

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

Formulary apportionment: voorbij de status quo

Een analyse van formulary apportionment als winstallocatiesysteem

Naam student: J.U. Roelants

Studentnummer: 403318

Begeleider: L.C. van Hulten, MSc

Tweede beoordelaar: Prof. dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 13 februari 2021

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, de tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam

Inhoudsopgave

<i>Veelvoorkomende afkortingen</i>	5
<i>Hoofdstuk 1 - Inleiding</i>	6
1.1 - Aanleiding van het onderzoek	6
1.2 - Onderzoeksvraag	8
1.3 - Methodologie	9
1.4 - Toetsingskader	10
1.4.1 - Eerlijkheid	11
1.4.2 - Efficiëntie	13
1.5 - Afbakening	14
<i>Hoofdstuk 2 - Internationale winsttoerekening in het huidige systeem</i>	16
2.1 - Inleiding	16
2.2 - Heffingsbeginselen	16
2.2.1 - Woonstaatbeginsel	18
2.2.2 - Nationaliteitsbeginsel	18
2.2.3 - Bronstaatbeginsel.....	19
2.2.4 - Samenloop heffingsbeginselen: dubbele belasting.....	20
2.3 - Fiscale verdragen	20
2.4 - Vaste inrichting	22
2.4.1 - Fysieke vaste inrichting	23
2.4.2 - Temporele vaste inrichting	25
2.4.3 - Vaste vertegenwoordiger.....	25
2.5 - Transfer Pricing	26
2.5.1 - Geliëerde verhoudingen	27
2.5.2 - Vergelijkbaarheidsanalyse	29
2.5.3 - Verrekenprijsmethoden.....	32
2.6 - Deelconclusie	36
<i>Hoofdstuk 3 - Problemen met de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem</i>	38
3.1 - Inleiding	38

3.2 - De arbitraire allocatie van belastingen aan belastingplichtigen	39
3.2.1 - Dispariteiten.....	39
3.2.2 - Belemmeringen.....	40
3.3 - Problemen met het at arm's length-beginsel.....	41
3.3.1 - Separate entity approach	41
3.3.2 - Gebrek aan vergelijkbare transacties	43
3.3.3 - Administratieve lasten	45
3.4 - De digitale economie	46
3.4.1 - Kenmerken van de digitale economie	46
3.4.2 - Problemen met de heffing binnen de digitale economie.....	50
3.5 - Classificatie mismatches van geldstromen	52
3.6 - Schadelijke belastingmaatregelen	53
3.7 - Deelconclusie	53
<i>Hoofdstuk 4 - Formulary apportionment als alternatief systeem.....</i>	<i>56</i>
4.1 - Inleiding	56
4.2 - Formulary apportionment in vogelvlucht.....	56
4.3 - De groep als belastingplichtige	59
4.4 - Allocatiefactoren.....	60
4.4.1 - Arbeid	61
4.4.2 - Activa.....	63
4.4.3 - Omzet	65
4.5 - Nexus	67
4.6 - Formulary apportionment in theorie en praktijk	69
4.6.1 - Common Consolidated Corporate Tax Base	69
4.6.2 - Canada	72
4.6.3 - Verenigde Staten	73
4.7 - Voordelen van formulary apportionment.....	75
4.8 - Nadelen van formulary apportionment	77
4.9 - Deelconclusie.....	78
<i>Hoofdstuk 5 - Eerlijk en efficiënt?</i>	<i>81</i>
5.1 - Inleiding	81

5.2 - Eerlijkheid	81
5.2.1 - Het huidige belastingsysteem	82
5.2.2 - Formulary apportionment	84
5.2.3 - Tussenconclusie eerlijkheid	86
5.3 - Economische efficiëntie	87
5.3.1 - Het huidige belastingsysteem	87
5.3.2 - Formulary apportionment	88
5.3.3 - Tussenconclusie economische efficiëntie	90
5.4 - Uitvoerbare efficiëntie	91
5.4.1 - Het huidige belastingsysteem	91
5.4.2 - Formulary apportionment	93
5.4.3 - Tussenconclusie uitvoerbare efficiëntie	94
5.5 - Deelconclusie	95
<i>Hoofdstuk 6 - Conclusie en aanbeveling</i>	98
6.1 - Inleiding	98
6.2 - Conclusie	98
6.3 - Aanbeveling	104
<i>Literatuurlijst.....</i>	106

Veelvoorkomende afkortingen

APA	Advanced Pricing Agreement
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Consumer
CbCR	Country-by-Country Reporting
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CCTB	Common Consolidated Tax Base
CUP	Comparable-Uncontrolled-Pricemethode
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
HvJ	Hof van Justitie
IFRS	International Financial Reporting Standards
MLI	Multilateraal Instrument
MV	Modelverdrag
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking ontwikkeling
RPM	Resale-Pricemethode
TNMM	Transactional-Net-Marginmethode
VI	Vaste Inrichting
VwEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1.1 - Aanleiding van het onderzoek

Het huidige internationale belastingstelsel stamt uit het begin van de twintigste eeuw. In 1920 kwam de League of Nations samen en deze kwam tot de conclusie dat de interactie van de verschillende belastingstelsels van landen tot economische verstoringen en dubbele belastingen konden leiden. De deelnemende landen kwamen internationale regels overeen die aan zowel belastingplichtigen als overheden zekerheid over de belastingheffing moesten geven – ook het “compromis van 1920” genoemd.¹ Sinds die tijd zijn economieën steeds meer met elkaar verweven geraakt en is de globalisering alleen maar toegenomen. Tegenwoordig is steeds meer sprake van één wereldwijde markt.²

Tegelijk zijn multinationale ondernemingen steeds bedrever geworden in het gebruikmaken van fiscale arbitragemogelijkheden om de (winst)belastingdruk te verlagen. Het toegenomen belang van de dienstensector en de opkomst van de digitale economie maken dat de fysieke locatie van het bedrijf steeds verder van de eindafnemer gesitueerd is. Waar voorheen fysieke aanwezigheid in een land onmisbaar was om consumenten te bereiken, kunnen nu steeds meer ondernemingsactiviteiten op afstand uitgevoerd worden.³ Dit verlaagde niveau van activiteiten in de marktjurisdictie leidt onder het huidige systeem ook tot minder winsttoerekening aan deze jurisdictie. Door geografisch mobiele activiteiten zoals intellectueel eigendom in laagbelaste jurisdicties onder te brengen, kan een multinationale onderneming zijn belastingdruk minimaliseren.⁴ Het *at arm's length*-principe, waarmee winsten worden toegerekend, is vooralsnog ontoereikend gebleken om deze problemen te ondervangen.

Terwijl economieën en bedrijven steeds verder zijn geglobaliseerd, zijn de winstbelastingen van landen een vrijwel uitsluitend nationale aangelegenheid

¹ OESO, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2013, p. 7.

² W. Vermeend et al, *Taxes and the Economy; a Survey on the Impact of Taxes on Growth, Employment, Investment, Consumption and the Environment*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2008.

³ OESO, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2013, p. 7-8.

⁴ T.F.G. in 't Veld, 'E-commerce en het gebrek aan fiscale aanknopingspunten', *WFR* 2007/509.

gebleven. Zelfs binnen de Europese Unie zijn de individuele lidstaten soeverein op het gebied van directe belastingen.⁵ Dispariteiten tussen landen worden slechts beperkt weggenomen en harmonisatie van nationale regelgeving kan op flinke weerstand van landen rekenen. De intergouvernementele Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) pakte de handschoen op en lanceerde in februari 2013 het project om *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) tegen te gaan.⁶ De BEPS-eindrapporten van oktober 2015 beslaan een vijftiental actiepunten om agressieve fiscale planning tegen te gaan. Het overkoepelende doel van de vijftien actiepunten is dat winsten worden belast in het land waar de waarde gecreëerd is.⁷

Significant onderdeel van de BEPS-eindrapporten besloeg de digitale economie. Vijf jaar na dit eindrapport is de OESO nog steeds op zoek naar de juiste wijze om deze hun *fair share* – een eerlijke bijdrage in vergelijking met anderen⁸ - aan belastingen te laten bijdragen. Meerdere alternatieven hebben de revue gepasseerd en inmiddels ligt er nu een compromisvoorstel, de zogenaamde *pillar one blueprint*. Maar waar de OESO zich eerst nog alleen op sterk gedigitaliseerde bedrijven richtte, zijn inmiddels ook grote consumentengerichte bedrijven in beeld voor de nieuwe aanpak, ongeacht of deze sterk gedigitaliseerd zijn.⁹ Dit sluit aan bij de gedachte dat onderscheid tussen digitale en niet-digitale ondernemingen onwenselijk is.¹⁰ Het onderscheid tussen digitale en niet-digitale economie is immers steeds moeilijker te maken, waarmee ook het fiscale onderscheid steeds ingewikkelder wordt.¹¹

⁵ Krachtens artikel 5 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) beschikt de EU alleen over toegewezen bevoegdheden. Waar de EU geen toegewezen bevoegdheden kent, zijn deze voorbehouden aan de lidstaten. Betreffende directe belastingen heeft de EU slechts enkele toegewezen bevoegdheden, waardoor lidstaten grotendeels autonoom zijn.

⁶ OESO, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2013.

⁷ OESO, *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015.

⁸ Zie ook paragraaf 1.4.1.

⁹ OESO, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Parijs 2020, paragraaf 1-9.

¹⁰ E.C.C.M. Kemmeren, 'Should the Taxation of the Digital Economy Really Be Different?', *EC Tax Review* 2018/2.

¹¹ Zo onderkent ook de OESO, zie OESO, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2014.

Ook heeft de OESO een draai gemaakt in de wijze van het verdelen van de heffingsrechten. Een deel van de winsten worden in de *unified approach* verdeeld middels *formulary apportionment*¹², waarbij heffingsrechten op basis van een vaste formule aan landen wordt toegewezen.¹³ Dit houdt in dat de OESO hierbij niet de *separate entity approach* toepast maar op de geconsolideerde groep gebruikt om de relevante (groeps)winst te berekenen.¹⁴ De traditionele *transfer pricing* wordt aldus gedeeltelijk aan de kant geschoven om de juiste allocatie van winsten te bereiken. Dit is een opvallende verschuiving aangezien de OESO eerder aangaf geen voorstander te zijn van winstverdeling op basis van een vaste formule.¹⁵

Zo lijkt *formulary apportionment* weer deel van het speelveld te worden. In de Verenigde Staten en Canada wordt al jaren gebruikt gemaakt van *formulary apportionment* om de winsten op staat- en provincieniveau te verdelen, terwijl de Europese Unie al jaren een voorstel voor winstverdeling tussen lidstaten op een soortgelijke manier in de ijskast heeft staan.¹⁶ Is het tijd deze weer uit de ijskast te halen?

1.2 - Onderzoeksvraag

Deze scriptie zal in het teken staan van de internationale winsttoerekening middels *formulary apportionment*. De volgende onderzoeksvraag zal hierbij centraal staan:

“Zorgt formulary apportionment voor een eerlijkere en efficiëntere internationale toerekening van winst dan het huidige belastingsysteem gebaseerd op het at arm’s length-beginsel?”

¹² In het Nederlands: winstverdeling op basis van een formule. Aangezien *formulary apportionment* de meer gangbare term is, wordt hier in deze scriptie bij aangesloten.

¹³ OESO, *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, Parijs: OECD Publishing 2020, par. 42.

¹⁴ Ibidem, par. 43.

¹⁵ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 39-43.

¹⁶ CCCTB, Richtlijnvoorstel betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM/2016/0683 final.

1.3 - Methodologie

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, worden eerst een viertal deelvragen beantwoord. De deelvragen dienen deels als inleidende materie welke vereist is voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. Daarnaast vormen zij ook een partiële beantwoording van de onderzoeksvraag. Om *formulary apportionment* voldoende in context te kunnen plaatsen, wordt eerst het huidige systeem van winsttoerekening geanalyseerd.

- i. *Op welke wijze geschiedt de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem?*

In het tweede hoofdstuk zal het huidige systeem van internationale winsttoerekening uiteengezet worden. Dit zal het theoretisch kader van deze scriptie vormen: de basissituatie welke de benchmark is voor een alternatief systeem op basis van *formulary apportionment*.

- ii. *Tot welke problemen leidt de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem?*

Vervolgens zullen in het derde hoofdstuk de problemen met het huidige systeem van internationale winsttoerekening besproken worden. Deze problemen laten zich onderverdelen in twee categorieën: belemmeringen en dispariteiten. Belemmeringen ontstaan wanneer de belastingdruk voor belastingplichtigen verschilt indien deze al dan niet grensoverschrijdend ondernemingsactiviteiten ontplooit.¹⁷ Dispariteiten ontstaan wanneer de (fiscale) wetgeving van twee (of meer) landen niet op elkaar aansluit.¹⁸ De afwijkende behandeling van grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten ontstaat niet door unilaterale acties, zoals bij belemmeringen, maar door de gelijktijdige uitoefening van de soevereiniteit van de

¹⁷ Zie, onder meer, de arresten HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer II*) r.o. 33 en 59 en HvJ EG 14 maart 2004, C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*) r.o 48 en 69.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld het arrest HvJ EG 6 december 2007, C-298/05 (*Columbus Container Services*) r.o. 47 en 57.

betreffende landen.¹⁹ Daarnaast worden ook de problemen op het gebied van het *at arm's length*-principe en de digitaliserende economie besproken.

iii. Op welke wijze geschiedt de internationale winsttoerekening onder formulary apportionment en wat zijn hier de voor- en de nadelen van?

In het vierde hoofdstuk komt de *formulary apportionment* aan de orde. Eerst zal de algemene werking van *formulary apportionment* worden besproken. Vervolgens komen enkele specifieke (huidige) invullingen van *formulary apportionment* aan de orde.²⁰ De verschillende verdeelsleutels worden besproken, met uitdrukkelijke aandacht voor de verdeling op basis van de factoren arbeid, activa en omzet. Tot slot zullen ook de voor- en de nadelen van *formulary apportionment* worden besproken.

iv. In hoeverre zijn het huidige belastingsysteem en formulary apportionment in overeenstemming met de toetsingscriteria eerlijkheid en efficiëntie?

Tot slot wordt in het vijfde hoofdstuk zowel het huidige belastingsysteem als *formulary apportionment* getoetst aan de toetsingscriteria in deze scriptie: eerlijkheid en efficiëntie. Voor beide systemen wordt een vergelijking gemaakt in de mate waarin zij voldoen aan de toetsingscriteria, teneinde te kunnen concluderen welk systeem te prefereren valt om winst internationaal toe te rekenen.

1.4 - Toetsingskader

In het *Work Programme* voor de digitale economie stelde de OESO reeds dat de oplossing “*op grondige economische principes en conceptuele basis gebaseerd moet zijn*”²¹. Fundamenteel gezien zijn twee principes hierbij leidend: eerlijkheid en efficiëntie.²² In deze scriptie zijn eerlijkheid en efficiëntie de leidende principes van het

¹⁹ F. Vanistendael, ‘In Defense of the European Court of Justice’, *Bulletin for International Taxation* 2008/62.

²⁰ Zoals gebruikt in Canada op het provincieniveau en in de Verenigde Staten op het staatsniveau, alsook in het richtlijnvoorstel van de CCCTB.

²¹ OESO, *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*, Parijs: OECD 2019, par. 13.

²² Subsidiar kan ook opbrengst hieraan worden toegevoegd. Dit is echter een kortetermijnvisie welke een meer politieke invalshoek heeft dan de twee primaire principes. Zie ook W. Schön, ‘One Answer

normatieve kader voor de beoordeling van een systeem van internationale winsttoerekening in deze scriptie. Deze begrippen worden ook onder economen en fiscalisten als dé bouwstenen van een optimaal winstbelastingstelsel geacht.²³ Eerlijkheid om de gelijkheid te waarborgen; *gelijke monniken, gelijke kappen*. Efficiëntie om de uitvoerbaarheid en doeltreffendheid van een systeem te waarborgen; een belasting die meer kost dan oplevert schiet zijn doel voorbij. Samen vormen deze begrippen een overkoepelend raamwerk waaronder vele begrippen vallen: neutraliteit, gelijkheid, rechtvaardigheid, economische efficiëntie en uitvoerbare efficiëntie.

1.4.1 - Eerlijkheid

Het eerlijkeheidsprincipe is vaak gebaseerd op het profijtbeginsel: ieder die profiteert van het publieke goed dient ook zijn deel bij te dragen aan de instandhouding hiervan.²⁴ Niet alleen individuen maar ook bedrijven zijn onderworpen aan het profijtbeginsel.²⁵ Bedrijfsbelastingen zijn immers een voorbelasting voor individuen,²⁶ waarmee het eerlijkeheidsprincipe vanuit de individu op het bedrijf kan worden geprojecteerd.

Als belangrijk onderdeel van het eerlijkeheidsprincipe geldt het gelijkheidsprincipe, over het algemeen geïnterpreteerd als *gelijke gevallen gelijk behandelen*. In de (fiscale) economie leidt dit ertoe dat economisch gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden (voor belastingdoeleinden). Dat houdt ook in dat de vorm van de bedrijfsstructuur van de organisatie niet relevant zou moeten zijn voor de

to Why and How to Tax the Digitalized Economy', *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* 2019/10.

²³ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 32-39 & W. Schön, 'One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy', *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-10, p. 1004-1007.

²⁴ E. Escribano, *Jurisdiction to Tax Corporate Income Pursuant to the Presumptive Benefit Principle: A Critical Analysis of Structural Paradigms Underlying Corporate Income Taxation and Proposals for Reform*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 277-290.

²⁵ R.S. Avi-Yonah, 'Corporations, Society and the State: A Defense of the Corporate Tax', *Virginia Law Review* 90/05, p. 1193-1255.

²⁶ Bedrijven dragen immers geen belastingen, slechts individuen zijn hiertoe in staat. Zie W. Vermeend et al, *Taxes and the Economy; a Survey on the Impact of Taxes on Growth, Employment, Investment, Consumption and the Environment*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2008.

belastingheffing, slechts de economische realiteit behoort invloed te hebben op de hoogte van de belastingheffing.

Gebaseerd op het gelijkheidsprincipe speelt ook rechtvaardigheid een belangrijke rol. Het vormt een uitbreiding op het beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden: ook moeten de sterkste schouders de zwaarste lasten dragen, het draagkrachtbeginsel.²⁷ Het rechtvaardigheidsprincipe geldt zowel tussen belastingbetalers als tussen landen onderling. Tussen belastingbetalers bestaat zowel een horizontale als verticale toepassing van het rechtvaardigheidsbeginsel. Horizontale rechtvaardigheid omhelst dat twee belastingplichtigen met eenzelfde inkomen eenzelfde hoeveelheid zouden moeten betalen.²⁸ Verticale rechtvaardigheid vereist dat het verschil in belastingdruk tussen belastingplichtigen met een ongelijk inkomen op een juiste manier dient te worden ingevuld.²⁹

Tussen landen onderling vereist het rechtvaardigheidsprincipe een eerlijke toedeling van belastingen aan staten. Om internationale dubbele belasting te voorkomen, moet (een deel van de) winst aan een land worden toegewezen, zodat slechts één jurisdictie zijn heffingsrecht effectueert. Over het algemeen wordt deze verdeling bepaald door middel van een belastingverdrag. In de huidige situatie geschiedt de toewijzing van heffingsrechten ten aanzien van winstinkomsten in beginsel aan de bronstaat.³⁰ De toewijzing van inkomen aan de bronstaat of woonstaat is niet op basis van rechtvaardigheid alleen te beslissen. Op basis van het profijtbeginsel is echter de bronstaat te prefereren, deze biedt immers de mogelijkheden om het inkomen te genereren.³¹

²⁷ K. Vogel, 'Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I & II)', *Intertax* 16/8 and *Intertax* 16/11.

²⁸ A. Rabushka & M. Rose, *The Flat Tax: American and European Perspectives*, Great Barrington: American Institute for Economic Research 2000, onderdeel 4.

²⁹ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 45.

³⁰ Zoals is bepaald in artikel 7 OESO-MV en veelal is toegepast in belastingverdragen.

³¹ K. Vogel, 'Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)', *Intertax* 16/11.

1.4.2 - Efficiëntie

Naast eerlijkheid is ook efficiëntie een belangrijk principe waaraan een deugdelijk stelsel zou moeten voldoen. Dit is een tweeslachtig begrip, het behelst zowel economische efficiëntie als uitvoerbare efficiëntie.

Economische efficiëntie is de economische basis voor de rechtvaardige verdeling van belastinglasten- en opbrengsten.³² De achterliggende aanname stelt dat de productiviteit het optimum bereikt indien productie- en consumptiefactoren zo min mogelijk beïnvloed worden door overheidsingrijpen. Deze aanname leidt tot de conclusie dat belastingen voor economische efficiëntie zo neutraal mogelijk zouden moeten zijn, oftewel een zo klein mogelijke invloed op de relatieve prijs van goederen, investeringen en consumptie moeten hebben.³³ In het kader van een winstbelasting zou de belasting voor economische efficiëntie een zo klein mogelijke invloed moeten hebben op de bedrijfsbeslissingen. Dit geldt voor binnen- en buitenlandse bedrijfsactiviteiten. Buitenlandse bedrijfsactiviteiten zouden niet voor of achter moeten worden gesteld ten opzichte van (vergelijkbare) binnenlandse bedrijfsactiviteiten.³⁴ Daarnaast zou ook de juridische vorm van een entiteit niet uit moeten maken voor een winstbelasting, aangezien deze alleen ziet (zou moeten zien) op de hoeveelheid winst die een entiteit genereert. Een winstbelasting dient niet te sturen op de rechtsvorm, aangezien de keuze voor een juridische vorm niet op economische grondslagen gemaakt behoort te worden.³⁵

Tot slot is ook uitvoerbare efficiëntie een integraal onderdeel van een goede internationale toerekening van winsten. Uitvoerbare efficiëntie moet opgaan aan twee kanten: voor zowel de belastingplichtige als de belastingdienst moet de administratieve last zo laag als mogelijk zijn. De belastingplichtige zal zo min mogelijk tijd kwijt willen zijn aan het vervullen van zijn fiscale verplichtingen, terwijl de

³² K. Vogel, 'Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part II)', *Intertax* 16/10.

³³ A. Rabushka & M. Rose, *The Flat Tax: American and European Perspectives*, Great Barrington: American Institute for Economic Research 2000, onderdeel 4.

³⁴ R.S. Avi-Yonah, 'International Taxation of Electronic Commerce', *Tax Law Review* 1997/3.

³⁵ K. Vogel, 'Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part II)', *Intertax* 16/10.

belastingdienst zo min mogelijk tijd kwijt zal willen zijn aan het controleren van zijn belastingplichtigen.³⁶ Naar mijn mening kan dit criterium als subsidiair aan eerlijkheid en economische efficiëntie worden beschouwd. Een uitvoerbaar efficiënt uitvoerbaar systeem welke noch eerlijk noch economisch efficiënt is, zal nooit ingevoerd moeten worden. Andersom kan eerlijkheid en economische efficiëntie wel leiden tot een moeilijk uitvoerbaar systeem, welke alsnog geprefereerd kan worden.

1.5 - Afbakening

Deze scriptie richt zich op de internationale toerekening van winsten. De *formulary apportionment*-methode wordt besproken aan de hand van het toetsingskader bestaande uit eerlijkheid en efficiëntie. Ofschoon deze principes breed geïnterpreteerd (kunnen) worden, zijn ook andere aanvullende principes van een deugdelijk belastingstelsel denkbaar, zoals flexibiliteit en zekerheid.³⁷ Gezien het fundamentele karakter van dit onderzoek – met ook de nodige onzekerheden qua uitvoering – worden deze principes niet of slechts marginaal besproken. Bij een meer concrete uitwerking van een dergelijk wereldwijd stelsel zijn deze echter zeker relevant.

Ook is politieke haalbaarheid voor elk systeem een vereiste. Internationale consensus is noodzakelijk voor elk verdeelsysteem van winsten en wellicht nog relevanter voor *formulary apportionment*. Dit onderzoek is echter opgezet om de wenselijkheid vanuit het oogpunt van eerlijkheid en efficiëntie van *formulary apportionment* als systeem te onderzoeken, niet de haalbaarheid hiervan. Om die reden is ervan afgezien om politieke haalbaarheid mee te wegen in de beoordeling.

Daarnaast kent het internationale belastingstelsel niet alleen in de directe (winst)belastingen knelpunten, maar zijn ook bij andere belastingen knelpunten aanwezig.³⁸ Vanwege de door de OESO gezette stappen in BEPS Actiepunt 1 is besloten te focussen op directe winstbelastingen in deze scriptie. Ook zijn er uiteraard

³⁶ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017.

³⁷ Zoals ook gebruikt worden in het *Ottawa Taxation Framework Conditions*. Zie ook OESO Committee on Fiscal Affairs, *Electronic commerce: Taxation framework*, 1998.

³⁸ Bijvoorbeeld bij BTW en e-commerce.

meer oplossingsrichtingen voor de directe (winst)belastingen denkbaar. Te denken valt aan het OESO-voorstel inzake een *Unified Approach*.³⁹ Echter is vanwege de omvang van deze scriptie besloten de focus op de *formulary apportionment*-methode te houden.

³⁹ Zie voor meer hierover: OESO, *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, Public consultation document*, OECD Publishing: Parijs 2019.

Hoofdstuk 2 - Internationale winsttoerekening in het huidige systeem

2.1 - Inleiding

Hoewel de eerdergenoemde League of Nations in het *compromis van 1920* tot gezamenlijke regels voor de verdeling van heffingsrechten, was dit ook voornamelijk een compromis: met name gebaseerd op handzame werkwijzen en politieke akkoorden en minder op (fiscale) principes. Dit verklaart ook het succes: vrijwel alle democratische landen in de wereld onderschrijven het systeem en hebben het in hun fiscale wetgeving geïncorporeerd.⁴⁰

In die tijd was de globalisering van de wereldhandel in volle zwang. Bedrijven zetten hun goederen af aan kanten van de oceaan. Het belastingsysteem van de League of Nations haakt aan bij fysieke aanwezigheid, niet meer dan logisch in een tijd dat een telefoontoestel van hout was en de eerste radio-uitzending plaatsvond. Fysieke aanwezigheid was onontbeerlijk, voor bedrijven net zozeer als voor mensen.

In dit hoofdstuk komen de basisbeginselen van het huidige belastingsysteem aan bod, welke een evolutie zijn van het *compromis van 1920*. Het begint met de verdeling van de heffingsbeginselen: wie mag wanneer heffen? Vervolgens komen ook de fiscale verdragen aan bod, en de vaste inrichting welke een uitwerking is van de (fiscale) fysieke aanwezigheid van een bedrijf. Tot slot wordt de daadwerkelijke opsplitsing van de winst besproken: *transfer pricing*. Dit tezamen geeft een antwoord op de eerste deelvraag: *Op welke wijze geschiedt de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem?*

2.2 - Heffingsbeginselen

In het internationale recht zijn individuele landen soeverein in hun handelen – met inachtneming van de grenzen die het volkenrecht daaraan stelt. Deze soevereiniteit geeft landen het recht hun gezag uit te oefenen over hun staatsburgers, zowel binnen de grenzen van hun land als daarbuiten. In het belastingrecht worden de grenzen van

⁴⁰ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD, 2017, p. 12.

deze soevereiniteit over het algemeen bepaald door de heffingsbeginselen. Deze heffingsbeginselen zijn onder te verdelen in persoonlijke heffingsbeginselen en een zakelijk heffingsbeginsel.⁴¹

Persoonlijke heffingsbeginselen sluiten aan bij de subjectieve band van de belastingplichtige met de staat in kwestie. Deze subjectieve band kan zowel van formele aard zijn, zoals het staatsburgerschap (nationaliteitsbeginsel), als een inhoudelijk karakter hebben, zoals de duurzame verblijfplaats van de belastingplichtige (woonstaatbeginsel).⁴² Over het algemeen omvatten de persoonlijke heffingsbeginselen een onbeperkte objectieve belastingplicht. Deze onbeperkte objectieve belastingplicht vindt zijn rechtvaardiging in het profijtbeginsel: de belastingplichtige is duurzaam verbonden aan de betreffende staat en geniet derhalve ook de sociale en economische voordelen.⁴³

Een zakelijk heffingsbeginsel sluit daarentegen aan bij de band van het object van heffing met de staat in kwestie. Op basis van de feitelijke omstandigheden wordt bepaald in welke staat de bron van dit inkomensbestanddeel gelegen is (bronstaatbeginsel). In de regel leidt een zakelijk heffingsbeginsel tot beperkte belastingplicht, welke alleen de inkomens- of vermogensbestanddelen omvat die in de heffende jurisdictie gelegen zijn.⁴⁴ De rechtvaardiging van een beperkte belastingplicht komt voort uit het feit dat de band (nexus) met de heffende jurisdictie zich uitstrekt tot de economische activiteit binnen die jurisdictie doch niet verder, waarmee onbeperkte objectieve belastingplicht niet gerechtvaardigd is.⁴⁵

⁴¹ Van Raad, Pötgens & Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 1.2.1.A.

⁴² Ibidem.

⁴³ N. P. Schipper, *De invloed van de woonplaats op de fiscale behandeling van grensoverschrijdende werknemers*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

⁴⁴ C. van Raad, F.P.G. Pötgens & G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 1.2.1.A.

⁴⁵ N.P. Schipper, *De invloed van de woonplaats op de fiscale behandeling van grensoverschrijdende werknemers*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

2.2.1 - Woonstaatbeginsel

Het meest toegepaste persoonlijke heffingsbeginsel is het woonstaatbeginsel. Dit grijpt bij natuurlijke personen aan bij het land van duurzame vestiging, bij lichamen grijpt dit veelal aan bij het land waar de feitelijke leiding van het lichaam wordt uitgeoefend. De ratio is relatief eenvoudig: aangezien inwoners profiteren van de door de woonstaat geboden voorzieningen, dienen zij ook een tegenprestatie te leveren in de vorm van een (veelal onbeperkte objectieve) belastingplicht.⁴⁶ Aangezien het woonplaatsbegrip niet geheel eenduidig geïnterpreteerd wordt door landen, kan dit echter zowel tot dubbele (of meervoudige) woonplaats als tot gebrek aan woonplaats leiden.⁴⁷

2.2.2 - Nationaliteitsbeginsel

Het nationaliteitsbeginsel is internationaal een slechts beperkt toegepast persoonlijk heffingsbeginsel. De meest in het oog springende landen die dit beginsel toepassen, zijn de Verenigde Staten en Zwitserland.⁴⁸ Bij natuurlijke personen wordt de nationaliteit vastgesteld aan de hand van het staatsburgerschap, lichamen worden geacht de nationaliteit te hebben van het land naar welk recht zij zijn opgericht. De eenvoudige toepasbaarheid van het beginsel is haar grootste voordeel, de nationaliteit is immers relatief simpel vast te stellen.⁴⁹ De belastingheffing op basis van het nationaliteitsbeginsel vindt zijn rechtvaardiging over het algemeen in het feit dat de onderdaan nog altijd gebruik van overheidsvoorzieningen kan maken, zoals het bezit van een paspoort en diplomatieke of consulaire hulp. Ook kan op deze wijze een emigratie met oog op fiscale voordelen minder eenvoudig worden gemaakt. Een in het oog springend praktisch bezwaar is echter de effectuering van de heffing. De lokalisering en controle van een niet-inwonende belastingplichtige alsmede de

⁴⁶ De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 1.2.2.a.

⁴⁷ Van Raad, Pötgens & Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 1.2.1.C.

⁴⁸ Als ook Nederland in zeer beperkte mate, zoals in (maar niet beperkt tot) de vennootschapsbelasting bij naar Nederlands recht opgerichte lichamen (artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969) en in de successiewet bij personen met de Nederlandse nationaliteit tot tien jaar na emigratie (artikel 3 lid 1 SW 1956).

⁴⁹ Van Raad, Pötgens & Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, 1.2.1.B.

handhaving van de belastingheffing is immers niet eenvoudig.⁵⁰ Daarnaast is er ook een fundamentele bezwaar tegen heffing op basis van het nationaliteitsbeginsel: voor de financiering van overheidsuitgaven wordt aangesloten bij de formele band met de staat, terwijl inwoners van deze staat hier over het algemeen het meest profijt van hebben.⁵¹

2.2.3 - Bronstaatbeginsel

De meeste landen baseren hun belastingheffing naast het woonstaatbeginsel ook op het zakelijke bronstaatbeginsel. Belastingheffing wordt toegewezen aan de staat in welke de economische bron is gelegen, dat wil zeggen de staat waar het inkomen verkregen dan wel het vermogen gelegen is. De ratio van het bronstaatbeginsel is gelegen in het feit dat de bron – alsook diegene die gerechtigd is tot de voordelen van de bron – profijt heeft van de geboden overheidsvoorzieningen in de bronstaat. Tegelijk leidt deze ratio ook tot de algemeen geaccepteerde aanname dat de belastingheffing op basis van het bronstaatbeginsel zich beperkt tot de inkomsten uit de in die staat gelegen bronnen. Er is immers geen band met de bronnen die in een andere staat gelegen zijn.⁵² Ook dit heffingsbeginsel kent zijn nadelige aspecten. Het grootste bezwaar tegen het bronstaatbeginsel is het feit dat bepaling van de bronstaat niet altijd eenvoudig is. Daardoor kunnen meerdere staten aanspraak maken op belastingheffing als bronstaat, met dubbele belasting als gevolg. Ook kan de bron voor de bronstaat niet zichtbaar zijn, waardoor heffing achterwege blijft.⁵³ Daarnaast kan tariefprogressie onvoldoende worden geëffectueerd, waarmee het draagkrachtbeginsel minder tot uitdrukking kan komen.⁵⁴

⁵⁰ De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 1.2.2.c.

⁵¹ Van Raad, Pötgens & Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 1.2.1.B.

⁵² N. P. Schipper, *De invloed van de woonplaats op de fiscale behandeling van grensoverschrijdende werknemers*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

⁵³ De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 1.2.2.b.

⁵⁴ Van Raad, Pötgens & Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 1.2.1.D.

2.2.4 - Samenloop heffingsbeginselen: dubbele belasting

Indien elk land het bronstaatbeginsel toepast, kan normaliter geen dubbele belasting ontstaan. Bij exclusieve toepassing van dit beginsel leidt dit aldus tot een globaal evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid.⁵⁵ Wanneer twee landen echter verschillende heffingsbeginselen toepassen, kan dit tot internationale (juridisch) dubbele belasting leiden. Deze dubbele belasting leidt tot een lagere economische groei en daarmee een lagere welvaart in het algemeen.⁵⁶ Een lichaam, opgericht naar het recht van land A met feitelijke leiding in land B waarbij land A het nationaliteits- en land B het woonstaatbeginsel toepast, zal bijvoorbeeld in zowel land A als land B over het wereldinkomen belast worden. Ook kan toepassing van eenzelfde heffingsbeginsel met uiteenlopende interpretatie tussen landen tot dubbele belasting leiden. Het internationale belastingrecht kent twee methoden om deze dubbele belasting te voorkomen: door middel van eenzijdige voorkomingsregels⁵⁷ of door bilaterale belastingverdragen.⁵⁸

2.3 - Fiscale verdragen

De eerste belastingverdragen stammen uit het eind van de 19^e eeuw.⁵⁹ Diverse staten in Midden-Europa kwamen verdragen ter voorkoming van dubbele belasting overeen. In die tijd volgen ook de eerste wetenschappelijke verhandelingen inzake de verdeling van heffingsbevoegdheden. In 1892 publiceert Von Schanz een vermaard artikel waarin hij het verdelingsvraagstuk vanuit het subject benadert: van welke subjecten moet de staat belasting heffen?⁶⁰ Deze artikelen dragen bij aan de bewustwording van het belang van voorkoming van dubbele belasting.⁶¹ De toegenomen aandacht voor voorkoming hiervan leidt ertoe dat in 1928 het eerste *Model Tax Convention on Income and Capital* wordt opgesteld door de Volkenbond,

⁵⁵ K. Vogel, 'Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I, II & III)', *Intertax* 16/8, *Intertax* 16/10 & *Intertax* 16/11.

⁵⁶ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 3.

⁵⁷ In Nederland bijvoorbeeld door middel van het Nederlandse Besluit voorkoming dubbele belasting 2001.

⁵⁸ De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2.2.1.

⁵⁹ A. Spitaler, *Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*, Köln: Stiepel 1936, p. 7-11.

⁶⁰ G. von Schanz, 'Zur frage der Steuerpflicht', *Finanzarchiv* 1892, p. 365.

⁶¹ P. Verloren van Themaat, *Internationaal Belastingrecht*, Amsterdam: H.J. Paris 1946.

als onderdeel van het *1920s compromise*.⁶² Het eerste breed toegepaste modelverdrag volgt echter pas in 1963, als de *Committee on Fiscal Affairs* van de OESO een nieuw modelverdrag opstelt.⁶³ Dit OESO-Modelverdrag en bijbehorend commentaar zijn inmiddels meerdere malen geactualiseerd en vormen de basis van het overgrote deel van de huidige bilaterale fiscale verdragen. Ook de Nederlandse bilaterale verdragen zijn grotendeels gebaseerd op het OESO-Modelverdrag.⁶⁴

Over het algemeen hebben fiscale verdragen twee functies: het verbeteren van de economische en fiscale samenwerking, door middel van het voorkomen van dubbele belasting zonder het ontgaan van belastingen in de hand te werken.⁶⁵ Als een belastingverdrag de heffingsbevoegdheid aan een land toedeelt, betekent dit over het algemeen echter niet dat dit land ook automatisch kan heffen. Belastingverdragen creëren immers geen heffingsrecht. Het land kan alleen de heffingsbevoegdheid effectueren indien een bepaling in de nationale wet hierin voorziet.⁶⁶ In enkele landen leidt de toewijzing van heffingsbevoegdheid door middel van een verdrag echter wél automatisch tot een heffingsgrondslag.⁶⁷ Overigens betekent dit niet dat belastingverdragen niet tot een verzwaring van de belastingdruk kunnen leiden. Zo kan in een verdragssituatie onder omstandigheden een negatief inkomensbestanddeel niet in aanmerking worden genomen, waardoor een hogere belastingdruk ontstaat dan in een verdragsloze situatie.⁶⁸ Het voorkomen dat door de allocatie van heffingsrechten het ontgaan van belastingen in de hand wordt gewerkt, wordt met name bereikt door middel van administratieve samenwerking en

⁶² League of Nations, *Report on Double Taxation*, 1923.

⁶³ Zie ook De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2.4.1.

⁶⁴ Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2020, p. 4-5.

⁶⁵ Preambule OESO-Modelverdrag 2017.

⁶⁶ I.J.J Burgers et al, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 2.2.2.

⁶⁷ Onder andere Frankrijk, zie ook Van Raad, Pötgens & Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 3.1.3.C.

⁶⁸ Een klassiek voorbeeld hiervan speelt in het Grensambtenarenarrest (HR 12 maart 1980, *BNB* 1980/170); hierin besliste de Hoge Raad dat een Nederlands staatsburger wonende in België zijn negatieve inkomen uit zijn woning niet in Nederland in aftrek kon brengen. Het feit dat de grensambtenaar op basis van het belastingverdrag Nederland-België als inwoner van België werd aangemerkt, leidt ertoe dat Nederland als bronstaat alleen die broninkomsten in de heffing kon betrekken met hogere heffing tot gevolg.

uitwisseling van gegevens. Ook kennen verdragen steeds meer specifieke antimisbruikbepalingen.⁶⁹

De meeste landen – waaronder ook Nederland – belasten inwoners voor hun wereldinkomen,⁷⁰ terwijl niet-inwoners voor hun binnenlandse inkomen in de heffing worden betrokken. Onverkorte toepassing van deze principes leidt tot dubbele belasting over grensoverschrijdende activiteiten. Om dit te voorkomen, bevat artikel 7 OESO-Modelverdrag een toewijzingsregel voor ondernemingswinst. De hoofdregel voor ondernemingswinsten is dat deze belast mogen worden in het land waar de ondernemer gevestigd is.⁷¹ Dit houdt in dat de andere verdragspartij in beginsel geen heffingsrechten heeft. De woonstaat komt dus het heffingsrecht toe over het wereldinkomen.

Slechts indien de bedrijfsactiviteiten in de andere staat een zodanige vorm en omvang aanneemt dat sprake is van een vaste inrichting⁷², mag ook deze andere staat heffen.⁷³ Dit heffingsrecht omvat dan de winst die toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Over de winst die toerekenbaar is aan de vi dient de woon- dan wel vestigingsstaat van de onderneming vervolgens voorkoming voor dubbele belasting te bieden. Dit kan wel door een vrijstelling⁷⁴ van het vi-inkomen dan wel via een verrekening⁷⁵ van betaalde (winst)belasting.

2.4 - Vaste inrichting

Indien een vennootschap voornemens is buitenlandse activiteiten te ontplooiën, kan dit op twee manieren: met een buitenlandse dochtervennootschap of met een vaste inrichting. Waar een dochtervennootschap een afzonderlijke juridische entiteit vormt, is de vaste inrichting slechts een afgesplitst gedeelte van de vennootschap zonder zelfstandige juridische status. De vaste inrichting vormt de connectie tussen

⁶⁹ I.J.J Burgers et al, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 2.2.2.

⁷⁰ Volgens het woonstaatsbeginsel, zie paragraaf 2.2.1.

⁷¹ Of waar de ondernemer woont, in het geval van een natuurlijk persoon.

⁷² Zie voor een bespreking van het begrip ‘vaste inrichting’ paragraaf 2.4.

⁷³ Artikel 7 eerste lid OESO-MV.

⁷⁴ Artikel 23 A OESO-MV.

⁷⁵ Artikel 23 B OESO-MV.

de buitenlandse ondernemingsactiviteiten en de jurisdictie waar deze activiteiten plaatsvinden. Door middel van de zelfstandigheidsfictie wordt aan de vaste inrichting winst toegerekend als ware deze een onafhankelijke onderneming is. De hoeveelheid winst die moet worden toegerekend is afhankelijk van de uitgeoefende functies, de gebruikte activa en de gelopen risico's. Om ervoor te zorgen dat niet elke beperkte buitenlandse ondernemingsactiviteit tot buitenlandse belastingplicht leidt, werpt het vaste inrichtingsbegrip kwalitatieve en kwantitatieve drempels op alvorens in de bronstaat belastingplicht ontstaat.⁷⁶ Artikel 5 OESO-MV maakt onderscheid naar drie typen vaste inrichtingen: de fysieke vaste inrichting, de temporele vaste inrichting en de vaste vertegenwoordiger.

2.4.1 - Fysieke vaste inrichting

De (fysieke) vaste inrichting wordt in het eerste lid van het OESO-Modelverdrag omschreven als “een vaste bedrijfsinrichting door middel waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden verricht”. Daarbij gaat het niet om activiteiten die van ondersteunende aard zijn, deze zijn in het OESO-Modelverdrag uitdrukkelijk uitgezonderd.⁷⁷ Ook biedt het tweede lid een aantal voorbeelden van potentiële vaste inrichtingen; hun vermelding in dit artikel betekent echter niet dat deze per definitie een vaste inrichting vormen, zij moeten nog steeds getoetst worden aan de definitie van het eerste lid.⁷⁸ Uit de definitie zijn drie karakteristieken te destilleren die van belang zijn voor de bepaling of sprake is van een vaste inrichting.⁷⁹

Ten eerste moet sprake zijn van een bedrijfsinrichting. Dit kan bijvoorbeeld een kantoorpand zijn, maar in bepaalde gevallen is de aanwezigheid van machines of installaties voldoende. Daarbij is van belang dat deze bedrijfsinrichting in eigen beheer is en niet afhankelijk van derden in het gebruik hiervan.⁸⁰ Daarentegen is niet van

⁷⁶ I.J.J Burgers et al, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 5.2.1.

⁷⁷ Artikel 5 vierde lid, OESO-MV.

⁷⁸ OESO-Modelcommentaar 2017, artikel 5, paragraaf 45.

⁷⁹ Ibidem, paragraaf 6.

⁸⁰ Ibidem, paragraaf 12.

belang of deze bedrijfsinrichting gehuurd of gekocht is – of zelfs illegaal in gebruik⁸¹ – zolang het gebruik niet afhankelijk van derden is.⁸²

Ten tweede moet deze bedrijfsinrichting “vast” zijn; zowel qua locatie als qua tijdsduur. Een vaste locatie hoeft niet vast met de grond te zijn verenigd – zoals bij onroerende zaken. Voldoende is dat deze bedrijfsinrichting op eenzelfde locatie geplaatst blijft.⁸³ De vaste tijdsduur wordt aangenomen als ten minste 6 maanden, in sommige landen oplopend tot 18 maanden.⁸⁴ Bij een activiteit van terugkerende aard – maar korter dan zes maanden – kan bijvoorbeeld alsnog sprake zijn van een vaste inrichting.⁸⁵

Ten derde moeten de werkzaamheden van de onderneming (geheel of gedeeltelijk) worden uitgevoerd op deze vaste bedrijfsinrichting. De vaste inrichting draagt daarmee dus actief bij aan de werkzaamheden van de gehele onderneming, echter betekent dit niet dat het ook aan de winst van de gehele onderneming hoeft bij te dragen.⁸⁶ Deze actieve bijdrage kan worden geleverd door middel van eigen personeel of afhankelijke agenten,⁸⁷ maar ook onderaannemers⁸⁸ kunnen deze leveren.

Inmiddels zijn op deze karakteristieken van de vaste inrichting in de Nederlandse jurisprudentie de nodige uitzonderingen bevestigd. Een bekend voorbeeld van een afwijking op deze karakteristieken is het Circustentarrest. In deze casus is een gebrek aan een vaste locatie geen belemmering om toch een vaste inrichting te vormen. De exploitant van deze circustent verhuisde deze gedurende een periode van zes maanden van locatie naar locatie binnen Nederland. Ondanks het gebrek aan vaste locatie oordeelde de Hoge Raad dat de circustent “geregeld als middelpunt van het

⁸¹ Ibidem, paragraaf 11.

⁸² Ibidem, paragraaf 10.

⁸³ Ibidem, paragraaf 21.

⁸⁴ A.A. Skaar, *Permanent establishment. Erosion of a tax treaty principle*, Deventer: Wolters Kluwer 1991, p. 219-222.

⁸⁵ OESO-Modelcommentaar 2017, artikel 5, paragraaf 28.

⁸⁶ Ibidem, paragraaf 7.

⁸⁷ Ibidem, paragraaf 39.

⁸⁸ Ibidem, paragraaf 40.

door de werkgever hier te lande uitgeoefende bedrijf dient” en aldus een vaste inrichting vormt.⁸⁹

2.4.2 - Temporele vaste inrichting

De temporele vaste inrichting ziet op werk in uitvoering. In artikel 5 lid 3 OESO-MV wordt aangegeven dat uitvoering van werken slechts een vaste inrichting vormt indien deze werkzaamheden ten minste twaalf maanden duren. Indien deze korter duren is geen sprake van een vaste inrichting, ook indien deze wel aan de criteria voor de ‘normale’ vaste inrichting voldoen. Tussen geïndustrialiseerde landen wordt over het algemeen de twaalf maanden in de verdragen aangehouden, met ontwikkelingslanden vaker een kortere periode, zoals drie, zes of negen maanden.⁹⁰

Door de vereiste periode van twaalf maanden was het voor bedrijven relatief eenvoudig deze temporele vaste inrichting-bepaling te ontlopen. Door contracten op te knippen in meerdere kleinere contracten en deze door verschillende groepsmaatschappijen uit te laten voeren bleef elke maatschappij onder de vereiste minimumperiode van twaalf maanden. Deze lacune is aangepakt in BEPS Actiepunt 7.⁹¹ Door artikel 14 MLI in het leven te roepen en door aanpassingen aan het OESO-Modelcommentaar⁹² is gepoogd misbruik ondervangen. Als gevolg van deze aanpassingen moeten deze losse perioden gezamenlijk tellen indien de opvolgende aannemende maatschappij gelieerde partijen zijn.

2.4.3 - Vaste vertegenwoordiger

In plaats van een fysieke bedrijfsinrichting kan een onderneming ook een aanspreekpunt in een ander land hebben door personen die als vaste vertegenwoordiger optreden.⁹³ Om als vaste vertegenwoordiger te worden

⁸⁹ HR 13 oktober 1954, BNB 1954/336 (*Circustentarrest*).

⁹⁰ De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.2.1.

⁹¹ OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 42-44.

⁹² OESO-Modelcommentaar 2017, artikel 5, paragraaf 52.

⁹³ Artikel 5 vijfde en zesde lid OESO-MV.

aangemerkt, moet deze persoon (of personen) aan drie cumulatieve voorwaarden voldoen.

Ten eerste moet deze persoon in naam van de onderneming in het betreffende land optreden.⁹⁴ Daarvoor is het niet noodzakelijk dat deze in een dienstbetrekking staat tot de onderneming. Wel moet deze persoon afhankelijk zijn van de onderneming; is de betrokken persoon zelfstandig ondernemer en vallen deze handelingen binnen de normale bedrijfsuitoefening, dan is niet voldoende afhankelijkheid aanwezig.⁹⁵ De vertegenwoordiger moet ook zijn machtiging ruimschoots kunnen uitoefenen: hij moet over voldoende bevoegdheden beschikken om de onderneming te kunnen binden aan zakelijke activiteiten in het relevante land.⁹⁶

Ten tweede moet de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten meermaals gebruikt (kunnen) worden. Slechts een enkel (mogelijk) gebruik is niet voldoende om van een vaste vertegenwoordiging te kunnen spreken. De aard van het contract speelt ook een rol in dit regelmatigheids criterium: een klein aantal contracten van groot belang maar ook een groot aantal contracten van gering belang zijn aanleiding om te spreken van een vaste vertegenwoordiger.⁹⁷

Ten derde moeten de werkzaamheden voor de onderneming niet zijn beperkt tot het in- of verkopen van goederen door de vertegenwoordiger. Dit ligt in het verlengde van de eerder besproken uitzonderingen op de fysieke vaste inrichting: activiteiten van ondersteunende aard leiden niet tot een vaste inrichting.⁹⁸

2.5 - Transfer Pricing

Het huidige internationale belastingsysteem gaat uit van een *separate entity approach*: de winst wordt apart bepaald voor elke individuele juridische entiteit.

⁹⁴ OESO-Modelcommentaar 2017, artikel 5, paragraaf 84.

⁹⁵ Ibidem, paragraaf 96.

⁹⁶ De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.2.1.

⁹⁷ P.G.H. Albert, *Vaste inrichting*, Deventer: FED 1994, blz. 63.

⁹⁸ De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.2.1.

Tussen gelieerde partijen, anders dan tussen ongelieerde partijen, is echter niet zeker dat onderlinge transacties zakelijk zijn. Het kan fiscaal voordelig⁹⁹ zijn een transactie tussen moeder- en dochtermaatschappij zo vorm te geven dat de (winstgevende) moedermaatschappij in een transactie een te hoge vergoeding betaalt aan de (verlieslatende) dochtermaatschappij. Zo zal de totale vennootschapsbelastinglast voor het concern als geheel lager uitvallen dan in de situatie waarbij de transactie op zakelijke gronden plaatsvindt.

Het principe van zakelijke verhoudingen tussen gelieerde partijen is in artikel 9 OESO-Modelverdrag uitgewerkt. Dit artikel gaat ervan uit dat de verrekenprijs tussen gelieerde partijen op zakelijke gronden gebaseerd moet zijn, *at arm's length*. Indien dit niet het geval is, moet deze derhalve gecorrigeerd worden om tot de zakelijke prijs.¹⁰⁰ Het uitgangspunt is echter dat de verrekenprijs zakelijk is.¹⁰¹

Dit *at arm's length*-beginsel is in de fiscale wetgeving van menig land verwerkt, waardoor belastingdiensten van deze landen transacties kunnen corrigeren indien deze niet op zakelijke gronden gebaseerd zijn.¹⁰² Aangezien het beginsel onderdeel is van het OESO-modelverdrag, bevat ook het merendeel van de belastingverdragen een uitwerking van het *at arm's length*-beginsel. Hoewel het beginsel internationaal wijdverspreid erkend is, zijn de interpretaties onderling niet geheel eenduidig. Om die reden zijn artikel 9 OESO-Modelverdrag en de OESO Transfer Pricing richtlijnen¹⁰³ van groot belang om geschillen te beslechten.

2.5.1 - Gelieerde verhoudingen

De eerste stap in de analyse of onder het *at arm's length*-beginsel een correctie plaats dient te vinden, is de vaststelling of sprake is van gelieerde verhoudingen.

⁹⁹ In een situatie waar transfer pricing niet van toepassing is.

¹⁰⁰ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.3.

¹⁰¹ De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.7.1.

¹⁰² Bijvoorbeeld in Nederland in artikel 8b Wet Vpb 1969 en in Frankrijk in artikel 57 impôte sur les sociétés.

¹⁰³ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017.

Artikel 9 OESO-Modelverdrag onderkent zowel verticaal als horizontaal gelieerde verhoudingen. Van verticaal gelieerde verhoudingen is sprake als een onderneming, middellijk of onmiddellijk, deelneemt aan de leiding van, aan het toezicht op dan wel in het kapitaal van een andere onderneming.¹⁰⁴ Verticaal gelieerde verhoudingen ziet dus op moeder-dochterverhoudingen, maar ook indien een onderneming indirect wordt gehouden is sprake van gelieerde verhoudingen. Van horizontaal gelieerde partijen is sprake indien eenzelfde persoon (personen), middellijk of onmiddellijk, deelneemt (deelnemen) aan de leiding van, aan het toezicht op dan wel in het kapitaal van de ene en een andere onderneming.¹⁰⁵ Verticaal gelieerde verhoudingen zien bijvoorbeeld op transacties tussen zustermaatschappijen. Het begrip ‘persoon’ slaat op zowel natuurlijke personen als lichamen, waarmee ook twee ondernemingen met dezelfde aandeelhouder of bestuurder onder de gelieerde verhoudingen vallen.¹⁰⁶

Artikel 9 OESO-Modelverdrag schept geen duidelijkheid wanneer exact sprake is van gelieerde verhoudingen. Het kwantificeert niet welk percentage in het aandelenkapitaal in bezit moet zijn noch in hoeverre iemand beslissingsbevoegd moet zijn om te spreken van gelieerde verhoudingen. Het is aan de betrokken landen zelf om in nationale wetgeving en belastingverdragen dit kader te schetsen.¹⁰⁷ Landen hanteren geen eenduidige interpretatie wanneer sprake is van gelieerde verhoudingen. Zo hanteren landen afwijkende percentages waarbij deelname in het kapitaal van een onderneming tot gelieerde verhoudingen leiden.¹⁰⁸ Ook hanteren landen in voorkomende gevallen geheel verschillende interpretaties van de factoren die tot gelieerde verhouding leiden, zoals bijvoorbeeld arbeidsverhoudingen of familiebanden. In sommige landen kan zelfs sprake zijn van gelieerde verhoudingen bij onafhankelijke ondernemingen. In India is bijvoorbeeld ook sprake van gelieerde verhoudingen indien een onderneming in grote mate afhankelijk is van één enkele

¹⁰⁴ Artikel 9 eerste lid onderdeel a OESO-MV.

¹⁰⁵ Artikel 9 eerste lid onderdeel b OESO-MV.

¹⁰⁶ Zie voor het begrip ‘persoon’ in het OESO-modelverdrag artikel 3 eerste lid onderdeel a OESO-MV.

¹⁰⁷ In Nederland zijn gelieerde verhoudingen bijvoorbeeld in de nationale wetgeving opgenomen als (onder meer): een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft; en: een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige, zie artikel 10a, lid 4 Wet Vpb 1969.

¹⁰⁸ In Duitsland is bijvoorbeeld sprake van een gelieerde onderneming bij een deelname vanaf 25% in het kapitaal van een onderneming, terwijl dit in Denemarken pas vanaf 50% is. Zie ook: S. Huijbregtse, M. Zaal & L. Verdoner, ‘Gelijke verhoudingen bij transfer pricing’, *TFO* 2019/163.1, paragraaf 1.

(onafhankelijke) afnemer, waardoor deze afnemer ook een relatief grote invloed op de transactieprijs heeft.¹⁰⁹

2.5.2 - Vergelijkbaarheidsanalyse

Over het algemeen wordt de *at arm's length*-prijs van een gelieerde transactie gebaseerd op een transactie tussen twee onafhankelijke partijen. Om tot de juiste verrekenprijs te komen, is derhalve een vergelijkbare transactie tussen onafhankelijke partijen nodig. Dit kan zowel intern als extern gevonden worden; een vergelijkbare transactie tussen de onderneming en een onafhankelijke derde of een vergelijkbare transactie tussen twee onafhankelijke derden.¹¹⁰

Om te kijken of er materiële verschillen bestaan tussen twee transacties, wordt bij de vergelijkbaarheidsanalyse gekeken naar vijf factoren die de vergelijkbaarheid tussen twee transacties moeten weergeven:

- contractuele voorwaarden van de transactie;
- functionele analyse;
- kenmerken van het product of de dienst;
- economische omstandigheden; en
- ondernemersstrategieën.¹¹¹

Contractuele voorwaarden

Het startpunt van de vergelijkbaarheidsanalyse is over het algemeen de contractuele voorwaarden. Deze voorwaarden geven de allocatie van functies en risico's tussen de contractpartijen weer en beïnvloeden daarmee de zakelijke transactieprijs.¹¹² Echter zijn deze voorwaarden tussen gelieerde partijen niet altijd leidend voor de economische werkelijkheid, waardoor niet alleen van de juridische

¹⁰⁹ S. Huijbregtse, M. Zaal & L. Verdoner, 'Gelieerde verhoudingen bij Transfer Pricing', *TFO* 2019/163.1, paragraaf 1.

¹¹⁰ WCO, *Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing*, Brussel: WCO Publishing 2018, p. 25.

¹¹¹ WCO, *Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing*, Brussel: WCO Publishing 2018, p. 26-27.

¹¹² OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.42.

werkelijkheid uit kan worden gegaan.¹¹³ Ook zijn tussen gelieerde ondernemingen regelmatig geen contractuele voorwaarden overeengekomen, terwijl wel een transactie plaatsvindt. In dat geval moeten deze worden afgeleid van het gedrag van de gelieerde partijen.¹¹⁴ De (contractuele) voorwaarden van de transactie moeten vervolgens worden onderbouwd met de overige vier onderdelen van de vergelijkbaarheidsanalyse.¹¹⁵

Functionele analyse

De functionele analyse vormt het hart van de vergelijkbaarheidsanalyse. Deze analyse geeft de uitgevoerde functies, de gebruikte (of ingebrachte) activa en gelopen risico's van de contractspartijen weer.¹¹⁶ Waar de contractuele voorwaarden de juridische werkelijkheid weergeven, geeft de functionele analyse de economische werkelijkheid weer. Al deze factoren wegen mee in de zakelijke vergoeding die een partij in de transactie zou moeten ontvangen. Naarmate een partij meer functies vervult, dient deze een hoger aandeel in de winst te krijgen. Niet alleen de hoeveelheid functies is echter relevant, ook bijvoorbeeld de complexiteit van de functie weegt mee. Voor de activa en risico's dienen dezelfde afwegingen gemaakt te worden.¹¹⁷ Vaak verricht een partij de routinematige activiteiten, terwijl de andere partij de kernfuncties¹¹⁸ verricht. Met name de niet-routinematige activiteiten delen voor een groot deel in de winst van de transactie, terwijl de routinematige activiteiten een meer vaste en stabiele beloning vergen.¹¹⁹

Kenmerken van het product of de dienst

Ook de specifieke kenmerken van een goed of dienst bepalen voor een significant deel de zakelijke transactieprijs. Bij fysieke goederen kan het bijvoorbeeld gaan om de kwaliteit en betrouwbaarheid van het product, terwijl het bij diensten bijvoorbeeld

¹¹³ Ibidem, par. 1.43.

¹¹⁴ Ibidem, par. 1.49.

¹¹⁵ Ibidem, par. 1.50.

¹¹⁶ Ibidem, par. 1.51.

¹¹⁷ J.T. Van Egdome, *Fiscale monografieën – Verrekenprijzen*, Deventer: Wolters Kluwers 2017, p. 37.

¹¹⁸ Zoals research & development en de ontwikkeling & uitbating van de merknaam.

¹¹⁹ E.J.W. Heithuis et al, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 14.4

om de aard en omvang van de service gaat.¹²⁰ Indien materiële verschillen bestaan tussen de vergeleken transacties, moet vervolgens de invloed van dit verschil op de transactieprijs bepaald en in de transactieprijs verwerkt worden.

Economische omstandigheden

Ook de economische omstandigheden van een transactie hebben invloed op de transactieprijs onder normale marktomstandigheden, waar dit bij gelieerde verhoudingen niet altijd tot uitdrukking zal komen. De geografische markt waarin de transactie tot stand komt, kan een significant verschil maken voor de prijs, bijvoorbeeld door de koopkracht van consumenten. Ook factoren als het type industrie of het markttype (bijvoorbeeld monopolistisch of juist volkomen concurrentie) kunnen de prijs beïnvloeden.¹²¹ Tegelijk zijn er ook (vaak digitale) producten of diensten waarvoor een de facto wereldmarkt is ontstaan, waardoor factoren als de geografische markt juist geen invloed hebben.¹²²

Ondernemingsstrategieën

De vijfde en laatste factor die onderzocht moet worden in de vergelijkbaarheidsanalyse zijn de ondernemingsstrategieën. Zo voert een onderneming met als doel marktpenetratie een geheel andere prijsstrategie dan een reeds gevestigde onderneming. Een marktpenetratiestrategie leidt veelal tot lagere winsten op transacties om marktaandeel te verwerven, om op langere termijn de winst te verhogen.¹²³ Onder andere productontwikkeling, diversificatie van het ondernemingsportfolio of risico-aversie zijn andere factoren die ook in aanmerking genomen kunnen worden.¹²⁴

¹²⁰ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.107.

¹²¹ Ibidem, par. 110.

¹²² WCO, *Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing*, Brussel: WCO Publishing 2018, p. 29-30.

¹²³ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.115

¹²⁴ Ibidem, par. 1.114.

Toepassing van de vergelijkbaarheidsanalyse

Op basis van deze vijf factoren van de vergelijkbaarheidsanalyse kunnen vergelijkbare transacties geïdentificeerd worden. Eerst zal gekeken worden naar interne vergelijkbare transacties en vervolgens, indien deze niet beschikbaar zijn, naar externe vergelijkbare transacties. Op basis van de gekozen ongelieerde vergelijkbare transactie wordt een verrekenprijsmethode gekozen. Als uit de vergelijkbaarheidsanalyse blijkt dat de vergeleken gelieerde en ongelieerde transacties niet geheel overeenkomen, is door middel van correcties de ongelieerde transacties alsnog bruikbaar. Dit is echter alleen mogelijk als de correcties voldoende nauwkeurig aangebracht kunnen worden.¹²⁵

2.5.3 - Verrekenprijsmethoden

De OESO maakt onderscheid tussen de traditionele en de transactionele verrekenprijsmethoden. De traditionele methoden worden gezien als de meer directe methode om een *at arm's length*-prijs van een transactie te bepalen, vanwege de grote mate van vergelijkbaarheid van de transacties die bij deze methoden gebruikt worden.¹²⁶ De traditionele verrekenprijsmethoden zijn de comparable-uncontrolled-pricemethode (hierna: CUP), resale-pricemethode (hierna: RPM) en de cost-plusmethode.

Indien echter te weinig informatie beschikbaar is om van de traditionele verrekenprijsmethoden gebruik te kunnen maken, zijn de transactionele verrekenprijsmethoden het alternatief. Waar de traditionele verrekenprijsmethoden op het niveau van een individuele transactie toetsen, wordt met de transactionele verrekenprijsmethoden de winst berekend over een samenstel van transacties. Hierdoor is ook de vergelijkbaarheid tussen individuele transacties minder noodzakelijk.¹²⁷ De transactionele verrekenprijsmethoden zijn de transactional-net-marginmethode (hierna: TNMM) en de profit-splitmethode.

¹²⁵ Ibidem, par. 3.47

¹²⁶ Ibidem, par. 2.3.

¹²⁷ Ibidem, par. 2.4.

Traditionele verrekenprijsmethoden

Comparable-uncontrolled-pricemethode

Bij de CUP-methode wordt de transactieprijs tussen gelieerde ondernemingen vergeleken met een vergelijkbare transactie tussen twee onafhankelijke ondernemingen. Vaak wordt deze methode gebruikt bij bulkgoederen, zoals olie, kolen of cacao. Bij de methode kan zowel een interne als een externe CUP gebruikt worden.¹²⁸ Bij een interne CUP wordt een interne transactie vergeleken met een transactie van de onderneming met een derde. Bij een externe CUP staat een transactie tussen twee onafhankelijke derden model voor de gelieerde transactie. Deze methode kan alleen gebruikt worden als de ongelieerde transactie vergelijkbaar is met een interne transactie.

De CUP-methode is alleen bruikbaar als (i) de verschillende commerciële- en economische omstandigheden tussen ongelieerde en gelieerde transactie geen materieel effect op de transactieprijs hebben of (ii) het effect van deze verschillen geëlimineerd kunnen worden door middel van correcties.¹²⁹ Gezien de moeilijkheid deze correcties met voldoende precisie te bepalen, schrijft de OESO een flexibele benadering voor om de praktische toepasbaarheid van de CUP-methode te behouden.¹³⁰

Resale-pricemethode

De resale-pricemethode gebruikt de verkoopprijs van het product aan een onafhankelijke derde als aanknopingspunt. De verkoopprijs van het product, ingekocht bij een gelieerde onderneming, wordt dan verlaagd met de correcte brutomarge om de juiste verrekenprijs te bepalen. De verrekenprijs is dus de doorverkoopprijs minus de brutomarge toegerekend aan de doorverkopende onderneming. Deze brutomarge dient als een reële vergoeding voor de uitgeoefende functies, gebruikte activa en gelopen risico's van de onderneming.¹³¹

¹²⁸ E.J.W. Heithuis et al, *Compendium Vennootchapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 14.6.2.

¹²⁹ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.15

¹³⁰ Ibidem, par. 2.17.

¹³¹ Ibidem, par. 2.28.

De RPM is het meest geschikt voor verkooptransacties.¹³² Een nadeel van deze methode is dat de verrekenprijs voornamelijk goed te bepalen is indien de doorverkoper weinig waarde toevoegt aan het product. Als het product verder bewerkt wordt of samengevoegd wordt met andere producten is de RPM niet de juiste methode om de verrekenprijs te bepalen.¹³³ Daarnaast is de RPM het meest accuraat als de producten snel doorverkocht worden, omdat anders de marktomstandigheden tussen het aan- en verkoopmoment kunnen verschillen.¹³⁴

Cost-plusmethode

Waar bij de RPM de verkoopprijs centraal staat, gebruikt de cost-plusmethode de kostprijs van het product. De verrekenprijs wordt bepaald door de kostprijs van het product plus een brutomarge (de 'mark-up'). Uit de brutomarge moeten de kosten worden betaald die niet onderdeel zijn van de kostprijs van het product (overhead), het restant vormt de winst. Net als bij de RPM moet de brutomarge de mate van de uitgeoefende functies, gebruikte activa en gelopen risico's – bepaald met behulp van de functionele analyse – weerspiegelen.¹³⁵

Idealiter wordt de mark-up bepaald door vergelijking met een interne vergelijkbare transactie. Indien deze echter niet beschikbaar is, kan ook een externe vergelijkbare transactie gebruikt worden.¹³⁶ De uitdaging bij deze methode is de bepaling van de juiste kostprijs. Vaak geeft de kostprijs niet een robuuste indicatie van de verkoopprijs die een onafhankelijke onderneming voor een product of dienst vraagt.¹³⁷ De OESO staat gebruik van deze methode dan ook alleen toe als kosten een goede indicator zijn van de uitgeoefende functies, gebruikte activa en gelopen risico's.¹³⁸

¹³² Ibidem, par. 2.27.

¹³³ Ibidem, par. 2.35.

¹³⁴ Bijvoorbeeld veranderingen in marktomstandigheden, wisselkoersen of kosten, zie OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.36.

¹³⁵ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.45.

¹³⁶ Ibidem, par. 2.46.

¹³⁷ Ibidem, par. 2.49.

¹³⁸ Ibidem, par. 2.97.

Transactionele verrekenprijsmethoden

Transactional-net-marginmethode

Net als bij de cost-plusmethode en de RPM wordt bij de TNMM een vergelijking tussen een gelieerde en ongelieerde transactie gemaakt, maar dan op basis van de netto- in plaats van brutomarge. Bij de toepassing van de TNMM worden de transacties vergeleken door middel van een relevante indicator, bijvoorbeeld kosten, afzet of activa. Net als bij de vergelijkbare traditionele verrekenprijsmethoden, hebben interne vergelijkbare transacties de voorkeur voor de bepaling van de relevante indicator.¹³⁹ Deze methode voor het bepalen van verrekenprijzen winnen steeds meer aan terrein vanwege de steeds uitgebreidere database-onderzoeken.¹⁴⁰

Een voordeel van het gebruik van deze methoden, is dat de nettomarge minder gevoelig is voor schommelingen. Kleine verschillen in producteigenschappen hebben een grotere invloed op de bruto- dan de nettomarge. Hierdoor hoeven de transacties in mindere mate vergelijkbaar te zijn.¹⁴¹ Het grootste nadeel is het gebrek aan vergelijkbare transacties – wat overigens voor elke verrekenprijsmethode opgaat. In vergelijking met andere methoden is de benodigde informatie wel meer publiekelijk beschikbaar in bijvoorbeeld jaarrekeningen.¹⁴² Een ander nadeel is dat de nettomarge ook door andere factoren dan de verrekenprijs beïnvloed wordt.¹⁴³

Profit-splitmethode

Bij de *profit-split*methode wordt de totale winst van de relevante transactie bepaald, waarna deze winst vervolgens wordt verdeeld tussen de gelieerde ondernemingen. Net als bij de overige methoden vormt de functionele analyse het startpunt van de winstverdeling. Op basis van een verdeelsleutel wordt de winst van het concern toegerekend aan de gelieerde ondernemingen. Hoe meer waarde een

¹³⁹ Ibidem, par. 2.64.

¹⁴⁰ M.J.M. Heijenrath en P.M. van Meeuwen, 'Introductie tot de praktische aspecten van de OECD-OESO-pricingmethodieken', *TFO* 2006/82, par. 4.1.2.

¹⁴¹ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.68.

¹⁴² Ibidem, par. 2.69.

¹⁴³ WCO, *Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing*, Brussel: WCO Publishing, 2018, p. 38-39.

betrokken onderneming toevoegt, des te hoger de beloning voor deze onderneming.¹⁴⁴

In tegenstelling tot andere verrekenprijsmethoden, wordt de *profit-split* methode tweezijdig toegepast. Dit heeft als voordeel dat unieke en waardevolle bijdragen, zoals bij immateriële activa, op een correcte wijze verdeeld kunnen worden.¹⁴⁵ Echter is de methode moeilijk toepasbaar. Het gaat gepaard met hoge administratieve lasten, onder andere omdat de informatie lastig te achterhalen is. Zonder deze informatie is een verdeelsleutel niet objectief te bepalen, waarmee de gehele winstsplitsing arbitrair plaatsvindt.¹⁴⁶

2.6 - Deelconclusie

Het huidige belastingsysteem is opgetuigd aan de hand van drie heffingsbeginselen: het woonstaatbeginsel, het nationaliteitsbeginsel en het bronstaatbeginsel. Deze drie beginselen worden naast elkaar een door elkaar toegepast in nationale belastingsystemen. Als deze systemen tussen landen onderling niet overeenkomen, kan dubbele heffing ontstaan. Om deze verschillen weg te nemen, gaan landen onderling fiscale verdragen aan. In deze verdragen wordt afgesproken wie over welk deel wanneer belasting mag heffen: de verdeling van de heffingsbevoegdheid.

Om te mogen heffen, is een nexus met het land nodig. Dit kan door vestiging van een juridische entiteit in een land, of door het ontstaan van een vaste inrichting. Niet elke aanwezigheid van een entiteit leidt tot een vaste inrichting. Alleen bij voldoende kwantitatieve en kwalitatieve aanwezigheid ontstaat een vaste inrichting. Door middel van de zelfstandigheidsfictie wordt winst aan deze vaste inrichting toegerekend: deze wordt behandeld als ware geheel zelfstandig van de juridische entiteit in het andere land.

¹⁴⁴ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.114.

¹⁴⁵ Ibidem, par. 2.115 en 2.118.

¹⁴⁶ Ibidem, par. 2.120.

Om winst eerlijk tussen landen te verdelen, moet de winst tussen gelieerde partijen *at arm's length* worden verdeeld: alsof deze geheel onafhankelijk van elkaar zijn. Dit speelt bij de juridische entiteit en haar vaste inrichting, maar ook tussen (onder andere) moeder- en dochtermaatschappij of zustermaatschappijen. Door toepassing van *transfer pricing* worden transacties tussen gelieerde partijen *at arm's length* gemaakt. Door te kijken naar transacties tussen onafhankelijke partijen, wordt de gelieerde transacties (fiscaal) gecorrigeerd naar een zakelijk bedrag. Hier gaat een uitgebreide vergelijkbaarheidsanalyse aan vooraf om te bepalen of een transactie voldoende vergelijkbaar is. De door de OESO geaccepteerde *transfer pricing*-methoden zijn de *comparable-uncontrolled-pricemethode*, *resale-pricemethode*, *cost-plusmethode*, *transactional-net-marginmethode* en *profit-splitmethode*.

Hoofdstuk 3 - Problemen met de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem

3.1 - Inleiding

Aangezien het *compromis van 1920* gebaseerd was op praktijk en politiek, en niet op (fiscale) principes, was het toentertijd al een gemankeerd belastingsysteem. Na een eeuw een fiscale evoluties en technologische revoluties, is het nu een gedateerd systeem. Het is niet gemaakt voor een wereld met vergaande globalisatie, gigantische multinationals, Europese integratie en bovenal de digitale economie.¹⁴⁷

Als gevolg hiervan loopt het belastingsysteem achter de ontwikkelingen aan. Het BEPS-project van de OESO beschrijft vele problemen en lost een aantal op, maar het is en blijft een moeizaam proces. De digitale economie is op het gebied van (winst)belastingheffing vooralsnog een onopgelost probleem, waar met name de marktstaat onder te lijden heeft. Een startschot is gegeven, maar op het moment is nog geen afspraak gemaakt.¹⁴⁸

In dit hoofdstuk komen de problemen met de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem aan bod. Het begint met de allocatie van belastingen aan belastingplichtigen en zijn tekorten: dispariteiten en belemmeringen. Vervolgens worden de problemen met het *at arm's length*-beginsel besproken, zowel op fundamenteel als op praktisch niveau. Daarna passeren de digitale economie en de tekorten van het huidige belastingsysteem in dit opzicht de revue. Tot slot worden de problemen met classificatie-mismatches van geldstromen en schadelijke belastingmaatregelen besproken. Dit tezamen geeft een antwoord op de tweede deelvraag: *Tot welke problemen leidt de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem?*

¹⁴⁷ Zie ook M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 12-14.

¹⁴⁸ OESO, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Parijs 2020, paragraaf 1-9.

3.2 - De arbitraire allocatie van belastingen aan belastingplichtigen

Internationaal is de belastingdruk veelal verschillend afhankelijk van het feit of een belastingplichtige al dan niet grensoverschrijdend opereert. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden twee soorten verstoringen op het gebied van de belastingheffing bij grensoverschrijdend opererende belastingplichtigen onderscheiden: dispariteiten & belemmeringen.¹⁴⁹ Al komen deze twee begrippen voornamelijk in EU-jurisprudentie aan de orde, dispariteiten en belemmeringen komen binnen het gehele internationale belastingsysteem voor. Internationaal bestaat echter geen juridische basis om deze verstoringen aan te pakken, waar dit in het EU-recht wel mogelijk is door de werking van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).¹⁵⁰

3.2.1 - Dispariteiten

De individuele lidstaten van de Europese Unie zijn soeverein op het gebied van de directe belastingen. De lidstaten zelf zijn bevoegd vast te stellen of buitenlands vermogen en buitenlandse winsten/inkomsten al dan niet in de heffing worden betrokken. Wel zijn de lidstaten verplicht dit in overeenstemming met de EU-verdragsvrijheden in te vullen. Als gevolg van deze soevereiniteit ontstaan verschillen tussen de wetgeving van lidstaten: dispariteiten. Deze verschillen zijn nooit een gevolg van de wetgeving van een land, maar juist een gevolg van de wisselwerking tussen de wetgeving van twee (soevereine) landen.¹⁵¹ Deze dispariteiten zijn dan ook een gevolg van een gebrek aan multilaterale coördinatie van de belastingstelsels.

De dispariteiten komen voort uit mismatches in de definitie van de belastbare entiteit, de belastinggrondslag, het belastingtarief of de toepassing van het nationaliteits-, woonplaats- of bronstaatbeginsel. Een dispariteit ontstaat bijvoorbeeld bij zogenaamde hybride entiteiten. Wanneer de ene lidstaat deze entiteit als

¹⁴⁹ Zie voor voorbeelden van belemmeringen onder meer HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant) & HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir Fiscal) en voor een dispariteit onder meer HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/96 (Gilly).

¹⁵⁰ Zie ook M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 15.

¹⁵¹ R.P.C.W.M. Brandsma et al, *Studenteneditie Cursus Belastingrecht, Europees Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 61.

transparant beschouwt, terwijl de andere lidstaat deze juist als non-transparant ziet, kan dubbele (non-)belasting ontstaan.¹⁵² Dispariteiten kunnen dan ook zowel dubbele belasting als dubbele non-belasting veroorzaken.

Als gevolg van deze dispariteiten worden investeringsbeslissingen van multinationale ondernemingen beïnvloed. Investeringsbeslissingen in een land kunnen worden geannuleerd om niet als hybride entiteit dubbel belast te worden, maar vaker wordt geïnvesteerd in een land om (legaal) dubbele non-belasting over het inkomen te bewerkstelligen. Deze fiscale invloeden op de investeringsbeslissingen verlagen de economische efficiëntie van de wereldeconomie.¹⁵³

3.2.2 - Belemmeringen

Belemmeringen ontstaan als gevolg van een verschillende behandeling tussen grensoverschrijdende activiteiten en binnenlandse activiteiten door lidstaten. In tegenstelling tot dispariteiten ontstaan deze belemmeringen unilateraal. Deze belemmeringen kunnen zowel grensoverschrijdende activiteiten voortrekken als achterstellen ten opzichte van binnenlandse activiteiten, afhankelijk van de doelstelling van de lidstaat.¹⁵⁴

Lidstaten werpen deze belemmeringen in de praktijk voornamelijk op bij entiteiten die de binnenlandse markt proberen te betreden of te verlaten. Ook worden belemmeringen opgeworpen naar gelang de nationaliteit of vestigingsplaats van de entiteit. Als gevolg van deze belemmeringen wordt de wereldwijde economie verstoord. Multinationale onderneming wegens deze belemmeringen mee in de overweging om te investeren in een land. Indien multinationale ondernemingen deze belemmeringen niet kunnen ontgaan, kunnen ze ervoor kiezen niet in het land te

¹⁵² Aan deze hybride mismatches is ook een BEPS-actiepunt gewijd, zie ook OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015. Veel van de hybride mismatches zijn inmiddels in EU-verband aangepakt door de ATAD-richtlijnen.

¹⁵³ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p.17.

¹⁵⁴ Voorbeelden van deze doelstellingen kunnen zijn: het beschermen van de binnenlandse industrie (achterstellen) of het aantrekken van buitenlandse investeringen (voortrekken).

investeren. Maar een multinationale onderneming kan de belemmeringen ook juist in haar voordeel gebruiken om de belastingdruk te verlagen.¹⁵⁵

3.3 - Problemen met het at arm's length-beginsel

Ook op het gebied van het *at arm's length*-beginsel zijn diverse problemen te onderscheiden. Al is de OESO nog steeds van mening dat het *at arm's length*-beginsel de meest geschikte methode is voor de bepaling van verrekenprijzen bij gelieerde verhoudingen, ook door hen worden inmiddels diverse problemen met het beginsel onderkend.¹⁵⁶ Fundamenteel bestaan op het gebied van de separate entity approach problemen,¹⁵⁷ maar ook in de praktische uitvoering van het *at arm's length*-beginsel is sprake van allerhande problemen. Met name op het gebied van het vinden van vergelijkbare transacties¹⁵⁸ en de administratieve vereisten¹⁵⁹ is dit het geval.

3.3.1 - Separate entity approach

Bij het *at arm's length*-beginsel wordt de winst een onderneming bepaald als ware sprake van diverse losstaande juridische entiteiten. Dit sluit echter niet aan bij de economische realiteit: de onderneming als geheel werkt als een geïntegreerde economische entiteit, met winstmaximalisatie als doel. Daarbij is het (in beginsel) niet relevant of entiteit A of entiteit B deze winst behaalt. Dit staat haaks op de *separate entity approach*, waarbij entiteiten als gesegregeerd onderdeel worden gezien.¹⁶⁰

De *separate entity approach* doet bovendien geen recht aan de schaal- en synergievoordelen¹⁶¹ die grotere ondernemingen ondervinden door de gezamenlijke inkoop en integratie van bedrijfsonderdelen. Kwantumkortingen of verhoogde

¹⁵⁵ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 15-16.

¹⁵⁶ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.14.

¹⁵⁷ W. Hellerstein, 'The case for formulary apportionment', *International Transfer Pricing Journal* 2015 12/3.

¹⁵⁸ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par 1.11.

¹⁵⁹ Ibidem, par 1.12 & 1.13.

¹⁶⁰ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 18-19.

¹⁶¹ Overigens kunnen ook nadelen ontstaan door schaalvergroting of integratie van bedrijfsonderdelen, in welk geval dezelfde waarderings- en vergelijkbaarheidsvraagstukken opspelen.

leencapaciteiten kunnen hiervan een voorbeeld zijn. Deze efficiëntievoordelen zijn niet aanwezig bij vergelijkbare ongecontroleerde transacties, waardoor deze geen recht (kunnen) doen aan deze voordelen. De winsten van de groep moeten echter aan een van de of beide transactiepartijen worden toegewezen, inclusief deze efficiëntievoordelen.¹⁶² Volgens de *Transfer Pricing Guidelines* van de OESO moeten deze efficiëntievoordelen slechts worden toegewezen indien deze voldoende significant zijn, waarbij de toewijzing door middel van een analyse plaats moet vinden.¹⁶³ Deze analyse kan echter niet gebaseerd zijn op gebruikelijke transfer pricing methoden, aangezien vergelijkbare ongecontroleerde transacties per definitie niet bestaan. Efficiëntievoordelen zijn dan ook lastig en slechts arbitrair te bepalen.

Een belangrijk onderdeel van een transactieprijs zijn de gelopen risico's door partijen, een hoger risico vergt ook een hogere beloning voor de activiteiten van een onderneming. Ook de OESO is van mening dat gelopen risico's adequaat en dus hoger beloond moeten worden.¹⁶⁴ Het bepalen van de gelopen risico's is daarom ook een onderdeel van de vergelijkbaarheidsanalyse.¹⁶⁵ Door integratie van entiteiten binnen een onderneming kunnen de gelopen risico's afwijken van de situatie bij onafhankelijke partijen. Eén risico van één onderdeel van de onderneming, kan bijvoorbeeld gevolgen hebben voor de onderneming als geheel. Daarmee worden risico's gedeeld door meerdere onderdelen van een onderneming, terwijl elke transactie voor de verrekenprijs uitgaat van de *separate entity approach*. Het feit dat onafhankelijke partijen niet of in mindere mate een dergelijk risico delen, maakt het wederom ingewikkeld een vergelijkbare ongecontroleerde transactie te bepalen.

De integratie van bedrijfsonderdelen zorgt er dan ook voor dat de verrekenprijzen minder accuraat en speculatiever bepaalbaar worden. Dit leidt ertoe dat omzet en winst ook eenvoudiger verlegd kan worden naar een laagbelast land. Er is immers meer ruimte voor interpretatie. Het juiste land is in deze ook lastig te bepalen,

¹⁶² OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.157.

¹⁶³ Ibidem, par 1.159.

¹⁶⁴ Ibidem, par. 1.56.

¹⁶⁵ Ibidem, par. 2.5.2.

aangezien de efficiëntievoordelen geen geografische locatie hebben.¹⁶⁶ Zeker bij de digitale economie, waar mobiele en moeilijk te waarderen (immateriële) activa nog meer prevalent zijn, speelt dit probleem een rol. Ontwikkelingen binnen de OESO betreffende de digitale economie laten de *separate entity approach* dan ook steeds meer los, met een grotere nadruk op een allocatie aan de markteconomie.¹⁶⁷

3.3.2 - Gebrek aan vergelijkbare transacties

Steeds meer transacties vinden binnen concernonderdelen plaats, waardoor vergelijkbare ongecontroleerde transacties steeds spaarzamer te vinden zijn voor zowel belastingplichtigen als belastingdiensten. Dit probleem speelt met name in industrieën met vergaande verticale integratie.¹⁶⁸ Daarnaast zijn er transacties welke alleen maar tussen concernonderdelen plaatsvinden, gezien de aard van de transactie. Ook al gaan onafhankelijke partijen een dergelijke transactie niet aan, dit hoeft niet per definitie een fiscaal gemotiveerde transactie te zijn.¹⁶⁹ Dergelijke transacties zijn echter wel lastig te waarderen, gezien het gebrek aan vergelijkbare ongecontroleerde transacties. Een gebrek aan informatie speelt zowel een rol bij de traditionele verrekenprijsmethoden, als voor bedrijfsinformatie voor de TNMM-methode. Ook bij transacties waarbij immateriële activa een onderdeel zijn, is gebrek aan informatie een groeiend probleem.¹⁷⁰

Traditionele verrekenprijsmethoden

Gegevens over transacties en met name over de prijsbepaling kunnen commercieel gevoelige informatie zijn. Onafhankelijke partijen zullen dan ook niet snel vrijwillig informatie over aan- of verkooptransacties prijsgeven. Indien deze transactiegegevens wel in de relevante databanken terechtkomen, zullen deze

¹⁶⁶ Zie ook M.A. Kane, 'Transfer Pricing, Integration and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard', *World Tax Journal* 6/3, onderdeel 5.

¹⁶⁷ OESO, *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, Parijs: OECD Publishing 2020, par. 42.

¹⁶⁸ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.13.

¹⁶⁹ *Ibidem*, par. 1.11.

¹⁷⁰ R. Collier & J.L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 132.

gegevens over het algemeen te weinig gedetailleerd zijn om gebruikt te worden. Over het algemeen zijn deze op een te hoog aggregatieniveau verwerkt.¹⁷¹

In dat geval zal een bedrijf gebruik moeten maken van interne vergelijkbare transacties. Voor veel transacties zal een bedrijf echter niet met derden zaken willen of kunnen doen, waardoor interne vergelijkbare transacties niet bestaan.¹⁷² In dat geval zijn de traditionele verrekenprijsmethoden dan ook niet bruikbaar.

TNMM-methode

De TNMM-methode is gebaseerd op financiële informatie van bedrijven. In de meeste ontwikkelde landen zijn deze gegevens via (semi-)overheidsinstanties¹⁷³ verplicht publiek beschikbaar, zodat de TNMM-methode nauwkeurig toegepast kan worden. In ontwikkelingslanden zijn financiële gegevens van bedrijven echter minder breed beschikbaar,¹⁷⁴ waardoor de TNMM-methode minder bruikbaar is.

In een dergelijk geval is het ook mogelijk de gegevens van een vergelijkbaar bedrijf in een ander land te gebruiken, indien de financiële gegevens in dit land wel beschikbaar zijn.¹⁷⁵ De marktomstandigheden van een bedrijf in een ontwikkeld en een ontwikkelingsland zullen echter significant verschillen. Daarmee zijn deze gegevens vaak niet voldoende vergelijkbaar om toegepast te worden. Om dit te ondervangen dient een aanpassing te worden gemaakt in de TNMM-analyse die dit verschil weerspiegelt.¹⁷⁶ Deze aanpassingen komen boven op de gebruikelijke aanpassingen voor bijvoorbeeld de gehanteerde ondernemingsstrategie en (overige) economische omstandigheden.

¹⁷¹ Ibidem, p. 135.

¹⁷² Ibidem, p. 136.

¹⁷³ Zoals in Nederland via de Kamer van Koophandel.

¹⁷⁴ R. Collier & J.L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 137.

¹⁷⁵ OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.112.

¹⁷⁶ Ibidem par. 1.113.

Immateriële activa

Binnen de *transfer pricing* nemen immateriële activa een speciale plaats in. Door de unieke eigenschappen van elk activum – zoals de exclusiviteit, een eventueel patent, de geografische reikwijdte van deze eigenschappen en het ontwikkelstadium – is de vergelijkbaarheidsanalyse moeilijker toepasbaar. Elk van deze eigenschappen dient bepaald en gewaardeerd te worden om tot een juiste verrekenprijs te komen.¹⁷⁷ Gezien de vele parameters en de uniciteit van een immaterieel activum zijn vergelijkbare transacties in veel gevallen onvindbaar. Deze gegevens zijn immers veelal niet in openbare databases vastgelegd.

Indien een vergelijkbare transactie onvindbaar is, kan ook de profit-splitmethode worden toegepast aangezien deze methode minder uitgaat van informatie over niet-gelieerde transacties. Deze methode is echter evenzeer zowel moeilijk toepasbaar voor belastingplichtigen als moeilijk controleerbaar voor de belastingdiensten. Niet in het minst omdat de verdeling van inkomsten en kosten tussen de gelieerde ondernemingen zeer complex is.¹⁷⁸

3.3.3 - Administratieve lasten

Dat het *at arm's length*-beginsel administratieve lasten met zich meebrengt, is inherent aan de methode. Immers, een belastingplichtige moet kunnen beargumenteren hoe en waarom een verrekenprijsmethode toegepast is, en welke informatie hiervoor gebruikt is.¹⁷⁹ Sinds recente jaren en met name het BEPS-project zijn deze administratieve lasten echter significant toegenomen – terwijl in 2005 al werd gesproken over “*aanzienlijke inspanningen*”¹⁸⁰ om aan de verrekenprijsadministratie te voldoen. Als uitvloeisel van BEPS Actiepunt 13 moeten grote multinationale ondernemingen hun transfer pricing-methoden vastleggen voor het *Country-by-Country Reporting* (CbCR). In de Europese Unie is dit vastgelegd in een richtlijn¹⁸¹. Deze is echter niet geheel overeenkomstig met het OESO-CbCR, waarmee

¹⁷⁷ Ibidem, par. 6.116.

¹⁷⁸ Ibidem, par. 2.120.

¹⁷⁹ Ibidem, par. 1.12

¹⁸⁰ Zie H.A. Vollebregt, ‘Transfer pricing’, *WFR* 2005/16, aanhef.

¹⁸¹ Richtlijn (EU) 2016/881 van de Raad van 25 mei 2016, tot wijziging van de Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied

internationaal verschillende vormen van CBcR zijn ontstaan.¹⁸² Deze punten maken tezamen dat de uitvoeringslasten van het *at arm's length*-beginsel zeer hoog zijn.

3.4 - De digitale economie

Door technische innovatie is de ontwikkeling en toepassing van ICT de afgelopen twintig jaar enorm toegenomen.¹⁸³ Waar eerst de digitale economie als een losstaande economie werd gezien, is inmiddels duidelijk dat de digitale en de traditionele economie steeds meer met elkaar verweven zijn. Voor veel bedrijven is digitaal een ondersteuning voor of aanvulling op fysiek. Bedrijfsactiviteiten kunnen op steeds grotere afstand aangestuurd worden en met steeds minder personeel ter plaatse. Dit heeft ook zijn weerslag op de belastingheffing: door de traditionele toerekening op basis van activa, functies en risico's valt met name de marktjurisdictie steeds meer buiten de boot.¹⁸⁴ Om een inzichtelijke analyse te maken, zullen eerst de kenmerken van digitale economie worden besproken, waarna de problemen qua belastingheffing aan de orde zullen komen.

3.4.1 - Kenmerken van de digitale economie

Alhoewel de digitale economie ook een normale markt van vraag en aanbod is, zijn een aantal specifieke kenmerken van de digitale economie te onderkennen. Deze zijn niet exclusief toepasbaar op digitale bedrijven – noch zijn ze altijd toepasbaar op elke digitale onderneming – maar zijn wel onderscheidend in hun aanwezigheid binnen de digitale economie.¹⁸⁵

Directe netwerkeffecten

Veelvoorkomend binnen digitale ondernemingen zijn de directe netwerkeffecten. De gebruikers zorgen voor een positieve externaliteit: hoe meer gebruikers van een product of dienst gebruikmaken, des te meer nut kan een individuele gebruiker uit zijn

¹⁸² Zie voor een uitgebreide vergelijking ook F.M. van Klaveren, D. van der Vliet en L.G.C. Sahin, 'Initiatieven en kansen omtrent publieke country-by-country-rapportage', *WFR* 2020/37.

¹⁸³ OESO, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 64.

¹⁸⁴ M. de Wilde, 'Tax jurisdiction in a digitalizing economy; why 'online profits' are so hard to pin down', *Intertax* 2015 43/12.

¹⁸⁵ OESO, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2018, par. 42.

gebruik halen. Vooral bij sociale media zijn directe netwerkeffecten zeer aanwezig, aangezien de waarde volgt uit de interactie met andere gebruikers.¹⁸⁶ Met een enkele gebruiker is een sociaal platform zonder enige toegevoegde waarde, maar het nut neemt sterk toe met de hoeveelheid gebruikers van het platform terwijl daar geen prijs aan verbonden is.¹⁸⁷

Indirecte netwerkeffecten

De digitale economie kent naast directe ook indirecte netwerkeffecten. Deze netwerkeffecten ontstaan bij meerzijdige markten¹⁸⁸ wanneer de groei van de ene groep eindgebruikers een nutsstijging veroorzaakt voor de andere groep eindgebruikers. Bij sociale platforms geldt dit bijvoorbeeld voor de interactie tussen gebruikers en adverteerders van het platform: een groei van gebruikers zorgt voor een nutsstijging voor de adverteerders.¹⁸⁹ Het sociale platform is hierbij als het ware de intermediair tussen de twee groepen gebruikers.¹⁹⁰

Gedifferentieerde prijsstelling

Daarnaast maken meerzijdige markten het ook mogelijk een gedifferentieerde prijsstelling aan te houden. Daarmee kan aan de ene groep een prijs gerekend worden die lager is dan de marginale kosten, terwijl de andere groep een prijs hoger dan de marginale kosten wordt gerekend. Dit maakt het mogelijk de directe netwerkeffecten snel op te bouwen, terwijl ook de inkomstenstroom in stand wordt gehouden.¹⁹¹ Dit maakt het ook mogelijk om gebruikers zonder monetaire tegenprestatie toegang tot het platform te geven. Daar staat tegenover dat deze gebruikers in ruil voor deze gratis toegang vaak data afstaan, welke het platform kan gebruiken om de andere groep – over het algemeen adverteerders – te faciliteren.¹⁹²

¹⁸⁶ Ibidem, par. 42.

¹⁸⁷ OESO, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 170.

¹⁸⁸ Bij meerzijdige markten worden meerdere groepen door een platform of intermediair in contact met elkaar gebracht. Bekende voorbeelden zijn Facebook (gebruikers en adverteerders) of AirBnB (huurders en verhuurders).

¹⁸⁹ OESO, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2018, par. 42.

¹⁹⁰ Ibidem, par. 52.

¹⁹¹ Ibidem, par. 53.

¹⁹² Ibidem, par. 54.

Schaalvoordelen

De digitale economie maakt ook enorme schaalvoordelen mogelijk. Digitale goederen en diensten kennen over het algemeen relatief hoge vaste kosten maar juist relatief lage marginale kosten. De ontwikkelingskosten zijn erg hoog, maar vervolproductie of onderhoud is daarentegen relatief goedkoop. Bij sommige digitale producten – zoals software – zijn de marginale kosten zelfs zo goed als afwezig. De marginale omzet is dan vaak nagenoeg gelijk aan de marginale winst – *massa is kassa*.¹⁹³

Complementariteit

Daarnaast is de wisselwerking tussen producten en diensten een onderscheidend kenmerk van de digitale economie. Veel producten en diensten zijn complementair aan elkaar. Zo is de toegevoegde waarde van het gebruik van een telefoon versterkt door de juiste software en door toegang tot een sociaal platform.¹⁹⁴

Lock-in effect

Als gevolg van deze complementariteit kent de digitale economie een hoge mate van een *'lock-in effect'*: het gebruik van een product of dienst leidt ertoe dat het veranderen naar een concurrerend product kosten met zich meebrengt naast de kosten in monetaire termen. Het veranderen van besturingssysteem zorgt ervoor dat bestanden en programma's verloren gaan, waardoor het veranderen minder aantrekkelijk is.¹⁹⁵

Tendens naar monopolie of oligopolie

De combinatie de grote schaalbaarheid en sterke netwerkeffecten maakt dat in de digitale economie een sterkere trend naar een mono- of oligopolie is dan in de 'traditionele' economie. Door de werking van de netwerkeffecten is een aanbieder voor vrijwel elke consument de geprefereerde keuze, waarna het door het *lock-in*

¹⁹³ Ibidem, par. 42.

¹⁹⁴ Ibidem, par. 42.

¹⁹⁵ Ibidem, par. 42.

effect onaantrekkelijk is van aanbieder te veranderen. Daar staat tegenover dat in de digitale economie de toetredingsbarrières laag zijn: meer dan in de traditionele economie is het eenvoudig een bedrijf te starten.¹⁹⁶

Volatiliteit

Aangezien de activiteiten van ondernemingen binnen de digitale economie voornamelijk op het internet plaatsvinden, is de digitale economie relatief minder kapitaalintensief. Zoals hiervoor gemeld, is het relatief makkelijk een bedrijf te starten binnen de digitale economie. Dit leidt tot snel opeenvolgende innovaties en disruptie voor de gevestigde ondernemingen. Om een dominante positie te behouden, moet geïnnoveerd blijven worden.¹⁹⁷ Daar staat tegenover dat de laatste jaren meer consolidatie plaatsvindt. Nog steeds ontstaan veel disruptieve bedrijven, echter worden deze door acquisities toegevoegd aan het portfolio van de huidige dominante partijen.¹⁹⁸

Mobiliteit

Bedrijven in de digitale economie kennen een hoge mate van mobiliteit, waardoor toegang tot markten eenvoudiger is geworden. Deze ondernemingen kennen zowel mobiliteit van immateriële activa en gebruikers als van bedrijfsactiviteiten. Immateriële activa vormen een belangrijk onderdeel van de waarde van digitale ondernemingen. Veel tijd en kapitaal wordt in onderzoek en (door)ontwikkeling van software gestoken, ook vanwege de hoge volatiliteit van de digitale economie.¹⁹⁹ In het huidige belastingsysteem is het relatief eenvoudig de immateriële activa te verplaatsen tussen gelieerde ondernemingen. Daarmee kan ook het juridische eigendom van de activa op een andere (laagbelaste) jurisdictie terechtkomen dan daar waar de ontwikkeling plaats heeft gevonden.²⁰⁰

¹⁹⁶ OESO, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 178.

¹⁹⁷ Ibidem, par. 179.

¹⁹⁸ Zoals de acquisitie van WhatsApp en Instagram door Facebook, Waze door Google of Ring door Amazon.

¹⁹⁹ OESO, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 152.

²⁰⁰ Ibidem, par. 153.

Door de opkomst van het internet is het steeds eenvoudiger wereldwijd consumenten te bereiken. Daarmee zijn grensoverschrijdende transacties steeds gebruikelijker geworden: het is niet ongewoon dat een consument in land A van een verkopende partij in land B koopt en deze aankoop gebruikt in land C. Daarnaast is het eenvoudig voor consumenten zich digitaal als een ander voor te doen of de (digitale) woonplaats te wijzigen, waarmee de feitelijke plaats van verkoop niet zichtbaar is voor de verkopende partij.²⁰¹

Ook bedrijfsactiviteiten zijn mobieler geworden door de opkomst van de digitale economie. De kosten en complexiteit van het organiseren en coördineren van bedrijfsactiviteiten op afstand zijn significant gedaald, waardoor bedrijven steeds meer centraal kunnen worden aangestuurd.²⁰² Als gevolg van de schaalbaarheid en mobiliteit kunnen digitale ondernemingen ‘*scale without mass*’ bereiken: veel gebruikers of consumenten aan zich binden zonder de enorme werknemersaantallen van de traditionele economie.

3.4.2 - Problemen met de heffing binnen de digitale economie

Door de opkomst van de digitale economie en met name de toegenomen mobiliteit en het grotere belang van immateriële activa is de belastingheffing aanzienlijker ingewikkelder geworden. Het bepalen van het juiste aanknopingspunt voor de heffing – de nexus van een bedrijf met een jurisdictie – is door de toegenomen langeafstandsactiviteiten steeds moeilijker. Naast het nexus-vraagstuk is ook de plaats van de toevoeging van de waarde minder duidelijk, en minder evenredig in de uitwerking vanuit de optiek van de marktjurisdictie.

Nexus

Als gevolg van de opkomst van de digitale economie en de digitalisering van de traditionele economie is het niet langer nodig fysiek aanwezig te zijn in een jurisdictie om consumenten te bereiken. Eerder was dit mogelijk – denk aan een buitenlands postorderbedrijf – maar de opkomst van het internet heeft dit proces aanzienlijk

²⁰¹ Ibidem, par. 154.

²⁰² Ibidem, par. 155.

versterkt. De mobiliteit van bedrijfsactiviteiten leidt ertoe dat deze gecentraliseerd kunnen worden, waardoor de fysieke aanwezigheid in de marktjurisdictie verkleint.²⁰³

De belastingheffing voor de aanwezigheid van een buitenlands bedrijf in een jurisdictie wordt bewerkstelligd door het vaste inrichtingsbegrip. De vaste inrichting haakt echter aan bij de fysieke aanwezigheid van een bedrijf in de betreffende jurisdictie. Voor een webshop of sociaal platform is fysieke aanwezigheid echter geen noodzaak: vrijwel alle activiteiten kunnen vanuit een ander land uitgevoerd worden. Het tweede aangrijpingspunt voor de belastingheffing is de woonstaat. Voor bedrijven grijpt dit over het algemeen aan bij de plaats van effectief management of een vergelijkbaar begrip.²⁰⁴ Doordat de bedrijfsactiviteiten steeds beter centraal aan te sturen zijn, is de plaats van effectief management ook steeds mobieler. Niet langer is het noodzakelijk het management vanuit nabijheid uit te voeren, waarmee het ook in een laagbelaste jurisdictie – vaak zonder grote afzetmarkt voor de relevante onderneming – plaats kan vinden.

Waar wordt de waarde toegevoegd?

Het doel van het BEPS-project is de belastingheffing in lijn te laten verlopen met de plaats waar de waarde wordt toegevoegd.²⁰⁵ Waar dit in de traditionele economie relatief eenduidig leek – waarde wordt toegevoegd op basis van de productiefactoren activa, functies en risico's – is dit in de digitaliserende economie minder eenduidig. De grote rol van lastig te waarderen immateriële activa maken het moment en aldus ook de plaats van waardetoevoeging diffuus. Dat waardetoevoeging niet een geheel eenduidig begrip is kan worden geïllustreerd met onderstaand voorbeeld:

Een *ouderwetse* boekhandel verkocht zijn boekhandel aan een fysieke klant in een fysieke winkel. De waardetoevoeging is dan relatief eenvoudig te bepalen: binnen de grenzen van het pand. Bij een *online* boekhandel ligt dit echter anders. Deze boekhandel kan in land A gevestigd zijn, in land B zijn (digitale) consumenten

²⁰³ Ibidem, par. 246.

²⁰⁴ Zie ook artikel 4 eerste lid OESO-Modelverdrag

²⁰⁵ OESO, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015, voorwoord.

bedienen, terwijl de servers in land C staan. In welk land vindt de waardetoevoeging van deze online boekhandel plaats?²⁰⁶ In de huidige verdeling zullen land A en land C een deel van de winst toebedeeld krijgen, terwijl marktjurisdictie B geen enkel deel van de winst toebedeeld krijgt. Hier is immers geen fysieke aanwezigheid en dus ook geen vaste inrichting. Daarnaast zijn hier ook (nagenoeg) geen activa, functies of risico's aan toe te rekenen.

Het bepalen van de plaats van waardetoevoeging is dan een subjectieve aangelegenheid. Door middel van het *at arm's length*-beginsel wordt een waarde aan de activa, functies en risico's gekoppeld, naar aanleiding waarvan de winsten worden gealloceerd aan jurisdicties. Dit leidt ertoe dat de aanname dat sommige onderdelen van een onderneming waardevoller zijn dan andere ook subjectief is.²⁰⁷

3.5 - Classificatie mismatches van geldstromen

Classificatie-mismatches bij geldstromen kunnen in grensoverschrijdende situaties leiden tot dubbele heffing, aftrekbaarheid zonder compenserende heffing of zelfs dubbele aftrekbaarheid zonder compenserende heffing. Een geldstroom welke in het bronland als rentebetaling zal worden aangemerkt en in het ontvangende land als (vrijgestelde) dividendbetaling, zal in het bronland aftrekbaar zijn zonder compenserende heffing. Dit werkt misbruik in de hand – bedrijven die bewust deze mismatches gebruiken om de belastingafdracht te minimaliseren – waardoor de belastingheffing onder druk komt te staan. Via ATAD en het MLI wordt inmiddels wel gewerkt aan diverse initiatieven voor de (symptoom)bestrijding van de classificatie-mismatches, zolang een wereldwijde oplossing niet van de grond komt, blijft dit echter een probleem.²⁰⁸

²⁰⁶ Dit voorbeeld is ontleend aan colleges van prof. dr. P. Kavelaars inzake de digitale economie.

²⁰⁷ S. Buriak, 'A New Taxing Right for the Market Jurisdiction: Where Are the Limits?', *Intertax* 48/3.

²⁰⁸ Het MLI voorziet hierin door middel van optionele verdragsbepalingen welke verdragsvoordelen uitsluiten als een entiteit door een hybride mismatch geen inkomen heeft in een der verdragsluitende staten. ATAD voorziet in een aftrekbeperking of inkomensinclusie in het geval van een hybride mismatch. Het feit dat hierbij slechts de gevolgen van de hybride mismatch worden aangepakt, maakt dat velen dit slechts als symptoombestrijding zien. Zie ook G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', *WFR* 2016/186 & H. Lohuis, 'Verdragstoepassing bij hybride mismatches onder het multilaterale instrument', *TFO* 2018/159.3.

3.6 - Schadelijke belastingmaatregelen

Niet alleen maken ondernemingen gebruik van de gaten in de belastingwetgeving, landen trekken ook bewust bedrijven aan met gunstige belastingregimes. Veel landen maken gebruik van een gunstig regime voor (mobiele) innovatieve activiteiten, om groeibedrijven aan hun land te binden (bijvoorbeeld de ‘innovatiebox’ in Nederland). Ook voor financierings- of investeringsactiviteiten zijn veel gunstige regimes te vinden. Waar deze activiteiten gekoppeld zijn aan daadwerkelijke activiteiten in het betreffende land, wordt het vaak geassocieerd als *gunstig* belastingregime, indien er geen economische nexus met het land is spreekt men van een *schadelijk* belastingregime.²⁰⁹

Deze schadelijke belastingregimes worden vaak ingezet door laagbelastende jurisdicties (*belastingparadijzen*). Tegenover de lage marginale belastingopbrengst staat een groot belastbaar bedrag, waarmee alsnog een aanzienlijke belastingopbrengst kan worden gegenereerd. Vaak zijn deze belastingregimes onbereikbaar voor binnenlandse bedrijven, deze zijn immers reeds gebonden aan de jurisdictie. Aangezien het inkomen wordt toegerekend aan deze belastingparadijzen, gaat dit ten koste van de landen waar de economische activiteiten daadwerkelijk plaatsvinden. Vaak wordt deze situatie bereikt door verplaatsing van mobiele activiteiten, met name immateriële activa en financieringen, naar deze jurisdicties.²¹⁰

3.7 - Deelconclusie

De nadelen van het huidige belastingsysteem komen mettertijd steeds prominenter naar voren. Mismatches tussen nationale wetgevingen – dispariteiten – leiden tot situaties van dubbele en non-belastingheffing. Grotere belastingplichtigen weten dit in hun voordeel te gebruiken, met ongelijke belastingheffing tot gevolg. Ook overheden doen hun duit in het zakje, met een verschillende behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende activiteiten (belemmeringen). De gewenste

²⁰⁹ Zie ook OESO, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2015.

²¹⁰ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 10-11.

activiteiten, over het algemeen de eigen bedrijven, krijgen hierdoor een (fiscale) voorsprong op de concurrentie.

Ook het *at arm's length*-beginsel kent de nodige problemen. De *separate entity approach* is niet in lijn met het proces van waardecreatie van multinationale ondernemingen. Met name de voordelen van integratie en synergie kunnen op deze wijze niet (of alleen arbitrair) tussen de gelieerde partijen verdeeld worden. Daarnaast zijn ook de risico's anders dan bij een transactie tussen marktpartijen: er is een wederzijds belang. Dit leidt er (mede) toe dat vergelijkbare transacties moeilijk te definiëren zijn. Zeker transacties die tussen marktpartijen niet plaatsvinden of relatief unieke transacties zijn, zijn door middel van *transfer pricing* nauwelijks of niet te waarderen. Dit speelt met name bij immateriële activa, welke bijna altijd uniek aan de onderneming verbonden zijn. Bovendien zijn de administratieve lasten die met *transfer pricing* samengaan haast ondoenlijk, zo blijkt ook uit de grote hoeveelheid geld en personeel die hiermee samengaat – een hoeveelheid die alleen maar lijkt toe te nemen.

Ook de digitale economie laat de beperkingen van het huidige belastingsysteem zien. Met name de volatiliteit en mobiliteit van de digitale economie maakt dat een nexus van een digitale onderneming lastig te bepalen is. Dit leidt ertoe dat de marktpartij in menig geval buiten de boot valt: zolang geen fysieke aanwezigheid in een land aanwezig is hoeft daar ook geen winst te worden toegerekend. De vraag is ook waar de waarde wordt toegevoegd. Waar dit in de traditionele economie relatief eenvoudig is, is deze vraag haast niet te beantwoorden in de digitale economie. De plaats van waardetoevoeging wordt daarmee een meer subjectieve dan objectieve aangelegenheid.

Ook classificatie-mismatches van geldstromen leiden tot problemen. Het biedt bedrijven mogelijkheden tot dubbele non-belasting, maar kan ook leiden tot dubbele belastingheffing. Zonder multilaterale oplossing – zoals ATAD en het MLI – is dit bovendien niet eenvoudig op te lossen. Bovendien implementeren diverse landen schadelijke belastingmaatregelen om het totale belastbare bedrag te vergroten tegen

een marginaal tarief. Hoewel het betreffende land hiermee profiteert van een hogere belastingopbrengst, is dit wereldwijd gezien een *net negative sum*.

Hoofdstuk 4 - Formulary apportionment als alternatief systeem

4.1 - Inleiding

Formulary apportionment wordt door sommige auteurs gezien als het meest veelbelovende alternatief op het huidige belastingsysteem voor de toerekening van ondernemingswinsten aan jurisdicties.²¹¹ En – in tegenstelling tot andere alternatieven – is er niet alleen een theoretische grondslag: in verschillende landen wordt het reeds toegepast, zij het op subnationaal niveau. Daarnaast wordt in het grootste handelsblok ter wereld, de Europese Unie, al jaren gesproken en gesteggeld over de implementatie van *formulary apportionment* voor de winsten bij grote ondernemingen.

Om de toegevoegde waarde van winsttoerekening op basis van *formulary apportionment* te kunnen bepalen, wordt in dit hoofdstuk de grondbeginselen van dit systeem toegelicht. Allereerst worden de hoofdpunten van *formulary apportionment* besproken, waarna de nadere details worden uitgewerkt. Daarbij komen de groep als belastingplichtige en de belangrijkste allocatiefactoren – arbeid, activa en omzet – aan bod. Ook wordt de invulling van de nexus-regels onder *formulary apportionment* besproken. Daarna komen een aantal praktische voorbeelden aan bod: *formulary apportionment* in de VS, Canada en de Europese Unie, hoewel de EU (nog) niet tot implementatie is gekomen. Tot slot worden de voor- en de nadelen van *formulary apportionment* als systeem voor winsttoerekening besproken. Tezamen vormt dit hoofdstuk een antwoord op de derde deelvraag: *Op welke wijze geschiedt de internationale winsttoerekening onder formulary apportionment en wat zijn hier de voor- en de nadelen van?*

4.2 - Formulary apportionment in vogelvlucht

Formulary apportionment wijst geconsolideerde groepswinst toe door middel van een vaste formule. Deze formule bestaat uit factoren die de inkomensgenererende onderdelen van de economie moeten weerspiegelen.²¹² Anders dan bij transfer pricing

²¹¹ Zie, onder meer, S.C. Morse, 'Revisiting Global Formulary Apportionment', *Virginia Tax Review* 29/4, p. 594-595.

²¹² In de literatuur is dit niet geheel onomstreden: een andere zienswijze is dat de factoren slechts moeten bestaan uit factoren die het meest efficiënt het inkomen toewijzen. Zie (onder anderen) M. de

– waarbij de productiefactoren de leidraad zijn voor de verdeling van de winst - is over het algemeen zowel de aanbods- als de vraagzijde vertegenwoordigd in deze formule, of zelfs alleen de vraagzijde. De meest gebruikte allocatiefactoren zijn arbeid²¹³ en kapitaal²¹⁴ voor de aanbodszijde en omzet²¹⁵ voor de vraagzijde.²¹⁶

De allocatie van winsten kan met onderstaand voorbeeld worden geïllustreerd. Aan de landen waar een relatief groot deel van de inkomensgenererende factoren aanwezig zijn, wordt ook een relatief groot deel van de geconsolideerde groepswinst toegewezen. In het voorbeeld opereert het concern in drie landen (A, B & C) en zijn de allocatiefactoren (i) de loonsom, activa en omzet of (ii) loonsom en omzet.

Voorbeeld 1: Winst in elk van de jurisdicties waar de onderneming opereert²¹⁷				
Landen	A	B	C	Totaal
Winsten	150	200	50	400
(% van de winst)	(37,5%)	(50%)	(12,5%)	(100%)
Loonsom	1000	2000	1000	4000
Activa	3000	3500	1500	8000
Omzet	4000	6000	5000	15000
Allocatie van de geconsolideerde groepswinst:				
i) Aan de hand van een formule met drie gelijk gewogen factoren:				

Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017 & paragraaf 4.4.

²¹³ Over het algemeen vertolkt gebruik van de hoogte van de loonsom of het aantal werknemers (fulltime equivalent). Zie voor een gedetailleerde bespreking van de factor arbeid ook paragraaf 4.4.1.

²¹⁴ Als graadmeter voor de aanwezigheid van kapitaal wordt vrijwel altijd de activa van een onderneming in een jurisdictie gebruikt. Zie voor een gedetailleerde bespreking van de factor kapitaal of activa ook paragraaf 4.4.2.

²¹⁵ Zie voor een gedetailleerde bespreking van de factor omzet ook paragraaf 4.4.3.

²¹⁶ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 44-46.

²¹⁷ Dit voorbeeld is ontleend aan A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 45.

$400 \left(\frac{1}{3} \frac{L_i}{\sum_i L_i} + \frac{1}{3} \frac{A_i}{\sum_i A_i} + \frac{1}{3} \frac{O_i}{\sum_i O_i} \right) =$	118,9 (30%)	178,3 (44%)	102,8 (26%)	400 (100%) ²¹⁸
ii) Aan de hand van een formule met twee factoren, met een weging van 1/3 van de loonsom en 2/3 van de omzet				
$400 \left(\frac{1}{3} \frac{L_i}{\sum_i L_i} + \frac{2}{3} \frac{O_i}{\sum_i O_i} \right) =$	104,4 (26,1%)	173,2 (43,3%)	122,4 (30,6%)	300 (100%)

Aangezien formulary apportionment de winsten toewijst aan jurisdicties aan de hand van inkomensgenererende factoren, betekent dit dat de winst wordt toegewezen onafhankelijk van de behaalde winsten in een land. Dit betekent dat aan een land waarin een onderneming economisch met verlies draait toch een winst wordt toegewezen, zolang de groep als geheel winst genereert. Dit kan met onderstaand voorbeeld worden geïllustreerd. Hierin zijn dezelfde uitgangswaarden genomen als het voorgaande voorbeeld, met het verschil dat het concern in land C nu een verlies maakt.

Voorbeeld 2: Verlies in een van de jurisdicties waar de onderneming opereert²¹⁹				
Landen	A	B	C	Totaal
Winsten	150	200	-50	300
(% van de winst)	(37,5%)	(50%)	(-16,6%)	(100%)
Loonsom	1000	2000	1000	4000
Activa	3000	3500	1500	8000
Omzet	4000	6000	5000	15000
Allocatie van de geconsolideerde groepswinst:				
i) Aan de hand van een formule met drie gelijk gewogen factoren:				
$400 \left(\frac{1}{3} \frac{L_i}{\sum_i L_i} + \frac{1}{3} \frac{A_i}{\sum_i A_i} + \frac{1}{3} \frac{O_i}{\sum_i O_i} \right) =$	90 (30%)	132 (44%)	78 (26%)	300 (100%)

²¹⁸ Voor land A is de winst dus als volgt berekend: $400 \left(\frac{1}{3} \frac{1000}{4000} + \frac{1}{3} \frac{3000}{8000} + \frac{1}{3} \frac{4000}{15000} \right) = 118,9$.

²¹⁹ Dit voorbeeld is ontleend aan A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 45.

ii) Aan de hand van een formule met twee factoren, met een weging van 1/3 van de loonsom en 2/3 van de omzet				
$400 \left(\frac{1}{3} \frac{L_i}{\sum_i L_i} + \frac{2}{3} \frac{O_i}{\sum_i O_i} \right) =$	78,3 (26,1%)	130 (43,3%)	91,7 (30,6%)	300 (100%)

4.3 - De groep als belastingplichtige

Over het algemeen wordt onder *formulary apportionment* de belastingplichtige als (internationaal) geconsolideerde groep aangehouden. De winst van de groep als geheel wordt geconsolideerd en aan de hand van de formule verdeeld over de landen. Hiermee worden (veel) onderlinge transacties geëlimineerd voor belastingdoeleinden; net als bij andere consolidatieregimes zijn deze immers niet relevant voor de totale winst van de groep als geheel.²²⁰

De reikwijdte van een groep als belastingplichtige kan verschillend worden ingevuld. Het meest voor de hand liggend is een invulling aan de hand van eigendom. Een x% belang, bijvoorbeeld 50% (beslissende invloed), van de moeder in het aandelenkapitaal en/of de stemrechten van een (klein)dochtervennootschap leidt ertoe dat deze als groep worden aangemerkt voor winstbelastingdoeleinden.²²¹ Dit heeft als nadeel dat vennootschappen zonder of met een te geringe eigendomsrelatie nog steeds kunnen sturen met transacties om de totale winstbelastingdruk te verlagen. Dit speelt met name bij ondernemingen met sterke economische verwevenheid.²²² Hiervoor zal dan nog steeds het *at arm's length*-beginsel toegepast moeten worden, met alle administratieve lasten die dat met zich meebrengt.

Anderzijds kan ook de economische verwevenheid als invulling van het groepsbegrip gebruikt worden. Economische indicatoren als plaats van aansturing, onderlinge transacties en het delen van risico's zijn dan doorslaggevend voor de

²²⁰ Onderlinge transacties worden geëlimineerd in (bijvoorbeeld) de Nederlandse fiscale eenheid om tot de juiste winst voor de groep als geheel te komen.

²²¹ Vergelijk de Nederlandse fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting, artikel 15 Wet Vpb 1969.

²²² J.M. Weiner, 'Taxation Papers; Formulary apportionment and group taxation in the European Union: insights from the United States and Canada', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2005:8*, p. 27-28.

kwalificatie als groep. Met name de onderlinge transacties sluiten nauw aan bij de economische werkelijkheid van multinationale ondernemingen – inmiddels zijn meer dan 40% van de internationale transacties tussen gelieerde partijen.²²³

Hoewel de groep als belastingplichtige het veelgebruikte uitgangspunt is van FA, is dit niet een noodzakelijk onderdeel van dit winstallocatiesysteem. Ook zonder consolidatie kan FA worden toegepast; in dat geval wordt per losse juridische entiteit de winst verdeeld over de landen. Hiermee wordt echter een belangrijk voordeel van FA tenietgedaan: de onderlinge transacties blijven relevant. De bijbehorende waarderingsproblematiek blijft daarmee ook relevant.²²⁴ In het vervolg van de scriptie wordt derhalve uitgegaan van een groepsbenadering onder *formulary apportionment*.

4.4 - Allocatiefactoren

Onder *formulary apportionment* wordt de (geconsolideerde) winst aan jurisdicties toegewezen door middel van één of meer gewogen allocatiefactoren. De fractie van de allocatiefactor(en) welke aan een jurisdictie toerekenbaar is (zijn), bepaalt de fractie van de winst welke aan deze jurisdictie toegewezen wordt. De meest gebruikte factoren zijn arbeid, activa en omzet.²²⁵

Doordat *formulary apportionment* (nog) niet zeer breed wordt toegepast, staan de diverse mogelijke allocatiefactoren en hun weging nog ter discussie. Zo bestaat er geen consensus over de juiste allocatiefactoren voor de formule en welk gewicht elk van de factoren moet krijgen in de formule, zoals al blijkt uit de verschillen in de formule op interstatelijk niveau in de Verenigde Staten.²²⁶ Zodra een consensus is gevonden over de factoren en hun gewicht, is ook de invulling van de factoren een heet hangijzer. Als bijvoorbeeld de factor activa wordt gebruikt, is de invulling hiervan cruciaal voor de uitkomsten. Worden alleen materiële activa gebruikt, of ook financiële en immateriële activa? Veelal worden immateriële activa uitgesloten, gezien het

²²³ K.S. Klausning & R.S. Avi-Yonah, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*, Washington, DC: Brookings Institution 2007, p. 20.

²²⁴ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 371.

²²⁵ Zie onder meer CCCTB (paragraaf 4.61) & het Amerikaanse Massachusetts-model (paragraaf 4.6.3).

²²⁶ Zie ook paragraaf 4.6.3.

geografisch mobiele karakter van de activa. Daarmee is winstverschuiving door ondernemingen te eenvoudig te bewerkstelligen. Daarnaast blijft de vraag of één en dezelfde formule in een hele economie (of zelfs wereldwijd) toegepast moet worden, of dat diverse formules moeten worden ontwikkeld. Aangezien de ene industrie veel leunt op arbeid en de andere juist veel op kapitaal (activa), is het aannemelijk dat de formule verschillende effecten heeft in verschillende industrieën.²²⁷

4.4.1 - Arbeid

Veelal vormt arbeid als een van de twee traditionele productiefactoren de basis van de winstallocatie door middel van *formulary apportionment*. De factor weegt de loonsom of het aantal arbeiders per land, om aan de hand daarvan winst toe te rekenen. Weging van de loonsom leidt tot relatief hoge winsttoerekening aan hogelonenlanden, ook al is dit niet noodzakelijkerwijs een reflectie van hogere arbeidsproductiviteit (en winst) in hogelonenlanden. Met de aanname dat een winstbelasting zonder instrumentalisme moet worden ingericht – waarmee politieke en/of sociaaleconomische voorkeuren geen rol spelen in de inrichting van het belastingsysteem –, kan dit gevolg van de arbeidsfactor verdedigd worden. De loonverschillen zijn immers te herleiden naar de arbeidsmarktimperfecties.²²⁸ Het CCCTB-compromisvoorstel compenseert voor de loonverschillen tussen landen: hier wordt ook het aantal werknemers (even zwaar) meegewogen in de arbeidsfactor. Daarmee ontstaat een evenwichtigere balans tussen lage- en hogelonenlanden, beide onderdeel van de EU.

Voor zowel de loonsom als het aantal werknemers is de definitie van de locatie van de werknemer van belang. Om misbruik te voorkomen is het noodzakelijk dat werknemers niet artificieel tussen landen kunnen worden verschoven. De CCCTB-richtlijn gaat uit van de economische werkgever als werkgever voor de

²²⁷ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 46-48.

²²⁸ M. de Wilde, 'Tax competition within the European Union – Is the CCCTB-directive a solution?', *Erasmus Law Review* 7:24, p. 24-38. De vraag is echter of een (winst)belasting vrij van instrumentalisme de te volgen weg is. Hoewel het niet de meest efficiënte wijze van (her)verdeling van de beschikbare middelen is, zijn belastingen naar mijn mening wel de meest uitvoerbare wijze van herverdeling.

arbeidsfactor.²²⁹ Daarmee voorkomt het potentiële payroll-constructies met groepsmaatschappijen. Dit is echter nog steeds een statische benadering van de locatie van de werknemer. De Wilde staat een dynamische benadering voor: een tijdsevenredige fractionele toewijzing van de locatie van een (multinationale) werknemer. De fractie van het aantal werkdagen in het land ten opzichte van het totaal vormt dan de basis voor het toe te wijzen deel van de loonsom aan dit land.²³⁰ De omvang van de loonsom is relatief eenvoudig te bepalen. Elke vorm van arbeidsbeloning moet worden meegewogen, zodat geen verschuiving van beloningen mogelijk is. Onder andere salaris, bonussen en pensioenen zijn hier dan onderdeel van – zowel als deze geldelijk als in natura worden verschaft.²³¹

Ook de invulling van het werknemersbegrip is gevoelig voor oneigenlijk gebruik. Zelfstandigen kunnen hier uiteraard niet onder vallen, aangezien deze diensten verrichten aan de inhurende onderneming. Conceptueel vallen deze diensten dan eerder onder de activa.²³² Dit biedt echter mogelijkheden om quasi-zelfstandigen in dienst te nemen om de arbeidsfactor te manipuleren: zelfstandigen die in werkelijkheid als werknemers functioneren. Om die reden is het noodzakelijk quasi-zelfstandigen als werknemers te bestempelen, zoals veel landen reeds onder de huidige omstandigheden doen.²³³ Aansluiting op de nationale wetgeving – zoals de CCCTB doet²³⁴ – kan dan een uitkomst zijn.

Uit onderzoek blijkt dat ten gevolge van het opnemen van de arbeidsfactor de winstbelasting (ten dele) in een arbeidsbelasting verandert.²³⁵ Als gevolg hiervan kan de vraag naar arbeid in de jurisdictie dalen. De kosten van arbeid zijn immers groter

²²⁹ Artikel 33, tweede lid, CCCTB-richtlijnvoorstel.

²³⁰ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 395-396.

²³¹ Ook de CCCTB voorziet hierin, zie artikel 91, derde lid CCCTB-richtlijnvoorstel.

²³² J. Weiner, 'Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada', *Directorate-General Taxation & Customs Union Taxation Paper 2005:8*, p. 21.

²³³ In Nederland wordt van een werknemer gesproken als sprake is van (i) arbeid, (ii) loon en (iii) een gezagsverhouding. Onder deze werkwijze zijn quasi-zelfstandigen in beginsel werknemer.

²³⁴ Artikel 90 CCCTB-richtlijnvoorstel.

²³⁵ C. McLure, *The State Corporate Income Tax: Lambs in Wolves' Clothing*, Washington D.C.: The Brookings Institution 1980, p. 327-348.

dan de loonkosten alleen, ook de winstbelasting weegt mee.²³⁶ Dit geldt echter alleen als de formule niet-uniform is. Indien een wereldwijd uniforme formule toegepast zou worden, moet dit een geaggregeerd neutraal effect op de werkgelegenheid hebben.²³⁷ De arbeidsfactor kan daarmee door landen worden gebruikt om bedrijven aan te trekken in de competitie voor werkgelegenheid: een lagere weging van de arbeidsfactor leidt dan (*ceteris paribus*) tot hogere werkgelegenheid.

4.4.2 - Activa

Naast arbeid is ook de traditionele productiefactor kapitaal veelgebruikt als allocatiefactor voor *formulary apportionment*-methoden. De rol van kapitaal wordt dan vervuld door de allocatiefactor activa. In de traditionele (*double-weighted*) Massachusetts-formule – veel toegepast in de VS²³⁸ – spelen activa een nadrukkelijke rol, alsook in het CCCTB-voorstel van de Europese Commissie. Theoretisch schaaft men al het eigendom van een bedrijf onder deze allocatiefactor,²³⁹ in de praktijk worden veelal uitzonderingen gemaakt.

Immateriële activa worden in de CCCTB niet meegenomen in de weging van de activa, gezien het mobiele karakter van deze activa.²⁴⁰ Ondernemingen kunnen de locatie van mobiele factoren relatief eenvoudig wijzigen, waarmee een verplaatsing naar laagbelastende jurisdicties voor de hand ligt. Op deze wijze kunnen ondernemingen hun belastingdruk verlagen zonder de wijziging van reële activiteiten. Daarnaast moedigt de inclusie van immateriële activa belastingcompetitie tussen overheden aan, met economische verstoringen en verlaagde belastinginkomsten tot gevolg.²⁴¹ Ook zijn immateriële activa vaak intern gegenereerd, wat de waardering

²³⁶ D. Wellisch, 'Taxation under Formula Apportionment - Tax competition, Tax Incidence, and the Choice of Apportionment Factors', *FinanzArchiv/Public Finance Analysis* 2004/60, p. 24-41.

²³⁷ A. Goolsbee & E. Maydew, 'Coveting Thy Neighbour's Manufacturing: The Dilemma of State Income Apportionment', *Journal of Public Economics* 2020, p. 125-143.

²³⁸ Artikel IV.9 Multistate Tax Compact.

²³⁹ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 396.

²⁴⁰ Artikel 91, eerste lid CCCTB-richtlijnvoorstel.

²⁴¹ CCCTB Working Group, 'The Mechanism for sharing the CCCTB', *Working Paper No. 47*, par. 22.

arbitrair maakt. Dat maakt dat immateriële activa onder *formulary apportionment* tegen vergelijkbare problemen als bij transfer pricing aan zouden lopen.²⁴²

Daar staat tegenover dat immateriële activa een steeds grotere rol in de waardecreatie van multinationale ondernemingen spelen. Het roept dan ook de kritiek op dat het weglaten van een belangrijke winstpijler zorgt voor een onjuiste verdeling van de winsten, een niet-neutraal belastingsysteem en daarmee een inefficiënt belastingsysteem.²⁴³ Immateriële activa worden echter ook meegewogen in de (potentiele) allocatiefactoren arbeid en omzet. De winsten uit deze immateriële activa worden dan vertolkt door de werknemers die ervan gebruikmaken en door de omzetten die met behulp van de immateriële activa gemaakt worden.²⁴⁴ Ook wordt het alsnog indirect meegewogen in de activa, door bijvoorbeeld laboratoria.²⁴⁵ Het waarderingsvraagstuk en de mobiliteit van immateriële activa maakt echter dat deze ongeacht de kritiek niet (direct) meegewogen kunnen worden in de allocatiefactor activa.

Over het algemeen worden de activa bij *formulary apportionment* gewaardeerd op de historische kostprijs,²⁴⁶ minus afschrijvingen indien van toepassing.²⁴⁷ In de literatuur wordt veelal betoogd dat activa op *fair value* zouden moeten worden gewaardeerd, in plaats van de kostprijs.²⁴⁸ Kosten zijn immers geen drijver van de winst, integendeel. Het is dan ook geen logische gedachte om winst toe te delen aan de jurisdicties waar de kosten het hoogst zijn. In dat geval zouden kosteninefficiënte activiteiten een hogere winst toebedeeld krijgen, waar het waarschijnlijker is dat deze

²⁴² C. McLure, 'Replacing Separate Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', *Bulletin for international taxation* 2002/56/586, p. 595.

²⁴³ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper* 2006:9, p. 51.

²⁴⁴ J. Hellerstein, 'Federal Income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment', *Tax Notes* 60/1131.

²⁴⁵ M. Keen et al, 'Corporate Taxation in the Global Economy', *IMF Policy Paper* 19/007 (2019). p. 32-33.

²⁴⁶ Zie, bijvoorbeeld, artikel 94 CCCTB-Richtlijnvoorstel, en artikel 4, sectie elf Multistate Tax Compact.

²⁴⁷ Artikel 94, tweede en derde CCCTB-richtlijnvoorstel.

²⁴⁸ Zie, onder andere, W. Hellerstein et al, 'The European Commission's Report on Company Income Taxation: What the EU Can Learn from the Experience of the US States', *International Tax and Public Finance* 2004 11/199, p. 211, en C. McLure., 'U.S. Federal Use of Formula Apportionment to Tax Income From Intangibles', *Tax Notes International* 14/859, p. 866.

juist een lagere winst genereren. Echter kan ook worden beargumenteerd dat *formulary apportionment* winsten niet lokaliseert, maar slechts toewijst aan een jurisdictie.²⁴⁹ Aangezien *fair value* evenals de verrekenprijzen waarderingproblematiek met zich meebrengt, kan het doelmatiger zijn de historische kostprijs aan te houden bij de waardering.

De locatie van de activa moet relatief eenvoudig te bepalen zijn – althans zolang immateriële activa buiten beschouwing worden gelaten. In principe is het de plaats waar de activa in het productieproces van het bedrijf gebruikt worden. In de praktijk wordt dit veelal bepaald aan de hand van de locatie van gebruik of locatie van de economisch eigenaar.²⁵⁰ Bij mobiele activa moet een andere toerekeningsmethode worden gebruikt. Een eenvoudig toepasbaar systeem is het (per dag) tijdsevenredig toerekenen van de activa aan een jurisdictie, eventueel gecompenseerd voor het aantal dagen dat een activum niet gebruikt wordt.²⁵¹

4.4.3 - Omzet

De omzetcfactor is wellicht de meest controversiële. Deze alloceert de winst niet aan het oorsprongslaan – zoals de factoren arbeid en activa – maar aan het bestemmingsland, wat in traditionele winstverdelingsmethoden niet tot nauwelijks gebeurt. Een winstallocatie aan de hand van het bestemmingsland is minder makkelijk te manipuleren dan aan de hand van het oorsprongslaan. De omzet is immers minder mobiel dan arbeid en (met name) activa, omzet valt niet door de onderneming kunstmatig te verplaatsen. Dit is dan ook een belangrijk argument om de omzet als factor mee te wegen.²⁵²

De uitwerking van de omzetcfactor is echter minder eenvoudig dan het concept *an sich*. Interne groepsleveringen zullen moeten worden uitgesloten, deze zijn immers

²⁴⁹ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 400.

²⁵⁰ Zie, bijvoorbeeld, artikel 94, eerste lid en 93, tweede lid CCCTB-richtlijnvoorstel.

²⁵¹ Vergelijk M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 401.

²⁵² W. Fox, L. Luna & M. Murray, 'How Should a Subnational Corporate Income Tax on Multistate Businesses Be Structured?', *National Tax Journal* 2005/53, p. 139-159.

makkelijk manipuleerbaar, waardoor winst kunstmatig verschoven kan worden.²⁵³ In beginsel zal alle omzet – zowel business-to-business (B2B) als business-to-consumer (B2C) – meegewogen worden. Echter rijst de vraag wat te doen met (bijvoorbeeld) rente, royalty's of dividend. Inkomsten uit actieve participaties zouden conceptueel niet in de factor omzet mee moeten wegen (maar wel bij de factor activa).²⁵⁴ Daarnaast zijn ook halffabricaten een pijnpunt: indien deze meegewogen worden vormt zich een cascade-effect van omzetschapeling.²⁵⁵ Dit hoeft echter geen groot probleem te zijn, aangezien dit slechts de toewijzing van de winst beïnvloedt en er geen cascade-effect van de winst zelf optreedt.²⁵⁶

De locatie van de omzet is niet altijd eenvoudig traceerbaar, aangezien de plaats van verkoop niet altijd eenduidig is. In zowel *formulary apportionment*-systemen in Canada²⁵⁷, de VS²⁵⁸ en het CCCTB-richtlijnvoorstel²⁵⁹ als de btw-richtlijn wordt bij B2C-verkopen de plaats van consumptie aangeduid als de locatie van het bestemmingsland. Deze locatie moet echter wel meetbaar zijn. Met name bij digitale verkopen speelt dit probleem, waar de locatie van de consument moeilijk te achterhalen en makkelijk manipuleerbaar is.²⁶⁰ B2B-verkopen zullen in beginsel eenvoudiger zijn, met als bestemmingsland de plaats van gebruik in het productieproces.²⁶¹

²⁵³ Door heen en weer te schuiven met omzet tussen twee groepsmaatschappijen kan bijvoorbeeld een eindeloos grote "omzet" in een land gecreëerd worden. Uitsluiten van deze transacties ligt ook voor de hand: de groep is immers ook belastingplichtig over zijn geconsolideerde winst, groepstransacties hebben hierop ook geen invloed.

²⁵⁴ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 405.

²⁵⁵ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 54.

²⁵⁶ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 403-404.

²⁵⁷ Sectie 402, vierde lid Canadian Income Tax Regulations.

²⁵⁸ Artikel 4 sectie 16(a) Multistate Tax Compact.

²⁵⁹ Artikel 96, eerste lid, CCCTB-richtlijnvoorstel.

²⁶⁰ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 53-54.

²⁶¹ M. de Wilde, 'Tax competition within the European Union – Is the CCCTB-directive a solution?', *Erasmus Law Review* 7:24, p. 24-38.

4.5 - Nexus

Net als onder het huidige winstallocatiesysteem, is onder *formulary apportionment* een economische connectie met het land vereist om belastbare winst te kunnen toewijzen. Zonder deze economische *nexus* van de onderneming met een land is het niet mogelijk belasting te heffen. Over het algemeen wordt deze *nexus* beoordeeld aan de hand van kwalitatieve vereisten, zoals de plaats van het hoofdkantoor of plaats van effectief management.²⁶² Ook in de CCCTB wordt vastgehouden aan deze kwalitatieve vereisten.²⁶³ Dit heeft tot gevolg dat een gat kan ontstaan tussen de belastingheffing (kwantitatieve vereisten) en de belastbare aanwezigheid (kwalitatieve vereisten) onder *formulary apportionment*. Een belastbare aanwezigheid kan ontstaan zonder dat winst wordt toegewezen en vice versa.²⁶⁴ Dit leidt tot administratief ongemak, maar ook tot ‘*nowhere-income*’: winst die nergens wordt toegewezen, en daarmee nergens wordt belast. Dit is met name relevant bij de factor omzet, die slecht aansluit bij de huidige kwalitatieve vereisten. De kwalitatieve vereisten zijn immers vooral gericht op de (traditionele) aanbodzijde van de markt en minder op de vraagzijde, welke de factor omzet vertegenwoordigt.²⁶⁵ Als gevolg hiervan kan het land met de vraagzijde alsnog buiten de boot vallen wat belastingheffing betreft.²⁶⁶

Onder de huidige implementaties van *formulary apportionment* wordt dit ondervangen door ‘*throw-back*’ en ‘*throw-out*’ regels. Bij ‘*throw-back*’ regels wordt de factor die wordt toegewezen aan een staat zonder belastbare aanwezigheid van de onderneming, opnieuw toegewezen aan de staat mét belastbare aanwezigheid. Dit kan proportioneel of gelijkmatig aan alle staten met belastbare aanwezigheid worden terugverwezen. Deze ‘*throw-back*’ regels zouden worden toegepast onder de

²⁶² M. de Wilde, ‘Tax competition within the European Union – Is the CCCTB-directive a solution?’, *Erasmus Law Review* 7:24, p. 24-38.

²⁶³ Zie artikel 86, eerste lid CCCTB-richtlijnvoorstel.

²⁶⁴ Bijvoorbeeld: wel een hoofdkantoor, maar geen aanwezigheid in de *formulary apportionment*-factoren, of vice versa.

²⁶⁵ M. McIntyre, ‘The use of combined reporting by nation states’, *Tax Notes International* 2004/35, p. 287- 291.

²⁶⁶ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 381-384.

CCTB,²⁶⁷ en worden reeds toegepast in de VS²⁶⁸ en Canada.²⁶⁹ Als alternatief kunnen ook ‘*throw-out*’ regels worden toegepast: het gedeelte van een factor die wordt toegewezen aan een land zonder belastbare aanwezigheid wordt genegeerd voor de toewijzing van belastbare winst.²⁷⁰ Dit heeft vrijwel hetzelfde effect als het proportioneel herverdelen van de factor onder de ‘*throw-back*’ regels. Dit leidt er echter toe dat met name de factor omzet met deze ‘*throw-back*’ en ‘*throw-out*’ regels te maken zal krijgen. Deze factor heeft immers de grootste mismatch met de kwalitatieve vereisten voor de belastbare aanwezigheid. Als gevolg hiervan zal nog steeds de vraagzijde niet in balans zijn met de aanbodzijde qua belastingheffing. Ook leidt het tot mogelijkheden tot manipulatie van de belastbare aanwezigheid en daarmee tot manipulatie van de belastbare winst in een jurisdictie.²⁷¹

Dit kan ondervangen worden door van kwalitatieve vereisten voor de belastbare aanwezigheid te verschuiven richting kwantitatieve vereisten. Dit kan worden bewerkstelligd door uit te gaan van *factor presence tests*: bij aanwezigheid van een der factoren (of een combinatie van factoren) in een jurisdictie, ontstaat daarmee een belastbare aanwezigheid. Deze aanwezigheid wordt in kwantitatief opzicht gemeten, met een *de minimis* drempel om de hanteerbaarheid van de methode te garanderen. Een vergelijkbaar kwantitatief systeem is geïmplementeerd in de btw-richtlijn wat betreft afstandsverkopen, waarbij een *de minimis* drempel van € 35.000 of € 100.000 wordt aangehouden.²⁷² Door de implementatie van de *factor presence tests* worden de belastbare aanwezigheid en de toewijzing van de belastbare winst op een lijn gezet, waarmee ook de mogelijkheid van *nowhere income* geminimaliseerd wordt. Daarnaast worden ook de mogelijkheden tot manipulatie van de belastbare aanwezigheid feitelijk tenietgedaan: de belastbare aanwezigheid is hiermee slechts te wijzigen door middel van het (daadwerkelijk) verplaatsen van de relevante factoren.²⁷³

²⁶⁷ Artikel 96, vierde lid CCTB-richtlijnvoorstel.

²⁶⁸ Article vier sectie16(b) Multistate Tax Compact.

²⁶⁹ Sectie 402, vierde lid 4 onderdeel b Canadian Income Tax Regulations.

²⁷⁰ Dit wordt met betrekking tot bijvoorbeeld royalty's toegepast in de VS, artikel 4, sectie 18 onderdeel c(3) Multistate Tax Compact.

²⁷¹ Zie ook S. Mayer, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, Munchen: Ludwig Maximilians 2009, p. 202-205.

²⁷² Artikel 33 and 34 van de btw-richtlijn.

²⁷³ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 392.

4.6 - Formulary apportionment in theorie en praktijk

Hoewel *formulary apportionment* vooral een theoretisch alternatief is voor het huidige winstbelastingstelsel, is het ook hier en daar in het wild te vinden. Dat het vooralsnog een voornamelijk theoretisch alternatief is, illustreert de Common Consolidated Tax Base van de Europese Unie het best. Over deze plannen wordt al decennia gedacht en al bijna een decennium gesproken, maar praktijk is het nog (lang) niet.²⁷⁴ Aan de andere kant van de oceaan zijn wel praktijkvoorbeelden te vinden: in de Verenigde Staten op staatsniveau en in Canada op provincieniveau.²⁷⁵

4.6.1 - Common Consolidated Corporate Tax Base

Met de groei van het aantal lidstaten neemt ook de hoeveelheid verschillende belastingstelsels binnen de Europese interne markt toe. De Europese Commissie (EC) ziet dit als onwenselijk, gezien de toenemende administratieve lasten en dubbele (non-)belasting als gevolg hiervan. Met name de lasten op het gebied van verrekenprijzen zijn de Commissie een doorn in het oog.²⁷⁶ Na tientallen jaren van oeverloze discussie, publiceerde de EC in maart 2011 een oplossing voor deze problemen in de vorm van de conceptrichtlijn voor een Europese gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting: de Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).²⁷⁷ Bij implementatie moet het het 28^{ste} belastingstelsel van de Europese Unie worden.

De CCCTB is een methode om winsten en verliezen van een concern op EU-niveau te consolideren en toe te wijzen aan verschillende lidstaten waar de groep actief is. Met de CCCTB zijn verrekenprijzen verleden tijd – voor de interne markt althans. Het laat de zelfstandigheidsfictie los, en haakt aan bij de groep als geheel voor de belastingheffing. Een groep voor de CCCTB bestaat uit:

²⁷⁴ S.U. Khan Niazi, 'Re-Launch of the Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) in the EU: A Shift in Paradigm'. *Legal Issues of Economic Integration* 44/3, p. 293–301.

²⁷⁵ M. Keen et al, 'Corporate Taxation in the Global Economy', *IMF Policy Paper* 19/007 (2019), p. 31.

²⁷⁶ Europese Commissie, 'Commission proposes major corporate tax reform for the EU', geraadpleegd op 23 november 2020 via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_3471.

²⁷⁷ Europees Richtlijnvoorstel betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM/2011/0121.

- Een ingezetene²⁷⁸ belastingplichtige met:
 - al zijn vaste inrichtingen gelegen in lidstaten;
 - alle in een lidstaten gelegen vaste inrichtingen van zijn kwalificerende dochters die inwoner zijn van een derde land;
 - al zijn kwalificerende dochters die inwoner zijn van een of meer lidstaten; en
 - andere ingezetene belastingplichtigen die kwalificerende dochters zijn van dezelfde vennootschap die inwoner is van een derde land en aan de voorwaarden van artikel 2, lid 2, onder a), voldoet.²⁷⁹
- Een niet-ingezetene belastingplichtige vormt een groep ter zake van al zijn vaste inrichtingen gelegen in lidstaten en al zijn kwalificerende dochters die inwoner zijn van een of meer lidstaten, daaronder begrepen de in lidstaten gelegen vaste inrichtingen van laatstgenoemde.²⁸⁰

Kwalificerende dochters zijn alle directe dochters en kleindochters waarin de moedermaatschappij de volgende rechten heeft:

- een recht om meer dan 50% van de stemrechten uit te oefenen; en
- een eigendomsrecht van meer dan 75% van het kapitaal van de vennootschap of meer dan 75% van de rechten die aanspraak geven op de winst.²⁸¹

De winst van deze groep wordt geconsolideerd alvorens deze te verdelen over de lidstaten door middel van formulary apportionment. Dit Unie-brede systeem, welke voor elke belastingplichtige facultatief kan worden toegepast, moet de complexiteit aanzienlijk verminderen.²⁸²

²⁷⁸ Een ingezetene belastingplichtige heeft zijn vestigingsplaats in een lidstaat van de Europese Unie.

²⁷⁹ Artikel 55, eerste lid, CCCTB-Richtlijnvoorstel.

²⁸⁰ Artikel 55, tweede lid, CCCTB-Richtlijnvoorstel.

²⁸¹ Artikel 54, eerste lid, CCCTB-Richtlijnvoorstel.

²⁸² Europees Richtlijnvoorstel betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM/2011/0121, p. 4-7.

Onder grote druk van met name Ierland en het Verenigd Koninkrijk leek de CCCTB een stille dood te sterven,²⁸³ tot hij in 2016 door de EC weer tot leven werd gewekt in een nieuwe conceptrichtlijn.²⁸⁴ De structuur van het eerdere voorstel blijft staan, met een formulaire verdeling op basis van de evenredig gewogen factoren omzet, arbeid en activa. De factor arbeid wordt tweeledig gewogen, bestaande uit een component loonsom en een component aantal werknemers.

De verdeelsleutel is politiek een tendentiekus onderwerp. Grote (industriële) economieën als Duitsland en Frankrijk zijn groot voorstander van een dergelijke verdeelsleutel. Echter maken met name kenniseconomieën als Nederland, Ierland en Luxemburg zich zorgen dat CCCTB voor hen budgettair negatieve gevolgen zal hebben. Dit is voornamelijk een gevolg van de vormgeving van de factor activa, waarin immateriële activa niet worden meegewogen. Deze landen zijn relatief afhankelijk van immateriële activa, aangezien in een kenniseconomie relatief weinig andere activa op de balans staan.²⁸⁵ Wellicht dat industrie-specifieke – maar nog niet nader ingevulde – formules die de EC voorstaat daarvoor een oplossing kunnen bieden.²⁸⁶

Het facultatieve karakter is in 2016 aangescherpt: multinationals met een groepsomzet van €750 miljoen of meer zijn in het voorstel verplicht deel te nemen aan de CCCTB.²⁸⁷ Bij zowel een belang van de moeder in dochter van (i) ten minste 50% van het stemrecht; en (ii) 75% van het aandelenkapitaal of winstrechten is sprake van een geconsolideerde groep voor de CCCTB.²⁸⁸ De consolidatie van de winst van de

²⁸³ H. Mahony, 'EU in new push for common corporate tax base', *EU Observer* 17 juni 2015, geraadpleegd via <https://euobserver.com/economic/129156>.

²⁸⁴ Richtlijnvoorstel betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM/2016/0683.

²⁸⁵ W. Power & K. Snellman, 'The knowledge economy', *Annual Review of Sociology* 2004/30, p. 199-220.

²⁸⁶ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper* 2006:9, p. 10.

²⁸⁷ Artikel 5, CCCTB-Richtlijnvoorstel.

²⁸⁸ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper* 2006:9, p. 9.

groep maakt ook grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk, door de EC gepresenteerd als een van de belangrijkste voordelen van de CCCTB.²⁸⁹

De belastbare groep heeft onder de CCCTB nog slechts in het land van de vestiging van de moederverenootschap met de belastingautoriteiten te maken, de zogenaamde *one-stop-shop*. Ook dit moet voor verminderde complexiteit en administratieve verlichting voor de belastingplichtige groep zorgen.²⁹⁰ Dit is echter een heikel punt, aangezien veel lidstaten dit zien als een inbreuk op de fiscale soevereiniteit.

Om de CCCTB behapbaar te maken voor lidstaten, is de EC voornemens het als een tweetrapsraket te lanceren: eerst wordt de Common Consolidated Tax Base (CCTB) ingevoerd, waarin de consolidatie nog achterwege blijft. Wel zal de fiscale wetgeving met betrekking tot de grondslag van de winstbelasting worden geharmoniseerd. Op deze wijze kan voortgang worden geboekt op alle terreinen, zonder dat de consolidatie deze stap in de weg zit. Zodra deze gemeenschappelijke grondslag gerealiseerd is, moet de Unie-brede consolidatie volgen.²⁹¹ Gezien de voortgang die sinds 2016 is geboekt, blijft de vraag of dit richtlijnvoorstel ooit doorgevoerd zal worden. Met de fiscale soevereiniteit en het vetorecht van elke lidstaat lijkt dit niet waarschijnlijk.

4.6.2 - Canada

Hoewel de Canadese provinciën al sinds begin twintigste eeuw een winstbelasting voor bedrijven heffen, kwam pas enige coördinatie in de allocatie van inkomen tussen provinciën met de Tax Rental Agreement van 1947. Daarin werd het inkomen toegerekend aan de provincie met de vaste inrichting van het betreffende bedrijf. Indien het bedrijf vaste inrichtingen in meerdere provinciën had, vond de toerekening plaats aan de hand van de resultaten van de vaste inrichtingen of, bij gebrek aan gescheiden resultaten, de bruto omzet van de vaste inrichting. Een latere aanpassing

²⁸⁹ Ibidem, p. 2.

²⁹⁰ Ibidem, p. 10-11.

²⁹¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden, COM/2015/305.

wijzigde de allocatieformule naar een gelijke weging van de factoren bruto omzet en loonsom, welke ook nu nog van kracht is.²⁹²

Deze formule wordt toegepast in tien Canadese provinciën en drie gebieden. De belastingen worden opgehaald door de federale belastingdienst en vervolgens verspreid over de provinciën en gebieden. Al wordt gebruik gemaakt van één geharmoniseerde formule, de provinciën blijven autonoom in het bepalen van de grondslag en het tarief van de winstbelasting.²⁹³ Zo lopen de tarieven uiteen van 10% (Alberta) tot 16% (Prince Edward Island). Uitzonderingen op de harmonisatie zijn Quebec en Alberta: zij hebben meer vrijheid dan andere provinciën in het ontwerp van hun belastingsysteem, al wijken ze relatief weinig af van de landelijke norm.²⁹⁴

Om (fiscale) inkomensverschillen tussen verschillende gebieden te verkleinen, maakt de Canadese overheid jaarlijks 10% van de federale winstbelasting beschikbaar aan de armere provinciën.²⁹⁵ De provinciale winstbelastingen zijn niet aftrekbaar van de federale winstbelasting. In plaats daarvan vormt voor een onderneming 10% van het belastbaar inkomen dat toegerekend wordt aan een provincie een vermindering op de federale belastingen (met een tarief van 38%).²⁹⁶ Deze vermindering geldt alleen voor binnenlands inkomen, al is buitenlands inkomen over het algemene niet op provinciaal niveau belast.²⁹⁷

4.6.3 - Verenigde Staten

In de Verenigde Staten wordt *formulary apportionment* reeds meer dan een eeuw toegepast op staatsniveau. In de VS wordt zowel op federaal als op het niveau van

²⁹² A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper* 2006:9, p. 14-15.

²⁹³ J. Weiner, 'Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada', *Directorate-General Taxation & Customs Union Taxation Paper* 2005:8, hoofdstuk 6.

²⁹⁴ S. Mayer, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, München: Ludwig Maximilians 2009, p. 117.

²⁹⁵ Ibidem, p. 63 en 113.

²⁹⁶ Sectie 124 Canadian Income Tax Act.

²⁹⁷ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 364-365.

de individuele staten winstbelasting van bedrijven geheven. De betaalde winstbelasting op staatsniveau is aftrekbaar op federaal niveau. Voor bedrijven die in meerdere staten actief zijn, wordt *formulary apportionment* gebruikt om de winsten aan staten toe te wijzen. Op federaal niveau wordt daarentegen alleen het *at arm's length*-beginsel toegepast, in lijn met de internationale standaard.²⁹⁸

In 1911 was Wisconsin de eerste staat die *formulary apportionment* toepaste. Destijds was dit gebaseerd op drie evenredige allocatiefactoren: aandelen, fabricagekosten en verkopen. Na een grondwettelijke goedkeuring voor de toepassing van *formulary apportionment* in 1920 begonnen meer en meer staten het systeem toe te passen. Begin jaren '30 had vrijwel elke staat een vorm van *formulary apportionment*, veelal gebaseerd op factoren als: vastgoed, voorraad, debiteuren, fabricagekosten en inkopen.²⁹⁹ Deze wildgroei aan verschillende allocatiefactoren was aanleiding voor de Amerikaanse National Tax Association om te proberen de formule te uniformiseren, maar zonder succes; de staten bleven grotendeels autonoom in hun keuze van allocatiefactoren.³⁰⁰ Dat laat de staten ook vrij om hun formule aan te passen ten behoeve van hun economische groei. Door middel van een fiscaal agressieve formule kunnen investeringen worden aangetrokken. Uit onderzoek blijkt dat aanpassingen aan de formule ook daadwerkelijk een positief economisch effect hebben, althans totdat andere staten hun eigen formule hebben aangepast.³⁰¹

De autonomie van staten in hun *formulary apportionment* is beperkt door de federale grondwet. Daarin is bepaald dat een nexus moet bestaan tussen de activiteiten van de belastingplichtige en de heffende staat. Daarnaast mag de formule niet leiden tot discriminatie van interstatelijke of internationale handel. Ook moet de toegepaste formule niet onevenredig uitwerken voor de belastingplichtige: het moet

²⁹⁸ J. Hellerstein, 'Federal income taxation of multinationals: replacement of separate accounting with formulary apportionment', *Tax Notes*, p. 1132.

²⁹⁹ J. Weiner, 'Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada', *Directorate-General Taxation & Customs Union Taxation Paper 2005:8*, p. 11.

³⁰⁰ S. Mayer, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, München: Ludwig Maximilians 2009, p. 68-75.

³⁰¹ A. Goolsbee, & E. Maydew, 'Coveting thy neighbor's manufacturing: The dilemma of state income apportionment', *Journal of Public Economics* 75, p.125-143.

niet tot dubbele belasting of tot disproportionele belastingheffing in vergelijking met de in de staat ontplooidde activiteiten leiden. Binnen deze kaders zijn staten geheel vrij in hun wijze van winstallocatie – ook in de keuze tussen bijvoorbeeld *formulary apportionment* of *transfer pricing*.

Ook zonder verplichte formule zijn de staten elkaar meer genaderd. Sinds de jaren '50 volgden steeds meer staten de Massachusetts-formule: een evenredige (één derde) weging van de factoren loonsom, activa en omzet. Tegenwoordig is de trend naar een steeds sterkere weging van de omzet-factor. Dat leidde eerst tot een *double-weighted Massachusetts-formule*, met een weging van een 1/4 van zowel de loonsom als activa, en een weging van een 1/2 van de omzet. Door gebruik te maken van een hogere weging van de factor omzet, pogen staten bedrijfsinvesteringen aan te trekken. Deze investeringen zorgen immers niet voor bedrijven voor een grotere belastbare aanwezigheid in die staat, maar wel voor een kleinere belastbare aanwezigheid in overige staten. Inmiddels is er ook een trend van de *double-weighted Massachusetts-formule* naar een *sales-formule*. Slechts de factor omzet wordt hierbij meegewogen ten behoeve van de economische groei.³⁰²

4.7 - Voordelen van *formulary apportionment*

Het invoeren van een formulematige winstallocatie brengt diverse voordelen met zich mee. Het grootste voordeel is de verlaagde nalevingskosten van *formulary apportionment*. Bij wereldwijde invoering is *transfer pricing* niet meer nodig om de kosten en inkomsten te alloceren aan entiteiten en jurisdicties, aangezien op basis van de formule het geconsolideerde resultaat van de groep aan een jurisdictie wordt toegewezen.³⁰³ Dit brengt ook meer rechtszekerheid met zich mee, aangezien resultaten eenvoudiger bepaalbaar en controleerbaar zullen zijn.

In het verlengde van het verdwijnen van *transfer pricing*-documentatie ligt de rechtsvormneutraliteit die *formulary apportionment* met zich meebrengt. Door

³⁰² Zie ook het eerder besproken *formulary apportionment* op basis van de factor omzet in paragraaf 4.3.3.

³⁰³ P. Hofmann & N. Riedel, 'Transfer Pricing Regimes for Developing Countries', *Bulletin for International Taxation* 2018/72, no. 4/5.

consolidatie van de winsten van de groep kan *formulary apportionment* worden toegepast zonder onderscheid naar de gekozen rechtsvorm noch onderscheid naar de hoeveelheid entiteiten die onderdeel zijn van de groep. Daardoor zijn ook de mogelijkheden om winsten te verschuiven naar laagbelastende jurisdicties gereduceerd: het specifieke resultaat van een entiteit geeft niet (direct) aanleiding voor de belastbare winst in een jurisdictie.³⁰⁴ Dit verlaagde belang van de geografische locatie van de winst, brengt ook met zich mee dat dit meer toegesneden is op de digitaliserende economie. De locatie van de toegevoegde waarde van digitale ondernemingen is niet eenduidig te bepalen,³⁰⁵ bij een formulematige verdeling van de winst is dit echter niet van belang.

Een verdeling van de winst op basis van allocatiefactoren reduceert de mogelijkheid van artificiële winstverschuiving. Om winst te laten neerslaan in laagbelastende jurisdicties moet(en) ook de relevante allocatiefactor(en) in die jurisdictie aanwezig zijn.³⁰⁶ Aangezien de factor omzet geheel statisch is – consumenten zijn immers niet-mobiel – is voor dat deel van de formule de winst ook statisch. Daardoor is de afzetjurisdictie altijd gerechtigd tot een deel van de winst, als de allocatiefactor omzet gebruikt wordt.

Doordat (een deel van) de winst statisch is, biedt dit ook mogelijkheden aan jurisdicties om de belastingtarieven te verhogen. Waar nu een ‘race-to-the-bottom’ met winstbelastingtarieven zin heeft – belastingverschuiving is immers mogelijk –, is dit bij FA in mindere mate mogelijk. Met name hoogbelastende jurisdicties zullen als gevolg hiervan meer belastinginkomsten kunnen verwachten, waar laagbelastende jurisdicties naar verwachting minder winstbelasting binnen zullen krijgen.³⁰⁷

³⁰⁴ K.S. Klausning & R.S. Avi-Yonah, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*, Washington, DC: Brookings Institution 2007, p. 13-18.

³⁰⁵ Zie ook paragraaf 3.4.2.

³⁰⁶ K.S. Klausning & R.S. Avi-Yonah, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*, Washington, DC: Brookings Institution 2007, p. 13-18.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 13-18.

4.8 - Nadelen van formulary apportionment

Formulary apportionment kent echter ook enige conceptuele en praktische problemen. De voornaamste kritiek op *formulary apportionment* is dat het per definitie arbitrair zou zijn.³⁰⁸ Een allocatie aan de hand van een formule is immers niet (geheel) op de economische werkelijkheid gebaseerd. Dit gaat echter voorbij aan het feit dat dit onder traditionele winstallocatie niet zeer anders is. Het feit dat relatief veel winst in laagbelastende landen terechtkomt, geeft aan dat dit niet geheel aansluit bij de economische werkelijkheid. Bovendien is de OESO ook een stap richting formulaire allocatie aan het zetten, althans voor de restwinst.³⁰⁹

Hiernaast is internationale coördinatie en implementatie van *formulary apportionment* een zorgenkind. Als één land of een blok van landen FA implementeert, blijven veel van de bestaande problemen in stand. Met derden landen – landen buiten die FA toepassen – moet nog steeds transfer pricing worden toegepast. Dit maakt de initiële implementatie niet eenvoudig, het zal voornamelijk voor een extra set regels zorgen. Dat maakt dat internationale consensus vereist is, hetgeen niet eenvoudig te verkrijgen is.

Internationale consensus is vereist van zowel laag- als hoogbelastende landen. Met name laagbelastende niet-producerende landen hebben onder dit systeem te verliezen. Landen als Luxemburg en Ierland hebben relatief weinig van de meest waarschijnlijke – arbeid, activa en omzet – allocatiefactoren in hun land, terwijl ze relatief veel winstbelasting incasseren. De grote traditionele productielanden hebben tegelijkertijd veel te winnen qua belastingheffing.³¹⁰ Het is daarom onwaarschijnlijk dat tussen deze twee groepen overeenstemming kan komen over een nieuw systeem op basis van *formulary apportionment*.

³⁰⁸ C.E. McLure, 'Replacing separate entity accounting and the Arm's length principle with formulary apportionment', *IBFD Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, onderdeel 2.3.

³⁰⁹ OESO, *Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One*, Parijs: OECD Publishing 2019, par. 15 e.v.

³¹⁰ K.S. Klausing & R.S. Avi-Yonah, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*, Washington, DC: Brookings Institution 2007, p. 18-23.

Bovendien kunnen verschillende implementaties van *formulary apportionment* – zoals bijvoorbeeld een verschil in de allocatiefactoren – nog steeds tot dubbele (non-)belasting leiden.³¹¹ Ook met derde landen kan dit probleem spelen, maar in mindere mate.³¹² Als een land met *formulary apportionment* echter alleen de omzet als allocatiefactor toepast, is het voor bedrijven aantrekkelijk productie naar dit land te verplaatsen. Het is voor landen daarom ook economisch aantrekkelijk een omzet-gebaseerde formule te implementeren.³¹³

Formulary apportionment kan dan ook leiden tot een hernieuwde ‘race-to-the-bottom’ qua belastingtarieven. Het loont onder *formulary apportionment* namelijk niet (alleen) qua belastinginkomsten om een laag tarief te hanteren, maar ook (voornamelijk) om reële investeringen aan te trekken. Door de mobiele allocatiefactoren laag (of niet) te belasten middels de formule, wordt het land aantrekkelijk als plaats van productie. Dit leidt dan niet tot hogere winstbelastinginkomsten, wel leidt dit tot economische groei en meer werkgelegenheid.³¹⁴

4.9 - Deelconclusie

Formulary apportionment rekent winsten toe op basis van een vaste formule. De winst wordt bepaald op een geconsolideerd niveau: de groep als geheel wordt als één belastingplichtige beschouwd. De allocatie geschiedt vervolgens door middel van vaste allocatiefactoren, de meest toegepaste factoren zijn arbeid, activa en omzet.

³¹¹ Voorbeeld: Land A gebruikt alleen arbeid als allocatiefactor en land B alleen activa. Bedrijf C verplaatst al zijn activa naar land A en al zijn arbeid naar land B en betaalt daarmee in geen van beide landen (winst)belasting. Indien andersom, betaalt C juist dubbele belasting: in zowel A als B over de gehele winst.

³¹² Eenzelfde voorbeeld, maar nu is land B een derde land. Indien alle activa en arbeid naar B worden verplaatst, belast B de gehele winst. Land A belast niets. Als alle activa en arbeid naar land A worden verplaatst, belast A de gehele winst. Partiële dubbele belasting ontstaat als alle arbeid naar A wordt verplaatst en (een gedeelte van) de activa naar B worden verplaatst. Partiële non-belasting ontstaat wanneer alle activa naar A worden verplaatst en (een gedeelte van) de arbeid naar B wordt verplaatst.

³¹³ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 412-414.

³¹⁴ Ana Agúndez-García, ‘Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options’, *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 56.

Bij arbeid wordt gebruikgemaakt van de loonsom of het aantal arbeiders. Loonsom is voordelig voor hogelonenlanden, terwijl het aantal arbeiders juist gunstig uitpakt voor lagelonenlanden. Een mogelijk alternatief is derhalve een combinatie van de twee opties te gebruiken. Voor de allocatiefactor activa is de plaats van gebruik in het productieproces de meest aangewezen methode om deze te lokaliseren. Om misbruik te voorkomen, wordt een uitzondering gemaakt voor immateriële activa en andere mobiele activa. Deze zijn te gevoelig voor belastingverschuiving om mee te kunnen wegen. De factor omzet is (met name bij productielanden) een controversiële: deze wijst omzet toe aan het bestemmingsland in plaats van het oorsprongland. Dit is anders dan onder het huidige belastingsysteem, waar het bronlandbeginsel leidend is. Het voordeel van de factor omzet is dat deze zeer immobiel is: consumenten zijn niet te verschuiven. Daarmee is deze factor zeer onontvankelijk voor belastingverschuiving.

Om de nexus van een groep met een jurisdictie te bepalen, worden in het huidige belastingsysteem voornamelijk gebruikgemaakt van kwalitatieve vereisten. Als alternatief kan onder *formulary apportionment* ook gebruikgemaakt worden van kwantitatieve vereisten. Door middel van een *factor presence test* kan de band van een groep met een jurisdictie worden bepaald. Overschrijdt een groep een *de minimis*-grens van één of meerdere factoren in een jurisdictie, dan is deze belastingplichtig in de jurisdictie.

In Canada en de Verenigde Staten wordt *formulary apportionment* al vele jaren toegepast, op subnationaal niveau. In de VS werd door staten eerder veelal de *Massachusetts*-formule toegepast: een weging van een derde voor elke van de factoren arbeid, activa en omzet. Inmiddels is daar een trend naar een steeds sterkere weging van de factor omzet, waardoor de staat fiscaal aantrekkelijk is voor investeringen.

Het voornaamste voordeel van *formulary apportionment* zijn de verlaagde nalevingskosten ten opzichte van het huidige belastingsysteem. Het belang van *transfer pricing* is sterk gereduceerd, binnen de groep is dit geheel afwezig. Daarnaast

is het rechtsvormneutraal doordat de groep als geheel belastingplichtige is. Dit leidt daarnaast tot minder mogelijkheden voor belastingontwijking.

Daar staat tegenover dat *transfer pricing* nog steeds moet worden toegepast: met name naar landen waar *formulary apportionment* niet wordt toegepast. Daarnaast is consensus niet eenvoudig te bereiken, sommige landen hebben veel te winnen en sommige landen hebben veel te verliezen door de invoering van *formulary apportionment*. Ook is dubbele (non-)belasting niet per definitie verleden tijd bij wereldwijde invoering van *formulary apportionment*: verschillen in toegepaste factoren tussen landen kunnen nog steeds voor problemen zorgen. Tot slot kan ook een nieuwe *race to the bottom* ontstaan om investeringen aan te trekken door middel van lage belastingtarieven.

Hoofdstuk 5 - Eerlijk en efficiënt?

5.1 - Inleiding

De eerste kleine stapjes worden gezet om van *transfer pricing* in de richting van *formulary apportionment* te gaan. Tegelijkertijd is *transfer pricing* nog steeds het dominante systeem: het bestaat reeds vijftig jaar en wordt door zeker 119 landen gebruikt.³¹⁵ Tegelijkertijd staat *formulary apportionment* in de coulissen klaar om het nieuwe systeem voor internationale winsttoerekening te worden. De Europese CCCTB kan de dominosteen zijn om de verandering in gang te zetten.

In de hieraan voorafgaande hoofdstukken zijn voor zowel het huidige belastingsysteem als het alternatieve *formulary apportionment* de hoofdlijnen en de voor- en de nadelen uiteengezet. Om de probleemstelling van deze scriptie te beantwoorden worden beide systemen door middel van een drietal toetsingscriteria langs de lat gelegd. De toetsingscriteria *eerlijkheid*, *economische efficiëntie* en *uitvoerbare efficiëntie* geven aan in welke mate de systemen wenselijk zijn om in te voeren. Dit hoofdstuk geeft derhalve antwoord op de vierde en laatste deelvraag: *In hoeverre zijn het huidige belastingsysteem en formulary apportionment in overeenstemming met de toetsingscriteria eerlijkheid en efficiëntie?*

5.2 - Eerlijkheid

Gelijke gevallen gelijk behandelen en de sterkste schouders dragen de zwaarste lasten zijn de kernbegrippen van het eerlijkeheidsbeginsel. Dit leidt tot horizontale rechtvaardigheid – twee belastingplichtigen met eenzelfde inkomen betalen eenzelfde hoeveelheid (winst)belasting³¹⁶ en verticale rechtvaardigheid tussen belastingplichtigen – het verschil in belastingdruk tussen belastingplichtigen met een

³¹⁵ Europese Commissie, *Towards an Internal Market without Tax Obstacles: A Strategy for Providing Companies with a Consolidated Corporate Tax Base for their EU-wide Activities*, COM(2001)582/1, p. 9-11.

³¹⁶ A. Rabushka & M. Rose, *The Flat Tax: American and European Perspectives*, Great Barrington: American Institute for Economic Research 2000, onderdeel 4.

ongelijk inkomen moet op een eerlijke manier worden ingevuld.³¹⁷ Daarnaast is ook de rechtvaardigheid tussen staten onderling een invulling van het eerlijkeheidsbeginsel.³¹⁸

5.2.1 - Het huidige belastingsysteem

Landen concurreren onderling om de aanwezigheid van ondernemingen ten behoeve van de economische activiteiten en werkgelegenheid. Een belangrijk instrument in die concurrentieslag is de winstbelasting. Voor bedrijven en hun aandeelhouders is de winstbelasting een kostenpost, welke van belang is voor de investeringskeuze. Een land met een lage effectieve winstbelastingdruk is daarmee een aantrekkelijk investeringsland. Dit leidt tot een *race to the bottom*: in 1977 was bijvoorbeeld de effectieve vennootschapsbelastingdruk 51,1% voor het Nederlandse grootbedrijf, waar dit 41 jaar later nog slechts 22,3% is.³¹⁹ Dit hoeft niet te betekenen dat de vennootschapsbelasting per se onrechtvaardig is; de belastingdruk is voor kleinere bedrijven immers ook gedaald.

De mogelijkheid tot winstverschuiving is met name beperkt tot grotere, multinationale ondernemingen. Waar een nationaal belastingsysteem in beginsel consistent is en geen (al te grote) winstverschuivingsmogelijkheden kent, bestaan wel veel discrepanties tussen landen onderling. Dit maakt dat internationaal opererende ondernemingen mogelijkheden hebben deze discrepanties in hun voordeel te gebruiken. Ook hebben zij de mogelijkheid mobiele factoren van het productieproces te verplaatsen naar laagbelastende landen. In de digitaliserende economie worden deze verschillen uitvergroot. Aangezien een toenemende meerderheid van de waardecreatie van een multinationale onderneming in de integratie van bedrijfsonderdelen zit,³²⁰ negeert het *at arm's length*-beginsel een aanzienlijk deel van het waardecreatieproces in de winstallocatie. Dit maakt dat winstallocatie een meer

³¹⁷ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 45.

³¹⁸ Zie voor een uitgebreidere bespreking van het eerlijkeheidsbeginsel paragraaf 1.4.1.

³¹⁹ Follow the Money, 'Hoeveel belasting betalen grote bedrijven? Niemand die het weet', geraadpleegd op 13 november 2020 via <https://www-ftm-nl.eur.idm.oclc.org/artikelen/winstbelasting-grote-bedrijven>.

³²⁰ W. Hellerstein, 'The case for formulary apportionment', *International Transfer Pricing Journal* 2015 12/3, onderdeel 6.1.

arbitraire zaak wordt, met meer ruimte voor interpretatie en daarmee meer bewegingsvrijheid om de winst te alloceren.

Omdat de meeste multinationale ondernemingen van deze discrepanties gebruik kunnen maken, is de horizontale gelijkheid tussen dit type ondernemingen over het algemeen geen groot vraagstuk. Wel zullen bepaalde, met name hoog gedigitaliseerde, ondernemingen meer gebruik kunnen maken van de speelruimte die ontstaat dan traditionele ondernemingen. Deze traditionele ondernemingen leunen over het algemeen meer op materiële activa en werknemers dan digitale ondernemingen, waar immateriële activa de winstdrijvers zijn. De materiële activa en werknemers zijn minder eenvoudig te verplaatsen dan de immateriële activa. Daarmee is ook tussen verschillende soorten multinationale ondernemingen geen sprake van absolute horizontale gelijkheid. Ook rentestromen spelen een belangrijke rol in het verplaatsen van winsten naar laagbelastende landen. Door de aftrek van rentebetalingen in het hoogbelastende land wordt aldaar de winst uitgehold.³²¹

Deze ongelijkheid wordt sterk uitvergroot als multinationale ondernemingen worden vergeleken met kleinere nationale ondernemingen, de verticale (on)gelijkheid derhalve. Bij deze kleine ondernemingen is geen (internationale) speelruimte om winsten te verplaatsen. Zij hebben immers geen buitenlandse vestiging van waaruit leningen kunnen worden verstrekt of transacties kunnen worden aangegaan om de winst in het hoogbelastende land af te romen. Als wereldwijd één geïntegreerd belastingstelsel zou ontstaan, zouden zij feitelijk geen verschil in belastingdruk moeten ervaren. Om horizontale gelijkheid te bewerkstelligen, zou dit ook voor multinationale ondernemingen moeten gelden.

Dispariteiten in wetgeving kunnen ook leiden tot ongelijkheid tussen landen. Deze zorgen immers voor afwijkende (onjuiste) allocatie van winsten, en daarmee voor een

³²¹ In Nederland is tot maximaal 45% van de uitgaande rentestromen naar laagbelastende landen, zo blijkt uit onderzoek van het Centraal Planbureau. Dit zal met name ten laste van de effectieve belastingdruk van multinationale ondernemingen komen. Met de Wet bronbelasting 2021 zal dit waarschijnlijk minder worden, maar zal de uitstroom van rente naar laagbelastende landen wereldwijd niet verminderen aangezien andere doorsluislanden niet hierdoor geraakt zullen worden. Zie A. Lejour, J. Möhlmann & M. van 't Riet, *Doorsluisland NL doorgelicht*, CPB Policy Brief 1 januari 2019.

afwijkende allocatie van de inkomsten van de winstbelastingen. Op basis van verdragen is een nationale correctie te maken voor deze discrepanties.³²² Doordat dit mogelijk leidt tot een Mutual Agreement Procedure,³²³ kan dit echter meerdere jaren duren. Daarnaast is uitholling van de grondslag door middel van rente- of royaltystromen niet door middel van een verdrag op te lossen. Slechts uni- of multilaterale wetgeving kan hierin voorzien.

5.2.2 - Formulary apportionment

Of de 'race to the bottom' onder *formulary apportionment* ten einde komt, is voornamelijk afhankelijk van de invulling van de factoren van de allocatieformule. Met mobiele factoren (arbeid, activa) kan de concurrentie tussen landen onderling in alle hevigheid opbloeien: harde concurrentie levert zowel (een groter deel van de) belastingopbrengsten als werkgelegenheid als investeringen op.³²⁴ Het is niet ondenkbaar dat het belastingtarief als gevolg hiervan net zo zeer onder druk zal staan als op het huidige moment.³²⁵

Fundamenteel zal wel een gelijke behandeling ontstaan tussen belastingplichtigen, en daarmee horizontale gelijkheid: elke belastingplichtige kan te maken krijgen met eenzelfde formule. Echter heeft de formule niet op elke industrie eenzelfde uitwerking. De ene industrie leunt meer op activa, waar de andere zeer arbeidsintensief is. De vraag is derhalve of dit niet een ander ongelijk speelveld oplevert, tussen de verschillende sectoren. Het is daarom ook dat veelal wordt geopperd sectorspecifieke formules op te stellen, met eigen factoren.³²⁶ Dit heeft echter weer zijn eigen nadelen. Het vergroot de complexiteit en brengt een heel nieuw transfer pricing probleem met zich mee: welke stuk van de onderneming behoort tot welke sector?³²⁷ In het huidige

³²² Artikel 9, tweede lid, OESO-Modelverdrag.

³²³ Artikel 25 OESO-Modelverdrag.

³²⁴ M. Keen et al, 'Corporate Taxation in the Global Economy', *IMF Policy Paper* 19/007 (2019), p. 31-35.

³²⁵ C. Spengel & Y. Zöllkau, *Common Consolidated Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An international Comparison*, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012, p. 14.

³²⁶ M. Keen et al, 'Corporate Taxation in the Global Economy', *IMF Policy Paper* 19/007 (2019), p. 31-35.

³²⁷ J.M. Weiner, 'Taxation Papers; Formulary apportionment and group taxation in the European Union: insights from the United States and Canada', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper* 2005:8, p. 53.

belastingstelsel is ook niet een aparte vorm van toewijzing voor elke vorm van industrie, de vraag is of dit noodzakelijk dan wel wenselijk is onder *formulary apportionment*.

Verticale gelijkheid is afhankelijk van de implementatie van mobiele factoren: zolang deze aanwezig zijn, kunnen internationaal opererende ondernemingen hun activiteiten verplaatsen naar laagbelastende landen.³²⁸ Dit is het meest waarschijnlijk voor immateriële activa, maar ook bij materiële activa en arbeid kan dit meer en meer prominent worden.³²⁹ De weging van mobiele factoren in de formule bepaalt dan de mate van verticale (on)gelijkheid tussen belastingplichtigen. Aangezien immateriële activa slechts een klein deel van de toewijzing bepalen,³³⁰ of zelfs helemaal uitgesloten zijn van de formule, is in elk geval een deel van de belastingverschuiving naar laagbelastende landen ondervangen.

De gelijkheid tussen landen is in de basis lager dan onder het huidige belastingstelsel: *formulary apportionment* zoekt niet naar de daadwerkelijk bron van het inkomen – voor zover deze daadwerkelijk aan te wijzen is. Het beschouwt slechts de *proxy* van de bron van het inkomen (arbeid, activa) of beschouwt de bron helemaal niet (omzet). Het inkomen wordt echter wel toegewezen aan de hand van de inkomensgenererende capaciteiten van een land, waarmee het in die zin gelijkheid betracht.³³¹ Afhankelijk van de invulling en weging van de factoren zal dit niet ver liggen van de gelijkheid onder het huidige allocatiesysteem, bij consensus tussen landen zal (in eerste instantie) de verdeling van belastinginkomsten het dichtst bij de huidige status quo liggen.

³²⁸ C. Spengel & Y. Zöllkau, *Common Consolidated Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An international Comparison*, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012, p. 14.

³²⁹ Voor zover dit al niet gebeurt: denk aan de verplaatsing van productie naar de lagelonenlanden van de afgelopen 50 jaar.

³³⁰ Over het algemeen is de weging van de factor activa ten hoogste 1/3^e.

³³¹ A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper* 2006:9, p. 44-46.

5.2.3 - Tussenconclusie eerlijkheid

Onder het huidige belastingsysteem is in significante mate winstverschuiving door internationaal opererende bedrijven te bewerkstelligen, door gebruik te maken van discrepanties tussen landen en mobiele activiteiten te verhuizen. Dit leidt ertoe dat de verticale gelijkheid relatief laag is onder deze methode. In de vergelijking tussen bedrijven van gelijke grootte is dit verschil minder groot; de horizontale gelijkheid is groter. Dit neemt niet weg dat bedrijven met relatief veel immateriële activa en mobiele activiteiten meer mogelijkheden hebben om winst te verschuiven. Hoewel tussen landen ook verschillen ontstaan door discrepanties in wetgeving, zijn deze door middel van multilaterale samenwerking en verdragen te beperken. Hierdoor zijn deze verschillen relatief klein onder het huidige belastingsysteem.

Onder *formulary apportionment* past iedere belastingplichtige in beginsel eenzelfde formule toe. Dit moet leiden tot gehele horizontale gelijkheid, echter heeft deze een andere uitwerking op iedere belastingplichtige. Ook kan door middel van aangepaste formules voor specifieke sectoren geschaafd worden aan de horizontale gelijkheid. De mogelijkheden tot winstverschuiving neemt onder *formulary apportionment* af. Mobiele factoren wegen minder mee dan onder het huidige belastingsysteem, of helemaal niet. Daardoor wordt een goede verticale gelijkheid tussen belastingplichtigen bereikt. Tussen landen onderling is de verdeling van belastinginkomsten meer arbitrair door gebruik te maken van een formule. Ook maakt een kleinere toewijzing van de inkomsten aan de bron de allocatie meer arbitrair.

Op het gebied van horizontale gelijkheid is het verschil van de twee winstallocatiemethoden marginaal in het voordeel van *formulary apportionment*. De verticale gelijkheid is significant hoger onder *formulary apportionment* dan onder het huidige belastingsysteem, zeker indien weinig tot niet van mobiele allocatiefactoren gebruik wordt gemaakt. Op het gebied van gelijkheid tussen landen is het huidige belastingsysteem eerlijker, aangezien deze allocatie meer aan de bron toewijst en minder arbitrair is.

5.3 - Economische efficiëntie

Economische efficiëntie vormt de economische basis voor een rechtvaardige verdeling van belastinglasten- en opbrengsten. Dit leidt ertoe dat belastingen zo neutraal mogelijk dienen te worden ingericht uit economisch oogpunt: hiermee is de (fiscale) invloed op de economie zo laag als mogelijk en kan daarmee een economisch optimum worden bereikt.³³² Dit geldt voor neutraliteit bij investeringsbeslissingen en grensoverschrijdende activiteiten, maar ook voor rechtsvormneutraliteit.³³³

5.3.1 - Het huidige belastingsysteem

Het feit dat overheden in het huidige belastingsysteem onderscheid maken tussen binnen- en buitenlands belastingplichtigen, leidt er al toe dat het niet neutraal en daarmee economisch niet efficiënt is. Maar de neutraliteit wordt ook doorbroken met het onderscheid tussen ondernemingen met activiteiten in een enkel of in meerdere landen. Daarnaast wordt onderscheid gemaakt tussen in- en uitgaande investeringen.³³⁴ Tussen al deze internationale en nationale, in- of uitgaande varianten van geldstromen bestaat economisch geen wezenlijk verschil. Dat fiscaal deze stromen anders worden behandeld, leidt tot economische inefficiëntie. De fiscaliteit beïnvloedt hiermee immers de investeringskeuze van een belastingplichtige, waardoor deze niet de optimale keuze zal maken.³³⁵

In beginsel is *transfer pricing* een methode om meer neutraliteit in transacties te betrachten: transacties tussen gelieerde partijen worden hiermee (fiscaal) in lijn gebracht met transacties tussen niet-gelieerde partijen. De OESO stelt dan ook dat het *at arm's length*-beginsel meer neutraliteit in investeringskeuzes veroorzaakt.³³⁶ Hoewel dit idealiter het geval is, maakt de afhankelijkheid van de uitvoering van

³³² A. Rabushka & M. Rose, *The Flat Tax: American and European Perspectives*, Great Barrington: American Institute for Economic Research 2000, onderdeel 4.

³³³ Zie voor een uitgebreidere bespreking van economische efficiëntie paragraaf 1.4.2.

³³⁴ M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017, p. 13.

³³⁵ Vergelijk paragraaf 1.4.2.

³³⁶ OESO, *OECD Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.8.

transfer pricing-regels in landen dat dit optimum niet bereikt wordt (kan worden).³³⁷ Door de verschillende interpretaties van transacties tussen landen, zijn investeringskeuzes niet neutraal.

Door het grote (en toenemende) belang van de mobiele activiteiten als winstdrijver van ondernemingen, is het steeds eenvoudiger om door middel van het verplaatsen van deze activiteiten naar laagbelastende landen de effectieve winstbelastingdruk te verlagen. Een winstverdeling aan de hand van de aanbodzijde van de markt kan in essentie niet neutraal zijn, aangezien een onderneming aan deze kant invloed uit kan oefenen. (Immateriële) activa en risico's kunnen naar laagbelastende landen verplaatst worden, waarmee ook (een deel van) de winst aan deze laagbelastende landen wordt toegerekend. Slechts indien een onderneming geen invloed uit kan oefenen op de locatie van winsten, is een winstbelasting neutraal en derhalve economisch efficiënt. Toewijzing aan de aanbodzijde is derhalve alleen efficiënt als de winst voor alle ondernemingen op dezelfde wijze aan jurisdicties wordt toegewezen en alle jurisdicties hun belastinggrondslag op dezelfde wijze berekenen en bovendien dezelfde (winst)belastingtarieven hanteren.³³⁸ Zelfs in het meest geïntegreerde blok van landen ter wereld, de Europese Unie, is dit in de verste verte niet het geval.

5.3.2 - Formulary apportionment

Ook onder *formulary apportionment* speelt (non-)neutraliteit een rol. Implementatie van *formulary apportionment* betekent niet dat belastingtarieven geharmoniseerd zijn of dat elk land eenzelfde uitwerking aanhoudt. De fiscaliteit blijft dan ook een rol spelen bij de investeringskeuzes van ondernemingen, met de economische inefficiënties ten gevolg.³³⁹ Ook speelt de keuze voor een allocatiefactor een rol: een

³³⁷ C.E. McLure, 'Replacing separate entity accounting and the Arm's length principle with formulary apportionment', *IBFD Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, p. 598.

³³⁸ C.E. McLure, 'Replacing separate entity accounting and the Arm's length principle with formulary apportionment', *IBFD Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, p. 598.

³³⁹ J. Mintz & J.M. Weiner, 'Exploring formula allocation for the European Union', *International Tax and Public Finance* 2003/10(6), p. 695-711.

allocatie die de winst toewijst aan de (proxy van de) bron (bijvoorbeeld: activa of arbeid) kan volgens McLure nooit leiden tot neutraliteit.³⁴⁰

De groepsbenadering van ondernemingen leidt tot neutraliteit tussen gelieerde en niet-gelieerde transacties. De eliminatie van *transfer pricing* en het *at arm's length*-beginsel³⁴¹ onder *formulary apportionment* zorgt ervoor dat deze transacties geen invloed meer hebben op de te betalen winstbelasting in een land. Winst wordt immers geconsolideerd op groepsniveau, waarna deze door middel van de allocatiefactoren aan jurisdicties wordt toegewezen. De factoren zijn niet aan invloed onderhevig van gelieerde transacties, waardoor deze ook niet gecorrigeerd hoeven te worden. Hoewel dit niet uniek is aan *formulary apportionment* – ook onder het huidige belastingsysteem zou dit geïmplementeerd kunnen worden – is dit een kenmerkend onderdeel hiervan.

Een verdeling op basis van factoren betekent niet dat belastingcompetitie dan tot het verleden behoort. Deze competitie zal zich voornamelijk richten op mobiele factoren: om deze aan te trekken is het gewenst deze factoren niet of laag te belasten.³⁴² Met name (immateriële) activa zullen daarom de focus van belastingautoriteiten hebben. Om fabrieken en daarmee werkgelegenheid aan te trekken, is het wenselijk deze factor laag te belasten door middel van een lage weging van deze allocatiefactor. In het kielzog van de activa is ook de factor arbeid gevoelig voor deze belastingcompetitie. Daarentegen zijn factoren op basis van het bestemmingsland (omzet) minder gevoelig voor belastingcompetitie: de consument is immers niet mobiel. Zolang de belasting over omzet niet de winstmarge zal overschrijden – wat niet waarschijnlijk is gezien het een winstbelasting betreft – is het voor een bedrijf zinvol in het land afzet te blijven genereren.

³⁴⁰ C.E. McLure, 'Replacing separate entity accounting and the arm's length principle with formulary apportionment', *IBFD Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, p. 586-599.

³⁴¹ Althans: binnen *formulary apportionment*-landen.

³⁴² D. Wellisch, 'Taxation under formula apportionment -Tax competition, tax incidence and the choice of apportionment factors', 60 *Finanzarchiv* 2003/1.

De focus op bronlandfactoren zal derhalve dezelfde inefficiënties als het huidige systeem met zich meebrengen. De mate van de weging van de bestemmingslandfactor(en) zal (zullen) de winst aan economische efficiëntie van *formulary apportionment* ten opzichte van het huidige belastingsysteem bepalen.

5.3.3 - Tussenconclusie economische efficiëntie

Het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende activiteiten maakt het huidige belastingsysteem niet-neutraal en daarmee inefficiënt. Hoewel *transfer pricing* voor meer neutraliteit moet zorgen door transacties tussen gelieerde partijen naar zakelijke bedragen te corrigeren, is dit onvoldoende om dit geheel neutraal te laten verlopen. Bovendien zijn mobiele activiteiten van grote invloed op de toerekening van winsten onder het huidige belastingsysteem. Dit leidt ertoe dat bedrijven invloed kunnen uitoefenen op de jurisdictie bij welke deze winsten neerslaan. Dit leidt tot fiscale invloeden op economische keuzes en daarmee economische inefficiëntie. Slechts indien jurisdicties eenzelfde grondslag én tarief hanteren, kan dit worden geneutraliseerd: dan zijn keuzes immers altijd onderhevig aan eenzelfde belastingdruk.

Formulary apportionment leidt tot een grotere neutraliteit door uit te gaan van een groep als belastingplichtige. Dit leidt ertoe dat onderlinge transacties geen invloed hebben op de fiscale winstberekening en daarmee geheel neutraal geschieden. Toerekening van heffingsrechten aan de (proxy van) de bron zijn nooit neutraal: de onderneming zal hier altijd invloed op kunnen uitoefenen. Dit leidt ertoe dat *formulary apportionment* op dat vlak eveneens te maken heeft met inefficiënties, door weging van allocatiefactoren gekoppeld aan de bronstaat (arbeid, activa). De mate van weging hiervan is bepalend voor de economische efficiëntie van *formulary apportionment*. Des te hoger de weging van de allocatiefactor op basis van het bestemmingsland (omzet), des te hoger de economische efficiëntie van het systeem. Deze factor is immers vrijwel geheel niet mobiel.

De economische efficiëntie slaat derhalve uit in het voordeel van *formulary apportionment*. Het verschil tussen de twee systemen wordt bepaald door de

groepsbenadering en de mate van weging van het bestemmingsland in de allocatie van winsten. Indien niet-verplaatsbare factoren zwaar wegen bij *formulary apportionment* is dit een significant voordeel, zo niet is dit verschil een stuk kleiner.

5.4 - Uitvoerbare efficiëntie

Uitvoerbare efficiëntie is een integraal deel van een systeem voor internationale toerekening van winsten. Dit geldt voor twee kanten van de fiscaliteit: zowel vanuit het oogpunt van de belastingplichtige als vanuit het oogpunt van de belastingdienst. Een beperking van administratieve lasten die met een belastingsysteem samenhangen zorgt voor een werkbaar systeem. Voor de beoordeling van de twee belastingsystemen wordt dit criterium als subsidiair aan de twee voorgaande criteria beschouwd: een efficiënt uitvoerbaar systeem welke noch eerlijk noch economisch efficiënt is, zal nooit ingevoerd moeten worden. Andersom kan eerlijkheid en economische efficiëntie wel leiden tot een moeilijk uitvoerbaar systeem, welke alsnog geprefereerd kan worden.³⁴³

5.4.1 - Het huidige belastingsysteem

De toewijzing van inkomen aan een jurisdictie is in toenemende mate een last voor zowel bedrijven als belastingautoriteiten. *Transfer pricing*-regels kosten steeds meer personeel en geld om uit te voeren en te documenteren.³⁴⁴ De hang naar meer regels om meer zekerheid te kunnen bieden omtrent de uitkomsten van een transactie aan beide partijen – voor bedrijven zekerheid van de fiscale consequenties van een transactie en voor overheden zekerheid van een adequate (fiscale) transactieprijs – leidt doorgaans alleen maar tot verdere uitvoerbaarheidsproblemen. De grote en almaar toenemende hoeveelheid gespecialiseerde advocaten, fiscalisten en economen die zich inmiddels bezighouden met *transfer pricing* is hier een duidelijke illustratie van.³⁴⁵

³⁴³ Zie voor een uitgebreidere bespreking van uitvoerbare efficiëntie paragraaf 1.4.2.

³⁴⁴ R.S. Avi-Yonah & I. Benschalom, 'Formulary Apportionment – Myths and Prospects', *World Tax Journal* 2011/3, no. 3, p. 377.

³⁴⁵ Avi-Yonah en S. Reuven, 'Between formulary apportionment and the OECD Guidelines: a proposal for reconciliation', *World Tax Journal* 2010, p. 7.

De digitalisering van de economie heeft ertoe geleid dat transacties steeds meer bedrijfsspecifiek zijn geworden. Waar het voor generieke transacties veelal mogelijk is een vergelijkbare ongecontroleerde transactie te vinden, laten gespecialiseerde transacties zonder benchmarks meer ruimte voor interpretatie.³⁴⁶ Gedigitaliseerde ondernemingen maken relatief veel gebruik van (mobiele) immateriële activa, waarvan de unieke eigenschappen het een sinecure maken om een vergelijkbare transactie te identificeren. Zonder vergelijkbare transacties ontstaat ruimte voor interpretatie en daarmee ontstaan ook interpretatieverschillen. Deze onzekerheid heeft bovendien tot gevolg dat het bedrijfsleven en belastingautoriteiten in onderhandelingen beide aan het (andere) uiterste van een mogelijke waardering gaan zitten, om hun eigen opbrengst te kunnen maximaliseren.³⁴⁷ Naast het feit dat dit de uitvoerbaarheid van *transfer pricing* niet ten goede komt, zorgt dit er ook voor dat dit het draagvlak onder burgers niet ten goede komt.

Onzekerheid in de waardering van de transacties leidt ook tot onzekerheid voor bedrijven en hun investeerders omtrent de status van hun bedrijf. De diverse zaken van de Europese Commissie tegen lidstaten omtrent de uitvoering van de *transfer pricing*-regels zijn hier een sprekend voorbeeld. Een (eventuele) naheffing ad € 13 miljard voor Apple³⁴⁸ is relevante informatie voor aandeelhouders, welke pas vele jaren na dato naar voren komt. Maar ook aan de kant van de overheid speelt deze onzekerheid een rol. Evengoed hebben overheden te maken met onzekerheid over de hoeveelheid winstbelasting die in een jaar geheven kan worden.³⁴⁹ Aangezien belastingheffing pas in het jaar na dato plaatsvindt (of nog later), is het belangrijk dat overheden een juiste inschatting kunnen maken van de te verwachten inkomsten.

Een wijze waarop meer zekerheid wordt bewerkstelligd, is via rulings. Met een Advanced Pricing Agreement (hierna ook: APA) kan een onderneming met de

³⁴⁶ OESO, *OECD Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.7.

³⁴⁷ R.S. Avi-Yonah & I. Benshalom, 'Formulary Apportionment – Myths and Prospects', *World Tax Journal* 2011/3, no. 3, p.378.

³⁴⁸ Inmiddels heeft het Gerecht de beslissing van de EC vernietigd. De Europese Commissie gaat in hoger beroep. Zie Europees Gerecht, 15-07-2020, nr. T-778/16, & nr. T-892/16.

³⁴⁹ R.S. Avi-Yonah & I. Benshalom, 'Formulary Apportionment – Myths and Prospects', *World Tax Journal* 2011/3, no. 3, p. 377-378.

belastingautoriteiten afspraken maken omtrent de waardering van hun transacties. Vaak beslaan deze afspraken meerdere jaren, waardoor dit leidt tot een grotere uitvoerbare efficiëntie. Ook deze rulings zijn echter niet in beton gegoten, zo tonen diverse rechtszaken eens te meer aan.³⁵⁰

5.4.2 - Formulary apportionment

De grote belofte van *formulary apportionment* is de eliminatie van de noodzaak van *transfer pricing*, maar hier zitten de nodige ogen en haken aan. Het gelijktijdig toepassen van twee belastingsystemen - als *formulary apportionment* niet multilateraal wordt gepast - leidt tot hoge uitvoeringskosten. *Transfer pricing* blijft noodzakelijk bij derde landen-situaties.³⁵¹ Grotere belastingplichtigen moeten beide systemen in het achterhoofd houden bij investeringsbeslissingen en mogelijk in beide systemen *compliant* zijn. De overgang van belastingsysteem – ongeacht welk systeem – brengt grote uitvoeringskosten met zich mee. Dit is echter niet geheel aan het nieuwe systeem toe te schrijven. Ook kan, zoals eerder genoemd, *transfer pricing* noodzakelijk blijven om de verdeling van (bijvoorbeeld) activa over sectorspecifieke formules te bepalen. Dat neemt niet weg dat *formulary apportionment* zelf relatief eenvoudig en kosteneffectief te verwerken is.³⁵²

Andere opstartproblemen kunnen zich bevinden in de huidige belastingverdragen en de regels ter voorkoming van dubbele (non-)belasting. De status van de belastingverdragen en de inpasbaarheid van deze onder *formulary apportionment* is op zijn minst twijfelachtig te noemen, de allocatie door middel van factoren gaat

³⁵⁰ Zie, bijvoorbeeld, bovenstaande uitspraak van het Europees Gerecht, 15-07-2020, nr. T-778/16, & nr. T-892/16. Maar bijvoorbeeld ook het onderzoek van de EC naar Belgische staatssteun aan 39 ondernemingen, 'Staatssteun: Commissie opent diepgaande onderzoeken naar individuele fiscale rulings in verband met "overwinst" die door België aan 39 multinationale ondernemingen zijn afgegeven', Europese Commissie, op 13 november 2020 geraadpleegd via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_19_5578.

³⁵¹ J.M. Weiner, 'Taxation Papers; Formulary apportionment and group taxation in the European Union: insights from the United States and Canada', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2005:8*, p. 55-56.

³⁵² A. Agúndez-García, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*, p. 68-69.

immers tegen deze verdragen in.³⁵³ Dit maakt multilaterale invoering geen sinecure: hoewel voordeel valt te behalen door invoering,³⁵⁴ zal dit niet eenvoudig door andere landen geaccepteerd worden.

Indien geen multilaterale consensus kan worden bereikt, hebben ook belastingdiensten te maken met verzwaarde administratieve lasten vanwege de invoering van *formulary apportionment*. Zij moeten het consolidatieniveau van de belastingplichtige op groepsniveau bepalen en de geconsolideerde winst bepalen. Daarnaast moet ook de invulling van de formule worden bepaald of gecontroleerd. Bij een gelijktijdige toepassing van *formulary apportionment* in meerdere landen, kan dit door een gezamenlijk orgaan plaatsvinden om de uitvoeringskosten te drukken.³⁵⁵ Ook het bepalen van gezamenlijke regels voor de groep en de geconsolideerde belastinggrondslag kan hierbij een uitkomst bieden, bijvoorbeeld aan de hand van een internationale standaard als IFRS.³⁵⁶

5.4.3 - Tussenconclusie uitvoerbare efficiëntie

In het huidige belastingsysteem is *transfer pricing* een administratief zeer belastend onderdeel. Het vergt veel tijd en manuren, naast dat het leidt tot onzekerheid over de (fiscale) status van transacties. Door de digitalisering van de samenleving is de last van *transfer pricing* sterk toegenomen, aangezien deze stijging gepaard gaat met een stijging van het belang van moeilijk te waarderen transacties met specifieke immateriële activa. Om de uitvoeringslasten voor belastingplichtigen en belastingdiensten te verlichten kunnen rulings worden aangeaan, waardoor afspraken voor meerdere jaren vastliggen. Dit is echter niet een ideale oplossing, aangezien ook deze niet altijd tot de juiste dan wel een tijdsbestendige uitkomst leiden.

³⁵³ C.E. McLure, 'Replacing separate entity accounting and the arm's length principle with formulary apportionment', *IBFD Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, p. 598.

³⁵⁴ De vrijheid over de formule betekent ook vrijheid om deze zo in te richten dat deze fiscaal gunstig uitpakt.

³⁵⁵ Bijvoorbeeld: op het niveau van de Europese Unie met de CCCTB-richtlijn.

³⁵⁶ M. Keen et al, 'Corporate Taxation in the Global Economy', *IMF Policy Paper* 19/007 (2019), p. 31-35.

Formulary apportionment moet leiden tot sterk verminderde administratieve lasten. Door een groepsbenadering en formulaire verdeling van winsten werkt deze methode sterk minder belastend en meer kosteneffectief. Daar staat tegenover dat in een situatie waarin niet alle landen *formulary apportionment* toepassen, *transfer pricing* nog steeds nodig zal zijn bij derde landen. Twee systemen bestaan daarmee naast elkaar. *Formulary apportionment* is derhalve efficiënter naarmate meer landen participeren. Bovendien kan dan een *pooling* van lasten ontstaan: het land van de moedermaatschappij of een onafhankelijke organisatie kan bijvoorbeeld de formulaire verdeling maken. Een internationale standaard als IFRS kan daarbij een richtlijn zijn.

In beginsel is *formulary apportionment* derhalve een uitvoeringstechnisch efficiënter belastingsysteem. Dit is echter onder de aanname dat een groep van landen tegelijk en op eenzelfde wijze de methode implementeert. Als slechts één of enkele landen dit implementeren, zullen de uitvoeringskosten niet dalen, door het gebrek aan eenheid tussen landen onderling.

5.5 - Deelconclusie

In dit hoofdstuk worden het huidige belastingsysteem en *formulary apportionment* getoetst aan de toetsingscriteria van deze scriptie. Hieronder worden de conclusies ten aanzien van de eerlijkheid, economische efficiëntie en uitvoerbare efficiëntie van beide systemen besproken.

Eerlijkheid

Op het criterium *eerlijkheid* van het belastingsysteem zijn drie punten met name van belang: horizontale gelijkheid tussen belastingplichtigen, verticale gelijkheid tussen belastingplichtigen en gelijkheid tussen overheden. Op het gebied van horizontale gelijkheid ontlopen het huidige belastingsysteem en *formulary apportionment* elkaar niet veel. Door de theoretische volledige gelijkheid onder *formulary apportionment*, is deze hier nipt in het voordeel.

Met betrekking tot de verticale gelijkheid is met name de mobiliteit van belang, in hoeverre winsten naar wil van de belastingplichtige kunnen worden verplaatst tussen

landen. Onder het huidige belastingsysteem spelen mobiele factoren een grote rol, met name immateriële activa. Onder *formulary apportionment* speelt dit minder tot niet een rol – afhankelijk van de gekozen allocatiefactoren. Dit is een van de voorname voordelen van *formulary apportionment*.

Met betrekking tot gelijkheid tussen overheden is het huidige belastingsysteem in het voordeel. Allocatie door middel van een formule heeft een meer arbitraire uitwerking op de allocatie van winsten – hoewel de factoren niet willekeurig gekozen zijn. Het huidige belastingsysteem is echter een samenspel van verdragen en samenwerkingen, waardoor een goede balans is ontstaan.

Economische efficiëntie

Bij het criterium economische efficiëntie speelt met name neutraliteit een grotere rol: des te groter de neutraliteit, des te minder worden (economische) investeringskeuzes verstoord door fiscale prikkels, des te hoger de economische efficiëntie.

Het huidige belastingsysteem heeft diverse kenmerken waardoor de economische efficiëntie relatief laag is. Het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende activiteiten beïnvloedt de investeringskeuzes van belastingplichtigen. Dit moet worden verholpen door *transfer pricing*, echter is dit geen perfecte oplossing. Onder het huidige belastingsysteem kan derhalve alleen neutraliteit worden behaald indien én de (winst)belastinggrondslag én het tarief wereldwijd uniform is.

Onder *formulary apportionment* is de invloed van mobiele factoren lager dan onder het huidige belastingsysteem. Allocatie aan de hand van factoren die een (proxy van de) bron weerspiegelen is relatief inefficiënt, maar deze spelen een minder grote rol dan onder het huidige belastingsysteem. De bestemmingslandfactor(en) speelt een grotere rol, welke geheel niet mobiel is. Bovendien zorgt de groepsbenadering van belastingplichtigen voor een grotere neutraliteit. Als gevolg hiervan is *formulary apportionment* een economisch efficiënter belastingsysteem.

Uitvoerbare efficiëntie

Het huidige belastingsysteem is uitvoeringstechnisch zeer complex. De fiscale correctie van transacties door middel van *transfer pricing* is een zeer tijdrovende en dure exercitie. Bovendien zorgt het ook voor onzekerheid over de (fiscale) status van transacties. De belangen van *transfer pricing* en documentatie daarvan nemen alleen maar verder toe. Rulings kunnen het werk van de belastingdienst enigszins verlichten doordat afspraken voor langere tijd vastliggen, maar *transfer pricing* blijft onverminderd complex.

De formulaire verdeling van winsten over landen is een zeer eenvoudig systeem. Meer tijdrovend is de verzameling van de belastbare winst van een groep onder *formulary apportionment*. Indien *formulary apportionment* wereldwijd wordt doorgevoerd, is dit werk eenvoudig te spreiden over de landen. Daardoor blijft het een zeer kosteneffectief systeem. Indien niet alle landen deelnemen, wordt *formulary apportionment* navenant ingewikkelder. Bovendien is (blijft) dan *transfer pricing*-wetgeving ook noodzakelijk ten aanzien van derde landen. Dit maakt dat *formulary apportionment* bij een land in isolement een relatief klein voordeel heeft ten opzichte van het huidige belastingsysteem op het vlak van de uitvoerbare efficiëntie.

Tabel 5-a: Beoordeling toetsingscriteria op een schaal van één tot vijf

Toetsingscriterium	Huidige belastingsysteem	Formulary apportionment
Eerlijkheid	•••	••••
Horizontale gelijkheid	•••	••••
Verticale gelijkheid	••	••••
Gelijkheid tussen overheden	••••	••••
Economische efficiëntie	••	•••
Uitvoerbare efficiëntie	••	•• ^a
		•••• ^b

a: bij toepassing in enkel land

b: bij toepassing wereldwijd

Hoofdstuk 6 - Conclusie en aanbeveling

6.1 - Inleiding

In deze scriptie staat de vergelijking tussen het huidige belastingsysteem voor internationale winsttoerekening en als tegenhanger winsttoerekening op basis van *formulary apportionment* centraal. Door beide systemen aan de basisbeginselen van een goed belastingsysteem te toetsen, is getracht antwoord te geven op de volgende hoofdvraag:

“Zorgt formulary apportionment voor een eerlijkere en efficiëntere internationale toerekening van winst dan het huidige belastingsysteem gebaseerd op het at arm’s length-beginsel?”

Deze onderzoeksvraag is aan de hand van vier deelvragen stapsgewijs uitgewerkt, teneinde een duidelijke vergelijking tussen beide methoden te kunnen maken. Deze vier deelvragen, welke hieronder afzonderlijk zullen worden toegelicht, vormen tezamen het antwoord op de onderzoeksvraag. Deze scriptie zal worden afgesloten met een aanbeveling om *formulary apportionment* in de praktijk te brengen.

6.2 - Conclusie

Eerste deelvraag: *Op welke wijze geschiedt de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem?*

De drie heffingsbeginselen – het woonstaat-, nationaliteits- en bronstaatbeginsel – vormen het vertrekpunt van het huidige belastingsysteem. Op basis van één of meer van deze begrippen worden inkomsten toegerekend aan een jurisdictie. Zodra twee (of meer) jurisdicties verschillende heffingsbeginselen toepassen op een inkomensbron, kan dubbele heffing ontstaan.

De belangrijkste vereiste om als jurisdictie (winst)belasting te kunnen heffen, is de nexus van een onderneming met deze jurisdictie. Dit kan zijn door de vestiging van een juridische entiteit in het land of door het bestaan van een vaste inrichting hierin. De juridische entiteit is over het algemeen belastingplichtig over het wereldinkomen,

terwijl de vaste inrichting slechts belastingplichtig is over het binnenlands inkomen. Onverkorte toepassing van heffing over wereld- en binnenlands inkomen leidt tot dubbele belasting in woon- en bronstaat. Om dit te voorkomen, verdelen jurisdicties heffingsbevoegdheden door het aangaan van een belastingverdrag. Daarin wordt over het algemeen het heffingsrecht toegewezen aan de bronstaat – het land van de vaste inrichting derhalve. Aan deze vaste inrichting wordt winst toegerekend door toepassing van de zelfstandigheidsfictie: deze wordt behandeld als ware zij geheel onafhankelijk is van de juridische entiteit waarvan zij onderdeel van uitmaakt.

Om de winst tussen gelieerde verhoudingen eerlijk te kunnen verdelen tussen bron- of woonstaat (of staat van nationaliteit), wordt *transfer pricing* toegepast. Transacties tussen gelieerde partijen worden *at arm's length* beoordeeld, de transactie wordt (fiscaal) gecorrigeerd aan de hand van zakelijke transacties tussen onafhankelijk partijen. *Transfer pricing* is met name van belang in transacties tussen entiteiten van dezelfde groep zodat winst niet kunstmatig naar laagbelastende landen verplaatst kan worden en bij vaste inrichtingen om te kunnen bepalen welke winst aan deze vaste inrichting toerekenbaar is. Om deze transacties te kunnen benchmarken aan de hand zakelijke transacties, wordt gebruikgemaakt van een uitgebreide vergelijkbaarheidsanalyse om overeenkomsten en verschillen in de twee typen transacties bloot te leggen. De courante *transfer pricing*-methodes zijn de *comparable-uncontrolled-pricemethode*, *resale-pricemethode*, *cost-plusmethode*, *transactional-net-marginmethode* en *profit-splitmethode*.

Tweede deelvraag: *Tot welke problemen leidt de internationale winsttoerekening in het huidige belastingsysteem?*

Dispariteiten in nationale wetgevingen tussen landen zorgen voor mogelijkheden voor zowel dubbele als non-belasting van belastingplichtigen. Internationaal opererende belastingplichtigen kunnen deze dispariteiten in hun voordeel gebruiken. Dit leidt tot ongelijke belastingdruk tussen nationaal en internationaal opererende ondernemingen. Ook werpen overheden bewust belemmeringen op voor

grensoverschrijdende activiteiten, met name om binnenlandse ondernemingen fiscaal te bevoordelen.

Het *at arm's length*-beginsel leidt daarnaast niet tot bevredigende resultaten. De *separate entity approach* die hieraan ten grondslag ligt, doet geen recht aan de significante synergie- en integratievoordelen van ondernemingen. Dit leidt ertoe dat (een deel van) de winst naar willekeur wordt gealloceerd. Ook zijn risico's van transacties ongelijk tussen marktpartijen en gelieerde partijen, vanwege het wederzijdse belang. Hoe unieker de transactie, hoe lastiger deze te waarderen is. Vergelijkbare transacties zijn hierdoor moeilijk of niet te definiëren. Met name bij immateriële activa is dit probleem groot, aangezien deze over het algemeen hun waarde ontleen aan de unieke factoren van het activum. Daarnaast spelen bij *transfer pricing* de forse administratieve lasten een rol, welke door de jaren heen alleen maar zijn toegenomen (en blijven toenemen).

De digitale economie speelt een steeds grotere rol in de globale economie, waarvoor het huidige belastingsysteem niet is ingesteld (noch bedacht). Het slaagt er niet in de digitale economie in de huidige kaders te vatten. Door de volatiliteit en mobiliteit is het lastig een nexus te bepalen. De digitale aanwezigheid is genoeg om economisch te acteren, waar het huidige belastingsysteem is ingesteld op fysieke aanwezigheid. Dit maakt de plaats van waardecreatie ook lastig meetbaar. Dit maakt dat ondernemingen ruimte hebben om hun belastbare winst naar wens te alloceren.

Tot slot kunnen internationale classificatie-mismatches zorgen voor dubbele heffing, aftrekbaarheid zonder compenserende heffing of zelfs dubbele aftrekbaarheid zonder compenserende heffing. Dat leidt tot een doorbreking van de economisch efficiëntere neutrale behandeling ten aanzien van de geldstromen van een onderneming. Daarnaast implementeren diverse landen schadelijke belastingmaatregelen om het totale belastbare bedrag te vergroten tegen een marginaal tarief. Hoewel het betreffende land hiermee profiteert van een hogere belastingopbrengst, leidt dit globaal gezien tot een verlaging van de totale belastingopbrengst.

Derde deelvraag: *Op welke wijze geschiedt de internationale winsttoerekening onder formulary apportionment en wat zijn hier de voor- en nadelen van?*

Formulary apportionment rekt winsten toe op basis van een formulaire verdeling. De winst wordt geconsolideerd op groepsniveau: een verbonden groep van entiteiten wordt als één belastingplichtige beschouwd. Op basis van een gewogen gemiddelde aanwezigheid van de allocatiefactoren in een jurisdictie, wordt aan deze een deel van deze geconsolideerde winst toegerekend.

De meest gebruikte allocatiefactoren zijn arbeid, activa en omzet. Arbeid gaat uit van de loonsom of het aantal arbeiders in een jurisdictie, of een combinatie van deze twee. De plaats van gebruik van de activa in het productieproces is de meest aangewezen methode om deze te lokaliseren. Over het algemeen is dit in lijn met de huidige nexusbepalingen. Over het algemeen worden immateriële activa uitgezonderd uit de factor activa, aangezien deze te mobiel is om de locatie op een eerlijke wijze te kunnen bepalen. De factor omzet is de meest immobiele factor: consumenten zijn niet te verplaatsen. Dit maakt dat dit de meest efficiënte allocatiefactor is om belastingverschuiving tegen te gaan.

Om de nexus met een land te bepalen, kan van zowel kwalitatieve als kwantitatieve vereisten gebruik worden gemaakt. Met een *factor presence* test kan een *de minimis*-grens van de allocatiefactoren worden bepaald welke tot een belastbare aanwezigheid in een jurisdictie leidt. Op deze wijze wordt een onderneming alleen bij een significante aanwezigheid in een jurisdictie in de belastingheffing betrokken, teneinde een belastingplichtige (en belastingautoriteit) niet op te zadelen met eindeloos veel marginale belastingheffingen.

De voordelen van *formulary apportionment* bestaan uit de verlaagde nalevingskosten van het systeem, door verminderd tot geen afhankelijkheid van *transfer pricing*. Echter is *transfer pricing* niet geheel uitgebannen: dit is nog steeds noodzakelijk in de relatie met landen die *formulary apportionment* niet toepassen. Daarnaast is het neutraler als de groep als geheel als belastingplichtige wordt

aangemerkt. De wijze van formulaire verdeling leidt bovendien tot verminderde mogelijkheden van winstverschuiving. Een nadeel van *formulary apportionment* is dat internationale consensus lastig te bereiken is. Dit leidt ertoe dat globale implementatie zeer ingewikkeld is, aangezien landen baat hebben bij de status quo. Daarnaast is ook verschil in allocatiefactoren een te verwachten resultaat, waardoor winstverschuiving nog steeds mogelijk blijft. Dit kan bovendien leiden tot nieuwe belastingconcurrentie om reële investeringen aan te trekken.

Vierde deelvraag: *In hoeverre zijn het huidige belastingsysteem en formulary apportionment in overeenstemming met de toetsingscriteria eerlijkheid en efficiëntie?*

Bij het toetsingscriterium eerlijkheid zijn drie onderdelen van belang: horizontale gelijkheid, verticale gelijkheid en gelijkheid tussen overheden. Op het gebied van horizontale gelijkheid zijn beide belastingsystemen relatief vergelijkbaar. Onder *formulary apportionment* kan door een globaal gelijke implementatie volledige horizontale gelijkheid worden bereikt, hetgeen onder het huidige belastingsysteem niet haalbaar is. Doordat *formulary apportionment* minder gewicht aan mobiele factoren hangt dan het huidige belastingsysteem, is internationale winstverschuiving minder eenvoudig. Dit leidt ertoe dat de verticale gelijkheid groter is onder *formulary apportionment* dan onder het huidige belastingsysteem. De gelijkheid tussen overheden is onder het huidige belastingsysteem groter dan onder *formulary apportionment*. Het netwerk van verdragen heeft geleid tot een relatief gelijk speelveld.

Een neutraal belastingsysteem is een economisch efficiënt belastingsysteem. Door de ongelijke behandeling van binnenlandse en grensoverschrijdende activiteiten is het huidige belastingsysteem niet-neutraal. Ook de niet-groepsbenadering leidt ertoe dat gelieerde activiteiten anders worden benaderd dan niet-gelieerde transacties. Met *transfer pricing* worden dergelijke transacties – voor zover mogelijk – gecorrigeerd naar zakelijke standaarden. De imperfecties van een dergelijke werkwijze maakt dat dit niet de neutraliteit bereikt van een efficiënt belastingsysteem.

Bovendien maakt het belang van mobiele activiteiten in de winsttoerekening dat belastingplichtigen veel mogelijkheden tot winstverschuiving hebben. Dit zorgt voor een ongewenste fiscale invloed op economische beslissingen. Doordat *formulary apportionment* de groep als belastingplichtige aanmerkt, is de fiscale invloed op gelieerde transacties weggenomen. Bovendien kent het een kleiner belang van mobiele activiteiten, waardoor winstverschuiving minder eenvoudig is. Tegelijk zijn factoren die (een proxy van) de bron weerspiegelen over het algemeen nog steeds van invloed, waardoor het in de opzet nog niet geheel neutraal is.

Bij de uitvoerbare efficiëntie is met name de invloed van *transfer pricing* van belang. Onder het huidige belastingsysteem is dit een zeer arbeids- en kapitaalintensief onderdeel van de fiscale *compliance*, naast dat het de nodige onzekerheid met zich meebrengt. De almaar toenemende invloed van immateriële activa in een digitaliserende economie, leidt ertoe dat transacties steeds ingewikkelder te waarderen zijn. Onder *formulary apportionment* is de invloed van *transfer pricing* beperkter. Ook hier zal het hoogstwaarschijnlijk nodig blijven, in ieder geval ten aanzien van landen zonder *formulary apportionment*. Het systeem van winstverdeling aan de hand van een formule is eenvoudig uitvoerbaar. Des te meer landen samen optrekken, des te eenvoudiger *formulary apportionment* in de uitvoering is.

Onderzoeksvraag: “Zorgt *formulary apportionment* voor een eerlijkere en efficiëntere internationale toerekening van winst dan het huidige belastingsysteem?”

Op basis van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat *formulary apportionment* zorgt voor een eerlijkere en met name efficiëntere internationale toerekening van winst dan het huidige belastingsysteem. In een vacuüm – waarbij politieke consensus geen struikelblok is – leidt *formulary apportionment* tot een significant efficiënter systeem, zowel op economisch als uitvoeringstechnisch gebied. Dat het daarnaast een eerlijker systeem is, vormt dan een extra voordeel van het

systeem. *Formulary apportionment* is dan ook het te prefereren belastingsysteem op basis van de gekozen criteria van een goed belastingsysteem.

6.3 - Aanbeveling

Dat dit vacuüm niet bestaat, maakt dat *formulary apportionment* nog niet is geïmplementeerd. Een wereldwijd consensus op dit gebied is zeer onwaarschijnlijk, aangezien dit ook op Europees niveau niet haalbaar lijkt. De enige landen welke aan boord zijn met CCCTB, zijn de landen met een grote productie en een groot inwonersaantal: landen die fiscaal zouden profiteren van de richtlijn.

Voor een individueel land is het wel een mogelijkheid om significante voordelen aan *formulary apportionment* te behalen: door implementatie van een formule op basis van slechts omzet. Als gevolg hiervan is het land een belastingparadijs voor ondernemingen: over exportwinst hoeft geen winstbelasting betaald te worden. Daarnaast zullen – indien de binnenlandse markt groot genoeg is (het land is derhalve in het huidige systeem geen belastingparadijs) – de winstbelastingontvangsten niet dalen. Het belastingtarief is bovendien niet tot weinig van invloed op de reële investeringen.

De voordelen van een op omzet gebaseerde *formulary apportionment* zijn legio, maar met name de immobiliteit van deze factor, met als gevolg minder economische verstoringen. Ook in landen met een op omzet gebaseerde *formulary apportionment* blijft het voordelig om producten te verkopen, het is immers een winstbelasting en zonder winst geen belasting.

Doordat één land over zal stappen op dit systeem, valt te verwachten dat meer landen dit zullen volgen – zo leert ook de interstatelijke ervaring in de Verenigde Staten. Zonder dit voorbeeld te volgen, zullen immers ondernemingen hun productie vanuit de traditionele landen verplaatsen naar landen met omzet-gebaseerde *formulary apportionment*. Als gevolg van dit domino-effect, leidt dit ertoe dat de schaalbaarheid van *formulary apportionment* steeds beter gebruikt zal worden en de uitvoeringskosten zullen dalen.

Dit leidt ertoe dat zonder politieke consensus de *status quo* kan worden doorbroken. Eén land moet de stap zetten, waarna de rest zal volgen. Een EU-lidstaat zal dit niet zijn, aangezien zij te sterk aan elkaar verbonden zijn. Het meest aangewezen is het land met de grootste consumentenmarkt en het grootste tekort op de lopende rekening: de Verenigde Staten. Bovendien is het een ervaringsdeskundige op het gebied van *formulary apportionment*. Het advies is derhalve aan de Verenigde Staten om de status quo te doorbreken en *formulary apportionment* met slechts omzet als allocatiefactor te implementeren.

Literatuurlijst

Artikelen

Agúndez-Garcia 2006

A. Agúndez-Garcia, 'Taxation Papers; The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base For Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review Of Issues and Options', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper 2006:9*.

Avi-Yonah & Reuven 2010

Avi-Yonah & S. Reuven, 'Between formulary apportionment and the OECD Guidelines: a proposal for reconciliation', *World Tax Journal* 2010.

Avi-Yonah 2004

R.S. Avi-Yonah, 'Corporations, Society and the State: A Defense of the Corporate Tax', *Virginia Law Review* 90/05.

Avi-Yonah & Benshalom 2011

R.S. Avi-Yonah & I. Benshalom, 'Formulary Apportionment – Myths and Prospects', *World Tax Journal* 2011/3, no. 3.

Buriak 2020

S. Buriak, 'A New Taxing Right for the Market Jurisdiction: Where Are the Limits?', *Intertax* 48/3.

CCCTB Working Group 2006

CCCTB Working Group, 'The Mechanism for sharing the CCCTB', *Working Paper* No. 47.

Europese Commissie 2020

Europese Commissie, 'Commission proposes major corporate tax reform for the EU', geraadpleegd op 23 november 2020 via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_3471.

Fibbe 2016

G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing', *WFR* 2016/186

Follow the money 2020

Follow the Money, 'Hoeveel belasting betalen grote bedrijven? Niemand die het weet', geraadpleegd op 13 november 2020 via <https://www-ftm-nl.eur.idm.oclc.org/artikelen/winstbelasting-grote-bedrijven>.

Fox, Luna & Murray 2005

W. Fox, L. Luna & M. Murray, 'How Should a Subnational Corporate Income Tax on Multistate Businesses Be Structured?', *National Tax Journal*, 2005 Vol. 53.

Goolsbee & Maydew 2020

A. Goolsbee & E. Maydew, 'Coveting Thy Neighbour's Manufacturing: The Dilemma of State Income Apportionment', *Journal of Public Economics* 2020.

Hellerstein 1993

J. Hellerstein, 'Federal Income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment', *Tax Notes* 60/1131.

Hellerstein 2015

W. Hellerstein, 'The case for formulary apportionment', *International Transfer Pricing Journal* 2015 12/3.

Hellerstein 2004

W. Hellerstein et al, 'The European Commission's Report on Company Income Taxation: What the EU Can Learn from the Experience of the US States', *International Tax and Public Finance* 2004 11/199.

Hofmann & Riedel 2018

P. Hofmann & N. Riedel, 'Transfer Pricing Regimes for Developing Countries', *Bulletin for International Taxation* 2018/72, no. 4/5.

Kane 2014

M.A. Kane, 'Transfer Pricing, Integration and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard', *World Tax Journal* 6/3.

Keen 2019

M. Keen et al, 'Corporate Taxation in the Global Economy', *IMF Policy Paper* 19/007 (2019).

Kemmeren 2018

E.C.C.M. Kemmeren, 'Should the Taxation of the Digital Economy Really Be Different?', *EC Tax Review* 2018/2.

Khan Niazi 2017

S.U. Khan Niazi, 'Re-Launch of the Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) in the EU: A Shift in Paradigm'. *Legal Issues of Economic Integration* 44/3.

Van Klaveren, Van der Vliet & Sahin 2020

F.M. van Klaveren, D. van der Vliet en L.G.C. Sahin, 'Initiatieven en kansen omtrent publieke country-by-country-rapportage', *WFR* 2020/37.

Lohuis 2018

H. Lohuis, 'Verdragstoepassing bij hybride mismatches onder het multilaterale instrument', *TFO* 2018/159.3.

Mahony 2015

H. Mahony, 'EU in new push for common corporate tax base', *EU Observer* 17 juni 2015, geraadpleegd via <https://euobserver.com/economic/129156>.

McIntyre 2005

M. McIntyre, 'The use of combined reporting by nation states', *Tax Notes International* 2004/35.

McLure 2002

C. McLure, 'Replacing Separate Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', *Bulletin for international taxation* 2002/56/586.

McLure 2004

C. McLure., 'U.S. Federal Use of Formula Apportionment to Tax Income From Intangibles', *Tax Notes International* 14/859.

Mintz & Weiner 2003

J. Mintz & J.M. Weiner, 'Exploring formula allocation for the European Union', *International Tax and Public Finance* 2003/10(6).

Morse 2009

S.C. Morse, 'Revisiting Global Formulary Apportionment', *Virginia Tax Review* 29/4.

Power & Snellman 2004

W. Power & K. Snellman, 'The knowledge economy', *Annual Review of Sociology* 2004/30.

Vanistendael 2008

F. Vanistendael, 'In Defense of the European Court of Justice', *Bulletin for International Taxation* 2008/62

In 't Veld 2007

T.F.G. in 't Veld, 'E-commerce en het gebrek aan fiscale aanknopingspunten', *WFR* 2007/509.

Rabushka 2000

A. Rabushka, 'The Flat Tax', in International Economic Conference Progress Foundation 2000, *The Flat Tax: American and European Perspectives (2000)* 3.

Schön 2019

W. Schön, 'One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy', *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* 2019/10.

Vogel 1988

K. Vogel, 'Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I & III)', *Intertax* 16/8 and *Intertax* 16/11.

Vollebregt 2005

H.A. Vollebregt, 'Transfer pricing', *WFR* 2005/16.

Wellisch 2004

D. Wellisch, 'Taxation under Formula Apportionment - Tax competition, Tax Incidence, and the Choice of Apportionment Factors', *FinanzArchiv/Public Finance Analysis* 2004/60.

Weiner 2005

J.M. Weiner, 'Taxation Papers; Formulary apportionment and group taxation in the European Union: insights from the United States and Canada', *European Commission Directorate-General Taxation & Customs Union Working Paper* 2005:8.

De Wilde 2015

M. de Wilde, 'Tax jurisdiction in a digitalizing economy; why 'online profits' are so hard to pin down', *Intertax* 2015 43/12.

De Wilde 2014

M. de Wilde, 'Tax competition within the European Union – Is the CCCTB-directive a solution?', *Erasmus Law Review* 7:24.

Boeken en rapporten**Albert 1994**

P.G.H. Albert, *Vaste inrichting*, Deventer: FED 1994.

Brandsma 2019

R.P.C.W.M. Brandsma et al, *Studenteneditie Cursus Belastingrecht, Europees Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2019.

Burgers et al. 2019

I.J.J Burgers et al, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: Sdu 2019.

Collier & Andrus 2017

R. Collier & J.L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017.

Van Egdome 2017

J.T. Van Egdome, *Fiscale monografieën – Verrekenprijzen*, Deventer: Wolters Kluwers 2017.

Escribano 2019

E. Escribano, *Jurisdiction to Tax Corporate Income Pursuant to the Presumptive Benefit Principle: A Critical Analysis of Structural Paradigms Underlying Corporate Income Taxation and Proposals for Reform*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

De Graaf, Kavelaars & Stevens 2017

De Graaf, Kavelaars & Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Heijenrath & Van Meeuwen 2006

M.J.M. Heijenrath & P.M. van Meeuwen, 'Introductie tot de praktische aspecten van de OECD-OESO-pricingmethodieken', *TFO* 2006/82.

Heithuis et al. 2020

E.J.W. Heithuis et al, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Huijbregtse, Zaal & Verdoner 2019

S. Huijbregtse, M. Zaal & L. Verdoner, 'Gelieerde verhoudingen bij Transfer Pricing', *TFO* 2019/163.1.

Klausing & Avi-Yonah 2007

K.S. Klausing & R.S. Avi-Yonah, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*, Washington, DC: Brookings Institution 2007.

Lejour, Möhlmann & Van 't Riet 2019

A. Lejour, J. Möhlmann & M. Van 't Riet, *Doorsluisland NL doorgelicht*, CPB Policy Brief 1 januari 2019.

League of Nations 1923

League of Nations, *Report on Double Taxation*, 1923.

Mayer 2009

S. Mayer, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, Munchen: Ludwig Maximilians, 2009.

McLure 1980

C. McLure, *The State Corporate Income Tax: Lambs in Wolves' Clothing*, Washington D.C.: The Brookings Institution, 1980.

OESO 2013

OESO, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2013.

OESO 1998

OESO Committee on Fiscal Affairs, *Electronic commerce: Taxation framework*, 1998.

OESO 2014

OESO, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs: OECD Publishing 2014.

OESO 2015a

OESO, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015.

OESO 2015b

OESO, *Explanatory Statement*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015.

OESO 2015c

OESO, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015.

OESO 2015d

OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015.

OESO 2017

OESO, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017.

OESO 2019a

OESO, *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, Parijs: OECD Publishing 2019.

OESO 2019b

OESO, *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, Public consultation document*, Parijs: OECD Publishing 2019.

OESO 2020a

OESO, *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, Parijs: OECD Publishing 2020.

OESO 2020b

OESO, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2020.

Von Schanz 1892

G. von Schanz, ‘Zur frage der Steuerpflicht’, *Finanzarchiv* 1892.

Schipper 2018

N. P. Schipper, *De invloed van de woonplaats op de fiscale behandeling van grensoverschrijdende werknemers*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Skaar 1991

A.A. Skaar, *Permanent establishment. Erosion of a tax treaty principle*, Deventer: Wolters Kluwer 1991.

Spengel & Zöllkau 2012

C. Spengel & Y. Zöllkau, *Common Consolidated Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An international Comparison*, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012.

Spitaler 1936

A. Spitaler, *Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*, Köln: Stiepel 1936.

Van Raad, Pötgens & Janssen 2018

Van Raad, Pötgens & Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Verloren van Themaat 1946

P. Verloren van Themaat, *Internationaal Belastingrecht*, Amsterdam: H.J. Paris 1946.

Vermeend et al. 2008

W. Vermeend et al, *Taxes and the Economy; a Survey on the Impact of Taxes on Growth, Employment, Investment, Consumption and the Environment*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2008.

WCO 2018

WCO, *Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing*, Brussel: WCO Publishing, 2018.

De Wilde 2017

M. de Wilde, *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*, Amsterdam: IBFD 2017.

Jurisprudentie

HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83 (*Avoir Fiscal*).

HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/96 (*Gilly*).

HvJ EG 14 maart 2004, C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*).

HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*).

HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer II*).

HvJ EG 6 december 2007, C-298/05 (*Columbus Container Services*).

HR 13 oktober 1954, BNB 1954/336 (*Circustentarrest*).

HR 12 maart 1980, BNB 1980/170 (*Grensambtenarenarrest*).

Europees Gerecht, 15-07-2020, nr. T-778/16 & nr. T-892/16.
Europees Gerecht, 15-07-2020, nr. T-778/16 & nr. T-892/1.