



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Pillar 2 als grondslag voor een wereldwijd stelsel van minimumbelasting?

Vording, H.

Citation

Vording, H. (2022). Pillar 2 als grondslag voor een wereldwijd stelsel van minimumbelasting? *Mbb: Belastingbeschouwingen: Onafhankelijk Maandblad Voor Belastingrecht En Belastingpraktijk*, 2022(11), 4-11. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3564709>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3564709>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

35. Pillar 2 als grondslag voor een wereldwijd stelsel van minimumbelasting?

PROF. DR. H. VORDING

De vormgeving van Pijler 2 wordt sterk gekleurd door de wens van de OESO om een inclusieve koers te volgen. Daardoor zijn er nu twee concessies aan ontwikkelingslanden: de Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax en de Substance-Based Exemption. Dat is een concessie te veel.

De QDMTT heeft alles in zich om de hoofdregel van Pijler 2 te worden, met de IIR in een bescheiden bijrol. Ontwikkelingslanden zullen daar weinig voordeel van hebben, nu tevens de deur is geopend voor royale carve-outs. Het staat nog te bezien of in-scope groepen wel meer belasting zullen gaan betalen.

1. Inleiding

Nu de architectuur van het internationaal belastingrecht wordt aangepast, is de vraag op welke wijze de uiteenlopende belangen worden gewogen – en door wie. Rond de recente OESO-voorstellen is dan ook een brede discussie ontstaan over internationale consensusvorming.

Pillar 1 is daarbij de minste zorg. Die vergt een pragmatische afweging van de meest betrokkenen: de Verenigde Staten versus Europese staten – wat wordt de prijs die de VS gaan betalen om Europese experimenten met digitale-dienstenbelastingen te doen beëindigen? Niettemin wordt hier een traditionele hoeksteen van het internationaal belastingrecht deels verlaten: het arm's length beginsel. De conceptuele betekenis daarvan is groot: het opent de weg naar winsttoerekening op basis van andere criteria dan nexus, en het is een verdere versterking van de tendens naar belasting van de groep (in plaats van de samenstellende entiteiten).¹ Daarmee heeft de OESO in enkele jaren tijd een opvallende koerswending tot stand gebracht: men vergelijkte de geharnaste verdediging van traditionele opvattingen in de Transfer Pricing Guidelines 2017.

Pillar 2 reikt verder. Echt anders is het concept minimumbelasting, op nationaal niveau wel vaak toegepast maar in het internationale regime geheel nieuw. En ook nieuw is de wijze van invoering van zo'n minimumbelasting. Het type coördinatie dat in de EU wordt toegepast, vereist volledige consensus. Dat betekent dat elke tegenstander van coör-

dinatie een vetorecht heeft, c.q. compensatie van nadelen kan verlangen. Dat is economisch efficiënt², maar het schiet niet erg op in een setting van strategisch gedrag.³ Besluitvorming bij onvolledige consensus vereist daarentegen sancties: onwilligen moeten in het gareel worden gebracht. Daarmee ontstaat in een internationale statengemeenschap vanzelf de vraag: wie bepaalt de norm, wie past de sancties toe?

De gedachte achter het ontwerp van Pillar 2 is altijd geweest dat het stelsel prikkels diende op te leveren voor deelname. Economen noemen dat wel 'incentive compatibility': het moet in het eigen belang van elke staat zijn om zich te voegen naar het systeem. Het ontwerp is in de afgelopen jaren echter wel aanzienlijk veranderd, wellicht zonder dat iedereen dat meteen overzag. Aanvankelijk was er de samenloop van Income Inclusion Rule (IIR) en Undertaxed Payments Rule (UTPR). De IIR fungeerde daarbij als een vorm van woonplaatsheffing over het wereldwijde inkomen – vergelijkbaar met het vaak door de VS verdedigde 'residence principle'. De UTPR zou slechts aan de orde komen in de situatie dat op het niveau van de moedervennootschap geen IIR wordt toegepast. Dat levert een prikkel op voor elke woonstaat om wél de IIR te aanvaarden, ten koste van de bronstaat. Wel impliceert dit systeem dat het voor de bronstaat aantrekkelijk is om zo nodig zijn effectieve belastingdruk te verhogen tot 15% met bijvoorbeeld een bronbelasting – dit komt immers niet ten laste van de investeerder maar van de woonstaat van die investeerder.

¹ In toenemende mate wordt daarmee de sleetse discussie over een keuze tussen twee stelsels (separate accounting plus ALP, versus unitary taxation plus formula apportionment) ingehaald door de benadering: groepsbelasting waar nodig (grote multinationals, inkomstenstromen binnen de groep), anders belasting per entiteit.

² D.w.z. een pareto-verbetering, nu geen van de betrokken partijen erop achteruitgaat.

³ D.w.z. een setting waarin elke partij, in het besef dat unanieme instemming niet voor de hand ligt, er voordeel bij kan hebben zich als tegenstander op te stellen en vervolgens af te wachten welke tegemoetkoming dat oplevert.

In de verdere uitwerking van de Model Rules (december 2021) verscheen optioneel een derde regel: de Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax (QDMTT). Die zet het heffingsrecht van de bronstaat voorop, waarbij de woonstaat een volledige tax credit moet geven. De QDMTT beperkt zich tot in-scope belastingplichtigen, en heft bij tot effectief 15%. Dat maakt het voor de bronstaat veel eenvoudiger om de lokale belastingdruk, waar nodig, te verhogen tot 15% zonder enige schade aan het eigen vestigingsklimaat. Aannemelijk is nu dat staten (indien zij erop vertrouwen dat de IIR mét tax credit inderdaad zal worden gehanteerd door belangrijke woonstaten) zo'n minimumbelasting massaal zullen invoeren – in combinatie overigens met de carve-outs die eveneens in de Model Rules zijn uitgewerkt. De QDMTT wordt dan de hoofdregel. De IIR heeft de functie van bescherming van het heffingsrecht van bronstaten; de IIR zal de woonstaat doorgaans geen opbrengst opleveren. De UTPR maakt een overbodige indruk.

Deze ingrijpende wijziging van het systeem is door de OESO tot nu toe niet expliciet aan de orde gesteld; het blijft bij een optie die (met name) ontwikkelingslanden kunnen overwegen en de nadruk wordt nog steeds gelegd op de IIR. De gevolgen zijn echter potentieel verrekend. Eén gevolg is dat de lopende discussie over de juridische status van de IIR verandert. De vraag was of de IIR een vorm van toewijzingsregel was, dan wel een soort antimisbruik-/CFC-regel. Het systeem van de Model Rules benadrukt de eerste functie: de IIR dient slechts om het heffingsrecht van de bronstaat te garanderen door middel van volledige creditering. Een tweede gevolg is dat – als het ware per ongeluk, en in samenhang met de carve-outs – een coherent model van vennootschapsbelasting opdoemt, althans voor grote multinationals. Bronstaten zullen de carve-outs benutten om het normale rendement op bedrijfsinvesteringen onbelast te laten, en de minimumbelasting om het overrendement wél te belasten. Woonstaten zullen weinig of niets doen met de resultaten van buitenlandse onderdelen van 'hun' multinationals. Inkomen dat onder de carve-outs onbelast bleef in de bronstaat, zal in de woonstaat niet alsnog worden belast indien de woonstaat een wereldwijde heffing hanteert én slechts voor zover het effectieve tarief in die staat hoger is dan 15%. Per saldo neigt het systeem naar belasting van alleen overwinsten, en wel in de bronstaat. Die uitkomst is te vergelijken met de, om andere redenen bepleite, Allowance for Corporate Equity (ACE) – en het is niet duidelijk of de opstellers van de Model Rules dat welbewust hebben beoogd. Vooralsnog wordt overigens voorzien in zó royale carve-outs, dat de opbrengst van het belasten van overwinsten ook voor bronstaten kan tegenvallen.

Opmerking verdient dat de ontwerp-richtlijn Minimum-winstbelasting zowel de optie van een QDMTT overneemt als de carve-outs (met inbegrip van de hoge percentages die daarvoor zijn overeengekomen voor de eerste tien jaar). Ook voor de EU is dus een tendens denkbaar naar een stelsel van belastingen van overwinsten – met als vervolgvraag

waarom slechts de grootste multinationals daartoe toegang krijgen.

Paragraaf 2 werkt de dynamiek van Pillar 2 wat verder uit. Paragraaf 3 levert enige achtergrond bij de vraag of de bronstaat dan wel de woonstaat heffingsrecht zou moeten hebben, aan de hand van de actuele discussie over internationale fiscale rechtvaardigheid. Paragraaf 4 behandelt de juridische duiding van de IIR vanuit de recente vooropstelling van de QDMTT. Paragraaf 5 bespreekt de carve-outs, ook vanuit het belang van ontwikkelingslanden.

2. De dynamiek van Pillar 2

De beoogde dynamiek van Pillar 2 was eenvoudig. Wanneer de meeste OESO-lidstaten (met name de VS en de EU) de IIR aanvaarden, loont het voor de rest van de wereld nauwelijks meer om nog op effectief tarief te concurreren. Bij de uiteindelijke moeder, doorgaans in de VS of in Europa gevestigd, vindt dan immers toch bijheffing plaats. De UTPR had de betekenis van een noodvoorziening, en zou weinig toepassing vinden. Dit ontwerp dateert van 2019,⁴ en was geïnspireerd door vergelijkbare regelingen in de Tax Cuts and Jobs Act, die de VS per 2018 invoerde. De GILTI is de basis voor de IIR, de BEAT voor de UTPR. In beide gevallen zijn er belangrijke verschillen in de uitwerking; de Treasury heeft voorstellen gedaan om de Amerikaanse wetgeving in overeenstemming te brengen met Pillar 2.⁵

In de Model Rules van december 2021⁶ is daar de Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax bijgekomen. Die kunnen landen toepassen op belastingplichtigen die behoren tot een in-scope groep, ten bedrage van het verschil tussen de lokaal reeds gerealiseerde belastingdruk en de norm van effectief 15%, waarna de woonstaat van de moederverenootschap voor dat bedrag een volledige tax credit moet geven.

Die QDMTT is een optioneel bestanddeel geworden van het GloBE-pakket als tegemoetkoming aan ontwikkelingslanden (die met de UTPR op de tweede rang waren beland⁷), maar is potentieel de hoofdregel van het systeem.⁸ Immers, als woonstaten inderdaad deze heffing gaan crediteren, is er geen goede reden te bedenken waarom een staat zou afzien

4 OECD, Global Anti-Base Erosion Proposal ('GloBE') - Pillar Two, Public consultation document, Paris 2019.

5 R. Avi-Yonah & Y.R. Kim, 'Tax Harmony: The Promise And Pitfalls Of The Global Minimum Tax', *Michigan Journal of International Law* (43) forthcoming 2022.

6 OECD, Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), Paris 2021.

7 De Subject to Tax Rule, waar niet veel meer over wordt vernomen, laat ik onbesproken.

8 Die dan ook vóór de eigenlijke GloBE-regels aan de orde komt: 'In applying the GloBE Rules in the implementing jurisdiction, both taxpayers and tax administrations may need to evaluate whether Constituent Entities in that same group are subject to a Qualified Domestic Minimum Top-up Tax in another jurisdiction in order to correctly apply GloBE Rules.' OECD, Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), par. 115.

van heffing. Belastingplichtigen betalen dan immers altijd effectief 15%, en de vraag is alleen: aan welke schatkist? En als het de hoofdregel van het systeem wordt, heeft dat allerlei gevolgen. Eén is dat de carve-outs (ook een tegemoetkoming aan ontwikkelingslanden) een onduidelijke functie krijgen. Zijn die in het belang van ontwikkelingslanden, indien ze zonder carve-outs gewoon hun QDMTT konden toepassen op de gehele GloBE-winst van hun belastingplichtigen? Devereux e.a. voorzien dat staten nu geneigd zullen zijn om de heffing van Vpb over de normale winst te laten varen, en zich te richten op een QDMTT die slechts de overwinsten belast.⁹ De carve-outs worden dan de norm, omdat ze door veel landen zullen worden ingezet in de strijd om internationale investeringen. Daarbij zijn de carve-outs zo ruim bemeten, dat er in veel gevallen wellicht weinig overschiet aan te belasten overwinst.

Een ander gevolg is dat de discussie over de status – en de juridische inpassing – van de IIR van ondergeschikt belang lijkt te worden. Zoals in het 2019-voorstel de UTPR een sluitstuk was dat de werking van de IIR moest ondersteunen, zo wordt nu de IIR een voorziening die slechts dient om de werking van de QDMTT mogelijk te maken. Hoe dan ook, wanneer staten gaan geloven dat de IIR ‘werkt’ in belangrijke woonstaten van multinationals, zullen ze via de QDMTT daadwerkelijk een wereldwijde minimumbelasting tot stand brengen. De opbrengst valt dan toe aan de bronstaat, zij het dat bronstaten vanwege de carve-outs niet aan het belasten van normaal rendement toe zullen komen. De UTPR is eigenlijk niet meer nodig.

Het voorstel van een QDMTT is overigens niet onlogisch. Het stelsel van Pillar 2 in de 2019-variant hield immers reeds een signaal in aan bronstaten: voer bronbelastingen in, of verhoog de heffingen die je hebt tot effectief 15%. Deze heffingen kwalificeren immers als Covered Taxes voor de berekening van de effectieve belastingdruk. Maar een QDMTT maakt maatwerk mogelijk dat onder een algemene bronbelasting niet is te realiseren, zodat precies een effectieve heffing van 15% wordt bereikt, en voor alleen die situaties die onder Pillar 2 vallen. Overigens is een QDMTT geen Covered Tax – vandaar dat die moet worden gecrediteerd onder een IIR.

Een gestileerd cijfervoorbeeld kan illustreren hoe het systeem gaat werken. Groep A heeft een wereldwijde winst van 1.000 mln., waarvan 800 mln. in Nederland en 200 mln. in Namibië, en valt daarom onder de Pillar-2 regels. We nemen vereenvoudigend aan dat de 200 mln. in Namibië ter plaatse een effectieve belastingdruk ondervindt van 0%. In de oorspronkelijke opzet zou Nederland dan deze

200 mln. belasten onder de IIR; de opbrengst is 30 mln. Namibië zou alleen aan heffing toekomen, namelijk via de UTPR, indien Nederland geen IIR hanteert. Of Namibië dit zou aandurven, staat niet vast (internationale investeerders zouden er op aandringen dat Namibië de voordelige Nederland-route ongemoeid laat). Nu Nederland zich wel committeert aan invoering van een IIR, wordt de Namibische winst effectief belast, maar alleen in Nederland. Namibië kan dan overwegen om een bronbelasting in stelling te brengen die de effectieve belastingdruk ter plaatse alsnog op 15% brengt, zodat de genoemde 30 mln. alsnog in Namibië blijft. De moeilijkheid zal zijn dat zo’n bronbelasting naar haar aard een bredere werking heeft, en mogelijk het fiscale vestigingsklimaat van Namibië beschadigt.

In de opzet van de Model Rules mag Namibië een QDMTT invoeren, en dient Nederland daarvoor een volledige credit te geven bij toepassing van zijn IIR. Het resultaat is dat Namibië 30 mln. heft, en Nederland per saldo nul. De Namibische winst wordt effectief belast in Namibië en een UTPR is niet nodig om dat resultaat te bereiken. Wel is vereist dat Nederland daadwerkelijk een volledige credit geeft; zodra dat niet of onvolledig gebeurt, zal Namibië zijn vestigingsklimaat moeten beschermen door heffing geheel of gedeeltelijk achterwege te laten.

Deze uitkomst wordt overigens anders zodra we rekening houden met de carve-outs. Namibië zal zulke carve-outs willen invoeren omdat zijn buurlanden dat ook doen. Voor zover de Namibische winst onder de carve-outs valt (zeg: 150 mln.), zal Namibië van heffing afzien. Het land heft dan 7,5 mln. in plaats van 30 mln. De carve-outs leiden niet tot extra heffing in Nederland, nu de genoemde 150 mln. niet tot het GloBE-inkomen behoort.

3. Inter-nation equity als opkomende norm

Pillar 2 past in een bredere academische discussie over internationale fiscale rechtvaardigheid. Die discussie is ontstaan rond de praktijk van bilaterale belastingverdragen, maar is in de laatste jaren aanmerkelijk verbreed. Het startpunt was de norm van ‘inter-nation equity’ geponeerd door de Musgraves.¹⁰ Zij hielden het voor denkbaar dat staten in hun bilaterale allocatie van heffingsrechten rekening zouden houden met welvaartsverschillen – naarmate die groter waren, zou de rijke verdragspartner méér heffingsrechten overlaten aan de minder welvarende partner. Het bezwaar tegen zo’n internationale herverdeling (maar niet gericht op specifiek fiscale vragen) werd opgeworpen door

9 M. Devereux, J. Vella, & H. Wardell-Burrows, *Pillar 2: Rule Order, Incentives, and Tax Competition* (January 14, 2022). Oxford University Centre for Business Taxation Policy Brief 2022, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4009002>.

10 R.A. Musgrave & P.B. Musgrave, ‘Inter-nation Equity’ in R.M. Bird & J.G. Head (eds), *Modern Fiscal Issues: Essays in Honor of Carl S. Shoup* (Toronto, University of Toronto Press, 1972) p. 63 e.v.; K. Brooks, ‘Inter-nation Equity: The Development of an Important but Underappreciated International Tax Policy Objective’ in J.G. Head en R. Krever (eds), *Tax Reform in the 21st Century: A Volume in Memory of Richard Musgrave* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009) p. 471 e.v.; N. Kaufman, ‘Fairness and the taxation of international income’, *Law and Policy in International Business* (29) 1997, p. 145 e.v.

John Rawls in *The Law of Peoples*.¹¹ Sindsdien beweegt de discussie zich voornamelijk rond dat werk (paragraaf 3.1). Een verbreding van de discussie komt vanuit de kritische evaluatie van belastingverdragen (paragraaf 3.2). Maar al met al is er weinig conceptuele duidelijkheid (paragraaf 3.3).

3.1 Rawls en de spill-overs van nationale beleidskeuzen

Rawls neemt de bekende sociaal-contractmethode uit *A Theory of Justice*¹² mee naar het internationale niveau. Daar blijkt dat staten, als vertegenwoordigers van volkeren, niet de onderlinge verbondenheid hebben die volkeren, binnen elke staat, intern wel ervaren. Er is, met andere woorden, geen draagvlak voor herverdeling van welvaart op wereldwijd niveau. Staten kunnen het achter de ‘veil of ignorance’¹³ slechts eens worden over de bekende volkenrechtelijke normen. Respect voor elkaars soevereiniteit, non-interventie, incidentele onderlinge bijstand bij rampen, dat is wat staten jegens elkaar verplicht zijn. Ontwikkelde liberale staten kunnen onderling méér samenwerking overeenkomen, en ‘outlaw states’ kunnen worden genegeerd maar niet gesanctioneerd. Vertaald naar de fiscaliteit (wat Rawls niet heeft gedaan): bindende samenwerking in OESO-verband is mooi, maar staten die internationale belastingontwijking faciliteren, mogen niet tot de orde worden geroepen.¹⁴

Dit resultaat is in de fiscale literatuur flink bijgeschaafd. Daar is reden voor: Rawls heeft immers weinig gewicht toegekend aan de groeiende onderlinge afhankelijkheid tussen staten. De economische term daarvoor is spill-overs: wat één land doet of laat, heeft gevolgen voor andere landen. De huidige wereld zit vol met zulke spill-overs (of ‘negatieve externe effecten’). Milieuvervuiling en klimaatverandering stoppen niet aan de grens, en lokale conflicten kunnen leiden tot grote migratiestromen. Nationale beleidsreacties hebben weinig betekenis (global warming) of versterken de spill-overs voor buurlanden (migratiestromen) zodat we telkens voor de ingewikkelde puzzels van internationale beleidscoördinatie komen te staan. Dat geldt ook voor de belastingheffing van multinationals, die steeds

minder binding hebben met specifieke staten.¹⁵ Vergeleken met de andere genoemde vraagstukken is de belastingheffing van geringer betekenis (maar de diverse problemen hebben gemeen dat ze een lastige ‘Global South’-dimensie hebben van mogelijke benadeling van ontwikkelingslanden door instituties, normen en regels ontworpen door rijke landen). Het concept ‘outlaw state’ dekt maar weinig van de gedragingen waarmee staten elkaars belangen, al dan niet bedoeld, schaden, en is daarom weinig behulpzaam in het begrijpen van de wijze waarop staten elkaars gedragsmogelijkheden in toenemende mate begrenzen.

Een belangrijke bijdrage aan de fiscale literatuur is die van Allison Christians.¹⁶ Ruim voor de start van het BEPS-project signaleerde zij hoe in OESO-verband het begrip ‘fiscale soevereiniteit’ van inhoud aan het veranderen was. Naast soevereine rechten kwamen soevereine plichten, zoals de plicht (de ‘sovereign duty’) om zich te onthouden van schadelijke fiscale concurrentie. Een verdere ontwikkeling van dit argument is van Peter Dietsch: hij problematiseert het begrip soevereiniteit vanuit de toenemende interdependentie tussen staten.¹⁷ De implicatie is dat het niet langer aangaat om als bezwaar tegen (bijvoorbeeld) Pillar 2 in te brengen dat het voorstel in strijd zou zijn met de nationale fiscale soevereiniteit. Een bezwaar kan wél zijn dat de van staten gevraagde coöperatie verder reikt dan van hen kan worden gevraagd met het oog op redelijke beperking van spill-overs. Het gaat om de grens tussen legitiem nationaal beleid en schadelijke fiscale concurrentie. Dietsch en Rixen hebben die grens, wat abstract, als volgt omschreven: ‘a tax policy is legitimate if it does not produce a collectively suboptimal outcome, that is, a negative impact on the aggregate extent of fiscal self-determination.’¹⁸ Het gaat er dus om dat staten niet door de uitoefening van hun fiscale beleidsvrijheid een zodanig negatief effect hebben op de fiscale beleidsvrijheid van andere staten, dat per saldo de vrijheid om zelf tarieven te kiezen, inkomen te herverdelen enzovoort afneemt.

3.2 Toegenomen kritiek op belastingverdragen

Een andere lijn in de recente literatuur is de evaluatie van het instrument bilaterale belastingverdragen, met name in de verhouding tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden. Bij de Musgraves was de kritiek nog wat impliciet, maar in de laatste vijftientig jaar zijn zulke belastingverdragen scherp bekritiseerd. Hearson geeft een mooi overzicht van

11 J. Rawls, *The Law of Peoples* (Cambridge Mass., Harvard University Press, 2001).

12 J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge Mass., Harvard University Press, revised ed. 1999). Hier gebruikt hij de ‘veil of ignorance’ om onderhandelaars tot een hypothetisch sociaal contract te laten komen. Dit contract voorziet, onder de door Rawls gemaakte veronderstellingen, in persoonlijke vrijheden en omvangrijke herverdeling van welvaart.

13 Ook in *The Law of Peoples* komt een hypothetisch sociaal contract tot stand. De onderhandelaars weten slechts dat zij de belangen van hun eigen volk moeten verdedigen; zij weten niet wat die belangen zijn in verhouding tot andere volkeren/staten. Zo komen zij tot afspraken die uitgaan van wederzijdse erkenning en minimale herverdeling.

14 In gelijke zin P. Hongler, *Justice in International Tax Law* (Amsterdam, IBFD, 2019) die een grondig beeld geeft van de implicaties van Rawls’ opvattingen voor het internationaal belastingrecht.

15 Vandaar het begrip ‘global enterprise’ als alternatief voor ‘multinational enterprise’: S. Hebbous, ‘Global Firms, National Corporate Taxes: An Evolution of Incompatibility’ in R. de Mooij, A. Klemm en V. Perry (eds), *Corporate Income Taxes under Pressure: Why Reform Is Needed and How It Could Be Designed* (Washington DC, IMF, 2021).

16 A. Christians, ‘Sovereignty, taxation and social contract’, *Minnesota Journal of International Law* (18) 2009, p. 99 e.v.

17 P. Dietsch, ‘Rethinking sovereignty in international fiscal policy’, *Review of international studies* (37) 2011, p. 2107 e.v.

18 P. Dietsch & Th. Rixen, ‘Tax Competition and Global Background Justice’, *The Journal of Political Philosophy* (22) 2014, p. 150 e.v., op p. 164.

de discussie.¹⁹ Armere landen geven te veel heffingsrechten – met name bronbelastingen – weg om maar te worden opgenomen in het netwerk van belastingverdragen. Ze hóéven dat niet te doen, want rijke landen hanteren doorgaans al eenzijdige regels ter voorkoming van dubbele belasting. Het matigen van bronbelastingen in belastingverdragen reduceert in zoverre geen investeringsdrempels, maar verplaatst slechts belastingopbrengst van arme naar rijke landen.²⁰ Al met al is de strekking in de literatuur dat lage-inkomenslanden beter geen belastingverdragen afsluiten met rijke landen.²¹ Het opnemen van antimisbruikbepalingen in verdragen verandert die conclusie niet: ontwikkelingslanden hebben weinig middelen om zulke bepalingen nuttig aan te wenden. Er is geen reden om aan te nemen dat hun positie bij het tot stand brengen van multilaterale overeenkomsten sterker is. Ook daar is het risico dat de ‘Global South’ zich spelregels laat opleggen die door OESO-landen zijn bepaald.

Alles bijeen genomen, volgen uit de literatuur van de laatste jaren twee voorlopige conclusies. De eerste is dat de inhoud van het begrip nationale fiscale soevereiniteit minder vanzelfsprekend is geworden. De spill-overs van nationaal gedrag kunnen niet langer worden genegeerd, en zijn in toenemende mate het onderwerp van internationale normstelling. De tweede conclusie is dat de ‘Global South’-discussie ook de fiscaliteit heeft bereikt. Het is niet langer vanzelfsprekend dat armere landen een prijs betalen om te mogen deelnemen aan het internationaal-fiscale netwerk. Eén en ander komt samen in een nog vage norm van fiscale ‘inter-nation equity.’

3.3 Geen duidelijk kader voor inter-nation equity

Die norm van ‘inter-nation equity’ is vaag om twee redenen. De eerste is dat er vermoedelijk vaak méér mee wordt bedoeld dan procedurele ‘fairness’. Het gaat dus niet slechts om de vraag hoe economisch zwakkere landen op gelijke voet effectief kunnen deelnemen aan internationaal overleg. De tweede reden is dat onduidelijk is wat dat meerdere dan moet inhouden. De gangbare normen voor verdelende rechtvaardigheid, zoals uitgewerkt in traditionele fiscale verdelingsbeginselen, hebben op nationaal niveau al weinig bruikbare inhoud. Op wereldwijd niveau zijn ze niet toepasbaar op burgers (omdat er nu eenmaal geen wereldregering is die de belastingdruk verdeelt over allen) en evenmin tussen staten (die geen belastingssubjecten zijn

zoals burgers).²² Traditioneel zoeken we dan onze toevlucht bij op ‘economic allegiance’ gebaseerde argumenten om de allocatie van heffingsrechten aan staten te verklaren. Pillars 1 én 2 rusten op die grondslag. Maar ook recente literatuur over ‘eerlijke’ belastingverdragen ontsnapt er niet aan. Zo heeft Benshalom de stelling verdedigd dat rijke landen een ‘relational duty’ hebben met betrekking tot de welvaart, de belastingopbrengsten enzovoort van armere landen waarmee zij economische banden hebben opgebouwd.²³ Dit op ‘economic allegiance’ berustende denken heeft een belangrijke tekortkoming: het bekende ‘baseline problem’ van Murphy en Nagel.²⁴ Dit probleem is: wie de economische realiteit als startpunt neemt voor een analyse van verdelende rechtvaardigheid, neemt daarmee de belangen waarnaar die economische realiteit zich heeft gevormd voor vanzelfsprekend aan. Simpel gezegd: wie zich afvraagt of rijken meer belasting zouden moeten betalen dan armen, heeft al als economische realiteit aanvaard dat rijken nu eenmaal rijk zijn, en armen arm. Voor Murphy en Nagel betekende dit dat ‘verdiend inkomen’ niet het onbetwiste vertrekpunt kan zijn voor discussies over de verdeling van de belastingdruk over burgers. In de internationale sfeer brengt hetzelfde gezichtspunt mee dat een toedelingsnorm gebaseerd op ‘economic allegiance’ impliciet de landen met een goed ontwikkelde economie bevoordeelt, en niets doet voor landen die door elke investeerder worden gemedend.

Vandaar dat ‘inter-nation equity’ een vage norm is, die wel lijkt te verwijzen naar iets dat méér of anders is dan ‘economic allegiance’ – maar wat? Een illustratieve invulling is die van Infanti.²⁵ Hij stelt voor om (opnieuw in de context van bilaterale verdragen tussen rijke en arme landen) heffingsrechten toe te delen bij wijze van ontwikkelingshulp. Arme landen die resultaat boeken in het verbeteren van hun Human Development Index krijgen als beloning meer heffingsrechten toegewezen door rijke verdragspartners. Landen die zakken op de HDI-ranking zouden dus – moeten we aannemen – gestraft worden door vermindering van heffingsrechten. Zoiets zou vermoedelijk slechts kunnen werken door een met Amount A (Pillar 1) te vergelijken vorm van toedeling van heffingsrechten (of beter: belastinggrondslag). Traditionele nexus, in de vorm van economische aanwezigheid in een land, werkt immers nog steeds ten nadele van juist de armste landen, waar geen internationale investeerders worden aangetroffen.

19 M. Hearson, *Imposing Standards, The North-South Dimension to Global Tax Politics*, Cornell University Press 2021.

20 C.R. Irish, ‘International double taxation agreements and income taxation at source’, *International and Comparative Law Quarterly* 1973 23(2) p. 292 e.v.; T. Dagan, The tax treaties myth, New York University, *Journal of International Law and Politics* 2000 (32) p. 939 e.v.

21 Het IMF adviseerde in 2014 nog wat voorzichtiger ‘considerable caution’: IMF, *Spillovers in International Corporate Taxation*. International Monetary Fund: Washington DC 2014.

22 D.M. Broekhuijsen & H. Vording, What May We Expect of a Theory of International Tax Justice? In: D. de Cogan & P. Harris, *Tax Justice and Tax Law: Understanding Unfairness in Tax Systems*, Oxford: Hart Publishing, p. 155 e.v.

23 I. Benshalom, ‘The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law’, *New York University Law Review* 2010 (85).

24 L. Murphy & Th. Nagel, *The myth of ownership: Taxes and justice*. Oxford University Press, 2002.

25 A. Infanti, ‘International Equity and Human Development’ in Y. Brauner & M. Stewart (eds), *Tax, Law and Development* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013) p. 209 e.v.

Fiscale toewijzingsregels als instrument van ontwikkelingshulp? We komen zo terecht bij een discussie die ook het werk van Murphy en Nagel typeert: wat is de relevantie van een discussie over rechtvaardige verdeling wanneer die zich beperkt tot de fiscaliteit? Men overweegt daarbij dat, indien internationaal-fiscale regels in het voordeel werken van rijke landen, hetzelfde kan gelden voor internationale handels- en investeringsregels. Alle instituties en regels die internationale handels- en investeringsstromen faciliteren, zijn ontworpen door rijke landen en dienen mogelijk primair hún belangen. Het heeft dan weinig zin om de fiscale regels te gaan evalueren alsof ze op zichzelf staan. Zonder die vraag te beantwoorden, kunnen we wel vaststellen dat de internationale discussie over Pillar 2 mede wordt gekleurd door bewegende opvattingen over wat het internationale belastingregime zou moeten opleveren voor staten die niet tot de OESO-insiders behoren. De QDMTT is mogelijk een doorbraak op dit punt, omdat die de heffingsrechten van ontwikkelingslanden vooropstelt. Maar opnieuw: het lijkt er op dat de carve-outs daaraan weer afbreuk doen.

4. Is de IIR een antimisbruikregel?

Een deel van de discussie over Pillar 2 heeft zich gericht op de vraag of de IIR een antimisbruikregel is.²⁶ Dat is conceptueel een interessante vraag, die het belang van padafhankelijkheid illustreert (paragraaf 4.1). Tegelijk is het een vraag die enigszins is ingehaald nu de QDMTT, en niet de IIR, de minimumbelasting materiële inhoud lijkt te gaan geven (paragraaf 4.2).

4.1 Padafhankelijkheid van juridische duiding van regels

De snelle consensusvorming van het afgelopen decennium laat zien dat het internationale belastingregime padafhankelijk is. Dat wil zeggen: in het verleden gemaakte keuzen beperken de huidige keuzemogelijkheden. De logica van padafhankelijkheid in het internationaal belastingrecht is dat partijen hebben geïnvesteerd in ontwikkeling van regels die onderlinge conflicten reguleren. De strekking van die regels is in de loop der jaren verduidelijkt en verder uitgewerkt; relevante begrippen hebben meer inhoud gekregen en die inhoud is inmiddels *grosso modo* aanvaard door alle betrokkenen. Men denke hier slechts aan verdragsbegrippen als inwoner, vaste inrichting, royalty enzovoort. Zo ontstaat een heel conglomeraat aan normen, regels en begrippen waar partijen niet zomaar uitstappen, omdat dan de chaos dreigt. Meer nog, na de dekolonisatie namen nieuwe staten de heffingswetten van westerse landen zo veel mogelijk over, en zochten vaak aansluiting bij het verdragenennetwerk. Al die investeringen in de internationale consensus over belastingheffing kunnen staten niet zomaar

afschrijven ter wille van een slim nieuw idee. De optimale oplossing kan daarbij buiten bereik blijven, wanneer die te veel traditie overhoophaalt. Dat was altijd de moeilijkheid van de vele goedbedoelde pleidooien voor unitary taxation.

De grote betekenis van padafhankelijkheid, dus van breed aanvaarde traditie, blijkt ook bij de beoordeling van de regels van Pillar 2. Vanuit de traditie kennen we twee verschillende soorten regels voor toewijzing van heffingsrechten. Er zijn algemene toewijzingsregels, die zeggen: in dit geval mag staat A heffen, in dat andere geval staat B, of: zowel staat A als staat B mag in dit geval heffen, maar op staat A rust de plicht om een keuze te maken uit de aangewezen voorkomingsmethoden. En er zijn specifieke CFC-regels die zeggen: in afwijking van de algemene regels mag staat A heffen over inkomen van een gecontroleerde dochter dat aan staat B is toegewezen, mits sprake is van belastingontwijking die in de sfeer van wetsmisbruik komt. Pillar 2 geeft, zeker in de versie-2019, een derde soort regel: als staat B onvoldoende heeft geheven dan heft staat A bij; doet staat A dat niet dan mag staat B het doen. Dit is geen algemene toewijzingsregel van het traditionele type, en ook geen specifieke antimisbruikregel. Maar evenmin kunnen we zomaar aanvaarden dat er een derde soort regel bij is gekomen. Dan is de vraag: zijn de regels van Pillar 2, en dan met name de IIR en de UTPR in hun onderlinge samenhang, een antimisbruikregel of niet?

Voor de toepassing binnen de EU is de vraag van groot belang, omdat een CFC-regel de mogelijkheid van tegenbewijs vergt, en bovendien slechts toepassing kan vinden indien sprake is van kunstmatigheid (bij de gecontroleerde vennootschap in staat B). In de ontwerprichtlijn ter implementatie van Pillar 2 is hiervoor een oplossing gezocht door van de IIR een algemene regel van nationaal belastingrecht te maken die mede van toepassing is in puur binnenlandse situaties.

In meer algemene zin is de vraag naar de normatieve status van de IIR aan de orde gesteld door de OESO, namelijk door haar claim dat de IIR geen verdragsaanpassingen vergt vanwege vergelijkbaarheid met CFC-regels. De OESO somt daarbij echter ook de verschillen op tussen de IIR en CFC-regels, en benadrukt dat de IIR niet op bestrijding van misbruik is gericht, maar op het regelen van een minimumtarief.

De moeilijkheid is hier dat we een nieuw type regel willen rubriceren naar een oude indeling die daarvoor weinig geschikt is. Het mooie van Pillar 2 is dat die, mits voldoende effectief in de uitwerking, praktisch een einde maakt aan een wat uitzichtloze discussie over wetsmisbruik in grensoverschrijdende situaties. Wat maatschappelijk wordt verstaan onder ‘agressieve belastingplanning’ is niet met enige nauwkeurigheid te zeggen – maar het zal aanmerkelijk méér zijn dan wat fiscalisten op het oog hebben bij wetsmisbruik of bij het toepassingsbereik van een GAAR. Of de relevante toets (naast belastingbesparing ten opzichte van een door de wet geïmpliceerde norm) nu wordt gezocht in

26 J. Hey, ‘Guest Editorial: The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can’t Do?’ *Intertax* 2021 (49); M.F. de Wilde, *Why Pillar Two Top-Up Taxation Requires Tax Treaty Modification* (January 26, 2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4018341>; J. Englisch, *International Effective Minimum Taxation – analysis of GloBE (Pillar Two)* (April 18, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3829104> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3829104>.

een oogmerkvereiste en/of in een kunstmatigheidsmaatstaf, het punt blijft dat tal van situaties waarin objectief belastingbesparing plaats vindt, buiten schot blijven. De leek denkt dan: als een concern 10% belasting bespaart door een bepaalde structuur die het om niet-fiscale redenen heeft gekozen, gaat er dus niets mis wanneer dat concern alsnog die 10% belasting betaalt. De niet-fiscale reden bestaat dan immers nog onverminderd. En zo blijft de kloof tussen de juridische toetsing en de maatschappelijke perceptie van belastingontwijking bestaan. Pillar 2 zegt eenvoudig: we zorgen ervoor dat altijd 15% wordt geheven, ongeacht oogmerk of kunstmatigheid. En dat is een logische manier om de kloof te dichten; van de resterende belastingbesparing is veel gemakkelijker te aanvaarden dat die wel mede het gevolg zal zijn van zakelijke investeringsmotieven. Men overweegt hierbij dat 15% ETR vaak wel meer zal vereisen dan een wettelijk tarief van 15%. Of in macrotermen: de verwachte extra belastingopbrengst van Pillar 2 ligt in dezelfde orde van grootte als de eerdere OESO-raming van de kosten van agressieve planning. Het ligt in de rede om aan te nemen dat de Pillar 2-regels het belang van antimisbruikregels aanmerkelijk zullen verminderen.

4.2 De steunfunctie van de IIR

Hoewel al sinds 2019 voorzienbaar was dat de IIR, mits door voldoende landen effectief toegepast, uitnodigde tot heffing van bronbelastingen, is die uitnodiging pas sinds de Model Rules van 2021 geheel duidelijk. Staten kunnen met de QDMTT immers gericht de relevante situaties (in-scope, heffing minder dan 15%) treffen en hebben geen reden om dat na te laten.

In het licht van de QDMTT krijgt de IIR dan een steunfunctie. Zij geeft de garantie dat bronstaten rustig het door Pillar 2 gedefinieerde heffingstekort kunnen oplossen zonder daarmee investeerders af te schrikken. Bij massaal gebruik van de QDMTT levert de IIR dan hoegenaamd geen opbrengst op. Dat wil zeggen: heffing van IIR minus creditering van de elders reeds toegepaste QDMTT levert de woonstaat van de uiteindelijke moeder per saldo nul op. Dit zal vermoedelijk een kalmerend effect hebben op de discussie over de juridische status van de IIR.

5. De carve-outs: een goed idee?

De mogelijkheid van carve-outs werd al genoemd in de tekst van 2019. In de Model Rules wordt een duidelijke keuze gemaakt: de lokale GloBE-winst wordt verminderd

met 5% van de waarde van de lokale materiële vaste activa en 5% van de lokale loonsom. Dat zou genoeg moeten zijn om het normale rendement op investeringen belastingvrij te laten.²⁷ Daar ligt een directe relatie met de discussie over de Allowance for Corporate Equity, die hetzelfde doet maar een vermogensaftrek als techniek gebruikt (paragraaf 5.1). In nadere besluitvorming binnen het Inclusive Framework is echter overeengekomen om te beginnen met een 10% carve-out voor de loonsom, en 8% voor tangibles, in de loop van tien jaar af te bouwen naar 5%. Daarmee hollen ontwikkelingslanden het heffingsrecht uit dat ze dankzij de optie van een QDMTT, wellicht wat onverwacht, krijgen (paragraaf 5.2).

5.1 De carve-outs als een vorm van ACE

Zoals bekend werkt de ACE als een vermogensaftrek c.q. aftrek van normaal dividend, vanuit de wens om de financiering van de onderneming met eigen dan wel vreemd vermogen te ontdoen van fiscale motieven. Er zijn echter andere technieken die in beginsel óók zorgen dat het normale rendement onbelast blijft, met name onmiddellijke afschrijving van investeringen²⁸ of, voor multinationale groepen, onbeperkte aftrek van groepsrente.²⁹ Van een carve-out mag een vergelijkbaar effect worden verwacht, en op het eerste gezicht is de in de Model Rules voorgestelde regeling (5% van loonsom en tangibles) wel ongeveer toereikend. Niettemin hebben zulke carve-outs toch een andere uitwerking dan een ACE, omdat slechts reële ondernemingsactiviteiten de carve-outs triggeren. Van een ACE wordt daarentegen, deels op empirische gronden, aangenomen dat die veel ondernemingskapitaal (zoals voor concernfinanciering) aantrekt, met andere woorden inwaartse tax planning veroorzaakt. Dat wordt anders als vele landen tegelijk die ACE invoeren, omdat landen dan geen fiscaal concurrentievoordeel kunnen scoren. In dat geval overheerst het positieve effect van de ACE op reële investeringsbeslissingen. Met name worden vele net niet rendabele investeringen opeens wél aantrekkelijk, met positieve gevolgen voor de werkgelegenheid.³⁰ De carve-outs kunnen een vergelijkbaar positief gevolg hebben, voor zover ze niet slechts dienen ter vervanging van bestaande tax holidays enzovoort in ontwikkelingslanden.

27 Het normale rendement staat voor de opportunity cost van een investering: wat had een alternatieve investering of belegging naar verwachting kunnen opleveren? Het gaat niet om een strak gedefinieerd begrip: soms wordt het rendement op solide (staats)obligaties als benchmark genomen, vaak wordt daarop een opslag gehanteerd die staat voor het normale ondernemersrisico. De strekking van het begrip is: een investering die naar verwachting het normale rendement gaat opleveren, is de moeite waard. Alles wat méér wordt verdiend, is een meevaller. Is er onvoldoende uitzicht op normaal rendement, dan zoekt de investeerder een ander project.

28 Dat komt doordat de evenwichtsprijs van een investeringsgoed gelijk is aan de contante waarde van het normale rendement (plus restwaarde) op dat goed.

29 Onder de veronderstelling dat de vergoeding op de groepslening gelijk is aan het normale rendement op investeringen.

30 R.A. de Mooij & M.P. Devereux, *An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU. International Tax and Public Finance*, 2011 (18), p. 93 e.v.

5.2 Te hoge carve-outs?

Zoals bijvoorbeeld de mooie studie van Brauner laat zien,³¹ is het voor veel ontwikkelingslanden lastig om hun internationaal-fiscale belangen goed te articuleren in onderhandelingen. Daar gaat een probleem aan vooraf: het identificeren van die belangen. Ook voor Nederland, toch een routinier op het terrein van internationale fiscaliteit, zijn de kosten en baten van relevante beleidskeuzen met aanzienlijke onzekerheden omgeven. Dat geldt voor de impact van Pillars 1 én 2 op de nationale economie en de belastingopbrengsten, maar ook voor allerlei vertrouwde aspecten van het fiscale vestigingsklimaat. ‘Evidence-based’ fiscale beleidskeuzen maken is dan moeilijk.

Ook met inachtneming van dat gebrek aan empirische kennis lijkt het er echter wel op dat ontwikkelingslanden, door én zeer ruime carve-outs én een QDMTT te bedingen, hun prioriteiten niet scherp hebben gekregen. Hearson stelt twee eenvoudige vragen: ‘These, then, are two initial questions we can ask when testing how beneficial any new reforms are from the perspective of lowerincome countries: (1) do they make corporate tax easier to administer? and (2) do they give (proportionately) more taxing rights to developing countries?’³² Zijn antwoord is – nog gebaseerd op de prioriteit van de IIR – niet positief. Maar intussen zijn we verder.

Over vereenvoudiging valt slechts te zeggen dat dit bij uitstek hét doorslaggevend fiscale belang van ontwikkelingslanden zou moeten zijn.³³ Nu de QDMTT moet berusten op ETR-calculaties door de UPE (en deskundige beoordeling van die calculaties door de bronstaat) is het een open vraag waar de vereenvoudiging zit. De positie van een aantal ontwikkelingslanden: ‘geef ons gewoon formula apportionment,’ is dan ook begrijpelijk. De systematiek van Amount A uit Pillar 1 biedt aanknopingspunten om de overwinst van grote multinationals deels toe te wijzen aan ontwikkelingslanden.

Over herallocatie van heffingsrechten ten bate van ontwikkelingslanden kunnen we vaststellen dat de QDMTT veel perspectief biedt – onverwacht veel, wellicht. Dit perspectief wordt echter in onbekende maar vermoedelijk zeer aanzienlijke mate weer ongedaan gemaakt door te hoge carve-outs.

6. Conclusie

De indruk kan ontstaan dat bij het opstellen van de Model Rules, en de verdere invulling binnen het Inclusive Framework, niet voortdurend is nagedacht over de samenhang van regels, noch over de resulterende prikkels voor staten en belastingplichtigen. Zo kan een systeem ontstaan dat als optie presenteert wat in potentie de hoofdregel wordt (de QDMTT), als hoofdregel wat dan slechts een formeel sluitstuk is (de IIR), en dat niettemin de aanzienlijke verschuiving van heffingsrechten naar bronstaten ondergraaft met te hoge carve-outs.

Op zichzelf is dat niet zo erg. De OESO gaat voort door een vorm van ‘learning by doing’ waarin knelpunten eerst tot wasdom moeten komen om draagvlak te vinden voor weer nieuwe maatregelen. Eén knelpunt laat zich goed voorzien. Het systeem, ook als het in feite de QDMTT vooropstelt, kan toch te ingewikkeld blijken voor veel ontwikkelingslanden. Daar komt bij (en dat is ook een vorm van padafhankelijkheid) dat staten niet zomaar zullen overgaan op nieuwe vormen van heffing, maar langere tijd oud (Vpb, bronbelastingen) en nieuw (QDMTT) naast elkaar zullen laten bestaan voor de doelgroep van Pillar 2.

Daarnaast brengt het stelsel zoals het er ligt mee dat grote investeerders de carve-outs als vanzelfsprekende fiscale faciliteit in elk land mogen gaan opvatten, waarna de QDMTT slechts het topje van de lokale winst treft. Dat zou tot gevolg kunnen hebben dat in-scope multinationals niet substantieel meer belasting gaan betalen dan ze nu doen. Wat in dat geval is bereikt, is dat grote multinationals dat resultaat – een lagere effectieve belastingdruk in vergelijking met kleinere ondernemingen – slechts kunnen bereiken langs de weg van reële activiteiten, niet langer van tax planning. Maar het laat zich voorzien dat de ‘North versus South’-discussie in de fiscaliteit daarmee niet eindigt.

Over de auteur

Prof. dr. H. Vording

Henk Vording is hoogleraar algemeen belastingrecht aan de Universiteit Leiden.

31 Y. Brauner, ‘The True Nature of Tax Treaties’, *Bulletin for International Taxation* 2020, p. 28 e.v.

32 M. Hearson, ‘Corporate Tax Negotiations at the OECD: What’s at Stake for Developing Countries in 2020?’, *ICTD Summary Brief* 2020.

33 Broekhuijsen & Vording, a.w.