering van de verschuldigde belasting<sup>(173)</sup>.
- (110) Het Hof van Justitie heeft verklaard dat „[o]m na te gaan of de vaststelling van de belastbare inkomsten [...], [de begunstigde ervan] een voordeel verschafft, de genoemde [methode] [...] [moet] worden vergeleken met de algemene regeling, die is gebaseerd op het verschil tussen lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst”<sup>(174)</sup>. Met andere woorden, een APA waarmee een belastingplichtige bij zijn intragroepstransacties verrekenprijzen kan hanteren die geen afspiegeling zijn van de prijzen die onafhankelijke ondernemingen berekenen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen, verleent aan die belastingplichtige een selectief voordeel doordat zulks resulteert in een verlaging van de belastbare winst van de vennootschap onder het algemene vennootschapsbelastingstelsel, die geen betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst weerspiegelt.
- (111) Het voorlopige standpunt van de Commissie is dat met de omstreden APA's verrekenprijzen worden bekrachtigd die niet vergelijkbaar zijn met prijzen die onafhankelijke ondernemingen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen elkaar in rekening hadden gebracht. Zoals uiteengezet in punt (87) is het beginsel dat verbonden groepsmaatschappijen hun intragroepstransacties zakelijk moeten beprijzen een inherent onderdeel van het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel. Bijgevolg is het voorlopige standpunt van de Commissie dat met de omstreden APA's aan Systems een economisch voordeel wordt verleend in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag omdat het die onderneming in staat stelt haar belastbare jaarwinst voor vennootschapsbelastingdoeleinden in Nederland te verlagen.

### 7.2.1. De APA van 2006

- (112) De Commissie is in dit stadium van mening dat de APA van 2006 mogelijk een voordeel aan Systems verleent die een verlaging van de vennootschapsbelastingverplichting van die vennootschap in Nederland oplevert die geen betrouwbare benadering lijkt te zijn van een marktgebaseerde uitkomst in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel. Dankzij de APA van 2006 lijkt Systems voor haar intragroepstransacties met Holding<sup>(175)</sup> immers verrekenprijzen te kunnen hanteren die geen afspiegeling lijken te zijn van de prijzen die worden berekend in een omgeving waarin vrije mededinging heerst, tussen onafhankelijke ondernemingen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen.
- (113) De voorlopige conclusie van de Commissie is gebaseerd op twee argumenten. In de eerste plaats is de Commissie van mening dat de APA van 2006, bij het toepassen van de TNMM, Systems wellicht ten onrechte als de minder complexe entiteit en getoetste partij heeft beschouwd. In de tweede plaats lijkt, zelfs indien Systems correct als de getoetste partij was geïdentificeerd, de met de APA van 2006 bekrachtigde toepassing van de TNMM een aantal methodologische fouten te bevatten. Deze beide argumenten worden verder ontwikkeld in, onderscheidenlijk, deel 7.2.1.1 en deel 7.2.1.2.

<sup>(169)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2015, Commissie / MOL, C-15/14 P, ECLI:EU:C:2015:362, punt 60. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie / World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 55, en arrest van het Hof van Justitie van 30 juni 2016, België / Commissie, C-270/15 P, ECLI:EU:C:2016:489, punt 49.

<sup>(170)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 26 oktober 2016, Orange / Commissie, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, punten 53 en 54.

<sup>(171)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, punt 41.

<sup>(172)</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië / Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

<sup>(173)</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2005, Italië / Commissie, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, punt 78; arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punt 32; arrest van het Hof van Justitie van 9 oktober 2014, Ministerio de Defensa en Navantia, C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262, punten 21 tot en met 31. Zie ook punt 9 van de mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen (PB C 384 van 10.12.1998, blz. 3).

<sup>(174)</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie van 22 juni 2006, België en Forum 187 / Commissie, C-182/03 en C-217/03, ECLI:EU:C:2005:266, punt 95.

<sup>(175)</sup> Telkens als in dit deel 7.2.1 sprake is van Holding, wordt dit geacht te gelden voor Largo voor de verslagjaren 2010 en 2011, toen Largo Holding opvolgde met betrekking tot de bepalingen van de APA van 2006.

7.2.1.1. De Commissie betwijfelt of Systems ten behoeve van de toepassing van de TNMM terecht als de minder complexe entiteit is beschouwd

- (114) De Commissie is in dit stadium van mening dat met de APA van 2006 de toepassing van de TNMM wordt bekrachtigd die is gebaseerd op de ontrecte aanname dat Systems een entiteit is die eenvoudige functies uitoefent, gering risico loopt en geen waardevolle en unieke bijdrage levert aan de transactie met Holding. Door de TNMM op Systems als getoetste partij toe te passen, wijst de APA van 2006 aan deze vennootschap een operationele winst toe (in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen geïdentificeerd als nettowinst) die een klein, routinematig deel vertegenwoordigt van de gezamenlijke nettowinst die voortvloeit uit de gelieerde transactie waarbij de gelieerde ondernemingen betrokken zijn, terwijl de restwinst (voor verrekenprijsoeinden) als vergoeding voor de licentie aan Holding wordt toegerekend<sup>(176)</sup>. De Commissie is in dit stadium van mening dat deze conclusie voorbijgaat aan de economische werkelijkheid van de betrekkingen tussen Systems en Holding — en dus afwijkt van het zakelijkheidsbeginsel.
- (115) Om te bepalen of de door Holding aan Systems afgegeven licentie zakelijk is geprijsd, zal de Commissie, voortbouwend op de logica van de APA van 2006, nagaan of de door de APA van 2006 aan Systems toegerekende operationele marge, die overeenstemt met een „een operationele marge van 5 % van de franchise- en service-inkomsten”<sup>(177)</sup>, een betrouwbare benadering geeft van een marktgebaseerde uitkomst in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel. Overeenkomstig de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen dient deze analyse gebaseerd te zijn op een analyse van de door elk van de partijen uitgeoefende functies, gelopen risico's en gebruikte activa (een functionele analyse)<sup>(178)</sup>.
- (116) De Commissie tekent allereerst aan dat, in het OESO-raamwerk, de minder complexe partij geacht wordt de entiteit te zijn die eenvoudige functies uitoefent en geen unieke en waardevolle bijdrage toevoegt aan de gelieerde transactie<sup>(179)</sup>, of met andere woorden, de entiteit die „„benchmarkable” functies (bijv. productie, distributie, diensten waarvoor vergelijkingspunten bestaan)” verricht „en geen waardevolle, unieke bijdrage levert (met name geen unieke, waardevolle immateriële activa bijdraagt)”<sup>(180)</sup>. Deze verklaring lijkt moeilijk te verzoenen met de rol van Systems als eigenaar, schepper en ontwikkelaar van een immaterieel activum zoals het IKEA Franchise Concept, dat in de APA van 2006 wordt omschreven als „een uniek marketing- en retailconcept”<sup>(181)</sup> en dat, volgens Nederland, „bestaat uit een kenmerkende en unieke combinatie” van een breed scala elementen zoals „designontwerp, interieur- en exterieuraccessoires, bedrijfssystemen en -methodes (inclusief systemen voor de verkoop van voedsel en dranken), bedrijfsstandaarden, reclame- en marketingtechnieken (inclusief de IKEA-catalogus en de IKEA-website), klantenclubs, digitale componenten en applicaties die de implementatie van detailhandelssystemen ondersteunen”<sup>(182)</sup>. De creatie, de ontwikkeling en het beheer van knowhow van dusdanig complexe elementen, alsmede de implementatie en het doorgeven ervan aan de franchisenemers lijkt een waardevolle en unieke bijdrage te zijn met betrekking tot de gelieerde transactie waarvoor op de markt niet eenvoudig betrouwbare vergelijkbaarheidsmaatstaven lijken te kunnen worden gevonden.
- (117) De Commissie heeft een analyse gemaakt van de functies uitgeoefend door, de risico's gelopen door en de activa die eigendom zijn van Systems en Holding, om tot de gezamenlijke winst te komen die wordt gemaakt door het franchisen van het IKEA Franchise Concept op basis van de Rechten („de franchiseactiviteiten”). De voorlopige functionele analyse die de Commissie heeft gemaakt, schraagt de conclusie dat het Systems is die een waardevolle bijdrage levert aan deze activiteiten. Een en ander zou betekenen dat Systems in de APA van 2006 ten onrechte is

<sup>(176)</sup> Wanneer de TNMM wordt toegepast, wordt de operationele winst gebruikt als een indirecte methode om de zakelijke prijs van de gelieerde transactie te bepalen. Daarom komt de hoognaamd zakelijke licentievergoeding die Systems aan Holding is verschuldigd, overeen met het franchise-inkomen minus de overeenkomstig de APA berekende operationele winst, minus andere operationele kosten van Systems. De hoognaamd zakelijke licentievergoeding zou derhalve gelijk moeten zijn aan de licentievergoeding die in de licentieovereenkomst is afgesproken en die in de commerciële jaarstukken is geboekt, vermeerderd met het informele kapitaal.

<sup>(177)</sup> APA van 2006, punt 3.5.

<sup>(178)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 1.42: „In transactions between two independent enterprises, compensation usually will reflect the functions that each enterprise performs (taking into account assets used and risks assumed). Therefore, in determining whether controlled and uncontrolled transactions or entities are comparable, a functional analysis is necessary. This functional analysis seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [eigen vert.: „In transacties tussen twee onafhankelijke ondernemingen zal de beloning meestal een afspiegeling zijn van de functies van elke onderneming (rekening houdende met gebruikte activa en gelopen risico's). Om te bepalen of gelieerde transacties en vrijemarkttransacties of entiteiten vergelijkbaar zijn, is derhalve een functionele analyse noodzakelijk. In deze functionele analyse worden de economisch belangrijke activiteiten en verantwoordelijkheden, gebruikte activa en gelopen risico's door de partijen bij de transactie geïdentificeerd en vergeleken.]. Zie, in diezelfde zin, OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragrafen 1.21, 1.22 en 1.23.

<sup>(179)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 3.19 (eigen vert.), en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragraaf 3.43.

<sup>(180)</sup> OESO-Paper „Transfer Pricing Methods”, juli 2010, paragraaf 58.

<sup>(181)</sup> APA van 2006, punt 1.4. Dezelfde of vergelijkbare definities komen voor in de Licence Agreement (overweging 5) en de APA van 2011, punt 1.7.

<sup>(182)</sup> Zie de brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 1, en antwoord op vraag A.6 in bijlage 2.

geselecteerd als de getoetste partij bij het toepassen van de TNMM, hetgeen van invloed was op de toerekening (en met name de verlaging) van de winst die relevant is om de door Systems in Nederland verschuldigde belasting te bepalen. De functionele analyse van de Commissie is in de onderstaande punten weergegeven.

#### *Functionele analyse*

- (118) Systems oefent de volgende categorieën functies uit, die hierna afzonderlijk zullen worden geanalyseerd: i) creatie, ontwikkeling en beheer van het IKEA Franchise Concept, alsmede het onderhouden van de Rechten; ii) beheer van de franchisecontracten, coördinatie en bundeling van diensten geleverd aan externe partijen; en iii) catalogusactiviteiten<sup>(183)</sup>. Voor het uitoefenen van deze functies had Systems in 2015 bijna 1000 vte's in dienst<sup>(184)</sup>. Holding daarentegen heeft volgens Nederland geen medewerkers in dienst afgezien van drie directieleden<sup>(185)</sup>.
- (i) Creatie, ontwikkeling en beheer van het IKEA Franchise Concept, alsmede het onderhouden van de Rechten
- (119) De creatie, de ontwikkeling en het beheer van het IKEA Franchise Concept bestaat uit het beheer, het onderhouden en de verbetering van het IKEA Franchise Concept. Het omvat marketingonderzoek en verbetering van het concept, testen en opleiden alsmede het opstellen van conceptdocumentatie<sup>(186)</sup>.
- (120) In de licentieovereenkomst<sup>(187)</sup> en in de Letters of Understanding<sup>(188)</sup> is uitdrukkelijk aangegeven dat Systems het IKEA Franchise Concept heeft gecreëerd en ook de juridische en economische eigenaar van dat concept is. De ontwikkeling van dit immaterieel activum vereist een breed scala functies, zoals ontwikkeling van nieuwe ideeën, producten en vormgeving, productontwerp, vaststelling van productranges, uitproberen van nieuwe ideeën en sampling van producten in de test-store in Delft<sup>(189)</sup>, marktonderzoek, opleiding voor franchisenemers (managers en personeel) over specifieke marketingtechnieken en over de implementatie van het IKEA Franchise Concept, uitwerken en verbeteren van documenten en andere ondersteuningsmedia, zoals handboeken voor franchisenemers over de verdere uitbouw en invulling van het IKEA Franchise Concept<sup>(190)</sup>. De Commissie is in dit stadium van mening dat de creatie, ontwikkeling en implementatie van een dergelijk complex immaterieel activum middels de uitoefening van een zo breed scala aan functies een unieke en waardevolle bijdrage aan de franchiseactiviteiten vormt.
- (121) Bovendien blijkt uit de verschaft informatie dat Systems bij het uitoefenen van deze functies zelfstandig en onafhankelijk handelde. De rol van Holding in het beheer van de franchiseactiviteiten lijkt, a priori, immers vrij beperkt. Het moge zo zijn dat Systems de Rechten die eigendom zijn van Holding nodig heeft om het IKEA Franchise Concept te kunnen ontwikkelen en exploiteren. Maar afgezien van een algemene verplichting voor Systems om de Rechten ervan te gebruiken in overeenstemming met de „richtsnoeren” ervan, wordt in de licentieovereenkomst geen specifieke rol of verplichting aan Holding toegewezen wat betreft het beheer, de ontwikkeling, het versterken of exploiteren van de Rechten of het IKEA Franchise Concept.

<sup>(183)</sup> Deze indeling van de door Systems uitgeoefende functies is gebaseerd op het verrekenprijsrapport (zie deel 4.1).

<sup>(184)</sup> Zie punt (21). Bijna de helft van deze vte's werkt in de test-store in Delft.

<sup>(185)</sup> Brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag B.5.i.

<sup>(186)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.3.1. Deze functies worden in het verrekenprijsrapport als volgt beschreven: „Marketingonderzoek en verbetering van het concept” omvat het uitvoeren van marketing- en consumentensurveys die worden gebruikt om het IKEA Franchise Concept aan te passen en te verbeteren, door onder meer aanpassingen aan de architectonische vormgeving van de IKEA-winkels. Het omvat ook aanpassingen in rangepresentaties of in verkoopmethoden, of de analyse en ontwikkeling van nieuwe ideeën die franchisenemers kunnen voorstellen, alsmede het uittesten van deze ideeën in de test-store in Delft voordat deze in het IKEA Franchise Concept worden geïntegreerd (punt 4.3.1.1). „Testen en opleiden” omvat testen en sampling van nieuwe producten, die plaatsvindt in de test-store in Delft, alsmede training en opleiding van het management en de medewerkers van de franchisenemers aan het IKEA Business College (punt 4.3.1.2). „Conceptdocumentatie” omvat de ontwikkeling van documenten met betrekking tot het IKEA Franchise Concept en handboeken voor het personeel (punt 4.3.1.3).

<sup>(187)</sup> Licence Agreement, overweging 5.

<sup>(188)</sup> Zie met name de aanvullende overeenkomst van 30 augustus 2006 tussen Systems en Holding, de overwegingen b) en c).

<sup>(189)</sup> Doel van de test-store is: „demonstrating that all parts of THE IKEA FRANCHISE CONCEPT are fully operative and that any adjustments of THE IKEA FRANCHISE CONCEPT are tested in practice before implementation” (zie Supplementary Agreement van 15 november 1990, punt I.a).

<sup>(190)</sup> Zie voetnoot 186.

Volgens de IKEA-website (<http://franchisor.ikea.com/a-home-for-the-ikea-concept/>) is het Concept Centre de plaats waar „new solutions are developed, documented and analysed from a conceptual viewpoint”. Ook zorgt Systems in het Concept Centre voor een „systematic transfer of IKEA know-how [and] communicat[e]s proven solutions to all IKEA retailers, so that each and every one can benefit from these in their business”.

- (122) Ook al is Holding misschien de juridische eigenaar van de Rechten, de Commissie is in dit stadium van mening dat Systems ook verantwoordelijk was voor de besluitvorming met betrekking tot de instandhouding, versterking en bescherming van die rechten en dat zij de desbetreffende kosten voor haar rekening nam.
- (123) Systems lijkt de partij te zijn die verantwoordelijk was voor de juridische bescherming van de Rechten. Volgens punt 1.3 van de APA van 2006 draagt Systems de verantwoordelijkheid om de integriteit van deze rechten te waarborgen (inclusief juridische stappen inzake inbreuken op de merkrechten en dergelijke). In de licentieovereenkomst en de Letters of Understanding wordt bevestigd dat Systems ook toestemming heeft om de Rechten te laten registreren<sup>(191)</sup>. Nederland heeft geen bewijzen verstrekt waaruit blijkt dat Holding een rol speelde bij de besluitvorming over de juridische bescherming van de Rechten. Integendeel, de notulen van de bijeenkomsten van Systems met Holding op 20 oktober 2010, 24 maart 2011 en 19 oktober 2011<sup>(192)</sup> laten zien dat Systems de besluiten over de juridische bescherming van de Rechten en het IKEA Franchise Concept nam en Largo slechts achteraf daarvan in kennis stelde<sup>(193)</sup>.
- (124) Bovendien lijkt Systems de entiteit te zijn die de kosten met betrekking tot de Rechten draagt. Volgens de Cost Split Letter worden de kosten met betrekking tot de Rechten door Systems namens Holding gemaakt en moeten deze door Holding worden terugbetaald<sup>(194)</sup>. Niettemin, lijken de toelichting die Nederland in zijn brief van 15 mei 2017 heeft gegeven<sup>(195)</sup>, en de daadwerkelijke gedragingen van de partijen erop te wijzen dat de kosten met betrekking tot de Rechten in feite door Systems werden gedragen. Deze kwestie komt aan bod in de punten (150) e.v.
- (125) De Commissie is in dit stadium van mening dat dit alles bevestigt dat Systems unieke en waardevolle bijdragen leverde aan de franchiseactiviteiten.
- (ii) Beheer van betrekkingen met franchisenemers en met externe dienstverleners
- (126) Het beheer van betrekkingen met franchisenemers en externe dienstverleners omvat de volgende functies: „het onderhouden van relaties met klanten”, „communicatie”, „verkoopondersteuning”, „beheer van uitbestede diensten” en „algemene diensten”<sup>(196)</sup>. Deze functies hebben betrekking op de levering en coördinatie van verschillende diensten die moeten zorgen voor het beheer van de winkels en, meer algemeen, de ontwikkeling en groei van de franchiseactiviteiten.
- (127) In zijn brief van 15 mei 2017 heeft Nederland aangegeven wat in zijn ogen de „essentiële functies” zijn waardoor de kernwaarden waarop de activiteiten van de onderneming van IKEA berusten „worden vormgegeven, bewaakt, onderhouden en verbeterd”: „a) ontwerp & design producten; b) inkoop, productie en logistiek [...]; c) het uitgeven van franchisecontracten (keuze locatie); [en] d) marketingstrategie”<sup>(197)</sup>. Zoals uiteengezet in de punten (128) tot en met (131) vervult Systems een centrale rol bij de franchiseactiviteiten.

<sup>(191)</sup> Zie punt (24). Zie Licence Agreement, clause II.b), Letter of Understanding van november 1998, punten 2 en 3, en de brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 1.

<sup>(192)</sup> Op 10 april 2017 door Nederland verstrekt.

<sup>(193)</sup> Zie notulen van de bijeenkomst van 20 oktober 2010, punt 5.1010; notulen van de bijeenkomst van 24 maart 2011, punt 5.0311; notulen van de bijeenkomst van 19 oktober 2011, punt 5.0311. Met name in punt 5.031 in de beide laatste notulen wordt specifiek melding gemaakt van handleidingen en handboeken die Systems heeft gemaakt met betrekking tot het gebruik van de Rechten. In dit verband wordt de bescherming van het handelsmerk beschouwd als een bepalende factor bij het creëren van immateriële waarde (zie hoofdstuk VI van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2017, waarin het Final Report van 2015 „Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”, Actions 8-10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, is opgenomen).

<sup>(194)</sup> Zie punt (25).

<sup>(195)</sup> Brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.15.

<sup>(196)</sup> Zie verrekenprijssrapport, punt 4.2.1. Deze functies worden in het verrekenprijssrapport als volgt beschreven: „het onderhouden van relaties met klanten” omvat totstandbrenging en onderhoud van relaties met franchisenemers wereldwijd (met inbegrip van potentiële franchisenemers), het beheer van betrekkingen met andere partijen die diensten leveren aan franchisenemers en „securing the proper positioning and market penetration on the individual markets” (punt 4.2.1.1). „Communicatie” omvat het beheer van de informatiestromen met franchisenemers, met name wat betreft de doorvoering van nieuwe elementen van de IKEA Franchise Concept (punt 4.2.2.2). „Verkoopondersteuning” omvat diensten aan franchisenemers zoals consultancydiensten voor de implementatie van het IKEA Franchise Concept, met name met betrekking tot het opstarten en herinrichten van IKEA-winkels (punt 4.2.1.3). „Beheer van uitbestede diensten” omvat het bundelen van alle diensten die nodig zijn om betrekkingen met klanten en de franchisecontracten te beheren. De diensten die andere gelieerde partijen van de Inter IKEA-groep leveren, omvatten bescherming van rechten, winkelontwerp, projectondersteuning, marketingdiensten enz. (punt 4.2.14; zie ook voetnoot 71). „Algemeen beheer” betekent de levering van diensten zoals financiën, administratie of IT (punt 4.2.1.5). Volgens het verrekenprijssrapport int Systems ook de franchisevergoedingen bij franchisenemers en beheert zij nieuwe franchiseaanvragen, beoordeelt zij aanvragers op hun geschiktheid en ondertekent zij de franchisecontracten (punt 4.2.1, *in fine*).

<sup>(197)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.5.i.



- (128) Wat betreft het ontwerp en design van producten bevestigt Nederland dat deze functie vóór 1983 intern werd uitgeoefend, maar dat zij na die datum is toegewezen aan IKEA of Sweden AB, een entiteit van de INGKA-groep. Volgens Nederland is Systems „eindverantwoordelijk voor de product-range” en „[i]s [d]eze verantwoordelijkheid [...] veelal gedelegeerd aan IKEA of Sweden die tot 2016 tot de INGKA Group behoort. Zo zal de beslissingsbevoegdheid m.b.t. het opnemen van een bepaalde kleur van een kopje bij IKEA of Sweden worden gelaten. Maar indien het bijvoorbeeld de opname van het ontwerp van een nieuw keukenassortiment in de productrange betreft zal [Systems] deze verantwoordelijkheid binnen de door I.I. Holding S.A./Largo Brands Corporation AW gezette kaders zelf nemen”<sup>(198)</sup>. Nederland licht nog toe dat „[d]e verantwoordelijkheid met betrekking tot het opnemen van nieuw ontworpen producten in de productrange bij INTER IKEA Systems BV [ligt]”<sup>(199)</sup>.
- (129) Uit de analyse van de door Nederland verschaft documenten blijkt dat, afgezien van Systems, Holding noch enige andere Inter IKEA-vennootschap bij de uitoefening van deze rol betrokken was<sup>(200)</sup>. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd door Nederland in zijn brief van 15 mei 2017, waar het erkent dat „[a]lleen IKEA of Sweden AB [...] te maken [heeft] met het bepalen en ontwikkelen van producten en de productrange” en dat „[e]r geen betrokkenheid van een andere entiteit [is], behalve dan dat [Systems] controleert dat de producten binnen de grenzen blijven van de productrange”<sup>(201)</sup>. Het is overigens niet duidelijk wat wordt bedoeld met de woorden „binnen de door I.I. Holding S.A./Largo Brands Corporation AW gezette kaders”.
- (130) Daarom ziet het er op basis van de verstrekte informatie naar uit dat Systems de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid en dus de controle had over het ondernemingsrisico met betrekking tot het ontwerp en design van producten en de vaststelling van de productrange. Aangezien de andere bij deze functie betrokken entiteit (IKEA of Sweden AB) een onafhankelijke partij is die per definitie zakelijk wordt beloond, speelt deze andere entiteit bovendien geen relevante rol bij de waardecreatie binnen Inter IKEA.
- (131) Wat de aankoop en levering betreft, beweert Nederland in zijn brief van 15 mei 2017 dat Systems bij deze functies geen rol speelt. De door Nederland verstrekte contracten staven deze verklaring echter niet, in tegendeel. Uit deze contracten blijkt dat Systems aan een vennootschap van de INGKA Group (IKEA Supply AG) het recht heeft toevertrouwd om IKEA-producten aan te kopen bij bepaalde, door Systems aangewezen<sup>(202)</sup>, onafhankelijke producenten met het oog op levering aan IKEA-winkels. Deze vennootschap moet deze functies uitoefenen in overeenstemming met de door Systems gegeven instructies<sup>(203)</sup>.
- (132) Wat betreft het zoeken naar en de acceptatie van potentiële franchisenemers, betoogt Nederland dat „de gestelde eisen en de beslissing voor 2002 bij [Holding/Largo] [lag]”<sup>(204)</sup>. In zijn brief van 17 november 2016 heeft Nederland aangegeven dat Holding en Largo „beschikten over de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid m.b.t. het goedkeuren van nieuwe franchisenemers. De senior executives hadden het beslissende stem(veto)recht m.b.t. (voorgenomen) besluiten van [Systems] t.a.v. het verlenen van nieuwe franchiseovereenkomsten voor nieuwe franchisenemers en het toetreden op nieuwe markten/contingenten”<sup>(205)</sup>. In diezelfde brief verklaarde Nederland dat de keuze van nieuwe locaties, markten en franchisenemers „exclusief [was] voorbehouden aan de licentiegever”, vertegenwoordigd door senior executives buiten Nederland<sup>(206)</sup>. Ten slotte heeft Nederland in zijn brief van 5 mei 2017 toegelicht dat de licentieovereenkomst uit 1983 „alleen voor bepaalde landen gegeven is [...]. Hieruit volgt dat nieuwe landen niet onder de licentie vallen, tenzij uitdrukkelijk overeengekomen.”

<sup>(198)</sup> In dat verband heeft Nederland een kopie verstrekt van een Product Range Assignment Agreement die op 30 maart 2012 door Systems en IKEA of Sweden AB is ondertekend. Van deze overeenkomst zijn geen eerdere versies aan de Commissie verstrekt. Op grond van die overeenkomst draagt Systems aan IKEA of Sweden op om de IKEA-productrange te bepalen en te verschaffen en producten te ontwikkelen om in de productrange op te nemen, alsmede om de desbetreffende presentatie en communicatiecontent en verpakkingoplossingen te ontwikkelen (clausules 1.1, 1.6, 1.7, 3.1). Die producten moeten het IKEA-handelsmerk dragen zodat ze in IKEA-winkels kunnen worden verkocht, „only as long as [...] in [Systems]’ judgment, [they] fulfil the standards, specifications and instructions set by [Systems]” (clausule 4.1). Alle producten moeten de aanduiding „Design & Quality IKEA of Sweden” krijgen (clausule 4.2). IKEA moet de producten goedkeuren voordat ze in de productrange kunnen worden opgenomen (clausule 5.3).

<sup>(199)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3.

<sup>(200)</sup> In de Product Range Assignment Agreement is bepaald dat Systems specificaties en instructies aan IKEA of Sweden AB moet geven (clausule 4.1) en de in de range opgenomen producten moet goedkeuren (clausule 5.3).

<sup>(201)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3.

<sup>(202)</sup> Overeenkomst tussen Systems en IKEA Supply AG (voorheen: IKEA Trading und Design AG) van 25 april 1990, alsmede Supplementary Letters van 30 augustus 1995 en 16 maart 2007. In het kader van deze overeenkomst krijgt IKEA Supply AG rechten verleend om IKEA-producten aan te kopen bij bepaalde, door Systems aangeduide onafhankelijke producenten. Nederland heeft ook kopieën verstrekt van commissieovereenkomsten betreffende de productie van catalogi die op 18 november 1996 en 23 december 2000 tussen Systems en IKEA Catalogue Services AB (Zweden) zijn gesloten.

Ook wordt in het contract tussen Systems en IKEA of Sweden AB vermeld dat Systems aan IKEA Supply AG het recht heeft verleend om de producten te produceren en aan te kopen met het oog op de uiteindelijke verkoop aan de franchisenemers.

<sup>(203)</sup> Zie clausule 2 van de overeenkomst van 25 april 1990.

<sup>(204)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.5.i.

<sup>(205)</sup> Zie brief van 17 november 2016, bijlage 2, antwoord op vraag A.iv.

<sup>(206)</sup> Zie brief van 17 november 2016, bijlage 2, antwoord op vraag A.iv.

- (133) De Commissie heeft in dit stadium twijfels bij deze verklaringen. Het toepassingsgebied van de licentieovereenkomst is inderdaad beperkt tot bepaalde in een bijlage vermelde landen<sup>(207)</sup>, wat betekent dat de uitbreiding naar andere landen evenals een wijziging van de licentieovereenkomst de instemming van beide partijen vereist<sup>(208)</sup>. In de ogen van de Commissie kan hierin niet worden gelezen dat Holding een „beslissende stem”, een „vetorecht” of een „exclusief voorbehouden [recht]” zou hebben om nieuwe franchiseovereenkomsten af te sluiten of nieuwe locaties, markten en franchisenemers te kiezen. Immers, nadat een bepaald land is opgenomen in het toepassingsgebied van de licentieovereenkomst, bij aanvang of in een latere fase in onderlinge overeenstemming tussen Systems en Holding, geeft de licentieovereenkomst en de Letters of Understanding geen recht of verantwoordelijkheid aan Holding wat betreft de feitelijke selectie van nieuwe locaties of franchisenemers in dat land. In tegenstelling tot wat Nederland beweert, legt de tekst van de licentieovereenkomst en van de Letters of Understanding geen specifieke verplichting op aan Systems om de toestemming of instemming van een andere groepsmaatschappij te vragen voor het aanstellen van nieuwe franchisenemers of het afsluiten van nieuwe franchisecontracten ten aanzien van grondgebieden die onder het toepassingsgebied vallen.
- (134) De andere door Nederland verstrekte documenten lijken aan te sluiten bij deze uitleg van de licentieovereenkomst. Meer bepaald is in de aanvragen die Systems op 28 maart 2011 aan Largo heeft gezonden voor haar toestemming<sup>(209)</sup> betreffende Estland, Marokko en Letland, geen sprake van specifieke nieuwe franchisenemers, maar van „een nieuw land/grondgebied” (eigen vert.). Evenmin wordt in de notulen van de bijeenkomst tussen Largo en Systems van 24 maart 2011 bij deze aanvragen geroep over „nieuwe landen” (eigen vert.).
- (135) Bovendien lijken de notulen van de bijeenkomsten tussen Largo en Systems van 24 maart 2011 en 20 oktober 2010 erop te wijzen dat Systems de entiteit is die verantwoordelijk is voor de voorbereiding van het strategische uitbreidingsplan van de franchiseactiviteiten. Uit deze notulen blijkt geen actieve betrokkenheid van Largo wat betreft het uitbreidingsplan<sup>(210)</sup>. Ten slotte sluit de beschrijving van functies in het verrekenprijsrapport aan bij deze uitleg omdat Systems daarin wordt beschreven als de entiteit die verantwoordelijk is voor het uitvoeren van marktonderzoeken en surveys, en die nieuwe franchisekandidaten op hun geschiktheid moet beoordelen<sup>(211)</sup>. Kortom, zelfs indien Holding of andere groepsmaatschappijen een rol hebben gespeeld bij de goedkeuring van nieuwe franchisenemers, dan nog lijkt deze rol louter passief te zijn.
- (136) Wat de marketingstrategie betreft, geeft Nederland tenslotte aan dat Systems „geen activiteiten uit[oeft] ten aanzien van de globale of lokale marketing”<sup>(212)</sup>. Volgens Nederland „zijn [het] de franchisenemers die verantwoordelijk zijn voor de verkoop” en „organiseert [Systems] alleen dat de IKEA-catalogi samengesteld, gedrukt en geleverd wordt”<sup>(213)</sup>. Afgezien van het in overleg met de franchisenemers bewaken van de inhoud van de catalogus, speelt Systems „[ge]en verdere rol in het ontwikkelen, uitbouwen en implementeren van de [marketing]strategie”<sup>(214)</sup>. Volgens Nederland doet Systems geen marketinguitgaven en verricht zij enkel marketingsupport of marketingbijdragen die de continuïteit helpen te waarborgen van de franchise-inkomsten van franchisenemers die vanwege extreme externe omstandigheden tijdelijk in de problemen zitten<sup>(215)</sup>.
- (137) De Commissie is in dit stadium van mening dat, anders dan wat Nederland aanvoert, Systems de entiteit lijkt te zijn die verantwoordelijk is voor een breed scala commerciële, marketing-, strategische en planningactiviteiten van de franchiseonderneming.

<sup>(207)</sup> Niet aan de Commissie verstrekt.

<sup>(208)</sup> Zie punt 4.1.

<sup>(209)</sup> Door Nederland verstrekt bij brief van 10 april 2017.

<sup>(210)</sup> Op de Inter IKEA-website (<http://franchisor.ikea.com/how-to-become-an-ikea-franchisee-2/>) staat het volgende te lezen met betrekking tot de activiteiten van Systems ten aanzien van nieuwe landen en franchisenemers: „Inter IKEA Systems B.V. is constantly evaluating new countries and is following a long-term strategic expansion plan, which sets our priorities of future growth, where to put focus and when”. [...] „Entry to a new country is made after thorough market studies and franchisees are carefully evaluated prior to selection. When selecting franchisees, Inter IKEA Systems B.V., among other things, evaluates the following: experience, local market knowledge and presence, corporate culture and values, financial strength and ability to carry through the investment penetrating a country in full and in a large-scale retail environment format”.

<sup>(211)</sup> Zie de punten (119) en (126).

<sup>(212)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.3.i.

<sup>(213)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.3.i.

<sup>(214)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.5.i.

<sup>(215)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.5.ii. In zijn antwoord op vraag A.3.i bevestigt Nederland dat „INTER IKEA Systems B.V. tot het verstrekken van deze bijdrages [heeft] besloten”. In datzelfde antwoord heeft Nederland toegelicht dat deze „marketingsupport” financiële steun is om specifieke franchisenemers in landen die worstelen met economische problemen, aan te moedigen meer inspanningen te leveren om hun nieuwe of bestaande grondgebied en/of markt te ontwikkelen. Volgens de brief van 17 november 2016, bijlage 2, antwoord op vraag B.(d)(ii), zijn marketingsupportbijdragen financiële bijdragen die franchisenemers moeten helpen om nieuwe markten te penetreren of om uit te breiden in bestaande markten en kunnen zij uit geldelijke bijdragen verstrekt aan franchisenemers of uit directe vergoeding van de kosten van externe marketeers bestaan. Zo geeft Nederland het voorbeeld van de Griekse franchisenemer die in de crisisjaren is ondersteund met financiële bijdragen.

- (138) In de eerste plaats is Systems verantwoordelijk voor de creatie en ontwikkeling van het IKEA Franchise Concept, een immaterieel activum dat bedrijfssystemen, reclame- en marketingtechnieken en distributietechnieken omvat <sup>(216)</sup>.
- (139) In de tweede plaats selecteert Systems nieuwe franchisenemers, onderhandelt zij over franchisecontracten en sluit zij deze af, brengt zij contractuele betrekkingen tot stand en onderhoudt zij die, en voert zij marktonderzoeken en surveys uit <sup>(217)</sup>.
- (140) In de derde plaats lijkt Systems specifieke marketingstrategieën en commerciële strategieën te ontwerpen en uit te voeren en lijkt zij verantwoordelijk te zijn voor de toepassing ervan. Dit wordt bevestigd door het verrekenprijsrapport; volgens dit rapport is Systems verantwoordelijk voor „het veiligstellen van de correcte positionering en marktpenetratie op de individuele markten” (eigen vert.) <sup>(218)</sup>. Nederland heeft ook bevestigd dat Systems beslissingen neemt over de marketingsupportbijdragen aan franchisenemers <sup>(219)</sup>. Bovendien blijkt uit de door Nederland verstrekte notulen van de bijeenkomsten tussen Systems en Largo dat Systems de uitbreidingsplannen opstelt <sup>(220)</sup>, strategische doelstellingen bepaalt <sup>(221)</sup>, nieuwe commerciële projecten en ideeën ontwikkelt en uittest <sup>(222)</sup>, handboeken samenstelt <sup>(223)</sup> en opleidingen geeft waarvan zij Largo nadien in kennis stelt <sup>(224)</sup>.
- (141) In de vierde plaats verzorgt Systems de coördinatie en bundeling van activiteiten met betrekking tot dienstverleners en externe partijen <sup>(225)</sup>; dit omvat activiteiten op marketinggebied, zoals vormgeving van producten, of het bepalen van de IKEA-productrange <sup>(226)</sup>. Al deze diensten worden verricht onder coördinatie en volgens de instructies van Systems.

(iii) Catalogusactiviteiten

- (142) De functie „catalogusactiviteiten” omvat de inkoop van materiaal, de productie van catalogi, kwaliteitscontrole, verkoopondersteuning en algemeen beheer <sup>(227)</sup>. Volgens Nederland maakt de IKEA-catalogus deel uit van het door Systems ontwikkelde Franchise Concept <sup>(228)</sup>. Nederland heeft bevestigd dat de catalogus onderdeel is van de marktstrategie van de franchiseactiviteiten <sup>(229)</sup>. Het heeft ook aangegeven dat Systems „verantwoordelijk [is] voor de productie, publicatie en verspreiding van de IKEA-Catalogus” en dat „[zij] [i]n overleg met de franchisenemers [...] de inhoud van de catalogus bewaakt” <sup>(230)</sup>. Noch de licentieovereenkomst, noch het verrekenprijsrapport wijst Holding enige rol toe met betrekking tot catalogusactiviteiten.

<sup>(216)</sup> Zie de punten (126) e.v.

<sup>(217)</sup> Zie de punten (119) en (126).

<sup>(218)</sup> Zie voetnoot 196.

<sup>(219)</sup> Zie voetnoot 215.

<sup>(220)</sup> Zie notulen van de bijeenkomst van 20 oktober 2010, punt 3.1010; notulen van de bijeenkomst van 19 oktober 2011, punt 3.0311.

<sup>(221)</sup> Zie notulen van de bijeenkomst van 19 oktober 2011, punt 3.0311.

<sup>(222)</sup> Zie de verwijzingen naar het „Bedroom Project” of het „Market Hall Project” of „Effective and Efficient Communication” in de notulen van de bijeenkomst van 19 oktober 2011, punt 3.0311, en in de notulen van de bijeenkomst van 24 maart 2011, punt 3.0311.

<sup>(223)</sup> Zie voetnoot 193.

<sup>(224)</sup> In dit verband verdient het vermelding dat, volgens paragraaf 1.61 van OESO-richtlijnen van 2010, „[...] some business strategies, such as those involving market penetration or expansion of market share, involve reductions in the taxpayer’s current profits in anticipation of increased future profits” [eigen vert.: „bepaalde ondernemingsstrategieën, zoals die rond marktpenetratie of het uitbreiden van marktaandeel, een daling met zich brengen van de actuele winst in afwachting van hogere toekomstige winst”] (bijv. extra rendement tegenover routinematig rendement). Ook is het, volgens paragraaf 1.62, zo dat „[w]here a company has undertaken market development activities at its own risk and enhances the value of a product through a trademark or trade name or increases goodwill associated with the product, this situation should be reflected in the analysis of functions for the purposes of establishing comparability” [eigen vert.: „wanneer een vennootschap voor eigen risico marktontwikkelingsactiviteiten heeft ondernomen en de waarde van een product verhoogt door een handelsmerk of handelsnaam of aan het product verbonden goodwill vergroot, deze situatie zijn neerslag dient te vinden in de analyse van functies met het oog op het bepalen van vergelijkbaarheid”]. Met andere woorden, de gelieerde partij die is belast met het uitzetten van de ondernemingsstrategie en die de daaraan verbonden kosten draagt, dient correct te worden beloofd (d.w.z. dient toegenomen toekomstige winst te ontvangen). Zie ook paragraaf 1.34 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995.

<sup>(225)</sup> Zie voetnoot 71. Volgens het verrekenprijsrapport (punten 3.1 en 3.2) is de prijs van de tussen groepsmaatschappijen verleende diensten zakelijk vastgesteld, waarbij de dienstverleners een routinematige beloning toegerekend krijgen (volledige kosten met een opslag van 6 %). Deze routinematige beloning (bepaald volgens een TNMM-methode) bevestigt volgens het verrekenprijsrapport dat deze gelieerde dienstverleners worden beschouwd als minder complexe entiteiten die routinematige of eenvoudige functies uitoefenen, en dat Systems bijgevolg wordt beschouwd als de complexere partij die een unieke en waardevolle bijdrage aan de transactie levert.

<sup>(226)</sup> Zie de punten (128) tot en met (130). Door onafhankelijke partijen verrichte diensten zijn, naar hun aard, zakelijk. Daarom zijn zij voor verrekenprijsoeinden niet relevant, ongeacht hun relatieve belang in de waardeketen.

<sup>(227)</sup> Zie verrekenprijsrapport, punt 4.4.1.

<sup>(228)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.6. Zie ook punt (23).

<sup>(229)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.5.i.

<sup>(230)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.5.i.

(iv) Verdere argumenten van Nederland ten aanzien van de functies van Systems

- (143) Nederland voert aan dat de heer Kamprad een relevante rol speelde bij de franchiseactiviteiten als oprichter, lid van de toezichthouder (*Beirat*) van Interogo Foundation, (niet-uitvoerend) voorzitter van IIHSA en directeur van Holding<sup>(231)</sup>. Ter onderbouwing van dit argument heeft Nederland de verslagen verstrekt<sup>(232)</sup> van drie bezoeken van de heer Kamprad aan de Inter IKEA test-store in Delft (op 7 maart 2006, 7 maart 2007 en 10 maart 2008), alsmede een document van de hand van de heer Kamprad over de opening van deze winkel in 1992<sup>(233)</sup>. Uit de gedetailleerde opmerkingen van de heer Kamprad tijdens deze bezoeken zou, volgens Nederland, zijn nauwe betrokkenheid bij het bedrijf blijken op het moment dat hij formeel lid was van de toezichthouder van de Interogo Foundation.
- (144) In de ogen van de Commissie geven deze verslagen slechts een samenvatting van de indrukken van de heer Kamprad over de bezoeken aan de test-store, met opmerkingen, waarderingen en suggesties over de winkel en de vormgeving ervan, de organisatie en de uitstalling van producten. Nederland heeft evenwel geen toelichting gegeven bij de periodiciteit van deze bezoeken (slechts drie verslagen zijn verstrekt), de hoedanigheid waarin de heer Kamprad tijdens die bezoeken handelde (oprichter, lid van de toezichthouder, niet-uitvoerend directeur of een andere, hem rechtstreeks door Systems opgedragen rol), noch heeft Nederland antwoord gegeven op de vraag of de door de heer Kamprad gemaakte opmerkingen een bindend karakter hadden of slechts aanbevelingen waren.
- (145) Nederland verwijst ook, meer algemeen, naar de rol van de Interogo Foundation en de senior executives van Holding die de belangrijkste functies vervullen en strategische besluiten nemen bij het bewaken van de kernwaarden van de IKEA-formule<sup>(234)</sup>. In dat verband verwijst Nederland naar de notulen van de bijeenkomsten tussen Systems en Largo op 20 oktober 2010, 24 maart 2011 en 19 oktober 2011<sup>(235)</sup>.
- (146) De Commissie is in dit stadium van mening dat deze notulen de stelling niet onderbouwen dat senior executives van Inter IKEA-entiteiten niet zijnde Systems unieke en waardevolle bijdragen leverden en strategische besluiten voorbereiden en namen over de franchiseactiviteiten. In de eerste plaats waren de deelnemers aan de bijeenkomsten volgens de notulen twee vertegenwoordigers van Systems en één vertegenwoordiger van Largo. Bijgevolg blijkt Systems een meerderheid van de leden in dit informele orgaan te hebben. In de tweede plaats beschikt de Commissie in dit stadium niet over de regels inzake de samenstelling, quorum en stemming op deze bijeenkomsten, hun periodiciteit, het juridische karakter van dit informele orgaan en zijn bevoegdheden. De verstrekte notulen bevatten alleen een presentatie door de vertegenwoordigers van Systems over uiteenlopende thema's zoals nieuwe franchisenemers, uitbreidingsplannen, financiële prognoses en ondernemingsplannen opgesteld door Systems, lopende projecten met betrekking tot marketing, communicatie en opleiding, rapportage over behaalde resultaten, gedistribueerde catalogi of maatregelen voor de juridische bescherming van het handelsmerk. De rol van de Largo-vertegenwoordiger lijkt beperkt te zijn gebleven tot het geïnformeerd worden over de initiatieven, beleidslijnen en strategieën die door Systems waren bedacht en geïmplementeerd. De Systems-vertegenwoordigers vragen de Largo-vertegenwoordiger niet om toestemming of instemming met betrekking tot de besproken thema's en laatstgenoemde geeft geen instructies, aanwijzingen of input over een van de thema's<sup>(236)</sup>. Kortom, de notulen van deze bijeenkomst schragen de voorlopige conclusie dat Largo een beperkte en passieve rol speelde bij het beheer van de franchiseactiviteiten<sup>(237)</sup>.
- (147) Een en ander lijkt bevestiging te vinden in het feit dat de APA van 2011 voor de vier boekjaren na de verwerving van de Rechten door Systems, in samenhang met deze verwerving een overdracht van functies aan Systems in ogenschouw nam die op dat moment door verbonden groepsmaatschappijen werden uitgeoefend. Systems zou in ruil daarvoor een objectieve beloning verschuldigd zijn<sup>(238)</sup>. In dit verband heeft Nederland in zijn brief van

<sup>(231)</sup> Brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.1.

<sup>(232)</sup> Bij brief van 25 april 2017.

<sup>(233)</sup> De titel van dit document luidt: „Supplement to IKEA DEAS. Introducing IKEA Delft”.

<sup>(234)</sup> Zie de brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 2, antwoord op vragen A.(ii) en A.(iii), en brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.3.i.

<sup>(235)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.2.i.

<sup>(236)</sup> Het enige thema waarvoor volgens de notulen een toestemming van Largo vereist was, is het betreden van nieuwe gebieden, zoals reeds in de punten (132) e.v. is vermeld.

<sup>(237)</sup> Voorts zijn geen notulen verstrekt voor bijeenkomsten tussen Systems en Largo in de periode 2006-2010.

<sup>(238)</sup> Zie voetnoot 129.

17 november 2016 meegedeeld dat die functies „snel” intern door Systems zelf zijn ontwikkeld, zodat uiteindelijk geen vergoeding voor overdrachten was gerechtvaardigd<sup>(239)</sup>. In de ogen van de Commissie wijst het feit dat de functies zo eenvoudig door Systems konden worden ontwikkeld, erop dat die functies ofwel al voor 2012 intern door deze entiteit werden uitgeoefend of geen significante waarde toevoegden aan de activiteiten omdat ze nadien gemakkelijk door Systems konden worden gerepliceerd.

- (148) Dat Holding geen waardevolle functies voor de franchiseactiviteiten vervulde, lijkt ook te worden bevestigd door het feit dat deze vennootschap tot eind 2009 een vrijgestelde „1929-holding” naar Luxemburgs belastingrecht was<sup>(240)</sup>. Voor ondernemingen die deze belastingregeling konden genieten, gold naar Luxemburgs recht een verbod op „het drijven van enige industriële of commerciële onderneming of het verrichten van diensten”, „het onder bezwarende titel uitoefenen van [...] beheersactiviteiten voor een vennootschap, behalve wanneer deze een dochteronderneming is” of „de rechtstreekse deelname aan de activiteiten van haar dochterondernemingen”<sup>(241)</sup>.

(v) Voorlopige conclusie

- (149) In tegenspraak met hetgeen in de APA van 2006 wordt aangenomen, bevestigt de voorlopige analyse van de door Systems en Holding uitgeoefende functies dat Systems een unieke en waardevolle bijdrage lijkt te leveren aan de franchiseactiviteiten. Dit lijkt niet te rijmen met het feit dat Systems voor de toepassing van de TNMM als getoetste partij — en dus „minder complexe” partij bij de transactie — werd beschouwd. Het lijkt veeleer Holding te zijn die beperkte functies uitoefent.

*Analyse van gelopen risico's*

- (150) De analyse van risico's is van belang voor het bepalen van de zakelijke beloning van een gelieerde transactie, omdat het lopen van meer risico op de vrije markt wordt beloond met een hoger te verwachten rendement<sup>(242)</sup>. Om te bepalen welke partij (Systems dan wel Holding) de belangrijkste ondernemingsrisico's op zich nam (met name het marktrisico, het strategische risico en het operationele risico), is de Commissie nagegaan welke partij de kosten controleerde en droeg die verbonden zijn aan het beheer en de exploitatie van de franchiseactiviteiten. Bij deze analyse heeft de Commissie zowel gekeken naar de contracten tussen Systems en Holding (licentieovereenkomst en Letters of Understanding) als naar de daadwerkelijke gedragingen van de partijen<sup>(243)</sup>. De voorlopige conclusie van de Commissie is dat Systems een aanzienlijk deel van de kosten van de franchiseactiviteiten lijkt te controleren en te dragen.
- (151) Gelet op de verstrekte informatie dient voor wat betreft de kostenallocatie in dit geval een onderscheid te worden gemaakt tussen de volgende kostencategorieën: i) cataloguskosten en marketingbijdragen, ii) diverse kosten gemaakt door Systems met betrekking tot de Rechten en het IKEA Franchise Concept, en iii) andere kosten.

<sup>(239)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.8. Nederland verklaart dat het op het moment van de transactie de bedoeling was dat tijdens een overgangperiode dergelijke kennis overgedragen zou worden door het senior management van de groep. Uiteindelijk is dit niet op deze wijze gebeurd, omdat de door Systems aangenomen leidinggevenden snel de vereiste expertise hebben opgebouwd. Dit soort overdracht lijkt evenmin te hebben plaatsgevonden toen in 2009 de Rechten van Holding aan Largo zijn overgedragen.

<sup>(240)</sup> Zie voetnoot 25.

<sup>(241)</sup> Zie Beschikking nr. 2006/940/EG van de Commissie van 19 juli 2006 betreffende steunmaatregel nr. C 3/2006 van Luxemburg ten behoeve van de 1929-holdings en de miljardairholdings, overweging 28, punten a), d) en h).

<sup>(242)</sup> OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragraaf 1.23 en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 1.45.

<sup>(243)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen, paragrafen 1.47, 1.48, 1.53 en 9.34, en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen, paragrafen 1.25, 1.26 en 1.29. Met name wordt in paragraaf 1.48 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010 verklaard: „In line with the discussion below in relation to contractual terms, it may be considered whether a purported allocation of risk is consistent with the economic substance of the transaction. In this regard, the parties' conduct should generally be taken as the best evidence concerning the true allocation of risk” [eigen vert.: „Aansluitend bij de onderstaande discussie met betrekking tot contractuele voorwaarden kan worden bezien of een beweerde toewijzing van risico coherent is met de economische substance van de transactie. In dit verband dient het gedrag van de partijen in de regel als het beste bewijs te worden beschouwd van de werkelijke toewijzing van risico.”] en in paragraaf 1.53: “[...] it is therefore important to examine whether the conduct of the parties conforms to the terms of the contract or whether the parties' conduct indicates that the contractual terms have not been followed or are a sham. [...] [eigen vert.: „daarom is het van het belang na te gaan of het gedrag van de partijen in overeenstemming is met de voorwaarden van het contract, dan wel of het gedrag van de partijen een aanwijzing is dat de contractvoorwaarden niet zijn gevolgd of maar schijn zijn.”]. Voorts zou, volgens paragraaf 9.34 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010 „[a]s a starting point, the tax administration would examine the contractual terms between the parties and whether they have economic substance, determined by reference to the conduct of the parties, and are arm's length” [eigen vert.: „zou de belastingdienst, als uitgangspunt, de contractvoorwaarden tussen de partijen onderzoeken en nagaan of deze economische substance hebben, bepaald aan de hand van het gedrag van de partijen, en of zij zakelijk zijn”].

## (i) Cataloguskosten en marketingbijdragen

- (152) Volgens de Licence Fee Letter is Systems aan Holding een vergoeding verschuldigd die overeenstemt met 70 % van het „franchise-inkomen” van Systems<sup>(244)</sup>, dat wordt omschreven als „alle franchise- en licentievergoedingen verschuldigd aan [Systems], plus de IKEA Business College (IBC)-gelden, plus het nettocatalogusinkomen en minus marketingsupport betaald aan franchisenemers”<sup>(245)</sup>. Tegelijkertijd wordt het „nettocatalogusinkomen” omschreven als „het saldo van alle door [Systems] voor de verkoop van IKEA-catalogi ontvangen inkomsten en alle kosten [...] betaald door [Systems] met betrekking tot de IKEA-catalogi”<sup>(246)</sup>. Dit betekent dat er twee kostenposten zijn die worden uitgesloten van de grondslag waarop de licentievergoeding wordt berekend: de kosten met betrekking tot de IKEA-catalogi en de marketingsupport betaald aan franchisenemers<sup>(247)</sup>. Bijgevolg draagt Holding, wanneer zij een licentievergoeding ten belope van 70 % van het „franchise-inkomen” ontvangt, tegelijkertijd bij aan 70 % van deze kosten.
- (153) De Commissie beschikt niet over de informatie betreffende het bedrag van cataloguskosten. Met betrekking tot marketingbijdragen blijkt uit de door Nederland verstrekte informatie<sup>(248)</sup> dat zij een beperkt aandeel vertegenwoordigen van de totale door Systems gemaakte kosten (de aan Holding betaalde licentievergoeding niet meegerekend), zoals uit de onderstaande tabel blijkt.

Tabel 3

**Marketingbijdragen, als percentage van de totale kosten (x mln EUR)**

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Marketingbijdragen	[30 — 40]	[40 — 50]	[50 — 60]	[50 — 60]	[60 — 70]	[50 — 60]
Totale operationele kosten Systems	[800-900]	[900-1.000]	[900-1.000]	[900-1.000]	[900-1.000]	[1.000-1.100]
Licentievergoeding betaald aan Holding	[400 -500]	[500-600]	[500-600]	[500-600]	[600-700]	[600-700]
Marketingkosten / totale kosten Systems zonder licentievergoeding	[10 — 15]%	[10 -15]%	[10 -15]%	[10-15]%	[15 -20]%	[10 -15]%

Bron: Tabel door de Commissie opgesteld op basis van door Nederland verstrekte informatie

- (154) Concluderend lijkt Holding 70 % van de marketingbijdragen (die een beperkt aandeel van de totale kosten van de franchiseactiviteiten vertegenwoordigen) en van de cataloguskosten te dragen, terwijl Systems de resterende 30 % draagt.

<sup>(244)</sup> De licentievergoeding bedraagt 70 % van het franchise-inkomen sinds 1996 (zie Letter of Understanding van 13 december 1995). Oorspronkelijk bedroeg deze 90 % (zie Licentie Overeenkomst, clause IV). In 1993 werd de licentievergoeding verhoogd tot 95 % (zie Letter of Understanding van 15 december 1992, door Nederland op 10 april 2017 verstrekt) en vanaf 1995 werd deze aangepast tot 74 % (zie Letter of Understanding van 20 december 1994, door Nederland verstrekt op 10 april 2017).

<sup>(245)</sup> Licence Fee Letter, paragraaf Ia (eigen vert.).

<sup>(246)</sup> Licence Fee Letter, punt Ib (eigen vert.).

<sup>(247)</sup> Marketingsupport aan franchisenemers of marketingbijdragen zijn financiële bijdragen die Systems betaalt aan franchisenemers die vanwege extreme externe omstandigheden tijdelijk in de problemen zitten (zie toelichting in punt (136)).

<sup>(248)</sup> Zie Figuur 6 in punt (64).

(ii) Diverse kosten door Systems gemaakt met betrekking tot de Rechten en het IKEA Franchise Concept

- (155) Volgens de Cost Split Letter is 40 % van de door Systems gemaakte diverse kosten met betrekking tot de Rechten en het IKEA Franchise Concept voor eigen rekening (als zijnde kosten met betrekking tot het IKEA Franchise Concept), terwijl de resterende 60 % door Holding aan Systems dient te worden vergoed (als kosten met betrekking tot de Rechten)<sup>(249)</sup>. Zoals in de punten (26) en (27) evenwel is gebleken, heeft Nederland toegelicht — en wordt dit door de feitelijke gedragingen van de partijen bevestigd — dat de aan Holding toegerekende kosten jaarlijks zijn vastgesteld op 9 % van het franchise-inkomen. Deze kosten worden door Holding aan Systems vergoed via verrekening met de licentievergoeding. Bijgevolg wordt de brutolicentievergoeding, die 79 % van het franchise-inkomen belooft, verlaagd tot een nettobedrag van 70 % van het franchise-inkomen dat Systems daadwerkelijk aan Holding betaalt<sup>(250)</sup>.
- (156) In de ogen van de Commissie betekent een en ander dat de feitelijke omvang van deze kosten nooit van invloed zal zijn op de licentievergoeding die Systems aan Holding betaalt. De economische impact van deze diverse kosten komt in de praktijk dus uitsluitend ten laste van Systems. De diverse kosten hebben geen impact op het bedrag van de licentievergoeding die Systems op grond van de licentieovereenkomst jaarlijks aan Holding betaalt, te weten 70 % van het franchise-inkomen<sup>(251)</sup>.

(iii) Andere kosten

- (157) De door Systems gemaakte andere kosten, niet zijnde marketingbijdragen, cataloguskosten en diverse kosten met betrekking tot de Rechten en het IKEA Franchise Concept, komen volledig voor rekening van Systems. In de licentieovereenkomst en de Letters of Understanding is namelijk niet voorzien in enige allocatie tussen Holding en Systems. De door Nederland verstrekte cijfers laten geen daadwerkelijke terugbetaling van deze kosten door Holding (of Largo) zien gedurende de periode waarin de APA van 2006 van kracht was.
- (158) Concluderend draagt Systems 30 % van de marketingbijdragen (die een beperkt aandeel van de totale kosten van de franchiseactiviteiten vertegenwoordigen) en van de cataloguskosten en lijkt zij — in de praktijk — alle resterende kosten te dragen. Los daarvan, zelfs al lijkt Holding 70 % van de marketingbijdragen en van de cataloguskosten voor haar rekening te nemen, dan nog merkt de Commissie op dat uit haar voorlopige analyse blijkt dat de controle over de daaraan verbonden risico's bij Systems lijkt te liggen<sup>(252)</sup>. Naar het voorlopige oordeel van de Commissie lijkt een en ander in tegenspraak te zijn met het uitgangspunt van de APA van 2006 om Systems als de minst complexe entiteit met beperkt marktrisico te beschouwen.

(iv) Overige risico's: financiële risico's, transactierisico's, aansprakelijkheidsrisico's

- (159) De Commissie heeft ook geanalyseerd welke partij andere risico's dan de belangrijkste ondernemingsrisico's heeft gelopen. Wat de financiële risico's betreft, wordt de licentievergoeding volgens de License Fee Letter berekend afhankelijk van de „aan Systems verschuldigde franchise- en licentievergoeding”<sup>(253)</sup>. Bijgevolg lijkt Systems het oninbaarheidsrisico te dragen voor het volledige bedrag van de franchisevergoedingen<sup>(254)</sup>. Wat betreft het

<sup>(249)</sup> Zie punt (25).

<sup>(250)</sup> Een en ander spoort met eerdere versies van de Letters of Understanding waarin uitdrukkelijk is aangegeven dat het percentage van de licentievergoeding dient te worden berekend „after deduction of costs” (zie Letters of Understanding van 20 december 1994 en van 13 december 1995, door Nederland verschaft op 10 april 2017).

<sup>(251)</sup> Volgens Nederland zou, aangezien sinds 1996 tussen de partijen is afgesproken dat indien de diverse kosten hoger waren dan de begrote 9 % van het franchise-inkomen, het meerdere tussen Systems en Holding zouden worden gedeeld (zie brief van Nederland van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.15). Dit lijkt in tegenspraak te zijn met de verklaring van de belastingadviseurs dat „[...] as per the date this Agreement enters into force [Systems] and [Holding] will no longer cap the cost allocation to [Systems] on basis of a fixed percentage of the franchise income, but intent to agree an allocation of cost on a budget basis [...]” (zie blz. 15 van de brief van 9 december 2002 van de belastingadviseur aan de Nederlandse autoriteiten (ref. 4360/GB/05803), die geacht wordt deel uit te maken van de APA van 2006). Evenmin wordt dit gestaafd door de feitelijke gedragingen van de partijen waaruit blijkt dat, in de praktijk, deze kosten gedurende de hele looptijd van de APA van 2006 nooit van de 9 %-drempel zijn afgeweken (zie Figuur 5 in punt (63)). Hoe dan ook, zelfs indien de van de 9 %-drempel afwijkende diverse kosten ooit waren gedeeld tussen Systems en Holding, dan blijft het feit nog steeds dat, tot die drempel, het risico volledig door Systems zou zijn gedragen. Voor de Commissie verdraagt dit zich niet met de kwalificatie van Systems als een entiteit die eenvoudige functies uitoefent met een beperkt marktrisico.

<sup>(252)</sup> Zie de punten (118) tot en met (142).

<sup>(253)</sup> Licence Fee Letter, paragraaf IV.a (eigen vert.). (Nadruk toegevoegd door de Commissie).

<sup>(254)</sup> Het verrekeningsrapport geeft aan (punt 4.2.2.2) dat die betalingen van licentievergoedingen afhankelijk zijn gesteld van de daadwerkelijke ontvangst van franchisevergoedingsinkomen op kasbasis, waardoor het rapport kan concluderen dat het door Systems gelopen potentiële oninbaarheidsrisico beperkt is tot 30 % van de vorderingen. Dit lijkt evenwel te zijn gebaseerd op eerdere versies van de Letter of Understanding, volgens welke de licentievergoeding zou overeenstemmen met een percentage van het door Systems „ontvangen” franchise-inkomen (bijv. Letter of Understanding van 13 december 1995).

oninbaarheidsrisico met betrekking tot de verkopen van catalogi, wordt de licentievergoeding berekend afhankelijk van de door Systems „ontvangen inkomsten” en „betaalde kosten”. Daarom lijkt het oninbaarheidsrisico voor Systems daar op kasbasis te berusten en beperkt te zijn tot de 30 % van het nettocatalogusinkomen<sup>(255)</sup>. Volgens het verrekenprijssrapport draagt Systems ook het valutarisico met betrekking tot de franchisevergoedingen<sup>(256)</sup>.

- (160) Systems beschikt ook over de volledige zeggenschap om de prijs van de catalogi te bepalen, hetgeen betekent dat zij het markt- en transactierisico voor deze activiteiten draagt. Systems draagt ook een beperkt voorraadrisico<sup>(257)</sup>. Voorts draagt Systems ook het aansprakelijkheidsrisico ingeval van claims met betrekking tot de franchisecontracten alsmede het productaansprakelijkheidsrisico voor de catalogi; zij draagt dus de kosten van een claim of het retourneren van een ondeugdelijk product<sup>(258)</sup>.

(v) Overige argumenten van Nederland

- (161) In zijn brief van 15 mei 2017 rechtvaardigt Nederland herhaaldelijk de zakelijkheid van de door elke partij gemaakte kosten door te verwijzen naar de voorwaarden van de APA van 2006. Volgens dit argument zou het feit dat de APA van 2006 de beloning van Systems bepaalt op 5 % van het franchise-inkomen ervoor zorgen dat slechts 5 % van de kosten daadwerkelijk voor rekening van Systems komt en dat de resterende 95 % voor rekening van Holding komt<sup>(259)</sup>.
- (162) De Commissie acht dit argument niet zonder meer valide. Nederland probeert in wezen de zakelijkheid van de APA van 2006 te onderbouwen aan de hand van de voorwaarden van de APA van 2006 zelf. Deze cirkelredenering zou iedere fiscale ruling, per definitie, zakelijk maken. In tegenstelling tot wat Nederland suggereert, zijn het niet de verrekenprijsmethode en de hoogte van de met die methode bepaalde beloning niet de verdeling van functies en risico's bepalen tussen groepsmaatschappijen die zijn betrokken bij transacties tussen gelieerde partijen. Het is precies omgekeerd: de verrekenprijsmethode moet worden bepaald op basis van de functionele analyse, de analyse van de contractvoorwaarden van de overeenkomsten en de gedragingen van de partijen<sup>(260)</sup>.
- (163) Uit de analyse van de contracten tussen de partijen en hun daadwerkelijke gedragingen concludeert de Commissie daarom voorlopig dat Systems ten aanzien van de franchiseactiviteiten risico's draagt op een wijze die onverenigbaar lijkt te zijn met de toewijzing van het merendeel van de door die activiteiten gegenereerde winst aan Holding.

<sup>(255)</sup> In dit verband wordt in het verrekenprijssrapport (punt 4.4.2.4) verklaard dat Systems het krediet- en invorderingsrisico met betrekking tot de catalogi draagt.

<sup>(256)</sup> Verrekenprijssrapport, punten 4.2.2.3 en 4.4.2.3.

<sup>(257)</sup> Verrekenprijssrapport, punt 4.4.2.2.

<sup>(258)</sup> Verrekenprijssrapport, punten 4.4.2.4 en 4.4.2.5. Ook al is Systems tegen dit soort risico verzekerd, toch draagt zij de kosten van de verzekering.

<sup>(259)</sup> Zie antwoord op vraag A.3.i: „Ook deze steun werd aangeduid als 'marketing support'. Deze kosten werden tot en met 2011 voor 95 % gedragen door [IH] (en later door) Largo [...] en voor 5 % door [Systems]”; antwoord op vraag A.5.ii: „De 5 % nettovergoeding voor [Systems] op basis van de transactional net margin method (TNMM) zorgt ervoor dat 5 % van de betaalde marketing support voor rekening van [Systems] komt. De beloning van [Systems] wordt immers vastgesteld op 5 % van het franchise fee inkomen plus het catalogusinkomen minus de marketingsupport.”; antwoord op vraag A.13: „[...] [dit] geldt ook voor de uitgaven die ter zake van deze immateriële activa (zullen) worden gedaan. Om een telkens terugkomende discussie met INTER IKEA Systems BV en haar adviseurs te voorkomen over de allocatie van deze kosten is de afspraak zodanig vormgegeven dat de allocatie van deze kosten feitelijk geen rol speelt. Het mechanisme van de in 2006 overeengekomen afspraak werkt zodanig uit dat bij het alloceren van meer dan 40 % van de kosten aan [Systems] dit niet ten koste van de beloning van [Systems] zal gaan. Zoals in onderdeel 3.7 van de APA van 2006 te zien is, zal door het toewijzen van een te hoog bedrag aan kosten aan [Systems] het bedrag aan informeel kapitaal dalen. De arm's length beloning van 5 % blijft dan in stand. De feitelijke kostenverdeling alsmede de aard van de kosten speelt dan ook geen enkele rol in het tot stand komen van de beloning voor INTER IKEA Systems B.V.”.

<sup>(260)</sup> Dit wordt uitdrukkelijk duidelijk gemaakt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen: „Concerning the transfer pricing method used to test the prices, margins or profits from the transaction, it should be the most appropriate transfer pricing method to the circumstances of the case. In particular, it should be consistent with the allocation of risk between the parties (provided such allocation of risk is arm's length), as the risk allocation is an important part of the functional analysis of the transaction. Thus, it is the low (or high) risk nature of a business that will dictate the selection of the most appropriate transfer pricing method, and not the contrary” [eigen vert.: „Wat betreft de verrekenprijsmethode gebruikt voor het toetsen van de prijzen, marges of winst van de transactie, dient deze de meest geschikte verrekenprijsmethode voor de omstandigheden van de zaak te zijn. Met name dient deze coherent te zijn met de verdeling van risico over de partijen (op voorwaarde dat die risicoverdeling op zakelijk is), aangezien de risicoverdeling een belangrijk onderdeel van de functionele analyse van de transactie is. Zodoende is het het lage (of hoge) risicokarakter van een activiteit dat de keuze van de meest geschikte verrekenprijsmethode bepaalt en niet omgekeerd”] (zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 9.46 (nadruk toegevoegd door de Commissie). Zie ook OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragrafen 1.45, 1.47 en 1.48, alsmede OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragrafen 1.23, 1.25 en 1.26).



*Analyse van de gebruikte activa*

- (164) Systems en Holding dragen aan de franchiseactiviteiten twee belangrijke waardevolle activa bij, te weten het IKEA Franchise Concept en de Rechten. Het IKEA Franchise Concept is gecreëerd en ontwikkeld door Systems. Zoals reeds gezegd, lijkt dit gegeven alleen al zich moeilijk te verdragen met de kwalificatie van Systems als een entiteit die geen waardevolle en unieke bijdrage aan de franchiseactiviteiten levert <sup>(261)</sup>.
- (165) Wat de Rechten betreft, lijkt de verstrekte informatie erop te wijzen dat Systems functies uitoefent en kosten draagt die verband houden met de Rechten <sup>(262)</sup>. Op basis hiervan is de voorlopige conclusie van de Commissie dat Holding louter een juridische eigenaar van de Rechten is. De louter juridische eigenaar van de Rechten kan niet gerechtigd zijn alle restwinst uit de franchiseactiviteiten te ontvangen nadat een beperkt rendement aan Systems is vergoed voor haar beweerdelijk routinematige functies <sup>(263)</sup>. De juridische eigenaar van een immaterieel activum zou slechts recht hebben op een dergelijk rendement als hij alle functies uitoefende, activa bijdroeg en risico's liep die verband houden met de ontwikkeling, verbetering, instandhouding, bescherming en exploitatie van het betreffende immateriële activum. Wanneer, zoals hier het geval lijkt te zijn, de functies die Holding uitoefent en de risico's die zij als de juridisch eigenaar van de intellectuele-eigendomsrechten controleert en draagt, beperkt zijn <sup>(264)</sup>, kan de enkele juridische eigendom geen rechtvaardiging zijn voor de toewijzing van de volledige door de franchiseactiviteiten gegenereerde restwinst aan de eigenaar van die rechten.
- (166) Nederland betoogt dat het feit dat Systems bij beëindiging van de licentieovereenkomst door Holding slechts recht heeft op een beperkte schadevergoeding <sup>(265)</sup>, bevestigt dat het IKEA Franchise Concept geen waarde heeft. Dit zou namelijk een aanwijzing zijn dat Systems het risico draagt dat het contract wordt beëindigd of niet wordt verlengd <sup>(266)</sup>. Nederland gaat er dus vanuit dat de beëindigingsclausule zoals die tussen Systems en Holding was uitgewerkt, overeenstemt met het marktgedrag van onafhankelijke partijen <sup>(267)</sup>. Nederland verwijst in dat verband naar twee precedentzaken die dit standpunt zouden bevestigen: een arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 1991 in de zaak-Mattel/Borka <sup>(268)</sup> en een andere zaak betreffende de vennootschap Absolut Vodka <sup>(269)</sup>.
- (167) De Commissie kan deze argumentatie in dit stadium niet volgen. Het feit dat de licentieovereenkomst geen of een beperkte waarde aan het IKEA Franchise Concept toekent, is op zich geen argument om te staven dat de zakelijke waarde ervan naar nihil tendeert. De vraag of onafhankelijke partijen al dan niet hadden ingestemd met een beëindigingsvergoeding, dient te worden beoordeeld, rekening houdende met de Rechten en andere activa van de partijen en de opties die realistisch gezien beschikbaar zijn op de markt <sup>(270)</sup>. In dit verband dient het opnemen en de kwantificering van een beëindigingsvergoeding in een contract tussen groepsmaatschappijen noodzakelijkerwijs

<sup>(261)</sup> Zie punt (83). Zie ook paragraaf 2.59 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010. „[...] 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 contributions involved in the controlled transaction, while the other party does not make any unique contribution. In such a case, the tested party should be the less complex one [...]” [eigen vert.: „[...] een eenzijdige methode (traditionele transactiemethode of transactional-net margin-methode) kan worden toegepast in gevallen waarin een van de partijen alle unieke bijdragen bij de gelieerde transactie levert, terwijl de andere partij geen unieke bijdrage levert. In dat geval dient de getoetste partij de minst complexe te zijn [...].”].

<sup>(262)</sup> Zie punt (149) (ii).

<sup>(263)</sup> Dit is in overeenstemming met de benadering waarvoor in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995 en van 2010 is gekozen. Met name is het volgens paragraaf 6.14 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen zo dat, „[a]rm's length pricing for intangible property must take into account for the purposes of comparability the perspective of both the transferor of the property and the transferee. [...] Given that the licensee will have to undertake investments or otherwise incur expenditures to use the licence it has to be determined whether an independent enterprise would be prepared to pay a licence fee of the given amount considering the expected benefits from the additional investments and other expenditures likely to be incurred” [eigen vert.: „at arm's length prijsstelling voor immateriële activa, met het oog op de vergelijkbaarheid, zowel met het perspectief van de overdragende partij als met dat van de ontvangende partij rekening moet houden. [...] Aangezien de licentienemer de investeringen zal moeten verrichten of anderszins uitgaven zal moeten doen om de licentie te kunnen gebruiken, dient te worden nagegaan of een onafhankelijke onderneming bereid zou zijn om een licentievergoeding van dat bepaalde bedrag te betalen gelet op de verwachte voordelen van de bijkomende investeringen en andere uitgaven die waarschijnlijk zullen moeten plaatsvinden.”]. In diezelfde zin wordt in paragraaf 1.47 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010 (alsmede in paragraaf 1.25 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995) het belang beklemtoond van de functies die worden uitgeoefend met betrekking tot de verdeling van risico's tussen de partijen en het belang van besluiten en verantwoordelijkheden met betrekking tot de marketinguitgaven.

<sup>(264)</sup> Zie de punten (118) tot en met (160).

<sup>(265)</sup> Overeenkomst van 30 augustus 2006 (zie punt (25)); voor de periode vóór 2006, zie Licence Agreement, clausule III.D.

<sup>(266)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 3, antwoord op vraag A.18: „[...] Deze overeenkomst dient in het perspectief van haar afhankelijke positie van de eigenaar van de rechten gezien te worden. Indien de eigenaar van de rechten zou besluiten de licentie van de rechten aan INTER IKEA Systems BV te beëindigen zou INTER IKEA Systems BV niet meer in staat zijn haar (eventuele) investeringen terug te verdienen. Deze overeenkomst past dan ook naadloos bij de routinematige activiteiten van INTER IKEA Systems BV. [...]”.

<sup>(267)</sup> Zie brief van 15 mei 2017, bijlage 2.

<sup>(268)</sup> Arrest van de Hoge Raad van 21 juni 1991, Mattel/Borka (ECLI:NL:HR:1991:ZC0291).

<sup>(269)</sup> Nederland geeft voor deze zaak geen zaaknummer of vindplaats, maar alleen een bijlage met een samenvatting van de zaak.

<sup>(270)</sup> Zie in dit verband de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 9.106.

zowel de uitgeoefende functies als de gelopen risico's en de investering(en) door de licentienemer ten opzichte van de licentiegever in aanmerking te nemen, waarbij wordt gekeken naar de economische substance van de transactie, zoals ook blijkt uit de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen<sup>(271)</sup>.

- (168) De Commissie is in dit stadium van oordeel dat Holding, realistisch gezien, geen onafhankelijk partij had kunnen vinden die bereid zou zijn geweest om kosten te maken en functies uit te oefenen zoals die gemaakt en uitgeoefend door Systems tijdens de looptijd van het contract, zonder gerechtigd te zijn tot een passende beloning of een beëindigingsvergoeding ter compensatie voor haar waardevolle en unieke bijdragen aan de activiteiten<sup>(272)</sup>. Om de transacties als zakelijk te kunnen beschouwen, merkt de Commissie op dat het risico op beëindiging immers dient te worden beloond hetzij in de vorm van hogere winst tijdens de looptijd van het contract, hetzij in de vorm van een beëindigingsvergoeding<sup>(273)</sup>.
- (169) Met betrekking tot de door Nederland vermelde precedentzaak Absolut Vodka kan de Commissie geen standpunt formuleren, omdat zij afgezien van een door Nederland verstrekte samenvatting geen toegang had tot het arrest of tot de relevante feiten van die zaak. Hoe dan ook heeft Nederland niet onderbouwd waarom de betrekkingen tussen de partijen in die zaak vergelijkbaar zouden zijn met de betrekkingen tussen Holding en Systems.
- (170) Het arrest in de zaak-Mattel/Borka betreft de beëindiging van een distributieovereenkomst en de vraag of de principaal, naast de opzegtermijn die hij in acht moet nemen, ook nog schadeplichtig is<sup>(274)</sup>. De informatie in dat arrest is evenwel ontoereikend om de feiten te vergelijken met de betrekkingen tussen Holding en Systems. Meer bepaald zou een correcte verrekenprijsanalyse vereisen dat de uitgeoefende functies, gelopen risico's en gebruikte activa precies worden omschreven. Het feit dat de civiele rechter geen „winstelement” erkende in de vergoeding voor Borka, maar simpelweg een vergoeding van kosten, betekent niet dat de betrekkingen tussen Mattel en Borka vergelijkbaar zijn met die tussen Holding en Systems.
- (171) Gelet op het bovenstaande heeft de Commissie in dit stadium twijfels bij de aanname die aan de APA van 2006 ten grondslag ligt, dat de waarde van het IKEA Franchise Concept zonder de Rechten naar nihil zou tenderen<sup>(275)</sup>. Het is inderdaad zo dat beide groepen immateriële activa onderling verweven zijn, maar deze onderlinge verwevenheid werkt in beide richtingen: de Rechten zouden een veel lagere waarde hebben zonder het IKEA Franchise Concept en alle door Systems tijdens de looptijd van de licentieovereenkomst gegenereerde waarde. Daarom heeft de Commissie in dit stadium twijfel bij de geldigheid van het argument dat de onderlinge verwevenheid tussen beide groepen immateriële activa de conclusie rechtvaardigt dat alle waarde van de franchiseactiviteiten toe moet worden gewezen aan de (juridische) eigenaar van de Rechten en geen waarde aan de (juridische en economische) eigenaar van het IKEA Franchise Concept. Hiermee zou worden voorbijgegaan aan de bijdrage van elk van hen aan de activiteiten<sup>(276)</sup>.

<sup>(271)</sup> Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragrafen 1.48 en 1.49 voor de algemene aanbevelingen inzake risico-toewijzing en de paragrafen 9.111 en 9.112 voor bedrijfsreorganisaties.

<sup>(272)</sup> Zie in dit verband de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 9.112 “[...] *At arm's length the party making the investment might not be willing to assume with no guarantee a risk (termination risk) that is controlled by the other* [...] [eigen vert.: „At arm's length is de partij die de investering verricht, misschien niet bereid zonder garantie een risico (beëindigingsrisico) te lopen dat door de tegenpartij wordt gecontroleerd [...].”].

<sup>(273)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 9.112.

<sup>(274)</sup> Deze zaak ging over het Duitse Mattel dat een exclusieve-distributieovereenkomst met een niet-gelieerde Nederlandse vennootschap Borka had gesloten. In het voorjaar 1984 besloot Mattel dat zij de distributieactiviteiten in Nederland intern wilde gaan uitvoeren. Op 13 juli 1984 zegde zij de distributieovereenkomst op per 1 januari 1985, waarbij zij de opzegtermijn van de distributieovereenkomst in acht nam. Tussen juli en december 1984 voerden de partijen onderhandelingen over een financiële schikking om Borka te vergoeden en, toen zij het niet eens konden worden, trokken ze naar de rechter. De lagere, de hogere en de hoogste rechter oordeelden allen dat Mattel Borka diende te vergoeden voor investeringen die Borka zich vóór de opzegging had getroost en verkoopkosten die zij had gemaakt om ervoor te zorgen dat zij haar taken als distributeur ook in de toekomst zou kunnen blijven uitoefenen. Of de opzeggingstermijn in acht is genomen, staat hiervan los. De kosten/uitgaven van Borka die moesten worden vergoed, omvatten onder meer marketinguitgaven, investeringen in een nieuwe showroom en de kosten van afvloeiing van personeel. Deze vergoeding bevat geen „winstelement”, maar is gewoon een vergoeding van kosten.

<sup>(275)</sup> Zie APA van 2006, punt 4. Zie ook “Verslag Behandeling, blz. 4 („Het franchiseconcept heeft alleen waarde met de property rights samen.”).

<sup>(276)</sup> De brief van de belastingadviseur van 9 december 2002 aan de Nederlandse Belastingdienst (nummer 4360/GB/05803) die geacht wordt deel uit te maken van de APA van 2006 (zie punt 1.2), lijkt in tegenspraak te zijn met het idee dat het IKEA Franchise Concept geen waarde zou hebben. In die brief (blz. 9) geeft de belastingadviseur aan: „*If [Systems], would sell the IKEA FRANCHISE CONCEPT, the income derived from such a sale — in principle — would be for the account of [Systems]. However, a sale of the IKEA FRANCHISE CONCEPT is according to the terms and conditions of the license agreement not possible. Furthermore, if the IKEA FRANCHISE CONCEPT could have been sold any income relating to the various components of the IKEA PROPRIETARY RIGHTS on which the IKEA FRANCHISE CONCEPT is built, would have to be allocated to II Holding S.A.*” (nadruk toegevoegd door de Commissie). Voor de Commissie bevestigt deze verklaring dat de partijen erkenden dat het IKEA Franchise Concept marktwaarde had (ook al wijzen zij die waarde volledig aan Holding toe).

*Conclusie*

- (172) De voorlopige functionele analyse die de Commissie heeft uitgevoerd, bevestigt het feit dat de APA van 2006 Systems ten onrechte als de minder complexe entiteit heeft beschouwd in haar betrekkingen met Holding. Doordat zij Systems voor de toepassing van de TNMM als de getoetste partij beschouwt, lijkt de APA van 2006 af te wijken van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst die met het zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming is, hetgeen resulteert in een onderschatting van haar belastbare winst.

## 7.2.1.2. Methodologische fouten bij de toepassing van de TNMM op Systems als getoetste partij

- (173) Zelfs indien Systems terecht als de minder complexe partij was geïdentificeerd (*quod non*), stelt de Commissie zich subsidiair op het voorlopige standpunt dat de toepassing van de TNMM op Systems<sup>(277)</sup> een aantal methodologische fouten bevat, die leiden tot een onderschatting van de operationele winst van Systems. Uiteindelijk resulteert een en ander in een onderschatting van de belastbare winst van Systems, die afwijkt van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel.
- (174) In de eerste plaats tekent de Commissie aan dat de operationele winst voor de functies van Systems zoals aangegeven in de APA van 2006 is gebaseerd op één winstniveau-indicator, te weten een 5 % operationele marge toegepast op het „franchise-inkomen, plus nettocatalogusinkomen minus marketingsupportbijdragen aan franchisenemers” („berekenningsgrondslag”). Voorts wordt volgens de APA van 2006 een opslag van 5 % toegepast op koste voor diensten die door Systems rechtstreeks aan franchisenemers worden verleend. Deze opslag wordt niet toegepast indien Systems slechts fungeert als doorgeefluik van kosten tussen groepsmaatschappijen en de franchisenemers.
- (175) De Commissie tekent echter aan dat Systems volgens het verrekenprijsrapport drie verschillende (beweerdelijk routinematige) functies uitoefent: de functie „catalogusactiviteiten”, de functie „beheer van de franchisecontracten” en de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept”. Zoals beschreven in deel 7.2.1.1, worden deze alle getoetst aan verschillende winstindicatoren<sup>(278)</sup>. De functie „beheer van de franchisecontracten” wordt getoetst aan de „operationele marge”<sup>(279)</sup>, terwijl de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” en de functie „catalogusactiviteiten” worden getoetst door middel van een Mark Up On Total Costs<sup>(280)</sup>. De totale operationele winstgevendheid van Systems is de som van de winstgevendheid van de drie verschillende functies die Systems uitoefent (de functie „beheer van de franchisecontracten”, de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” en de functie „catalogusactiviteiten”).
- (176) Om de totale operationele winst van Systems correct te berekenen in overeenstemming met het verrekenprijsrapport, hadden volgens de Commissie de onderstaande stappen moeten worden gevolgd:
- (i) In een eerste stap dient de zakelijke operationele winst van elke functie afzonderlijk te worden bepaald. Daarom hadden de daadwerkelijke operationele kosten met betrekking tot de functie „catalogusactiviteiten” en de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” moeten worden bepaald en had daarop de desbetreffende zakelijke opslag moeten worden toegepast<sup>(281)</sup>. Voor de functie „beheer van de franchisecontracten” hadden de verkopen met betrekking tot deze functie moeten worden bepaald en had daarop de zakelijke operationele marge moeten worden toegepast.
  - (ii) In een tweede stap dient dan de winstgevendheid van de functie „catalogusactiviteiten”, van de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” en van de functie „beheer van de franchisecontracten” te worden samengeteld om de totale operationele winst voor Systems te verkrijgen.
- (177) Deze stappen lijken echter verkeerd te zijn toegepast. Allereerst is achterwegen gelaten om de operationele kosten met betrekking tot de functie „catalogusactiviteiten” en de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” te

<sup>(277)</sup> De conclusies van het verrekenprijsrapport, als onderdeel van de APA van 2006, lijken door Nederland te zijn geaccepteerd, met inbegrip van de opsplitsing van de totale activiteiten in drie functies.

<sup>(278)</sup> Volgens het verrekenprijsrapport oefent geen andere onafhankelijke partij precies dezelfde bundel activiteiten als Systems uit. Zie verrekenprijsrapport, punt 4.1.3.2.

<sup>(279)</sup> Operationele winst/verkopen. Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 2.90.

<sup>(280)</sup> Operationele winst/totale operationele kosten (die aan de functie kunnen worden toegewezen). Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 2.92. e.v.

<sup>(281)</sup> Operationele kosten met betrekking tot de functie „catalogusactiviteiten” en de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” dienen ook eventuele kosten van door gelieerde vennootschappen aan franchisenemers geleverde diensten te omvatten.

bepalen. In de tweede plaats zijn de verkopen met betrekking tot de functie „onderhoud van het IKEA Franchise Concept” niet correct berekend omdat het nettocatalogusinkomen en de marketingsupportbijdragen hadden moeten worden uitgesloten van de berekeningsgrondslag voor de operationele marge<sup>(282)</sup>. In de En zelfs indien het gebruik van één winstniveau-indicator correct was geweest, dat wil zeggen de in de APA van 2006 genoemde operationele marge, is in de derde plaats de berekeningsgrondslag voor de operationele marge niet correct vastgesteld. Deze mocht namelijk alleen franchise-inkomen plus catalogusinkomen bevatten; cataloguskosten en de marketingbijdragen hadden moeten worden uitgesloten<sup>(283)</sup>. Een en ander had tot een verhoging van de berekeningsgrondslag geleid — en dus tot een toename van de operationele winst (en bijgevolg van de belastbare winst) van Systems.

- (178) Het verrekenprijssrapport lijkt bovendien verliesgevende vergelijkingspunten te hebben opgenomen in de vergelijkbaarheidsanalyse<sup>(284)</sup>. Aangezien in het verrekenprijssrapport en de APA van 2006 de aanname is dat Systems geen of een zeer beperkt marktrisico loopt, zou Systems evenmin enig verlies moeten kunnen lijden<sup>(285)</sup>. Het ontbreken van marktrisico is precies een van de aannames die de toepassing van de TNMM op Systems als getoetste partij zou kunnen rechtvaardigen. Er lijkt met andere woorden, er lijkt een inconsistentie te zijn tussen de aannames van het verrekenprijssrapport en de gebruikte methodologie: indien Systems een substantieel marktrisico loopt en verliezen kan lijden, is de toepassing van de TNMM discutabel, zoals in deel 6.2.1.1 is uiteengezet. Indien daarentegen bij de benchmarkanalyse voor de functie „catalogusactiviteiten” de verliesgevende vergelijkingspunten zouden zijn uitgesloten van de benchmarkanalyse gelet op het ontbreken van een risico op verlies, dan zou hiermee het eerste kwartiel van de opslag op de totale kosten zijn gestegen van 2,2 % naar 2,8 %, waardoor eveneens de operationele marge zou zijn gestegen.
- (179) In de vierde plaats betekent het feit dat de zakelijke beloning uit de APA van 2006 wordt uitgedrukt in de „operationele winst” van Systems, dat de netto financiële resultaten en de netto bijzondere resultaten van elk jaar nog dienen te worden opgeteld bij de in de APA van 2006 overeengekomen beloning om te bepalen of de uiteindelijke belastbare winst van Systems correct is<sup>(286)</sup>. Uit de door Nederland verstrekte informatie blijkt evenwel dat de netto financiële resultaten en de netto bijzondere resultaten niet bij de operationele winst zijn gevoegd, hetgeen kan hebben geleid tot een verlaging van de belastbare winst van Systems<sup>(287)</sup>.
- (180) Concluderend is het voorlopige standpunt van de Commissie dat de op Systems als getoetste partij toegepaste TNMM niet correct is toegepast, hetgeen leidt tot een verlaging van de totale operationele winst van Systems — en dus eveneens tot een verlaging van haar belastbare winst.

#### 7.2.1.3. Conclusie betreffende de APA van 2006

- (181) In dit stadium is de Commissie van mening dat met de APA van 2006 een voordeel is verleend door het bekrachtigen van verrekenprijzen die afwijken van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel en resulterend in een verlaging van de belastbare winst van Systems.
- (182) Dit is te wijten aan het feit dat Systems bij de toepassing van de TNMM in haar transactie met Holding ten onrechte is geïdentificeerd als de minder complexe entiteit en dus als de getoetste partij. En zelfs indien Systems terecht was geïdentificeerd als de getoetste partij, lijkt de TNMM niet correct te zijn toegepast.

#### 7.2.2. Met de APA van 2011 is mogelijkwerwijs een voordeel aan Systems verleend

- (183) De Commissie is in dit stadium van mening dat door de APA van 2011 mogelijkwerwijs een voordeel aan Systems is verleend omdat hiermee een fiscale behandeling is bekrachtigd die geen afspiegeling lijkt te zijn van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst die met het zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming is. Deze voorlopige conclusie is gebaseerd op diverse argumenten die in de eerste plaats betrekking hebben op de waarde van de Rechten en de voorwaarden van de door Interogo Foundation voor de verwerving van die rechten aan Systems toegekende lening en, in de tweede plaats, op het in de verkoop/aankoop-overeenkomst overeengekomen prijsaanpassingsmechanisme.

<sup>(282)</sup> Het nettocatalogusinkomen (catalogusinkomen minus cataloguskosten) betreft immers de functie „catalogusactiviteiten”. Voorts omvat het nettocatalogusinkomen kosten, in tegenstelling tot hetgeen in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 (paragraaf 2.90) is bepaald voor het vaststellen van de operationele marge. Evenzo dienen marketingsupportbijdragen van de berekeningsgrondslag voor de operationele marge te worden uitgesloten, omdat zij een kostenpost zijn.

<sup>(283)</sup> Wanneer de operationele marge wordt gebruikt als winstniveau-indicator mogen alleen inkomsten (van derde partijen) de berekeningsgrondslag vormen (en dus geen winstelementen of kostenelementen zoals het nettocatalogusinkomen of marketingsupportbijdragen) (zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 2.90).

<sup>(284)</sup> Vergelijkingspunten in een gewogen gemiddelde verliespositie in de periode bestreken door de benchmarkanalyse.

<sup>(285)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 3.65.

<sup>(286)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 2.80.

<sup>(287)</sup> Zie Figuur 5.

- (184) Wat de waarde van de Rechten en de leningvoorwaarden betreft, zijn de conclusies van de Commissie gebaseerd op twee argumenten. Allereerst is de Commissie in dit stadium van mening dat de waarde van 9 miljard EUR die Inter IKEA aan de Rechten toekent en die door de APA van 2011 als zakelijk is geaccepteerd, mogelijk geen juiste afspiegeling is van de prijs die niet-gelieerde vennootschappen op de markt voor deze rechten hadden willen betalen. Door het bekrachtigen van de aftrek van de rente over de lening die is aangegaan met het oog op de gedeeltelijke financiering van deze waarde, komt de door de APA van 2011 aan Systems toegestane fiscale behandeling misschien niet overeen met een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel. Daarnaast heeft de Commissie twijfel of met bepaalde voorwaarden van de lening zou zijn ingestemd door onafhankelijke ondernemingen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen, zelfs indien de aangenomen waarde van de Rechten een correcte afspiegeling zou zijn van de marktwaarde ervan.
- (185) In de tweede plaats is de Commissie in dit stadium van mening dat onafhankelijke ondernemingen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen, misschien niet hadden ingestemd met het prijsaanpassingsmechanisme. Doordat de APA van 2011 de aftrek toestaat van de bedragen die worden gedoteerd aan de voorziening die Systems via dit mechanisme vormt, bekrachtigt zij een fiscale behandeling die niet valt te rijmen met een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel. Bovendien, zelfs indien het prijsaanpassingsmechanisme op zichzelf als zakelijk zou worden beschouwd, dan nog is de Commissie van mening dat deze aftrek mogelijk niet in overeenstemming is met het Nederlandse recht.
- (186) Deze twijfels zullen in de volgende delen nader worden toegelicht.

#### 7.2.2.1. De prijs van de Rechten lijkt geen afspiegeling te zijn van de marktwaarde ervan

- (187) De Commissie is in dit stadium van mening dat de waarde van 9 miljard EUR die aan de Rechten is toegekend en die door de APA van 2011 is geaccepteerd, mogelijk hoger ligt dan de prijs die onafhankelijke marktdeelnemers zakelijk bereid zouden zijn geweest te betalen voor de Rechten op de markt. Door het bekrachtigen van de aftrek van de rente over de lening die Interogo Foundation aan Systems heeft toegekend om de betaling van de aankoopprijs te financieren<sup>(288)</sup>, kan de APA van 2011 dus fiscale gevolgen aan Systems hebben toegestaan die afwijken van de gevolgen ingeval van een marktgebaseerde uitkomst.
- (188) De waarde van de Rechten is berekend rekening houdend met de ramingen van de geconsolideerde toekomstige operationele winst uit de franchiseactiviteiten. In wezen betekent dit dat de volledige geconsolideerde winst van de franchiseactiviteiten door de APA van 2011 aan de Rechten is toegekend. Dit is gebaseerd op de premisse dat het IKEA Franchise Concept, zonder toegang tot de Rechten, geen waarde heeft<sup>(289)</sup>.
- (189) Zoals aangegeven in punt (167), betwijfelt de Commissie in dit stadium de geldigheid van deze aanname. De winst van de franchiseactiviteiten is gegenereerd door het bundelen van zowel de Rechten als het IKEA Franchise Concept, dat reeds eigendom is van Systems. De Commissie accepteert weliswaar de onderlinge verwevenheid van de Rechten en het IKEA Franchise Concept, maar is van mening dat dit er niet toe kan leiden dat aan dit laatste geen waarde wordt toegekend. Als er al sprake is van onderlinge verwevenheid, dan zou deze ook in de omgekeerde richting werken: de Rechten hebben een beperktere waarde indien niet te gelde kunnen worden gemaakt met behulp van het door Systems gecreëerde IKEA Franchise Concept. Het lijkt dan ook economisch niet logisch dat Systems zou betalen voor iets wat zij al bezit: het IKEA Franchise Concept en de daaraan verbonden toekomstige winst. Daarom had de winst van de franchiseactiviteiten die aan het IKEA Franchise Concept valt toe te schrijven, in mindering moeten worden gebracht om de waarde van de Rechten te schatten.
- (190) Bovendien heeft Systems, zoals uiteengezet in de punten (122) tot en met (124), (155) en (156), waardevolle functies uitgeoefend en risico's gelopen met betrekking tot de Rechten. Het logische gevolg daarvan is dat, om de waarde van de Rechten te bepalen, de beloning van Systems voor deze functies ook in mindering had moeten worden gebracht op de van de franchiseactiviteiten verwachte winst.
- (191) De Commissie is kortom van mening dat voor het schatten van de waarde van de Rechten de zakelijke licentievergoeding die Systems zonder de verkoop aan de eigenaar van de Rechten had moeten betalen, contant moet worden gemaakt.

<sup>(288)</sup> De jaarlijks betaalde rente resulteert uit het toepassen van een rente van 6 % op de hoofdsom van de lening, aangezien de hoofdsom niet wordt afgelost.

<sup>(289)</sup> Zie APA van 2006, punt 4. Zie ook "Verslag Behandeling, blz. 4 („Het franchiseconcept heeft alleen waarde met de property rights samen.”).

- (192) De Commissie is bovendien van mening dat, gelet op het directe verband tussen de aankoopprijs en de lening, een verlaging van de waarde van de Rechten noodzakelijkerwijs een verlaging van de jaarlijks door Systems in aftrek te brengen rente met zich had moeten brengen. Immers, in de APA van 2011 wordt uitdrukkelijk ingestemd met het besluit van Inter IKEA dat 60 % van de waarde van de Rechten met vreemd vermogen wordt gefinancierd door middel van de lening<sup>(290)</sup>. Bovendien is de zakelijke reden van de lening dat Systems daarmee in staat wordt gesteld de aankoopprijs te betalen<sup>(291)</sup>. Overeenkomstig het prijsaanpassingsmechanisme dient ook overigens iedere verandering in de waarde van de Rechten te resulteren in een evenredige aanpassing van de aankoopprijs, hetgeen aantoonbaar dat het in de bedoeling van Inter IKEA lag om een vaste verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen aan te houden, ongeacht de waarde van de Rechten. Gelet op deze feiten zou iedere verlaging van de zakelijke waarde van de Rechten noodzakelijkerwijs leiden tot een overeenkomstige verlaging van de aankoopprijs en bijgevolg van het bedrag van de lening op dezelfde voorwaarden<sup>(292)</sup>.
- (193) De Commissie merkt voorts op dat de methodologie die is gebruikt om de toekomstige geconsolideerde winst van de franchiseactiviteiten te schatten, niet goed is onderbouwd. In feite bevat de door Nederland verstrekte documentatie slechts een beperkt Discounted Cash-Flow-model, zonder verdere toelichting. Evenmin heeft Nederland toelichting verschaft bij de methodologie die Interbrand heeft gebruikt om de waarde van het gehele IKEA-merk te schatten, dan wel bij de vraag of er een differentiatie tussen de Rechten en het IKEA Franchise Concept heeft plaatsgevonden.
- (194) Concluderend is de Commissie in dit stadium van mening dat de APA van 2011, door de aftrek van de rente over de lening te bekrachtigen, een fiscale behandeling aan Systems lijkt toe te staan die zou afwijken van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde zakelijke uitkomst.

#### 7.2.2.2. De voorwaarden van de lening lijken onzakelijk te zijn

- (195) Hoe dan ook, zelfs indien de waarde van de Rechten een afspiegeling vormt van hun zakelijke marktwaarde (*quod non*), betwijfelt de Commissie of een onafhankelijke leninggever (of een pool van onafhankelijke leninggevers) er gezien de kredietwaardigheid van Systems mee had ingestemd om tegen een vaste rente van 6 % een lening voor hetzelfde bedrag en op dezelfde voorwaarden als de lening toe te kennen<sup>(293)</sup><sup>(294)</sup>.
- (196) De Commissie is van mening dat, mede uit verrekenprijsvoogpunt, de *quotation letters* van ING en BNP Paribas, maar ook de interne notitie van de Chief Financial Officer van Inter IKEA geen rechtvaardiging vormen voor het zakelijke karakter van de voorwaarden en het bedrag van de lening. Uit verrekenprijsvoogpunt geeft een onverbindende *quote* van een bank die niet het resultaat is van een daadwerkelijke kredietanalyse geen juiste weergave van de daadwerkelijke voorwaarden waarop een bank bereid zou zijn een lening te verstrekken<sup>(295)</sup>. In deze zaak wordt de lage betrouwbaarheid van de *quotes* bevestigd door de beperkte informatie die Inter IKEA de banken heeft verstrekt en door het feit dat daarin iedere financiële analyse ontbreekt<sup>(296)</sup>.

<sup>(290)</sup> Zie APA van 2011, punten 1.11, 1.12, 1.13 en 4.1.

<sup>(291)</sup> Zie verkoop/aankoop-overeenkomst, overwegingen (E) en (F).

<sup>(292)</sup> Die verlaging zou het logische gevolg zijn van het feit dat voor het bedrag van de lening dat uitkomt boven de zakelijke aankoopprijs, ieder commercieel argument ontbreekt. Uit verrekenprijsvoogpunt wordt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010 in paragraaf 1.65 (zie, in diezelfde zin, paragraaf 1.37 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995) de mogelijkheid in ogenschouw genomen om transacties te herkwalficeren of buiten beschouwing te laten wanneer de met betrekking tot de transactie getroffen regelingen, in hun geheel bezien, verschillen van die welke waren bepaald door onafhankelijke ondernemingen die commercieel rationeel handelen en de feitelijke structuur de belastingdienst, praktisch gezien, belet een passende verrekenprijs te bepalen.

<sup>(293)</sup> Zie paragraaf 1.65 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010 (zie, in diezelfde zin, paragraaf 1.37 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995), waarin uitdrukkelijk in de mogelijkheid wordt voorzien om een investering in een gelieerde onderneming in de vorm van rentedragend vreemd vermogen buiten beschouwing te laten wanneer de verwachting is dat, op arm's length, de investering anders was gestructureerd gelet op de economische substance ervan, met als resultaat dat de lening misschien als eigen vermogen wordt behandeld. Met andere woorden het rentedragende vreemd vermogen zou kunnen worden geherkwalficeerd als eigen vermogen indien de leningnemende entiteit als onafhankelijke onderneming geen toegang tot een vergelijkbaar niveau aan vreemd vermogen van een derde leninggever had kunnen krijgen.

<sup>(294)</sup> Indien het bedrag van de lening neerwaarts is herzien als gevolg van een verlaging van de aankoopprijs overeenkomstig deel 7.2.1.1, zou dit voor de Commissie geen beletsel zijn om na te gaan of de voorwaarden van de lening zakelijk waren overeenkomstig de in dit deel aangedragen argumenten.

<sup>(295)</sup> Zie <http://www.ird.govt.nz/transfer-pricing/practice/transfer-pricing-practice-financing-costs.html>, of A. Bakker en M.M. Levey (eds.), *Transfer Pricing and Intra-Group Financing*, IBFD, 2012, blz. 429: „Bank quotes are typically not accepted by the Dutch tax authorities because they do not represent (1) a „consumed transaction” and (2) for commercial reasons a bank can quote a rate as desired by their client, in most cases not representing a binding offer”.

<sup>(296)</sup> De brief van BNP Paribas bevestigt dat zij alleen een „theoretical exercise” hebben gemaakt, „without however performing any credit analysis”.

- (197) Bovendien uiten zowel een van de banken als de Chief Financial Officer van Inter IKEA in hun brieven zelf twijfels over de mogelijkheden van Systems om 5 miljard EUR externe financiering aan te trekken, gelet op de economische omstandigheden in 2011<sup>(297)</sup>.
- (198) De Commissie deelt deze twijfels. In de eerste plaats is de Commissie in dit stadium van mening dat een onafhankelijke leninggever niet had ingestemd met het verstrekken van een aflossingsvrije lening. Het feit dat de lening niet periodiek wordt afgelost vóór de vervaldatum, doet het risico voor de leninggever substantieel toenemen. Een uitkering van dividend of een toename van vreemd vermogen zou de mogelijkheden van de leningnemer om het volledige bedrag van de hoofdsom af te lossen, in gevaar brengen<sup>(298)</sup>. De twijfel van de Commissie lijkt te worden bevestigd door de door Nederland verstrekte *quotation letter* van BNP Paribas, die suggereert om de financiering te structureren met een aflossingsschema<sup>(299)</sup>.
- (199) In de tweede plaats is de Commissie van mening dat een looptijd van twaalf jaar niet passend is voor dit soort ondernemingslening, zeker als deze geen aflossingsschema bevat. Dit lijkt te worden bevestigd door BNP Paribas in de brief met de quote voor de leningvoorwaarden, waarin staat te lezen dat „de looptijd van 12 j(aar) niet evenmin de door investeerders op een ondernemingsnaam gevraagde looptijd is” (sic), dat „er geen visibiliteit in de markt is voor een emissie van deze omvang en deze looptijd” en dat „de afgelopen jaren er geen transactie met een looptijd van 12 j(aar) is geweest. De langste die we hebben gezien [...] heeft een looptijd van 7 j(aar)” (eigen vert.)<sup>(300)</sup>.
- (200) In de derde plaats heeft de Commissie, op basis van de jaarrekeningen van Systems, ernstige twijfel dat een onafhankelijke leninggever zou oordelen dat Systems in staat is een hoofdsom van meer dan [4.1 — 4.8] miljard EUR af te lossen over een periode van acht jaar. Immers, uitgaande van de jaarrekeningen van Systems voor 2012, raamt de Commissie de mogelijkheden van Systems om zichzelf te financieren op rond [650 — 750] miljoen EUR per jaar<sup>(301)</sup>. Daarom is de Commissie in dit stadium van mening dat een onafhankelijke leninggever de maximale aflossingsmogelijkheden van Systems over een periode van acht jaar op rond [5.2 — 6.0] miljard EUR zou schatten, inclusief rente en hoofdsom<sup>(302)</sup>. Uitgaande van een af te lossen lening met een looptijd van acht jaar tegen een vaste rente van 6 %, zou Systems een bedrag van maximaal [4.1 — 4.8] miljard EUR als hoofdsom kunnen aflossen over een periode van acht jaar. De Commissie betwijfelt evenwel dat een onafhankelijke leninggever ermee zou instemmen om Systems zelfs maar [4.1 — 4.8] miljard EUR te lenen, aangezien het vreemd vermogen als vuistregel niet meer dan driemaal de zelffinancieringscapaciteit mag bedragen ([1.95 — 2.25] miljard EUR in het geval van Systems).
- (201) Gelet op de kredietwaardigheid van Systems en de betrokken bedragen, betwijfelt de Commissie concluderend of een onafhankelijke leninggever een vergelijkbare financieringsfaciliteit had toegekend.
- (202) Daar komt bij dat de schuldpositie van Systems tegenover Interogo Foundation volgens het prijsaanpassingsmechanisme op beëindigingsdatum opwaarts (of neerwaarts) moet worden bijgesteld, afhankelijk van de aangepaste waarde van de Rechten. Zelfs indien dit prijsaanpassingsmechanisme wordt beschouwd als in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel — hetgeen de Commissie in deel 7.2.2.3 betwist — betwijfelt de Commissie of een onafhankelijke leninggever zich ertoe zou willen verbinden om het bedrag van de lening na twaalf jaar in een voorkomend geval te verhogen. Daarom lijken de toekomstige rentebetalingen en daarmee samenhangende voorziening met betrekking tot de potentiële toename van de schulden eveneens onzakelijk.

<sup>(297)</sup> In zijn brief geeft de Chief Financial Officer van Inter IKEA aan dat als gevolg van financiële moeilijkheden „[c]apital has become scarce and all large banks are known to be undercapitalised” en bevestigt deze niet alleen dat de geraadpleegde banken niet de mogelijkheden hadden om zo een groot bedrag te financieren, maar dat, zelfs via syndicaatvorming met een grote pool banken, „the success of this action remains very uncertain in the current context”.

<sup>(298)</sup> Dit scenario is niet louter hypothetisch gelet op het feit dat, volgens de boekhouding voor 2013, Systems tot [300 — 400] miljoen EUR dividend heeft uitgekeerd in 2013.

<sup>(299)</sup> Zie brief van BNP Paribas: „another thought I have could be to structure this 12 Y facility with an amortisation scheme in order to reduce its duration to something which could be more acceptable to banks”.

<sup>(300)</sup> Zo zou bijvoorbeeld voor een op acht jaar af te lossen lening van 5,4 miljard EUR de totale verschuldigde rente 1,4 miljard EUR bedragen, terwijl Systems momenteel 3,9 miljard EUR rente betaalt over de aflossingsvrije lening tussen groepsmaatschappijen op twaalf jaar.

<sup>(301)</sup> Met de zelffinancieringscapaciteit worden de nettoresultaten van de betrokken entiteit plus de niet-cashgerelateerde kosten (d.w.z. in wezen de voorzieningen en de financiële uitgaven) bedoeld. In het geval van Systems bedroeg het nettoresultaat [300 — 500] miljoen EUR in 2012, plus [280 — 330] miljoen EUR niet-cashgerelateerde kosten.

<sup>(302)</sup> Volgens de schuldendienstratio moet de schuldendienst doorgaans binnen een bandbreedte van 1,15-1,35-maal de zelffinancieringscapaciteit blijven. Een ratio van minder dan één betekent dat de leningnemer over onvoldoende capaciteit beschikt om de schuld af te lossen.

7.2.2.3. Het mechanisme voor de prijsaanpassing in 2023 lijkt onzakelijk te zijn

- (203) In de APA van 2011 wordt ingestemd met een reeks fiscale effecten die voortvloeien uit het in de verkoop/aankoop-overeenkomst opgenomen prijsaanpassingsmechanisme. Hierbij gaat het om:
- een verhoging van de fiscale boekwaarde van de Rechten in de fiscale jaarstukken van Systems, voor zover de marktwaarde van de Rechten per 1 januari 2023 hoger uitkomt dan de marktwaarde van de Rechten per 1 januari 2012;
  - de financiering van deze verhoging uit een kapitaalbijdrage en uit een verdere lening tussen groepsmaatschappijen, zodat de 60/40-verhouding vreemd vermogen/eigen vermogen in acht wordt genomen;
  - een jaarlijks fiscaal aftrekbare dotatie aan een voorziening voor rente verschuldigd over deze toekomstige bijkomende lening.
- (204) De Commissie betwijfelt of dit soort prijsaanpassingsmechanisme was overeengekomen in een situatie van vrije concurrentie tussen onafhankelijke ondernemingen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen.
- (205) Nederland rechtvaardigt deze clause door te wijzen op de onmogelijkheid voor de belastingdienst om de juistheid vast te stellen van de inschatting van de kasstromen die worden gebruikt om de waarde van de Rechten te schatten. Het mechanisme voor prijsaanpassing zou het dus mogelijk maken om een ander achteraf na te gaan voordat de wettelijke navorderingstermijn is verstreken<sup>(303)</sup>. Nederland vermeldt een arrest van de Nederlandse Hoge Raad over een zaak waarin dit type mechanismen is toegepast<sup>(304)</sup>. Ten slotte betoogt Nederland dat het gebruik van prijsaanpassingsclausules in de markt heel gebruikelijk is en staft het deze stelling met diverse gevallen die in openbare bronnen zijn te vinden<sup>(305)</sup>.
- (206) De waardering van immateriële activa kan in sommige omstandigheden „hoogst onzeker” zijn en in dat geval kan een prijsaanpassingsclause gerechtvaardigd zijn, zoals ook wordt erkend door de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen. Met name in gevallen waarin een uitsluitend op verwachte baten gebaseerde prijs onvoldoende bescherming biedt tegen de risico's die samenhangen met de hoge onzekerheid verbonden aan de waardering van het immateriële activum, kunnen de partijen prijsaanpassingsclausules opnemen in de voorwaarden van de overeenkomst. Daarmee kan ofwel de verkoper ofwel de verwerfer worden beschermd tegen latere ontwikkelingen die misschien niet zijn te voorspellen<sup>(306)</sup>. In dit stadium vraagt de Commissie zich echter af of het bestaan van onzekerheid op zich een aanpassing achteraf rechtvaardigt zonder dat een analyse plaatsvindt van hetgeen waarmee onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare omstandigheden hadden ingestemd<sup>(307)</sup>. In dit verband hadden onafhankelijke vennootschappen rekening gehouden met de mate waarin latere ontwikkelingen voorzienbaar en voorspelbaar waren<sup>(308)</sup>. Wanneer er geen reden is om te oordelen dat de waardering bij de aanvang voldoende onzeker was, zou een aanpassing achteraf van de prijs van een transactie ook geen passend gebruik van achteraf ontwikkelde inzichten vertegenwoordigen<sup>(309)</sup>.

<sup>(303)</sup> Zie brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 2, antwoord op vraag A(ix).

<sup>(304)</sup> Arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1998, nr. 32.997, BNB 1998/385.

<sup>(305)</sup> Zie brief van Nederland van 17 november 2016, bijlage 2, antwoord op vraag A(x), waar prijsaanpassingsclausules worden vermeld die in diverse openbare bronnen beschikbaar zijn, zoals de jaarrekening over 2015 van ITV Plc, de websites van het Nederlandse DSM of het Franse Altice.

<sup>(306)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 6.30.

<sup>(307)</sup> Dit wordt ook geïllustreerd door de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 3.73: „[t]he mere existence of uncertainty should not require an ex post adjustment without a consideration of what independent enterprises would have done or agreed between them” [eigen vert.: „het enkele bestaan van onzekerheid mag geen aanpassing achteraf vergen zonder rekening te houden met hetgeen onafhankelijke ondernemingen hadden gedaan of onderling waren overeengekomen”].

<sup>(308)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 6.29.

<sup>(309)</sup> Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 9.88. Zie ook voorbeeld 1 in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, Annex to Chapter VI — Examples to Illustrate the Guidance on Intangible Property and Highly Uncertain Valuation, waar de aanpassing achteraf van de verschuldigde prijs als gevolg van gebeurtenissen die op het tijdstip van de verkoopovereenkomst niet te voorspellen waren (nieuwe mogelijkheden van het geneesmiddel waarvoor een vergunning is afgegeven) wordt beschouwd als een niet-passend gebruik van achteraf ontwikkelde inzichten.



- (207) Gelet op het bovenstaande, is het, naar de opvatting van de Commissie, in algemene termen zo dat een prijsaanpassingsmechanisme bijvoorbeeld kan worden overeengekomen in situaties waarin het immateriële activum recentelijk is ontwikkeld (een nieuw handelsmerk of octrooi), zodat er op het tijdstip van de verkoop grote onzekerheid bestaat over de reactie van de markt. Dit standpunt lijkt te sporen met de desbetreffende bepalingen in het Nederlandse recht, zoals die door Nederland aan de Commissie zijn meegedeeld <sup>(310)</sup>.
- (208) Het door Nederland vermelde arrest van de Hoge Raad lijkt deze uitlegging te bevestigen <sup>(311)</sup>. Die zaak betreft de ontwikkeling van nieuwe projecten, met name de overdracht van bouwprojecten door een projectontwikkelaar aan een holdingentiteit, waarbij de holdingentiteit de projectontwikkelaar opdracht geeft om de projecten uit te voeren. De holdingentiteiten (met inbegrip van de projecten) werden later, na de realisatie, verkocht. Het standpunt van de belastingdienst was dat de projectontwikkelaar dient te worden belast op de volledige winst van het project, minus een managementfee voor de holdingentiteit. De Hoge Raad stond dit toe gelet op het feit dat de overdracht van het project door de ontwikkelaar aan de holding tegen een (lage) vaste fee in de aanloopfase onzakelijk was. Bijgevolg oordeelde de Hoge Raad dat op zakelijke voorwaarden een prijsaanpassingsmechanisme zou zijn overeengekomen omdat op dat tijdstip de winstgevendheid van het project hoogst onzeker was. Alleen de locatie/vergunning was immers bekend. Voorts was de Hoge Raad van mening dat een dergelijk mechanisme zou zijn overeengekomen omdat gedurende de hele periode een contractuele relatie tussen de overdragende partij (projectontwikkelaar) en de holdingmaatschappij bleef bestaan.
- (209) De situatie in deze zaak is overduidelijk anders. De activiteit liep sinds decennia en het betrof een bestaand immaterieel activum (de Rechten) dat reeds meer dan 50 jaar lang werd ontwikkeld, waarvan meer dan 30 jaar via een franchiseformule. Zodoende beschikte zowel de verkoper als de koper over alle denkbare informatie om de toekomstige door rechten te genereren winst in te schatten en waren zij in beginsel in staat om de toekomstige marktreactie op het immaterieel activum te voorspellen. Onder die omstandigheden, waarin overdragende en ontvangende partij sinds decennia informatie over de prestaties van het immaterieel activum uitwisselden, stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat onafhankelijke ondernemingen er niet mee akkoord waren gegaan om dit soort prijsaanpassingsmechanisme in de verkoopovereenkomst op te nemen <sup>(312)</sup>.
- (210) Bovendien is de Commissie van mening dat, zelfs indien er grote onzekerheid bestond op het tijdstip van de verkoop (*quod non*), de toewijzing van risico's door onafhankelijke ondernemingen die zakelijk onderhandelen, coherent moet zijn met de economische substance van de transactie <sup>(313)</sup>. De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat het achteraf volledig aan de Rechten (dus aan Holding) toerekenen van de onvoorziene „overperformance” van de franchiseactiviteiten, moeilijk lijkt te rijmen met het feit dat Systems al vóór de verwerving van de Rechten eigenaar was van een waardevol immaterieel activum (het IKEA Franchise Concept) en functies uitoefende en risico's liep die verband hielden met zowel het IKEA Franchise Concept als de te verwerven Rechten <sup>(314)</sup>. Om deze reden stelt de Commissie zich op het standpunt dat eventuele „grote onzekerheid” ertoe had moeten leiden dat aan Systems op zijn minst een deel van eventuele achteraf onvoorziene overperformance van de franchiseactiviteiten had moeten worden toegewezen.
- (211) Ten slotte tekent de Commissie aan dat de in de verkoop/aankoop-overeenkomst opgenomen prijsaanpassingsmechanisme niet nader aangeeft hoe deze aanpassing in de praktijk moet worden doorgevoerd (in aanmerking te nemen factoren en variabelen, methode voor het berekenen van de aanpassing enz.). Hiermee lijkt de partijen een ruime discretionaire marge te worden gelaten om een prijsaanpassing door te voeren waarop zij hun belastingaftrekken kunnen baseren.

<sup>(310)</sup> „Ook de Nederlandse belastingdienst zal onder omstandigheden het standpunt innemen dat het onzakelijk is een vaste prijs overeen te komen wanneer de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is, daar onafhankelijke derden in een soortgelijke situaties geen vaste prijs zouden zijn overeengekomen. In dergelijke gevallen dient een aanpassingsclausule te worden opgenomen in de overeenkomst tussen de gelieerde partijen waarbij de prijs mede afhankelijk is van de latere inkomsten. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een nieuw immaterieel activum is ontwikkeld dat aan een gelieerde onderneming wordt overgedragen op een moment dat het succes daarvan nog onvoldoende zichtbaar is, bijvoorbeeld omdat het immateriële activum nog geen opbrengsten heeft gegenereerd en aan het inschatten van de toekomstige opbrengsten belangrijke onzekerheden zijn verbonden. In die situatie is de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker en ligt het opnemen van een prijsaanpassingsclausule in de rede” (punt 5 van het Nederlandse Verrekenprijbesluit (Besluit van 14 november 2013 nr. IFZ 2013/184M, dat de Nederlandse uitlegging van de paragrafen 6.28-6.35 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen bevat). (Nadruk toegevoegd door de Commissie.)

Hoe dan ook tekent de Commissie aan dat zowel de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen als het zo-even vermelde Verrekenprijbesluit als referentie moeten dienen voor situaties waarin een belastingplichtige een activum verkoopt en waarin de belastingdienst de mogelijkheid moet krijgen de belastbare winst te verhogen door middel van een prijsaanpassingsmechanisme indien zulks ook in vergelijkbare vrijemarktomstandigheden zou zijn overeengekomen. In dit geval maakt Nederland van deze bepalingen gebruik om de belastingverplichtingen van de belastingplichtige te verlagen.

<sup>(311)</sup> Arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1998, nr. 32.997, BNB 1998/385.

<sup>(312)</sup> Wat betreft de andere door Nederland aangehaalde gevallen uit openbare bronnen, heeft de Commissie de feiten van deze gevallen weliswaar niet kunnen nagaan, maar uit de verstrekte beschrijving ziet het er niet naar uit dat deze kunnen worden beschouwd als vergelijkbaar met de specifieke situatie van de hier te onderzoeken zaak.

<sup>(313)</sup> Dit wordt geïllustreerd door de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 1.48.

<sup>(314)</sup> Met andere woorden, de partij waaraan het risico dient te worden toegewezen, is de partij die de functies uitoefent die verband houden met de immateriële activa en/of die bijdraagt aan de controle over de economisch significante risico's. Deze partij zal recht hebben op de verschillen tussen daadwerkelijke en verwachte winst of van haar zal worden verlangd dat zij verliezen draagt die door deze verschillen ontstaan indien dit risico zich materialiseert.

7.2.2.4. De aftrek van de voorziening voor toekomstige rentebetalingen in verband met het prijsaanpassingsmechanisme lijkt in strijd te zijn met het Nederlandse recht

- (212) In de APA van 2011 wordt geaccepteerd dat Systems fiscaal aftrekbare voorzieningen vormt voor toekomstige rente-uitgaven die zullen moeten plaatsvinden in het geval van een potentieel opwaartse aanpassing van de aankoopprijs. De Commissie is in dit stadium van mening dat, zelfs indien het prijsaanpassingsmechanisme als zakelijk werd beschouwd (*quod non*), de aftrek van de aan deze voorziening toegewezen bedragen mogelijk niet in overeenstemming is met het Nederlandse recht.
- (213) De Commissie betwijfelt of de rechtsgrondslag en de algemene regels voor het vormen van een fiscaal aftrekbare voorziening volgens de Nederlandse vennootschapsbelastingwetgeving in acht zijn genomen. Zoals vermeld in punt (91), biedt de Nederlandse belastingwetgeving de mogelijkheid om in een belastingjaar een voorziening te vormen voor uitgaven in toekomstige belastingjaren indien elk van deze drie criteria is vervuld:
- de uitgaven vinden hun oorsprong in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan;
  - die uitgaven kunnen ook aan die periode worden toegerekend; en
  - er bestaat een redelijke mate van zekerheid dat zij zich zullen voordoen.
- (214) Ofschoon voor het weigeren van de fiscale aftrekbaarheid van de voorziening ermee volstaan zou kunnen worden aannemelijk te maken dat een van deze voorwaarden niet is vervuld, vraagt de Commissie zich af of in dit geval überhaupt een van deze voorwaarden wel is voldaan. Zo ziet de Commissie niet in hoe rente-uitgaven met betrekking tot een potentiële toekomstige lening die mogelijk in toekomstige belastingjaren verschuldigd worden, kunnen worden beschouwd als toerekenbaar aan een lopend belastingjaar. Prijsverhogingen in het kader van een prijsaanpassingsmechanisme kunnen hun oorsprong vinden in feiten en omstandigheden uit het verleden, maar die relatie lijkt veel te indirect voor rente die in latere jaren verschuldigd zal worden indien de nabetaaling in het kader van het prijsaanpassingsmechanisme uit vreemd vermogen zou worden gefinancierd. En zelfs wanneer dit het geval mocht zijn, zijn rente-uitgaven zeker niet toe te rekenen aan voorafgaande jaren. Rente wordt uitsluitend verschuldigd over de periode waarin er een schuld bestaat, en moet dus alleen aan die jaren worden toegerekend. Niettegenstaande het feit dat de Commissie ook twijfel heeft over het zakelijke karakter van toekomstige leningen (zie punt (202)), lijkt de vorming van een voorziening in belastingjaren na 2012, 2013 en later voor rente-uitgaven die pas na 1 januari 2024 ontstaan over dergelijke mogelijke leningen voor een potentiële prijsverhoging, hoe dan ook moeilijk te verzoenen met de in het Nederlandse recht bepaalde criteria, en dit ongeacht hoe deze prijsverhogingen worden berekend.
- (215) Fiscaal aftrekbare voorzieningen toestaan in strijd met de algemene regels in het Nederlandse belastingrecht zou een onjuiste toepassing zijn van het beginsel van „goed koopmansgebruik” in het Nederlandse recht op basis van de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad. Door dit soort onjuiste toepassing zou Systems haar belastbare winst — en dus haar belastingverplichtingen — kunnen verlagen in de jaren waarin de voorzieningen werden gevormd, en zou Systems hiermee een voordeel verleend krijgen.

7.2.2.5. Conclusie betreffende de APA van 2011

- (216) De Commissie is in dit stadium van mening dat met de APA van 2011 een voordeel aan Systems is verleend doordat een verlaging van de belastbare winst van Systems als gevolg van de aftrek van de rente over de lening is toegestaan. Dit hangt samen met de voorlopige conclusies dat het bedrag van de lening is gebaseerd op een overschatting van de waarde van de Rechten en op het feit dat ten onrechte werd geoordeeld dat een onafhankelijke leninggever een gelijksoortige financieringsfaciliteit op vergelijkbare voorwaarden had toegekend.
- (217) Bovendien is de Commissie in dit stadium ook van mening dat met de APA van 2011 aan Systems een voordeel is verleend doordat de aftrek is bekrachtigd van voorzieningen voor toekomstige rente in verband met het prijsaanpassingsmechanisme, op een wijze die afwijkt van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde zakelijke uitkomst en die bovendien, ook als zij wel zakelijk zou zijn, in strijd lijkt te zijn met het beginsel van het goed koopmansgebruik uit het Nederlandse recht.

### 7.3. Selectiviteit

- (218) Volgens vaste rechtspraak „[moet] bij de beoordeling van [de selectiviteits]voorwaarde worden bepaald of de betrokken nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling 'bepaalde ondernemingen of bepaalde producties' kan begunstigen ten opzichte van andere die zich, gelet op de doelstelling van die regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en dus een verschillende behandeling krijgen die in wezen discriminerend is”<sup>(315)</sup>.
- (219) Onderscheiden moet worden tussen de voorwaarden „voordeel” en „selectiviteit” om ervoor te zorgen dat niet alle maatregelen van de Staat waarmee een voordeel wordt verleend, staatssteun vormen, maar alleen de maatregelen die dat voordeel selectief verlenen. Dit betekent dat algemene maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, geen staatssteun vormen omdat zij niet selectief van aard zijn<sup>(316)</sup>.

#### 7.3.1. Eerste voorlopige conclusie met betrekking tot het selectieve karakter

- (220) Het Hof van Justitie heeft een helder en expliciet onderscheid gemaakt tussen individuele steunmaatregelen en steunregelingen en heeft aangegeven dat in het geval van individuele steunmaatregelen, die gezien de specifieke omstandigheden ervan tot slechts één onderneming zijn gericht, de analyse van de vraag of met de betrokken maatregel een voordeel wordt verleend waarvoor alleen bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren in aanmerking komen, niet noodzakelijk is<sup>(317)</sup>.
- (221) De omstreden APA's zijn individuele maatregelen. Zij zijn door de Nederlandse Belastingdienst toegekend en zij betreffen uitsluitend de fiscale situatie van Systems. Zij kunnen alleen door deze entiteit worden gebruikt voor het inschatten van haar jaarlijkse belastbare winst en haar vennootschapsbelastingverplichtingen in Nederland. Er van uitgaande dat haar voorlopige conclusie correct is dat met de omstreden maatregelen een economisch voordeel aan Systems wordt verleend, zou de Commissie ook mogen aannemen dat die maatregelen selectief van aard zijn.

#### 7.3.2. Subsidiare voorlopige conclusies met betrekking tot het selectieve karakter

- (222) Hoewel de Commissie de selectiviteit van de omstreden APA's mag aannemen, zal zij, volledigheidshalve, nagaan of de APA's als selectief van aard kunnen worden beschouwd volgens de analyse in drie stappen die het Hof van Justitie voor steunregelingen heeft ontwikkeld<sup>(318)</sup>. De Commissie kan een nationale belastingmaatregel in het kader van die analyse pas aanmerken als „selectief” nadat zij ten eerste heeft bepaald welke algemene of „normale” belastingregeling geldt in de betrokken lidstaat („de referentieregeling”), en ten tweede heeft aangetoond dat de betrokken belastingmaatregel afwijkt van de gewone regeling, voor zover hij differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op het doel van de gewone regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden<sup>(319)</sup>. Een belastingmaatregel die afwijkt van de referentieregeling kan niettemin gerechtvaardigd zijn wanneer de betrokken lidstaat kan aantonen dat die maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van zijn belastingstelsel voortvloeit<sup>(320)</sup>. Indien dat het geval is, is de belastingmaatregel niet selectief. De bewijslast in die laatste stap ligt bij de lidstaat.

##### 7.3.2.1. Gunstige behandeling vergeleken met alle Nederlandse vennootschapsbelastingplichtigen

- (223) De omstreden APA's zijn aan Systems afgegeven zodat zij haar jaarlijkse belastbare winst kon bepalen met het oog op het vaststellen van haar vennootschapsbelastingverplichtingen in het kader van de gewone regels voor het belasten van vennootschapswinst in Nederland. Daarom is volgens de Commissie de referentieregeling het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel, dat ten doel heeft winst van alle in Nederland belastingplichtige vennootschappen te belasten<sup>(321)</sup>.

<sup>(315)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie / World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 54 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>(316)</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie / World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 56, en arrest van het Hof van Justitie van 18 juli 2013, P, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, punt 18.

<sup>(317)</sup> „[H]et vereiste van selectiviteit verschilt naargelang de betrokken maatregel bedoeld is als een algemene steunregeling dan wel als individuele steun. In dit laatste geval kan bij de vaststelling van een economisch voordeel in beginsel worden vermoed dat er sprake is van selectiviteit. Bij het onderzoek van een algemene steunregeling moet daarentegen worden vastgesteld of de betrokken maatregel, hoewel hij een algemeen geldend voordeel betreft, dit voordeel enkel voor bepaalde ondernemingen of sectoren schept.” Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2015, Commissie / MOL, C-15/14 P, ECLI:EU:C:2015:362, punt 60. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie / World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 55; arrest van het Hof van Justitie van 26 oktober 2016, Orange / Commissie, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, punten 53 en 54, en arrest van het Hof van Justitie van 30 juni 2016, België / Commissie, C-270/15 P, ECLI:EU:C:2016:489, punt 49.

<sup>(318)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Paint Graphos e.a., C-78/08 tot C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550.

<sup>(319)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie / World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 57 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>(320)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Paint Graphos e.a., C-78/08 tot C-80/08, ECLI:EU:C:2009:417, punt 65.

<sup>(321)</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Paint Graphos e.a., C-78/08 tot C-80/08, ECLI:EU:C:2009:417, punt 50.

- (224) Zoals in punt (86) uiteengezet, zijn naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen binnenlandse belastingplichtig<sup>(322)</sup> en onderworpen aan de vennootschapsbelasting naar hun belastbare bedrag<sup>(323)</sup>.
- (225) De vaststelling van de belastbare winst in het geval van niet-geïntegreerde/binnenlandse stand-alone-vennootschappen die op de markt transacties uitvoeren, is vrij eenvoudig, aangezien deze berust op het verschil tussen inkomsten en kosten op een concurrerende markt, terwijl de vaststelling van belastbare winst in het geval van geïntegreerde groepsmaatschappijen zoals Systems het gebruik van alternatieve maatstaven vereist. Stand-alone-, niet-geïntegreerde vennootschappen kunnen hun boekhoudkundige winst als uitgangspunt nemen voor de bepaling van de belastbare winst waarop de Nederlandse vennootschapsbelasting van toepassing is, aangezien die winst afhangt van de door de markt gediceerde prijzen voor de verworven inputs en de door de onderneming verkochte producten en diensten. Daarentegen zal een geïntegreerde vennootschap die met vennootschappen van dezelfde groep transacties aangaat, eerst de prijzen voor die intragroepstransacties moeten schatten met het oog op het bepalen van de belastbare winst, waarbij die schatting plaatsvindt door dezelfde vennootschap die zeggenschap heeft over de groep en niet wordt gediceerd door de markt.
- (226) Dit verschil in het bepalen van de belastbare winst van niet-geïntegreerde en geïntegreerde vennootschappen is niet van invloed op de doelstelling van het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel, namelijk het belasten van de winst van alle vennootschappen die in Nederland belastingplichtig zijn, ongeacht of zij al dan niet geïntegreerd zijn. Aangezien in het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel de winst van alle in Nederland gevestigde vennootschappen op dezelfde wijze wordt belast zonder onderscheid tussen groepsmaatschappijen en onafhankelijke vennootschappen, dienen beide soorten ondernemingen te worden geacht zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie te bevinden in het licht van de intrinsieke doelstelling van dat stelsel<sup>(324)</sup>. Bijgevolg is de Commissie van mening dat de referentieregeling niet kan worden beperkt tot uitsluitend groepsmaatschappijen, omdat alleen zij bij het bepalen van de verrekenprijzen van hun intragroepstransacties zouden moeten terugvallen op het zakelijkheidsbeginsel zoals dat in artikel 8b Wet Vpb is vastgelegd en in het Verrekenprijbesluit wordt uitgelegd. Met een zo beperkte referentieregeling zou voor het bepalen van hun belastbare winst een gekunsteld onderscheid tussen vennootschappen worden ingevoerd op basis van hun ondernemingsstructuur, dat in het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel niet wordt erkend voor de belasting van de winst van vennootschappen die onder zijn belastingjurisdictie vallen.
- (227) Het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel is gebaseerd op de „separate entity approach” en alleen door ervoor te zorgen dat geïntegreerde vennootschappen worden belast op een zakelijke winst, kan worden geborgd dat ze niet selectief worden begunstigd ten opzichte van niet-geïntegreerde vennootschappen<sup>(325)</sup>. In het licht van het totaalwinstbegrip, dat is vastgelegd in artikel 3.8 WIB 2001, wordt geen onderscheid gemaakt tussen inkomen en winst afkomstig van een groepsmaatschappij of een stand-alone-vennootschap. Zoals uiteengezet in punt (86), werd het „zakelijkheidsbeginsel” in het Nederlandse belastingrecht toegepast nog voordat artikel 8b, eerste lid, wet Vpb van kracht werd, op basis van het totaalwinstbegrip. Artikel 8b, eerste lid, Wet Vpb en het Verrekenprijbesluit hebben juist tot doel er voor te zorgen dat groepsmaatschappijen en stand-alone-vennootschappen onder het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel op een vergelijkbare wijze worden behandeld en worden belast op de winst die zij met hun ondernemingsactiviteiten genereren, ongeacht of die activiteiten binnen concernverband worden uitgevoerd of niet. Die bepaling en dat besluit zijn het middel om de uiteindelijke doelstelling te bereiken van het belasten van geïntegreerde groepsmaatschappijen op voet van gelijkheid met niet-geïntegreerde stand-alone-vennootschappen volgens de normale regels voor het belasten van vennootschapswinsten; zij zijn geen referentieregeling op zich.
- (228) Omdat de APA van 2006 en de APA van 2011 de operationele winst als uitgangspunt nemen om de belastbare winst van Systems te bepalen met het oog op het heffen van vennootschapsbelasting in het kader van dat stelsel, is dus het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel de referentieregeling waaraan die APA's dienen te worden getoetst om te bepalen of Inter IKEA een selectief voordeel heeft genoten. Zoals uiteengezet in deel 7.2, blijken de

<sup>(322)</sup> Artikel 2 Wet Vpb 1969.

<sup>(323)</sup> Sinds 2011 is het standaardtarief in de vennootschapsbelasting 25 %. Er zijn twee belastbare schijven. Een lager tarief van 20 % geldt voor de eerste schijf, voor een belastbare winst tot en met 200 000 EUR. In de periode 2006-2011 lag het vennootschapsbelastingtarief tussen 25,5 % en 29,6 % met verschillende inkomensschijven.

<sup>(324)</sup> Algemeen genomen, worden alle ondernemingen die inkomsten hebben, geacht zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie te bevinden uit het oogpunt van de directe vennootschapsbelasting.

<sup>(325)</sup> Volgens de „separate entity approach” worden een moedermaatschappij en haar dochteronderneming voor belastingdoeleinden als twee afzonderlijke entiteiten beschouwd. Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 1.6.: „[...] By seeking to adjust profits by reference to the conditions which would have obtained between independent enterprises in comparable transactions and comparable circumstances, the arm's length principle follows the approach of treating the members of an MNE group as operating as separate entities rather than as inseparable parts of a single unified business. Because the separate entity approach treats the members of an MNE group as if they were independent entities, attention is focused on the nature of the dealings between those members.” [eigen vert.: „Door te trachten de winst aan te passen aan de hand van de voorwaarden die tussen onafhankelijke ondernemingen bij vergelijkbare transacties en in vergelijkbare omstandigheden zouden zijn verkregen, volgt het arm's length-beginsel de benadering om de leden van een multinationale groep te behandelen als opereren zij als afzonderlijke entiteiten en niet als onlosmakelijke delen van één eengemaakt bedrijf. Omdat de „separate entity approach” de leden van een multinationale groep behandelt als waren zij onafhankelijke entiteiten, gaat de aandacht naar de aard van de transacties tussen die leden.”].

APA van 2006 en de APA van 2011 verrekenprijregeligen te bekrachtigen die voor Systems in een belastbare winst resulteren die afwijkt van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst die met het zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming is, die dus haar belastbare winst voor vennootschapsbelastingdoeleinden vermindert. Daarentegen worden vennootschappen die transacties aangaan met niet-gelieerde partijen en vennootschappen die onderdeel zijn van een multinationale groep die voor hun intragroepstransacties zakelijke verrekenprijzen hanteren in Nederland alle belast op een winstniveau dat, als uitgangspunt, een afspiegeling is van prijzen die via zakelijke onderhandelingen op de markt tot stand zijn gekomen. Om deze redenen is de voorlopige conclusie van de Commissie dat de omstreden APA's lijken af te wijken van het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel en dat zij dus een gunstige fiscale behandeling aan Systems lijken toe te kennen die niet voor andere belastingplichtige vennootschappen in Nederland beschikbaar is.

- (229) Voor zover de voorlopige conclusie van de Commissie in deel 7.2.2.4 gegrond is dat met de APA van 2011 ook het beginsel van „goed koopmansgebruik” uit het Nederlandse recht verkeerd wordt toegepast doordat de aftrek van de voorziening voor toekomstige rentebetalingen wordt toegestaan, dient tenslotte ook die onjuiste toepassing geacht te worden een afwijking in te houden van het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel en in het bijzonder van het beginsel van „goed koopmansgebruik”, hetgeen een verschil in behandeling oplevert ten aanzien van andere ondernemingen die zich in een feitelijke of juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

#### 7.3.2.2. Gunstige behandeling vergeleken met vennootschapsbelastingplichtigen die deel uitmaken van een multinationale ondernemingsgroep

- (230) Onverminderd de voorlopige conclusies in de delen 7.3.1 en 7.3.2.1, is een verdere voorlopige conclusie van de Commissie dat, zelfs indien de referentieregeling beperkt zou zijn tot artikel 8b, eerste lid, Wet Vpb en het Verrekenprijbesluit — en dat dus alleen vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale ondernemingsgroep geacht kunnen worden zich in een feitelijke of juridisch vergelijkbare situatie te bevinden — de omstreden maatregelen geacht dienen te worden Systems ook te begunstigen vergeleken met die belastingplichtigen.
- (231) Artikel 8b, eerste lid, is in het Nederlandse belastingrecht opgenomen voordat de omstreden maatregelen zijn genomen. Die bepaling wordt beschouwd als de codificatie van het zakelijkheidsbeginsel in het Nederlands belastingrecht. Overeenkomstig die bepaling moeten vennootschappen die onderdeel zijn van een multinationale ondernemingsgroep en met verbonden vennootschappen transacties aangaan, hun verrekenprijzen vaststellen volgens dat beginsel. Zoals in deel 7.2 voorlopig is aangetoond, is de Commissie van mening dat de omstreden maatregelen Systems een belastbare winst opleveren die geen afspiegeling is van via zakelijke onderhandelingen op de markt tot stand gekomen prijzen. Bijgevolg worden hiermee de vennootschapsbelastingverplichtingen van Systems in Nederland verlaagd vergeleken met vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale ondernemingsgroep en die hun verrekenprijzen bepalen in overeenstemming met artikel 8b, eerste lid, Wet Vpb en het Verrekenprijbesluit.
- (232) In het licht van het voorgaande is de voorlopige conclusie van de Commissie dat het in deel 7.2 geïdentificeerde voordeel selectief van aard is omdat het Systems begunstigt ten opzichte van andere vennootschapsbelastingplichtigen die deel uitmaken van een multinationale ondernemingsgroep die intragroepstransacties aangaan en die, op grond van artikel 8b, eerste lid, Wet Vpb en het Verrekenprijbesluit, de prijzen voor hun intragroepstransacties moeten schatten op een wijze die een afspiegeling is van prijzen die via zakelijke onderhandelingen op de markt tot stand zijn gekomen.
- (233) Ten slotte dient, voor zover de voorlopige conclusie van de Commissie in deel 7.2.2.4 gegrond is dat met de APA van 2011 ook het beginsel van „goed koopmansgebruik” uit het Nederlandse recht verkeerd wordt toegepast doordat de aftrek van de voorziening voor toekomstige rentebetalingen wordt toegestaan, die onjuiste toepassing geacht te worden een afwijking in te houden van dat beginsel en zodoende een verschil in behandeling op te leveren ten aanzien van ondernemingen die zich in een feitelijk of juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

#### *Rechtvaardiging*

- (234) Wat betreft een eventuele rechtvaardiging voor de discriminatie veroorzaakt door de omstreden APA's ten faveure van Systems, herhaalt de Commissie in dit stadium dat de bewijslast van een dergelijke rechtvaardigingsgrond bij de lidstaat ligt. De Commissie heeft in dit stadium hoe dan ook geen mogelijke grond kunnen vaststellen ter rechtvaardiging van de voorkeursbehandeling die Systems geniet als gevolg van die maatregelen, waarvan kan worden gesteld dat die rechtstreeks uit de intrinsieke, basis- of hoofdbeginselen van de referentieregeling voortvloeien of het resultaat zijn van inherente mechanismen die noodzakelijk zijn voor het functioneren en de doeltreffendheid van die regeling<sup>(326)</sup>.

<sup>(326)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08 tot C-80/08, ECLI:EU:C:2009:417, punt 69.

- (235) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie dat, mocht zij tot de conclusie komen dat met de APA van 2006 en de APA van 2011 een economisch voordeel aan Systems is verleend, dat dit voordeel selectief van aard zou zijn.

#### 7.4. Conclusie over de vraag of er sprake is van steun

- (236) Om alle voorgaande redenen is de Commissie, in dit stadium, van mening dat de omstreden APA's staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Bijgevolg zou de maatregel, bij gebreke van een aanmelding overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag, als onrechtmatige steun worden beschouwd.
- (237) Dit besluit laat de beoordeling onverlet van de vraag of de door andere lidstaten aan Inter IKEA-vennootschappen toegekende fiscale behandeling staatssteun inhoudt, met name of Holding voldoet aan de in het Luxemburgse recht bepaalde voorwaarden om in aanmerking te komen voor de Holding 1929-regeling.

#### 7.5. Verenigbaarheid met de interne markt

- (238) Staatssteun wordt als verenigbaar met de interne markt beschouwd indien de steun onder een van de gronden van artikel 107, lid 2, van het Verdrag valt <sup>(327)</sup>, en kan als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd indien de Commissie tot de bevinding komt dat de steun onder een van de gronden van artikel 107, lid 3, van het Verdrag valt <sup>(328)</sup>. De bewijslast dat een steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt overeenkomstig artikel 107, lid 2 of 3, van het Verdrag, rust op de betrokken lidstaat <sup>(329)</sup>.
- (239) In dit stadium beschikt de Commissie niet over aanwijzingen dat de steun die als gevolg van de omstreden APA's aan Systems en Inter IKEA als geheel is gegeven, als verenigbaar met de interne markt kan worden beschouwd. Met name is de Commissie van mening dat de omstreden APA's lijken te resulteren in een verlaging van de lasten die de betrokken entiteit normaliter in het kader van haar lopend beheer had moeten dragen, en dat de vrijstelling van die lasten bijgevolg moet worden geacht exploitatiesteun te vormen. Volgens vaste praktijk van de Commissie kan dit soort steun normaal gesproken niet worden aangemerkt als verenigbaar met de interne markt, omdat hij niet dient ter vergemakkelijking van de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën; evenmin zijn de desbetreffende fiscale prikkels beperkt in de tijd, degressief of evenredig aan hetgeen noodzakelijk is om een specifieke economische handicap in de betrokken gebieden te verhelpen <sup>(330)</sup>.

### CONCLUSIE

In het licht van de voorgaande overwegingen is het voorlopige standpunt van de Commissie dat de Advanced Pricing Agreements die op 9 maart 2006 en 19 december 2011 zijn afgesloten tussen de Nederlandse Belastingdienst en Inter IKEA Systems BV, staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag die is toegekend aan Inter IKEA Systems BV en de Inter IKEA-groep als geheel. Die steun is jaarlijks toegekend wanneer die vennootschappen gebruikmaakten van die Advanced Pricing Agreements om hun jaarlijkse vennootschapsbelastingverplichtingen in Nederland te berekenen. De Commissie heeft twijfel over de verenigbaarheid van die steunmaatregel met de interne markt. Daarom heeft de Commissie besloten om ten aanzien van die overeenkomsten de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag in te leiden.

De Commissie verzoekt Nederland om binnen één maand vanaf de datum van ontvangst van deze brief zijn opmerkingen over dit besluit te maken en alle dienstige informatie te verstrekken voor de beoordeling van de omstreden Advanced Pricing Agreements. Met name wil de Commissie de in de bijlage bij dit besluit genoemde informatie ontvangen.

<sup>(327)</sup> De in artikel 107, lid 2, van het Verdrag bepaalde afwijkingen betreffen: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; b) steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen; en c) steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland.

<sup>(328)</sup> De in artikel 107, lid 3, van het Verdrag bepaalde afwijkingen betreffen: a) steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van bepaalde streken; b) steunmaatregelen om de verwezenlijking van belangrijke projecten van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van de lidstaat op te heffen; c) steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken; d) steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen; en e) andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad.

<sup>(329)</sup> Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies / Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

<sup>(330)</sup> Besluit (EU) 2016/2326 van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38375 (2014/C) (ex 2014/NN) door Luxemburg ten gunste van Fiat ten uitvoer gelegd (PB L 351 van 22.12.2016, blz. 1), overwegingen 347 e.v. (tegen dit besluit loopt beroep). Zie ook arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina / Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

Aangezien het hier een technisch complexe zaak betreft en de door Nederland tijdens het voorlopige onderzoek verstrekte informatie ontoereikend is om de Commissie in staat te stellen haar inhoudelijke beoordeling af te ronden, zal de Commissie misschien nog verdere informatie uit andere bronnen nodig hebben. Daarom zal de Commissie, mocht Nederland niet binnen één maand na de datum van ontvangst van deze brief volledig antwoorden met de in de bijlage genoemde informatie, overwegen om, in overeenstemming met artikel 7 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad, de begunstigde onderneming, d.w.z. Inter IKEA Systems BV of iedere andere vennootschap van de Inter IKEA-groep, te verzoeken de informatie te verstrekken waarom Nederland hierboven is verzocht. In dat geval zal Nederland worden gevraagd in te stemmen met dit verzoek op grond van artikel 7, lid 2, onder b), van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad <sup>(331)</sup>.

De Commissie verzoekt Nederland onverwijld een afschrift van deze brief aan de potentiële begunstigde van de hier genoemde steunmaatregel te doen toekomen.

De Commissie wijst Nederland op de schorsende werking van artikel 108, lid 3, van het Verdrag. Zij verwijst naar artikel 16 van Verordening (EG) nr. 2015/1589 van de Raad <sup>(332)</sup>, volgens hetwelk alle onrechtmatige steun van de begunstigde van die steun kan worden teruggevorderd.

Voorts deelt de Commissie Nederland mee dat zij de belanghebbenden door de bekendmaking van deze brief en van een samenvatting ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* in kennis zal stellen. Tevens zal zij de belanghebbenden in de lidstaten van de EVA die partij zijn bij de EER-Overeenkomst door de bekendmaking van een mededeling in het EER-Supplement van het Publicatieblad in kennis stellen, alsmede de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA door haar een afschrift van deze brief toe te zenden. Alle bovengenoemde belanghebbenden zal worden verzocht hun opmerkingen te maken binnen één maand vanaf de datum van deze bekendmaking.

---

---

<sup>(331)</sup> PB L 248 van 24.9.2015, blz. 9.

<sup>(332)</sup> PB L 248 van 24.9.2015, blz. 9.

## BIJLAGE

- (1) Geef, naast de documenten betreffende de bezoeken van de heer Ingvar Kamprad aan de IKEA-winkel in Delft op 7 maart 2006, 7 maart 2007 en 10 maart 2008, alle verdere ondersteunende documenten waaruit de „nauwe betrokkenheid” van Interogo Foundation en/of de heer Kamprad blijkt bij de ontwikkeling en uitbouw van de IKEA-formule of hun invloed op de activiteiten van Inter IKEA Systems BV in de periode 1983-2011. Voeg bij uw antwoord, voor zover beschikbaar, interne documenten, notulen van bijeenkomsten, besluitvormingsprocedures, mededelingen, en contracten tussen groepsmaatschappijen.
- (2) Was de heer Kamprad werknemer of bekleedde hij een andere positie binnen Inter IKEA Systems BV sinds 1983? Of bestond er in diezelfde periode een andere directe contractuele relatie tussen de heer Kamprad en Inter IKEA Systems BV?
- (3) Beschrijf in het algemeen de rol van de heer Kamprad en/of andere familieleden in het beheer van Inter IKEA in de periode 2006-2012. Verstrek ook bewijsstukken over hun invloed op de activiteiten van Inter IKEA Systems BV. Welke functies in de ondernemingsorganen van groepsmaatschappijen en welke managementfuncties hebben de heer Kamprad en/of andere familieleden binnen de groep bekleed?
- (4) Verschaf documenten waaruit blijkt dat entiteiten buiten Nederland strategische besluiten voor de lange termijn hebben genomen over andere kwesties dan de formele acceptatie van nieuwe grondgebieden. Voeg bij uw antwoord, voor zover beschikbaar, interne documenten, notulen van bijeenkomsten, besluitvormingsprocedures, mededelingen en contracten tussen groepsmaatschappijen.
- (5) Geef de namen van de senior executives van Inter IKEA Systems BV sinds 1983, hun positie en bevoegdheden.
- (6) Geef, naast de notulen van de bijeenkomsten tussen Inter IKEA Systems BV en Largo Brands Corporation AVV op 20 oktober 2010, 24 maart 2011 en 19 oktober 2011, kopieën van alle overige notulen van bijeenkomsten tussen Inter IKEA Systems BV, I.I. Holdings SA en/of Largo Brands Corporation AVV voor de periode 1983-2011.
- (7) Wat zijn de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de *Beirat* van de Interogo Foundation met betrekking tot de activiteiten van de Inter IKEA Group en met name Inter IKEA Systems BV, en in het bijzonder met betrekking tot de goedkeuring van strategische besluitvorming over het beheer van de IKEA-formule? Geef de samenstelling van de *Beirat* van de Interogo Foundation voor de periode 2006-2011. Wat zijn de stemrechten van de heer Kamprad en van andere familieleden?
- (8) Geef de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de voorzitter van Inter IKEA Holding SA, in het bijzonder met betrekking tot de strategische besluitvorming over het beheer van de IKEA-formule.
- (9) Is I.I. Holdings SA, Inter IKEA Systems BV of een andere entiteit van de Inter IKEA-groep de in de EU geregistreerde eigenaar van de Rechten die onderdeel zijn van de Proprietary Rights?
- (10) Verschaf de bijlagen A en B bij de Licence Agreement van 1 juli 1983 tussen I.I. Holding SA en Inter IKEA Systems BV (samen met alle wijzigingen van die bijlagen).
- (11) In punt 3.4 van de APA van 2006 is sprake van bepaalde „*diverse kosten die deels betrekking hebben op IKEA PROPRIETARY RIGHTS en deels op het IKEA FRANCHISE CONCEPT*” waarop een 40/60-verdeling tussen Inter IKEA Systems BV en I.I. Holding SA van toepassing is. Volgens de brief van Nederland van 17 november 2016 „*w[er]d in de jaren tot 1996 [bijgehouden] welke kosten betrekking hadden op het concept en welke kosten betrekking hadden op de rechten*”, waaruit deze 40/60-verdeling kwam. Geef in het licht hiervan de volgende informatie:
  - (i) Wat zijn deze „diverse kosten”?
  - (ii) Wat zijn de andere (d.w.z. „niet-diverse”) kosten en waarom mag de verhouding voor de toebedeling daarop niet worden toegepast?
  - (iii) De stukken waaruit de toebedeling van de kosten tot 1996 blijkt.



- (iv) De uitsplitsing van de totale kosten van Inter IKEA Systems BV voor de periode 2006-2011. Maakt u daarbij een onderscheid tussen cataloguskosten, diverse en niet-diverse kosten, marketingbijdragen aan franchisenemers, overige marketinguitgaven (niet zijnde bijdragen aan franchisenemers), door zusterondernemingen verrichte consultancydiensten, interne en uitbestede kosten met betrekking tot de ontwikkeling, versterking, instandhouding, bescherming en exploitatie van de Proprietary Rights en van het IKEA Franchise Concept, zo mogelijk uitgesplitst volgens deze categorieën.
- (12) Wat betreft het in de overeenkomst voor de verwerving van de Proprietary Rights overeengekomen prijsaanpassingsmechanisme, leg in detail uit hoe de omvang van de sinds 2012 door Inter IKEA Systems BV gevormde voorzieningen is bepaald.
- (13) Geef voor elk van de hieronder vermelde vennootschappen en perioden informatie over: i) de samenstelling van de raad van bestuur en andere ondernemingsorganen; ii) senior executive managers, met een beschrijving van de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van ieder van hen; iii) statuten en andere interne documenten waaruit blijkt hoe die entiteiten worden bestuurd en hoe besluiten tot stand komen, met inbegrip van de bevoegdheden, quorums en stemrechten en -procedures in elk ondernemingsorgaan; iv) notulen van bijeenkomsten van de raden van bestuur en van andere ondernemingsorganen; v) documenten waaruit de mededeling van strategische besluiten van die entiteiten aan Inter IKEA Systems BV in de betrokken periode blijkt.
- (i) I.I. Holding SA: van 2006 tot en met 2009;
- (ii) Largo Brands Corporation AVV: voor 2010 en 2011;
- (iii) Inter IKEA Holding SA: van 2006 tot en met 2011; en
- (iv) Interogo Foundation: van 2006 tot en met 2011.
- (14) Geef de volgende informatie: a) aantal personeelsleden van I.I. Holdings SA van 2006 tot en met 2009; b) een beschrijving van de functies van ieder van hen. Geef dezelfde informatie voor Largo Brands Corporation AVV voor de jaren 2010 en 2011.
- (15) Volgens punt 4.5 van de APA van 2011 „[zijn] geen renteaftrekbepurende maatregelen zoals zijn opgenomen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 of anderszins van toepassing”. Was de onderkapitalisatieregule van het vroegere artikel 10d van de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting 1969, die van toepassing was toen de APA van 2011 is afgegeven, op de hier betrokken zaak van toepassing?
- (16) Tegen welke prijs zijn de Proprietary Rights in 1983 aan I.I. Holding SA overgedragen? Hoe is die prijs berekend? Vertegenwoordigde deze de marktwaarde van de Rechten op dat tijdstip? Onderbouwt u uw antwoord met contracten of interne documenten. Zijn geen contracten of andere documenten beschikbaar, verschaft dan verklaringen van de heer Ingvar Kamprad of van andere managers betreffende de prijs en de wijze waarop deze werd vastgesteld.
- (17) Hoe vindt de waarde van de Proprietary Rights zijn neerslag in de financiële verklaring van I.I. Holdings SA na 1983? En vonden daarop afschrijvingen plaats?
- (18) Geef de catalogusinkomsten en -uitgaven voor Inter IKEA Systems BV voor de periode 2005-2012.
- (19) Geef de volgende informatie over de overdracht van de Proprietary Rights van I.I. Holdings SA aan Largo Brands Corporation AVV in 2009: i) waarde van de Proprietary Rights op het tijdstip van de overdracht; ii) de structurering van de financiering; iii) contracten die een en ander ondersteunen.
- (20) Bewijsmateriaal dat de lening die door Interogo Foundation is verstrekt aan Inter IKEA Systems BV op zakelijke voorwaarden is verstrekt.
- (21) De jaarstukken van Inter IKEA Systems BV en I.I. Holding SA voor 2015 en 2016.
-