UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Waarom alle bijheffingsvarianten in de Pijler 2-richtlijn botsen met de EU-verdragsvrijheden (en hoe dit op te lossen)

de Wilde, Maarten; Wisman, C.

Publication date
2025

Document Version
Final published version

Published in
NLF-W

License
Article 25fa Dutch Copyright Act (https://www.openaccess.nl/en/policies/open-access-in-dutch-copyright-law-taverne-amendment)

Link to publication

Citation for published version (APA):
de Wilde, M., & Wisman, C. (2025). Waarom alle bijheffingsvarianten in de Pijler 2-richtlijn botsen met de EU-verdragsvrijheden (en hoe dit op te lossen). *NLF-W*, *2025*, Article 18. https://www.nlfiscaal.nl/nlfiscaal-doc/DA01D8A4F53B48DCB72DD56BCD523D5C

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

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

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

Download date:08 Nov 2026

NLF-W 2025/18

Waarom alle bijheffingsvarianten in de Pijler 2-richtlijn botsen met de EU-verdragsvrijheden (en hoe dit op te lossen)

Samenvatting

In deze bijdrage zetten Maarten de Wilde en Ciska Wisman aan de hand van een concreet cijfervoorbeeld en het beslismodel van het HvJ uiteen waarom alle varianten van de bijheffing uit de Pijler 2-richtlijn reeds in het fundament botsen met de internemarktgedachte en de rechtstreeks werkende verkeersvrijheden. Onder de bijheffingen bestaan verschillen in behandeling tussen binnenlandse en landgrensoverschrijdende situaties. Deze verschillen resulteren in ongerechtvaardigde de-factobelemmeringen. De kern van dit rechtstekort ligt in de gekozen benadering waarin de bijheffing wordt bepaald per staat (jurisdictional blending). Dit, terwijl de interne markt gaat over het bewerkstelligen van een ruimte zónder binnengrenzen waarbinnen productiefactoren en goederen en diensten zich ongehinderd moeten kunnen bewegen (regional blending). Mogelijke oplossingsrichtingen zijn het introduceren van (EU) regional blending of het intrekken van de Pijler 2-richtlijn. Dat laatste al dan niet onder gelijktijdige introductie van een geharmoniseerde competitieve vennootschapsbelasting voor de interne markt. Worden geen maatregelen getroffen, dan lijkt het slechts een kwestie van tijd tot het HvJ de bijheffingsmechanismen in hun essentie onverenigbaar met het Unierecht zal verklaren.

De kopij werd afgesloten op 12 mei 2025.

Jasper Korving heeft een referentie-artikel 'De rechtsgrondslag van de Pijler 2-richtlijn en de "kennelijke fout"-doctrine' op deze bijdrage geschreven in NLF-W 2025/20 .

Reinier Kooiman en Raoul Sanders hebben een referentie-artikel 'Het fundament onder Pijler 2' op deze bijdrage geschreven in NLF-W 2025/22 .

1. Inleiding

Sinds 31 december 2023 geldt in Nederland de Wet minimumbelasting 2024 (Wet MB 2024). [1] Deze wet dient ter implementatie van de Richtlijn tot waarborging van een minimumniveau van belastingheffing,

1 Zie Wet van 20 december 2023 tot invoering van een minimumbelasting en wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Invorderingswet 1990 in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2022/2523 van de Raad van 14 december 2022 tot waarborging van een mondiaal minimumniveau van belastingheffing voor groepen van multinationale ondernemingen en omvangrijke binnenlandse groepen in de Unie (PbEU 2022, L 328/1) (Wet minimumbelasting 2024), Stb. 2023, 510 . Voor een bespreking van de Wet MB 2024 zie bijv. M.M. De Reus, D. Salehi, H. Vermeulen en C. Wisman, De Wet minimumbelasting 2024 (Pijler 2), Fed Fiscale Brochures, Wolters Kluwer, Deventer 2024.

[2] ook bekend als de Pijler 2-richtlijn. De EU-lidstaten geven via de Pijler 2-richtlijn uiting [3] aan de zogenoemde Global Minimum Tax (Pillar Two). [4] De Global Minimum Tax maakt deel uit van de Global Tax Deal, het politieke akkoord uit 2021 binnen het OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS over een wereldwijde winstbelastinghervorming voor het internationale grootbedrijf om de fiscale uitdagingen van een digitaliserende economie te adresseren. [5]

Rond de Global Minimum Tax (Pillar Two) spelen diverse fiscaaltechnische en fiscaalpolitieke vragen en discussies. [6] Een van de kwesties richt zich tot de vraag naar de verenigbaarheid van de 15%-minimumbelasting met de rechtstreeks werkende EU-verdragsvrijheden. Ten tijde van de eerste publieke onlineconsultatieronde van de OESO over de plannen destijds schreven wij in het voorjaar van 2019 over de spanning van de mogelijke bijheffingen met de EU-verdragsvrijheden:

---

2 Zie Richtlijn (EU) 2022/2523 van de Raad van 14 december 2022 tot waarborging van een mondiaal minimumniveau van belastingheffing voor groepen van multinationale ondernemingen en omvangrijke binnenlandse groepen.

3 Zie bijv. overweging 3 tot en met 6 preambule Pijler 2-richtlijn.

4 Zie OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy - 8 October 2021 (hierna: October 2021 Statement). Zie voor een becommentarieerd overzicht van de ontwikkelingen vanaf de voorstellen en het politieke akkoord tot heden, bijv. M.F. de Wilde, Van BEPS tot de Wet minimumbelasting 2024. Een kroniek in commentaren, Sdu, Den Haag 2024.

5 Het OECD/G20 Inclusive Framework bestaat in mei 2025 uit 147 staten.

6 Zie o.a. L. De Broe en M. Massant, 'Are the OECD/G20 Pillar Two GloBE-Rules Compliant with the Fundamental Freedoms?', EC Tax Review 2021 (Vol. 30), No. 3, p. 86-98; J. Englisch, 'Dynamic References to International Soft Law Agreements: Flexibility With Limits', EC Tax Review 2024 (Vol. 33), No. 1, p. 2-7; G. Kofler, 'The "Decluttering" of EU Direct Tax Law', EC Tax Review 2025 (Vol. 34), No. 1, p. 2-7; J. English, 'Non-harmonized Implementation of a GloBE Minimum Tax: How EU Member States Could Proceed', EC Tax Review 2021 (Vol. 30), No. 5/6, p. 207-219; W. Haslehner, 'The Costs of Pillar 2: Legitimacy, Legality, and Lock-in', Intertax 2023 (Vol. 51), No. 10, p. 634-637; F. Debelva en L. de Broe, 'Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective', Intertax 2022 (Vol. 50), No. 12, p. 898-906; V. Chand, A. Turina en K. Romanovska, 'Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the Various Challenges', World Tax Journal 2022 (Vol. 14), No. 1; M.P. Devereux en J. Vella, 'The Impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition', World Tax Journal 2023 (Vol. 15), No. 3; J.F. Pinto Nogueira, 'GloBE and EU Law: Assessing the Compatibility of the OECD's Pillar II Initiative on a Minimum Effective Tax Rate with EU Law and Implementing It within the Internal Market', World Tax Journal 2020 (Vol. 12), No. 3; T.M. Vergouwen, 'De reikwijdte van de verplichting tot (bij)heffing op grond van de Pijler 2-richtlijn in relatie tot derde staten in het licht van het arrest Generalstaatsanwaltschaft München', NLF-W 2023/25 ; S.R. Pancham, 'De Pillar 2-heffing en belastingverdragen. Toch geen strijdigheid?', NLF Opinie 2023/4 ; L. van Heijningen, 'Ongeschreven internationaal fiscaal gewoonterecht, de Nederlandse rechtsorde en de UTPR', NLF-W 2024/11 ; M.J.A.M. van Gijlswijk en L. van Heijningen, 'De (ir)relevantie van de wetsgeschiedenis bij de uitleg van implementatiebepalingen', NLF-W 2022/18 ; G.K. Fibbe en M.M. Makkinje, 'De Wet minimumbelasting 2024 en de verhouding tot artikel 1 EP EVRM', WFR 2023/32; J. R. Goudsmit en L.C. van Hulten, 'Pijler 2: enkele verdragsaspecten', WFR 2023/41; L. den Ridder, 'Europeesrechtelijke knelpunten van de Income Inclusion Rule (Pillar 2)', WFR 2021/104; H. Vermeulen, 'Heffingsvarianten van de Wet minimumbelasting 2024', TFO 2024/192.1; T.M. Vergouwen, 'De interactie tussen richtlijnen en belastingverdragen: drie casusposities', MBB 2024/45; S.R. Pancham en G.K. Fibbe, 'Pillar 2: de CFC-regeling in de Wet minimumbelasting 2024', MBB 2023/33.

> ‘Dat lijkt ons problematisch. Dit, nog los van de Unierechtelijke vraagstukken die implementatie van de GLOBE-maatregelen binnen de EU onvermijdelijk zou oproepen. De GLOBE-maatregelen – de “income inclusion rule” en de “tax on base erosion payments” – zoals ze er nu liggen, zouden in het licht van onder meer, respectievelijk, de HvJ-arresten Cadbury Schweppes en Eurowings vermoedelijk met de EU-verdragsvrijheden onverenigbaar zijn.’ [7]

Ook de Europese Commissie heeft oog gehad voor het primaire Unierecht. Met de bedoeling de Pijler 2-richtlijn in overeenstemming te houden met de EU-verdragsvrijheden, is in aanvulling op het politieke akkoord in het Inclusive Framework de reikwijdte van de Global Minimum Tax uitgebreid tot het nationale grootbedrijf. [8] De Pijler 2-richtlijn ziet niet alleen op multinationale groepen maar ook op binnenlandse groepen. [9] Volgens de Europese Commissie zou daarmee de mogelijke spanning tussen de richtlijn en de vrijheden zijn geneutraliseerd. [10] Wij denken dat dit niet het geval is.

In deze bijdrage zetten wij aan de hand van een cijfervoorbeeld en het beslismodel van het HvJ uiteen waarom de bijheffing uit de Pijler 2-richtlijn in alle bijheffingsvariaties reeds in het fundament botst met de internemarktgedachte en de fundamentele vrijheden. Het probleem, bezien vanuit een internemarktperspectief, ligt in de gekozen benadering van bijheffing per staat (jurisdictional blending). De interne markt gaat niet over bijheffing per staat, maar over het bewerkstelligen van een ruimte zónder binnengrenzen waar productiefactoren en goederen en diensten zich ongehinderd moeten kunnen bewegen (regional blending) en waar het kapitaalverkeer van en naar de EU universeel is vrijgemaakt (global blending). Wanneer de bijheffingen onder de Pijler 2-richtlijn het recht op vrij verkeer belemmeren, ligt onverbindendheid van de maatregelen wegens onverenigbaarheid met het primaire EU-recht op de loer. Gelet op de beperkte beleidsruimte van de individuele lidstaten bij de implementatie van de Pijler 2-richtlijn, geldt a fortiori op gelijke voet hetzelfde voor de equivalente bepalingen in

---

7 Zie M.F. de Wilde en C. Wisman, ‘OESO-consultatie digitale economie: “grondslagherverdeling” en “ik belast wat jij niet doet”?’, NLF-W 2019/1 en ook M.F. de Wilde en C. Wisman, ‘OECD Consultations on the Digital Economy: “Tax Base Reallocation” and “I’ll Tax If You Don’t”?’, in: Taxing the Digital Economy. The EU Proposals and Other Insights (red.: P. Pistone & D. Weber), EATLP International Tax Series, IBFD, August 2019, p. 3-26.

8 Zie preambule Pijler 2-richtlijn, overweging 6: ‘(…) Deze richtlijn moet ook van toepassing zijn op omvangrijke louter binnenlandse groepen. Op die manier wordt het wettelijke kader zo opgezet dat elke vorm van discriminatie tussen grensoverschrijdende en binnenlandse situaties wordt vermeden.’

9 Zie artikel 1 en 2 Pijler 2-richtlijn .

10 Zie Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot waarborging van een mondiaal minimumniveau van belastingheffing van multinationale groepen in de Unie, COM(2021) 823 final, Brussel 22 december 2021, p. 3 en 8: ‘Tot slot moeten de maatregelen ter uitvoering van de OESO-modelvoorschriften worden vastgesteld in overeenstemming met het primaire recht en in de hele Unie een gemeenschappelijke lijn volgen om belastingplichtigen de rechtszekerheid te bieden dat het nieuwe rechtskader verenigbaar is met de fundamentele vrijheden van de EU, inclusief de vrijheid van vestiging. (…) Algemeen genomen sluit de richtlijn nauw aan bij de OESO-modelvoorschriften, maar haar toepassingsgebied is uitgebreid tot omvangrijke louter binnenlandse groepen om te waarborgen dat de fundamentele vrijheden in acht worden genomen.’

zowel de Nederlandse Wet MB 2024 als de implementatiewetgeving in alle andere EU-lidstaten. [11] Volledigheidshalve, ook secundair Unierecht moet immers verenigbaar zijn met het primaire Unierecht. [12] Hiermee staan mogelijk alle Pijler 2-heffingen van de EU-lidstaten onder primaire Unierechtelijke druk.

2. Waarom Pijler 2-bijheffing met de EU-verdragsvrijheden botst, en hoe dit op te lossen

2.1. Global Minimum Tax; I'll tax if you don't

Met de Pijler 2-richtlijn geven de EU-lidstaten op gecoördineerde wijze opvolging aan de in 2021 gemaakte politieke afspraken binnen het Inclusive Framework (IF) tot invoering van een mondiaal 15%-minimumwinstbelastingniveau voor groepen met een jaaromzet boven de € 750 miljoen. [13] Binnen het IF is een 'common approach' overeengekomen. [14] De EU-lidstaten hebben, zoals ook blijkt uit de formulering van de bepalingen van de Pijler 2-richtlijn, bij de implementatie dan ook slechts beperkte beleidsruimte. [15] Nederland heeft de bepalingen nauwgezet geïmplementeerd in de Wet MB 2024, [16] om zo te voldoen aan de resultaatsverplichting die een richtlijn met zich meebrengt. [17]

---

11 Zie bijv. HvJ 8 maart 2017, C-14/16 (Euro Park Service), ECLI:EU:C:2017:177 , NLF 2017/0617 , met noot van Boulogne. Zie voor een analyse van de ruimte voor toetsing van de implementatiewetgeving van de EU-lidstaten dan wel het secundaire EU-recht aan het primaire EU-recht, bijv. H. Vermeulen, 'Het Unierechtelijke en anderszins verdragsrechtelijk gewaarborgde evenredigheidsbeginsel. Alle wegen leiden naar Rome', NTFR 2023/1839.

12 Zie bijv. HvJ 26 oktober 2010, C-97/09 (Schmelz), ECLI:EU:C:2010:632 : 'Er moet voorts worden opgemerkt dat het verbod van beperkingen van het vrij verrichten van diensten niet enkel geldt voor nationale maatregelen, maar evenzeer voor maatregelen die van de instellingen van de Unie uitgaan (zie naar analogie wat het vrij verkeer van goederen betreft, arrest van 25 juni 1997, Kieffer en Thill, C-114/96, Jurispr. blz. I 3629, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).' En meer recent HvJ 8 december 2022, C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies e.a.), ECLI:EU:C:2022:963 , NLF 2023/0014 , met noot van Dafnomilis en HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 (Luxembourg Business Registers) en C-601/20 (Sovim), ECLI:EU:C:2022:912 , NLF 2022/2456 , met noot van Dafnomilis.

13 'I'll tax if you don't', zie M.F. de Wilde en C. Wisman, 'OESO-consultatie digitale economie: "grondslagherverdeling" en "ik belast wat jij niet doet"?', NLF-W 2019/1 .

14 Zie October 2021 Statement: 'The GloBE rules will have the status of a common approach. This means that IF members: are not required to adopt the GloBE rules, but, if they choose to do so, they will implement and administer the rules in a way that is consistent with the outcomes provided for under Pillar Two, including in light of model rules and guidance agreed to by the IF; accept the application of the GloBE rules applied by other IF members including agreement as to rule order and the application of any agreed safe harbours'. Zie ook OECD (2023), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Administrative Guidance on the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two) , December 2023, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, p. 4.

15 De wetgever spreekt zelf over 'zeer beperkt[e] nationale beleidsruimte', zie bijv. Kamerstukken II 2022/23, 36 369, 3, p. 3 en 55 . De wetgever geeft ook aan dat deze beperkte beleidsruimte kan worden verklaard vanuit het gegeven dat de Pijler 2-richtlijn grotendeels is gebaseerd op de OESO-modelregels en het internationale politieke akkoord daarover. Kamerstukken II 2022/23, 36 369, 3, p. 59 .

16 Kamerstukken II 2022/23, 36 369, 3, p. 59 .

Pijler 2 beoogt winstverschuiving en grondslaguitholling verder aan te pakken (antibelastingontwijking) en een ondergrens te stellen aan belastingconcurrentie tussen landen (antibelastingconcurrentie). [18] Het middel om dat doel te bereiken, is een 'bijheffing tot 15%'. Een bijheffing die in effectieve zin resulteert in een wereldwijde minimale (winst)belastingdruk, komt in praktisch opzicht aan beide doelstellingen tegemoet. [19] De Pijler 2-richtlijn schrijft voor dat indien in een staat het effectieve belastingtarief lager is dan 15%, tot het minimumniveau wordt bijgeheven (top-up taxation, TuT). [20] Het effectieve belastingtarief van een groep voor een verslagjaar wordt per staat [21] berekend volgens een effectieftariefbreuk. [22] In de teller van deze breuk worden, kort gezegd, de winstbelastingen van alle in die staat gevestigde groepsentiteiten opgenomen waarvoor de berekening wordt gemaakt. [23] In de noemer worden, kort gezegd, de winsten van alle in die staat gevestigde groepsentiteiten opgenomen waarvoor de berekening wordt gemaakt. [24] Bijheffing wordt berekend indien het effectieve tarief lager is dan het 15%-minimumtarief. [25] De bijheffing wordt bepaald door het procentpuntenverschil [26] tussen het effectieve tarief en het 15%-minimumtarief te vermenigvuldigen met de overwinst, dat

17 Zie artikel 288 VWEU : 'Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.'

18 Zie bijvoorbeeld '(…) designed to address the continued risk of profit shifting', in: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note, 23 January 2019; '(…) establishes a floor on corporate tax competition', in: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Outcome Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 11 July 2023. Zie ' (…) een einde te maken aan fiscale praktijken die MNO's in staat stellen winsten te verschuiven naar jurisdicties waar zij niet of zeer laag worden belast, (…) een ondergrens creëren voor de concurrentie met vennootschapsbelastingtarieven', overweging 2, preambule Pijler 2-richtlijn. En zie 'Het doel van Pijler 2 is tweeledig. Ten eerste beoogt Pijler 2 de prikkel voor bedrijven om winst te verschuiven naar laagbelastende staten te verminderen. Ten tweede beoogt Pijler 2 een ondergrens te stellen aan belastingconcurrentie tussen staten', Kamerstukken II 2022/23, 36 369, 3, p. 2 . De mogelijke budgettaire impact lijkt nauwelijks een rol te hebben gespeeld: 'Het kabinet erkent dat de opbrengst zeer onzeker is, maar merkt op dat de budgettaire opbrengst dan ook niet het leidende principe is om het wetsvoorstel Wet minimumbelasting 2024 in te voeren', Kamerstukken I 2023/24, 36 369, C, p. 5 .

19 Zie ook C. Wisman, 'Over de Unierechtelijke (on)houdbaarheid van het "effectief belastingtarief" en de "bijheffing" van de WMB 2024', TFO 2024/192.2.

20 Zie artikel 26 en 27 Pijler 2-richtlijn . Zie ook artikel 8.1 en 8.2 Wet MB 2024 .

21 Onder omstandigheden moeten door de groep voor één staat verschillende berekeningen worden gemaakt, bijvoorbeeld in geval van de aanwezigheid van beleggingsentiteiten (Investment Entities). Zie artikel 41 Pijler 2-richtlijn en ook artikel 10.4 Wet MB 2024 .

22 Zie artikel 26 Pijler 2-richtlijn en ook artikel 8.1 Wet MB 2024 .

23 Zie artikel 20 e.v. Pijler 2-richtlijn en ook hoofdstuk 7 Wet MB 2024.

24 Zie artikel 15 e.v. jo. artikel 20, lid 2, Pijler 2-richtlijn . Zie ook hoofdstuk 6 Wet MB 2024.

25 Zie artikel 27 Pijler 2-richtlijn en ook artikel 8.2 Wet MB 2024 .

26 Merk op dat de Pijler 2-richtlijn zich niet uitlaat over eventuele afronding. De Wet MB 2024 gaat, overeenkomstig de OESO-modelregels, uit van een afronding op vier decimalen, zie artikel 8.1 Wet MB 2024 en vgl. artikel 5.1 OESO-modelregels.

wil zeggen de winst minus een 'bijheffingsvrije som': het zogenoemde uitgesloten inkomen op basis van reële aanwezigheid dat wordt berekend als een opslag op de kosten van arbeid en vaste activa. [27] De bijheffing vindt daarna achtereenvolgens plaats volgens de mechanismen van respectievelijk de kwalificerende binnenlandse bijheffing (Qualified Domestic Top-up Tax, QDMTT; indien ingevoerd), [28] de kwalificerende inkomen-inclusiebijheffing (Qualified Income Inclusion Rule, IIR) [29] of de kwalificerende onderbelastewinstbijheffing(Qualified Undertaxed Profits Rule, UTPR) [30] . De vraag wanneer een bijheffing precies 'kwalificerend' is, laten we voor nu buiten beschouwing. [31]

2.2. Binnenlandse versus landgrensoverschrijdende situaties

2.2.1. Binnenlandse en binnengrensoverschrijdende situaties geschetst

De toepassing van Pijler 2-richtlijn via de Nederlandse implementatiewetgeving werkt in een binnenlandse en landgrensoverschrijdende situatie verschillend uit. Dit illustreren we aan de hand van een cijfervoorbeeld. We starten met een binnenlandse situatie als basisscenario. Vervolgens werken we de landgrensoverschrijdende variant daarvan nader uit in drie scenario's, waarbij we bij ieder scenario aanknopen bij één van de Pijler 2-bijheffingsvarianten: scenario (a) inkomen-inclusiebijheffing (IIR), scenario (b) binnenlandse bijheffing (QDMTT), en scenario (c) onderbelastewinstbijheffing (UTPR).

2.2.2. Binnenlandse situatie (basisscenario)

Co1, Co2 en Co3 behoren tot dezelfde groep. Alle zijn in Nederland gevestigd. Co1 is de uiteindelijkemoederentiteit. De som van de betrokken belastingen (T) in Nederland is € 1.500 (Co1: € 400; Co2: € 600 en Co3: € 500) De som van hun inkomen (Y) in Nederland is € 10.000 (Co1: € 2.000; Co2: € 3.000 en Co3: € 5.000). Het effectieve belastingtarief in Nederland is 15% (1.500/10.000) × 100% = 15%). Nederland is geen laagbelastende staat. Co1, Co2 en Co3 zijn geen laagbelaste groepsentiteiten. Er is geen sprake van bijheffing tot het 15%-minimumniveau. Zie tevens figuur 1.

Figuur 1. Binnenlandse situatie (basisscenario)

Zie hierover ook C. Wisman, par. 6.2.3.1, in: De Wet minimumbelasting 2024 (Pijler 2) (red.: M.M. De Reus, D. Salehi, H. Vermeulen en C. Wisman), Fed Fiscale Brochures, Wolters Kluwer, Deventer 2024.

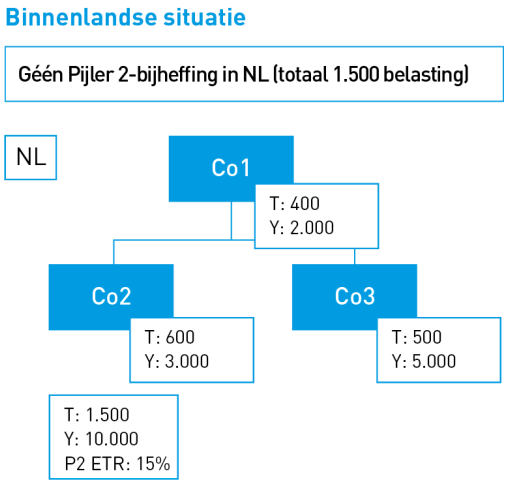
27 Zie artikel 27 jo. 28 Pijler 2-richtlijn . Zie ook artikel 8.2 jo. 8.3 Wet MB 2024 . Overigens kan de groep kiezen om de vermindering vanwege reële aanwezigheid níét toe te passen, artikel 45 Pijler 2-richtlijn. Zie ook artikel 13.2 Wet MB 2024 en Kamerstukken II 2022/23, 36 369, 3, p. 197 .

28 Zie artikel 1, lid 2, Pijler 2-richtlijn en ook artikel 3.1 Wet MB 2024 .

29 Zie artikel 1, lid 1, onderdeel a, Pijler 2-richtlijn en ook artikel 4.1 Wet MB 2024 .

30 Zie artikel 1, lid 1, onderdeel b, Pijler 2-richtlijn en ook artikel 5.1 Wet MB 2024 .

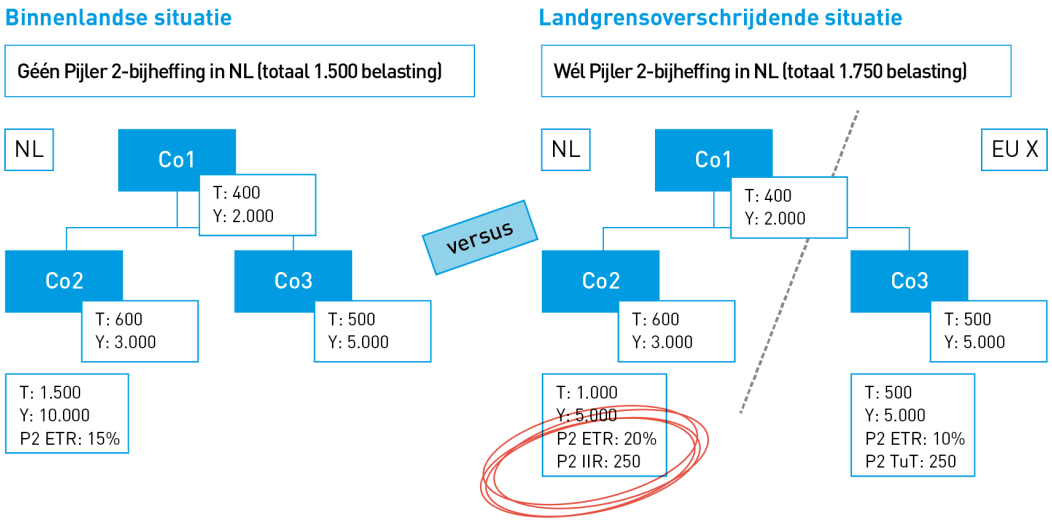
31 Wel merken wij op dat een bijheffing enkel als 'gekwalificeerde' bijheffing kan worden aangemerkt indien '(…) die jurisdictie niet toestaat voordelen met betrekking tot die regels te verlenen', zie de definities in artikel 3, onder 18°, 28°, en 43°, Pijler 2-richtlijn . Dit is ook bekend als de 'no-benefitsvoorwaarde'. Wij volstaan hier met de opmerking dat de vraag opkomt of Nederland met het bieden van verrekeningsmogelijkheden in het CFC-regime, artikel 13ab Wet VpB 1969 en het onder omstandigheden meetellen van de bijheffing voor de beoordeling of voldaan is aan een onderworpenheidstoets van een antimisbruikbepaling in de Wet VpB 1969, niet in strijd handelt met deze 'no-benefitsvoorwaarde'. Zie het commentaar van Ciska Wisman bij artikel 13ab Wet VpB 1969 in de NLFiscaal kennisbank.



2.2.3. Landgrensoverschrijdende situatie (a): inkomen-inclusiebijheffing (IIR)

Co1, Co2 en Co3 behoren tot dezelfde groep. Co1 en Co2 zijn in Nederland gevestigd. Co3 is in EU-lidstaat X gevestigd. Co1 is de uiteindelijkemoederentiteit. De som van de betrokken belastingen (T) in Nederland is € 1.000 (Co1: € 400 en Co2: € 600). De som van hun inkomen (Y) in Nederland is € 5.000 (Co1: € 2.000 en Co2: € 3.000). Het effectieve belastingtarief in Nederland is 20% (1.000/5.000 × 100% = 20%). Nederland is geen laagbelastende staat. Co1 en Co2 zijn geen laagbelaste groepsentiteiten. De som van de betrokken belastingen (T) van Co3 in EU-lidstaat X is € 500. De som van het inkomen (Y) van Co3 in EU-lidstaat X is € 5.000. Het effectieve belastingtarief in EU-lidstaat X is 10% (500/5.000 × 100% = 10%). EU-lidstaat X is een laagbelastende staat. Co3 is een laagbelaste groepsentiteit. Het bijheffingspercentage is 5% (15 -/- 10 = 5). EU-lidstaat X kent geen kwalificerende binnenlandse bijheffing. Nederland gaat over tot bijheffing tot het 15%-minimumniveau bij Co1, onder toepassing van de inkomen-inclusiebijheffing. De door Co1 in Nederland verschuldigde bijheffing (de bijheffingsvrije som daargelaten) bedraagt € 250 (0,05 × 5.000 = 250). Zie tevens figuur 2.

Figuur 2. Landgrensoverschrijdende situatie (a): inkomen-inclusiebijheffing (IIR)

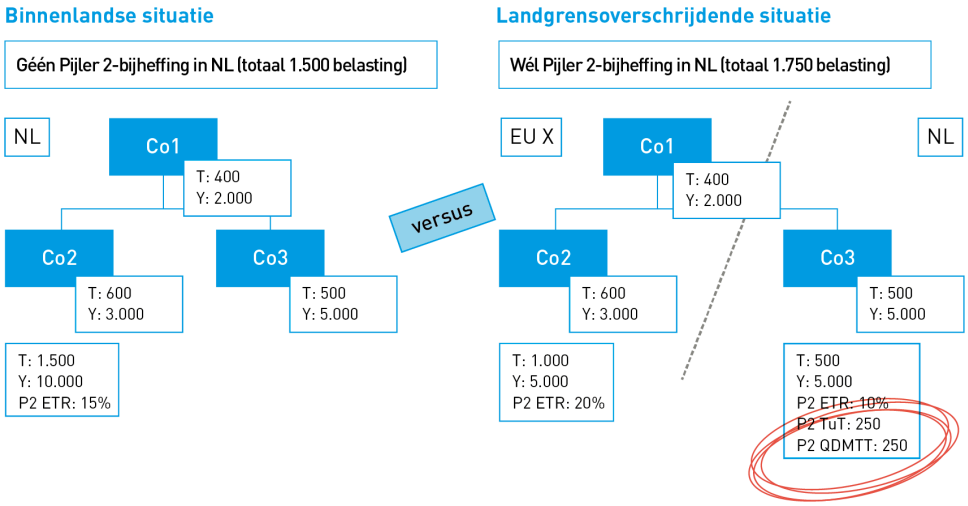


2.2.4. Landgrensoverschrijdende situatie (b): binnenlandse bijheffing (QDMTT)

Co1, Co2 en Co3 behoren tot dezelfde groep. Co1 en Co2 zijn in EU-lidstaat X gevestigd. Co3 is in Nederland gevestigd. Co1 is de uiteindelijkemoederentiteit. De som van de betrokken belastingen

(T) in EU-lidstaat X is € 1.000 (Co1: € 400 en Co2: € 600). De som van hun inkomen (Y) in EU-lidstaat X is € 5.000 (Co1: € 2.000 en Co2: € 3.000). Het effectieve belastingtarief in EU-lidstaat X is 20% (1.000/5.000 × 100% = 20%). EU-lidstaat X is geen laagbelastende staat. Co1 en Co2 zijn geen laagbelaste groepsentiteiten. De som van de betrokken belastingen (T) van Co3 in Nederland is € 500. De som van het inkomen (Y) van Co3 in Nederland is € 5.000. Het effectieve belastingtarief in Nederland is 10% (500/5.000 × 100% = 10%). Nederland is een laagbelastende staat. Co3 is een laagbelaste groepsentiteit. Het bijheffingspercentage is 5% (15 -/- 10 = 5). Nederland kent een kwalificerende binnenlandse bijheffing. Nederland gaat over tot bijheffing tot het 15%-minimumniveau bij Co3, onder toepassing van de binnenlandse bijheffing. De door Co3 in Nederland verschuldigde bijheffing (de bijheffingsvrije som daargelaten) bedraagt € 250 (0,05 × 5.000 = 250). Zie tevens figuur 3.

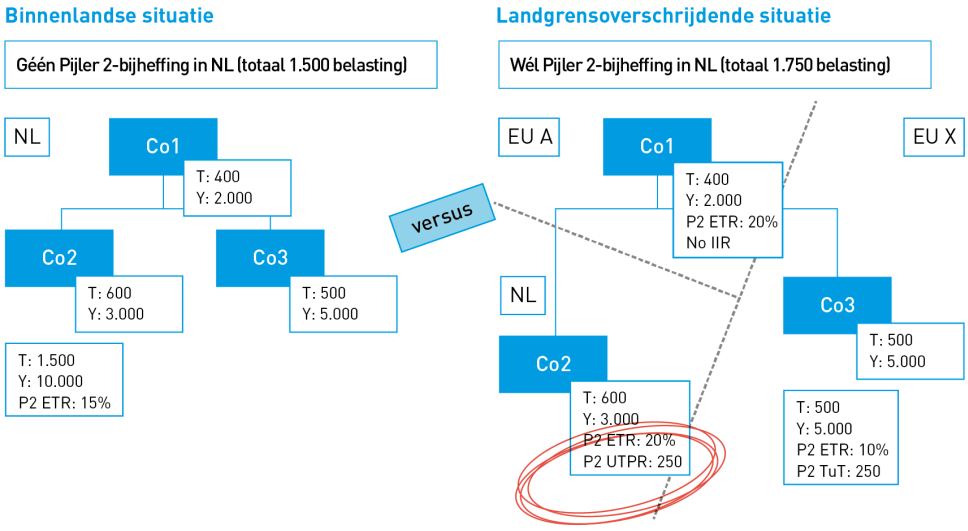
Figuur 3. Landgrensoverschrijdende situatie (b): binnenlandse bijheffing (QDMTT)



2.2.5. Landgrensoverschrijdende situatie (c): onderbelastewinstbijheffing (UTPR)

Co1, Co2 en Co3 behoren tot dezelfde groep. Co1 is in EU-lidstaat A gevestigd. Co2 is in Nederland gevestigd. Co3 is in EU-lidstaat X gevestigd. Co1 is de uiteindelijkemoederentiteit. De som van de betrokken belastingen (T) van Co1 in EU-lidstaat A is € 400. De som van het inkomen (Y) in EU-lidstaat A is € 2.000. Het effectieve belastingtarief in EU-lidstaat A is 20% (400/2.000 × 100% = 20%). EU-lidstaat A is geen laagbelastende staat. Co1 is geen laagbelaste groepsentiteit. De som van de betrokken belastingen (T) van Co2 in Nederland is € 600. De som van het inkomen (Y) in Nederland is € 3.000. Het effectieve belastingtarief in Nederland is 20% (600/3.000 × 100% = 20%). Nederland is geen laagbelastende staat. Co2 is geen laagbelaste groepsentiteit. De som van de betrokken belastingen (T) van Co3 in EU-lidstaat X is € 500. De som van het inkomen (Y) van Co3 in EU-lidstaat X is € 5.000. Het effectieve belastingtarief in EU-lidstaat X is 10% (500/5.000 × 100% = 10%). EU-lidstaat X is een laagbelastende staat. Co3 is een laagbelaste groepsentiteit. Het bijheffingspercentage is 5% (15 -/- 10 = 5). EU-lidstaat A kent geen kwalificerende inkomen-inclusiebijheffing. Nederland gaat over tot bijheffing tot het 15%-minimumniveau, bij Co2, onder toepassing van de onderbelastewinstbijheffing. De door Co2 in Nederland verschuldigde bijheffing (de bijheffingsvrije som daargelaten) bedraagt € 250 (0,05 × 5.000 = 250).

Figuur 4. Landgrensoverschrijdende situatie (c): onderbelastewinstbijheffing (UTPR)



2.3. Pijler 2-bijheffing verenigbaar met de EU-verdragsvrijheden?

2.3.1. Bijheffingsmechanismen onverenigbaar en onverbindend

Een vergelijking met de nationale situatie bij de hierboven uiteengezette landgrensoverschrijdende scenario's (a), (b) en (c), roept de vraag op of de bijheffing in de verschillende varianten wel verenigbaar is met de EU-verdragsvrijheden. Wij menen van niet. Waar binnenlands niet zou worden bijgeheven, wordt in de equivalente landgrensoverschrijdende situatie door die lidstaat wél tot Pijler 2-bijheffing gekomen. Dit resulteert welbeschouwd in een de-factobelemmering. Hetgeen niet is toegestaan, tenzij sprake is van een dwingende reden van algemeen belang (rechtvaardigingsgrond) en de maatregel geschikt en proportioneel is. De bestaande rechtvaardigingsgronden lijken geen soelaas te bieden. Dit betekent dat de Pijler 2-bijheffing welbeschouwd onder alle bijheffingsvarianten onverenigbaar is met de fundamentele vrijheden en dus onverbindend. Dit, tenzij het HvJ de EU-lidstaten te hulp zou schieten met een nieuw ontwikkelde rechtvaardigingsgrond onder de rule of reason. Om eerlijk te zijn, zien wij zo snel niet aan de hand van welk argument dat dan zou moeten gebeuren. [32] Hieronder de analyse die tot onze bevinding aanleiding geeft.

2.3.2. Toetsing richtlijn aan de vrijheden

Volgens bestendige jurisprudentie van het HvJ verloopt de beoordeling van een feitenstel en nationaalrechtelijke of secundair Unierechtelijke rechtstoepassing aan de EU-verdragsvrijheden aan de hand van een beslismodel. [33] Voor zover hier relevant, wordt bezien of toetsing mogelijk is aan het primaire EU-recht. In dit geval, de toetsing van de Pijler 2-richtlijn aan de EU-verdragsvrijheden. Onder deze toetsing wordt eerst bezien of het onderhavige feitenstel binnen de werkingssfeer van de vrijheden

32 Dit, tenzij het HvJ in strijd met de internemarktgedachte en de gedachte zo een level playing field te bewerkstelligen zou menen dat de Pijler 2-richtlijn zodanig in het belang van de EU is dat het reeds om die reden niet onverenigbaar met het Unierecht moet worden beoordeeld. Vgl. HvJ 25 januari 1977, 46/76, (Bauhuis), ECLI:EU:C:1977:6, r.o. 27 e.v.

33 Zie bijv. HvJ 4 oktober 2024, C-585/22 (Staatssecretaris van Financiën), ECLI:EU:C:2024:822 , NLF 2024/2342 , met noot van Boei; HvJ 8 december 2022, C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies e.a.), ECLI:EU:C:2022:963 , NLF 2023/0014 , met noot van Dafnomilis en HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 (Luxembourg Business Registers) en C-601/20 (Sovim), ECLI:EU:C:2022:912 , NLF 2022/2456 , met noot van Dafnomilis.

valt – *a. toegang* (zie paragraaf 2.3.3 hierna). Vervolgens wordt bezien of sprake is van een obstakel – *b. belemmering/discriminatie* (zie paragraaf 2.3.4 hierna). Vervolgens, en tot slot, wordt bezien of deze belemmering of discriminatie kan worden gerechtvaardigd, waarbij ook wordt bezien of betrokken rechtvaardigingsgrond geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken (effectiviteit) en niet verder gaat dan nodig is (proportionaliteit) – *c. rechtvaardiging* (zie paragraaf 2.3.5 hierna).

De Pijler 2-richtlijn kan worden getoetst aan de EU-verdragsvrijheden, zoals ieder instrument van secundair Unierecht kan worden getoetst aan het primaire EU-recht. [34] Dit blijkt uit bestendige jurisprudentie van het HvJ waar het richtlijnen en verordeningen toetste aan het Handvest, het EU-staatssteunrecht, de EU-verdragsvrijheden en de EU-beginselen; alle bronnen van primair Unierecht. [35] Er bestaat geen grondslag in het EU-recht op basis waarvan iets anders zou kunnen gelden voor de toetsing aan de fundamentele EU-verdragsvrijheden van de EU-richtlijnen op het terrein van de directe belastingen. Ook voor het overige kunnen wij geen reden bedenken waarom de Pijler 2-richtlijn zich aan de onderworpenheid van het primair Unierechtelijke rechtskader zou kunnen onttrekken. Ook uit de preambule van de Pijler 2-richtlijn kan worden afgeleid dat de EU-lidstaten (terecht) menen dat de inhoud van de richtlijn verenigbaar moet zijn met de fundamentele vrijheden. [36] Opmerking verdient dat niet geheel duidelijk is of, en zo ja in hoeverre, de EU-wetgever bij de uitoefening van haar wetgevende bevoegdheden wat betreft fiscale richtlijnen enige discretionaire ruimte heeft als het gaat om de

34 Zie bijv. HvJ 8 december 2022, C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies e.a.), ECLI:EU:C:2022:963 , NLF 2023/0014 , met noot van Dafnomilis en HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 (Luxembourg Business Registers) en C-601/20 (Sovim), ECLI:EU:C:2022:912 , NLF 2022/2456 , met noot van Dafnomilis. Ook de Hoge Raad meent dat toetsing van EU-richtlijnen aan het vrije verkeer mogelijk is, zie HR 20 december 2024, 21/02456, ECLI:NL:HR:2024:1883 , NLF 2025/0087 , met noot van Blokland.

35 Zie bijv. HvJ 26 oktober 2010, C-97/09 (Schmelz), ECLI:EU:C:2010:632 , r.o. 50, waarin het HvJ over de Btw-richtlijn opmerkt dat het verbod op belemmeringen van het vrije verkeer van diensten: '(…) niet enkel geldt voor nationale maatregelen, maar evenzeer voor maatregelen die van de instellingen van de Unie uitgaan'. Eerder oordeelde het HvJ in rondom de Verordening betreffende statistieken van het goederenverkeer reeds dat het verbod op het belemmeren van het vrije verkeer van goederen 'niet enkel [geldt] voor nationale maatregelen, maar evenzeer voor maatregelen die van de gemeenschapsinstellingen uitgaan', zie HvJ 25 juni 1997, C-114/96 (Kieffer en Thill), ECLI:EU:C:1997:316. Ook heeft het HvJ overwogen ten aanzien van de Moeder-dochterrichtlijn en de verkeersvrijheden: 'Niettemin dient te worden nagegaan of een beperking van de werkingssfeer van richtlijn 90/435, zoals deze voortvloeit uit artikel 2, sub a, van richtlijn 90/435 en punt f van de bijlage bij deze richtlijn, die inhoudt dat andere vennootschappen die naar nationaal recht kunnen worden opgericht, van meet af aan worden uitgesloten, onverenigbaar kan worden geacht met de artikelen van het Verdrag die de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van kapitaal waarborgen', HvJ 1 oktober 2009, C-247/08 (Gaz de France - Berliner Investissement), ECLI:EU:C:2009:600 . Zie ook HvJ 10 december 2002, C-491/01 (British American Tobacco (Investments) Ltd en Imperial Tobacco Ltd), ECLI:EU:C:2002:741 waarin het HvJ overwoog: 'Op grond van het evenredigheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, dienen de middelen waarmee een communautaire bepaling het gestelde doel beoogt te bereiken, passend te zijn en niet verder te gaan dan daartoe noodzakelijk is.'

36 Als de richtlijn niet zou kunnen worden getoetst aan de EU-verdragsvrijheden dan was uitbreiding van het toepassingsbereik tot binnenlandse groepen om onverenigbaarheid op dit punt met de vrijheden te voorkomen niet nodig geweest.

borging daarbij van het primaire Unierecht waaronder de EU-verdragsvrijheden. [37] Zoals wij hieronder zullen laten zien, is de spanning met de vrijheden niettemin zodanig fundamenteel dat wij ons zelfs in de aanwezigheid van enige discretionaire ruimte niet kunnen voorstellen dat het HvJ de strijdigheid met de fundamentele verkeersvrijheden zou toestaan. Ook een argument dat de EU-lidstaten met de Pijler 2-richtlijn opvolging geven aan een internationaal politiek akkoord, [38] lijkt ons in dit opzicht niet bepalend te kunnen zijn. Eerder heeft het HvJ ten aanzien van de verplichtingen van internationaal publiekrechtelijke aard die voortvloeien uit de 'beginselen die de in het kader van de Verenigde Naties tot stand gekomen internationale rechtsorde beheersen', overwogen dat deze níét kunnen leiden tot een afwijking 'van de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en *de fundamentele vrijheden* (*MdW/CW: cursivering*)'. [39] Dit lijkt ons evenzeer te moeten gelden ten aanzien van de internationale politieke afspraken over belastingbeleidsaangelegenheden rondom de OECD/G20 Two-Pillar Solution. [40]

Voor de vraag of de nationale implementatiewetgeving dan wel de Pijler 2-richtlijn voorwerp van toetsing aan het primaire Unierecht is, lijkt bepalend te zijn of sprake is van 'uitputtende harmonisatie'. [41] Nationale implementatiemaatregelen die zien op een onderwerp dat op het niveau van de EU uitputtend is geharmoniseerd, worden in de regel getoetst aan de betreffende harmonisatiemaatregel en niet aan het primaire Unierecht. [42] Wél kan dat secundaire Unierecht worden getoetst aan het primaire Unierecht. [43] Overigens vragen wij ons af of de EU-lidstaten bij de implementatie van EU-richtlijnen desgevraagd niet alsnog een eigen verantwoordelijkheid zouden blijken te hebben hun implementatiewetgeving

37 Het HvJ lijkt in sommige zaken géén beoordelingsmarge te hanteren, bijv. HvJ 8 december 2022, C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies e.a.), ECLI:EU:C:2022:963 , NLF 2023/0014 , met noot van Dafnomilis en in andere zaken tot op zekere hoogte wél, bijv. HvJ 14 oktober 2004, C-299/02 (Commissie/Nederland), ECLI:EU:C:2004:620.

38 Dit, nog los van de omstandigheid dat Cyprus wel een EU-lidstaat is, maar geen onderdeel van het OECD/G20 Inclusive Framework.

39 Zie HvJ 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C#415/05 P (Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie), ECLI:EU:C:2008:461, r.o. 299-304.

40 Zie ook C. Wisman, 'Over de Unierechtelijke (on)houdbaarheid van het "effectief belastingtarief" en de "bijheffing" van de WMB 2024', TFO 2024/192.2.

41 Zie bijv. HvJ 24 februari 2022, C-257/20, (Viva Telecom Bulgaria), ECLI:EU:C:2022:125 ; HvJ 20 april 2023, C-348/22 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), ECLI:EU:C:2023:301 ; HvJ 8 maart 2017, C#14/16 (Euro Park Service), ECLI:EU:C:2017:177 , NLF 2017/0617 , met noot van Boulogne en HvJ 12 november 2015, C-198/14 (Visnapuu) ECLI:EU:C:2015:751 .

42 HvJ 24 februari 2022, C-257/20 (Viva Telecom Bulgaria), ECLI:EU:C:2022:125 ; HvJ 20 april 2023, C-348/22 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), ECLI:EU:C:2023:301 ; HvJ 8 maart 2017, C#14/16 (Euro Park Service), ECLI:EU:C:2017:177 , NLF 2017/0617 , met noot van Boulogne en HvJ 12 november 2015, C-198/14 (Visnapuu) ECLI:EU:C:2015:751 .

43 Zie HvJ 8 december 2022, C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies e.a.), ECLI:EU:C:2022:963 , NLF 2023/0014 , met noot van Dafnomilis; HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 (Luxembourg Business Registers) en C-601/20 (Sovim), ECLI:EU:C:2022:912 , NLF 2022/2456 , met noot van Dafnomilis en HvJ 26 oktober 2010, C-97/09 (Schmelz), ECLI:EU:C:2010:632 .

met ook het primaire Unierecht te laten stroken. Dit, bijvoorbeeld uit overwegingen van Unietrouw en loyale samenwerking. [44] Wij menen dat de lidstaten ook indien zij bij de implementatie in hun nationale rechtsordes van EU-wetgeving slechts in beperkte mate beleidsruimte hebben, zich daarbij moeten blijven vergewissen van de verenigbaarheid van hun wetgevende activiteiten met het primaire Unierecht. Wat daar ook van zij, ons lijkt dat toetsing van de Pijler 2-richtlijn aan het primaire Unierecht hoe dan ook aan de orde is. Bovendien zal de nationale implementatiewetgeving op dezelfde voet onverbindend zijn als de richtlijn waar deze wetgeving op gegrond is. Dit, wanneer het HvJ de Pijler 2-richtlijn als onverenigbaar met het primaire EU-recht onverbindend verklaart.

De EU-wetgever kan zich naar het zich laat aanzien bij de uitoefening van haar wetgevende bevoegdheden en verantwoordelijkheden niet aan de werking van het primaire EU-recht onttrekken. Dit, bijvoorbeeld met een verwijzing naar beperkingen in de beleidsruimte wijzend op politieke besluitvorming binnen een forum buiten het EU-institutionele kader zonder EU-wetgevende bevoegdheden. [45] De Europese Commissie geeft in de stukken bij het richtlijnvoorstel aan dat ook de EU weinig beleidsruimte had, nu politieke besluitvorming reeds eerder had plaatsgehad binnen het Inclusive Framework (en ook niet-IF-land Cyprus zich daar bij persbericht aan heeft gecommitteerd). [46] Het Inclusive Framework is evenwel geen orgaan met democratisch gelegitimeerde wetgevende bevoegdheden en maakt ook voor het overige geen deel uit van het institutionele raamwerk van de EU en haar wetgevende instellingen. [47] Er bestaat geen grondslag in het Unierecht op basis waarvan de EU-wetgever zich bij de totstandkoming van EU-wetgeving zou kunnen onttrekken aan de rechtsstatelijke verantwoordelijkheden om de uitgangspunten en parameters van het primaire EU-recht te garanderen en te borgen. Indien dit anders zou zijn en buiteninstitutionele democratische niet-gelegitimeerde actoren als het Inclusive Framework onderdeel zouden worden gemaakt van het EU-wetgevingsproces, dan zou dit tornen aan de rechtsstatelijke en democratische fundamenten en waarden waar de rechtsordes van de lidstaten en die van de EU als zodanig op gestoeld zijn. Wij kunnen ons dan ook niet voorstellen dat het HvJ mee zou gaan in een institutioneel verschuilen achter politieke besluitvorming binnen een buiteninstitutionele actor als het Inclusive Framework. Weliswaar heeft het HvJ in het verleden overwogen dat '(…) de Uniewetgever bij het nemen van een belastingmaatregel politieke, economische en sociale keuzes moet maken en uiteenlopende belangen moet afwegen of ingewikkelde beoordelingen moet verrichten. Bijgevolg komt hem in dat kader een ruime beoordelingsbevoegdheid toe, zodat de rechter bij zijn toetsing of voldaan is aan de in het vorige punt van het onderhavige arrest genoemde

44 Zie artikel 4 VEU.

45 Zo kan worden afgeleid uit HvJ 3 april 2025, C-228/24 (Nordcurrent group), ECLI:EU:C:2025:239 , NLF 2025/0856 , met noot van Adriaans. Zie in dit verband ook de eerder aangehaalde overwegingen in HvJ 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C#415/05 P (Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie), ECLI:EU:C:2008:461.

46 Bij het richtlijnvoorstel merkte de Europese Commissie daarover op: 'Er zijn geen beleidsopties waaruit de EU kan kiezen omdat de hoofdlijnen, zoals het toepassingsgebied of de belastingtarieven en belastinggrondslag, al vastgelegd en overeengekomen zijn'. Zie p. 5 van het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot waarborging van een mondiaal minimumniveau van belastingheffing van multinationale groepen in de Unie, COM(2021) 823 final, Brussel 22 december 2021.

47 Zie voor de gewone wetgevingsprocedure artikel 289 jo. 295 VWEU en zie artikel 115 VWEU .

voorwaarden hooguit mag nagaan of de Uniewetgever een kennelijke fout heeft.' [48] Die marge lijkt ons niet zó ruim te zijn dat daarmee strijdigheden met de fundamentele vrijheden kunnen worden toegestaan om een interne markt fragmenterende 'bijheffing' langs de nationale landsgrenzen van de individuele EU-lidstaten in stand te houden. [49]

Een voorbeeld waar het HvJ zich niet gebonden acht aan uitingen van instituties buiten het EU-wetgevingsproces, is het recente arrest in de zaak Nordcurrent. [50] Daarin past het HvJ de gerichte algemene antimisbruikmaatregel van artikel 1, lid 2, Moeder-dochterrichtlijn toe op een deelnemingsvrijstellingsregime ter implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn. Het HvJ besteedt daarbij geen enkele aandacht aan de verklaring van de Europese Commissie en marge van het EU-wetgevingsproces bij de totstandkoming van deze richtlijn dat deze algemene antimisbruikregel op de deelnemingsvrijstellingsregimes van de EU-lidstaten niet van toepassing zou zijn. [51] Indien aan een verklaring van een EU-institutie buiten de wetgevingsprocesorde geen interpretatieve waarde kan worden toegekend, dan geldt dit des te meer, zo lijkt ons, – a fortiori – voor verklaringen buiten de EU-wetgevingsprocesorde van actoren zonder enige EU-institutionele rol van betekenis, zoals het Inclusive Framework. In andere woorden, het Inclusive Framework is géén EU-wetgever en alles wat daarbinnen gebeurt, is dus géén onderdeel van het acquis communautaire. Opmerking verdient dat rondom de totstandkoming van de Pijler 2-richtlijn via verschillende verklaringen van de Europese Commissie en de Raad informele bewegingen zijn ingezet om uitingen vanuit het Inclusive Framework het acquis binnen te loodsen. [52] Dat kan natuurlijk niet, en met het arrest Nordcurrent in de hand lijken deze verklaringen onherroepelijk hetzelfde lot te zullen moeten ondergaan als de verklaring van de Europese Commissie over artikel 1, lid 2, Moeder-dochterrichtlijn: juridisch irrelevant en onverbindend.

2.3.3. Toegang

48 Zie HvJ 7 maart 2017, C-390/15 (RPO), ECLI:EU:C:2017:174 ; HvJ 10 december 2002, C-491/01 (British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco), ECLI:EU:C:2002:741 en HvJ 17 oktober 2013, C-203/12 (Billerud Karlsborg en Billerud Skärblacka), ECLI:EU:C:2013:664.

49 Zie HvJ 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C#415/05 P (Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie), ECLI:EU:C:2008:461, r.o. 299-304.

50 Zie HvJ 3 april 2025, C-228/24 (Nordcurrent group), ECLI:EU:C:2025:239 , NLF 2025/0856 , met noot van Adriaans.

51 In het statement geeft de Europese Commissie aan dat de wijzigingen van de Moeder-dochterrichtlijn 'are not intended to affect national participations exemption systems in so far as these are compatible with the Treaty provisions' (zie https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5547-2015-ADD-1/en/pdf). Zie hierover ook C. Wisman, 'EU GAAR in deelnemingsvrijstelling en irrelevante EC-statements', TaxLive 23 april 2025.

52 Zie bijv. Council statement on a Two-pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy, 14732/1/23 REV 1, Annex I en Annex II, Brussel 30 oktober 2023. Zie in dit kader ook de brieven van Cyprus, Consent letter of 22 March 2023 from Cyprus authorities on the qualifying international agreements referred to under art. 32 en Consent letter of 23 October 2023 from Cyprus authorities on the qualifying international agreements referred to under art. 32, beschikbaar via https://taxation-customs.ec.europa.eu/taxation/business-taxation/minimum-corporate-taxation_en .

Om toegang tot de bescherming van de EU-verdragsvrijheden te bewerkstelligen, moet betrokken marktdeelnemer in het onderhavige feitenstel volgens bestendige jurisprudentie van het HvJ vallen binnen de reikwijdte van de EU-verdragsvrijheden. Het onderhavige feitenstel moet vallen binnen de:

1. de personele werkingssfeer;
2. de geografische werkingssfeer; en
3. de materiële werkingssfeer van de EU-verdragsvrijheden.

Het HvJ kijkt daarbij op dat moment nog niet naar eventueel aanwezige belastingbesparingsoverwegingen bij betrokken marktdeelnemer. [53]

Ad i - Personele werkingssfeer

Groepsentiteiten van de EU-lidstaten die aan Pijler 2-bijheffing zijn onderworpen, hebben toegang tot de bescherming van de EU-verdragsvrijheden. [54] Deze toegang staat niet alleen open voor natuurlijke personen, maar ook voor juridische entiteiten die zijn opgericht of worden beheerst door het rechtspersonenrecht van een van de EU-lidstaten (personele werkingssfeer). [55] In de onderhavige feitenstellen – scenario (a), (b) en (c) – is het de steeds betrokken Nederlandsrechtelijke en in Nederland gevestigde rechtspersoon (Co) die wordt onderworpen aan de litigieuze maatregel. Co1 wordt onderworpen aan de inkomen-inclusiebijheffing (IIR), Co2 wordt onderworpen aan de onderbelastewinstbijheffing (UTPR), Co3 wordt onderworpen aan de binnenlandse bijheffing (QDMTT). Co1 en Co2 en Co3 vallen alle als onderdaan van een van de EU-lidstaten, hier Nederland, onder de personele werkingssfeer van de vrijheden.

Ad ii - Geografische werkingssfeer

Groepsentiteiten binnen de personele werkingssfeer die zich binnen de interne markt over de landsgrenzen van de EU-lidstaten binnengrensoverschrijdend bewegen door economische activiteiten te ontplooien in andere EU-lidstaten via dochtervennootschappen, vallen binnen de geografische werkingssfeer van de EU-verdragsvrijheden. [56] In de onderhavige feitenstellen is steeds sprake van

---

53 Zie bijv. HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas), ECLI:EU:C:2006:544 , r.o. 35-37: 'Onderdanen van een lidstaat mogen de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden inderdaad niet misbruiken om zich te onttrekken aan de werkingssfeer van hun nationale wetgeving. Zij kunnen zich niet met het oog op misbruik of bedrog beroepen op het gemeenschapsrecht. (…) Een onderdaan van de Gemeenschap, zij het een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, kan echter niet de mogelijkheid worden ontnomen om zich op de bepalingen van het Verdrag te beroepen op de enkele grond dat hij profiteert van fiscale voordelen die gelden in een andere lidstaat dan die waar hij woont of is gevestigd. (…) Inzake de vrijheid van vestiging heeft het Hof reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat de vennootschap in een lidstaat is opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, op zich geen misbruik van deze vrijheid oplevert.'

54 Zie artikel 54 VWEU .

55 Artikel 54 VWEU en zie HvJ 14 september 2017, C-646/15 (Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements), ECLI:EU:C:2017:682 , NLF 2017/2294 , met noot van Pötgens.

56 Zie bijv. HvJ 1 april 2008, C-212/06 (Gouvernement de la Communauté française en Gouvernement wallon), ECLI:EU:C:2008:178. Zie tevens HvJ 13 juni 2017, C-591/15 (The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited en The

een binnengrensoverschrijdende beweging. Het is telkens Co1 die in een andere EU-lidstaat via een dochtervennootschap opereert. In scenario (a) opereert de Nederlandse Co1 via Co3 in EU-lidstaat X. In scenario (b) opereert de EU-X-landse Co1 via Co3 in Nederland. In scenario (c) opereert de EU-A-landse Co1 via Co2 in Nederland en via Co3 in EU-lidstaat X. Alle drie de scenario's betreffen landgrensoverschrijdende activiteiten binnen de interne markt en daarmee binnen de geografische werkingssfeer van de EU-verdragsvrijheden.

Ad iii - Materiële werkingssfeer

De materiële werkingssfeer richt zich tot de vraag naar de toepasselijke vrijheid. Deze vraag is relevant aangezien in derdelandsituaties – bewegingen voorbij de EU-buitengrenzen – de fundamentele vrijheden geen toepassing vinden, [57] behoudens de kapitaalverkeersvrijheid. [58] In derdelandsituaties worden enkel kapitaalbewegingen beschermd. Dit, volledigheidshalve, behoudens toepassing van de standstillbepaling ter zake van jaareinde 1993 materieel bestaande regelingen (carve-out). [59] Bij mogelijk gelijktijdige toepassing van meerdere EU-verdragsvrijheden hanteert het HvJ een 'weegschaalbenadering' bij de afweging tussen enerzijds de kapitaalverkeersvrijheid en anderzijds het vrije verkeer van goederen, [60] diensten [61] en werknemers [62] . [63] In die situatie beoordeelt het HvJ voor de vraag naar de toepasselijke vrijheid op welke vrijheid hoofdzakelijk inbreuk wordt gemaakt.

Bij de afweging tussen de kapitaalverkeersvrijheid en de vestigingsvrijheid [64] hanteert het HvJ een beslisboombenadering, kijkend naar de rationale van de litigieuze regeling en het onderhavige feitenstel. [65] Bij minderheidsbelangen (geen doorslaggevende zeggenschap [66]) geldt de kapitaalverkeersvrijheid. [67] Derdelandsituaties worden dan beschermd (behoudens toepassing van de standstillbepaling). [68]

Bij meerderheidsbelangen (doorslaggevende zeggenschap [69]) beoordeelt het HvJ de rationale van de betreffende regeling in het licht van het voorliggende feitenstel. [70] Indien sprake is van een regeling

---

Queen), ECLI:EU:C:2017:449 , NLF 2017/2092 , met noot van De Wilde alsmede HvJ 15 november 2016, C-268/15 (Ullens de Schooten), ECLI:EU:C:2016:874 .

57 Zie bijv. HvJ 6 november 2007, C-415/06 (Stahlwerk Ergste Westig), ECLI:EU:C:2007:651 .

58 Het vrij verkeer van kapitaal en betalingen is neergelegd in artikel 63 t/m 66 VWEU .

59 Zie artikel 64 VWEU .

60 Het vrij verkeer van goederen is neergelegd in artikel 28 t/m 37 VWEU .

61 Het vrij verkeer van diensten is neergelegd in artikel 56 t/m 62 VWEU .

62 Het vrij verkeer van personen (werknemers) is neergelegd in artikel 45 t/m 48 VWEU .

63 Zie HvJ 3 oktober 2006, C-452/04 (Fidium Finanz), ECLI:EU:C:2006:631 .

64 Het vrij verkeer van personen (vestiging) is neergelegd in artikel 49 t/m 55 VWEU .

65 Zie HvJ 13 november 2012, C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2012:707 .

66 Zie HvJ 13 april 2000, C-251/98 (Baars), ECLI:EU:C:2000:205 .

67 Zie HvJ 12 december 2006, C-446/04 (Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2006:774 en HvJ 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen), ECLI:EU:C:2011:61 .

68 Zie artikel 64 VWEU .

69 Zie HvJ 13 april 2000, C-251/98 (Baars), ECLI:EU:C:2000:205 .

70 Zie HvJ 13 november 2012, C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2012:707 .

die zich richt tot de belastingheffing van groepen, is sprake van een vestigingshandeling en wordt betrokken derdelandsituatie niet beschermd. [71] Indien sprake is van een regeling die zich richt tot de belastingheffing van beleggingsrendementen, is sprake van kapitaalverkeer. [72] Indien sprake is van een regeling die belastingontwijking bestrijdt, is sprake van kapitaalverkeer. [73] Indien sprake is van een regeling van generieke aard, is in derdelandsituaties sprake van kapitaalverkeer (behoudens toepassing van de standstillbepaling in het VWEU). [74]

In de onderhavige feitenstellen is sprake van een beweging over de landsgrenzen binnen de EU. De EU-verdragsvrijheden zijn dan van toepassing. In derdelandsituaties lijkt het aan te komen op een afweging tussen vestigingsverkeer (géén bescherming) en kapitaalverkeer (wél bescherming). Of in derdelandsituaties de bescherming van het vrij verkeer van kapitaal kan worden ingeroepen, is rechtsonzeker. De reden daarvan ligt in de basis in de ambiguïteit van de doelstellingen [75] die ten grondslag liggen onder de Global Minimum Tax. De Pijler 2-regels gelden voor groepen, waarbij wordt aangeknoopt bij controlerende belangen (consolidatie). Dit impliceert vestiging. De Pijler 2-regels beogen misbruik te bestrijden. Dit impliceert kapitaalverkeer. De Pijler 2-regels beogen concurrentie te beteugelen. Dit impliceert vestiging. Wellicht moet uit de ambiguïteit op het punt van de doelstellingen onder het Pijler 2-heffingssysteem worden afgeleid dat de maatregelen een generieke rationale hebben. Dat zou kapitaalverkeer impliceren en bescherming onder de EU-verdragsvrijheden, ook bij groepsentiteiten in derdelandsituaties. [76] Wat we verder weten is dat toepassing van de standstillbepaling hoe dan ook niet aan de orde is, nu de Global Minimum Tax nieuw is c.q. dateert van na jaareinde 1993. Voor het overige is de toegang tot de bescherming van de EU-verdragsvrijheden in derdelandsituaties vooral rechtsonzeker. Dit neemt natuurlijk niet weg dat het volstrekt helder is dat intra-EU-situaties wél door de fundamentele verkeersvrijheden worden beschermd.

2.3.4. Belemmering/discriminatie

71 Zie HvJ 13 april 2000, C-251/98 (Baars), ECLI:EU:C:2000:205 ; HvJ 12 december 2006, C-446/04 (Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2006:774 ; HvJ 26 juni 2008, C-284/06 (Burda), ECLI:EU:C:2008:365 en HvJ 13 november 2012, C-35/11(Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2012:707 .

72 Zie HvJ 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen), ECLI:EU:C:2011:61 ; HvJ 17 december 2009, C-182/08 (Glaxo Wellcome), ECLI:EU:C:2009:559 en HvJ 13 november 2012, C-35/11(Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2012:707 .

73 Zie HvJ 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen), ECLI:EU:C:2011:61 ; HvJ 17 december 2009, C-182/08 (Glaxo Wellcome), ECLI:EU:C:2009:559 en HvJ 13 november 2012, C-35/11(Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2012:707 .

74 Zie HvJ 13 november 2012, C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2012:707 ; HvJ 3 oktober 2013, C-282/12 (Itelcar), ECLI:EU:C:2013:629 en HvJ 11 september 2014, C-47/12 (Kronos International), ECLI:EU:C:2014:2200 .

75 Waarbij bovendien moet worden opgemerkt dat de algemene doelstellingen niet zonder meer tot uitdrukking komen in de concrete regels. Onder meer dit punt is besproken door C. Wisman tijdens het najaarscongres 2024 van EFS, Erasmus University Rotterdam. Zie voor het verslag W. Boei en L.K. Voogt, ‘Hebben Pillars I en II wel toekomst?’, WFR 2025/4.

76 Zie HvJ 13 november 2012, C-35/11(Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2012:707 .

Volgens bestendige jurisprudentie van het HvJ beschermen de EU-verdragsvrijheden tegen belemmerende en discriminerende maatregelen. [77] Daarbij is relevant of de betreffende maatregel landgrensoverschrijdende situaties fiscaal nadeliger behandelt dan binnenlandse situaties. [78] Volledigheidshalve verdient opmerking dat het HvJ soms de gelijkheid al dan niet van gevallen boordeelt in het licht van de bedoeling van de betreffende maatregel. [79] Wij denken dat het HvJ daar een analytische fout maakt. De litigieuze maatregel inclusief de rationale daarvan is onderwerp van de probleemanalyse, en kan daarom welbeschouwd geen onderdeel uitmaken van de argumentatie. Zou dit anders zijn, dan zou iedere bedoelde verschillende behandeling geen discriminatie of belemmering opleveren en zouden de EU-verdragsvrijheden hun eigen werking uitschakelen ('u wordt niet gediscrimineerd, het is de bedoeling u verschillend te behandelen'). Dit is analytisch (en in onze beleving ook in meer rechtsfilosofische zin) problematisch, aangezien hiermee het probleem tot argument wordt getransformeerd.

De belemmerende en discriminerende werking van de Pijler 2-bijheffingen in de feitenstellen is evident. Binnenlandse en buitenlandse groepsentiteiten (Co1, Co2, Co3) zijn vergelijkbaar, alle worden ingevolge de Global Minimum Tax onder de Pijler 2-richtlijn in de Pijler 2-belastingheffing betrokken. Zowel binnenlandse als multinationale groepen zijn aan de Pijler 2-regels onderworpen en in beide situaties wordt ingevolge de Pijler 2-regels in voorkomende gevallen bijgeheven. [80] De landgrensoverschrijdende

77 Zie bijv. HvJ 28 januari 1986, 270/83 (Commissie/Frankrijk), ECLI:EU:C:1986:37 ; HvJ 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763 ; HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas), ECLI:EU:C:2006:544 .

78 Zie bijv. HvJ 25 februari 2010, C-337/08 (X Holding), ECLI:EU:C:2010:89 .

79 In zijn jurisprudentie wijst het HvJ er regelmatig op dat voor de vergelijkbaarheid van de binnenlandse en landgrensoverschrijdende situatie moet worden gekeken naar 'het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel' (zie HvJ 12 juni 2018, C-650/16 (Bevola en Jens W. Trock), ECLI:EU:C:2018:424 , NLF 2018/1489 , met noot van Verhagen, r.o. 32). Tegelijkertijd kan het niet zo zijn, aldus het HvJ, dat indien 'de nationale belastingwetgeving twee situaties op verschillende wijze behandelt, deze situaties niet als vergelijkbaar kunnen worden aangemerkt' (zie arrest Bevola, r.o. 35). Anders zou daarmee aan het recht op vrij verkeer immers 'elke inhoud' worden ontnomen (r.o. 35). 'Bijgevolg dient (…) bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van de situaties rekening te worden gehouden met het doel van de betrokken nationale bepalingen' (r.o. 35), aldus het HvJ. Deze benadering lijkt ons problematisch. Als je bij een onderzoek naar de vergelijkbaarheid van gevallen het door de nationale regeling nagestreefde doel in de overwegingen meeneemt, dan loop je onherroepelijk vast. Redenerend kom je dan namelijk telkens uit op de overweging dat de omstandigheden verschillen omdat de regeling deze omstandigheden verschillend behandelt en de verschillende behandeling om die reden niet discrimineert. Een analytische cirkel. Op die manier wordt – in de woorden van het HvJ zelf – 'elke inhoud' aan het gelijkheidsbeginsel ontnomen en geeft het de lidstaten de ruimte om vrijelijk te belemmeren/discrimineren. Het gaat mis waar het HvJ hier vervolgens uit afleidt dat je 'bijgevolg rekening moet houden met het doel van de nationale bepalingen'. Zo belandt het HvJ in een zelfgecreëerd analytisch moeras. Wat het wellicht had moeten doen, is concluderen dat je 'bijgevolg' niet naar de bedoeling van de regeling moet kijken om de vrij eenvoudige reden dat die regeling (en de bedoeling) onderwerp van onderzoek is.

80 Vgl. HvJ 22 september 2022, C-538/20 (W), ECLI:EU:C:2022:717 en HvJ 17 december 2015, C-388/14 (Timac Agro Deutschland), ECLI:EU:C:2015:829 , waar onderworpenheid aanleiding is tot constatering dat de omstandigheden

situaties in scenario (a), (b) en (c) worden niettemin ten opzichte van de binnenlandse situatie alle verschillend behandeld door de EU-lidstaat. Landgrensoverschrijdend wordt bijgeheven, binnenlands niet. In scenario (a) wordt de in Nederland gevestigde Co1 vanwege de inkomen-inclusiebijheffing (IIR) belemmerd via Co3 in EU-lidstaat X te investeren. [81] In scenario (b) wordt de in Nederland gevestigde Co3 vanwege de binnenlandse bijheffing (QDMTT) gediscrimineerd op de basis dat haar in Nederland investerende moedervennootschap, Co1, in EU-lidstaat X gevestigd is (second-tier discrimination). [82] In scenario (c) wordt de in Nederland gevestigde Co2 vanwege de onderbelastewinstbijheffing (UTPR) gediscrimineerd op de basis dat haar via Co3 in EU-lidstaat X investerende moedervennootschap, Co1, in EU-lidstaat A gevestigd is (second-tier discrimination). [83]

Een gelijk niveau van belastingheffing binnenlands en landgrensoverschrijdend wordt niet bereikt. [84] In de binnenlandse situatie wordt 1.500 (100%) belasting geheven en in de landgrensoverschrijdende scenario's 1.750 (116,67%; 1750/1.500 × 100%). Het onderscheid wordt aangelegd over de band of binnen de interne markt zonder binnengrenzen binnenlands dan wel landgrensoverschrijdend wordt geïnvesteerd. De verschillende behandeling ontstaat door de toegepaste jurisdictional blending in plaats van regional blending. [85] Dit, op de enkele grond dat Co3 in een andere EU-lidstaat opereert (Co3, landgrensoverschrijdend) in plaats van Nederland (Co3, binnenlands). Binnenlands is bij Co1 en Co2 (effectief tarief 20%) 5%-punten headroom beschikbaar om de stand-alone laagbelastheid van Co3 (stand-alone effectief tarief 10%) te compenseren. Binnenlands wordt bij Co1 – en ook elders in de groep – níet bijgeheven (totale belasting 1.500). Landgrensoverschrijdend is de headroom bij Co1 en Co2 van 5%-punten niet beschikbaar om de stand-alone laagbelastheid van Co3 te compenseren. Landgrensoverschrijdend wordt bij Co1, scenario (a); Co3, scenario (b); en Co2, scenario (c), wél bijgeheven. Dit met toepassing van respectievelijk de inkomen-inclusiebijheffing, binnenlandse bijheffing en onderbelastewinstbijheffing (telkens 250). De door betrokken lidstaat eenzijdig c.q. unilateraal opgelegde Pijler 2-bijheffing in de binnenlandse situatie is nihil en in de

zouden verschillen. Ook dit is analytisch bezien problematisch, aangezien de EU-lidstaten daarmee een instrument in handen zouden krijgen, het belastingverdrag, om op de vergelijkbaarheid van de gevallen (bijv. binnenlandse en buitenlandse filialen) en daarmee op het toepassingsbereik van de EU-vrijheden te sturen. Daarmee zouden de lidstaten via de belastingverdragen zich aan de effectieve werking van de vrijheden kunnen onttrekken. Belastingverdragen, instrumenten van internationaal publiekrecht, zouden daardoor bovendien een hogere hiërarchische status toekomen dan het supranationale EU-recht. Dat kan, lijkt ons, hoewel we het in de jurisprudentie van het HvJ zien gebeuren, niet de bedoeling te zijn. Zie M.F. de Wilde, 'Dislocation refuted?', in: Rara Avis. Liber Amicorum Peter J. Wattel (red.: O.C.R. Marres en D.M. Weber), Wolters Kluwer, Deventer 2022.

81 Vgl. HvJ 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763 .

82 Zie HvJ 18 juli 2007, C-231/05 (Oy AA), ECLI:EU:C:2007:439 .

83 Zie HvJ 18 juli 2007, C-231/05 (Oy AA), ECLI:EU:C:2007:439 .

84 Zie HvJ 12 december 2006, C-446/04 (Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2006:774 ; HvJ 13 november 2012, C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2012:707 en HvJ 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen), ECLI:EU:C:2011:61 .

85 Vgl. HvJ 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763 ; HvJ 25 februari 2010, C-337/08 (X Holding), ECLI:EU:C:2010:89 en HvJ 2 september 2015, C-386/14 (Groupe Steria), ECLI:EU:C:2015:524 .

landgrensoverschrijdende situatie 250. De totale gecombineerde vennootschaps- en Pijler 2-belasting in de landgrensoverschrijdende situatie bedraagt daarmee in plaats van 1.500 in de binnenlandse situatie, 1.750.

Er is geen sprake van gelijke behandeling, terwijl sprake is van gelijke omstandigheden. Het verschil in behandeling ontstaat enkel en alleen omdat tussen Co1 en Co2 en Co3 ten opzichte van het binnenlandse basisscenario in de verschillende landgrensoverschrijdende scenario's EU-binnengrenzen zijn getrokken; dat wil zeggen de introductie van een variabele die in een interne markt zónder binnengrenzen onder de fundamentele vrijheden juist géén effect zou mogen sorteren. In de onderhavige feitenstellen is vanwege de Pijler 2-bijheffing bij respectievelijk Co1, Co3 en Co2 sprake van ongelijkheid vanuit het perspectief van de investeringsjurisdictie (géén importneutraliteit, want Pijler 2-bijheffing ten opzichte van de binnenlandse situatie). Ook is sprake van ongelijkheid vanuit het perspectief van de investeerdersjurisdictie (géén exportneutraliteit, want Pijler 2-bijheffing ten opzichte van de binnenlandse situatie).

De Pijler 2-belastingheffing in de drie scenario's ingevolge respectievelijk de inkomen-inclusiebijheffing, binnenlandse bijheffing en onderbelastewinstbijheffing maakt het voor groepen minder aantrekkelijk om binnen de interne markt te bewegen. Dit, in het onderhavige feitenstel, door via gecontroleerde dochtervennootschappen binnen het grondgebied van de EU landgrensoverschrijdend te investeren (kapitaal, vestiging). Dit is een flagrante schending van het fundamentele recht op vrij verkeer, een grondrecht van de EU. Opmerking verdient dat in voorkomende bijzondere gevallen het effectief tarief voor Pijler 2-doeleinden ook in de binnenlandse situatie bij Co3 stand-alone moet worden berekend. Dit speelt bijvoorbeeld bij joint ventures, in minderheidsbelang gehouden groepsentiteiten en beleggingsentiteiten. Dit is evenwel de uitzondering, niet de regel. Daarmee is hier ten minste sprake van een de-factobelemmering/discriminatie. [86]

2.3.5. Rechtvaardiging

Volgens bestendige jurisprudentie van het HvJ kunnen belemmerende of discriminerende belastingmaatregelen (naast de in dit verband minder relevante verdragsexcepties) onder de rule of reason 'hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang', mits 'zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen' en 'niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel'. [87] Het HvJ erkent daarbij naar de huidige stand van het EU-recht in essentie drie typen rechtvaardigingsgronden:

1. grondslagintegriteit;
2. misbruikbestrijding; en
3. doeltreffendheid van fiscale controles.

86 Vgl. HvJ 4 oktober 2024, C-585/22 (Staatssecretaris van Financiën), ECLI:EU:C:2024:822 , NLF 2024/2342 , met noot van Boei.

87 Zie bijv. HvJ 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411 .

Ad i - Grondslagintegriteit

Met de hier als grondslagintegriteit aangeduide rechtvaardigingsgrond doelen we op de verzameling door het HvJ geaccepteerde rechtvaardigingsgronden onder uiteenlopende benamingen als 'territorialiteitsbeginsel', [88] 'samenhang van het belastingstelsel' (fiscale coherentie), [89] 'noodzaak om symmetrie veilig te stellen', [90] 'evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid', [91] al dan niet in combinatie met 'gevaar van belastingontwijking' [92] . Deze termen betekenen allemaal min of meer hetzelfde. [93] Steeds gaat het erom dat het HvJ het gerechtvaardigd acht als de lidstaten in hun belastingsystemen maatregelen nemen om zeker te stellen dat binnenlandse inkomsten effectief in de belastingheffing worden betrokken en buitenlandse inkomsten daar effectief buiten blijven. Lidstaten moeten binnenlandse 'minnen' en 'plussen' in de heffing kunnen betrekken. En ze mogen buitenlandse 'minnen' en 'plussen' daarbuiten houden. Territorialiteit derhalve, of grondslagbescherming. In dit verband wordt daarom ook wel eens gesproken over het recht van de lidstaten om de integriteit van hun belastinggrondslag te beschermen. [94] De gekozen maatregel moet daarbij wel geschikt en proportioneel zijn. [95]

In de onderhavige feitenstellen is de integriteit van de binnenlandse grondslag niet in het geding. Het argument van de grondslagintegriteit is er ook niet om arbitraire belastingheffing te rechtvaardigen en is in de onderhavige feitenstellen dan ook welbeschouwd niet beschikbaar te worden ingeroepen. De Pijler 2-bijheffingen in scenario (a) en (c) betreffen extraterritoriale bijheffingen (IIR, UTPR). Nederland heft in die scenario's effectief bij over buitenlandse winstbestanddelen van in het buitenland gevestigde lichamen. In scenario (a) gebeurt dit met toepassing van de inkomen-inclusiebijheffing en in scenario (c) gebeurt dit met toepassing van de onderbelastewinstbijheffing. Het extraterritoriale karakter van de Pijler 2-bijheffingen volgens genoemde bijheffingsmechanismen (belastingheffing over buitenlandse grondslag) maakt dat deze – vanzelfsprekend – ook niet kunnen worden gekwalificeerd als een geschikte en proportionele belastingheffing gericht op de bescherming van de integriteit van de binnenlandse belastinggrondslag. Immers, het is hier niet de binnenlandse grondslag die beschermd zou worden.

---

88 Zie bijv. HvJ 29 november 2011, C-371/10 (National Grid Indus), ECLI:EU:C:2011:785 .

89 Zie HvJ 28 januari 1992, C-204/90 (Bachmann/Belgische Staat), ECLI:EU:C:1992:35 .

90 Zie bijv. HvJ 17 juli 2014, C-48/13 (Nordea Bank Danmark), ECLI:EU:C:2014:2087 .

91 Zie bijv. HvJ 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763 .

92 Zie bijv. HvJ 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763 en HvJ 20 januari 2021, C-484/19 (Lexel), ECLI:EU:C:2021:34 .

93 Zie bijv. HvJ 17 december 2015, C-388/14 (Timac Agro Deutschland), ECLI:EU:C:2015:829 .

94 Zie ook P.J. Watttel, 'General EU Law Concepts and Tax Law', in: Terra/Wattel. European Tax Law (Volume I – General Topics and Direct Taxation) (red.: Sjoerd Douma, Otto Marres, Hein Vermeulen & Dennis Weber), 8e druk, Wolters Kluwer, Deventer 2022, par. 3.2.2.

95 Zie HvJ 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411 en zie – in het kader van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel in een btw-zaak – HvJ 14 november 2024, C-613/23 (Herdijk), ECLI:EU:C:2024:961 , NLF 2024/2613 , met noot van Raaijmakers.

Interessant is dat de integriteit van de binnenlandse grondslag welbeschouwd ook niet in het geding is bij de binnenlandse bijheffing in scenario (b). Weliswaar wordt hier bijgeheven over binnenlandse (althans voor Pijler 2-doeleinden [96]) winstbestanddelen, maar dit gebeurt op arbitraire want discriminatoire gronden. Bovendien gaat hier geen binnenlandse belastinggrondslag mogelijk verloren. Laten we eens aannemen dat Nederland hier de 250 binnenlandse bijheffing bij Co3 zou vervangen voor een vennootschapsbelastingheffing ter hoogte van 250. Indien dit enkel zou gebeuren in de landgrensoverschrijdende situatie, dan zou hier nog steeds sprake zijn van een discriminerende maatregel, ditmaal in de vennootschapsbelasting nu deze binnenlands niet zou worden geheven. Om deze discriminatie in genoemde vennootschapsbelasting te neutraliseren, zou Nederland bij Co3 ook in de binnenlandse situatie 250 vennootschapsbelasting moeten heffen. Uiteraard staat het Nederland in het licht van zijn fiscale autonomie vrij om een dergelijke keuze te maken, zolang maar niet wordt gediscrimineerd of belemmerd. Wat daar ook van zij, hier kan niet worden gezegd dat zonder genoemde 250 ineens vennootschapsbelasting verloren zou gaan. Deze 250 zou er tenslotte bij komen (116,67%). Indien we in dat geval vervolgens de Global Minimum Tax zouden toepassen, dan zou de Pijler 2-bijheffing nihil bedragen. Het effectief tarief bij Co3 zou dan immers 15% zijn ((500+250)/5.000 × 100%). Dit illustreert niet alleen dat ook bij de binnenlandse bijheffing in scenario (b) de integriteit van de binnenlandse grondslag in het geheel niet in het geding is, het illustreert ook de willekeurigheid op dit punt van de Global Minimum Tax. Neutralisatie van de verschillende behandeling binnenlands/internationaal via de vennootschapsbelasting (250 extra vennootschapsbelasting bij Co3) zou de Pijler 2-bijheffing in het landgrensoverschrijdende scenario (b) uitschakelen. Daarmee toont het analytische probleem van de discriminerende Pijler 2-bijheffing zich evenzeer bij de binnenlandse bijheffing.

Ad ii - Misbruikbestrijding

Volgens bestendige jurisprudentie van het HvJ wordt de bestrijding van belastingontwijking in abstracto gerechtvaardigd en geboden geacht. [97] Wél dient betrokken belastingmaatregel zich in concreto tot

96 De geografische toerekening van Pijler 2-winstbestanddelen verschilt in voorkomende gevallen van de geografische toerekening (sourcing) van winstbestanddelen in het fiscale verdragsrecht. Waar de toewijzingsregels grondslag aan de verdragspartner toewijzen en Nederland gehouden is te voorzien in een vermindering ter voorkoming van belasting volgens de vrijstellingsmethode, komt binnenlandse bijheffing in strijd met de belastingverdragen (tenzij in het verdrag nadere voorzieningen worden getroffen om Pijler 2 met het betrokken verdrag in overeenstemming te houden). Vanuit verdragsperspectief kan zo bezien zelfs de binnenlandse bijheffing in voorkomende gevallen een extraterritoriale heffing opleveren. Dit blijft verder onbesproken.

97 Zie HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas), ECLI:EU:C:2006:544 ; HvJ 20 januari 2021, C-484/19 (Lexel), ECLI:EU:C:2021:34 ; HvJ 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16 (N Luxembourg 1), C-118/16 (X Denmark), C-119/16 (C Danmark I) en C-299/16 (Z Denmark), ECLI:EU:C:2019:134 , NLF 2019/0598 , met noot van De Haan inzake de Interest- en royaltyrichtlijn, alsmede HvJ 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 (T Danmark) en C-117/16 (Y Denmark), ECLI:EU:C:2019:135 , NLF 2019/0597 , met noot van De Groot inzake de Moeder-dochterrichtlijn. Zaak C-115/16 (N Luxembourg 1) e.a. betreffen meer specifiek de interpretatie van de term ‘uiteindelijk gerechtigde’ (beneficial owner) voor toepassing van de Interest- en royaltyrichtlijn. Zaak C-116/16 (T Danmark) e.a. betreffen meer specifiek de interpretatie van het concept ‘misbruik’ voor toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn. Aan

misbruiksituaties te richten (misbruikbestrijdingsdoelstelling), en dient de regeling ter verwezenlijking van deze doelstelling op geschikte en proportionele wijze te functioneren. [98] Een en ander geldt op gelijke wijze voor zowel de directe als de indirecte belastingen, [99] en ook op gelijke wijze voor zowel de EU-richtlijnen als de EU-verdragsvrijheden en andere bronnen van primair Unierecht. [100] Als het om misbruikbestrijding gaat, leiden alle wegen naar Rome, of wellicht het HvJ in Luxemburg. Misbruik is – hoewel weliswaar een moving target – volgens bestendige jurisprudentie van het HvJ niet zo snel aan de orde (ultimum remedium). Het moet gaan om (louter) fiscaal geïndiceerde aanwending van (volstrekt) economisch irreële transacties en/of structuren of arrangementen (subjectief element; oogmerk) in strijd met de bedoeling van het Unierecht (objectief element; geest van de wet). [101] De (EU-)wetgever mag zich bedienen van bewijsvermoedens en voor kunstmatige constructies het vermoeden opnemen dat sprake is van een misbruikmotief ('objectieve toets'), al moet de maatregel voldoende specifiek zijn. [102] Daarbij is het in de eerste plaats aan de belastingautoriteiten van de betrokken lidstaat om de aanwezigheid van misbruik via een kunstmatige constructie in een voorkomende situatie aannemelijk te

---

deze zaken, alle gewezen door het HvJ op 26 februari 2019, wordt doorgaans gerefereerd in termen van 'Deense zaken' of ook wel 'Beneficialownership-zaken' dan wel een combinatie hiervan.

98 Het HvJ geeft zélf aan wanneer een regeling kan worden beschouwd als zijnde gericht op het bestrijden van misbruik, los van de duiding door de nationale wetgever zelf. HvJ 13 maart 2025, C-135/24 (John Cockerill), ECLI:EU:C:2025:176 , NLF 2025/0687 , met noot van Van den Brande, r.o. 47: 'In dit verband blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een nationale wettelijke regeling slechts beoogt fraude en misbruik te voorkomen wanneer zij specifiek tot doel heeft gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen.' Zie ook de invulling aan 'kunstmatigheid' in HvJ 4 oktober 2024, C-585/22 (Staatssecretaris van Financiën), ECLI:EU:C:2024:822 , NLF 2024/2342 , met noot van Boei, r.o. 88: 'Wanneer daarentegen de betrokken lening zelf elke economische rechtvaardiging ontbeert, en deze lening nooit zou zijn aangegaan indien er tussen de betrokken ondernemingen geen bijzondere betrekkingen bestonden en er geen belastingvoordeel werd nagestreefd, is het verenigbaar met het evenredigheidsbeginsel om de aftrek van rente in zijn geheel te weigeren, aangezien de belastingdienst *een dergelijke volstrekt kunstmatige constructie* (*MdW/CW: cursivering*) bij het vaststellen van de verschuldigde vennootschapsbelasting moet negeren.'

99 Vgl. bijv. HvJ 21 februari 2006, C-255/02 (Halifax e.a.), ECLI:EU:C:2006:121 en HvJ 21 februari 2008, C-425/06 (Part Service), ECLI:EU:C:2008:108 voor de Btw-richtlijn. Zie HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas), ECLI:EU:C:2006:544 voor de vrijheden.

100 Zie HvJ 10 november 2011, C-126/10 (Foggia - SGPS), ECLI:EU:C:2011:718 en HvJ 8 maart 2017, C-14/16 (Euro Park Service), ECLI:EU:C:2017:177 , NLF 2017/0617 , met noot van Boulogne voor de Fusierichtlijn, alsmede HvJ 7 september 2017, C-6/16 (Eqiom), ECLI:EU:C:2017:34, NLF 2017/0668 en HvJ 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 (Deister Holding) en C-613/16 (Juhler Holding), ECLI:EU:C:2017:1009 voor de Moeder-dochterrichtlijn.

101 Zie HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas), ECLI:EU:C:2006:544 en HvJ 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 (Deister Holding) en C-613/16 (Juhler Holding), ECLI:EU:C:2017:1009 , NLF 2018/0151 , met noot van De Haan.

102 Zie HvJ 17 september 2009, C-182/08 (Glaxo Wellcome), ECLI:EU:C:2009:559 , alsmede HvJ 7 september 2017, C-6/16 (Eqiom), ECLI:EU:C:2017:34 , NLF 2017/0668 en HvJ 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 (Deister Holding) en C-613/16 (Juhler Holding), ECLI:EU:C:2017:1009 , NLF 2018/0151 , met noot van De Haan.

maken. Vervolgens moet belastingplichtigen aan de hand van een tegenbewijsregeling de ruimte worden geboden het ontgaansmotief te weerleggen ('subjectieve toets'). [103] Het HvJ verlangt hier maatwerk en geen confectieoplossing.

In de onderhavige feitenstellen wordt op belemmerende en discriminatoire wijze bijgeheven, terwijl misbruik hier geenszins onverminderd aan de orde is. Hierboven laten we zien dat de geest van de Global Minimum Tax zich ambigue toont. De maatregelen beogen belastingontwijking te adresseren en tegelijkertijd belastingconcurrentie in te dammen. Ondertussen wordt aan de ondergrens tot grondslagharmonisatie gekomen en in landgrensoverschrijdende scenario's ten opzichte van binnenlandse scenario's op arbitraire wijze bijgeheven. De doelstellingenambiguïteit roept de vraag op of de Global Minimum Tax zich wel voldoende richt tot misbruikbestrijding, althans zodanig dat kan worden afgevraagd of deze rechtvaardigingsgrond al in de eerste plaats beschikbaar komt. Aannemende dat de Global Minimum Tax qua rationale voldoende op misbruikbestrijding is toegesneden, rijst de vraag of het gekozen instrumentarium – Pijler 2-bijheffing – ter verwezenlijking van deze op misbruikbestrijdingsdoelstellingen geheven alternatieve minimumbelasting op geschikte en proportionele wijze functioneert. Wij denken dat dit niet het geval is (nog los van de gesignaleerde planningsmogelijkheden binnen Pijler 2 [104]). Uitgaande van de verlangde misbruikbestrijdingsdoelstelling hanteert de Global Minimum Tax ter verwezenlijking daarvan een onweerlegbaar bewijsvermoeden dat in Pijler 2-bijheffingsscenario's sprake is van misbruik. Weliswaar geldt een bijheffingsvrije som, maar die is zo vormgegeven dat deze impliceert dat voorbij een cost-plusrendement op loonkosten en vaste-activaboekwaarden onverminderd sprake is van belastingontwijking. Dit kan nauwelijks voldoende specifiek worden genoemd. Bij overwinsten gaat het immers niet noodzakelijkerwijs om kunstmatig belasting ontweken investeringsrendementen. Daar komt bij dat de Pijler 2-richtlijn belastingplichtigen niet de ruimte biedt een ontbrekend ontgaansmotief te weerleggen. In dat licht toont de Global Minimum Tax zich weinig proportioneel en eerder een confectiebenadering dan een maatwerkoplossing.

Ad iii - Doeltreffendheid fiscale controles

Volgens bestendige jurisprudentie van het HvJ kan de doeltreffendheid van fiscale controles een rechtvaardigingsgrond opleveren. [105] De aanvaarding van deze grondslag voor de rechtvaardiging van een belemmering of discriminatie ligt dan in gesignaleerde administratieve moeilijkheden voor de belastingautoriteiten van de betrokken EU-lidstaten. Deze rechtvaardigingsgrond speelt met name in

103 Zie HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas), ECLI:EU:C:2006:544 en HvJ 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 (Deister Holding) en C-613/16 (Juhler Holding), ECLI:EU:C:2017:1009 , NLF 2018/0151 , met noot van De Haan.

104 Vgl. Maarten de Wilde, 'Is There a Leak in the OECD's Global Minimum Tax Proposals (GLOBE, Pillar Two)?', Kluwer Tax Blog 1 maart 2021; artikel 3.2.7. OESO-modelregels, alsmede de diverse andere specifieke antimismatch- en anti-arbitragemaatregelen die zich via de diverse door de OESO gedurende 2023-2025 gepubliceerde tranches administratieve richtsnoeren een weg hebben gevonden naar de commentaren op de OESO-modelregels.

105 Zie bijv. HvJ 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen), ECLI:EU:C:2011:61 ; HvJ 18 december 2007, C-101/05 (A.), ECLI:EU:C:2007:804 ; HvJ 19 november 2009, C-540/07 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:2009:717 en HvJ 28 oktober 2010, C-72/09 (Établissements Rimbaud), ECLI:EU:C:2010:645 .

relatie tot derde landen. Binnen de EU is de ruimte voor het inroepen van deze rechtvaardigingsgrond beperkt. Het HvJ staat de EU-lidstaten toe van belastingplichtigen ter controle bewijsmiddelen te verlangen. Wel dienen de bewijsregels duidelijk en nauwkeurig te zijn opgesteld. [106] Daarbij mogen ze het vrije verkeer niet te zeer belemmeren. [107] Op administratieve gronden categorisch belemmeren is niet toegestaan. [108] In derdelandsituaties bestaat meer ruimte voor deze rechtvaardigingsgrond, omdat derdelandsituaties en intra-EU-situaties zich volgens het HvJ binnen een verschillende juridische context afspelen. [109] Naar de huidige stand van de EU-verdragsvrijheden zijn belemmeringen en discriminaties in derdelandsituaties in de basis te rechtvaardigen, indien in relatie tot betrokken derde land geen op internationaal publiekrecht gestoelde maatregelen voor administratieve samenwerking zijn overeengekomen. Grondslag voor de rechtvaardiging is dat de belastingautoriteiten dan geen handhavingsinstrumentarium beschikbaar hebben om hun controletaken te kunnen uitoefenen. [110]

In de onderhavige feitenstellen zijn zorgen over ontbrekende controlemogelijkheden niet aan de orde, althans in ieder geval niet binnen de EU. Benodigde informatie is beschikbaar. De Pijler 2-richtlijn voorziet in een bijheffing-informatieaangifte, een binnen het Inclusive Framework ontwikkeld gestandaardiseerd geleideformulier dat bedrijven die binnen het toepassingsbereik van de Pijler 2-regels vallen, moeten invullen en moeten verstrekken aan de belastingautoriteiten. De bijheffing-informatieaangifte voorziet in een informatieverzamelkader als houvast voor belastingdiensten om aangeleverde Pijler 2-berekeningen te kunnen verifiëren, Pijler 2-bijheffingsverplichtingen te kunnen vaststellen en passende risicoanalyses te kunnen verrichten. De belastingautoriteiten wisselen de gegevens vervolgens onderling uit op basis van een multilateraal inlichtingen-uitwisselingsraamwerk. Binnen de EU is de uitwisseling ingeregeld via een wijziging van de Richtlijn administratieve samenwerking, waarover de EU-lidstaten op 11 maart 2025 politieke overeenstemming bereikten. [111] Voor derdelandsituaties publiceerde het Inclusive Framework op 15 januari 2025 een multilateraal uitwisselingsraamwerk op basis van het WABB-verdrag, het zogenoemd Multilateral Competent

106 Zie HvJ 15 mei 1997, C-250/95 (Futura Participations en Singer), ECLI:EU:C:1997:239 waarin het HvJ Luxemburg toestond om van buitenlands belastingplichtigen voor toepassing van verticale verliesverrekening te verlangen dat zij een administratie voeren.

107 Zie HvJ 11 juni 2009, C-157/08 (Passenheim-Van Schoot), ECLI:EU:C:2008:308 over de verlengde navorderingstermijn voor, kort gezegd, buitenlands inkomen. Daar oordeelde het HvJ dat de verlengde navorderingstermijn bij verzwegen buitenlandse inkomsten Unierechtelijk in orde is. In gevallen waar de belastingdienst over aanwijzingen beschikt dat belastingplichtige buitenlandse inkomsten heeft, is de verlengde navorderingstermijn met het EU-recht verenigbaar voor zover deze noodzakelijk is ‘om op nuttige wijze gebruik te kunnen maken van de regelingen voor wederzijdse bijstand’.

108 Zie HvJ 27 november 2008, C-418/07 (Papillon), ECLI:EU:C:2008:659 en HvJ 11 oktober 2007, C-451/05 (ELISA), ECLI:EU:C:2007:594 .

109 Zie HvJ 18 december 2007, C-101/05 (A.), ECLI:EU:C:2007:804 ; HvJ 19 november 2009, C-540/07 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:2009:717 en HvJ 28 oktober 2010, C-72/09 (Établissements Rimbaud), ECLI:EU:C:2010:645 .

110 Zie HvJ 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen), ECLI:EU:C:2011:61 .

111 Zie Richtlijn (EU) 2025/872 van de Raad van 14 april 2025 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen.

Authority Agreement (MCAA). [112] Ook daar lijkt toegang tot inlichtingen geborgd, althans in relatie tot iedere IF-lidstaat die zich in lijn met de politieke afspraken bij het MCAA aansluit. Daarmee lijkt de weg naar deze rechtvaardigingsgrond hoogstens een aflopende aangelegenheid, in ieder geval thans al binnen de EU en in derdelandsituaties onder de kapitaalverkeersvrijheid al naar gelang betrokken derde landen zich bij het internationale uitwisselingsraamwerk aansluiten.

2.3.6. Straks nieuwe rechtvaardigingsgrond?

Nu de onder de rule of reason thans beschikbare rechtvaardigingsgronden naar hun huidige stand zich lastig laten toepassen, lijkt het ons niet ondenkbaar dat het HvJ te zijner tijd desgevraagd een nieuwe grondslag zal ontwikkelen om Pijler 2-bijheffing alsnog te rechtvaardigen. Wie weet schiet het HvJ de EU-lidstaten straks wel te hulp. Wat zijn mogelijke kandidaten als het gaat om mogelijk nieuwe rechtvaardigingsgronden?

Wellicht ontwikkelt het HvJ op enig moment een argument gericht op de bescherming van de integriteit van de EU-belastinggrondslag, of wellicht de bewerkstelliging van een EU-minimumbelastingniveau uit antibelastingconcurrentieoverwegingen. Complicerend element is dat hier van een level playing field welbeschouwd geen sprake is. Landgrensoverschrijdende situaties zouden ook in het licht van dergelijke nieuw ontwikkelde rechtvaardigingsgronden nog steeds slechter worden behandeld dan binnenlandse situaties, en dat staat op gespannen voet met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel [113] – ook onder een EU-grondslagbeschermingsoverweging. In dat licht zou het wellicht eerder voor de hand liggen dat het HvJ zal gaan verlangen dat de EU-lidstaten het minimumbelastingniveau binnen de interne markt daadwerkelijk op gelijke hoogte brengen, regional blending in plaats van jurisdictional blending derhalve. Dan zou namelijk wél een level playing field worden bereikt. Een en ander zou ook dan weer stuiten op het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.

Mocht het HvJ op enig moment ter rechtvaardiging gaan aanknopen bij anticoncurrentieoverwegingen, nog los van voornoemde levelplayingfieldoverwegingen, dan roept dat de vraag op naar de duurzaamheid daarvan. Dit, bijvoorbeeld in het licht van de recente ontwikkelingen sinds het Draghi-report over de teloorgaande concurrentiekracht van Europa en de hernieuwde ambities van de Europese instituties om het concurrentievermogen van de interne markt nieuw leven in te blazen, via deregulering, fiscale vereenvoudiging en de introductie van belastingincentives op basis van een versoepelend EU-staatssteunkader. [114] Als nieuw ontwikkelende 'rule of reason'-rechtvaardigingsgronden zich langs

112 Zie daarover nader https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/global-minimum-tax/global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.html .

113 Zie artikel 5 VEU, zie ook HvJ 8 december 2022, C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies e.a.), ECLI:EU:C:2022:963 , NLF 2023/0014 , met noot van Dafnomilis en HvJ 10 december 2002, C-491/01 (British American Tobacco (Investments) Ltd en Imperial Tobacco Ltd), ECLI:EU:C:2002:741.

114 Zie o.a. Draghi report 'The future of European competitiveness, Part A | A competitiveness strategy for Europe' en Draghi report 'The future of European competitiveness Part B | In-depth analysis and recommendations', september 2024, beschikbaar via https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en#paragraph_47059 , Communication from the Commission, A Competitiveness Compass for the EU, COM(2025) 30 final, Brussel 29 januari 2025, de voorstellen van 'Omnibus I' en Omnibus II', beschikbaar via https://commission.europa.eu/publications/omnibus-i_en en https://commission.europa.eu/publications/omnibus-ii_en . Council Conclusions on a tax decluttering and

deze lijnen zouden moeten gaan vormen, dan lijkt de Pijler 2-richtlijn ons niet het meest geschikte en proportionele instrument om dergelijke doelstellingen te verwezenlijken.

2.4. Oplossingen

We gaan het zien. Vooralsnog houden we het erop dat het in de lucht houden van de Pijler 2-bijheffing vanuit een EU-verdragsvrijhedenperspectief, naar de huidige stand, erg lastig lijkt. De spanning tussen de Pijler 2-regels in de richtlijn en de EU-verdragsvrijheden komt het meest scherp naar voren bij de bijheffingsmechanismen in de Global Minimum Tax: de inkomen-inclusiebijheffing (Income Inclusion Rule, IIR) en de onderbelastewinstbijheffing (Undertaxed Profits Rule, UTPR). Dit, in gevallen waarin binnenlands niet zou worden bijgeheven. Volledigheidshalve, de belemmering ontstaat niet alleen hier. Ook bij de berekening van het bijheffingsvrije som in de vorm van het 'uitgezonderde inkomen vanwege reële aanwezigheid', bijvoorbeeld, is het effect van de jurisdictional blending terug te zien. Dit, nu enkel de kosten voor lokale aanwending van arbeid (niet: aanwending arbeid in andere lidstaten) en vermogensbestanddelen (niet: aanwending vermogensbestanddelen in andere lidstaten) in de berekeningen mogen worden meegenomen. Dit zit druk op de aanwending van arbeid en kapitaal binnen de interne markt in landgrensoverschrijdende situaties. Ook hier wreekt zich het ontbreken van regional blending in de Pijler 2-richtlijn.

Hoe zou een en ander vervolgens kunnen worden opgelost? Een eerste oplossingsrichting ligt in de erkenning van de EU als een enkele jurisdictie voor Pijler 2-doeleinden (EU jurisdictional blending). Mocht ook het vrije kapitaalverkeer kunnen worden ingeroepen, wat ons niet ondenkbaar lijkt, dan zal moeten worden overgegaan tot global blending. In beide gevallen zal de EU-richtlijn moeten worden aangepast, tenminste zodanig dat de EU voor Pijler 2-doeleinden als een enkele jurisdictie wordt beschouwd. Dan zou ook in de landgrensoverschrijdende situatie in genoemde scenario's (a), (b) en (c) niet tot bijheffing worden overgegaan. En om derde landen te bewegen dit vervolgens te respecteren, zullen vervolgens ook de Pijler 2-modelregels en commentaren daarop vanuit het Inclusive Framework dienovereenkomstig moeten worden aangepast. Hetzelfde geldt voor de nationale Pijler 2-regels in de diverse Pijler 2-implementerende landen buiten de EU. Voordeel van deze benadering, wellicht, is dat de Pijler 2-regels dan ook wat richting de Amerikaanse minimumbelastingvariant bewegen, GILTI. Nadeel is dat er dan nog wel iets moet worden bedacht om de toepassing van de kapitaalverkeersvrijheid in derdelandsituaties uitgeschakeld te krijgen.

Een alternatieve, tweede, benadering zou zijn niets doen en stilzitten en de ontwikkelingen afwachten. Hoewel dit natuurlijk ook kan, zou dit niet onze voorkeur hebben. Maar wat daar ook van zij, wie weet schiet het HvJ de EU-lidstaten te zijner tijd te hulp. Dit, met een nieuwontwikkelde rechtvaardigingsgrond onder de rule of reason, die wij althans op dit moment niet bedacht krijgen. Voor belastingplichtigen zou dat wel procederen betekenen tot de hoogste rechter, in ultimo het HvJ, daartoe door de hoogste nationale rechter verplicht aangezocht ingevolge de CILFIT-doctrine. Dan weten we het met wat geluk misschien over een jaar of tien. Hoewel we om eerlijk te zijn wat vrezen voor deze uitkomst, het zou er zo maar eens van kunnen komen, lijkt besluiteloos afwachten tot

simplification agenda which contributes to the EU's competitiveness, 6748/25, FISC 44, ECOFIN 232, Brussel 11 maart 2025. Vergelijk ook ' Tax Decluttering in the common European market. Informal thoughts by Germany and the Netherlands ', 11 december 2024.

belastingplichtigen voor zichzelf opkomen en hun ongelijke behandeling voor de rechter uitprocederen ons niet de meest passende benadering om de in deze bijdrage gesignaleerde problematiek te adresseren. Het gaat hier tenslotte om onverenigbaarheden van belastingwetgeving met het fundamentele recht op vrij verkeer in de interne markt. Jarenlange procedures lijken dan minder passend. Zo zou het recht wat ons betreft niet moeten mogen werken.

Een derde oplossingsrichting, en dat zou onze voorkeur hebben, zou zijn de Pijler 2-richtlijn te schrappen en te vervangen voor iets dat wel werkt. Hoewel er natuurlijk een hoop Europees politiek kapitaal in de richtlijn zit, is het afschaffen van EU-wetgeving niet onmogelijk. In het verleden is bijvoorbeeld de Spaarrenterichtlijn afgeschaft in het zicht van de doorgevoerde wijzigingen in de Richtlijn administratieve samenwerking (common reporting standard). [115] Wat ons betreft zou het de voorkeur verdienen als de EU-lidstaten daarbij wel eerst zouden terugkeren naar de tekentafel om op basis van weloverwogen beleidsoverwegingen de vennootschapsbelastingstelsels van de lidstaten door te ontwikkelen richting een competitieve Europese vennootschapsbelasting. Dan zouden de lidstaten overeenstemming moeten bereiken over de bouwstenen voor een dergelijke belasting. Wie zou de belastingplichtige moeten worden? Willen we lichamen belasten (separate accounting) of willen we groepen belasten (unitary combination)? Wat zou de belastinggrondslag moeten worden? Willen we de winst als grondslag hanteren, de overwinst (economic profit), brutowinst (EBIT), omzet (turnover), of kasstromen (cash flows)? Hoe zou de grondslag vervolgens over jurisdicties moeten worden verdeeld? Willen we over de aanbodzijde (productiefactoren) verdelen of wellicht (ook?) over de vraagzijde (markt)? Willen we daarbij een endogene verdeelsleutel toepassen (transfer pricing) of willen we een exogene verdeelsleutel hanteren (formulary apportionment)? Willen we de tarieven harmoniseren, of laten we dat liever over aan de individuele lidstaten?

3. Afsluiting

In deze bijdrage zetten wij aan de hand van een concreet cijfervoorbeeld uiteen waarom de bijheffing uit Pijler 2-richtlijn in alle bijheffingsvariaties al in het fundament botst met de internemarktgedachte en het recht op vrij verkeer naar zijn huidige stand. Onder alle bijheffingsmechanismen zien we ongerechtvaardigde verschillen in behandeling ontstaan tussen binnenlandse en landgrensoverschrijdende situaties. Vanuit een internemarktperspectief bezien, ligt de kern van het rechtstekort in de Global Minimum Tax in de gekozen benadering van bijheffing per staat (jurisdictional blending). Dit, terwijl de interne markt gaat over het bewerkstelligen van een ruimte zónder binnengrenzen waarbinnen productiefactoren en goederen en diensten zich ongehinderd moeten kunnen bewegen (regional blending).

Oplossingsrichtingen zijn het introduceren van regional blending in Pijler 2 (of – beter – het afschaffen van de Pijler 2-richtlijn) en de introductie van een geharmoniseerde vennootschapsbelasting voor de interne markt die wel werkt. [116] Wij denken dat de oplossingsrichting voor het internationale

115 Zie Richtlijn (EU) 2015/2060 van de Raad van 10 november 2015 tot intrekking van Richtlijn 2003/48/EG betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling.

116 Wij zien geen oplossingsrichting in de recente voorstellen vanuit bijvoorbeeld het Poolse Raadsvoorzitterschap om de Pijler 2-richtlijn aan te passen ten gunste van de economische belangen van de Verenigde Staten en ten nadele van de

winstbelastingvraagstuk ligt in fundamenteel systeemherontwerp, en vervolgens de uitrol van een billijke en neutrale winstbelastingheffing volgens een democratisch gelegitimeerd en in rechtsstatelijkheid geborgd fiscaal wetgevingsproces. Dit vraagt om een weldoordachte winstbelastinghervorming. Zonder een dergelijk fundamenteel en weldoordacht ontwerp bestaat de kans, zo vrezen wij, op het knippen en plakken uit thans voorliggende richtlijnvoorstellen als BEFIT, Unshell, DEBRA, HOTS, TP, of het Digital Tax Package uit 2018, [117] waardoor mogelijk vergelijkbare problemen resteren. Dat zou niet onze voorkeur hebben. Niets doen lijkt ons geen optie. Dan lijkt het slechts wachten tot het HvJ de Pijler 2-richtlijn onverenigbaar met het primaire Unierecht verklaart. We gaan het zien.

Maarten de Wilde

PwC, Erasmus Universiteit Rotterdam

Ciska Wisman

Universiteit van Amsterdam

117 Zie Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU (Unshell), COM(2021) 565 final; Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake verrekenprijzen (TP), COM(2023) 529 final; Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een kader voor de belastingheffing van de inkomsten van bedrijven in Europa (BEFIT), COM/2023/532 final; Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels voor een tegemoetkoming ter vermindering van de ongelijkheid tussen vreemd en eigen vermogen en tot beperking van de aftrekbaarheid van rente voor de vennootschapsbelasting (DEBRA), COM/2022/216 final; Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot vaststelling van een belastingstelsel voor micro-, kleine en middelgrote ondernemingen volgens de regels van de lidstaat van het hoofdkantoor en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU (HOTS), COM/2023/528 final en zie het persbericht Digital Taxation: Commission proposes new measures to ensure that all companies pay fair tax in the EU, Brussel 21 maart 2018.

Copyright Stichting NLFiscaal, Van Boshuizenstraat 12, 1083 BA Amsterdam, 020-6272175, info@nlfiscaal.nl