

### Invulling opdracht

Medio januari 2017 hebben we de opdracht ontvangen tot een verkennend onderzoek naar de APA/ATR-praktijk. Gevraagd is te beoordelen of APA's en ATR's worden afgegeven binnen de kaders van wet, beleid en jurisprudentie. Hoewel niet behorend tot de oorspronkelijke taakopdracht, hebben we ook gekeken naar de werkwijze van het APA/ATR-team en de vastlegging van het rulingbeleid. Het onderzoek is mede bedoeld als verkenning van de wijze waarop de rullingpraktijk kwalitatief kan worden onderzocht.

We hebben de onderzoeksoopdracht als volgt ingevuld:

- Het in kaart brengen van soorten rulings die naar hun aard maatschappelijk, politiek of in de relatie tot andere landen gevoelig kunnen liggen, bijvoorbeeld omdat ze mismatches in de hand werken of transacties versluieren. De omstandigheid dat in het verleden over een soort rulling een expliciete afweging heeft plaatsgevonden om al dan niet zekerheid te geven, zal hiervoor een sterke aanwijzing zijn.
- Het beoordelen of met de rulings die binnen deze "gevoelige gebieden" zijn afgegeven, is gebleven binnen wet, beleid en jurisprudentie.

### Uitvoering opdracht

Aan de hand van onder meer interviews met (voormalige) betrokkenen bij de rullingpraktijk en interne overzichten, zoals de "APA/ATR-praktijk notitie over de meest voorkomende verschijningsvormen", hebben we een aantal thema's geïdentificeerd binnen de rullingpraktijk. Het gaat hierbij om financierings- en royaltyactiviteiten, houdsteractiviteiten<sup>1</sup> (met of zonder coöperatie), informeel kapitaalrulings (verschillende vormen), CV/BV-structuren, hoofdhuis/vaste inrichting winsttoerekening, kwalificatie hybride financieringsvormen en herfacturering.

Per thema zijn vervolgens een of enkele representatieve rulings geselecteerd. Tevens is bij de selectie gekeken naar zaken die de afgelopen tijd in de publiciteit zijn geweest. In totaal zijn circa 20 rulings bekeken. In sommige rulings waren ook meerdere thema's aan de orde (bijvoorbeeld financieringsactiviteiten in combinatie met informeel kapitaal).

Door de wijze van selectie hebben we met name gekeken naar rulings die het meest gevoelig liggen in (inter)nationale verhoudingen en die de meest ingewikkelde problematiek omvatten. De bekeken rulings betreffen dus geen doorsnee gevallen en zijn (waarschijnlijk) niet representatief voor de totale populatie. We zijn bewust op zoek gegaan naar lastige gevallen.

Het aanspreekpunt buitenlandse investeringen (APBI) en het APA/ATR-team zijn zeer behulpzaam geweest en zijn steeds – in alle openheid – bereid geweest de door ons gevraagde stukken aan te leveren en onze (vele) vragen te beantwoorden. De geselecteerde rulings zijn in de periode tot 15 maart 2017 bekeken. Vervolgens hebben we onze voorlopige bevindingen op 15 maart 2017 met het APBI en vertegenwoordigers van het APA/ATR-team besproken.

Onze fiscaal-technische analyse van de rulings en de daarin gegeven onderbouwing is uitgevoerd op basis van de in de rulling vastgestelde feiten. Ook hebben we daarbij aandacht besteed aan de wijze waarop de rulling tot stand is gekomen.

Overigens is in veel gevallen de uiteindelijke in Nederland aan te geven winst waarvoor een rulling is overeengekomen, gebaseerd op omvangrijke en zeer specialistische TP-rapporten. Hier ligt een inhoudelijke beperking van ons onderzoek. Vanwege de beperkte tijd en capaciteit zijn we ervan

---

<sup>1</sup> Zowel de toepassing van de deelnemingsvrijstelling als de niet-aanwezigheid van een buitenlandse belastingplicht (vaste inrichting en buitenlandse ab-regeling).

uitgegaan dat de feiten en de TP-rapporten op juiste wijze zijn vastgesteld. Hier zit wel een risico omdat de uitkomst van de ruling natuurlijk in sterke mate samenhangt met de vaststelling van de feiten en de selectie van "comparables" in het TP-rapport. Maar dit risico is niet specifiek voor het aangaan van rulings; dit doet zich op dezelfde wijze voor bij de aanslagregeling. Ook dan zullen de feiten moeten worden vastgesteld en geduid. We hebben in elk geval de indruk dat hier in het proces van het afgeven van rulings zorgvuldig mee wordt omgegaan, onder meer door de betrokkenheid van de coördinatiegroep verrekenprijzen (CGVP) en het vereiste van de tweede ondertekenaar.

De rapportage kent vier onderdelen, te weten inhoud, proces, sfeer en vastlegging van beleid.

## **Inhoud**

### *Beoordelingskader*

Bij de beoordeling van de fiscaal-technische inhoud van een ruling kan in de eerste plaats worden gekeken of de Nederlandse grondslag en de in Nederland te betalen belasting op de juiste wijze is vastgesteld, dus in overeenstemming met wet, jurisprudentie en fiscaal-technisch beleid (waaronder de TP-guidelines). Bij deze beoordeling speelde een rol de indruk die bij sommigen bestaat dat rulings worden gebruikt om de Nederlandse grondslag en belasting (te) laag vast te stellen om activiteiten (en werkgelegenheid) aan te trekken.

Daarnaast kan worden gekeken naar de gevolgen van rulings voor de belastinggrondslag in andere landen. Het gaat dan om structuren waarin Nederland een rol speelt / een schakel vormt om de grondslag in andere landen – of wereldwijd – te verminderen. Hier speelt dan de meer beleidsmatige vraag of Nederland door het geven van zekerheid vooraf aan dergelijke structuren mee moet werken, ook al wordt de Nederlandse grondslag op correcte wijze vastgesteld. Bij deze vorm kan worden gedacht aan financierings- en bepaalde houdsterstructuren waarbij relatief weinig substance in Nederland aanwezig is en waarmee buitenlandse (bron)belasting wordt ontweken. Ook kan worden gedacht aan informeel kapitaal- en CV/BV-structuren waarmee zeer aanzienlijke werkgelegenheid en substance in Nederland kan zijn gemoeid. Door bepaalde – op zichzelf bedrijfsmatig noodzakelijke – activiteiten in Nederland te laten plaatsvinden en de daarmee gemoeide geldstromen via Nederland te laten lopen, kan dan tevens een belangrijke belastingbesparing (of belastinguitstel) in een ander land worden bereikt.<sup>2</sup> Uiteraard kunnen beide genoemde elementen – vermindering Nederlandse grondslag en vermindering buitenlandse grondslag – ook in samenhang voorkomen. Op de gevolgen voor de belastinggrondslag in andere landen wordt verder ingegaan bij het onderdeel proces.

### *Indruk van de bekeken rulings*

Binnen de kaders van ons onderzoek hebben wij geen aanwijzingen gevonden dat de Nederlandse grondslag (bewust) te laag is vastgesteld (in strijd met wet, jurisprudentie een beleid). De fiscaal-technische juistheid is overigens bij de meer "juridische" ATR's, zoals over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, eenvoudiger vast te stellen dan bij de APA's. Bij een APA is de uitkomst erg afhankelijk van de duiding van de feiten en de TP-analyse. Zoals ook in de OESO-richtlijn wordt vermeld, is het bepalen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap.

Bij sommige APA's (vooral bij informeel kapitaal en CV/BV-structuren) constateerden wij dat omvangrijke omzet naar Nederland werd geleid, bijvoorbeeld door de verkopen via Nederland te laten plaatsvinden, terwijl er vervolgens werd geoordeeld dat een groot deel van de daarbij behorende winst niet in Nederland hoort (en door middel van de informeel kapitaaldoctrine of royaltybetalingen buiten de heffing blijft). Hier bleek echter steeds een adequate onderbouwing

---

<sup>2</sup> Hoewel de belastingdruk op de Nederlandse winst dan wellicht relatief hoog is, zal de belastingdruk op de totale met de structuur gemoeide winst hierdoor aanzienlijk lager zijn.

voor te zijn, zij het dat soms wel de onderkant van de zakelijke beloning binnen de range lijkt te zijn opgezocht.<sup>3</sup>

Meer op detailniveau zien we dat er soms in een APA of ATR, in hetgeen is overeengekomen, niet wettelijk bestaande beperkingen staan in het voordeel van de schatkist. Bijvoorbeeld dat bepaalde bijzondere kosten, zoals rentelasten, niet aftrekbaar zullen zijn of bronheffing niet verrekenbaar is. Dat is kwetsbaar omdat een dergelijk beperkingsclausule tegen het recht in lijkt te gaan. Deze beperkingsclausules zouden verder de suggestie kunnen oproepen dat de Belastingdienst daar tegenover ook wel wat 'weggegeven' moet hebben. Wij hebben evenwel de indruk dat daarvan geen sprake is; in werkelijkheid is beoogd de APA of ATR te beschermen tegen onverwachte inbreuken daarop, bijvoorbeeld van onverwachte financiering(slasten) die de Nederlandse heffing zou uithollen.

Deze robuustheid had ook anders kunnen worden bereikt. Men had als kritische veronderstelling op kunnen nemen dat er geen (aanvullende) financiering(slast) zal zijn. Bij het vaststellen van de hoogte van de te hanteren verrekenprijzen kan de drukkende financieringslast immers een rol spelen. Als die last onverwacht zou opkomen of toenemen, is er dus veeleer aanleiding opnieuw de verrekenprijs te beoordelen dan om bij voorbaat die last van aftrek uit te sluiten. Soms moet de beperkingsclausule ook zo worden gelezen dat bedoeld is dat in de (gehanteerde OESO-) verrekenprijsystematiek een dergelijk financiering functioneel niet in Nederland thuishoort.

Voor een groot aantal structuren geldt verder dat deze door de BEPS-maatregelen fiscaal minder aantrekkelijk worden. In hoeverre dergelijke structuren blijven bestaan en of er andere voor in de plaats komen, moet worden afgewacht.

## Proces

### *Het geven van zekerheid vooraf*

Al sinds jaar en dag hanteert de Belastingdienst het uitgangspunt dat een belastingplichtige zekerheid vooraf kan vragen over de fiscale gevolgen van een – voorgenomen – handeling.<sup>4</sup> De uitzonderingen daarop zijn iets minder duidelijk. In het Besluit Fiscaal Bestuursrecht stonden altijd al enkele uitzonderingen, zoals fiscale grensverkenning en (sinds 18 december 2013) de goede trouw die jegens verdragspartners<sup>5</sup> en/of in internationaal verband verschuldigd is. In het – inmiddels ingetrokken – besluit 'hybride financierings- en rechtsvormen; zekerheid vooraf' van 30 maart 2001 stond: "Zekerheid vooraf wordt niet gegeven indien aannemelijk is dat het bereiken van belastingbesparing zo niet de enige dan toch de doorslaggevende beweegreden is voor de gekozen vorm".<sup>6</sup> De vraag die speelde was bijvoorbeeld of het moest gaan om belastingbesparing in Nederland. Aangetekend moet worden dat de maatschappelijke opvattingen en het beleid over wat acceptabel is, ook fluctueerden in de tijd.<sup>7</sup> Zo werd in 2005 nog een besluit gepubliceerd waarin de staatssecretaris goedkeurt dat voor hybride entiteiten die vanuit Nederlandse optiek fiscaal transparant zijn, (toch) recht bestaat op toepassing van het belastingverdrag NL-USA.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Bij het bepalen van een zakelijke verrekenprijs wordt gewerkt met een zakelijke range. De range wordt bepaald door de grootste en kleinste waarde die is gevonden. Daarbinnen is er een marge.

<sup>4</sup> Besluit Fiscaal Bestuursrecht, laatstelijk het besluit van 15 februari 2016, nr. BLKB 2016/19.

<sup>5</sup> Deze beperking stond voorheen in het besluit 'Zekerheid vooraf; goede trouw jegens de verdragspartners' van 11 augustus 2004, nr. DGB2004/1337M.

<sup>6</sup> Dit besluit van 30 maart 2001, RTB2001/1379, is ingetrokken met ingang van 29 december 2016 door middel van het besluit van 16 december 2016, nr. 2016-221112. Als motivering voor de intrekking is aangegeven dat dit beleid inmiddels ook is vermeld in andere besluiten. Zo vermeldt bijvoorbeeld ook DB2014/3099, onderdeel 3, nr. ii, de verplichting tot voorlegging aan het APA/ATR-team voor bindende advies.

<sup>7</sup> Ook tot uitdrukking gebracht in de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 april 2017 met antwoorden over de APA/ATR-praktijk. Zie Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr. 150, blz. 3.

<sup>8</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën 6 juli 2005, IFZ2005/546M. In dit kader is het citaat uit het WOB verzoek van 28 februari 2017 (het antwoord van de VS op de vraag of zij het eens zijn met een dergelijk besluit) nog vermeldenswaardig: 'We are happy to have you guys give better treatment to our companies, if you would like to and can do so without it suggesting that we should do the same for your companies.'

Het APA/ATR-team geeft geen zekerheid vooraf bij volstrekt kunstmatige structuren die alleen zijn opgezet om de buitenlandse belasting te ontgaan (geen of zeer beperkte substance). Verder lijkt sprake van terughoudendheid in situaties waarin de structuur of transacties niet kenbaar zijn voor andere landen of worden versluierd (en dus de andere landen de mogelijkheid wordt ontnomen om hun eigen positie te beschermen). Denk bijvoorbeeld aan herfacturering richting belastingparadijzen. Een belangrijk criterium lijkt hier dus de kenbaarheid voor andere landen.

#### *Indruk van de bekeken rulings*

Onze algemene indruk is dat de onderzochte rulings op de juiste (processuele) manier zijn afgehandeld, dat zorgvuldig is gehandeld en dat de juiste toetsen zijn aangelegd. De hernieuwde beoordeling door de tweede ondertekenaar draagt hier zeker aan bij. Het APA/ATR-team handelt niet in zich zelf gekeerd of eigenmachtig. Voor de totstandkoming van rulings worden andere onderdelen van de Belastingdienst geraadpleegd, bijvoorbeeld kennis- en coördinatiegroepen. Ook vindt geregeld afstemming met het Ministerie van Financiën plaats.<sup>9</sup> We hebben kunnen vaststellen dat er tijdens ons onderzoek sprake was van een open houding.

Slechts in één geval bestaat twijfel of de afgegeven ruling past binnen de beleidskaders voor het afgeven van zekerheid vooraf.<sup>10</sup> Voor het overige blijven de bekeken rulings naar onze indruk binnen de door het ministerie in overleg met het APA/ATR-team uitgezette kaders. Deze kaders betekenen niet dat "alles" wordt geaccepteerd. Zo worden bijvoorbeeld herfactureringen richting belastingparadijzen en informeel kapitaalrulings voor schaalvoordelen bij de centralisatie van de inkoopfunctie of voor (bepaalde) rentemarges niet geaccepteerd omdat deze niet kenbaar zijn voor andere landen (en de andere landen dan dus niet hun grondslag kunnen beschermen). In sommige andere gevallen wordt uitdrukkelijk geëist dat het andere land op de hoogte moet zijn van de – fiscale merites van de – structuur. Ook daarbuiten is bij het andere betrokken land vaak bekend dat de winst daar thuis hoort, maar wordt daar om het andere land moverende redenen (vooralsnog) niets mee gedaan.

Voor de toekomst – en het verleden tot 1 januari 2010 – lijkt in elk geval het punt van de kenbaarheid voor het andere land (grotendeels) te zijn opgelost door de verplichte uitwisseling van informatie over rulings.

#### **Sfeer**

De inrichting en de werkwijze van het APA/ATR-team behoorden niet tot onze primaire taakopdracht. Wel hebben we gezien of de wijze waarop het APA/ATR-team opereert (ongewenste) gevolgen kan hebben voor de af te sluiten rulings. Dit mede naar aanleiding van het beeld in sommige media en in Kamervragen dat ambtenaren zich sterk zouden indentificeren met de fiscale adviessector.

Uit ons onderzoek komt het beeld naar voren van een professionele organisatie met (zeer) betrokken medewerkers die, richting de doelgroep van de internationale ondernemingen, op open en constructieve wijze uitvoering gegeven aan het beleid van de Belastingdienst tot het geven van zekerheid vooraf. Een dergelijke constructieve houding, uiteraard binnen het kader van wet, jurisprudentie en beleid, past ook in het consistent uitgedragen belang van een goed vestigingsklimaat, zeker waar het gaat om omvangrijke investeringen met substantiële werkgelegenheid in Nederland.

De taakstelling van het APA/ATR-team vergt een open en pro-actieve opstelling. De totstandkoming van een ruling kan veelvuldige contacten met – adviseurs van – de betrokken

---

<sup>9</sup> Dit is in overeenstemming met paragraaf 6.1 van het Besluit van 12 juni 2014, DGB 2014/296M; een vergelijkbare passage stond ook in de voorganger van dit besluit, te weten het besluit van 11 augustus 2004, DGB 2004/1338.

<sup>10</sup> Deze twijfel zag dus niet op de fiscaal-inhoudelijke kant van de ruling; de bepaling van de Nederlandse grondslag.

onderneming meebrengen, onder meer om de relevante feiten vast te stellen. Dit contact kan de vorm aannemen van mailverkeer en (diverse) overleggen. Deze contacten worden naar onze indruk zorgvuldig vastgelegd. Verder vindt soms vooroverleg plaats over de vraag of Nederland bereid is zekerheid te verstrekken over een voorgenomen nieuwe structuur. In dit kader wordt door het APA/ATR-team ook pro-actief nagedacht over de fiscale merites en de (on)aanvaardbaarheid van mogelijke nieuwe structuren die (in de toekomst) kunnen worden voorgelegd.<sup>11</sup> Een dergelijke pro-actieve opstelling lijkt ook noodzakelijk aangezien het APA/ATR-team opereert in een dynamische internationale omgeving die voortdurende wijzigt. Het beoordelingskader blijft echter altijd de concreet door de internationale onderneming voorgelegde structuur en de Nederlandse wet- en regelgeving. Als sprake is van fiscale grensverkenning of als sprake is van strijd met de goede trouw wordt het vooroverleg bijvoorbeeld sowieso niet voortgezet.<sup>12</sup> Het in sommige media en Kamervragen genoemde beeld van een Belastingdienst die "actief meedenkt" over het opzetten van belastingontwijkende structuren, hebben wij in ons onderzoek niet kunnen vaststellen. Wel zou naar onze indruk de interne en externe communicatie over wat het APA/ATR-team wel en niet doet soms wat zorgvuldiger hebben gekund.

Het al genoemde aspect van een dynamische internationale omgeving die voortdurende wijzigt, geldt de laatste jaren, sinds de start van het BEPS-project, in versterkte mate. Een deel van de uitkomsten van dit project moet echter nog in de Nederlandse wetgeving worden geïmplementeerd. Uiteraard wordt er door het bedrijfsleven en het APA/ATR-team geanticipeerd op de nieuwe nationale en internationale regels, maar tot het moment van juridische implementatie daarvan is het APA/ATR-team gebonden aan de bestaande wet- en regelgeving. Alle bestaande rulings zijn ook onder die bestaande wet- en regelgeving tot stand gekomen. Dit is ook het uitgangspunt geweest van onze beoordeling. In zoverre is sprake van een vertraagde doorwerking van de nieuwe internationale normen en afspraken. Uiteraard zal de implementatie van de "BEPS-maatregelen" vanaf de inwerkingtreding hiervan wel gevolgen hebben voor de door het APA/ATR-team afgegeven en af te geven rulings.

De gebondenheid van het APA/ATR-team aan de wet- en regelgeving geldt ook voor mogelijke toekomstige (ontgaans)structuren die niet door de "BEPS-maatregelen" worden getroffen. Het APA/ATR-team is ook hierbij gehouden zekerheid vooraf te verlenen, tenzij hierop beleidsmatig een uitzondering bestaat of wordt gemaakt. De kaders hiervoor zullen door het ministerie moeten worden gezet.

## Vastlegging van beleid

### *Juridisch kader*

Een bestuursorgaan kan beleidsregels vaststellen (art. 1:3 en 4:81 AWB). Voor de Belastingdienst is het uitgangspunt dat de uitleg van het recht naar aanleiding van een – nieuwe – rechtsvraag wordt vastgelegd in een beleidsbesluit (par. 2.2 Besluit Fiscaal Bestuursrecht). Dit geldt ook voor mogelijk beleid dat ligt besloten in afspraken van het aanspreekpunt buitenlandse investeerders en in APA's en ATR's (paragrafen 5, 12 en 9 van de respectievelijke besluiten van 12 juni 2014, nrs. DGB 2014/296M, DGB 2014/3098 en DGB 2014/3099). De publicatie van de beleidsbesluiten vindt plaats met het oog op de rechtszekerheid (par. 2.1 Besluit Fiscaal Bestuursrecht). Dat veronderstelt een zekere continuïteit en robuustheid in de gekozen uitleg van het recht.

### *Spanning op vastlegging in een dynamische praktijk*

Er bestaat enige spanning tussen de APA/ATR-praktijk en de voor publicatie vereiste continuïteit en robuustheid in de gekozen uitleg van het recht. De APA/ATR-praktijk is namelijk tamelijk dynamisch. De Staatssecretaris van Financiën heeft hierover opgemerkt: "Het is goed om nogmaals te benadrukken dat in de APA/ATR-praktijk uitsluitend zekerheid vooraf wordt gegeven binnen de kaders van geldende wet- en regelgeving, jurisprudentie en beleid. Maar daarbij is het

<sup>11</sup> Waar nodig in overleg met de betrokken kennisgroepen en/of het ministerie.

<sup>12</sup> Zie ook par. 4 van het Besluit Fiscaal Bestuursrecht.

ook goed om aan te geven dat deze kaders zich in de tijd ontwikkelen. Er is geen sprake van een statisch geheel. Elke zekerheid vooraf past binnen de kaders van het moment. Maar die kaders zijn in de loop van de tijd wel steeds gewijzigd'.<sup>13</sup>

Daarnaast hebben wij geconstateerd dat een gekozen uitleg van het recht door het APA/ATR-team nadien in een iets afwijkend geval genuanceerd moest worden of van aanvullende voorwaarden moest worden voorzien. Dat komt omdat het in de internationale praktijk lastig is alle mogelijk situaties te voorzien die passen bij de gekozen wetsuitleg in een individuele casus. Om dezelfde reden zien we ook dat het APA/ATR-team soms kiest voor een min of meer voorwaardelijke uitleg van het recht ('het kan niet, tenzij'). In feite betreft dit dan meer een uitgangspunt voor de bewijslastverdeling dan rechtsuitleg. In dergelijke gevallen kan bezwaarlijk publicatie plaatsvinden met het oog op de rechtszekerheid.

Dit neemt niet weg dat op onderdelen meer openheid betracht had kunnen worden, bijvoorbeeld over de situaties waarin afspraken niet tot stand zijn gekomen. Het gebrek aan publicaties lijkt er aan te hebben bijgedragen dat voor de buitenwacht de APA/ATR-praktijk weinig inzichtelijk is.

#### *Publicatie in themabesluiten*

Voor zover rechtsvragen zijn opgekomen in de APA/ATR-praktijk zijn deze door tussenkomst van kennisgroepen gepubliceerd in themabesluiten zoals we die kennen voor bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid. We constateren dat de interval tussen actualisaties van deze beleidsbesluiten soms lang is.<sup>14</sup>

-.-

---

<sup>13</sup> Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr. 150, blz 3.

<sup>14</sup> De meest actuele versie van het besluit Deelnemingsvrijstelling, nr. BLKB2016/803M, is gedagtekend 20 januari 2017, het daaraan voorafgaande besluit was van 12 juli 2010.