

Naar een '2020s Compromise'; Reflecties op een ontwikkelend nieuw winstbelastingparadigma

prof. mr. dr. M.F. de Wilde, datum 01-02-2022

Datum

01-02-2022

Auteur

prof. mr. dr. M.F. de Wilde^[1]

Folio weergave

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

JCDI

JCDI:ADS632897:1

Vakgebied(en)

Belastingrecht algemeen (V)

Deze bijdrage gaat in op de recente ontwikkelingen rondom het op 8 oktober 2021 bereikte politieke akkoord binnen het Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting over een herziening van het internationale winstbelastingstelsel onder de noemer 'Addressing the tax challenges arising from the digitalisation of the economy'. Zijn we met dit '2020s Compromise' in wording aangekomen bij de oplossing voor de problematiek rondom de belastingheffing van multinationale ondernemingen? Of moeten we zoals Coates in zijn verslag uit 1924 van het Volkenbondrapport opnieuw constateren dat "[i]t seems all too clear, alas, that the solution of the problem lies in the far distant future!"

1 Inleiding

Toen ik in de wat rustigere periode voor de jaarwisseling mijn spullen aan het opruimen was, stuitte ik op het verslag van Coates uit 1924 voor de Royal Statistical Society^[2] van het Volkenbondrapport uit 1923^[3] dat toen recent was verschenen. In het stuk doet Coates verslag van het beroemde rapport van de 'four economists' Bruins, Einaudi, Seligman en Stamp, dat zij op uitnodiging van de Volkenbond hadden opgesteld en waarbij hen was verzocht 'to consider, broadly speaking, what were the economic consequences of double taxation, and whether any general principles could be formulated as a basis for a general international convention, or separate conventions between particular countries, to remove its evil consequences'. Het rapport vormde de basis voor de eerste (concept)modelverdragen van de Volkenbond die op hun beurt weer de basis vormden voor de latere modelverdragen van de OESO en vervolgens ook van die van de VN, met inbegrip van het huidige OESO-Modelverdrag 2017 en het VN-Modelverdrag 2021.^[4] Het Volkenbondrapport vormt in belangrijke mate de basis van ons internationale belastingstelsel. De destijds uitkristalliserende ontwikkelingen in dat verband worden ook wel eens het '1920s Compromise' genoemd.^[5]

De geïnteresseerde lezer die uitkijkt naar een verrassend herkenbaar stuk, zij van harte naar het verslag verwezen. Het telt ook maar enkele pagina's, je bent er zo doorheen. Coates is kritisch, bijvoorbeeld als het gaat om de gekozen uitgangspunten voor heffingsjurisdictieverdeling, of althans het ontbreken van een onderliggende onderbouwing daarvan. Het rapport, schrijft Coates, 'consists, firstly, of observations upon the faculty principle of taxation – the principle of ability to pay; secondly, of an exposition of the doctrine of economic allegiance; and lastly, of an application of this doctrine to various classes of property or the income arising therefrom. (...) A brief examination is then made of four principles on which the proceeds of taxation might be allotted to competing authorities, namely, political allegiance or nationality, temporary residence, domicile or permanent residence, and location of wealth. (...) No economic or other arguments are adduced in support of this dogma, (...). In short, it begs the whole question, and the subsequent analysis of economic allegiance into the four elements of origin or economic location, physical situs, enforceability and domicile, together with their detailed application to various kinds of property and income, rest upon no appeal to economic reasoning (...)'. Coates sluit af met de slotzin: 'It seems all too clear, alas, that the solution of the problem lies in the far distant future!'

Inmiddels, 100 jaar later, staan we aan de vooravond, zo lijkt het er althans steeds meer op, van een tweede ronde uitkristalliserende ontwikkelingen. Dit, onder de noemer 'Addressing the tax challenges arising from the digitalisation of the economy'.^[6] Op 8 oktober 2021 bereikten 136 van de 140 landen (thans 137 van de 141 landen) van het OECD/G20 Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting (IF) politieke overeenstemming in de vorm van een zogenoemde 'common approach' over een herziening van het internationale winstbelastingstelsel via een mondiale belastinggrondslagverdeling richting afzetjurisdicties (Pijler 1) en introductie van een wereldwijd 15%-

minimumwinstbelastingheffingniveau (Pijler 2).^[7] In de krant werd geschreven over een “Global Tax Deal”.^[8] Het implementatietijdplan is ambitieus. Een en ander moet per 2023 werkelijkheid worden. Met de publicatie vanuit de OESO van de Pijler-2-modelregels op 20 december 2022^[9] en het EU-Pijler-2-richtlijnvoorstel van de Europese Commissie van 22 december 2021^[10] zijn de eerste stappen richting concrete implementatie van de voorgenomen mondiale winstbelastingherziening inmiddels gezet. Een nader toelichtend commentaar (*Explanatory Commentary*) en een gedetailleerd implementatieraamwerk (*Implementation Framework*) worden begin 2022 en later in 2022 verwacht. Nadere modelbepalingen en een multilateraal instrument moeten eveneens in 2022 volgen. Het Pijler-1-richtlijnvoorstel staat gepland voor 27 juli 2022.^[11] Vanuit de VN kwam in 2021 het gewijzigde VN-Modelverdrag met daarin opgenomen een heffingsbevoegdheid voor een bronbelasting op uitgaande betalingen voor binnenkomende onlinedienstverlening, artikel 12b; een digitaal dienstenbelasting ingebed in het belastingverdrag.^[12] Zijn we nu, met dit *2020s Compromise* in wording, aangekomen bij die ‘far distant future’ waarover Coates in 1924 schreef en waarin ‘the solution of the problem lies’? Deze bijdrage reflecteert op deze vraag. Deze bijdrage is een uitwerking en actualisatie van een inleiding die ik op 7 mei 2021 hield voor de Academy of European Law (ERA), tijdens de online Annual Conference on European Direct Taxation Law 2021 getiteld ‘The taxation of the digital economy – State of play of the discussion’.^[13]

2 Belastingheffing van multinationale ondernemingen

2.1 Enige gedachten en uitgangspunten

Als het gaat om de verdeling van winstbelastinggrondslag is de klassieke gedachte, zo lijkt het althans, internationaal opererende concerns eenmaal te belasten over hun rendementen uit investeringen binnen het grondgebied van de betreffende belastingheffende jurisdictie.^[14] Met de ontwikkelingen rondom de tweepijleroplossing zijn daar nu twee elementen bijgekomen, waarover de gedachtevorming ter zake van de wenselijkheid daarvan overigens nog niet helemaal lijkt te zijn uitgekristalliseerd. Het eerste element richt zich op de vraag of naast de productiejurisdictie waar de te belasten concerns hun investeringen doen ook de marktjurisdictie waar zij de geproduceerde goederen en diensten afzetten aanspraak behoren te maken op een deel van de winstbelastinggrondslag (Pijler 1). Het tweede element richt zich op de vraag of die enkelvoudige heffing ook tenminste naar een bepaald minimumniveau zou moeten plaatsvinden, en zo ja, wat te doen indien een land zich hier vervolgens niet aan houdt (Pijler 2), en of een autonomiedoorbreking van dat land daarbij opportuun is. Hoewel de IF-landen in de afgelopen periode met elkaar in ieder geval in politieke zin in enige mate tot elkaar lijken te zijn gekomen – voornoemde common approach betekent, kort gezegd, dat indien landen zouden gaan bewegen ze dit vervolgens doen langs de in het akkoord uitgezette beleidslijnen; *soft law* – is het nog altijd de vraag wat er straks zal gaan gebeuren wanneer het moment aanbreekt dat zij zich ook in juridische zin, *hard law*, aan de global tax deal zullen moeten gaan verbinden.^[15] Dat zullen we moeten gaan zien. Voor overzichten van ontwikkelingen in de afgelopen periode in dit verband en enige reflecties daarop, bijvoorbeeld op de internationaalfiscaalpolitieke processen, verwijs ik naar mijn commentaren in *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht (NtFR)*.^[16]

Als het gaat om het onderliggende denken over de belastingheffing van internationaal inkomen, dan zien we in de discussies eigenlijk al heel lang dezelfde gedachten opkomen.^[17] Daarvoor kan worden teruggedaan naar het Volkenbondrapport dat ik in de inleiding aanhaalde, of voornoemd verslag daarvan van Coates, en nog verder, naar bijvoorbeeld de ‘four maxims of equity’ van Adam Smith (equality, certainty, convenience, economy).^[18] Voor degenen die wat minder ver terug willen gaan, kan worden gewezen op de Ottawa Taxation Framework Conditions (neutrality, efficiency, certainty & simplicity, effectiveness & fairness, flexibility), toen hierover rond de millenniumwisseling werd nagedacht in de context van de digitaliserende economie.^[19] Het gaat daarbij in feite steeds over dezelfde zaken. Het gaat er dan over dat belastingheffing gaat over de financiering van de samenleving, over de morele verplichting van eenieder om naar billijkheid bij te dragen aan de bekostiging van de tot ieders nut strekkende publieke uitgaven. Het gaat er dan over dat belastingheffing een aangelegenheid is van fundamenteel rechtsstatelijke aard, ter zake waarvan het denken daarover is te herleiden tot de oorspronkelijke verlichte rechtsfilosofische gedachtevorming over de relatie tussen staat en volk.^[20] Terugkerende elementen zijn dan soevereiniteit – thans impliciet aan de orde bij de Pijler-2-plannen –, profijt, draagkracht, billijkheid (gelijkheid, legitimiteit, rechtszekerheid, eenvoud), neutraliteit (rechtsvorm, financiering, investeringslocatie-/richting) en doelmatigheid. Vermeldenswaard, als het gaat om de basis van denken onder de verdeelvraag, in het Volkenbondrapport werd dat het door Coates bekritiseerde ‘economic allegiance’, dan komen we veelal enerzijds uit op de aanbodzijde, de locatie van productiefactoren, en daarmee de oorsprong van inkomen aan de aanbodzijde (origin), territorialiteit, en anderzijds de vraagzijde, de locatie van de markt, en daarmee de bestemming van inkomen aan de vraagzijde (destination).^[21] Hierover, hoewel thans impliciet aan de orde bij de Pijler-1-plannen, bestaat nog altijd geen consensus.^[22] Soms wordt ook wel eens gesproken in termen van ‘fair share’ of ‘fair taxation’, ‘eerlijkheid’, al is mijn gevoel daar nog wel eens dat soms vooral naar deze terminologie lijkt te worden uitgeweken voor de benodigde smeerolie om belastinghervormingsvoorstellen politiek te rechtvaardigen en zo de politieke besluitvormingsprocessen te versoepelen en versnellen, waar betreffende voorstellen in werkelijkheid nog wel eens een solide onderliggend denkkader lijken te ontberen.

2.2 De bestaande situatie; ‘1920s Compromise’

Een van de redenen dat de winstbelastingheffing van het internationale bedrijfsleven zo'n interessant studieobject vormt, in ieder geval wat mij betreft, is dat de vennootschapsbelasting zo'n problematische heffing is en zelfs een van de meest versturende, zo niet meest versturende, in de belastingmix. Dit geldt voor landen wereldwijd, Nederland inclusief. De belasting probeert het ene, als gezegd concerns eenmaal te belasten over binnenlandse investeringsrendementen, maar doet het andere. Qua systeemontwerp, bouwstenen en inrichting is er namelijk voor gekozen lichamen (subject; wie) te belasten over hun nominale eigenvermogensrendementen (object; wat), en deze heffingsgrondslag over binnenland en buitenland te verdelen (allocatie; waar) op basis van juridische en/of fysieke aanknopingspunten (nexus) en een derdenvergelijking, een model waar doorgaans naar wordt verwezen in termen van 'separate accounting/arm's length standard' (SA/ALS) of het transferpricingmodel. Het tarief (hoeveel) vormt het sluitstuk van de heffing.

Waar de gekozen systematiek tot onwenselijk geachte uitkomsten leidt, worden vervolgens diverse corrigerende maatregelen in het leven geroepen om gesignaleerde (on)wenselijk geachte effecten te adresseren. Groepsregimes (concerngedachte) en voorkomingsregimes (verlengstukgedachte) zijn ingericht om dubbele heffing te voorkomen. Generieke en specifieke antimisbruikleerstukken en -maatregelen, zogenoemde GAAR's en SAAR's zoals bijheffende *Controlled Foreign Company* maatregelen en aftrekbeperkende maatregelen, zijn en worden ontwikkeld ter bestrijding van grondslagerosie en winstverschuiving naar het buitenland (*sticks regimes*). Flankerend wordt gewerkt aan allerlei (conditionele) bronbelastingen of andersoortige unilaterale omzetgeoriënteerde belastingen op allerlei varianten uitgaande betalingen, van dividenden, interest en royalty's, waarbij het royaltybegrip een almaar uitdijende betekenis lijkt te worden toebedeeld, tot dienstverleningsvergoedingen voor bijvoorbeeld technische en digitale dienstverlening in uiteenlopende varianten (*diverted profit taxes, digital services taxes, equalisation levies, et cetera*). Daarbij is niet altijd helemaal duidelijk of deze bronbelastingmaatregelen belastingmisbruik beogen te bestrijden, een influx van additionele belastinggrondslag beogen te bewerkstelligen, of moeten worden gezien als surrogaatheffingen waar belastingautoriteiten de capaciteit missen een enigszins effectieve vennootschapsbelastingheffing te borgen. Tegelijkertijd wordt via begunstigende regimes getracht bepaalde investeringen (innovatie, productie, et cetera) aan het binnenlandse grondgebied te binden (fiscaal instrumentalisme; *carrot regimes*). We zien dit beeld overal terug, in nationale winstbelastingwetgeving en flankerende belastingen, bilaterale en multilaterale belastingverdragen, en waar van toepassing, in de EU-richtlijnen op winstbelastingterrein, tot en met het op 22 december 2022 voorgestelde EU-ATAD3-richtlijnvoorstel dat belastingontwijking en -ontduiking met inzet van zogenoemde shell-entiteiten moet indammen.^[23] Ze doen min of meer allemaal hetzelfde. Het heffingsmodel kampt met diverse ontwerpproblemen:^[24]

- *Wie*. De systeemkeuze om lichamen afzonderlijk belastingplichtige te maken, staat op gespannen voet met de realiteit dat zij veelal deel uitmaken van een groep functioneel geïntegreerde vennootschappen die onder de controle van een gezamenlijke uiteindelijke moedervenootschap in werkelijkheid één economische entiteit vormt. Dit leidt tot verstoringen in de juridische inkleding van ondernemingsactiviteiten.
- *Wat*. De keuze om nominale rendementen op het eigen vermogen (totaalwinst) te belasten, staat op gespannen voet met de gedachte dat alleen economische winsten, overwinsten, in de heffing zouden moeten worden betrokken. Dit leidt tot verstoringen in financierings- en investeringsvoortgangbeslissingen. Het zet aan tot vreemdvermogenfinanciering (financieringsdiscriminatie; *debt-equity bias*).
- *Waar*. De keuze om heffingsgrondslag te verdelen over investeringsjurisdicties (oorspronglandbeginsel) staat op gespannen voet met de gedachte dat (wellicht, ook) marktjurisdicties (bestemmingslandbeginsel) daarop aanspraak zouden moeten kunnen maken – de Pijler-1-discussie. Het model zet aan, ceteris paribus, te investeren in de relatief lager belastende jurisdictie, wat tot verstoringen leidt in investeringslocatiebeslissingen, hetgeen aanleiding geeft voor de zogenoemde race-to-the-bottomhypothese en de vraag of, en zo ja hoe, deze zou moeten worden geadresseerd – de Pijler-2-discussie.
- *(In)consistentie (i)*. Verschillen in fiscale behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende activiteiten en tussen sectoren van bedrijvigheid staan op gespannen voet met het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel (EU-verdragsvrijheden, staatssteunregels) en in voorkomende gevallen de non-discriminatiebepalingen in de belastingverdragen, alsmede daaraan ten grondslag liggende fiscaalrechtstheoretische uitgangspunten van horizontale gelijkheid tussen belastingplichtigen (*inter-taxpayer equity, horizontal equity*) – gelijke behandeling van gelijke gevallen rondom inkomensniveaunverschillen – en verticale gelijkheid – gelijke behandeling van gelijke gevallen rondom inkomstenbronnenverschillen (*inter-taxpayer equity, vertical equity*).^[25]
- *(In)consistentie (ii)*. Verschillen, ten slotte, tussen heffingssystemen van landen onderling, dispariteiten in EU-terminologie en *mismatches* in winstbelastingterminologie, geven aanleiding tot dubbele belastingheffing en dubbele niet-belastingheffing en daarmee tot verstoringen in het functioneren van bijvoorbeeld de interne markt zonder binnengrenzen.

De verstoringen en prikkels (*incentives*) die we met de inrichting van onze winstbelastingstelsels (hebben) laten ontstaan en gecreëerd, geven in zekere zin aanleiding tot enige willekeurigheid als het gaat om de oplegging van winstbelastingdruk aan betrokken marktdeelnemers, economische actoren, belastingplichtigen. Vanuit economisch perspectief is dit onwenselijk

want suboptimaal (spillovereffecten) en vanuit juridisch-filosofisch perspectief is dit onwenselijk want, wellicht, oneerlijk. En daarmee hebben we, denk ik, in essentie de discussie en ook de maatschappelijke discussie en onrust te pakken; het probleem waar Coates aan refereert en waarvoor de oplossing volgens hem, 'alas, lies in the far distant future'.

2.3 De voorgenomen nieuwe situatie; '2020s Compromise'

In het persbericht van de OESO van 8 oktober 2021 over de politiek overeengekomen tweepijleroplossing staat de volgende passage:

"Following years of intensive negotiations to bring the international tax system into the 21st century, 136 jurisdictions (out of the 140 members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS) joined the Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. It updates and finalises a July political agreement by members of the Inclusive Framework to fundamentally reform international tax rules."

Het bericht vervolgt:

"'Today's agreement will make our international tax arrangements fairer and work better,' said OECD Secretary-General Mathias Cormann. 'This is a major victory for effective and balanced multilateralism. It is a far-reaching agreement which ensures our international tax system is fit for purpose in a digitalised and globalised world economy. We must now work swiftly and diligently to ensure the effective implementation of this major reform,' Secretary-General Cormann said."

Laten we eens kijken.

Met de tweepijleroplossing overwogen we in het feite het heffingsmodel als volgt te hervormen. De belasting probeert ook onder de tweepijleroplossing het ene, als gezegd concerns eenmaal, en wel tegen een bepaald minimumniveau (Pijler 2), te belasten over binnenlandse investeringsrendementen, met daaraan toegevoegd deels (ook) over binnenlandse marktaanwezigheid (Pijler 1). Maar net als het huidige belastingraamwerk doet het nieuw te ontwikkelen raamwerk het andere. Qua systeemontwerp, bouwstenen en inrichting wordt op dezelfde wijze als we al deden er in de basis voor gekozen lichamen (subject) te belasten over hun nominale eigenvermogensrendementen (object), en deze heffingsgrondslag over binnenland en buitenland te verdelen (allocatie) op basis van juridische en/of fysieke aanknopingspunten en een derdenvergelijking, voornoemde transferpricingmodel. Het tarief (hoeveel) vormt het sluitstuk van de heffing. Deze uitgangspunten blijven in de basis ongemoeid.

Waar de gekozen systematiek tot onwenselijk geachte uitkomsten leidt, worden vervolgens nog altijd diverse corrigerende maatregelen in het leven geroepen om gesignaleerde (on)wenselijk geachte effecten te adresseren. Groepsregimes en voorkomingsregimes zijn ingericht om dubbele heffing te voorkomen. Generieke en specifieke antimisbruiklerstukken en -maatregelen, genoemde GAAR's en SAAR's, zijn en worden ontwikkeld ter bestrijding van grondslagerosie en winstverschuiving naar het buitenland. Flankerend wordt gewerkt aan allerlei (conditionele) bronbelastingen of unilaterale omzachtige belastingen op allerlei soorten uitgaande betalingen en in uiteenlopende varianten, zoals inmiddels de bronbelasting op uitgaande dienstverleningsvergoedingen onder artikel 12b VN-Modelverdrag. Daarbij is nog steeds niet altijd helemaal duidelijk of deze maatregelen belastingmisbruik beogen te bestrijden, een influx van additionele belastinggrondslag beogen te bewerkstelligen, of moeten worden gezien als surrogaatheffingen waar belastingautoriteiten de capaciteit missen een enigszins effectieve vennootschapsbelastingheffing te borgen. Tegelijkertijd wordt via begunstigende regimes nog altijd getracht bepaalde investeringen aan het binnenlandse grondgebied te binden (fiscaal instrumentalisme), al dan niet via de vennootschapsbelasting, andere heffingen (bijvoorbeeld op arbeid). Of via directe subsidiëring, waar Pijler 2 straks mocht gaan bijten en waar juridisch geoorloofd (binnen de EU, bijvoorbeeld, staan de staatssteunregels in de weg aan directe subsidiëring van individuele bedrijven of sectoren van bedrijvigheid). We zien dit beeld onveranderd terug in nationale winstbelastingwetgeving, bilaterale en multilaterale belastingverdragen, en waar aan de orde, de EU-richtlijnen.

De voorziene tweepijleroplossing voegt aan het bestaande heffingsmodel twee belastingstelsels toe, stelselstapelend zogezegd. Pijler 1 voegt een belastingstelsel toe dat voor effectief de *top 100* allergrootste multinationale ondernemingen wereldwijd (winstgevendheid boven 10% (*profit before tax/revenue*) en een wereldwijde jaaromzet boven de € 20 miljard) moet gaan voorzien in toebedeling van een gedeelte van de (aangepaste) geconsolideerde commerciële winst van deze ondernemingen aan afzetjurisdicties. Het gaat om een formuleire toerekening aan marktlanden van 25% van deze winst, voor zover deze een bedrag gelijk aan 10% van de omzet overstijgt (*Amount A*). Daarnaast bestaat het voornemen een om administratieve-eenvoudredenen ingestoken gestandaardiseerde transfer-pricingbeloning (omzetpercentage) voor routinematige marketing- en distributieactiviteiten in te bedden in het bestaande transferpricingmodel (*Amount B*). Pijler 2 voegt een schaduwvennootschapsbelastingstelsel toe dat voor grote multinationale ondernemingen (jaaromzet van € 750 miljoen of meer) moet gaan voorzien in een *benchmark*, een 15%-minimumwinstbelastingniveau, waar de verschuldigde effectieve winstbelasting in de individuele landen (*jurisdictional blending*) tegen wordt afgezet om vast te stellen of deze al dan niet het verlangde minimumniveau halen. Indien dit niet het geval is, dan moet een heffingsmechanisme in drie (of wellicht vier) verschijningsvormen die in een onderlinge rangorde staan (*subject to tax rule, income inclusion rule, (switch-over rule,)* *undertaxed payments rule*) voorzien in bijheffing tot het minimumniveau in een of meerdere van de andere

landen waar betrokken multinationale onderneming actief is.

Concreet betekent de tweepijleroplossing dat, wanneer ingevoerd, lokale vennootschapsbelastingssystemen en het 2-pijlersysteem zullen gaan samenlopen en onderling interacteren, en dan ook meteen op wereldwijde schaal. In-scope bedrijven zullen in de landen waar zij actief zijn moeten gaan beoordelen of het minimumbelastingniveau wordt gehaald. De lokaal verschuldigde vennootschapsbelasting zal daartoe moeten worden afgezet tegen de lokale pijler-2-grondslag, die verschilt van zowel de commerciële winstbepaling als de lokale fiscale winstbepaling. Als de belastingdruk in een land te laag uitpakt, zal dit aanleiding geven tot bijheffing tot dat minimum in het land waar de uiteindelijke moederentiteit is gevestigd (income inclusion rule, IIR), en anders in de andere landen van betrokken onderneming actief is, naar rato van aanwezige werknemersaantallen en de waarde van aanwezige materiële vaste activa in deze landen (undertaxed payments rule, UTPR). Ook zal beoordeeld moeten worden of een pijler-1-belastingverplichting ontstaat, en zo ja, in welke landen en tegen welk bedrag. De pijler-1-heffingsmaatstaf verschilt hier overigens voornamelijk van de pijler-2-grondslag, commerciële winstbepaling én lokale fiscale winstbepaling. De voorkoming van dubbele belasting moet nog worden geregeld. Hetzelfde geldt voor de samenloop tussen Pijler 1 en Pijler 2. Startpunt, overigens, voor zowel de pijler-1- als pijler-2-grondslagvaststelling vormt de winstbepaling volgens de accountingstandaarden in de vestigingsjurisdictie van de uiteindelijke moederentiteit (IFRS, US GAAP, Chinese GAAP, etc.), waarop vervolgens uiteenlopende uitzonderingen worden gemaakt. Een implementatiekader met safe harbours moet administratieve (aangifte)procedures, uitvoeringsperikelen en compliance-uitdagingen vergemakkelijken. Belastingwetgeving en belastingverdragen zullen nog dit jaar op mondiale schaal moeten worden aangepast. Binnen de EU zullen de maatregelen op gecoördineerde wijze worden ingevoerd via in nationale wetgeving om te zetten EU-richtlijnen. Als gezegd, de Commissie publiceerde het EU-Pijler-2-richtlijnvoorstel op 22 december 2021 en het EU-Pijler-1-richtlijnvoorstel staat gepland voor 27 juli 2022.

2.4 De oplossing?

Het OESO-persbericht van 8 oktober 2021 zegt dat “Today’s agreement will make our international tax arrangements fairer and work better.” Om eerlijk te zijn heb ik me wel eens afgevraagd of dit straks werkelijk zo zal zijn. Ons denken over winstbelasting is in korte tijd ontegenzeggelijk sterk veranderd. Tot recent was vennootschapsbelastingheffing in marktlanden onbespreekbaar, we hebben het transfer-pricingmodel. Hetzelfde geldt voor een minimumbelastingtarief, landen zijn daarin autonoom. Met de bewegingen in de discussies over de inrichting van onze winstbelastingstelsels zijn de ontwikkelingen van de afgelopen periode, denk ik, historisch te noemen. Dat neemt, denk ik ook, alleen niet weg dat de gesignaleerde ontwerproblemen met de voorgenomen belastingstelselstapeling nog altijd niet in de basis lijken te worden aangepakt. Het zou ook weleens wat rommelig kunnen gaan worden straks, en ingewikkeld. Binnen de fiscaliteit bestaat, is althans mijn indruk, een breedgedragen overtuiging dat waar regelcomplexen gaan samenlopen de fiscale rechtstoepassing er doorgaans niet eenvoudiger op wordt. Een wat mij betreft treffend voorbeeld is de Wet spoedreparatie fiscale eenheid,^[26] waar na interventies van het Hof van Justitie EU een heel ingewikkeld regelcomplex is ontstaan rondom het fiscale-eenhedsregime in samenhang met bijvoorbeeld de renteaftrekbepalende maatregelen, het deelnemingsvrijstellingsregime en de maatregelen die zich richten tegen de handel in verlieslichamen en rentesaldolichamen.^[27] Met de tweepijleroplossing worden twee onderling interacterende en ook grensoverschrijdend wisselwerkende belastingstelsels gestapeld op de bestaande nationale vennootschapsbelastingssystemen, bilaterale en multilaterale belastingverdragen en EU-rechtstoepassing op winstbelastingsterrein, en dan ook nog eens op een mondiale schaal. Daar komt bij dat we ondanks alle politieke discussies buiten de fiscale literatuur nog altijd niet zo heel veel hebben teruggezien over de onderliggende gedachten en uitgangspunten die aan de tweepijleroplossing ten grondslag zouden moeten liggen. Om Coates te parafaseren, waar zijn de ‘economic or other arguments in support of this dogma?’ Zijn we met de tweepijleroplossing op de juiste weg? Op de juiste grondslag? Wordt de vennootschapsbelasting zo werkelijk eerlijker?

Als we het ene proberen te bereiken, waarom doen we dan nog altijd het andere? Waarom doen we dan niet ook gewoon het ene? Qua bouwstenen en inrichting van het te hervormen heffingsmodel gaat het dan, mijns inziens, om de volgende te beantwoorden vragen:^[28]

- *Wie.* Zou de systeemkeuze voor subjectvaststelling erop gericht moeten zijn lichamen, juridische entiteiten, als belastingplichtige aan te merken (separate entity approach)? Of zou deze er wellicht op moeten zijn gericht groepen, economische entiteiten, als belastingplichtige aan te merken (unitary business approach)? Langs deze lijn zou de problematiek rondom de verstoringen in de juridische inkleding van ondernemingsactiviteiten aan de basis kunnen worden geadresseerd. Pijler 1 beweegt qua denken in deze richting (Amount A; formulaic apportionment). Pijler 2 doet het tegenovergestelde (jurisdictional blending; SA/ALS).
- *Wat.* Zou de systeemkeuze voor objectvaststelling erop gericht moeten zijn nominale rendementen op het eigen vermogen te belastingen? Of zou deze wellicht moeten zijn gericht op een andere grondslagvaststelling, zoals, bijvoorbeeld, kasstromen (*cash flow taxation*), operationele winst (EBIT) wellicht, omzet, of economische winst (ondernemersrent)? Langs deze lijn zou de problematiek rondom de verstoringen in financierings- en investeringsvoortgangsbeslissingen (debt-equity bias) aan de basis kunnen worden geadresseerd. Pijler 1 noch Pijler 2 beweegt hier en beide richten zich tot belastingheffing over investeringsrendementen op dezelfde grondslag als thans bij het fiscale winstbegrip het geval is en bestendigt daarmee de huidige

financieringsdiscriminatieproblematiek.

- *Waar.* Zou de systeemkeuze voor heffingsgrondslagverdeling erop gericht moeten zijn grondslag toe te bedelen aan investeringsjurisdicties (oorsprong)? Of zou deze wellicht moeten zijn gericht op (ook) een andere basis, bijvoorbeeld toedeling aan marktjurisdicties (bestemming)? Zou het mechanisme daartoe moeten aanknopen bij een derdenvergelijking (SA/ALS)? Of verdient een andersoortig verdeelmechanisme overweging, zoals een meer formulaire benadering (*formulary apportionment*), of zelfs meer exotische alternatieven (*value added at origin*, *value added at destination*)?^[29] Langs deze lijn zou de problematiek, indien politiek wenselijk geacht, rondom de verstoringen in investeringslocatiebeslissingen aan de basis kunnen worden geadresseerd. Relevant onderdeel van deze discussie is de vraag of de problematiek zou moeten worden geadresseerd via internationale samenwerking (equilibrium via coördinatie). Dit, bijvoorbeeld in de vorm van een minimumtarief en daarmee inperking van de fiscale autonomie van landen. Of zou de problematiek hier moeten worden geadresseerd via internationale concurrentie en rivaliteit (equilibrium via competitie), en daarmee zonder enige autonomieafruil door landen in dit verband? Pijler 1 beweegt richting grondslagtoedeling aan marktjurisdicties op formulaire basis. Pijler 2 bestendigt grondslagtoedeling, ten eerste, aan investeringsjurisdicties op transfer-pricingbasis en voegt daaraan toe, ten tweede, grondslagtoedeling aan hoofdkantoorvestigingsjurisdicties (met vangnetbijheffing in (andere) investeringsjurisdicties) uit minimumbelastingheffingoverwegingen. Tegenover dat laatste staat een autonomieafruil op het niveau van genoemde investeringsjurisdicties. Zij hebben niet langer de beleidsruimte tot onder het minimum te belastingconcurreren, vanwege het wegbelasten van de effecten daarvan door betrokken hoofdkantoorvestigingsjurisdicties, onder de IIR, en betrokken collega-investeringsjurisdicties, onder de vangnet-UTPR.
- *(In)consistentie (i).* Zou de systeemkeuze erop moeten zijn gericht verschillen in fiscale behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende activiteiten en tussen sectoren van bedrijvigheid in stand te laten? Of zou deze er wellicht op gericht moeten zijn deze weg te nemen? Pijler 1 noch Pijler 2 beweegt hier in enige betekenisvolle mate en staan daarmee op gespannen voet met genoemde fiscaalrechtstheoretische uitgangspunten van horizontale en verticale gelijkheid tussen belastingplichtigen. Hoewel in de ontwikkelingen rondom Pijler 1 het onderscheid in behandeling tussen internetbedrijven en andere bedrijven inmiddels is weggenomen, wordt in de tweepijleroplossing zoals deze er thans ligt onderscheid aangelegd tussen groot en klein, langs genoemde winstniveau- en omzetzempels. Dit laatste geldt ook voor Pijler 2. Pijler 2 adresseert de problematiek van onderscheid langs sectorale lijnen deels. Dit, door het leggen van een generieke ondergrens in winstbelastingheffingniveau, waarmee het aanleggen van sectorgerelateerd onderscheid uit belastingconcurrentieoverwegingen voorbij de ondergrens niet langer zou zijn toegelaten – althans de beoogde effecten daarvan worden wegbelast door, primair, hoofdkantoorvestigingsjurisdicties (onder de income inclusion rule) of anders, secundair, door andere landen waarin de betrokken onderneming actief is (onder de undertaxed payments rule).
- *(In)consistentie (ii).* Zou de systeemkeuze, ten slotte, erop moeten zijn gericht verschillen in fiscale behandeling tussen heffingssystemen van landen onderling, genoemde dispariteiten en mismatches, in stand te laten (interne consistentie; *non-alignment*)? Of zou deze er wellicht op moeten zijn gericht deze weg te nemen (externe consistentie; *alignment*)? Pijler 1 noch Pijler 2 beweegt hier in enige betekenisvolle mate. Hoewel binnenin de pijlertoepassingen gecoördineerde wereldwijde synchronisatie en min of meer uniforme regeltoepassing en interpretatie lijken te worden beoogd, is enige borging daarvan vooralsnog op geen enkele wijze concreet aan de orde. Dit kan aanleiding geven voor mismatches en dispariteiten. Hetzelfde geldt voor de beoogde stapeling van betrokken onderling verschillend opgebouwde belastingstelsels (vennootschapsbelastingstelsels, Pijler-1-stelsel, Pijler-2-stelsel), als het gaat om de gecombineerde toepassing in onderlinge samenhang.^[30]

Mijn zoektocht naar een integer (gelijke behandeling gelijke gevallen) en adequaat (neutraal) functionerend vennootschapsbelastingstelsel kwam uit op een unitair (unitary) heffingsmodel dat de multinationale onderneming (subject) in de belastingheffing betreft over zijn mondiale economische winsten (object) en de grondslag over landen verdeelt op basis van een bestemmingslandgeoriënteerde omzetsleutel (allocatie).^[31] De hoogte van het tarief (hoeveel), mijns inziens uiteindelijk een politieke aangelegenheid, zou aan de autonome bevoegdheid van de individuele landen worden overgelaten. Onder dit heffingsmodel zou een einde worden gemaakt aan de fiscale beïnvloeding van financierings- en investeringsvoortgangbeslissingen. Het zou tevens een einde maken aan de fiscale beïnvloeding van investeringslocatiebeslissingen. De grondslagtoerekening langs afzetlocaties zou meebrengen dat de belasting bovendien lastig te ontwijken zou zijn. Landen zouden hun autonomie herwinnen om hun winstbelastingtarieven vast te stellen op het niveau dat zij wenselijk achten. Landen die zouden bewegen zouden andere landen of regio's, door eigenbelang gedreven, aanmoedigen te volgen en in de tussentijd een fiscaal aantrekkelijke investeringsjurisdictie worden. De neutraliteitsbevorderende kenmerken zouden het internationale bedrijfsleven stimuleren het model te omarmen en lobbymatig in te zetten op een snelle transitie. De beweging zou een door competitieve responses gedreven transitie initiëren richting mondiale omarming van bestemmingslandgeoriënteerde overwinstbelastingen: harmonisatie door concurrentie. Landen die als eerste zouden bewegen, zouden als belastingstelselinnovator het grootste economische

voordeel hebben (*first mover advantage*) gedurende de transitieperiode waarin de winstbelasting systemen van landen evolueren richting het equilibrium waarin bestemmingslandgeoriënteerde winstbelastingen de mondiale standaard vormen. Eindpunt zou een nieuw fiscaal paradigma zijn van een internationale belastingarchitectuur die neutraal en non-discriminatoir functioneert aan de aanbodzijde. Een uitkomst die een billijke en economisch efficiënte systeemoplossing biedt voor de Base Erosion and Profit Shifting-problematiek.

3 Afsluitende opmerkingen

Zijn we inmiddels aangekomen bij die 'far distant future', waarover Coates schreef in 1924, waarin 'the solution of the problem lies'? Over het 1920s Compromise wordt wel eens vergoelijkend gezegd dat het misschien, zoals Coates al schreef, niet gebaseerd was op stevig gefundeerd onderliggend denken maar in ieder geval wel op destijds bestaande *best practices*. Natuurlijk, deze best practices zijn inmiddels sterk verouderd en daarmee is er, lijkt mij, meer dan genoeg reden een serieuze winstbelastingstelselhervorming te overwegen. De vraag vandaag is of het 2020s Compromise in wording 'will make our international tax arrangements fairer and work better'. Om eerlijk te zijn is mijn gevoel van niet. Ook bij het 2020s Compromise kan worden opgemerkt dat '[n]o economic or other arguments are adduced in support of this dogma'. Daar komt bij dat anders dan 100 jaar geleden aan de voorgenomen maatregelen geen *best practices* ten grondslag liggen. Het punt is dat de problematiek van de winstbelastingheffing schuilt in de fundamentele discussie gevoerd. Misschien aardig, mijn proefschrift gaf ik het motto mee "Most stuff from the 1920s sits in museums – the exception is the international tax regime".^[32] Het zou jammer zijn als we straks hetzelfde gaan zeggen over onze *stuff from the 2020s*. Coates' afsluitende woorden blijven wat in mijn gedachten doorechoën; *alas*.

Voetnoten

[1]

M.F. (Maarten) de Wilde (dewilde@law.eur.nl) is verbonden aan de Erasmus School of Law (ESL) van de Erasmus Universiteit Rotterdam en PwC.

[2]

W.H. Coates, 'League of Nations Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp', *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 87, nr. 1, 1924, p. 99-102.

[3]

League of Nations, Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee — Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation — Document E.F.S.73. F.19, 5 april 1923, beschikbaar op bijvoorbeeld <https://adc.library.usyd.edu.au/>.

[4]

Zie over dit laatste United Nations, Tax Committee, 'UN Model Convention', beschikbaar op <https://www.un.org/development/desa/financing/what-we-do/ECOSOC/tax-committee/thematic-areas/UN-model-convention>.

[5]

Zie hierover, bijvoorbeeld, Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear, 'The 'Original Intent' of U.S. International Taxation', *Duke Law Journal*, vol. 46, nr. 5, 1997, p. 1021-1110, alsmede Ruth Mason, 'The 2021 Compromise', *Tax Notes Federal*, vol. 172, 2021 (26 juli 2021), p. 569-575, beschikbaar op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3904054.

[6]

Zie OECD, OECD/G20 Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting, 'Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation', beschikbaar op <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>.

[7]

Zie OECD, 'International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age', 8 oktober 2021, beschikbaar op <https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm>.

[8]

Zie, bijvoorbeeld, The New York Times, 'Finance Leaders Reach Global Tax Deal Aimed at Ending Profit Shifting', 5 juni 2021. Updated 8 oktober 2021, beschikbaar op <https://www.nytimes.com/2021/06/05/us/politics/g7-global-minimum-tax.html>.

[9]

Zie OECD, 'OECD releases Pillar Two model rules for domestic implementation of 15% global minimum tax', 20 december 2021, beschikbaar op <https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-releases-pillar-two-model-rules-for-domestic-implementation-of-15-percent-global-minimum-tax.htm>.

[10]

Zie European Commission, 'Fair Taxation: Commission proposes swift transposition of the international agreement on minimum taxation of multinationals', 22 december 2021, IP/21/7028, beschikbaar op https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_7028.

[11]

Zie Commission Européenne, Secrétariat Général, Liste des points prévus pour figurer à l'ordre du jour des prochaines réunions de la Commission, SEC(2021) 2401 final/2 Bruxelles, OJ 2401 - point 1, le 14 décembre 2021.

[12]

Zie United Nations, Department of Economic and Social Affairs, 'Article 12B of the UN Model Tax Convention, as agreed by the Committee at its 22nd Session, beschikbaar op <https://www.un.org/development/desa/financing/document/article-12b-un-model-tax-convention-agreed-committee-its-22nd-session>. Zie hierover nader bijvoorbeeld A. Roelofsen, 'UN Tax Committee neemt artikel over Automated Digital Services op in Model', *WFR* 2021/115.

[13]

Zie https://www.era.int/cgi-bin/cms?_SID=NEW&_sprache=en&_bereich=artikel&_aktion=detail&idartikel=130273.

[14]

Voor analyses en achtergronden, alsmede verdere literatuurverwijzingen, zie M.F. de Wilde, 'On the Future of Business Income Taxation in Europe', *World Tax Journal*, Vol. 12, No.1, 2020 (De Wilde 2020).

[15]

Zie, bijvoorbeeld, 'Legislators face battle to implement historic global tax deal; Countries agree reform of corporate revenues but will struggle to make it legally binding', *Financial Times* 5 januari 2022, beschikbaar op <https://www.ft.com/content/585a7b3d-3ce7-4959-b72a-ed6f66f451b5>.

[16]

Zie daartoe *NTFR* 2020/548, *NTFR* 2020/615, *NTFR* 2021/397, *NTFR* 2021/1425, *NTFR* 2021/1457, *NTFR* 2021/1483, *NTFR* 2021/1484, *NTFR* 2021/1692, *NTFR* 2021/1744, *NTFR* 2021/2195, *NTFR* 2021/3793, *NTFR* 2022/83 en *NTFR* 2022/244.

[17]

Zie voor enige achtergronden F. Vanistendael, 'Legal Framework for Taxation', in: V. Thuronyi, *Tax Law Design and Drafting, International Monetary Fund*, Washington, 1996.

[18]

Zie Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776.

[19]

Zie OECD, *Taxation and Electronic Commerce; Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*, Parijs: OECD Publishing 2001.

[20]

Zie bijvoorbeeld, M.F. de Wilde & C. Wisman, 'Alzo Wij het op u hebben gemunt...', *NLF Opinie* 2021/28, alsmede daar aangehaalde literatuur.

[21]

Zie hierover, bijvoorbeeld, Peggy B. Musgrave, 'Principles for Dividing the State Corporate Tax Base', in: Charles E. McLure Jr. (ed.), *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination*, Stanford: Hoover Institution Press 1984, p. 228-246; Peggy B. Musgrave, 'Interjurisdictional Equity in Company Taxation: Principles and Applications to the European Union', in: Sijbren Cnossen (ed.), *Taxing Capital Income in the European Union; Issues and Options for Reform*, New York: Oxford University Press 2000, p. 46-77. Klaus Vogel, "'State of residence" may as well be "state of source" - there is no contradiction', *Bulletin for International Taxation* 2005, vol. 59, nr. 10; Eric C.C.M. Kemmeren, 'Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin-based approach', *Bulletin for International Taxation* 2006, vol. 60, nr. 11; Eric C.C.M. Kemmeren, 'If We Need a Destination-Based Corporate Income Tax, Do We Also Need a Production-Based Consumption Tax?', in: Jérôme Monsenego en Jan Bjuvberg (eds.), *International Taxation in a Changing Landscape; Liber Amicorum in Honour of Bertil Wiman*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V. 2019, hfdst. 11, p. 147-164; Rebecca Mescal Millar, 'Echoes of Source and Residence in VAT Jurisdictional Rules', Sydney Law School Research Paper nr. 09/44, 9 juni 2009, beschikbaar op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1416495>; Rebecca Mescal Millar, 'Intentional and Unintentional Double Non-Taxation Issues in VAT', Sydney Law School Research Paper nr. 09/45, 9 juni 2009, beschikbaar op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1416582> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1416582>.

[22]

Zie hierover, bijvoorbeeld, nader M.F. de Wilde, 'Dubbelzinnigheden in de aanknopingspunten voor heffingsjurisdictieverdeling in het internationaal belastingrecht', *TFO* 2020/171.1, en daarin opgenomen literatuurverwijzingen.

[23]

Zie European Commission, Proposal for a Council Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU, COM(2021) 565 final, 2021/0434 (CNS), Brussel, 22 december 2021.

[24]

Voor overzichten en analyses zie Michael P. Devereux, Alan J. Auerbach, Michael Keen, Paul Oosterhuis, Wolfgang Schön en John Vella, *Taxing Profit in a Global Economy; A Report of the Oxford International Tax Group*, Oxford: Oxford University Press 2021; en Ruud de Mooij, Alexander Klemm en Victoria Perry (eds.), *Corporate Income Taxes Under Pressure, Why Reform Is Needed and How It Could Be Designed*, Washington: International Monetary Fund 2021, en zie De Wilde 2020, *t.a.p.*

[25]

Zie hierover, bijvoorbeeld, Nancy H. Kaufman, 'Fairness and the taxation of international income', *Law and Policy in International Business*, vol. 29, nr. 2, 1998, p. 145-203.

[\[26\]](#)

Wet van 24 april 2019, *Stb.* 2019, 175.

[\[27\]](#)

Zie hierover, bijvoorbeeld, G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, 'Spoedreparatie fiscale eenheid: de slotbalans', *TFO* 2019/164.2.

[\[28\]](#)

De variant van *revenue sharing*, waarbij de belastingopbrengst uit een mondiaal uitgerolde wereldwijd geharmoniseerde belasting (inclusief tarief) over landen wordt verdeeld, bijvoorbeeld op basis van nationaal inkomen of inwoneraantallen, laat ik buiten beschouwing.

[\[29\]](#)

Zie hierover, bijvoorbeeld, Ana Agúndez-Garcia, 'The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options', Directorate-General Taxation and Customs Union, European Commission, Working Paper nr. 9, 2006.

[\[30\]](#)

Zie voor een voorbeeld Maarten de Wilde, 'Is Pillar 2 lek?', *NLF Opinie* 2021/0005. In de Modelregels wordt de problematiek in artikel 3.2.7 geadresseerd met een specifieke antimismatchmaatregel in de vorm van een 'GloBE-Tax linking rule' die bij een zogenoemde Intragroup Financing Arrangement aftrek voor GloBE-doeleinden beperkt, indien daartegenover geen 'commensurate increase in the taxable income' staat. We gaan zien of deze antimismatchmaatregel voldoende tegen de geconstateerde gaming-the-systemproblematiek opgewassen zal blijken.

[\[31\]](#)

Zie De Wilde 2020, *t.a.p.*

[\[32\]](#)

Maarten Floris de Wilde, *Sharing the Pie - Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. xxiii.