

**STATE AID — NETHERLANDS****State aid SA.51284 (2018/NN) — Possible State aid in favour of Nike****Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union**

(Text with EEA relevance)

(2019/C 226/04)

By means of the letter dated 10 January 2019 reproduced in the authentic language on the pages following this summary, the Commission notified the Netherlands of its decision to initiate the procedure laid down in Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union concerning the abovementioned aid.

Interested parties may submit their comments on the aid in respect of which the Commission is initiating the procedure within one month of the date of publication of this summary and the following letter, to:

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

These comments will be communicated to the Netherlands. Confidential treatment of the identity of the interested party submitting the comments may be requested in writing, stating the reasons for the request.

**Description of the measures in respect of which the Commission is initiating the procedure**

The case concerns a certain number of rulings issued by the Dutch authorities from 2006 to 2015 to Dutch tax resident companies of the Nike group, mainly Nike European Operations Netherlands BV ('NEON') and Converse Netherlands BV ('CN BV'). These two companies obtained a licence to use intellectual property rights ('IP') composed of trademarks, tradenames and patents for Nike and Converse in Europe, the Middle East and Africa region ('EMEA'). The tax rulings in question concern the remuneration for the royalty to be paid for the use of the IP. To this end, the arm's length value of these intra-group transactions is determined estimating how such a price would have been determined between independent parties.

Both companies (NEON and CN BV) seem to be the main sales and distribution entities and headquarters for Nike and Converse in the EMEA region respectively. They seem to have obtained the licence via allegedly conduit companies (which are either tax resident in Bermuda or Dutch companies transparent for tax purposes), not taxable in the Netherlands. The alleged conduit companies do neither seem to have employees nor do they seem to conduct any economic activity.

All rulings confirmed that the EMEA headquarter companies (NEON and CN BV) should only be taxable in the Netherlands on a limited margin (around 2-5 % of operating margin) while the bulk of their profits is paid in the form a royalty payment to the alleged conduit companies and remains untaxed.

**Assessment of the measures**

The Commission's assessment focuses on whether the royalty payments as endorsed by the tax rulings of the Dutch Tax Authorities have been overestimated, as compared to what independent undertakings negotiating at arm's length under comparable circumstances would have agreed.

In particular, a preliminary analysis of the functions performed by the parties to the transactions suggests that NEON and CN BV respectively are involved in the development, enhancement, management and exploitation of the IP. For example, NEON is active in the advertisement and promotion of Nike Products in the EMEA markets and bears its own costs for the marketing and sales activities. These extensive functions do not seem to match with the limited routine return granted to NEON and CN BV on the basis of the endorsed method in the tax rulings. The Commission therefore considers at this stage that the annual royalty payments are inflated and thus unduly reduced NEON's and CN BV's taxable base in the Netherlands over the period 2006 to 2015. The Commission at this stage does not see how this prima facie selective advantage can be justified by the nature and overall structure of the system.

In view of this, the Commission raises doubts whether the contested tax rulings and their implementation in the yearly tax returns granted State aid within the meaning of Article 107(1) of the TFEU to NEON and CN BV and to the Nike group as a whole. The Commission further sees no grounds for finding these potential aid measures compatible with the internal market.

In accordance with Article 16 of Council Regulation (EU) 2015/1589 <sup>(1)</sup>, all unlawful aid can be subject to recovery from the recipient.

---

<sup>(1)</sup> Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union (OJ L 248, 24.9.2015, p. 9).

## TEXT OF LETTER

De Commissie stelt Nederland ervan in kennis dat zij, na onderzoek van de door uw autoriteiten met betrekking tot bovengenoemde steunmaatregel verstrekte informatie, heeft besloten de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna "VWEU" genoemd) in te leiden.

**1. PROCEDURE**

- (1) Op 30 juli 2013 zond de Commissie Nederland een verzoek om informatie betreffende zijn fiscale ruling praktijk <sup>(1)</sup>.
- (2) Per brief van 24 januari 2014 verzocht de Commissie Nederland om informatie betreffende de Advanced Tax Rulings (ATR) en de Advanced Pricing Agreements (hierna "APA's" genoemd) <sup>(2)</sup> die met de in Nederland belastingplichtige ondernemingen van de Nike-groep werden gesloten. Per brief van 17 februari 2014 antwoordde Nederland op dit verzoek.
- (3) Op 22 november 2017 zond de Commissie Nederland een aanvullend verzoek om informatie betreffende Nike. Per brief van 20 december 2017 verzocht Nederland om een verlenging van de antwoordtermijn, die de Commissie verleende per brief van 21 december 2017. Op 22 januari 2018 diende Nederland een gedeeltelijk antwoord in op het verzoek om informatie van de Commissie van 22 november 2017.
- (4) Op 26 januari 2018 zond de Commissie Nederland een herinneringsbrief voor de ontbrekende informatie. Per brief van 14 februari 2018 diende Nederland nogmaals een gedeeltelijk antwoord in op het verzoek om informatie van de Commissie van 22 november 2017.
- (5) Op 5 maart 2018 bracht de Commissie Nederland in herinnering dat er nog steeds informatie ontbrak met betrekking tot haar verzoek om informatie van 22 november 2017. Per brief van 19 maart 2018 verstrekte Nederland de ontbrekende informatie.
- (6) Per brief van 14 mei 2018 verzocht de Commissie Nederland om verdere informatie, waar Nederland op antwoordde per brief van 12 juni 2018 en per brief van 31 oktober 2018.
- (7) Op 20 november 2018 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden tussen de Commissie en Nederland om de op 31 oktober 2018 door Nederland verstrekte informatie en de verder staatssteun procedure te bespreken.

**2. FEITELIJKE EN JURIDISCHE ACHTERGROND****2.1. Begunstigden van de betwiste maatregelen****2.1.1. De Nike-groep**

- (8) De Nike-groep legt zich toe op het ontwerp, de ontwikkeling, de wereldwijde marketing en verkoop van atletiekschoenen, kleding, uitrusting, toebehoren en diensten (hierna "Nike-producten" genoemd). De groep is de grootste verkoper van atletiekleding en -schoenen in de wereld. Hij verkoopt zijn producten via kleinhandelszaken die eigendom van Nike zijn, websites en onafhankelijke distributeurs en licentiehouders met vestigingen overal ter wereld. In 2003 kocht de Nike-groep de Converse-groep.
- (9) De Nike-groep staat onder zeggenschap van de onderneming Nike, Inc., die in 1967 werd opgericht en haar hoofdkantoor heeft in Beaverton, Oregon, Verenigde Staten (hierna "VS" genoemd). In 2017 bedroegen de inkomsten van de Nike-groep wereldwijd 34,35 miljard USD en had de groep 74 400 werknemers over heel de wereld.
- (10) Sinds de opening van een kantoor in Hilversum met 20 werknemers <sup>(3)</sup> in 1992 is Nike aanwezig in Nederland.

**2.1.2. Nike Europe Holding B.V.**

- (11) Nike, Inc. bezit via verschillende Amerikaanse ondernemingen van de Nike-groep, waaronder Converse, Inc., diverse Nederlandse ondernemingen, waaronder Nike Europe Holding B.V. (hierna "NEH" genoemd).
- (12) NEH werd opgericht op 23 augustus 1993 en is de belangrijkste houdstervennootschap voor de Nike entiteiten buiten de VS <sup>(4)</sup>. NEH houdt alle aandelen in haar dochterondernemingen, waaronder Nike European Operations Netherlands B.V. (hierna "NEON" genoemd) en Converse Netherlands B.V. (hierna "CN BV" genoemd) en verschillende andere Nederlandse en niet-Nederlandse ondernemingen.

<sup>(1)</sup> SA.37419.

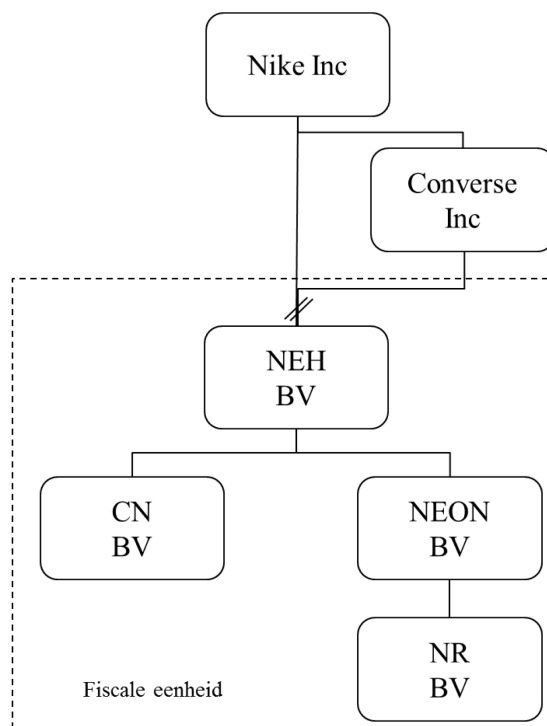
<sup>(2)</sup> Een APA is een overeenkomst tussen een belastingdienst en een belastingplichtige waarmee vooraf en voor een bepaalde termijn een passende reeks criteria wordt vastgesteld voor de berekening van de zakelijke (arm's length) waarde van transacties binnen de groep waartoe de belastingplichtige behoort. In Nederland wordt een APA formeel ingeleid door de belastingplichtige en gesloten bij overeenkomst tussen de belastingplichtige en de belastingdienst.

<sup>(3)</sup> Zie <https://uk.investinholland.com/success-stories/nike/>.

<sup>(4)</sup> Brief van NEH's belastingadviseur aan de Nederlandse Belastingdienst van 23 april 2015, deel 2.1.1, blz. 2.

- (13) NEH heeft geen werknemers in Nederland maar verstrekt centrale opslagdiensten in Europa, het Midden-Oosten en Afrika (hierna “EMEA-regio” genoemd) <sup>(5)</sup> via haar Belgische filiaal, Nike Customer Service Centre (hierna “CSC” genoemd) <sup>(6)</sup>, gevestigd te Laakdal (België) <sup>(7)</sup>. CSC startte zijn activiteiten in januari 1997. In 2016 had CSC 2 537 werknemers <sup>(8)</sup>. CSC is voornamelijk belast met de opslag en de logistiek voor schoeisel en kleding. CSC wordt vergoed op basis van een cost-plus-opslag in overeenstemming met de fiscale rulings die zijn afgegeven door de Belgische Belastingdienst. Die fiscale rulings worden niet behandeld in dit besluit <sup>(9)</sup>.
- (14) Via NEON bezit NEH de aandelen van Nike Retail BV (hierna “NR BV” genoemd) en van andere niet-Nederlandse ondernemingen. NEH, NEON en NR BV zijn gevoegd in een fiscale eenheid (fiscaal geconsolideerde groep) waarbij NEH optreedt als moedermaatschappij van de eenheid. Sinds 6 november 2012 maakt CN BV ook deel uit van deze fiscale eenheid <sup>(10)</sup>. Elke Nederlandse vennootschap (of een buitenlandse rechtsvorm die daarmee vergelijkbaar is) die onderworpen is aan de vennootschapsbelasting kan als moedermaatschappij of dochtermaatschappij deel uitmaken van een fiscale eenheid zolang zowel de moeder- als de dochtermaatschappij feitelijk in Nederland gevestigd zijn en ook aan de overige voorwaarden wordt voldaan <sup>(11)</sup>. Als dusdanig dienen de entiteiten die deel uitmaken van een fiscale eenheid slechts één belastingaangifte in waarin de entiteit die als moeder van de eenheid optreedt, in dit geval NEH, de inkomsten van alle ondernemingen van de fiscale eenheid opneemt. Alle entiteiten die deel uitmaken van de fiscale eenheid blijven zoals de Commissie begrijpt echter subjectief belastingplichtig voor de Nederlandse vennootschapsbelasting.
- (15) De hierboven beschreven structuur van de Nike-groep wordt hier vereenvoudigd weergegeven in figuur 1:

**Figuur 1 – Vereenvoudigde structuur van de Nike-groep in Europa en van de fiscale eenheid NEH**



<sup>(5)</sup> De landen van de EMEA-regio zijn opgesomd in exhibit A “licensed territory” van de licentieovereenkomst van NEON.

<sup>(6)</sup> Financieel verslag 2015 van NEH, blz. 2. Ook vermeld als European Logistic Centre (hierna “ELC” genoemd) in het TP-verslag 2010 van NEON, blz. 14.

<sup>(7)</sup> Financieel verslag 2008 van NEH, blz. 2.

<sup>(8)</sup> Financieel verslag 2016 van NEH, blz. 23.

<sup>(9)</sup> Ruling [...], Nike Customer Service Centre, [...] en ruling [...] Nike EMEA Logistics Centre [...].

<sup>(10)</sup> Financieel verslag 2012/2013 van NEON, blz. 39.

<sup>(11)</sup> Zo moet de moeder onder meer ten minste 95% van de aandelen houden in de dochter. Onder voorwaarden kan ook een buitenlands lichaam met een vaste inrichting (vi) in Nederland worden opgenomen in de fiscale eenheid (waarbij dan alleen de vi wordt opgenomen) of kan een fiscale eenheid worden gevormd tussen een Nederlandse grootmoeder en kleindochtermaatschappij terwijl de dochtermaatschappij een buitenlands lichaam is.

### 2.1.3. Nike Europe Operations Netherlands B.V.

- (16) NEON werd op 2 september 1994 opgericht en begon haar activiteiten in hetzelfde jaar<sup>(12)</sup>. Sinds 2006 functioneert NEON als de verkoop en distributie principaal en regionaal hoofdkantoor van de Nike-groep in de EMEA-regio. Haar activiteiten, in dit besluit ook wel “principaal activiteiten” of “groothandelsactiviteiten” genoemd, bestaan uit productontwerp, verkoopbeheer, prijzen- en kortingenbeleid, voorraadbeheer, klantendiensten, marketingbeheer waaronder marktonderzoek, lokale reclame- en promotieactiviteiten met onder meer sponsoring van atleten en endorsementcontracten in de EMEA-regio. NEON is ook belast met verkoopprognose, orderplaatsing, opslagactiviteiten, kasbeheer en financiën.
- (17) Sinds 2005 houdt NEON een exclusieve licentie om de IP van Nike met betrekking de EMEA-regio, inclusief de distributierechten, te gebruiken binnen de EMEA-regio (hierna “Nike IP voor EMEA” genoemd). Daarnaast heeft NEON een licentie verkregen van Hurley Phantom CV (hierna “HP CV” genoemd), om de merkrechten, merknamen en patenten van Hurley voor het gebied buiten de VS (hierna “IP van Hurley buiten de VS” genoemd) te exploiteren<sup>(13)</sup>. HP CV is een in Nederland geregistreerde entiteit van de Nike-groep. NEON heeft ook twee overeenkomsten met Nike, Inc. gesloten met betrekking tot kledij en schoeisel<sup>(14)</sup>. Krachtens deze overeenkomsten treedt Nike, Inc. op als niet-exclusieve inkoopagent van NEON belast met productie, onderhandelingen met derden, kwaliteitscontrole, vervoer en verzekering met betrekking tot deze productlijnen<sup>(15)</sup>.
- (18) Voor de ondersteuning van NEON in al haar activiteiten in de EMEA-regio hebben NEON en NEH verschillende filialen en dochterondernemingen opgericht. Voor de opslag- en logistieke activiteiten maakt NEH gebruik van CSC, die onder toezicht van NEON staat<sup>(16)</sup>. NEON heeft ook afzonderlijke ondernemingen opgericht, de zogenoemde Nike Commission Agents, die namens NEON optreden als marketing- en verkoopagenten in de toegewezen gebieden, zoals Nike Deutschland GmbH of Nike Czech s.r.o. NEON coördineert de activiteiten van deze Nike Commission Agents en zorgt voor de afstemming van hun marketing- en verkoopstrategieën<sup>(17)</sup>. om te komen tot consistentie en coherentie met de ruimere EMEA-strategie<sup>(18)</sup>. De Nike Commission Agents ondersteunen de activiteiten van NEON door uitvoering te geven aan verkoop- en marketingstrategieën in hun specifieke gebieden, zoals vormgegeven door NEON om aan te sluiten bij de plaatselijke behoeften<sup>(19)</sup>. De Nike Commission Agents verlenen ook steun aan NEON om beloftevolle sportclubs en individuele atleten op te sporen en voor te stellen met het oog op sponsoring en endorsementcontracten die dan door NEON worden onderhandeld en gesloten<sup>(20)</sup>.
- (19) In 2009 reorganiseerde Nike haar activiteiten wereldwijd. Ten gevolge van deze reorganisatie verminderde het aantal werknemers van NEON met 250<sup>(21)</sup>. in de vier belangrijkste functionele categorieën: productie-eenheden, inkoop en productie, marketing en verkoop, en financiën en administratie. Meer in het bijzonder werd de rol van NEON in de categorie van productie-eenheden belast met productontwerp en -ontwikkeling teruggebracht van 350 tot 172 werknemers. Ondanks deze personeelsverminderingen blijft NEON betrokken bij productontwerp en -ontwikkeling van specifiek schoeisel dat gebruikt wordt voor een aantal Europese sporten zoals zaalvoetbal en rugby<sup>(22)</sup>. De hoofdtaken van NEON als regionaal hoofdkantoor, zoals personeelsbeheer, kasbeheer, IT-diensten en juridische diensten, enz., bleven ook onveranderd na de reorganisatie. In 2015 werden deze taken verder uitgebreid met financiële functies zoals controle, financiële planning en analyse, alsmede functies inzake het beheer van de toeleveringsketen, zoals planning van het assortiment en aankoopplanning. Sinds 2015 is NEON ook begonnen met e-commerce activiteiten en heeft zij de organisatie daarvan op zich genomen voor de Nike-groep in de EMEA-regio<sup>(23)</sup>.
- (20) In het boekjaar 2006/2007 bedroegen de geconsolideerde inkomsten van NEON 3,54 miljard EUR met een nettowinst van 84,21 miljoen EUR. De geconsolideerde boekwaarde van de totale activa van NEON bedroeg 1,48 miljard EUR en het gemiddelde aantal werknemers was 3 336 waarvan 1 775 werkzaam buiten Nederland<sup>(24)</sup>. In het boekjaar 2015/2016 boekte NEON inkomsten ten belope van 8,4 miljard EUR met een nettowinst van 772 miljoen EUR en activa voor een waarde van 4,87 miljard EUR. In 2015/2016 had NEON 9 270 werknemers waarvan er 7 318 buiten Nederland werkten<sup>(25)</sup>. Tabel 1 geeft een overzicht van de groei van NEON voor de jaren 2006/2007 tot en met 2015/2016 waarbij de winst wordt weergegeven als de winst vóór rente en belastingen (“EBIT”) <sup>(26)</sup>.

<sup>(12)</sup> Zie: <https://drimble.nl/bedrijf/hilversum/17151848/nike-european-operations-netherlands-bv.html>.

<sup>(13)</sup> NEH transfer pricing report 2015 (hierna “TP-verslag 2015 van NEH” genoemd), deel 4.4, blz. 22.

<sup>(14)</sup> Apparel buying Agency Agreement, die op 1 maart 2000 in werking is getreden tussen Nike, Inc. en NEON (hierna “Apparel buying Agency Agreement” genoemd), en Footwear buying Agency Agreement, die op 1 maart 2000 in werking is getreden tussen Nike, Inc. en NEON (hierna “Footwear buying Agency Agreement” genoemd).

<sup>(15)</sup> Apparel buying Agency Agreement, overwegingen A tot en met E, blz. 1.

<sup>(16)</sup> Functionele analyse 2006 en 2010 van NEON (hierna “functionele analyse 2006 van NEON” genoemd), deel 3.1, blz. 9. Deze functionele analyse, die door Nederland aan de Commissie is overgelegd, bestaat uit twee delen: een functionele analyse van 2006 en een functionele analyse van 2010. De oorspronkelijke functionele analyse van 2006 werd niet aan de Commissie overgelegd. Verwijzingen naar de functionele analyse 2006 van NEON hebben betrekking op het deel van 2006 in het ingediende document.

<sup>(17)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, blz. 9.

<sup>(18)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, blz. 17.

<sup>(19)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, blz. 9.

<sup>(20)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, blz. 16.

<sup>(21)</sup> Brief van 21 mei 2010 van NEON aan de Nederlandse Belastingdienst en TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.3, blz. 18, en deel 4.4.1, blz. 22.

<sup>(22)</sup> TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.4.4, blz. 21, zoals verder bevestigd in het verrekenprijzenverslag 2015 van NEON (hierna “TP-verslag 2015 van NEON” genoemd), deel 4.3.1, blz. 23.

<sup>(23)</sup> TP-verslag 2015 van NEON, deel 4.3.6, blz. 34.

<sup>(24)</sup> Financieel verslag 2007/2008 van NEON.

<sup>(25)</sup> Financieel verslag 2015/2016 van NEON.

<sup>(26)</sup> Financiële verslagen 2007/2008 tot en met 2015/2016 van NEON. Het financieel verslag van 2006/2007 werd niet aan de Commissie verstrekt.

Tabel 1

NEON	2006/2007	2007/2008	2008/2009	2009/2010	2010/2011	2011/2012	2012/2013	2013/2014	2014/2015	2015/2016
	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000
Netto-omzet	€ 3,536,438	€ 3,734,763	€ 3,902,182	€ 3,686,000	€ 3,907,285	€ 4,394,437	€ 4,735,930	€ 5,528,056	€ 7,256,904	€ 8,401,307
Kostprijs van verkoop	€ 2,365,216	€ 2,297,232	€ 2,651,560	€ 2,456,839	€ 2,761,719	€ 3,128,248	€ 2,912,149	€ 2,966,843	€ 3,873,279	€ 4,973,316
Totale exploitatiekosten	€ 1,182,091	€ 1,211,060	€ 1,219,101	€ 1,122,348	€ 1,118,294	€ 1,185,046	€ 1,187,897	€ 1,636,620	€ 2,413,577	€ 2,435,576
Afschrijvingen	ontbrekende informatie	€ 21,525	€ 19,499	€ 21,506	€ 19,740	€ 23,985	€ 30,893	€ 35,389	€ 53,947	€ 67,235
Toegezegde uitgaven	€ 44,800	€ 47,900	€ 54,100	€ 55,500	€ 60,200	€ 71,200	€ 80,500	€ 92,900	€ 136,100	€ 145,900
Persoonlijke uitgaven	€ 164,059	€ 173,382	€ 178,057	€ 169,077	€ 176,407	€ 212,854	€ 265,041	€ 305,932	€ 432,589	€ 468,516
Auditvergoedingen en diensten	€ 775	€ 725	€ 687	€ 737	€ 765	€ 927	€ 1,019	€ 1,029	€ 1,407	€ 1,334
Herstructureringsactiviteiten			€ 27,200	-€ 1,900	€ -	€ -	€ -	€ -	€ -	€ -
Andere niet verklaarde kosten	€ 972,457	€ 967,528	€ 939,558	€ 877,428	€ 861,182	€ 876,080	€ 810,444	€ 1201370	€ 1789534	€ 1752591
EBIT	-€ 10,869	€ 226,471	€ 31,521	€ 106,813	€ 27,272	€ 81,143	€ 635,884	€ 924,593	€ 970,048	€ 992,415

#### 2.1.4. Nike International Limited en Nike International C.V.

- (21) Nike International Limited (hierna “NIL” genoemd) is een in Bermuda gevestigde onderneming van de Nike-groep die op 12 november 1980 is opgericht <sup>(27)</sup>. NIL is de eigenaar van de Nike merkrechten, merknamen en patenten voor het gebied buiten de VS met uitzondering van [Oost-Aziatische markten]\* (hierna “IP van Nike buiten de VS” genoemd). Middels een overeenkomst inzake kostendeling met Nike, Inc. (cost sharing agreement – hierna “CSA met Nike” genoemd) <sup>(28)</sup>, draagt NIL de kosten van de R&D werkzaamheden met betrekking tot het IP van Nike buiten de VS. De intellectuele eigendom van Nike, Inc. omvat de merkrechten, merknamen en patenten van Nike. Nike, Inc. bezit de IP van Nike voor de markten van de VS, [Oost-Aziatische markten] (hierna “IP van Nike voor de VS” genoemd) <sup>(29)</sup>.
- (22) De directie van NIL is verantwoordelijk voor haar bedrijfsvoering. De directieleden zijn ofwel woonachtig op Bermuda ofwel in de VS. Volgens Nederland komt de directie of delen van de directie meerdere malen per jaar buiten Nederland bij elkaar. Volgens door Nederland verstrekte informatie lijkt NIL geen eigen werknemers te hebben. Voor de dagelijkse bedrijfsvoering van NIL heeft Nike een aantal geautoriseerde managers benoemd vanuit het hoofdkantoor van Nike, Inc. in de VS <sup>(30)</sup>.
- (23) Op 1 juni 2005 heeft NIL aan NEON een exclusieve licentie verstrekt om de Nike IP voor EMEA te gebruiken binnen de EMEA-regio door middel van het sluiten van een IP-licentie en exclusieve distributieovereenkomst (hierna “licentieovereenkomst van NEON” genoemd). Krachtens deze overeenkomst is NEON de exclusieve distributeur van goederen onder licentie in de meeste EMEA-landen <sup>(31)</sup>. NEON is ook gemachtigd voor de wereldwijde fabricage en onderaanneming van deze fabricage voor producten die de naam Nike en andere verkoopmerken daarvan dragen in de EMEA-regio <sup>(32)</sup>. Volgens de licentieovereenkomst van NEON wordt de door NEON aan NIL verschuldigde vergoeding in de vorm van een royalty in ruil voor het exclusieve recht op gebruik van de Nike IP voor EMEA berekend als “het verschil tussen het bedrijfsresultaat van NEON en [2-5%] van haar totale inkomsten” <sup>(33)</sup>.
- (24) De licentieovereenkomst van NEON werd gewijzigd per 1 juni 2008. De voornaamste wijzigingen betreffen de verhoging van het royaltytarief “tot het verschil tussen het bedrijfsresultaat van NEON en [2-5%] van haar totale inkomsten” en een uitbreiding van de lijst van landen waarvoor NEON is aangewezen als de exclusieve licentiehouder van de Nike IP voor EMEA <sup>(34)</sup>. De licentieovereenkomst van NEON bleef voor het overige ongewijzigd.
- (25) In 2015 werd de in randnummer (21) omschreven IP van Nike, waaronder de Nike IP voor EMEA, door NIL overgedragen aan Nike International C.V. (hierna “NI CV” genoemd), een in Nederland gevestigde vennootschap <sup>(35)</sup>. Als commanditaire vennootschap is NI CV een transparante entiteit voor fiscale doeleinden en daarom niet onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting op grond van de Nederlandse wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna “Wet Vpb” genoemd). De activiteiten van NI CV zijn vergelijkbaar met de activiteiten van NIL zoals beschreven in de randnummers (21) tot en met (24) <sup>(36)</sup>.
- (26) De door Nederland aan de Commissie verstrekte financiële jaarverslagen geven geen gedetailleerd beeld van de hoogte van de jaarlijkse royalty betalingen die NEON verschuldigd is aan NIL/NI CV. Nederland heeft een document ingediend met als titel “Ex-Post Review of Payments under the NEON License Agreements during the Period 2007–2017” (hierna “2018 NEON Ex-Post Review” genoemd) <sup>(37)</sup>, welk document informatie over de genoemde betalingen verschaft. Deze informatie is verwerkt in tabel 2 hieronder <sup>(38)</sup>.

<sup>(27)</sup> Orbis Database.

\* Delen van de tekst die bedrijfsvertrouwelijk informatie bevatten zijn weggelaten of herschreven. Deze delen staan tussen vierkanten haken [...]

<sup>(28)</sup> APA 2006 van NEON, deel 1, blz. 2. Er is geen datum vermeld waarop de kostendelingsovereenkomst werd gesloten.

<sup>(29)</sup> APA 2006 van NEON, deel 1, blz. 2.

<sup>(30)</sup> Brief van 19 maart 2018 van Nederland aan de Commissie, deel 10, blz. 5-6.

<sup>(31)</sup> De lijst van landen van de EMEA-regio is opgesomd in exhibit A van de licentieovereenkomst van NEON.

<sup>(32)</sup> Licentieovereenkomst van NEON, deel 2.1.1, blz. 3. Zie ook de licentieovereenkomst van NEON van 2008, deel 2.1.1, blz. 3.

<sup>(33)</sup> Licentieovereenkomst van NEON, deel 10, blz. 8. Zie ook de licentieovereenkomst van NEON van 2008, deel 10, blz. 8.

<sup>(34)</sup> Voornamelijk in Azië-Stille Oceaan en in Zuid-Amerika ([Noord en Zuid-Amerikaanse landen]). Zie exhibit A van de licentieovereenkomst van NEON.

<sup>(35)</sup> In het TP-verslag 2015 van NEON wordt NI CV omschreven als houder van alle IP van Nike buiten de VS, zonder dat [Oost-Aziatische markten] specifiek vermeld worden.

<sup>(36)</sup> Zie TP-verslag 2015 van NEON, deel 3.2, blz. 17.

<sup>(37)</sup> DLA Piper, “NEON Ex Post Review of payments made under the Licence and Distribution Agreements during the period 2007-2017”, juli 2018; ingediend als bijlage bij de brief van 31 oktober 2018 van Nederland aan de Commissie.

<sup>(38)</sup> De post “operationeel bedrijfsresultaat voor royalty” is door de Commissie berekend op basis van ontvangen informatie van Nederland.

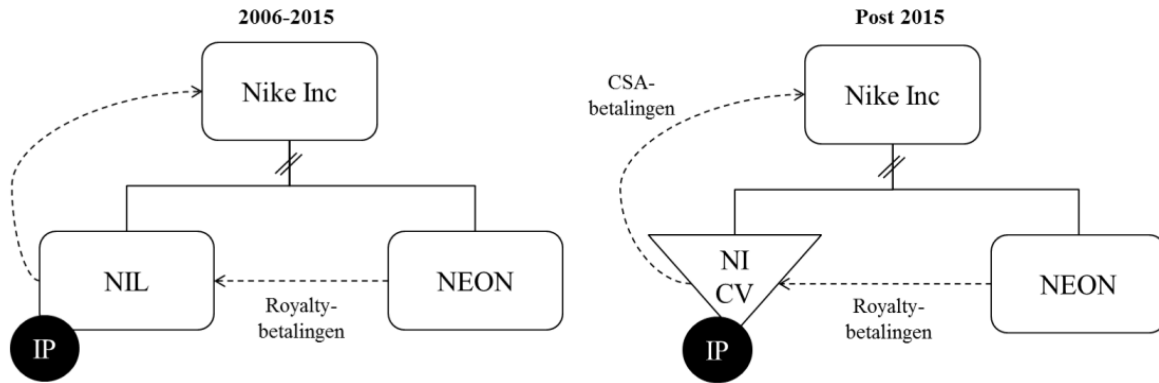
Tabel 2

NEON	2006/2007	2007/2008	2008/2009	2009/2010	2010/2011	2011/2012	2012/2013	2013/2014	2014/2015	2015/2016	2016/2017
	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000
Totale opbrengsten van de verkoop van gelicenseerde producten	[100%]	[100%]	[100%]	[100%]	[100%]	[100%]	[100%]	[100%]	[100%]	[100%]	[100%]
Royalty aan NIL/NÍ CV	[13-18%]	[13-18%]	[18-23%]	[18-23%]	[13-18%]	[8-13%]	[8-13%]	[13-18%]	[13-18%]	[18-23%]	[13-18%]
[2-5%] van de totale opbrengsten	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]	[2-5%]
Operationeel bedrijfsresultaat voor royalty	[18-23%]	[18-23%]	[23-28%]	[18-23%]	[18-23%]	[13-18%]	[8-13%]	[13-18%]	[13-18%]	[18-23%]	[13-18%]



- (27) Een vereenvoudigde structuur van NEON met een voorstelling van het gebruik van de Nike IP voor EMEA tussen 2006 en 2015 en na 2015 is te vinden in figuur 2:

**Figuur 2 – Vereenvoudigde structuur van het gebruik van de IP van Nike voor EMEA**



- (28) In 2015 sloten NI CV en HP CV, de juridische eigenaren van de IP van Nike en Hurley buiten de VS, een licentieovereenkomst met NEH met betrekking tot de IP van Nike voor markten buiten de VS en buiten de EMEA-regio (hierna "IP van Nike en Hurley buiten de VS" genoemd). NEH heeft de IP van Nike en Hurley buiten de VS vervolgens gelicenseerd aan NEON via een royaltvrije licentieovereenkomst die dit IP weer heeft gesubliceerd aan derde partijen<sup>(39)</sup>, en aan een aantal entiteiten van de Nike-groep buiten de VS en de EMEA-regio, zoals [Centrale en Zuid-Amerikaanse bedrijven van de groep], tegen betaling van royalty's<sup>(40)</sup>. De licentieovereenkomsten tussen NEON en [Centrale en Zuid-Amerikaanse bedrijven van de groep] zijn bijvoorbeeld gebaseerd op een royaltytarief van [5-20%] op de verkoop<sup>(41)</sup>.

#### 2.1.5. Converse Netherlands BV

- (29) Sinds juli 2003 is Nike, Inc. in het bezit van Converse, Inc. via NEH, en daarmee ook van de ondernemingen van Converse, waaronder CN BV<sup>(42)</sup>.
- (30) CN BV is een dochteronderneming van Converse, Inc. en NEH. Zij werd opgericht in 2003 en is gevestigd op de campus van het EMEA-hoofdkantoor van NEON te Hilversum, Nederland<sup>(43)</sup>. Van 2003 tot en met 2010 werd het grootste deel van de EMEA-verkoop van Converse verricht door derde distributeurs, die schoenen, kleding en accessoires van Converse onder licentie verkochten in de hele EMEA-regio. Slechts een klein gedeelte van de EMEA-verkoop van Converse werd rechtstreeks door CN BV verhandeld. De activiteiten hadden in de eerste plaats betrekking op strategische accounts zoals [...] en de distributie in een aantal kleinere EMEA-landen<sup>(44)</sup>.
- (31) Vanaf 2010 herstructureerde Converse haar activiteiten in Europa om opnieuw controle over haar merk te verwerven<sup>(45)</sup>. In het kader van deze herstructurering werd CN BV aangewezen als Europees hoofdkantoor van Converse, waarin alle Europese handels- en distributieactiviteiten van Converse gecentraliseerd werden<sup>(46)</sup>. Nadat de licentie- en distributieovereenkomsten met derden partijen in Europa verstreken waren, nam CN BV de volledige activiteit van Converse over voor het Verenigd Koninkrijk in 2010, voor Frankrijk in 2012, voor Duitsland in 2015 en voor de Benelux, Italië, Spanje en Portugal in 2016<sup>(47)</sup>.
- (32) Vóór deze herstructurering bedroegen de inkomsten van CN BV 86 miljoen EUR in 2010 met een nettowinst van 2,0 miljoen EUR en 36 werknemers<sup>(48)</sup>. In 2016, na voltooiing van de herstructurering en de overname van de Europese activiteiten van Converse door CN BV, stegen haar inkomsten tot 577,4 miljoen EUR met een nettowinst van 72,1 miljoen EUR. Het aantal werknemers verdrievoudigde tot 118<sup>(49)</sup>. De groei van de activiteiten van CN BV is weergegeven in tabel 3:<sup>(50)</sup>

<sup>(39)</sup> De Commissie heeft nog geen informatie ontvangen over deze derde partijen.

<sup>(40)</sup> Zie TP-verslag 2015 van NEH, deel 3.1, blz. 16.

<sup>(41)</sup> Licentieovereenkomsten tussen NEON en [Centrale en Zuid-Amerikaanse bedrijven van de groep] van 1 juni 2008, deel 10, blz. 7.

<sup>(42)</sup> Zie figuur 1.

<sup>(43)</sup> Zie APA 2010 van CN BV, deel "Partijen".

<sup>(44)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, deel 2.2, blz. 6.

<sup>(45)</sup> Brief van 27 september 2009 van CN BV aan de Nederlandse Belastingdienst, deel 2, blz. 4.

<sup>(46)</sup> Zie APA 2010 van CN BV, deel 1.

<sup>(47)</sup> Brief van 27 september 2009 van CN BV aan de Nederlandse Belastingdienst, blz. 4.

<sup>(48)</sup> Financieel verslag 2010/2011 van CN BV.

<sup>(49)</sup> Financieel verslag 2015/2016 van CN BV.

<sup>(50)</sup> Financiële verslagen 2006/2007 tot en met 2015/2016 van CN BV.

Tabel 3

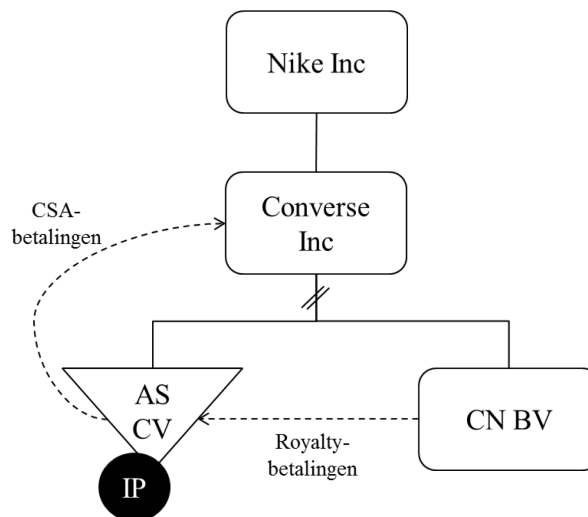
CN BV	2006/2007	2007/2008	2008/2009	2009/2010	2010/2011	2011/2012	2012/2013	2013/2014	2014/2015	2015/2016
	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000	EUR '000
Netto-omzet	18705	36283	€ 49,437	€ 45,313	€ 85,957	€ 144,932	€ 309,031	€ 429,241	€ 591,980	€ 577,355
Kostprijs van ve rkoop	10591	19602	€ 29,783	€ 36,328	€ 63,982	€ 113,760	€ 190,846	€ 238,029	€ 397,724	€ 394,094
Totale exploitatie- kosten	2403	2993	€ 3,892	€ 6,016	€ 20,554	€ 26,869	€ 42,418	€ 56,699	€ 106,206	€ 96,577
Afschrijvingen	44	180	€ 157	€ 147	€ 172	€ 549	€ 608	€ 457	€ 439	€ 556
Persoonlijke uitgaven	1015	1562	€ 1,374	€ 2,219	€ 5,052	€ 1,699	€ 4,545	€ 10,014	€ 12,799	€ 16,681
Auditver- goedingen en diensten	26	38	€ 38	€ 42	€ 53	€ 58	€ 75	€ 146	€ 238	€ 621
Andere niet verklaarde kosten	€ 3,348	€ 4,337	€ 5,071	€ 8,046	€ 25,381	€ 27,961	€ 46,280	€ 66,110	€ 118,328	€ 112,081
EBIT	€ 5,711	€ 13,688	€ 15,762	€ 2,969	€ 1,421	€ 4,303	€ 75,767	€ 134,513	€ 88,050	€ 86,684

- (33) CN BV functioneert als een regionaal hoofdkantoor, met activiteiten zoals marketingbeheer, verkoopbeheer (orderplaatsing en opslag), opstelling van productprijzen en beleid inzake kortingen, aanpassing van ontwerpen aan de behoeften van de plaatselijke markten en distributieactiviteiten. CN BV draagt verder de voorraadrisico's, marketingrisico's en andere bedrijfsrisico's<sup>(51)</sup>. CN BV krijgt steun van NEON voor het verrichten van haar functies als hoofdkantoor, met name wat financiën, personele middelen, boekhouding, kasbeheer en IT-steundiensten betreft<sup>(52)</sup>. CN BV wordt in haar rol als distributeur ondersteund door haar eigen handelsagenten<sup>(53)</sup>, die filialen van CN BV zijn en binnen hun gebied optreden als steunpunt voor verkoop en marketing namens CN BV. Deze bedrijven verkopen geen producten rechtstreeks aan klanten<sup>(54)</sup>.
- (34) Vóór 2010 verleende Converse, Inc. aan CN BV een directe licentie voor het gebruik van haar IP in bepaalde landen van de EMEA-regio in ruil voor een royaltybetaling<sup>(55)</sup>. Van 2010 tot en met 2015 verkreeg CN BV een [...] sublicentie om de IP van Converse voor alle markten buiten de VS uitgezonderd [*Oost-Aziatische markten*] (hierna "IP van Converse voor EMEA" genoemd) te gebruiken van All Star CV (hierna "AS CV" genoemd)<sup>(56)</sup>, die deze licentie op haar beurt weer van Converse Inc. had kregen<sup>(57)</sup>. Vanaf 2015 verkreeg CN BV een [...] licentie om de IP van Converse voor EMEA te gebruiken van AS CV, waardoor zij de [...] distributeur werd voor de goederen onder Converse-licentie in de hele EMEA-regio. Ten slotte nam CN BV bijkomende activiteiten op zich na het verstrijken van de licentiecontracten met derde distributeurs in de EMEA-regio<sup>(58)</sup>.

#### 2.1.6. All Star C.V.

- (35) AS CV werd opgericht in 2010. De vennootschap is ingeschreven in Nederland maar is transparant voor Nederlandse fiscale doeleinden<sup>(59)</sup>. AS CV is daarom niet aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen op grond van de Wet Vpb. AS CV heeft geen kantoor of andere vaste vestigingsplaats ter zijn beschikking in Nederland<sup>(60)</sup>.
- (36) Van 2010 tot en met 2015 licenseerde Converse, Inc. de IP van Converse voor EMEA aan AS CV, die dit op haar beurt weer sublicenseerde aan CN BV, het regionale hoofdkantoor van de Converse-groep. Nadat de IP van Converse voor EMEA van Converse, Inc. aan AS CV was overgedragen in 2015, sloot AS CV een kostendelingsovereenkomst met Converse, Inc. (hierna "CSA met Converse" genoemd), waaronder AS CV een deel van de R&D en merk gerelateerde kosten draagt<sup>(61)</sup>. De intellectuele eigendom van Converse omvat de merkrechten, merknamen en patenten van Converse. Converse, Inc. bezit de IP van Converse voor de markten van de VS, [*Oost-Aziatische markten*] (hierna "IP van Converse voor de VS" genoemd). Een vereenvoudigde structuur voor het gebruik van de IP van Converse voor EMEA is weergegeven in figuur 3:

**Figuur 3 – Vereenvoudigde structuur van het gebruik van de IP van Converse voor EMEA**



<sup>(51)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, blz. 12 tot en met 16.

<sup>(52)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 3.1, blz. 14, en deel 3.2, blz. 15.

<sup>(53)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, deel 2.4, blz. 8.

<sup>(54)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 3.2, blz. 15-16.

<sup>(55)</sup> Brief van 27 september 2009 van CN BV aan de Nederlandse Belastingdienst, deel 1.2, blz. 2.

<sup>(56)</sup> APA 2010 van CN BV, deel 1, blz. 1.

<sup>(57)</sup> Het opsplitsen van de intellectuele eigendom in regio's, zoals in het geval van Nike, wordt niet rechtstreeks behandeld in de ingediende documenten.

<sup>(58)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 2.3.3, blz. 11.

<sup>(59)</sup> Brief van 13 november 2009 van CN BV aan de Nederlandse Belastingdienst. De precieze datum van oprichting is onbekend.

<sup>(60)</sup> Brief van 27 november 2009 van CN BV aan de Nederlandse Belastingdienst, deel 1.3, blz. 4.

<sup>(61)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 3.2, p.15. Wanneer de CSA werd gesloten, is niet vermeld.

- (37) Voor de IP van Converse buiten de VS en buiten de EMEA werd dezelfde structuur gebruikt als die opgezet voor de in randnummer (28) beschreven IP van Nike buiten de VS en buiten de EMEA.

## 2.2. De betwiste maatregelen

- (38) Het onderhavige besluit heeft betrekking op drie APA's gesloten tussen de Nederlandse Belastingdienst en NEON in 2006, 2010 en 2015 (hierna "APA's van NEON" genoemd) en twee APA's gesloten tussen de Nederlandse Belastingdienst en CN BV in 2010 en 2015 (hierna "APA's van CN BV" genoemd). Die APA's stemmen in met een verrekenprijs methodiek op basis waarvan de jaarlijks door NEON en CN BV verschuldigde royalty's worden vastgesteld in ruil voor de [...] licentie van de NIKE EMEA IP respectievelijk de Converse EMEA IP. De hoogte van deze jaarlijkse royalty bepaalt vervolgens weer de hoogte van de jaarlijkse belastbare winst en daarmee ook de hoogte van de jaarlijks verschuldigde vennootschapsbelasting van NEON en CN BV in Nederland.

### 2.2.1. De betwiste maatregelen die aan NEON zijn verleend

#### 2.2.1.1. De APA 2006 van NEON

- (39) Op 22 september 2006 verzocht NEON de Nederlandse Belastingdienst om een APA. Hoewel de Nederlandse autoriteiten de Commissie geen *ex ante* verrekenprijzenverslag ter onderbouwing van dat verzoek hebben verstrekt, werd een verzoek van 2010 voor een verlenging van de APA ondersteund door een document met de titel "Functional Analysis" dat een onderdeel bevatte met een beschrijving van een aantal functies die NEON in september 2006 uitoefende en een aantal risico's die zij droeg <sup>(62)</sup>. In dit document wordt geen beschrijving gegeven van de verschillende transacties die NEON aanging, waaronder de licentieovereenkomst tussen NEON en NIL. In het document wordt evenmin geanalyseerd of de door NEON en NIL uitgeoefende functies waardevol zijn. Er wordt alleen geconcludeerd dat NEON routinefuncties uitoefent en vergoed moet worden met een operationele marge van [2-5%] van de totale inkomsten. Voorts wordt evenmin gerechtvaardigd of gemotiveerd welke methode is gekozen om de verrekenprijzen voor de onderzochte transactie te berekenen. Noch in dat document noch in andere documenten die het APA-verzoek van 2006 zouden ondersteunen, worden de uitgeoefende functies of de gedragen risico's van NIL beschreven.
- (40) Ter onderbouwing van haar APA-verzoek van 2006 diende NEON ook een benchmarkanalyse in met de titel "NIKE's EMEA Distribution Operations Comparable Companies Search 2006" van oktober 2006 (hierna de "Comparable Companies Study van 2006" genoemd), die op 6 november 2006 aan de Nederlandse Belastingdienst werd voorgelegd. De doelstelling van de Comparable Companies Study 2006 van NEON is "het identificeren van onafhankelijke groothandelaars van sportkledij en aanverwante producten die vergelijkbaar zijn met die van Nike. De resultaten van het vergelijkend onderzoek zullen worden gebruikt om te kunnen vaststellen binnen welke bandbreedte de beloning voor de distributieactiviteiten van Nike in de EMEA-regio zou moeten vallen om als zakelijk te kunnen worden aangemerkt." <sup>(63)</sup>. De studie somt een aantal distributeurs op die beweerdelijk met NEON te vergelijken zijn, en concludeert dat een operationele marge van [2-5%] van de totale inkomsten van NEON een zakelijke vergoeding voor de functies van NEON is.
- (41) Op basis van dit verzoek sloot de Nederlandse Belastingdienst op 29 oktober 2006 een APA met NEON, die op 1 juni 2006 in werking trad (hierna "APA 2006 van NEON"). De APA 2006 van NEON had van toepassing moeten zijn tot 31 mei 2015 maar werd vervangen door een latere APA tussen de Nederlandse Belastingdienst en NEON in 2010. Volgens wat in de APA 2006 van NEON wordt verklaard, is het doel hiervan "een overeenkomst te sluiten over het arm's length karakter van de [door NEON] voor de winstberekening te hanteren verrekenprijzen in internationaal concernverband alsmede over de fiscale gevolgen van [door NEON] voorgenomen transacties dan wel bestaande feiten en omstandigheden" <sup>(64)</sup>. In de APA 2006 van NEON wordt vastgesteld dat een operationele marge van [2-5%] berekend op basis van de totale inkomsten van NEON <sup>(65)</sup>. een zakelijke vergoeding vormt voor de activiteiten van NEON <sup>(66)</sup>. De jaarlijks door NEON aan NIL te betalen royalty wordt vastgesteld op het verschil tussen de "gerealiseerde operationele winst" die verband houdt met de principaal activiteiten en de [2-5%] operationele marge. Alle rente inkomsten en uitgaven, valutaresultaten, hedge resultaten en aandelenoptiekosten zijn inbegrepen in de gerealiseerde operationele winst die verband houdt met de principaal activiteiten <sup>(67)</sup>. Volgens de APA 2006 van NEON is NEON niet verplicht om royalty's aan NIL te betalen ingeval de door NEON behaalde operationele marge vóór aftrek van de royaltykosten minder dan [2-5%] van de totale inkomsten bedraagt. Ten slotte wordt in de APA bevestigd dat NEON de aan NIL betaalde royalty's van haar winsten kan aftrekken, en daardoor haar heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting in Nederland kan verminderen. De aan NIL betaalde royalty is ook niet onderworpen aan dividendbelasting.

<sup>(62)</sup> Functionele analyse, deel 4.

<sup>(63)</sup> Comparable Company Study 2006 van NEON, deel A.

<sup>(64)</sup> APA 2006 van NEON, deel 1.

<sup>(65)</sup> Volgens de APA 2006 van NEON omvat het begrip "totale inkomsten" de omzet van NEON minus kortingen en defecte producten maar inclusief valutaresultaten met betrekking tot de verkopen en licentie-inkomsten van derden. Cf. APA 2006 van NEON, deel 3, blz. 3. In de licentieovereenkomst van NEON worden de totale inkomsten gedefinieerd als volgt: "Totale inkomsten" betekent alle inkomsten van de licentiehouder tijdens het desbetreffende jaar van de overeenkomst uit alle bronnen, waaronder de netto jaarlijkse inkomsten uit verkoop, valuta resultaten, royaltyinkomsten uit de sublicentie van de licentiehouder van de handelsmerken in het licentiegebied overeenkomstig deel 12, en inkomsten uit voetbalgerelateerde licentieactiviteiten. "Totale inkomsten" omvat niet de inkomsten van de filialen of licentie-inkomsten verkregen van groepsholding en licentieactiviteiten buiten het licentiegebied.

<sup>(66)</sup> De Comparable Companies studie 2006 van NEON bevat evenmin enige verantwoording of motivering voor de keuze van de verrekenprijsmethode. De gebruikte methode is de transactional net margin-methode. Zie TP-verslag 2010 van NEON, deel 5.4, blz. 38.

<sup>(67)</sup> APA 2006 van NEON, deel 3. Rente inkomsten gerelateerd aan door NEON aangehouden "duurzaam overtollige liquide middelen" zijn niet inbegrepen in de gerealiseerde operationele winst.

2.2.1.2. *De APA 2010 van NEON*

- (42) Per brief van 21 mei 2010 verzocht NEON de Nederlandse Belastingdienst om een vernieuwing van de APA omdat er veranderingen waren in de ondernemingsactiviteiten van Nike, Inc. en NEON<sup>(68)</sup>. Dit verzoek werd ondersteund door een document met de titel "Transfer Pricing Documentation Report" (hierna "TP-verslag 2010 van NEON" genoemd). De functionele analyse van NEON in het TP-verslag 2010 van NEON is grotendeels gelijk aan die van de functionele analyse van 2006.
- (43) In het TP-verslag 2010 van NEON wordt geen uitleg gegeven over de functies die NIL uitoefent, behalve dat NIL de Nike IP voor EMEA houdt, verdedigt en beschermt<sup>(69)</sup>. In het TP-verslag 2010 wordt alleen vermeld dat NEON weliswaar belast is met marketingfuncties maar dat NIL alle risico's zal dragen, gelet op haar rol als juridische eigenaar van de Nike IP voor EMEA. Op basis van deze functionele analyse wordt in dat verslag geconcludeerd dat de functies van NEON kunnen worden bestempeld als "routinematig", waarbij de nadruk ligt op de regionale uitvoering van de mondiale strategie van Nike<sup>(70)</sup>.
- (44) Anders dan in de Comparable Companies Study 2006 van NEON worden in het TP-verslag 2010 van NEON de verschillende verrekenprijsmethoden uitgelegd en wordt gekozen voor de transactional net margin-methode (hierna "TNMM" genoemd), rekening houdend met het feit dat gegevens met betrekking tot transacties tussen gelieerde ondernemingen ontbreken<sup>(71)</sup>. Het TP-verslag 2010 van NEON bevat ook een benchmarkstudie om de zakelijke vergoeding van NEON te berekenen. De conclusie daaruit is dat een zakelijke vergoeding voor de principaal activiteiten van NEON zou moeten bestaan uit een operationele marge op de verkoop vallende binnen een bandbreedte van [1-5%] tot [2-5%] met een mediaan van [2-5%].
- (45) Op basis van dit verzoek sloot de Nederlandse Belastingdienst op 1 oktober 2010 een APA met NEON, die op 1 december 2010 in werking trad (hierna "APA 2010 van NEON" genoemd). De APA 2010 van NEON was van toepassing tot 31 mei 2015<sup>(72)</sup>. In de APA 2010 van NEON worden de functies van NEON op identieke wijze omschreven als in de APA 2006 van NEON, afgezien van de overdracht van de activiteiten inzake kledijontwerp van NEON aan Nike, Inc. in de VS<sup>(73)</sup>. In de APA 2010 van NEON wordt overeengekomen dat "een operationele marge van [2-5%] van de totale inkomsten geacht kan worden een zakelijke vergoeding voor de principaalactiviteiten (inclusief de hoofdkantoor activiteiten) van NEON te vormen"<sup>(74)</sup>.

2.2.1.3. *De APA 2015 van NEON*

- (46) Rekening houdend met de naderende vervaldatum van de APA 2010 van NEON verzocht NEON de Nederlandse Belastingdienst per brief van 31 maart 2015 om een vernieuwing van de APA. Dit verzoek werd ondersteund door een verrekenprijzenverslag (hierna "TP-verslag 2015 van NEON" genoemd). De doelstelling van het TP-verslag 2015 van NEON is "een zakelijk rendement te documenteren voor de activiteiten die CN BV heeft verricht onder een licentie voor intellectuele eigendom van NI CV"<sup>(75)</sup>. De functionele analyse van NEON in het TP-verslag 2015 van NEON is grotendeels gelijk aan die welke beschreven is in het TP-verslag van 2010. In het TP-verslag 2015 van NEON wordt de rol van NI CV toegelicht als de onderneming die de Nike IP voor EMEA bezit<sup>(76)</sup>. Het TP-verslag 2015 van NEON bevat ook een benchmarkstudie om de zakelijke vergoeding van NEON te berekenen. In tegenstelling tot de voorgaande jaren worden de methoden voor de verrekenprijzen en de keuze daarvan meer in detail toegelicht. De voorgestelde zakelijke vergoeding voor de principaalactiviteiten van NEON ligt binnen een bandbreedte van [1-5%] tot [2-5%] van de totale inkomsten van NEON met een mediaan van [2-5%].
- (47) Op basis van dit verzoek sloot de Nederlandse Belastingdienst op 28 mei 2015 een APA met NEON, die op 1 juni 2015 in werking trad (hierna "APA 2015 van NEON" genoemd). De APA 2015 van NEON is van toepassing tot en met 31 mei 2020<sup>(77)</sup>. In de APA 2015 van NEON worden de functies van NEON op identieke wijze omschreven als in de APA 2010 van NEON, afgezien van een verwijzing naar een groeiend aandeel e-commerce en van de uitbreiding van de functies van Nike, Inc. en NEON in dit verband. Volgens deze beschrijving beheert en ontwikkelt NEON de e-commerce activiteiten van Nike, Inc. in de EMEA-regio. NEON is ook verantwoordelijk voor financieel gerelateerde activiteiten zoals controle, financiële planning en analyse alsmede activiteiten die verband houden met het beheer van de toeleveringsketen zoals planning van het assortiment en inkoopplanning. In de APA 2015 van NEON wordt bepaald dat "een operationele marge van [2-5%] van van de total principal revenue (inkomsten gegenereerd met de principaal activiteiten) geacht kan worden een zakelijke beloning te vertegenwoordigen voor de principaalactiviteiten (inclusief de hoofdkantoor en groepsdienstverleningsactiviteiten)".<sup>(78)</sup>

<sup>(68)</sup> De APA 2010 van NEON is gebaseerd op de APA 2006 van NEON en het TP-verslag 2010 van NEON.

<sup>(69)</sup> Zie TP-verslag 2010 van NEON, deel 3.1, blz. 12.

<sup>(70)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, blz. 26, bevestigd door TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.5, blz. 32.

<sup>(71)</sup> Zie TP-verslag 2010 van NEON, deel 5.4, blz. 38.

<sup>(72)</sup> APA 2010 van NEON, deel 14.

<sup>(73)</sup> Brief van 21 mei 2010 van NEON aan de Nederlandse Belastingdienst, blz. 1.

<sup>(74)</sup> Anders dan in de Comparable Companies Study van 2006 worden in het TP-verslag 2010 van NEON de verschillende methoden uitgelegd en wordt de transactional net margin-methode als de meest geschikte methode gekozen vanwege het gebrek aan transactiegegevens tussen gelieerde ondernemingen.

<sup>(75)</sup> Zie TP Report 2015 van NEON, deel 1.2 ("Scope and Use of this Report")

<sup>(76)</sup> Zie TP-verslag 2015 van NEON, deel 5.5, blz. 63.

<sup>(77)</sup> APA 2015 van NEON, deel 14.

<sup>(78)</sup> Inkomsten verkregen uit liquide middelen tot een bedrag van [2-5%] van de principaal omzet van NEON worden inbegrepen in de operationele winst die verband houdt met de principaal activiteiten. De operationele marge wordt elk jaar herberekend op basis van de daadwerkelijk gereali-seerde Total principal revenue. Dit wordt toegelicht in het TP-verslag 2015 van NEON, deel 6.4.2.5, blz. 85.

Daarnaast wordt in de APA 2015 van NEON vastgesteld dat “een operationele marge van [1-5%] van de totale e-commerce inkomsten geacht kan worden een zakelijke beloning voor de e-commerce activiteiten van NEON te vertegenwoordigen”. Ten slotte bekrachtigde de Nederlandse Belastingdienst alle verklaringen uit het TP-verslag 2015 van NEON bij de APA 2015 van NEON.

## 2.2.2. De betwiste maatregelen die aan CN BV zijn verleend

### 2.2.2.1. De APA 2010 van CN BV

- (48) In 2009 richtte CN BV een verzoek om een APA aan de Nederlandse Belastingdienst. Dit verzoek werd later aangevuld met een verslag getiteld “Transfer pricing documentation for APA request” (hierna “TP-verslag 2010 van CN BV” genoemd)<sup>(79)</sup>. In het TP-verslag 2010 van CN BV, dat een functionele analyse van de partijen bij de transactie bevat, wordt aangenomen dat AS CV alle risico's zal dragen, gelet op haar rol als juridische eigenaar van de IP van Converse voor EMEA. Op basis van deze functionele analyse wordt in het verslag geconcludeerd dat de functies van CN BV in vergelijking met de rol van AS CV kunnen worden bestempeld als “routinematig” en met groothandelsactiviteiten kunnen worden gelijkgesteld. Op basis van deze conclusie worden in het TP-verslag 2010 van CN BV de verschillende verrekenprijsmethoden toegelicht en wordt de TNMM gekozen ervan uitgaande dat deze methode minder beïnvloed wordt door transactieverschillen en meer tolerant is ten aanzien van functionele verschillen tussen de onderzochte ondernemingen. Ten slotte bevat het verslag een benchmarkstudie om de zakelijke vergoeding voor CN BV te berekenen. De voorgestelde zakelijke vergoeding voor de principaalactiviteiten van CN BV ligt binnen een bandbreedte van [1-5%] tot [2-5%] van de totale inkomsten van CN BV met een mediaan van [2-5%].
- (49) Op basis van dit verzoek sloot de Nederlandse Belastingdienst op 15 februari 2010 een APA met CN BV, die op 1 juni 2010 in werking trad (hierna “APA 2010 van CN BV” genoemd) en van kracht had moeten blijven tot en met 31 mei 2020 maar die vervolgens werd vervangen door de APA van 2015. De doelstelling van het TP-verslag 2010 van CN BV was “een zakelijke vergoeding voor CN BV” vast te stellen<sup>(80)</sup>. In de APA 2010 van CN BV wordt overeengekomen dat “een operationele marge van [2-5%] van de totale inkomsten geacht kan worden een zakelijke vergoeding voor de principaalactiviteiten (inclusief de hoofdkantoor en backoffice activiteiten) te vormen”<sup>(81)</sup>. De jaarlijks door CN BV aan AS CV te betalen royalty wordt vastgesteld op het verschil tussen de “commerciële operationele winst” die verband houdt met de principaal activiteiten en de [2-5%] operationele marge. Alle rente inkomsten en uitgaven, valutaresultaten, hedge resultaten en aandelenoptiekosten zijn inbegrepen in de commerciële operationele winst die verband houdt met de principaal activiteiten<sup>(82)</sup>. De APA 2010 van CN BV bevestigt verder dat CN BV de aan AS CV betaalde royalty's van haar jaarlijkse winst kan aftrekken, en daardoor haar heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting kan verminderen.

### 2.2.2.2. De APA 2015 van CN BV

- (50) Per brief van 30 juli 2015 verzocht CN BV de Nederlandse Belastingdienst om een vernieuwing van de APA 2010 van CN BV. Dit verzoek werd ondersteund door een document met de titel “Transfer Pricing Documentation Report” van juli 2015 (hierna “TP-verslag 2015 van CN BV” genoemd). Zoals het TP-verslag 2010 van CN BV bevat het TP-verslag 2015 van CN BV een functionele analyse van de partijen bij de transactie en wordt aangenomen dat AS CV alle risico's zal dragen, gelet op haar rol als juridische eigenaar van de IP van Converse voor EMEA. Op basis van deze functionele analyse wordt in het verslag geconcludeerd dat de functies van CN BV in vergelijking met de rol van AS CV kunnen worden bestempeld als “routinematig” en met groothandelsactiviteiten kunnen worden gelijkgesteld. Om dezelfde redenen als in het TP-verslag 2010 van CN BV, wordt de TNMM gekozen als de toepasselijke verrekenprijsmethode. Op basis van de benchmarkstudie wordt in het TP-verslag 2015 van CN BV een zakelijke vergoeding voor de principaalactiviteiten van CN BV voorgesteld binnen een bandbreedte van [2-5%] tot [2-6%] van de totale inkomsten van CN BV met een mediaan van [2-5%].
- (51) Op basis van dit verzoek sloot de Nederlandse Belastingdienst op 7 september 2015 een APA met CN BV, die op 1 juni 2015 in werking trad en geldig is tot en met 31 mei 2020 (hierna “APA 2015 van CN BV” genoemd). De APA 2015 van CN BV vervangt de APA 2010 van CN BV. De doelstelling van de APA 2015 van CN BV is “het zakelijk rendement te documenteren voor activiteiten die CN BV heeft verricht onder een licentie voor intellectuele eigendom van AS CV”<sup>(83)</sup>. De APA 2015 van CN BV is identiek aan de APA 2010 van CN BV, uitgezonderd de aanpassing van het niveau van de operationele marge van CN BV. In de APA 2015 van CN BV wordt bepaald dat “een operationele marge van [2-5%] van de total principal revenue (inkomsten gegenereerd met de principaal activiteiten) geacht kan worden een zakelijke beloning te vertegenwoordigen voor de principaalactiviteiten (inclusief de hoofdkantoor en groepsdienstverleningsactiviteiten) van CN BV”<sup>(84)</sup>. Voor de geldigheidstermijn van de APA wordt deze vergoeding jaarlijks herberekend zoals bepaald in het TP-verslag 2015 van CN BV.

<sup>(79)</sup> APA 2010 van CN BV, deel 1.

<sup>(80)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, blz. 4.

<sup>(81)</sup> De totale inkomsten omvatten de bruto-inkomsten van CN BV plus de valutaresultaten en de licentie-inkomsten van derden minus kortingen en defecte producten. Zie APA 2010 van CN BV, deel 3.

<sup>(82)</sup> APA 2010 van CN BV, deel 3. Rente inkomsten gerelateerd aan door CN BV aangehouden “duurzaam overtollige liquide middelen” zijn niet inbegrepen in de commerciële operationele winst. Duurzaam overtollige liquide middelen zijn hoofdzakelijk reservekasmiddelen die voor belegging in aanmerking komen.

<sup>(83)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 1.2, blz. 4.

<sup>(84)</sup> Inkomsten verkregen uit liquide middelen tot een bedrag van [2-6%] van de principaal omzet van CN BV worden inbegrepen in de operationele winst die verband houdt met de principaal activiteiten. De operationele marge wordt elk jaar herberekend op basis van de daadwerkelijk gerealiseerde Total principal revenue. In het TP-verslag 2015 van CN BV, blz. 67, is er een schaal om de specifieke operationele marge voor specifieke totale inkomsten te volgen.

### 2.3. Het toepasselijke rechtskader

#### 2.3.1. OESO-richtsnoeren inzake verrekenprijzen

- (52) Een verrekenprijs is de voor belastingdoeleinden vastgestelde prijs die gelieerde ondernemingen aanrekenen om fysieke goederen of intellectuele eigendom over te dragen of om onderling diensten te verlenen. Wanneer onafhankelijke ondernemingen onderling transacties sluiten, worden de voorwaarden voor de transactie, waaronder de prijs, bepaald door marktwerving. Ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep (hierna “gelieerde ondernemingen” genoemd), kunnen in hun intragroepsverhoudingen daarentegen voorwaarden vaststellen die verschillen van die welke zouden zijn vastgesteld indien zij optraden als onafhankelijke ondernemingen <sup>(85)</sup>.
- (53) De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna “OESO” genoemd) heeft voor haar lidstaten richtlijnen opgesteld inzake belastingheffing en de vaststelling van verrekenprijzen voor belastingdoeleinden <sup>(86)</sup>. Hoewel de richtlijnen niet bindend zijn, worden de OESO-lidstaten ertoe aangezet deze te volgen <sup>(87)</sup>. Het regelgevingskader van de OESO dient bovendien als ijkpunt en oefent een duidelijke invloed uit op de fiscale praktijk van de OESO-lidstaten (en zelfs van niet-lidstaten). In tal van lidstaten hebben de OESO-richtlijnen kracht van wet gekregen of dienen zij als referentie bij de interpretatie van het nationale belastingrecht. Als de Commissie in dit besluit naar het OESO-kader verwijst, is dat omdat de richtlijnen voortvloeien uit besprekingen van deskundigen in het kader van de OESO en nader ingaan op technieken die bedoeld zijn om gemeenschappelijke problemen in de internationale belastingheffing aan te pakken <sup>(88)</sup>.
- (54) Artikel 9, lid 1, van het OESO-modelverdrag inzake belasting naar inkomen en vermogen luidt als volgt: “[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 één 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>(89)</sup>. Aangenomen wordt dat deze bepaling het zakelijkheidsbeginsel omschrijft voor de toepassing op verrekenprijzen in de internationale belastingheffing. Volgens het zakelijkheidsbeginsel moeten intragroepstransacties worden geprijsd alsof deze waren overeengekomen door onafhankelijke ondernemingen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen. Het zakelijkheidsbeginsel is de internationale norm voor verrekenprijzen die de OESO-leden zijn overeengekomen, en moet door multinationale groepen en belastingdiensten voor belastingdoeleinden worden gebruikt om dubbele belasting te voorkomen, belastingontduiking tegen te gaan en internationale handel, investeringen en eerlijke concurrentie te bevorderen <sup>(90)</sup>.
- (55) De OESO verstrekt belastingdiensten en multinationale ondernemingen verdere richtsnoeren over de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel voor verrekenprijzen in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen (hierna “OESO-richtlijnen verrekenprijzen” genoemd). De laatste versie van de richtlijnen werd op 10 juli 2017 gepubliceerd (hierna “OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017” genoemd). Vroegere versies van de OESO-richtlijnen werden gepubliceerd in 2010 (hierna “OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010” genoemd) en 1995 (hierna “OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995” genoemd) <sup>(91)</sup>.

<sup>(85)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, 2010 en 2017, punten 5 tot en met 7 van het voorwoord.

<sup>(86)</sup> Nederland is lid van de OESO sinds 1961.

<sup>(87)</sup> Zie bijvoorbeeld OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, voorwoord, paragraaf 16: “De OESO-lidstaten worden aangemoedigd om deze richtlijnen te volgen in hun binnenlandse praktijken op het gebied van verrekenprijzen, en de belastingplichtigen worden aangemoedigd om deze richtlijnen te volgen wanneer zij voor belastingdoeleinden evalueren of hun verrekenprijzen voldoen aan het zakelijkheidsbeginsel [...]” (vertaling Commissie).

<sup>(88)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, 2010 en 2017, paragrafen 5 tot en met 7 van het voorwoord.

<sup>(89)</sup> Artikel 9, lid 1, van het OESO-modelverdrag inzake belasting naar inkomen en vermogen.

<sup>(90)</sup> Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.7: “Er zijn verschillende redenen waarom de OESO-lidstaten en andere landen het zakelijkheidsbeginsel hebben aangenomen. Een belangrijke reden is dat het zakelijkheidsbeginsel in ruime mate een gelijke behandeling verleent aan multinationale ondernemingen en onafhankelijke ondernemingen. Omdat het zakelijkheidsbeginsel gelieerde en onafhankelijke ondernemingen meer als gelijken behandelt voor belastingdoeleinden, wordt vermeden dat er belastingvoordelen of -nadelen ontstaan die anders de relatieve concurrentieposities van elk soort entiteit zouden verstoren. Door deze fiscale overwegingen aldus weg te halen uit economische besluiten, wordt met het zakelijkheidsbeginsel de groei van de internationale handel en investeringen bevorderd.” Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 1.8.

<sup>(91)</sup> Volgens de aanbevolen benadering van het OESO-modelbelastingverdrag kan gebruik worden gemaakt van veranderingen of toevoegingen aan de opmerkingen wanneer deze verduidelijkingen over voorgaande versies bevatten maar niet wanneer deze inhoudelijke wijzigingen bevatten ten opzichte van bepalingen of de praktijk van het verleden (eigen vertaling van de Commissie). Zie opmerkingen bij het OESO-modelbelastingverdrag, 2010, paragraaf 35: “[Lopende interpretatie van belastingverdragen] Onnodig te zeggen, wijzigingen in de artikelen van het modelverdrag en veranderingen in de opmerkingen die een direct resultaat van deze wijzigingen zijn, zijn niet relevant voor de uitlegging of de toepassing van vroeger gesloten verdragen indien de bepalingen van deze verdragen inhoudelijk verschillend zijn van de gewijzigde artikelen. Andere veranderingen of toevoegingen aan de opmerkingen zijn echter normaal van toepassing op de uitlegging en toepassing van verdragen die voor de aanneming daarvan zijn gesloten, omdat zij de consensus van de OESO-lidstaten weergeven wat de juiste uitlegging van bestaande bepalingen en de toepassing ervan op specifieke situaties betreft.” Op soortgelijke wijze kunnen veranderingen en toevoegingen aan de OESO-richtlijnen verrekenprijzen worden toegepast omdat deze de consensus van de OESO-lidstaten weergeven over de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel in artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag. Een specifiek voorbeeld zijn de verduidelijkingen die zijn ingevoerd in paragraaf 3.1.8 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010 over de toepassing van de TNMM. In de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995 werd de TNMM vermeld als de in laatste instantie toe te passen en bij voorkeur te vermijden methode. Daarom werd in die versie van de richtlijnen slechts karige toelichting gegeven bij deze methode. Zoals uitgelegd in de paragrafen 3.5.2 tot en met 3.5.5 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, drong de OESO er bij lidstaten op aan hun ervaringen met de toepassing van de TNMM te laten optekenen zodat de commissie voor fiscale zaken gedurende een periode intensief toezicht kon houden op de toepassing van die methode met het oog op een herziening van de richtlijnen. De richtlijnen werden in 2010 geactualiseerd rekening houdend met de ervaring en de consensus over de toepassing van de TNMM.

- (56) De OESO-richtlijnen verrekenprijzen geven vijf methoden voor het ramen van een zakelijke verrekenprijs voor concerntransacties en de winsttoerekening tussen ondernemingen van dezelfde ondernemingsgroep: (i) de comparable-uncontrolled-pricemethod (hierna “CUP-methode” genoemd); (ii) de cost-plusmethode; <sup>(92)</sup>. (iii) de resale-minusmethode; <sup>(93)</sup>. (iv) de TNMM; <sup>(94)</sup>. en (v) de transactional-profit-splitmethode <sup>(95)</sup>. In de OESO-richtlijnen verrekenprijzen wordt een onderscheid gemaakt tussen traditionele transactiemethoden (de eerste drie methoden) en transactielevinstmethoden (de laatste twee methoden) <sup>(96)</sup>.
- (57) In de OESO-richtlijnen verrekenprijzen wordt de CUP-methode aangemerkt als een “directe” verrekenprijsmethode <sup>(97)</sup>. Volgens deze methode worden de prijs en de andere overeengekomen voorwaarden voor de overdracht van goederen of diensten in een intragroepstransactie vergeleken met de prijs en de andere overeengekomen voorwaarden voor de overdracht van goederen of diensten in vergelijkbare vrijemarkttransacties (dat wil zeggen transacties tussen ondernemingen die niet gelieerd zijn) die plaatsvinden in vergelijkbare omstandigheden <sup>(98)</sup>.
- (58) In de OESO-richtlijnen verrekenprijzen wordt de TNMM aangemerkt als een “indirecte methode” om de zakelijke verrekenprijs van een concerntransactie te benaderen. Deze methode onderzoekt de netto winst in relatie tot een geschikte basis (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een gecontroleerde transactie. De nettowinstindicator (of een indicator van het winstniveau) <sup>(99)</sup>. van de bij de concerntransactie betrokken belastingplichtige moet worden bepaald aan de hand van dezelfde nettowinstindicator als zou worden behaald bij vergelijkbare vrijemarkttransacties.
- (59) Bij het toepassen van de TNMM moet één van de bij de gelieerde transactie betrokken partijen worden aangewezen als de partij waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. In het algemeen is de “getoetste partij” in een onderzoek op basis van de TNMM de minst complexe van de twee verbonden partijen die betrokken zijn bij de onderzochte concerntransactie. De keuze van de minst complexe entiteit wordt bepaald op basis van een “functionele analyse”, dit is een analyse van de functies die de gelieerde ondernemingen uitoefenen rekening houdend met de gebruikte activa en de

<sup>(92)</sup> In de cost-plusmethode wordt de cost plus-opslag voor de leverancier in de concerntransactie bepaald aan de hand van de cost plus-opslag die dezelfde leverancier of een onafhankelijke leverancier verdient in vergelijkbare vrijemarkttransacties. Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.32 en 2.33, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.39 en 2.40.

<sup>(93)</sup> In de resale-pricemethode wordt de resale price margin (de brutomarge op de wederverkoopprijs) van de wederverkoper in de concerntransactie bepaald aan de hand van de resale price margin die dezelfde wederverkoper of een onafhankelijke onderneming verdient op in vergelijkbare vrijemarkttransacties aangekochte en verkochte artikelen. Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

<sup>(94)</sup> Zie de randnummers (58) e.v.

<sup>(95)</sup> In de profit-splitmethode wordt de gecombineerde winst (of verlies) die gesplitst moet worden tussen de bij de te beprizen intragroepstransacties betrokken gelieerde ondernemingen, vastgesteld en worden deze winsten vervolgens onderling gesplitst op een economisch valabele basis die de winstverdeling benadert welke verwacht had kunnen worden en weergegeven zou zijn in een op zakelijke grondslag gesloten overeenkomst. In de OESO-richtlijnen worden twee benaderingen beschreven om de gecombineerde winsten te verdelen tussen de gelieerde ondernemingen: de contributieanalyse en de restwinstanalyse. In de contributieanalyse wordt de gecombineerde winst verdeeld op basis van de relatieve waarde van de functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de te dragen risico's) die door elk van de bij de te beprizen intragroepstransacties betrokken partijen worden uitgeoefend. In de restwinstanalyse wordt voor het verdelen van de winst gekozen voor een benadering in twee stappen. In eerste instantie krijgt elke onderneming een basiswinst (of routinewinst) toegerekend die passend is voor de functies die zij verricht, de activa die zij gebruikt en de risico's die zij draagt, op basis van een vergelijking van het marktrendement dat behaald is voor vergelijkbare transacties door onafhankelijke ondernemingen. De eerste stap stemt met andere woorden in wezen overeen met de toepassing van de TNMM. In een tweede stap wordt de restwinst die na voltooiing van de eerste stap overblijft, tussen de partijen toegerekend op een wijze die in de buurt komt van de manier waarop onafhankelijke partijen deze winst op zakelijke grondslag zouden hebben verdeeld. De profit-splitmethode wordt doorgaans beschouwd als een geschikte methode wanneer beide partijen bij de intragroepstransactie unieke en waardevolle bijdragen leveren aan deze transactie, omdat in een dergelijk geval van onafhankelijke partijen zou worden verwacht dat zij de winst van de transactie zouden delen in verhouding tot hun respectieve bijdragen. Zie glossarium bij OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995 en 2010 en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995; paragraaf 3.7. OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.109 en 2.115.

<sup>(96)</sup> Voor de keuze van de meest geschikte methode wordt in punt 2.3 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010 verklaard dat “*traditionele transactiemethoden beschouwd worden als de meest rechtstreekse manier om vast te stellen of de commerciële en financiële voorwaarden van een transactie tussen gelieerde ondernemingen op zakelijke grond gebaseerd zijn [...] Wanneer rekening houdend met de in paragraaf 2.2 beschreven criteria op een even betrouwbare wijze een traditionele transactiemethode en transactional-profitmethode kunnen worden toegepast, dient bijgevolg de voorkeur te worden gegeven aan de traditionele transactiemethode boven de transactional-profitmethode.*” Zie ook paragraaf 2.49 van OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995.

<sup>(97)</sup> OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, punt 2.7: “*Wanneer het mogelijk is vergelijkbare vrijemarkttransacties te lokaliseren, is de CUP-methode de meest directe en betrouwbare wijze om het zakelijkheidsbeginsel toe te passen. In dergelijke gevallen geniet de CUP-methode bijgevolg de voorkeur boven alle andere methoden.*” (vertaling Commissie). Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.4, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragraaf 2.15.

<sup>(98)</sup> OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 2.7: “*Volgens de beginselen in hoofdstuk I is een vrijemarkttransactie met het oog op de CUP-methode vergelijkbaar met een concerntransactie (d.w.z. het is een vergelijkbare vrijemarkttransactie) als aan een van de twee volgende voorwaarden is voldaan: a) geen van de verschillen (als die er al zijn) tussen de vergeleken transacties of tussen de ondernemingen die deze transacties verrichten, kan de prijs in de open markt wezenlijk beïnvloeden; of b) er kunnen redelijk precieze correcties worden verricht om de wezenlijke effecten van die verschillen te elimineren.*” (vertaling Commissie). Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.14, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragraaf 2.15.

<sup>(99)</sup> Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in het glossarium bij de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010 gedefinieerd als: “*De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende basis (bijvoorbeeld kosten, verkoop, activa).*” Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst- en verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en incidentele bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang van de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een onderneming, terwijl de operationele kosten betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten die verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst- en verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de onderneming.



gedragen risico's<sup>(100)</sup>. Indien een onderneming "routinefuncties"<sup>(101)</sup>, uitoefent en niet-unieke activa bezit, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de concerntransactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.

- (60) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de restwinst uit de concerntransactie (dit is de gecombineerde winst uit de concerntransacties minus de exploitatiewinst van de minst complexe entiteit) toegerekend worden aan de meest complexe partij (dit is de niet getoetste partij)<sup>(102)</sup>. Van de meest complexe entiteit wordt dus vanwege haar unieke en waardevolle functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de te dragen risico's) aangenomen dat zij recht heeft op het overrendement van de transacties nadat de minst complexe entiteit vergoed is door middel van de TNMM.

### 2.3.2. Beschrijving van het toepasselijke nationale rechtskader

- (61) In Nederland wordt de vennootschapsbelasting geheven overeenkomstig de Wet Vpb. Volgens artikel 2 Wet Vpb zijn in Nederland gevestigde vennootschappen, zoals NEON en CN BV, binnenlands belastingplichtigen. Volgens artikel 7 Wet Vpb wordt ten aanzien van binnenlands belastingplichtigen de Nederlandse vennootschapsbelasting geheven naar het belastbare bedrag, dit is de in een jaar genoten belastbare winst verminderd met de verliezen van de voorgaande jaren. Overeenkomstig het in artikel 3.8 van de Wet Inkomstenbelasting 2001<sup>(103)</sup> (hierna "WIB" genoemd) vastgelegde totaalwinstbegrip, dat op grond van artikel 8 Wet Vpb ook van toepassing is op belastingplichtige vennootschappen, is winst het bedrag van de gezamenlijke (positieve en negatieve) voordelen die worden verkregen uit een onderneming. Overeenkomstig artikel 3.25 WIB, dat op grond van artikel 8 Wet Vpb ook van toepassing is op belastingplichtige vennootschappen, moet de jaarlijkse winst van een belastingplichtige worden bepaald volgens het beginsel van goed koopmansgebruik<sup>(104)</sup>. Met dit beginsel wordt de redelijke en consistente toerekening bedoeld van kosten en baten aan het jaar waarop zij betrekking hebben.
- (62) Artikel 8b, eerste lid, Wet Vpb, dat in januari 2002 in de Wet Vpb werd ingevoegd, codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Nederlandse nationale belastingwetgeving 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, Wet Vpb werd reeds aangenomen dat het zakelijkheidsbeginsel in de Nederlandse vennootschapsbelasting van toepassing was, namelijk als uitvloeisel van het totaalwinstbegrip<sup>(105)</sup>. Het zakelijkheidsbeginsel werd door de invoering van artikel 8b, lid 1, Wet Vpb gecodificeerd om onzekerheid weg te nemen die buitenlandse investeerders zouden kunnen hebben over de toepasselijkheid van dit beginsel in het Nederlandse vennootschapsbelastingrecht<sup>(106)</sup>.
- (63) In het Nederlandse besluit verrekenprijzen van 30 maart 2001 (hierna "besluit verrekenprijzen 2001" genoemd)<sup>(107)</sup>, werden voor het eerst richtsnoeren gegeven over hoe de Nederlandse Belastingdienst het zakelijkheidsbeginsel interpreteert. Dit besluit werd aangenomen nog voordat dit beginsel door de invoering van artikel 8b, lid 1, Wet Vpb werd gecodificeerd. De preambule van het besluit luidde als volgt:

<sup>(100)</sup> In het glossarium bij de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse beschreven als "een analyse van de uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de te dragen risico's) door gelieerde ondernemingen in concerntransacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties." In deze analyse "worden de economisch belangrijke activiteiten en verantwoordelijkheden, de gebruikte activa en de gedragen risico's van de partijen bij de transactie vastgesteld en vergeleken." (vertaling van de Commissie). Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.20. Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 1.42, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.51. Zie ook glossarium bij de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017.

<sup>(101)</sup> De term "routine" wordt niet gedefinieerd in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk "voor benchmarking in aanmerking komende" functies waarvoor vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

<sup>(102)</sup> Zie paragraaf 2.121 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010 waar het begrip "restwinst" afgebakend wordt voor de toepassing van de profit-splitmethode, maar het is *mutatis mutandis* geldig bij toepassing van de TNMM. Zie ook paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010. Zie in dezelfde zin paragrafen 3.5 en 3.19 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995.

<sup>(103)</sup> Artikel 3.8 WIB bepaalt: "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>(104)</sup> Artikel 3.25 WIB bepaalt: "De in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragsslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragsslijn kan alleen worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt."

<sup>(105)</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 van 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-lengthbeginsel in overeenstemming zijn"). Dit wordt ook bevestigd door het besluit waarbij het zakelijkheidsbeginsel van de OESO in de Nederlandse belastingwetgeving wordt omgezet. De inleiding van het besluit luidt: "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 WIB."

<sup>(106)</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>(107)</sup> Besluit verrekenprijzen van 30 maart 2001, IFZ2001/295M.

“[...] 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 WIB 2001. 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.”

- (64) Wat de keuze van de verrekenprijsmethode betreft, werd in hoofdstuk 2 van het besluit verrekenprijzen 2001 het volgende bepaald:

“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 verrekenprijsonderzoek 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.”*

- (65) In hoofdstuk 2.5 van het besluit verrekenprijzen werd de TNMM-methode beschreven. Dat hoofdstuk verwees voor verdere uitleg naar de toepasselijke paragrafen in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995.
- (66) Op 21 augustus 2004 <sup>(108)</sup> werd een besluit tot aanvulling van het besluit van 2001 gepubliceerd, welke beide werden vervangen door het verrekenprijzenbesluit van 14 november 2013 <sup>(109)</sup>. Dit laatste besluit werd weer vervangen in 2018 door het verrekenprijzen besluit van 22 april 2018 <sup>(110)</sup>.

### 3. STANDPUNT VAN NEDERLAND

- (67) Nederland is van mening dat de betwiste APA's geen selectief voordeel verstrekken aan NEON en CN BV en dus geen staatssteun vormen. Volgens Nederland bevestigen de APA's de zakelijke vergoeding voor de door NEON en CN BV uitgeoefende functies, gedragen risico's en gebruikte activa in transacties met andere entiteiten binnen de Nike-groep, en voldoen deze aan de Nederlandse regels inzake verrekenprijzen
- (68) Nederland argumenteert dat de TNMM in overeenstemming met de OESO-richtlijnen verrekenprijzen werd toegepast bij het sluiten van de APA's van NEON <sup>(111)</sup>
- (69) Volgens Nederland oefent NIL de volgende functies uit: (i) eigenaar van de IP van Nike buiten de VS, (ii) ontwikkeling van de IP van Nike buiten de VS middels deelname in een CSA met Nike, Inc. (iii) juridische bescherming van de IP van Nike buiten de VS (onder andere registratie en inbreuk bescherming), en (iv) commerciële uitwinning van de IP van Nike buiten de VS als [...] distributeur <sup>(112)</sup>. Wat de gebruikte activa betreft, verklaart Nederland dat NIL ook een aantal belangrijke activa bezit zoals de rechten tot het Nike merk en immateriële activa buiten de VS en de licentieovereenkomst waarbij NEON optreedt als [...] distributeur voor specifieke gebieden. Ten slotte verklaart Nederland dat NIL de volgende risico's draagt: (i) het risico van waardedaling van het merk Nike, (ii) de uitgaven met betrekking tot niet succesvolle O&O- en marketinginitiatieven, en (iii) de financiële risico's ten aanzien van de licentieovereenkomst met NEON.
- (70) Volgens Nederland is NEON geen eigenaar van waardevolle immateriële activa maar is zij alleen in het bezit van een licentie om de Nike IP voor EMEA te gebruiken tegen betaling van royalty's.
- (71) Met betrekking tot de principaalfuncties van NEON betoogt Nederland dat deze functies geen ondernemingsrisico's met zich mee brengen. De rol van NEON is beperkt tot het beheren van de distributie van Nike producten in een bepaalde regio, hetgeen beperkte risico's met zich meebrengt <sup>(113)</sup>

<sup>(108)</sup> Verrekenprijzenbesluit van 21 augustus 2004; IFZ 2004/680M.

<sup>(109)</sup> Verrekenprijzenbesluit van 14 november 2013; IFZ 2013/184M.

<sup>(110)</sup> Verrekenprijzenbesluit van 22 april 2018; nr. 2018-6865.

<sup>(111)</sup> Brief van 19 maart 2018 van Nederland aan de Commissie, deel 11, blz. 6, en deel 14, blz. 7.

<sup>(112)</sup> Brief van 19 maart 2018 van Nederland aan de Commissie, deel 10, blz. 6.

<sup>(113)</sup> Brief van 31 oktober 2018 van Nederland aan de Commissie, deel 2, blz. 2.

- (72) Wat de inkoopfuncties van NEON betreft beheerde Nike Inc. volgens de verklaringen van Nederland tot 2009 de inkoopdiensten voor NEON en andere entiteiten die belast zijn met distributie binnen de Nike-groep. Deze diensten omvatten identificatie van derde fabrikanten, bijstand bij het inkoopproces zelf, kwaliteitscontrole van de producten, planning van en onderhandeling over contracten met fabrikanten, bijstand bij opslag en transport van de producten en bijstand bij het afsluiten van verzekeringen. Voor deze activiteiten ontving Nike, Inc. een commissievergoeding van [0-10%] van de inkoopprijs af fabriek voor schoenen en uitrusting<sup>(114)</sup>, en een commissievergoeding van [0-10%] van de inkoopprijs af fabriek (factory invoice price) voor kledij<sup>(115)</sup>. In 2009 en 2010 herstructureerde de Nike-groep zijn inkoopactiviteiten. Sindsdien worden deze activiteiten, althans wat NEON betreft, verricht door het filiaal van NTC in Singapore. De vergoeding van NTC voor deze activiteiten is vergelijkbaar met de vergoeding die Nike, Inc. vóór 2010 ontving. Nederland wijst verder op het feit dat de opslag is gebaseerd op een verrekenprijs analyse die Nike, Inc. heeft laten uitvoeren en die goedgekeurd is door de Amerikaanse Belastingdienst (de Internal Revenue Service). De Nederlandse Belastingdienst aanvaardde deze opslagen als zakelijke vergoeding voor de desbetreffende transacties<sup>(116)</sup>.
- (73) Wat de marketingactiviteiten van NEON betreft, verklaart Nederland dat Nike, Inc. verantwoordelijk is voor het formuleren van de marketingstrategie van de groep. NEON voert deze strategie gewoon uit door specifieke endorsementovereenkomsten aan te gaan met bijvoorbeeld voetbalclubs of -federaties, zoals Manchester United Football Club of de Braziliaanse voetbalbond. NEON brengt gelieerde Nike distributeurs een royalty in rekening voor de voordelen die zij genieten uit de sponsorcontracten met de voetbalclubs. Deze royalty wordt berekend over de opbrengsten behaald door de distributeurs met de (verkoop van de) producten die verband houden met de voetbalteams<sup>(117)</sup>.
- (74) Nederland beweert bijgevolg dat NEON de minst complexe entiteit is in vergelijking met NIL en daarom correct werd gekozen als de getoetste partij voor de toepassing van de TNMM. Volgens Nederland wordt dit gerechtvaardigd door het feit dat elke winst die NEON realiseert boven de zakelijke vergoeding te danken is aan de Nike IP voor EMEA, welke in het bezit is van NIL, en als royalty aan NIL moet worden betaald. Nederland is van mening dat dezelfde overweging geldt voor de keuze van de getoetste partij bij de toepassing van de TNMM zoals bekrachtigd door de APA's van CN BV.
- (75) Ten slotte baseert Nederland zich op de 2018 NEON Ex-Post Review ter nadere onderbouwing van de zakelijkheid van de royalty's betaald door NEON in de periode 2007-2017 op basis van de licentieovereenkomst van NEON. Volgens dit document heeft NEON toegang verkregen tot drie activa/voordelen onder de licentieovereenkomst van NEON: ten eerste het recht om het Nike-merk en de bijbehorende componenten te gebruiken, d.w.z. de handelsmerken, logo's, marketing, afbeeldingen, slogans, associaties en marketingboodschappen (het "merk"); ten tweede, toegang tot de producttechnologie en ontwerpen voor schoeisel en kleding ontwikkeld of overgenomen door de wereldwijde IP-eigenaren, die de 2018 NEON Ex-Post Review zonder onderscheid identificeert als NIL / NI CV en Nike, Inc. (de "producttechnologie") en ten derde het recht om strategische sturing te ontvangen van die wereldwijde IP-eigenaren over de implementatie van het Nike-merk en de productstrategie, zoals prijsbeleid of marketingcampagnes (de "strategische sturing"). Na het beschrijven van deze activa/voordelen vervolgt de 2018 NEON Ex-Post Review met de beoordeling van de zakelijkheid van het gemiddelde royalty percentage betaald door NEON op basis van de licentieovereenkomst van NEON door deze te vergelijken met publiekelijk toegankelijke gegevens met betrekking tot royalty percentages toegepast door naar verluidt vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen. Het document concludeert dat het gemiddelde royalty percentage betaald door NEON gedurende de periode 2007-2017 het marktpercentage niet heeft overschreden.

#### 4. BEOORDELING VAN DE BETWISTE MAATREGELLEN

##### 4.1. Bestaan van steun

- (76) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU 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. Een maatregel kan slechts als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden aangemerkt indien alle in die bepaling neergelegde voorwaarden zijn vervuld. Ten eerste moet het gaan om een maatregel van de staat die met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet de maatregel het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde een selectief voordeel verschaffen. In de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen<sup>(118)</sup>.
- (77) Wat de eerste voorwaarde betreft zijn de APA's afgegeven door de Nederlandse Belastingdienst, een orgaan van de Nederlandse staat, en kunnen derhalve worden toegerekend aan Nederland. Deze APA's hielden in dat de Belastingdienst verrekensregelingen aanvaardde waardoor NEON en CN BV in staat werden gesteld hun jaarlijks verschuldigde vennootschapsbelasting in Nederland te bepalen en op basis daarvan hun jaarlijkse aangiften van vennootschapsbelasting in te dienen, die op hun beurt door de Nederlandse Belastingdienst werden aanvaard<sup>(119)</sup>. De Commissie stelt zich dus op het voorlopige standpunt dat het om een maatregel van Nederland ging.

<sup>(114)</sup> Footwear buying Agency Agreement, deel 7, blz. 6.

<sup>(115)</sup> Apparel buying Agency Agreement, deel 7, blz. 6.

<sup>(116)</sup> Brief van 19 maart 2018 van Nederland aan de Commissie, deel 10, blz. 5.

<sup>(117)</sup> Brief van 19 maart 2018 van Nederland aan de Commissie, deel 8, blz. 4.

<sup>(118)</sup> Gevoegde zaken C-20/15 P, *Commissie/World Duty Free*, EU:C:2016:981, punt 53 en de aangehaalde rechtspraak.

<sup>(119)</sup> Zoals uiteengezet in randnummer (14) wordt de belastingaangifte door NEH als moeder van de fiscale eenheid opgesteld en ingediend namens de fiscale eenheid.

- (78) Wat de bekostiging van de betwiste maatregelen met staatsmiddelen betreft, heeft het Hof van Justitie consequent geoordeeld 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 die behandeling van toepassing is, verbeterd ten opzichte van de andere belastingplichtigen, een steunmaatregel van de staat kan vormen <sup>(120)</sup>. In de delen 4.2 en 4.3 neemt de Commissie het voorlopige standpunt in dat de betwiste APA's hebben geresulteerd in een verlaging van de verschuldigde vennootschapsbelasting van NEON en CN BV in Nederland in vergelijking met belastingplichtige ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Bijgevolg komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat doordat Nederland afziet van belastinginkomsten die het anders volgens het Nederlandse vennootschapsrecht had kunnen innen van NEON en CN BV, de APA's beschouwd moeten worden als aanleiding gevend tot een verlies aan staatsmiddelen.
- (79) Wat betreft de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun, maken NEON en CN BV deel uit van de Nike-groep, een multinationale groep die actief is over de hele wereld en ook in verschillende lidstaten. NEON en CN BV verrichten de kleinhandelsactiviteiten van respectievelijk Nike en Converse en ontwikkelen het handelsmerk van respectievelijk Nike en Converse in de EMEA-regio. De producten en diensten die bij deze activiteiten betrokken zijn, gaan om in het handelsverkeer tussen lidstaten zodat een overheidsmaatregel van Nederland ten faveure van NEON en CN BV het handelsverkeer in de Unie ongunstig kan beïnvloeden <sup>(121)</sup>. Op grond daarvan komt de Commissie tot het voorlopige standpunt dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun vervuld is.
- (80) Daarnaast wordt een door de staat toegekende maatregel ook geacht de mededinging te vervalsen of te dreigen te vervalsen wanneer deze de concurrentiepositie van een onderneming kan verbeteren ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen <sup>(122)</sup>. Voor zover de betwiste APA's NEON en CN BV ontheffen van de vennootschapsbelasting die zij anders hadden moeten betalen, vormt de op grond van deze APA's verleende potentiële steun exploitatiesteun, omdat NEON en CN BV door de APA's ontheven worden van een last die zij normaal gesproken hadden moeten dragen in hun gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst <sup>(123)</sup>, waardoor deze steun moet worden geacht de mededinging te vervalsen of te dreigen te vervalsen omdat hij de financiële positie van de ontvangende ondernemingen op de markten waarop zij actief zijn, versterkt. Bijgevolg stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat de vierde voorwaarde voor de vaststelling van steun is vervuld wat de betwiste APA's betreft.
- (81) Wat de derde voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, moet een onderscheid worden gemaakt tussen het criterium voordeel en het criterium selectiviteit om ervoor te zorgen dat niet alle staatssteunmaatregelen die een voordeel verlenen (die de netto financiële positie van een onderneming verbeteren), staatssteun vormen maar alleen die maatregelen die op selectieve wijze een voordeel verlenen aan bepaalde ondernemingen of bepaalde categorieën ondernemingen of bepaalde economische sectoren <sup>(124)</sup>. Zoals uitgelegd in deel 4.2, stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat de betwiste APA's NEON en CN BV een voordeel verlenen door een niveau van jaarlijkse belastbare winst te aanvaarden dat afwijkt van een betrouwbare benadering van een marktuitskomst in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel. Ten gevolge hiervan is de belastinggrondslag van deze ondernemingen verlaagd voor het vaststellen van de door hen te betalen jaarlijkse vennootschapsbelasting in Nederland. Zoals uitgelegd in deel 4.3, komt de Commissie tot het voorlopige standpunt dat dit voordeel selectief van aard is. Dit geldt eerst en vooral omdat de betwiste APA's alleen aan NEON en CN BV een voordeel verlenen en volgens vaste rechtspraak <sup>(125)</sup>, in het geval van een individuele maatregel “bij de vaststelling van een economisch voordeel in beginsel [kan] worden vermoed dat er sprake is van selectiviteit”, zonder dat het noodzakelijk is de selectiviteit van de maatregel te analyseren volgens de analyse in drie stappen van de selectiviteit die het Hof van Justitie voor steunregelingen heeft ontwikkeld (primaire voorlopige vaststelling van selectiviteit) <sup>(126)</sup>. Toch zal de Commissie ter wille van de volledigheid ook aantonen waarom zij het voorlopige standpunt verdedigt dat de betwiste APA's selectief zijn volgens de selectiviteitsanalyse voor regelingen voor zover hiermee NEON en CN BV begunstigd worden ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen in Nederland (eerste voorlopige subsidiaire vaststelling van selectiviteit) en ten opzichte van andere belastingplichtige vennootschappen in Nederland die tot een multinationale groep van ondernemingen behoren (tweede voorlopige subsidiaire vaststelling van selectiviteit).

#### 4.2. Voordeel

- (82) 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, VWEU <sup>(127)</sup>. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, dient te worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf <sup>(128)</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>(129)</sup>

<sup>(120)</sup> Zie gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P, *Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, ECLI:EU:C:2011:732, punt 72 en aangehaalde rechtspraak.

<sup>(121)</sup> Zaak C-494/06 P, *Commissie / Italië en Wam*, EU:C:2009:272, punt 54, en aangehaalde rechtspraak. Zie ook zaak C-66/02, *Italië / Commissie*, EU:C:2005:768, punt 112.

<sup>(122)</sup> Zaak 730/79, *Phillip Morris*, ECLI:EU:C:1980:209., punt 11. Gevoegde zaken T-298/97, T-312/97 enz., *Alzetta*, ECLI:EU:T:2000:151, punt 80.

<sup>(123)</sup> Zaak C-128/16 P, *Commissie/Spanje*, EU:C:2018:591, punt 84. Zie ook zaak C-271/13, *Rousse Industry/Commissie*, EU:C:2014:175, punt 44; gevoegde zaken C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, *Comitato "Venezia vuole vivere" e.a./Commissie*, EU:C:2011:368, punt 136; zaak C-172/03, *Heiser*, EU:C:2005:130, punt 55; en zaak C-156/98, *Duitsland/Commissie*, EU:C:2000:467, punt 30, en aangehaalde rechtspraak.

<sup>(124)</sup> Zie zaak C-20/15 P, *Commissie/World Duty Free Group*, EU:C:2016:981, punt 56, en zaak C-6/12, *P Oy*, EU:C:2013:525, punt 18.

<sup>(125)</sup> Zaak C-15/14 P, *Commissie/MOL*, EU:C:2015:362, punt 60. Zie ook gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *Commissie/World Duty Free Group*, EU:C:2016:981, punt 55, en zaak C-270/15 P, *België/Commissie*, EU:C:2016:489, punt 49.

<sup>(126)</sup> Zaak C-211/15 P, *Orange/Commissie*, EU:C:2016:798, punten 53 en 54.

<sup>(127)</sup> Zaak C-417/10, *3M Italia*, EU:C:2012:184, punt 38.

<sup>(128)</sup> Zaak 173/73, *Italië/Commissie*, EU:C:1974:71, punt 13.

- (83) Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat „[o]m na te gaan of de vaststelling van de belastbare inkomsten [...] een voordeel verschaft aan [de begunstigde], [...] 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>(130)</sup>. Een maatregel waardoor een belastingplichtige voor zijn transacties binnen de groep verrekenprijzen kan toepassen die niet overeenstemmen met die welke zouden worden gehanteerd tussen onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelende onafhankelijke ondernemingen, verleent met andere woorden een voordeel aan die belastingplichtige. Het zijn immers de door onafhankelijke ondernemingen op de markt aangerekende prijzen, of zoals het Hof van Justitie heeft verklaard, “het verschil tussen lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst”<sup>(131)</sup>, die hun belastbare inkomen bepalen. Indien een belastingdienst gelieerde ondernemingen van een groep zou toestaan voor hun intragroepstransacties prijzen aan te rekenen die onder de marktprijzen liggen, wordt deze onderneming een economisch voordeel verleend in de vorm van een versmalling van de belastinggrondslag. Bijgevolg heeft het Hof van Justitie aanvaard dat de referentie voor de beoordeling van het bestaan van een voordeel in gevallen zoals het onderhavige het zakelijkheidsbeginsel is.
- (84) De essentie van het zakelijkheidsbeginsel is ervoor te zorgen dat transacties tussen gelieerde ondernemingen (concerntransacties) voor belastingdoeleinden worden beprijsd onder dezelfde voorwaarden als vergelijkbare transacties op zakelijke voorwaarden tussen onafhankelijke ondernemingen (vrijemarkttransacties). Wanneer er voorwaarden worden opgesteld of opgelegd tussen twee gelieerde ondernemingen in hun intragroepstransacties die verschillen van die welke opgesteld zouden zijn tussen onafhankelijke ondernemingen in vrijemarkttransacties, vereist het zakelijkheidsbeginsel dat passende aanpassingen in de verrekenprijzen worden aangebracht om deze verschillen te neutraliseren en ervoor te zorgen dat gelieerde ondernemingen voor belastingdoeleinden niet gunstiger worden behandeld dan onafhankelijke (stand-alone) vennootschappen<sup>(132)</sup>. Op die manier wordt de winst die gelieerde ondernemingen uit hun intragroepstransacties halen, vastgesteld en uiteindelijk niet gunstiger behandeld dan de winst die afkomstig is van transacties die onafhankelijke ondernemingen op zakelijke grondslag hebben gesloten op de markt.
- (85) Het zakelijkheidsbeginsel is in essentie bedoeld om de economische realiteit weer te geven van de specifieke situatie waarin de belastingplichtige entiteit van het concern zich bevindt. Tevens verzekert het dat de voorwaarden die in vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke partijen worden toegepast worden gebruikt als referentie om de winst te bepalen die zij uit haar intragroepstransacties haalt. Daarom bestaat de eerste stap van een verrekenprijsanalyse erin de te beprijsen transactie af te bakenen door de commerciële en financiële betrekkingen tussen de gelieerde ondernemingen alsmede de aan deze betrekkingen verbonden voorwaarden en economisch relevante omstandigheden vast te stellen. Deze analyse wordt normaal gezien toegespitst op de onderliggende contractuele voorwaarden van de transactie, de functies die elk van de partijen uitoefenen, de kenmerken van de overgedragen goederen of van de geleverde diensten, de economische omstandigheden waarin de partijen en de markt zich bevinden en de gevolgde bedrijfsstrategieën<sup>(133)</sup>. Wanneer deze analyse is verricht, is de volgende stap van een verrekenprijsanalyse dat een passende verrekenprijsmethode wordt gekozen om de prijs van de onderzochte transactie(s) te bepalen. Om ervoor te zorgen dat de verrekenprijs voor de transactie binnen de groep met zekerheid een prijs benadert die zakelijk zou zijn overeengekomen op de markt, moet de betrouwbaarste methode worden gekozen naargelang de omstandigheden van het geval<sup>(134)</sup>.
- (86) De bovengenoemde beoordelingen worden normalerwijze verricht door middel van een verrekenprijzenverslag<sup>(135)</sup>. De Commissie merkt om te beginnen op dat in geen enkel van de documenten die zijn ingediend ter onderbouwing van de verzoeken voor de APA's van 2006, 2010 of 2015, de concerntransactie wordt omschreven waarvoor de betwiste APA's werden aangevraagd en gesloten. In het geval van de APA's van NEON is de te beprijsen concerntransactie de [...] licentie die NEON heeft verkregen van NIL/NI CV om de NIKE IP voor EMEA te gebruiken in ruil voor de betaling van een royalty zoals overeengekomen in de licentieovereenkomst van NEON. In het geval van de APA's van CNBV is de te beprijsen concerntransactie de [...] licentie die CNBV heeft verkregen van AS CV om de IP van Converse voor EMEA te gebruiken in ruil voor de betaling van een royalty zoals overeengekomen in de licentieovereenkomst van CN BV. Aangezien deze transacties niet behoorlijk zijn omschreven in de documenten ter onderbouwing van de APA-verzoeken, zijn de functies met toegevoegde waarde voor deze transacties evenmin behoorlijk omschreven terwijl dit volgens de OESO-richtlijnen verrekenprijzen moet worden gedaan in het kader van de verrekenprijsanalyse<sup>(136)</sup>.

<sup>(129)</sup> Zie zaak C-66/02, *Italië/Commissie*, EU:C:2005:768, punt 78; zaak C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, EU:C:2006:8, punt 132; zaak C-522/13, *Ministerio de Defensa en Navantia*, EU:C:2014:2262, punten 21 tot en met 31.

<sup>(130)</sup> Zie gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187/Commissie*, EU:C:2005:266, punt 95.

<sup>(131)</sup> Zie gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187/Commissie*, EU:C:2005:266, punt 95.

<sup>(132)</sup> Dat de nadruk bij verrekenprijzen op de prijsstelling van transacties binnen de groep ligt, blijkt duidelijk uit paragraaf 1.6 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen van 1995. Zie ook paragraaf 1.6 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010: “Omdat in de separate entity approach de leden van een multinationale groep worden behandeld als waren zij onafhankelijke entiteiten, gaat de aandacht uit naar de aard van de transacties tussen die leden en naar de vraag of de voorwaarden daarvan verschillen van de voorwaarden die in vergelijkbare vrijemarkttransacties zouden zijn bedongen. Een dergelijke analyse van de concern- en de vrijemarkttransacties, die de „vergelijkbaarheidsanalyse” wordt genoemd, vormt de kern van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel.” (vertaling Commissie). De nadruk op de prijsstelling van intragroepstransacties wordt opnieuw bevestigd in paragraaf 1.15 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995 en in paragraaf 1.33 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010: “De toepassing van het zakelijkheidsbeginsel is algemeen gebaseerd op een vergelijking van de voorwaarden in een concerntransactie met de voorwaarden in transacties tussen onafhankelijke ondernemingen. [...]”. (vertaling Commissie).

<sup>(133)</sup> Zie paragraaf 1.36 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

<sup>(134)</sup> Zie paragraaf 2.2 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010: “De selectie van een verrekenprijsmethode is steeds gericht op het vinden van de meest geschikte methode voor een bepaald geval.” (vertaling Commissie). Zie ook paragraaf 1.42 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995.

<sup>(135)</sup> In deel V van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen worden richtsnoeren verstrekt over de soorten informatie die nuttig kunnen zijn bij het vaststellen van verrekenprijzen voor belastingdoeleinden in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel (zie met name paragraaf 5.17 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995 en de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010).

<sup>(136)</sup> OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragrafen 1.17 en 1.21, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.59 tot en met 2.61.

- (87) Op basis van de informatie die de Commissie van Nederland heeft ontvangen, heeft zij redenen om te betwijfelen of de door de betwiste APA's bekrachtigde verrekenprijsregelingen resulteren in verrekennprijzen welke een benadering zouden zijn van prijzen die onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare omstandigheden zouden toepassen. Ondanks het ontbreken van een behoorlijke omschrijving van de onderzochte concerntransacties en ondanks de afwezigheid van een volledige functionele analyse van de bij de te beprijzen transactie betrokken partijen, lijkt Nederland de TNMM met een operationele marge op de totale inkomsten als winstniveau-indicator te hebben aanvaard als de meest geschikte methode om een verrekenprijs vast te stellen. NEON en CN BV zijn hierbij gekozen als de getoetste partij. Ten gevolge van deze APA's ontvangen NEON en CN BV een lage maar stabiel beloning voor hun activiteiten berekend op basis van een beperkte marge op hun totale inkomsten. Dit zou een zakelijk beloning zijn voor de beweerdelijk "routinematige" distributiefuncties van deze ondernemingen. De restwinst die door deze ondernemingen wordt gegenereerd boven dat stabiele beloningsniveau, wordt dan volledig aan respectievelijk NIL/NI CV en AS CV toegerekend als een "zakelijke royalty" in ruil voor het [...] gebruik van respectievelijk de Nike IP voor EMEA en de IP van Converse voor EMEA zoals verkregen onder de licentieovereenkomst van NEON en de licentieovereenkomst van CN BV.
- (88) Eerst en vooral stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat de Nederlandse Belastingdienst onjuist heeft gehandeld door de premisse te aanvaarden dat NEON en CN BV "routinematige" distributiefuncties uitoefenden. Uit de informatie ter onderbouwing van de APA-verzoeken had de Nederlandse Belastingdienst juist moeten concluderen dat deze ondernemingen unieke en waardevolle functies met betrekking tot de IP van Nike en Converse in de EMEA uitoefenden in vergelijking met de functies uitgeoefend door NIL/NI CV en AS CV. In geval vergelijkbare vrijemarkttransacties om de prijsstelling van de [...] licentie verleend aan NEON en CN BV in ruil voor een royalty onder de licentieovereenkomsten te bepalen niet aanwezig zijn, is de Commissie voorlopig van oordeel dat alleen een verrekenprijsregeling op basis van de TNMM met NIL/NI CV en AS CV als getoetste partijen zou hebben kunnen leiden tot een betrouwbare raming van een marktconform resultaat voor deze intragroepstransacties. Aangezien de toepassing van de TNMM op NIL/NI CV en AS CV in plaats van op NEON en CN BV zou resulteren in een lagere jaarlijkse royaltybetaling dan de door de betwiste APA's bekrachtigde verrekenprijsregelingen, komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de Nederlandse Belastingdienst een voordeel aan NEON en CN BV heeft verleend door hun belastinggrondslag in Nederland op onjuiste wijze te verlagen.
- (89) Subsidiar betwijfelt de Commissie of de TNMM de meest betrouwbare verrekenprijsmethode was om de prijs van de licentie van NEON en CN BV vast te stellen. In de eerste plaats is er namelijk in geen enkel aan de Commissie voorgelegd document enig spoor te vinden dat de Nederlandse Belastingdienst daadwerkelijk heeft onderzocht of er geen vergelijkbare vrijemarkttransacties beschikbaar waren om de CUP-methode toe te passen bij het sluiten van de betwiste APA's. Uit deze documenten blijkt echter dat er wel vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen bestaan ten gevolge waarvan de zakelijke betalingen van royalty's lager zouden zijn geweest en dus de belastinggrondslag van NEON en CN BV hoger zou zijn geweest dan die welke door de betwiste APA's is bekrachtigd. In de tweede plaats, zelfs indien zou worden aangenomen dat er geen vergelijkbare vrijemarkttransactie bestaan waarmee een CUP-analyse kan worden verricht en indien verder wordt aangenomen dat NIL/NI CV en AS CV ook kunnen worden geacht unieke en waardevolle functies uit te oefenen (*quod non*), zou een verrekenprijsregeling op basis van de profit-splitmethode geschikter zijn geweest dan de TNMM om de prijzen voor de licenties van NEON en CN BV vast te stellen. De toepassing van de profit-splitmethode brengt mee dat een deel van de restwinst uit de licentieverstreking aan NEON en CN BV wordt toegerekend in plaats van dat deze winst in haar totaliteit aan respectievelijk NIL/NI CV en AS CV wordt toegerekend. Dit vertaalt zich in een lagere jaarlijkse betaling van royalty's en dus een hogere belastinggrondslag voor NEON en CN BV in Nederland. Aangezien de belastinggrondslag van NEON en CN BV in Nederland hoger zou zijn geweest indien in plaats van de TNMM de CUP-methode of de profit-splitmethode waren gebruikt om de door de betwiste APA's bekrachtigde intragroepstransacties te beprijzen, komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de Nederlandse Belastingdienst een voordeel aan NEON en CN BV heeft verleend door hun belastinggrondslag in Nederland op onjuiste wijze te verlagen.
- (90) Meer subsidiar, zelfs in het geval waarin de TNMM als verrekenprijsmethode het meest geschikt was bevonden en NEON en CN BV correct waren gekozen als getoetste partij voor de toepassing van deze methode (*quod non*), komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de winstniveau-indicator die gekozen is voor de vaststelling van de vergoeding van deze ondernemingen, onjuist is in het licht van hun functionele analyses. Indien een indicator van het winstniveau was gekozen die de functionele analyse van NEON en CN BV correct had weergegeven, dan zou dit hebben geleid tot een lagere betaling van royalty's en dus tot een hogere belastinggrondslag voor deze ondernemingen in Nederland.

#### 4.2.1. Primaire voorlopige vaststellingen van voordeel: de betwiste APA's zijn gebaseerd op gebrekkige functionele analyses

- (91) De Commissie komt tot de primaire voorlopige vaststelling dat een voordeel is verleend doordat de door de betwiste APA's bekrachtigde verrekenprijsregelingen gebaseerd zijn op gebrekkige functionele analyses voor de toepassing van de TNMM. Zoals in de volgende drie onderverdelingen wordt aangetoond, blijkt uit de ter onderbouwing van de betwiste APA's ingediende informatie dat alleen NEON en CN BV unieke en waardevolle functies uitoefenen met betrekking tot de onder deze APA's vallende intragroepstransacties. NIL/NI CV en AS CV spelen niet meer dan een passieve rol als eigenaren van de IP van Nike en Converse voor EMEA en de daarmee samenhangende ontvangst van royalty's die zij van respectievelijk NEON en CN BV ontvangen en die zij aan Nike, Inc. doorgeven om de kosten van de CSA's te dekken. De Commissie komt tot de voorlopige conclusie dat de Nederlandse Belastingdienst door de verrekenprijsregelingen te bekrachtigen op basis van de premisse dat NEON en CN BV "routinematige" distributiefuncties uitoefenden, deze ondernemingen een voordeel verleende in de vorm van een verlaging van de belastinggrondslag.

4.2.1.1. *Functionele analyses van NEON en NIL/NI CV*(a) *Uitgeoefende functies*

- (92) Zoals opgemerkt in randnummer (86), is de onder de APA's van NEON vallende concerntransactie de [...] licentie die NEON heeft verkregen van NIL/NI CV om de NIKE IP voor EMEA te gebruiken in ruil voor de betaling van een royalty zoals overeengekomen in de licentieovereenkomst van NEON. Volgens de TP-verslagen van NEON zijn de belangrijkste waardebepalende functies die aan de Nike IP voor EMEA verbonden zijn de functies van ontwerp, onderzoek en ontwikkeling, productie en marketing<sup>(137)</sup>. De onderzoek- en ontwikkelingsfuncties worden door Nike, Inc. uitgeoefend. Het productontwerp en de marketing voor de EMEA-regio wordt gezamenlijk verricht door Nike, Inc. en NEON. NEON zorgt met name voor het specifieke ontwerp van regionale Nike-producten en neemt de strategische besluiten op het gebied van bedrijfsvoering en handel die daarvoor van belang zijn. Ten slotte, zoals uitgelegd in randnummer (96), speelt NEON ook een belangrijke rol in de marketing die van primair belang is voor de ontwikkeling, de verbetering en de exploitatie van de Nike IP voor EMEA<sup>(138)</sup>
- (93) In de documenten tot onderbouwing van de APA-verzoeken van NEON wordt NEON omschreven als een onderneming die sleutelfuncties verricht in vier activiteitendomeinen: (1) productdivisie, (2) inkoop en productie, (3) marketing en verkoop, en (4) financiën en administratie<sup>(139)</sup>
- (94) Wat de productdivisie betreft, is NEON actief op het gebied van kledij, schoenen en sportuitrusting. Op het gebied van kledij is NEON belast met de ontwikkeling van de producten en volgt zij onder meer de verschillende trends in de EMEA-regio<sup>(140)</sup>. In schoenen speelt NEON een kleinere rol met designveranderingen voor de EMEA-markten<sup>(141)</sup>. NEON is belast met O&O-ondersteuning voor het ontwerp van specifiek schoeisel in Europa, zoals voor indoorvoetbal en –rugby<sup>(142)</sup>. Voor sportuitrusting vervult NEON voornamelijk een adviserende rol<sup>(143)</sup>
- (95) Wat inkoop en productie betreft, koopt NEON het merendeel van haar Nike-producten in bij Nike Trading Company B.V. (hierna "NTC" genoemd)<sup>(144)</sup>. NEON zorgt voor de rechtstreekse inkoop bij derde fabrikanten ten behoeve van verkoop van schoeisel en kledij in de EMEA-regio<sup>(145)</sup>. Zij plaatst geconsolideerde orders bij NTC op basis van haar verkoopprognoses in overeenstemming met haar marktverwachtingen<sup>(146)</sup>. Formeel gezien wordt NEON juridisch eigenaar van deze producten voordat de inkleding ervan plaatsvindt in het magazijn te Laakdal in België. Op basis van haar licentieovereenkomst is NEON ook gemachtigd producten die de naam Nike en andere merknamen dragen, te fabriceren of in onderaanbesteding te laten fabriceren<sup>(147)</sup>. Daartoe heeft NEON met Nike, Inc. een overeenkomst gesloten voor bijstand bij de selectie van derde fabrikanten en bij de aankoop van producten, planning en opslag- en vervoerdiensten voor Nike-producten<sup>(148)</sup>
- (96) Wat de marketing van Nike-producten betreft, legt NEON zich toe op reclame- en promotieactiviteiten voor de Nike-producten in de EMEA-regio en draagt zij haar eigen kosten voor de marketing en de verkoop. Zoals Nike, Inc. is NEON verantwoordelijk voor het sluiten van endorsementcontracten met mondiale en regionale atleten alsmede voor de coördinatie van de mondiale reclamecampagne in de hele EMEA-regio; het gaat om sleutelfuncties met betrekking tot de controle over de merknaam Nike waarmee NEON haar activiteiten in die regio heeft kunnen uitbreiden en diversifiëren. Deze endorsementcontracten worden formeel door Nike, Inc. goedgekeurd rekening houdend met de mondiaal gevoerde reclamecampagne. De kosten van Nike, Inc. of van NEON worden dan verdeeld via een wereldwijd mechanisme voor toewijzing van promotieactiviteiten<sup>(149)</sup>. Sinds 2010 heeft NEON samen met Nike, Inc. het merk Nike ontwikkeld terwijl promotieactiviteiten gefinancierd worden ofwel door Nike, Inc. ofwel door NEON. Deze kosten worden ook in rekening gebracht via het wereldwijde mechanisme voor toewijzing van promotieactiviteiten aan gelieerde ondernemingen<sup>(150)</sup>. De mondiale en EMEA-marketingplannen van Nike worden gezamenlijk door Nike, Inc. en NEON ontwikkeld. NEON beheert en evalueert ook het marktonderzoek en de retailmarketing met de steun van derden en van de Nike Commission Agents<sup>(151)</sup>. Aangezien de Nike IP voor EMEA niet ziet op klantgegevens, behoort het ten slotte ook tot de marketingverantwoordelijkheid van NEON de klantenbasis van Nike in de EMEA-regio te bepalen, te bewerken, te ontwikkelen en te onderhouden.

<sup>(137)</sup> Zie TP-verslag 2010 van NEON, deel 2.1.6, blz. 11.

<sup>(138)</sup> Zie <https://hbr.org/1992/07/high-performance-marketing-an-interview-with-nikes-phil-knight>. Phil Knight, een van de stichters van Nike, beschrijft hoe belangrijk deze functies zijn: "Nu begrijpen we echter dat het op de markt brengen van het product het belangrijkste is wat we doen. Uiteindelijk zeggen we nu dat Nike een marketing-georiënteerde onderneming is en het product is ons belangrijkste marketinginstrument. Wat ik bedoel, is dat marketing onze hele organisatie samentrekt. De designelementen en de functionele kenmerken van het product zelf zijn niet meer dan onderdelen van het alomvattende marketingproces." (vertaling Commissie)

<sup>(139)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3, blz. 13.

<sup>(140)</sup> Functionele analyse van NEON 2006, deel 4.4, blz. 13-14, bevestigd door TP-verslag 2010 voor NEON, deel 4.4.1, blz. 22.

<sup>(141)</sup> Zie TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.4.1, blz. 22.

<sup>(142)</sup> Zie TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.4.1, blz. 21. (indoor voetbalkledij in Spanje en rugbyschoenen in het Verenigd Koninkrijk). Zie ook TP-verslag 2015 van NEON, blz. 22-23 (voor de ondersteunende activiteiten in de kledijsector is er een overeenkomst voor onderzoek en ontwikkeling tussen NEON en NI CV).

<sup>(143)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.4, blz. 15; bevestigd door het TP-verslag 2015 van NEON, deel 4.3.1, blz. 24.

<sup>(144)</sup> NTC is met de vestiging in Singapore de voornaamste fabrikant in de Nike-groep en zorgt voor de fabricage van bijna alle Nike-producten. NTC is geen lid van de Nederlandse fiscale eenheid.

<sup>(145)</sup> Zie TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.4.2, blz. 22-23. Nike, Inc. daarentegen is belast met het beheer en de coördinatie van de productieactiviteiten wereldwijd (zie blz. 22).

<sup>(146)</sup> TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.4.2, blz. 22, en TP-verslag 2015, deel 4.3.2, blz. 24-25.

<sup>(147)</sup> Licentieovereenkomst van NEON 2005, deel 2, blz. 3.

<sup>(148)</sup> Footwear buying Agency Agreement, overweging C, blz. 1, en vergelijkbaar Apparel buying Agency Agreement, overweging C, blz. 1.

<sup>(149)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.3, blz. 15-16.

<sup>(150)</sup> TP-verslag 2010 van NEON, "Brand marketing consists of sports marketing, advertising, retail resources and public relations", blz. 25, bevestigd door TP-verslag 2015 van NEON, deel 4.3.4, blz. 27-30.

- (97) Wat de verkoop betreft, ontwerpt NEON de Europese verkoopplannen op basis van de mondiale plannen van Nike, Inc. en ontwerpt en implementeert zij de toekomstige verkoopstrategie in de EMEA-regio, waarbij zij ook focusproducten selecteert en de planning voor het volgende seizoen opmaakt <sup>(152)</sup>. NEON registreert de verkoopinkomsten uit de handel van Nike-producten in de EMEA-regio en draagt de verantwoordelijkheid voor de opmaak en het beheer van het beleid inzake prijslijsten en kortingen op basis van informatie die zij ontvangt van haar gelieerde lokale ondernemingen <sup>(153)</sup>. Met dat doel moet NEON op de hoogte zijn van de voornaamste regionale en lokale concurrenten en de marktdynamiek in de EMEA-regio. NEON is ook verantwoordelijk voor de belangrijke afnemers in de EMEA-regio, zoals [...]. NEON is belast met het volledige distributieproces en draagt het risico voor de verwerking, het beheer en de uitvoering van orders in de EMEA-regio <sup>(154)</sup>. In deze hoedanigheid schakelt NEON NEH als onderaannemer in om het magazijn in Laakdal, België, te exploiteren <sup>(155)</sup>.
- (98) Ten slotte beheert en ontwikkelt NEON sinds 2015 de e-commerce van Nike, Inc. in de EMEA-regio. NR BV verricht de operationele e-commerce activiteiten zoals catalogi, klantendiensten, fraudemonitoring, lokalisering (taalaanpassing) van websites, toezicht op sites en technische operaties, digitale marketing, onderzoek van consumentengedrag enz. NEON draagt de hoofdverantwoordelijkheid voor financieel gerelateerde activiteiten zoals controle, financiële planning en analyse, alsmede activiteiten die verband houden met het beheer van de toeleveringsketen zoals de planning van het assortiment en de inkoopplanning. Voorts verstrekt NEON operationele ondersteuning op het gebied van uitvoering, tests en onderhoud. Ten slotte is NEON belast met de inkomende en uitgaande logistiek van producten naar [onafhankelijke handelaar] <sup>(156)</sup>. In die hoedanigheid betaalt NEON een servicevergoeding aan Nike, Inc. en NR BV voor de wereldwijd geleverde operationele diensten voor de ondersteuning van de e-commerce <sup>(157)</sup>.
- (99) NEON wordt verder omschreven als beheerder van het regionale hoofdkantoor van Nike voor de EMEA-regio met vergelijkbare faciliteiten als het hoofdkantoor van Nike, Inc. in Beaverton, Oregon, VS <sup>(158)</sup>. Wat financiën en administratie betreft, zorgt NEON voor het beheer en het voortdurende toezicht op het begrotingsproces, de administratie, het opstellen en bijhouden van nauwkeurige financiële informatie en het uitvoeren van haar financiële-groeistrategieën in de EMEA-regio <sup>(159)</sup>. NEON is belast met de uitvoering van een voortschrijdend [...] strategisch plan en de prognoses van het jaarlijks begrotingsplan, waarvoor zij de jaarplannen op het gebied van fiscaliteit, bedrijfsvoering en personele middelen opstelt <sup>(160)</sup>. NEON is ook belast met boekhouding, rapportage, kasbeheer, kapitaalbegroting en facturatie <sup>(161)</sup>. Ten slotte verricht NEON administratieve activiteiten zoals garantiebeheer en kwaliteitscontrole, juridische evaluatie van contractuele overeenkomsten, loonadministratie, personeelszaken en IT-ondersteuning en ontwikkeling en onderhoud van specifieke software voor lokale handelsagenten <sup>(162)</sup>.
- (100) In de ter onderbouwing van de APA-verzoeken van NEON ingediende documenten worden echter geen cruciale waardebepalende functies genoemd die aan NIL/NI CV, de andere partij bij de onderzochte concerntransactie, zouden kunnen worden toegeschreven. Voor zover in de TP-verslagen van NEON al enige beschrijving wordt gegeven van de hoofdfuncties van NIL/NI CV, wordt deze laatste omschreven als "ondernemende" eigenaar van de Nike IP voor EMEA, die passief aan de CSA deelneemt en, althans formeel de verantwoordelijkheid draagt voor het beheer van inbreuken op deze IP. NIL/NI CV oefent met andere woorden (hoogstens) zeer beperkte functies uit met betrekking tot de Nike IP voor EMEA en de detailhandelsactiviteiten van Nike in de EMEA-regio, aangezien zij geen werknemers en geen operationele capaciteit bezit. Het enkele bezit van een complex activum, zoals IP-rechten, kan niet worden beschouwd als de uitoefening van unieke en waardevolle functies met betrekking tot deze rechten, vooral niet wanneer de ondernemingsrisico's met betrekking tot de Nike IP voor EMEA beheerd en gecontroleerd worden door een andere entiteit (in dit geval NEON) <sup>(163)</sup>. Krachtens de licentieovereenkomst van NEON heeft NIL/NI CV de licentierechten die zij over deze IP had verkregen, immers overgedragen aan NEON.
- (101) Bijgevolg stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat terwijl NEON economisch significante activiteiten verricht en belangrijke taken op zich neemt met betrekking tot de Nike IP voor EMEA en de bedrijfsactiviteiten van Nike in de EMEA-regio, de Nederlandse Belastingdienst geen bewijs heeft geleverd waaruit zou blijken dat NIL/NI CV dergelijke functies uitoefent of dergelijke taken op zich neemt in het kader van de licentieovereenkomst van NEON.

<sup>(151)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.3, blz. 17. TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.4.3, blz. 25. In feite wordt in het verslag van 2010 aangegeven dat vijf functies noodzakelijk zijn: ontwerp, onderzoek en ontwikkeling, productie en marketing, zie TP-verslag 2010 van NEON, deel 2.1.6, blz. 11.

<sup>(152)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.3, blz. 17-18, bevestigd door TP-verslag 2015 van NEON, deel 4.3.5, blz. 30-34.

<sup>(153)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.3, blz. 18, bevestigd door TP-verslag 2010 van NEON, blz. 27, alsmede bevestigd door TP-verslag 2015, deel 4.3.5, blz. 30-34.

<sup>(154)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.3, blz. 20, bevestigd door TP-verslag 2010 van NEON, blz. 27.

<sup>(155)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.3, blz. 19, bevestigd door TP-verslag 2010 van NEON, blz. 28.

<sup>(156)</sup> [Onafhankelijke handelaar] is een onafhankelijke Ierse onderneming die diensten levert aan Nike, Inc. [...]

<sup>(157)</sup> TP-verslag 2015 van NEON, deel 4.3.5, blz. 34-36.

<sup>(158)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.1, blz. 12, bevestigd door TP-verslag 2015 van NEON, deel 4.1, blz. 19.

<sup>(159)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.4, blz. 19.

<sup>(160)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.4, blz. 20.

<sup>(161)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.4, blz. 20, bevestigd door TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.4.4, blz. 29-30.

<sup>(162)</sup> Functionele analyse 2006 van NEON, deel 4.3.4, blz. 20-21, bevestigd door TP-verslag 2010 van NEON, deel 4.4.4, blz. 29-30.

<sup>(163)</sup> In het OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation ACTIONS 8-10: eindverslagen van 2015, blz. 10, wordt verklaard: "[V]oor immateriële activa wordt in de richtsnoeren toegelicht dat de juridische eigendom alleen niet noodzakelijk een recht tot stand brengt op alle (of op enige) inkomsten uit de exploitatie van de immateriële activa. De groepsondernemingen die belangrijke functies verrichten, controle uitoefenen over economisch significante risico's en een bijdrage leveren met activa, zoals vastgesteld door middel van de nauwkeurige omschrijving van de feitelijke transactie, zullen het recht hebben op een passende vergoeding die de waarde van hun bijdragen weergeeft." (vertaling van de Commissie) Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.2.3, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 1.45.



## (b) Gebruikte activa

- (102) Aan een partij bij een intragroepstransactie kan voor het toepassen van verrekenprijzen alleen een opbrengst uit een activum worden toegerekend voor zover deze partij controle uitoefent over het gebruik daarvan en over het risico of de risico's die verbonden zijn aan dat gebruik. Niet de activa die de partijen bij de onderzochte intragroepstransactie passief bezitten zijn doorslaggevend in een functionele analyse maar de activa die daadwerkelijk worden gebruikt<sup>(164)</sup>. Enkel het hebben van de juridische eigendom van een activum, zonder daarvan gebruik te maken om functies uit te oefenen of zonder daarover de risico's te dragen, geeft geen aanleiding tot een vergoeding die verder reikt dan de waarde van het activum zelf<sup>(165)</sup>. Ook betekent het hebben van de juridische eigendom van een activum of het hebben van een licentie voor de exploitatie van een activum niet dat de eigenaar dit activum ook daadwerkelijk ontwikkelt, verbetert, beheert of exploiteert. De eigenaar van een activum moet het betrokken activum ook daadwerkelijk gebruiken om een vergoeding voor het houden daarvan te kunnen verantwoorden.
- (103) Op basis van de informatie die bij de Nederlandse Belastingdienst is ingediend ter onderbouwing van de APA-verzoeken, blijkt dat NEON zich bezig houdt met de ontwikkeling, verbetering, beheer en exploitatie van de Nike IP voor EMEA en dit IP daadwerkelijk gebruikt voor haar bedrijfsvoering in de EMEA-regio. NIL/NI CV daarentegen lijkt de Nike IP voor EMEA slechts passief te bezitten. Het feit dat NIL/NI CV overeenkomstig de met Nike, Inc. gesloten CSA beschouwd wordt als de juridische eigenaar van de Nike IP voor EMEA, is om de in de vorige randnummer aangevoerde reden in dit verband niet relevant. Er is geen bewijs geleverd dat NIL/NI CV de Nike IP voor EMEA daadwerkelijk gebruikt. Zij stelt deze activa enkel ter beschikking aan NEON. NIL/NI CV lijkt verder ook niet over werknemers te beschikken die actieve functies kunnen uitoefenen met betrekking tot de Nike IP voor EMEA. Bijgevolg betwijfelt de Commissie of van NIL/NI CV gezegd kan worden dat zij de Nike IP voor EMEA "gebruikt" in de zin van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen ter rechtvaardiging van de in de licentieovereenkomst van NEON vastgestelde en in de NEON APA's goedgekeurde hoogte van de jaarlijkse royaltybetalingen.

## (c) Gedragen risico's

- (104) Een analyse van de risico's is relevant om de zakelijke vergoeding van een concerntransactie vast te stellen aangezien het aangaan van hogere risico's op de vrije markt beloond wordt met een toename van het verwachte rendement<sup>(166)</sup>. Om te bepalen welke partij de voornaamste ondernemingsrisico's (met name het marktrisico, het strategische risico en het exploitatierisico) draagt, moet worden geanalyseerd welke partij de kosten met betrekking tot het beheer en de exploitatie controleert en draagt. In deze analyse moet in de eerste plaats rekening worden gehouden met de contractuele regelingen tussen de partijen en in de tweede plaats met het feitelijke gedrag van de partijen<sup>(167)</sup>.

<sup>(164)</sup> Dat de focus ligt op het gebruik van een immaterieel activum, blijkt duidelijk uit de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.7.1: „Als de juridische eigenaar van een immaterieel activum in wezen:

- alle functies [...] in verband met de ontwikkeling, de verbetering, de instandhouding, de bescherming en de exploitatie van het immaterieel activum uitoefent en controleert;
- alle activa, waaronder financiering, verstrekt die nodig zijn voor de ontwikkeling, de verbetering, de instandhouding, de bescherming en de exploitatie van het immaterieel activum; alsmede
- alle risico's in verband met de ontwikkeling, de verbetering, de instandhouding, de bescherming en de exploitatie van het immaterieel activum draagt, dan zal hij recht hebben op alle ex ante verwachte opbrengsten uit de exploitatie van het immaterieel activum door de multinationale groep. Voor zover een of meer andere leden van de multinationale ondernemingsgroep dan de juridische eigenaar functies uitoefenen, activa gebruiken of risico's dragen in verband met de ontwikkeling, de verbetering, de instandhouding, de bescherming en de exploitatie van het immaterieel activum, moeten die verbonden ondernemingen op zakelijke basis voor hun bijdragen worden gecompenseerd. Deze compensatie kan, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, bestaan in de volledige verwachte opbrengsten uit de exploitatie van het immaterieel activum, of in een substantieel deel daarvan.” (vertaling Commissie). Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen van 1995, paragrafen 1.20 en 1.22, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen van 2010, paragrafen 1.42 en 1.44, waar de focus duidelijk ligt op het “gebruik” van de activa.

<sup>(165)</sup> Zoals toegelicht in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen van 1995, paragraaf 2.26: “Als niet kan worden aangetoond dat de intermediaire onderneming ofwel een reëel risico draagt of in de keten een economische functie uitoefent die de waarde van de goederen heeft verhoogd, dan moeten alle elementen in de prijs waarvan wordt aangevoerd dat ze kunnen worden toegerekend aan de activiteiten van de intermediaire onderneming, redelijkerwijs elders in de multinationale ondernemingsgroep worden toegerekend, omdat onafhankelijke ondernemingen normaal gezien niet zouden hebben toegestaan dat een dergelijke onderneming deelt in de winsten van de transactie.” (vertaling Commissie) Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen van 2010, paragraaf 2.33, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen van 2017, paragraaf 2.39. Zoals verder toegelicht in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen van 2017, paragraaf 6.59: “Groepsleden die activa gebruiken in de ontwikkeling, de verbetering, de instandhouding, de bescherming en de exploitatie van immateriële activa, moeten daarvoor passende compensatie ontvangen. Dergelijke activa kunnen onder meer bestaan uit, maar zijn niet beperkt tot immateriële activa die worden gebruikt voor onderzoek, ontwikkeling en marketing (bv. knowhow, klantenrelaties enz.), fysieke activa of financiering. Eén lid van een multinationale ondernemingsgroep kan de ontwikkeling, de verbetering, de instandhouding en de bescherming van immateriële activa geheel of gedeeltelijk financieren, terwijl een of meer andere leden alle relevante functies uitoefenen. Bij de beoordeling van het passende rendement op financiering dat in dergelijke omstandigheden wordt verwacht, moet worden erkend dat een partij die in zakelijke transacties financiering verstrekt maar geen controle over de risico's heeft noch andere functies in verband met de gefinancierde activiteit of activa uitoefent, doorgaans geen verwacht rendement ontvangt dat gelijk is aan het rendement dat wordt ontvangen door een investeerder in een soortgelijke situatie die ook belangrijke functies uitoefent en controleert en belangrijke risico's van de gefinancierde activiteit controleert. [...]” (vertaling Commissie).

<sup>(166)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.23, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 1.45.

<sup>(167)</sup> Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragrafen 1.47, 1.48, 1.53 en 9.34, alsmede OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragrafen 1.26 en 1.29. Paragraaf 1.48 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010 luidt met name: “In overeenstemming met de onderstaande bespreking over contractuele voorwaarden kan worden gezien of een beweerde toewijzing van risico spoort met de economische substance van de transactie. In dit verband moet het gedrag van de partijen in de regel als het beste bewijs worden beschouwd van de werkelijke toewijzing van risico” en paragraaf 1.53 “[...] Het is daarom belangrijk te onderzoeken of het gedrag van de partijen overeenstemt met de voorwaarden van het contract dan wel of het gedrag van de partijen erop wijst dat de contractuele voorwaarden niet zijn nagekomen of schijn zijn. [...]”. (vertaling van de Commissie) Overeenkomstig paragraaf 9.34 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen “zou de belastingdienst als startpunt de contractuele voorwaarden tussen de partijen onderzoeken en nagaan of deze economische betekenis hebben uitgaande van het gedrag van de partijen, en zakelijk vastgesteld zijn”.

- (105) Het startpunt om uit te maken of een partij bij een intragroepstransactie economisch significante risico's is aangegaan, is de wijze waarop de partijen bij de transactie de risico's contractueel op zich hebben genomen. De Commissie heeft nog geen kopie ontvangen van alle contractuele regelingen zoals afgesloten tussen de bij de concerntransactie betrokken partijen of een kopie van de CSA die gesloten is tussen NIL/NI CV en Nike, Inc. Op basis van de beschikbare informatie gaat de Commissie er echter van uit dat de inherente risico's met betrekking tot de Nike IP voor EMEA in de CSA aan NIL/NI CV zijn toegewezen aangezien NIL/NI CV de juridische eigenaar van dit IP is. In het TP-verslag 2015 van NEON wordt immers verklaard dat NI CV als juridische eigenaar van de Nike IP voor EMEA de uiteindelijke risicodragende onderneming is <sup>(168)</sup>
- (106) Noch NIL noch NI CV lijken echter werknemers te hebben en hebben daarom geen (of althans een zeer beperkte) operationele capaciteit. Voorts lijken zowel NIL als NI CV alleen contractuele regelingen met groepsentiteiten aan te gaan en zijn zij op die manier afhankelijk van andere groepsentiteiten voor het verkrijgen van inkomsten. Zij zijn voor hun eigen winstgevendheid met name afhankelijk van de mate waarin NEON de Nike IP voor EMEA succesvol exploiteert.
- (107) Wanneer de contractueel binnen de groep vastgestelde verdeling van risico's niet overeenkomt met de onderliggende economische realiteit, moet het feitelijke gedrag van de partijen en niet de contractuele regeling in aanmerking worden genomen voor verrekenprijz doeleinden <sup>(169)</sup>. Een partij waaraan op contractuele basis risico's zijn toegewezen, moet niet alleen in staat zijn om deze risico's te beheersen (operationele capaciteit) <sup>(170)</sup>, maar ook om deze risico's financieel te dragen (financiële capaciteit) <sup>(171)</sup>. In dit verband dient onder risicobeheersing te worden verstaan de capaciteit om besluiten te nemen inzake de risico's en deze aldus te managen <sup>(172)</sup>. Het is dan ook van cruciaal belang vast te stellen hoe de partijen bij de licentieovereenkomst handelen met betrekking tot het beheer van deze risico's en met name welke partij of partijen functies uitoefenen die zijn gericht op het controleren en beperken van de risico's, welke partij of partijen de positieve of negatieve gevolgen dragen als het risico zich manifesteert en welke partij of partijen de financiële capaciteit hebben om deze risico's te dragen <sup>(173)</sup>
- (108) In het TP-verslag 2015 van NEON wordt een onderscheid gemaakt tussen verschillende risico's en wordt verklaard dat NEON als operationele entiteit in de EMEA-regio marktrisico's draagt. NEON draagt met name zelf de kosten van haar operaties en schuift deze niet door naar een andere entiteit. NEON draagt ook het voorraadrisico nadat de producten bij CSC binnenkomen <sup>(174)</sup>. Hieronder valt ook het risico van defecte en onverkochte producten. NEON draagt eveneens de klantkredietrisico's indien een klant niet bereid is of niet in staat is het aankoopbedrag te betalen <sup>(175)</sup>. Voor de e-commerce activiteiten worden de risico's verschoven van NEON naar *[onafhankelijke handelaar]* als belangrijkste werkmaatschappij. Daarnaast draagt NEON het valutarisico en het productaansprakelijkheidsrisico. Ten slotte draagt NTC als werkmaatschappij het garantierisico terwijl NEON alleen aansprakelijk is voor de garantieclaims van klanten.
- (109) NEON beschikt over een groot aantal werknemers, waaronder onder een aantal die leidinggevende beheersfuncties uitoefenen. NEON heeft de capaciteit om inkomsten te genereren, waarmee zij haar kosten kan absorberen en de financiële gevolgen kan opvangen ingeval ondernemingsrisico's zich voordoen. Daarom is de Commissie in dit stadium van oordeel dat NEON over de nodige operationele en financiële capaciteit beschikt om de risico's die samenhangen met de ontwikkeling, de verbetering en de exploitatie van de Nike IP voor EMEA te dragen. Bijgevolg stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat zelfs indien bepaalde risico's in de licentieovereenkomsten contractueel aan NIL/NI CV zijn toegewezen, deze toewijzing niet in overeenstemming lijkt te zijn met de economische realiteit aangezien deze entiteit niet over de operationele of financiële capaciteit beschikt om deze risico's te beheersen.

<sup>(168)</sup> Zie TP-verslag 2015 van NEON, deel 4.6, blz. 47.

<sup>(169)</sup> In de OESO-richtlijnen verrekenprijzen van 1995 is een dergelijke overweging in paragraaf 1.26 opgenomen, namelijk: „Met betrekking tot contractuele voorwaarden kan worden gezien of een beweerde toewijzing van risico spoort met de economische substance van de transactie. In dit verband moet het gedrag van de partijen in de regel als het beste bewijs worden beschouwd van de werkelijke toewijzing van risico.” (vertaling Commissie). In paragraaf 1.39 is voorts bepaald dat „contracten binnen een multinationale onderneming gemakkelijk kunnen worden veranderd, geschorst, verlengd of beëindigd volgens de globale strategieën van de multinationale onderneming als geheel en dat die veranderingen zelfs met terugwerkende kracht kunnen plaatsvinden. In dergelijke gevallen moeten belastingdiensten bij de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel bepalen wat de onderliggende werkelijkheid is van een contractuele regeling” (vertaling Commissie). Zie ook de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragrafen 1.67 en 9.14. OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragraaf 1.88.

<sup>(170)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragrafen 9.23 en 9.26. Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragrafen 1.25, 1.26 en 1.27, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.61, 1.65 en 1.70.

<sup>(171)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 9.29. Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.26, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragraaf 1.64.

<sup>(172)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 9.23. Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.25, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.61 en 1.65.

<sup>(173)</sup> Volgens paragraaf 1.49 van OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010 „is het gevolg van een risicotewijzing op marktconforme transacties een in aanmerking te nemen factor bij het onderzoek van de economische substance van een beweerde risicotewijzing. Bij marktconforme transacties is het over het algemeen zinvol dat partijen een groter deel toegewezen krijgen van de risico's waarover zij relatief meer controle hebben.” (vertaling Commissie). Hetzelfde vereiste wordt gepresenteerd in punt 1.27 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995 en toegelicht als volgt: „Stel dat onderneming A een contract sluit om goederen te produceren voor en te leveren aan onderneming B, terwijl onderneming B de omvang van de productie en de levering van goederen bepaalt. In een dergelijk geval is het onwaarschijnlijk dat onderneming A zou aanvaarden om een substantieel voorraadrisico te dragen, omdat zij geen controle heeft over het voorraadniveau terwijl onderneming B dat wel heeft. Er bestaan uiteraard veel risico's, zoals algemene conjunctuurrisico's, waarover doorgaans geen van beide partijen significante controle heeft en die dus zakelijk aan de ene of de andere partij bij een transactie kunnen worden toegewezen. Er moet een analyse worden verricht om te bepalen in welke mate elke partij dergelijke risico's draagt.” (vertaling Commissie). Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.59 en 1.60.

<sup>(174)</sup> De Nike Commission Agents dragen geen enkel voorraadrisico.

<sup>(175)</sup> TP-verslag 2015 van NEON, deel 4.4, blz. 41 tot en met 45.

4.2.1.2. *Functionele analyses van CN BV en AS CV*(a) *Uitgeoefende functies*

- (110) Zoals opgemerkt in randnummer (86), is de onder de APA's van CN BV te beprijzen concerntransactie de [...] licentie die CN BV heeft verkregen van AS CV om de IP van Converse voor EMEA te gebruiken in ruil voor de betaling van een royalty krachtens de licentieovereenkomst van CN BV. Evenals voor de Nike IP voor EMEA, zijn de voornaamste waardebepalende functies van de IP van Converse voor EMEA het ontwerp, het onderzoek en de ontwikkeling, de productie en de marketing en verkoop van de IP. Onderzoek en ontwikkeling en het merendeel van het productontwerp worden verricht door Converse, Inc. De productie wordt voornamelijk door CTC verricht onder toezicht van CN BV en Converse, Inc. Het ontwerp, de coördinatie, de uitvoering en de lokalisatie van de mondiale marketingcampagnes ten behoeve van alle leden van de Converse-groep behoren tot de verantwoordelijkheid van Converse, Inc. Overeenkomstig de CSA worden de kosten voor de mondiale marketingcampagnes gedeeld tussen Converse, Inc. en AS CV. CN BV is belast met de lokalisering, de ontwikkeling en de goedkeuring van de regionale marketingplannen en -budgetten. CN BV rekent de kosten voor de lokale aanpassing en voor onderzoek en ontwikkeling door aan AS CV <sup>(176)</sup>
- (111) Zoals CN BV aan de Nederlandse Belastingdienst heeft verklaard <sup>(177)</sup>, is marketing de belangrijkste functie om de waarde van een handelsmerk te verhogen (bijvoorbeeld sponsoring en endorsementcontracten met verschillende atleten en ploegen over de hele wereld en in het bijzonder in Europa <sup>(178)</sup>). Onder de licentieovereenkomst van CN BV verricht deze onderneming alle marketing voor de EMEA-regio. CN BV draagt met name de primaire verantwoordelijkheid voor de verhandeling van schoenen, kledij, uitrusting en accessoires in de EMEA-regio. Zoals uitgelegd in randnummer (31), werd CN BV aangewezen als hoofdkantoor voor de activiteiten van Converse in de EMEA-regio toen een nieuw groeiplan werd ingevoerd als reactie op het gebrek aan marketingactiviteit vanwege derde distributeurs <sup>(179)</sup>. Nadat CN BV in 2010 de controle over de marketingfuncties overnam, verzesvoudigde haar omzet <sup>(180)</sup>. Deze stijging bleek het gevolg te zijn van het feit dat CN BV als hoofdkantoor in de EMEA-regio aan belang had gewonnen door het groeiende aantal rechtstreeks door CN BV beheerde gebieden. Deze functies als hoofdkantoor zijn dus uiterst belangrijke waarde toevoegende functies voor de Converse EMEA IP in Europa.
- (112) Op basis van de informatie die bij de Nederlandse Belastingdienst is ingediend ter onderbouwing van de APA-verzoeken van CN BV, oefent CN BV in het kader van de licentieovereenkomst van CN BV een reeks unieke en waardevolle functies uit met betrekking tot de activiteiten van Converse in de EMEA-regio. CN BV neemt de uiteindelijke beslissing met betrekking tot producten die zijn geproduceerd en gedistribueerd in de EMEA regio <sup>(181)</sup>. Volgens het TP-verslag 2010 van CN BV beheert CN BV alle verkoopactiviteiten (verkoop principaal), zoals afhandeling van verkoop- en productieorders, facturatie, vaststelling van klantvoorwaarden en kortingen en toezicht op levering in de EMEA-regio <sup>(182)</sup>. CN BV controleert en realiseert eveneens het productprijzen- en kortingenbeleid op basis van de interne mondiale groepsinstructies en -richtsnoeren <sup>(183)</sup>. CN BV zorgt voor alle toekomstige orders en voor de verwerking, het beheer en de uitvoering van deze orders. Zij heeft het recht om orders van Commission Agents en derde afnemers in de EMEA-regio te weigeren <sup>(184)</sup>. Voorts is CN BV verantwoordelijk voor de inkoop van alle producten bij Converse Trading Company B.V. (hierna "CTC" genoemd) <sup>(185)</sup>. en voor voorraadbeheer, klantendiensten, marketing, lokale reclame en promotie en logistiek alsmede prognose, orderplaatsing, opslag, kasbeheer en financiën. CN BV maakt gebruik van andere groepsondernemingen zoals NEON voor typische back-officefuncties, bijvoorbeeld financiën en boekhouding, kasbeheer, personeelszaken en IT <sup>(186)</sup>
- (113) AS CV blijkt daarentegen zeer beperkte functies te hebben met betrekking tot de IP van Converse voor EMEA en de eventuele activiteiten van Converse in de EMEA-regio, gelet op de volledige afwezigheid van werknemers. In de verrekenprijzenverslagen van CN BV wordt AS CV omschreven als de "ondernemende" eigenaar van de IP <sup>(187)</sup>. Aan de Commissie is geen enkele informatie verstrekt waaruit zou blijken dat AS CV waardevolle functies verricht of waarin de aard daarvan zou zijn omschreven, behalve dan dat de onderneming enkel de IP van Converse voor EMEA bezit.
- (114) Bijgevolg stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat terwijl CN BV economisch significante activiteiten verricht en aanzienlijke taken op zich neemt met betrekking tot de IP van Converse voor EMEA en de Europese bedrijfsactiviteiten van Converse, aan de Nederlandse Belastingdienst geen bewijzen zijn verstrekt waaruit zou blijken dat AS CV dergelijke functies uitoefent of dergelijke taken op zich neemt in het kader van de licentieovereenkomst van CN BV.

<sup>(176)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 4.1.1, blz. 17 en 18, en deel 4.1.4, blz. 21 en 22.

<sup>(177)</sup> Brief van CN BV aan de Nederlandse Belastingdienst van 27 september 2009, deel 2, blz. 4.

<sup>(178)</sup> Zie randnummer 1.

<sup>(179)</sup> Brief van CN BV aan de Nederlandse Belastingdienst van 27 september 2009, deel 2, blz. 4.

<sup>(180)</sup> Zie randnummer (32).

<sup>(181)</sup> 2012 AS CV / CN BV Licentie en distributieovereenkomst, onderdeel 7.1, blz. 5.

<sup>(182)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, blz. 14; zie ook TP-verslag 2015 van CN BV, deel 4.1.5, blz. 22 en 23.

<sup>(183)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, blz. 16 en 17.

<sup>(184)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, blz. 15.

<sup>(185)</sup> CTC is met haar Singaporese vestiging belast met het beheer van productinkoop alsmede logistieke bijstand aan afnemers. CTC heeft geen werknemers in Nederland en maakt geen deel uit van de fiscale eenheid in Nederland.

<sup>(186)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 3.1, blz. 14.

<sup>(187)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 4.4, blz. 29.

## (b) Gebruikte activa

- (115) CN BV is noch de juridisch noch de economische eigenaar van immateriële activa van enige omvang. De immateriële activa die voor de activiteiten van CN BV worden gebruikt, zijn haar in licentie gegeven door AS CV <sup>(188)</sup>
- (116) Volgens de beschikbare informatie blijkt dat CN BV zich bezig houdt met de ontwikkeling, verbetering, beheer en exploitatie van de IP van Converse voor EMEA en dit IP daadwerkelijk gebruikt voor haar bedrijfsvoering in de EMEA-regio. AS CV daarentegen blijkt niet actief deel te nemen aan de ontwikkeling, de verbetering of de exploitatie van de IP van Converse voor EMEA. Zij bezit alleen de juridische titel van dat activum en, zoals uitgelegd in randnummer (113), is enkel het hebben van het juridisch eigendom van een IP ondergeschikt aan het daadwerkelijke gebruik van het actief, namelijk de daadwerkelijke uitoefening van actieve functies die noodzakelijk zijn om het activum te exploiteren en de risico's te dragen die verbonden zijn aan dit gebruik.

## (c) Gedragen risico's

- (117) Zoals uitgelegd in de randnummers (105) tot en met (108), is het startpunt van een risicoanalyse de contractuele regeling tussen de partijen, die wordt getoetst aan het feitelijke gedrag van deze partijen en de vraag of dit gedrag de contractuele regeling weergeeft.
- (118) In het TP-verslag 2015 van CN BV worden de aan de IP van Converse voor EMEA verbonden marktrisico's in die zin omschreven dat deze, overeenkomstig mondiale instructies, gedragen worden door CN BV als werkentiteit in de EMEA-regio en door AS CV als juridische eigenaar van de IP <sup>(189)</sup>. In beide TP-verslagen van 2010 en 2015 van CN BV wordt verklaard dat alle risico's op lange termijn gedragen worden door AS CV als eigenaar van de IP <sup>(190)</sup>. Volgens de beschikbare informatie heeft AS CV echter geen werknemers en lijkt zij dus geen operationele capaciteit te hebben om de bovengenoemde risico's te beheersen. AS CV lijkt alleen contractuele regelingen met groepsentiteiten aan te gaan en is op die manier afhankelijk van andere groepsentiteiten voor het verkrijgen van inkomsten. AS CV is met name van CN BV en de succesvolle commercialisering van de IP van Converse voor EMEA afhankelijk voor haar winstgevendheid.
- (119) CN BV draagt daarentegen talrijke en omvangrijke risico's met betrekking tot de functies die zij uitoefent. Als verkoop principaal neemt CN BV de uiteindelijke beslissing met betrekking tot producten die zijn geproduceerd en gedistribueerd in de EMEA regio <sup>(191)</sup>, en draagt het voorraadrisico zoals verliezen, inkrimping of instorting van de markt <sup>(192)</sup>. CN BV draagt eveneens het klantenkredietrisico, het valutarisico en de productaansprakelijkheidsrisico's. De verschillende risico's worden beperkt door controles op de kwalificatie van krediet en klanten en andere risicobeheersystemen die CN BV toepast op basis van mondiale normen en richtsnoeren <sup>(193)</sup>. Het garantierisico wordt gedragen door NTC, de mondiale aankooponderneming van Nike. CN BV is echter verantwoordelijk voor garantieclaims van klanten <sup>(194)</sup>. Gezien de aanwezigheid van werknemers bij CN BV en haar capaciteit om inkomsten te genereren, waarmee zij haar kosten kan absorberen en de financiële gevolgen kan opvangen ingeval de risico's zich voordoen, is de Commissie ook van oordeel dat CN BV over de nodige operationele en financiële capaciteit beschikt om de desbetreffende risico's in verband met de ontwikkeling, de verbetering, het beheer en de exploitatie van de IP van Converse voor EMEA te dragen.
- (120) Concluderend stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat zelfs indien bepaalde risico's op contractuele basis aan AS CV worden toebedeeld krachtens de licentieovereenkomst van CN BV, deze risicoverdeling niet overeen komt met de economische realiteit aangezien AS CV niet de operationele of financiële capaciteit lijkt te hebben om deze risico's te beheersen.

4.2.1.3. *Voorlopige conclusies van de functionele analyse voor de keuze en de toepassing van de geschikte verrekenprijsmethode*

- (121) Op basis van de voorlopige functionele analyses in de delen 4.2.1.1 en 4.2.1.2 concludeert de Commissie voorlopig dat de Nederlandse Belastingdienst de verrekenprijsregelingen in de betwiste APA's met NEON en CN BV als getoetste partijen voor de toepassing van de TNMM ten onrechte heeft goedgekeurd. Deze regelingen, waarin aan deze ondernemingen een winstniveau wordt toegerekend dat overeenkomt met een fractie van de gecombineerde operationele winst uit de concerntransacties die zij onderling aangaan <sup>(195)</sup>, weerspiegelen niet de economische realiteit van de betrekkingen tussen deze entiteiten enerzijds en NIL/NI CV en AS CV anderzijds, zoals beschreven in de documenten ter onderbouwing van de APA-verzoeken.

<sup>(188)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 4.3, blz. 27 en 28.

<sup>(189)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, deel 3.4.2, blz. 18, en eveneens TP-verslag 2015 van CN BV, deel 4.2, blz. 25-26.

<sup>(190)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, deel 3.4, blz. 18 tot en met 20.

<sup>(191)</sup> 2012 AS CV / CN BV Licentie en distributieovereenkomst, onderdeel 7.1, blz. 5.

<sup>(192)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, deel 3.4.1, blz. 17-18, en TP-verslag 2015 van CN BV, deel 4.2, blz. 26.

<sup>(193)</sup> TP-verslag 2010 van CN BV, delen 3.4.2 tot en met 3.4.6, blz. 18-19, en TP-verslag 2015 van CN BV, deel 4.2, blz. 26.

<sup>(194)</sup> TP-verslag 2015 van CN BV, deel 4.2, blz. 27.

<sup>(195)</sup> Terwijl de restwinst aan NIL/NI CV en AS CV respectievelijk wordt toegerekend als vergoeding voor de licentie (voor de toepassing van de verrekenprijzen). Wanneer de TNMM wordt toegepast, wordt de operationele marge gebruikt als indirect middel om de zakelijke prijs van de concerntransactie vast te stellen. De licentievergoeding die beweerdelijk door NEON aan NIL/NI CV moet worden betaald, stemt daarom overeen met de inkomsten van NEON minus de operationele winst van NEON berekend overeenkomstig de APA minus de andere operationele kosten van NEON. De licentievergoeding die volgens de beweringen zakelijk is vastgesteld, moet daarom gelijk zijn aan de in de licentieovereenkomst van NEON overeengekomen en in de commerciële jaarstukken geboekte licentievergoeding plus het informele kapitaal.

- (122) Op basis van die documenten komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat alleen NEON en CN BV unieke en waardevolle functies uitoefenen, activa gebruiken en risico's dragen met betrekking tot de ontwikkeling, de verbetering en de exploitatie van de Nike IP voor EMEA en de IP van Converse voor EMEA, met betrekking tot de activiteiten van Nike en Converse in de EMEA-regio en met betrekking tot hun rol als hoofdkantoor van Nike en van Converse in de EMEA-regio. Er is daarentegen geen bewijs geleverd dat NIL/NI CV en AS CV dergelijke functies uitoefenen, dergelijke activa gebruiken en dergelijke risico's dragen. NIL/NI Converse en AS CV lijken niet meer dan een intermediaire rol te vervullen met betrekking tot de desbetreffende IP: namelijk overdracht van de royaltybetalingen van NEON en CN BV aan respectievelijk Nike, Inc. of Converse, Inc. via de toepasselijke CSA's <sup>(196)</sup>
- (123) Evenmin bevat de 2018 NEON Ex-Post Review een gedetailleerde analyse van de uitgeoefende functies, gebruikte activa en gelopen risico's met betrekking tot de beide partijen betrokken bij de NEON licentieovereenkomst, te weten NEON en NIL/NI CV. De Review gaat er veeleer van uit dat NEON het profiel heeft van een distributeur die weinig risico loopt en richt zich op de waardering van de drie activa/voordelen die NEON onder de licentieovereenkomst van NEON heeft ontvangen van de wereldwijde IP-eigenaren, te weten Nike Inc. en NIL/NI CV <sup>(197)</sup>. Het feit dat de Review geen onderscheid maakt tussen de verschillende eigenaren van de diverse Nike IP betekent dat de functies, activa en risico's van NIL/NI CV nimmer correct zijn afgebakend. Zoals toegelicht in randnummers (20) en (24) is het onderwerp van de licentieovereenkomst van NEON het verstrekken van een licentie op de Nike EMEA IP en op grond van deze overeenkomst is NIL/NI CV de tegenpartij van NEON en niet Nike Inc. Dit onderscheid is relevant aangezien NIL/NI CV, gelet op het feit dat zij geen werknemers lijkt te hebben, niet in staat lijkt te zijn om de "strategische sturing" functies uit te oefenen, die zij volgens de 2018 NEON Ex-Post Review zou uitoefenen <sup>(198)</sup>, ten gunste van NEON, welke functies de hoogte van de royaltybetalingen met betrekking tot het gebruik van de Nike EMEA IP, zoals goedgekeurd door de NEON APA's, zouden rechtvaardigen.
- (124) De Commissie merkt in dit verband op dat aangezien de onder de betwiste APA's vallende concerntransacties de aan NEON en CN BV verstrekte licenties zijn, alleen functies die de partijen bij deze intragroepstransacties daadwerkelijk hebben uitgeoefend (rekening houdend met gebruikte activa en gedragen risico's), relevant zijn voor de vaststelling van de verrekenprijzen <sup>(199)</sup>. Bijgevolg zijn (mogelijke) functies die met betrekking tot de IP van Nike en Converse voor EMEA uitgeoefend worden door andere entiteiten van de Nike-groep die niet als partij aan deze overeenkomst deelnemen, waaronder Nike, Inc. en Converse Inc., niet van belang voor de verrekenprijsanalyse van deze concerntransacties.
- (125) Aannemende dat de TNMM de meest betrouwbare verrekenprijsmethode is om de prijsstelling van de aan NEON en CN BV verstrekte licenties te bepalen, hadden NIL/NI CV en AS CV bijgevolg beschouwd moeten worden als de partijen met de minst complexe functionele analyse met betrekking tot deze concerntransacties en dus als getoetste partijen voor de toepassing van deze methode <sup>(200)</sup>. Dit zou ertoe leiden dat een aanzienlijk deel van de gecombineerde operationele winst die uit de onderzochte concerntransacties voortkomt, aan NEON en CN BV wordt toegerekend. Hierdoor zou hun belastinggrondslag in Nederland worden vergroot in vergelijking met de door de betwiste APA's bekrachtigde verrekenprijsregelingen. Het lijkt er dientengevolge op dat de betwiste APA's zoals goedgekeurd door de Nederlandse Belastingdienst ertoe hebben geleid dat royaltybetalingen krachtens de licentieovereenkomsten van NEON en CN BV kunstmatig zijn opgedreven boven het niveau dat overeen zou zijn gekomen door onafhankelijke ondernemingen die in vergelijkbare omstandigheden onderhandelen. Aangezien deze royaltybetalingen van de operationele winst van deze entiteiten worden afgetrokken om hun belastbare inkomsten voor de Nederlandse vennootschapsbelasting te bepalen, is de Commissie in dit stadium van oordeel dat Nederland door de betwiste APA's te sluiten aan NEON en CN BV een voordeel heeft verleend in de vorm van een verlaging van de belastinggrondslag.

#### 4.2.2. Subsidiare voorlopige vaststellingen van een voordeel

##### 4.2.2.1. Twijfel rond de keuze van een verrekenprijsmethode

- (126) Naast het verduidelijken van de economische kenmerken van de onderzochte concerntransactie is de functionele analyse ook van belang voor de keuze van de meest geschikte verrekenprijsmethode om de prijs van deze transactie vast te stellen. Volgens de OESO-richtlijnen verrekenprijzen moet bij de keuze van een verrekenprijsmethode rekening worden gehouden met de sterke en zwakke punten van elke methode, de geschiktheid naargelang van de aard van de concerntransactie, de beschikbaarheid van betrouwbare informatie en de graad van vergelijkbaarheid tussen concern- en vrijemarkttransacties inclusief de betrouwbaarheid van mogelijke aanpassingen in de vergelijkbaarheid die nodig zouden kunnen zijn om inhoudelijke verschillen tussen de methoden uit te schakelen <sup>(201)</sup>

<sup>(196)</sup> In de jaren 2010 tot en met 2015 ook via een licentieovereenkomst tussen AS CV en Converse, Inc.

<sup>(197)</sup> Zie randnummer (73).

<sup>(198)</sup> 2018 NEON Ex-Post Review, onderdeel 3.2.3. blz. 15: "The strategic direction provided by the global IP owners has allowed NEON to focus on its distribution business in the territory. The strategic direction includes, but is not limited to, pricing policies and strategies, marketing campaigns, and other initiatives developed for the US and global market which NEON then executed in its territory."

<sup>(199)</sup> OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.20; OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 1.42, en OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragraaf 1.51.

<sup>(200)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995, paragraaf 3.43. Zie ook OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 3.18. Zie ook voetnoot 96.

<sup>(201)</sup> Paragraaf 1.21 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995. Zie ook paragraaf 2 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

- (127) Zoals toegelicht in randnummer (56), gaat de voorkeur in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen uit naar traditionele transactiemethoden, zoals de CUP-methode<sup>(202)</sup>, boven transactionele winstmethoden, zoals de profit-splitmethode of de TNMM<sup>(203)</sup>. De OESO-richtlijnen verrekenprijzen bepalen: “Wanneer het mogelijk is vergelijkbare vrijemarkttransacties te lokaliseren, is de CUP-methode de meest directe en betrouwbare wijze om het zakelijkheidsbeginsel toe te passen. In dergelijke gevallen geniet de CUP-methode bijgevolg de voorkeur boven alle andere methoden”.<sup>(204)</sup> (vertaling Commissie). Bijgevolg moet eerst worden onderzocht of er vergelijkbare vrijemarkttransacties bestaan die aangewend zouden kunnen worden om de prijs van de onderzochte intragroepstransactie volgens de CUP-methode vast te stellen, voordat gekozen wordt voor een andere verrekenprijsmethode.
- (128) Op basis van de door Nederland verstrekte informatie vormt de IP die het voorwerp van de onderzochte concerntransacties vormt – de Nike IP voor EMEA, de IP van Converse voor EMEA en de IP van Hurley buiten de VS – ook het voorwerp van andere licentieovereenkomsten met derden<sup>(205)</sup>, en andere groepsondernemingen<sup>(206)</sup>. Deze derden en andere groepsentiteiten lijken functies uit te oefenen die vergelijkbaar zijn met die van NEON en CN BV voor hun specifieke regio’s, maar de door hen betaalde royalty’s in ruil voor het recht om de IP van Nike en Converse voor EMEA te gebruiken liggen aanzienlijk lager dan die welke door NEON aan NIL/NI CV en door CN BV aan AS CV betaald worden. De licentieovereenkomsten tussen NEON en respectievelijk [Centrale en Zuid-Amerikaanse bedrijven van de groep] geven bijvoorbeeld aanleiding tot een royaltytarief van [5-20%] op de verkoop<sup>(207)</sup>.
- (129) De Commissie erkent dat intragroepovereenkomsten concerntransacties vormen die doorgaans niet kunnen worden gebruikt als maatstaf voor een vergelijking in het kader van een verrekenprijzanalyse. Hoewel het in de specifieke omstandigheden van sublicenties daarom moeilijk kan zijn om een vergelijkbare vrijemarkttransactie te vinden, hadden de licentieovereenkomsten van NEON met derden mogelijk toch van belang kunnen zijn. Bijgevolg had de Nederlandse Belastingdienst deze overeenkomsten met derden ten minste moeten onderzoeken om na te gaan of er vergelijkbare vrijemarkttransacties bestonden, rekening houdend met de kenmerken en de voorwaarden van de transacties, voordat hij de verrekenprijzregeling op basis van de TNMM in de betwiste APA’s goedkeurde. In de documenten ter onderbouwing van de APA-verzoeken wordt echter nergens enige toelichting verstrekt over het niet-bestaan van vergelijkbare vrijemarkttransacties voor de toepassing van de CUP-methode. De Commissie brengt in dit verband in herinnering dat in het Nederlandse besluit verrekenprijzen, evenals in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen, een duidelijke voorkeur wordt uitgesproken voor de CUP-methode wanneer er vergelijkbare vrijemarkttransacties beschikbaar zijn<sup>(208)</sup>.
- (130) Met betrekking tot het gebruik van de CUP-achtige vergelijkbaarheidsanalyse in de 2018 NEON Ex-Post Review, waarbij met behulp van gegevens over naar verluidt vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen<sup>(209)</sup>, de zakelijkheid van het gemiddelde royalty percentage betaald door NEON op basis van de licentieovereenkomst van NEON wordt onderbouwd, heeft de Commissie zijn twijfels over waar deze functionele analyse op is gebaseerd. Het maakt niet alleen geen onderscheid tussen de uitgeoefende functies van NIL/NI CV en Nike Inc., de analyse is tevens gebaseerd op een zeer beperkt functioneel profiel van NEON als een laag-risico groothandel distributeur, waarvan de Commissie de juistheid op grond van zijn voorlopige bevindingen betwist<sup>(210)</sup>.
- (131) De Nederlandse Belastingdienst lijkt door het afsluiten van de APA’s het gebruik van de TNMM te hebben aanvaard zonder eerst de gebruikelijke onderzoeksprocedure voor het beoordelen van verrekenprijzen te hebben ondernomen. Het zoeken naar de meest geschikte methode vereist niet dat alle methoden diepgaand worden onderzocht of getoetst om de meest geschikte methode te selecteren<sup>(211)</sup>. Maar in het geval waarin uit de functionele analyse van de partijen bij de onderzochte transactie blijkt dat meer dan één partij bij de transactie unieke en waardevolle functies uitoefent, moet bij de keuze van een verrekenprijsmethode ten minste de potentiële toepassing van de profit-splitmethode worden overwogen. In het onderhavige geval blijkt uit de functionele analyses van NEON en CN BV die respectievelijk in de delen 4.2.1.1 en 4.2.1.2 zijn vermeld, dat die entiteiten deze functies ook uitoefenen in de context van de onderzochte intragroepstransacties. Zelfs aangenomen dat de Nederlandse Belastingdienst terecht het gebruik van een indirecte verrekenprijsmethode heeft aanvaard en verder aangenomen dat deze dienst terecht de premisse heeft aanvaard dat NIL/NI CV en AS CV unieke en waardevolle functies uitoefenen (*quod non*), zou een verrekenprijsmethode op basis van de profit-splitmethode voor de prijsstelling van deze concerntransacties bijgevolg betrouwbaarder zijn geweest dan een methode op basis van de TNMM.

<sup>(202)</sup> Zie randnummer (57).

<sup>(203)</sup> Paragrafen 3.49 en 3.50 van OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995. Deze voorkeur voor traditionele transactiemethoden is gehandhaafd in paragraaf 2.3 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

<sup>(204)</sup> Paragraaf 2.7 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 1995. Zie ook paragraaf 2.14 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

<sup>(205)</sup> Zie voetnoot 39.

<sup>(206)</sup> TP verslag 2015 van NEH, deel 3.1, blz. 16.

<sup>(207)</sup> Zie randnummer (28).

<sup>(208)</sup> Hoofdstuk 2.1 van het besluit luidt: “[...] Indien een vergelijkbare marktprijs beschikbaar is zal de comparable-uncontrolled-pricemethode (hierna: CUP-methode) over het algemeen de meest directe en de meest betrouwbare manier zijn om de verrekenprijs te bepalen, zodat deze methode te prefereren is boven de andere methoden.”

<sup>(209)</sup> De 2018 NEON Ex-Post Review heeft voor de analyse op 22 mei 2018 gebruik gemaakt van de RoyaltyStat database.

<sup>(210)</sup> Zie onderdeel (90) *et seq.*

<sup>(211)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.8.

- (132) Aangezien in die veronderstelling alle partijen bij de onderzochte intragroepstransacties unieke en waardevolle functies uitoefenen, zou het te verwachten zijn dat zij de winsten van deze transacties delen naar rato van hun unieke en waardevolle bijdragen. Bijgevolg zou de toepassing van een profit-splitmethode (op basis van een contributieanalyse) uiteindelijk leiden tot een hogere vergoeding voor NEON en CN BV dan die welke voortvloeit uit de verrekenprijregelingen op basis van TNMM die door de betwiste APA's zijn bekrachtigd <sup>(212)</sup>. De Commissie stelt zich daarom op het voorlopige standpunt dat de bekrachtiging in de betwiste APA's van de verrekenprijregelingen op basis van de TNMM in plaats van de profit-splitmethode geleid heeft tot een voordeel voor NEON en CN BV in de vorm van een verlaging van de belastinggrondslag.

#### 4.2.2.2. *Twijfel rond de keuze van de winstniveau-indicator*

- (133) Aangenomen zelfs dat de TNMM de meest geschikte methode was voor de prijsstelling van de licentieovereenkomsten van NEON en CN BV en verder aangenomen dat NEON en CN BV correct werden gekozen als getoetste partij voor de toepassing van de TNMM (*quod non*), heeft de Commissie twijfel bij de keuze van de winstniveau-indicator voor de vaststelling van de belastbare winst van deze entiteiten voor de toepassing van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Volgens de betwiste APA's is de winstniveau-indicator voor de winsttoerekening aan NEON en CN BV een operationele marge op de totale inkomsten. De totale inkomsten van NEON en CN BV zijn niet alleen afkomstig van hun activiteit als hoofdkantoor in de EMEA-regio maar ook van het verlenen aan derden en andere groepsondernemingen van sublicenties over de IP buiten EMEA, die krachtens een royaltyvrije licentie via NEH in het bezit zijn van NEON en CN BV <sup>(213)</sup>. Voor het vaststellen van de vergoeding voor een specifieke transactie op basis van de TNMM dienen echter alleen de inkomsten uit de concernttransactie, in dit geval de aan NEON en CN BV verstrekte licentie, in aanmerking te worden genomen voor de berekening van de royalty <sup>(214)</sup>. Deze transacties hebben alleen betrekking op een licentie over de IP van Nike en Converse voor de EMEA-regio, zodat het vaststellen van de aan NIL/NI CV te betalen royalty beperkt zou moeten blijven tot inkomsten uit verkoop in de EMEA-regio. Bijgevolg stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat de betwiste APA's, door inkomsten uit het in sublicentie geven van IP buiten de EMEA-regio op te nemen in de grondslag waarop de winstniveau-indicator wordt toegepast, het niveau de jaarlijkse royaltybetalingen kunstmatig opdrijven, hetgeen op zijn beurt de belastinggrondslag van NEON en CN BV voor de Nederlandse vennootschapsbelasting verlaagt. De Commissie komt dus tot de voorlopige conclusie dat de betwiste APA's ook om die reden een voordeel verlenen aan deze entiteiten.

#### 4.2.3. **Voorlopige conclusies over de vaststelling van een voordeel**

- (134) Om de bovengenoemde redenen blijkt de vergoeding voor NEON en CN BV, zoals bekrachtigd door de betwiste APA's, lager te liggen dan wat onafhankelijke ondernemingen die in vergelijkbare omstandigheden onderhandelen, zouden zijn overeengekomen. Bijgevolg komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat Nederland door middel van de betwiste APA's aan NEON en CN BV een voordeel heeft verleend in de vorm van een verlaging van de belastinggrondslag.

#### 4.3. **Selectiviteit**

- (135) Volgens vaste rechtspraak “[moet] bij de beoordeling van die voorwaarde [van selectiviteit] [...] 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>(215)</sup> Het selectiviteitsonderzoek bestaat er dus in dat nagegaan wordt of één onderneming of bepaalde ondernemingen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, een voordeel genieten en, indien dat het geval is, of deze gedifferentieerde behandeling gerechtvaardigd kan worden door de aard of de opzet van het belastingstelsel waarvan de maatregel een onderdeel is.
- (136) Voor de vaststelling van de selectiviteit heeft het Hof van Justitie een onderscheid gemaakt tussen individuele maatregelen en regelingen. Het verklaarde het volgende: “Het 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” <sup>(216)</sup>
- (137) Het is met andere woorden belangrijk om, in het kader van de beoordeling van de selectiviteit van regelingen die – althans potentieel – algemene toepassing kunnen krijgen, een groep ondernemingen of bepaalde economische sectoren in een gegeven lidstaat aan te wijzen, die van een maatregel profiteren waardoor ondernemingen in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie worden uitgesloten. In het geval van individuele steunmaatregelen, die slechts tot één onderneming zijn gericht in het licht van haar specifieke omstandigheden, is een dergelijke analyse echter niet noodzakelijk <sup>(217)</sup>

<sup>(212)</sup> Zie randnummer (56) en de beschrijving in de voetnoot over de profit-splitmethode.

<sup>(213)</sup> Zie randnummer (41). Zie TP-verslag 2015 van NEH, deel 3.1, blz. 16.

<sup>(214)</sup> Zie OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2017, paragraaf 2.64.

<sup>(215)</sup> Gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *Commissie/World Duty Free*, EU:C:2016:981, punt 54 en de aangehaalde rechtspraak.

<sup>(216)</sup> Zaak C-15/14 P, *Commissie/MOL*, EU:C:2015:362, punt 60. Zie ook gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *Commissie/World Duty Free Group*, EU:C:2016:981, punt 55; zaak C-211/15 P, *Orange/Commissie*, EU:C:2016:798, punten 53 en 54; en zaak 70/15 P, *België/Commissie*, EU:C:2016:489, punt 49.

<sup>(217)</sup> Zie zaak T-314/15, *Griekenland/Commissie*, EU:T:2017:903, punt 79: “dans le cas où est en cause une aide individuelle, la présomption de sélectivité s’opère indépendamment de la question de savoir s’il existe sur le ou les marchés concernés des opérateurs se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable.”

#### 4.3.1. Primaire voorlopige vaststelling van selectiviteit

- (138) De betwiste APA's zijn individuele maatregelen. Hiermee wordt een methode bekrachtigd om de jaarlijkse belastbare winst van respectievelijk NEON en CN BV vast te stellen en, indirect, de prijs te bepalen van een specifieke intragroepstransactie waarbij deze belastingplichtigen partij zijn. Deze maatregelen hebben dus uitsluitend betrekking op de fiscale situatie van NEON en CN BV en kunnen alleen door deze belastingplichtigen gebruikt worden ter beoordeling van hun jaarlijkse verschuldigde vennootschapsbelasting in Nederland. Elke vermindering van hun belastinginkomsten wordt afzonderlijk gebaseerd op hun resultaten. Voor zover de Commissie met recht tot de voorlopige conclusie komt dat de betwiste maatregelen een economisch voordeel aan NEON en CN BV verlenen, dient in het licht van de in randnummer (137) aangehaalde rechtspraak derhalve te worden aangenomen dat deze maatregelen selectief zijn.
- (139) Aangezien de test die het Hof van Justitie heeft aangenomen voor de vaststelling van een voordeel in gevallen zoals het onderhavige, ook elementen van selectiviteit inhoudt voor zover deze gebaseerd is op een vergelijking tussen de positie van de begunstigde van een maatregel tot vaststelling van de belastingschuld en de positie van onafhankelijke ondernemingen die onder het gewone stelsel van vennootschapsbelasting van de lidstaat vallen<sup>(218)</sup>, wordt met de voorlopige bevindingen inzake een economisch voordeel in deel 4.2 ook noodzakelijkerwijs vastgesteld dat de betwiste maatregelen NEON en CN BV begunstigen in vergelijking met onafhankelijke (zelfstandige) ondernemingen en ondernemingen van een multinationale ondernemingsgroep die gebruikmaken van zakelijke verrekenprijzen voor hun intragroepstransacties.
- (140) De Commissie kan daarom voorlopig concluderen dat de betwiste maatregelen NEON en CN BV op selectieve wijze bevoordelen in vergelijking met alle andere belastingplichtige vennootschappen in Nederland.

#### 4.3.2. Subsidiare voorlopige vaststellingen van selectiviteit

- (141) Hoewel de Commissie voorlopig kan aannemen dat de betwiste APA's selectief zijn aangezien het om individuele maatregelen gaat waarmee een voordeel wordt verleend aan de ontvangers daarvan, zal zij ter wille van de volledigheid ook onderzoeken of deze APA's als selectief kunnen worden aangemerkt overeenkomstig het door het Hof van Justitie opgestelde selectiviteitsanalyse voor steunregelingen<sup>(219)</sup>. Volgens die analyse moet worden gestart met een afbakening van het passende referentiekader en moet dan worden uitgemaakt of de betrokken maatregel aanleiding geeft tot discriminatie binnen dat referentiekader<sup>(220)</sup>. Volgens de rechtspraak is deze afbakening afhankelijk van het doel van de maatregel<sup>(221)</sup>, en de doelstellingen van het ruimere kader waarvan deze deel uitmaakt<sup>(222)</sup>.

##### 4.3.2.1. Gunstige behandeling in vergelijking met alle andere belastingplichtigen

- (142) Het doel van de betwiste APA's is NEON en CN BV in staat te stellen hun jaarlijkse belastbare winst en dus hun jaarlijkse vennootschapsbelastingsschuld te bepalen volgens de normale regels inzake de vennootschapsbelasting in Nederland. De Commissie is daarom van oordeel dat het ruimere referentiekader waarin deze maatregelen werden genomen en ten aanzien waarvan deze onderzocht dienen te worden, het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel is. Dit referentiekader heeft als doelstelling de winst van alle vennootschappen die in Nederland belastingplichtig zijn, aan belasting te onderwerpen<sup>(223)</sup>. Gelet op deze doelstelling komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat alle ondernemingen die in Nederland vennootschapsbelastingplichtig zijn, of ze nu zelfstandig op de markt handelen of deel uitmaken van een multinationale ondernemingsgroep, zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden bij de beoordeling van hun in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting.
- (143) De Commissie is van oordeel dat het referentiekader niet beperkt zou moeten worden tot alleen de belastingplichtigen die tot een multinationale ondernemingsgroep behoren, zoals Nike en CN BV, enkel omdat deze ondernemingen verrekenprijzen toepassen voor intragroepstransacties, en artikel 8b, lid 1, Wet Vpb daarom enkel op deze ondernemingen van toepassing is.

<sup>(218)</sup> Zie randnummer (83).

<sup>(219)</sup> Het Hof heeft afwisselend gebruikgemaakt van een analyse in twee of drie stappen om regelingen aan te merken als selectief. In de analyse in twee stappen bestaat de eerste stap uit de vaststelling of de begunstigten van de regeling gunstig worden behandeld in vergelijking met andere ondernemingen die zich in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden. Indien dat het geval is, kan de maatregel *prima facie* als selectief worden aangemerkt. De tweede stap bestaat er vervolgens in vast te stellen of dit verschil in behandeling gerechtvaardigd kan worden door de aard en de opzet van het belastingstelsel waarvan de regeling deel uitmaakt. Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-234/16 en C-235/16 *ANGED*, EU:C:2018:281, punt 35; zaak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, EU:C:2017:496, punten 68 tot en met 72; zaak C-323/16 P, *Eurallumina/Commissie*, EU:C:2017:952, punt 62; zaak C-487/06 P, *British Aggregates/Commissie*, EU:C:2008:757, punten 82 en volgende; zaak C-172/03, *Heiser*, EU:C:2005:130, punten 40 en volgende; en zaak C-143/99 P, *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, EU:C:2001:598, punten 41 en 42. Volgens de analyse in drie stappen bestaat de eerste stap uit de afbakening van het gewone of normale toepasselijke belastingstelsel in de betrokken lidstaat: het "referentiekader". De tweede stap bestaat erin aan te tonen dat de betrokken belastingmaatregel een afwijking van dat kader vormt, voor zover deze een onderscheid maakt tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de door dit kader nagestreefde doelstellingen, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Indien de regeling volgens de bevindingen afwijkt van het referentiekader en daarom *prima facie* selectief kan worden geacht, dient in een derde stap te worden beoordeeld of deze afwijking toch kan worden gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het referentiekader. Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, *Paint Graphos e.a.*, EU:C:2011:550, punt 49, en gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *World Duty Free/Commissie*, EU:C:2016:981, punt 57.

<sup>(220)</sup> Zie zaak C-203/16 P, *Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie*, EU:C:2018:505, punt 89.

<sup>(221)</sup> Zie zaak C-143/99, *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, EU:C:2001:598, punt 41, en zaak C-279/08 P, *Commissie / Nederland (NoX)*, EU:C:2011:551, punt 62.

<sup>(222)</sup> Zie gevoegde zaken C-106/09 P, *Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, EU:C:2011:732, punt 75, en gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *World Duty Free/Commissie*, EU:C:2016:981, punt 54.

<sup>(223)</sup> Zie C-78/08 tot en met C-80/08, *Paint Graphos*, EU:C:2009:417, punt 50.



- (144) Ten eerste worden alle belastingplichtige vennootschappen, of zij nu zelfstandig op de markt handelen of deel uitmaken van een multinationale ondernemingsgroep, in het kader van het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel belast voor hetzelfde belastbare feit – het maken van winst – en tegen dezelfde belastingtarieven. Door het referentiekader te beperken tot uitsluitend ondernemingen die deel uitmaken van een multinationale ondernemingsgroep, wordt een kunstmatig onderscheid ingevoerd tussen gelieerde ondernemingen en zelfstandige ondernemingen op basis van hun bedrijfsstructuur, waarmee het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel in het algemeen geen rekening houdt wanneer de winst van binnen zijn belastingjurisdictie vallende ondernemingen wordt belast.
- (145) Ten tweede is het voor tot een multinationale ondernemingsgroep behorende ondernemingen niet in alle gevallen nodig om een beroep te doen op verrekenprijzen om hun belastbare inkomen te beoordelen. Wanneer een onderneming van de groep zaken doet met niet-gelieerde ondernemingen (ofwel onafhankelijke zelfstandige ondernemingen, ofwel ondernemingen die deel uitmaken van een andere multinationale ondernemingsgroep), weerspiegelt haar winst uit deze transacties de prijzen die zakelijk zijn overeengekomen op de markt, net zoals bij onafhankelijke ondernemingen die onderling zaken doen. Het is alleen in de gevallen waarin een onderneming van de groep zaken doet met gelieerde ondernemingen dat zij de voor deze intragroepstransacties aangerekende prijzen moet ramen. Het feit dat een onderneming van de groep mogelijk kiest voor zaken doen met gelieerde ondernemingen, en in die situaties waarin zij dat doet haar toevlucht moet nemen tot verrekenprijzen, betekent echter niet dat ondernemingen van een groep zich voor de doeleinden van de vennootschapsbelasting in Nederland in een andere feitelijke en juridische situatie bevinden dan de andere belastingplichtigen.
- (146) Ten derde wordt winst uit transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen en winst uit intragroepstransacties tussen gelieerde ondernemingen in het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel op dezelfde wijze belast<sup>(224)</sup>. Dit stelsel is gebaseerd op de “separate entity approach” die inhoudt dat ondernemingen die tot dezelfde groep van ondernemingen behoren, geacht worden afzonderlijke entiteiten te vormen voor belastingdoeleinden. Deze ondernemingen worden dan aan belasting onderworpen alsof zij onafhankelijk handelen van ondernemingen die tot dezelfde ondernemingsgroep behoren. Het feit dat inkomsten uit een intragroepstransactie zijn gegenereerd, betekent dus niet dat hiervoor speciale vrijstellingen, een ander belastingtarief of een andere wijze van vaststelling van de belastbare winst gelden. Winst die afkomstig is van intragroepstransacties moet integendeel op exact dezelfde manier worden vastgesteld als winst die afkomstig is van transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen. Om de gevolgen weg te werken van speciale voorwaarden die opgelegd worden tussen geïntegreerde ondernemingen in hun intragroepstransacties moet het zakelijkheidsbeginsel op deze transacties worden toegepast. Het zakelijkheidsbeginsel vormt dus een noodzakelijk onderdeel van een belastingstelsel dat gebaseerd is op de “separate entity approach”. In dat opzicht beogen de “separate entity approach” en het zakelijkheidsbeginsel de fiscale behandeling van transacties tussen gelieerde groepsondernemingen en de fiscale behandeling van transacties tussen onafhankelijke ondernemingen op de markt op elkaar af te stemmen zodat de eerstgenoemde soort ondernemingen in het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel niet gunstiger wordt behandeld dan laatstgenoemde. Het zakelijkheidsbeginsel werd in het Nederlandse belastingrecht reeds toegepast voordat artikel 8b, lid 1, Wet Vpb werd aangenomen. Zoals uitgelegd in randnummer (61), werd dit beginsel geacht van toepassing te zijn krachtens het in artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting vastgelegde totaalwinstbegrip<sup>(225)</sup>, dat krachtens artikel 8 Wet Vpb ook van toepassing is op belastingplichtige ondernemingen. Het opnemen van artikel 8b, lid 1, in de Wet Vpb was alleen bedoeld om te bevestigen dat groepsondernemingen en onafhankelijke ondernemingen volgens het algemene Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel op dezelfde manier moeten worden behandeld en belast op winsten uit hun bedrijfsactiviteiten, ongeacht of deze activiteiten in een context van intragroepstransacties plaatsvinden. Het was niet de bedoeling met de invoering van deze bepaling in het Nederlandse belastingwetboek een andere fiscale behandeling te verlenen aan ondernemingen die tot een multinationale ondernemingsgroep behoren. Dat de belastbare winst in het geval van concerntransacties en vrijemarkttransacties noodzakelijkerwijs op een andere manier tot stand komt, heeft bijgevolg geen belang voor de vaststelling van het referentiekader in de onderhavige zaak. Omdat de winst van alle belastingplichtige vennootschappen in het Nederlandse stelsel van vennootschapsbelasting op dezelfde wijze wordt belast zonder onderscheid waar deze winst haar oorsprong vindt, moeten al deze vennootschapsbelastingplichtigen geacht worden zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie te bevinden.
- (147) Ten vierde zou de aanvaarding van het argument dat het referentiekader moet worden beperkt tot alleen ondernemingen die behoren tot een multinationale ondernemingsgroep enkel omdat deze transacties met gelieerde ondernemingen kunnen sluiten, de weg effenen voor lidstaten om belastingmaatregelen aan te nemen die multinationals duidelijk bevoordelen boven onafhankelijke ondernemingen. Ondernemingen die tot een multinationale ondernemingsgroep behoren, kunnen dezelfde activiteiten uitoefenen als onafhankelijke ondernemingen, en doen dat ook, en deze twee soorten ondernemingen kunnen met elkaar concurreren, hetgeen zij ook daadwerkelijk doen. Aangezien beide soorten ondernemingen in het kader van het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel over hun totale belastbare winst worden belast tegen hetzelfde tarief van de vennootschapsbelasting, wordt met een maatregel die hen in staat stelt om hun belastinggrondslag waarop dat algemene belastingtarief wordt toegepast te verkleinen, aan eerstgenoemde ondernemingen ten opzichte van de laatstgenoemde een gunstige fiscale behandeling verleend in de vorm van een verlaging van de verschuldigde vennootschapsbelasting, waardoor dan weer de concurrentie wordt vervalst en het handelsverkeer binnen de EU ongunstig wordt beïnvloed.
- (148) Om de bovenstaande redenen neemt de Commissie aan dat onafhankelijke ondernemingen en groepsondernemingen zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden. In deel 4.2 kwam de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de betwiste belastingmaatregelen in een belastbare winst voor NEON en CN BV resulteerden die afwijkt van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel, waardoor hun belastbare winst voor de vennootschapsbelasting vermindert. Ondernemingen die zaken doen met niet-gelieerde partijen,

<sup>(224)</sup> Zie deel 2.3.2.

<sup>(225)</sup> Artikel 3.8 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 bepaalt: “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.”

en ondernemingen die tot een multinationale ondernemingsgroep behoren en gebruikmaken van zakelijke verrekenprijzen bij hun intragroepstransacties worden in Nederland daarentegen belast op een winstniveau dat een weerspiegeling is van zakelijk op de markt onderhandelde prijzen. Om deze reden luidt de voorlopige conclusie van de Commissie dat de betwiste maatregelen afwijken van het Nederlandse stelsel van vennootschapsbelasting voor zover zij NEON en CN BV een gunstige behandeling lijken te verlenen in de vorm van een belastingvermindering die niet beschikbaar is voor andere belastingplichtige vennootschappen in Nederland.

#### 4.3.2.2. *Gunstige behandeling ten opzichte van belastingplichtige vennootschappen die tot een multinationale ondernemingsgroep behoren*

- (149) De Commissie komt voorts tot de voorlopige conclusie dat zelfs als het referentiekader zou worden beperkt tot artikel 8b, lid 1, Wet Vpb (en het besluit verrekenprijzen 2001), waarmee het zakelijkheidsbeginsel voor multinationale groepen in het Nederlandse belastingrecht wordt gecodificeerd, de betwiste APA's nog steeds geacht moeten worden NEON en CN BV te begunstigen in vergelijking met andere belastingplichtige vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep. Overeenkomstig deze bepaling moeten belastingplichtige vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep, in hun transacties met gelieerde ondernemingen van dezelfde groep, hun verrekenprijzen vaststellen in overeenstemming met het zakelijkheidsbeginsel.
- (150) Zoals aangetoond in deel 4.2, stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat de betwiste APA's aan NEON en CN BV een voordeel verlenen in de vorm van een belastingvermindering, door een verrekenprijsregeling te bekrachtigen die niet resulteert in zakelijk op de markt onderhandelde verrekenprijzen. Aangezien deze verrekenprijzen niet zakelijk zijn, blijkt met het vastgestelde voordeel aan NEON en CN BV een selectieve behandeling te worden verleend in vergelijking met andere belastingplichtige vennootschappen van een multinationale ondernemingsgroep die hun verrekenprijzen in overeenstemming met het in artikel 8b, lid 1, Wet Vpb neergelegde zakelijkheidsbeginsel vaststellen.

#### 4.3.3. **Rechtvaardiging door de aard of de algemene opzet van het referentiestelsel**

- (151) Wat de drie voorlopige bevindingen inzake *prima facie* selectiviteit betreft, kan een belastingmaatregel waarmee tussen vergelijkbare ondernemingen wordt gediscrimineerd, toch worden gerechtvaardigd indien de betrokken lidstaat kan aantoonen dat de maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van dat belastingstelsel voortvloeit <sup>(226)</sup>. Als dat het geval is, is de belastingmaatregel niet selectief. De bewijslast in die laatste stap ligt bij de lidstaat.
- (152) In dit stadium heeft Nederland geen mogelijke rechtvaardiging aangevoerd voor de *prima facie* selectieve behandeling die voortvloeit uit de betwiste APA's voor NEON en CN BV. De Commissie heeft in dit stadium hoe dan ook geen enkele mogelijke rechtvaardigingsgrond voor de preferentiële behandeling kunnen aanwijzen die zou voortvloeien uit de intrinsieke, basis- of hoofdbeginselen van het bovengenoemde referentiekader of die het resultaat zou kunnen zijn van inherente mechanismen welke noodzakelijk zijn voor het functioneren en de doeltreffendheid van deze kaders <sup>(227)</sup>.

#### 4.3.4. **Voorlopige conclusies over de vaststelling van selectiviteit**

- (153) In het licht van het bovenstaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat het in deel 4.2 omschreven voordeel selectief is omdat het door middel van een individuele maatregel is verleend. Subsidiar concludeert de Commissie dat dit voordeel NEON en CN BV bevoordeelt ten opzichte van alle andere Nederlandse belastingplichtige vennootschappen in het algemeen en ten opzichte van andere tot een multinationale groep behorende Nederlandse belastingplichtige vennootschappen die met name intragroepstransacties verrichten.

#### 4.4. **Voorlopige conclusies over het bestaan van steun en de begunstigen van deze steun**

- (154) Om de voorgaande redenen komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de betwiste APA's staatssteun ten favoreure van NEON en CN BV vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.
- (155) Deze ondernemingen maken deel uit van een multinationale groep, namelijk de Nike-groep. Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat “[i]n het kader van het mededingingsrecht [...] onder het begrip onderneming [moet] worden verstaan een [...] economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen” <sup>(228)</sup>. Derhalve kunnen afzonderlijke rechtspersonen voor de toepassing van de staatssteunregels worden geacht één economische eenheid te vormen. Deze economische eenheid wordt dan geacht de relevante onderneming te zijn die de begunstigde van de steunmaatregel is. Om te bepalen of verscheidene entiteiten een economische eenheid vormen, gaat het Hof van Justitie na of er een zeggenschapsdeelneming of functionele, economische of organische banden bestaan <sup>(229)</sup>.

<sup>(226)</sup> Gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, *Paint Graphos*, ECLI:EU:C:2009:417, punt 65.

<sup>(227)</sup> Gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, *Paint Graphos e.a.*, ECLI:EU:C:2009:417, punt 69.

<sup>(228)</sup> Zaak C-170/83, *Hydrotherm*, ECLI:EU:C:1984:271, punt 11. Zie ook zaak T-137/02, *Pollmeier Malchow/Commissie*, ECLI:EU:T:2004:304, punt 50.

<sup>(229)</sup> Zaak C-480/09 P, *Acea Electrabel Produzione SpA/Commissie*, EU:C:2010:787, punten 47 tot en met 55; zaak C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*, EU:C:2006:8, punt 112.

- (156) In het onderhavige geval zijn NEON en CN BV eigendom van en staan zij onder zeggenschap van Nike, Inc., die de uiteindelijke moederonderneming van de Nike-groep is. Voorts heeft de Nike-groep in zijn geheel het initiatief genomen om zijn EMEA-activiteiten in Nederland te vestigen en NEON en CN BV aan te wijzen als hoofdkantoren voor deze activiteiten. Ten slotte heeft het vaststellen van verrekenprijzen, vanwege de aard ervan, invloed op meer dan één onderneming omdat een vermindering van winst in één onderneming normaal gezien de winst van haar gelieerde tegenpartij verhoogt. Ondanks het feit dat deze groep in verschillende rechtspersonen is georganiseerd en de betwiste APA's betrekking hebben op de fiscale behandeling van respectievelijk NEON en CN BV, moet de Nike-groep bijgevolg worden beschouwd als één enkele economische eenheid die de begunstigde van de betwiste APA's is <sup>(230)</sup>
- (157) Voor zover met de betwiste APA's staatsteun wordt verleend aan NEON en CN BV, neemt de Commissie in haar voorlopige conclusie verder aan dat deze steun verleend is aan de Nike-groep in zijn geheel.

#### 4.5. *Onrechtmatigheid van de steun*

- (158) Indien de voorlopige conclusie van de Commissie met betrekking tot het bestaan van steun wordt bevestigd, merkt de Commissie vervolgens op dat Nederland deze steunmaatregel ten uitvoer heeft gelegd zonder enige kennisgeving overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU. Bijgevolg werd de betrokken steunmaatregel onrechtmatig verleend <sup>(231)</sup>
- (159) De betrokken steunmaatregel is voorts verleend in elk afzonderlijk jaar waarin NEON en CN BV gebruikmaakten van de betwiste APA's voor de vaststelling van hun belastbare winst en dus van hun in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting en waarin de Nederlandse Belastingdienst vervolgens de belastingaangifte op basis van die vaststelling aanvaardde.
- (160) Bijgevolg concludeert de Commissie dat de steunmaatregel is toegekend in elk jaar vanaf 2004 tot op heden en, bij gebreke van een eerdere kennisgeving, vormt hij onrechtmatige steun.

#### 4.6. *Verenigbaarheid met de interne markt*

- (161) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij in een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde categorieën valt <sup>(232)</sup>, en kan met de interne markt verenigbaar worden geacht als door de Commissie wordt vastgesteld dat hij in een van de in artikel 107, lid 3, VWEU genoemde categorieën valt <sup>(233)</sup>. Het is de steunverlenende lidstaat die de bewijslast draagt dat de betrokken steun verenigbaar is met de interne markt overeenkomstig artikel 107, lid 2, of artikel 107, lid 3, VWEU <sup>(234)</sup>
- (162) In dit stadium heeft de Commissie geen aanwijzingen dat mogelijke steunmaatregelen voor NEON en CN BV ten gevolge van de betwiste APA's met de interne markt verenigbaar zijn. Deze APA's blijken met name te resulteren in een vermindering van de lasten die normaal gezien door de betrokken entiteit in de uitoefening van haar bedrijfsactiviteiten moeten worden gedragen. Een vrijstelling van deze lasten moet daarom worden beschouwd als exploitatiesteun. Normaal gezien kan dergelijke steun niet worden aangemerkt als verenigbaar met de interne markt omdat hij niet dient om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken; evenmin zijn de desbetreffende stimulansen in de tijd beperkt, degressief of evenredig aan hetgeen noodzakelijk is om een oplossing te vinden voor een specifieke economische handicap in de betrokken gebieden <sup>(235)</sup>

### 5. CONCLUSIE

Gelet op het voorgaande is de Commissie tot de voorlopige conclusie gekomen dat Nederland door middel van de betwiste APA's staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU heeft verleend aan NEON en CN BV. Deze staatssteun kwam niet alleen ten goede aan NEON en CN BV maar ook aan de Nike-groep in zijn geheel. Deze steun wordt jaarlijks verleend, wanneer de ondernemingen van de betwiste APA's gebruikmaakten voor de vaststelling en de aangifte van hun in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting. Aangezien zij twijfel heeft over de verenigbaarheid van deze steun met de interne markt, heeft de Commissie besloten de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden ten aanzien van de betwiste APA's.

<sup>(230)</sup> Zie naar analogie zaak C-323/82, *Intermills*, EU:C:1984:345, punt 11. Zie ook gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187/Commissie*, EU:C:2005:266, punt 102: "de Commissie [heeft] terecht vastgesteld dat de regels inzake de vaststelling van de belastbare inkomsten een voordeel vormen voor de coördinatiecentra en de groepen waartoe zij behoren".

<sup>(231)</sup> Zaak C-667/13, *Banco Privado Português en Massa Insolvente do Banco Privado Português*, EU:C:2015:151, punt 59 en aangehaalde rechtspraak. Zie ook artikel 1, onder f), van Verordening (EG) nr. 659/1999, waarin "onrechtmatige steun" wordt gedefinieerd als "nieuwe steun die in strijd met artikel [108, lid 3, VWEU] tot uitvoering wordt gebracht".

<sup>(232)</sup> De in artikel 107, lid 2, van het Verdrag vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: 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>(233)</sup> De in artikel 107, lid 3, van het Verdrag vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van bepaalde streken; b) steunmaatregelen voor bepaalde belangrijke projecten van gemeenschappelijk Europees belang of om een ernstige versterking in de economie van een 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>(234)</sup> Zaak T-68/03, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie*, EU:T:2007:253, punt 34.

<sup>(235)</sup> Zaak T-308/11 P, *Eurallumina/Commissie*, EU:C:2014:894, punten 85 en 86.

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 betwiste APA's. Met name wil de Commissie de in de bijlage bij dit besluit genoemde informatie ontvangen.

Aangezien het hier een technisch complexe zaak betreft en de tijdens het voorlopige onderzoek door Nederland verstrekte informatie ontoereikend is om de Commissie in staat te stellen haar inhoudelijke beoordeling af te ronden, zal de Commissie mogelijk nog bijkomende informatie uit andere bronnen nodig hebben. Daarom zal de Commissie, mocht Nederland niet in staat zijn binnen één maand na de datum van ontvangst van deze brief volledig te antwoorden met de in de bijlage genoemde informatie, overwegen om in overeenstemming met artikel 7 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad de begunstigden van de betwiste APA's, namelijk NEON, CN BV, NEH of andere ondernemingen van de Nike-groep, te verzoeken om de informatie die aan Nederland is gevraagd. In dat geval zal Nederland worden verzocht in te stemmen met dit verzoek op grond van artikel 7, lid 2, onder b), van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad <sup>(236)</sup>

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

De Commissie wijst Nederland op de schorsende werking van artikel 108, lid 3, VWEU. Zij verwijst naar artikel 16 van Verordening (EG) 2015/1589 van de Raad <sup>(237)</sup>, volgens hetwelk alle onrechtmatige steun van de begunstigde van die steun kan worden teruggevorderd.

De Commissie deelt Nederland mee dat zij de belanghebbenden in kennis zal stellen door de bekendmaking van deze brief en van een samenvatting ervan in het Publicatieblad van de Europese Unie. 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>(236)</sup> PBL 248 van 24.9.2015, blz. 9.

<sup>(237)</sup> PBL 248 van 24.9.2015, blz. 9.

## BIJLAGE

**1. Verzoek om algemene informatie**

- (1) Verschaf voor elk van de entiteiten NEON, NI CV, AS CV, NIL en HP CV een volledige lijst van alle licentieovereenkomsten en soortgelijke overeenkomsten die met derden zijn gesloten. Stel een lijst op met alle transacties per jaar en per onderneming voor alle jaren waarop het onderzoek betrekking heeft, namelijk 2006-2017. Verstrek voorts voor elke transactie een korte toelichting over het doel en de overeengekomen vergoeding.
- (2) Verschaf voor elk van de entiteiten NIL, NI CV, NEH, NEON, AS CV, CN BV en HP CV afzonderlijke gedetailleerde organogrammen, met inbegrip van herziene versies en updates voor de periode 2006 tot en met 2017.
- (3) Verschaf gedetailleerde bedrijfsorganogrammen van de entiteiten van de Nike-groep in de EMEA-regio, met inbegrip van herziene versies en updates voor de periode 2006 tot en met 2017.
- (4) Verklaar welke entiteiten van de Nike-groep die actief zijn in de EMEA-regio, de sleutelfuncties van IP-bescherming en merkbescherming en daarmee gerelateerde functies uitoefenen. Geef een lijst van de desbetreffende entiteiten. Verklaar voor elke entiteit de taken en de functietitels en verstrek de namen van de personen die deze functies momenteel uitoefenen.
- (5) Verschaf een lijst met de volgende informatie: voor alle jaren waarop het onderzoek betrekking heeft, namelijk 2006-2017, per jaar een korte toelichting over alle rechtszaken of geschillen wegens schending van intellectuele eigendom met betrekking tot de IP van Nike en van Converse voor de EMEA-regio. Verstrek daarnaast voor de reeds afgewikkelde zaken de rechterlijke uitspraken of de schikkingsovereenkomsten.
- (6) Verschaf de partnerschapsovereenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, voor NI CV, AS CV CV en HP CV.
- (7) Verschaf alle inkoopagentuurovereenkomsten die gesloten zijn tussen NTC en NEON en CTC en CN BV CN BV.

**2. Verzoek om informatie betreffende de fiscale eenheid**

- (8) Verschaf voor alle in de fiscale eenheid van NEH opgenomen vennootschappen de fiscale eenheid aanvraag formulieren en vermeld alle wijzigingen binnen de fiscale eenheid tussen de jaren 2006 tot en met 2017.
- (9) Verklaar voor elk jaar waarop het onderzoek betrekking heeft hoe de belasting betaald door de fiscale eenheid NEH verdeeld is over de andere vennootschappen in de fiscale eenheid.

**3. Verzoek om informatie betreffende Nike, Inc., NEH, NEON, NIL, NI CV en HP CV**

- (10) Verschaf de kostendelingsovereenkomst (CSA) tussen Nike, Inc. en NIL, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, voor de periode 2006 tot en met 2015.
- (11) Verschaf de kostendelingsovereenkomst tussen Nike, Inc. en NI CV, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, voor de periode 2015 tot en met 2017.
- (12) Verschaf de kostendelingsovereenkomst tussen Nike, Inc. en HP CV, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, voor de periode 2006 tot en met 2017.
- (13) Verschaf alle licentieovereenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, tussen NIL en NEON van 2006 tot en met 2015.
- (14) Verschaf alle licentieovereenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, tussen NIL en NEH van 2006 tot en met 2015.
- (15) Verschaf alle licentieovereenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, tussen NI CV en NEON van 2015 tot en met 2017.
- (16) Verschaf alle licentieovereenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, tussen NI CV en NEH van 2015 tot en met 2017.
- (17) Verschaf alle licentieovereenkomsten tussen HP CV en NEH, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, van 2006 tot en met 2017.
- (18) Verschaf alle licentieovereenkomsten tussen HP CV en NEON, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, van 2006 tot en met 2017.
- (19) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van Nike, Inc. met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2006 tot en met 2017.
- (20) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van NIL met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2006 tot en met 2015.

- (21) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van NI CV met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2015 tot en met 2017.
- (22) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van NEH met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2006 tot en met 2017.
- (23) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van NEON met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2006 tot en met 2017.
- (24) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van HP CV met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2006 tot en met 2017.
- (25) Verschaf een lijst van sponsoring- en endorsementcontracten (volledige en gedeeltelijke sponsoring) gesloten door NEON voor de jaren 2006 tot en met 2017.
- (26) Verschaf een lijst van sponsoring- en endorsementcontracten (volledige en gedeeltelijke sponsoring) gesloten door NIL voor de jaren 2006 tot en met 2015.
- (27) Verschaf een lijst van sponsoring- en endorsementcontracten (volledige en gedeeltelijke sponsoring) gesloten door NI CV voor de jaren 2015 tot en met 2017.
- (28) Verschaf een lijst van sponsoring- en endorsementcontracten (volledige en gedeeltelijke sponsoring) gesloten door HP CV voor de jaren 2006 tot en met 2017.
- (29) Verschaf de overeenkomst, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies en andere ondersteunende en daarmee gerelateerde documenten, in het bijzonder de financiële evaluatie betreffende de overdracht van IP tussen NIL en NI CV en Nike, Inc. en NIL respectievelijk.
- (30) Verschaf de overeenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies en andere ondersteunende en daarmee gerelateerde documenten, betreffende de relatie tussen NEON en de Commission Agents voor de jaren 2006 tot en met 2017.
- (31) Verschaf de onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies en andere ondersteunende en daarmee gerelateerde documenten, tussen NEON en NIL.
- (32) Verschaf de onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies en andere ondersteunende en daarmee gerelateerde documenten, tussen NEON en NI CV.
- (33) Verschaf de financiële jaarverslagen, met inbegrip van de jaarlijkse personeelsbezetting, voor NIL (2006-2015), NI CV (2015-2017) en HP CV (2006-2017) en NEON (2006/2007).
- (34) Verschaf de bedragen van de royalty's die NEON tijdens de periode 2006 tot en met 2015 aan NIL heeft betaald en de boekhoudkundige bedragen op basis waarvan de royalty's werden berekend in elk boekjaar. Verstrek met name de facturen waarmee NIL de royaltybetalingen van NEON heeft gevraagd (cfr. licentieovereenkomst NEON-NIL, paragraaf 10.4) voor de genoemde periode.
- (35) Verschaf de bedragen van de royalty's die NEON tijdens de periode 2015 tot en met 2017 aan NI CV heeft betaald en de boekhoudkundige bedragen op basis waarvan de royalty's werden berekend in elk boekjaar.
- (36) Verschaf de originele functionele analyse 2006 van NEON.
- (37) Verstrek alle verrekenprijsstudies, waaronder die voor NEH of de fiscale eenheid, voor de jaren 2006 tot en met 2015.
- (38) Verschaf de verrekenprijsstudie tussen NTC en Nike, Inc., zoals vermeld in de brief van de Nederlandse autoriteiten aan de Commissie van 19 maart 2018, paragraaf 9.

#### **4. Verzoek om informatie betreffende Converse, Inc., AS CV en CN BV**

- (39) Verschaf de kostendelingsovereenkomst tussen Converse, Inc. en AS CV, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, voor de periode 2010 tot en met 2017.
- (40) Verschaf alle licentieovereenkomsten tussen Converse, Inc. en CN BV, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, van 2006 tot en met 2017.
- (41) Verschaf alle licentieovereenkomsten tussen Converse, Inc. en AS CV, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, van 2010 tot en met 2017.
- (42) Verschaf alle licentieovereenkomsten tussen AS CV en CN BV, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, van 2010 tot en met 2012.

- (43) Verschaf alle licentieovereenkomsten tussen AS CV en NEH, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, van 2010 tot en met 2017.
  - (44) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van Converse, Inc. met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2006 tot en met 2017.
  - (45) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van AS CV met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2006 tot en met 2017.
  - (46) Verschaf een lijst van alle licentieovereenkomsten van CN BV met andere entiteiten van de Nike-groep of derden voor de jaren 2006 tot en met 2017.
  - (47) Verschaf een lijst van sponsoring- en endorsementcontracten (volledige en gedeeltelijke sponsoring) gesloten door CN BV voor de jaren 2006 tot en met 2017.
  - (48) Verschaf een lijst van sponsoring- en endorsementcontracten (volledige en gedeeltelijke sponsoring) gesloten door AS CV voor de jaren 2010 tot en met 2017.
  - (49) Verschaf de licentieovereenkomst, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies, gesloten met All Star DACH GmbH.
  - (50) Verschaf de overeenkomst, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies en andere ondersteunende en daarmee gerelateerde documenten, in het bijzonder de financiële evaluatie betreffende de overdracht van IP tussen Converse, Inc. en AS CV.
  - (51) Verschaf de overeenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies en andere ondersteunende en daarmee gerelateerde documenten, betreffende de relatie tussen CN BV en de Commission Sales Support Agents voor de jaren 2006 tot en met 2017.
  - (52) Verschaf de onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten, met inbegrip van alle bijlagen en alle herziene versies en andere ondersteunende en daarmee gerelateerde documenten, tussen CN BV en AS CV.
  - (53) Verschaf de financiële jaarverslagen, met inbegrip van de jaarlijkse personeelsbezetting, voor AS CV (2006 tot en met 2017).
  - (54) Verstrek de bedragen van de royalty's die CN BV tijdens de periode 2006 tot en met 2010 aan Converse, Inc. heeft betaald en de boekhoudkundige bedragen op basis waarvan de royalty's werden berekend in elk boekjaar.
  - (55) Verstrek de bedragen van de royalty's die CN BV tijdens de periode 2010 tot en met 2017 aan AS CV heeft betaald en de boekhoudkundige bedragen op basis waarvan de royalty's werden berekend in elk boekjaar.
-