UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

OESO-consultatie digitale economie: 'grondslagherverdeling' en 'ik belast wat jij niet doet'?

de Wilde, M.F.; Wisman, C.

Publication date
2019
Document Version
Final published version
Published in
NLF-W

Link to publication

Citation for published version (APA):
de Wilde, M. F., & Wisman, C. (2019). OESO-consultatie digitale economie: 'grondslagherverdeling' en 'ik belast wat jij niet doet'? *NLF-W*, *2019*, Article 1. https://www.nlfiscaal.nl/nlfw2019/0001

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:08 Nov 2026

NLFW 2019/1

prof. mr. dr. M.F. de Wilde en mr. C. Wisman

OESO-consultatie digitale economie: 'grondslagherverdeling' en 'ik belast wat jij niet doet'?

13 en 14 maart 2019 houdt de OESO een publieke consultatie over de uitdagingen die de steeds verdergaande digitalisering van de economie meebrengt voor de winstbelastingsystemen van landen. Onderdeel is de publicatie van een consultatiedocument met een probleeminventarisatie en suggesties voor oplossingsrichtingen 'without prejudice'. Het betreft niet louter een uitvraag naar ideeën voor bijzondere belastingmaatregelen voor 'techreuzen'. De hervormingssuggesties raken het fundament van de winstbelasting en de beleidsruimte van landen op dit terrein. Heffingsjurisdictie- en verrekenprijsregels zouden worden gewijzigd en landen zouden niet langer hun beleid voor directe investeringen van belastingplichtigen in het buitenland kunnen baseren op overwegingen van importneutraliteit. Deze bijdrage beoogt bij te dragen aan de gedachtevorming.

Inleiding

Op 13 en 14 maart 2019 houdt de OESO binnen het verband van het 'Inclusive Framework on BEPS' [1] een publieke consultatie over de uitdagingen die de steeds verdergaande digitalisering van de economie meebrengt voor de winstbelastingsystemen van landen.[2] Onderdeel is de publicatie op 13 februari 2019 jl. op de OESO-website van een consultatiedocument met een probleeminventarisatie en suggesties voor oplossingsrichtingen 'without prejudice'.[3] De sluitingsdatum voor aanlevering van 'position papers' is 6 maart 2019.[4] Op 20 februari 2019 hield de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer hierover een rondetafelgesprek.[5]

1 Zie http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm.

2 Public consultation on the tax challenges of digitalization, OECD Conference Center, 13 en 14 maart 2019. Zie, ook voor toegang tot de 'live stream' van de bijeenkomst, http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-tax-challenges-of-digitalisation-13-14-march-2019.htm.

3 Base Erosion and Profit Shifting Project, Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, 13 February – 6 March 2019 ('Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019'), beschikbaar via http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf. Opgemerkt wordt: 'The work on these proposals is being conducted on a "without prejudice" basis; their examination does not represent a commitment of any member of the Inclusive Framework beyond exploring these proposals.' Wat daar ook van zij, de ideeën liggen nu wél op tafel.

4 Zie ook het nieuwsbericht 'OECD invites public input on the possible solutions to the tax challenges of digitalization', van 13 februari 2019 zoals geactualiseerd op 19 februari 2019, beschikbaar via http://www.oecd.org/tax/beps/oecd-invites-public-input-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm.

5 Rondetafelgesprek belastingheffing digitale economie op 20 februari 2019 tussen de vaste commissie voor Financiën en de vaste commissie voor Europese zaken en diverse sprekers met verschillende achtergronden (bedrijfsleven, adviespraktijk,

Het gaat niet om louter een beleidsdocument met een uitvraag naar ideeën voor bijzondere belastingmaatregelen om 'techreuzen' te kunnen belasten.[6] De hervormingssuggesties raken het fundament van de winstbelasting en de ruimte van landen om op dit terrein fiscaal beleid te voeren. Mochten de hervormingssuggesties worden doorgevoerd zoals nu aangereikt, dan zou de impact op het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel niet te onderschatten zijn. Niet alleen zouden heffingsjurisdictie- en verrekenprijsregels significant worden gewijzigd. Ook – en wellicht vooral – zou Nederland niet langer in de gelegenheid zijn het eigen internationale fiscale beleid voor directe investeringen van belastingplichtigen in het buitenland te baseren op overwegingen van kapitaal- en arbeidsimportneutraliteit.

Omarming van de in het consultatiedocument aangereikte suggesties zonder nadere aanpassingen zou leiden tot oncontroleerbare grondslagherverdeling richting marktjurisdicties en bijheffing tot nationaal niveau over laagbelast actief en substancerijk inkomen van concernonderdelen in het buitenland. Of Nederland de suggesties zou moeten onderschrijven en/of daarin mee zou moeten gaan, is wellicht uiteindelijk vooral een politiek-maatschappelijke aangelegenheid. Bij het maken van die keuze pleiten wij ervoor dat Nederland zich nadrukkelijk vergewist van de effecten op de verdeling van heffingsgrondslag over landen en de bevoegdheid van landen om op autonome wijze internationaal fiscaal beleid te voeren. Het gaat ergens om.

Dit artikel beoogt bij te dragen aan de gedachtevorming en vraagt aandacht voor de in potentie veel bredere impact van de in het consultatiedocument genoemde mogelijke oplossingsrichtingen, dan het kader waarin zij is gepresenteerd wellicht doet vermoeden. De geconsulteerde maatregelen ondermijnen het – ook door Nederland gehanteerde – beleidsuitgangspunt dat het binnenlandse bedrijfsleven in het buitenland zou moeten kunnen concurreren onder dezelfde fiscale standaarden als lokale concurrenten.

Winstbelastingsystemen zijn verouderd

De winstbelastingsystemen van landen, ook die van Nederland, zijn sterk verouderd.[7] Het model voor de winstbelasting – het creëren van heffingsrechten en de toewijzing van heffingsbevoegdheid – dat we in Nederland maar ook in andere landen hanteren, is meer dan honderd jaar oud en gebaseerd op de economie van toen.[8] Het gaat uit van de gedachte dat een onderneming in een land juridisch en/of fysiek aanwezig dient te zijn om daar goederen en diensten te kunnen afzetten.[9] Alleen dan ontstaat belastingplicht, anders niet.[10] Vroeger werkte dat, maar nu niet meer. Aangejaagd door globalisering,

non-profit en wetenschap). Beschikbaar via https://debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/rondetafelgesprek-belastingheffing-digitale-economie. Zie ook de position paper van M.F. de Wilde ten behoeve van de deelname aan de hoorzitting/rondetafelgesprek, 2019D07152: Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in, Intertax (Vol. 46), Issue 6, Kluwer International, 2018.

6 Zoals de voorstellen en suggesties vanuit de OESO en de EU wel worden opgevat door bijvoorbeeld de media. Zie onder meer de recente berichtgeving in de Financial Times, Guardian en BBC.

7 Zie in dit kader M.F. de Wilde, Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market, IBFD, June 2017, Chapter 1.

8 De inhoud van veel bilaterale belastingverdragen is in essentie terug te herleiden tot League of Nations, Report on Double Taxation, E.F.S.73. F.19, April, 5 1923.

9 Zie ook M.F. de Wilde, Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'Online Profits' are so Hard to Pin Down, Intertax (Vol. 2015), Issue 12, p. 796-803.

10 Zo is voor de Nederlandse wetgeving de aanwezigheid van een 'vaste inrichting' het aanknopingspunt voor belastingheffing bij een buitenlands belastingplichtige ondernemer, zie bijvoorbeeld artikel 3 en 17 e.v. Wet VpB 1969 en artikel 2.1, onderdeel b en 7.2 Wet IB 2001, alsmede het aanknopingspunt voor het verlenen van een voorkoming van dubbele heffing

marktliberalisering en het internet raken bedrijven, zowel 'techbedrijven' als traditionele bedrijven, steeds meer in staat om markten op afstand te bedienen: zonder fysieke aanwezigheid, of met een slechts geringe en op routinefuncties gerichte aanwezigheid. Het huidige belastingmodel is hier niet op toegesneden.[11]

Landen, Nederland incluis, hebben hier vooralsnog vooral 'symptoombestrijdend' op gereageerd door steeds weer extra lagen regelgeving aan het bestaande regelcomplex toe te voegen: antimisbruikmaatregel op antimisbruikmaatregel (bestrijding agressieve planning) en belastingsubsidie op belastingsubsidie (aanjagen belastingconcurrentie).[12] Dit, zonder het onderliggende model wezenlijk te wijzigen. De implementatie van de uitkomsten van het BEPS-project van de G20/OESO vormt het voorlopige hoogtepunt van deze ontwikkeling.[13] Inmiddels, echter, is het antwoord op een winstbelastingvraag in een concreet feitenstel vaker ongewis dan rechtszeker. Is de rente aftrekbaar? Is sprake van misbruik? Is de transfer pricing at arm's length? Hebben we te maken met verboden staatssteun? Is dit verenigbaar met de EU-verdragsvrijheden? Moet deze structuur worden gerapporteerd? Deze wellicht op het eerste gezicht overzichtelijke vragen laten zich niet zonder een complexe technische analyse beantwoorden, en zelfs dan zal een eenduidig antwoord zich lang niet altijd aandienen.

De hervormingsvoorstellen die de OESO nu in zijn consultatie aanreikt, leggen hier in feite nóg een laag regelgeving overheen. Verschil, dit keer, is dat deze bovendien het onderliggende model wél raakt, en wat ons betreft op een arbitraire wijze die de autonomie ondermijnt van landen om hun winstbelastingstelsel te funderen op een vooralsnog universeel omarmd fiscaalbeleidsuitgangspunt: importneutraliteit.

BEPS-actiepakket is niet genoeg, zo lijkt het

Het consultatiedocument ademt de gedachte dat de implementatie van de anti-BEPS-maatregelen uit het finale BEPS-actiepakket nog niet voldoende zou zijn.[14]

De gesignaleerde kunstmatigheden in het belastingsysteem lijken weliswaar te zijn teruggedrongen, maar multinationals zouden met het verschuiven van functies nog steeds grondslag kunnen verplaatsen naar relatief lager belastende jurisdicties. En deze jurisdicties kunnen deze grondslag nog steeds aantrekken via begunstigende belastingregimes. De anti-BEPS-coördinatiemaatregelen uit het BEPS-

bij een binnenlands belastingplichtige ondernemer, zie bijvoorbeeld artikel 15e Wet VpB 1969, artikel 9 e.v. Bvbd 2001 en artikel 7 van de meeste Nederlandse bilaterale belastingverdragen. Zie voor een omvattend overzicht van de ontwikkelingen rondom het vaste-inrichtingsbegrip in Nederland M.F. de Wilde & C. Wisman, New Trends in the Definition of Permanent Establishment: The Netherlands, in: G. Maisto, New Trends in the Definition of Permanent Establishment, EC and International Tax Law Series, IBFD (verwacht). Zie ook H. Vermeulen & C. Wisman, The Netherlands: Permanent Establishments, in: Permanent Establishments: A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective, 6th Edition, Kluwer Law International, p. 1-30.

11 Zie M.F. de Wilde, Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in, Intertax (Vol. 46), Issue 6, Kluwer International, 2018, par. 2.

12 Zie M.F. de Wilde & C. Wisman: Netherlands in Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context (editor A.P. Dourado), EATLP International Tax Series (Vol. 15), IBFD, 2017, Chapter 19.

13 Zie OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, Paris 2013 ('BEPS Report') en OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, Paris 2013 (BEPS Action Plan).

14 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 3. Gesproken wordt over de 'remaining BEPS issues'.

pakket zouden in meer algemene zin belastingconcurrentie aanjagen en druk zetten op landen om generieke winstbelastingtarieven te matigen. Dit zou de 'race to the bottom' versnellen.[15]

Bovendien zou de verdeling van de winst van de multinational onder de transferpricingregels niet langer op een rechtvaardige wijze verlopen. De focus ligt te zeer op functies (aanbodzijde) en te weinig op de markt (vraagzijde),[16] in het bijzonder waar het gaat om ondernemingen die markten bedienen met geen of slechts een geringe aanwezigheid, zoals internetbedrijven, maar in meer algemene zin ook om andere bedrijven die zich kunnen bedienen van commissionair-structuren[17] (recente verleden) of 'limited risk distributors' (heden).

Daar komt nu de gedachte bij dat geografisch toebedeelde ondernemingswinsten niet on- of laagbelast mogen blijven.[18] Indien een jurisdictie het toebedeelde gedeelte van de winst niet tegen een bepaald effectief minimumtarief ('low effective rate of tax') zou belasten, dan zouden andere landen moeten (kunnen) bijbelasten: I'll tax if you don't. Ondernemingswinsten, zo lijkt het, zouden altijd ergens eenmaal én tegen een zeker minimumniveau moeten worden belast ('single tax principle').[19] Dit, ongeacht of in deze (vestigings)landen daadwerkelijk waarde is gecreëerd. De vraag of de locatie van heffing in dat geval nog wel spoort met de aanwezigheid van inkomensproducerende factoren (arbeid, kapitaal, markt) lijkt hier van minder belang.

Vanuit het oogpunt van de soevereiniteit van landen om zelfstandig fiscaal beleid te vormen gaat dat wat ons betreft allemaal best ver. Dit, in het licht van de nu toe universeel gerespecteerde beleidsruimte voor landen om naar keuze import- dan wel exportneutraliteit na te streven en gelet op de samenhang die vermoedelijk toch vaak zal bestaan binnen een jurisdictie tussen het niveau van belastingheffing van binnenslands aanwezige economische actoren enerzijds en de verstrekking van collectieve voorzieningen in dit verband anderzijds (profijtbeginsel).

Oplossingen consultatiedocument: twee pijlers

Om de gewenste veranderingen te bewerkstelligen komt de OESO in zijn consultatiedocument met oplossingen langs twee pijlers:

1. de 'revised profit allocation and nexus rules';[20] en
2. het 'global anti-base erosion proposal'.[21]

15 Vgl. M.F. de Wilde, The CCCTB Relaunch: A Critical Assessment and Some Suggestions for Modification, p. 35-82 in European Tax Integration: Law, Policy and Politics (editor Pasquale Pistone), The GREIT Series 11, IBFD, Amsterdam 2018, par. 2.2.4.

16 Voor analyses over toerekening van grondslag over de aanbod- en vraagzijde verwijzen wij naar Peggy B. Musgrave, Interjurisdictional Equity in Company Taxation: Principles and Applications to the European Union in Taxing Capital Income in the European Union; Issues and Options for Reform (editor Sijbren Cnossen), Oxford University Press, New York 2000, p. 46-77; Peggy B. Musgrave, Principles for Dividing the State Corporate Tax Base' in The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination (editor Charles E. McLure Jr.), Hoover Institution Press, Stanford 1984, p. 228-246.

17 Zie over de OECD Public Discussion Draft BEPS Action 7 Additional Guidance on Attribution of Profits to Permanent Establishments, ook C. Wisman, 'Positive, nil or negative'?, V-N 2017/42.0 en www.taxlive.nl, 6 september 2017.

18 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 24, par. 88 en 89. Zie ook paragraaf 91 waarin wordt opgemerkt dat: '(…) proposes a systematic solution designed to ensure that all internationally operating businesses pay a minimum level of tax. It does not tolerate that a modest level of substance can result in an allocation of a substantial amount of intangible and risk related returns to group entities that pay no or very little tax'.

19 Zie R.S. Avi-Yonah, 'Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime', Bulletin for International Taxation 2007 (Vol. 61), p. 130-138, at p. 131. Zie tevens R.S. Avi-Yonah and H. Xu, Evaluating BEPS, Erasmus Law Review 2017, Issue 1, p. 3-11.

De eerste betreft een herverdeling van belastinggrondslag richting marktjurisdicties, specifiek voor digitale ondernemingen of ondernemingen met 'marketing intangibles', via aanpassing van de heffingsjurisdictie- (vaste-inrichtingsbegrip) en transferpricingregels. De tweede pijler betreft een uitbreiding van anti-BEPS-maatregelen, GLOBE genoemd ('GLObal anti-Base Erosion proposal'). GLOBE betreft twee samenhangende maatregelen: een 'income inclusion rule' en een 'tax on base erosion payments'; deze worden hierna toegelicht. De GLOBE-maatregelen zijn geïnspireerd op de belastinghervormingen in de Verenigde Staten die daar sinds 1 januari 2018 gelden ('US Tax Reform'; 'Tax Cuts and Jobs Act'[22]).[23] Naar verluidt hebben in ieder geval Duitsland en Frankrijk de tweede oplossing recent beleidsmatig omarmd.[24]

Gedachte zou zijn de maatregelen mondiaal in te voeren. Binnen de EU zou de implementatie kunnen lopen via een richtlijn (ATAD3). Het Multilaterale anti-BEPS-verdrag (MLI) lijkt dan een geschikte kandidaat voor de transpositie van verdragsgerelateerde maatregelen in de belastingverdragennetwerken van landen. Een en ander zal, mede met de input van de consultatie, technisch nader worden uitgewerkt om voor de zomer met concrete voorstellen te komen. De oplossing zou zich dan in 2020 moeten aandienen.

Transfer Pricing of toch Formula Apportionment?

De eerste pijler betreft de zogenoemde 'revised profit allocation and nexus rules'. Hoewel de OESO zich terdege lijkt te realiseren dat het de economie is die digitaliseert en het niet een afzonderlijke sector betreft[25] – ring-fencing is onmogelijk[26] – komt het consultatiedocument opmerkelijk genoeg met

22 De 'Act to provide for reconciliation pursuant to titles II and V of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2018'.

23 De 'US Tax Reform', veelal aangeduid als 'Tax Cuts and Jobs Act'. Zie voor een bespreking van die hervormingen en kritische kanttekeningen daarbij, ook in het licht van het werk van de OESO en EU, bijvoorbeeld R.S. Avi-Jonah & M.G. Vallespinos, The Elephant Always Forgets: US Tax Reform and the WTO, Law & Economics Working Papers, 151, University of Michigan Law School, January 28, 2018; R.S. Avi-Yonah & G. Mazzoni, BEPS, ATAP, and the New Digital Tax Dialogue: ¿A Translantic Competition?, Intertax (Vol. 46), Issue 11, Kluwer Law International, 2018, p. 885-90;, S.E. Shay, The US International Tax Reforms: Competition and Convergence, Pay-offs and Policy Failures, Intertax (Vol. 46), Issue 11, Kluwer Law International, 2018, p. 905-913; A.P. Dourado, The US Base Erosion and Anti-Abuse Tax, and the EU Responses, Intertax (Vol. 46), Issue 4, Kluwer Law International, 2018, p. 266-267; M.M. Levey, A. Minkovich, J.D. Odintz & K.E. Rimpfel, Tacking Stock of US Tax Reform as the Dust Settles, Intertax (Vol. 46), Issue 4, Kluwer Law International, 2018, p. 352-355; Y. Brauner, Taxing the Digital Economy Post-BEPS, Seriously, Intertax (Vol. 46), Issue 6&7, Kluwer Law International, 2018, p. 462-465; A.P. Dourado, Editorial Note on the Digital Tax Special Issue, Intertax (Vol. 46), Issue 6&7, Kluwer Law International, 2018, p. 461; M.P. Devereux & J. Vella, Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform, Intertax (Vol. 46), Issue 6&7, Kluwer Law International, 2018, p. 550-559; M. Herzfeld, US Perspectives on the Multilateral Instrument, Intertax (Vol. 46), Issue 1, Kluwer Law International, 2018, p. 80-85 en W. Schön, Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy, Bulletin for International Taxation (Vol. 72), No. 4/5, p. 278-292, IBFD.

24 https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Interviews/2018/2018-11-12-spiegel-online.html en https://www.reuters.com/article/oecd-tax-germany/update-1-germany-looking-to-coordinate-global-minimum-corporate-tax-idUSL8N1WZ2RA.

25 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 5 en in het algemeen Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, 2015.

26 Zie bijvoorbeeld ook M.F. de Wilde, Tax jurisdiction in a digitalizing economy; why 'online profits' are so hard to pin down, Intertax (Vol. 2015), Issue 12, p. 796-803.

voorstellen die nu juist net gericht zijn op het isoleren van het ene (digitaal, immaterieel) ten opzichte van het andere (traditioneel, materieel) – ring-fencing derhalve. Aan de hand van nieuw ontwikkelde termen zoals 'user participation' en 'significant economic presence' 'via digital technology and other automated means',[27] wordt getracht voor heffingsjurisdictie- en winstallocatiedoeleinden een scheidslijn aan te brengen tussen 'tech' en 'niet-tech', en 'marketing intangibles' en andere bestanddelen van het bedrijfsvermogen. Op die basis wordt vervolgens geprobeerd aanknopingspunten te formuleren voor de vaststelling van heffingsjurisdictie (nexus) en grondslagtoerekening.

De gedachte achter grondslagtoerekening aan gebruikersjurisdicties ligt in de overweging dat gebruikers ('users') van online-platformproducten waarde zouden toevoegen aan de betreffende internetonderneming.[28] Niet als functionarissen van de onderneming, maar omdat zij als het ware in natura betalen voor het gebruik van het platform. Dit, in de vorm van 'privacygevoelige digitale informatie-eenheden' (data) in plaats van bijvoorbeeld abonnementsgelden. Die data-eenheden worden door de betreffende techonderneming gewonnen en verzameld en doorontwikkeld tot commercieel verhandelbare marktkennis. Die 'user value', is de gedachte, zou zich niet tonen, indien in geld zou worden betaald voor de (digitale) dienstverlening. Anders zou de markt op zichzelf beschouwd reeds een bron van inkomen gaan vormen, en dat lijkt men nu ook weer niet direct voor ogen te hebben. Wat ons betreft toont dit direct de zwakte van de uservaluegedachte. Indien je in natura-eenheden (data) voor de (digitale) dienstverlening betaalt dan zou je waarde toevoegen. Indien je in monetaire eenheden (geld) betaalt niet. Dat klinkt arbitrair, alsof de betaalmodus in waardecreatietermen verschil zou maken. En dat is het wat ons betreft ook.

De gedachte, daarnaast, achter grondslagtoerekening aan marktjurisdicties ligt in de overweging dat ook klanten ('customers') van de producten en diensten van ondernemingen waarde toevoegen aan de onderneming.[29] Niet als functionarissen, maar omdat de 'marketing intangibles' die ten grondslag liggen aan betreffende producten en diensten 'are reflected in the favourable attitudes in the minds of customers'.[30] Een dergelijke 'customer value' zou zich niet tonen bij andersoortige bestanddelen van het ondernemingsvermogen die hebben bijgedragen aan de ontwikkeling en productie van geleverde goederen en diensten. Wat ons betreft toont dit direct de zwakte van deze gedachte. Alleen 'marketing intangibles' zouden zorgen voor de 'favourable attitudes (…) of customers'? Dat klinkt wederom arbitrair. Alsof alleen de marketingvernislaag ertoe doet en de rest niet – bijvoorbeeld de productkwaliteit, de onderliggende R&D, en/of het logistieke proces, de supply chain. Alle dragen, denken wij, bij aan de productloyaliteit van de klant.

De herkenbaarheid die het merk brengt, samen met de productkwaliteit en leveringssnelheid zijn, menen wij, onderling net zo verweven als digitaal en traditioneel dat zijn in de digitaliserende economie. Het heeft wat ons betreft dan ook weinig zin om – zoals het consultatiedocument doet – te proberen het een van het ander fiscaal te segregeren. Dit leidt tot allerlei afbakeningsperikelen (en juridische procedures daarover), problemen zoals dubbele heffing (cascade-effecten), ongelijke behandeling van economisch gelijke gevallen (en juridische procedures daarover) en verstoringen van economische processen. Doorredenerend is er eigenlijk maar een oplossing voor de arbitraire fiscale ring-fencing

27 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 24.

28 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 8 e.v. Zie in dat verband bijvoorbeeld ook de aanbeveling van de Europese Commissie in het kader van het 'digital tax package', COM(2018) 1650 final, betreffende de vennootschapsbelasting op een aanmerkelijke digitale aanwezigheid, Brussel 21 maart 2018.

29 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 8 e.v.

30 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 16, par. 51.

van ‘user value’, ‘marketing intangibles’ en ‘significant economic presence’ zoals we die zien in het consultatiedocument: niet doen.

Toerekening van grondslag aan de marktjurisdictie is, denken wij, uiteindelijk te baseren op de gedachte dat de markt reeds op zichzelf beschouwd een bron van inkomen vormt.[31] Indien het voornemen werkelijk bestaat uit te wijken naar grondslagtoerekening aan marktjurisdicties, bijvoorbeeld vanwege de ‘favourable attitude of customers’, dan is er in analytische zin geen steekhoudende opknip mogelijk van sectoren, bedrijfsactiviteiten, of vermogensbestanddelen. Je ontkomt dan niet aan een omvattende verdeling van een deel van de ondernemingswinst over de vraagzijde, en daarmee grondslagtoedeling aan afzetjurisdicties, ongeacht sector, industrie, of producttype. Dit verklaart wat ons betreft meteen de worsteling in het consultatiedocument met de kwantificering van de geïdentificeerde factoren ‘user participation’, ‘marketing intangibles’ en ‘significant economic presence’. Daar kom je niet uit. En als je het toch probeert, dan krijg je te maken met een onmogelijk in de hand te houden grondslagverschuiving richting marktjurisdicties. De oncontroleerbaarheid op dit vlak verklaart waarom het document vervolgens naar ‘residual profit splitting’ beweegt, waarbij voor de split wordt uitgeweken naar ‘metrics’ (sales, assets, employees).

Duidelijk wordt wat werkelijk gebeurt. Het consultatiedocument beweegt weg van ‘transfer pricing’, via ‘global profit splitting’ richting ‘global formula apportionment’. Deze laatste term wordt alleen niet als zodanig gebruikt, vermoedelijk omdat de OESO traditioneel geen voorstander is van winstverdeling op basis van een formule.[32] Mocht introductie van een formulary benadering niettemin de werkelijke bedoeling zijn, dan zou daartoe wat ons betreft een expliciet voorstel moeten worden voorgelegd. Onze suggestie voor nexusvaststelling zou dan zijn om aan te knopen bij ‘factor-presencetests’ (‘workforce presence’, ‘asset utilization presence’, ‘customer presence’). Dit, in plaats van jurisdictievaststelling via vestigingsplaats en vaste inrichting zoals we nu doen. In dit verband dient te worden opgemerkt dat, uitgaande van de premisse dat inkomen eigenlijk geen ‘true source’ in geografische zin heeft,[33] iedere verdeelsleutel in meer of mindere mate arbitrair is.[34] Dit geldt voor zowel een formulary benadering als het huidige transferpricingmodel. De subjectieve verdeelvraag is niet meer en niet minder dan een subjectieve verdeelvraag. Uiteindelijk betreft het een politieke aangelegenheid waar we, zoals het

31 Vgl. M.F. de Wilde, Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market, IBFD, June 2017, par. 2.2.3: ‘The demand approach addresses the notion that demand creates value, i.e., a customer’s willingness to buy product, or put somewhat more eloquently, the presence of the firm in the hearts and minds of its customers.’ Zie tevens Peggy B. Musgrave, ‘Principles for Dividing the State Corporate Tax Base’ in The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination (editor Charles E. McLure Jr.), Hoover Institution Press, Stanford 1984, p. 234.

32 Zie bijvoorbeeld de opmerkingen en overwegingen in de OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Paris 2017, p. 39-43, bijvoorbeeld op p. 43, par. 1.32 ‘For the foregoing reasons, OECD member countries reiterate their support for the consensus on the use of the arm’s length principle that has emerged over the years among member and non-member countries and agree that the theoretical alternative to the arm’s length principle represented by global formulary apportionment should be rejected.’

33 Zie Michael J. McIntyre, The Use of Combined Reporting by Nation States in The Taxation of Business Profits Under Tax Treaties (editor Brian J. Arnold e.a.), Canadian Tax Foundation, 2003, p. 245, at p. 253, and Walter Hellerstein, ‘International Income Allocation in the 21st Century: The End of Transfer Pricing? The Case for Formulary Apportionment’, International Transfer Pricing Journal 2005 (Vol. 12), No. 103, p. 104.

34 Vergelijk Richard M. Bird and J. Scott Wilkie, Source vs. residence-based taxation in the European Union: the wrong question? in Taxing Capital Income in the European Union; Issues and Options for Reform (editor Sijbren Cnossen), Oxford University Press, New York 2000, p. 91.

er nu naar uitziet, moeten proberen uit te komen – liefst op een manier die werkbaar is.[35] Hiermee ligt de fundamentele en principiële vraag op tafel, losgeschud van alle ruis. Hoe zou de winst van de multinational over landen moeten worden verdeeld? Dat is waar het hier werkelijk om gaat.

GLOBE: een BEPS 2.0?

De tweede pijler betreft het zogenoemde 'global anti-base erosion proposal' (GLOBE). De onder deze noemer gepresenteerde maatregelen, voornoemde 'income inclusion rule' en de 'tax on base erosion payments' zouden een oplossing moeten bieden voor de 'remaining BEPS challenges'.[36] Het gaat hier dan ook om een uitbreiding van anti-BEPS-maatregelen.

De 'income inclusion rule' – een CFC-achtige maatregel maar dan ook voor actief inkomen – zou zich richten tot belastingplichtigen die inkomsten behalen in laagbelaste buitenlandse dochtervennootschappen (belang 25% of meer) of vaste inrichtingen. Toepassing zou leiden tot toerekening van deze inkomsten aan betrokken belastingplichtigen. Het bijbelasten zou kunnen gaan tot het volledige woonstaattarief.[37] Ter voorkoming van economisch dubbele belasting zou worden voorzien in een belastingvermindering volgens de methode van de indirecte belastingverrekening. De maatregel zou bestaande CFC-maatregelen flankeren en technisch vergelijkbaar functioneren. Belangrijke kanttekening is dat de reikwijdte niettemin breder zou moeten zijn. Motief en aard van de investering (passief/belegging; actief/directe investering; 'substancerijk'/'substancearm') zouden, anders dan bij de CFC-regimes zoals we die gewend zijn, irrelevant zijn. Vestigingslanden zouden hun concerns derhalve 'bijbelasten' tot het woonlandbelastingniveau, zodra deze concerns ondernemingswinsten behalen in buitenlanden met een geaggregeerd belastingniveau dat lager is dan het gestelde miniumumtarief ('global minimum rate').

Het voorstel voor een 'income inclusion rule' is geïnspireerd op de Amerikaanse GILTI-heffing ('Global Intangible Low-Taxed Income').[38] In vergelijking: de GILTI-heffing belast bij tot grosso modo de helft van het Amerikaanse vennootschapsbelastingtarief van 21%. Het GILTI-tarief beweegt tussen 10,5 en 13,125%. De Verenigde Staten heft bovendien pas bij, voor zover het laagbelaste buitenlandse inkomen een soort belastingvrije voet overschrijdt, een bedrag gelijk aan kortgezegd een forfaitair rendement van 10% over de vaste activa, geconsolideerd beschouwd, van de buitenlandse concernonderdelen.[39]

De 'tax on base erosion payments' zou zich richten tot belastingplichtigen/concernvennootschappen die betalingen zoals rente, royalty's, dienstverleningsvergoedingen verrichten aan laagbelaste

35 Dit is overigens niet nieuw, zie National Tax Association, Report of Committee on the Apportionment between States of Taxes on Mercantile and Manufacturing Business, Proceedings of the National Tax Association, Washington D.C. 1922, p. 198-212, at p. 202: 'there is no right rule of apportionment (…) the only right rule (…) is a rule on which the several states can and will get together as a matter of comity'.

36 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 25, par. 92.

37 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 26, par. 100, als een 'technical issue' wordt de vraag neergelegd 'whether the included income should be taxed at the minimum rate or the full domestic rate'. Dit lijkt ons veel meer dan een technisch punt; het raakt de basis van internationale beleidsoverwegingen in termen van kapitaalimport en exportneutraliteit.

38 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 26, par. 98.

39 Zie o.a. R.S. Avi-Jonah & M.G. Vallespinos, The Elephant Always Forgets: US Tax Reform and the WTO, Law & Economics Working Papers, 151, University of Michigan Law School, January 28, 2018; R.S. Avi-Yonah & G. Mazzoni, BEPS, ATAP, and the New Digital Tax Dialogue: ¿A Translantic Competition?, Intertax (Vol. 46), Issue 11, Kluwer Law International, 2018, p. 885-904; S.E. Shay, The US International Tax Reforms: Competition and Convergence, Pay-offs and Policy Failures, Intertax (Vol. 46), Issue 11, Kluwer Law International, 2018, p. 905-913.

buitenlandse concernonderdelen (belang/verbondenheid 25% of meer). Toepassing ervan zou leiden tot niet-aftrekbaarheid van de betaling voor de vennootschapsbelasting en/of niet-toepassing van verdragsvoordelen zoals bronbelastingtariefreductie en voorkoming van dubbele belasting. De maatregel zou renteaftrekbeperkingen en antiverdragsmisbruikbepalingen, zoals de principal purpose test in het MLI, flankeren en technisch vergelijkbaar functioneren. De reikwijdte zou breder zijn. Motief en aard van de investering (passief/belegging; actief/directe investering; 'substancerijk'/'substancearm') zouden irrelevant zijn. Bronlanden zouden concernonderdelen 'bijbelasten' tot het bronlandbelastingniveau zonder grondslageroderende betalingen, zodra zij deze betalingen verrichten aan concernonderdelen in landen met een belastingniveau dat lager is dan het gestelde minimumtarief.

Het voorstel voor een 'tax on base erosion payments' lijkt geïnspireerd op de Amerikaanse BEAT-heffing ('Base Erosion and Anti-Abuse Tax'). In vergelijking: de BEAT-heffing geldt kortgezegd alleen voor grote multinationals (omzet $500 miljoen of meer), betreft een alternatieve minimumheffing van 10% over de gecorrigeerde winst (uitgaande betalingen aan concernonderdelen worden bijgeplust) van de betreffende concernvennootschap, en wordt alleen geheven indien de BEAT hoger uitpakt dan de reguliere Amerikaanse vennootschapsbelasting zou doen. Amerikaanse 'tax credits' voor R&D-activiteiten laat de BEAT ongemoeid. 40

Bijheffen dus, zoals ook de Amerikanen doen? Dat betekent einde importneutraliteit

Het GLOBE-voorstel lijkt een wereldwijd effectief minimumtarief te willen garanderen/bewerkstelligen én landen te verplichten tot beleidsmatige omarming van kapitaal- en arbeidsexportneutraliteit. Wel moet het minimumtarief nog worden bepaald. 41 Kijkend naar het GILTI-tarief zal dit tarief naar onze inschatting ergens tussen 10% en 15% uit gaan komen.

Bijheffen dan maar, zoals de Amerikanen zijn gaan doen? Dat lijkt ons problematisch. Dit, nog los van de Unierechtelijke vraagstukken die implementatie van de GLOBE-maatregelen binnen de EU onvermijdelijk zou oproepen. De GLOBE-maatregelen – de 'income inclusion rule' en de 'tax on base erosion payments' – zoals ze er nu liggen, zouden in het licht van onder meer, respectievelijk, de HvJ-arresten Cadbury Schweppes 42 en Eurowings 43 vermoedelijk met de EU-verdragsvrijheden onverenigbaar zijn. En dit nog los van opkomende fiscaal-verdragsrechtelijke stekeligheden. De 'tax on base erosion payments' is mogelijk bovendien strijdig met de non-discriminatiebepalingen in de belastingverdragen (vgl. artikel 24, lid 5, OESO-Modelverdrag).

De gesuggereerde GLOBE-maatregelen ondermijnen het door veel landen – zoals ook Nederland – gebruikte beleidsuitgangspunt dat het nationale bedrijfsleven in het buitenland onder dezelfde fiscale standaarden zou moeten kunnen concurreren als zijn lokale concurrenten: kapitaal- en arbeidsimportneutraliteit. Nederland hanteert dit beleidsuitgangspunt sinds jaar en dag als het gaat om directe investeringen van belastingplichtigen in het buitenland. 44 Rendementen daaruit worden

40 Zie de hier direct boven aangehaalde literatuur.

41 Public Consultation Document, Addressing The Tax Challenges Of The Digitalisation Of The Economy, OECD, 2019, p. 26, par. 100.

42 HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas), ECLI:EU:C:2006:544.

43 HvJ 26 oktober 1999, C-294/97 (Eurowings Luftverkehr), ECLI:EU:C:1999:524.

44 Zie bijvoorbeeld Notitie Fiscaal Verdragsbeleid van 11 februari 2011, als bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 25 087, 7, op p. 22: 'Het Nederlandse verdragsbeleid is er – net als het BVDB 2001 – op gericht om zoveel mogelijk het principe van kapitaalimportneutraliteit te realiseren voor actieve inkomsten, zodat Nederlandse werknemers en ondernemers in

vrijgesteld van belastingheffing, ongeacht het buitenlandse belastingtarief. Dit, in de vorm van de deelnemingsvrijstelling 45 of de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten 46 in de vennootschapsbelasting, en de belastingvrijstelling in de inkomstenbelasting 47. Bij actief inkomen uit buitenlandse onderneming kennen deze regelingen geen gekwalificeerde onderworpenheidseis. 48 Importneutraliteit stelt bijvoorbeeld ook ontwikkelingslanden in staat om investeringen aan te trekken via bijvoorbeeld 'tax free zones' en 'tax holidays'. Bijheffing tot het woonlandtarief – exportneutraliteit: gelijke belastingdruk binnenlandse belastingplichtigen ongeacht de investeringslocatie – zou het effect daarvan tenietdoen. Bijheffen gebeurt in het Nederlandse winstbelastingstelsel thans alleen bij (laagbelast) passief inkomen (beleggingsrendementen) afkomstig uit het buitenland, 49 en in misbruiksituaties. 50 Dan wordt wél gekeken naar de effectieve belastingdruk op het inkomen in het buitenland. 51 De afwezigheid, daarnaast, van bronbelastingen op uitgaande rente- en royaltybetalingen (vooralsnog) heeft Nederland, voor zover ons bekend, steeds gebaseerd op de gedachte dat dergelijke inkomsten ter heffing thuishoren in de ontvangstjurisdictie en niet in de jurisdictie van waaruit deze inkomsten afkomstig zijn.

Het gaat hier – het is al gezegd maar we benadrukken het nogmaals – om de soevereine bevoegdheid om het meest passende beleidsuitgangspunt te kiezen voor de vormgeving van het internationale winstbelastingstelsel. Daar tornt GLOBE aan. Indien het voor landen zoals Nederland om politieke redenen onvermijdelijk zou blijken bij die regel aan te haken, dan zouden zij wat ons betreft moeten inzetten op bijheffing tot een zo laag mogelijk tarief. Dit, om de impact op de beleidsvrijheid zo veel mogelijk in te dammen. Bijheffing tot vestigingsstaattarief, immers, zou omarming van exportneutraliteit impliceren. Dit staat haaks op een streven naar importneutraliteit bij ondernemingswinsten.

Wij roepen in herinnering dat de switch-overbepaling in het oorspronkelijke ATAD1-richtlijnvoorstel een kleine drie jaar geleden, om vergelijkbare redenen als hierboven uiteen is gezet, door een aantal

het buitenland zich in dezelfde concurrentiepositie bevinden als lokale werknemers en ondernemers aldaar. Dit is van belang, omdat Nederlandse werknemers en ondernemers slechts gebruik kunnen maken van een kleine binnenmarkt, zodat toegang tot buitenlandse markten van wezenlijk belang is.' Zie ook Kamerstukken II 2014/15, 25 087, 84, p.15.

45 Artikel 13 Wet VpB 1969.

46 Artikel 15e Wet VpB 1969. Zie ook C. Wisman, artikelsgewijs commentaar op artikel 15e e.v. Wet VpB 1969, NDFR, SDU Uitgevers.

47 Artikel 9 BvdB 2001.

48 Als mogelijke uitzondering zou nog kunnen worden gedacht aan het onderworpenheidsvereiste bij toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten in geval van exploitatie van schepen of luchtvaartuigen in het internationale verkeer, artikel 15e, lid 5, Wet VpB 1969, maar daarbij wordt géén voorwaarde gesteld voor wat betreft de effectieve belastingdruk. Hetzelfde geldt overigens voor toepassing van de belastingvrijstelling op grond van het BvdB 2001.

49 Denk bijvoorbeeld aan de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming, artikel 13, lid 9 e.v., Wet VpB 1969 en de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming, artikel 15e, lid 9, Wet VpB 1969. Specifieke regelingen voor bijzondere situaties daargelaten (bijvoorbeeld ter zake van sporters, artiesten, bestuurders en commissarissen).

50 Denk bijvoorbeeld aan het per 1 januari 2019 vanuit de Anti-ontgaansrichtlijn I (Anti-Tax Avoidance Directive I, ATAD I) geïmplementeerde 'CFC-regime' in artikel 13ab en 15e, lid 10 en 11, Wet VpB 1969. Zie voor een kritische beschouwing van het toerekenen van 'besmette voordelen' aan een buitenlandse vaste inrichting C. Wisman, artikelsgewijs commentaar op artikel 15e, lid 10 en 11, Wet Vpb 1969, NDFR, SDU Uitgevers.

51 Denk bijvoorbeeld aan de toets van een 'reële heffing' zoals is opgenomen in artikel 10a, lid 3, onderdeel b; artikel 13, lid 11, onderdeel a en b; artikel 13a, lid 1, onderdeel a; artikel 13ba, lid 4; artikel 13d, lid 7 en artikel 15g, lid 1, onderdeel b, Wet VpB 1969. Zie M.F. de Wilde & C. Wisman: Netherlands in Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context (editor A.P. Dourado), EATLP International Tax Series (Vol. 15), IBFD, 2017, Chapter 19.

lidstaten, waaronder Nederland, te vuur en te zwaard is bestreden. 52 De switch-overbepaling in het originele voorstel voor de ATAD1-richtlijn tornde op gelijke wijze als nu GLOBE doet aan de autonomie van de lidstaten om fiscaal (verdrags)beleid te vormen. De switch-overbepaling heeft de uiteindelijke richtlijntekst dan ook niet gehaald. Via GLOBE zou een vergelijkbare bepaling het via de achterdeur alsnog halen, zeker nu een aantal van de grote lidstaten hebben aangegeven GLOBE wel te zien zitten. Dat lijkt ons een niet te onderschatten punt van aandacht, mede in het licht van de wensen die zijn geuit vanuit de Europese Commissie om het veto van de lidstaten bij fiscale richtlijnvoorstellen af te schaffen. 53

Overigens speelt de bijheffingsproblematiek al langer in de EU, maar dan onder de noemers 'Minimum Effective Taxation' ('MET') en 'Fair Taxation'. 54 Dit speelde al bij het ATAD1-richtlijnvoorstel en speelt thans nog steeds, bijvoorbeeld bij de sinds enige jaren aanhangige voorstellen en lopende discussies tot aanpassing van de Interest- en royaltyrichtlijn. 55 De gedachte daar is de richtlijnvoordelen (geen bronbelasting op uitgaande rente- en royaltystromen) afhankelijk te maken van een gekwalificeerde onderworpenheidstest, de MET. De onderhandelingen op dit dossier lopen stroef, om inmiddels bekende redenen: het tornt aan de soevereiniteit van de lidstaten om fiscaal beleid te voeren. Opmerking verdient hier nog dat Nederland het 'digital tax package' van de Europese Commissie- constructief-kritisch benadert, daarbij onder andere wijzend op het nut en de noodzaak om de problematiek in mondiale gremia te adresseren – zoals het verband van de OESO/Inclusive Framework. 56 GLOBE wordt ontwikkeld binnen het internationale verband. Nederland zal zijn beleidsinzet op dit punt, zo lijkt ons, dan ook niet meer op de mondiale kaart kunnen baseren.

Wat doen de Amerikanen nu eigenlijk precies?

52 Zie onder meer Kamerstukken II 2015/16, 22 112, 2071 waarin is opgemerkt dat: 'Bij de in de richtlijn voorgestelde switch-overbepaling kunnen echter ook bonafide structuren, transacties, etc. worden geraakt, omdat in het voorstel geen onderscheid wordt gemaakt tussen actief en passief inkomen. Op dit punt (actief inkomen) is het proportionaliteitsoordeel van het kabinet negatief.' En 'Van de sterke punten van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat kan, in het geval de voorgestelde switch-overbepaling ongewijzigd in de richtlijn wordt opgenomen, de toepassing van de deelnemingsvrijstelling worden beperkt. De voorgestelde switch-overbepaling heeft vragen opgeroepen bij de lidstaten, mede omdat deze geen deel uitmaakt van de BEPS-uitkomsten. Deze vragen worden momenteel geïnventariseerd en moeten snel van een antwoord worden voorzien. De reële budgettaire opbrengsten van BEPS en van de door de EU voorgestelde maatregelen die tot een onbedoelde relatieve verslechtering van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat leiden, wil het kabinet waar mogelijk gericht aanwenden om zo een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat te behouden.' Zie ook de brief van 13 mei 2016, AFP/2016/453 U.

53 Zie het persbericht van 15 januari 2019 van de Europese Commissie, Commissie start debat over geleidelijke overgang naar efficiënter en democratischer besluitvorming fiscaal beleid EU en het op diezelfde datum gepubliceerde Towards a more efficient and democratic decision making in EU tax policy, COM(2019) 8 final.

54 Zie voor een recent voorbeeld de aanbeveling van de Europese Commissie in het kader van het 'digital tax package', COM(2018) 1650 final, betreffende de vennootschapsbelasting op een aanmerkelijke digitale aanwezigheid, Brussel 21 maart 2018.

55 Zie bijvoorbeeld http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-taxation/file-interest-and-royalty-payments-recast

56 Zie bijlage bij brief van 9 mei 2018, BZDOC-776096499-15, Informatievoorziening over nieuwe Commissievoorstellen, fiche 1: Belastingheffing in de digitale economie en Kamerstukken II 2017/18, 22 112, 2418, fiche 1: Mededeling Een eerlijk en efficiënt belastingstelsel in de EU voor de digitale eengemaakte markt. Zie voor een overzicht van de positie van Nederland in dit verband M.F. de Wilde & C. Wisman, New Trends in the Definition of Permanent Establishment: The Netherlands, in: G. Maisto, New Trends in the Definition of Permanent Establishment, EC and International Tax Law Series, IBFD (verwacht).

Hierboven merkten wij al op dat de GLOBE-maatregelen zijn geïnspireerd op de Amerikaanse belastinghervormingen. Wat doen de Amerikanen in beleidsmatige zin nu eigenlijk precies? Traditioneel hanteerde de Verenigde Staten in woord een wereldwijd belastingstelsel, gebaseerd op exportneutraliteit als beleidsuitgangspunt. In daad functioneerde het Amerikaanse systeem als een importneutraal territoriaal stelsel vanwege de deferral (uitstel) die het mogelijk maakte via bepaalde internationale structuren met hybride entiteiten. 57

Per 1 januari 2018 zijn de Amerikanen overgestapt op een quasi-territoriaal belastingsysteem. 58 Naast voornoemde anti-BEPS2.0-achtige GILTI- en BEAT-heffingen voorzien de Amerikaanse belastinghervormingen tevens in een verlaging van het generieke vennootschapsbelastingtarief (van 35% naar 21%) en twee nadere maatregelen: een deelnemingsvrijstelling ('Foreign Dividends Received Deduction' – FDRD) voor deelnemingsdividenden (belang 10% of meer) en de zogenoemde FDII-regeling ('Foreign Derived Intangible Income'). De Amerikaanse deelnemingsvrijstelling (FDRD) en vooral de FDII zijn de voor het Amerikaanse bedrijfsleven 'zoete' tegenhangers van de 'zure' GILTI- en BEAT-heffingen. Zulke 'zoete' aan FDII-regeling verwante maatregelen zien we niet terug in de GLOBE-voorstellen. De FDRD en FDII dienen ter stimulering en het behoud van de concurrentiepositie van Amerikaanse multinationale ondernemingen 'overseas', buiten de Verenigde Staten. 59

De Amerikaanse FDII-regeling lijkt in feite een exportsubsidie via het belastingstelsel te betreffen voor Amerikaanse bedrijven (US Corporations), of lijkt in ieder geval als zodanig te zijn bedoeld. Versimpeld gezegd voorziet de regeling in toepassing van een belastingtarief van 13,125% – in plaats van het reguliere 21%-tarief – voor in de Verenigde Staten behaalde winsten, indien en voor zover deze toerekenbaar zijn aan de export van goederen en diensten vanuit de Verenigde Staten naar het buitenland. De regeling lijkt een beetje op een 'boxregime', zoals onze innovatiebox, maar dan voor voordelen die samenhangen met de afzet van goederen en diensten in het buitenland. Dit in plaats van voordelen uit zelf voortgebrachte immateriële activa zoals octrooien, zoals de innovatiebox doet. De FDII-regeling staat onder druk, want zou onverenigbaar zijn met de BEPS-uitkomsten inzake actiepunt 5 ('modified nexus approach'). Dit, omdat de rondom dit actiepunt ontwikkelde 'nexusregels' ontbreken. De FDII-regeling zou daarnaast onverenigbaar zijn met de WTO-regels. Dit, omdat zij zouden functioneren als een exportsubsidie via een directe belasting en dat is op basis van de WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement, Annex I, onderdeel e) niet toegestaan. 60 Het is de vraag of de Verenigde Staten hun FDII zullen kunnen handhaven. De WTO-druk is vrij groot, begrepen wij, ook vanuit de EU overigens. 61

Het Amerikaanse beleid ten aanzien van Amerikaanse multinationals laat zich uit de maatregelen denken wij, goed aftekenen. Enerzijds neemt de Verenigde Staten de rest van de wereld de maat:

57 Zie literatuur aangehaald in voetnoot 25.

58 Tax Cuts and Jobs Act.

59 Zie literatuur aangehaald in voetnoot 25.

60 Zie onder meer het antwoord van de Europese Commissie op de vraag vanuit het Europees Parlement met nummer E-000381-18: '(...) The United States (US) tax reform of 2017 has introduced two provisions that are of concern from the perspective of World Trade Organisation (WTO) compatibility. The Base Erosion and Anti-abuse Tax (BEAT) could give rise to discrimination and incompatibility with WTO rules because this tax would in certain cases be imposed on purchases from abroad while it would not be imposed on purchases made domestically. The tax deduction for Foreign Derived Intangible Income (FDII), equal to 37.5% of US corporation's intangible income multiplied by the ratio of the US corporation's exports of goods and services divided by its gross income, seems to result in an export subsidy prohibited by the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. (…) However, we have some concerns that the FDII may be contrary to the OECD BEPS action 5 modified nexus approach for intellectual property regimes.'

61 Zie R.S. Avi-Jonah & M.G. Vallespinos, The Elephant Always Forgets: US Tax Reform and the WTO, Law & Economics Working Papers, 151, University of Michigan Law School, January 28, 2018.

I'll tax if you don't. Net zoals bij GLOBE wordt laagbelast buitenlands inkomen bijbelast. Anders dan bij GLOBE (zoals het er nu uitziet) belasten de Amerikanen niet bij tot het reguliere 21%-tarief, maar tot ongeveer de helft daarvan. Dit betekent dat de Verenigde Staten de rest van de wereld zich onderling laat beconcurreren in de slag om de gunst van Amerikaanse multinational. Dit, althans tot maximaal het GILTI-tarief. Alles dat daaronder zit wordt in de Verenigde Staten tot het GILTI-tarief bijbelast. Tegelijkertijd beoogt de Verenigde Staten op het fiscale wereldtoneel mee te concurreren. Binnenlandse productie van op export gerichte goederen en diensten worden immers via de FDII tot het GILTI-tarief fiscaal gesubsidieerd. Binnenlandse productie en afzet, daarentegen, heeft de Verenigde Staten fiscaal afgezonderd. Die winsten worden in de Verenigde Staten tegen het reguliere 21%-vennootschapsbelastingtarief belast. De BEAT-heffing probeert erosie van Amerikaanse grondslag te voorkomen. Opmerking verdient daarbij nog eens dat de BEAT voorziet in een 'carve-out' voor 'tax credits' voor R&D-activiteiten. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de fiscale subsidies voor binnenlandse productie ongemoeid blijven.

De Verenigde Staten kunnen zich dit duale belastingstelsel – '21% tarief voor binnenlandse productie/afzet; GILTI-tarief voor 'rest-of-world' productie/afzet' – veroorloven. Althans daar lijken zij uitgaande van de werking van hun belastinghervormingen in ieder geval op in te zetten. De verklaring hiervoor ligt, zo kunnen wij ons voorstellen, in de omvang van de Amerikaanse binnenmarkt en misschien ook wel in de geopolitieke positie van de Verenigde Staten in de wereld.

Kan Nederland dat ook?

Buitenlands inkomen fiscaal subsidiëren/bijbelasten tot de helft van het binnenlandse belastingtarief. Binnenlands inkomen belasten tegen het reguliere tarief. Zoals de Amerikanen doen, kan Nederland dat ook? Wij vragen ons dat af. De reden dat Nederland importneutraliteit als beleidsuitgangspunt aanhangt, is de overweging dat wij ons een wereldwijd systeem met bijheffing tot het binnenlandse tarief niet denken te kunnen veroorloven. Daar is de binnenlandse markt te klein voor (en onze geopolitieke positie wellicht te bescheiden). 62

Laten we er voor de analyse van uitgaan dat het GLOBE-tarief op een vergelijkbaar niveau zou uitkomen als het Amerikaanse GILTI-tarief, zeg 12,5%. Indien Nederland zou worden bewogen tot bijheffing over laagbelast actief inkomen in het buitenland tot het reguliere vennootschapsbelastingtarief van thans 25%, dan zal het tarief, schatten wij in, onder druk komen te staan. Zou blijken dat wij ons bijheffing uit belastingconcurrentieoverwegingen niet kunnen veroorloven, dan zou de resterende optie verdere verlaging van het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief zijn, tot zeg het GLOBE-tarief. Het gat dat dit zou slaan in de begroting zou dan moeten worden afgedekt met verhoging van andere belastingmiddelen in de mix. Onze inschatting zou zijn dat in dat geval wordt uitgeweken naar de omzet- en/of de loon-/inkomstenbelasting-/premieheffing. Het ene politieke probleem zou dan worden omgewisseld voor het andere. Overigens vragen wij ons hier nog af of een dergelijke beweging in afwentelingstermen niet (deels) een formalisering zou betekenen van wat thans reeds in werkelijkheid gebeurt: afwenteling van de vennootschapsbelasting op consumptie en arbeid. Het lastige hiervan is dat de exacte afwentelingseffecten van belastingen zich niet laten vaststellen. 63

Naast deze beleidsmatige perikelen zou een op Amerikaanse leest geschoeid maatregelencomplex ook in technische zin vermoedelijk lastig komen te liggen. Hierboven signaleerden we al de EU-rechtelijke en fiscaal-verdragsrechtelijke problemen die hier zouden kunnen ontstaan. Dit lijkt ons niet anders

62 Zie de beleidsmatige overwegingen om in te zetten op importneutraliteit Notitie Fiscaal Verdragsbeleid van 11 februari 2011, als bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 25 087, 7, p. 22.

63 Zie in dit kader Michael J. McIntyre, Thoughts on the Future Of the State Corporate Income Tax, 25 State Tax Notes, 931, September 23, 2002, p. 936-938, en Peter Harris, The CCCTB GAAR: A Toothless Tiger or Russian Roulette? in CCCTB Selected Issues (editor D. Weber), 2012, p. 278.

indien zou worden uitgeweken naar bijheffing tot de helft van het reguliere tarief. Een flankerende exportsubsidie uit belastingconcurrentieoverwegingen zou net als bij de FDII op WTO-bezwaren stuiten. Binnen de EU zou de staatssteunproblematiek daar nog bovenop komen.

Het Amerikaanse voorbeeld lijkt ons voor Nederland daarmee niet echt een optie. De vraag rijst of niet eigenlijk hetzelfde geldt voor veel andere landen, de EU-lidstaten inbegrepen. Zouden zij wel in staat zijn structureel hogere dan GILTI-tarieven te blijven hanteren? Wij vragen ons dat oprecht af. Zelfs in de Verenigde Staten vraagt men zich af wat te doen indien FDII het vanwege de WTO-problematiek niet zou redden. Het GILTI-tarief omhoog schroeven richting de reguliere 21%, of verlaging van het reguliere tarief richting het GILTI-tarief? Dat ligt daar lastig, begrepen wij, ook in het licht van de Amerikaanse begrotingsperikelen en de politiek daaromtrent.

Ter afsluiting: wat dan wel?

Wat dan wel? Daarvoor moeten we terug naar het probleem. De regels zijn verouderd en niet langer toegesneden op de hedendaagse economische werkelijkheid. We hebben te maken met een fundamenteel en mondiaal probleem. Dan zit er, menen wij, weinig anders op dan met een fundamentele en mondiale oplossing te komen. Iedere 'halverwege-oplossing' leidt onherroepelijk en systematisch tot nieuwe problemen en complicaties, ook als deze voortvloeien uit een consultatie van de OESO met een driewekentermijn voor het aanleveren van input.

Kernvraag is hoe we de winst van de multinationale onderneming zouden moeten verdelen. Daarbij speelt ook de vraag of we de winsten van bedrijven misschien op een andere manier zouden moeten verdelen over landen dan we nu doen. Dat de landen waar de goederen en diensten worden afgezet ook aanspraak kunnen maken op een deel van de winst van de multinational. Dat is op dit moment niet het geval. We kijken als gezegd nu waar wordt geïnvesteerd (aanbodzijde) en niet zozeer naar waar de goederen en diensten worden afgezet (vraagzijde).

De oplossing ligt wellicht in 'global profit splits' (endogene verdeelsleutel), of 'global formulary apportionment' (exogene verdeelsleutel).[64] Flankerend zou een goed functionerende mogelijkheid tot onderling overleg en arbitragemogelijkheid moeten bestaan om dubbele heffing te vermijden. Voor de nexusvaststelling zou onze suggestie als gezegd zijn aan te knopen bij kwantitatieve 'factorpresencetests'. Dit, in plaats van de verouderde kwalitatieve concepten vestigingsplaats, vaste inrichting en arm's length. Verdragsgerelateerde aspecten zouden via een multilateraal verdrag, het MLI wellicht, kunnen worden ingeregeld. Binnen de EU zouden nationaalrechtelijke aspecten via een richtlijn kunnen worden geïmplementeerd, bijvoorbeeld via aanpassing van de richtlijnvoorstellen voor een Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).

Indien zou worden overwogen (ook) aanbodkantfactoren in de verdeling mee te nemen (arbeid, kapitaal), dan zullen landen, zoals nu wordt geprobeerd, er onderling uit moeten komen: 'harmonisatie door coördinatie'. Aanbodkantfactoren liggen binnen de invloedssfeer van de onderneming. Aanknoping bij aanbodkantfactoren voor grondslagtoerekeningsdoeleinden zal in het licht van de almaar toenemende kapitaal- en arbeidsmobiliteit in de aanwezigheid van tariefverschillen blijven prikkelen om investeringen te verschuiven naar relatief lager belastende jurisdicties. Daar zou je niet aan ontkomen. De grondslag is daarvoor te mobiel en te elastisch. Als je de 'race to the bottom' onder een elastische verdeelsleutel zou willen stoppen, dan is er geen alternatief dan gezamenlijk een bodemtarief overeen te komen (waar iedereen vervolgens naar toe concurreert). Landen zijn dan hun beleidsruimte kwijt, een proces dat thans reeds gaande is. Wat daar ook van zij, de ontwikkelingen laten zien hoe politiek lastig het is om stelselhervorming en herverdeling van belastinggrondslag te realiseren.

64 Zie in dit kader M.F. de Wilde, Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market, IBFD, June 2017, Chapter 6.

Indien zou worden overwogen voor de grondslagallocatie aan te knopen bij louter vraagkantfactoren (markt), dan hoeven landen er niet onderling uit te komen. Vraagkantfactoren liggen niet, of althans in veel mindere mate, binnen de invloedssfeer van de onderneming. Grondslagtoerekening aan de vraagkant zou daarom een immobielere en inelastischere grondslagallocatie opleveren. Tariefverschillen zouden niet leiden tot prikkels te investeren in lager belastende jurisdicties. Het maakt in dat model immers niet direct uit waar je investeert, de investeringslocatie zou voor de verdeling irrelevant zijn. Wel zou het uitmaken waar de onderneming afzet, hetgeen wellicht tot tijdvolgordelijke afzetjurisdictiepreferenties zou kunnen leiden. Marktneutraliteit wordt niet bereikt. 65

Interessant is te bezien wat zou gebeuren indien een land of regio – bijvoorbeeld de EU – zou bewegen richting volledige allocatie over de vraagkant, bijvoorbeeld via omvorming van het CCCTB-voorstel in een 'sales-onlymodel' en salesfactorpresencetest en zonder 'water's edge limitation'. 66 Indien een land of regio die richting in gaat maar de rest niet meebeweegt, dan zou deze jurisdictie of regio fiscaal zeer aantrekkelijk worden als investeringsjurisdictie. 67 Andere landen of regio's zouden – indien politieke drukuitoefening geen soelaas zou bieden – weinig andere keus hebben dan te volgen. 68 Dit zou een door eigenbelang gedreven transitie kunnen initiëren richting mondiale omarming van 'market based tax base division': harmonisatie door concurrentie. De productielocatieneutraliteit die dit model bevordert, zou het bedrijfsleven stimuleren het model te omarmen en lobbymatig in te zetten op een zo snel mogelijke transitie. Landen zouden vanwege de inelastische grondslagallocatie hun beleidsvrijheid kunnen hernemen en zelf bepalen wat de omvang moet zijn van de vennootschapsbelasting in de belastingmix. Elkaar de maat nemen met minimumtarieven en beleidsverplichtende maatregelen zou niet nodig zijn. Ieder zou zijn deel van de belastingtaart krijgen. De belastingconcurrentieproblematiek zou zijn verholpen. Het bedrijfsleven zou zaken kunnen doen zonder dat hun investeringslocatiebeslissing door winstbelastingheffing wordt verstoord. Dit, althans is de intuïtie/hypothese.

Utopie? Wie weet. Feit is wel dat de hierboven geschetste beweging werkelijkheid is geworden in de sfeer van de Amerikaanse State Taxation. Nadat de eerste Amerikaanse staat, Iowa, sales-only apportionment rond 1980 omarmde en het Amerikaanse Hooggerechtshof dit valideerde in de zaak Moorman 69 is een beweging op gang gekomen waar alle Amerikaanse staten naar dit model zijn gaan overstappen. Een proces dat zich tot op de dag van vandaag voortzet. 70 Wij zien eigenlijk geen reden waarom iets als dit zich niet op het mondiale toneel zou kunnen voordoen. Belastingconcurrentiebelangen liggen in de mondiale fiscale arena scherper dan die in de context van de Amerikaanse State Taxation. 71

65 De term 'market neutrality' is ontleend aan M.P. Devereux, Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations, Oxford Review of Economic Policy (Vol. 24), No. 4, p. 698-716.

66 Zie M.F. de Wilde, The CCCTB Relaunch: A Critical Assessment and Some Suggestions for Modification, p. 35-82 in European Tax Integration: Law, Policy and Politics (editor Pasquale Pistone), The GREIT Series 11, IBFD, Amsterdam 2018, par. 2.3.1.

67 Idem, par. 2.4.3.

68 Zie voor een vergelijking K.D. Edmiston, Strategic Apportionment of the State Corporate Income Tax, National Tax Journal 2002 (Vol. 55), No. 2, p. 239-262 en K.A. Clausing and R.S. Avi-Yonah, Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment, The Hamilton Project, The Brookings Institution, June 2007, p. 13.

69 Zie U.S. Supreme Court 15 June 1978, No. 77-454 (Moorman Manufacturing Co. v. Bair), 437 U.S. 267.

70 Zie bijvoorbeeld Stefan Mayer, Formulary Apportionment for the Internal Market, IBFD, 2009, p. 95 en David Spencer, Unitary taxation with combined reporting: The TP solution?, International Tax Review, April 25, 2013, p. 2-5.

71 Dit omdat de verschillen in (effectieve) belastingtarieven en grondslagen internationaal groter zijn dan tussen de verschillende staten van de Verenigde Staten van Amerika.

We sluiten af. Wat hier allemaal ook van zij, het is voor landen hoe dan ook van belang de ontwikkelingen scherp in de gaten te houden en zich tijdig te positioneren. Dit geldt, zo lijkt ons, voor Nederland niet anders. Dit, met name waar het gaat om de positionering rondom de vraag naar de impact en de wenselijkheid daarvan op de beleidsruimte om importneutraliteit na te blijven streven. Bijheffing tot het Nederlandse reguliere vennootschapsbelastingtarief over buitenlandse winsten uit actieve onderneming, lijkt ons zo op het eerste gezicht niet het meest aanlokkelijke vooruitzicht.

prof. mr. dr. M.F. de Wilde
Erasmus Universiteit Rotterdam / Loyens & Loeff

mr. C. Wisman
Universiteit van Amsterdam / PwC