

WFR 2021/218

Een analyse van gepubliceerde Advance Pricing Agreements en verzoeken daartoe onder de herziene Nederlandse rullingpraktijk

AANDACHTSPUNTEN BIJ HET INDIENEN VAN EEN ADVANCE PRICING AGREEMENT-VERZOEK

K.C.B.A. BOLINK MSc EN MR. M.F.A. JACOBS¹

Met ingang van 1 juli 2019 is de Nederlandse fiscale rullingpraktijk ('**rullingpraktijk**') herzien om deze in overeenstemming te brengen met Europese en internationale normen en aanbevelingen en om de transparantie te vergroten. De Belastingdienst publiceert sindsdien geanonimiseerde samenvattingen van rulings met een internationaal karakter en verzoeken daartoe waaronder Advance Pricing Agreements ('**APA's**') en APA-verzoeken. Die geven nader inzicht in de toepassing van de aangescherpte vereisten voor het verkrijgen van een ruling met een internationaal karakter. In dit artikel analyseren en becommentariëren de auteurs de samenvattingen van APA's en APA-verzoeken die zijn gepubliceerd in 2020 en de eerste helft van 2021. Dit met als doel de lezer aandachtspunten mee te geven bij het indienen van een APA-verzoek om de kans op het behalen van een APA te vergroten.

1 Inleiding

Met ingang van 1 juli 2019 is de rullingpraktijk grondig herzien. Het debat over belastingontwijking dat plaatsvond in de Tweede Kamer in januari 2017 vormde grotendeels de aanleiding voor deze herziening. Tijdens dit debat werd in verschillende moties verzocht om (i) meer informatie over de informatie-uitwisseling over rulings, (ii)

meer openheid over afgegeven rulings en (iii) een voorstel om te komen tot een betere controle op de inhoud van de afgegeven rulings.² Om dit te bewerkstelligen worden onder de herziene rullingpraktijk alle te maken afspraken met een internationaal karakter ter goedkeuring voorgelegd aan het geïntroduceerde College Internationale Fiscale Zekerheid ('**IFZ**'). Daarnaast worden samenvattingen van APA's en APA-verzoeken geanonimiseerd gepubliceerd. Ook zijn de inhoudelijke vereisten voor het verkrijgen van een ruling met een internationaal karakter aangescherpt.

De Staatssecretaris van Financiën heeft 4.462 rulings met een internationaal karakter onderzocht die in de periode van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016 – dus vóór de herziening van de rullingpraktijk – zijn afgegeven conform de destijds geldende procedures.³ In 72 gevallen (dus minder dan 2%) werd vastgesteld dat de procedure niet goed was gevolgd.⁴ Daarnaast heeft een intern onderzoek plaatsgevonden naar de vraag in hoeverre de afgifte van rulings in lijn is met de Europese richtsnoeren betreffende de voorwaarden en regels voor het afgeven van rulings.⁵ In het

¹ Beide auteurs zijn verbonden aan Houthoff. K.C.B.A. Bolink is werkzaam als belastingadviseur-transferpricingspecialist en M.F.A. Jacobs is werkzaam als advocaat-belastingkundige. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

² Kamerstukken 2016/17, 25 087, nr. 141, nr. 142 en nr. 143. Zie ook Kamerstukken 2016/17, 34552, 79, p. 11.

³ Kamerstukken 2017/18, 25087, 180.

⁴ Kamerstukken 2017/18, 25087, 187, p. 2.

⁵ Zie de door de Europese Code of Conduct Group ontwikkelde richtsnoeren betreffende de voorwaarden en regels voor afgifte van rulings en good practices in: Council of the European Union, Report of the Code of Conduct Group (business taxation), 28 november 2016, nr. 14750/16, p. 6 en Annex I.

onderzoek kwam naar voren dat niet alle aanbevelingen in de praktijk worden gevolgd.⁶ Ondanks het relatief lage aantal rulings dat niet bleek te zijn afgegeven volgens de vereiste procedures, hebben de uitkomsten van de bovengenoemde interne onderzoeken en de beleidskeuzes van het kabinet uiteindelijk de aanleiding gevormd voor de Staatssecretaris van Financiën om de rullingpraktijk te herzien.^{7, 8}

Sinds de herziening van de rullingpraktijk publiceert de Belastingdienst geanonimiseerde samenvattingen van rulings met een internationaal karakter en verzoeken daartoe waaronder APA's en APA-verzoeken. De publicaties van dergelijke samenvattingen geven nader inzicht in de praktische toepassing van de vereisten waaraan belastingplichtigen moeten voldoen om in aanmerking te komen voor het verkrijgen van een ruling met een internationaal karakter. Op basis hiervan geven wij aandachtspunten mee hoe een belastingplichtige zijn/haar kans op succes kan verbeteren bij het indienen van een APA-verzoek en daarnaast onaangename verrassingen kan voorkomen tijdens het aanvraagtraject.

Allereerst zullen wij in onderdeel 2 de herziene rullingpraktijk bespreken. Vervolgens geven wij in onderdeel 3 onze bevindingen weer op basis van een analyse van de geanonimiseerde APA(-verzoek) samenvattingen die zijn gepubliceerd in 2020 en in de eerste helft van 2021. Wij sluiten af met een conclusie en aanbevelingen in onderdeel 4.

2 De herziene rullingpraktijk

De herziene rullingpraktijk is opgenomen in het Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter van 19 juni 2019⁹ (**het Besluit**) dat overigens met inwerking-treding van 19 augustus 2021 op een aantal punten is gewijzigd door een nieuw Besluit.^{10, 11} Met het Besluit is bij

de Belastingdienst het College IFZ geïntroduceerd. Het College IFZ bestaat uit zeven deskundigen en is verantwoordelijk voor de centrale coördinatie van het vooroverleg ter verkrijging van zekerheid vooraf in de vorm van rulings met een internationaal karakter.¹² Voor een ruling met een internationaal karakter is voortaan ook de goedkeuring van het College IFZ vereist. Het doel hiervan is om de eenheid van beleid en uitvoering te waarborgen, de kwaliteit te bewaken en te waarborgen dat de procedurevoorschriften op de juiste wijze worden nageleefd. De lokale belastinginspecteur is in beginsel nog steeds de eerste behandelaar. In specifieke gevallen, waaronder de allocatie van activa of risico's aan een vaste inrichting en het sluiten van een APA, is echter het Behandelteam IFZ van de Belastingdienst behandelaar van het vooroverleg.¹³ Figuur 1 geeft een overzicht van de belangrijkste aspecten van de interne procedure voor het verkrijgen van een ruling met een internationaal karakter.¹⁴

Naast de aangescherpte interne procedure hebben zich met de herziene rullingpraktijk ook wijzigingen voorgedaan die zien op de vereiste inhoud van de af te geven rulings. Deze kunnen als volgt worden gecategoriseerd: (1) het vereiste van voldoende economische nexus, (2) de eis dat het besparen van Nederlandse of buitenlandse belasting niet de enige of doorslaggevende beweegreden mag zijn voor het verrichten van de transactie en (3) de eis dat de gevraagde zekerheid geen betrekking heeft op de fiscale gevolgen van directe transacties met groepsentiteiten die zijn gevestigd in staten die zijn opgenomen in de Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden (**Regeling**).^{15, 16} Vanwege deze regels is het niet mogelijk om zekerheid te verkrijgen voor een concerntransactie met bijvoorbeeld een gelieerde distributeur in Dubai (één van de zeven Verenigde Arabische Emiraten die zijn opgenomen in deze Regeling). Daarbij is het niet relevant of de transactie aan is gegaan op basis van valide bedrijfseconomische redenen.

Om van economische nexus te kunnen spreken dient de belastingplichtige te voldoen aan de volgende voorwaarden:

- i. het verzoekende lichaam maakt deel uit van een concern dat in Nederland bedrijfseconomische operationele activiteiten uitoefent;

Deze richtsnoeren zijn tevens opgenomen in: Council of the European Union, Agreed guidance by the Code of Conduct Group (business taxation), 16 oktober 2019, 5814/5/18, p. 80-83.

⁶ Zie voor een overzicht Kamerstukken 2017/18, 25087, 187, Bijlage 2 'Uitkomsten onderzoek richtsnoeren'.

⁷ Kamerstukken 2017/18, 25087, 187, p. 1.

⁸ Voor een uitgebreid overzicht van de totstandkoming van de herziene rullingpraktijk verwijzen wij naar N.A.Th. Smetsers, *De Nederlandse rulling praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

⁹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2019, 2019/13003.

¹⁰ De aanvullingen zien met name op de uitbreiding van het Besluit met betrekking tot hybride mismatches en de Wet bronbelasting 2021, zodat zekerheid vooraf hierover ook de procedure van het Besluit dient te volgen.

¹¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 augustus 2021, 2021-16465.

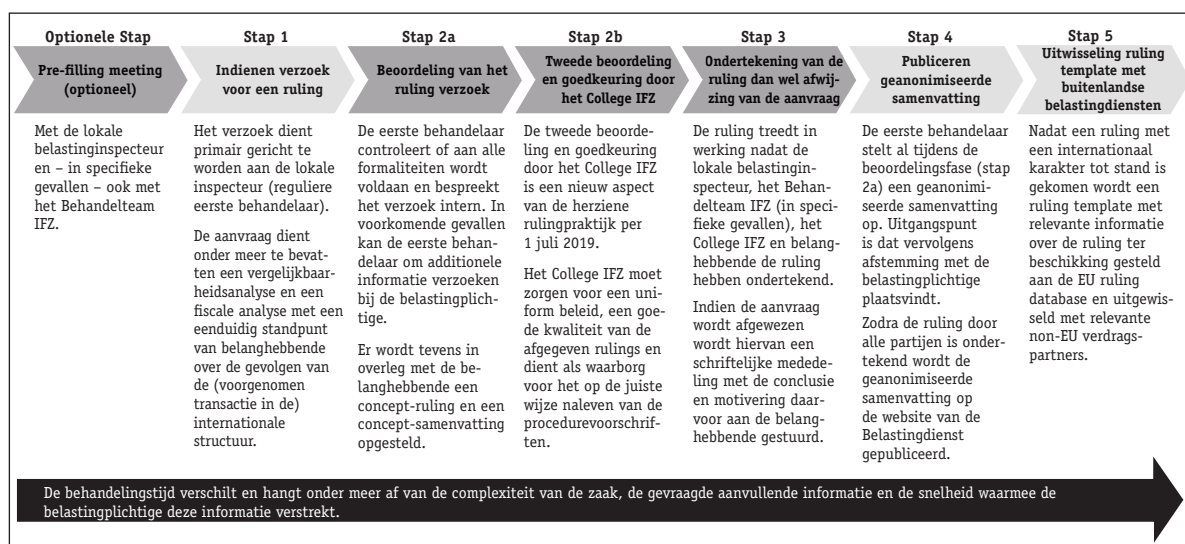
¹² Jaarverslag 2019, Rulings met een internationaal karakter, p. 11.

¹³ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2019, 2019/13003, par. 2.4.

¹⁴ Dit overzicht is gebaseerd op Jaarverslag 2019, Rulings met een internationaal karakter, p. 13 en 14.

¹⁵ Regeling van 31 december 2018, DB2018/216528.

¹⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2019, 2019/13003, par. 3.



Figuur 1. Overzicht van de meest belangrijke stappen in de procedure voor het verkrijgen van een ruling met een internationaal karakter

- ii. de operationele activiteiten worden uitgeoefend voor rekening en risico van de verzoekende belanghebbende;
- iii. het concern heeft voldoende relevant personeel in Nederland aanwezig; en
- iv. de activiteiten moeten passen bij de functie van het lichaam binnen het concern.

Volgens het College IFZ kan bij het beoordelen van de economische nexus onder andere worden gekeken naar de verhouding tussen de uitgeoefende functies in Nederland, activa in Nederland en verrichte activiteiten in Nederland ten opzichte van vergelijkbare factoren binnen het concern in het buitenland.¹⁷ In een bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 april 2019,¹⁸ zijn voorbeelden gegeven om de praktische toepassing van het vereiste van economische nexus te verduidelijken en om houvast te bieden bij de vraag of een belastingplichtige in aanmerking komt voor vooroverleg. Op 11 februari 2020 is een aanvullend Q&A-document gepubliceerd dat nadere informatie en ondersteuning biedt, zodat verder inzicht verkregen kan worden in de situaties waarvoor wel of geen ruling met een internationaal karakter kan worden verkregen.¹⁹ Alvorens een APA-verzoek te doen, verdient het dan ook de aanbeveling dat belastingplichtigen of hun adviseur eerst zelf toetsen aan de door de Belastingdienst beschikbaar gestelde voorbeelden.

17 Jaarverslag 2020, Rulings met een internationaal karakter, p. 6-7 en Bijlage 1.

18 Kamerstukken 2018/19, 25087, 237, Bijlage 1 'Voorbeelden wel/geen toegang tot ruling met internationaal karakter'.

19 Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter – vragen en antwoorden 2020, raadpleegbaar via: https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/besluit-vooroverleg-rulings-met-een-internationaal-karakter-vragen-en-antwoorden.

3 Analyse van de gepubliceerde samenvattingen

Sinds de herziening van de rullingpraktijk publiceert de Belastingdienst geanonimiseerde samenvattingen van afgegeven rulings en verzoeken daartoe. Elke samenvatting omvat:

- i. een korte uiteenzetting van de feiten en omstandigheden en – voor zover relevant – de belangrijkste conclusies uit transferpricingrapporten van belastingplichtigen of andere documenten;
- ii. een analyse van de gevraagde fiscale zekerheid op basis van de relevante wet- en regelgeving; en
- iii. een conclusie waarin de rechtsgrondslag en/of juridische redenen voor het al dan niet verlenen van een ruling worden toegelicht.²⁰

In het jaar 2020 heeft de Belastingdienst in totaal 110 samenvattingen gepubliceerd.^{21, 22} In de eerste helft van 2021 waren dit er 57. Zoals weergegeven in tabel 1 en tabel 2 kunnen deze in totaal 167 samenvattingen als volgt worden gecategoriseerd:

1. 19 APA-verzoeken zijn buiten behandeling gesteld of afgewezen door de Belastingdienst en hebben dus niet geleid tot een APA. De voor de praktijk meest interessante verzoeken worden besproken in onderdeel 3.2;

20 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2019, 2019/13003, par. 4.

21 Zie ook Jaarverslag 2020, Rulings met een internationaal karakter.

22 De gepubliceerde samenvattingen van APA's zijn raadpleegbaar via: https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/standaard_functies/prive/contact/rechten_en_plichten_bij_de_belastingdienst/ruling/apa.

2. 35 APA-verzoeken zijn uiteindelijk ingetrokken door de belastingplichtige zelf en hebben dus ook niet geleid tot een APA. Hiervan worden de meeste interessante verzoeken besproken in onderdeel 3.3; en

3. 113 APA-verzoeken hebben geleid tot een APA. De meest in het oog springende APA wordt besproken in onderdeel 3.4.

Tabel 1. Onderverdeling van APA's en APA-verzoeken in 2020

Gepubliceerde samenvattingen van geanonimiseerde APA's en APA-verzoeken 1 januari 2020 - 31 december 2020			
Behandeling door de Belastingdienst	Buiten behandeling gesteld of afgewezen	Ingetrokken door belastingplichtige	Geaccepteerd
Aantal verzoeken	14	27	69
%	13%	25%	63%

Tabel 2. Onderverdeling van APA's en APA-verzoeken in de eerste helft van 2021

Gepubliceerde samenvattingen van geanonimiseerde APA's en APA-verzoeken 1 januari 2021 - 30 juni 2021			
Behandeling door de Belastingdienst	Buiten behandeling gesteld of afgewezen	Ingetrokken door belastingplichtige	Geaccepteerd
Aantal verzoeken	5	8	44
%	9%	14%	77%

3.1 Toegepaste transferpricingmethode

In de overgrote meerderheid van de publiceerde samenvattingen is de transactional-net-marginmethode ('TNMM') als meest geschikte transferpricingmethode gehanteerd en goedgekeurd. De TNMM is een transferpricingmethode waarbij de operationele winst die een belastingplichtige realiseert bij een concerntransactie in relatie tot een bepaalde basis (kosten, omzet of gebruikte activa) wordt vergeleken met de operationele winst die onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden zouden realiseren.²³

Op basis van onze analyse van alle in 2020 en in de eerste helft van 2021 gepubliceerde APA's constateren wij dat in vrijwel alle²⁴ geanonimiseerde samenvattingen waar de TNMM wordt gehanteerd:

- i. de belastingplichtige de mediaan²⁵ of een punt zeer dicht bij de mediaan dient te rapporteren onder de APA;
- ii. de Belastingdienst enkel het onderste kwartiel en het bovenste kwartiel van de resultaten van de verrichte benchmarkstudie onthult terwijl de mediaan – waar de afspraak veelal op is gebaseerd – niet door de Belastingdienst wordt vrijgegeven in de geanonimiseerde samenvattingen.

Nu noch de OESO-richtlijnen noch het Nederlandse verrekensbesluit²⁶ de toepassing van de mediaanwaarde in een APA vereisen om tot een arm's-length uitkomst te komen, is de benadering van de Belastingdienst volgens ons strikter dan noodzakelijk. Wanneer de bandbreedte van de benchmarkstudieresultaten bestaat uit waarden van relatief gelijke en hoge betrouwbaarheid, kan elk punt binnen de *range* (bandbreedte) als arm's-length worden aangemerkt.²⁷ Ook wanneer de bandbreedte van de benchmarkstudieresultaten bestaat uit waarden van minder hoge betrouwbaarheid, kan elk punt binnen de *interquartile range* (interkwartielbereik) als arm's-length worden aangemerkt.²⁸

Een aanpassing tot aan de mediaan dient plaats te vinden indien belastingplichtige gedurende het desbetreffende boekjaar een winstmarge behaalt die weliswaar binnen het interkwartielbereik valt maar afwijkt van de mediaan. Dit mechanisme wordt verduidelijkt door middel van figuur 2.²⁹ De mediaan wordt door de Belastingdienst niet gerapporteerd in de gepubliceerde APAsamenvattingen, terwijl de mediaan juist de kern van de afspraak vormt. Het zou volgens ons dan ook de transparantie ten goede komen als de Belastingdienst de mediaan opneemt in de gepubliceerde samenvattingen.

In een beperkt aantal gevallen worden andere methodes toegepast, zoals de comparable-uncontrolled-price-methode ('CUP-methode'),³⁰ de profit-splitmethode³¹ en in het bijzonder voor de overdracht van een onderneming/bedrijfsonderdeel/activum de discounted-cash-flowmethode ('DCF-methode').³² Daarnaast werd inci-

23 OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris 2017 ('OESO-richtlijnen'), par. 2.64.

24 Er is een klein aantal APA's waar dit niet het geval is, zie onder andere *Advance Pricing Agreement 20201124 APA 000002* en *Advance Pricing Agreement 20210202 APA 000007*. Daarnaast geeft *Advance Pricing Agreement 20210629 APA 000001* de mogelijkheid om gedurende de eerste twee jaar van de APA een beloning beneden de mediaan te rapporteren.

25 De mediaan is het middelste getal in een gesorteerde, oplopende of aflopende set met getallen en kan als meer beschrijvend voor die set van gegevens worden beschouwd dan het gemiddelde hiervan.

26 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, 2018/6865.

27 OESO-richtlijnen, par. 3.62 en par. 2.3 Verrekensbesluit.

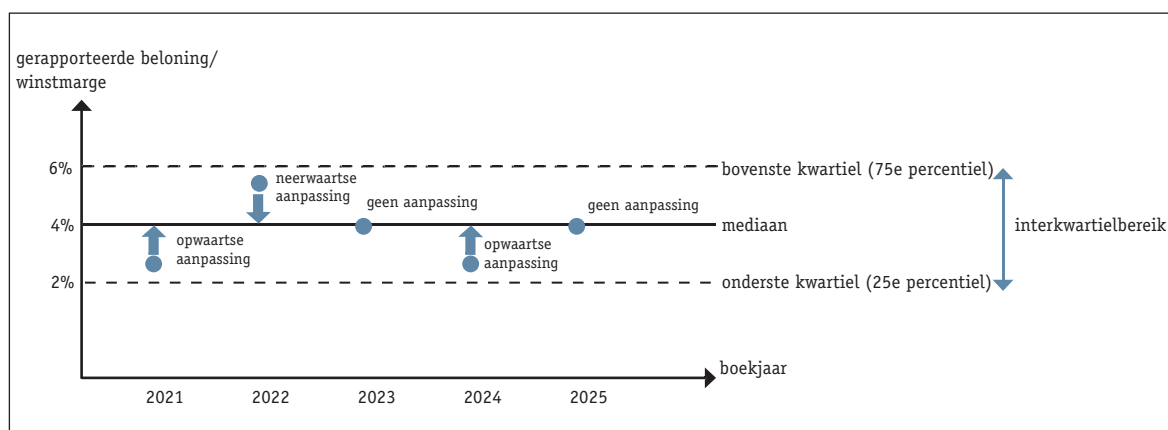
28 OESO-richtlijnen, par. 3.57 en par. 2.3 Verrekensbesluit.

29 De in de figuur weergegeven winstmarges en boekjaren zijn illustratief van aard.

30 *Advance Pricing Agreement 20200707 APA 000006*.

31 *Advance Pricing Agreement 20200915 APA 000004*.

32 *Advance Pricing Agreement 20200106 APA 000003* en *Advance Pricing Agreement 20200116 APA 000010*.



Figuur 2. Interkwartielbereik en aanpassing naar mediaan

denteel ook een beloning voor een cost contribution arrangement ('CCA') vastgelegd in een APA.³³ De manier waarop de beloning hierbij wordt vastgesteld voor beide partijen bij de CCA heeft vele gelijkenissen met de toepassing van de profit-splitmethode. De met de CCA behaalde winst wordt namelijk net zoals bij de profit-splitmethode tussen de betrokken partijen verdeeld op basis van hun relatieve bijdragen.³⁴ In de eerste helft van 2021 werden eveneens de CUP,³⁵ profit-split³⁶ en de DCF³⁷ als transferpricingmethodes toegepast.

3.2 Buiten behandeling gestelde of afgewezen APA-verzoeken

De Belastingdienst heeft elf APA-verzoeken buiten behandeling gesteld en acht APA-verzoeken afgewezen. Van de buiten behandeling gestelde verzoeken werden de meeste niet behandeld omdat de belastingplichtige onvoldoende informatie had verstrekt.³⁸ Twee verzoeken zijn buiten behandeling gesteld omdat sprake was van

aandeelhoudersmotieven.³⁹ Eén APA-verzoek is buiten behandeling gesteld omdat de belastingplichtige verzocht om zekerheid vooraf over de vaststelling van een arm's-lengthrentevergoeding.⁴⁰ In twee gevallen heeft de Belastingdienst het verzoek buiten behandeling gesteld omdat de belastingplichtige de aangifte vennootschapsbelasting reeds had ingediend voordat tussen de Belastingdienst en de desbetreffende belastingplichtige overeenstemming was bereikt.⁴¹

Van de afgewezen APA-verzoeken werd in vier gevallen niet voldaan aan de economische nexus.⁴² Vier verzoeken zijn daarnaast afgewezen vanwege een belastingbesparingsmotief⁴³ en het ontbreken van relevante functionaliteit.⁴⁴

3.2.1 Buiten behandeling gesteld wegens verzoek tot vaststelling van een arm's-lengthrentevergoeding

In de eerste casus die wij zullen bespreken ging het om belastingplichtige X die om zekerheid vooraf verzocht over de vaststelling van een arm's-lengthrentevergoeding op een lening die zij had ontvangen van haar aandeelhouder.⁴⁵ De Belastingdienst heeft het verzoek buiten behandeling gesteld, nu voor de vaststelling van een arm's-lengthrentevergoeding op dit moment nog geen zekerheid vooraf wordt verstrekt door de Belastingdienst.

³³ Advance Pricing Agreement 20200303 APA 000004 en Advance Pricing Agreement 20200714 APA 000005.

³⁴ OESO-richtlijnen, par. 8.13.

³⁵ Advance Pricing Agreement 20210309 APA 000011, Advance Pricing Agreement 20210420 APA 000010, Advance Pricing Agreement 20210622 APA 000007, Advance Pricing Agreement 20210629 APA 000003 en Advance Pricing Agreement 20210629 APA 000010.

³⁶ Advance Pricing Agreement 20210112 APA 000007 en Advance Pricing Agreement 20210112 APA 000010.

³⁷ Advance Pricing Agreement 20210309 APA 000008, Advance Pricing Agreement 20210427 APA 000009 en Advance Pricing Agreement 20210629 APA 000005.

³⁸ Advance Pricing Agreement 20200124 APA 000014, Advance Pricing Agreement 20200131 APA 000001, Advance Pricing Agreement 20200207 APA 000010, Advance Pricing Agreement 20200505 APA 000005 en Advance Pricing Agreement 20210119 APA 000013.

³⁹ Advance Pricing Agreement 20200212 APA 000008 en Advance Pricing Agreement 20200213 APA 000001.

⁴⁰ Advance Pricing Agreement 20201222 APA 000007.

⁴¹ Advance Pricing Agreement 20201222 APA 000015 en Advance Pricing Agreement 20210302 APA 000006.

⁴² Advance Pricing Agreement 20201103 APA 000004, Advance Pricing Agreement 20201103 APA 000005, Advance Pricing Agreement 20201103 APA 000014 en Advance Pricing Agreement 20210406 APA 000008.

⁴³ Advance Pricing Agreement 20201117 APA 000012 en Advance Pricing Agreement 20210622 APA 000005.

⁴⁴ Advance Pricing Agreement 20200128 APA 000014 en Advance Pricing Agreement 20201103 APA 000001.

⁴⁵ Advance Pricing Agreement 20201222 APA 000007.

Het is niet op voorhand duidelijk dat de Belastingdienst over de vaststelling van een arm's-lengthrentevergoeding geen zekerheid verstrekt. Immers is de rentevergoeding zelf een beloning in de zin van paragraaf 2.4, onderdeel m, van het Besluit. Door middel van een benchmarkstudie, gebruikmakend van geaccepteerde en 'sophisticated' databases zoals de *Bloomberg Professional Services Terminal*, *S&P Capital IQ* en *Refinitiv Loan Connector*, kunnen vergelijkbare derdentransacties gevonden worden op basis waarvan het zakelijke karakter van de rentevergoeding bepaald en onderbouwd kan worden. In de geanonimiseerde samenvatting wordt niet nader toegelicht waarom zekerheid vooraf over het zakelijke karakter van de rentevergoeding niet kan worden verkregen en of dit in de toekomst wel mogelijk zal zijn. Ook in een eerdere gepubliceerde samenvatting heeft de Belastingdienst een APA-verzoek afgewezen om bovengenoemde reden.⁴⁶ Om onduidelijkheid hieromtrent bij belastingplichtigen te voorkomen raden wij de Belastingdienst aan in toekomstige geanonimiseerde samenvattingen de reden aan te geven waarom geen zekerheid verkregen kan worden over een arm's-lengthrentevergoeding en daarnaast aan te geven onder welke feiten en omstandigheden wel zekerheid gegeven kan worden.

Het is ook mogelijk dat de Belastingdienst in dit kader elders opheldering verschaft, bijvoorbeeld door middel van een Q&A-document en daarbij ook aangeeft of er situaties zijn waarin wel zekerheid verkregen kan worden omtrent een arm's-lengthrentevergoeding of een arm's-lengthvergoeding voor concernfinancieringsactiviteiten.

In het licht van vorenstaande is nog benoemingswaardig een in juli 2021⁴⁷ gepubliceerde APA-samenvatting.⁴⁸ In deze APA is zekerheid gegeven voor de hoogte van een arm's-lengthspread uitgedrukt in basispunten die een belastingplichtige – opererend als beheerder van de cashpool binnen de groep – ontvangt. De spread is gerelateerd aan de hoogte van de uitstaande vorderingen en schulden in relatie tot haar beheer van de cashpool. Ter vaststelling van een range van arm's-lengthspreads is de CUP-methode gehanteerd. Wij zijn benieuwd of er

binnenkort meer APA's zullen volgen die zien op de vaststelling van een arm's-lengthvergoeding voor concernfinancieringsactiviteiten dan wel een arm's-lengthrentevergoeding.

3.2.2 Buiten behandeling gesteld wegens 'niet langer sprake van zekerheid vooraf'

In twee gevallen heeft de Belastingdienst het verzoek om zekerheid vooraf buiten behandeling gesteld omdat de belastingplichtige de aangifte vennootschapsbelasting reeds had ingediend voordat tussen de Belastingdienst en de desbetreffende belastingplichtige overeenstemming was bereikt.⁴⁹ In beide samenvattingen wordt opgemerkt dat de aangifte vennootschapsbelasting voor alle voor het verzoek relevante jaren reeds is ingediend. De Belastingdienst redeneert hier op basis van art. 2c van de Wet op de internationale bijstandverlening bij de heffing van belastingen ('WIB'). Volgens art. 2c WIB wordt onder een voorafgaande verrekenprijfspraak verstaan: 'een uitlating door of namens de inspecteur die is gedaan ten aanzien van een persoon of groep van personen die zich daarop kan, onderscheidenlijk kunnen, beroepen voordat grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde lichamen hebben plaatsgevonden'. Dit is tevens in lijn met paragraaf 4.134 van de OESO-richtlijnen. Bij strikte lezing moet dus zekerheid vóór de transactie worden verstrekt. Echter wordt in het Besluit het volgende opgemerkt:

*"Met dien verstande dat dit besluit ook van toepassing is op voorafgaande verrekenprijfspraken die zijn gemaakt voor indiening van de belastingaangifte over het tijdvak waarin de grensoverschrijdende transacties hebben plaatsgevonden."*⁵⁰

Ofwel: de zekerheid kan worden verkregen tot aan het moment van indiening van de aangifte vennootschapsbelasting of dividendbelasting waarin de voorgelegde transactie is verwerkt.⁵¹

Tegengesteld hieraan kan worden gewezen op een verzoek dat wel geresulteerd heeft in een APA.⁵² Ook hier waren voor een aantal jaren van de looptijd van de overeenkomst de aangiften vennootschapsbelasting al ingediend. Het verzoek om zekerheid vooraf heeft desondanks tot een APA geleid.

⁴⁶ *Advance Pricing Agreement 20191118 APA 000014.*

⁴⁷ *Ons onderzoek ziet weliswaar op de in 2020 en in de eerste helft van 2021 gepubliceerde APA's en verzoeken daartoe. Echter, bij het analyseren van de in juli 2021 gepubliceerde APA's, viel ons een gepubliceerde APA-samenvatting op waarin wel zekerheid omtrent een arm's-lengthvergoeding voor concernfinancieringsactiviteiten (cashpooling) is gegeven.*

⁴⁸ *Advance Pricing Agreement 20210706 APA 000022. Deze APA kan gezien worden als de eerste APA die zekerheid verstrekt met betrekking tot het arm's-lengthkarakter van cashpooling/concernfinancieringsactiviteiten sinds de herziening van de Nederlandse rulingpraktijk per 1 juli 2019.*

⁴⁹ *Advance Pricing Agreement 20201222 APA 000015 en*

Advance Pricing Agreement 20210302 APA 000006.

⁵⁰ *Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2019, 2019/13003, p. 1.*

⁵¹ *N.A.Th. Smetsers, De Nederlandse ruling praktijk, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 97.*

⁵² *Advance Pricing Agreement 20201124 APA 000002.*

Het onderscheid dat wij opmaken tussen de buiten behandeling gestelde APA-verzoeken enerzijds en het APA-verzoek dat heeft geresulteerd in een APA anderzijds is dat in de twee buiten behandeling gestelde verzoeken *alle* aangiften voor het verzoek relevante jaren reeds waren ingediend en bij de afgegeven APA nog ten minste één aangifte niet was ingediend. Op grond hiervan concluderen wij dat om voor een APA in aanmerking te komen de Belastingdienst vereist dat er nog ten minste één aangifte niet is ingediend die ziet op de relevante periode waarvoor de APA wordt verzocht.

3.3 Ingetrokken APA-verzoeken

In totaal zijn 35 ingediende APA-verzoeken door de belastingplichtige ingetrokken. De redenen waren o.a.: (1) er heeft een verandering in de bedrijfsstructuur plaatsgevonden,⁵³ (2) de beoogde transactie heeft niet plaatsgevonden,⁵⁴ (3) de belastingplichtige en de Belastingdienst hebben geen overeenstemming kunnen bereiken over de karakterisering van de transactie⁵⁵ dan wel over de juiste zakelijke beloning,⁵⁶ (4) er is niet voldaan aan de economische nexus,⁵⁷ (5) de belastingplichtige was niet bereid nadere informatie of onderbouwing te verstrekken,⁵⁸ (6) de mogelijke additionele administratieve lasten voor belastingplichtige,⁵⁹ (7) onzekerheid omtrent COVID-19 en de gevolgen daarvan⁶⁰ of (8) belastingplichtige weigert de tussen de Nederlandse belastingdienst en de bevoegde autoriteit van het andere verdragsland bereikte overeenstemming

53 *Advance Pricing Agreement 20200324 APA 000014, Advance Pricing Agreement 20200324 APA 000020, Advance Pricing Agreement 20200929 APA 000009, Advance Pricing Agreement 20201110 APA 000009 en Advance Pricing Agreement 20210316 APA 000001.*
 54 *Advance Pricing Agreement 20210126 APA 000011.*
 55 *Advance Pricing Agreement 20200303 APA 000007.*
 56 *Advance Pricing Agreement 20200929 APA 000005 en Advance Pricing Agreement 20201124 APA 000008.*
 57 *Advance Pricing Agreement 20201103 APA 000018 en Advance Pricing Agreement 20210126 APA 000008.*
 58 *Advance Pricing Agreement 20200519 APA 000001, Advance Pricing Agreement 20201027 APA 000001, Advance Pricing Agreement 20201110 APA 000011, Advance Pricing Agreement 20201201 APA 000012, Advance Pricing Agreement 20210126 APA 000004, Advance Pricing Agreement 20210302 APA 000001, Advance Pricing Agreement 20210302 APA 000003, Advance Pricing Agreement 20210427 APA 000004 en Advance Pricing Agreement 20210525 APA 000002.*
 59 *Advance Pricing Agreement 20200317 APA 000007, Advance Pricing Agreement 20201027 APA 000002, Advance Pricing Agreement 20201124 APA 000007 en Advance Pricing Agreement 20201215 APA 000023.*
 60 *Advance Pricing Agreement 20200526 APA 000001.*

over de te hanteren transferpricingmethode en het arm's-lengthkarakter van de beloning in een bijna tot stand gekomen bilaterale APA ('**BAPA**') te formaliseren.^{61, 62}

3.4 APA-verzoeken die in een APA hebben geresulteerd

In 2020 en in de eerste helft van 2021 hebben in totaal 113 ingediende APA-verzoeken geresulteerd in een APA. De meest in het oog springende zal in het navolgende onderdeel worden besproken.

3.4.1 Profit-splitmethode

Wij staan in het bijzonder stil bij een casus waarin de profit-splitmethode als transferpricingmethode werd gehanteerd. Het ging om een Europese entiteit (Y), die een vaste inrichting (X) had in Nederland. Omdat de activiteiten van X en Y sterk met elkaar waren geïntegreerd⁶³ is met de Belastingdienst overeengekomen dat de toepassing van de profit-splitmethode in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel. De Belastingdienst heeft echter ook geconstateerd dat de activiteiten van X een routinematig element bevatten en dat de profit-splitmethode niet altijd tot een arm's-lengthresultaat leidt. Om deze reden is in de APA opgenomen dat het resultaat van X minimaal gelijk moet zijn aan de beloning die wordt vastgesteld door middel van een percentage van de omzet op basis van de TNMM. Er wordt dus een tweede transferpricingmethode gehanteerd als zogenoemde '*corroborative method*' (ook wel '*sanity check*' genoemd) om te toetsen of de resultaten van de eerste methode (hier de profit-split) tot een arm's-lengthuitkomst leiden.⁶⁴ Dit is bijzonder omdat het arm's-lengthbeginsel niet vereist dat meer dan één transferpricingmethode wordt toegepast voor een bepaalde transactie en omdat toepassing van twee methodes een aanzienlijke last voor de belastingplichtige kan vormen.⁶⁵

Door de TNMM als *corroborative method* op te nemen, kan een 'downside' van de profit-splitmethode voor de Belastingdienst worden voorkomen aangezien X minimaal een bepaalde (positieve) routinematige winst dient aan te geven. Voor belastingplichtige kan dit echter ongunstig uitpakken. De concerntransactie(s) waarvoor de profit-splitmethode als meest passende transferpricingmethode wordt toegepast kan verlieslatend zijn. Zonder de toepassing van de TNMM als *corroborative method* zou in dit geval op basis van de profit-splitmethode het met de concerntransactie(s) behaalde verlies worden toebedeeld aan de bij de concerntransactie(s) betrokken gelieerde

61 *Advance Pricing Agreement 20201124 APA 000006 en Advance Pricing Agreement 20201201 APA 000003.*
 62 *Advance Pricing Agreement 20201201 APA 000009.*
 63 *Advance Pricing Agreement 20200915 APA 000004.*
 64 *Zie OESO-richtlijnen, par. 2.12 en par. 3.58-3.59.*
 65 *Zie OESO-richtlijnen, par. 2.12.*

partijen, waaronder X. De profit-splitmethode dient namelijk op dezelfde wijze toegepast te worden in verlies-situaties als in winstsituaties.⁶⁶ Door de TNMM echter als *corroborative method* te hanteren, dient X in een dergelijk geval een positief resultaat te rapporteren en zal het met de concerntransactie(s) behaalde verlies moeten worden toebedeeld aan en gerapporteerd te worden door de overige bij de concerntransactie(s) betrokken gelieerde partij(en). Indien de belastingdiensten in de landen waar deze gelieerde partij(en) gevestigd zijn een dergelijk hoger negatief resultaat niet accepteren, kan dit resulteren in dubbele belasting.

4 Conclusies, aandachtspunten en aanbevelingen

In 2020 en in de eerste helft van 2021 zijn in totaal 167 geanonimiseerde samenvattingen van APA's en APA-verzoeken gepubliceerd. Op basis van de OESO-richtlijnen, het Besluit en de door ons opgedane praktijkervaring met het verkrijgen van APA's, hebben wij deze verzoeken geanalyseerd en de meest interessante gevallen belicht. Op basis van deze analyse zijn onze conclusies, aandachtspunten voor belastingplichtigen en aanbevelingen aan de Belastingdienst als volgt:

1. De geanonimiseerde samenvattingen bevatten veel waardevolle informatie voor fiscale beleidsmakers, Tweede Kamerleden, academici, transferpricing-specialisten, belastingplichtigen en hun adviseurs die een APA wensen te krijgen respectievelijk overwegen advies te verstrekken hieromtrent. De samenvattingen geven inzicht in de praktische toepassing van de voorwaarden die met de herziene rullingpraktijk zijn geïntroduceerd.
2. De vereisten voor het verkrijgen van een APA zijn – ten opzichte van de situatie van vóór 1 juli 2019 – strenger geworden. Er worden ondanks de beschikbaar gestelde voorbeelden nog steeds verzoeken afgekeurd of ingetrokken omdat belastingplichtige niet aan de (met name economische nexus) vereisten blijkt te voldoen. Het verdient dan ook aanbeveling dat het Ministerie van Financiën, dan wel de Belastingdienst meer *guidance* geeft voor de invulling van het vereiste van economische nexus.
3. De TNMM is de transferpricingmethode die in de overgrote meerderheid wordt gehanteerd in de overeengekomen APA's door de Belastingdienst en de belastingplichtige. In enkele gevallen worden andere transferpricingmethodes gehanteerd dan de TNMM.

Ook wordt incidenteel de TNMM als *corroborative method* gehanteerd in aanvulling op de CUP- of profit-splitmethode. Belastingplichtigen dienen zich te realiseren dat een *corroborative method* in aanvulling op de profit-splitmethode kan leiden tot dubbele belasting indien de concerntransactie een verlies genereert.

4. In vrijwel alle geanonimiseerde samenvattingen waar de TNMM als transferpricingmethode is overeengekomen, dient belastingplichtige de mediaan of een punt zeer dicht bij de mediaan te rapporteren onder de APA. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen is een afwijking van de mediaan goedgekeurd, bijvoorbeeld vanwege de specifieke functionaliteit van de belastingplichtige. Nu noch de OESO-richtlijnen noch het Nederlandse verrekenprijsbesluit de toepassing van de mediaanwaarde in een APA vereisen om tot een arm's-lengthuitkomst te komen en in principe alle punten binnen de (interkwartiele) bandbreedte als arm's-length aangemerkt kunnen worden, is de door de Belastingdienst toegepaste benadering volgens ons strikter dan noodzakelijk.
5. In de geanonimiseerde samenvattingen waarin de TNMM als transferpricingmethode is gehanteerd, omvat de Belastingdienst enkel het onderste kwartiel en het bovenste kwartiel van het interkwartielbereik van de verrichte benchmarkstudie. De mediaan – waar de afspraak veelal op is gebaseerd – wordt echter niet door de Belastingdienst vrijgegeven in de geanonimiseerde samenvattingen. Volgens ons verdient het dan ook de aanbeveling dat de Belastingdienst omwille van de transparantie in het vervolg de mediaan opneemt in de geanonimiseerde samenvattingen.
6. Het verkrijgen van zekerheid vooraf door middel van een APA met betrekking tot de vaststelling van een arm's-lengthrentevergoeding of arm's-lengthbeloning voor concernfinancieringsactiviteiten is vaak (nog) niet mogelijk. Nu niet duidelijk is waar dit ingenomen standpunt door de Belastingdienst op is gebaseerd, verdient het de aanbeveling dat de Belastingdienst hieromtrent opheldering zou verschaffen.
7. In afwijking van de OESO-richtlijnen en het Besluit lijkt om voor een APA in aanmerking te komen slechts vereist te zijn dat er nog ten minste één aangifte niet is ingediend die ziet op het relevante tijdvak waarvoor de zekerheid vooraf wordt verzocht.
8. Het APA-verzoek kan – zeker in het geval van een BAPA – enige tijd in beslag nemen als gevolg waarvan er jaren afgesloten kunnen worden door de indiening van aangiftes waardoor belastingplichtigen niet langer de mogelijkheid hebben om een APA te verkrijgen over de desbetreffende jaren. Het verdient dan ook tot slot aanbeveling dat belastingplichtigen tijdig een APA-verzoek doen.

⁶⁶ Zie OESO-richtlijnen, par. 2.114.