

## Digitale economie en Global Anti-Base Erosion: nieuwe BEPS-voorstellen met brede impact

<b>Instantie</b>	OECD
<b>Rubriek</b>	Internationaal en Europees
<b>Auteur</b>	mr. R.A. Bosman
<b>NTRF</b>	2019/29
<b>Datum publicatie NTRF</b>	29-08-2019

*De OESO/G20 heeft recent een internationaal breed gesteund ‘werkprogramma’ gepubliceerd met daarin stappen om te komen tot maatregelen in verband met de digitalisering van de economie en belastingontwijking, ook wel BEPS 2.0 genoemd, waaronder een wereldwijde minimumbelasting. De voorstellen moeten eind 2020 resulteren in concrete maatregelen en worden momenteel verder uitgewerkt. Indien ze worden aangenomen zullen deze maatregelen een grote impact op vrijwel alle multinationals gaan hebben.*

### 1. Inleiding

Op 31 mei 2019 heeft de OESO het werkprogramma voor het ontwikkelen van een oplossing voor de fiscale uitdagingen die voortvloeien uit de digitalisering van de economie (hierna: het werkprogramma) gepubliceerd.[1] Het werkprogramma bouwt voort op de beleidsnotitie van 29 januari 2019[2] en het consultatiedocument van 13 februari 2019 (hierna: het consultatiedocument).[3] Het werkprogramma wordt gesteund door het Inclusive Framework on BEPS, dat het document eind mei 2019 heeft goedgekeurd. Het Inclusive Framework bestaat uit 129 landen en organisaties die zich alle hebben gecommitteerd aan de implementatie van het BEPS-pakket. De G20 heeft zich eveneens achter het werkprogramma geschaard.[4]

Het werkprogramma bestaat uit twee pijlers die enigszins met elkaar verband houden, maar die verschillende soorten voorstellen bevatten. De eerste pijler behelst de ontwikkeling van nieuwe regels voor internationale winstallocatie als gevolg van de digitalisering van de economie. De tweede pijler beoogt diverse vooralsnog onopgeloste BEPS-issues te adresseren. In feite komt de tweede pijler neer op een internationale minimumbelasting voor multinationale ondernemingen (MNO's). Hoewel de titel van het consultatiedocument en het werkprogramma anders doen vermoeden, hebben de diverse maatregelen, en dan vooral de tweede pijler, een veel bredere reikwijdte dan alleen de digitale economie of ‘techbedrijven’, zoals de in dit verband vaak genoemde GAFA (Google, Apple, Facebook en Amazon).

Het BEPS-project van de OESO/G20, bestaande uit 15 actiepunten, heeft geleid tot de publicatie van de definitieve BEPS-rapporten eind 2015 en bevindt zich inmiddels in de implementatiefase. De nu voorgestelde maatregelen kunnen worden gezien als vervolg daarop, of wellicht een nieuwe fase, die verschillende resterende én nieuwe BEPS-kwesties adresseert. Het werkprogramma schetst, onder verwijzing naar het consultatiedocument, diverse beleidsopties die voorliggen om de gesignaleerde issues te adresseren. Het werkprogramma en het consultatiedocument schetsen vooral de contouren van de nieuwe regels, waarbij nog keuzes tussen opties moeten worden gemaakt en veel technische details nog nader moeten worden ingevuld. De voorstellen zijn vooralsnog ‘without prejudice’ (vrijblijvend), dus zonder verplichting of commitment van landen. Het

doel is eind 2020 te komen tot een langetermijnoplossing voor de gesignaleerde problemen, die op internationale consensus is gebaseerd en dus breed geïmplementeerd zal worden. De voorstellen zullen naar verwachting leiden tot aanpassingen van nationale wetgevingen en belastingverdragen. Hierbij wordt uitdrukkelijk rekening gehouden met een gecoördineerde implementatie binnen EU-verband.

Het werkprogramma is opgesteld na verwerking van de respons op het consultatiedocument van een grote groep 'stakeholders'. Naar aanleiding van het consultatiedocument heeft de OESO meer dan 200 schriftelijke reacties ontvangen. Belanghebbenden hebben bovendien hun mening over de voorstellen kunnen ventileren tijdens de openbare consultatie op 13 en 14 maart 2019 in Parijs. Deze bijeenkomst werd bijgewoond door meer dan 400 vertegenwoordigers van o.a. overheden, het bedrijfsleven, belangengroepen en de wetenschap.

De verschillende opties worden gedurende de rest van 2019 en 2020 onder leiding van een stuurgroep verder uitgewerkt in diverse Working Parties. Het streven is dat de stuurgroep de hoofdlijnen van de diverse nieuwe maatregelen in januari 2020 presenteert aan het Inclusive Framework. Na goedkeuring door het Inclusive Framework is het de bedoeling dat de uitgewerkte definitieve voorstellen eind 2020 ter goedkeuring aan het Inclusive Framework worden voorgelegd. Realistisch gezien zouden de eerste maatregelen dan op zijn vroegst in de loop van 2021 hun beslag kunnen krijgen.

In deze bijdrage bespreek ik de diverse voorstellen zoals neergelegd in het werkprogramma en het consultatiedocument.[5] Het gaat daarbij kort samengevat om de volgende maatregelen:

- 1 Herziene regels m.b.t. nexus[6] en winstallocatie teneinde te komen tot een evenwichtiger internationale verdeling van heffingsbevoegdheid over ondernemingswinsten in de digitaliserende economie (zie par. 2 hierna).
- 2 Een 'Global Anti-Base Erosion' voorstel (oftewel GloBE), bestaande uit een pakket brede maatregelen die effectief moeten leiden tot een wereldwijde minimumbelasting op winsten van MNO's (zie par. 3).

## **2. Eerste pijler: nieuwe nexus- en winstallocatieregels**

### *2.1. Inleiding*

Het consultatiedocument bevat drie alternatieve voorstellen die hetzelfde doel hebben, namelijk het belasten van waarde gecreëerd door de activiteit of participatie van een MNO in een gebruikers- of marktjurisdictie waar dat onder de huidige winstallocatieregels niet mogelijk is, in het bijzonder bij gebrek aan een fysieke aanwezigheid in de vorm van bijvoorbeeld een vaste inrichting (vi). De eerste pijler presenteert de volgende drie modellen: (i) 'user participation' (gebruikersparticipatie), (ii) 'marketing intangibles' (marketing-IE), en (iii) 'significant economic presence' (significante economische aanwezigheid). De drie alternatieven worden in het kader van de digitalisering van de economie geplaatst, maar in feite is er maar één alternatief dat zich daartoe beperkt (het user participation model). De andere alternatieven hebben een bredere reikwijdte. De drie voorstellen zijn in onderstaande tabel kort samengevat.

---

Model User participation	Nexus met marktjurisdictie Locatie van actieve gebruikersbasis	Type onderneming – Socialemediaplatforms– Zoekmachines – Onlinemarktplaatsen
Marketing intangibles	Functionele link met marktjurisdictie	Breed: MNO's die op afstand een markt benaderen zonder, of met beperkte, lokale aanwezigheid
Significant economic presence	Lijst met criteria waaruit digitale interactie met lokale markt blijkt	MNO's met zware economische aanwezigheid zonder fysieke aanwezigheid

---

## 2.2. De drie modellen op hoofdlijnen

### 2.2.1. User participation

Het gebruikersparticipatiemodel richt zich specifiek op sterk gedigitaliseerde bedrijven zoals socialemediaplatforms, zoekmachines en onlinemarktplaatsen (oftewel met name de GAFA-bedrijven). Het voorstel is de winst van dergelijke bedrijven die voortvloeit uit activiteiten/participatie van gebruikers ter heffing toe te wijzen aan jurisdicties waarin hun actieve gebruikersbases zijn gevestigd – ongeacht of die bedrijven daar een lokale fysieke aanwezigheid hebben – op basis van een 'modified residual profit split'-methode (zie par. 2.4).

### 2.2.2. Marketing intangibles

Het marketing-intangibles-model heeft een ruimere reikwijdte dan het user-participation-model, dat wordt verdedigd door te wijzen op het feit dat de digitalisering van de economie een bredere impact heeft dan alleen techbedrijven. Dit model ziet op situaties waarin een MNO zich 'op afstand' in een marktjurisdictie kan begeven, zonder of met een zeer beperkte lokale aanwezigheid, hetgeen leidt tot de ontwikkeling van marketing intangibles, zoals een merk of handelsnaam, klantenrelaties en gebruikers- en klantenbestanden. De veronderstelling is dat deze immateriële activa in de marktjurisdictie gecreëerd worden. Hieronder vallen bijvoorbeeld online retailers of sterk gedigitaliseerde MNO's die zonder belastbare aanwezigheid in een marktjurisdictie een gratis zoekservice, gratis e-mail, of gratis digitale opslag aanbieden. Ook bedrijven die traditioneel niet als een sterk gedigitaliseerde onderneming worden beschouwd vallen hieronder, zoals bedrijven die consumentengoederen met een sterke merknaam verkopen. Het gaat hierbij niet alleen om business-to-consumer-bedrijven, maar ook om business-to-business. In verband met de beperkte lokale aanwezigheid wordt een limited risk distributor (LRD), die vooralsnog onder BEPS-actie 7 buiten schot bleef, expliciet genoemd als voorbeeld dat onder dit model valt.[7] Dit model stelt voor de huidige winstallocatie- en nexusregels zodanig te wijzigen dat de niet-routinematige of 'residual' winst van de MNO die toerekenbaar is aan marketing intangibles ter heffing wordt toegewezen aan de marktjurisdictie. De overige ondernemingswinst zou nog steeds worden toegewezen op basis van de bestaande transferpricingregels. Gelet op de fundamentele wijziging van transferpricingregels en heffingsrechten die hiervoor nodig is, vereist dit model een aanpassing van de huidige transferpricingregels. Ten aanzien van de winstallocatie wordt gedacht aan een 'modified residual profit split'-methode (zie par. 2.4 ).

### 2.2.3. Significant economic presence

Dit voorstel bouwt voort op BEPS-actie 1.[8] Een buitenlandse onderneming zou een belastbare aanwezigheid in een marktjurisdictie krijgen als zij een zogenoemde ‘significante economische aanwezigheid’ in die jurisdictie heeft op basis van een lijst factoren waaruit een duurzame relatie met de marktjurisdictie via digitale weg blijkt. Als mogelijke factoren worden genoemd: (1) een gebruikersbasis en de bijbehorende data, (2) de omvang van digitale informatie die uit een jurisdictie wordt verkregen, (3) facturering in lokale valuta of via een lokale betaalmethode, (4) het onderhouden van een website in de taal van de jurisdictie, (5) verantwoordelijkheid voor de levering van goederen aan klanten of het verlenen van ondersteunende diensten zoals klantenservice of reparatie- en onderhoudsdiensten, (6) structurele (online) marketing- en promotieactiviteiten. Dit model suggereert toepassing van de ‘fractional apportionment’-methode om de winst tussen de landen te verdelen (zie par. 2.4 hierna). Als enige van de drie modellen wordt een bronbelasting hierbij als mogelijke heffingstechniek genoemd.

### 2.3. Technische issues werkprogramma

Hoewel de scope en de achtergrond van de drie alternatieven uiteenloopt, hebben de modellen gemeen dat ze een aanpassing van de huidige nexus- en winstverdelingsregels vereisen, waarbij het concept van verdeling van heffingsrechten op basis van fysieke factoren wordt losgelaten (het ‘nieuwe heffingsrecht’). Alle drie de modellen zullen in meer of mindere mate leiden tot een verschuiving van heffingsrechten naar marktjurisdicties (landen waarin gebruikers of klanten zijn gevestigd). Het werkprogramma spreekt geen voorkeur uit voor een (of meer) van de modellen en houdt vooralsnog alle opties open, maar geeft aan dat de volgende technische punten de komende tijd verder zullen worden uitgewerkt:

- de bepaling van de winst onder het nieuwe heffingsrecht en de verdeling van die winst over de betrokken landen (zie par. 2.4);
- het uitwerken van een nieuwe nexusregel die niet is gebaseerd op fysieke aanwezigheid (zie par. 2.5);
- het waarborgen van een brede implementatie en doeltreffende uitvoering van het nieuwe heffingsrecht, inclusief voorkoming van dubbele belasting.

### 2.4. Winsttoerekening

Ten aanzien van de winstallocatie stelt het werkprogramma de volgende alternatieve methodes voor: (i) de ‘modified residual profit split’ (MRPS)-methode, (ii) de ‘fractional apportionment’-methode en (iii) vereenvoudigde methoden zoals een minimumwinst voor distributieactiviteiten. Opmerkelijk is dat de koppeling tussen de drie modellen en een specifieke bijbehorende winstallocatiemethode in het werkprogramma is losgelaten. De drie opties zijn in onderstaande tabel kort samengevat.

Methode	Omschrijving	Stappen / alternatieven
Modified residual profit split (MRPS)-methode	Wijst deel van de niet-routinematige winst van een MNO toe aan marktjurisdicties	1. Bepalen van de totale te splitsen winst 2. Routinematige winst elimineren op basis van huidige of vereenvoudigde verrekenprijregels 3. Bepalen welk gedeelte van de niet-routinematige winst onder het nieuwe heffingsrecht valt, met behulp van huidige of vereenvoudigde verrekenprijregels 4.

		Toewijzen van dergelijke niet-routinematige winst aan de relevante marktjurisdicties op basis van een nader te bepalen verdeelsleutel
Fractional-apportionment-methode	Wijst deel van de winst van een MNO toe aan marktjurisdicties zonder onderscheid tussen routinematige en niet-routinematige winst	1. Bepalen van de te splitsen winst2. Selecteren van een verdeelsleutel3. Toepassen van deze formule om een deel van de winst toe te wijzen aan de marktjurisdictie(s)
Distribution-based alternatieven	Vereenvoudigde methoden zoals:	a. Vaststellen van een minimale winst in de marktjurisdictie voor marketing- en distributieactiviteitenb. Allocatie van hoger rendement aan marktjurisdicties onder bestaande transfer pricingregelsc. Eventueel aanvullende variabelen om rekening te houden met verschillende sectoren/markten

## 2.5. Nexus

Bij het ontwerp van de nieuwe nexusregel zijn er grofweg twee alternatieven. In de eerste plaats zouden de bestaande bepalingen van art. 5, 7 en 9 OESO-Modelverdrag gewijzigd kunnen worden, waarbij gedacht wordt aan het concept van een fictieve vi om heffingsrechten aan marktjurisdicties toe te wijzen. In de tweede plaats wordt een geheel nieuwe zelfstandige toewijzingsregel overwogen die is gebaseerd op een nieuwe nexus en die volledig losstaat van het vi-begrip, met een eigen bronregel en omschrijving van de toe te wijzen winst. Een dergelijke bepaling zou werken als lex specialis ten opzichte van art. 7 OESO-Modelverdrag. Dit laatste alternatief is wat mij betreft geschikter om de fundamentele wijzigingen die het nieuwe heffingsrecht vereist te implementeren. Een dergelijke benadering is overigens niet nieuw, zie bijvoorbeeld de al lang bestaande lex specialis voor scheepvaart- en luchtvaartwinsten van art. 8 OESO-Modelverdrag.[9] Los hiervan zullen landen hun nationale wetgeving moeten aanpassen om dit nieuwe heffingsrecht te kunnen effectueren.

## 3. Tweede pijler: wereldwijde minimumbelasting (GloBE)

### 3.1. Inleiding

De tweede pijler bestaat uit diverse maatregelen tegen belastingontwijking onder de noemer 'Global Anti-Base Erosion Proposal' (in het werkprogramma inmiddels afgekort als GloBE). De voorstellen zijn niet beperkt tot de digitale economie, maar zien op alle soorten MNO's. De aanleiding voor de diverse voorgestelde GloBE-maatregelen is de perceptie dat MNO's, ondanks de BEPS-maatregelen, nog steeds mogelijkheden hebben relatief eenvoudig winsten naar laagbelastende (of niet-belastende) jurisdicties te verschuiven. De GloBE-maatregelen proberen hier een barrière tegen op te werpen. Het principe van de GloBE-maatregelen is dat landen alsnog hun heffingsrechten kunnen uitoefenen ten aanzien van winsten van MNO's als andere landen hun primaire heffingsrecht niet of onvoldoende hebben uitgeoefend. Het gaat dus niet om een 'echte' internationale minimumbelasting, en alle landen blijven in beginsel soeverein om hun eigen belastingsysteem en -tarieven toe te passen. De maatregelen hebben echter wel tot gevolg dat landen kunnen bijheffen

als ondernemingswinst in een ander land onvoldoende belast wordt, waarmee toch een internationaal 'level playing field' beoogd wordt. Beleidsmatig zijn de voorstellen gestoeld op het beginsel van kapitaalexportneutraliteit (versus kapitaalimportneutraliteit). De OESO signaleert terecht het risico dat bij gebrek aan multilaterale actie het risico bestaat dat landen zelf unilaterale maatregelen gaan nemen, zowel om meer belastinggrondslag aan te trekken als om bestaande belastinggrondslag te beschermen, met potentieel schadelijke gevolgen voor alle landen.

Met de GloBE-voorstellen wordt in feite onderkend dat het pakket aan BEPS-maatregelen niet volledig het gewenste effect heeft gehad. Volgens diverse leden van het Inclusive Framework ging het BEPS-pakket niet ver genoeg, en is het risico van winstverschuiving door MNO's naar laagbelastende landen nog steeds aanwezig. Het is niet helemaal duidelijk in hoeverre er statistische of empirische informatie aan deze beweringen ten grondslag ligt (dit blijkt in elk geval niet uit de stukken). In het consultatiedocument ontbreekt verder een duidelijke 'impact analysis' ten aanzien van de effecten van de twee pijlers op de belastingopbrengsten van landen (inclusief eventuele gedragseffecten van belastingplichtigen). Dit is wat mij betreft een belangrijke tekortkoming in de onderbouwing van de voorstellen, die in de consultatie veelvuldig is gesignaleerd en ook door de leden van het Inclusive Framework is onderkend. Het werkprogramma komt hieraan tegemoet door een aparte, multidisciplinaire 'work stream' te wijden aan de impactanalyse.

Het GloBE-pakket bestaat uit de volgende maatregelen:

- 3 Een *income inclusion rule*: een CFC-achtige (maar veel breder werkende) bijtellingsregel die de winst van een buitenlands gecontroleerd lichaam of vi belast indien deze winst is onderworpen aan een (te) laag effectief belastingtarief in de staat van vestiging van de dochtervennootschap of vi.
- 4 Een *tax on base eroding payments*: een heffing op grondslaguithollende maatregelen in de vorm van (i) een nationaalrechtelijke aftrekbeperking en (ii) de uitsluiting van verdragsvoordelen ten aanzien van betalingen die bij de ontvanger niet aan een bepaalde minimale effectieve belastingheffing onderworpen zijn.

### 3.2. *Income inclusion rule (bijtellingsregel)*

Op basis van de (nationaalrechtelijke) *income inclusion rule* moet een moedervernootschap een evenredig deel van de winst van een dochtervennootschap bijtellen bij haar belastbare winst als de winst van de dochtervennootschap aan een onvoldoende effectieve belastingdruk is onderworpen. De regel is in beginsel van toepassing op een 'per country'-basis en ziet op directe en indirecte belangen boven een bepaalde bezitsdrempel (gedacht wordt aan 25%). De bij te tellen winst zou moeten worden berekend volgens de regels van het land van de moedervernootschap, waarbij een credit gegeven wordt voor de onderliggende belasting op de bijgetelde winst (per country). Ten aanzien van vi's zou de *income inclusion rule* vorm moeten krijgen als een 'switch-over'-regel van vrijstellingsmethode naar verrekeningsmethode indien de vi onvoldoende belast is.[10] De *income inclusion rule* vertoont gelijkenis met een CFC-regel omdat zij van toepassing is op gecontroleerde lichamen en vi's, maar heeft tegelijkertijd een veel breder toepassingsbereik omdat de bijtelling niet is beperkt tot bepaalde soorten (passieve) inkomsten. Er is m.a.w. geen economischeactiviteitstoets. Ook actieve ondernemingswinst zou dus binnen de scope van de regel vallen, indien deze laagbelast is. De *income inclusion rule* is bedoeld als aanvulling op CFC-regels van een land, en is daarbovenop van toepassing.[11]

Bij de verdere uitwerking van de income inclusion rule wordt voortgebouwd op de aanbevelingen van BEPS-actie 3, evenals het Amerikaanse GILTI-regime. De VS is overigens een belangrijke drijfveer achter de GloBE-voorstellen, dus het is niet verrassend dat de income inclusion rule op hoofdlijnen gelijkenissen vertoont met GILTI.

De bijtellingsregel moet op een groot aantal technische punten nog nader worden uitgewerkt. Het minimumbezitspercentage van 25% zou bijvoorbeeld nog kunnen wijzigen. Ten aanzien van de effectieve belastingdruktoets liet het consultatiedocument bijvoorbeeld in het midden of deze gerelateerd zou moeten zijn aan het tarief in het land van de moedervenootschap (zoals de CFC-regel van de ATAD), waardoor deze per land zou kunnen variëren, of dat een wereldwijd vast tarief zou moeten worden gehanteerd. In het werkprogramma wordt inmiddels een voorkeur uitgesproken voor een vast percentage, en dus niet een landafhankelijk effectief tarief, om een internationaal 'level playing field' te creëren. De hoogte van het minimumtarief moet nog nader bepaald worden. Dit zal beleidsmatig naar verwachting een van de gevoeligste onderdelen van dit voorstel zijn. De verwijzing naar GILTI suggereert echter dat een tarief rond 10-13% reëel lijkt.[12] Qua vormgeving verduidelijkt het werkprogramma dat de bijtelling zou moeten werken als een 'top up' (bijheffing) naar het wereldwijde minimumtarief, en niet naar het statutaire tarief van het land dat de regel toepast. Hierbij wordt echter wel ruimte gelaten voor bijheffing tot het statutaire tarief als de buitenlandse winst valt onder een 'harmful preferential tax regime' (in feite een soort extra strafheffing).

De voorkoming van dubbele belasting als gevolg van de income inclusion rule is een ander aandachtspunt. Vooralsnog is onduidelijk hoe de regel in een keten vennootschappen zou moeten worden toegepast, al geven het consultatiedocument en het werkprogramma aan dat dubbele heffing onwenselijk is.[13] Verder wordt er gedacht aan uitzonderingen in de vorm van drempels en safe harbours, bijvoorbeeld indien sprake is van voldoende economische substance in het andere land (in de zin van BEPS-actie 5).[14]

### 3.3. Tax on base eroding payments (heffing op grondslaguijthollende betalingen)

De tax on base eroding payments is een aanvulling op de income inclusion rule, die bestaat uit twee separate maatregelen:

- a de *undertaxed payments rule*: een aftrekbeperking voor betalingen aan verbonden lichamen indien de betaling bij de ontvanger niet is onderworpen aan een minimumtarief;
- b de *subject-to-tax rule*: een onderworpenheidseis die in belastingverdragen wordt opgenomen.

#### 3.3.1. Undertaxed payments rule

De undertaxed payments rule betreft een nationaalrechtelijke aftrekbeperking voor bepaalde categorieën betalingen door een belastingplichtige aan verbonden lichamen, indien die betalingen niet onderworpen zijn aan een minimale effectieve belastingheffing. Bij deze toets dient een eventuele bronbelasting op de betaling (al dan niet als gevolg van de toepassing van de subject-to-tax rule, zie par. 3.3.2 hierna) in aanmerking te worden genomen. Voor het criterium van

verbondenheid wordt vooralsnog gedacht aan belangen van 25% of meer, net als bij de income inclusion rule. De undertaxed payments rule vertoont sterke gelijkenis met het Amerikaanse BEAT-regime, al wordt dit niet met zoveel woorden opgemerkt.

Ook hier geldt dat de regel op een groot aantal technische aspecten nog nader moet worden uitgewerkt. Zo is de objectieve scope van de regel (m.a.w. welke typen betalingen vallen eronder) nog niet gedefinieerd. Duidelijk is wel dat men een brede werkingssfeer beoogt, en dat de regel ook doorstromingsituaties en 'imported arrangements' moet treffen. Dit zou wellicht kunnen betekenen dat bijvoorbeeld 'costs of goods sold' in bepaalde gevallen niet-aftrekbaar zijn.

Een belangrijk punt is de uitwerking van de effectievebelastingdruktoets. Het ligt in de rede dat deze vergelijkbaar is met de toets onder de income inclusion rule, maar helemaal zeker is dit niet. Een andere vraag is of deze toets per entiteit of per transactie moet worden toegepast, en of wordt gekozen voor een alles-of-niets- of een voor-zover-benadering. Evenals bij de income inclusion rule is ook bij de undertaxed payments rule een aandachtspunt in hoeverre de substance (in de zin van BEPS-actie 5) van de ontvanger relevant is.

### 3.3.2. *Subject-to-tax rule*

Als aanvulling op de undertaxed payments rule wordt voorgesteld een onderworpenheidseis op te nemen in belastingverdragen. Deze maatregel ziet op laagbelaste betalingen en inkomsten die anderszins in aanmerking zouden komen voor verdragsvoordelen, zoals een vrijstelling of een verlaagd (bronbelasting)tarief. Op basis van deze onderworpenheidseis zouden de voordelen van de artikelen 7, 9, 10, 11, 12, 13 en 21 van OESO-conforme verdragen niet langer beschikbaar zijn als de betreffende winst, betaling of inkomsten in de staat van de ontvanger/genieter onvoldoende belast zijn.[15]

In relatie tot art. 7 OESO-Modelverdrag wordt opgemerkt dat het heffingsrecht ten aanzien van een buitenlandse onderneming niet langer zou worden beperkt door het *vi*-begrip indien de winst niet is onderworpen aan een bepaald minimumtarief in de woonstaat. Dit suggereert dat de bronstaat bij toepassing van de subject-to-tax rule onder het verdrag in beginsel elke nationaalrechtelijke nexus zou mogen toepassen om de buitenlandse onderneming te belasten. Dit zou een zeer vérgaande inbreuk op de basisbeginselen van art. 7 zijn. Met betrekking tot de overige genoemde artikelen leidt de subject-to-tax rule ertoe dat een (gedeeltelijke of gehele) beperking van het heffingsrecht van de bronstaat ten aanzien van dividenden, rente, royalty's, vervreemdingswinsten en overig inkomen niet aan de orde is indien de inkomsten in de staat van de ontvanger/genieter niet zijn onderworpen aan een minimaal effectief belastingtarief. Het werkprogramma stelt voor bij de nadere uitwerking prioriteit te geven aan een onderworpenheidseis voor rente en royalty's.

De onderworpenheidseis ziet in beginsel alleen op betalingen aan verbonden lichamen. Ten aanzien van (in elk geval) rente en royalty's zal echter worden onderzocht of de onderworpenheidseis moet worden uitgebreid naar betalingen aan derden. Met betrekking tot dividenden zou volgens het consultatiedocument een uitzondering kunnen worden opgenomen voor deelnemingsvrijstellingsregimes (bijvoorbeeld in de vorm van een carve-out of een aangepaste belastingdruktoets). Opvallend genoeg wordt deze uitzondering in relatie tot vervreemdingswinsten niet gesuggereerd (al zou dit wel consequent zijn).



### 3.4. Verdere uitwerking

Het GloBE-pakket zal naar verwachting leiden tot voorstellen voor aanpassing van de nationale belastingwetgeving van landen, evenals bilaterale belastingverdragen. Een belangrijk aandachtspunt bij de verdere uitwerking van de GloBE-voorstellen is de samenloop van de diverse regels. Om het risico van dubbele belasting te minimaliseren zijn, net als bij de maatregelen van BEPS-actie 2 inzake hybride mismatches, voorrangsregels nodig om te voorkomen dat de toepassing van de verschillende regels door verschillende landen zou leiden tot meervoudige belastingheffing. De bijtellingsregel (en wellicht ook de aftrekbeperking) wordt zodanig vormgegeven dat deze in EU-verband door middel van een richtlijn geïmplementeerd kan worden (wellicht in de vorm van een 'ATAD 3'). In dat verband dient de regel uiteraard ook te voldoen aan het primaire EU-recht (inclusief de verdragsvrijheden), wat bijvoorbeeld de vraag oproept of een dergelijke grof werkende regel zonder meer onder de noemer 'misbruikbestrijding' geschaard kan worden.[16] De vraag in hoeverre deze regel in overeenstemming is met belastingverdragen – bijvoorbeeld de verhouding tot non-discriminatiebepalingen en de eventuele toepasbaarheid onder de principal purpose test – is een ander belangrijk punt dat aandacht vraagt. Met betrekking tot de implementatie van de onderworpenheidseis in belastingverdragen (evenals de nieuwe nexusregel van de eerste pijler) verwacht ik dat een nieuw multilateraal verdrag of een aanvulling op het Multilaterale Instrument ('MLI 2') een serieuze optie is.

### 4. Afsluiting

Het werkprogramma is zeer ambitieus, zowel inhoudelijk als qua timing. De mogelijke impact van de voorgestelde maatregelen op MNO's is groot. De diverse voorstellen zijn echter nog betrekkelijk grof, waardoor op veel punten een verfijning nodig is om overkill te voorkomen. Naar verwachting zal het werkprogramma leiden tot zeer gedetailleerde technische voorstellen. Het succes ervan staat of valt met de benodigde internationale consensus over nut en noodzaak van deze regels. Een belangrijke vraag is of de regels daadwerkelijk ongecoördineerde unilaterale maatregelen en een 'race to the bottom' kunnen voorkomen. Voor een succesvolle implementatie zullen landen bereid moeten zijn hun bestaande regels en beleid opzij te zetten en hun belastingverdragen aan te passen. Het BEPS-project heeft laten zien dat dit mogelijk is.

[1]OECD, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, [www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm](http://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm).

[2]OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*, 2019.

[3]OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy –Public Consultation Document*, 2019. Zie hierover o.a. M.F. de Wilde en C. Wisman, 'OESO-consultatie digitale economie: "grondslagherverdeling" en "ik belast wat jij niet doet"?', *NLF-W* 2019/1; P. Pistone, J.F. Pinto Nogueira en B. Andrade Rodríguez, 'The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment', *International Tax Studies*, 2019 (Volume 2), No 2.

[4]Press release G20 Finance Ministers and Central bank Governors Meeting, Fukoka (Jun. 8-9, 2019).

[5]De ontwikkelingen op deze terreinen binnen EU-verband en in Nederland blijven in deze bijdrage

buiten beschouwing.

[6]D.w.z. het aanknopingspunt voor de uitoefening van belastingsoevereiniteit door een land ten aanzien van een niet in dat land gevestigde onderneming, bijvoorbeeld in de vorm van fysieke aanwezigheid (vi).

[7]LRD's vallen buiten de herziene vastevertegenwoordigerdefinitie van BEPS-actie 7 (o.a. geïmplementeerd via art. 12 MLI).

[8]Zie het rapport inzake BEPS-actie 1, par. 7.6.

[9]Hoewel daterend uit een ander tijdperk, is een interessante parallel dat art. 8 OESO-Modelverdrag oorspronkelijk voortvloeit uit de veronderstelde tekortkomingen van art. 7 bij het toerekenen van winsten uit internationale activiteiten van een bepaald type onderneming aan verschillende landen.

[10]Vgl. de switch-overbepalingen van art. 23, lid 4, OESO-Modelverdrag en de 'zwartegatenbepaling' die in een aantal Nederlandse belastingverdragen is opgenomen.

[11]Voor Nederland betreft dit de ATAD CFC-regel die is geïmplementeerd in art. 13ab Wet VPB 1969 en art. 15e, lid 10, Wet VPB 1969.

[12]Zie ook M.F. de Wilde en C. Wisman, 'OESO-consultatie digitale economie: "grondslagherverdeling" en "ik belast wat jij niet doet"?', *NLF-W* 2019/1, p. 9.

[13]Vgl. de mogelijkheid van meervoudige toepassing van de CFC-regel van ATAD 1 door verschillende EU-lidstaten ter zake van dezelfde CFC. Dit effect is door Nederland onderkend en zelfs beoogd. Zie Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, nr. 3, p. 7.

[14]Zie in het bijzonder de 'Substantial activity requirement in the context of non-IP regimes', rapport inzake BEPS-actie 5, p. 37 e.v.

[15]Overigens verwijst het OESO-commentaar momenteel al naar de mogelijkheid een onderworpenheidseis op te nemen in art. 10, 11, 12 en 21 OESO-Modelverdrag.

[16]Zie bijvoorbeeld HvJ 26 oktober 1999, zaak C-294/97 (Eurowings), ECLI:EU:C:1999:524, waaruit volgt dat een lage belastingdruk in een andere lidstaat geen bijheffing rechtvaardigt, en HvJ 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (N Luxembourg 1 e.a.), ECLI:EU:C:2019:134, (<BRONVERW ID='de436132-78e4-4a78-a44a-ae2506810aa1' INSTANTIE='NTFR' NR='2019/990' TYPE='NTFR'>NTFR 2019/990</BRONVERW>) en HvJ 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16 (T Danmark en Y Denmark), ECLI:EU:C:2019:135 inzake misbruikbestrijding, (<BRONVERW ID='c31bdc28-490f-4e83-8003-8ccaec51a268' INSTANTIE='NTFR' NR='2019/693' TYPE='NTFR'>NTFR 2019/693</BRONVERW>).

Datum: 4-9-2019

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFRB2019-29>

Copyright - Sdu - Alle rechten voorbehouden.