

# De digitaliserende economie als aanjager van mondiale winstbelastinghervormingen

Prof. dr. M.F. de Wilde, datum 23-12-2021

**Datum**

23-12-2021

**Auteur**

Prof. dr. M.F. de Wilde<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS627121:1

**Vakgebied(en)**

Ondernemingsrecht / Algemeen

Auteur beschouwt de ontwikkelingen in de winstbelastingheffing van het internationale bedrijfsleven rondom platformondernemingen in een digitaliserende economie. De platformeconomie speelt een aanjagende rol in de mondiale beleidsdiscussies over belastinghervormingen om de winstbelasting eerlijker te maken. Auteur bespreekt de totstandkoming en uitkomsten van het *Base Erosion and Profit Shifting* ('BEPS')-project van de OESO/G20 ('BEPS 1.0'). Daarna bespreekt auteur de ontwikkelingen in de beleidsdiscussies die sindsdien zijn gevoerd onder de noemer 'Addressing the tax challenges arising from the digitalisation of the economy'. Dit in de aanloop naar het mondiale politieke akkoord over belastinggrondslagverdeling (*Pillar One*) en minimumwinstbelastingheffing (*Pillar Two*) van 1 juli 2021 en de actualisatie daarvan van 8 oktober 2021 ('BEPS 2.0'). Nederland introduceerde afgelopen jaren diverse belastingmaatregelen om ons land minder aantrekkelijk te maken te worden ingezet als doorsluisjurisdictie richting belastingparadijzen, anticiperend op bewegingen in het internationale fiscale speelveld en om de reputatie van 'belastingparadijs' af te schudden. De ambitie is het akkoord van afgelopen zomer komend kalenderjaar wereldwijd te implementeren, binnen de Europese Unie via EU-richtlijnen. Het akkoord wordt gepresenteerd als een stelselverbeterende belastinghervorming. In werkelijkheid wordt de bestaande verouderde winstbelastingarchitectuur met de toevoeging van twee belastingssystemen verder verzaamd. Het wordt een uitdaging de maatregelen ingeregeld te krijgen. Wereldwijd moeten belastingwetten en belastingverdragen worden aangepast, een uitdaging van formaat. Aan het ene uiterste van het mogelikhedenspectrum zit het scenario van een mondiale vennootschapsbelasting en aan het andere het scenario dat alles bij het oude blijft. Beide lijken onwaarschijnlijk. Waarschijnlijker is dat we ergens in het midden uitkomen. Dit roept de vraag op of het met de voorgenomen stapeling van belastingstelsels bij een beetje rommelig zal blijven of dat de winstbelastingheffing de komende jaren een puinhoop gaat worden. We gaan het zien.

## 1. Inleiding

In deze bijdrage zet ik de ontwikkelingen uiteen van de laatste jaren in de winstbelastingheffing van het internationale bedrijfsleven rondom platformondernemingen in een digitaliserende economie. Eerst schets ik de aanjagende rol van de platformeconomie rondom de mondiale beleidsdiscussies over hervormingen om de winstbelasting eerlijker te maken (2010-2015). Daarbij bespreek ik de totstandkoming van het *Base Erosion and Profit Shifting* ('BEPS')-project van de OESO/G20 en de dynamiek daaromheen ('BEPS 1.0'). Daarna ga ik in op de ontwikkelingen sindsdien onder de noemer 'Addressing the tax challenges arising from the digitalisation of the economy' (2015-2020). Dit in de aanloop naar het welhaast mondiale politieke akkoord afgelopen zomer (2021) over wat bekend is komen te staan als *Pillar One* en *Pillar Two* ('BEPS 2.0'). Na het plaatsen van enige kanttekeningen over de implementatie (2022-2024) rond ik af met enige afsluitende opmerkingen. En passant leg ik verbanden met ontwikkelingen in de Europese Unie ('EU'), en in Nederland met de beleidsmatige heroriëntatie op de inzet van de vennootschapsbelasting in de slag om bedrijfsinvesteringen.

## 2. Stormachtige ontwikkelingen

De platformeconomie speelt een katalytische rol in de mondiale ontwikkelingen de afgelopen jaren op het terrein van de internationale winstbelastingheffing in de zoektocht naar hervormingen om deze 'eerlijker' te maken. Platformondernemingen zouden zich aan effectieve winstbelastingheffing onttrekken in landen waar zij hun onlinediensten aanbieden. Zij zouden in staat zijn markten te bedienen zonder in die landen een fysieke aanwezigheid te hebben,

voorwaarde voor belastbare aanwezigheid. Dit wordt toegeschreven aan het verouderde winstbelastingmodel, zoals dat wereldwijd en ook in Nederland al zo'n 100 jaar wordt toegepast. Winstbelasting wordt geheven in landen waar bedrijven hun hoofdkantoor, vestiging of filiaal hebben en niet, zoals bij de btw, in landen waar bedrijven hun producten of diensten in de markt zetten. Dit heeft de discussie aangejaagd die tot en met de dag van vandaag voortduurt over hervorming van de winstbelastingarchitectuur onder de noemer 'Addressing the tax challenges arising from the digitalisation of the economy'.<sup>[2]</sup>

De beleidsdiscussies over belastinghervormingen – thans door de OESO georganiseerd binnen het *Inclusive Framework* ('IF') waar (ondertussen) 140 landen bijeenkomen – begonnen ongeveer een decennium geleden. Toen ging het over het aanpakken van belastingparadijzen, brievenbusmaatschappijen en de verschillen tussen belastingstelsels, binnen de kaders van de bestaande winstbelastingarchitectuur (transfer-pricingmodel,<sup>[3]</sup> belastingheffing nominaal vermogensrendement, tariefautonomie landen). De uitkomsten daarvan hebben zich vertaald in grootschalige wijzigingen in winstbelastingstelsels wereldwijd, ook in de EU en Nederland. Sinds enkele jaren gaat de beleidsdiscussie over een herverdeling van winstbelastinggrondslag over landen richting marktjurisdicties en het bewerkstelligen van een wereldwijd minimumniveau van winstbelastingheffing, voorbij de bestaande kaders. De discussies worden nog altijd volop gevoerd en een aantal landen heeft vooruitlopend op de uitkomsten reeds unilateraal maatregelen genomen. Ook Nederland heeft de afgelopen jaren maatregelen geïntroduceerd, anticiperend op bewegingen in het speelveld en om de reputatie van 'doorsluisland' en 'belastingparadijs' af te schudden.

Wat is er gebeurd? Tot nog niet zo lang geleden was de vennootschapsbelasting een vooral fiscaaltechnische aangelegenheid die vooral fiscaal-specialisten bezighield. De financieel-economische crisis van 2007 tot 2011 veranderde dit. De neerwaartse conjunctuur, in combinatie met enerzijds de begrotingsdiscipline destijds via verhogingen van belastingen op arbeid en consumptie en het korten op de welvaartsstaat (*austerity*) en anderzijds de aanhoudende mediaberichten over vermogende particulieren die hun vermogens(inkomsten)belastingverplichtingen ontdoken (zwartsparenders) en grote bedrijven die via ingewikkelde belastingconstructies winstbelasting ontweken, maakte de discussie maatschappelijk-politiek. We lazen over *tax havens*, de *Double Irish With a Dutch Sandwich*, *nowhere income* en de onverkwikkelijke rol die Nederland zou spelen, bijvoorbeeld in relatie tot ontwikkelingslanden die we via de belastingverdragen het brood uit de mond zouden stoten. Het ging niet alleen over Nederland. Beroemd zijn de beelden van vertegenwoordigers van Amerikaanse multinationals waaronder enkele platformondernemingen die door Britse MP's om hun belastingmoraal werden gegrild ("*we are not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral*"; Margaret Hodge, 2012). Ook zagen we de BRICS-landen nadrukkelijker hun plek claimen aan de fiscale speeltafel en hun deel van de belastingtaart opeisen. De winstbelasting werd politiek.

### 3. BEPS 1.0; digital economy?

Marktliberalisering, het vrij verkeer binnen de EU, globalisering, en het internet hadden ook op fiscaal terrein een keerzijde: agressieve belastingplanning en oneerlijke belastingconcurrentie. De discussie speelde al langer, maar aangewakkerd door het momentum in de nasleep van de bankencrisis ontstond de politieke daadkracht om de belastingontwijkingsproblematiek te adresseren. De OESO, fiscaaltechnisch geëquipeerd en gezaghebbend, greep zijn kans en de G20 mandateerde de organisatie om oplossingen te ontwikkelen, of eigenlijk bestaande oplossingen en *best practices* te verzamelen en tot mondiale beleidsstandaarden te verheffen. Zo werd het BEPS-project met zijn 15 actiepunten in de steigers gezet (2013-2015).<sup>[4]</sup>

De oplossingen voor agressieve belastingplanning en oneerlijke belastingconcurrentie werden gezocht binnen de bestaande kaders, met antimisbruikdoctrines en -maatregelen om de ongewenste implicaties van de werking en toepassing van de winstbelastingstelsels van landen te bestrijden. De beleidsuitkomsten van het BEPS-project (2015) werden gestut op 3 pijlers: *substance*, *coherence*, *transparency*. De eerste pijler (*substance*) werd gefundeerd op de gedachte dat winstbelasting geografisch moet neerslaan waar waarde wordt gecreëerd (*location of value creation*). Dit was de overwinning van het bestaande transfer-pricingmodel. De belastingheffing van individuele juridische entiteiten (*separate accounting*), ook als deze deel uitmaken van een internationaal concern, en de fiscale erkenning van juridische transacties tussen concernonderdelen die moeten worden beprijsd alsof deze tot stand zijn gekomen tussen marktpartijen (*arm's length pricing*) en waarbij deze beprijzing wordt gestoeld op de aanwezigheid van reële investeringen in landen (*functional analysis; origin principle*). De tweede pijler (*coherence*) werd gefundeerd op de gedachte belastingstelsels van landen op cruciale punten onderling te laten aansluiten via *linking rules* en bijheffingsmaatregelen (*controlled foreign company* ('CFC')-regimes) om zo *mismatches* te adresseren en het inspelen door landen en bedrijven op *nowhere-income*-uitkomsten terug te dringen. Ook werd de ruimte voor renteaftrek aan banden gelegd (*earningsstripping* maatregelen). De derde pijler (*transparency*) verplichtte bedrijven, hun adviseurs en landen over allerlei aangelegenheden transparant te zijn, bijvoorbeeld over de implementatie van mogelijk agressieve planningsconstructies, over afspraken tussen bedrijven en belastingautoriteiten (*rulings*), en over de vraag in welke landen bedrijven winstbelasting afdragen (*country-by-country reporting*). De controversie en rechtsonzekerheid die de ongecoördineerde stapeling van antimisbruikmaatregelen inleidde, zou worden geadresseerd met effectieve geschilbeslechtingsprocedures via onderling overleg en arbitrage (*tax certainty*).

Een van de geformuleerde doch niet specifiek geadresseerde actiepunten betrof de 'Tax Challenges Arising from Digitalisation', 'Action 1'. De digitalisering van de economie brengt uitdagingen om internetondernemingen zoals platformondernemingen effectief te belasten. Belastingheffing in marktlanden is niet altijd aan de orde, vanwege het ontbreken van een fysieke aanwezigheid in de vorm van een filiaal of dochtervennootschap. De achtervanger van de fiscale vestigingsjurisdictie als aanknopingspunt voor heffingsjurisdictie is geografisch zo mobiel, is de gedachte, als de effectieve bestuurder(s) van de vennootschap of groep gelieerde vennootschappen van waaruit de internetonderneming wordt gedreven. Hoewel gesignaleerd, werd dit niet fundamenteel geadresseerd. De oplossingen werden gezocht binnen de bestaande systematiek. Winstbelastingheffing in marktjurisdicties treedt daarbuiten. Vraagstukken van agressieve belastingplanning en oneerlijke belastingconcurrentie bij internetondernemingen zijn dezelfde als bij andersoortige bedrijven en verdienen langs dezelfde lijnen te worden opgelost, aldus de OESO in 2015. Bovendien knopen de indirecte belastingen zoals de Europese btw voor de grondslagverdeling al aan bij marktjurisdicties op basis van het bestemmingslandbeginsel (*destination principle*). In de btw loopt men hier op de vennootschapsbelasting voor en richten vraagstukken en ontwikkelingen zich met name tot de effectieve inning van btw van bijvoorbeeld buitenlandse platformondernemingen of bedrijven die via platforms hun producten vermarkten. Daar zet men in op verplichtingen voor bijvoorbeeld platformondernemingen tot renseignering en btw-inning en op eenloketsystemen (*one stop shop*) en administratieve samenwerking en bijstandverlening.<sup>[5]</sup>

#### 4. Geest uit de fles

Landen wereldwijd, de EU voorop, voerden de beleidsuitkomsten van het BEPS-project in hun winstbelastingstelsels door (2015-2022). Nederland omarmde de BEPS-beleidsuitkomsten en implementeerde de Europese anti-ontwijkingsmaatregelen ('Anti Tax Avoidance Directive', 'ATAD') ruimhartig. De vooralsnog laatste EU-implémentatiemaatregel in dit verband – de 'Belastingplichtmaatregel omgekeerde hybride lichamen' – werd op Prinsjesdag jongstleden voorgesteld en is op 1 januari 2022 in werking getreden. Nederland zette in op de aanpak van brievenbusstructuren en belastingparadijzen. Het narratief werd dat bedrijven met reële investeringen in Nederland weinig van de maatregelen te duchten hadden en dat dit anders wordt zodra bedrijven met brievenbusmaatschappijen aan de slag gaan (2015). Uiteenlopende antimisbruikmaatregelen zijn de afgelopen jaren doorgevoerd, waarbij meervoudige heffing bij samenloop van deze maatregelen onopgelost blijft onder de noemer 'prohibitief karakter'. Belastingontwijkende bedrijven raakten daarmee in zekere zin fiscaalpolitiek vogelvrij en hetzelfde geldt voor oneerlijk concurrerende belastingparadijzen die op allerlei zwarte lijsten kwamen te staan (*blacklisting*). Ook de EU en Nederland maakten zulke lijsten die vervolgens werden ingezet als *gateway criterion* voor antimisbruikmaatregeltoepassing. Een voorbeeld is de per 1 januari 2021 in Nederland ingevoerde conditionele bronbelasting op uitgaande interest- en royaltybetalingen richting zogenoemde 'laagbelastende jurisdicties'. Deze bronbelasting beoogt niet zozeer belastingopbrengsten te genereren, maar is vooral bedoeld om Nederland onaantrekkelijk te maken als doorsluisjurisdictie. In 2024 wordt deze belasting uitgebreid met een flankerende bronbelasting op dividenden naast de bestaande dividendbelastingwetgeving.

In lijn met de substance-pijler ontkwamen bedrijven en landen veelal aan antimisbruikmaatregeltoepassing, zolang zij de juridische inkleding van hun ondernemingsactiviteiten bestendigden met 'substance', dat wil zeggen door mensen (arbeid) en middelen (kapitaal) – *functions performed* – in betrokken groepsvennootschappen onder te brengen en voor de bedrijfsvoering in te zetten. Dan was geen sprake meer van een brievenbusmaatschappij. Nederland richtte zijn belastingbeleid op fiscale aantrekkelijkheid voor reële investeringen en een rol als hubjurisdictie (2018-2019). Klassieke brievenbusstructuren en belastingparadijzen werden langs deze lijn fiscaal ontmanteld (of naar het buitenland verlegd). De winstbelastingarchitectuur bleef intact en bedrijven en landen wendden zich in steeds meerdere mate tot *substance planning*, de strategische onderbrenging van substance en bedrijfsfuncties in landen en concernstructuren om aan antimisbruikmaatregeltoepassing te ontkomen en zo hun planningstructuren fiscaal optimaal te houden. Voorbeelden zijn de strategische verplaatsingen vanuit belastingparadijzen naar andere landen (*onshoring*), zoals Nederland, van immateriële activa zoals merkenrechten en octrooien en de ondernemingsactiviteiten daaromheen (*DEMPE-functions; Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation*). We lazen daarover in de kranten, bijvoorbeeld ten aanzien van (opnieuw) sommige Amerikaanse platformondernemingen. Nederland, overigens, beperkt per 1 januari 2022 de aantrekkelijkheid van onshoringtransacties van na 1 juli 2019. Dit via een op Prinsjesdag jongstleden voorgestelde aanpassing in de vennootschapsbelastingwetgeving (Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel), in navolging van een van de adviezen daartoe van de Adviescommissie belastingheffing van multinationals (Commissie Ter Haar).<sup>[6]</sup> Ondertussen bleven landen via de winstbelasting concurreren met *incentive regimes*. In ontwikkelde landen gaat het daarbij om het aantrekken of behouden van investeringen in innovatie (*patent boxes, non-routine functions*). In Nederland is dit het innovatieboxregime (art. 12b Wet VPB 1969) dat rendementen uit innovatieve investeringen tegen 9% belast in plaats van de reguliere 25% (2021-tarieven). In ontwikkelende landen gaat het om investeringen in productie (*tax free zones, routine functions*). Dit voedde de *race-to-the-bottom*-hypothese, de gedachte dat door belastingconcurrentie en tariefverlagingen uiteindelijk geen enkel land meer effectief winstbelasting kan heffen. Vermeldenswaard is dat de OESO in

juli 2021 zijn 'Corporate Tax Statistics' publiceerde waarin staat dat in de onderzochte 93 landen tussen 2000 en 2017 'CIT revenues as a share of total tax revenues' zijn gestegen van 12,1 naar 14,6% en 'CIT revenues as a percentage of GDP' van 2,7 tot 3,1%.<sup>[7]</sup> Ingewikkeld.

De rust keerde niet terug na 2015, integendeel. De balans was verstoord (2015-2017). Opnieuw stonden platformondernemingen centraal. De geopolitieke belangen onder het fiscaalpolitieke speelveld bleken niet langer opgetrokken langs de klassieke lijn van rijke(re) ontwikkelde kapitaalexporterende landen (*residence countries*) versus arme(re) ontwikkelende kapitaalimporterende landen (*source countries*). Platformondernemingen waren vooral van Amerikaanse komaf en in mindere mate van Aziatische of Europese origine. Dat zet druk. Met name Amerikaanse en Europese belangen lagen, en liggen, niet langer met elkaar in lijn en de toch al broeiende onderliggende discussie over grondslaghervreiding, al eerder geïnitieerd vanuit een aantal BRICS-landen, bleef aanhouden. Dit opnieuw aangewakkerd door mediaberichten over Amerikaanse techbedrijven die aan winstbelastingheffing zouden blijven ontsnappen. *Fair taxation* bleef een nieuwsitem.

Diverse landen, waarbij sommige (Europese) landen bovendien werden gedreven door de zoektocht naar belastingopbrengsten om hun welvaartsstaat te bekostigen en begrotingstekorten terug te dringen, grepen de ontwikkelingen aan om unilateraal omzetgerelateerde belastingen te introduceren specifiek voor bepaalde typen internetbedrijven en platformondernemingen (2017-heden). Deze heffingen sluiten geografisch aan bij de plaats van de gebruikers van de door deze platformondernemingen aangeboden onlinediensten. Gevolg was een 'proliferatie' van heffingen onder uiteenlopende naamgevingen, zoals de *equalisation levy* (India) en de *digital services tax* (Frankrijk, Spanje, Italië, Oostenrijk, Verenigd Koninkrijk, etc.). Deze heffingen bewegen analytisch tussen een winstbelasting en omzetbelasting: 'tusseninbelastingen' die handig de beperkingen uit de belastingverdragen en het Unierecht op bijvoorbeeld vrijheden-, staatssteun- en btw-terrein lijken te omzeilen.<sup>[8]</sup> Deze heffingen raken vooral Amerikaanse techbedrijven en lokken Amerikaanse tegenmaatregelen uit – *retaliatory taxation* – in de vorm van bijvoorbeeld Amerikaanse invoerheffingen op producten uit betrokken landen, of in ieder geval drukzetting langs die lijnen (*tax wars*).

De Europese Commissie haakte in 2018 aan op het momentum en lanceerde een richtlijnvoorstel voor een geharmoniseerde digitaaldienstenbelasting. Dit als opmaat voor een beoogde bredere hervorming van de winstbelastingheffing binnen de EU, een langgekoesterde wens van de Europese Commissie, die enige keren politiek minder succesvol werd gelanceerd (2011, 2016; 'Common Consolidated Corporate Tax Base', 'CCCTB'). Recent, medio 2021, kondigde de Europese Commissie – meebewegend op het momentum rond Pillar One en Pillar Two, zie hieronder – een derde initiatief aan op dit vlak dat in 2023 moet worden verwezenlijkt ('Business in Europe: Framework for International Taxation', 'BEFIT').<sup>[9]</sup> Het richtlijnvoorstel voor een Europese digitaaldienstenbelasting bleek eind 2018 politiek onhaalbaar. Medio 2020, mid-COVID, bereikten de EU-lidstaten niettemin politieke overeenstemming voor een *digital levy* als eigen middel om het coronaherstelpakket ('NextGenerationEU') te financieren, onder gelijktijdige intrekking van het richtlijnvoorstel voor een digitaaldienstenbelasting uit 2018. Een richtlijnvoorstel wordt nog altijd verwacht. Eerdere aankondigingen werden afgelopen maanden uitgesteld, vanwege Amerikaanse tegendruk op deze ontwikkeling. Opmerking verdient de inzet vanuit de Verenigde Naties ('VN') in dit verband. In 2021 presenteerde de VN het gewijzigde VN-modelbelastingverdrag met daarin opgenomen een heffingsbevoegdheid voor een bronbelasting (*source tax*) op uitgaande betalingen voor binnenkomende onlinedienstverlening. Een digitaaldienstenbelasting ingebed in het belastingverdrag.

## 5. BEPS 2.0; 'digitalisation of the economy'?

### 5.1 OESO in beweging

De ontwikkelingen (2015-2017) hielden ook de OESO in beweging. Waar aanvankelijk op 2020 werd ingezet, kwam de OESO, aangespoord door de ontwikkelingen, begin 2018 met een interimrapport over de Tax Challenges Arising from Digitalisation. In 2019 volgden onder een veranderend politiek mandaat een *policy note* van het inmiddels geformeerde IF, een publieke consultatie, een *programme of work* waarin de contouren werden neergezet van wat daarna de Pillar One- en Pillar Two-maatregelen onder een mondiaal belastinghervormingspakket zouden gaan worden en waarover datzelfde jaar nog publiek werd geconsulteerd. Begin 2020 volgde een *Statement* van het IF en in het najaar van dat jaar – door COVID iets vertraagd, of wellicht vanwege Amerikaanse politieke tegendruk, zie hieronder – presenteerde de OESO twee blauwdrukken voor maatregelen om de uitdagingen van de digitaliserende economie te adresseren ('Report on the Pillar One Blueprint') en een mondiaal minimumniveau van winstbelastingheffing te bewerkstelligen ('Report on the Pillar Two Blueprint'). Begin 2021 volgden publieke consultaties.

Na een interventie vanuit de regering van de Verenigde Staten (VS) in april 2021, werd in de zomer van 2021 – eerst binnen de G7, daarna tussen inmiddels 137 van de 141 IF-landen en binnen de G20 – politieke overeenstemming in de vorm van een Statement (1 juli 2021) bereikt dat door aangesloten landen te nemen stappen op dit dossier zouden moeten verlopen langs de binnen OESO-verband ontwikkelde lijnen (*common approach*). Dit met de bedoeling de voorgenomen mondiale

belastinghervormingen in 2022 en 2023 in de winstbelastingstelsels van landen te implementeren. De media berichtten over een 'historisch akkoord'. In genoemde Commissiemededeling medio dit jaar waarin ook de BEFIT werd aangekondigd, kondigde de Commissie aan de maatregelen binnen de EU te gaan implementeren via EU-richtlijnen. In de tussentijd, in Nederland, hield de staatssecretaris van Financiën de Kamer geïnformeerd en ontwikkelde Nederland zich dezelfde periode tot voorstander en pleitbezorger van de plannen. Nederland beweegt mee en de klassieke inzet van het kabinet op het fiscale in de aantrekkelijkheid van Nederland als investeringsjurisdictie verwaterde. Dit voorsortend op mondiale ontwikkelingen en met als doel een verbetering van het fiscale imago tot stand te brengen en daarmee onze slagkracht in de internationale en Europese politieke arena's. Opmerking verdient dat Nederland thans geen plek aan tafel heeft in de *steering group* die zich over de maatregelen buigt. Op 8 oktober 2021, de bij het schrijven van deze bijdrage meest recente ontwikkeling, volgde vanuit de OESO een actualisatie van het Statement.<sup>[10]</sup> De ambitie is nog altijd dat de maatregelen in 2023 worden ingevoerd.

## 5.2 Pijler 1; winstbelastingheffing ook in marktjurisdicties voor de allergrootste bedrijven

De Pijler-1-plannen, voortgekomen uit Action 1, richtten zich aanvankelijk op maatregelen specifiek voor bepaalde typen internetbedrijven, waaronder platformondernemingen. In 2015 schreef de OESO dat de 'digitale economie' zich niet laat afzonderen – *ring-fencing* – van de rest van de economie en het daarom passender is te spreken over de 'digitaliserende economie'. In dat licht is het wellicht bijzonder te noemen dat de daaropvolgend binnen OESO-verband ontwikkelde plannen voor fiscale maatregelen onder de zich ontwikkelende noemer Pillar One sinds 2018 nu juist precies dit deden: fiscale ring-fencing. Dat leidde tot moeizame afbakeningsdiscussies over 'tech' versus 'niet-tech'. De oorspronkelijk ontwikkelde maatregelen zouden zich moeten richten tot grote bedrijven (met een jaaromzet van meer dan € 750 miljoen) met 'consumer facing'-bedrijfsmodellen of bedrijven die 'geautomatiseerde diensten' verrichten. Het lastige daar was dat eigenlijk niemand precies wist wat dat zijn. Bovendien vonden sommige landen, met name de VS, dat zulke sectorgerelateerde afbakeningen, tech versus niet-tech, ten nadele van de grote (lees: Amerikaanse) platformondernemingen en andere internetbedrijven fiscaal discrimineren.

Voor de VS was dit reden de politieke inzet op dit dossier enige tijd op een laag pitje te zetten. Pas in april 2021, na de Amerikaanse presidentsverkiezingen, schoof de VS met de al aangehaalde interventie weer aan bij de onderhandelingstafel. Bedoeling was de proliferatie van unilaterale maatregelen jegens Amerikaanse techbedrijven terug te dringen (*rollback workstream*) met enerzijds voorstellen de reikwijdte van de maatregelen te beperken tot alleen de ongeveer 100 allergrootse multinationals en dan ongeacht of het gaat om internetbedrijven of andersoortige bedrijven. Tegelijkertijd, anderzijds, zette de VS in op omarming van het mondiale minimumbelastingniveau uit Pijler 2, op een niveau van (aanvankelijk) 21%. 'Multilateralisme', als tegenhanger van het 'America First' van het presidentschap onder Trump. In werkelijkheid wil het huidige Amerikaanse presidentschap onder Biden in nakoming van campagnebeloften ('Build Back Better') grootschalig publiek investeren in bijvoorbeeld infrastructuur ('American Jobs Plan') en dit financieren met verhogingen van de Amerikaanse vennootschapsbelasting ('Made in America Tax Plan'). Om de relatieve concurrentiepositie van de VS niet te zeer onder druk te zetten en de plannen politiek kans van slagen te geven, kan dit alleen worden geëffectueerd als de rest van de wereld met de Amerikaanse winstbelastingverhogingen meebeweegt. Opmerking verdient dat de VS onder de regering-Trump per 2018 een maatregel invoerde die kan worden gezien als een soepeler variant van Pillar Two, de 'GILTI'-wetgeving (waarover thans voorstellen liggen deze te verscherpen en waarbij het bereiken van voortgang een politiek stekelige aangelegenheid is). De internationale inzet van de VS is de Amerikaanse wetgeving hier als *Pillar-Two-compliant* gekwalificeerd te krijgen.

De Pijler-1-voorstellen zien er als volgt uit. Bedoeling is grondslag te herverdelen door deze van productiejurisdicties (*origin jurisdiction*) deels te verleggen naar marktjurisdicties (*destination jurisdiction*). Dit leidt tot winnaars (bijvoorbeeld Frankrijk) en verliezers (bijvoorbeeld de VS), wat de politieke ingewikkeldheid verklaart. Dit ook in het licht van de geformuleerde flankerende *rollback workstream* van digitaal dienstenbelastingen (want welke maatregelvariant levert de meeste belastingopbrengsten op?).<sup>[11]</sup> Pijler 1 zou gaan om een jaarlijkse herverdeling van \$ 125 miljard winst. Om de maatregelen in lijn met het gepresenteerde tijdsplan te effectueren, moet komend kalenderjaar overeenstemming worden bereikt over de aanpassing van enige duizenden belastingverdragen via een multilateraal belastingverdrag.

Georganiseerd als 'oplegger' (*overlay*) op de bestaande winstbelastingarchitectuur richten de maatregelen zich feitelijk tot de top-100 allergrootste multinationals, met inbegrip van de grootste platformondernemingen. Om de maatregel non-discriminatoire te houden, wordt deze groep gelijk de Amerikaanse voorstellen in april 2021 gedefinieerd langs kwantitatieve criteria. Het moet gaan om multinationals met een winstgevendheid boven 10% in termen van *profit before tax/revenue* en een wereldwijde jaaromzet boven € 20 miljard. De bedrijven die binnen de reikwijdte van de maatregelen zouden vallen, zouden voor ongeveer 50% Amerikaans zijn, voor 22% een G7-origine hebben en voor 8% van Chinese komaf.<sup>[12]</sup> De eerdere inzet op grote techmultinationals met consumer-facing-bedrijfsmodellen of multinationals die geautomatiseerde digitale diensten verrichten is van tafel.<sup>[13]</sup> Van de aldus geïdentificeerde groep bedrijven wordt een gedeelte van de (aangepaste) geconsolideerde commerciële winst van betrokken multinationale onderneming toegerekend aan marktjurisdicties, dat wil zeggen de landen waar deze multinational zijn producten afzet. Dit aan de hand van een formule.

Het aan marktlanden toerekenbare gedeelte van deze winst betreft het *Amount A* (of het *Quantum*), bepaald als 25% van genoemde geconsolideerde commerciële winst (*with a small number of adjustments; de tax base determination*), voor zover deze een bedrag gelijk aan 10% van de omzet overstijgt. Vermeldenswaard is dat de OESO in zijn *Transfer Pricing Guidelines* (2017) grondslagtoedeling op basis van een formule (*formulary apportionment*) stevig afwijst.

Belastbare aanwezigheid in een jurisdictie – *special purpose nexus rule* – wordt bepaald langs een kwantitatieve omzeldrempeltest in betrokken marktlanden ter hoogte van € 1 miljoen, of € 250 duizend als het gaat om een jurisdictie met een bruto binnenlands product onder € 40 miljard. Dit laatste om ook kleinere economieën te laten meeprofiteren. Omzet wordt gelokaliseerd – *revenue sourcing* – met verwijzing naar aanknopingspunten die lijken op de plaats-van-dienstregels in de btw ('where goods or services are used or consumed'). Bedrijven die hun bedrijfsmodellen reorganiseren en (weer) dicht bij de klant gaan produceren en op die basis de winsttoerekening aan die landen onder het transfer-pricingmodel opschroeven, krijgen een korting op de grondslagtoedeling onder het Pijler-1-systeem, de *marketing and distribution profits safe harbour*, een soort communicerendevatenmechanisme tussen de bestaande winstbelastingarchitectuur en voorgestelde overlay. Openstaande vraag is hoe dubbele belastingheffing gaat worden voorkomen. Naast de heffing in het marktland (zeg Frankrijk) zal een ander land (zeg de VS) moeten worden aangewezen dat zal terugtreden. Daar is men nog niet uit. Geschilbeslechtsprocedures moeten controverser en rechtsonzekerheid oplossen; naar verluidt was dit voor Kenia (Afrika's vijfde economie) en Nigeria (Afrika's grootste economie) reden niet bij het akkoord aan te sluiten. EU-lidstaat Cyprus is geen partij bij het IF maar heeft recent aangegeven het akkoord te verwelkomen,<sup>[14]</sup> wat van belang is voor het EU-implementatieproces, omdat EU-wetgeving op belastingterrein niet tot stand komt zonder unanimitéit onder de 27 EU-lidstaten.

### 5.3 Pijler 2; minimumniveau van winstbelastingheffing voor de grote bedrijven

De Pijler-2-plannen voor een minimumniveau van winstbelastingheffing kwamen onder de noemer 'addressing the remaining BEPS issues' op, geïnspireerd door c.q. in navolging van het in de VS in 2018 ingevoerde GILTI-regime en flankerende belastingmaatregelen. De plannen doken in 2019 op in de policy note van het IF, de publieke consultatie, en het daaropvolgende programme of work. De precieze beleidsdoelstellingen onder Pillar Two bleven lang dubbelzinnig. Betreft het de aanpak van oneerlijke belastingconcurrentie en belastingontwijking met brievenbusmaatschappijen, of het adresseren van alle vormen van belastingconcurrentie en daarmee alle typen fiscaal geïndiceerde investeringslokatiebeslissingen?<sup>[15]</sup> De realiteit is dat als de hele wereld een afspraak over een minimumwinstbelastingniveau maakt en uitvoert, de winstbelasting mondiaal aan de ondergrens wordt geharmoniseerd. Aannemende dat de *race-to-the-bottom*-hypothese klopt, dan betekent dit dat landen tot het bodentarief zullen blijven doorconcurreren. Gevolg is dat landen dan wereldwijd hetzelfde winstbelastingstelsel hanteren en niet meer met elkaar via de vennootschapsbelasting kunnen concurreren. Landen zijn dan effectief niet meer autonoom op dat onderdeel van hun belastingmix. De wenselijkheid van deze uitkomst is een politieke aangelegenheid. Naar verluidt was dit voor EU-lidstaat Ierland aanvankelijk reden niet aan te sluiten, maar in oktober 2021 verklaarden ook Ierland, Estland en Hongarije zich politiek bereidwillig en gingen akkoord. Nederland omarmde de bewegingen afgelopen zomer. Met het persbericht van de OESO van 8 oktober 2021 bij de lancering van de oktoberactualisatie van het Statement lezen we voor het eerst expliciet over de rationale onder Pijler 2: "*The global minimum tax agreement does not seek to eliminate tax competition, but puts multilaterally agreed limitations on it...*". Het gaat dus (toch) om de aanpak van belastingconcurrentie via wereldwijde ondergrensharmonisatie en niet (langer alleen) om grondslaguitholling en winstverschuiving.

De Pijler-2-voorstellen zien er als volgt uit. Bedoeling is een minimumniveau van belastingheffing te bewerkstelligen, en daarnaast te voorzien in flankerende bijheffing door landen tot dat niveau waar andere landen zich niet conformeren. Het minimumniveau wordt bepaald op 15%. Het zou gaan om een jaarlijkse mondiale additionele belastingopbrengst van \$ 150 miljard. De ondergrens brengt mee dat landen elkaar niet verder dan tot maximaal het minimumniveau kunnen blijven beconcurreren, wat de politieke ingewikkeldheid van de plannen verklaart en de ambiguïteit rondom de onderliggende beleidsrationales. Om de maatregelen conform het gepresenteerde tijdspad te effectueren, moet komend kalenderjaar overeenstemming worden bereikt over de aanpassing van nationale belastingwetgeving in landen wereldwijd. Tegelijkertijd moeten wellicht, daarover bestaat enige onduidelijkheid, enige duizenden belastingverdragen worden aangepast.

Georganiseerd als een *benchmark* vennootschapsbelastingstelsel richten de maatregelen zich tot de grote multinationals met een jaaromzet van € 750 miljoen of meer.<sup>[16]</sup> Daar zitten ook de grote platformondernemingen bij. Deze omzeldrempel is dezelfde als bij genoemde rapportageverplichtingen (country-by-country reporting). Het etiket 'common approach' dat de bij het akkoord aangesloten IF-landen aan de maatregelen gegeven hebben, betekent dat IF-leden die zouden besluiten daadwerkelijk maatregelen te nemen zich eraan committeren deze vervolgens conform de ontwikkelde beleidslijnen uit te rollen, niet dat zij zouden zijn gehouden de maatregelen daadwerkelijk te nemen.<sup>[17]</sup>

Kern van de Pijler-2-maatregelen is het minimumniveau van belastingheffing. Dit is de benchmark waar de verschuldigde effectieve winstbelasting (*effective tax rate, ETR*) in landen tegen wordt afgezet om vast te stellen of deze al dan niet het verlangde minimumniveau van thans 15% halen. De ETR-benchmarkanalyse wordt per land afzonderlijk bepaald

(*jurisdictional blending*). Centraal staat de *GloBE tax base* (acroniem voor *Global Anti Base Erosion*), de grondslag waar het 15%-tarief over wordt berekend.<sup>[18]</sup> Het Statement zegt niet zo heel veel over de GloBE-grondslag, behalve dan dat deze zal worden afgeleid van de commerciële winstbepaling volgens de jaarrekeningregels van de uiteindelijke moederentiteit van de groep “*with agreed adjustments consistent with the tax policy objectives of Pillar Two and mechanisms to address timing differences*”.<sup>[19]</sup> Het wordt interessant te zien wat hierin allemaal terug zal komen. Dit kan nog van alles zijn,<sup>[20]</sup> daarover moet nog een en ander worden uitonderhandeld. Het bedrag waar deze exercitie in uitmondt, de GloBE tax base, vormt vervolgens de noemer in een breuk waarvan (kort gezegd) de verschuldigde winstbelasting in betrokken jurisdictie (*covered taxes*) de teller vormt. Toepassing van de breuk levert het effectieve tarief (ETR) op dat vervolgens tegen het 15%-minimumtarief wordt afgezet om te bezien of bijheffing elders op zijn plaats is.

Vervolgens wordt in een van de andere landen waar betrokken multinational actief is bijgeheven, voor zover het effectieve tarief in betrokken beoordeelde jurisdictie lager is dan het minimumtarief (‘ik belast wat jij niet doet’). Daartoe is in drie maatregelen voorzien: (i) de *subject to tax rule* (‘STTR’); (ii) de *income inclusion rule* (‘IIR’); en (iii) de *undertaxed payments rule* (‘UTPR’).<sup>[21]</sup> De STTR betreft kort gezegd een onderworpenheidseis als voorwaarde voor bronbelastingheffingverlaging in verdragssituaties ter zake van rente- en royaltybetalingen en “*a defined set of other payments*”. De onderworpenheidseis is geformuleerd als een nominaal tarief van minimaal 9% op genoemde betalingen.<sup>[22]</sup> Het heffingsrecht van betrokken bronland is gelijk aan het verschil tussen het effectieve tarief in de vestigingsstaat en het minimumtarief.<sup>[23]</sup> De IIR betreft een bijheffingsmechanisme ten behoeve van de vestigingsstaat van de moedervennootschap.<sup>[24]</sup> De UTPR betreft een bijheffingsvangnetmechanisme ten behoeve van de landen van waaruit allerlei intra-concernbetalingen worden gedaan, direct of indirect, aan laagbelaste buitenlandse concernonderdelen.<sup>[25]</sup>

Een rangordereguleer bepaalt in welke volgorde landen mogen bijheffen. Eerst mag de STTR-jurisdictie, dan de IIR-jurisdictie, en dan mogen UTPR-vangnetjurisdicties onder een pro-rata-partereregeling. Daarbij wel de kanttekening dat nog moet worden bezien wat de *appetite* van landen zal blijken, als het erop aankomt, een STTR in de belastingverdragen op te nemen en zo IIR-jurisdictie op te geven. Zonder STTR in de verdragen komt eerst de IIR-jurisdictie aan de beurt, het land waar het hoofdkantoor van betrokken multinational zetelt.<sup>[26]</sup> Het Statement refereert aan te ontwikkelen *simplifications* in de vorm van *safe harbours and/or other mechanisms*. Dit om de complexiteit van de fiscale interstelselafhankelijkheden en daarmee gepaard gaande complianceproblematiek die de Pijler-2-benadering creëert voor bedrijven en belastingautoriteiten beheersbaar te krijgen. Ook wordt in het Statement verwezen naar de Amerikaanse GILTI-regeling en wordt opgemerkt dat “*consideration will be given to the conditions under which the US GILTI regime will co-exist with the GloBE rules, to ensure a level playing field*”.

## 6. Implementatie

Vervolgstappen zijn uitwerken en implementeren. Als bijlage bij het Statement van 8 oktober 2021 is een *Detailed Implementation Plan* gevoegd van wat komende periode op stapel staat. Daarin staat ook dat de “*IF members recognise the ambitious nature of the timelines contained in this implementation plan and are fully committed to use all efforts within the context of their legislative process in achieving that goal*”. Ontwikkelingslanden wordt technische assistentie aangeboden. Nader materiaal wordt ontwikkeld, zoals modelwet-/regelgeving (“... *by the end of November 2021* ...”) ter ondersteuning van de transpositie van de maatregelen in nationale belastingwetgeving. Ook is een multilateraal verdrag (‘Multilateral Convention’, ‘MLC’) in ontwikkeling dat de verdragsgerelateerde aspecten zal moeten inregelen (“... *with the objective of enabling it to enter into force and effect in 2023 once a critical mass of jurisdictions as defined by the MLC have ratified it*”).

Wat betreft de implementatie kunnen enige kanttekeningen worden geplaatst. Alle aangesloten landen zullen hun nationale belastingwetgeving moeten wijzigen. Verdragennetwerken zullen via multilaterale verdragen moeten worden aangepast. Binnen de EU moeten EU-richtlijnen worden aangenomen die vervolgens in de wetgeving van de lidstaten moeten worden geïmplementeerd. Om tot effectuering in 2023 te kunnen komen, moet dit allemaal komend kalenderjaar gaan gebeuren. Dat is nogal wat, nog los van de technische complexiteit. Hoe men op enigszins gecoördineerde wijze wereldwijd gaat komen tot synchronisatie en min of meer uniforme regeltoepassing en -interpretatie, zowel materieel- als formeelrechtelijk, laat ik onbesproken.

Pijler 1 is feitelijk een compleet winstbelastingstelsel, met een eigen set bouwstenen en reikwijdtebepalingen. We kijken naar de groep (subject), naar de op onderdelen aangepaste commerciële winst (object) en we verdelen deze vervolgens over marktlanden (nexus, allocatie) op basis van een formule. Voor al deze onderdelen zullen faciliterende maatregelen moeten worden opgenomen in zowel de belastingverdragen (voor de jurisdictievaststelling en heffingsbevoegdheidstoewijzing) als de nationale belastingwetten (voor de heffingsrechtvaststelling en voorkomingsystematiek). Pijler 1 komt boven op de bestaande vennootschapsbelastingstelsels van landen wereldwijd en zal met de werking en toepassing daarvan gaan samenlopen. De interacties zullen zich, schat ik, in gaan manifesteren bij de identificatie van de belastingplichtige en de voorkomingsystematiek in dat verband. Daar zijn nog geen meters gemaakt.

Ook Pijler 2 is feitelijk een compleet winstbelastingstelsel, met eveneens een eigen set bouwstenen en reikwijdtebepalingen.

We kijken naar de groep (subject), naar de op onderdelen (en dat zijn andere dan die bij Pijler 1) aangepaste commerciële winst (object) en we verdelen deze vervolgens over landen (nexus, allocatie) *on a jurisdictional basis*. Als het gaat over de grondslagverdeling over landen onder de toepassing van Pijler 2 voor ETR-vaststellingdoeleinden is het van belang zich te realiseren dat deze uit twee componenten zal bestaan. In de blauwdruk uit oktober 2020 is te lezen dat voor de grondslagtoedeling aan landen is gekozen voor het transfer-pricingmodel. Ook is daarin een passage opgenomen over de interactie tussen Pijler 2 en Pijler 1. Met het akkoord over ook Pijler 1 zal deze pijler ook in de werking van Pijler 2 moeten worden ingeregeld. Daar ontstaat een samenloop van de Pijler-1- en -2-systemen binnen het Pijler-2-benchmarksysteem.<sup>[27]</sup>

Verder hebben we nog de huidige vennootschapsbelastingstelsels van landen wereldwijd, wederom met allemaal eigen sets bouwstenen (subject, object, allocatie, tarief, voorkoming) en reikwijdtebepalingen. Die gaan straks qua werking en toepassing niet alleen samenlopen met Pijler 1, maar ook met Pijler 2 (waarbij deze pijlers ook onderling in het benchmarksysteem gaan samenlopen). In landen wereldwijd zal moeten worden voorzien in bijheffingsmechanismen. Afhankelijk van de relatieve positie van betrokken belastingplichtige in de concernstructuur – is in casu bijvoorbeeld sprake van een moedermaatschappij, een tussenhoudster, of een dochtermaatschappij? – zal de bijheffing onder de rangorderegel zich manifesteren in de vorm van de IIR of de UTPR. Een mogelijke STTR zal met de bijheffing worden verrekend. Dit betekent dat voor ieder concernonderdeel in ieder buitenland zal moeten worden beoordeeld of deze aldaar tegen ten minste het minimumniveau wordt belast. Dit verlangt een analyse van de wisselwerking, lokaal, tussen de nationale vennootschapsbelasting aldaar en het Pijler-2-minimumniveau (met daarin ook Pijler 1 geïncorporeerd). Ook zal onder toepassing van de rangorderegel moeten worden beoordeeld of een ander land (IIR), of andere landen (UTPR) al dan niet eerst tot (afdoende) bijheffing moet(en) overgaan c.q. feitelijk is/zijn overgegaan. Dit verlangt een analyse van de wisselwerking tussen de toepassing van bijheffingsmechanismen in die andere landen, volgend op de analyse aldaar van de wisselwerking tussen de nationale vennootschapsbelasting in betrokken laagbelastende land, lokaal, en het Pijler-2-minimumniveau (met daarin ook Pijler 1 geïncorporeerd). Deze exercitie zal in alle landen waar betrokken multinationale onderneming actief is, wereldwijd, over en weer jaarlijks moeten worden gedaan en herhaald. Vandaar de roep om simplifications en safe harbours (die vooralsnog niet zijn geëxpliciteerd).

Extra complicatie is dat de bijheffing niet tot het nationale tarief plaatsvindt, maar tot het minimumniveau. Als je de IIR of UTPR zou willen inregelen in de grondslagvaststelling, als CFC-maatregel of als aftrekbeperking, dan moet je met een breuk aan de slag, zoals we die kennen in het innovatieboxregime, op basis waarvan het 'zoveelste gedeelte' van het buitenlandse inkomen in de grondslag wordt betrokken om deze vervolgens tegen het nominale tarief te belasten en zo op de gewenste dynamische bijheffing tot het minimumniveau uit te komen. Dat zoveelste gedeelte is vervolgens weer afhankelijk van de vraag of, en zo ja, in hoeverre andere landen niet (ook) op adequate wijze gaan bijheffen onder bijvoorbeeld hun IIR of UTPR. Alternatief zou zijn te kiezen voor een soort incrementele belasting, een surtaxmodel, waarbij de te betalen vennootschapsbelasting wordt vermeerderd met een additioneel te betalen belastingbedrag, een beetje zoals gebeurt in de inkomstenbelasting met bijvoorbeeld de afbouw van de hypotheekrenteaftrek in de 'tariefmaatregel grondslagverminderende kosten' (afbouw) in art. 2.10, lid 2, Wet IB 2001. Die is ook als *top-up tax* georganiseerd. Dan zou Pijler 2 in de vennootschapsbelasting worden ingefaseerd via een ingreep in de tarieftabel in art. 22 Wet VPB 1969 en een schakelbepaling naar een soort Pijler-2-wet, een soort modulaire benadering derhalve. Een ander alternatief zou zijn dat zou worden besloten afscheid te nemen van het nationale vennootschapsbelastingstelsel en dit te vervangen door het Pijler-2-systeem om zo het benchmarkstelsel tot *default*belastingstelsel te transformeren. Dan hoeft je als land nog maar twee stelsels (Pijler 1 en Pijler 2) in samenhang te administreren in plaats van drie (Pijler 1, Pijler 2 en de VPB). Ook weet je dan zeker dat je steeds aan het toegestane minimumniveau voldoet.

En wat te doen met de landen die zich niet aan de common approach committeren, of zich daaraan op enig moment onttrekken (zoals inmiddels Pakistan)? Indien dit landen is toegestaan, wat onder een common approach het geval lijkt, moeten andere landen dan niet ook hun fiscale autonomie respecteren? Is een extraterritoriale bijheffing zonder nadere maatregelen op verdragsniveau eigenlijk wel toegestaan? Je belast tenslotte (ook) de operationele winst van groepsmaatschappijen in het buitenland bij tot een minimumniveau, waarbij de vraag rijst of betrokken landen daarover wel jurisdictie hebben. Het misbruikbestrijdingsargument, zoals bij CFC-maatregelen in de verdragsanalyse nog weleens speelt, laat zich hier lastig volhouden. Het gaat, weten we inmiddels, om belastingconcurrentiebestrijding en dat is toch wat anders dan een fiscale antimisbruikmaatregel. Indien hier sprake zou blijken te zijn van een handelen in strijd met de belastingverdragen, een *treaty override*, dan moeten de belastingverdragen ook op dat punt eerst worden gewijzigd. Dan wordt het nog lastig de zogenoemde niet-coöperatieve landen – de 'vrijstaten' – aan boord te krijgen. En zonder *leverage* ontstaat ook voor de aanvankelijk aangesloten IF-landen die bij nader inzien toch liever willen blijven doorconcurreren een prikkel zich aan de common approach te onttrekken. Dat tornt aan het fundament van het Pijler-2-systeem.

## 7. Afsluiting

Het zijn spannende tijden in de winstbelasting. De pijlers worden gepresenteerd als stelselverbeterende belastinghervormingen. Anders zouden landen wellicht kunnen gaan kiezen voor de unilaterale routes van de



digitaal dienstenbelastingen, met als gevolg een woekereend, gefragmenteerd, onoverzichtelijk belastinglandschap (fiscaal isolationisme). De pijlers moeten hier het harmonieuze antwoord op zijn (fiscaal multilateralisme). Hoewel de ambities groot zijn, zal nog wat water door de Rijn stromen voordat een en ander zal zijn verwezenlijkt. Het wordt een uitdaging de maatregelen juridisch in te regelen. Het gaat om wetgevings- en verdragsoperaties op mondiale schaal, allemaal voorzien in 2022. Hoe garandeer je dat, als het ene land gaat heffen, het andere land vervolgens ook terugtreedt? Hoe garandeer je dat de ondergrensvaststelling en de toepassing van bijheffingsmechanismen wereldwijd tot enkelvoudige belastingheffing leidt? Hoe borg je de aansluitingen, de compatibiliteit, tussen de bestaande winstbelastingarchitectuur en de twee pijlersystemen? Als dit niet goed gebeurt, dan zou het zomaar kunnen dat straks de eerste (platform)onderneming die met de gevolgen wordt geconfronteerd naar de rechter stapt, met de kans dat vervolgens wereldwijd juridische procedures gaan lopen met allerlei verschillende uitkomsten. Het risico bestaat dat nieuwe gaten of overlap ontstaan en we almaar verder van huis geraken. Eerder schreef ik over een *loophole* in Pijler 2.<sup>[28]</sup> In het huidige ontwerp kun je de ETR manipuleren om zo aan toepassing van het bijheffingsmechanisme te ontkomen. Dat opent de deur naar nieuwe vormen van belastingplanning. Dit is nog niet opgelost. Wat daar ook van zij, dit alles neemt niet weg dat ons denken over winstbelastingheffing de afgelopen jaren fundamenteel is veranderd. Winstbelastingheffing in marktlanden was tot voor kort onbespreekbaar, we hadden het transfer-pricingmodel. Hetzelfde geldt voor een minimumbelastingtarief, landen waren daarin autonoom. Het wordt interessant te zien wat de toekomst gaat brengen. Aan het ene uiterste van het mogelikhedenspectrum zit het scenario van een mondiale vennootschapsbelasting en aan het andere het scenario dat alles bij het oude blijft. Beide lijken onwaarschijnlijk. Waarschijnlijker is dat we ergens in het midden uitkomen en daarmee bij de vraag of het met de stapeling van belastingstelsels bij een beetje rommelig zal blijven of dat het een puinhoop wordt. We gaan het zien.

#### Voetnoten

##### [1]

Maarten de Wilde is hoogleraar aan de Erasmus School of Law en fiscalist te Rotterdam. De kopij is afgesloten op 5 november 2021. De kopij is op onderdelen ontleend aan en bouwt voort op commentaren van de auteur op de ontwikkelingen op dit terrein in *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal recht*. De geïnteresseerde lezer verwijs ik graag naar bijvoorbeeld Ruth Mason, 'The Transformation of International Tax', *American Journal of International Law*, 2020 (Volume 114), No. 3, p. 353-402 voor verder materiaal over dit onderwerp.

##### [2]

Zie <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/> (laatst bezocht 10 oktober 2021).

##### [3]

Zie <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/> (laatst bezocht 10 oktober 2021).

##### [4]

Zie <https://www.oecd.org/tax/beps/> (laatst bezocht 10 oktober 2021).

##### [5]

Auteur dankt prof. mr. dr. M.M.W.D. (Madeleine) Merckx voor de vaktechnische input op dit punt en verwijst voor achtergronden naar M. Lamensch, M. Merckx, J. Lock, & A. Janssen, 'New EU VAT-related Obligations for E-commerce Platforms Worldwide: A Qualitative Impact Assessment', *World Tax Journal*, 2021 (Volume 13), No. 3.

##### [6]

Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/04/15/rapport-adviescommissie-belastingheffing-van-multinationals> (laatst bezocht 10 oktober 2021).

##### [7]

Zie <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-third-edition.pdf> (laatst bezocht 10 oktober 2021).

##### [8]

Vgl. HvJ EU 3 maart 2020, zaken C-75/18 (*Vodafone*), C-323/18 (*Tesco*), C-596/19 (*Commissie/Hongarije*) en C-562/19 (*Commissie/Polen*).

##### [9]

Zie [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/communication-business-taxation-21st-century\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/communication-business-taxation-21st-century_en) (laatst bezocht 10 oktober 2021).

##### [10]

Zie <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm> (laatst bezocht 10 oktober 2021).

##### [11]

Vgl. <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0419>.

##### [12]

Zie Kartikeya Singh, 'Amount A: The G-20 is Calling the Tune, And U.S. Multinationals Will Pay the Piper', *Tax Notes International*, August 2021.

[13]

Dit, indien na een *review* van een jaar het succes van de nieuwe herverdeelsystematiek zou blijken, een en ander ook in het licht van een in dit verband verlangd niveau van *tax certainty*. De winning van natuurlijke rijkdommen (*extractives*) en gereguleerde financiële dienstverlening (*regulated financial services*) vallen buiten de reikwijdte van de maatregelen.

[14]

Zie <http://mof.gov.cy/en/press-office/announcements/oecd-tax-deal-on-the-global-minimum-tax-rate>.

[15]

In het *Statement* van 1 juli 2021 stond deze passage: “*The agreement reached above indicates the ambition of the IF members for a robust global minimum tax with a limited impact on MNEs carrying out real economic activities with substance. It acknowledges that there is a direct link between the global minimum effective tax rate and the carve-outs and includes a commitment to continue discussions in order to take a final decision on these design elements within the agreed framework by October.*” Deze passage is in het *Statement* van 8 oktober 2021 geschrapt.

[16]

Het *Statement* (zowel die van 1 juli 2021 als de actualisatie van 8 oktober 2021) geeft aan dat het hoofdkantoorjurisdicties vrijstaat de maatregelen ook toe te gaan passen op kleinere bedrijven. Onder andere beleggings- en pensioenfondsen en *sovereign wealth funds* zijn van het toepassingsbereik uitgesloten. Hetzelfde geldt voor *international shipping services* zoals gedefinieerd in het OESO-Modelverdrag. Voor bedrijven ‘in de initiële fase van hun internationale activiteit’ geldt een tijdelijke vrijstelling van de *undertaxed payments rule* (UTPR).

[17]

Ook staat in het *Statement* dat committerende IF-leden akkoord gaan met toepassing van de Pijler-2-maatregelen door andere landen, zo lijkt het althans. Dit zou betekenen dat andere landen zouden mogen gaan bijheffen wanneer je zelf als land onder het minimum zou gaan zitten, ook als je zelf – omgekeerd – geen maatregelen zou nemen. De *commitment* onder de *common approach* lijkt niet gebaseerd op wederkerigheid. De *commitment* is daarmee dus niet gratis, aangezien je met de ondertekening je jurisdictie weggeeft om onder het minimum te mogen zitten en zo de concurrentiekracht van je belastingstelsel aan banden legt (wat voor enige (aanvankelijk) niet-ondertekenende EU-lidstaten naar verluidt reden was zich niet bij het akkoord aan te sluiten). De tekst is alleen zo geredigeerd dat ik dit niet met volledige zekerheid durf te zeggen. Met wat lenigheid zou je er ook in kunnen lezen dat committerende landen pas accepteren dat andere landen jegens hen mogen bijheffen indien zij ook zelf zouden besluiten tot het nemen van bijheffingsmaatregelen. Daar staat tegenover dat als het werkelijk zo zou zijn dat de maatregelen alleen bij wederkerigheid zouden gaan gelden, het wel erg gemakkelijk wordt om je als land te committeren, aangezien dit dan geen concrete gevolgen heeft. Dan zou je kunnen meedoen zonder mee te doen. Onduidelijk, overigens, is of een en ander a contrario betekent dat niet committerende landen niet akkoord (hoeven te) gaan met toepassing van de Pijler-2-maatregelen door andere landen jegens hen. Als dit zo zou zijn, wat best zou kunnen aangezien hun concurrentiekracht dan anders alsnog zou worden ondermijnd, dan zouden betrokken niet committerende landen zonder nadere maatregelen wellicht een ‘vrijstaat’ kunnen blijven.

[18]

In de blauwdruk van de OESO van 2020 bleek al – hoewel niet zo gepresenteerd – dat het een compleet benchmarkvennootschapsbelastingstelsel betreft.

[19]

Dit is een andere grondslag derhalve dan die genoemd bij Pijler 1 hierboven.

[20]

In het *Statement* (zowel die van 1 juli 2021 als de actualisatie van 8 oktober 2021) zien we wel de *formulaic substance-based carve-out* terug, die we ook al zagen in de blauwdruk van oktober 2020 en die wordt bepaald als percentage van de loonkosten en materiële vaste activa (thans “*5% of the carrying value of tangible assets and payroll*”). Het *Statement* voorziet hier in een ingroeimodel (“*In a transition period of 10 years, the amount of income excluded will be 8% of the carrying value of tangible assets and 10% of payroll, declining annually by 0.2 percentage points for the first five years, and by 0.4 percentage points for tangible assets and by 0.8 percentage points for payroll for the last five years*”). Van belang te zien hier is dat aan al deze grondslagversmallende knoppen nog altijd stevig gedraaid zal kunnen gaan worden, wat vervolgens veel van de daadwerkelijke effectiviteit van de maatregelen zal gaan bepalen. Immers, hoe smaller de grondslag, hoe eerder je ‘effectief’ op 15% zit. Ook wordt melding gemaakt van een de minimis exclusion, “*for those jurisdictions where the MNE has revenues of less than EUR 10 million and profits of less than EUR 1 million*”.

[21]

De *switch over rule* (‘SOR’) uit de blauwdruk zien we (vooralsnog?) niet terug.

[22]

De aangesloten IF-landen committeren zich eraan dat wanneer zij zelf onder het minimumtarief zouden gaan zitten, zij op verzoek met betrokken bronlanden – ontwikkelingslanden bijvoorbeeld – een STTR in het onderlinge belastingverdrag opnemen (‘als ik niet belast, mag jij dat doen’).

[23]

De STTR kwalificeert als *covered tax* en is op die basis verrekenbaar met de *top-up tax* onder de IIR of UTPR.

[24]

De maatregel is vergelijkbaar met een CFC-achtige maatregel die we in de vennootschapsbelasting al kennen (art. 13ab Wet VPB 1969), maar dan ook voor laagbelast actief buitenlands inkomen. De *top-down* benadering in dit verband uit de blauwdruk komt ook in het *Statement* terug.

[25]

Qua methodologie moet de UTPR nog nader worden uitgewerkt. Het Statement zegt hierover het volgende: *“The UTPR allocates top-up tax from low-tax constituent entities including those located in the UPE jurisdiction. The GloBE rules will provide for an exclusion from the UTPR for MNEs in the initial phase of their international activity, defined as those MNEs that have a maximum of EUR 50 million tangible assets abroad and that operate in no more than 5 other jurisdictions. This exclusion is limited to a period of 5 years after the MNE comes into the scope of the GloBE rules for the first time. For MNEs that are in scope of the GloBE rules when they come into effect the period of 5 years will start at the time the UTPR rules come into effect.”*

[26]

De VS, bijvoorbeeld, heeft een enkel belastingverdrag met een ontwikkelingsland gesloten en voor totstandkoming van een belastingverdrag in de VS dient eerst binnen het Amerikaanse parlement een gekwalificeerde meerderheid te worden bereikt (die er thans niet is).

[27]

Als dit niet zou worden geregeld, dan krijg je de bijzondere situatie dat een voorkomingsverplichting onder Pijler 1 in land X bij een ‘Bedrag-A-eigenaarvennootschap’ (of ‘Bedrag-A-eigenaarvasteinrichting’) aanleiding kan geven tot constatering van een belastingniveau in dat land onder het minimum voor toepassing van Pijler 2. Immers, daar wordt ten bate van marktlanden teruggetreden en niet belast. Zonder nadere interpijlerafstemming op dit punt zal dit aanleiding geven tot bijheffing in een ander land, zeg land Y, onder de IIR, of andere landen, zeg landen A, B, of C, onder de UTPR. Belastingheffing over belastinggrondslag in marktlanden onder Pijler 1 en bijheffing over min of meer dezelfde belastinggrondslag onder Pijler 2 (de grondslagen voor Pijler 1 en Pijler 2 verschillen onderling) en dus meervoudige heffing, terwijl betrokken landen compliant zijn. Het Statement is stil over de interactie tussen de twee pijlers, gelijk het Statement van juli jongstleden en de blauwdrukken van oktober 2020.

[28]

Maarten de Wilde, ‘Is There a Leak in the OECD’s Global Minimum Tax Proposals (GLOBE, Pillar Two)?’, Kluwer International Tax Blog, 1 March 2021, beschikbaar op [kluwertaxblog.com](http://kluwertaxblog.com) (laatst bezocht 9 oktober 2021).