

DOCTRINE

De 2021-OESO-overeenkomst over Pijlers 1 en 2 en de implementatie van een minimumbelasting binnen de Europese Unie: eerste indrukken

Edoardo TRAVERSA¹ & Michelle ARTEEL²

SAMENVATTING

RÉSUMÉ

Het aanpakken van de fiscale uitdagingen die gepaard gaan met de toenemende digitalisering van de economie staat al enkele jaren met stip op één op de internationale agenda. Na intensieve onderhandelingen van bijna een decennium, werd hierover in 2021 een – weliswaar slechts, maar toch globaal – beginselakkoord bereikt in verschillende fora: de G7, vervolgens de G20 en vervolgens het Inclusieve OESO-kader (130 landen) hebben een wijziging van de internationale fiscaliteit op basis van twee pijlers onderschreven: een eerste pijler zal de internationale heffingsbevoegdheid herverdelen door aan de marktjurisdicties een heffingsrecht toe te kennen, terwijl met de tweede pijler een globale minimumbelasting zal worden ingevoerd.³ Dit beginselakkoord werd op 8 oktober 2021 gevolgd door een verder uitgewerkt akkoord, ondertekend door 137 landen⁴, en de publicatie van modelregels op 20 december 2021, waarin enkele belangrijke knopen werden doorgehakt en een plan voor implementatie werd uitgewerkt.⁵ De Europese Commissie bracht bovendien reeds op 22 december 2021 een voorstel tot richtlijn ter implementatie van de tweede pijler uit.⁶

Hoewel politiek onvoorspelbaar is en onverwachte wendingen nooit kunnen worden uitgesloten, lijkt de hertekening van het internationale fiscale landschap via de invoering van een heffingsrecht voor de marktjurisdictie (pijler 1) en een globale minimumbelasting (pijler 2) nu echt te zullen plaatsvinden. In deze bijdrage worden de belangrijkste kenmerken van deze hertekening van het internationale fiscale landschap – met een bijzondere aandacht voor Pillar 2 – uiteengezet op basis van een analyse van de recent bereikte akkoorden.⁷ Vervolgens wordt ingegaan op de verdere uitdagingen bij de implementatie binnen de Europese Unie van de minimumbelasting van Pijler 2.

La résolution des problèmes fiscaux liés à la numérisation croissante de l'économie figure en tête des priorités internationales depuis plusieurs années. Après d'intenses négociations qui ont duré près d'une décennie, un accord de principe – on n'en est que là mais au moins il est global – a été conclu en 2021 dans diverses enceintes: le G7, puis le G20 et enfin le cadre inclusif de l'OCDE (130 pays) ont entériné une modification de la fiscalité internationale fondée sur deux piliers: un premier pilier redistribuera le pouvoir d'imposition international en accordant un droit d'imposition aux juridictions de marché, tandis que le second pilier introduira un impôt minimum mondial.⁸ Cet accord de principe fut suivi, le 8 octobre 2021, d'un accord plus détaillé signé par 137 pays⁹ et de la publication du modèle de règles le 20 décembre 2021, qui aborde certaines questions importantes et établit un plan de mise en œuvre.¹⁰ En outre, le 22 décembre 2021 la Commission européenne a publié une proposition de directive visant à mettre en œuvre le deuxième pilier.¹¹ Bien que la politique soit imprévisible et que des rebondissements inattendus ne puissent jamais être exclus, le redécoupage du paysage fiscal international par l'instauration d'un droit de percevoir l'impôt sur les juridictions de marché (pilier 1) et d'un impôt minimum mondial (pilier 2) semble désormais se concrétiser. Cette contribution décrit les principales caractéristiques de ce redécoupage du paysage fiscal international – avec un accent particulier mis sur le Pilier 2 – en se fondant sur une analyse des accords récemment conclus.¹² Elle aborde ensuite les autres défis de la mise en œuvre de l'impôt minimum du Pilier 2 au sein de l'Union européenne.

1. Gewoon Hoogleraar UCLouvain/Advocaat Of Counsel, Arteo.

2. Advocaat, Arteo.

3. OESO/G20, *Statement on a two-pillar solution to the tax challenges posed by the digitalisation of the economy*, 1 juli 2021, www.search.oecd.org/fr/fiscalite/beps/130-pays-et-juridictions-adherent-a-un-nouveau-cadre-ambitieux-pour-la-reforme-du-systeme-fiscal-international.htm.

4. OESO/G20, *Statement on a two-pillar solution to the tax challenges posed by the digitalisation of the economy*, 8 oktober 2021, www.search.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm.

5. OESO, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy - Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, 20 december 2021, www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf.

6. Europese Commissie, *Proposal for a council directive on ensuring a global minimum level of taxation for multinational groups in the Union*, 22 december 2021, COM(2021) 823 final.

7. De huidige studie baseert zich grotendeels op het systeem zoals voorgesteld in de OESO-Blueprints die in oktober 2020 werden gepubliceerd. De OESO-modelregels en het voorstel tot EU-richtlijn zullen slechts summier worden aangehaald wat aspecten betreft ten aanzien waarvan zij belangrijke toevoegingen aan of wijzigingen van de Blueprint-regels bevatten.

8. OESO/G20, *Statement on a two-pillar solution to the tax challenges posed by the digitalisation of the economy*, 1^{er} juillet 2021, www.search.oecd.org/fr/fiscalite/beps/130-pays-et-juridictions-adherent-a-un-nouveau-cadre-ambitieux-pour-la-reforme-du-systeme-fiscal-international.htm.

9. OCDE/G20, *Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie*, 8 octobre 2021, www.search.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm.

10. OESO, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy - Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, 20 décembre 2021, www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf. Cette publication sera disponible en français en janvier 2022.

11. Commission européenne, *Proposal for a council directive on ensuring a global minimum level of taxation for multinational groups in the Union*, 22 décembre 2021, COM(2021) 823 final.

12. La présente étude s'inspire largement du système proposé dans les Blueprints de l'OCDE publiés en octobre 2020. Les règles modèles de l'OCDE et la proposition de directive de l'UE ne seront citées que brièvement pour les aspects dans lesquels elles contiennent des ajouts ou des modifications significatives aux règles du Blueprint.

I. Inleiding: van BEPS-Action 1 tot Pillar I en II: een decennium van wereldwijde onderhandelingen rond fiscaliteit en digitalisering

Internationale en Europese ontwikkelingen hebben het belastingregime voor Belgische ondernemingen en hun stakeholders het afgelopen decennium ingrijpend gewijzigd. Het OESO/G20 BEPS-project, de ATAD I- en ATAD II-richtlijnen, de DAC I tot 7 (in afwachting van de implementatie van DAC 8), het multilateraal instrument van de OESO en de richtlijn ter beslechting van belastinggeschillen maken op heden integraal deel uit van de dagelijkse praktijk van fiscalisten. In deze inleiding wordt ingegaan op de ontwikkelingen in verband met Actie 1 van het BEPS-project, die ten doel heeft de fiscale uitdagingen aan te pakken die zijn ontstaan ten gevolge van de toenemende digitalisering van de economie.

Alhoewel de in de zomer van 2021 goedgekeurde maatregelen een impact op alle gebieden van de wereldeconomie zullen hebben, waren ze origineel gepland om het traditionele belastingstelsel aan de situatie van digitale ondernemingen aan te passen. De digitalisering van de economie doet inderdaad veel vragen rijzen over de toereikendheid van de huidige regels inzake vennootschapsbelasting, met name in een internationale context. De huidige internationale regels inzake de verdeling van territoriale bevoegdheid tussen staten beperken immers de mogelijkheden voor de staat waar de economische activiteit plaatsvindt, om zijn belastingregels op te leggen bij ontstentenis van een fysieke aanwezigheid (vaste inrichting) in het land van activiteit. Voor een onderneming die actief is in de digitale economie, was het (en is het in vele gevallen nog steeds) betrekkelijk eenvoudig om, door haar internationale activiteiten te structureren, goederen en diensten in een bepaald gebied te kunnen verkopen zonder te worden belast op de inkomsten die deze activiteit oplevert. De inkomsten worden dan geconcentreerd in de woonstaat van de vennootschap, die gewoonlijk wordt gekozen vanwege zijn soepele belastingregeling. Soms fungeert de thuisstaat slechts als tussenpersoon, waarbij deze winsten onmiddellijk als kosten (rente, royalty's voor octrooien, honoraria voor technische diensten, enz.) worden afgetrokken en doorgeschoven naar een groepsentiteit die in een nog gunstigere belastingjurisdictie (belastingparadijs) is gevestigd. Bovendien zijn de inputs voor deze digitale modellen doorgaans immateriële activa, zoals licenties, merken, handelsmerken en auteursrechten, en technologieën zoals cloud, analytics, algoritmen en slimme machines.

Volgens de OESO zijn de belangrijkste fiscale uitdagingen van de digitale economie dan ook het ontbreken van een nexus (of belastbare aanwezigheid in een jurisdictie), het

gebruik van immateriële activa, gegevens en door gebruikers gegenereerde inhoud, de kwalificatie van inkomsten, de verspreiding van nieuwe bedrijfsmodellen, waarbij koper en verkoper zich in verschillende jurisdicties bevinden, en de uitbreiding van e-commerce.¹³ Digitale bedrijven kunnen hun belastingdruk vaak aanzienlijk verlagen. In sommige gevallen bieden sommige jurisdicties lage belastingregimes of zien zij bewust af van de uitoefening van bronbelastingrechten, om intellectuele eigendom of investeringen aan te trekken. Bedrijven die sterk afhankelijk zijn van intellectuele eigendom en immateriële activa hebben vaak veel mogelijkheden om dit soort internationale concurrentie uit te buiten. Dit is niet iets wat uitsluitend kan worden uitgebuit door “zuiver” digitale bedrijven, maar de omstandigheid dat een aanzienlijk deel van het product gedematerialiseerd is (bv. software) of dat een aanzienlijk deel van de toegevoegde waarde bestaat uit gedematerialiseerde componenten, vergemakkelijkt de kunstmatige verplaatsing van winsten van het land van verbruik naar jurisdicties met een laag belastingtarief. Traditionele internationale belastingregels verliezen zo hun doeltreffendheid en relevantie.

De huidige consensus rond Pillar I en Pillar II is het resultaat van een compromis tussen staten die niet alleen verschillende fiscale belangen hebben (bron- vs. woonplaatsstaten, ontwikkelingslanden vs. geïndustrialiseerde landen, ...), maar ook tussen verschillende posities over hoe de digitalisering de wereldeconomie transformeert. Uit de gesprekken die in de periode 2013-2015 plaatsvonden in het kader van BEPS-Actie 1, was duidelijk geworden dat de deelnemende landen zeer uiteenlopende meningen hadden over de manier waarop deze fiscale uitdagingen moesten worden aangepakt. Waar sommige landen streefden naar een ambitieuze hervorming van het internationale belastingstelsel als geheel en zijn huidige verdeling van de heffingsbevoegdheid, namen andere landen een meer terughoudende positie in. In het rapport dat in 2015 werd gepubliceerd, werden daarom geen vergaande maatregelen voorgesteld, in tegenstelling tot de eindrapporten uit andere BEPS-acties. Men besloot evenwel de besprekingen in de komende jaren voort te zetten.¹⁴ In februari 2019 legde het Inclusieve OESO-kader vervolgens een eerste discussienota voor, waarin vier nieuwe voorstellen werden geïntroduceerd.¹⁵ Deze voorstellen werden verder onderverdeeld in twee pijlers: een eerste pijler introduceerde drie potentiële benaderingen voor een herverdeling van de heffingsbevoegdheden, terwijl in een tweede pijler een wereldwijde minimumbelasting werd voorgesteld. Eind 2019 moest de OESO evenwel concluderen dat over geen van de drie voorstellen uit de eerste pijler een consensus kon worden bereikt, en introduceerde zij een “uniform approach”, gebaseerd op de gemeenschappelijke kenmerken van de voorstellen.¹⁶ Ook inzake de tweede pijler werd een nieuw document

13. OESO-WAARNEMER, *Tax Challenges, Disruption and the Digital Economy*, OESO, 2017, 2.

14. Zie OESO/G20, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015.

15. OESO/G20, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Public Consultation Document*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2019.

16. OESO/G20, *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One – Public Consultation Document*, 2019.

gepubliceerd, waarin het voorstel verder werd vormgegeven.¹⁷ Daarop volgde eind 2020 een *Blueprint* voor elke pijler, waarin de convergerende standpunten over veel van de beleidskenmerken en principes werden weergegeven, en de nog resterende technische probleempunten en omstreden beleidskeuzes werden geïdentificeerd. Aan stakeholders werd de kans gegeven om commentaar te leveren op deze *Blueprints*, die mee in rekening zouden worden gebracht bij de uiteindelijke uitwerking van de pijlers. Het Inclusieve OESO-kader stelde daarbij als doel om tegen midden 2021 ook daadwerkelijk een globale overeenstemming te kunnen bereiken over beide pijlers.

II. Een hertekening van het internationale fiscale landschap in twee pijlers

A. Vooraf: de doelstellingen van de hervorming

Vooraleer ten gronde in te gaan op de uitwerking van beide pijlers, past het om even stil te staan bij de onderliggende objectieven van deze fundamentele hervorming. De formulering van een onderliggende doelstelling lijkt immers een essentiële eerste stap, alhoewel dit in het kader van de hier besproken hertekening evenwel allesbehalve een evidentie bleek. Gelet op het grote aantal staten dat betrokken is bij de huidige onderhandelingen hoeft dit niet te verbazen, nu iedere staat uiteraard met eigen onderliggende motieven aan de onderhandelingsstafel schuift. In dit eerste onderdeel worden de geformuleerde doelstellingen en hun onderhuidse tegenstrijdigheden en onduidelijkheden kort besproken.

Het doel van de eerste pijler bestaat er blijkens de door het Inclusieve OESO-kader gepubliceerde documenten in te verzekeren dat, in een steeds digitaler wordend tijdperk, de verdeling van de belastingheffingsrechten tussen de landen wordt aangepast aan de nieuwe bedrijfsmodellen die uit deze digitalisering zijn voortgekomen. Daartoe beoogt deze pijler een uitbreiding van de heffingsrechten van de marktjurisdicties (wat voor sommige bedrijfsmodellen overeenstemt met de plaats waar de gebruikers zich bevinden) waar een onderneming actief en duurzaam deelneemt aan de economie door middel van activiteiten in of vanop afstand gericht op dat rechtsgebied.¹⁸ Als gevolg daarvan zal dit nieuwe heffingsrecht anderzijds de heffingsrechten van andere rechtsgebieden verminderen (met name de heffingsrechten van de rechtsgebieden waar multinationale entiteiten gevestigd zijn die onder de bestaande regels recht hebben op de residuele winsten).

Hoewel uit deze formulering een algemene consensus kan worden afgeleid over het feit dat de toenemende digitalise-

ring een wijziging van de nexus- en winsttoerekeningsregels behoeft, waarbij een duurzame maar niet-fysieke participatie in de economie van marktjurisdicties wordt erkend, moest lang worden vastgesteld dat een dergelijke zeer algemene consensus geen voldoende basis vormde voor de daadwerkelijke uitwerking van een hervorming. Zelfs na jarenlange onderhandelingen vonden de deelnemende staten nog steeds geen overeenstemming over de exacte afbakening van de problematiek, zoals de vraag voor welke ondernemingen deze digitalisering een voldoende omvangrijke impact heeft om een radicale wijziging van het internationale fiscale stelsel te rechtvaardigen. Als gevolg daarvan werd in de *Blueprint* die eind 2020 werd gepubliceerd nog steeds geen definitieve beslissing genomen omtrent het toepassingsgebied van de hervorming. In het beginselakkoord van 1 juli 2021 werd hieromtrent eindelijk de knoop doorgehakt, en werd gekozen voor een breed toepassingsgebied zonder sectorale onderscheiden¹⁹, dat evenwel slechts de allergrootste ondernemingen viseert met een globale omzet van meer dan 20 miljard EUR (op termijn te verlagen naar 10 miljard EUR) en een rentabiliteit van meer dan 10%.

De doelstelling van de tweede pijler sluit nauwer aan bij het oorspronkelijke BEPS-project (het invoeren van specifieke antimisbruikbepalingen om de profit shifting tussen hoog- en laagbelastende landen te elimineren), en is erop gericht een systematische oplossing te bieden om te verzekeren dat alle internationaal opererende ondernemingen een minimum aan belasting betalen. Hoewel de doelstelling van de tweede pijler verder gaat dan het thema van de digitalisering van de economie en een minimale belasting oplegt aan alle ondernemingen, kan het verband met de BEPS-Actie 1 gevonden worden in de vaststelling dat het belang van immateriële activa als bepalende winstfactoren ervoor zorgt dat sterk gedigitaliseerde ondernemingen zich vaak in een ideale positie bevinden om gebruik te maken van planningsstructuren voor winstverschuiving.

Ook onder de uitwerking van deze tweede pijler schuilen evenwel conflicterende visies. De naam van het voorstel, het “global anti-base erosion proposal” (GloBE), doet vermoeden dat de tweede pijler als een loutere uitloper van het BEPS-project dient te worden beschouwd, waarin resterende mogelijkheden tot winstverschuiving en grondslaguitholling op een omvattende wijze worden aangepakt. Uit het in 2019 gepubliceerde *Programme of Work* kon evenwel een veel bredere doelstelling worden afgeleid. Daarin werd immers gesteld dat “globale actie nodig is om de schadelijke race to the bottom te stoppen”, en dat de tweede pijler gericht was “op het versterken van de fiscale soevereiniteit van alle landen om winsten ‘terug te belasten’ wanneer andere landen hun primaire heffingsbevoegdheid niet voldoende hebben uitgeoefend”.²⁰ Deze overwegingen lijken te wijzen op een

17. OESO/G20, *Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two – Public Consultation Document*, 2019.

18. OESO/G20, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2020, p. 11 (hierna “Pillar One Blueprint”).

19. Met uitzondering van een uitsluiting voor gereguleerde financiële diensten en winningsindustrieën.

20. OESO/G20, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, p. 25-26.

veel bredere werkingssfeer, die erop gericht is een einde te maken aan belastingconcurrentie in het algemeen. Het voorstel zou verder kijken dan de kwestie van reële economische activiteit en zich uitsluitend richten op belastingtarieven. Dit betekent een belangrijke verschuiving in de manier waarop belastingconcurrentie wordt gezien: voorheen was men het er algemeen over eens dat lage of geen belastingen op zich niet schadelijk zijn, indien zij verband houden met een reële aanwezigheid (inclusief door verplaatsing van zetel en/of activa). Mogelijks hebben de maatregelen die naar aanleiding van het BEPS-project zijn genomen, deze vorm van belastingconcurrentie zelfs verhoogd: omdat kunstmatige winstverschuivingen te duur zijn geworden, zoeken bedrijven nu hun investeringen in landen die aantrekkelijke belastingvoordelen bieden voor echte investeringen. Uit de publieke consultaties die volgden op de introductie van het voorstel, bleek echter dat velen zich niet kunnen vinden in deze stelling dat belastingconcurrentie op zichzelf beschouwd problematisch is. Vanuit diverse stakeholdergroepen werd dan ook gepleit voor een beperking van het voorstel tot situaties van schadelijke en kunstmatige praktijken.

Hoewel dit niet expliciet werd verduidelijkt, leek dit brede objectief te zijn verlaten bij de publicatie van de *Blueprint* eind 2020. Immers, zoals verder in deze bijdrage zal worden besproken, werd bij de concrete uitwerking van het voorstel een substance-based carve-out geïntroduceerd, waarbij een vast rendement voor substantiële activiteiten (gebaseerd op een looncomponent en een component gerelateerd aan materiële vaste activa) die plaatsvinden in de betrokken jurisdictie wordt uitgesloten van de belastbare basis, waardoor de minimale belasting slechts van toepassing zal zijn op de zogenaamde “excess profits”. Zonder dit uitdrukkelijk te stellen, wordt daarmee klaarblijkelijk teruggekeerd naar de oorspronkelijke BEPS-objectieven.²¹ Men kan zich evenwel afvragen of de introductie van een minimumheffing, die per definitie nog steeds relatief minimaal zal zijn, ondernemingen voldoende zal afschrikken (al zal de complexiteit van de regels mogelijks op zich al een voldoende grond vormen om de toepassing ervan zoveel mogelijk te willen vermijden).

B. De eerste pijler: een nieuw heffingsrecht voor marktstaten

1. Een “unified approach” op basis van drie kerncomponenten

De *Blueprint* van de eerste pijler bouwt verder op de eerder geïntroduceerde “unified approach”.²² De belangrijkste elementen kunnen worden onderverdeeld in drie componenten. Vooreerst bestaat de meest verregaande potentiële herteke-

ning van de fiscale heffingsbevoegdheden uit de invoering van “Bedrag A”, een nieuw heffingsrecht voor marktjurisdicties op een deel van de residuele winsten van de multinationale groep. Dit nieuwe heffingsrecht zou worden toegewezen op basis van een formule (“formulaic approach”), waardoor wordt afgeweken van het arm’s length-beginsel, dat tot nu toe de kern van het internationale fiscale paradigma vormde. Daarnaast wordt een nieuw “Bedrag B” voorgesteld, dat voorziet in een vaste return voor bepaalde standaard marketing- en distributieactiviteiten die fysiek plaatsvinden in een marktjurisdictie. De bedoeling is om een bedrag te bepalen dat in overeenstemming is met het arm’s length-principe, maar op een meer gestandaardiseerde wijze wordt berekend, teneinde een en ander te vereenvoudigen. Aangezien de gevolgen van de invoering van de Bedragen A en B voor de ondernemingen enorm zullen zijn, verbindt het Inclusieve OESO-kader zich er ten slotte toe om zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden. Het bieden van daadkrachtige mechanismen ter voorkoming en beslechting van geschillen is dan ook een derde kerncomponent van deze pijler.

2. Bedrag A

Gelet op de gigantische verschuiving in het internationale fiscale stelsel die de invoering van Bedrag A met zich mee brengt, is het geenszins verwonderlijk dat het bereiken van een consensus problematisch bleek aangaande talrijke aspecten van de uitwerking van dit heffingsrecht. De *Blueprint* legde dan ook meerdere cruciale pijnpunten bloot, wat bij veel stakeholders en auteurs leidde tot enig scepticisme omtrent de slaagkansen van deze hertekening. In de recente beginselakkoorden werden evenwel enkele zeer belangrijke knopen doorgehakt.

Het belangrijkste punt van onenigheid betrof lang het toepassingsgebied. De *Blueprint* definieerde in dit kader twee categorieën van activiteiten die potentieel het toepassingsgebied kunnen afbakenen: i) geautomatiseerde digitale diensten (“automated digital services”, of nog “ADS”) en ii) ondernemingen die zich richten op consumenten (“consumer-facing businesses”, of nog “CFB”). Terwijl ADS breed gedefinieerd worden als “diensten die zowel geautomatiseerd als digitaal zijn”²³, aangevuld met een positieve lijst van ADS-activiteiten en een negatieve lijst met niet-ADS-activiteiten²⁴, worden CFB beschreven als “ondernemingen die inkomsten genereren uit de verkoop van goederen en diensten van een type dat gewoonlijk aan consumenten wordt verkocht, met inbegrip van ondernemingen die onrechtstreeks via tussenpersonen en door middel van franchising of licenties verkopen”²⁵, zonder expliciete verwijzing naar digitale activiteiten. Uit de recent bereikte akkoorden van 1 juli 2021 en 8 oktober 2021 blijkt evenwel dat een afbakening op basis van een activiteitscriterium uiteindelijk werd ver-

21. Zie ook J. HEY, “The 2020 Pillar Two Blueprint: what can the GloBE income inclusion rule do that CFC legislation can’t do?”, *Intertax* 2021, afl. 1, (7) 7.

22. Zie OESO/G20, *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One – Public Consultation Document*, 2019.

23. Zowel B2C- als B2B-diensten kunnen gedekt worden door deze definitie.

24. *Pillar One Blueprint*, p. 19-20.

25. *Ibid.*, p. 20-21.

laten. Het toepassingsgebied wordt slechts afgebakend op basis van enkele kwantitatieve criteria, die tot doel hebben slechts de allergrootste multinationale ondernemingen te viseren. Aldus zullen enkel multinationale groepen met een globale omzet van meer dan 20 miljard EUR en een rentabiliteit (winst voor belasting/omzet) van meer dan 10% een deel van hun residuele winst zien verschuiven. Het akkoord voorziet in een review binnen 7 jaar na inwerkingtreding, op basis waarvan het omzetcriterium eventueel zal worden verlaagd naar 10 miljard EUR.

Een tweede belangrijk punt betreft de uitwerking van een nieuwe nexusregel, ondersteund door gedetailleerde bronregels ("sourcing rules"), aan de hand waarvan kan worden bepaald welke marktjurisdicties in aanmerking komen voor een deel van Bedrag A.²⁶ Deze nexusregel zal worden uitgewerkt als een op zichzelf staande bepaling die geen afbreuk doet aan andere nexusregels zoals die reeds zijn geïmplementeerd in het huidige kader. In de *Blueprint* werd voorgesteld om een verschillende nexus op te stellen naargelang het ADS of CFB betreft, waarbij voor ADS alleen een drempel inzake marktinkomsten (en eventueel een temporele vereiste) zou worden vereist, en voor CFB aanvullende vereiste indicatoren zouden worden toegevoegd. Met het beginselakkoord werd deze aanpak verlaten; er wordt voorzien in een algemene drempel van 1 miljoen EUR inkomsten afkomstig uit een jurisdictie, die voor kleinere landen met een BBP lager dan 40 miljard EUR wordt verlaagd naar 250.000,00 EUR. Indien de lokale inkomsten van een multinationale onderneming deze drempel overschrijden, zal aan de betrokken marktjurisdictie een deel van de residuele winst worden toegekend. Daarbij worden inkomsten geacht "afkomstig te zijn uit" de marktstaat waar goederen of diensten worden gebruikt of geconsumeerd; deze begrippen zullen verder worden uitgewerkt via gedetailleerde bronregels.

Ook het winsttoerekeningsaspect belooft een uitdaging te worden. Het doel bestaat erin een belastbare basis te definiëren op basis van de groepswinsten (en dus niet op basis van het principe van onafhankelijke ondernemingen, zoals het arm's length-beginsel voorschrijft).²⁷ Op deze belastbare basis wordt vervolgens een formule toegepast, die gebaseerd is op (i) een rentabiliteitsdrempel, om de residuele winst af te zonderen, (ii) een herverdelingspercentage dat aangeeft welk deel van de residuele winsten kan worden toegerekend aan de marktjurisdicties, en (iii) een verdeelsleutel om het bedrag te verdelen onder de in aanmerking komende marktjurisdicties.²⁸ In het akkoord van 8 oktober 2021 wordt afgeklopt op een herverdeling van 25% van de residuele winsten, die op hun beurt worden gedefinieerd als de winsten die meer dan 10% van de omzet bedragen. Deze winsten zullen worden verdeeld op basis van een verdeelsleutel gebaseerd op inkomsten.

26. *Ibid.*, p. 70-97.

27. *Ibid.*, p. 98-119.

28. *Ibid.*, p. 120-134.

3. Bedrag B

Om de duidelijk aanzienlijke administratieve lasten die worden gecreëerd door de introductie van Bedrag A enigszins te compenseren, is Bedrag B bedoeld om voor vereenvoudiging te zorgen en de rechtszekerheid te bevorderen. Het standaardiseert de vergoeding van verbonden distributeurs die inwoner zijn van (of, in geval van een vaste inrichting, gevestigd zijn in) een marktjurisdictie en die basisactiviteiten op het gebied van marketing en distributie ("baseline marketing and distribution activities") verrichten voor de distributie van producten voor de groep.

Het toepassingsgebied van dit bedrag zou worden beperkt tot distributeurs met een routinewise distributeursprofiel, die inkopen van verbonden ondernemingen en doorverkopen aan niet-verbonden partijen. Om meer duidelijkheid en zekerheid te bieden, zal een positieve en negatieve lijst worden opgesteld van functies, activa en risico's die respectievelijk moeten worden uitgeoefend, dan wel niet mogen worden uitgeoefend door de betrokken distributeur.

Aangezien het de bedoeling is om de resultaten te benaderen die zouden worden bereikt indien het bedrag at arm's length zou worden bepaald, zou de berekening van Bedrag B gebaseerd worden op een benchmarkanalyse volgens de transactionele nettomargemethode (TNNM), met mogelijke variaties per bedrijfstak en/of regio.

Het werk van het Inclusieve OESO-kader focuste zich het voorbije jaar voornamelijk op de uitwerking van het complexe Bedrag A en de globale minimumbelasting. In het akkoord van 8 oktober 2021 wordt daarom voorzien in het voortzetten van het werk aangaande Bedrag B in de komende maanden, zodat tegen eind 2022 ook hieromtrent een akkoord kan worden bereikt.

4. Geschillenpreventie en -beslechting

Fiscale rechtszekerheid is reeds vanaf dag één een van de belangrijkste bekommernissen van ondernemingen bij de besprekingen over de hertekening van de winsttoerekeningsregels. De *Blueprint* poogt deze bezorgdheid weg te nemen door te voorzien in innovatieve mechanismen inzake geschillenpreventie en -beslechting.

Een met name interessant voorstel uit de *Blueprint* betreft de oprichting van een panelmechanisme waarin de belastingadministraties van alle betrokken jurisdicties, in samenwerking met de betrokken multinationale ondernemingen, overeenstemming kunnen bereiken over de belastinggrondslag, het resultaat van de toepassing van de formule en ieder ander kenmerk van het nieuwe heffingsrecht. Daarnaast werd overeengekomen om de bindende geschillenbeslechtingsmechanismen verder te ontwikkelen, met het voornemen om deze mechanismen ook te onderzoeken voor geschillen die geen verband houden met het nieuwe heffingsrecht.

In het akkoord van 8 oktober 2021 wordt met betrekking tot het toekomstige Bedrag A alvast beloofd te voorzien in een verplichte en bindende geschillenpreventie en -beslechting. Een facultatief bindend mechanisme tot geschillenbeslechting zal slechts beschikbaar zijn voor ontwikkelingslanden die in aanmerking komen voor uitstel van peer review onder BEPS-Actie 14 en die geen of weinig MAP-geschillen hebben.

5. Implementatie

In het akkoord van 8 oktober 2021 wordt voorzien in de invoering van Bedrag A via de uitwerking van een multilaterale conventie, die in 2022 zal worden ontwikkeld en geopend voor ondertekening, zodat Bedrag A in werking kan treden in 2023. Deze multilaterale conventie zal, anders dan het reeds bestaande multilateraal instrument, geen rechtstreekse wijzigingen aanbrengen in eventueel reeds bestaande dubbelbelastingverdragen; het betreft een conventie die losstaat van deze verdragen, zij het dat zij eveneens potentiële interacties en inconsistenties met deze dubbelbelastingverdragen zal behandelen. Eventueel zullen eveneens nationaalrechtelijke wijzigingen nodig zijn, die desgevallend ook zullen worden gecoördineerd door het Inclusieve OESO-kader. Zoals reeds gesteld, zal in de loop van 2022 eveneens verder gewerkt worden aan de uitwerking van Bedrag B. In afwachting van implementatie verbinden de deelnemende staten zich ertoe geen nieuwe digitale belastingen in te voeren tot eind december 2023 of de inwerkingtreding van de multilaterale conventie (naargelang welke datum eerst komt), en eventuele reeds bestaande digitale heffingen af te schaffen.

C. De tweede pijler: een globale minimumbelasting op basis van vier kerncomponenten

1. Subjectief toepassingsgebied

De personele werkingssfeer van de GloBE-regels bevat de groepen van ondernemingen (MNO-groepen) die in meer dan één land actief zijn en waarvan de jaarlijkse geconsolideerde bruto-inkomsten de drempel van 750 miljoen EUR halen (of overschrijden). Opvallend is dat de personele werkingssfeer van de GloBE grotendeels berust op de in BEPS-actie 13²⁹ vervatte definities en derhalve op financiële boekhoudregels. Zelfs de “controletest”, die bepaalt welke entiteiten aan de GloBE-regels zijn onderworpen, is in wezen identiek aan de test die gewoonlijk wordt gebruikt om de consolidatieperimeter voor financiële-verslaggevingsdoel-einden af te bakenen. De redenering die aan deze keuze ten grondslag ligt, is dat de standaarden voor financiële verslag-

geving solide regels bieden die MNO's minder kunnen stimuleren om structuren aan te nemen die de toepassing van de GloBE kunnen omzeilen, en dat dergelijke regels in de verschillende rechtsgebieden betrekkelijk consistent zijn.

Na de afbakening van de binnen het toepassingsgebied vallende personen via de boekhoudnormen, voorziet de GloBE in een fundamenteel onderscheid met betrekking tot de entiteiten die deel uitmaken van de MNO-groep. Specifiek onderscheidt de GloBE twee hoofdcategorieën van entiteiten, namelijk de samenstellende entiteiten (Constituent Entities, “CE's”) en de uiteindelijke moederentiteiten (Ultimate Parent Entities). De definitie van een CE omvat elke afzonderlijke bedrijfseenheid die in de geconsolideerde jaarrekening van de MNO-groep is opgenomen en omvat niet alleen (afzonderlijke) entiteiten of constructies, zoals vennootschappen of personenvennootschappen, maar ook vaste inrichtingen, die voor GloBE-doeleinden als afzonderlijke CE's (van het hoofdkantoor) worden beschouwd.

2. Interactie tussen vier kerncomponenten

De uitwerking van de globale minimumbelasting omvat een interactie tussen vier bouwstenen: (i) een “income inclusion rule” (IIR), (ii) een “undertaxed payments rule” (UTPR), (iii) een “switch-over rule” (SOR) en (iv) een “subject-to-tax rule” (STTR).

De IIR wordt naar voor geschoven als het belangrijkste mechanisme om een minimumbelasting te heffen.³⁰ Dit mechanisme zou op een gelijkaardige wijze opereren als de reeds ruim geïmplementeerde CFC-regels, waarbij het inkomen van een CFC dat niet belast werd aan het effectieve minimumbelastingtarief wordt toegevoegd bij het inkomen van de aandeelhouder. De multinationale onderneming zou dan onderworpen worden aan een additionele belastingheffing, om het totale bedrag van de belasting tot het minimumtarief op te trekken.

Daarnaast functioneert de UTPR als een soort “backstop” ten aanzien van de primair toepasselijke IIR.³¹ Bijgevolg zal deze regel slechts in werking treden indien een laag belaste onderneming niet rechtstreeks of onrechtstreeks wordt gecontroleerd door een groepsentiteit die onderworpen is aan de IIR. In dat geval zal de additionele heffing (tot het minimumtarief) worden toegerekend aan andere belastingplichtigen die deel uitmaken van de multinationale groep, die een correctie moeten toepassen in hun belastingaangifte. De toebedeling van de top-up heffing aan de diverse jurisdicties gebeurt door het totale bedrag van de UTPR top-up heffing te vermenigvuldigen met het “UTPR-percentage” van de jurisdictie, dat wordt bepaald aan de hand van het aantal werknemers en de totaalwaarde van de materiële activa in deze jurisdictie. Ten belope van het aldus toebedeelde bedrag

29. OESO/G20, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint*, 2020, sectie 2.1 (hierna: “Pillar Two Blueprint”). Zie ook OESO/G20, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report*, 2015, Annex IV to Chapter V (Country-by-Country Reporting Implementation Package).

30. *Pillar Two Blueprint*, p. 112-122.

31. *Ibid.*, p. 123-143.

zullen samenstellende entiteiten van de groep die in deze jurisdictie zijn gevestigd hun belasting dienen te corrigeren.³² De IIR en de UTPR zullen van toepassing zijn op multinationale groepen die een jaarlijkse groepsinkomstendrempel van 750 miljoen EUR overschrijden (op wereldbasis). Het akkoord van 8 oktober 2021 merkt evenwel op dat het landen vrij staat om de IIR eveneens toe te passen op er gevestigde multinationale groepen die niet aan deze drempel voldoen. Overheidsentiteiten, internationale organisaties, organisaties zonder winstoogmerk en pensioenfondsen, evenals investeringsfondsen en vastgoedbeleggingsvehikels die ultieme moedervennootschappen zijn of holdingentiteiten gebruikt door deze entiteiten, organisaties en fondsen worden niet aan GloBE onderworpen.³³

Bovendien wordt voor beide regels eenzelfde belastbare basis bepaald. Het effectieve belastingtarief wordt vervolgens per jurisdictie berekend door het bedrag van de belasting te delen door het bedrag van deze belastbare basis. Het in voorkomend geval toe te passen top-up percentage dat uit deze berekening voortvloeit, wordt vervolgens toegepast op het inkomen van elke groepsentiteit in deze jurisdictie (ongeacht of het inkomen van deze groepsentiteit afzonderlijk beschouwd reeds voldoende werd belast). Teneinde ervoor te zorgen dat het minimumtarief slechts wordt geheven op het zogenaamde “excess income”, zoals inkomsten gerelateerd aan immateriële activa, wordt een “substance-based carve-out” toegepast, waarbij een vast rendement voor substantiële activiteiten (gebaseerd op een looncomponent en een component gerelateerd aan materiële vaste activa) die plaatsvinden in de betrokken jurisdictie wordt uitgesloten van de belastbare basis. Dit systeem beschermt reële activiteiten van bedrijven in laagbelastende landen.

De IIR wordt daarnaast aangevuld met de switch-over regel, die in belastingverdragen zal worden ingevoerd, teneinde de minimumheffing eveneens te kunnen toepassen op de inkomsten van een vaste inrichting.³⁴ De switch-over regel neemt verdragsrechtelijke beperkingen weg voor de toepassing ervan op vaste inrichtingen, en is van toepassing wanneer een verdragsluitende staat verplicht zou zijn om de vrijstellingsmethode toe te passen.³⁵

Ten slotte wordt een subject-to-tax regel ingevoerd, die eveneens een bepaling in de belastingverdragen zou toevoegen op basis waarvan verdragsvoordelen kunnen worden geweigerd voor bepaalde aftrekbare intragroepsbetalingen die worden verricht aan jurisdicties waar deze betalingen aan geen of lage nominale belastingtarieven worden onderworpen.³⁶ De STTR staat de bronstaat aldus toe om aanvullende belasting

te heffen op deze betalingen tot het overeengekomen minimumtarief (dat reeds volgens de *Blueprint* niet noodzakelijk hetzelfde diende te zijn als het minimumtarief voor de IIR en UTPR, waarna in het akkoord van 8 oktober 2021 inderdaad een onderscheiden tarief werd voorzien). Deze regel zou worden toegepast vóór de eventuele toepassing van een IIR of UTPR; aanvullende heffingen die op grond van de STTR worden opgelegd, zullen aldus in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van het effectieve belastingtarief voor de toepassing van de IIR en UTPR.

Hoewel de vier componenten van de tweede pijler reeds vrij omstandig werden uitgewerkt, bleef de *Blueprint* het antwoord schuldig op de essentiële vraag naar het percentage van de minimumheffing. Deze vraag betreft uiteraard de kern van de discussies aangaande de precieze doelstelling van de tweede pijler: een minimale belasting die kunstmatige winstverschuivingen dient tegen te gaan, verantwoordt een hoger minimumpercentage dan een voorstel dat meer algemeen belastingconcurrentie wenst te verlagen. De voorbije maanden werd dit punt dan ook uitvoerig bediscussieerd op het politieke niveau. Met name onder impuls van de Verenigde Staten, die in maart 2021 met zijn voorstel tot invoering van een minimumtarief van 21% de onderhandelingen op scherp stelde, werd in het akkoord van 1 juli 2021 overeengekomen een tarief van “minstens 15%” in te voeren (met een lager STTR minimumtarief tussen 7,50% en 9%). Het akkoord van 8 oktober 2021 klopte uiteindelijk af op een effectief minimaal belastingtarief van 15% (verlaagd naar 9% voor de STTR).

Hierna zullen wij meer in detail ingaan op enkele aspecten van de tweede pijler die met name vanuit een EU-perspectief van bijzonder belang kunnen zijn.

3. Focus op enkele belangrijke aspecten

a) De IIR

Een eerste aspect dat vanuit EU-perspectief uitermate interessant lijkt, betreft de uitwerking van de Income Inclusion Rule. De gelijkenis van deze maatregel met de reeds gekende CFC-regels is immers onmiskenbaar. Het kan dan ook verbazen dat slechts enkele jaren na de richtsnoeren inzake de invoering van CFC-regels die via BEPS-Actie 3 werden uitgevaardigd, gevolgd door een op EU-niveau via de ATAD ingevoerde minimumstandaard, een dergelijke maatregel opnieuw op tafel ligt. Toch stelt de *Blueprint* dat beide regels een andere doelstelling nastreven³⁷, hoewel nochtans niet

32. De toebedeling aan de hand van het aantal werknemers en de waarde van materiële activa werd slechts als zodanig uitgewerkt in de in december 2021 gepubliceerde modelregels en wordt door de Europese Commissie in haar voorstel opgenomen. De *Blueprint* voorziet oorspronkelijk in een andere, uitermate complexe regel.

33. We merken op dat, waar de *Blueprint* algemeen beoogde om slechts bepaalde entiteiten “die anders ultieme moedervennootschappen zouden zijn” als uitgesloten entiteit aan te duiden, worden in de recent gepubliceerde modelregels alle overheidsentiteiten, internationale organisaties, organisaties zonder winstoogmerk en pensioenfondsen uitgesloten (ongeacht of zij anders als ultieme moedervennootschap zouden worden beschouwd).

34. Immers, zonder deze regel zou een discriminatie worden gecreëerd tussen dochterondernemingen (ten aanzien waarvan de IIR zou worden toegepast) en vaste inrichtingen (ten aanzien waarvan een verdrag de jurisdictie van het hoofdhuis verplicht om het inkomen van de vaste inrichting vrij te stellen).

35. *Pillar Two Blueprint*, p. 121.

36. *Ibid.*, p. 150-170.

37. *Pillar Two Blueprint*, p. 22, vn. 1.

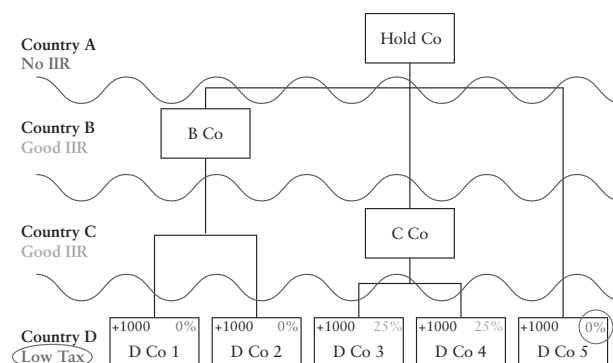
verder verduidelijkt wordt op welke wijze beide doelstellingen als verschillend kunnen worden beschouwd. Bovendien duidt de *Blueprint* ook enkele technische verschillen aan met de uitwerking van een typische CFC-regel. Hierna wordt deze regel daarom verder uitgediept.

Vooreerst dient nogmaals te worden herhaald dat de IIR principieel slechts van toepassing zal zijn op multinationale groepen die een jaarlijkse groepsinkomstendrempel van 750 miljoen EUR overschrijden.

Op basis van de IIR zal een moedervernootschap een top-up belastingheffing dienen te ondergaan op haar evenredige deel van de inkomsten van elk laagbelaste groepsentiteit waarin die vennootschap een direct of indirect eigendomsbelang heeft. Om de toepassing van de IIR in meerdere jurisdicties te coördineren, wordt een “top-down approach” ingevoerd, op basis waarvan prioriteit wordt gegeven aan de toepassing van de IIR in de jurisdictie van de deelnemende entiteit die zich aan of dicht bij de top van de eigendomsketen in de multinationale groep bevindt. Indien de jurisdictie van de ultieme moedervernootschap een IIR invoert, zal bijgevolg enkel deze ultieme moedervernootschap een bijkomende heffing dienen te ondergaan op de inkomsten van elke laagbelaste onderliggende groepsvennootschap. Als de ultieme moedervernootschap niet gevestigd is in een land dat de IIR heeft ingevoerd, wordt de verplichting doorgeschoven naar de groepsvennootschap(en) die rechtstreeks gecontroleerd wordt(en) door de ultieme moedervernootschap, en zo verder.³⁸

Om te bepalen of en hoeveel additionele belasting de groep verschuldigd is, wordt het effectieve belastingtarief berekend per jurisdictie, door het bedrag van de belasting te delen door het bedrag van het inkomen.³⁹ Het in voorkomend geval toe te passen top-up percentage dat uit deze berekening voortvloeit, wordt vervolgens toegepast op het inkomen van elke groepsentiteit in deze jurisdictie (ongeacht of het inkomen van deze groepsentiteit afzonderlijk beschouwd reeds voldoende werd belast).⁴⁰

Deze mechanismen kunnen worden verduidelijkt aan de hand van het volgende voorbeeld, dat eveneens in de *Blueprint* kan worden teruggevonden.⁴¹



In het voorbeeld heeft land A geen IIR ingevoerd. Land B en land C hebben wel een IIR-regel ingevoerd. Land D deed dat niet, en wordt bovendien beschouwd als een land met een laag belastingtarief. Bij veronderstelling wordt het minimumtarief bepaald op 11%. Alle vennootschappen worden verondersteld voor 100% te worden aangehouden. Een toepassing van de mechanismen van de IIR leidt tot de volgende conclusies:

- in principe wordt de IIR enkel toegepast door Hold Co, dat de ultieme moedervernootschap is. Het vestigingsland van Hold Co heeft evenwel geen IIR ingevoerd. Bijgevolg kan Hold Co niet voldoen aan deze verplichting;
- op basis van de top-down approach wordt de toepassing van de IIR daarom doorgeschoven naar de dochtervennootschappen van Hold Co. Aangezien zowel land B als land C de IIR invoerden, kunnen dochtervennootschappen B Co en C Co de IIR-verplichting voldoen. D Co 5, eveneens een dochter van Hold Co, zal daarentegen geen IIR toepassen;
- B Co heeft twee dochtervennootschappen in land D, die geen belasting betalen. C Co heeft eveneens twee dochtervennootschappen in land D, die 25% belasting betalen. Het effectieve belastingtarief wordt evenwel niet per vennootschap, maar wel per jurisdictie bepaald. Daarbij worden ook de inkomsten en de betaalde belastingen van D Co 5 in aanmerking genomen. Ervan uitgaande dat elke vennootschap in land D een inkomen heeft van 1.000, wordt het effectieve belastingtarief bepaald op 10% (500 belasting/5.000 inkomen);
- aangezien het effectieve belastingtarief 10% is, zal een top-up heffing plaatsvinden ten belope van 1% (11% – 10%). De top-up heffing voor elke entiteit in land D bedraagt dus 10 (1.000 belastbare grondslag x 1%), voor een totaal bedrag van 50;

38. *Ibid.*, p. 114 et seq. De *Blueprint* voorziet evenwel in een uitzondering voor deze top-down approach voor split-ownership structures. Deze uitzondering voorziet in een verschuiving van de verplichting naar de tussenholding, indien een significant percentage van de aandelen in deze tussenholding (> 20%) niet gehouden wordt door de ultieme holdingvennootschap. Door de verplichting tot toepassing van de IIR te verschuiven naar de tussenholding, kan ook het laag belast inkomen dat toekomt aan de minderheidsaandeelhouders worden belast, zonder dat de ultieme holding een top-up heffing dient te betalen op inkomen waartoe zij niet gerechtigd is, of te vereisen dat minderheidsaandeelhouders de IIR toepassen.

39. Hierop wordt verder ingegaan in de volgende sectie.

40. *Pillar Two Blueprint*, p. 112.

41. *Ibid.*, p. 202, voorbeeld 6.1B. In de *Blueprint* werd een tarief van 11% gehanteerd als voorbeeld, omdat op dat ogenblik nog geen overeenstemming bestond over het minimumtarief – dat intussen op 15% werd bepaald. De *Blueprint* bevat overigens talrijke voorbeelden die de diverse mechanismen op een goede wijze kunnen verduidelijken.

- B Co en C Co zullen elk 20 dienen te betalen, namelijk 10 voor elke dochtervennootschap in land D;
- aangezien D Co 5 niet gecontroleerd wordt door een vennootschap die de IIR toepast, zal de 10 top-up heffing in hoofde van D Co 5 aan andere entiteiten worden toegewezen op basis van de mechanismen van de UTPR. Dit reeds relatief complexe voorbeeld zal in de praktijk evenwel nog verder worden bemoeilijkt. Het GloBE-voorstel voorziet immers in een belangrijke uitsluiting, die tot gevolg heeft dat het minimumtarief slechts toepassing kan vinden op de winst die een bepaalde marge overschrijdt. Het betreft de zogenaamde “substance-based carve-out”, bepaald op basis van een looncomponent en een component gerelateerd aan de door de onderneming gehouden materiële activa:

- de uitsluiting van de looncomponent wordt bepaald op basis van een percentage van de in aanmerking komende loonkosten van in aanmerking komende werknemers.⁴² Ook onafhankelijke contractanten die deelnemen aan de gewone bedrijfsuitoefening van de onderneming worden daarbij als in aanmerking komende werknemers beschouwd. De component zal worden berekend per jurisdictie op basis van de plaats waar de activiteit wordt uitgeoefend. In principe kan daarbij gebruik worden gemaakt van de gegevens die dienen te worden gerapporteerd onder de CbCR-regels, die gebaseerd zijn op het vestigingsland van de entiteit die het salaris van de werknemer betaalt. Indien echter het vestigingsland van voormelde entiteit niet overeenstemt met de plaats van uitoefening van de activiteiten van de werknemer, zal in principe de woonplaats van de werknemer als indicator worden gebruikt, tenzij kan worden bewezen dat de activiteit in een andere jurisdictie plaatsvindt;
- de uitsluiting van de component gerelateerd aan het houden van materiële activa wordt bepaald op basis van een percentage van: (i) de afschrijving van gebouwen, inrichting en uitrusting, (ii) de veronderstelde waardevermindering van grond (berekend via een aan de GloBE eigen formule), (iii) de uitputting van natuurlijke rijkdommen en (iv) de afschrijving van het gebruiksrecht van een materieel actief door de leasener. Gebouwen en gronden die worden aangehouden als investeringen, evenals activa die slechts worden aangehouden voor de verkoop en niet voor eigen gebruik, worden uitgesloten van de carve-out.⁴³

Bij de publicatie van de *Blueprint* werden deze percentages evenwel nog niet bepaald. In het akkoord van 8 oktober 2021 wordt voorzien in een uitsluiting ten bedrage van 5% van de boekwaarde van de materiële activa en personeelskosten. Gedurende een overgangsperiode van 10 jaar wordt deze waarde evenwel respectievelijk bepaald op 8% van de

boekwaarde van de materiële activa en 10% van de personeelskosten; deze percentages worden gedurende de eerste 5 jaar jaarlijks verlaagd met 0,2 procentpunten, en gedurende de volgende 5 jaar jaarlijks verlaagd met respectievelijk 0,4 en 0,8 procentpunten. Er wordt bovendien voorzien in een *de minimis* uitsluiting voor jurisdicties waar de multinationale onderneming minder dan 10 miljoen inkomsten genereert én minder dan 1 miljoen winsten genereert.

b) De vaststelling van een gelijkvormig effectief belastingtarief

Een uitermate belangrijk deelaspect van de IIR, dat ook voor de uitwerking van de UTPR van belang is, betreft de vaststelling van een gelijkvormig effectief belastingtarief. Inderdaad, indien men een globaal minimumtarief wenst in te voeren, dient men ook een overeenkomst te bereiken omtrent de vaststelling van de belastbare basis waarop dit minimumtarief zal worden toegepast, en de wijze waarop zal worden bepaald of het door een staat toegepaste belastingtarief voldoet aan de minimumheffing. In dit verband worden in de *Blueprint* alvast een aantal belangrijke principes uitgewerkt. Het effectieve belastingtarief wordt berekend door het bedrag van de geheven belastingen⁴⁴ te delen door het bedrag van het inkomen, zoals bepaald onder de GloBE-regels. De definitie van gedekte belastingen (“Covered Taxes”) (teller) die voor de GloBE-doeleinden wordt gebruikt, is “auto-noom” zowel ten opzichte van de binnenlandse definities van inkomstenbelastingen als ten opzichte van de definitie voorzien in artikel 2 van het OESO-Modelverdrag, en is breed genoeg om alle belastingen te omvatten die van toepassing zijn op inkomen dat op een netto (in plaats van bruto) basis wordt berekend. De teller wordt vervolgens onderworpen aan een reeks aanpassingen die de verschillende beleidskeuzes van de GloBE weerspiegelen, zoals de noodzaak om tijdelijke verschillen aan te pakken. De noemer van het effectief belastingtarief is, zoals verwacht, het GloBE-inkomen, dat in feite de winst (of het verlies) vóór belasting is die wordt bepaald aan de hand van de boekhoudkundige normen die door de moedermaatschappij van de MNO-groep worden gehanteerd bij de opstelling van haar geconsolideerde jaarrekening. Wat de gedekte belastingen betreft, ondergaat ook de noemer diverse aanpassingen, die nodig zijn om de berekening van het GloBE-inkomen beter af te stemmen op de inkomsten die worden bepaald volgens de nationale regels van de verschillende rechtsgebieden waarin de MNO-groep actief is.

Zoals gesteld, is het uitgangspunt voor de bepaling van een uniforme belastbare basis de winst (of het verlies) voor belastingen zoals bepaald aan de hand van de door de moeder-vennootschap gehanteerde financiële boekhoudnorm bij de

42. Zie *ibid.*, p. 95-96.

43. Zie *ibid.*, p. 96-101.

44. De belastingen die in dit kader in rekening worden gebracht omvatten elke belasting op het inkomen of de winsten van een entiteit (met inbegrip van een belasting op uitgekeerde winsten), evenals alle belastingen die in de plaats van een algemeen toepasselijke inkomstenbelasting worden geheven. Onder de gevatte belastingen vallen ook belastingen op niet-uitgekeerde winst en op het eigen vermogen. Zie *ibid.*, p. 45-51. Merk op dat de *Blueprint* vermeldt dat digital services taxes niet in rekening zullen worden gebracht.

opstelling van haar geconsolideerde jaarrekening.⁴⁵ Dit uitgangspunt wijkt opnieuw af van de CFC-regels, waar vaak de internrechtelijke regels van de jurisdictie van de moeder-vennootschap voor de bepaling van belastbaar inkomen worden toegepast. Zo wordt in België bij de toetsing aan de CFC-regels nagegaan of de buitenlandse CFC onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder dan de helft bedraagt “van de vennootschapsbelasting die verschuldigd zou zijn geweest indien deze buitenlandse vennootschap in België zou zijn gevestigd” (art. 185/2, § 2, eerste lid, tweede streepje WIB 1992). De *Blueprint* verwijst als verklaring voor de verschillende keuze naar het feit dat de GloBE-regels van toepassing zullen zijn op alle dochterondernemingen van de groep en op alle inkomsten, terwijl CFC-regels een veel beperkter toepassingsgebied hebben.⁴⁶

Vervolgens worden bepaalde aanpassingen toegepast, ten einde de GloBE belastbare basis beter af te stemmen op de berekening van het belastbare inkomen volgens de regels van het rechtsgebied waar de onderneming actief is, en rekening te houden met verschillen tussen boekhoudwetgeving en fiscale wetgeving. Daarbij is het geenszins de bedoeling om de GloBE-belastinggrondslag in volledige overeenstemming te brengen met de belastbare basis zoals bepaald volgens de regels van de betrokken jurisdictie. Wel wordt in de *Blueprint* een exclusieve lijst opgesteld van (permanente) aanpassingen die beschouwd worden als voldoende belangrijke elementen die gewoonlijk worden uitgesloten van de belastbare basis.⁴⁷ De volgende elementen zijn met name het vermelden waard:

- dividenden uitgekeerd door de ene groepsentiteit aan een andere groepsentiteit van dezelfde groep worden uitgesloten; deze uitsluiting geldt evenwel niet voor dividenden ontvangen van een vennootschap waarin de groep slechts een laag percentage aandelen aanhoudt (dat minimale percentage dient evenwel nog te worden bepaald);
- winsten en verliezen op de vervreemding van aandelen (met inbegrip van fusies) worden eveneens uitgesloten, voor zover een bepaald (nog te bepalen) minimumpercentage van de aandelen werd aangehouden;
- de gevatte belastingen dienen uiteraard te worden toegevoegd aan het netto-inkomen. Voor zover een bepaald inkomen evenwel wordt uitgesloten van de belastbare basis, dient ook iedere belasting op dit inkomen te worden uitgesloten van de teller van de berekening van het effectieve belastingtarief;

- steekpenningen worden toegevoegd aan de belastbare basis, evenals boetes en straffen van 50.000,00 EUR of meer;
- inzake groepsherstructurerings zal een mechanisme worden voorzien om rekening te houden met lokaal belastinguitstel;
- tot slot vermeldt de *Blueprint* dat eventueel een verdere aanpassing zal dienen te gebeuren om de uitkomst van Pillar I te incorporeren.

Daarnaast worden carry-forward regels voorzien die tijdelijke verschillen tussen de GloBE-basis en de belastbare basis in de betrokken jurisdictie opvangen, zodat wordt verzekerd dat de minimale heffing wordt betaald over een bepaalde periode.⁴⁸ Aangezien dergelijke carry-forward regels echter bepaalde belastingvoordelen die bestaan uit het verlenen van timingvoordelen (zoals versnelde afschrijvingen) ongedaan zouden kunnen maken, zal eveneens in een mechanisme worden voorzien dat de toepassing van deze (aanvaarde) timing-voordelen verzekert.⁴⁹

Bij de bepaling van het inkomen van iedere groepsentiteit worden in principe ook intragroepstransacties in rekening gebracht; staten kunnen er evenwel voor kiezen wel een uitsluiting toe te staan wanneer het een transactie betreft tussen groepsentiteiten die gevestigd zijn in dezelfde jurisdictie.

Het effectieve belastingtarief wordt vervolgens bepaald op jurisdictionele basis (“jurisdictional blending”). Er wordt dus niet voor elke groepsentiteit afzonderlijk nagegaan of aan het minimumtarief is voldaan; wel wordt voor elke jurisdictie nagegaan of een minimale belastingheffing heeft plaatsgevonden. De winst (of het verlies) van de groepsentiteiten wordt toegerekend aan de diverse jurisdicties waarin de multinationale groep actief is volgens een reeks vrij specifieke regels die in wezen zijn gebaseerd op de noties in het BEPS-verslag over Actie 13 en het beginsel “belastingen volgen de winst”⁵⁰:

- winst (of verlies) behaald door een vaste inrichting wordt toegerekend aan de jurisdictie van de vaste inrichting;
- in andere gevallen wordt de winst (of het verlies) behaald door een entiteit toegerekend aan het vestigingsland van de entiteit;
- indien de entiteit geen fiscaal vestigingsland heeft (i.e. een staatloze entiteit, waarbij vooral gedacht kan worden aan (omgekeerd) hybride entiteiten): (i) wordt het winstaandeel van elke eigenaar die een relevante entiteit is, toegewezen aan het land van vestiging van de eigenaar indien dit land de entiteit als fiscaal transparant

45. Dit geldt evenwel slechts voor zover het een aanvaardbare financiële boekhoudnorm betreft; het bereiken van een akkoord omtrent de boekhoudnormen die aanvaard zullen worden, vormt bijgevolg een belangrijk deel van de te bereiken consensus over de minimumbelasting.

46. *Pillar Two Blueprint*, p. 53. Voor een definiëring van de in scope groepsentiteiten, zie *ibid.*, p. 23-24.

47. *Ibid.*, p. 58-65.

48. Volgens de *Blueprint* bestaan deze regels uit een combinatie van drie mechanismen: een verliesverrekeningsmechanisme, een IIR belastingkrediet en een carry-forward van lokale belastingen. Stakeholders uitten echter veel kritiek op de complexiteit van deze regels. Zie *ibid.*, p. 83-93.

49. *Ibid.*, p. 65-66.

50. *Ibid.*, p. 77-80. De redenering is dat het er niet toe doet in welk land de belasting daadwerkelijk wordt geheven, maar wel welke belastingen worden geheven over de winsten die aan een bepaald land zijn “toegewezen”. Zo moeten bv. de belastingen die in het kader van een CFC-regeling op een aandeelhouder van een “constituent entity” worden geheven, worden toegewezen aan het land van de CFC, aangezien die belastingen worden betaald over de inkomsten van de CFC. Hetzelfde geldt voor verrekenprijzenaanpassingen. Zie *Pillar Two Blueprint*, paras. 279-284 en voorbeelden 3.4.2A, 3.4.2B, 3.4.2C, 3.4.2D, en 3.4.2G.

behandelt, en (ii) worden alle resterende winsten toegewezen aan “de staatloze jurisdictie”.⁵¹

Ook de gevatte belastingen dienen aan de diverse jurisdicties te worden toegewezen. Daarbij wordt als algemeen principe gehanteerd dat belastingen het inkomen volgen waarop zij betrekking hebben.⁵² Zo worden bronheffingen toegewezen aan de jurisdictie van de ontvanger van het inkomen (en dus niet aan het land dat de bronheffing heeft geheven). Belastingen die worden geheven ingevolge CFC-regels, worden toegewezen aan de jurisdictie van de CFC (en dus niet aan het land dat op basis van deze regels het inkomen van de CFC belast). In dit verband wordt reeds in de *Blueprint* gewezen op mogelijke problemen aangaande deze wijze van toerekening, nu deze heffingen vaak aan hoge tarieven worden geheven en betrekking hebben op passief – en dus zeer mobiel – inkomen. Het wordt dan ook verleidelijk om dit soort inkomen en de ermee geassocieerde belastingen te verschuiven naar een laagbelastende jurisdictie, waar het de top-up heffing op andere inkomsten uit deze jurisdictie kan verlagen. Er wordt dan ook verder onderzocht hoe dit kan worden vermeden.⁵³

Het jurisdictionele effectieve belastingtarief wordt berekend door het totale bedrag aan belastingen dat werd toegewezen aan een jurisdictie te delen door het totale winst- of verliesbedrag vóór belastingen dat werd toegewezen aan deze jurisdictie.

We merken op dat het akkoord van 8 oktober 2021 slechts een aantal zeer beperkte principes bevestigt, zoals het gebruik van een effectief tarief op jurisdictionele basis, een gemeenschappelijke definitie van gevatte belastingen en een belastbare basis die wordt bepaald op basis van het boekhoudkundig inkomen (met overeengekomen aanpassingen die consistent zijn met de beleidsdoelstellingen van de tweede pijler en mechanismen om timing differences aan te pakken). Het blijft afwachten of de in de *Blueprint* opgenomen regels inderdaad deel zullen uitmaken van deze gemeenschappelijke belastbare basis.

c) De STTR

Tot slot verdient ook de subject-to-tax regel verdere aandacht. Zoals reeds gesteld, viseert deze regel met name de grensoverschrijdende structuren die betrekking hebben op intragroepsbetalingen, waarbij bepaalde bepalingen van het dubbelbelastingverdrag worden gebruikt om winsten te verschuiven van bronstaten naar jurisdicties waar deze betalingen onderworpen worden aan geen of zeer lage nominale tarieven. In dergelijke gevallen dient het heffingsrecht van de bronstaat (gedeeltelijk) hersteld te worden, en zal de bron-

staat een additionele belasting kunnen heffen tot een bepaald overeengekomen minimumtarief. Deze additionele heffing wordt vervolgens in aanmerking genomen bij de eventuele toepassing van de IIR en/of UTPR.

In tegenstelling tot de IIR en UTPR, wordt deze regel bijgevolg toegepast op een transactionele basis, eerder dan een jurisdictionele basis. Bovendien wordt voor de toepassing van de STTR slechts het nominale tarief van de betrokken jurisdictie in aanmerking genomen. Het betreft volgens de *Blueprint* evenwel een “aangepast” nominaal tarief, waarbij preferentiële tarieven, bijzondere vrijstellingen, uitsluitingen, verlagingen of uitbreidingen die rechtstreeks aan de betaling of aan de begunstigde gelinkt zijn, in rekening worden gebracht.⁵⁴

De STTR zal slechts van toepassing zijn op een gedefinieerde lijst van betalingen. Zo zullen interesten en royalty's zeker onder het toepassingsgebied worden gebracht. Daarnaast neemt het Inclusieve OESO-kader blijkens de *Blueprint* ook de volgende intragroepsbetalingen in overweging⁵⁵:

- franchise fees of andere betalingen voor het gebruik van of het recht op gebruik van immateriële activa in combinatie met de levering van diensten;
- verzekerings- en herverzekeringspremies;
- een garantie-, makelaars- of financieringsvergoeding;
- huur of een andere vergoeding voor het gebruik van of het recht op het gebruik van roerende goederen;
- een bedrag betaald aan of ingehouden door de begunstigde als tegenprestatie voor het verlenen van diensten op het gebied van marketing, bemiddeling of andere intermediaire diensten.

Voorts wordt overwogen of het mechanisme eveneens dient te worden toegepast op structuren die erop gericht zijn meerwaarden te verschuiven van de bronstaat naar de woonstaat, waar ze niet of aan lage nominale tarieven worden belast. Daarbij wordt opgemerkt dat de BEPS-risico's die verbonden zijn aan dergelijke structuren niet noodzakelijk afhankelijk zijn van een verhouding tussen verbonden personen.⁵⁶

Teneinde de compliance kosten waar mogelijk te beperken, en om slechts die betalingen te viseren die de grootste BEPS-risico's met zich meebrengen, wordt in de *Blueprint* voorzien in een uitsluiting van betalingen die slechts een laag rendement genereren.⁵⁷ Daarnaast zal ook een materialiteitsdrempel worden voorzien, die evenwel nog verder dient te worden uitgewerkt. Zo wordt, naast een drempel op basis van de grootte van de groep, ook een drempel op basis van een gedifferentieerde waarde van de betalingen aan verbonden ondernemingen in een andere verdragsstaat (bv.

51. Dit begrip komt voort uit de CbCR-regels.

52. *Ibid.*, p. 79-80.

53. *Ibid.*, p. 80.

54. Algemene aftrekken van de belastbare basis (zoals de notionele interestaftrek) worden echter niet in rekening gebracht; en ook vrijstellingen of verminderingen onder art. 23A en 23B van het OESO-Modelverdrag hebben geen invloed op het aangepaste nominaal tarief; zie *ibid.*, p. 163-165.

55. *Ibid.*, p. 155.

56. *Ibid.*, p. 150.

57. Een betaling zal beschouwd worden als genererende een laag rendement, wanneer zij wordt berekend aan de hand van de kosten die de begunstigde heeft gemaakt om de betaling te verkrijgen, of kan worden berekend op een “cost plus”-basis, en de winstmarge niet hoger is dan een overeengekomen percentage; zie *ibid.*, p. 158-159.

in verhouding met het BBP van die verdragsstaat) overwogen. Ook een drempel op basis van een ratio, waarbij de verhouding van het totale bedrag van gevatte betalingen aan verbonden ondernemingen in de andere verdragsstaat tot de totale uitgaven (m.u.v. kosten van goederen) van de betaler een bepaald percentage dient te overschrijden, behoort tot de mogelijkheden.⁵⁸

Aangezien een eventuele additionele heffing door de bronstaat zal plaatsvinden op het brutobedrag van individuele transacties, werd in de *Blueprint* overwogen om in het kader van de STTR een lager minimumtarief, en bijgevolg een lagere top-up heffing toe te passen dan het minimum effectief belastingtarief onder de IIR en de UTPR. Op die manier wenst men de risico's van overbelasting enigszins te beperken.⁵⁹ Waar in het akkoord van 1 juli 2021 reeds werd gesteld dat een minimumtarief tussen 7,50% en 9% zou worden toegepast, werd in het laatste akkoord van 8 oktober 2021 uiteindelijk een tarief van 9% overeengekomen. Daarbij verbinden de leden van het Inclusieve OESO-kader zich ertoe dit minimumtarief op te nemen in hun verdragen met ontwikkelingslanden indien deze laatste hierom verzoecken.

Ook hier past het tot slot een voorbehoud te formuleren aangaande de in de *Blueprint* beschreven overwegingen, nu het beginselakkoord van 8 oktober 2021 hierop slechts zeer beperkt ingaat.

4. Implementatie

Aangaande de implementatie, heeft de OESO op 20 december 2021 modelregels gepubliceerd voor de uitvoering van Pijler II. Er worden nadere details verstrekt over de personele werkingssfeer van GloBE, de methode voor de berekening van het effectieve belastingtarief van een MNO – met inbegrip van de fiscale behandeling van de fiscaal overdraagbare bestanddelen (“deferred tax assets”) – en de toerekening ervan aan de landen waar de MNO is gevestigd, de vaststelling en toerekening van door het multinationale concern verschuldigde extra belasting, de gevolgen van intragroeptransacties, de administratieve aspecten (aangiften) en overgangsregelingen, met inbegrip van de behandeling van bestaande verliezen en belastingkredieten.

Een commentaar van deze modelregels, samen met de uitwerking van een model van de verdragsbepaling, aangevuld met commentaar, ter invoering van een STTR wordt begin 2022 vooropgesteld. Openbare raadplegingen worden voor maart 2022 aangekondigd. Vervolgens wordt tegen midden 2022 een multilateraal instrument ontwikkeld dat de invoering van de STTR in de dubbelbelastingverdragen kan faciliteren.

De IIR en UTPR zullen in principe via nationale wetgeving moeten worden ingevoerd. Het akkoord voorziet in een invoering in 2022, zodat de regels in 2023 in werking kun-

nen treden. Wat de UTPR betreft, wordt evenwel een latere inwerkingtreding vanaf 2024 voorzien. Naast de uitwerking van modelregels in november 2021, zal ten laatste eind 2022 eveneens een implementatiekader worden uitgewerkt dat de gecoördineerde implementatie van de GloBE-regels kan faciliteren. Bovendien zal worden overwogen of een multilateraal verdrag ook hier verdere coördinatie en implementatie kan verzekeren.

D. Interactie tussen Pillar I en II

Een vergelijking van beide pijlers – die nochtans beiden afstammen van dezelfde Actie 1 van het BEPS-plan – geeft op het eerste gezicht de indruk dat zij bijna elkaars tegenpolen zijn. Immers, waar de eerste pijler focust op het creëren van nieuwe heffingsrechten voor marktstaten in gevallen waarin een onderneming actief en duurzaam deelneemt aan de economie van deze marktstaten door middel van activiteiten van op afstand, kan de indruk ontstaan dat de tweede pijler net het tegenovergestelde doet, door de heffingsrechten (gedeeltelijk) toe te wijzen aan bepaalde staten op grond van criteria die niet noodzakelijk een economische verantwoording dragen. Zo gaat het toewijzen van additionele heffingsbevoegdheid op basis van de IIR in tegen de tendens van de voorbije jaren die de relevantie van de woonstaat voor het bepalen van heffingsrechten in vraag stelde.⁶⁰ Minstens theoretisch kan een multinationale onderneming zich immers incorporeren in bepaalde landen zonder er noemenswaardige economische activiteit uit te oefenen. Zelfs indien het vestigingsland het criterium van de werkelijke zetel van bestuur hanteert, heeft dit niet noodzakelijk tot gevolg dat vereist wordt dat essentiële kernactiviteiten van de onderneming daar dienen te zijn gevestigd.

Toch beoogt ook de tweede pijler enigszins het idee van bronbelasting te versterken. Zo kan de voorrang van de STTR gezien worden als een belangrijke versterking van de heffingsrechten van bronstaten. Daarbij kan echter worden opgemerkt dat de economische verantwoording voor deze “uitbreiding” van bronbelasting in het kader van de tweede pijler aanzienlijk beperkter is dan deze van de eerste pijler, die duidelijk gebaseerd is op de wijziging van de economische omstandigheden waarin ondernemingen vandaag opereren. Immers, indien een bronstaat blijkens de bepalingen van het gesloten dubbelbelastingverdrag geen (of een beperkt) primair heffingsrecht heeft gekregen, werd dan niet geoordeeld dat in deze bronstaat niet voldoende economische waarde werd toegevoegd om een heffingsrecht te verantwoorden?

Toch dient deze kritiek genuanceerd te worden, met name vanuit de doelstelling van de tweede pijler. Deze doelstelling bestaat er immers niet fundamenteel in om heffingsrechten toe te kennen aan de vestigingsstaat, dan wel de bronstaat, maar wel om alle landen ertoe te brengen hun tarieven te verhogen tot minstens een bepaald minimumtarief.

58. *Ibid.*, p. 161-163.

59. *Ibid.*, p. 165-166.

60. Y. BRAUNER, “Developments on the digital economy front: progress or regression?”, *Intertax* 2019, afl. 5, (422) 423.

In het licht van deze beschouwingen dient alvast te worden geconcludeerd dat de eerste en tweede pijler niet als onderlinge alternatieven, maar wel als complementaire pijlers dienen te worden beschouwd. In dit opzicht is het bijgevolg essentieel dat beide pijlers het eindstadium halen; zo niet zal in ieder geval een deel van de geïdentificeerde problemen in de internationale fiscaliteit onverminderd blijven bestaan.

Deze noodzakelijke complementariteit brengt met zich mee dat ook de onderlinge coördinatie van beide pijlers een belangrijke overweging dient te zijn in het kader van de besprekingen binnen het Inclusieve OESO-kader. De *Blueprint* brengt ter zake slechts uiterst summier ter sprake dat “de eerste pijler vóór de tweede pijler wordt toegepast. Afhankelijk van de uiteindelijke uitwerking van de eerste pijler kan een aanpassing noodzakelijk zijn voor de GloBE belastbare basis om de uitkomst van de eerste pijler goed te reflecteren”.⁶¹

Niettemin lijkt een perfecte coördinatie tussen de twee pijlers zeer moeilijk te realiseren, tenminste op korte termijn: het mechanisme onder de eerste pijler – een gedeeltelijke herverdeling van de globale belastbare basis van de groep – heeft essentieel een multilaterale dimensie, terwijl de tweede pijler ook op bilateraal niveau – en soms unilateraal – werkt en dus gemakkelijker te implementeren lijkt. Vanuit dit perspectief, kan men niet uitsluiten dat Pillar II maatregelen door staten sneller toegepast worden (eventueel voorlopig), voordat sommige aanpassingen in de toewijzing van de belastbare basis onder Pillar I worden gemaakt. Er moet ook rekening worden gehouden met de toepassing van specifieke anti-misbruikbepalingen (zoals CFC) in de berekening van het minimumtarief. Om dat te vermijden, zullen nieuwe instrumenten van samenwerking tussen fiscale administraties nodig zijn, die verder gaan dan een automatisch uitwisselen van informatie, zoals vandaag reeds gebeurt, of een *ex post* geschillenprocedure zoals een MAP. Waarschijnlijk kunnen grensoverschrijdende rulings een interessante piste zijn.

III. De invoering van een minimumbelasting in de EU

Met het *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy* van 8 oktober 2021, onderschreven door 137 van de 140 leden van het Inclusieve OESO-kader, lijkt de implementatie van een globale minimumbelasting werkelijkheid te zullen worden. Vanuit een Europees standpunt is met name de goedkeuring van Ierland, Estland en Hongarije, die lang uiterst sceptisch stonden tegenover de invoering van een minimale belasting, van primordiaal belang. Ook

Cyprus, dat geen lid is van het Inclusieve OESO-kader, vaardigde een statement uit waarin het de bereikte overeenkomst toejuichte, en aangaf constructief te zullen meewerken op EU-niveau om een overeenkomstig wetgevend kader uit te werken.⁶²

Gelet op deze belofte tot constructieve medewerking van alle 27 EU-lidstaten, ligt de weg voor de implementatie van een minimumbelasting op EU-niveau open. De Europese Commissie hield zich alvast aan haar intentie om een voorstel van richtlijn uit te brengen zodra de OESO de modelregels had gefinaliseerd: op 22 december 2021, twee dagen na de publicatie van de OESO-modelregels, werd reeds een voorstel van richtlijn uitgebracht.⁶³

Toch past het om hierbij een aantal kanttekeningen te formuleren. In de eerste plaats kan de vraag worden gesteld of de Europese Unie een bevoegdheid kan doen gelden om in dit kader harmoniserend op te treden. Daarnaast is ook de rechtvaardiging van een minimumbelasting in het licht van de EU-rechtspraak aangaande de Europese vrijheden niet evident. Tot slot zal men eveneens dienen na te denken over de consistentie en coördinatie met de bestaande EU-richtlijnen.

A. De bevoegdheden van de Europese Unie inzake fiscaliteit

Aangezien geen enkele bepaling van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) aan de Unie een algemene wetgevende bevoegdheid inzake directe belastingen toekent, behoren de directe belastingen volgens vaste EU-rechtspraak tot de bevoegdheid van de lidstaten (zij het dat zij deze bevoegdheid in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht dienen uit te oefenen).

Niettemin greep de Europese wetgever in het verleden reeds meermaals in op het gebied van de directe fiscaliteit. Daarbij werd beroep gedaan op de aan de Raad in artikel 115 VWEU toegekende bevoegdheid om, met eenparigheid van stemmen, richtlijnen vast te stellen voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling van de interne markt. Toen de ATAD goedgekeurd werd, hebben enkele stemmen zich de vraag gesteld of artikel 115 VWEU een gepaste basis vormde.⁶⁴ Alhoewel er argumenten bestaan om te betwijfelen of een “harmonisatie” van nationale anti-misbruikbepalingen de doelen van de interne markt in dezelfde mate dient als de harmonisatie van het algemene stelsel van belastingen op economische activiteiten zoals de vennootschapsbelasting, lijkt in dit geval de unanimiteitsregel te spelen ten voordele van de EU: het is inderdaad zeer onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie zou ontbinden wat

61. *Pillar Two Blueprint*, p. 53.

62. Zie www.mof.gov.cy/en/press-office/announcements/oecd-tax-deal-on-the-global-minimum-tax-rate (laatst geconsulteerd op 16 november 2021).

63. Zie EUROPESE COMMISSIE, *Communication on Business Taxation for the 21st Century*, 18 mei 2021, (COM)2021 251 final, p. 8; *Statement by Commissioner Gentiloni on the G20's endorsement of the agreement on international taxation reform*, 13 oktober 2021, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5247 (laatst geconsulteerd op 16 november 2021); Europese Commissie, *Proposal for a council directive on ensuring a global minimum level of taxation for multinational groups in the Union*, 22 december 2021, COM(2021) 823 final.

64. I. LAZAROV en S. GOVIND, “Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law”, *Intertax* 2019, afl. 10, beschikbaar via SSRN: www.ssrn.com/abstract=3569793.

in deze tijd 27 lidstaten hebben goedgekeurd. Daardoor en door het gebrek aan alternatieven (art. 116-117 VWEU blijven tot nu toe een intellectueel aantrekkelijk maar theoretische mogelijkheid met zeer weinig steun bij de lidstaten)⁶⁵, kon er dus verwacht worden dat ook voor de GloBE-richtlijn een beroep zou worden gedaan op artikel 115 VWEU; uit het voorstel van richtlijn dat op 22 december 2021 werd gepubliceerd, blijkt inderdaad dat dit artikel als basis wordt gebruikt.^{66, 67}

B. GloBE in het licht van de Europese vrijheden

Europese instrumenten van secundair recht dienen bovendien steeds de beginselen van primair Europees recht te respecteren. Wat de implementatie van een minimumbelasting betreft, kan met name gedacht worden aan mogelijke fricties met de Europese vrijheden, met name het Europese beginsel van vrijheid van vestiging. Deze beginselen brengen volgens vaste EU-rechtspraak met zich mee dat een lidstaat geen zwaardere fiscale lasten kan opleggen in een grensoverschrijdende situatie dan in een binnenlandse situatie, behoudens rechtvaardiging op grond van dwingende redenen van algemeen belang en respect voor het principe van proportionaliteit.

De toetsing aan de Europese vrijheden van de voorziene GloBE-maatregelen, die per definitie slechts beogen om in een grensoverschrijdende situatie een minimumheffing op te leggen indien een andere staat te laag belast, lijkt dan ook problematisch. Zowel de IIR als de UTPR leiden immers tot een hogere nationale belastingdruk op het niveau van de groepsentiteit die de top-up heffing dient te betalen, in vergelijking met de belastingdruk op binnenlandse entiteiten. Bovendien heeft het Europees Hof van Justitie in het verleden met betrekking tot vergelijkbare unilaterale maatregelen reeds herhaaldelijk beslist tot een beperking van de vrijheid van vestiging.⁶⁸ Dergelijke maatregelen werden daarenboven slechts als gerechtvaardigd en proportioneel beschouwd als antimisbruikmaatregelen indien zij specifiek gericht zijn op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken. De GloBE-maatregelen zullen daarentegen een veel ruimere toepassing vinden, zodat een rechtvaardiging als antimisbruikmaatregel op het eerste gezicht moeilijk lijkt. Hoewel

men zou kunnen verwachten dat het Europees Hof van Justitie enige mildheid zal tonen bij de toetsing van de richtlijn, biedt een dergelijke terughoudende positie uiteraard weinig rechtszekerheid.⁶⁹

In de rechtsleer werd daarom gesuggereerd dat de invoering van een minimumbelasting binnen de EU veiliggesteld kan worden indien de substance-based carve-out aanzienlijk wordt uitgebreid, zodat zij wordt getransformeerd in een kunstmatigheidstest die voldoet aan de door het Europees Hof gestelde voorwaarden.⁷⁰ Dit zou evenwel de doelstellingen van de tweede pijler volledig ondermijnen: het doel bestaat immers in een meer algemene vermindering van mogelijkheden tot grondslaguitholling en winstverschuiving, los van kunstmatigheid, en het invoeren van een minimale grens voor internationale fiscale concurrentie. Uit het recente Statement van 8 oktober 2021 kan worden besloten dat de uitbreiding van de carve-out niet werd weerhouden. Om de compatibiliteit van het huidige Pillar II stelsel te gronden kan naast de antimisbruiksrechtsgrond een potentiële invalshoek worden gevonden in de rechtvaardigingsgrond tot evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Het betreft een door het Europees Hof ontwikkelde rechtvaardigingsgrond die o.i. een compromis poogt te vinden tussen de doctrines van territorialiteit en belastingontwijking, en aldus vanuit het perspectief van de lidstaten kan worden gezien als een “mildere” versie van de antimisbruikdoctrine, die meer vrijheid laat en hen niet verplicht in elke concrete situatie de constitutieve elementen van misbruik te bewijzen. Zij kan volgens het Europees Hof met name worden toegepast “wanneer de betrokken regeling beoogt gedragingen te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden”⁷¹, en werd onder meer reeds toegepast ter rechtvaardiging van verrekenprijsregels. In dit kader kan worden verwezen naar het SGI-arrest⁷², dat het Belgische artikel 26 WIB 1992 betrof. Dit artikel kadert in de verrekenprijsregels, en voegt het bedrag van de abnormale of goedgunstige voordelen die een Belgische vennootschap heeft toegekend aan in andere lidstaten gevestigde vennootschappen waarmee zij zich in een band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt toe aan de eigen winst van deze vennootschap. Hoewel het Europees Hof oordeelde dat de bepaling een verschil in fiscale behandeling tussen inge-

65. M.F. NOUWEN, “The Market Distortion Provisions of Articles 116-117 TFEU: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?”, *Intertax* 2021, afl. 1, p. 14-28.

66. Zie ook L. DE BROE en M. MASSANT, “Are the OECD/G20 Pillar Two GloBE-rules compliant with the fundamental freedoms?”, *EC Tax Review* 2021, afl. 3, (86) 94; J. BECKER en J. ENGLISH, “Implementing an international effective minimum tax in the EU”, SSRN, 23 juni 2021, p. 42 *et seq.*, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3892160.

67. Voor een analyse van deze vraag, zie eveneens J. BECKER en J. ENGLISH, “Implementing an international effective minimum tax in the EU”, SSRN, 23 juni 2021, p. 42 *et seq.*, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3892160.

68. Zie met betrekking tot nationale CFC-maatregelen: HvJ 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EU:C:2006:544 en met betrekking tot nationale compenserende bronheffingen: HvJ 26 oktober 1999, C-294/97, *Eurowings*, EU:C:1999:524.

69. Zie ook J. ENGLISH, “Effective minimum tax implementation by the EU: which alternatives?”, *Kluwer International Tax Blog*, 25 oktober 2021, www.kluwertaxblog.com/2021/10/25/effective-minimum-tax-implementation-by-the-eu-which-alternatives/#_ftn5 (laatst geconsulteerd op 16 november 2021).

70. Zie o.m. L. DE BROE, “De Global Anti-Base Erosion Proposal (‘GloBE’) – Pijler 2 van de OESO doet fundamentele twijfels rijzen over de verenigbaarheid met het EU-recht”, *AFT* 2019, afl. 12, 7-14; P.K. SCHMIDT, “A general income inclusion rule as a tool for improving the international tax regime – Challenges arising from EU primary law”, *Intertax* 2020, afl. 11, 983-997.

71. Zie o.m. HvJ 13 december 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, ECLI:EU:C:2005:763.

72. HvJ 21 januari 2010, C-311/08, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*, ECLI:EU:C:2010:26.

zeten vennootschappen invoert op grond van de plaats van de zetel van de vennootschappen die de betrokken voordelen verkrijgen en aldus een beperking van de vrijheid van vestiging uitmaakt, vond het Hof dat deze beperking kon gerechtvaardigd worden door de doelstelling tot voorkoming van belastingontwijking in samenhang met de doelstelling inzake het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. De motivering van het Hof vertrok vanuit het “at arm’s length-beginsel” als internationaal aanvaard beginsel ter verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen staten.

Op gelijkaardige wijze zou men kunnen argumenteren dat, na de wereld- en/of EU-wijde invoering van een globale minimumbelasting van 15%, een minimaal belastingtarief van 15% als algemene internationale standaard dient te worden beschouwd. Dit kan een argument vormen ter rechtvaardiging van een verschil in behandeling tussen de belastingheffing van binnenlandse vennootschappen en buitenlandse vennootschappen. Immers, voor lidstaten die, zoals België, in een binnenlandse context reeds een algemene aanslagvoet toepassen die hoger ligt dan 15%, lijkt het nutteloos om eveneens een “minimumheffing”, met de daaraan verbonden administratieve lasten, op te leggen aan deze vennootschappen.

Een andere mogelijkheid die werd geponeerd bestaat in de analoge toepassing van het concept van de minimale belasting op binnenlandse multinationale entiteiten.⁷³ Ook de directeur-generaal van TAXUD, verantwoordelijk voor het beleid van de Europese Commissie op het gebied van belastingen en douane, lijkt deze mogelijkheid genegen.⁷⁴ De top-up heffing zou dan niet langer enkel grensoverschrijdend worden geïnd, en minstens wat betreft de toepassing van de IIR zou de vestiging van buitenlandse dochterondernemingen niet langer gediscrimineerd worden. Niettemin zou de top-up heffing in lidstaten met hoge belastingtarieven, waartoe ook België behoort, *de facto* voornamelijk buitenlandse winsten treffen. In dit verband kan volgens deze auteurs echter verwezen worden naar de recente EU-rechtspraak met betrekking tot de Hongaarse omzetbelastingen⁷⁵, waaruit kan worden afgeleid dat een dergelijke *de facto* ongelijke behandeling geen inbreuk vormt op de vrijheid van vestiging indien zij niet inherent is aan het opzet van de regeling en niet door protectionisme is ingegeven. Aangezien het *in casu* EU-wetgeving betreft, kan van protectionisme alvast geen sprake zijn. Ook de eerste voorwaarde kan worden geacht te zijn voldaan, aangezien de relevante maatstaf het effectieve belastingtarief van een individuele onderneming in een lidstaat zou zijn, wat niet door Unierecht wordt geregeld.

Engelsch merkt anderzijds echter terecht op dat de invoering van een analoge toepassing van de GloBE-regels op binnen-

landse vennootschappen tot gevolg heeft dat GloBE verwordt tot een nationale minimale belasting binnen de EU; elke lidstaat, en dus ook de lidstaten met een principieel laag tarief, zal zelf de top-up heffing innen van vennootschappen die in deze lidstaat gevestigd zijn. Aldus kan de EU-harmonisatie een excuus worden voor lidstaten om een asymmetrisch belastingstelsel te creëren, waarbij enkel gevatte entiteiten van grote multinationale groepen aan een tarief van 15% worden belast, terwijl andere vennootschappen laag belast worden.

Een andere interessante piste van de hand van Becker en Englisch baseert zich op het “ontwijker betaalt”-principe, dat in de plaats zou komen van de inningsmechanismen van de IIR en UTPR.⁷⁶ Op basis van dit voorstel zou de buitenlandse laag belaste entiteit zelf de additionele heffing dienen te betalen in de staat van de ultieme moedervennootschap, dan wel in de bronstaat ingeval de UTPR van toepassing is. Bijgevolg zouden moedervennootschappen geen additionele belastingheffing ondergaan, noch zou de buitenlandse dochtervennootschap of vaste inrichting aan een hogere belasting worden onderworpen in die staat dan binnenlandse vennootschappen, zodat aan de non-discriminatiestandaard die door het Europees Hof werd ontwikkeld wordt voldaan zonder rechtvaardigingsgronden te moeten gebruiken. Deze wijze van inning zou verder gefaciliteerd kunnen worden via een One-Stop-Shop mechanisme, dat we reeds kennen in de btw. Deze aanpak – die de Europese Commissie lijkt te overtuigen – zou ook een alternatieve verdeelsleutel voor de opbrengsten of de inning van de opbrengsten als eigen middelen van de EU mogelijk maken, die niet noodzakelijk in het voordeel van België zal spelen.

Uit het voorstel van richtlijn van de Europese Commissie kunnen alvast een aantal beleidsopties worden afgeleid. Zo wordt voorgesteld om het toepassingsgebied van de richtlijnen uit te breiden naar de grote zuiver binnenlandse groepen, om de naleving van de fundamentele vrijheden te waarborgen. Bovendien maakt de richtlijn gebruik van een mogelijkheid die in de toelichting bij de modelregels wordt geboden, namelijk dat de lidstaat van een samenstellende entiteit die de IIR toepast, doorgaans het rechtsgebied van de ultieme moedervennootschap, niet alleen moet zorgen voor effectieve belastingheffing op het overeengekomen minimumniveau van buitenlandse dochterondernemingen, maar ook van alle in die lidstaat gevestigde entiteiten en vaste inrichtingen van het multinationale concern die in die lidstaat zijn gevestigd. Aan de lidstaten zal tot slot eveneens de mogelijkheid worden gegeven om de top-up heffing ten aanzien van de in de eigen lidstaat gevestigde samenstellende entiteiten zelf te innen.

73. J. BECKER en J. ENGLISH, “Implementing an international effective minimum tax in the EU”, SSRN, 23 juni 2021, p. 54-55, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3892160; J.F.P. 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, afl. 3, (465) 487-489.

74. Zie speech TAXUD Director-General Gerassimos Thomas at the Annual Tax Conference of Finland Chamber of Commerce, 22 September 2021, www.ec.europa.eu/taxation_customs/news/speech-taxud-director-general-gerassimos-thomas-annual-tax-conference-finland-chamber-commerce_en.

75. HvJ 3 maart 2020, C-75/18, *Vodafone Magyarorszá*, EU:C:2020:139; HvJ 3 maart 2020, C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, EU:C:2020:140.

76. J. BECKER en J. ENGLISH, “Implementing an international effective minimum tax in the EU”, SSRN, 23 juni 2021, p. 55-57, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3892160.

C. GloBE en de verhouding met bestaande EU-richtlijnen

Een andere vraag die zich stelt in verhouding tot het EU-recht, betreft de interactie van de aankomende nieuwe GloBE-richtlijn met de reeds bestaande Europese instrumenten van secundair recht. Daarbij kan met name gedacht worden aan de interactie met de antiontwijkingsrichtlijn, de moeder-dochterrichtlijn en de interest- en royaltyrichtlijn.

1. De IIR en de toepassing van het CFC-regime van de ATAD

Gelet op de overduidelijke gelijkenis tussen de voorgestelde income inclusion regel en het reeds via de ATAD ingevoerde CFC-regime, past het om de uitwerking van beide regels nader te vergelijken.

Het Actie 3-rapport van het BEPS-actieplan van de OESO en G20, dat werd uitgebracht in 2015, voorzag inderdaad reeds in aanbevelingen voor nationale wetgevers om bepaalde categorieën van inkomsten van buitenlandse vennootschappen aan de aandeelhouder(s) toe te rekenen, teneinde offshore-constructies tegen te gaan die inkomen aan de aandeelhoudersjurisdictie onttrekken.⁷⁷ Waar het Actieplan geen verplichting oplegde om dergelijke CFC-wetgeving in te voeren, werd deze verplichting vervolgens wel ingevoerd op Europees niveau met de ATAD-richtlijn.⁷⁸ De Belgische wetgever zette deze Europese richtlijn om met de wet van 25 december 2017, die een nieuw artikel 185/2 invoerde in het WIB 1992.⁷⁹ Deze CFC-wetgeving trad in werking op 1 januari 2019 en is van toepassing vanaf aanslagjaar 2020 verbonden aan een belastbaar tijdperk dat bij de Belgische controlerende vennootschap aanvangt op 1 januari 2019. Het CFC-regime vertrekt vanuit het begrip “gecontroleerde buitenlandse vennootschap”. Artikel 7, 1., a) van de ATAD voorziet dat er sprake is van een gecontroleerde buitenlandse vennootschap (een “CFC”) wanneer de belastingplichtige zelf, of tezamen met zijn gelieerde⁸⁰ ondernemingen, een rechtstreekse of middellijke deelneming houdt van meer dan 50% van de stemrechten, rechtstreeks of middellijk meer dan 50% van het kapitaal bezit of recht heeft op meer dan 50% van de winst van die entiteit.⁸¹ Een dergelijke verbonden vennootschap wordt beschouwd als een gecontroleerde

buitenlandse vennootschap wanneer zij gevestigd is in een laagbelastende jurisdictie, met name wanneer de door deze buitenlandse entiteit betaalde vennootschapsbelasting minder dan de helft bedraagt van de vennootschapsbelasting die zou zijn geheven in de betrokken lidstaat.⁸²

Ter bepaling van de winst van de CFC die dient te worden opgenomen in de belastbare grondslag van de controlerende vennootschap, biedt de ATAD aan lidstaten de keuze tussen twee benaderingen:

(i) een categorische benadering, waarbij bepaalde categorieën passieve inkomsten – waaronder interesten, royalty's en dividenden – aan het resultaat van de controlerende vennootschap worden toegevoegd, tenzij de CFC een wezenlijke economische activiteit, ondersteund door personeel, uitrusting, activa en lokalen, uitoefent⁸³, of

(ii) een transactionele benadering, op basis waarvan de niet-uitgekeerde winst van de CFC die voortvloeit uit een kunstmatige constructie opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen, als belastbare winst wordt beschouwd bij de controlerende vennootschap. Een constructie wordt met name als kunstmatig aangemerkt voor zover de CFC geen eigenaar van de activa zou zijn, of niet de risico's zou hebben genomen die al haar inkomsten, of een deel ervan, genereren indien zij niet onder de zeggenschap stond van een vennootschap waar de voor die activa en risico's relevante sleutelfuncties worden verricht, welke een essentiële rol vervullen bij het genereren van de inkomsten van de CFC. Het is deze benadering die door de Belgische wetgever werd verkozen.

Op basis van deze kenmerken kunnen een aantal merkbare verschillen tussen beide regimes worden aangeduid.

Zo zal de IIR slechts van toepassing zijn op multinationale groepen die een jaarlijkse groepsinkomstendrempel van 750 miljoen EUR overschrijden (behoudens eventuele meer vergaande nationale keuzes). De CFC-regels bevatten daarentegen geen dergelijke minimumdrempel.

Bovendien worden CFC-regels typisch op een afzonderlijke entiteitsbasis toegepast, terwijl de IIR het tarief per jurisdictie analyseert. Dit heeft tot gevolg dat, indien de moedervernootschap die de IIR toepast niet de ultieme moedervernootschap van de groep is, het effectieve belastingtarief van een bepaalde jurisdictie niet enkel bepaald wordt op basis van de groepsentiteiten die door deze moedervernoot-

77. OESO/G20, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, 2015.

78. Richtlijn nr. 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

79. Dit artikel werd nog vóór de inwerkingtreding ervan reeds vervangen door de wet van 30 juli 2018, omdat de oorspronkelijke omzetting geen rekening had gehouden met de verplichting om de CFC-wetgeving eveneens op vaste inrichtingen toe te passen.

80. Waarbij een “gelieerde onderneming” verder wordt gedefinieerd in art. 2, 4. ATAD als: a) een entiteit waarin de belastingplichtige rechtstreeks of middellijk een deelneming qua stemrecht of kapitaalbezit houdt van 25 percent of meer of gerechtigd is tot ontvangst van 25 percent of meer van de winst van die entiteit; b) een natuurlijke persoon of een entiteit die rechtstreeks of middellijk een deelneming qua stemrecht of kapitaalbezit houdt van 25 percent of meer of gerechtigd is tot ontvangst van 25 percent of meer van de winst van de belastingplichtige. Indien een natuurlijke persoon of een entiteit rechtstreeks of middellijk een deelneming van 25 percent of meer houdt in een belastingplichtige en een of meer entiteiten, worden alle betrokken entiteiten, waaronder de belastingplichtige, eveneens als gelieerde ondernemingen beschouwd.

81. Voor vaste inrichtingen, die eveneens als een CFC kunnen worden beschouwd, geldt deze deelnemingsvoorwaarde vanzelfsprekend niet. Zie ook art. 185/2, § 2, eerste lid, eerste streepje WIB 1992. Voor een analyse van mogelijke dubbele belasting door deze controlevereiste, zie G. VAN HULLE, “CFC-wetgeving, een ongewenste verplichting?”, *AFT* 2017, afl. 10, (15) 17-18.

82. Art. 7, 1., b) ATAD en art. 185/2, § 2, eerste lid, tweede streepje WIB 1992.

83. Lidstaten kunnen er evenwel voor opteren om deze uitzondering voor wezenlijke economische activiteit niet toe te passen op CFC's die gevestigd zijn in een derde land dat geen deel uitmaakt van de EER.

schap worden aangehouden, maar wel op basis van alle in die jurisdictie gevestigde entiteiten van de groep.⁸⁴

De invoering van de IIR gaat eveneens gepaard met een complexe set coördinatieregels, terwijl CFC-regels typisch niet in dezelfde mate rekening houden met de eventuele toepassing van gelijkaardige regels door andere staten.⁸⁵

Daarnaast wordt het effectieve belastingtarief van een CFC berekend aan de hand van de belastingregels van de staat van de controlerende entiteit. Dit staat in contrast met de complexe berekeningsregels die werden uitgewerkt voor de IIR.

Tot slot onderwerpen CFC-regels de onderbelaste buitenlandse entiteit aan het internrechtelijke belastingtarief, terwijl de IIR slechts een minimumheffing zal opleggen. In die zin zijn CFC-regels dan ook beduidend strenger (wat enigszins tegenstrijdig lijkt met de visie waarop de tweede pijler is gebaseerd, namelijk het verder tegengaan van mogelijkheden tot winstverschuiving en belastingerosie).

Ondanks deze verschillen, kan niemand ontkennen dat beide regels uitermate veel gelijkenissen vertonen, die de vraag doen rijzen naar de werkelijke meerwaarde van de nieuwe IIR, in het bijzonder gelet op de toenemende complexiteit die ermee gepaard gaat.

Waar men oorspronkelijk het afzonderlijk bestaan van de IIR (en GloBE) had kunnen verklaren door de algemene doelstelling om lage belasting van winsten tegen te gaan en belastingcompetitie te verminderen, los van BEPS-risico's, lijkt ook deze motivering grotendeels teniet te zijn gedaan met de toevoeging van de substance-based carve-out, waardoor men kan argumenteren dat in wezen slechts de BEPS-doelstelling overblijft – die eveneens de doelstelling vormt van de CFC-regels. De toevoeging van deze substance-based carve-out doet inderdaad ook sterk denken aan het in het kader van CFC-regels typisch gemaakte onderscheid tussen actief en passief inkomen, hoewel in de rechtsleer terecht wordt opgemerkt dat het onduidelijk is in welke mate “passief inkomen” en “excess returns” kunnen worden gelijkgesteld.⁸⁶

O.i. is het louter samen toepassen van beide mechanismen alvast geen optie, nu hieruit een overduidelijke dubbele belasting zou voortvloeien. In de rechtsleer werd dan ook reeds geopperd om werk te maken van een integratie van deze nieuwe GloBE-regels in het bestaande CFC-regime. GloBE-IIR is immers niets anders dan een geavanceerde CFC-regel. Een versterking van het CFC-regime kan worden verkozen boven het samen bestaan van twee gelijklopende mechanismen. Minstens zullen de CFC-regels voorrang moeten krijgen op de toepassing van GloBE, om te vermij-

den dat grote ondernemingen, onderworpen aan GloBE, een competitief voordeel zouden kunnen halen ten opzichte van kleinere ondernemingen die de drempel van 750 miljoen niet bereiken, nu GloBE slechts een minimumtarief oplegt.⁸⁷

In het beginselakkoord wordt over de coördinatie van beide mechanismen helaas niet gesproken. Mogelijks vormt deze vraag geen prioriteit op OESO-niveau, nu BEPS-Actie 3 slechts enkele algemene richtlijnen uitvaardigde en aan staten de vrijheid liet om deze aanbevelingen al dan niet te volgen. Op EU-niveau liggen de zaken evenwel anders. Uit het op 22 december 2021 gepubliceerde voorstel van richtlijn blijkt evenwel dat de Europese Commissie meent dat een aanpassing van de ATAD niet nodig is. Het volstaat volgens de Commissie om beide regels parallel toe te passen. De op basis van CFC-regels in hoofde van de moedervennootschap geheven additionele belasting zal dan in rekening worden gebracht bij de toepassing van de GloBE-regels door deze heffing toe te rekenen aan de laagbelaste dochterentiteit teneinde het effectief belastingtarief van die jurisdictie te berekenen.⁸⁸

2. GloBE als algemene subject-to-tax regel: wijzigingen moeder-dochterrichtlijn en interest-royaltyrichtlijn op til?

Met de uitvoering van de tweede pijler wordt voor het eerst een algemene subject-to-tax voorwaarde ingevoerd in het Europees recht.

Hoewel de moeder-dochterrichtlijn vandaag reeds voorziet in een voorwaarde van onderworpenheid aan belasting, kan deze bepaling niet als een volwaardige subject-to-tax voorwaarde worden beschouwd, nu zij louter vereist dat de vennootschap “onderworpen is aan een van de in bijlage I, deel B, genoemde belastingen, zonder keuzemogelijkheid en zonder vrijgesteld te zijn van die belasting”.⁸⁹ De interpretatie van deze bepaling werd weliswaar enigszins op scherp gezet met het arrest *Wereldhave*⁹⁰, waarin het Hof besliste dat een vennootschap die formeel “onderworpen” is aan belastingen, maar geniet van een nultarief, niet als een vennootschap in de zin van de richtlijn kan worden beschouwd. Ook na dit arrest bleef de subject-to-tax bepaling van de richtlijn evenwel beperkt tot het tegengaan van situaties waarin het belastingtarief 0% bedroeg; zodra een minieme belasting werd betaald, kon een beroep worden gedaan op de voordelen van de richtlijn. De interest- en royaltyrichtlijn bevat zelfs helemaal geen voorwaarde van belastingheffing.

84. Zie *Pillar Two Blueprint*, p. 112.

85. Zie *ibid.*, p. 113.

86. J. HEY, “The 2020 pillar two blueprint: what can the GloBE income inclusion rule do that CFC legislation can’t do?”, *Intertax* 2021, afl. 1, (7) 11.

87. Zie ook *ibid.*

88. Europese Commissie, *Proposal for a council directive on ensuring a global minimum level of taxation for multinational groups in the Union*, 22 december 2021, COM(2021) 823 final, p. 3.

89. Zie art. 2, a), iii) van de richtlijn: voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: “vennootschap van een lidstaat” iedere vennootschap: [...] die bovendien, zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld, onderworpen is aan een van de in bijlage I, deel B, genoemde belastingen of aan enige andere belasting die in de plaats zou treden van een van die belastingen.

90. HvJ 8 maart 2017, C-448/15, *Wereldhave Belgium e.a.*, ECLI:EU:C:2017:180.

In het licht van deze vaststelling, kan niet worden uitgesloten dat de invoering van een minimumbelastingsrichtlijn gepaard zou gaan met de aanpassing van beide bestaande richtlijnen, zodat deze eveneens een zelfde subject-to-tax voorwaarde bevatten.

IV. Besluit

Wat velen lang onmogelijk leek, heeft de OESO bereikt: een hervorming van de vennootschapsfiscaliteit op globaal niveau, die zowel de verdeling van de belastbare basis als de tarieven aantast. Binnenkort (2023) wordt de internationale fiscaliteit hertekend met de invoering van een heffingsrecht voor marktjurisdicties en een globaal minimumtarief van

15%. Maar de weg naar implementatie is evenwel nog lang, en veel praktische vragen zullen moeten worden beantwoord. De Europese Unie startte alvast met de uitwerking van een Europese richtlijn, die voor december 2021 aangekondigd is, hoewel men o.i. beter even stilstaat bij enkele vragen van implementatie in en coördinatie met het bestaande EU-recht. Mogelijks zal deze nieuwe EU-richtlijn een opstap (of een re-start) kunnen vormen naar de invoering van een gemeenschappelijke Europese vennootschapsbelasting, nadat plannen hiertoe enkele jaren geleden nog door veel lidstaten werden afgeketst. Dit was ook de tendens die door wijlen professor emeritus Frans Vanistendael – aan wie dit artikel is gewijd – werd ontwaard kort voor zijn overlijden.⁹¹

91. F.J.G.M. VANISTENDAEL, “An EU Corporate Income Tax Filling the Hole in the EU Budget: An End to Tax Competition and ‘Tax Abuse’?”, *Bull. Intl. Taxn.* 2021, afl. 11/12, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD (accessed 30 Nov. 2021).