

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

Fiscale aanknopingspunten in een tijdperk van digitale disruptie

Een analyse van het huidige debat inzake de digitaliserende economie

Naam: Edwin Toric

Studentnummer: 401726

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Rotterdam, april 2019

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 – Aanleiding	4
1.2 – Onderzoeksvraag en methodologie	6
1.3 – Toetsingscriteria	7
1.4 – Afbakening	8

Hoofdstuk 2 – De digitalisering van de economie en het huidige fiscale stelsel

2.1 – Inleiding	9
2.2 – De fundamentele regels van het huidige internationale belastingstelsel	9
2.2.1 – Heffingsbeginselen	9
2.2.2 – Nexus	10
2.2.3 – Winstallocatie	10
2.3 – Ontwikkeling van de digitaliserende economie	11
2.4 – Gemeenschappelijke kenmerken van de digitaliserende economie	12
2.4.1 – Afhankelijkheid van data en gebruikersparticipatie	12
2.4.2 – Grensoverschrijdende schaal zonder massa	15
2.4.3 – Gebruik van immateriële activa	15
2.5 – Infrastructuur van de digitaliserende economie en haar bedrijfsmodellen	16
2.5.1 – BEPS 1 bedrijfsmodellen	17
2.5.2 – Interim Report business lines	19
2.5.3 – Waardecreatie analyse	20
2.5.4 – Overige classificaties	22
2.6 – Implicaties van digitalisering op het huidige internationale belastingstelsel	25
2.6.1 – OESO-perspectief op de belastinguitdagingen van de digitale economie	25
2.6.2 – Gebrek aan consensus over noodzaak tot hervorming	26
2.6.3 – Voorstanders van hervorming	26
2.6.4 – Tegenstanders van hervorming	28
2.7 – Conclusie	29

Hoofdstuk 3 – Waardecreatie en gebruikersparticipatie

3.1 – Inleiding	31
3.2 – Internationale belastingheffing in lijn met ‘waardecreatie’	31
3.2.1 – Introductie	31
3.2.2 – Ontstaansgeschiedenis van de term waardecreatie	32
3.2.3 – Reikwijdte van de term conform de economische wetenschap	33
3.2.4 – Waardecreatie in het internationale belastingstelsel	35
3.2.4.1 – Origin jurisdictie versus markt jurisdictie	35
3.2.4.2 – Allocatie van heffingsrechten conform waardecreatie	37
3.3 – Gebruikersparticipatie in relatie tot waardecreatie	39
3.3.1 – Introductie	39
3.3.2 – Verschillende visies inzake gebruikersparticipatie	39
3.3.3 – Gebruikersparticipatietheorie conform HM Treasury & EC	41
3.3.4 – Netwerkeffecten	42
3.3.5 – Gebruikersdata	46
3.4 – Toetsing gebruikersparticipatie-voorstel	49
3.4.1 – Toetsingscriteria	50
3.5 – Conclusie	52

Hoofdstuk 4 – Marketing intangibles

4.1 – Inleiding	53
4.2 – Ratio achter op bestemming gebaseerde voorstellen	53
4.3 – Achtergrond: op bestemming gebaseerde voorstellen	54
4.3.1 – Residual Profit Formulary Apportionment (‘RPFA’)	54
4.3.1.1 – Problemen ten aanzien van vast opslagpercentage	54
4.3.1.2 – Problemen ten aanzien van het bepalen van de bestemming	55
4.3.1.3 – Problemen ten aanzien van unitaire benadering	58
4.3.2 – Residual Profit Allocation (‘RPA’)	59
4.3.3 – RPA versus RPFA	60
4.4 – Residual ‘Marketing Intangibles’ Profit Allocation (‘RMIPA’)	62
4.4.1 – Introductie	62
4.4.2 – Pijnpunten	62
4.4.3 – Splitsing residual winst tussen marketing intangibles en overige immateriële activa	63
4.4.4 – Tweezijdige transfer pricing waarderingmethodologie	64
4.4.5 – Cost-based profit splitting factors	65
4.4.6 – Eenzijdige transfer pricing waarderingmethodologie	66
4.4.7 – Formulary RMIPA-winstsplitsing	66
4.5 – Afweging van RMIPA-voorstel	67
4.6 – Sustained user relationship	67
4.6.1 – Introductie	67
4.6.2 – Belastbare nexus op basis van SURE	68
4.6.3 – Evaluatie van het SURE-voorstel	70
4.7 – Toetsing marketing intangibles	70
4.7.1 Toetsingscriteria	70
4.8 – Conclusie	72

Hoofdstuk 5 – Significant economic presence

5.1 – Inleiding	74
5.2 – Een nieuwe nexus gebaseerd op het concept van significant economic presence	74
5.2.1 – Toetsing aan Ottawa Taxation Framework Conditions	75
5.2.2 – Toetsingscriteria	76
5.3 – Significant digital presence conform de EC	78
5.3.1 – Introductie	78
5.3.2 – Beoogde beleidsdoelstellingen	78
5.3.3 – Voorwaarden voor een significante digitale aanwezigheid	79
5.3.4 – SDA-voorstel in overeenstemming met beoogde beleidsdoelstellingen en Ottawa Taxation Framework Conditions	82
5.4 – Conclusie	85

Hoofdstuk 6 – Conclusie

6.1 – Antwoord op deelvragen	86
6.2 – Toetsing van de voorstellen	89
6.3 – Afsluitende bevindingen en inzichten	90

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding

De toenemende digitalisering van industrieën bewerkstelligt dat de wereld in hoog tempo verandert en markeert het begin van een nieuw tijdperk van de wereldeconomie. De digitalisering van de economie heeft bedrijfsmodellen en waardeketens in alle sectoren ingrijpend doen transformeren. Overheden en belastingautoriteiten doen er alles aan om optimaal voorbereid te zijn op de veranderingen die dit met zich brengt en zodoende tijdig regels en beleid aan te passen om situaties van non-belastingbelasting of belastingontwijking te voorkomen.¹ In het licht van de huidige internationale belastingheffing is maatschappelijke discussie ontstaan hoe men dient om te gaan met deze veranderingen. Het internationale belastingstelsel en hieruit voortvloeiende parameters voor het alloceren van heffingsrechten aan verschillende jurisdicties lijken onvoldoende bestand te zijn tegen uitdagingen die voortvloeien uit de digitaliserende economie. Internationale belastingregels dateren uit de jaren 1920 en modificaties hierop hebben onvoldoende rekening gehouden met de ingrijpende digitalisering van de zakelijke omgeving.² De bestaande internationale belastingregels omvatten namelijk wettelijke kaders die ontworpen zijn om bedrijven die fysieke goederen en diensten leveren op fysieke locaties te belasten. Gezien het feit dat in de digitaliserende economie de fysieke vorm en locatie aan belang inboeten, zijn deze wettelijke kaders onvoldoende in staat om de digitaliserende economie adequaat te belasten. Digitalisering heeft een ‘cyberspace’ gecreëerd wat geografische grenzen heeft doen vervagen, terwijl deze geografische grenzen voor de belastingheffing nog wel relevant zijn.

Belastingheffing van de digitaliserende economie staat momenteel bij fiscale beleidsmakers aan de top van de internationale agenda. Het is duidelijk dat de digitalisering van de economie fundamentele vragen doet rijzen over de manier waarop nationale overheden bedrijfswinsten zouden moeten belasten en de mate waarin overheden dit met elkaar zouden moeten coördineren.³ Deze vragen rijzen in een tijdgeest waarin de publieke opinie zich in toenemende mate zorgen maakt over de belastingheffing van multinationals. Sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen behoren tot de voorhoede van deze zorgen, aangezien zij optimaal gebruik kunnen maken van de tekortkomingen van het huidige internationale belastingstelsel. Echter is deze problematiek niet beperkt tot sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen; de OESO⁴ merkt namelijk op dat de digitale economie niet geïsoleerd of afgeschermd (*ring-fenced*) mag worden alsof het een onderscheidend en afzonderlijk deel is van de rest van de economie.⁵ Alle sectoren raken in toenemende mate beïnvloed door digitalisering; bijzonder is vooral de manier waarop het grenzen doet vervagen.⁶ Ook kleine en middelgrote ondernemingen opereren steeds vaker op internationaal niveau; zodoende leidt digitalisering tot problemen voor de belastingheffing in alle sectoren van de economie en mogen maatregelen hiervoor zich niet uitsluitend richten op sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen, is de algemene gedachte met betrekking tot ring-fencing.⁷

De afgelopen jaren is zowel vanuit internationaal als Europees perspectief actief onderzoek gedaan naar de fiscale uitdagingen voortvloeiend uit de digitaliserende economie. Het BEPS-

¹ Petruzzie & Buriak 2018, par. 1.

² De Wilde 2015, p. 325.

³ Devereux & Vella 2018, p. 550.

⁴ OECD 2015, p. 11.

⁵ Er is algemene overeenstemming over het feit dat ring-fencing voor belastingdoeleinden niet is toegestaan, iedereen is het er wel over eens dat het de gehele economie betreft die gedigitaliseerd raakt en dat sterk gedigitaliseerd bedrijfsmodellen geen afzonderlijk onderdeel hiervan vormen (zie bijvoorbeeld EC 2014, p. 11; NOB 2018, par. 1.3; Devereux & Vella 2018, p. 550; De Wilde 2015, p. 325).

⁶ Devereux & Vella 2018, p. 551.

⁷ OECD 2018, p. 18.

project heeft in actiepunt 1 getracht deze problematiek te behandelen. Ondanks de vele resultaten voortvloeiend uit het BEPS-actiepunt 1 Final Report is een groot aantal vragen onbeantwoord gebleven. Dit valt te wijten aan het feit dat het BEPS-project de fundamentele structuur van het internationale belastingstelsel ongewijzigd heeft gelaten en enkel een aantal acties heeft voorgesteld om de belangrijkste belastingplanning routes beschikbaar op dat moment te elimineren of te beperken.⁸ Vervolgens heeft de Europese Commissie (hierna EC) op 21 september 2017 een aantal opties gepubliceerd om de digitaliserende economie doeltreffender te belasten.⁹ Deze opties zijn bij het informeel overleg van de Raad Economische en Financiële Zaken (hierna: Raad Ecofin) van 29 september 2017 in Tallinn besproken door de EU-ministers van Financiën. De Raad Ecofin heeft op 5 december 2017 echter besloten dat de EU op OESO-niveau consensus wil bereiken ten aanzien van de problematiek inzake de digitaliserende economie. Als gevolg hiervan lanceerde de OESO een publieke consultatie ten aanzien van deze problematiek en publiceerde zij op 1 november 2017 de uitgebreide opmerkingen die zij heeft ontvangen naar aanleiding van haar publieke consultatie. In maart 2018 volgde het Interim Report van de OESO.¹⁰ De grootste verdienste van het Interim Report is dat het de digitaliserende economie zo uitvoerig mogelijk heeft kunnen analyseren. Tijdens het onderzoeken van de digitaliserende economie heeft de OESO drie kernelementen geïdentificeerd in haar Interim Report, namelijk de afhankelijkheid van data en gebruikers, het gebruik van immateriële activa en grensoverschrijdende schaal zonder massa. Een concrete oplossing voor de uitdagingen die de digitaliserende economie met zich bracht, bleef echter achterwege in het rapport.

Aangezien een consensus lang op zich laat wachten heeft een groot aantal landen wereldwijd unilaterale maatregelen genomen om multinationale ondernemingen extra te belasten. Zo heeft het Verenigd Koninkrijk een zogenoemde ‘diverted profits tax’ (DPT) geïntroduceerd, ter bestrijding van agressieve belastingplanning van multinationale ondernemingen. Australië en Frankrijk hebben in 2017 eveneens een soortgelijke belasting geïmplementeerd. In India is al sinds 2016 een egalisatieheffing van kracht. Italië heeft een zogenoemde ‘web tax’ in combinatie met wijzigingen in transfer pricing regels geïntroduceerd. Koeweit en Saoedi-Arabië hebben een virtuele diensten vaste inrichting geïntroduceerd. Ook de EC heeft getracht een tijdelijke digital service tax te introduceren. Het lijkt er dus op dat belastingautoriteiten onder de huidige belastingregels onvoldoende handvaten hebben om waarde gecreëerd door deze sterk gedigitaliseerde bedrijven afdoende te belasten, waardoor unilaterale maatregelen voor de korte termijn worden geïntroduceerd.

Gebrek aan internationale consensus creëert een vacuüm voor onzekerheid en leidt tot ongecontroleerde unilaterale acties van individuele overheden. Derhalve heeft de OESO op 29 januari 2019 als update¹¹ een beleidsnota gepubliceerd en hiermee samenhangend een Tax Talk gehouden.¹² Er heeft een publieke consultatie plaats gevonden in maart 2019, waarvan de feedback een gedetailleerd werkplan heeft opgeleverd, dat door de G20 ministers van Financiën in juni 2019 zal moeten worden goedgekeurd.¹³ Blijkens de beleidsnota richten de voorstellen die momenteel ter consideratie op tafel liggen zich op alle bedrijven en gaan dus verder dan alleen sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen, waar de afgelopen jaren voornamelijk de aandacht naar uitging. Het debat weerspiegelt in toenemende mate de erkenning dat het probleem zich richt op bredere zorgen inzake de winst allocatie tussen

⁸ Petruzzie & Buriak 2018, par. 2.1; Devereux & Vella 2018, p. 551.

⁹ EC 2017.

¹⁰ OECD 2018.

¹¹ In het kader van de werkzaamheden van de OESO Task Force on the Digital Economy sinds het Interim Report uit 2018.

¹² OECD 2019.

¹³ OECD 2019.

verschillende heffingsjurisdicties in de 21^{ste} eeuw.¹⁴ De noodzaak voor een consensus ligt in het feit dat de OESO de digitale economie niet afzonderlijk van de rest van de economie ziet maar digitalisering beschouwt als een transformatief proces dat alle sectoren beïnvloedt,¹⁵ waardoor eventuele normen die volgen uit een consensus de belastingheffing in ruimere zin zullen beïnvloeden.¹⁶

Vier voorstellen zijn ingediend die gegroepeerd zijn onder twee pilaren. De drie voorstellen in het kader van de eerste pilaar richten zich op een fundamentele herziening van de huidige internationale belastingregels, waarbij meer bedrijfswinsten van multinationale ondernemingen gealloceerd worden aan marktjurisdicties en landen waar de onlinegebruikers zich bevinden.¹⁷ Het eerste voorstel ziet op de cruciale rol van **gebruikersparticipatie** in het waardecreatieproces. Dit voorstel is oorspronkelijk voorgesteld door het Verenigd Koninkrijk en later overgenomen door de EC. Het idee hierachter is dat actieve gebruikersdata en participatie significante bijdragen leveren aan de winsten van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen. Op deze manier kunnen buitenlandse bedrijven beschikken over een belastbare aanwezigheid in het land van de gebruiker, zelfs zonder enige vorm van vaste inrichting. Een nieuwe vorm van profit split, die voorbijgaat aan het traditionele at arm's length beginsel kan vervolgens gebruikt worden om winsten te alloceren over verschillende heffingsjurisdicties. Het tweede voorstel benadrukt de cruciale rol van immateriële activa en wordt aangeduid met de term **marketing intangibles**.¹⁸ Dit voorstel komt oorspronkelijk voort uit de Verenigde Staten en tracht breder te zijn dan het gebruikersparticipatievoorstel. Het idee is dat transfer pricing regels dermate worden aangepast dat multinationale ondernemingen via immateriële activa belast worden in de marktjurisdictie. Gezien het feit dat deze marketing intangibles geacht worden aanwezig te zijn in het marktland. Vervolgens wordt eveneens door middel van een vorm van profit split, die voorbijgaat aan het traditionele at arm's length beginsel winst gealloceerd aan de verschillende jurisdicties. Het derde voorstel concentreert zich op grensoverschrijdende schaal zonder massa en concludeert dat hieruit een virtuele vaste inrichting of **significante economische aanwezigheid** voort zal moeten komen.¹⁹ Dit voorstel wordt bepleit door India en Colombia, maar ook de EC kan zich hierin vinden. Het idee bouwt voort op het idee voor een virtuele vaste inrichting, zoals in BEPS-Actiepunt 1 bepleit en tracht een administratief haalbare oplossing te bieden die goed implementeerbaar is door alle overheden. De tweede pilaar bevat minimum belastingregels en komt voort uit het idee dat de problematiek inzake de digitalisering van de economie het best bestreden kan worden door BEPS gerelateerde maatregelen in te voeren. Dit voorstel wordt vooral door Duitsland en Frankrijk bepleit, deze landen zijn van mening dat landen winsten van multinationale ondernemingen mogen terugnemen indien deze verschoven zijn naar laag belastende jurisdicties. Dit voorstel grijpt aan bij CFC-maatregelen en de nieuwe geïntroduceerde Amerikaanse Global Intangible Low Taxed Income (hierna GILTI) regel.

1.2 – Onderzoeksvraag en methodologie

Dit onderzoek omvat een uitvoerige analyse van de drie beleidsopties uit de eerste pilaar die momenteel worden onderzocht door de OESO Task Force on the Digital Economy en waarschijnlijk resulteren in een consensus in 2020. De drie beleidsopties weerspiegelen naar mijn idee de eerdergenoemde kernelementen van de digitaliserende economie. Zo komt het

¹⁴ Herzfeld 2018, p. 261.

¹⁵ OECD 2018, p. 18.

¹⁶ Lennard 2018, par. 1.

¹⁷ OECD 2019, p. 2.

¹⁸ OECD 2019, p. 2.

¹⁹ OECD 2019, p. 2.

gebruikersparticipatievoorstel voort uit de toenemende rol van data en gebruikers, het marketing intangibles voorstel erkent de cruciale rol die immateriële activa zijn gaan spelen in de digitaliserende economie en het voorstel betreffende een significant economic presence komt voort uit de steeds intensievere vorm van grensoverschrijdende schaal zonder massa in de hedendaagse globaliserende en digitaliserende economie. Dit brengt mij derhalve tot de volgende probleemstelling van mijn onderzoek:

- *In hoeverre en op welke wijze dient bij de vormgeving van nationale en internationale fiscale regelgeving rekening gehouden te worden met de toenemende rol van de digitale economie?*

De onderzoeksvraag omvat in feite de vraag wat we kunnen leren van het huidige debat en hoe dit ons idee over een mogelijke consensus in 2020 kan beïnvloeden. Ik ben met De Wilde van mening dat de politieke levensvatbaarheid van belastinghervormingsopties niet vermengd mag raken met conceptuele degelijke en inherente eerlijke argumenten.²⁰ De huidige discussie is fundamenteel, willen we het internationale belastingstelsel verder hervormen dan enkel met BEPS en willen we heffingsrechten tussen jurisdicties herverdelen met als doel meer heffingsrechten toe te kennen aan marktjurisdicties?²¹ Dit zijn de fundamentele, onderliggende beleidskwesties die in dit onderzoek geanalyseerd worden. Ik ben van mening dat een fundamentele herziening van de internationale allocatie van heffingsrechten dient te geschieden, gezien het feit dat de digitale economie overal aanwezig is en het huidige model duidelijk tekortschiet. Ter beantwoording van de hoofdvraag worden in ieder hoofdstuk van dit onderzoek de volgende deelvragen behandeld:

- *Wat kenmerkt de digitaliserende economie en welke problemen levert het op voor het huidige internationale belastingstelsel? (Hoofdstuk 2)*
- *In hoeverre dienen heffingsrechten waarde gecreëerd door data en gebruikers weer te geven? (Hoofdstuk 3)*
- *In hoeverre dienen heffingsrechten waarde gecreëerd door immateriële activa weer te geven? (Hoofdstuk 4)*
- *In hoeverre dienen nexus regels aangepast te worden richting een significante economie aanwezigheid? (Hoofdstuk 5)*

In dit onderzoek wordt verwezen naar de term ‘digitalisering van de economie’ in plaats van de ‘digitale economie’ aangezien alle traditionele bedrijven in zekere mate digitaal zijn en alle digitale bedrijven in zekere mate traditioneel zijn. Hoewel dit onderzoek tijdens het beschrijven van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen de neiging heeft om onderscheid te maken tussen digitale bedrijven aan de ene kant en traditionele bedrijven aan de andere kant, dient in de context van dit onderzoek opgemerkt te worden dat dit slechts een conventioneel onderscheid behelst en enkel gebruikt wordt in het kader van eenvoud en ter illustratie van sterk gedigitaliseerde onderdelen van bedrijfsmodellen. Elk bedrijfsmodel is namelijk anders en bevat traditionele en sterk gedigitaliseerde elementen.

1.3 – Toetsingscriteria

Tijdens de ministeriële conferentie van de OESO in Ottawa op 7-9 Oktober 1998 is de significante impact van elektronische handel op economieën en samenlevingen in de komende decennia voor het eerst erkend.²² De OESO voorzag de nieuwe belastinguitdagingen die zich hoogstwaarschijnlijk voor zullen doen als gevolg van het feit dat elektronische handel een fundamenteel nieuwe vorm van commerciële transacties met

²⁰ De Wilde 2018, p. 472.

²¹ NOB 2018, par. 1.5.

²² OECD Committee on Fiscal Affairs 1998, p. 3.

zich bracht.²³ Overheden moesten dan ook voorzien in een fiscaal klimaat waarin belastingopbrengsten werden opgehaald zonder economische of technologische keuzes te verstoren, ter verbetering van de mondiale kwaliteit van leven en het economische welzijn van de mens.²⁴ De digitalisering van de economie heeft volgens de OESO dan ook de potentie om een van de grootste economische ontwikkelingen van de 21^e eeuw te zijn.²⁵ Belastingheffing speelt in dit kader een belangrijke rol en is de OESO met al haar lidstaten overeengekomen dat de fiscale behandeling van de digitaliserende economie moet voldoen aan de volgende beginselen²⁶:

- **Neutraliteit**
- **Efficiëntie**
- **Zekerheid en eenvoud**
- **Effectiviteit en eerlijkheid**
- **Flexibiliteit**

Onder **neutraliteit** verstaat men een gelijke behandeling tussen de conventionele economie en de digitaliserende economie. Economische beslissingen dienen niet hun oorsprong te vinden in fiscale overwegingen, er dient een gelijke fiscale behandeling te geschieden ongeacht de daadwerkelijke vorm van de ondernemingsactiviteiten. Onder **efficiëntie** wordt verstaan dat administratieve lasten voor zowel belastingplichtigen als belastingautoriteiten geminimaliseerd moeten worden zodat de voordelen van een hervorming moeten opwegen tegen de kosten van implementatie. Met **zekerheid en eenvoud** wordt bedoeld op duidelijke en begrijpelijke belastingwetgeving, zodat belastingplichtigen bij voorbaat op de hoogte zijn van de fiscale consequenties van ondernemingsactiviteiten. Voorts verstaat men onder **effectiviteit en eerlijkheid** dat belastingheffing op het juiste moment de juiste hoeveelheid belasting oplevert waarbij mogelijkheden tot fraude en ontwijking geminimaliseerd moeten worden. Bovendien richt **flexibiliteit** zich op de wens dat belastingstelsels flexibel en dynamisch dienen te zijn om in lijn te blijven met technologische en commerciële ontwikkelingen.²⁷ Aangezien de digitale economie niet afgezonderd mag worden van de rest van de economie wordt eveneens getoetst aan de vraag of er al dan niet sprake is van ring-fencing als gevolg van de onderzochte voorstellen. Tot slot wordt getoetst in hoeverre de voorstellen in lijn zijn met waardecreatie.

1.4 – Afbakening

In mijn onderzoek komt uitsluitend de problematiek die de digitaliserende economie oplevert vanuit het perspectief van de directe winstbelastingen ter sprake; zodoende blijven indirecte belastingen buiten beschouwing. Bovendien richt het onderzoek zich voornamelijk op lange termijn oplossingen die momenteel ter consideratie op tafel liggen bij de OESO Task Force on the Digital Economy en hoogstwaarschijnlijk kunnen leiden tot een consensus. Derhalve richt mijn onderzoek zich met name op de fundamentele discussie die gevoerd dient te worden over de daadwerkelijke locatie van waardecreatie en herziening van nexus en winstallocatiemechanismen. Zodoende zullen interim voorstellen op korte termijn niet uitvoerig geanalyseerd worden in dit onderzoek. Tot slot zal in dit onderzoek de focus niet expliciet liggen op specifieke BEPS gerelateerde problemen, maar worden uitsluitend de drie voorgestelde oplossingen uit de eerste pilaar besproken in het licht van de digitaliserende economie met haar vernieuwde bedrijfsmodellen.

²³ OECD 2001, p. 9.

²⁴ OECD Committee on Fiscal Affairs 1998, p. 3.

²⁵ OECD Committee on Fiscal Affairs 1998, p. 3.

²⁶ OECD 2001, p. 10.

²⁷ OECD 2001, p. 10.

Hoofdstuk 2 – De digitalisering van de economie en het huidige fiscale stelsel

2.1 – Inleiding

Zoals reeds vermeld in het eerste hoofdstuk is als gevolg van digitalisering de structuur van bedrijven en het proces van waardecreatie aanzienlijk veranderd. In een poging om de impact van digitalisering te begrijpen is het zaak om de gemeenschappelijke kenmerken van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen nader te belichten. Het doel van dit hoofdstuk is om een breed inzicht te verschaffen in de marktdynamiek van de digitaliserende economie. Alvorens de digitaliserende economie geanalyseerd wordt met haar implicaties op het huidige internationale belastingstelsel, wordt begonnen met de grondbeginselen van het huidige internationale belastingkader. Om een beter begrip te krijgen van de digitaliserende economie worden eerst de ontwikkelingen en kenmerken van de digitaliserende economie nader belicht, voorts worden de bedrijfsmodellen die in BEPS Actiepunt 1 uit 2015 en het Interim Report uit 2018 zijn beschreven uiteengezet, vervolgens worden ook andere manieren uit de academische literatuur aangedragen om de digitaliserende economie te classificeren en beter te begrijpen. Na deze diepgaande analyse van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen wordt de manier waarop waardecreatie plaatsvindt nader belicht. Tot slot worden de implicaties van digitalisering op het huidige internationale belastingstelsel onderzocht en waarom dit al dan niet zou moeten leiden tot hervorming van het huidige internationale belastingkader.

2.2 – De fundamentele regels van het huidige internationale belastingstelsel

De regels die de fiscaaltechnische behandeling van grensoverschrijdende bedrijfsactiviteiten bepalen, worden voornamelijk gevormd door nationale belastingwetgeving, belastingverdragen en andere internationale instrumenten. Veel van deze regels komen voort uit principes die rond 1920 zijn bedacht, zoals bijvoorbeeld het zogenoemde ‘origin of wealth’ principe, in een tijd waarin factoren die bijdroegen aan de waardecreatie van bedrijven relatief immobiel waren en een intensief gebruik van arbeid en materiële activa vereisten.²⁸ Het internationale belastingstelsel geeft antwoord op twee fundamentele vragen, om te beginnen bepaald het de heffingsjurisdicties die bevoegd zijn tot het heffen van belasting, zijnde het nexus probleem. Voorts geeft het antwoord op de vraag hoe de winst van multinationale ondernemingen gealloceerd dient te worden over desbetreffende jurisdicties.

2.2.1 – Heffingsbeginselen

Heffingsbeginselen zijn uitgangspunten waarop staten hun nationale heffingsbevoegdheid baseren.²⁹ Het betreft veelal één van de volgende beginselen: woonstaat-, nationaliteits- of bronstaatbeginsel. Binnen deze beginselen bestaat een onderscheid tussen heffingsbeginselen die gebaseerd zijn op het subject en beginselen die gebaseerd zijn op het object. In het eerste geval is er veelal sprake van een subjectieve band tussen een persoon, enerzijds, en een land, anderzijds indien de betrokken persoon inwoner is, dan wel de nationaliteit heeft van de desbetreffende staat.³⁰ In het tweede geval is er sprake van een objectieve band indien samenhang bestaat tussen het object (inkomen c.q. vermogen) enerzijds en de staat anderzijds.³¹ Het woonstaat- of vestigingsstaatbeginsel gaat uit van de fiscale woonplaats van een persoon of de fiscale vestigingsplaats van een lichaam. De subjectieve band tussen een persoon of lichaam en de staat vormt hier het uitgangspunt, belastingheffing geschiedt over het gehele wereldinkomen.³² Het nationaliteitsbeginsel gaat uit van de subjectieve band die een persoon of lichaam heeft met een staat, de belastingplicht is in dit geval gekoppeld aan de

²⁸ OECD 2018, par. 5.3, punt 378.

²⁹ Graaf, Kavelaars & Stevens 2015, par. 1.2.1.

³⁰ Graaf, Kavelaars & Stevens 2015, par. 1.2.1.

³¹ Graaf, Kavelaars & Stevens 2015, par. 1.2.1.

³² Graaf, Kavelaars & Stevens 2015, par. 1.2.2. a.

nationaliteit van een persoon of lichaam.³³ Het bronstaatbeginsel gaat in tegenstelling tot de twee voorgaande beginselen uit van de objectieve band met een staat, waarbij inkomen belast wordt in het land waar die inkomsten hun oorsprong vinden.³⁴

2.2.2 – Nexus

Onder het huidige internationale belastingstelsel wordt de heffingsbevoegdheid over bedrijfswinsten die door een onderneming verkregen worden verdeeld middels de heffingsbeginselen ‘source’ en ‘residence’, oftewel het bronstaatbeginsel of het woonstaat-/vestigingsstaatbeginsel. Bedrijfswinsten worden uitsluitend belast in de staat van verblijf ofwel ‘residence’, tenzij middels een vaste inrichting bedrijvigheid wordt uitgeoefend in de andere staat, namelijk de ‘source’ staat.³⁵ Zodoende bepaalt de nexus regel of een heffingsjurisdictie een niet-ingezetene onderneming mag belasten. Er moet voldaan worden aan een drempel voor een vaste inrichting voordat de bronstaat de bedrijfswinsten die toegerekend kunnen worden aan de activiteiten van de onderneming in de bronstaat mag belasten. De vaste inrichtingsregel in artikel 5 van het OESO-Modelverdrag vormt een internationale basisnorm voor de bevoegdheid om een niet-ingezetene onderneming te mogen belasten. De drempel voor een vaste inrichting bepaalt derhalve onder welke omstandigheden een niet-ingezeten onderneming geacht wordt over voldoende economische activiteit in een staat te beschikken om belastingheffing in die staat te rechtvaardigen.³⁶ Deze drempel vereist een bepaalde mate van fysieke aanwezigheid, namelijk via een vaste bedrijfslocatie of via de acties van een afhankelijke vertegenwoordiger.

2.2.3 – Winstallocatie

Nadat middels nexus regels is vastgesteld welk land de bedrijfswinsten van een onderneming mag belasten, bepalen winstallocatie regels welk deel van de winst van een multinationale onderneming daadwerkelijk onderworpen is aan belastingheffing. Het internationaal aanvaarde beginsel dat ten grondslag ligt aan de winstallocatie is het zogenoemde at arm’s length beginsel. Conform het at arm’s length beginsel moeten de prijs en andere voorwaarden met betrekking tot gecontroleerde transacties tussen gelieerde entiteiten consistent zijn met de situatie waarin vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden plaatsvinden tussen niet verbonden ondernemingen.³⁷ Het at arm’s length beginsel wordt op dezelfde manier toegepast wanneer een land heffingsbevoegd is over de bedrijfswinsten van een ingezetene belastingplichtige³⁸ of wanneer bedrijfswinsten toe te rekenen zijn aan de vaste inrichting van een niet-ingezetene belastingplichtige.³⁹ Toepassing van het at arm’s length beginsel vereist een analyse van de uitgevoerde functies, gebruikte activa en aangenomen risico’s door elke gelieerde entiteit of vaste inrichting. Een dergelijke functionele analyse wordt voor elke entiteit afzonderlijk uitgevoerd, waardoor de afzonderlijke bijdragen van iedere gelieerde entiteit of vaste inrichting aan het waardecreatie proces en derhalve de winst als gevolg van de relevante transacties wordt bepaald.⁴⁰ Zowel de Transfer Pricing Guidelines als de OESO rapporten over de attributie van winsten aan vaste inrichten veronderstellen dat het bepalen van de aard en locatie van uitgevoerde functies, activa gebruikt en aangenomen risico’s primaire proxies zijn om reële economische activiteiten en waardecreatie weer te geven.

³³ Graaf, Kavelaars & Stevens 2015, par. 1.2.2. c.

³⁴ Graaf, Kavelaars & Stevens 2015, par. 1.2.2. b.

³⁵ Art. 5 OESO-Modelverdrag.

³⁶ OECD 2018, par. 5.3, punt 378.

³⁷ OECD 2018, par. 5.3, punt 378.

³⁸ Art. 9 OESO-Modelverdrag.

³⁹ Art. 7 OESO-Modelverdrag.

⁴⁰ OECD 2018, par. 5.3, punt 378.

2.3 – Ontwikkeling van de digitaliserende economie

Conform de Wet van Moore verdubbelt de rekenkracht van computers iedere twee jaar, Moore voorspelde dan ook in 1965 dat de technologische ontwikkeling niet lineair maar exponentieel plaats zou gaan vinden.⁴¹ Vandaag de dag lijkt deze voorspelling aardig te kloppen, technologische ontwikkelingen volgen elkaar in hoog tempo op. Deze exponentiële technologische groei leidt ertoe dat traditionele bedrijfsmodellen ontwricht raken en heeft aanleiding gegeven tot nieuwe sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen.⁴² Zo hebben bedrijven als Airbnb, Uber, Netflix en Spotify ieder respectievelijk gezorgd voor een disruptie op de traditionele hotelmarkt, taximarkt, videomarkt en muziekmarkt. De snelle opkomst van de digitalisering van de economie is de meest opvallende trend van het afgelopen decennium, mede mogelijk gemaakt door constante prestatieverbeteringen en prijsdalingen in de informatie- en communicatietechnologie (hierna ICT). Digitalisering wordt beschouwd als de belangrijkste ontwikkeling van de economie sinds de industriële revolutie, het is dan ook een van de meest cruciale drijfveren voor groei en innovatie.⁴³ Aangezien de algehele economie digitaliseert, passen vrijwel alle industrieën technologische ontwikkelingen in meer of mindere mate toe in hun bedrijfsactiviteiten. Zo worden zowel traditionele bedrijven als sterk gedigitaliseerde bedrijven steeds meer aangedreven door het gebruik van personal computing, intelligente software, Big Data, Blockchain technologieën, artificial intelligence, 3D printing. Moderne trends als cloud computing, the internet of things, de deeleconomie en collaboratieve productie komen steeds vaker voor in de hedendaagse digitaliserende economie.⁴⁴

De term digitale economie is voor het eerst gebruikt door Tapscott in 1997 maar is destijds niet gedefinieerd.⁴⁵ Ook de OESO heeft de digitale economie niet getracht te definiëren. Wel is de digitale economie in 2012 omschreven als markten gebaseerd op digitale technologieën die de handel in informatie, goederen en diensten vergemakkelijken middels e-commerce.⁴⁶ In BEPS Actiepunt 1 heeft de OESO de digitale economie omschreven als het resultaat van een transformatieproces dat voortvloeit uit informatie- en communicatietechnologie.⁴⁷ De Verenigde Naties omschrijven de digitale economie als de toepassing van op internet gebaseerde digitale technologieën op de productie en handel van goederen en diensten.⁴⁸ Tijdens het seminar 'Taxation in a digitising world: Solutions for corporate income tax and value added tax'⁴⁹ zijn de implicaties van de digitalisering van de economie op het huidige internationale belastingraamwerk uitvoerig besproken. De la Feria plaatst de digitale economie in breder perspectief en omschrijft deze als een verzamelnaam voor verschillende onderdelen met eigen karakteristieken, zoals online retail, de deeleconomie, het ontstaan van nieuwe economische structuren en de dominantie van immateriële activa.⁵⁰

De digitalisering van de economie biedt veel kansen voor bedrijven en beïnvloedt de functies die bedrijven uitvoeren, de activa die ze gebruiken en de risico's die zij nemen. Bedrijven gebruiken nieuwe digitale activa in alle stadia van het productieproces. Er wordt strategisch geïnvesteerd in nieuwe apparatuur, IT-apparaten, software en IT-platforms. Digitalisering gaat gepaard met een verlaging van de transactiekosten, de eenvoudigere overdracht van

⁴¹ Moore 1965.

⁴² Kroon 2016, par. 3.

⁴³ Olbert & Spengel 2017, p. 4.

⁴⁴ Petruzzie & Buriak 2018, par. 4.2.

⁴⁵ Tapscott 1997.

⁴⁶ OESO 2012, p. 5.

⁴⁷ OECD 2015, p. 11.

⁴⁸ UNCTAD 2017, p. 170.

⁴⁹ Op 11 oktober 2017 is het seminar Taxation in a digitising world: Solutions for corporate income tax and value added tax van EFS gehouden op de Erasmus Universiteit Rotterdam, voor een verslag van het seminar zie Schippers & Verhaeren 2017.

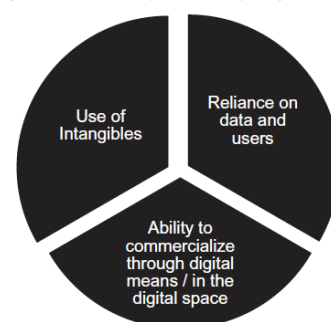
⁵⁰ Schippers & Verhaeren 2017, p. 1541.

immateriële activa tussen verschillende jurisdicties en de uitbreiding van bedrijfsactiviteiten wereldwijd.⁵¹ Marketingstrategieën zijn sterk afhankelijk van Big Data, waardoor het een van de meest waardevolle activa van een bedrijf is geworden. Het intellectueel eigendom van een bedrijf is een cruciaal waarde creërend immaterieel activum in het digitale tijdperk.⁵² De functies van bedrijven en de belangrijkste waarde drijvers zijn erg afhankelijk van de sector waarin zij opereren, de strategie die zij hanteren, het marktaandeel dat zij bereiken en vele andere economische factoren.⁵³

2.4 – Gemeenschappelijke kenmerken van de digitaliserende economie

De digitaliserende economie heeft een bijzondere reeks aan kenmerken. In haar rapport over de digitale economie identificeert de EC een drietal kenmerken, namelijk mobiliteit, netwerkeffecten en het belang van data.⁵⁴ De OESO heeft hier vervolgens in BEPS Actiepunt 1 nog een drietal kenmerken aan toegevoegd, namelijk meerzijdige bedrijfsmodellen, neiging tot monopolie of oligopolie en tot slot volatiliteit.⁵⁵ Toch zijn de EC en de OESO het erover eens dat de uitdagingen op belastinggebied vooral het gevolg zijn van drie kern elementen, namelijk de afhankelijkheid van data en gebruikers, het gebruik van immateriële activa en tot slot grensoverschrijdende schaal zonder massa.⁵⁶ Ook in de literatuur is men het erover eens dat de belangrijkste belastinguitdagingen als gevolg van de digitalisering van de economie voornamelijk voortkomen uit deze drie elementen. Zo merken Olbert & Spengel op dat de belastinguitdagingen voortkomen uit het toenemende belang en de mobiliteit van immateriële activa, de hoge mate van integriteit van waardeketens en de afnemende relevantie van een fysieke aanwezigheid in de markt van de klanten.⁵⁷ Spinosa & Chand voegen hier nog de afhankelijkheid van data en gebruikers aan toe, alsmede de mogelijkheid om te commercialiseren middels digitale middelen in de digitale ruimte, resulterend in figuur 1.⁵⁸ Alhoewel deze ontwikkelingen en de uitdagingen die zij met zich meebrengen voor het internationale belastingstelsel niet bepaald nieuw zijn, zoals Baez & Brauner opmerken,⁵⁹ is er wel een politieke en academische discussie op gang gebracht inzake de vraag hoe het internationale belastingstelsel herzien dient te worden om als redelijk en stabiel systeem te kunnen kwalificeren voor de belastingheffing van winsten van multinationale ondernemingen in de 21^e eeuw.⁶⁰ Alvorens de implicaties van deze kenmerken voor het internationale belastingstelsel te bespreken, worden de gemeenschappelijke kenmerken in de volgende paragrafen nader belicht.

Figure 1: Three Key Features of Digitalization



2.4.1 – Afhankelijkheid van data en gebruikersparticipatie

Het belang van data-analyse, gebruikersparticipatie en netwerkeffecten is een cruciaal onderdeel in het waardecreatie proces voor sterk gedigitaliseerde ondernemingen, maar wordt naarmate de economie alsmaar meer digitaliseert over de hele economie van essentieel belang. In de huidige digitaliserende economie is het intelligent verzamelen, analyseren en

⁵¹ Petruzzie & Buriak 2018, par. 4.2.

⁵² Teece & Linden 2017.

⁵³ Petruzzie & Buriak 2018, par. 4.3.

⁵⁴ EC 2014, par. 1.1.

⁵⁵ OECD 2015, par. 4.3.

⁵⁶ EC 2018a & OECD 2018, par. 2.1, punt 32.

⁵⁷ Olbert & Spengel 2017, p. 4.

⁵⁸ Figuur 1 is ontleend aan Spinosa & Chand 2018, p. 478.

⁵⁹ Baez & Brauner 2015, p. 4.

⁶⁰ Devereux & Vella 2014, p. 4.

interpreteren van data over klanten, gebruikers, leveranciers en bedrijfsactiviteiten voor steeds meer bedrijven een integraal onderdeel geworden van het bedrijfsmodel.⁶¹ De razendsnelle technologische ontwikkelingen op het gebied van ICT hebben de kosten voor het verzamelen, opslaan en analyseren van data sterk doen afnemen, waardoor data op grotere afstand en in toenemende mate gebruikt wordt. Het analyseren van deze ‘big data’ stelt bedrijven in staat om verzamelde data om te zetten in bedrijfswaarde.⁶² Vanwege synergievoordelen stijgen de voordelen van data analyse exponentieel met de hoeveelheid informatie die gekoppeld is aan een specifieke klant, aangezien een sterk gevarieerde dataset per klant meer inzichten verschaft, waardoor bijvoorbeeld online advertenties beter gericht kunnen worden op specifieke gebruikersgroepen.⁶³ De exploitatie van data neemt verschillende vormen aan, het stelt bedrijven over het algemeen beter in staat om aan individuele klantbehoeften te voldoen en waardeketens te optimaliseren, met als gevolg dat potentiële winstgevendheid en concurrentievermogen van bedrijven positief worden beïnvloedt.⁶⁴

Sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen gebruiken data als een van de meest belangrijke generatoren van inkomsten, vaak wordt in dit kader verwezen naar de term data monetisering.⁶⁵ Bedrijven profiteren op verschillende manieren van de waarde van data die zij verzamelen, terwijl tegelijkertijd traditionele activiteiten plaatsvinden. Neem het voorbeeld van Uber, Uber verzamelt de informatie over de locatie van consumenten en toont hen advertenties van restaurants, winkels en bezienswaardigheden in de buurt van de huidige locatie of plaats van bestemming. Deze winkels en bezienswaardigheden betalen Uber vervolgens een vergoeding voor de advertenties. Zodoende monetiseert Uber data met betrekking tot de locatie van consumenten terwijl ook traditionele taxidiensten worden aangeboden. Airbnb maakt het mogelijk om foto's, video's en recensies tegen lage kosten te delen en maakt het mogelijk hotelprijzen algoritmisch bij te houden. Dus wordt data verzameld en gedeeld via een marktplaats zodat iedere partij rationele economische beslissingen kan maken. Uber en Airbnb bieden echter zelf geen taxi- of huisvestingsdiensten aan. Zij creëren enkel het platform voor andere serviceproviders om potentiële klanten te bereiken, waardoor extra waarde voor hen wordt gecreëerd.

Het verzamelen en analyseren van data levert significante waardecreatie op, waardoor de optimalisatie van bedrijfsactiviteiten wordt vergemakkelijkt. Fabricage wordt bevrijd van faciliteiten, organisatie en gekwalificeerd personeel. Materialen worden steeds minder belangrijk en waarde ligt steeds vaker in het idee en niet in het object, waardoor de plaats van waardecreatie overal kan zijn.⁶⁶ Het huidige systeem dat afhankelijk is van fysieke aanwezigheid probeert tevergeefs een economie te belasten zonder fysieke beperkingen, er is derhalve iets anders nodig dat de ongrijpbaarheid aanpakt zonder de tastbaarheid te negeren, aldus Valente.

Voorts is gebruikersparticipatie een fundamenteel onderdeel geworden van de digitaliserende economie, zo danken sociale netwerken hun levensvatbaarheid aan gebruikers die bijdragen leveren middels verschillende soorten content en vervolgens het netwerk uitbreiden. In combinatie met gedetailleerde informatie die gebruikers leveren ontstaat waarde voor sociale

⁶¹ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 139.

⁶² OECD 2015, par. 4.3.2, punt 164.

⁶³ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 140.

⁶⁴ EC 2014, par. 1.1.3.

⁶⁵ Petruzzie & Buriak 2018, par. 4.4.

⁶⁶ Valente 2018, par. 2.

netwerken door gerichte advertentie diensten.⁶⁷ Op deze manier raken gebruikers betrokken bij het waardecreatie proces van bedrijven. Colin merkt in dit kader op dat de kracht van sterk gedigitaliseerde ondernemingen steeds meer voortkomt uit actieve gebruikers die zich niet meer aan het eind van de waardeketen bevinden maar juist middenin.⁶⁸ Gebruikers dragen op verscheidene manieren bij aan sterk gedigitaliseerde bedrijven, bijvoorbeeld middels beoordelingen waardoor vertrouwen en geloofwaardigheid geschapen wordt en hierdoor extra gebruikers worden aangetrokken. Gebruikersparticipatie verschilt echter aanzienlijk afhankelijk van het soort bedrijfsactiviteit uitgevoerd en de marktcondities. Zo is er actieve en passieve gebruikersparticipatie, in het geval van passieve gebruikersparticipatie is geen specifieke actie vereist door gebruikers maar wordt data door bedrijven zelf verzameld, gebruikers verstrekken dus niet vrijwillig informatie.⁶⁹ In het geval van actieve gebruikersparticipatie vindt waardecreatie uitsluitend plaats door een specifieke gebruikersactie, bovendien beperkt de gedeelde informatie zich tot hetgeen de gebruiker wenst te delen.⁷⁰ Vaak is het zo dat gebruikers informatie verstrekken in ruil voor korting op diensten of producten. De recente focus op de rol van actieve bijdragen aan waardecreatie door gebruikers wordt door Her Majesty's Treasury (hierna HM Treasury) en de EC intensief benadrukt.⁷¹ De waarde gecreëerd door gebruikersdata, gebruikersparticipatie en door gebruikers gecreëerde content wordt niet vastgelegd in het huidige internationale belastingraamwerk, die zich uitsluitend richt op fysieke activiteiten van een bedrijf om te bepalen waar winsten gealloceerd moeten worden voor belastingdoeleinden.⁷² Zodoende kunnen bedrijven significante waarde genereren op een markt zonder dat de winsten die gegenereerd worden uit deze waarde belast worden in deze marktjurisdictie.⁷³

De mate van gebruikersparticipatie hoeft echter niet noodzakelijk te correleren met de mate van digitalisering. Cloud computing maakt bijvoorbeeld gebruik van slechts beperkte gebruikersparticipatie. Social mediabedrijven zijn weer erg afhankelijk van door gebruikers gegenereerde content. Zoekmachines richten zich weer voornamelijk op gebruikersdata. Voor de overige groep bedrijven speelt gebruikersparticipatie een rol maar is niet de meest noodzakelijke bron van waarde, denk hierbij aan een online verkoopbedrijf.

Boekingswebsites zijn niet erg afhankelijk van gebruikersdata of door gebruikers gegenereerde content, maar kunnen echter netwerkeffecten genereren. Netwerkeffecten komen voort uit het feit dat beslissingen van gebruikers direct van invloed kunnen zijn op het nut van andere gebruikers.⁷⁴ Naarmate meer gebruikers bijvoorbeeld gebruik maken van een online platform wordt het aantrekkelijker voor nieuwe gebruikers en bedrijven om deel te nemen, en vice versa. Zodoende trekt een platform meer gebruikers en bedrijven aan en schept het waarde. Dit effect staat bekend als een positieve externaliteit, wat inhoudt dat de welvaart van een bepaald persoon toeneemt door de handelingen van anderen zonder dat zij daar expliciet voor gecompenseerd worden.⁷⁵ Dit effect kan echter ook negatief uitpakken, bijvoorbeeld in het geval dat er vertraging ontstaat doordat te veel mensen tegelijkertijd gebruik maken van een netwerk. Schrage merkt op dat platformbedrijven zoals Google en Facebook vrijwel volledig afhankelijk zijn van deze netwerkeffecten en dat het succes van deze platformen grotendeels te danken valt aan netwerkeffecten.⁷⁶

⁶⁷ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 144.

⁶⁸ Schippers & Verharen 2017, par 3.

⁶⁹ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 147.

⁷⁰ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 147.

⁷¹ HMT 2018, para 2.1; EC 2018, p. 4.

⁷² HMT 2017, para. 3.21.

⁷³ HMT 2017, para. 3.21.

⁷⁴ OECD 2015, par. 4.3.3, punt 169.

⁷⁵ OECD 2015, par. 4.3.3, punt 170.

⁷⁶ Schrage 2016.

2.4.2 – Grensoverschrijdende schaal zonder massa

De huidige trend is dat door een in toenemende mate internationaliserende en digitaliserende markt een geïntegreerde en verbonden wereld aan het ontstaan is. De evolutie van informatie en communicatie technologieën heeft de kosten voor het organiseren en coördineren van complexe activiteiten over lange afstanden significant doen dalen.⁷⁷ Als gevolg hiervan is het voor bedrijven mogelijk geworden om wereldwijde activiteiten te beheren vanuit een centrale locatie die geografisch afwijkt van de locatie waar de activiteiten worden uitgevoerd of waar de klanten zich bevinden.⁷⁸ Bovendien maken technologische ontwikkelingen het voor bedrijven mogelijk om economische activiteiten uit te oefenen en zodoende aanzienlijk te groeien in omvang en bereik met een minimale toename van het aantal personeelsleden, dit fenomeen wordt door de OESO aangeduid met de term ‘schaal zonder massa’.⁷⁹ Bedrijven kunnen zodoende effectief betrokken zijn bij het economische leven in verschillende rechtsgebieden zonder enige of significante fysieke aanwezigheid in desbetreffende jurisdicties waardoor de term grensoverschrijdende schaal zonder massa ontstaat.⁸⁰

Fragmentatie van activiteiten over de gehele wereld is echter wel aan grenzen gebonden, gezien het feit dat nog steeds een afweging gemaakt dient te worden tussen hogere transactie- en coördinatiekosten als gevolg van de fragmentatie en de lagere kosten die gepaard gaan met het verplaatsen van de activiteit.⁸¹ Hoewel activiteiten in toenemende mate met minder personeel uitgevoerd kunnen worden, wordt tegelijkertijd personeel met de juiste competenties een cruciale factor in de digitaliserende economie en legt het derhalve beperkingen op aan de fragmentatie van activiteiten.⁸² Voorts kunnen er wettelijke redenen zijn die de keuze voor een bepaald rechtsgebied kunnen beïnvloeden en derhalve beperkingen opleggen aan de grensoverschrijdende schaal zonder massa.⁸³ Tot slot vereisen sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen vaak aanzienlijke investeringen in de infrastructuur, waardoor er toch belangrijke redenen kunnen zijn om deze infrastructuurbronnen zo dicht mogelijk bij de markt voor gebruikers te plaatsen.⁸⁴ Voor het leveren van diensten van hoge kwaliteit aan eindgebruikers is vaak infrastructuur nodig in de nabijheid van de consumenten markt.⁸⁵

2.4.3 – Gebruik van immateriële activa

De digitaliserende economie wordt gekenmerkt door het toenemende belang van immateriële activa, in het bijzonder intellectueel eigendom. Het gaat hier met name om industrieel eigendom namelijk patenten, gebruiksmodellen, merkrechten en industriële ontwerpen.⁸⁶ De vraag naar intellectuele eigendomsrechten is het afgelopen decennium sterk toegenomen met een jaarlijks gemiddelde van 7,1% in de periode van 2004 tot 2016, resulterend in een stijging van meer dan 125% in dezelfde periode, empirisch onderzoek toont aan dat het fenomeen van toenemende intellectuele eigendomsrechten gepaard gaat met economische groei.⁸⁷ Sterk gedigitaliseerde ondernemingen zijn dan ook erg afhankelijk van immateriële activa om te kunnen groeien en waarde te creëren. De ontwikkeling en exploitatie van immateriële activa is van essentieel belang in het waardecreatie proces binnen de digitaliserende economie, immateriële activa zijn dan ook in toenemende mate cruciale

⁷⁷ OECD 2015, par. 4.3.1.3, punt 155.

⁷⁸ OECD 2018, par. 2.5.1, punt 131.

⁷⁹ OECD 2015, par. 4.3.1.3, punt 158.

⁸⁰ Olbert & Spengel 2017, p. 8.

⁸¹ OECD 2015, par. 4.3.1.3, punt 162.

⁸² OECD 2015, par. 4.3.1.3, punt 162.

⁸³ OECD 2015, par. 4.3.1.3, punt 163.

⁸⁴ OECD 2015, par. 4.3.1.3, punt 162.

⁸⁵ Olbert & Spengel 2017, par. 4.3.

⁸⁶ WIPO 2016, p. 48.

⁸⁷ OECD 2018, par. 2.5.2, punt 136 – 137.

factoren in veel sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen.⁸⁸ Als gevolg hiervan vinden substantiële investeringen plaats in de ontwikkeling van deze immateriële activa.⁸⁹ Vanwege het toenemende belang van immateriële activa en de eerder genoemde fragmentatie van activiteiten worden de rechten op immateriële activa steeds vaker toegewezen en overgebracht aan gelieerde ondernemingen om belastingtechnisch de meeste gunstige locatie te bewerkstelligen, waarbij het juridisch eigendom van de immateriële activa wordt gescheiden van de activiteiten die leiden tot de ontwikkeling van deze immateriële activa.⁹⁰

2.5 – Infrastructuur van de digitaliserende economie en haar bedrijfsmodellen

Om inzicht te krijgen in de marktdynamiek van de digitaliserende economie is een diepgaand begrip van de infrastructuur waarin sterk gedigitaliseerde bedrijven zich ontwikkelen essentieel. De OESO merkt op dat gedigitaliseerde markten voornamelijk gekarakteriseerd worden door directe en indirecte netwerk effecten, schaalvoordelen, switching costs en lock-in effecten en tot slot complementariteit.⁹¹ Amit & Zott identificeren de volgende vier kenmerken van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen, namelijk efficiëntie, complementariteit, lock-in en vernieuwing.⁹² Brettel et al. onderscheiden de volgende waarde drijvers van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen, namelijk geïndividualiseerde productie, horizontale integratie in samenwerkingsnetwerken en end-to-end digitale integratie.⁹³

Directe netwerk effecten komen voort uit het feit dat het nut van het verbruik van bepaalde goederen of diensten vaak afhankelijk is van het aantal andere eindgebruikers die hetzelfde goed of dienst consumeren.⁹⁴ In tegenstelling tot directe netwerk effecten ontstaan indirecte netwerk effecten in de context van meerzijdige bedrijfsmodellen.⁹⁵ Indirecte netwerk effecten doen zich voor wanneer een specifieke groep eindgebruikers baat heeft bij de interactie met een andere groep eindgebruikers.⁹⁶ Digitale markten worden ook gekenmerkt door schaalvoordelen; de productie van digitale producten gaat veelal gepaard met hoge vaste kosten en lage variabele kosten.⁹⁷ Lage marginale kosten en het wereldwijde bereik van het internet stelt sterk gedigitaliseerde bedrijven in staat om snel hun schaal in operaties te vergroten.⁹⁸ De efficiëntie van de transacties in het digitale tijdperk wordt verbeterd door een verlaging van de transactiekosten, complementariteit verwijst naar het leveren van een bundel van goederen om de waarde van het aanbod aan de klant te vergroten, lock-in verwijst naar de mate waarin klanten gemotiveerd zijn om hun transacties te herhalen en partners prikkels hebben om hun associatie te behouden en te verbeteren.⁹⁹ Petruzzie & Buriak merken in dit kader op dat ondanks het feit dat op verschillende manieren verwezen kan worden naar wat sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen kenmerkt, zowel de benadering van Amit & Zott als die van Brettel et al. op hetzelfde neerkomt.¹⁰⁰ Zo maakt geïndividualiseerde productie deel uit van de lock-in strategie, het gebruik van complementariteit is het resultaat van de horizontale integratie in samenwerkingsnetwerken en efficiëntie en vernieuwing kunnen worden bekeken als een resultaat van de end-to-end digitale integratie.¹⁰¹ Aangezien de economie in toenemende mate digitaliseert, wordt de relevantie van deze karakteristieken met

⁸⁸ Olbert & Spengel 2017, p. 9.

⁸⁹ OECD 2015, par. 4.3.1.1, punt 152.

⁹⁰ OECD 2015, par. 4.3.1.1, punt 153.

⁹¹ OECD 2018, par. 2.2, punt 42.

⁹² Amit & Zott 2001, p. 503.

⁹³ Brettel et al. 2014, p. 37.

⁹⁴ OECD 2018, par. 2.2, punt 42.

⁹⁵ OECD 2018, par. 2.2, punt 42.

⁹⁶ OECD 2015, par. 4.3.3, punt 173.

⁹⁷ OECD 2018, par. 2.2, punt 42.

⁹⁸ OECD 2018, par. 2.2, punt 44.

⁹⁹ Amit & Zott 2001, p. 503 – 506.

¹⁰⁰ Petruzzie & Buriak 2018, par. 5.2.3.

¹⁰¹ Petruzzie & Buriak 2018, par. 5.2.3.

de dag groter. Alles bij elkaar genomen transformeren de structurele veranderingen als gevolg van digitalisering de economie, dit leidt tot de opkomst van nieuwe bedrijfsmodellen en een fundamentele transformatie van oude bedrijfsmodellen.¹⁰² Zodoende heeft de digitalisering van de economie niet alleen de manier waarop traditionele ‘brick-and-mortar’ ondernemingen opereren geoptimaliseerd, maar ook de deur geopend voor nieuwe bedrijfsmodellen die substantieel actief zijn in de digitale wereld.

2.5.1 – BEPS 1 bedrijfsmodellen

Een bedrijfsmodel beschrijft de achterliggende gedachte van hoe een organisatie waarde creëert, waarde levert en waarde vangt.¹⁰³ De OESO heeft in haar BEPS Actiepunt 1 Rapport een aantal bedrijfsmodellen gedefinieerd, namelijk e-commerce, cloud computing, participatieve netwerk platforms, bedrijfsmodellen gericht op onlineadvertenties, handel met hoge frequenties, online betalingsdiensten en app-stores. E-commerce is de voormalige generieke term voor de digitaliserende economie maar wordt momenteel gerelateerd aan één bedrijfsmodel binnen de digitaliserende economie. De OESO definieert e-commerce als de verkoop of aankoop van goederen of diensten, uitgevoerd via computernetwerken die specifiek ontworpen zijn voor het ontvangen van orders, de betaling en de uiteindelijke levering van de goederen of diensten hoeft echter niet online uitgevoerd te worden.¹⁰⁴ E-commerce transacties kunnen plaatsvinden tussen bedrijven en consumenten (B2C), tussen bedrijven onderling (B2B) en tussen consumenten onderling (C2C).¹⁰⁵ B2C-transacties behoren tot de oudste vorm van e-commerce, waarbij goederen of diensten worden verkocht aan personen die buiten het kader van hun beroep handelen.¹⁰⁶ In het kader van B2C-transacties maakt de OESO onderscheid tussen zogenoemde ‘pureplay’ online leveranciers zonder fysieke aanwezigheid, zogenoemde ‘click-and-mortar’ bedrijven die traditionele vestigingen aanvullen met online verkopen en fabrikanten die online bedrijven gebruiken om maatwerk mogelijk te maken.¹⁰⁷ Het overgrote deel van e-commerce transacties bestaat echter uit B2B-transacties, het betreft hier online versies van traditionele transacties waarbij een groothandel zendingen van goederen online inkoopt en deze vervolgens aan consumenten in de winkels verkoopt, maar ook de levering van goederen of diensten ter ondersteuning van andere bedrijven.¹⁰⁸ In de context van C2C-transacties spelen bedrijven voornamelijk de rol van intermediair, waarbij individuele consumenten worden geholpen om hun activa te verkopen of te verhuren, door de informatie op websites te publiceren en de transacties te faciliteren.¹⁰⁹

Cloud computing omvat het aanbieden van gestandaardiseerde, configureerbare, on-demand online computerdiensten waarbij gebruik wordt gemaakt van zowel fysieke als virtuele computer hulpbronnen, zoals netwerken en servers.¹¹⁰ De hulpbronnen waar cloud computing klanten toegang tot hebben bevinden zich op meerdere netwerkcomputers die beschikbaar zijn voor iedereen die toegang heeft tot deze zogenoemde ‘cloud’, zodoende kunnen gebruikers via het internet toegang krijgen tot de online dienst met behulp van verschillende soorten apparaten.¹¹¹ Iedere gebruiker heeft toegang tot grote hoeveelheden computer hulpbronnen wanneer dat nodig is. Het systeem kopieert de data en software van iedere

¹⁰² OECD 2018, par. 2.2, punt 47.

¹⁰³ Osterwalder & Pigneur 2010, p. 14.

¹⁰⁴ OECD 2015, par. 4.2.1, punt 117.

¹⁰⁵ OECD 2015, par. 4.2.1.

¹⁰⁶ OECD 2015, par. 4.2.1, punt 119.

¹⁰⁷ OECD 2015, par. 4.2.1, punt 119.

¹⁰⁸ OECD 2015, par. 4.2.1, punt 118.

¹⁰⁹ OECD 2015, par. 4.2.1, punt 121.

¹¹⁰ OECD 2015, par. 4.2.5, punt 140.

¹¹¹ OECD 2015, par. 4.2.5, punt 141.

gebruiker continu naar de juiste server, waardoor de aanvraag voor een computer hulpbron gealloceerd wordt aan de fysieke locatie die het beste in staat is om efficiënt aan de vraag te voldoen.¹¹² Op de consumentenmarkt worden veel cloud diensten zoals e-mail, foto-opslag en sociale netwerken kosteloos verstrekt, maar worden inkomsten gegenereerd middels reclame of de verkoop van gebruikersdata. Andere cloud diensten zoals webhosting of dataopslag, worden gebruik makend van een maandelijks abonnement verkocht.¹¹³

Een participatief netwerk platform is een intermediair die gebruikers in staat stelt om samen te werken en bij te dragen aan de ontwikkeling, uitbreiding, beoordeling en verspreiding van door gebruikers gecreëerde content.¹¹⁴ Het participatieve platform monetiseert de door gebruikers gecreëerde content middels vrijwillige bijdragen, abonnementen voor toegang tot het platform, verkoop van advertenties, licentieverlening van content en technologie aan derde partijen, het verkopen van goederen of diensten aan de gebruikers op het platform en het verkopen van gebruikersdata marktonderzoekers of andere bedrijven.¹¹⁵ Een vorm van participatief netwerk platformen manifesteert zich in de deeleconomie. De EC omschrijft de deeleconomie als veelomvattende bedrijfsmodellen waarbij activiteiten worden gefaciliteerd door samenwerkingsplatforms die een open marktplaats creëren voor het tijdelijke gebruik van producten en diensten die doorgaans door particulieren worden aangeboden.¹¹⁶ Voorbeelden hiervan zijn Airbnb en BlaBlaCar. Het platform fungeert als online marktplaats, waarbij de eigenaars van de goederen bereid zijn deze te verhuren voor korte perioden van tijd. Zodoende ontstaan drie verschillende partijen, namelijk de eigenaar van de desbetreffende goederen of de dienstverlener, de gebruikers van de goederen of diensten en de tussenpersoon oftewel het samenwerkingsplatform. Het idee van deze bedrijfsmodellen is op zichzelf niet nieuw, digitalisering heeft echter wel de potentie van bedrijfsmodellen in de deeleconomie gemaximaliseerd.¹¹⁷ De grootste waarde is namelijk afkomstig van netwerkeffecten, deze effecten zijn door digitalisering en de sterk ontwikkelde connectiviteit aanzienlijk toegenomen.

Bedrijfsmodellen gericht op onlineadvertenties maken gebruik van het internet als medium om marketing berichten op consumenten te richten. Veel internet adverteerders zijn in staat gebleken om consumenten te segmenteren en op deze manier gerichte advertenties te gebruiken.¹¹⁸ Ook is het mogelijk om bij te houden hoe consumenten reageren op onlineadvertenties. Onder handel met hoge frequenties wordt door de computer bepaald handelen in aandelen of andere financiële instrumenten verstaan, waarbij complexe computeralgoritmen belangrijke beslissingen nemen zonder menselijke interactie.¹¹⁹ Er worden grote aantallen orders die doorgaans vrij klein zijn met hoge snelheid de markt ingestuurd, op basis van algoritmen die grote hoeveelheden marktdata analyseren en kleine prijsbewegingen of kansen voor marktarbitrage benutten.¹²⁰ Dit bedrijfsmodel is sterk afhankelijk van data en vereist weinig interactie met de mens.

Het betalen voor een online transactie vereist het verschaffen van financiële informatie aan de verkoper, dit vereist echter een hoge mate van vertrouwen die niet altijd aanwezig is in relatie tot een onbekende verkoper op het internet. Onlinebetalingsdiensten lossen dit probleem op

¹¹² OECD 2015, par. 4.2.5, punt 141.

¹¹³ OECD 2015, par. 4.2.5, punt 145.

¹¹⁴ OECD 2015, par. 4.2.7, punt 149.

¹¹⁵ OECD 2015, par. 4.2.7, punt 149.

¹¹⁶ EC 2016.

¹¹⁷ Valente 2018, par. 2.

¹¹⁸ OECD 2015, par. 4.2.4, punt 136.

¹¹⁹ OECD 2015, par. 4.2.6, punt 147.

¹²⁰ OECD 2015, par. 4.2.6, punt 147.

door het mogelijk te maken om op een veilige manier om online betalingen uit te voeren zonder dat partijen bij de transactie financiële informatie met elkaar hoeven te delen.¹²¹ Betalingsdiensten treden op als intermediair en maken online betalingen mogelijk, waardoor producten over de gehele wereld aangeschaft kunnen worden. Onder een App-store wordt tot slot een online marktplaats verstaan waar software of apps gekocht kunnen worden voor apparaten die op het internet zijn aangesloten. De App-store fungeert doorgaans als een platform voor externe ontwikkelaars van applicaties en intern ontwikkelde applicaties.¹²²

De productiesector maakt een nog diepere revolutie door, productie vindt steeds vaker vrijwel thuis plaats.¹²³ Denk bijvoorbeeld aan 3D-printing, consumenten kunnen licenties aanschaffen met betrekking tot ontwerpen van fabrikanten en het gewenste product zelf produceren. De OESO benadrukt dat deze transformatie van productie en verkoop in licentieverlening een wezenlijk andere belastingbehandeling vereist.¹²⁴ Zodoende verschuift de nadruk op materiële activa naar immateriële activa. De overdracht van eigendom verandert in een gebruikerslicentie, met als gevolg dat het onderscheid tussen goederen en diensten vervaagt.¹²⁵ Gebruikers in contact met elkaar brengen wordt waardevoller dan direct tegemoetkomen aan de behoeften van mensen.¹²⁶

2.5.2 – Interim Report business lines

In haar Interim Report uit 2018 hanteert de OESO een andere benadering, de OESO classificeert vier soorten bedrijfsmodellen of zogenoemde ‘business lines’,¹²⁷ namelijk meerzijdige bedrijfsmodellen, wederverkopers, verticaal geïntegreerde bedrijven en invoer leveranciers.¹²⁸ Net zoals traditionele markten kunnen digitale markten enkelzijdig of meerzijdig zijn, in enkelzijdige markten hebben verkopers slechts te maken met één specifieke groep klanten terwijl in meerzijdige markten meerdere groepen klanten aanwezig zijn voor verschillende producten en diensten.¹²⁹ Digitalisering heeft middels websites, online platforms en mobiele applicaties wereldwijd aanbieders, gebruikers of klanten aan elkaar gekoppeld waardoor gebruikersnetwerken zijn ontstaan in verschillende rechtsgebieden.¹³⁰ Het creëren van dergelijke netwerken waardoor verschillende groepen eindgebruikers over verschillende jurisdicties met elkaar in contact zijn gekomen vormt de kern van meerzijdige digitale markten.¹³¹ Meerzijdige markten worden gekenmerkt door de aanwezigheid van indirecte netwerk effecten en niet neutrale prijsstrategieën. Indirecte netwerk effecten doen zich in dit kader voor wanneer een toename van eindgebruikers aan de ene kant van de markt, het nut van eindgebruikers aan de andere kant van de markt doet stijgen.¹³² Meerzijdige online platforms spelen derhalve een cruciale rol bij het samenbrengen van twee kanten van de markt en leveren voornamelijk bemiddelingsdiensten aan de verschillende kanten van de digitale markt.¹³³ Voorts hebben meerzijdige digitale platforms hun groei te danken aan hun vermogen om prijsstructuren aan te passen door verschillende lidmaatschappen en

¹²¹ OECD 2015, par. 4.2.2, punt 126.

¹²² OECD 2015, par. 4.2.3, punt 130.

¹²³ Valente 2018, par. 2.

¹²⁴ OECD 2015, para 271.

¹²⁵ Valente 2018, par. 2.

¹²⁶ Valente 2018, par. 2.

¹²⁷ Naast de term bedrijfsmodel hanteert de OESO ook de term ‘business line’ en merkt hierover op dat bedrijven doorgaans bestaan uit meerdere ‘business lines’, zodoende wordt niet gepoogd volledige bedrijven te classificeren maar enkel een ‘business line’ (zie OECD 2018, par. 2.2.2, punt 58).

¹²⁸ OECD 2018, par. 2.2.2, punt 58.

¹²⁹ OECD 2018, par. 2.2.1, punt 48.

¹³⁰ OECD 2018, par. 2.2.1, punt 49.

¹³¹ OECD 2018, par. 2.2.1, punt 49.

¹³² OECD 2018, par. 2.2.1, punt 50.

¹³³ OECD 2018, par. 2.2.1, punt 52.

gebruikskosten op te leggen aan iedere kant van de digitale markt.¹³⁴ De prevalentie van positieve indirecte netwerk effecten impliceert dat het bedrijf dat het platform exploiteert voordelen kan behalen die verder gaan dan het marginale nut van de eindgebruikers, hierdoor kan voor de ene kant van de markt een hogere prijs in rekening worden gebracht terwijl de prijs voor eindgebruikers aan de andere kant van de markt kan worden verlaagd. Dit heeft tot gevolg dat prijsstructuren niet neutraal zijn, aangezien de optimale prijs onder de marginale kosten voor levering aan de ene kant en boven de marginale kosten voor levering aan de andere kant van de markt kan zijn.¹³⁵ Dit resulteert erin dat platforms zoals sociale netwerken of e-mail service providers goederen of diensten leveren aan eindgebruikers aan één kant van de markt zonder dat hier een monetaire compensatie tegenover staat, vervolgens wordt data aan de gebruikers en transacties onttrokken en worden diensten gebaseerd op deze data verkocht aan de andere kant van de markt.¹³⁶ Voorbeelden van dergelijke meerzijdige digitale platforms zijn Uber, Airbnb, Facebook, Google, Deliveroo, BlaBlaCar.

In tegenstelling tot meerzijdige digitale platforms zijn invoer leveranciers geen intermediairs maar leveren zij uitsluitend intermediaire inputs die noodzakelijk zijn voor het productieproces van goederen of diensten in een ander bedrijf, deze leveranciers hebben alleen contact met het andere bedrijf en niet met de eindgebruikers. Voorbeelden hiervan zijn Intel of Tsinghua Unigroup.¹³⁷ Wederverkopers kopen eerst producten in en verkopen deze vervolgens door aan kopers. Er vindt geen interactie tussen de eindgebruikers plaats en klanten hoeven zich niet noodzakelijkerwijs aan te sluiten bij het online platform.¹³⁸ Voorbeelden van dergelijke wederverkopers zijn Amazon e-commerce, Alibaba, Spotify en Netflix (daar waar de content inkoopt). Verticaal geïntegreerde bedrijven zijn eigenaar geworden van de leveranciers en hebben zodoende de aanbodzijde van de markt geïntegreerd in hun bedrijf. Voorbeelden hiervan zijn Xiaomi en Huawei.¹³⁹ Daar waar digitalisering cruciaal is geweest voor de opkomst van meerzijdige platforms en invoer leveranciers, valt op te merken dat wederverkopers en verticaal geïntegreerde bedrijven ruim voor de digitalisering op grote schaal aanwezig waren.¹⁴⁰ Zo zijn traditionele verticaal geïntegreerde bedrijven met name in de transport en accommodatie sector als gevolg van digitalisering op de proef gesteld door nieuw opkomende meerzijdige platforms met comparatieve voordelen, zoals Uber, Airbnb of Booking.com.¹⁴¹ Bovendien zijn veel sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen die begonnen zijn als meerzijdig digitaal platform geleidelijk ontwikkeld tot meer geïntegreerde of meer hybride structuren omdat zij meerdere zogenoemde ‘business lines’ hebben toegevoegd. Zodoende blijft het een complexe aangelegenheid bedrijfsmodellen adequaat te classificeren.

2.5.3 – Waardecreatie analyse

Het waardecreatie proces wordt door de OESO middels drie verschillende tools nader belicht, zijnde de value chain, value network en value shop.¹⁴² De value chain is in 1985 ontwikkeld door Porter en wordt gebruikt om het concurrentievoordeel van een bedrijf te kunnen analyseren.¹⁴³ Conform de value chain tool vindt waardecreatie plaats als gevolg van primaire activiteiten¹⁴⁴ die zien op de fysieke creatie of inkoop van producten die vervolgens verkocht

¹³⁴ OECD 2018, par. 2.2.1, punt 52.

¹³⁵ OECD 2018, par. 2.2.1, punt 53.

¹³⁶ OECD 2018, par. 2.2.1, punt 54.

¹³⁷ OECD 2018, par. 2.2.2, punt 58.

¹³⁸ OECD 2018, par. 2.2.2, punt 58.

¹³⁹ OECD 2018, par. 2.2.2, punt 58.

¹⁴⁰ OECD 2018, par. 2.2.2, punt 60.

¹⁴¹ OECD 2018, par. 2.2.2, punt 60.

¹⁴² OECD 2018, par. 2.3, punt 65.

¹⁴³ Porter 1985.

¹⁴⁴ Inkomende logistiek, activiteiten, uitgaande logistiek, marketing & verkoop en service.

worden aan de consument.¹⁴⁵ Deze primaire activiteiten worden in stand gehouden door ondersteunende activiteiten,¹⁴⁶ die eveneens leiden tot waardecreatie.¹⁴⁷ De tool ziet vooral op bedrijven waarbij waarde wordt gecreëerd op grond van lineaire productieprocessen. De value chain tool is hevig bekritiseerd in de literatuur, er wordt namelijk onvoldoende rekening gehouden met service georiënteerde en multinationale bedrijven, bovendien wordt geen rekening gehouden met bedrijven die waarde ontleen aan informatiestromen.¹⁴⁸ Naar aanleiding hiervan concludeerden Stabell & Fjeldstad in 1998 dat de value chain slechts één van de drie algemene waardecreatie processen omvat en identificeerden de value network en de value shop tool. De relevantie hiervan is groot in het kader van de digitaliserende economie, aangezien digitalisering in toenemende mate gepaard gaat met het aanbieden van diensten waarbij grensoverschrijdend wordt geopereerd en data een cruciale rol speelt.

De value network tool ziet op bedrijven die waarde creëren door gebruikers, leveranciers of consumenten te verbinden middels een bemiddelende technologie. Zodoende is deze tool dan ook geschikt voor meerzijdige digitale platforms, zoals sociale netwerken die individuen samenbrengen en adverteerders in staat stellen zich te richten op deze specifieke groepen, maar ook zoekmachines waarbij web gerelateerde diensten gratis worden aangeboden terwijl inkomsten worden gegenereerd uit gerichte advertenties en de monetisering van gebruikersdata.¹⁴⁹ De value network tool benadrukt de rol van het netwerk als kritische factor in het waardecreatie proces, de organisatie en de facilitering van uitwisseling tussen gebruikers vormt de kern van waardecreatie.¹⁵⁰ De value network tool hanteert dezelfde ondersteunende activiteiten als de value chain tool, echter omvatten de primaire activiteiten netwerk promotie en contractbeheer, dienstverlening en netwerk infrastructuur operaties. Onder netwerk promotie en contractbeheer worden activiteiten verstaan gericht op het uitnodigen van potentiële gebruikers om lid te worden van het netwerk en de selectie van gebruikers die mogen toetreden.¹⁵¹ Dienstverlening richt zich op activiteiten die verband houden met het opzetten, onderhouden en beëindigen van het verband tussen klanten en de facturering voor de ontvangen waarde. Onder netwerk infrastructuur operaties worden tot slot activiteiten die verband houden met het onderhouden van een fysieke en informatie-infrastructuur.¹⁵² Opbrengsten in value networks kunnen worden gegenereerd door abonnementen, pay-as-you-go vergoedingen of de verkoop van gebruikersdata.¹⁵³ Hoewel de value network tool een groot deel van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen omschrijft, zijn niet alle op diensten gerichte digitale bedrijfsmodellen afhankelijk van netwerk relaties. De value shop tool richt zich op enkelzijdige markten waar interacties plaatsvinden tussen een specifieke soort gebruikers of consumenten, waarbij intensief gebruik wordt gemaakt van een combinatie van hardware, software en kennis om specifieke klantvragen of problemen op te lossen, voornamelijk te vinden in het kader van professionele diensten.¹⁵⁴ Voorbeelden hiervan zijn cloud computing, gespecialiseerde data-analyse en softwareontwikkeling. Waarde ontstaat voornamelijk uit een sterke informatie asymmetrie tussen de klant en het bedrijf. De value shop tool hanteert eveneens dezelfde ondersteunende activiteiten als de andere twee tools, echter omvatten de primaire activiteiten probleemopsporing en acquisitie, probleemoplossing, keuze, uitvoering en controle en evaluatie.¹⁵⁵

¹⁴⁵ OECD 2018, par. 2.3.2, punt 76.

¹⁴⁶ Inkoop, human resource management, technologische ontwikkelingen, bedrijfsinfrastructuur.

¹⁴⁷ OECD 2018, par. 2.3.2, punt 78.

¹⁴⁸ OECD 2018, par. 2.3.1, punt 67.

¹⁴⁹ OECD 2018, par. 2.3.3, punt 82.

¹⁵⁰ OECD 2018, par. 2.3.3, punt 83.

¹⁵¹ OECD 2018, par. 2.3.3, punt 85.

¹⁵² OECD 2018, par. 2.3.3, punt 85.

¹⁵³ OECD 2018, par. 2.3.3, punt 87.

¹⁵⁴ OECD 2018, par. 2.3.4, punt 89.

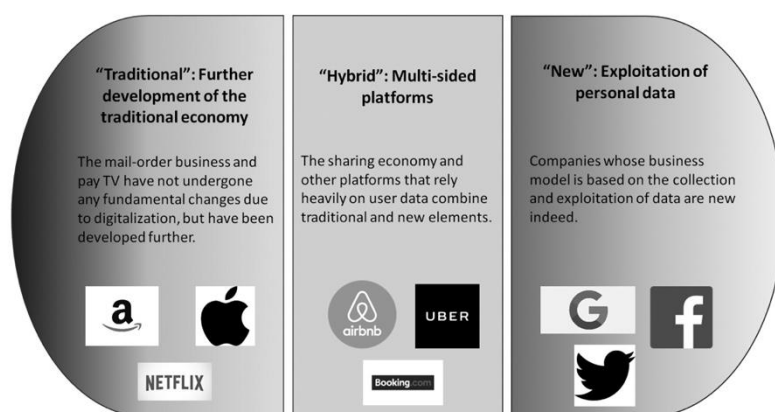
¹⁵⁵ OECD 2018, par. 2.3.4, punt 94.

2.5.4 – Overige classificaties

In haar BEPS Actiepunt 1 Rapport heeft de OESO sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen op een abstracte manier getracht te beschrijven en geanalyseerd met betrekking tot belastingontwikkelingsstrategieën.¹⁵⁶ Kofler, Mayr & Schlager merken hierover op dat deze analyse duidelijk tekortschiet voor het beantwoorden van de vraag welke segmenten van de digitaliserende economie aan huidige vennootschapsbelasting onderworpen moeten worden en welke segmenten aan korte termijn belastingen onderworpen moeten worden.¹⁵⁷ In deze scriptie worden weliswaar de korte termijn oplossingen voor de digitaliserende economie niet besproken, desondanks draagt deze analyse van de digitaliserende economie naar mijn mening toch bij aan een breder begrip van de implicaties van digitalisering op het huidige raamwerk. Er dient een analyse te geschieden van bedrijfsmodellen die zo sterk afwijken van bedrijfsmodellen in de traditionele economie, dat traditionele belastingprincipes die momenteel van kracht zijn tot ongepaste resultaten leiden.¹⁵⁸

Kofler, Mayr & Schlager identificeren dan ook drie verschillende categorieën van de digitaliserende economie en zijn van mening dat de focus voor het categoriseren van verschillende bedrijfsmodellen voor belastingdoeleinden niet meer moet liggen op de overeenkomsten maar juist de verschillen tussen bedrijfsmodellen moet benadrukken, er dient geanalyseerd te worden hoe het internet wordt gebruikt en hoe daarmee waarde wordt gecreëerd.¹⁵⁹

Kofler, Mayr & Schlager zijn van mening dat de mate waarin data verzameling plaatsvindt en gebruikersdata geëxploiteerd wordt als kern aspect van een bedrijfsmodel een goede indicator kan zijn om de digitaliserende economie te classificeren resulterend in de figuur hierboven. Kofler, Mayr & Schlager trachten het onderscheid tussen verschillende bedrijfsmodellen te vereenvoudigen door bepaalde prototypen van bedrijfsmodellen te illustreren, namelijk die van Amazon en Google.¹⁶⁰



Kofler, Mayr & Schlager gebruiken Amazon als prototype voor de klassieke vorm van waardecreatie. Amazon is de meest bekende online retailer maar levert voorts ook een breed scala aan andere diensten. Desondanks richten de schrijvers zich op de kernactiviteit van Amazon gezien Amazon's lange termijnstrategie.¹⁶¹ Amazon als online retailer betreft geen nieuw bedrijfsmodel dat is ontstaan in de context van digitalisering, de fysieke goederen worden nog steeds op de traditionele manier bezorgd, digitalisering heeft echter het traditionele postorderbedrijf geoptimaliseerd. Consumenten die een bestelling plaatsen bij Amazon in Europa doen dat bij Amazon's vestiging in Luxemburg. De daadwerkelijke levering wordt uitgevoerd door een van de logistieke centra van Amazon, die gesitueerd zijn in zeven verschillende Europese landen. Voor sommige landen rijst dan ook de vraag hoe deze logistieke centra belast moeten worden, indien er sprake is van een vaste inrichting of een dochter entiteit en hoeveel winst hieraan toegerekend dient te worden. Consumenten uit Nederland doen dus een bestelling bij Amazon Luxemburg, de goederen worden geleverd

¹⁵⁶ Kofler, Mayr & Schlager 2018, par. 2.1.

¹⁵⁷ Kofler, Mayr & Schlager 2018, par. 2.1.

¹⁵⁸ Kofler, Mayr & Schlager 2018, par. 2.1.

¹⁵⁹ Kofler, Mayr & Schlager 2018, par. 3.1.

¹⁶⁰ Kofler, Mayr & Schlager 2017, par. 3.1.

¹⁶¹ Kofler, Mayr & Schlager 2017, par. 3.2.

door een logistiek centrum in Duitsland. Duitsland belast de logistieke centra, maar er is geen fysieke aanwezigheid in Nederland. In deze context stelt het internationale belastingstelsel Nederland niet in staat om de winsten van Amazon behaald in Nederland te belasten.¹⁶² Aangezien het huidige vaste inrichtingsbegrip in de zin van artikel 5 van het OESO-Modelverdrag de nadruk legt op logistieke centra, waarmee de ‘source’ staat recht zou kunnen hebben op het belasten van de aan die centra toerekenbare winsten. Indien de logistieke centra georganiseerd zijn als lokale dochterentiteiten verschuift de vraag van de aanwezigheid van een vaste inrichting naar de kwestie van passende transfer pricing afspraken tussen de Luxemburgse entiteit, die de verkoop regelt en het intellectueel eigendom gebruikt, en de logistieke centra die verantwoordelijk zijn voor de daadwerkelijke distributie. Het gevolg hiervan is dat er concurrentievoordelen optreden voor deze digitale B2C transacties ten opzichte van vergelijkbare transacties in de traditionele economie. Niet alleen Amazon, maar ook Alibaba, Walmart, Netflix, Apple en Spotify kunnen gezien worden als een uitbreiding van de traditionele economie, in de zin dat zij in feite producenten of wederverkopers zijn.¹⁶³

Kofler, Mayr & Schlager gebruiken Google als prototype voor de nieuwe vorm van waardecreatie. Google gebruikt haar gratis zoekmachine, programma’s en applicaties om een geschikte doelgroep te bereiken, wiens gedrag wordt geanalyseerd en gebruikt voor gerichte advertenties. Google genereert dan ook de meeste omzet uit geautomatiseerde advertentie diensten. Advertentie contracten worden gesloten met een Ierse dochterentiteit van de Amerikaanse moeder, voorts leveren lokale google entiteiten enkel ondersteunende diensten aan de lokale markt. Google levert gratis diensten aan gebruikers, waarna deze gebruikers in ruil hiervoor gebruikersdata leveren. Bedrijven betalen Google voor advertentie diensten. Zolang de lokale entiteit geen vaste inrichting vormt van de Ierse dochterentiteit en de functies van de lokale entiteit niet zo betrokken zijn dat de gekozen transfer pricing structuur ter discussie kan worden gesteld, is de marktjurisdictie, zijnde de staat waar gebruikers van Google’s diensten zijn gevestigd, over het algemeen uitgesloten van het belasten van de winst van de buitenlandse onderneming.¹⁶⁴ Kofler, Mayr & Schlager zijn van mening dat deze situatie onbevredigend is en pleiten ervoor dat het internationale belastingstelsel een nieuwe nexus tot stand moet brengen waarmee rekening gehouden wordt met de waarde gecreëerd in de marktjurisdictie, het is namelijk de gebruikersdata die Google in staat stelt om gerichte advertentie diensten op de markt aan te bieden.¹⁶⁵ Google’s B2B advertentie diensten zijn duidelijk gebaseerd op de exacte kennis van Google over haar gebruikers, het proces van monetisering van gebruikersgedrag verschilt behoorlijk van waardecreatie in een klassieke waardeketen.¹⁶⁶

Kofler, Mayr & Schlager zijn van mening dat andere meerzijdige bedrijfsmodellen die vraag en aanbod met elkaar verbinden zich ergens tussen traditionele en nieuwe vormen van waarde creatie bevinden.¹⁶⁷ Het gaat hier om verschillende vormen van B2B, B2C en C2C relaties, waarbij traditionele vormen van matchmaking worden vervangen of verbeterd. Deze bedrijven kunnen lokale economieën doordringen zonder enige vorm van fysieke aanwezigheid, door de OESO verwoordt als grensoverschrijdende schaal zonder massa. Het gaat hier om veelzijdige tussenpersonen, zoals Amazon’s marktplaats of App-stores, en platforms binnen de deeleconomie, zoals Airbnb en Uber.

¹⁶² Kofler, Mayr & Schlager 2018, par. 2.2.

¹⁶³ Kofler, Mayr & Schlager 2018, par. 2.2.

¹⁶⁴ Kofler, Mayr & Schlager 2017, par. 3.3.

¹⁶⁵ Kofler, Mayr & Schlager 2017, par. 3.3.

¹⁶⁶ Kofler, Mayr & Schlager 2018, par. 2.3.

¹⁶⁷ Kofler, Mayr & Schlager 2018, par. 2.3.

Olbert & Spengel merken op dat afgezien van basisdefinities en statistieken de bedrijfsmodellen die de OESO in haar rapporten noemt onvoldoende geanalyseerd worden.¹⁶⁸ In het kader van de value chain analyse is IT niet meer een ondersteunend element zoals van oudsher aangenomen, maar door de toenemende relevantie en strategisch gebruik van informatie moet moderne value chain analyse rekening houden met een combinatie en integratie van hulpbronnen, innovatieve technologieën en informatie.¹⁶⁹ Olbert & Spengel definiëren de waardecreatie van een digitaal bedrijfsmodel als een manier waarop inkomsten worden gegenereerd, door het gebruik van data en informatie in een specifieke vorm van producten en diensten, dit proces moet worden uitgevoerd door bekwaam personeel dat handelt in strategisch management en de juiste activa gebruikt binnen hun organisatie.¹⁷⁰

Olbert & Spengel analyseren voorbeelden van bedrijfsmodellen in de B2C en B2B sector, alsmede de transformatie van traditionele bedrijfsmodellen om meer inzicht te krijgen in de belastinguitdagingen die voortkomen uit de digitalisering van de economie. Sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen classificeren onder de B2C sector indien particuliere gebruikers van de digitale goederen of diensten ofwel direct de betalende consumenten zijn of bijdragen aan het zakelijke aanbod voor commerciële klanten.¹⁷¹ Bedrijfsmodellen in de B2C sector leveren doorgaans gerichte en geïndividualiseerde producten en diensten, denk hierbij aan advertenties of platform diensten, terwijl gratis onlinediensten aan de eindgebruikers worden aangeboden. Inkomsten worden gegenereerd door bijvoorbeeld advertenties of vergoedingen voor het gebruik van onlinediensten. De betalende consumenten zijn voornamelijk bedrijven die commerciële advertentieruimte kopen of gebruikers die web gebaseerde diensten afnemen.¹⁷² Het betreft vaak online platforms die vertrouwen op wijdverspreide IT-infrastructuur, waarbij de belangrijkste fysieke elementen zich bevinden op de locatie van de moederentiteit terwijl afzonderlijke onderdelen zoals datacenters zich in de markt van de consument bevinden. De kernactiviteiten omvatten de ontwikkeling en het onderhoud van IT-infrastructuur en haar onlinediensten. Content management, marketing en gebruikersondersteuning worden deels uitgevoerd door personeel dichtbij de consument. Een significante belastbare nexus ontstaat alleen indien de lokale entiteit contractuele betrekkingen kan aangaan met de consumenten. Dit resultaat is onafhankelijk van de geografische markten waar inkomsten worden gegenereerd, zelfs als sommige activiteiten worden uitgevoerd op de locatie van de klant. Voorbeelden van dergelijke bedrijfsmodellen zijn Google met haar zoekmachine en LinkedIn.

Sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen in de B2B sector bieden digitale goederen of diensten aan voor zakelijke klanten. De klantengroep omvat alle soorten bedrijven in alle sectoren en geografische regio's met toegang tot het internet. Complexe combinaties van hardware- en softwarecomponenten vormen het hart van deze B2B bedrijfsmodellen. Enorme servers zijn aanwezig op de hoofdlocatie, terwijl kleinere complementaire hardwarecomponenten zich bevinden op de locatie van de klanten.¹⁷³ Softwareontwikkeling is de kernactiviteit van deze bedrijfsmodellen en wordt voornamelijk uitgevoerd op de locatie van de moederentiteit, die is dan ook eigenaar van het intellectuele eigendom. Inkomsten worden gegenereerd door de directe verkoop van licenties of digitale producten of diensten. Een voorbeeld hiervan is SAP SE, die zich bezighoudt met cloud applicaties en big data-analyse. Net zoals bij B2C bedrijfsmodellen komt de primaire belastbare nexus aan de heffingsjurisdictie van de

¹⁶⁸ Olbert & Spengel 2017, par. 2.1.

¹⁶⁹ Amit & Zott 2001, p. 496.

¹⁷⁰ Olbert & Spengel 2017, par. 4.1.1.

¹⁷¹ Olbert & Spengel 2017, par. 4.1.2.

¹⁷² Olbert & Spengel 2017, par. 4.1.2.

¹⁷³ Olbert & Spengel 2017, par. 4.1.3.

moederentiteit toe. Het huidige internationale belastingstelsel schrijft de meeste waarde toe aan de ontwikkeling en het onderhoud van de IT-infrastructuur en digitale producten.

Olbert & Spengel merken op dat onder het huidige internationale belastingstelsel voornamelijk belastbare nexus toekomt aan de heffingsjurisdictie van de moederentiteit. In lokale markten worden de elementen van IT-infrastructuur waarneembaar en zouden derhalve een vaste inrichting moeten vormen.¹⁷⁴ Deze elementen van de IT-infrastructuur kunnen op afstand worden beheerd, van derden worden gehuurd en verplaatst worden over verschillende jurisdicties. Onder het huidige internationale belastingstelsel wordt geacht dat deze elementen niet veel bijdragen aan de waardecreatie, waardoor te weinig winst wordt toegerekend aan de marktjurisdictie voor belastingdoeleinden.¹⁷⁵

2.6 – Implicaties van digitalisering op het huidige internationale belastingstelsel

In het BEPS-project is voor een conservatieve maar toch evolutionaire benadering gekozen, er is gewerkt aan het verhogen van ‘source’ taxation, maar de fundamentele structuur van het internationale belastingstelsel is intact gelaten, inclusief de afhankelijkheid van het ‘residence’ versus ‘source’ paradigma. In het BEPS-project werd geen oplossing aangedragen of zelfs maar een reeks concrete aanbevelingen voor herformulering van het belastingstelsel gedaan, in het kader van de digitaliserende economie. Het Interim Report laat ons op dezelfde plaats achter, alhoewel veel vooruitgang is geboekt in het begrijpen van de belastinguitdagingen die voortvloeien uit de digitalisering van de economie en de noodzaak voor een consensus in 2020.¹⁷⁶

2.6.1 – OESO-perspectief op de belastinguitdagingen van de digitale economie

Het huidige belastingraamwerk versterkt door het BEPS-project heeft als voornaamste aandachtspunt het in lijn brengen van heffingsrechten met de locatie waar economische activiteiten plaatsvinden en waarde wordt gecreëerd. De verregaande digitalisering van de economie heeft traditionele proxies uitgedaagd om bedrijfswinsten bij de zogenoemde ‘bron’ te belasten, het heeft vragen doen rijzen over de relevantie en effectiviteit van huidige nexus regels en winstallocatie regels.¹⁷⁷ De gemeenschappelijke kenmerken van de digitaliserende economie zoals eerder besproken, beïnvloeden namelijk de functies die bedrijven uitvoeren, de activa die zij gebruiken en de risico’s die zij aannemen. Derhalve beïnvloeden deze kenmerken volgens het transfer pricing model de manier waarop waardecreatie plaatsvindt en zodoende de manier waarop allocatie van de belastinggrondslag aan verschillende landen geschiedt.¹⁷⁸ Grensoverschrijdende schaal zonder massa heeft tot gevolg dat een groter deel van de winst uit grensoverschrijdende activiteiten niet wordt belast in de marktjurisdictie, ondanks het feit dat deze buitenlandse ondernemingen over een belangrijke economische aanwezigheid beschikken in de desbetreffende marktjurisdictie.¹⁷⁹ Het huidige internationale belastingstelsel is namelijk grotendeels gebaseerd op fysieke factoren om belastbare aanwezigheid vast te stellen en winsten toe te wijzen. Voorts kan een toenemende afhankelijkheid van immateriële activa uitdagingen vormen voor het huidige belastingraamwerk. Middels het BEPS-project is getracht inkomsten uit immateriële activa opnieuw in lijn te brengen met waardecreatie, door met name meer nadruk te leggen op reële economische activiteiten. Desondanks blijft het lastig om te bepalen hoe de inkomsten uit immateriële activa verdeeld moeten worden over verschillende delen van de multinationale

¹⁷⁴ Olbert & Spengel 2017, par. 4.3.

¹⁷⁵ Olbert & Spengel 2017, par. 4.3.

¹⁷⁶ Brauner 2018, p. 464.

¹⁷⁷ OECD 2018, par. 5.4, punt 380.

¹⁷⁸ Petruzzie & Buriak 2018, par. 2.2.

¹⁷⁹ OECD 2018, par. 5.4.1, punt 384.

groep. De locatie en het beheer van belangrijke immateriële activa voor sterk gedigitaliseerde ondernemingen is mogelijk niet altijd duidelijk waarneembaar, bovendien vaak moeilijk te waarderen en gemakkelijk over de grens te verplaatsen.¹⁸⁰ Tot slot kunnen data en gebruikersparticipatie uitdagingen opleveren voor zowel nexus als winst allocatie regels, data en gebruikersparticipatie zijn namelijk in toenemende mate een bron van waardecreatie geworden voor sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen, dergelijke vormen van waardecreatie worden door het huidige belastingraamwerk onvoldoende weerspiegeld. Dit maakt het at arm's length beginsel moeilijk toepasbaar en leidt ertoe dat het huidige internationale belastingraamwerk aan herziening toe is volgens de OESO.

2.6.2 – Gebrek aan consensus over noodzaak tot hervorming

Het Interim Report toont echter het gebrek aan consensus tussen landen over zowel de noodzaak van hervorming van het internationale belastingstelsel als de meest geschikte vorm die een dergelijke hervorming zou moeten aannemen, indien overeengekomen. De EU heeft daarentegen een vastberaden standpunt ingenomen en pleit ervoor dat hervorming onvermijdelijk is en richt zich met name op een nexus gebaseerde hervorming. Uit het Interim Report blijkt dat er onder de leden van het Inclusive Framework in grote mate onenigheid heerst over de betekenis van waardecreatie in het kader van de digitaliserende economie.¹⁸¹ Zo worden de eerder geïdentificeerde kenmerken¹⁸² van de digitaliserende economie weliswaar algemeen erkend maar bestaat er geen consensus over hun relevantie en belang voor de locatie van waardecreatie en de identiteit van de waarde schepper.¹⁸³ Uit het Interim Report blijkt dat er algemene overeenstemming is over het feit dat grensoverschrijdende schaal zonder massa en de sterke afhankelijkheid van immateriële activa erg relevant zijn voor de waardecreatie van sterk gedigitaliseerde bedrijven maar er zijn ook partijen die vinden dat deze karakteristieken niet exclusief of uniek zijn voor sterk gedigitaliseerde bedrijven.¹⁸⁴ Voorts bestaat ten aanzien van data en gebruikersparticipatie algemene overeenstemming dat het hier gaat om gemeenschappelijke kenmerken voor sterk gedigitaliseerde bedrijven. De meningen zijn echter sterk verdeeld over de vraag of data en gebruikersparticipatie bijdragen aan de waardecreatie van gedigitaliseerde bedrijven en in hoeverre dit dan wel niet het geval zou zijn.¹⁸⁵ Het is niet eenvoudig om op internationaal niveau consensus te bereiken over de manier waarop bepaald dient te worden waar waardecreatie plaatsvindt. Is het productieland doorslaggevend of gaat het om het land waar het idee is bedacht of toch het land waar de consumenten zich bevinden?¹⁸⁶ De belangen van verschillende landen zijn dan ook behoorlijk tegenstrijdig. De hierboven geschetste uiteenlopende reacties van verschillende OESO-landen tonen de ongelijkheid van beleidsbenaderingen tussen belanghebbenden in het huidige debat, Brauner merkt op dat een dergelijke dispariteit het debat in het laatste decennium dan ook typeert.¹⁸⁷

2.6.3 – Voorstanders van hervorming

De impact van digitalisering op traditionele bedrijfsmodellen en de opkomst van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen die hiermee gepaard gaan hebben ertoe geleid dat bedrijven tegenwoordig op een fundamenteel andere wijze opereren dan in de tijd dat het internationale belastingstelsel werd ontworpen. Zodoende gaat de digitalisering van de economie gepaard

¹⁸⁰ OECD 2018, par. 5.4.1, punt 385.

¹⁸¹ OECD 2018, p. 25.

¹⁸² De karakteristieken zoals in hoofdstuk 2 besproken zijn: grensoverschrijdende schaal zonder massa, sterke afhankelijkheid van immateriële activa en het belang van data en gebruikersparticipatie.

¹⁸³ OECD 2018, p. 25.

¹⁸⁴ OECD 2018, p. 25.

¹⁸⁵ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 144.

¹⁸⁶ Kroon 2016, par. 3.

¹⁸⁷ Brauner 2018, p. 462.

met grote uitdagingen voor het internationale belastingstelsel is de gedachte. In de literatuur wordt hierover opgemerkt dat huidige internationale belastingwetgeving en onderliggende principes in toenemende mate onder druk zijn komen te staan als gevolg van deze veranderende omgeving en onvoldoende rekening hebben gehouden met de nieuwe trend.¹⁸⁸ Een van de meest opvallende kenmerken van het huidige debat inzake de belastingheffing van de digitaliserende economie is de overweldigende consensus dat het internationale belastingkader duidelijk tekort schiet en derhalve hervormd dient te worden.¹⁸⁹ De visie is namelijk dat het traditionele internationale belastingkader gebouwd is op het achterhaalde idee van een ‘brick and mortar’ economie, die al geruime tijd niet meer voldoet aan de eisen van de huidige digitaliserende economie.¹⁹⁰

Geopolitieke veranderingen zoals de groei van opkomende economieën geleid door de BRICS-landen heeft de roep om hervorming van het internationale belastingstelsel vergroot, waarbij heffingsrechten rechtvaardiger verdeeld moeten worden ten gunste van ‘source’ of marktjurisdicties, waar de consumenten wonen, ten koste van de traditionele verdeling die gebaseerd is op waar het kapitaal en de multinationale ondernemingen gevestigd zijn.¹⁹¹ Argumenten ten gunste van internationale belastinghervorming in het kader van de digitalisering van de economie komen doorgaans voort uit twee aannames. Om te beginnen heeft digitalisering grenzen doen vervagen waardoor fysieke aanwezigheid middels een vaste inrichting veelal niet meer nodig is om goederen en diensten in een markt te verkopen, wat uitdagingen voor het bepalen van de belastinggrondslag met zich meebrengt.¹⁹² Over de gehele wereld worden producten aangeboden, dit vertaalt zich dan ook in een groter marktbereik, lagere prijzen en nieuwe kansen.¹⁹³ Voorts zijn sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen veelal gebaseerd op immateriële activa en schaalvoordelen.¹⁹⁴ Met betrekking tot immateriële activa zijn patenten en algoritmen doorslaggevend en ten aanzien van schaalvoordelen zijn netwerk effecten in het bijzonder van belang. Dit stelt deze bedrijfsmodellen in staat om de locatie van hun centrale functies en waarde creërende factoren onder te brengen in een land naar keuze, doorgaans niet zijnde het land waar de eindconsument woont, noch het land waar het moederbedrijf gevestigd is.¹⁹⁵

Het uitgangspunt waarop de nexus regels zijn gebaseerd is grofweg een eeuw van toepassing in het internationale belastingstelsel, internationale handel draaide vroeger vooral om bulkhandel en kapitaalintensieve ‘bricks and mortar’-industrieën.¹⁹⁶ Tegenwoordig profiteren multinationale ondernemingen van open markten, mobiele immateriële activa en het internet, waardoor de instrumenten in het internationale belastingrecht eenvoudig verouderd en ongeschikt zijn geraakt.¹⁹⁷ Middels digitale kanalen kunnen consumenten direct met elkaar zaken doen, waardoor traditionele intermediairs overbodig raken, consumenten worden dan ook in toenemende mate medeproducent waardoor een consumer-to-consumer markt ontstaat.¹⁹⁸

Voorstanders van hervorming van het huidige internationale belastingstelsel wijzen voorts op de toenemende bezorgdheid over verstoorde concurrentie. Zo zijn multinationale

¹⁸⁸ Olbert & Spengel 2017, p. 4;

¹⁸⁹ Schön 2018, par. 1; EC 2017, p. 2; De Wilde 2018, par. 2; Baez & Brauner 2015, p. 15; Englisch 2015, p. 282;

¹⁹⁰ Kofler, Mayr & Schlager 2017, par. 1; Brauner & Pistone 2017, par. 1; Brauner 2018, p. 462.

¹⁹¹ Brauner 2018, 463.

¹⁹² Merkx 2018, par. 2; Olbert & Spengel 2017, p. 4; EC 2017, p. 2.

¹⁹³ EC 2017, p. 4-5.

¹⁹⁴ Schön 2018, par. 1.

¹⁹⁵ EC 2014, p. 5; EC 2017, p. 2; Merkx 2018, par. 2

¹⁹⁶ De Wilde 2015, par. 2.1.

¹⁹⁷ De Wilde 2015, par. 2.1.

¹⁹⁸ Kroon 2016, par. 3.

ondernemingen met sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen doorgaans in staat om activa en winsten te verschuiven naar belastingparadijzen, bovendien profiteren zij van een gebrek aan substantiële belastingheffing in de marktjurisdictie.¹⁹⁹ Multinationale ondernemingen die doorgaans woonachtig zijn in een ontwikkeld land, kunnen als gevolg van de kenmerken van de digitaliserende economie, volledig opereren in ontwikkelingslanden, waarbij geprofiteerd wordt van de voordelen van hun markten zonder enige fysieke aanwezigheid waardoor onvoldoende belastbare aanwezigheid is.²⁰⁰ Het gevolg hiervan is dat essentiële concurrentievoordelen optreden ten opzichte van binnenlandse bedrijven. De visie is dat rekening gehouden moet worden met de marktjurisdictie, zeker indien de vestigingsstaat of een andere ‘source’ jurisdictie onvoldoende belasting heft.

Veel voorstanders van hervorming proberen belastinghervorming te rechtvaardigen door te verwijzen naar bestaande consensus over overkoepelende belastingbeginselen, die in het verleden de basis hebben gelegd van het internationale belastingstelsel en nu ook als leidraad zouden moeten dienen.²⁰¹ In de literatuur wordt het historische argument aangehaald, waarbij als compromis tussen ‘residence’ en ‘source’ jurisdicties de marktjurisdictie middels vaste inrichtingen of dochtermaatschappijen een deel van de winst mag belasten.²⁰² De digitalisering van de economie heeft deze balans verstoord en dreigt het inkomstendeel van de marktjurisdictie uit te hollen. Zodoende hebben marktjurisdicties het recht om een hervorming van de verdeling van de heffingsrechten te eisen, waardoor hun traditionele aandeel in de internationale belastinggrondslag wordt hersteld.²⁰³ In moderne termen wordt sinds het BEPS-project de allocatie van heffingsrechten gerechtvaardigd middels de term waardecreatie. Zowel de OESO²⁰⁴ als de EC²⁰⁵ zijn deze term in toenemende mate gaan gebruiken.

2.6.4 – Tegenstanders van hervorming

De machtigste belanghebbenden, geleid door de meest ontwikkelde wereldeconomieën verzetten zich tegen hervorming, zij beseffen zich goed dat hervorming zal leiden tot verlies van hun controlerende machtspositie van het internationale belastingkader. De nadruk die zij middels de OESO hebben gelegd op residence based belastingheffing, hebben hen in staat gesteld om een groot deel van de heffingsrechten naar zich toe te trekken.²⁰⁶ Zelfs in de literatuur wordt de wijsheid van hervormingen betwijfeld en wordt gepleit voor traditionele manieren om de belastingtechnische uitdagingen die voortvloeien uit de digitaliserende economie het hoofd te bieden.²⁰⁷ Het argument van de voorstanders van hervorming dat digitalisering grenzen heeft doen vervagen waardoor fysieke aanwezigheid niet meer nodig is, de toenemende afhankelijkheid van immateriële activa en schaalvoordelen zijn weliswaar ingrijpende veranderingen in de echte wereld. Echter vereist het noodzakelijkerwijs niet een herziening van het internationale belastingstelsel volgens Schön.²⁰⁸ Het heeft om te beginnen namelijk alleen tot gevolg dat de bedrijfswinsten van buitenlandse aanbieders niet in de jurisdictie van de consument worden belast maar in de vestigingsstaat van de aanbieder of een andere ‘source’ jurisdictie waar functies worden uitgevoerd. Derhalve zal een toenemend deel van de bedrijfswinsten uit grensoverschrijdende verkopen of diensten niet worden belast

¹⁹⁹ EC 2014, p. 41; EC 2017, p. 2.

²⁰⁰ Brauner 2018, p. 463.

²⁰¹ Schön 2018, par. 1.

²⁰² Pinto 2017, p. 299; Baez & Brauner, p. 5.

²⁰³ Schön 2018, par. 1.

²⁰⁴ OECD 2015, para 204.

²⁰⁵ EC 2017, p.3.

²⁰⁶ Brauner 2018, p. 462.

²⁰⁷ Schön 2018.

²⁰⁸ Schön 2018, par. 1.

in de marktjurisdictie.²⁰⁹ Schön is van mening dat er een extra stap gezet moet worden om belastinghervorming te rechtvaardigen en merkt hierover op dat fiscale wetgeving lange termijn waarde oordelen en politieke overeenkomsten tot uitdrukking dient te brengen, waarbij algemene normen worden gehanteerd die toegepast kunnen worden op nieuwe feiten ongeacht (technologische) veranderingen in de echte wereld. Om een update van de wetgeving te rechtvaardigen is een specifiek beleidsargument nodig, aldus Schön.²¹⁰

Tegenstanders van hervorming van het huidige internationale belastingstelsel wijzen erop dat de digitalisering van de economie gepaard gaat met een groeiende belastinggrondslag, die rijp is om geoogst te worden. Dit ziet met name op waardevolle multinationale ondernemingen zoals Amazon, Apple en Google die enorme winsten behalen in marktjurisdicties zonder substantieel belast te worden in deze jurisdicties. Doordat marktjurisdicties proberen aan te tonen dat de belastinggrondslag verbonden is met hun rechtsgebied en derhalve een deel van de inkomsten claimen, kan dit leiden tot een stijging van de algehele belastingdruk met betrekking tot de vennootschapsbelasting.²¹¹ Aangezien ook de vestigingsstaat en andere ‘source’ jurisdicties hun claim uitoefenen kan de claim door de marktjurisdictie leiden tot dubbele belastingheffing.

Voorts baseren voorstanders van hervorming zich op fundamentele principes zoals waardecreatie. Het wordt betoogd dat in de huidige digitaliserende economie waarde wordt gecreëerd op de virtuele marktplaats, zijnde lokale gemeenschappen waar bedrijven platforms opzetten waarop gebruikers waardevolle informatie delen en waardevolle diensten ontvangen.²¹² Er bestaat echter zoals eerder opgemerkt geen consensus over de impact van het waardecreatie concept in de huidige digitaliserende economie.²¹³ Ik ben het met Schön eens dat het voorbarig en gevaarlijk is om een huis te bouwen op een fundament dat nog niet volledig ontwikkeld en begrepen is.²¹⁴ Een uitvoerige analyse van het waardecreatie concept volgt in hoofdstuk drie.

2.7 – Conclusie

De fundamentele regels van het internationale belastingstelsel geven aan hoe een nexus vastgesteld dient te worden en hoe winstallocatie aan deze nexus dient te geschieden. Heffingsbeginselen zijn uitgangspunten waarop staten hun nationale heffingsbevoegdheid baseren. Onder het huidige internationale belastingstelsel wordt de heffingsbevoegdheid over bedrijfswinsten die door een onderneming verkregen worden verdeeld middels de heffingsbeginselen ‘source’ en ‘residence’, oftewel het bronstaatbeginsel of het woonstaat-/vestigingsstaatbeginsel. Bedrijfswinsten worden uitsluitend belast in de staat van verblijf ofwel ‘residence’, tenzij middels een vaste inrichting bedrijvigheid wordt uitgeoefend in de andere staat, namelijk de ‘source’ staat. Nadat middels nexus regels is vastgesteld welk land de bedrijfswinsten van een onderneming mag belasten, dient winstallocatie te geschieden op basis van het at arm’s length beginsel.

De snelle opkomst van de digitalisering van de economie is de meest opvallende trend van het afgelopen decennium, digitalisering wordt beschouwd als de belangrijkste ontwikkeling van de economie sinds de industriële revolutie, het is dan ook een van de meest cruciale

²⁰⁹ Schön 2018, par. 1.

²¹⁰ Schön 2018, par. 1.

²¹¹ Andersson 2017, par. 2.

²¹² Hongler & Pistone merken hierover op dat waardecreatie binnen de digitaliserende economie betekent dat niet alleen de aanbodzijde van een onderneming waarde creëert maar ook de markt zelf de waarde van een onderneming verhoogt (zie Hongler & Pistone 2015, p. 3); Kofler, Mayr & Schlager 2017, par. 1.

²¹³ Olbert & Spengel 2017, p. 5.

²¹⁴ Schön 2018, par. 1.

drijfveren voor groei en innovatie. De digitalisering van de economie biedt veel kansen voor bedrijven en beïnvloedt de functies die bedrijven uitvoeren, de activa die ze gebruiken en de risico's die zij nemen. De gemeenschappelijke kenmerken van de digitaliserende economie omvatten afhankelijkheid van data en gebruikersparticipatie, grensoverschrijdende schaal zonder massa en het gebruik van immateriële activa. Het belang van data-analyse, gebruikersparticipatie en netwerkeffecten is een cruciaal onderdeel in het waardecreatie proces voor sterk gedigitaliseerde ondernemingen. Sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen gebruiken data als een van de meest belangrijke generatoren van inkomsten; vaak wordt in dit kader verwezen naar de term data monetisering. Technologische ontwikkelingen maken het voor bedrijven mogelijk om economische activiteiten uit te oefenen en zodoende aanzienlijk te groeien in omvang en bereik met een minimale toename van fysieke aanwezigheid, dit fenomeen wordt door de OESO aangeduid met de term 'schaal zonder massa'. Bedrijven kunnen zodoende effectief betrokken zijn bij het economische leven in verschillende rechtsgebieden zonder enige of significante fysieke aanwezigheid in desbetreffende jurisdicties. Voorts zijn sterk gedigitaliseerde ondernemingen erg afhankelijk van immateriële activa om te kunnen groeien en waarde te creëren. Verschillende manieren om bedrijfsmodellen in de digitaliserende economie te classificeren zijn mogelijk. Zo kan onderscheid gemaakt worden tussen e-commerce, cloud computing, participatieve netwerk platforms, bedrijfsmodellen gericht op onlineadvertenties, handel met hoge frequenties, online betalingsdiensten en app-stores. Maar ook tussen zogenoemde 'business lines' namelijk meerzijdige bedrijfsmodellen, wederverkopers, verticaal geïntegreerde bedrijven en invoer leveranciers.

Het huidige internationale belastingstelsel tracht sinds het BEPS-project heffingsrechten in lijn te brengen met de locatie waar economische activiteiten plaatsvinden en waar derhalve waarde wordt gecreëerd. De gemeenschappelijke kenmerken van de digitaliserende economie beïnvloeden de functies die bedrijven uitvoeren, de activa die zij gebruiken en de risico's die zij aannemen. Derhalve beïnvloeden deze kenmerken volgens het transfer pricing model de manier waarop waardecreatie plaatsvindt en zodoende de manier waarop allocatie van de belastinggrondslag aan verschillende landen geschiedt. Tot slot zijn de argumenten van voorstanders en tegenstanders van hervorming van het internationale belastingstelsel geanalyseerd.

Hoofdstuk 3 – Waardecreatie en gebruikersparticipatie

Kernelement 1: de afhankelijkheid van data en gebruikers

3.1 – Inleiding

In dit hoofdstuk volgt een analyse van het waardecreatie paradigma in het kader van het internationale belastingstelsel. Waardecreatie vormt namelijk een fundamenteel onderdeel van het debat inzake de belastinguitdagingen die voortvloeien uit de digitalisering van de economie. Na de reikwijdte van de term waardecreatie en de toepassing ervan in het internationale belastingstelsel onderzocht te hebben, volgt een onderzoek naar de rol van gebruikers in het waardecreatie proces. Er vindt een kritische analyse plaats van het argument dat vanwege de betrokkenheid van gebruikers in het waardecreatie proces van bedrijven, de locatie van deze gebruikers heffingsrechten zouden moeten opleveren voor desbetreffende landen. De voorstellen van HM Treasury en de EC die samenhangen met deze gedachte worden dan ook onderworpen aan een kritische analyse.

3.2 – Internationale belastingheffing in lijn met ‘waardecreatie’

3.2.1 – Introductie

De term waardecreatie domineert het internationale debat over fiscaal beleid en regelgeving sinds de introductie van BEPS en speelt een essentiële rol bij de belastinguitdagingen die voortvloeien uit de digitaliserende economie.²¹⁵ Het centrale idee achter het OESO/G20 BEPS-project ter bestrijding van grondslaguitholling en winstverschuiving, is er voor te zorgen dat winsten belast worden daar waar de economische activiteiten plaatsvinden en waar zogenoemde waardecreatie plaatsvindt.²¹⁶ Het waardecreatie concept heeft dan ook als basis gefungeerd voor het BEPS-project; zo zijn in BEPS-actiepunten 6 t/m 10²¹⁷ uit 2015 verwijzingen gemaakt naar de term waardecreatie.²¹⁸ Conform het BEPS-actieplan lijkt het erop dat de term waardecreatie breed geïnterpreteerd dient te worden en als essentieel instrument fungeert om politieke verwachtingen in te willigen.²¹⁹ In dit kader wordt de term waardecreatie met name in verband gebracht met belastingparadijzen waar geen economische waarde wordt gecreëerd. De term waardecreatie is dan ook hét middel tegen praktijken die belastbaar inkomen proberen te scheiden van de activiteiten die het genereren, aldus het BEPS-actieplan.²²⁰ Voorts wordt in het BEPS-actieplan in het kader van transfer pricing verwezen naar het belang van waardecreatie ter bestrijding van het gebruik van immateriële activa zonder activiteiten en het formeel aannemen van risico's met als doel om winsten te verschuiven.²²¹ Tot slot merkt het BEPS-actieplan op dat de digitalisering van de economie fundamentele vragen oproept over hoe waarde wordt gecreëerd en hoe winsten worden gemaakt.²²² Verder is in het Interim Report²²³ van de OESO/G20 verwezen naar het waardecreatie concept, alsmede in het rapport van de Europese Unie uit 2018 inzake de digitaliserende economie.²²⁴ Het is dan ook niet verwonderlijk dat de EU en een aantal van

²¹⁵ Vanistendael 2018.

²¹⁶ OECD 2013.

²¹⁷ In BEPS-actiepunt 8-10 wordt in het kader van transfer pricing de term waardecreatie gehanteerd. Bovendien verwijst de laatste paragraaf van de public discussion draft bij BEPS-actiepunt 7 naar de manier waarop waardecreatie gebruikt wordt in BEPS-actiepunt 8. Voorts verwijst BEPS-actiepunt 6 niet direct naar de term waardecreatie maar wordt in de introductie bij BEPS-actiepunt 6 gerefereerd naar economische activiteiten die inkomen genereren, hieruit blijkt de invloed van de term waardecreatie.

²¹⁸ Vanistendael 2018, p. 1386.

²¹⁹ OECD 2013, p. 26.

²²⁰ OECD 2013, p. 10.

²²¹ OECD 2013, p. 14.

²²² OECD 2013, p. 10.

²²³ OECD 2018, par. 2.3.

²²⁴ EU 2018. Zo schrijft de EC bij haar voorstel voor een digital presence permanent establishment: 'It remains fully grounded on the most basic principle of corporate taxation – namely, that profits should be taxed where value is created.'

haar lidstaten deze stellingname in het kader van de internationale allocatie van heffingsrechten verscheidene malen hebben herhaald.²²⁵

Waardecreatie wordt het nieuwe mantra genoemd van het internationale belastingrecht,²²⁶ ook wordt het aangeduid als een nieuw concept²²⁷, voorts wordt gesproken van een nieuwe standaard of een nieuw beginsel.²²⁸ In beleidsdocumenten en juridische instrumenten duikt deze term dan ook in toenemende mate op als rechtvaardiging voor nieuwe internationale belastingregels.²²⁹ Dit doet de vraag rijzen wat nu exact bedoeld wordt met waardecreatie en of hier daadwerkelijk sprake is van een nieuw fenomeen voor de allocatie van heffingsrechten.²³⁰ Uit de academische literatuur blijkt dat er geen gemeenschappelijke en beknopte definitie bestaat van het begrip waardecreatie in relatie tot de digitaliserende economie en dat waardecreatie geen traditioneel concept van het internationale belastingstelsel behelst.²³¹ Als gevolg hiervan lijkt een opmerkelijke ambiguïteit aanwezig te zijn, namelijk dat iedereen het eens is met het principe van belastingheffing conform waardecreatie, maar niemand het eens is over wat dit daadwerkelijk betekent. Vaststaat dat er nog veel onduidelijkheid heerst over de betekenis van waardecreatie in het internationale belastingrecht. Aangezien de OESO in 2020 consensus nastreeft over de manier waarop de digitaliserende economie adequaat belast dient te worden in internationaal perspectief, is het van cruciaal belang dat de exacte betekenis van de term waardecreatie alom bekend raakt.²³² Een breed begrip van de term verhoogt derhalve de kans op een consensus en de diepte van elke mogelijke consensus die bereikt wordt.²³³ Zodoende wordt in deze paragraaf getracht de diepere betekenis achter de term waardecreatie en de implicaties hiervan voor het internationale belastingstelsel te doorgronden.

3.2.2 – Ontstaansgeschiedenis van de term waardecreatie

Het fundament van het huidige internationale belastingstelsel stamt uit de jaren 1920, toen internationale overeenkomsten over het vermijden van dubbele belasting door de Volkenbond zijn opgetuigd. In tegenstelling tot de term waardecreatie vormde het idee van de zogenoemde ‘economic allegiance’ van een bedrijf aan een bepaalde heffingsjurisdictie het doorslaggevende beginsel voor de allocatie van heffingsrechten tussen jurisdicties; deze theorie is dan ook opgenomen in het in 1923 gepubliceerde Report on Double Taxation.²³⁴ De economic allegiance theorie heeft geleid tot het internationaal geaccepteerde vaste inrichtingsbegrip, waarmee een nexus werd gecreëerd voor de uitoefening van heffingsrechten door staten waar bedrijven economisch actief zijn, niet zijnde de vestigingsstaten. De economic allegiance theorie omvat vier elementen, zijnde oorsprong,

²²⁵ Zie EC 2018, p. 4, HMT 2018, p. 4 & Assemblée Nationale 2018, p. 167.

²²⁶ Olbert & Spengel 2017, Christians 2018.

²²⁷ Hey 2018, Vanistendael 2018.

²²⁸ Herzfeld 2017, Morse 2018.

²²⁹ Schwarz 2018.

²³⁰ Schwarz werpt de vraag op of hier sprake is van oude wijn in nieuwe zakken of nieuwe wijn in oude zakken (zie Schwarz 2018).

²³¹ Olbert & Spengel noemen het ontbreken van een gemeenschappelijke definitie een van de grootste valkuilen in de huidige discussie (zie Olbert & Spengel 2017, p. 21); Herzfeld noemt waardecreatie een onsamenhangend en slecht gedefinieerd begrip, waar tevens niet alle landen het over eens zijn (zie Herzfeld 2017, p. 42); Morse noemt waardecreatie een rommelig, politiek idee, net zoals de vennootschapsbelasting zelf, volgens Morse is niet duidelijk wat moet worden verstaan onder waardecreatie, duidelijk is alleen dat geen waardecreatie plaatsvindt indien er geen reële aanwezigheid is, bijvoorbeeld indien er sprake is van een belastingparadijs waar alleen aanwezigheid op papier bestaat (zie Morse 2018, p. 196); Schön merkt op dat het vage idee van waardecreatie niet bijdraagt aan het ontwikkelen van een coherent concept voor het internationale belastingstelsel inzake de digitaliserende economie (Zie Schön 2018, p. 280); Christians merkt op dat waardecreatie niet eens conceptueel coherent is als een theorie, weinig te maken heeft met het accuraat vastleggen van inkomen en niet verdedigd kan worden op normatieve gronden (zie Christians 2018, p. 1); Hey wijst erop dat het concept nooit is verduidelijkt in een van de BEPS-publicaties, bovendien verklaart geen enkele BEPS-publicatie waarom dit concept het onderliggende principe van de internationale allocatie van heffingsrechten zou moeten zijn (zie Hey 2018);

²³² OECD 2018, par. 1.5.

²³³ Lennard 2018, par. 1.

²³⁴ League of Nations 1923, p. 20 – 21.

situs, invorderbaarheid en woonplaats.²³⁵ De OESO bouwde voort op deze begrippen, sinds het eerste Modelverdrag van de Volkenbond in 1928 zijn ‘residence’ en ‘source’, oftewel het woonstaat-/vestigingsstaatbeginsel en bronstaatbeginsel, leidende beginselen geworden voor het heffen van vennootschapsbelasting en het alloceren van heffingsrechten in belastingverdragen.²³⁶ De OESO hanteert dan ook ‘source’ oftewel bron als cruciaal uitgangspunt voor de belastingheffing van bedrijfswinsten en in geval van gesplitste productieketens zoekt de OESO zijn toevlucht tot de at arm’s length prijs om de desbetreffende bron van de winsten te bepalen.²³⁷

Als reactie op tekortkomingen van het at arm’s length beginsel heeft de OESO in haar BEPS-project het voornemen geuit om belastingheffing in lijn te brengen met waardecreatie, waarmee de term waardecreatie in feite als leidend naar voren werd gebracht ter bestrijding van alle tekortkomingen van het traditionele internationale belastingstelsel en om het internationale belastingstelsel geschikt te maken voor de 21^e eeuw.²³⁸ Er werd geen poging gedaan om de locatie van waardecreatie te definiëren of de inpasbaarheid van het waardecreatie concept in het hedendaagse at arm’s length principe te onderzoeken.²³⁹ De nieuwe waardecreatie terminologie werd bewust vaag en flexibel gehouden zodat elke partij haar eigen voorkeuren voor fiscaal beleid erin kon projecteren en consensus mogelijk werd over de algemene richting van de hervormingen onder leden van het Inclusive Framework in het kader van BEPS.²⁴⁰ Als gevolg hiervan is de kans op consensus gebaseerde oplossingen voor de bredere uitdagingen die de digitalisering van de economie met zich meebrengt aanzienlijk toegenomen. In de academische literatuur is zoals reeds aangetoond felle kritiek geuit op de vage terminologie inzake waardecreatie, voor beleidsmakers en academici die grip proberen te krijgen op dit begrip is de onvermijdelijke vraag of waardecreatie enkel als synoniem voor het traditionele ‘source’ concept dient, of verder gaat dan dat.²⁴¹ Het grote gevaar van de huidige nadruk op de term waardecreatie als fundament voor een nieuw belastingkader is dat zonder consensus over wat de term waardecreatie daadwerkelijk behelst, elke consensus op basis van deze term door verschillende lenzen zal worden bekeken met alle gevaren voor dubbele belastingheffing en andere onzekerheden van dien.²⁴²

3.2.3 – Reikwijdte van de term conform de economische wetenschap

De termen waarde en waardecreatie vormen cruciale bouwstenen in de economische literatuur inzake management en organisatie.²⁴³ Conform de neoklassieke theorie streven bedrijven winstmaximalisatie na voor de aandeelhouders en bestaat de economische waarde uit een optelsom van het consumentensurplus²⁴⁴ en het producentensurplus²⁴⁵. Waardecreatie vindt derhalve plaats indien de prijs die consumenten betalen hoger is dan de productiekosten. Dit wordt door Porter en Millar gedefinieerd als de kwantitatieve vorm van waarde.²⁴⁶ Tegenover de kwantitatieve vorm van waarde staat de kwalitatieve vorm van waarde. Deze wordt door Conner gedefinieerd als de voordelen voor de consument en behelst de extra voordelen die het product verschaft in vergelijking met andere producten, met andere woorden wat het product uniek en onderscheidend maakt in de ogen van de consument.

²³⁵ League of Nations 1923, p. 22 – 27.

²³⁶ Burgers 2018, par. 4.

²³⁷ Zie bijvoorbeeld art. 7 lid 2 & art. 9 lid 1 OESO-MV.

²³⁸ Becker & Englisch 2018, par. 1.

²³⁹ Herzfeld 2017, p. 1.

²⁴⁰ Becker & Englisch 2018, par. 1.

²⁴¹ Becker & Englisch 2018, par. 1.

²⁴² Lennard 2018, par. 2.5.

²⁴³ Petruzzie & Buriak 2018, par. 5.2.2.

²⁴⁴ Het verschil tussen de hoogste prijs die consumenten bereid zijn te betalen en de prijs die daadwerkelijk betaald wordt.

²⁴⁵ Het verschil tussen de prijs waarvoor het bedrijf verkoopt en de productiekosten.

²⁴⁶ Porter & Millar 1985, p. 3.

Indien identieke producten worden verkocht in vergelijking met de concurrentie behelst het de voordeligere kostenpositie.²⁴⁷ De zogenoemde ‘theory of value’ tracht antwoord te geven op de vraag waarom goederen en diensten geprijsd zijn zoals ze zijn en hoe de waarde van goederen en diensten tot stand komt. Moderne economische literatuur grijpt aan bij de subjectieve waardetheorie, waarbij de waarde van goederen en diensten in essentie ligt in ‘the eye of the beholder’ oftewel afhankelijk is van de consument.²⁴⁸ Conform de subjectieve waardetheorie is de waarde van goederen of diensten niet afhankelijk van de arbeid of de eigenschappen die ermee samenhangen, maar is de waarde afhankelijk van de wensen en behoeften van de consument.²⁴⁹ De term waarde ziet derhalve op de maximale hoeveelheid geld die consumenten bereid zijn te betalen voor bepaalde goederen of diensten.

Bowman en Ambrosini hanteren in dit kader de termen gebruikswaarde en ruilwaarde, onder gebruikswaarde wordt de kwalitatieve vorm van waarde verstaan, zijnde de specifieke eigenschappen van een product die door klanten worden ervaren in verhouding tot hun behoeften.²⁵⁰ De ruilwaarde ziet op de kwantitatieve vorm van waarde en komt neer op de monetaire hoeveelheid die gerealiseerd wordt op moment van verkoop van het product, het gaat hier derhalve om de prijs.²⁵¹ Belastingstelsels grijpen doorgaans aan bij de feitelijke betalingen op basis van de marktprijs. Waarde betekent in conventionele belastingstermen dan ook de verkoopprijs van een bepaald product, echter kan deze kwantitatieve vorm van waarde de ware waarde substantieel onderschatten. Neem het voorbeeld van schoon drinkwater: het betreft hier ongetwijfeld een van de meest waardevolle goederen op aarde, de prijs is echter uitermate laag. Zodoende lijkt de nadruk met name te liggen op de kwalitatieve vorm van waarde. Het waardecreatie proces kan derhalve beschreven worden als het proces waarin bedrijven kwalitatieve waarde proposities voor de consument creëren in ruil voor winst.²⁵² Om erachter te komen waar waardecreatie plaatsvindt dienen de kwalitatieve kenmerken van waarde onderzocht te worden. In relatie tot de kwalitatieve kenmerken van waarde is de rol van consumenten de afgelopen decennia in hoog tempo toegenomen; consumenten dragen bij aan de waardecreatie van sterk gedigitaliseerde bedrijven door informatie over zichzelf te verstrekken en de bedrijven toestemming te geven deze informatie te verwerken en te verkopen. De creatie van economische waarde is dan ook verschoven van de extractie van grondstoffen, naar de productie van goederen, de levering van diensten en momenteel het voorzien in een gebruikerservaring.²⁵³ Sterk gedigitaliseerde bedrijven zijn erin geslaagd de waarde die consumenten creëren en hun gebruikerservaring efficiënt te benutten.

Meer recent vragen economen zich in toenemende mate af wat waardecreatie daadwerkelijk inhoudt,²⁵⁴ zo pleit Mazzucato voor herziening van het waardecreatie concept dat ingebed is in het neoklassiek economisch denken.²⁵⁵ Mazzucato is van mening dat het neoklassiek economisch denken voorbij gaat aan de sterke politieke vooringenomenheid die gepaard gaat met de ontwikkeling van economische ideeën over wat waarde creëert.²⁵⁶ Mazzucato refereert naar de moderne economische subjectieve waardetheorie als een moderne mythe van waardecreatie, aangezien modern economische theorieën inherent subjectief zijn en

²⁴⁷ Conner 1991, p. 132.

²⁴⁸ De moderne subjectieve waardetheorie is ontwikkeld door William Stanley Jevons, Léon Walras en Carl Menger eind 19^e eeuw (zie Stigler 1950).

²⁴⁹ Stigler 1950.

²⁵⁰ Bowman & Ambrosini 2000, p. 2.

²⁵¹ Bowman & Ambrosini 2000, p. 3.

²⁵² Petruzzie & Buriak 2018, par. 5.2.2.

²⁵³ Gritzali, Voyer, Taillard & Glaveanu 2014.

²⁵⁴ Herzfeld 2018, p. 261.

²⁵⁵ Mazzucato 2018, p. 10.

²⁵⁶ Mazzucato 2018, p. 10.

geworteld in politieke rechtvaardiging in plaats van harde wetenschap.²⁵⁷ Mazzucato is van mening dat welvaart wordt gecreëerd door een collectieve inspanning waarin de overheid een cruciale rol speelt. Bovendien wordt moderne economie in haar visie ten onrechte gebruikt om de onevenwichtigheid in de verdeling van de winsten uit economische groei te rechtvaardigen. Of men het nu eens of oneens is met de radicale visie van Mazzucato, de grootste verdienste van haar werk is dat zij de fundamentele vragen inzake het waardecreatie concept heeft getracht te beantwoorden. De vragen die zij oproept over onze definities van waardecreatie betwisten de legitimiteit van regelgeving waarmee internationale heffingsrechten worden gealloceerd middels een slecht gedefinieerd en politiek gedreven concept.²⁵⁸ Een heroverweging van waardecreatie in een breder perspectief heeft belangrijke implicaties voor het BEPS-project en lopende initiatieven waarmee nieuwe manieren worden gezocht om winsten in de digitaliserende economie adequaat te belasten.

3.2.4 – Waardecreatie in het internationale belastingstelsel

De discussie over de betekenis van de term waardecreatie in het huidige internationale belastingstelsel leidt onvermijdelijk tot eerder gevoerde fundamentele complexe discussies inzake ‘source’. Bedrijfswinsten worden in het huidige internationale belastingstelsel primair belast bij de ‘source’, de bron van inkomen is eenvoudig te lokaliseren indien economische activiteiten enkel plaatsvinden in één jurisdictie. Indien economische activiteiten echter in verschillende jurisdicties plaatsvinden ontstaat een complexe discussie over de vraag waar de bron van inkomen zich bevindt voor belastingdoeleinden. Met zoveel uiteenlopende factoren gelokaliseerd in verschillende jurisdicties die bijdragen aan waarde is het sinds jaar en dag een complexe aangelegenheid geweest om algemeen aanvaarde overeenstemming te vinden voor de betekenis van ‘source’.²⁵⁹ Zoals in hoofdstuk twee is besproken hebben belastingverdragen en nationale belastingstelsels in dit kader algemeen aanvaarde regels ontwikkeld. Om te beginnen dient voldoende nexus (verbondenheid) aanwezig te zijn tussen de economische activiteiten die winst genereren en het grondgebied van een jurisdictie waar de entiteit niet ingezetene van is. Anders bevindt de ‘source’ van deze winsten zich niet in de desbetreffende jurisdictie.²⁶⁰ Voorts worden de winsten gealloceerd aan de staat van verblijf of de ‘source’ jurisdictie met voldoende nexus conform de transfer pricing regels op basis van het at arm’s length beginsel, die de allocatie van winsten probeert na te bootsen zoals deze zou ontstaan in transacties tussen niet-verbonden partijen. De nexus regels die bepalen in welke heffingsjurisdictie een belastingplichtige is onderworpen aan belastingheffing en de winstallocatie regels die bepalen hoe het belastbaar inkomen gealloceerd moet worden tussen de heffingsjurisdicties vervullen twee zeer verschillende functies.²⁶¹ Vanwege veranderende economische en technische omstandigheden is er consensus dat de bestaande regels niet meer adequaat functioneren in het licht van de twee bovenstaande fundamentele internationale belastingvragen en dat het waardecreatie paradigma hier een cruciale rol in kan spelen.

3.2.4.1 – Origin jurisdictie versus marktjurisdictie

De waardecreatie van een bedrijf heeft doorgaans twee fundamentele elementen. Ten eerste dient het bedrijf iets toe te voegen aan bestaande inputs die het op de markt heeft verworven; dit betreft de plaats waar het bedrijf zijn waardecreërende functies uitoefent, gebruik maakt van activa en aantoonbaar risico neemt. Ten tweede moet de waarde die consumenten toerekenen aan de output de som van de inputs overschrijden; dit gebeurt waar de consument

²⁵⁷ Mazzucato 2018, p. 10.

²⁵⁸ Herzfeld 2018, p. 264.

²⁵⁹ Devereux & Vella 2014, p. 453- 454; Tadmor 2007, p. 2.

²⁶⁰ Vanistendael 2018, p. 1386.

²⁶¹ Vanistendael 2018, p. 1386.

haar beslissing neemt over de waarde van het product, het gaat hier om land waar de consument woont.²⁶² Blijkens de economische literatuur zijn er twee verschillende manieren om bedrijfswinsten te alloceren tussen landen. Om te beginnen kan allocatie geschieden aan de aanbodzijde van de economie, ook wel de ‘origin’ jurisdictie genoemd.²⁶³ Conform deze benadering wordt verondersteld dat winst zijn oorsprong vindt in de plaats waar de factoren die deze winst produceren zijn gesitueerd: derhalve dient het ‘normale’ rendement op het eigen vermogen toegewezen te worden aan de locatie waar de feitelijke exploitatie van het kapitaal plaatsvindt.²⁶⁴ De plaats van waardecreatie is derhalve de locatie waar de productie plaatsvindt. In tegenstelling hierop stelt de zogenoemde aanbod-vraag benadering dat interactie tussen aanbod en vraag bedrijfswinsten mogelijk maakt. Aldus is meermaals in de literatuur benadrukt dat waarde niet gecreëerd kan worden zonder de vraagzijde van de economie te includeren.²⁶⁵ Conform de eerder besproken subjectieve waardetheorie komt waarde bovendien voort uit de preferenties van de vraagzijde van de economie. Al sinds geruime tijd bekritiseren academici de eenzijdige aanbod benadering dan ook en pleiten ervoor om heffingsrechten geheel of gedeeltelijk aan de marktojurisdictie te alloceren zodat de hervorming van het internationale belastingstelsel gericht zal zijn op een op bestemming gebaseerde belastingheffing.²⁶⁶ De visie is dat value chains, value networks and value shops zoals besproken in het Interim Report²⁶⁷ niet alleen bestaan om vraag te creëren maar ook om te reageren op vraag en waarde te behouden.

De EU merkt in dit kader eveneens op dat winsten niet worden belast in het land van de gebruiker (ook wel degene die advertenties te zien krijgt), maar bijvoorbeeld in het land waar de algoritmen voor de advertenties zijn ontwikkeld; derhalve wordt de waarde die gebruikers toevoegen aan de winst niet meegenomen in de belastingheffing.²⁶⁸ In haar voorstel over de significant digital presence gaat de EC hier dieper op in en merkt hierover op dat toepassing van de huidige vennootschapsbelasting regels op de digitale economie leidt tot een mismatch tussen de plaats waar winsten belast worden en de plaats waar waarde wordt gecreëerd.²⁶⁹ Het ziet ernaar uit dat de EU met haar significant digital presence verder gaat dan alleen te kijken naar de aanbodzijde van de economie. De EU verschuift met haar voorstellen belastingrechten naar landen waar de consument of digitale gebruiker zit, gebaseerd op de aanname dat zij een bijdrage leveren aan de waardecreatie in de digitale economie, dit wijkt af van de internationale belastingregels. Hier zijn de meningen dan ook over verdeeld. De ministers van Financiën van Zweden, Denemarken en Finland merken hierover namelijk op dat zij geen reden zien om af te wijken van de internationale belastingregels, de digitale economie moet namelijk net zoals de traditionele economie belast worden daar waar waardecreatie plaatsvindt, derhalve dient geanalyseerd te worden in hoeverre gebruikers in bepaalde digitale bedrijfsmodellen bijdragen aan de waardecreatie voor deze bedrijven, een internationale consensus hierover dient afgewacht te worden.²⁷⁰

Onder leden van de OESO Technical Advisory Group in 2003 (hierna TAG) is de aanbod-vraag benadering verworpen, met als gevolg dat aansluiting is gezocht bij de aanbodzijde van de economie in het kader van de allocatie van heffingsrechten tussen jurisdicties.²⁷¹ Ook meer

²⁶² Haslehner 2018.

²⁶³ OESO Technical Advisory Group 2003, p. 14, onderdeel 40.

²⁶⁴ OESO Technical Advisory Group 2003, p. 14, onderdeel 40.

²⁶⁵ De Wilde 2018, p. 471; Schön 2018, p. 285; Devereux & Vella 2018a, p. 7.

²⁶⁶ Onder bestemming wordt in dit kader de locatie van de uiteindelijke consument van de goederen of diensten bedoelt. Zie Vogel 1998, p. 401; Hongler & Pistone 2015, p. 18; De Wilde 2018, p. 471; Devereux & Vella 2018a, p. 7.

²⁶⁷ OECD 2018, p. 36 t/m 41.

²⁶⁸ EU 2018.

²⁶⁹ EU 2018b, par. 1.

²⁷⁰ Minister van Financiën ZW/DN/FN.

²⁷¹ OESO Technical Advisory Group 2003, p. 14, onderdeel 42.

recent is gebleken dat er brede consensus onder de OESO/G20 leden bestaat dat binnen het huidige internationale belastingstelsel noch de consumptie van goederen of diensten in een land, noch de aftrekbaarheid van betalingen voor goederen en diensten ontvangen van niet-ingezetenen, op zichzelf een land het recht kunnen geven om de winsten te belasten van een bedrijf dat deze goederen of diensten levert.²⁷² Doordat een overgrote meerderheid van de OESO/G20 leden dus allocatie van heffingsrechten op basis van het bestemmingsbeginsel niet onderschrijft leidt dit ertoe dat de vraagzijde van het waardecreatie proces compleet wordt genegeerd onder het huidige internationale belastingstelsel. Het internationale belastingstelsel wijst derhalve waardecreatie volledig toe aan de aanbodzijde.²⁷³

3.2.4.2 – Allocatie van heffingsrechten conform waardecreatie

De discussie over de term waardecreatie heeft voorts implicaties voor de winstallocatie regels tussen verschillende heffingsjurisdicties. Onder het huidige internationale belastingstelsel bewerkstelligt de markt als het ware een allocatie van toegevoegde waarde verdeeld over een multinationale onderneming, die voor belastingdoeleinden de juiste is, maar de verdeling van heffingsrechten tussen verschillende jurisdicties blijft eveneens een afweging tussen tegenstrijdige belangen van landen.²⁷⁴ Er is geen objectieve definitie beschikbaar en men kan de politieke context waarin het begrip is geïntroduceerd niet over het hoofd zien. Het heeft verschillende betekenissen voor verschillende regeringen, vooral in de context van de digitaliserende economie.²⁷⁵ De wereldwijde veranderingen als gevolg van de digitalisering van de economie vereisen weliswaar een herbeoordeling van winstallocatie regels, maar de kernrelatie tussen ‘source’ en vestigingsstaten en de gemeenschappelijke claim op de belastinggrondslag die verdeeld moet worden blijft ongewijzigd.²⁷⁶ De (tegenstrijdige) belangen van ontwikkelde OESO landen, BRIC landen en ontwikkelingslanden zijn groot, maar alle groepen hebben elkaar nodig en geen van de drie groepen heeft de macht om zijn visie aan de ander op te leggen.²⁷⁷ Desondanks zal iedere groep zijn eigen invulling geven aan de term waardecreatie.

Naar aanleiding van de discussies gevoerd tijdens het seminar ‘Tax in a New Universe: The Role of Value Creation’ heeft Schwarz de vraag opgeworpen of het waardecreatie concept daadwerkelijk een nieuw concept behelst, gaat het hier om ‘oude wijn in nieuwe zakken’ of ‘nieuwe wijn in oude zakken’?²⁷⁸ Indien waardecreatie het fundamentele concept van ‘source’ omvat is het opnieuw verpakken van dit concept volgens Schwarz verwarrend en is er sprake van het gieten van oude wijn in nieuwe flessen om de consument te laten geloven dat er een nieuw product of idee is.²⁷⁹ Volgens Schön is waardecreatie echter een nieuw concept dat in het kader van BEPS is samengevoegd met economische substance.²⁸⁰ Belastingheffing in lijn met waardecreatie betekent wat de winstallocatie regels betreft dat belastingheffing in lijn moet zijn met de locatie waaraan de markt inkomsten alloceert met betrekking tot verschillende entiteiten alsof het niet-verbonden partijen zijn. Waardecreatie operationaliseert in feite het algemeen aanvaarde at arm’s length beginsel zodra een voldoende nexus is vastgesteld en kan in de ogen van Becker & Englisch begrepen worden

²⁷² OECD 2015, par. 7.3, punt 259; Kofler, Mayr & Schlager 2018, p. 124.

²⁷³ De Wilde 2018, p. 470, OESO Technical Advisory Group 2003, p. 14, onderdeel 40 – 42.

²⁷⁴ Becker & Englisch 2018, par. 2.

²⁷⁵ Op 18 mei 2018 is het seminar Tax in a New Universe: The Role of Value Creation van The International Fiscal Association gehouden in Rotterdam, voor een verslag van het seminar zie Vanistendael 2018. Vanistendael 2018, p. 1388.

²⁷⁶ Vanistendael 2018, p. 1388.

²⁷⁷ Vanistendael 2018, p. 1388.

²⁷⁸ Conform deze Bijbelse referentie impliceert ‘nieuwe wijn in oude zakken’ het risico dat zowel de nieuwe wijn als de zak uiteindelijk kunnen vergaan en ‘oude wijn in nieuwe zakken’ impliceert dat zaken anders zijn gepresenteerd maar wezenlijk niet zijn veranderd (zie Schwarz 2018).

²⁷⁹ Schwarz 2018.

²⁸⁰ Schwarz 2018.

als louter een herformulering van een consensus principe.²⁸¹ Becker & Englisch zijn van mening dat in de context van de heersende architectuur van het huidige internationale belastingstelsel en de OESO standaarden na BEPS in het bijzonder, het paradigma van belastingheffing in lijn met waardecreatie het best kan worden gekenmerkt als een herziening van de traditionele internationale belasting eerlijkheidsnormen.²⁸² Het waardecreatie paradigma daagt de fundamentele concepten niet uit, zoals nexus op basis van ‘source’ of ‘origin’ en winstallocatie op basis van het at arm’s length beginsel. Zodoende ondersteunt het een bepaalde interpretatie van het profijtbeginnsel.²⁸³ Deze interpretatie is echter niet vanzelfsprekend, de ambiguïteit van de term laat namelijk genoeg ruimte over voor alternatieve interpretaties.²⁸⁴ Voorlopig hebben de BEPS uitkomsten echter bevestigd dat als criterium voor het bepalen van de waarde bijdragen door lokale entiteiten van een multinationale onderneming de hypothetische markt ruilwaarde geldt.²⁸⁵ Aangezien de term waardecreatie voortkomt uit het BEPS-project zijn Becker & Englisch maar ook Schön van mening dat de term waardecreatie als vertrekpunt zou moeten worden beschouwd in overeenstemming met de nog heersende filosofie die ten grondslag ligt aan de internationale allocatie van bedrijfswinsten.²⁸⁶ Desondanks betekent dit niet dat het waardecreatie paradigma, geconfronteerd met de noodzaak om zich aan te passen aan de nieuwe economische realiteit van de digitaliserende economie, uiteindelijk geen disruptief effect kan hebben op de winstallocatie regels. De complexiteit van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen ligt in het feit dat nieuwe verbindende factoren voor belastingheffing aan de ‘source’ ontbreken vanwege het gebrek aan gemakkelijk waarneembare markt ruilwaarden waardoor transacties moeilijk te waarderen zijn.

Het waardecreatie paradigma versterkt politieke momentum voor een herbeoordeling van conventionele gedachtes waarop de criteria voor de vaststelling van belastbare nexus en belastbare winsten moeten worden gebaseerd, waardoor rekening gehouden kan worden met nieuwe criteria voor productie en waarde drijvers aan de aanbodzijde in de digitaliserende economie. Het waardecreatie paradigma zou aanleiding kunnen geven tot een bredere toepassing van profit split methoden, maar ook tot nieuwe en mogelijk ook gestandaardiseerde profit splitting factoren of tot zelfs meer gestileerde benaderingen voor het schatten van marktresultaten.²⁸⁷ Het waardecreatie concept kan een dergelijke verschuiving faciliteren en derhalve mogelijk maken om nieuwe wijn in oude flessen te vullen, om antwoord te geven op de vraag van Schwarz. Een dergelijke poging zou het waarderen van gebruikersparticipatie kunnen zijn, voor de beoordeling van de hoeveelheid winst die gealloceerd moet worden aan een bepaalde jurisdictie, onder de veronderstelling dat gebruikersparticipatie of gebruikersbijdragen aanleiding kunnen geven tot heffingsrechten. Onder de huidige veronderstelling dat waardecreatie enkel vanuit het perspectief van de aanbodzijde bepaald moet worden, wordt in de volgende paragraaf onderzocht of binnen dit kader een uitbreiding van traditionele nexus criteria mogelijk is, met het oog op nieuwe waarde drijvers van de sterk digitaliserende economie wordt actieve gebruikersparticipatie nader belicht.²⁸⁸

²⁸¹ Becker & Englisch 2018, par. 2.

²⁸² Becker & Englisch 2018, par. 2.

²⁸³ Hey 2018, p. 205; Morse 2018, p. 197; Becker & Englisch 2018, par. 2.

²⁸⁴ Zo merkt Hey op dat in het kader van internaliseringsprocessen en synergie-effecten de term waardecreatie het ook mogelijk zou kunnen maken om elementen van de zogenoemde ‘firm theory’ in het winstallocatie mechanisme te integreren (zie Hey 2018, p. 207); Christians en Van Apeldoorn merken op dat de term waardecreatie het mogelijk zou kunnen maken om elementen van ‘fair trade’ standaarden in het winstallocatie mechanisme te integreren (zie Christians & Van Apeldoorn 2018).

²⁸⁵ Hey 2018, p. 207.

²⁸⁶ Becker & Englisch 2018, par. 2; Schön 2018, p. 281.

²⁸⁷ Becker & Englisch 2018, par. 2.

²⁸⁸ Het gebruikersparticipatievoorstel staat in schril contrast met op bestemming gebaseerde belastingen die besproken worden in hoofdstuk vier, aangezien het gebruikersparticipatievoorstel ervan uitgaat dat gebruikers een bijdrage leveren in de waardeketen en derhalve functies uitvoeren aan de aanbodzijde (zie HMT 2018, para. 2.30).

3.3 – Gebruikersparticipatie in relatie tot waardecreatie

3.3.1 – Introductie

Steeds meer overheden maken zich zorgen over het feit dat sterk gedigitaliseerde multinationale ondernemingen in staat blijken te zijn om aanzienlijke winsten te genereren gebruik makend van waarde die door gebruikers wordt gecreëerd.²⁸⁹ Zoals in hoofdstuk twee is besproken, zijn sterk gedigitaliseerde multinationale ondernemingen in staat om waarde te ontfangen aan gebruikersdata, door gebruikers gegenereerde content en netwerkeffecten. Dit wordt bereikt zonder significante fysieke kapitaal, betaalde arbeid of investeringen in het land waar de gebruikers zich bevinden. In het vorige hoofdstuk is naar voren gekomen dat de huidige regels inzake de vaststelling van voldoende nexus en de allocatie van winsten uitsluitend zijn gericht op fysieke activiteiten, waardoor de waarde die gegenereerd wordt middels gebruikersdata, door gebruikers gegenereerde content en netwerkeffecten niet meegenomen wordt onder het huidige internationale belastingstelsel. Deze methode van winstallocatie veronderstelt dat consumenten slechts een derde partij zijn die passief consumeren en zodoende geen waarde toevoegen aan het productieproces.²⁹⁰ Derhalve kan significante waarde ontleend worden aan de jurisdictie van de gebruikers, zonder dat de winsten die voortvloeien uit deze waarde onderworpen zijn aan de belastingheffing in de desbetreffende jurisdictie.²⁹¹

Zowel de OESO²⁹² als de EC²⁹³ inclusief een aantal van haar lidstaten²⁹⁴ hebben in dit kader aangegeven dat gebruikersparticipatie een rol moet gaan spelen bij de allocatie van heffingsrechten inzake bedrijfswinsten die door multinationale ondernemingen worden gegenereerd in de digitaliserende economie. Dit idee is afkomstig van de HM Treasury en is vervolgens overgenomen door de EC; de OESO bestudeert deze visie momenteel. Volgens deze opvatting leveren gebruikers een bijdrage aan de productie en de winst van sterk gedigitaliseerde bedrijven, het idee is dat een deel van de waardecreatie buiten het bedrijf plaatsvindt, zelfs als geen enkele monetaire betaling tussen het bedrijf en de gebruiker plaatsvindt. Er wordt dan ook in de academische literatuur betoogd dat consumenten of gebruikers bijdragen aan de waardecreatie van bedrijven door deel te nemen aan het productieproces.²⁹⁵ Zodoende wordt ervoor gepleit om door gebruikers gecreëerde waarde te erkennen als basis voor het alloceren van heffingsrechten aan de landen waar de gebruikers zich bevinden, aangezien middels het huidige internationale belastingstelsel onvoldoende winst wordt gealloceerd aan de landen waar de gebruikers zich bevinden.²⁹⁶

3.3.2 – Verschillende visies inzake gebruikersparticipatie

De OESO merkt op dat digitalisering de rol van gebruikers opnieuw heeft vormgegeven met als gevolg dat gebruikers in toenemende mate betrokken kunnen worden in het waardecreatieproces van bedrijven.²⁹⁷ Een belangrijke nuancering die de OESO hierop aanbrengt is dat de betrokkenheid van gebruikers zich voordoet in verschillende intensiteitsniveaus, afhankelijk van het soort bedrijfsactiviteit en de marktomstandigheden,

²⁸⁹ HMT 2018, para 2.1; Assemblée Nationale 2018, p. 169.

²⁹⁰ NOB 2018, par. 1.3.

²⁹¹ HMT 2018, para. 3.21.

²⁹² OECD 2018, par. 2.5.3, punt 144.

²⁹³ EC 2018, p. 4.

²⁹⁴ HMT 2018, para 2.1; Assemblée Nationale 2018, p. 169.

²⁹⁵ Petruzzie & Buriak spreken over ‘onbewuste contribuanten’ van bedrijfswaarde en merken op dat gebruikers bijna als ‘onbewuste werknemers’ in de waardeketens van sterk gedigitaliseerde bedrijven gekwalificeerd kunnen worden (zie Petruzzie & Buriak 2018, par. 5.3.2); Brauner & Pistone kunnen zich vinden in het idee dat de rol van gebruikers evolueert naar die van actieve consumenten (zie Brauner & Pistone 2018, p. 89); Becker & Englisch hanteren de term ‘prosumers’ om de rol van consumenten in het productieproces aan te tonen (zie Becker & Englisch 2018, par. 3).

²⁹⁶ OECD 2018, para 386.

²⁹⁷ OECD 2018, par. 2.5.1, punt 145.

dit is ook afhankelijk van de manier waarop gebruikersparticipatie en gebruikersdata worden geëxploiteerd.²⁹⁸ Zo is er actieve en passieve gebruikersparticipatie, in het geval van passieve gebruikersparticipatie is geen specifieke actie vereist door gebruikers maar wordt data door bedrijven zelf verzameld; gebruikers verstrekken dus niet vrijwillig informatie.²⁹⁹ In het geval van actieve gebruikersparticipatie vindt waardecreatie uitsluitend plaats door een specifieke gebruikersactie, bovendien beperkt de gedeelde informatie zich tot hetgeen de gebruiker wenst te delen.³⁰⁰ Zoals in het vorige hoofdstuk besproken, toont het Interim Report het gebrek aan consensus tussen landen over de relevantie van gebruikersparticipatie in het waardecreatie proces. Om te beginnen zijn er landen die het verzamelen van gebruikersdata, netwerkeffecten en de bijdragen in content door gebruikers uitsluitend zien als transacties tussen gebruikers en het sterk gedigitaliseerde bedrijf, waarbij de gebruikers leveranciers van data of content zijn en het sterk gedigitaliseerde bedrijf financiële of non-financiële compensatie verstrekt aan de gebruikers in ruil voor de data of content.³⁰¹ Deze landen zijn het er niet mee eens dat de verzameling van gebruikersdata door de gedigitaliseerde bedrijven een activiteit is waaraan winst toekend dient te worden, alleen omdat de verkregen data mogelijk waardevol zou kunnen zijn. In deze visie verschilt de levering van data door gebruikers niet wezenlijk van andere bedrijfsinvoer afkomstig van onafhankelijke derde partijen in de waardeketen van het bedrijf. Gebruikers van content betalen bewust of onbewust voor ‘gratis’ diensten door informatie te verstrekken over hun gedragspatronen, gewoonten, voorkeuren en visies.

Lijnrecht hiertegenover staan voornamelijk HM Treasury en de EC, die actieve gebruikersparticipatie zien als een unieke en cruciale factor achter de waardecreatie van sterk gedigitaliseerde bedrijven en derhalve vinden dat jurisdicties waar deze gebruikers zich bevinden heffingsrechten zouden moeten toekomen. De verzameling van gebruikersdata, de bijdragen in content door gebruikers en de advertenties gericht op de gebruikers zijn volgens deze landen activiteiten die integraal deel uitmaken van het waardecreatie proces en effectief plaatsvindt in de desbetreffende jurisdictie van de gebruiker, zelfs als het platform op afstand wordt bediend.³⁰² Zowel HM Treasury als de EC richten zich op het voorbeeld van een gebruiker die data uploadt naar een social media platform om het belang van gebruikersparticipatie in het waardecreatie proces te illustreren.³⁰³ Ook wordt nadruk gelegd op het actief verzamelen van gebruikersdata en het analyseren ervan om advertenties te verkopen die zich richten op de gebruikers of om producten en diensten van het bedrijf te modificeren in het kader van efficiëntie.³⁰⁴ De EC merkt hierover op dat de winst die samenhangt met de geanalyseerde gebruikersdata en geëxploiteerd wordt voor gerichte advertenties onder het huidige internationale belastingstelsel bijvoorbeeld belast wordt in het land waar de algoritmen worden ontwikkeld, met als gevolg dat winsten die samenhangen met gebruikersparticipatie niet worden belast in het land van de gebruiker en de gebruikersbijdrage aan de winst niet aan belastingheffing onderworpen wordt.³⁰⁵ HM Treasury en de EC zijn ook geïnteresseerd in online markten die omzet genereren middels het matchen van leveranciers en consumenten in ruil voor een commissie of samenwerkingsplatforms die commissie rekenen voor het samenbrengen van aanbod en vraag voor bezittingen van individuen.³⁰⁶

²⁹⁸ OECD 2018, par. 2.5.1, punt 145.

²⁹⁹ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 147.

³⁰⁰ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 147.

³⁰¹ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 159.

³⁰² OECD 2018, par. 2.1, punt 38.

³⁰³ HMT 2018, para 3.17.

³⁰⁴ OECD 2018, par. 2.5.3, punt 158.

³⁰⁵ EC Memorandum 2018.

³⁰⁶ EC 2018aa, p. 5.

Door verschillende rollen voor data en gebruikersparticipatie in het waardecreatie proces te erkennen is er impliciet overeenstemming over het belang van waardecreatie ten aanzien van de belastingheffing in de digitaliserende economie.³⁰⁷ Indien gebruikersparticipatie wordt gezien als een bron van waardecreatie dient het bestaande internationale belastingstelsel hervormd te worden in termen van nexus regels en winst allocatie regels. Het debat gaat dus over de vraag in hoeverre waardecreatie van sterk gedigitaliseerde bedrijven voortvloeit uit data en gebruikersparticipatie.³⁰⁸ Ter beantwoording van deze vraag wordt eerst de meest passieve vorm van gebruikersparticipatie onderzocht, namelijk netwerkeffecten. Vervolgens wordt de waarde die bedrijven ontleen aan gebruikersdata besproken. De vraag is dus of er enige reden is om aan te nemen dat gebruikers zinvol bijdragen aan de waardecreatie in de context van bepaalde gedigitaliseerde platforms maar worden eveneens andere sectoren van de economie in de analyse betrokken. Alvorens met deze analyse begonnen wordt zal eerst het voorstel van HM Treasury uitvoerig besproken worden.

3.3.3 – Gebruikersparticipatietheorie conform HM Treasury & EC

HM Treasury is van mening dat actieve gebruikersparticipatie waarde creëert en dat derhalve de jurisdicties waar deze gebruikers zich bevinden een deel van de bedrijfswinsten mogen belasten.³⁰⁹ In deze visie ligt de waarde die een bedrijf ontleent aan gebruikersparticipatie bij de gelieerde entiteiten die de residual winst ontvangen, oftewel de winsten nadat de routine winsten conform at arm's length zijn gealloceerd.³¹⁰ De waarde van een gebruikersbestand kan bepaald worden door te kijken naar de kosten die een bedrijf bereid is te maken om een platform op te zetten en te behouden.³¹¹ Aangezien het lastig is om de waarde van een gebruikersbestand adequaat te berekenen stelt HM Treasury voor om de door gebruikers gecreëerde waarde te belonen door middel van een procentueel aandeel in de residual profit die wordt gerealiseerd door de 'principal' bedrijven in de groep (oftewel het deel van de winst van de 'principal' bedrijven nadat routine functies in de groep zijn beloond met een at arm's length rendement).³¹² Dit aandeel is zo ontworpen dat het een schatting vormt van de waarde die door gebruikers worden gegenereerd voor het bedrijf. Dit aandeel varieert vervolgens voor verschillende categorieën van bedrijven.³¹³

Nadat de winst die gekoppeld is aan de gebruikersparticipatie bepaald is, dient bepaald te worden hoe deze winst tussen verschillende jurisdicties van gebruikers gealloceerd moet worden.³¹⁴ HM Treasury merkt op dat het onterecht is om simpelweg aan te sluiten bij het aantal gebruikers in iedere jurisdictie, gezien het feit dat de waarde die iedere gebruiker creëert aanzienlijk verschilt op basis van ieders niveau van activiteit op een platform, ieders capaciteit om netwerken te creëren en de mate waarin de betrokkenheid van iedere gebruiker gemonetariseerd kan worden als gevolg van ieders welvaart en consumptiegewoonten.³¹⁵ Derhalve dient een verdeelsleutel rekening te houden met variaties in bijdragen aan waarde, hiertoe kan aansluiting gezocht worden bij actieve gebruikers of omzet die toe te schrijven valt aan gebruikers in een jurisdictie.³¹⁶ Voorts dient bepaald te worden hoe gebruikersjurisdicties de winst moeten kunnen belasten. Hiertoe kan de gebruikersjurisdictie de 'principal' bedrijven direct belasten, door het eerder bepaalde aandeel te belasten.³¹⁷

³⁰⁷ Lennard 2018, par. 2.4.

³⁰⁸ Lennard 2018, par. 2.4.

³⁰⁹ HMT 2018, para 3.7.

³¹⁰ HMT 2018, para 3.11.

³¹¹ HMT 2018, para 3.17.

³¹² HMT 2018, para 3.18.

³¹³ HMT 2018, para 3.20.

³¹⁴ HMT 2018, para 3.22.

³¹⁵ HMT 2018, para 3.24.

³¹⁶ HMT 2018, para 3.26.

³¹⁷ HMT 2018, para 3.30.

Indien als gevolg hiervan meerdere entiteiten worden belast in de gebruikersjurisdictie, kan als oplossing ervoor worden gekozen om de gebruikers te koppelen aan een lokale entiteit, die misschien niet de ‘principal’ is, maar waarmee gebruikers enige connectie hebben.³¹⁸ De focus ligt op een driedelige test van actieve gebruikersparticipatie, een groot aantal gebruikers en de omzet die gegenereerd wordt binnen een jurisdictie van de gebruiker.³¹⁹ Zowel HM Treasury³²⁰ als de EC³²¹ zijn van mening dat hoe belangrijker de beslissing van gebruikers is om een goed of dienst te gebruiken voor het bedrijf of hoe uitgebreider en persoonlijker de data is die gebruikers leveren aan het bedrijf, hoe meer een gebruiker eigenlijk een dienst levert en zodoende waarde gealloceerd moet worden aan de jurisdictie van de gebruiker.

De EC bouwt in haar structurele oplossing voor de digitaliserende economie voort op de principes die voortkomen uit het voorstel van HM Treasury, echter voegt het specifieke criteria toe om deze principes te operationaliseren. Conform het voorstel van de EC hebben lidstaten het recht om een bedrijf te belasten indien het zogenoemde ‘significante digitale aanwezigheid’ bezit in de desbetreffende lidstaat, het betreft hier een vorm van vaste inrichting.³²² Er is sprake van een significante digitale aanwezigheid in een lidstaat indien aan een of meer van de volgende criteria is voldaan: de inkomsten uit de levering van digitale diensten aan gebruikers in een rechtsgebied zijn hoger dan 7.000.000 EUR in een belastingtijdvak, het aantal gebruikers van een digitale dienst in een lidstaat is hoger dan 100.000 in een belastingtijdvak of het aantal zakelijke overeenkomsten voor digitale diensten is hoger dan 3.000.³²³ Zodoende heeft de EC de driedelige test van HM Treasury overgenomen, onderscheidend gemaakt en kwantitatieve drempels eraan toegevoegd.³²⁴ Een uitvoerige analyse inzake de significante digitale aanwezigheid volgt in hoofdstuk vijf, als aanvulling op het significant economic presence voorstel.

3.3.4 – Netwerkeffecten

Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken gaan digitaliserende markten in toenemende mate gepaard met netwerkeffecten. Voor beleidsdoeleinden is het nu de vraag of het vermogen om netwerkeffecten te monetiseren zou moeten resulteren in specifieke heffingsrechten. Om het belang van netwerkeffecten aan te tonen dient onderzocht te worden wat de implicaties zijn van de gebruikersparticipatietheorie zoals geformuleerd door HM Treasury en de EC voor overige sectoren,³²⁵ hiertoe worden twee voorbeelden besproken en afgezet tegen de manier waarop de EC de rol van gebruikersparticipatie in het waardecreatieproces van de digitaliserende economie omschrijft.³²⁶ Zoals eerder is aangetoond stelt de EC dat waardecreatie in de digitaliserende economie ontstaat door een combinatie van algoritmen, gebruikersdata, verkoop functies en kennis.³²⁷ De EC merkt op dat gebruikers bijdragen aan waardecreatie door bijvoorbeeld hun voorkeuren te delen op social media platforms, deze

³¹⁸ HMT 2018, para 3.33.

³¹⁹ HMT 2018, para 3.44.

³²⁰ HMT 2018, paras 2.37 – 2.40. Niet digitale bedrijven waarvoor het verzamelen van data bijvoorbeeld onderdeel vormt van productverbetering, maar waarvoor het verzamelen en monetiseren van data, direct of indirect, niet als primaire inkomensstroom dient worden hier niet mee bedoelt. In dit geval komt conform het HM Treasury voorstel geen heffingsrecht toe aan de gebruikersjurisdictie.

³²¹ De EC refereert in dit kader naar waardecreatie middels gebruikersparticipatie (zie EC Proposal 2018, p. 12); Voorts benadrukt de EC dit idee door te stellen dat belastingheffing en waardecreatie niet op elkaar zijn afgestemd in het geval van digitale bedrijven aangezien digitale waarde wordt gegenereerd door een combinatie van algoritmen, gebruikersdata, verkoop functies en kennis (zie EC Memorandum 2018, Value creation in the digital economy).

³²² EC 2018aaa.

³²³ EC 2018aaa.

³²⁴ EC Proposal 2018, p. 8; Grinberg 2018a, p. 413.

³²⁵ Ter illustratie worden de farmaceutische industrie en de financiële dienstverlening in casu onderzocht, er zijn echter meerdere voorbeelden mogelijk en het is onvermijdelijk dat tevens meerdere sectoren uitvoerig onderzocht dienen te worden door de OESO.

³²⁶ Deze voorbeelden zijn ontleend aan de vergelijking gemaakt door Grinberg (zie Grinberg 2018a, p. 413- 417).

³²⁷ EC Memorandum 2018, Value creation in the digital economy.

data wordt gemonetiseerd door gerichte advertenties.³²⁸ De winsten worden doorgaans belast in het land waar de algoritmen zijn ontwikkeld en niet in het land van de gebruiker, waardoor gebruikersbijdragen aan de winst niet in aanmerking worden genomen wanneer het bedrijf belast wordt.³²⁹

In de farmaceutische industrie vindt waardecreatie plaats door een combinatie van wetenschappelijk onderzoek, patiënten data, verkoop functies en kennis. Patiënten dragen bij aan waardecreatie door medische data te delen via klinische onderzoeken. Nieuwe geneesmiddelen en behandelingen worden middels deze klinische onderzoeken op menselijke proefpersonen getest, waarbij proefpersonen een gratis geneesmiddel krijgen in ruil voor persoonlijke medische data. De verzamelde medische data wordt vervolgens gemonetiseerd door het verkrijgen van patenten, het optimaliseren van het geneesmiddel en het verkrijgen van toestemming om het geneesmiddel te verkopen. De verstrekte medische data door de proefpersonen vormt een essentieel onderdeel van het waardecreatieproces, desondanks worden de winsten doorgaans belast in het land waar het geneesmiddel is ontwikkeld en niet in het land van de proefpersonen. Zodoende lijkt de gebruikersparticipatietheorie zoals verwoord door de EC ook van toepassing te zijn op de farmaceutische industrie. Grinberg merkt echter op dat het cruciale verschil tussen gebruikersparticipatie in de farmaceutische industrie en gebruikersparticipatie zoals verwoord door de EC te vinden valt in het feit dat de farmaceutische industrie over het algemeen niet profiteert van netwerkeffecten of meerzijdige bedrijfsmodellen.³³⁰ De EC³³¹, HM Treasury³³² en de OESO³³³ benadrukken dat netwerkeffecten cruciaal zijn om het succes van innovatieve sterk gedigitaliseerde ondernemingen te begrijpen. Het feit dat zowel de EC, als HM Treasury niet precies uitleggen wat de implicaties van deze cruciale netwerkeffecten zijn voor belastingdoeleinden, getuigt volgens Grinberg van intellectuele vaagheid of de resultaatgerichte aard van de gebruikersparticipatietheorie.³³⁴

Vóór de digitalisering van de economie omvatte met name financiële dienstverlening meerzijdige bedrijfsmodellen met netwerkeffecten. Neem het voorbeeld van een creditcardmaatschappij. Hier manifesteert zich een meerzijdig bedrijfsmodel met netwerkeffecten aangezien zowel de kaarthouder als de verkoper tegelijkertijd het platform moeten erkennen om betalingen mogelijk te maken en hoe meer verkopers de creditcard accepteren, des te aantrekkelijker een creditcard is voor de consument en vice versa. Tweezijdige platforms zoals creditcards maken indirecte netwerkeffecten mogelijk, deze ontstaan indien de waarde van een tweezijdig platform voor de ene groep participanten afhankelijk is van het aantal participanten aan de andere kant van het platform. Grinberg merkt in dit kader op dat het bredere doel van meerzijdige bedrijfsmodellen in essentie overeenkomt met die van een market maker.³³⁵ Platforms zoals Airbnb en Uber profiteren ook van deze netwerkeffecten en kunnen in feite eveneens aangemerkt worden als market maker. HM Treasury benadrukt dan ook dat de ontwikkeling van een gebruikersnetwerk zeer relevant is voor platforms die een marktplaats aanbieden voor externe kopers en verkopers, waarbij het nut van gebruikers aan de ene kant van de markt een functie is van het aantal gebruikers aan de andere kant van de markt.³³⁶ Indien de omvang van het netwerkeffect groot

³²⁸ EC Memorandum 2018, Value creation in the digital economy.

³²⁹ EC Memorandum 2018, Value creation in the digital economy.

³³⁰ Grinberg 2018a, p. 414.

³³¹ EC 2018b, p. 12-13.

³³² HMT 2018, para 2.16-2.21.

³³³ OESO 2018, 29, para 47.

³³⁴ Grinberg 2018a, p. 414.

³³⁵ Grinberg 2018a, p. 416.

³³⁶ HMT 2018, para 2.21.

is en het platform/marktplaats wereldwijde transacties mogelijk maakt, is het interessant om deze netwerkeffecten voor belastingdoeleinden mee te nemen. HM Treasury en de EC merken ook op dat bedrijven die profiteren van netwerkeffecten, dit doorgaans doen zonder fysieke aanwezigheid in de jurisdictie van de gebruiker, ook wel de zogenoemde schaal zonder massa genoemd. Financiële markten zijn een exemplarisch voorbeeld van marktplaatsen die profiteren van netwerkeffecten en waar sprake is van schaal zonder massa. Zodoende leidt de gebruikersparticipatietheorie ertoe dat meerzijdige bedrijfsmodellen met netwerkeffecten, zoals financiële markten, speciale regels vereisen waarin een nexus moet worden toegeschreven aan de jurisdictie van de gebruikers met belastingheffing in deze jurisdictie tot gevolg.³³⁷ De vraag is of gebruikers op een andere manier participeren op digitale markten zoals Airbnb en Uber, dan op traditionele financiële markten. Op digitale markten omvat participatie vooral wat op het platform verschijnt en beoordelingen van aanbieders waardoor een belangrijk vertrouwensmechanisme wordt gecreëerd voor andere gebruikers.³³⁸ Op financiële markten wordt veel complexere data gedeeld dan op digitale platformen zoals Airbnb en Uber. Maar financiële markten raken natuurlijk ook in toenemende mate gedigitaliseerd, is de gebruikersparticipatietheorie van HM Treasury en de EC hier dan ook op van toepassing is de vraag. Ondanks dat HM Treasury en de EC zich expliciet lijken te richten op innovatieve digitale platformen zoals Airbnb en Uber, wordt het onderscheid met de rest van de economie vaag en lijkt het voorstel van HM Treasury en de EC ook van toepassing te zijn op de rest van de economie.

Gebruikersparticipatie vertegenwoordigt geen nieuw economisch fenomeen dat is ontstaan door de digitalisering van de economie. Neem het voorbeeld van een faxapparaat,³³⁹ deze apparaten werden waardevol aangezien gebruikers faxen naar elkaar verstuurden met informatie daarin. Net zoals in het geval van een netwerk van faxapparaten ontleent een social medianetwerkwaarde aan gebruikers die met elkaar communiceren. HM Treasury maakt echter een onderscheid tussen het netwerk van faxapparaten, zijnde de traditionele economie en het social medianetwerk, zijnde de digitale economie. Waarbij de aanschaf van een faxapparaat valt onder passieve gebruikersparticipatie en bijdragen aan een social media netwerk gekwalificeerd worden als actieve gebruikersparticipatie.³⁴⁰ De vraag is waarom gebruikersparticipatie binnen een netwerk van faxapparaten geen bron van waardecreatie vormt, aangezien faxapparaten vrijwel geen waarde hebben zonder gebruikersbijdragen en de waarde vrijwel volledig afhankelijk is van netwerkeffecten.³⁴¹ Grinberg vraagt zich dan ook af waarom het gebruik van een faxapparaat en de informatie in de faxen niet kwalificeren als actieve gebruikersparticipatie in de visie van HM Treasury.³⁴² Grinberg merkt hierover op dat het essentiële verschil tussen een netwerk van faxapparaten en sociale media platforms verscholen ligt in de capaciteit van sociale media platforms om de data die verzonden wordt te analyseren en zodoende een extra bron van waarde te creëren, de data wordt namelijk gemonetiseerd middels advertenties.³⁴³ Het verzenden van faxen daarentegen creëert op zichzelf geen additionele winsten voor de makers van de faxapparaten.

Bedrijven die sterk afhankelijk zijn van netwerkeffecten, zoals social media platforms, zullen actief middelen en activa inzetten om netwerken te creëren, te beheren en te benutten. Voor deze bedrijfsmodellen in de digitaliserende economie kan de duurzame toegang tot een lokaal

³³⁷ Grinberg 2018a, p. 417.

³³⁸ HMT 2018, para 2.24.

³³⁹ OECD 2015, par. 4.3.3, punt 169.

³⁴⁰ HMT 2018, para 3.20.

³⁴¹ Grinberg 2018a, p. 410.

³⁴² Grinberg 2018a, p. 410.

³⁴³ Grinberg 2018a, p. 410.

netwerk van gebruikers een cruciale factor vormen voor waardecreatie.³⁴⁴ Pellefigue merkt in dit kader op dat de kracht van de digitaliserende economie verborgen zit in de interacties die het met zich brengt, aangezien traditionele transfer pricing regels deze economische omstandigheden niet meewegen, stelt Pellefigue een model voor waarbij gelieerde entiteiten de netwerkeffecten van ieders activiteiten op elkaars financiële situatie bepalen zodat meer winst wordt gealloceerd aan de gelieerde entiteiten die zich bevinden in de landen waar gebruikers zijn gevestigd.³⁴⁵ Becker & Englisch zijn van mening dat netwerken die voldoende stabiel en duurzaam zijn, aangemerkt kunnen worden als een bedrijfsmiddel die gelokaliseerd is in de jurisdictie van de gebruikers van het netwerk.³⁴⁶ In dit geval kan aangenomen worden dat een netwerk voldoende belastbare nexus kan opleveren en de allocatie van winsten die gegenereerd worden door de exploitatie van het desbetreffende bedrijfsmiddel kunnen legitimeren.³⁴⁷ Zodoende dient veel aandacht uit te gaan naar alle activiteiten die als doel hebben de gebruikersbasis te ondersteunen en te vergroten.³⁴⁸ Er zijn dus redenen om aan te nemen dat een netwerk kan resulteren in een nexus in een bepaald land, aangezien dit netwerk wordt geëxploiteerd om bedrijfswinsten te genereren.

Olbert & Spengel benadrukken echter dat het belasten van netwerk externaliteiten haaks staat op huidige principes. Netwerkeffecten zijn niet beperkt tot de digitale economie, buiten gedigitaliseerde ondernemingen om hebben netwerkeffecten nooit geleid tot gevolgen voor de belastingheffing.³⁴⁹ Bovendien is het erg lastig om regels op te stellen die het gebruikersbestand definiëren en meten als bedrijfsmiddel, aangezien gebruikers niet allemaal op dezelfde manier bijdragen aan de waarde van het platform.³⁵⁰ Voorts zijn bedrijven vaak goed op de hoogte van de voordelen van netwerkeffecten en passen zodoende hun prijzen en diensten hierop aan,³⁵¹ derhalve kan niet aangenomen worden dat het surplus van de voordelen van netwerkeffecten volledig toe te schrijven valt aan het bedrijf. Tot slot merken Becker & Englisch op dat de creatie en exploitatie van netwerkeffecten op zichzelf geen gebruikersactie impliceert, de passieve aanwezigheid van gebruikers is vaak voldoende om cruciale netwerkeffecten te genereren.³⁵² Hieruit blijkt dat de passieve rol van gebruikers in de bijdrage aan waardecreatie middels netwerkeffecten niet van belang is voor de allocatie van heffingsrechten.

Gebruikers hebben een actievere rol indien zij digitale inhoud leveren aan een netwerk dat door een bedrijf wordt beheerd.³⁵³ Dergelijke gebruikersactiviteiten zijn zeker waardevol, maar de vraag is in hoeverre sprake is van coproductie van waarde die toekomt aan het bedrijf en derhalve resulteert in bedrijfswinst en zodoende weerspiegeld moet worden in de regels voor de allocatie van heffingsrechten over dergelijke winsten, zoals HM Treasury betoogd.³⁵⁴ Zoals eerder benadrukt richten zowel HM Treasury als de EC zich beide op het voorbeeld van een gebruiker die kleine blogs, foto's of video's uploadt naar een social media platform om het belang van gebruikersparticipatie in het waardecreatie proces te illustreren.³⁵⁵ Zowel Becker & Englisch als HM Treasury zijn van mening dat een duurzame gebruikersrelatie, ook wel de zogenoemde 'sustained user relationship', bestaande uit het

³⁴⁴ HMT 2018, para 2.17.

³⁴⁵ Pellefigue 2015, p. 100.

³⁴⁶ Becker & Englisch 2018, par. III. 1.

³⁴⁷ Becker & Englisch 2018, par. III. 1.

³⁴⁸ Olbert & Spengel 2017, p. 37.

³⁴⁹ Olbert & Spengel 2017, p. 37.

³⁵⁰ Olbert & Spengel 2017, p. 37.

³⁵¹ Zo bieden bedrijven bijvoorbeeld vaak kortingen aan indien gebruikers nieuwe gebruikers toevoegen aan het bestaande netwerk.

³⁵² Becker & Englisch 2018, par. III. 1.

³⁵³ Becker & Englisch 2018, par. III. 3.

³⁵⁴ HMT 2018, paras. 2.8-2.11.

³⁵⁵ HMT 2018, para 3.17.

aanbieden van een online dienst, een vaak uniek en waardevolle bron van waardecreatie vormt in het productieproces.³⁵⁶ Deze duurzame gebruikersrelatie maakt het voor bedrijven mogelijk om waardevolle data over het gedrag, interesses en consumptiegewoonten van gebruikers continu en op grote schaal legaal te verzamelen en commercieel te exploiteren.³⁵⁷ Een uitvoerige analyse van dit voorstel betreffende een duurzame gebruikersrelatie volgt in hoofdstuk vier.

Waar Becker & Englisch en HM Treasury echter van mening over verschillen betreft de relevantie van gebruikersbijdragen. HM Treasury is van mening dat gebruikersparticipatie waarde creëert en dat derhalve de jurisdicties waar deze gebruikers zich bevinden een deel van de bedrijfswinsten mogen belasten. In dezelfde visie zien Petruzzie & Buriak gebruikers als onbewuste werknemers, waardoor hun acties als functies voor het bedrijf kwalificeren.³⁵⁸ Met deze gedachte gaan echter twee fundamentele problemen gepaard; om te beginnen is de input van gebruikers moeilijk te waarderen. Net zoals data lastig te waarderen valt, zoals hieronder aangetoond zal worden, gaat het gratis aanbieden van een dienst door gebruikers gepaard met een marktwaardering die niet eenvoudig te herleiden valt.³⁵⁹ Bovendien is er geen controle over de activiteit van een gebruiker op een digitaal platform, in afwezigheid van enige controle door het bedrijf over de gebruiker is het toewijzen van gebruikers functies aan het platform lastig te rechtvaardigen.³⁶⁰ Becker & Englisch merken mijns inziens terecht op dat het misleidend zou zijn om te veronderstellen dat deze activiteiten volledig ongecompenseerd zijn, aangezien de meeste mensen gebruik maken van deze platforms in hun vrije tijd om te socializen of ter entertainment. Het grootste deel van de gebruikers krijgt dan ook geen prikkel om te produceren voor het platform.³⁶¹ Vanuit het perspectief van het online platform is de door gebruikers geleverde content alleen van waarde omdat het ervoor zorgt dat de gebruikers op het platform blijven, het netwerk blijft daarmee behouden waardoor Becker & Englisch naar mijn mening terecht concluderen dat door gebruikers geleverde content enkel consumptie omvat met positieve externaliteiten voor het bedrijf.³⁶² Zodoende ben ik van meningen dat gebruikersbijdragen buiten beschouwing moeten blijven bij de allocatie van heffingsrechten.

3.3.5 – Gebruikersdata

De fiscale behandeling van data is onderdeel van een controversieel debat.³⁶³ De vraag is of gebruikersdata aanleiding geeft tot allocatie van heffingsrechten aan de jurisdictie van de gebruiker. Een algemene visie is dat slechts het verzamelen van data niet substantieel bijdraagt aan de waardecreatie van een bedrijf en dat de verwerking en analyse van gebruikersdata echter de doorslaggevende factor in de waardecreatie voor sterk gedigitaliseerde bedrijven omvat.³⁶⁴ Aangezien de meningen hierover verdeeld zijn, ontstaat een dichotomie tussen data-verzameling en data-verwerking. De verzameling van data en het gebruiken van feedback van klanten om goederen en diensten te verbeteren maakte al ver voor de digitalisering onderdeel uit van de economie. Data die onttrokken wordt aan klanten en gebruikt wordt om producten en diensten te verbeteren draagt doorgaans bij aan de waardecreatie van ieder bedrijf. Data en gebruikersparticipatie zijn echter van onschatbare waarde geworden in het waardecreatieproces sinds de digitalisering van de economie. Data

³⁵⁶ HMT 2018, paras 2.14 – 2.15; Becker & Englisch 2018, par. III. 2.

³⁵⁷ HMT 2018, para 2.15.

³⁵⁸ Petruzzie & Buriak 2018.

³⁵⁹ Haslehner 2018.

³⁶⁰ Haslehner 2018.

³⁶¹ Becker & Englisch 2018, par. III. 3.

³⁶² Becker & Englisch 2018, par. III. 3.

³⁶³ OESO 2015, p. 69.

³⁶⁴ OESO 2015, p. 69.

worden beschreven als de nieuwe olie, levensader of brandstof van de sterk gedigitaliseerde economie.³⁶⁵ Gebruikersdata bieden sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen enorme voordelen ten opzichte van traditionele bedrijven. Digitale media zoals zoekmachines en sociale netwerken stellen online marketing in staat om het publiek niet alleen de desbetreffende advertenties te laten zien, maar maken het ook mogelijk om klanten te betrekken door hun interesses te tonen en feedback achter te laten. Dit levert waardevolle inzichten in de preferenties van de klant op voor de adverteerders, waardoor gerichte en gepersonaliseerde advertenties mogelijk worden gemaakt. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de uitgaven voor digitale marketing alsmaar stijgen.³⁶⁶

De digitalisering van de economie gaat gepaard met een enorme toename van zogenoemde data monetisering. Onder data monetisering kan het genereren van meetbare economische voordelen uit beschikbare data bronnen worden verstaan.³⁶⁷ Data monetisering kan over alle sectoren beschouwd worden als de sleutel tot het creëren van concurrentievoordelen in een steeds concurrerender landschap.³⁶⁸ Door middel van data analyse worden bedrijfsbeslissingen in toenemende mate beïnvloedt, derhalve vindt optimalisatie plaats van bestaande aanbiedingen en worden nieuwe diensten hieraan toegevoegd, worden nieuwe bedrijfsmodellen ontwikkeld en wordt het zelfs mogelijk om op data gebaseerde producten of hulpprogramma's rechtstreeks te verkopen.³⁶⁹

Het verzamelen van gebruikersdata vindt over het algemeen plaats zonder de directe betrokkenheid van de gebruiker. In dit geval wordt doorgaans gesproken over passieve gebruikersparticipatie.³⁷⁰ Alhoewel deze passieve vorm van participatie enige actieve stappen vereist, zoals het downloaden van een app of het gebruiken van een bepaald apparaat, is de data verzameling in dit geval een bijproduct en vindt dan ook plaats zonder de directe betrokkenheid van de gebruiker. De enige betrokkenheid omvat het geven van toestemming voor de verzameling van data.³⁷¹ Betoogd wordt dat het verzamelen van ruwe onbewerkte data geen gebruikersparticipatie omvat en derhalve niet kan kwalificeren als vorm van waardecreatie.³⁷² Ruwe onbewerkte data zou namelijk geen waarde kunnen genereren zonder dat het verwerkt en geanalyseerd wordt door geavanceerde algoritmen, aangezien ruwe onbewerkte data veelal onbruikbaar is en geen inzichten verwerft.³⁷³ Betoogd kan dus worden dat het verzamelen van data een routine taak is waar geen significante winsten aan gealloceerd moeten worden.³⁷⁴ Data wordt voornamelijk automatisch verzameld door gestandaardiseerde hardware, dergelijke activiteiten zijn volgens Olbert & Spengel van hulp en voorbereidende aard.³⁷⁵ De ontwikkeling van software in het kader van de analyse en interpretatie van de verzamelde ruwe data is echter cruciaal volgens dit idee. In deze visie produceert het bedrijf de data aangezien het de ruwe onbewerkte data verzamelt, de rol van de gebruiker is slechts beperkt tot het geven van toestemming voor het verzamelen van data.³⁷⁶ In ruil voor toestemming om gebruikersdata te mogen verzamelen krijgen gebruikers doorgaans het recht om een dienst gratis of met korting te mogen gebruiken. Deze kosten

³⁶⁵ Petruzzie & Buriak 2018, p. 110.

³⁶⁶ Het CMO laat een stijging in uitgaven voor digitale marketing van 13% zien en een daling van uitgaven voor traditionele marketing met 2% (zie CMO 2017, p. 25).

³⁶⁷ McKinsey Survey 2017.

³⁶⁸ McKinsey Survey 2017.

³⁶⁹ McKinsey Survey 2017.

³⁷⁰ OECD 2018, p. 56; Petruzzie & Buriak spreken in dit kader over onbewuste contribuanten (zie Petruzzie & Buriak 2018 par. 5.3.2).

³⁷¹ OECD 2018, p. 56.

³⁷² De Wilde 2018, p. 470; HMT 2018, para 2.37; Becker & Englisch 2018, par. III. 2.

³⁷³ Olbert & Spengel 2017, p. 27.

³⁷⁴ Becker & Englisch 2018, par. III. 2; Olbert & Spengel 2017, p. 27.

³⁷⁵ Olbert & Spengel 2017, p. 27.

³⁷⁶ Becker & Englisch 2018, par. III. 2.

komen voor rekening van het bedrijf waardoor de waardecreatie uitsluitend toekomt aan het bedrijf. Zodoende levert het verzamelen van data geen economische nexus op en belastbare winst die hieraan gealloceerd zou moeten worden.

Gebruikersdata is echter in toenemende mate een strategisch middel geworden voor de meeste bedrijfsmodellen om concurrentievoordelen te verwerven of te behouden.³⁷⁷ Gebruikersdata is dan ook van onschatbare waarde in de hedendaagse economie, met als gevolg dat bedrijven steeds vaker investeren in manieren om toegang te verkrijgen tot gebruikersdata en toestemming te verkrijgen om data te mogen verzamelen vlakbij de gebruiker. Voorts wordt data in toenemende mate gedeeld en ontstaan uiteenlopende strategieën om data te monetiseren. Zodoende kan eveneens betoogd worden dat data verzameling een complementaire functie omvat aangezien zonder data überhaupt geen data-analyse plaats kan vinden waarmee waarde wordt gecreëerd. Derhalve is er wat voor te zeggen om data als zelf ontwikkeld immaterieel activum te kwalificeren.³⁷⁸ In dit kader is bovendien in de literatuur betoogd dat de intensieve verzameling van gebruikersdata een belastbare nexus in een land zou moeten veroorzaken.³⁷⁹ Collin & Colin hebben in dit kader betoogd dat bedrijven over een virtuele vaste inrichting moeten beschikken die gericht is op de verzameling van data voor belastingdoeleinden. Deze vaste inrichting houdt zich bezig met het produceren van economisch relevante data, waardoor een soort intermediair product ontstaat binnen het bedrijfsmodel.³⁸⁰ De Commissie Expert Groep inzake de digitale economie is echter van mening dat er geen overtuigend argument bestaat om de verzameling van data in een land te laten leiden tot een belastbare nexus in dat land.³⁸¹

Zo is onderwerp van discussie op welke locatie de dataproductie daadwerkelijk plaatsvindt. De vraag is derhalve welke jurisdictie de waarde van data moet omvatten. Aan de ene kant kan aansluiting gezocht worden bij de locatie van de desbetreffende gebruiker die de data levert, maar zowel voor belastingplichtigen als belastingautoriteiten is het echter technisch ingewikkeld om de oorsprong en de hoeveelheid data verkeer te bepalen.³⁸² Daarentegen kan ook betoogd worden dat de gebruikersdata geoogst wordt daar waar de gebruikersdata fysiek wordt opgeslagen en waargenomen, oftewel op de server die op afstand wordt bereikt door de gebruiker via het internet en waar de activiteiten van de gebruiker daadwerkelijk voor een stroom van elektronische data zorgen. Het betreft hier de jurisdictie waar de data wordt verzameld.³⁸³ Voorts kan aansluiting gezocht worden bij de jurisdictie waar de data wordt verwerkt en in combinatie met andere bronnen zoals bijvoorbeeld personeel, waarde wordt gecreëerd voor klanten en het bedrijf.

Data is een zeer heterogeen goed, indien het binnen het bedrijf blijft dat het geproduceerd heeft en niet op de markt verhandeld wordt is het moeilijk te waarderen, aangezien het economisch nut afhangt van de capaciteit om relevante informatie uit de rauwe data te destilleren middels algoritmen en andere Big Data Analytics technieken. Hardware en software elementen in combinatie met gerelateerde significant people functions in de functionele analyse, kunnen dienen als een proxy om de waarde van data vast te leggen.³⁸⁴ Olbert & Spengel merken op dat het onmogelijk is om te bepalen wat de waarde is van de data die geassocieerd wordt met een bepaalde platform gebruiker, aangezien deze waarde

³⁷⁷ Becker & Englisch 2018, par. III. 2.

³⁷⁸ OECD 2018, para 144.

³⁷⁹ EC 2014, p. 47.

³⁸⁰ Collin & Colin 2013, p. 116.

³⁸¹ EC 2014, p. 47.

³⁸² Becker & Englisch 2018, par. III. 2.

³⁸³ Petruzzie & Buriak 2018, p. 111.

³⁸⁴ Olbert & Spengel 2017, p. 36.

afhankelijk is van de schaal en de vorm van het bedrijfsmodel.³⁸⁵ De opbrengsten die een zoekmachine bijvoorbeeld genereert met gepersonaliseerde advertenties die het ontleent aan persoonlijke informatie van een grote gebruikersgroep is duidelijker in kaart te brengen dan de waarde die een cloud computing applicatie ontleent aan data en vertaalt in bedrijfswinsten.³⁸⁶ Olbert & Spengel zijn dan ook van mening dat zowel de locatie van de technische verzameling en opslag van data in regionale datacenters als de locatie waar de data exploitatie en analyse middels algoritmen en computersystemen plaatsvindt meegenomen moeten worden in de functionele analyse.³⁸⁷ Petruzzie & Buriak merken op dat het niet ongebruikelijk is dat in een jurisdictie, doorgaans de marktjurisdictie, wordt gegenereerd en wordt verwerkt in een andere jurisdictie, daar waar de servers en computersystemen zich bevinden.³⁸⁸ In dit kader pleiten Petruzzie & Buriak ervoor om data in de eerste jurisdictie als activum aan te merken, dat door consumenten wordt gecreëerd en dat naar behoren moet worden geëvalueerd en gecompenseerd als het wordt overgedragen. In de tweede jurisdictie moeten de heffingsrechten aanwezig zijn gebaseerd op het bedrag van de ruilwaarde, ook wel de bedrijfswinsten die een bedrijf creëert door specifieke functies met data uit te voeren.³⁸⁹ Petruzzie & Buriak merken tevens op dat data na het verzamelen in verschillende fasen wordt verwerkt, waardoor het nog moeilijker wordt om er een hypothetische prijs aan te hangen voor belastingdoeleinden. Zelfs als de totale waarde van een data set bekend is, blijft het lastig om data te verdelen over verschillende jurisdicties. Al met al pleiten al deze factoren tegen een virtuele vaste inrichting die zich richt op het verzamelen van data in de jurisdictie waar de gebruikers zich bevinden, zodoende is een winstallocatie op basis van het idee van data extractie en data vervaardiging sterk af te raden.

3.4 – Toetsing gebruikersparticipatie-voorstel

Het gebruikersparticipatie-voorstel gaat uit van de fundamentele veronderstelling dat gebruikers van een digitaal platform waarde creëren voor het desbetreffende digitale bedrijfsmodel. In deze visie vindt actieve gebruikersparticipatie plaats door het genereren van content en verschaffen van gebruikersdata, dit leidt tot netwerkeffecten en externaliteiten waardoor het merkimago en de waarde van het platform wordt versterkt. Alvorens het gebruikersparticipatie-voorstel te toetsen aan de toetsingscriteria uit dit onderzoek volgt hieronder een beknopt overzicht van alle kenmerken van het gebruikersparticipatie-voorstel:

Kenmerken gebruikersparticipatie-voorstel

- **Theoretisch fundament**

Actieve gebruikersparticipatie (netwerkeffecten, genereren van content, verschaffen van gebruikersdata) creëert waarde voor sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen en geeft aanleiding tot heffingsrechten in jurisdictie van gebruiker.

- **Reikwijdte**

Social media platforms, zoekmachines en bemiddelingsplatforms.

- **Methodologie**

Stap 1: calculeer residual of non-routine winst.
Stap 2: % van residual of non-routine winst is de waardecreatie door actieve gebruikersparticipatie.
Stap 3: winstallocatie tussen jurisdicties o.b.v. aantal gebruikers of omzet.
Stap 4: heffingsrecht voor jurisdictie van gebruiker.

³⁸⁵ Olbert & Spengel 2017, p. 37.

³⁸⁶ Olbert & Spengel 2017, p. 37.

³⁸⁷ Olbert & Spengel 2017, p. 37.

³⁸⁸ Petruzzie & Buriak 2018, p. 111.

³⁸⁹ Petruzzie & Buriak 2018, p. 111.

3.4.1 – Toetsingscriteria

Neutraliteit:

Het gebruikersparticipatie-voorstel lijkt zich enkel te richten op social media platforms, zoekmachines en bemiddelingsplatforms. Zodoende tracht het voorstel voornamelijk meerzijdige bedrijfsmodellen met netwerkeffecten te raken. Op basis van deze constatering is het voorstel niet neutraal, aangezien bedrijfsmodellen waar gebruikers niet actief bijdragen aan het waardecreatieproces expliciet buiten de reikwijdte vallen. Echter is in dit hoofdstuk besproken dat bijvoorbeeld financiële markten eveneens kwalificeren als meerzijdige bedrijfsmodellen met netwerkeffecten. Het voorstel zou derhalve ook op de bepaalde sectoren uit de traditionele economie van toepassing kunnen zijn. Feit blijft echter dat bedrijfsmodellen zonder actieve gebruikersparticipatie niet worden geraakt door dit voorstel waardoor het gebruikersparticipatie-voorstel als niet neutraal valt te kwalificeren.

Efficiëntie, zekerheid en eenvoud:

Het voorstel kan complex zijn en hoge nalevings- en administratieve kosten met zich meebrengen. Aangezien de rationale achter het gebruikersparticipatie-voorstel is gebaseerd op een zeer discutabel theoretisch fundament zal dit voor onzekerheid en verwarring kunnen zorgen. Het voorstel roept veel praktische vragen op met betrekking tot de definitie en drempels die gekozen moeten worden. Het voorstel vereist dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen routine en non-routine functies. Complexiteit ontstaat wanneer non-routine functies en het bijbehorende percentage exact geïdentificeerd dienen te worden over verschillende bedrijfsmodellen, hierdoor zou de onzekerheid toenemen. Er zijn verschillende interpretaties mogelijk voor non-routine functies en de bijbehorende percentages waardoor de praktische toepassing ervan ingewikkeld kan uitpakken.

Effectiviteit en eerlijkheid:

Het gebruikersparticipatie-voorstel zal zoals besproken enkel tot een belastbare nexus in de jurisdictie van de gebruiker leiden in geval van de generatie van content door gebruikers, diepe betrokkenheid bij een platform, netwerkeffecten en externaliteiten en bijdragen aan het merk. Het voorstel faalt erin de waarde van data te vangen, zowel het verstrekken van gebruikersdata als het verwerken van data levert geen nexus op, dit komt de effectiviteit niet ten goede. Het volledige concept dient beter gedefinieerd te zijn om daadwerkelijk effectief uit te pakken. Voorts biedt het voorstel ruimte voor geschillen tussen jurisdicties omdat residence en bronstaten de routine winsten proberen op te blazen en marktjurisdicties de non-routine winsten. Geschillen kunnen ook ontstaan over de definitie van routine en non-routine winsten.

Flexibiliteit:

Het gebruikersparticipatie-voorstel is zeer eng gedefinieerd met als gevolg dat de beperkte reikwijdte ervan ervoor zorgt dat het voorstel minder flexibel is om zich aan te kunnen passen aan toekomstige bedrijfsmodellen waar digitalisering een cruciale rol kan spelen. In de toekomst zullen nieuwe manieren ontstaan om te profiteren van actieve gebruikersparticipatie.

Ring-fencing:

Het gebruikersparticipatie-voorstel maakt zich schuldig aan ring-fencing van de digitale economie, aangezien het alleen van toepassing is op social media platforms, zoekmachines en bemiddelingsplatforms zoals bij het toetsingscriterium neutraliteit reeds is geconcludeerd.

Waardecreatie:

Mijns inziens is het gebruikersparticipatie-voorstel niet in lijn met waardecreatie, gebruikersparticipatie omvat hoogstens consumptie met externaliteiten. Wat netwerkeffecten betreft, valt op te merken dat buiten gedigitaliseerde ondernemingen om netwerkeffecten nooit hebben geleid tot gevolgen voor de belastingheffing, het meten en definiëren van het gebruikersbestand als bedrijfsmiddel is complex, bedrijven passen hun prijs vaak aan op de voordelen van netwerkeffecten, de creatie en exploitatie van netwerkeffecten op zichzelf impliceert geen gebruikersactie. Wat gebruikersbijdragen betreft valt op te merken dat input lastig te waarderen is, er is geen controle over de activiteit van een gebruiker op een digitaal platform waardoor het toewijzen van gebruikers functies aan het platform lastig te rechtvaardigen is, het grootste deel van de gebruikers krijgt geen prikkel om te produceren voor een platform maar maakt er gebruik van in de vrije tijd, om te socializen of ter entertainment. Wat gebruikersdata betreft is ruwe onbewerkte data naar mijn idee veelal onbruikbaar, data is een zeer heterogeen goed dat moeilijk te waarderen is, bovendien ook lastig te verdelen over jurisdicties, derhalve is winstallocatie op basis van het idee van data extractie en data vervaardiging sterk af te raden. Zodoende leveren naar mijn idee netwerkeffecten, gebruikersbijdragen en gebruikersdata geen heffingsrechten op.

Toetsingscriteria	Gebruikersparticipatie-voorstel
• Neutraliteit	• Richt zich alleen op bedrijfsmodellen waar actieve gebruikersparticipatie een doorslaggevende rol speelt (social media platforms, zoekmachines, bemiddelingsplatforms).
• Efficiëntie	• Kan complex uitpakken.
• Zekerheid en eenvoud	• Discutabel theoretisch fundament, veel praktische vragen met betrekking tot de definitie en drempels (met name non-routine functies en bijbehorende percentages).
• Effectiviteit en eerlijkheid	• Verstrekken en verwerken van data levert geen nexus op en gebrekkige definitie komen de effectiviteit niet ten goede. Geschillen over non-routine winsten.
• Flexibiliteit	• Eng gedefinieerd dus niet flexibel voor de toekomst.
• Geen ring-fencing	• Richt zich alleen op bedrijfsmodellen waar actieve gebruikersparticipatie een doorslaggevende rol speelt.
• Waardecreatie	• Niet in lijn met waardecreatie, hoogstens consumptie met externaliteit. Netwerkeffecten, gebruikersbijdragen en gebruikersdata leveren geen heffingsrechten op.

- *Voldoet niet aan het criterium*
- *Voldoet deels aan het criterium*
- *Voldoet aan het criterium*

3.5 – Conclusie

Er is getracht om de diepere betekenis achter de term waardecreatie te doorgronden en de implicaties hiervan voor het internationale belastingstelsel. Uit de academische literatuur blijkt dat er geen gemeenschappelijke definitie bestaat van het begrip waardecreatie in relatie tot de digitaliserende economie en dat waardecreatie geen traditioneel concept van het internationale belastingstelsel behelst. Het lijkt erop dat de term voornamelijk als instrument fungeert om politieke verwachtingen in te willigen. Conform de economische wetenschap ligt de waarde van goederen en diensten in essentie in ‘the eye of the beholder’, de subjectieve waardetheorie voert dan ook de boventoon. Er is echter kritiek op deze economische waardetheorie; waardecreatie blijkt dan ook zowel economisch als in het internationale belastingrecht een slecht gedefinieerd en politiek gedreven concept. Verder is de aanbodzijde doorslaggevend om heffingsrechten te alloceren aan jurisdicties anders dan de vestigingsstaat. Het waardecreatie paradigma versterkt politieke momentum voor een herbeoordeling van conventionele gedachtes waarop de criteria voor de vaststelling van belastbare nexus en belastbare winsten moeten worden gebaseerd, waardoor rekening gehouden kan worden met nieuwe criteria voor productie en waarde drijvers aan de aanbodzijde in de digitaliserende economie.

Voorts is getracht een kritische analyse uit te voeren met betrekking tot het argument dat vanwege de betrokkenheid van gebruikers in het waardecreatie proces van bedrijven, de locatie van deze gebruikers heffingsrechten zouden moeten opleveren voor desbetreffende landen. Tot de conclusie is gekomen dat de passieve rol van gebruikers in de bijdrage aan waardecreatie middels netwerkeffecten niet van belang is voor de allocatie van heffingsrechten, het belasten van netwerk externaliteiten staat namelijk haaks op huidige principes, netwerk effecten vertegenwoordigen geen nieuw economisch fenomeen dat is ontstaan door de digitalisering van de economie, buiten de gedigitaliseerde ondernemingen om hebben netwerkeffecten nooit geleid tot gevolgen voor de belastingheffing. Met betrekking tot door gebruikers geleverde content is geconcludeerd dat deze buiten beschouwing moeten blijven bij de allocatie van heffingsrechten. Deze content is namelijk te classificeren als consumptie met positieve externaliteiten voor het bedrijf, bovendien is de door gebruikers geleverde content lastig te waarderen en is er geen controle over de activiteiten van een gebruiker op een digitaal platform. Tot slot is ten aanzien van gebruikersdata geconcludeerd dat het moeilijk is een hypothetische prijs te hangen aan data voor belastingdoeleinden. Tot de conclusie is gekomen dat winstallocatie op basis van het idee van data extractie en data vervaardiging sterk af te raden is.

Ten aanzien van de toetsing van het gebruikersparticipatie-voorstel valt te concluderen dat het voorstel op alle fronten tekortschiet. Het voorstel is niet neutraal omdat het zich uitsluitend richt op bedrijfsmodellen waar actieve gebruikersparticipatie doorslaggevend is. Efficiëntie wordt niet bereikt omdat het voorstel complex uit kan pakken en derhalve hoge nalevings- en administratiekosten met zich kan brengen. Aangezien het voorstel voortkomt uit een discutabel theoretisch fundament en veel praktische vragen met betrekking tot definities en drempels oplevert, kan geconcludeerd worden dat dit de zekerheid en eenvoud niet ten goede komt. Bovendien komt de gebrekkige definitie de effectiviteit niet ten goede. Voorts is het voorstel eng gedefinieerd waardoor het niet flexibel is voor de toekomst. Tot slot komt het voorstel mijns inziens niet overeen met waardecreatie.

Hoofdstuk 4 – Marketing intangibles

Kernelement 2: het gebruik van immateriële activa

4.1 – Inleiding

Gemeenschappelijke kenmerken van de digitaliserende economie worden niet uitsluitend waargenomen bij sterk gedigitaliseerde bedrijven, ook de rest van de economie wordt bijvoorbeeld getypeerd door het gebruik van immateriële activa en grensoverschrijdende schaal zonder massa. In dit verband wordt gepleit voor hervormingen die breder toepasbaar zijn dan slechts op sterk gedigitaliseerde bedrijven en derhalve verder gaan dan het gebruikersparticipatie voorstel zoals besproken in hoofdstuk drie.³⁹⁰ In het huidige debat wordt derhalve gepleit voor de herziening van bestaande winst allocatie regels en nexus regels waarbij het land waar de uiteindelijke consumenten van bepaalde producten zich bevinden wordt aangemerkt als het bronland voor rendementen op zogenoemde ‘marketing intangibles’.

De gedachte van dit voorstel is dat waardecreatie voortkomt uit op klantgerichte immateriële activa die toebehoren aan de marktjurisdictie. De waarde van deze marketing intangibles hangt inherent samen met de markt waar de verkopen plaatsvinden, aangezien de wetten van het marktland vaak de waarde van dergelijke klant gebaseerde immateriële activa beschermen. Doordat waardecreatie onder dit voorstel voortkomt uit marketing intangibles worden heffingsrechten in dit kader gealloceerd aan de marktjurisdictie. Alvorens het marketing intangibles voorstel volledig te kunnen begrijpen worden in dit hoofdstuk eerst de hieraan voorafgaande voorstellen uitvoerig geanalyseerd. Vervolgens zal het marketing intangibles voorstel nader belicht worden en vindt toetsing plaats.

4.2 – Ratio achter op bestemming gebaseerde voorstellen

Er zijn ruwweg vier locaties die voor multinationale ondernemingen een essentieel onderdeel vormen van het waardecreatie proces en kunnen worden beschouwd als noodzakelijk voor het genereren van winst. Zo is er de woonplaats van de uiteindelijke aandeelhouders, de locatie van de dochterondernemingen en eventuele vaste inrichtingen, de vestigingsplaats van de uiteindelijke moedermaatschappij en tot slot de woonplaats van de consumenten. Het huidige internationale belastingstelsel baseert zich voornamelijk op relatief mobiele factoren, namelijk de locatie van de dochterondernemingen en eventuele vaste inrichtingen, deels wordt ook aansluiting gezocht bij de vestigingsplaats van de uiteindelijke moedermaatschappij.³⁹¹ Aangezien multinationale ondernemingen de vrijheid hebben om de vestigingsplaats van dochterondernemingen en moedermaatschappijen te bepalen ontstaat een internationaal belastingstelsel dat deze beslissing beïnvloedt en derhalve inefficiënt kan werken.³⁹² Zodoende wordt in de literatuur betoogd dat het de voorkeur verdient multinationale ondernemingen te belasten op de locatie van immobiele activiteiten, zoals de woonplaats van de consumenten en de uiteindelijke aandeelhouders, deze locatie kan doorgaans minder gemakkelijk beïnvloedt worden.³⁹³ In dit kader wordt dan ook in de literatuur gepleit voor op bestemming gebaseerde belastingstelsels gericht op de locatie van de uiteindelijke consument.³⁹⁴ Vanuit een theoretisch economisch perspectief is een op bestemming gebaseerd belastingstelsel minder economisch verstorend dan andere belastingstelsels die zich baseren op relatief mobiele factoren.³⁹⁵

³⁹⁰ OECD 2019; Australian Treasury Discussion Paper 2018; Herzfeld 2018.

³⁹¹ Devereux & Vella 2018, par. 2.

³⁹² Devereux & Vella 2018, par. 2.

³⁹³ Devereux & Vella 2018, par. 2.

³⁹⁴ Onder bestemming wordt de marktjurisdictie verstaan.

³⁹⁵ Devereux & Vella 2018, par. 2.

4.3 – Achtergrond: op bestemming gebaseerde voorstellen

4.3.1 – Residual Profit Formulary Apportionment ('RPFA')

Het eerste op bestemming gebaseerde voorstel is door Avi-Yonah, Clausing en Durst in 2009 geïntroduceerd en betreft een variatie op formulary apportionment.³⁹⁶ Het zogenoemde 'Residual Profit Formulary Apportionment' (hierna: RPFA) voorstel wordt gekarakteriseerd door het onderscheid dat gemaakt wordt tussen 'routine' winsten en 'residual' winsten.³⁹⁷ Conform het RPFA-voorstel dient eerst de wereldwijde winst van een multinationale onderneming gealloceerd te worden aan gelieerde entiteiten die functies en activiteiten uitvoeren op basis van werkelijk gemaakte kosten inclusief een opslag van 7,5%. Belastingheffing vindt derhalve plaats in de heffingsjurisdictie waar functies en activiteiten plaatsvinden die samenhangen met de werkelijk gemaakte kosten.³⁹⁸ Vervolgens wordt de resterende ('residual') winst verdeeld over verschillende heffingsjurisdicties waar de multinationale onderneming actief is op basis van de verhouding tussen lokale verkopen en wereldwijde verkopen.³⁹⁹

Het RPFA-voorstel behandelt elke bedrijfsactiviteit als een individuele belastingbetaler en berekent het inkomen door wereldwijde kosten af te trekken van de wereldwijde inkomsten, gebruik makend van een wereldwijd boekhoudsysteem waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen inkomsten en uitgaven in verschillende heffingsjurisdicties.⁴⁰⁰ Zodoende worden residual winsten van een wereldwijde multinationale onderneming verdeeld over verschillende heffingsjurisdicties. Het feit dat deze allocatie van residual winsten mechanisch van vorm is leidt ertoe dat de gealloceerde winsten niet doelbewust samenhangen met de waarde van wettelijk beschermde immateriële activa, klant gebaseerde immateriële activa of enige functie of activiteit in de desbetreffende heffingsjurisdictie.⁴⁰¹

4.3.1.1 – Problemen ten aanzien van vast opslagpercentage

Het vaste arbitraire opslagpercentage van 7,5% wordt in het RPFA voorstel gebruikt om routinematig behaalde rendementen bij benadering vast te stellen.⁴⁰² Deze zogenoemde cost-plus methodologie is consistent met hedendaagse transfer pricing regels en is bedoeld om geschillen te minimaliseren; bovendien bewerkstelligt het een bescheiden winstallocatie op basis van lokaal werkelijk gemaakte kosten.⁴⁰³ Voorts kan het vaste opslagpercentage vastgesteld worden op een niveau dat prikkels om kosten naar lage heffingsjurisdicties te verplaatsen op basis van het verdienen van een routine rendement minimaliseert.⁴⁰⁴ Zelfs een relatief kleine verhoging van het vaste opslagpercentage bewerkstelligt dat bedrijven met lage of gematigde marges grotendeels of volledig onderworpen zijn aan de belastingheffing van de heffingsjurisdicties waar hun functies en activiteiten plaatsvinden.⁴⁰⁵

Een vast opslagpercentage levert wel een aantal problemen op, zo hebben veel functies en activiteiten een compleet verschillende kapitaalstructuur, waar met een vast opslagpercentage geen rekening mee wordt gehouden.⁴⁰⁶ Tevens omvatten veel functies en activiteiten van

³⁹⁶ Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009.

³⁹⁷ Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009, p. 508.

³⁹⁸ Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009, p. 540.

³⁹⁹ Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009, p. 508-509.

⁴⁰⁰ Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009, p. 508.

⁴⁰¹ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 542.

⁴⁰² Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009, p. 510.

⁴⁰³ Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009, p. 511.

⁴⁰⁴ Indien bijvoorbeeld kosten van 100 worden verplaatst van een 35% naar een 10% heffingsjurisdictie, levert dat met een vast opslagpercentage van 7,5% slechts een voordeel van ongeveer 2% op. Dit geringe belastingvoordeel zal onwaarschijnlijk de locatie van vestiging beïnvloeden zie Andrus & Oosterhuis 2017, p. 101.

⁴⁰⁵ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 101.

⁴⁰⁶ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 541.

multinationale ondernemingen substantiële kosten die door derde partijen worden gemaakt: het is niet duidelijk hoe deze kosten onder het RPFA voorstel behandeld moeten worden.⁴⁰⁷ Onder huidige transfer pricing regels, worden deze kosten alleen in aanmerking genomen indien de als benchmark gebruikte vergelijkbare bedrijven deze kosten op vergelijkbaar niveau hanteren of als de kosten niet in separate financiële posten worden weergegeven maar onderdeel vormen van grotere kostencategorieën. Tot slot zijn er immateriële activa die meer samenhangen met de productielocatie; een arbitrair vast opslagpercentage kan niet afdoende rekening houden met deze waarde-elementen.⁴⁰⁸

4.3.1.2 – Problemen ten aanzien van het bepalen van de bestemming

Nadat routine winsten gealloceerd zijn wordt het resterende deel van de wereldwijde winsten van een multinationale onderneming verdeeld op basis van relatieve verkopen aan derde partijen in iedere marktjurisdictie.⁴⁰⁹ Het bepalen van de locatie van deze verkopen is in dit kader cruciaal, indien namelijk het administratieve mechanisme voor het bepalen van de locatie van de verkopen niet overeenkomt met de daadwerkelijke locatie van de uiteindelijke consument, wordt de rechtvaardiging voor op bestemming gebaseerde belastingstelsels ondermijnd. Aangezien multinationale ondernemingen hun transfer pricing afspraken op een dusdanige manier kunnen structureren dat verkopen worden geboekt in jurisdicties die niet overeenkomen met die van de uiteindelijke consument moet het concept van bestemming los staan van contractuele beslissingen die gemaakt worden door multinationale ondernemingen.⁴¹⁰ Het bepalen van de locatie van deze verkopen en de hoeveelheid verkopen brengt een aantal fundamentele problemen met zich. Het gaat hier voornamelijk om de behandeling van verkopen op afstand, verkopen via tussenpersonen, verkoop van grondstoffen, halffabricaten en kapitaalgoederen en de behandeling van diensten.⁴¹¹ Dit soort verkopen vereist het trekken van een arbitraire lijn tussen de verkoop voor distributie en de verkoop voor verdere fabricage.⁴¹²

Verkopen op afstand, oftewel verkopen die rechtstreeks worden gedaan door een verkoper in een andere jurisdictie dan de koper leveren problemen op. Deze verkopen kunnen namelijk niet belast worden in de jurisdictie van de koper indien de verkoper geen belastbare nexus bezit in deze heffingsjurisdictie. Uitbreiding van het vaste inrichtingsbegrip met betrekking tot verkopen op afstand vereist echter uitgebreide informatie-uitwisseling en coöperatie tussen overheden en roept bovendien belangrijke handhavingsproblemen op.⁴¹³ Verkopen via tussenpersonen leveren vaak ook problemen op; zo kunnen multinationale ondernemingen belastbaarheid in een heffingsjurisdictie vermijden door externe distributeurs in de desbetreffende jurisdictie te gebruiken voor hun verkopen.⁴¹⁴ Derhalve zijn er incentives om consumenten producten te laten kopen via externe distributeurs die zich in laag belastende heffingsjurisdicties bevinden. Om deze potentiële manipulatie te voorkomen zijn Clausing & Avi-Yonah van mening dat er een doorkijkregel van toepassing zou moeten zijn waardoor de verkopen die multinationale ondernemingen doen via externe distributeurs worden geacht gedaan te zijn door de achterliggende multinationale onderneming.⁴¹⁵ Zodoende wordt de buitenlandse multinationale entiteit onderworpen aan belastingheffing in het rechtsgebied van de uiteindelijke verkoop. Deze koop en verkoopovereenkomsten zullen dan op gelijke voet

⁴⁰⁷ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 541.

⁴⁰⁸ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 542.

⁴⁰⁹ Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009, p. 508-509.

⁴¹⁰ Grinberg 2018, p. 38.

⁴¹¹ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 99.

⁴¹² Oosterhuis & Parsons 2018, p. 542.

⁴¹³ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 99.

⁴¹⁴ Clausing & Avi-Yonah 2007, par. 4.2.1.

⁴¹⁵ Clausing & Avi-Yonah 2007, par. 4.2.1; Andrus & Oosterhuis 2017, p. 99.

gesteld moeten worden met de vaste vertegenwoordiger uit het vaste inrichtingsbegrip; net zoals in geval van verkopen op afstand heeft dit een aanzienlijke uitbreiding van het vaste inrichtingsbegrip tot gevolg.

Tevens leidt de verkoop van grondstoffen of halffabricaten aan externe fabrikanten tot de vraag of een doorkijkregel van toepassing zou moeten zijn of dat de plaats waar de goederen worden verwerkt aangemerkt dient te worden als de locatie van de verkoop.⁴¹⁶ Vergeleken met verkopen via tussenpersonen is de locatie van de uiteindelijke consumptie van grondstoffen of halffabricaten een stuk complexer vast te stellen. Voorts zijn er competitieve redenen te bedenken waarom de koper van grondstoffen of halffabricaten zijn verkoper niet op de hoogte wil stellen van de locatie van zijn verkopen, terwijl dit belang lastig voor te stellen is voor externe distributeurs.⁴¹⁷ Om deze redenen pleiten Andrus & Oosterhuis ervoor de locatie van de verkoop van grondstoffen of halffabricaten te situeren daar waar zij worden gebruikt door de kopende externe fabrikant.⁴¹⁸ Dit creëert weliswaar een incentive voor de externe fabrikant om haar productiefaciliteiten in relatief laag belastende heffingsjurisdicties onder te brengen indien de belastingbesparing voor de verkoper van grondstoffen of halffabricaten voldoende groot is om een deel hiervan door te geven aan de koper in de vorm van lagere prijzen, maar desondanks merken Andrus & Oosterhuis op dat een dergelijke incentive aanzienlijk minder is dan de prikkel die op dit moment aanwezig is om productiefaciliteiten in laag belastende jurisdicties te situeren onder het huidige at arm's length beginsel.⁴¹⁹

De verkoop van kapitaalgoederen roept veel van dezelfde problemen op als in geval van de verkoop van grondstoffen en halffabricaten. Bij de verkoop van kapitaalgoederen is het zelfs nog complexer om de locatie van de verkochte producten die door de kapitaalgoederen geproduceerd zijn te achterhalen. Elke poging om deze locatie te achterhalen is in de ogen van Andrus & Oosterhuis subjectief en onderworpen aan controverse, zodoende zou de verkoop van kapitaalgoederen geacht plaats te hebben gevonden op de locatie waar de koper van de kapitaalgoederen deze goederen gebruikt.⁴²⁰ Ook in dit geval ontstaat een incentive voor de koper om zijn faciliteiten in een laag belastende heffingsjurisdictie te situeren, waarbij de verkoper van de kapitaalgoederen bereid is een lagere prijs aan te bieden, maar blijft de incentive kleiner dan de prikkel die onder het huidige at arm's length beginsel bestaat.⁴²¹

Tot slot levert het bepalen van de locatie van diensten voor belastingdoeleinden in de context van multinationale onderneming nog grotere problemen op.⁴²² Doorgaans wordt hierbij aansluiting gezocht bij de locatie waar de diensten worden uitgevoerd en niet waar de consumenten van de diensten gelokaliseerd zijn.⁴²³ Dit valt de wijten aan de complexiteit van het bepalen van de locatie waar de diensten gebruikt worden door de ontvanger, vaak worden de ontvangen diensten in meerdere heffingsjurisdicties gebruikt. Huidige transfer pricing regelgeving biedt een mechanisme door te eisen dat de ontvangers van diensten de servicekosten doorbelasten aan de verschillende filialen die van deze kosten profiteren.⁴²⁴ Op

⁴¹⁶ Grubert 2018, p. 55 – 56.

⁴¹⁷ Grubert 2018, p. 55 – 56.

⁴¹⁸ Indien wel een doorkijkregel voor verkopen aan externe distributeurs toegepast wordt maar geen doorkijkregel in het kader van de verkoop van grondstoffen en halffabricaten, is een regel nodig om onderscheid te maken tussen distributie en fabricage (zie Andrus & Oosterhuis 2017, p. 100).

⁴¹⁹ Grubert 2018, p. 55 – 56; Andrus & Oosterhuis 2017, p. 100.

⁴²⁰ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 100.

⁴²¹ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 100.

⁴²² Hellerstein 2013, p. 9 – 12.

⁴²³ Zowel de Verenigde Staten als de EU hangen een dergelijke behandeling aan (zie EC CCCTB 2011 art. 98).

⁴²⁴ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 101.

deze manier wordt het inkomen van de dienstverlener toegewezen aan de verschillende heffingsjurisdicties op basis van de doorbelasting door de ontvanger van de diensten. Dit vereist dat de ontvanger van diensten informatie moet verstrekken aan de dienstverlener en dit kan leiden tot onderhandeling over de toewijzing van de servicekosten. Deze complexiteit kan ertoe leiden dat voor persoonlijke diensten waarbij kapitaal geen rol speelt het best aansluiting gezocht kan worden bij de plaats van uitvoering van de diensten, zelfs als dit aanleiding geeft tot een incentive om deze diensten in laag belastende jurisdicties te lokaliseren.⁴²⁵ Andere diensten zoals internet diensten vereisen weinig arbeid en aanzienlijke kapitaalinvesteringen; voor internet diensten zou de locatie van de gebruiker gevolgd moeten worden wat een vaste inrichting in de heffingsjurisdictie van de gebruiker vereist, dit wijkt aanzienlijk af van de huidige wetgeving.⁴²⁶ Het mechanisme van doorbelasting onder huidige transfer pricing regelgeving lost min of meer het probleem op van het bepalen van de bestemming van diensten die een multinationale onderneming ontvangt en in meerdere heffingsjurisdicties gebruikt. Belastingautoriteiten dienen echter ontvangers en de verstrekkers van de diensten te controleren om na te gaan of de doorbelasting juist is uitgevoerd.⁴²⁷ Het niveau van internationale coördinatie dat een dergelijk systeem vereist, bestaat vandaag de dag nog niet tussen belastingautoriteiten.⁴²⁸

Het bepalen van de bestemming brengt zoals hierboven aangetoond fundamentele problemen met zich. Echter omvat het bepalen van de bestemming geen nieuw fenomeen in de context van de omzetbelasting; zodoende is de gedachte in de literatuur ontstaan dat de omzetbelasting wellicht als leidraad zou kunnen dienen in het licht van de op bestemming gebaseerde voorstellen in casu.⁴²⁹ De omzetbelasting lost kwesties met betrekking tot de vaststelling van de bestemming op door gebruik te maken van proxies en administratieve regels. Onder een omzetbelasting verhogen producenten en leveranciers de prijs van een product met het bedrag van de btw in iedere schakel van de productieketen, achteraf moeten zij dit bedrag per aangifte aan de staat voldoen. Belastingplichtige ondernemers kunnen de door hen aan de leveranciers betaalde btw, de zogenoemde voorbelasting, terugkrijgen van de fiscus. Zodoende drukt de omzetbelasting uiteindelijk op de eindverbruiker, namelijk de consument. Dit mechanisme bewerkstelligt dat alle goederen en diensten waarop de btw van toepassing is eenmaal belast worden, doorgaans op consumentenniveau. Voorts vereist het mechanisme van de omzetbelasting een grensaanpassing, om de btw op een geëxporteerd product die in een vroeger stadium in het productieproces is betaald te elimineren, ontvangen exporteurs een restitutie van de btw voor de btw die betaald is op deze inputs, over de gehele waarde van geïmporteerde producten wordt vervolgens btw geheven. Zodoende voorkomt het mechanisme van de omzetbelasting de problemen die ontstaan bij verkopen via tussenpersonen. De tussenpersoon betaalt namelijk de volledige btw over de inkopen en krijgt de volledige btw terug indien vervolgens weer wordt geëxporteerd. Een vergelijkbaar resultaat ontstaat indien grondstoffen of halffabricaten worden geïmporteerd en vervolgens als onderdeel van een ander materieel goed worden geëxporteerd.

Ook in het geval van kapitaalgoederen die ingekocht worden om de productie van producten bestemd voor export mogelijk te maken geldt hetzelfde. In al deze gevallen zorgt het mechanisme van de omzetbelasting ervoor dat de belastingdruk uiteindelijk verschoven wordt naar de uiteindelijke consument en derhalve de belasting geïnd wordt op de plaats van

⁴²⁵ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 101.

⁴²⁶ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 101.

⁴²⁷ Grinberg 2018, p. 40.

⁴²⁸ Grinberg 2018, p. 41.

⁴²⁹ Grinberg 2018, p. 38; Andrus & Oosterhuis 2017, p. 99.

bestemming.⁴³⁰ Het mechanisme van de omzetbelasting is echter moeilijk toepasbaar in de context van directe belastingen. Zo gaat het mechanisme van de omzetbelasting uit van een belasting op bruto basis, terwijl directe belastingen aansluiting zoeken bij heffingen op netto basis. Voorts gaat de omzetbelasting uit van een belasting op elke transactie met aftrek van voorbelasting. Dergelijke basiselementen maken het onmogelijk om als leidraad te dienen voor het oplossen van het probleem van het bepalen van de bestemming in de context van directe belastingen.⁴³¹

4.3.1.3 – Problemen ten aanzien van unitaire benadering

Het RPFA-voorstel vangt aan met het gecombineerde inkomen van alle gelieerde entiteiten die samen een unitair bedrijf vormen. Het bepalen van hetgeen een unitair bedrijf omvat en hoe het gecombineerde inkomen gemeten moet worden, brengt een aantal problemen met zich. Deze problemen komen voort uit het traditionele formulary apportionment mechanisme, waarbij één enkele belastinggrondslag wordt bepaald door het inkomen van meerdere gerelateerde entiteiten te combineren waardoor een unitair bedrijf ontstaat, vervolgens wordt deze belastinggrondslag gealloceerd middels verschillende factoren. Het opzetten van een formulary apportionment regime vereist multilaterale consensus over wat de bedrijfsinkomsten zijn waarop de formulary apportionment toegepast moet worden, hoe deze inkomsten gemeten moeten worden en welke factoren in de formulary apportionment opgenomen moeten worden.⁴³²

Formulary apportionment in internationale context vereist dat het inkomen van alle gelieerde entiteiten gecombineerd wordt. Nadat het inkomen van alle multinationale entiteiten binnen de groep gecombineerd wordt, rijst de vraag of het gecombineerde inkomen van de multinationale groep onderworpen moet worden aan een enkele formulary apportionment of dat een afzonderlijke formulary apportionment plaats moet vinden voor elk unitair bedrijf van de groep. Het CCCTB-voorstel van de EC uit 2011 hanteert de eerste methode, het voordeel hiervan is dat het eenvoudiger is en derhalve eerder consensus kan opleveren tussen staten.⁴³³ Het afzonderlijk toepassen van formulary apportionment op elke unitaire bedrijf, wordt voornamelijk door veel Amerikaanse Staten gedaan en heeft als belangrijkste voordeel dat het inkomen accurater alloceert aan de desbetreffende functies en activiteiten die het creëren. Echter blijkt uit de ervaring van diverse Amerikaanse Staten dat hetgeen een unitair bedrijf behelst erg subjectief kan zijn en zodoende aanleiding kan geven tot veel geschillen.⁴³⁴ Het bereiken van multilaterale overeenstemming inzake de verdeling van een multinationale groep over afzonderlijke unitaire bedrijven is tot op heden geen succes gebleken; landen nemen verschillende benaderingen aan afhankelijk van wat hen de meeste opbrengsten oplevert.

Nadat bepaald is wat onder het unitaire bedrijf valt dienen de relevante gecombineerde inkomsten gemeten te worden. Indien het gecombineerde inkomen van de multinationale groep onderworpen wordt aan een enkele formulary apportionment kan het inkomen dat onderworpen is aan formulary apportionment gemeten worden middels traditionele boekhoudsystemen zoals IFRS; echter bieden deze boekhoudsystemen multinationale groepen flexibiliteit in de keuze voor methoden waarmee inkomsten en uitgaven worden geboekt, die wellicht niet aanvaardbaar zijn voor belastingautoriteiten.⁴³⁵ Zodoende is het

⁴³⁰ Grinberg 2018, p. 40.

⁴³¹ Grinberg 2018, p. 40.

⁴³² Andrus & Oosterhuis 2017, p. 96.

⁴³³ EC CCCTB 2011.

⁴³⁴ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 96.

⁴³⁵ Sikka & Murphy 2015, p. 9.

onwaarschijnlijk dat de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting bepaald wordt door een flexibel boekhoudsysteem. Vandaag de dag verschilt de manier waarop belastbaar inkomen wordt bepaald aanzienlijk tussen landen. Belastingplichtigen kunnen deze verschillen het hoofd bieden aangezien zij alleen van toepassing zijn op het inkomen van een entiteit dat zakendoet in het desbetreffende land. Een belangrijk nadeel van wereldwijde consolidatie is dat het een gemeenschappelijke maatstaf voor het bepalen van belastbaar inkomen over verschillende jurisdicties vereist. Geconsolideerde rapportage heeft betrekking op alle gelieerde entiteiten van hetzelfde unitaire bedrijf, het geconsolideerde wereldwijde inkomen van ieder unitair bedrijf moet afzonderlijk berekend worden, waarbij rekening gehouden moet worden met de manier waarop ieder land belastbaar inkomen bepaalt waar het unitaire bedrijf actief is.⁴³⁶ Indien landen geen akkoord bereiken over een gemeenschappelijke belastinggrondslag dan zal het toepassen van het formulary apportionment regime in verschillende landen enorme inspanningen vereisen en moeilijk toepasbaar blijken.⁴³⁷

4.3.2 – Residual Profit Allocation ('RPA')

Als alternatief op het RPFA-voorstel is in 2016 het zogenoemde Residual Profit Allocation ('RPA') voorstel⁴³⁸ aangedragen, waarbij in tegenstelling tot het RPFA-voorstel geen formulary apportionment maar transfer pricing methodologieën worden gehanteerd. Het centrale idee is om het huidige at arm's length systeem te blijven hanteren in relatie tot 'routine' winsten, terwijl 'residual' winsten worden gealloceerd aan de heffingsjurisdictie waar de verkopen plaatsvinden.⁴³⁹ Het RPA voorstel vangt aan met het conventionele 'entrepreneurial' transfer pricing model, waarbij binnen de multinationale groep één entiteit wordt aangemerkt als ondernemer of ontwikkelaar⁴⁴⁰ en geacht wordt de meeste risico's te dragen; deze entiteit is de eigenaar van het intellectuele eigendom en is gerechtigd tot de 'residual' winsten.⁴⁴¹ Alle overige gelieerde entiteiten worden geacht routinematige functies en activiteiten uit te voeren met geen tot weinig ondernemersrisico en worden hiervoor gecompenseerd middels 'routine' winsten gebaseerd op een cost-plus opslag. Het RPA-voorstel past dit traditionele 'entrepreneurial' model echter aan door de ondernemer of ontwikkelaar te lokaliseren in het land waar de verkopen plaatsvinden en zodoende 'residual' winsten toe te wijzen aan de gelieerde entiteiten in de desbetreffende marktjurisdicties.⁴⁴² De gelieerde entiteit actief in de bestemmingsjurisdictie wordt aangemerkt als groepsondernemer. 'Residual' winsten worden op deze manier belast in de bestemmingsjurisdictie, waarmee derhalve aangesloten wordt bij een relatief immobiele locatie.⁴⁴³ Alle andere gelieerde entiteiten worden middels 'routine' winsten gecompenseerd, 'routine' winsten worden dus met andere woorden toegewezen aan alle jurisdicties van de waardeketen met uitzondering van de bestemmingsjurisdictie.⁴⁴⁴

De 'routine' winsten bestaan uit een opslag bovenop de werkelijk gemaakte kosten door gelieerde entiteiten in de waardeketen, niet zijnde de gelieerde entiteit in de bestemmingsjurisdictie. Deze opslag wordt bepaald conform traditionele transfer pricing

⁴³⁶ Sikka & Murphy 2015, p. 9 – 12.

⁴³⁷ Het CCCTB-voorstel uit 2016 heeft getracht overeenstemming te bereiken ten aanzien van een gemeenschappelijke belastinggrondslag, echter zijn veel bepalingen door een groot aantal landen onbeantwoord gebleven en lijkt consensus ver te zoeken (zie Andrus & Oosterhuis 2017, p. 98).

⁴³⁸ Het RPA-voorstel is op de zomerconferentie Corporation tax for the 21st century op 27 juni 2016 van Oxford University gepresenteerd door de informele groep bestaande uit A. Auerbach, M. Devereux, M. Graetz, M. Keen, P. Oosterhuis, W. Schön & J. Vella.

⁴³⁹ Devereux 2016 & Andrus & Oosterhuis 2017, p. 102.

⁴⁴⁰ Deze entiteit is doorgaans gevestigd in een belastingtechnisch voordelige heffingsjurisdictie.

⁴⁴¹ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 102 & Devereux 2016.

⁴⁴² Andrus & Oosterhuis 2017, p. 102 & Devereux 2016.

⁴⁴³ Devereux 2016.

⁴⁴⁴ Oftewel marktjurisdictie, zie Devereux 2016.

methodologieën, waarbij intercompany aankopen van intermediaire goederen en diensten worden uitgesloten.⁴⁴⁵ Zodoende ontstaat een transfer price door werkelijke kosten van gelieerde entiteiten in de waardeketen te identificeren en ‘routine’ winsten toe te wijzen aan deze kosten. De ‘residual’ winsten van de gelieerde entiteit in de bestemmingsjurisdictie worden gevormd door het verschil te nemen tussen de werkelijke opbrengsten behaald met de verkoop van producten en de som van directe en indirecte kosten.⁴⁴⁶ Om dit te bewerkstelligen moeten multinationale ondernemingen de bruto-opbrengsten per land en per product meten, wereldwijde kosten moeten op productlijn niveau gemeten worden en vervolgens toegerekend worden aan de opbrengsten afkomstig uit de specifieke landen. Het RPA-voorstel stelt voor indirecte kosten te alloceren aan de gelieerde entiteit actief in de bestemmingsjurisdictie op een pro rata basis. Derhalve zullen de product gerelateerde opbrengsten en product gerelateerde kosten worden bepaald conform de separate accounting method in plaats van een vorm van formulary apportionment zoals bij het RPFA voorstel het geval is, hierdoor zullen opbrengsten en kosten te relateren zijn aan de specifieke producten.⁴⁴⁷ Deze separate accounting van opbrengsten en directe kosten, inclusief de allocatie van indirecte kosten, dwingt de gelieerde entiteit actief in de bestemmingsjurisdictie om de risico’s en voordelen van de verkoop van de producten te dragen, waar ‘residual’ winsten voor worden vergoed.⁴⁴⁸

Het RPA-voorstel omvat in feite contractuele afspraken waarop traditionele transfer pricing methoden worden toegepast. In essentie voorziet het RPA-voorstel derhalve in specifieke basisregels voor het toepassen van hedendaagse transfer pricing methodologieën.⁴⁴⁹ Zo zal een gelieerde fabrikant binnen de waardeketen van een multinationale onderneming een transfer price berekenen op basis van de kosten die samenhangen met de functies en activiteiten inclusief een opslag, waarbij het rendement van vergelijkbare fabrikanten ter referentie dient. Elke gelieerde inkopende entiteit binnen de waardeketen zal ook een routine rendement behalen op zijn functies en activiteiten die tot uitdrukking komt in de transfer price die het berekent aan de gelieerde entiteit actief in de marktjurisdictie, waarbij het rendement van vergelijkbare externe distributeurs eveneens ter referentie dient. De gelieerde entiteit actief in de marktjurisdictie hanteert de in rekening gebrachte transfer price als haar aankoopprijs, waaraan het haar kosten voor de verkoop van het product toevoegt. Het belastbare inkomen van deze lokale markt entiteit omvat het verschil tussen de werkelijke opbrengsten met de verkoop van de producten en de som van eerder genoemde kosten.⁴⁵⁰ Zodoende zal de lokale markt entiteit het resterende rendement van de verkochte producten op de markt verdienen waardoor het systeem in essentie overeenkomt met het huidige systeem voor multinationale ondernemingen, behalve dat de entiteit die de residual winsten verdient de lokale markt entiteit dient te zijn, in plaats van de binnen de multinationale groep middels contractuele regelingen aangemerkte ondernemer of ontwikkelaar.⁴⁵¹

4.3.3 – RPA versus RPFA

Zowel het RPFA-voorstel als het RPA-voorstel verminderen de incentive voor manipulatie aanzienlijk in vergelijking tot traditionele formulary apportionment voorstellen; bovendien reduceren beide voorstellen de prikkels om functies en activiteiten te verplaatsen naar laag belastende heffingsjurisdicties ten opzichte van post-BEPS-transfer pricing regels.⁴⁵² Voorts

⁴⁴⁵ Devereux 2016.

⁴⁴⁶ Devereux 2016.

⁴⁴⁷ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 102.

⁴⁴⁸ Grinberg 2018, p. 26.

⁴⁴⁹ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 543.

⁴⁵⁰ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 102.

⁴⁵¹ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 102.

⁴⁵² Andrus & Oosterhuis 2017, p. 102.

creëren beide voorstellen in toenemende mate een gelijk speelveld tussen binnenlandse en niet ingezetene multinationale ondernemingen. Beide voorstellen delen echter ook een aantal nadelen. Zo vereisen beide voorstellen dat bepaald moet worden waar de verkopen plaatsvinden, de problematiek ten aanzien van het bepalen van de bestemming is uitvoerig aan de orde gekomen tijdens de bespreking van het RPFA-voorstel en betreft de problemen die samenhangen met de behandeling van verkopen op afstand, verkopen via tussenpersonen, verkoop van grondstoffen, halffabricaten en kapitaalgoederen en de behandeling van diensten. Beide voorstellen werken het beste indien zij gecombineerd worden met regels die een belastbare aanwezigheid creëren op basis van de verkoop van lokale producten, zonder dat er rekening wordt gehouden met de fysieke aanwezigheid van de verkoper in de heffingsjurisdictie.⁴⁵³ Ook andere technische vragen gaan gepaard met beide voorstellen, zoals de verwerking van verliezen, de behandeling van winstniveaus die niet voldoen aan routinematig rendement en de behandeling van de verkoop in nieuwe markten.⁴⁵⁴

Het RPA-voorstel verschilt van het RPFA-voorstel op een aantal cruciale punten. Het belangrijkste verschil is dat het RPA-voorstel residual winsten aan de marktjurisdictie alloceert per productlijn en per land, terwijl het RPFA-voorstel resulteert in een enkele allocatie van de gemiddelde wereldwijde winsten van een multinationale onderneming.⁴⁵⁵ Doordat winsten worden bepaald op basis van werkelijke opbrengsten en gerelateerde directe kosten conform de separate accounting method, resulteert het RPA-voorstel erin dat marktjurisdicties met hogere marges een grotere belastinggrondslag ontvangen en landen met lagere marges een lagere belastinggrondslag, terwijl de marges onder het RPFA-voorstel gemiddeld worden over alle heffingsjurisdicties.⁴⁵⁶ Bovendien omvat het RPA-voorstel een zogenoemde ‘bottom-up’ benadering in plaats van een ‘top-down’ benadering, door het opbouwen van een transfer price gebaseerd op de kosten van routine rendementen op functies en activiteiten door de gehele waardeketen voorkomt het RPA-voorstel de problemen met betrekking tot de vraag welke bedrijven als unitair behandeld moeten worden en hoe het gecombineerde inkomen gemeten moet worden, zoals bij het RPFA-voorstel besproken.⁴⁵⁷ Desondanks blijven de problemen ten aanzien van de unitaire benadering deels bestaan onder het RPA-voorstel, ondanks dat het RPA-voorstel namelijk de opbrengsten doorgaans per land berekent, worden kosten op een wereldwijde geconsolideerde manier berekend net zoals het unitaire aspect van het RPFA-voorstel, de problemen ten aanzien van de unitaire benadering blijven dan ook alleen in het kader van het bepalen van de allocatie van R&D, G&A en andere indirecte kosten spelen.⁴⁵⁸ Tot slot is het RPA-voorstel meer in overeenstemming met het huidige raamwerk van source regels en transfer pricing methodologie, derhalve zal het RPA voorstel eerder unilateraal geïmplementeerd worden dan multilateraal.⁴⁵⁹

⁴⁵³ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 544.

⁴⁵⁴ Een bijzonder probleem dat samenhangt met het RPA-voorstel betreft de mismatch tussen R&D uitgaven en de resulterende immateriële winsten, met als gevolg dat er overallocatie plaatsvindt van uitgaven aan sommige jurisdicties en overallocatie van inkomsten aan andere jurisdicties (zie Oosterhuis & Parsons 2018, p. 544; Grubert 2015, p. 60).

⁴⁵⁵ Het RPA-voorstel en het RPFA-voorstel genereren verschillende resultaten indien het percentage bruto omzet enerzijds en het percentage bedrijfswinst anderzijds significant varieert per land, maar ook indien gemiddelde winstniveaus variëren per productlijn en sommige landen meer omzet genereren voor een multinationale onderneming uit producten met hoge winst, terwijl andere landen meer omzet genereren voor een multinationale onderneming uit producten met een lage winst. Een voorbeeld is de farmaceutische industrie, meer dan 40% van de wereldwijde winsten worden in de Verenigde Staten gegenereerd, maar minder dan 40% van de omzet vindt voort uit de Verenigde Staten (zie Grinberg 2018, p. 27).

⁴⁵⁶ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 103.

⁴⁵⁷ Andrus & Oosterhuis 2017, p. 103.

⁴⁵⁸ Grinberg 2018, p. 43.

⁴⁵⁹ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 545.

4.4 – Residual ‘Marketing Intangibles’ Profit Allocation (‘RMIPA’)

4.4.1 – Introductie

Oosterhuis en Parsons hebben in 2017 getracht de huidige transfer pricing methoden te herzien om betere mogelijkheden van waarde allocatie aan de bestemmingsjurisdictie te exploreren. Dit resulteerde in het idee om onderscheid te maken tussen zogenoemde ‘marketing intangibles’ en overige immateriële activa in het kader van de winstallocatie aan de bestemmingsjurisdictie.⁴⁶⁰ Dit idee vormt een compromis tussen het huidige transfer pricing systeem en de reeds besproken op bestemming gebaseerde hervormingen van het transfer pricing systeem. Zodoende is dit idee onderdeel gaan vormen van het huidige debat en wordt hiernaar verwezen middels de term ‘marketing intangibles’. De OESO heeft dit idee ter consideratie overgenomen en doet onderzoek naar de mogelijkheden binnen dit kader.⁴⁶¹ Het is tot op heden niet exact duidelijk in welke vorm de OESO dit voorstel in overweging neemt, aangezien de OESO geen publiekelijk voorstel heeft gepubliceerd, beperk ik mij tot administratieve en pragmatische problemen die samenhangen met het voorstel. Er wordt gerefereerd naar het voorstel middels de term Residual Marketing Intangibles Profit Allocation (hierna: RMIPA) aangezien het een modificatie betreft op het RPA-voorstel.

Het RMIPA-voorstel heeft hetzelfde beginpunt als het RPA-voorstel, zodoende worden gelieerde entiteiten voor hun functies en activiteiten gecompenseerd middels routine winsten op basis van cost-plus of return on assets conform de huidige at arm’s length methodologie. In tegenstelling tot het RPA-voorstel wordt bij het RMIPA-voorstel de residual winst verdeeld over marketing intangibles en overige immateriële activa. Door deze verdeling kan het inkomen dat wordt geacht te zijn ontstaan uit deze marketing intangibles gealloceerd worden aan de bestemmingsjurisdictie van de goederen of diensten.⁴⁶² Het resterende deel wordt conform huidige transfer pricing principes gealloceerd. Residual winsten die toewijsbaar zijn aan marketing intangibles worden dus gealloceerd aan de bestemmingsjurisdictie en residual winsten die toewijsbaar zijn aan overige immateriële activa worden gealloceerd conform huidige transfer pricing regels.

4.4.2 – Pijnpunten

Ongeacht de daadwerkelijke vorm van het voorstel betreffende marketing intangibles zijn er fundamentele kwesties die aangepakt moeten worden en de aandacht verdienen. Het RMIPA-voorstel gaat gepaard met drie fundamentele pijnpunten. Om te beginnen behoudt het RMIPA-voorstel de problemen van huidige transfer pricing wetgeving, gezien het feit dat ten aanzien van residual winsten die niet gealloceerd worden aan de bestemmingsjurisdictie huidige transfer pricing systematiek van toepassing is. Voorts brengt het RMIPA-voorstel dezelfde uitdagingen met zich mee als ieder ander op bestemming gebaseerd voorstel.⁴⁶³ In dit kader zijn reeds in de vorige paragrafen van dit hoofdstuk de moeilijkheden die samenhangen met het bepalen van de bestemming nader belicht. Ook zijn de problemen ten aanzien van de unitaire benadering besproken. Het RMIPA-voorstel vereist geen gemeenschappelijke maatstaf voor bruto-inkomen maar wel gemeenschappelijke regels voor met name indirecte kosten. Net zoals het RPA-voorstel vereist het RMIPA-voorstel schema’s voor afschrijvingen en amortisatie van materiële en immateriële activa die over verschillende heffingsjurisdicties gestandaardiseerd worden. Aangezien het RMIPA-voorstel evenals het RPA-voorstel indirecte kosten per productlijn alloceert, blijven de unitaire problemen die belastingharmonisatie vereisen bestaan. Het derde pijnpunt ligt in de administratieve

⁴⁶⁰ Dit idee is op the Seventh Annual NYU/UCLA Tax Policy Symposium in October 2017 nader belicht door Oosterhuis en Parsons (zie Oosterhuis & Parsons 2018).

⁴⁶¹ OECD 2019, p. 2.

⁴⁶² Grinberg 2018, p. 28.

⁴⁶³ Grinberg 2018, p. 29.

complexiteit van het onderscheid tussen residual winsten geassocieerd met marketing intangibles en residual winsten geassocieerd met overige immateriële activa. Hiertoe zal in de komende paragraaf onderbouwd worden in hoeverre dit onderscheid al dan niet realiseerbaar is en worden potentiële oplossingen in dit kader aangedragen.

4.4.3 – Splitting residual winst tussen marketing intangibles en overige immateriële activa

Het RMIPA-voorstel maakt een onderscheid tussen rendementen gegenereerd door immateriële activa zijnde marketing intangibles en overige immateriële activa. De kern problematiek van het RMIPA-voorstel heeft betrekking op de vraag in hoeverre residual winst daadwerkelijk gealloceerd dient te worden aan marketing intangibles en in hoeverre aan overige immateriële activa. Het antwoord op deze vraag begint logischerwijs bij een adequate definitie van de term marketing intangibles. Een wettelijke definitie is vereist om het RMIPA-voorstel te kunnen operationaliseren.⁴⁶⁴ Aangezien een wettelijke definitie ontbreekt wordt aansluiting gezocht bij de OECD Transfer Pricing Guidelines, deze hanteert de volgende definitie voor marketing intangibles:

*An intangible (within the meaning of paragraph 6.6) that relates to **marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service**, and/or has an important **promotional value** for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, **trademarks, trade names, customer lists, customer relationships**, and **proprietary market and customer data** that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers.*⁴⁶⁵

Zodoende wordt met de term marketing intangibles aansluiting gezocht bij klant gebaseerde immateriële activa,⁴⁶⁶ echter zijn klant gebaseerde immateriële activa veelomvattender waardoor onderscheid bestaat tussen beide termen.⁴⁶⁷ Onder overige immateriële activa worden in deze context vooral op productie gebaseerde immateriële activa verstaan, zoals bijvoorbeeld patenten en copyrights.⁴⁶⁸ Duidelijk is dus dat met de term marketing intangibles aansluiting wordt gezocht bij klant gebaseerde immateriële activa, ondanks de onduidelijkheid over de daadwerkelijke invulling van deze term wordt in het vervolg de term marketing intangibles gebruikt om aan te sluiten bij de terminologie die voornamelijk in het huidige debat wordt gehanteerd.⁴⁶⁹

Een adequate wettelijke definitie lost echter niet het onderliggende waarderingsprobleem van marketing intangibles op. Nadat namelijk bepaald is wat onder marketing intangibles wordt verstaan en wat onder overige immateriële activa, dienen vanwege het feit dat het RMIPA-voorstel net als het RPA-voorstel een transactional profit split method behelst winstniveaus per productlijn en per land bepaald te worden. Er dient een winstsplitsing plaats te vinden van de residual profit die samenhangt met iedere transactie tussen marketing intangibles en overige immateriële activa. Bovendien moeten de transacties die geassocieerd zijn met een productlijn nauwkeurig afgebakend worden.⁴⁷⁰ Voor deze winstsplitsing dient echter aansluiting gezocht te worden bij een bepaalde methodologie.

⁴⁶⁴ Grinberg 2018, p. 30.

⁴⁶⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, p. 27.

⁴⁶⁶ Onder klant gebaseerde immateriële activa worden bijvoorbeeld lokaal klantenbestand, netwerken, lokale goodwill, going concern waarde verstaan (zie Oosterhuis & Parsons 2018, p. 547).

⁴⁶⁷ Zo worden netwerkeffecten gekwalificeerd als klant gebaseerde immateriële activa, maar niet als marketing intangibles (zie Oosterhuis & Parsons 2018, p. 523).

⁴⁶⁸ De waarde van patenten en copyrights is namelijk meer verbonden met de locatie waar de uitvinding plaats heeft gevonden of waar een werk is gecreëerd (zie Australian Treasury Discussion Paper 2018, p. 16).

⁴⁶⁹ In feite betreft het een market intangible of market-based intangible, desondanks wordt de term marketing intangibles gehanteerd zoals in het huidige debat (zie OECD 2019; Australian Treasury Discussion Paper 2018; Herzfeld 2018).

⁴⁷⁰ Grinberg 2018, p. 32.

4.4.4 – Tweezijdige transfer pricing waarderingsmethodologie

Het door Oosterhuis en Parsons voorgestelde idee vormt een modificatie op het eerder door Wells en Lowell geïntroduceerde voorstel waarin gepleit wordt voor een verschuiving naar een tweezijdige transfer pricing methodologie inclusief een base-protecting surtax. Het voorstel van Wells en Lowell richt zich specifiek op inkomende belastingen in de Verenigde Staten en bestaat uit drie componenten.⁴⁷¹ Ten eerste worden inkomende verrekenprijzen vastgesteld conform eenzijdige transfer pricing methodologie, waardoor routine winsten worden gealloceerd aan de Amerikaanse distributie of marketing filialen.⁴⁷² Ten tweede vormt een 10% base-protecting surtax die geheven wordt op de betalende Amerikaanse gelieerde entiteit een schatting van de residual winsten en het laatste component omvat het recht op teruggave van een deel van de surtax.⁴⁷³ Het recht op teruggave wordt bepaald door de surtax te vergelijken met een tweezijdige transfer pricing methodologie⁴⁷⁴ en op basis hiervan te beoordelen of de surtax excessief was.⁴⁷⁵ De daadwerkelijke invulling van deze tweezijdige transfer pricing methodologie wordt echter niet nader belicht door Wells en Lowell, enkel wordt opgemerkt dat de vergelijking tussen de surtax en de tweezijdige transfer pricing methodologie zou moeten lijken op een geavanceerde prijsafpraak (APA).⁴⁷⁶ Oosterhuis en Parsons merken in dit kader op dat de tweezijdige transfer pricing methodologie zodanig geïmplementeerd zou kunnen worden dat alle klant gebaseerde immateriële activa die betrekking hebben op de relevante markt worden behandeld als eigendom van de gelieerde lokale distributie of marketing entiteit, terwijl elk op productie gebaseerd immaterieel activum dat te maken heeft met bijvoorbeeld productontwerpen, productontwikkeling en productie geacht wordt eigendom te zijn van de gelieerde entiteit conform huidige transfer pricing regels.⁴⁷⁷

In het geval van een tweezijdige transfer pricing methodologie is de meest logische benadering aansluiting te zoeken bij de transactional profit split methode.⁴⁷⁸ Deze methode wordt namelijk doorgaans toegepast indien beide partijen bij een gecontroleerde transactie immateriële activa bezitten die unieke en waardevolle bijdragen leveren aan de waarde van een transactie.⁴⁷⁹ In een dergelijk geval zouden onafhankelijke partijen de prijs van de transactie effectief kunnen waarderen in verhouding tot ieders bijdrage, dit maakt een tweezijdige methode geschikt.⁴⁸⁰ Zodoende vindt toepassing plaats van de transactional profit split methode op alle transacties, zelfs wanneer slechts één partij unieke en waardevolle bijdragen levert.⁴⁸¹ De nauwkeurige afbakening van de daadwerkelijke transactie is belangrijk om te bepalen of een transactional profit split methode toepasbaar is, in dit proces moet rekening gehouden worden met commerciële en financiële relaties tussen de gelieerde entiteiten, dient een analyse plaats te vinden van hetgeen iedere partij doet in het kader van de transactie en dient de context waarin de gecontroleerde transactie plaatsvindt in overweging genomen te worden, zodoende vereist de nauwkeurige afbakening van een transactie een

⁴⁷¹ Wells & Lowell 2014.

⁴⁷² Er is hier sprake van **eenzijdige** transfer pricing vanwege het feit dat de Amerikaanse prijs en dus de winst bepaald kan worden door enkel te kijken naar de kosten van de Amerikaanse gelieerde entiteit, de kosten en winsten van niet-Amerikaanse gelieerde entiteiten blijven derhalve buiten beschouwing (zie Wells & Lowell 2014, p. 750 t/m 760; Oosterhuis & Parsons 2018, p. 546).

⁴⁷³ Wells & Lowell 2012, p. 604 t/m 606; Oosterhuis & Parsons 2018, p. 546.

⁴⁷⁴ In het kader van een **tweezijdige** transfer pricing methodologie wordt rekening gehouden met de wereldwijde winsten van een multinationale groep (zie Oosterhuis & Parsons 2018, p. 546).

⁴⁷⁵ Wells & Lowell 2012, p. 605 t/m 606.

⁴⁷⁶ Wells & Lowell 2012, p. 605 t/m 606.

⁴⁷⁷ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 546.

⁴⁷⁸ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 546; Grinberg 2018, p. 32.

⁴⁷⁹ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.119.

⁴⁸⁰ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.119.

⁴⁸¹ Grinberg 2018, p. 32.

tweezijdige analyse,⁴⁸² ongeacht welke transfer pricing methode uiteindelijk het meest geschikt blijkt.⁴⁸³

Aan de ene kant is het feit dat unieke en waardevolle bijdragen worden geleverd aan de gecontroleerde transactie door iedere partij een duidelijke indicator dat de transactional profit split methode geschikt is.⁴⁸⁴ Voorts negeert een tweezijdige transfer pricing methodologie contractuele risicoverschuiving.⁴⁸⁵ De tweezijdige transfer pricing methodologie is veel meer een incrementele stap richting een op bestemming gebaseerde belasting dan het RPFA of het RPA voorstel.⁴⁸⁶ Aan de andere kant beschikt de transactional profit split methode echter ook over zwakheden die betrekking hebben op problemen bij de toepassing ervan, zo is het bepalen van de relevante omzet en kosten voor alle gelieerde entiteiten die betrokken zijn bij de gecontroleerde transactie gecompliceerd, alsook het identificeren van de bedrijfskosten die verbonden zijn aan de transacties en het alloceren van de kosten tussen de transacties en de andere activiteiten van de gelieerde entiteiten.⁴⁸⁷ Zodoende is de OESO van mening dat daar waar de nauwkeurige afbakening van een transactie bepaalt dat een partij bij de transactie slechts eenvoudige functies vervult, geen economische significante risico's met betrekking tot deze transactie worden verondersteld en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage geacht wordt plaats te vinden, waardoor een transactional profit split methode doorgaans niet geschikt is.⁴⁸⁸ Voorts merkt de OESO in dit kader op dat een gebrek aan vergelijkbare producten op zichzelf onvoldoende reden is om het gebruik van een transactional profit split methode te rechtvaardigen.⁴⁸⁹ Bovendien vereist tweezijdige transactional profit split methodologie een verregaande vorm van internationale coöperatie tussen overheden middels mutual agreement procedure (MAP) ter voorkoming van dubbele belasting.⁴⁹⁰ Grinberg merkt in dit kader op dat zelfs na BEPS en de opkomst van het multilateraal instrument (MLI), verplichte bindende arbitrage slechts in een beperkt aantal gevallen mogelijk is en derhalve het risico op falen van MAP coördinatie in transactional profit split methoden groot blijft.⁴⁹¹ Oosterhuis en Parsons erkennen dat het aantal geschillen als gevolg van de tweezijdige transfer pricing methodologie zal toenemen, maar achten het voorstel desondanks de moeite waard om serieus te overwegen.⁴⁹²

4.4.5 – Cost-based profit splitting factors

Een andere potentiële methodologie voor de splitsing van residual winst omvat het in overweging nemen van uitgaven die bijdragen aan de ontwikkeling van marketing intangibles en uitgaven die bijdragen aan de ontwikkeling van overige immateriële activa. Het betreft hier op kosten gebaseerde winstsplitsingsfactoren binnen de transactional profit split methode.⁴⁹³ In dit kader dient de overheid de gebruiksduur van verschillende soorten uitgaven op te stellen, resulterend in gekapitaliseerde waarden die geassocieerd zijn met marketing intangibles.⁴⁹⁴ Door deze gekapitaliseerde waarde te vergelijken met overige

⁴⁸² Of meerzijdige analyse indien meer dan twee gelieerde entiteiten betrokken zijn bij de transactie en bijdragen leveren.

⁴⁸³ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.125.

⁴⁸⁴ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.126.

⁴⁸⁵ Ondanks het feit dat BEPS de rol van contractuele en juridisch eigendom minimaliseert, blijft de contractuele relatie tussen partijen doorslaggevend, de aannames van risico's en bijdragen aan de ontwikkeling van immateriële activa die hiermee gepaard gaan leiden tot het gevaar van waarde verschuiving door multinationale ondernemingen middels contractuele risicoverschuiving (zie Andrus & Oosterhuis 2017, p. 92).

⁴⁸⁶ Oosterhuis & Parsons 2018, p. 549.

⁴⁸⁷ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.123.

⁴⁸⁸ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.127.

⁴⁸⁹ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.128.

⁴⁹⁰ Grinberg 2018, p. 33.

⁴⁹¹ Grinberg 2018, p. 33.

⁴⁹² Oosterhuis & Parsons 2018, p. 549.

⁴⁹³ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.181.

⁴⁹⁴ Grinberg 2018, p. 33.

immateriële activa ontstaat een ratio die ieder jaar verandert als gevolg van nieuwe uitgaven door de multinationale onderneming en de werking van het toegepaste aflossingsschema voor de verschillende soorten uitgaven. Dit aflossingsschema levert geen daadwerkelijke aftrek op, maar dient uitsluitend ter vaststelling van de ratio en deze ratio dient vervolgens weer ter vaststelling van het deel van de residual winst dat gealloceerd dient te worden aan de marktajurisdictie en het deel dat conform at arm's length beginsel wordt gealloceerd.⁴⁹⁵

Het toepassen van deze methodologie is echter erg arbeidsintensief en verandert het debat over de vraag wat marketing of klant gebaseerde immateriële activa omvatten in tegenstelling tot overige immateriële activa, naar een debat over de vraag welke kosten marketing intangibles ontwikkelen en welke kosten overige immateriële activa ontwikkelen en wat de gebruiksduur van dergelijke uitgaven dan wel niet zouden moeten zijn.⁴⁹⁶ Ook de OESO merkt in dit kader op dat deze benadering zeer gevoelig is voor verschillen en veranderingen in de boekhoudkundige classificatie van deze kosten.⁴⁹⁷

4.4.6 – Eenzijdige transfer pricing waarderingsmethodologie

De bovenstaande methodologieën lopen stuk op het feit dat zij beide trachten waarde relatief toe te schrijven aan marketing intangibles en aan de andere kant aan overige immateriële activa, ter allocatie van de residual winst aan de marktajurisdictie en de allocatie middels at arm's length. Onder een eenzijdige transfer pricing waarderingsmethodologie worden excessieve rendementen toegeschreven aan specifiek vermelde non-routine op productie gebaseerde immateriële activa, de residual winst die vervolgens overblijft wordt gealloceerd aan de marktajurisdictie.⁴⁹⁸ Hiermee wordt het verdelen van de residual winst tussen marketing intangibles en overige immateriële activa middels een ratio voorkomen. Op twee manieren zou invulling gegeven kunnen worden aan een eenzijdige transfer pricing methodologie, om te beginnen zou getracht kunnen worden een comparable uncontrolled transactie te vinden voor non-routine op productie gebaseerde immateriële activa.⁴⁹⁹ Daarnaast zou vergelijkbaar met de transactional net margin method (TNMM) van de OESO een winstindicatie factor gebruikt kunnen worden. Een belangrijk verschil met de TNMM is dat de TNMM volgens de OESO alleen gebruikt zou mogen worden indien een van de twee partijen eigenaar en beheerder is van alle relevante non-routine op productie gebaseerde immateriële activa.⁵⁰⁰

4.4.7 – Formulary RMIPA-winstsplitsing

Indien het onderscheid tussen marketing intangibles en op productie gebaseerde immateriële activa administratief niet haalbaar blijkt te zijn, kan het de voorkeur genieten om voor de splitsing van residual winst tussen marketing intangibles en op productie gebaseerde immateriële activa consensus te bereiken over een vast percentage dat bepaalt hoeveel residual winst gealloceerd dient te worden aan de marktajurisdictie. Het probleem is echter dat deze benadering dezelfde complicaties met zich meebrengt als traditionele formulary apportionment regimes.⁵⁰¹

⁴⁹⁵ Grinberg 2018, p. 34.

⁴⁹⁶ Grinberg 2018, p. 34.

⁴⁹⁷ OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, para 2.182.

⁴⁹⁸ Grinberg 2018, p. 35.

⁴⁹⁹ Grinberg 2018, p. 35.

⁵⁰⁰ Grinberg 2018, p. 35.

⁵⁰¹ Aangezien activiteiten mobiel zijn en verkopen dan niet zijn zullen jurisdicties prikkels ervaren, waardoor een incentive bestaat om richting een grotere allocatie naar de markt toe te werken (theoretisch een 100% allocatie aan de bestemmingsjurisdictie) (zie Grinberg 2018, p. 36).

4.5 – Afweging van RMIPA-voorstel

Het RMIPA-voorstel tracht een politiek compromis te bewerkstelligen, maar juist vanwege dit feit combineert het de problemen die samenhangen met het huidige at arm's length beginsel en de problematiek met betrekking tot het bepalen van de locatie van verkopen en de problemen ten aanzien van de unitaire benadering van het RPFA en het RPA-voorstel tezamen. Door een deel van de residual winst te alloceren aan de marktjurisdictie dient het huidige internationale belastingstelsel aanzienlijk gemodificeerd te worden met alle substantiële overgangskosten van dien. Het opsplitsen van heffingsrechten over excessieve rendementen tussen het huidige transfer pricing systeem en een op bestemming gebaseerd systeem is complex, creëert nieuwe potentiële conflicten en vereist een verregaande vorm van harmonisatie tussen landen. Indien toch gekozen wordt voor een dergelijke oplossing is een formulary systeem voor het opsplitsen van excessieve opbrengsten de meest haalbare oplossing. Alvorens toetsing plaatsvindt van het marketing intangibles voorstel in de volgende paragraaf volgt hieronder een beknopt overzicht van alle kenmerken en de hieraan voorafgaande voorstellen zoals besproken in dit hoofdstuk:

<u>Kenmerken/pijnpunten</u>	<u>RPFA-voorstel</u>	<u>RPA-voorstel</u>	<u>RMIPA-voorstel</u> <i>(Marketing intangibles)</i>
Methodologie	Formulary apportionment - Onderscheid routine winst en residual winst - Routine winst o.b.v. 7,5% opslag - Residual winsten mechanisch verdelen	Transfer pricing - Onderscheid routine winst en residual winst - Routine winst o.b.v. opslag bovenop werkelijke kosten - Residual winst toewijzen aan groepsondernemer in marktjurisdictie - Separate accounting method	Transfer pricing - Onderscheid routine winst en residual winst - Onderscheid marketing intangibles en overige immateriële activa - Routine winst o.b.v. opslag bovenop werkelijke kosten - Residual winst toewijzen aan marketing intangibles in marktjurisdictie - Residual winst toewijzen aan overige immateriële activa conform at arm's length - Separate accounting method
Pijnpunten	- Vast opslagpercentage - Bepalen bestemming - Unitaire benadering - Verwerking verliezen	- Bepalen bestemming - Deels unitaire benadering - Verwerking verliezen	- Huidige problemen at arm's length - Bepalen bestemming - Deels unitaire benadering - Onderscheid marketing intangibles en overige immateriële activa - Definitie marketing intangibles - Waarderingsprobleem - Tweezijdige transfer pricing - Cost-based profit splitting - Eenzijdige transfer pricing - Formulary RMIPA

4.6 – Sustained user relationship

4.6.1 – Introductie

Uit hoofdstuk drie is gebleken dat het gebruikersparticipatie-voorstel onvoldoende in staat is om belastingheffing in lijn te brengen met waardecreatie. Bovendien is in het derde hoofdstuk geconcludeerd dat een virtuele vaste inrichting die zich richt op het verzamelen van data in de jurisdictie waar de gebruikers zich bevinden en hiermee samenhangende winstallocatie op

basis van het idee van data extractie en data vervaardiging sterk af te raden is. Derhalve wordt in de literatuur een optie bepleit die beter aansluit bij de term waardecreatie en de rol van gebruikersdata hierin, namelijk het opnieuw kalibreren van het internationale belastingstelsel op basis van het concept van sustained user relationships (hierna SURE-voorstel).⁵⁰² Zoals eveneens eerder aangetoond, is de discrepantie tussen waardecreatie en belastingheffing niet beperkt tot sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen, het volledige huidige internationale belastingkader slaagt er onvoldoende in om waardecreatie over de algehele linie van innovatieve bedrijfsmodellen te vangen. Het opbouwen en onderhouden van een netwerk van databronnen, waarin data op een systematische en duurzame manier op grote schaal wordt verzameld is een cruciale factor voor waardecreatie in de digitaliserende economie.⁵⁰³ Sterk gedigitaliseerde sociale- en commerciële netwerken genereren data door gebruikersgedrag te observeren, middels data analyse systemen en kunstmatige intelligentie programma's wordt de geobserveerde data verwerkt om een breed scala aan digitale diensten aan te bieden, online advertenties zijn hiervan het meest bekende voorbeeld. Zodoende zijn Becker, Englisch & Schanz van mening dat wanneer de mogelijkheid om lokale databronnen te exploiteren een voldoende sterke territoriale band met de winst genererende economische activiteit vertoont, de toegang tot deze databronnen aanleiding dient te geven tot allocatie van heffingsrechten en derhalve een modificatie van de nexus regels rechtvaardigt.⁵⁰⁴ Zij stellen dan ook een systematische en administratief haalbare benadering voor, waarbij heffingsrechten gealloceerd dienen te worden op basis van een sustained user relationship (hierna SURE), deze duurzame gebruikersrelatie kan beschouwd worden als een immaterieel activum van het bedrijf dat het onderhoudt en erop kan vertrouwen om systematisch relevante gebruikersdata te exploiteren. Een conceptueel raamwerk voor de benadering van de waarde die samenhangt met een dergelijke SURE en voorlopige voorstellen voor een gefaseerde hervorming zijn door hen ontwikkeld.⁵⁰⁵

4.6.2 – Belastbare nexus op basis van SURE

Zoals in hoofdstuk drie uitvoerig besproken zijn de HM Treasury en de EC fel voorstander van de gebruikersparticipatietheorie. Het argument is dat gebruikers steeds vaker bijdragen aan de waardecreatie van sterk gedigitaliseerde bedrijven (met name online platforms) terwijl zij hier niet voor gecompenseerd worden. In een poging om het profijtbeginsel te versterken wordt betoogd dat het bronland waar de gebruikers zich bevinden een compenserende belastingheffing zou mogen effectueren. Waar HM Treasury de toegang tot gebruikersdata niet zozeer als relevant acht maar gebruikersbijdragen als doorslaggevende waardecreërende factor ziet,⁵⁰⁶ zijn Becker & Englisch van mening dat gebruikers geen coproducenten of onwetende werknemers zijn op belastingtechnisch gebied. Zo is reeds in hoofdstuk drie betoogd dat het overgrote deel van de betrokkenheid van gebruikers als passief valt te kwalificeren, indien er toch enige activiteit aanwezig is dan dient dit als consumptie met positieve externaliteiten gekwalificeerd te worden. Deze positieve externaliteiten creëren weliswaar waarde voor de bedrijven, maar rechtvaardigen geen compenserende belastingheffing volgens de intrinsieke logica van het profijtbeginsel.⁵⁰⁷

⁵⁰² Becker & Englisch 2019 p. 169; Becker, Englisch & Schanz 2019, p. 3; Becker, Englisch & Schanz 2018, p. 10.

⁵⁰³ Becker, Englisch & Schanz 2019, p. 3.

⁵⁰⁴ Becker, Englisch & Schanz 2019, p. 3.

⁵⁰⁵ Becker, Englisch & Schanz 2018, p. 1.

⁵⁰⁶ HM Treasury 2018, p. 10.

⁵⁰⁷ Becker & Englisch 2019 p. 171.

Om te spreken van een belastbare nexus op basis van een SURE dient de bedrijfsactiviteit die samenhangt met het exploiteren van de lokale databronnen op permanente basis plaats te vinden, voorts dient de activiteit kwalitatief en kwantitatief van belang te zijn.⁵⁰⁸ Een SURE kan een netwerk van gebruikers op een digitaal platform omvatten, maar ook onderling verbonden apparaten zonder individuele gebruikers die middels sensoren voortdurend data verzamelen over andere individuen of de omgeving in het algemeen.⁵⁰⁹ Becker, Englisch & Schanz zijn namelijk van mening dat het niet de gebruiker is die waarde creëert maar het bedrijf zelf. Hoewel de aanwezigheid van gebruikers als doelwit van observaties een typisch kenmerk is van een SURE, is het geen essentiële voorwaarde om een belastbare nexus te veronderstellen. Voorts kan een SURE gebruikt worden voor advertenties waardoor de netwerkgebruikers potentiële klanten zijn voor andere bedrijven, maar ook voor andere bemiddelingsdiensten met de netwerkgebruikers als potentiële klanten of handelspartners.⁵¹⁰

Om een belastbare digitale aanwezigheid tot stand te brengen is meer nodig dan het signaleren van een SURE, in de afwezigheid van waarneembare kasstromen is het bepalen van de waarde van een SURE een complexe aangelegenheid.⁵¹¹ Derhalve dient een SURE alleen belastbare nexus op te leveren indien waarneembare kasstromen toe te wijzen zijn aan een SURE. De nadruk dient te liggen op waarneembare kasstromen die met enige vorm van zekerheid in voldoende mate verband houden met het gebruik van een SURE.⁵¹² Indien een SURE wordt gebruikt voor advertenties is er een waarneembare kasstroom aanwezig die toe te wijzen is aan de SURE. Bovendien is er een territoriale link tussen de advertentie activiteiten en de locatie van de SURE, indien de SURE gebruikt is voor het verzamelen van data waarmee de advertenties worden gericht op specifieke gebruikers in het netwerk van de SURE.⁵¹³ In dit geval dienen heffingsrechten toegekend te worden aan de jurisdictie waar de gebruikers zich bevinden, na overschrijding van een proportionele en administratief haalbare drempel. Het is bovendien niet nodig om aan te tonen dat daadwerkelijk gebruik is gemaakt van data afkomstig van de desbetreffende SURE, de economische link met de SURE kan simpelweg verondersteld worden, aangezien gerichte advertenties zonder data afkomstig uit de SURE eenvoudigweg niet mogelijk is.⁵¹⁴

Indien een SURE wordt gebruikt om data te verzamelen waarmee eigen producten of diensten ontwikkeld of onderhouden worden, denk bijvoorbeeld aan augmented reality, data-analyse, kunstmatige intelligentie, dataverzameling middels sensoren of autonoom rijdende auto's dan is een duidelijke economische band tussen de verkoop van producten of diensten aan lokale consumenten en de exploitatie van de SURE in de desbetreffende jurisdictie vereist. Net als in het geval van advertenties is het niet nodig om aan te tonen dat daadwerkelijk gebruik gemaakt is van de data afkomstig uit de SURE en kan de economische link met de SURE verondersteld worden omdat de ontwikkeling, onderhoud of verbetering van de eigen producten of diensten zonder data niet mogelijk is.⁵¹⁵ Indien data wordt verzameld om deze te verkopen, valt op te merken dat vanwege de complexiteit om bijbehorende kasstroom te observeren voor belastingautoriteiten in de jurisdictie waar de SURE wordt geëxploiteerd, desbetreffende jurisdictie geen heffingsrechten zouden moeten toekomen op basis van de verkoop van de data. De verkrijger van de data zal echter in de meeste gevallen de data gebruiken voor advertenties of ontwikkeling en onderhoud van

⁵⁰⁸ Becker, Englisch & Schanz 2018, p. 9.

⁵⁰⁹ Becker, Englisch & Schanz 2018, p. 10.

⁵¹⁰ Becker, Englisch & Schanz 2018, p. 10.

⁵¹¹ Becker, Englisch & Schanz 2019, p. 4.

⁵¹² Becker, Englisch & Schanz 2019, p. 4.

⁵¹³ Becker, Englisch & Schanz 2019, p. 4.

⁵¹⁴ Becker, Englisch & Schanz 2018, p. 11.

⁵¹⁵ Becker, Englisch & Schanz 2018, p. 11.

producten en diensten, zodoende worden de bedrijfswinsten belast ondanks dat de verkrijger de SURE niet zelf exploiteert. Derhalve zal de verkoop van de data onbelast blijven door de SURE-jurisdictie, maar zal belastingheffing alleen worden uitgesteld totdat een inkomstenstroom op basis van het gebruik van de data plaatsvindt.⁵¹⁶ Nadat een belastbare nexus is geconstateerd op basis van een SURE, zou hetzelfde SURE-concept eveneens gebruikt kunnen worden in het kader van de winstallocatie. Becker, Englisch & Schanz zijn van mening dat het at arm's length beginsel gevolgd kan worden en SURE als vierde factor naast functies, activa en risico's zou kunnen bestaan.⁵¹⁷

4.6.3 – Evaluatie van het SURE-voorstel

Het SURE-voorstel creëert in tegenstelling tot de gebruikersparticipatietheorie ruimte om te concentreren op het belang van de gebruikersrelatie en de corresponderende data toegang, in plaats van de waarde te hoeven beoordelen van de ongecompenseerde arbeid door gebruikers. Het SURE-voorstel biedt eveneens een aantal voordelen in vergelijking met de in hoofdstuk drie besproken virtuele vaste inrichting die zich richt op het verzamelen van data in de jurisdictie waar de gebruikers zich bevinden. Ten eerste kan een duurzame gebruikersrelatie beter toegeschreven worden aan de jurisdictie waar de gebruiker zich bevindt, aangezien de data beschermingswetgeving van dit land de relatie regelt.⁵¹⁸ Ten tweede maakt het SURE-concept het beter mogelijk om de economische potentie van duurzame en grootschalige toegang tot gebruikersdata in kaart te brengen.⁵¹⁹ Verder is het SURE-concept flexibel genoeg om toegepast te worden op een breed scala aan bedrijfsmodellen, derhalve wordt de digitale economie niet afzonderlijk behandeld. Voorts kan een SURE als zijnde immaterieel activum geïntegreerd worden als een vierde factor bij de vaststelling van verrekenprijzen. Echter is het de vraag of dit immateriële activum aanleiding geeft tot heffingsrechten in de jurisdictie van de gebruiker. Hofmann & Riedel merken op dat het allesbehalve duidelijk is dat het immateriële activum eigendom is op de locatie van de gebruiker, aangezien eigendom volgens bestaande belastingregels moet worden toegewezen aan de multinationale entiteit die de functies heeft uitgevoerd, de activa heeft ingezet en de risico's heeft gedragen om de duurzame gebruikersrelatie te creëren en te onderhouden.⁵²⁰

4.7 – Toetsing marketing intangibles

Het marketing intangibles voorstel is gebaseerd op de gedachte dat een onderneming (traditioneel of sterk gedigitaliseerd) actief kan zijn in een andere jurisdictie op afstand of via beperkte lokale aanwezigheid om bestaande of nieuwe immateriële activa zoals merken, handelsnamen, gebruikers data, klantenlijsten of klantrelaties te ontwikkelen. Op deze manier creëert de niet ingezetene marketing intangibles in de andere jurisdictie, waardoor deze marktjurisdictie heffingsrechten kan uitoefenen.

4.7.1 – Toetsingscriteria

Neutraliteit:

Het marketing intangibles voorstel lijkt het meest neutraal te zijn van alle voorstellen, aangezien het zich breed richt op alle bedrijven. Er wordt niet expliciet verwezen naar bepaalde bedrijfsmodellen of typische vormen van sterk gedigitaliseerde bedrijven.

⁵¹⁶ Becker, Englisch & Schanz 2019, p. 4.

⁵¹⁷ Becker, Englisch & Schanz 2018, p. 12.

⁵¹⁸ Becker & Englisch 2019, p. 169.

⁵¹⁹ Becker & Englisch 2019, p. 169.

⁵²⁰ Hofmann & Riedel 2019, p. 174.

Efficiëntie:

Het marketing intangibles voorstel is het meest complexe voorstel van alle voorstellen en zal derhalve hoge nalevings- en administratiekosten met zich meebrengen. Het toevoegen van minimum drempels kan administratieve lasten doen verlagen en derhalve de efficiëntie verhogen. Complexiteit is het grootste probleem van het marketing intangibles voorstel daarom zie ik het SURE-voorstel als een praktisch startpunt van waaruit drempels en criteria voort kunnen komen.

Zekerheid en eenvoud:

Het marketing intangibles voorstel tracht marketing intangibles te definiëren, echter zal dit begrip openstaan voor uiteenlopende interpretaties, dit leidt tot onzekerheid. Voorts ligt de complexiteit van het marketing intangibles voorstel in de vraag hoe de residual winst gewaardeerd dient te worden die gealloceerd wordt aan de marketing intangible in de marktjurisdictie, oftewel hoe de residual winst verdeeld dient te worden tussen marketing intangibles en overige immateriële activa. In dit kader zijn vier verschillende methoden besproken in dit hoofdstuk. Tot conclusie is gekomen dat indien het administratief niet haalbaar zal blijken om dit onderscheid te maken, een formulary RMIPA het meest voor de hand ligt.

Effectiviteit en eerlijkheid:

Het marketing intangibles voorstel biedt ruimte voor geschillen tussen jurisdicties aangezien residence en bronstaten de routine winsten zullen proberen op te blazen en marktjurisdicties de non-routine winsten. Geschillen ontstaan eveneens over de definitie van routine en non-routine winsten, marketing intangibles en overige immateriële activa. De precieze identificatie van marketing intangibles en hun bijdrage aan waardecreatie kunnen leiden tot praktische problemen en geschillen wat de effectiviteit niet ten goede komt. De eerlijkheid kan verbeterd worden indien drempels per type gedigitaliseerde onderneming toegepast worden, afhankelijk van het economische gewicht dat een immaterieel activum in het productieproces bezit.

Flexibiliteit:

Aangezien het marketing intangibles voorstel breed gedefinieerd is, lijkt het flexibeler dan de andere voorstellen. Het voorstel is meer op principes gebaseerd en daarom eveneens flexibel. Het marketing intangibles voorstel kan het beste geïmplementeerd worden in huidige transfer pricing principes, het concept van een marketing intangible bestaat namelijk al waardoor het slechts een update vereist om een nieuwe consensus te weerspiegelen. Het marketing intangibles voorstel is een meer ambitieus voorstel maar ook robuuster en veerkrachtiger als het op een degelijke en doelgerichte manier wordt ontworpen en geïmplementeerd.

Ring-fencing:

Het marketing intangibles voorstel lijkt zich niet schuldig te maken aan ring-fencing, echter zal dit uit de implementatie moeten blijken.

Waardecreatie:

Het marketing intangibles voorstel is duidelijk meer in lijn met waardecreatie dan het gebruikersparticipatie voorstel. Het benadrukt mijns inziens terecht de rol van gebruikers in de marktjurisdictie maar legt terecht niet de nadruk op actieve gebruikersparticipatie en gebruikersbijdragen. Ik kan mij vinden in de theoretische onderbouwing van het voorstel, aangezien mijns inziens de nadruk in de hedendaagse gedigitaliseerde economie ligt op een duurzame gebruikersrelatie waarbij data een cruciale rol speelt. Sterk gedigitaliseerde

bedrijfsmodellen proberen op allerlei manieren om het vertrouwen van de gebruiker te winnen, met als doel data op een duurzame manier te kunnen onttrekken aan haar gebruikers. Iedere vorm van hedendaagse technologie verzamelt continu data over ons dagelijks leven. Algoritmes maken van deze stroom aan data nuttige informatie waar allerlei belanghebbenden meer dan genoeg geld voor over hebben. Zoals in hoofdstuk drie besproken is niet meer de productie van goederen of de levering van diensten de meest cruciale factor van onze economie, maar wordt voorzien in een gebruikerservaring, sterk gedigitaliseerde bedrijven zijn erin geslaagd deze gebruikerservaring te creëren voor de consument en de data die hieruit voortkomt efficiënt te benutten. Zoals eveneens in hoofdstuk drie besproken is data de nieuwe olie van de hedendaagse sterk gedigitaliseerde economie, bedrijven zullen er alles aan doen om deze te bemachtigen.

Toetsingscriteria	Marketing intangibles
• Neutraliteit	● Richt zich op een breed scala aan bedrijven.
• Efficiëntie	● Meest complexe voorstel, wellicht SURE-voorstel als praktische startpunt voor drempels en criteria.
• Zekerheid en eenvoud	● Onzekerheid over definitie marketing intangible, onderscheid tussen marketing intangible en overige immateriële activa, waarderingsproblematiek. Indien administratief niet haalbaar dan formulary splitsing.
• Effectiviteit en eerlijkheid	● Geschillen naar aanleiding van definitie en waarderingsproblematiek. Eerlijkheid kan verbeteren door aansluiting te zoeken bij economisch gewicht van immaterieel activum in productieproces.
• Flexibiliteit	● Breed gedefinieerd en op principe gebaseerd dus flexibel voor de toekomst.
• Geen ring-fencing	● Breed scala aan bedrijven, geen ring-fencing.
• Waardecreatie	● Focus op gebruikersrelatie en op duurzame manier data onttrekken.

● *Voldoet niet aan het criterium*

● *Voldoet deels aan het criterium*

● *Voldoet aan het criterium*

4.8 – Conclusie

De gedachte van het marketing intangibles voorstel is dat waardecreatie voortkomt uit klant gebaseerde immateriële activa die toebehoren aan de marktjurisdictie. De ratio achter op bestemming gebaseerde voorstellen is dat een op bestemming gebaseerd belastingstelsel minder economisch verstorend dan andere belastingstelsels die zich baseren op relatief mobiele factoren. Het RPFA-voorstel baseert zich op formulary apportionment, waarbij

onderscheid wordt gemaakt tussen routine winsten en residual winsten. Routine winsten worden op basis van een vast opslagpercentage toegerekend. Residual winsten worden mechanisch verdeeld. Het RPA-voorstel baseert zich op transfer pricing methodologie, ook in dit geval wordt onderscheid gemaakt tussen routine en residual winsten. Routine winsten worden verdeeld op basis van een opslag op de werkelijke kosten en residual winsten worden toegewezen aan de groepsondernemer in de marktjurisdictie. Het RPA-voorstel hanteert de separate accounting method. Het RPFA-voorstel kent problemen ten aanzien van het vaste opslagpercentage. Zowel het RPFA-voorstel als het RPA-voorstel kennen beide problemen met het bepalen van de bestemming, de unitaire benadering en de verwerking van verliezen. Het RMIPA-voorstel bouwt voort op het RPA-voorstel maar maakt ten aanzien van de residual winst eveneens een onderscheid tussen marketing intangibles en overige immateriële activa. Dit onderscheid levert problemen op ten aanzien van de definiëring van marketing intangibles, bovendien levert het waarderingsproblemen op. Er zijn vier methoden besproken om deze problematiek op te lossen, met als conclusie dat het onderscheid waarschijnlijk niet administratief haalbaar is en derhalve een formulary RMIPA de meeste kans van slagen zal hebben. Voorts is het SURE-voorstel besproken, waarbij indien de mogelijkheid om lokale databronnen te exploiteren een voldoende sterke territoriale band met de winst genererende economische activiteit vertoont, de toegang tot deze databronnen aanleiding dient te geven tot allocatie van heffingsrechten en derhalve een modificatie van de nexus regels rechtvaardigt.

Ten aanzien van de toetsing van het marketing intangibles voorstel valt op te merken dat het voorstel neutraal is en zich derhalve niet schuldig lijkt te maken aan ring-fencing. Vanwege de complexiteit van het voorstel zijn de efficiëntie, zekerheid en eenvoud middelmatig te noemen, met wellicht een mogelijkheid voor het SURE-voorstel om als praktisch startpunt te dienen voor drempels en criteria. Aangezien het marketing intangibles voorstel breed gedefinieerd is en op principes is gebaseerd, valt op te merken dat het voorstel flexibel is en derhalve toekomstbestendig. Het voorstel sluit tot slot mijns inziens het meest aan bij waardecreatie aangezien de nadruk wordt gelegd op de gebruikersrelatie en de duurzame manier waarop data wordt onttrokken.

Hoofdstuk 5 – Significant economic presence

Kernelement 3: grensoverschrijdende schaal zonder massa

5.1 – Inleiding

In dit hoofdstuk volgt een analyse van de zogenoemde ‘significant economic presence’ zoals door India en Colombia bepleit wordt in het huidige debat, waarbij aansluiting is gezocht bij het virtuele vaste inrichtingsbegrip zoals in het BEPS Actiepunt 1 rapport uit 2015 is verwoord. Dit voorstel komt voort uit het derde kernelement, zijnde grensoverschrijdende schaal zonder massa. Zoals eerder is aangetoond vereisen huidige nexus regels een fysieke binding in de vorm van een bedrijfslocatie, personeel of fysieke activa in een jurisdictie. De digitalisering van de economie leidt ertoe dat deze regels geherformuleerd moeten worden zodat ook sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen leiden tot een nexus. Het idee is om nexus regels te ontwikkelen gebaseerd op een significant economic presence met vereenvoudigde winstallocatieregels; deze gesimplificeerde regels zouden namelijk eenvoudiger ingevoerd kunnen worden door belastingautoriteiten en verhoogt de kans op wereldwijde consensus.

De analyse vangt aan met de bespreking van het virtuele vaste inrichtingsbegrip zoals in BEPS Actiepunt 1 is verwoord en de toetsing hiervan aan de Ottawa Taxation Framework Conditions. Vervolgens wordt het richtlijnvoorstel dat op 21 maart 2018 door de EC is uitgebracht over de nieuwe drempels voor een significant digital presence besproken. De beleidsdoelstellingen die ten grondslag liggen aan het voorstel worden geanalyseerd en onderzocht wordt in hoeverre deze doelstellingen bereikt worden. Voorts wordt getoetst in hoeverre voldaan wordt aan de beoogde beleidsdoelstellingen en vindt een toetsing aan de Ottawa Taxation Framework Conditions plaats.

5.2 – Een nieuwe nexus gebaseerd op het concept van significant economic presence

Het voorstel op basis van het concept van significante economische aanwezigheid zoals beschreven in het BEPS Actiepunt 1 rapport komt voort uit de opvatting dat de digitalisering van de economie en andere technologische ontwikkelingen ondernemingen in staat hebben gesteld in toenemende mate betrokken te zijn bij het economische leven van een jurisdictie zonder dat hier significante fysieke aanwezigheid voor nodig is, waardoor huidige nexus en winstallocatie regels ineffectief zijn gebleken.⁵²¹ Onder dit voorstel ontstaat een belastbare aanwezigheid in een heffingsjurisdictie wanneer niet ingezetene ondernemingen beschikken over een significante economische aanwezigheid in een land op basis van factoren die wijzen op een doelbewuste en duurzame interactie met de economie van het desbetreffende land middels technologie en andere geautomatiseerde hulpmiddelen.⁵²² De eerste factor voor het bestaan van een significante economische aanwezigheid omvat op duurzame basis gegenereerde omzet, de gedachte is namelijk dat met name bedrijfsmodellen die afhankelijk zijn van netwerk effecten waarde ontleen aan haar gebruikers en de daarmee samenhangende gebruikersdata wat vervolgens resulteert in opbrengsten in een heffingsjurisdictie.⁵²³ In deze context worden bovendien digitale en op gebruikers gebaseerde factoren als relevant beschouwd voor het vormen van een significante economische aanwezigheid.⁵²⁴ Het betreft hier het bestaan van een gebruikersbestand en de hiermee samenhangende data input, de hoeveelheid digitale content die ontleend wordt aan een bepaalde jurisdictie, facturering en incasso in lokale valuta of met een lokale betaalmethode, het onderhouden van een website in de lokale taal, de verantwoordelijkheid voor de

⁵²¹ OECD 2015, par. 7.6.1 – 7.6.2; OECD Public Consultation Document 2019, par 2.2.3, punt 50.

⁵²² OECD 2015, par. 7.6.1, punt 277.

⁵²³ OECD 2015, par. 7.6.1.1, punt 278.

⁵²⁴ OECD 2015, par. 7.6.1.2 – 7.6.1.3.

uiteindelijke levering goederen aan consumenten of andere ondersteunende diensten en tot slot duurzame marketing activiteiten om klanten aan te trekken.⁵²⁵ De omzetfactor dient derhalve gecombineerd te worden met andere factoren, zoals digitale en op gebruikers gebaseerde factoren om een doelbewuste en duurzame interactie met een economie van een land aan te tonen. Het ontwikkelen van een dergelijke omzetfactor doet de vraag rijzen hoe het type transacties moet worden gedefinieerd of dat de factor zodanig gedefinieerd moet worden dat deze alle omzet genererende transacties behelst; voorts ontstaat de vraag hoe omgegaan dient te worden met de hiermee samenhangende drempels.⁵²⁶

Nadat significante economische aanwezigheid is aangetoond middels de omzetfactor en aanvullende factoren stelt het huidige voorstel voor winsten te alloceren aan deze nieuwe nexus middels sterk vereenvoudigde methoden zoals de fractional apportionment method en de modified deemed profit method.⁵²⁷ Deze gesimplificeerde methoden staan in schril contrast met de doorgaans toegepaste methode van ondernemingssplitsing, waarbij de winst van een vaste inrichting wordt bepaald alsof het een afzonderlijke entiteit is. Bij gebrek aan fysieke aanwezigheid zullen echter onder de methode van ondernemingssplitsing geen functies geacht te zijn uitgeoefend, waardoor het niet mogelijk is om enig zinvol inkomen aan de nieuwe nexus te alloceren.⁵²⁸ Derhalve dienen afwijkende methoden geformuleerd te worden voor de allocatie van winsten aan de nexus gebaseerd op significante economische aanwezigheid. Conform de fractional apportionment method vindt winstallocatie plaats op basis van een vooraf vastgestelde formule of op basis van een aantal variabele allocatie factoren. Een fractional apportionment method vereist dat landen het eens worden over de definitie van de te verdelen belastinggrondslag, de verdeelsleutels om deze belastinggrondslag te alloceren en de weging van deze verdeelsleutels.⁵²⁹ De modified deemed profit method omvat een forfaitaire methode waarbij de nettowinst wordt bepaald op basis van de veronderstelde uitgaven van de niet ingezetene onderneming en rekening wordt gehouden met de relevante sector en het type product of dienst.⁵³⁰

5.2.1 – Toetsing aan Ottawa Taxation Framework Conditions

Alvorens het significant economic presence voorstel te toetsen aan de toetsingscriteria uit dit onderzoek volgt hieronder een beknopt overzicht van alle kenmerken van het significant economic presence voorstel:

<u>Kenmerken significant economic presence</u>	
Theoretisch fundament	Belastbare aanwezigheid in jurisdictie indien niet ingezetene beschikt over significante economische aanwezigheid.
Reikwijdte	Alle bedrijven die voldoen aan significant economic presence (vaste inrichtingsbegrip).
Methodologie	Stap 1: nexus op basis van omzet factor, digitale en op gebruikers gebaseerde factoren. Stap 2: winstallocatie middels fractional apportionment method of modified deemed profit method.

⁵²⁵ OECD Public Consultation Document 2019, par 2.2.3, punt 51.

⁵²⁶ OECD 2015, par. 7.6.1.1, punt 278.

⁵²⁷ OECD Public Consultation Document 2019, par 2.2.3, punt 52 – 54.

⁵²⁸ OECD 2015, par. 7.6.2.1, punt 285.

⁵²⁹ OECD 2015, par. 7.6.2.2, punt 287.

⁵³⁰ OECD 2015, par. 7.6.2.3, punt 290.

5.2.2 – Toetsingscriteria

Neutraliteit:

Het lijkt erop dat het concept van significant economic presence leidt tot meer neutraliteit. De winst die een online retailer zonder fysieke aanwezigheid in een land genereerd wordt op vergelijkbare wijze behandeld als de winst die een traditionele verkoper met fysieke aanwezigheid in het land genereert. Derhalve legt het nieuw nexus begrip niet zozeer de nadruk op fysieke aanwezigheid, maar op economische aanwezigheid, waardoor het probleem van grensoverschrijdende schaal zonder massa aangepakt wordt. Het significant economic presence voorstel is in principe neutraal; het kan een gelijk speelveld creëren tussen de traditionele economie en de sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen.

Efficiëntie:

Met betrekking tot de vraag in hoeverre het concept van significant economic presence leidt tot meer efficiëntie zijn de drempels voor de significante economische aanwezigheid doorslaggevend. De administratieve lasten nemen zowel voor belastingplichtigen als belastingautoriteiten toe. Bedrijven dienen namelijk na te gaan of hun activiteiten aan de significante aanwezigheidstest voldoen. Bovendien leiden de factoren tot praktische problemen die niet gemakkelijk opgelost kunnen worden en aanleiding kunnen geven tot veel geschillen tussen belastingplichtigen en belastingautoriteiten. Niet bekend is hoe invulling gegeven dient te worden aan de factoren en welk gewicht aan de verschillende factoren toegekend moet worden. Zelfs als concreet invulling wordt gegeven aan de drempels zorgt dit voor een incentive om activiteiten op te splitsen om onder de desbetreffende drempels te blijven. Bovendien is het onwenselijk dat ook in het geval van een lage drempel belastingplicht ontstaat, met een groot aantal kleine vaste inrichtingen tot gevolg. Het lijkt er dus op dat het concept de efficiëntie niet ten goede komt.

Zekerheid en eenvoud:

Ten aanzien van de zekerheid en eenvoud zijn de digitale en op gebruikers gebaseerde factoren om een duurzame interactie met een economie aan te tonen subjectief en casuïstisch te noemen. Het zijn niet bepaald objectieve factoren waaruit een significante economische aanwezigheid blijkt. Zoals in hoofdstuk drie is aangetoond is het nog maar de vraag in hoeverre gebruikers een rol zouden moeten spelen in het kader van de verdeling van internationale heffingsrechten. Bovendien zijn gebruikers en digitale factoren niet voor alle bedrijfsmodellen in gelijke mate relevant. Om aan het criterium voor zekerheid en eenvoud te voldoen dienen de factoren duidelijk en objectief geformuleerd te worden, dit zal de administratieve lasten en de mogelijke geschillen tot een minimum beperken. Indien het significant economic presence voorstel wordt geïmplementeerd door het vaste inrichtingsbegrip te wijzigen, ontstaat de vraag hoe de interactie tussen de significant economic presence en het huidige vaste inrichtingsbegrip zal plaatsvinden.

Effectiviteit en eerlijkheid:

Het concept van significant economic presence is effectiever en eerlijker dan de huidige regels, aangezien de focus meer op activiteiten in een rechtsgebied liggen en niet zozeer de fysieke bedrijfslocatie. Echter blijft het risico op ontwijking van de vaste inrichting drempels aanwezig. Indien de factoren die wijzen op een significante economische aanwezigheid concreet ingevuld worden leidt dit tot de incentive om deze drempels te ontwijken. Een open norm zorgt er aan de andere kant voor dat er ruimte ontstaat voor interpretatie, met eveneens het gevaar op ontwijking. Indien het significant economic presence voorstel een uitbreiding vormt op het huidige vaste inrichtingsbegrip kan geprofiteerd worden van de ruime jurisprudentie van dit begrip, wat de effectiviteit ten goede komt.

Flexibiliteit:

Voorstanders van de significant economic presence bepleiten dat het concept van significante economische aanwezigheid zorgt voor een flexibeler en een toekomstbestendig belastingstelsel, aangezien het meer past in de moderne zakelijke omgeving waarbij het niet vereist is dat een onderneming fysiek aanwezig is in een jurisdictie. Voorts sluit het concept van significant economic presence meer aan bij de economische activiteiten, of deze nu worden uitgeoefend door mensen, machines of elektronische middelen is irrelevant, waardoor het voldoende flexibel is om met verschillende bedrijfsmodellen en technologieën om te gaan. Bovendien wordt de rol van gebruikers in het waardecreatieproces benadrukt. Echter is niet duidelijk in hoeverre de rol van gebruikers in de toekomst van doorslaggevende waarde zal zijn in bedrijfsmodellen; er wordt dan ook veel waarde gehecht aan de locatie van de consument maar technologische en commerciële ontwikkelingen kunnen eveneens aanleiding geven tot waardecreatie zonder dat economische aanwezigheid op basis van de gebruikersfactoren beïnvloed wordt, dit maakt het systeem niet volledig flexibel en toekomstbestendig.

Ring-fencing en waardecreatie:

De reikwijdte van het significant economic presence voorstel is nogal onduidelijk: het is niet duidelijk of het van toepassing is op alle bedrijven of bedrijven die gebruik maken van digitale middelen of sterk gedigitaliseerde bedrijven. Significant economic presence lijkt net als het gebruikersparticipatie-voorstel niet in lijn te zijn met waardecreatie. Al met al kan de waarschijnlijkheid van een succesvolle implementatie van het significant economic presence concept in zijn huidige vorm niet geëvalueerd worden alvorens bovenstaande praktische kwesties opgelost worden. Derhalve wordt nu het significant digital presence van de EC onderzocht, aangezien dit een mogelijk praktische invulling behelst van het significant economic presence concept.

<u>Toetsingscriteria</u>	<u>Significant economic presence voorstel</u>
• Neutraliteit	● Nadruk op significante economische aanwezigheid, zolang gebaseerd op vaste inrichtingsbegrip neutraal.
• Efficiëntie	● Onbekend hoe invulling gegeven dient te worden aan de factoren en welk gewicht hieraan gegeven dient te worden.
• Zekerheid en eenvoud	● Factoren zijn subjectief en casuïstisch.
• Effectiviteit en eerlijkheid	● Meer focus op activiteiten en minder op fysieke bedrijfslocatie.
• Flexibiliteit	● Meer aansluiting bij economische activiteiten dus flexibeler.
• Geen ring-fencing	● Invulling van reikwijdte nog onduidelijk.
• Waardecreatie	● Niet in lijn met waardecreatie, net als gebruikersparticipatie voorstel.

- *Voldoet niet aan het criterium*
- *Voldoet deels aan het criterium*
- *Voldoet aan het criterium*

5.3 – Significant digital presence conform de EC

5.3.1 – Introductie

De EC heeft er expliciet voor gekozen om niet af te wachten tot er op internationaal niveau consensus wordt bereikt in 2020. Derhalve heeft de EC op 21 maart 2018 twee voorstellen voor een richtlijn gepubliceerd in een poging om aan de voorhoede te staan van een normatieve revolutie. In het kader van een lange termijn oplossing pleit de EC voor uitbreiding van het vaste inrichtingsbegrip naar situaties waarin sprake is van een zogenoemde significante digitale aanwezigheid (hierna SDA) en introduceert het nieuwe principes voor de winstallocatie aan deze significante digitale nexus.⁵³¹ De nieuwe significante digitale aanwezigheid zal naast het huidige vaste inrichtingsbegrip in belastingverdragen en nationale belastingwetten bestaan en breidt de reikwijdte van het traditionele vaste inrichtingsbegrip aanzienlijk uit.⁵³² Er is sprake van een significante digitale aanwezigheid indien cumulatief aan drie voorwaarden wordt voldaan: om te beginnen dient de belastingplichtige onder de persoonlijke werkingssfeer te vallen,⁵³³ voorts dient de belastingplichtige digitale diensten aan te bieden⁵³⁴ en tot slot dienen bepaalde kwantitatieve drempels overtroffen te worden.⁵³⁵

Zoals eerder uiteen is gezet verkeert het concept van significante economische aanwezigheid⁵³⁶ in een embryonale fase, waarbij de inhoud en reikwijdte nauwelijks gespecificeerd zijn waardoor het verre van normatief te noemen is. Dit valt te wijten aan de complexiteit voortkomend uit het opbouwen van politieke consensus maar ook als gevolg van technische uitdagingen, aangezien de wettelijke regels niet alleen het beoogde beleidsdoel moeten dienen maar eveneens beheersbaar, moeilijk te omzeilen en verenigbaar met het huidige wettelijke raamwerk dienen te zijn.⁵³⁷ Het SDA-voorstel omvat daarentegen het eerste normatieve voorstel gebaseerd op het concept van significant economic presence en tracht in het licht van de moeilijkheden om overeenstemming te bereiken tussen OESO landen een minimum niveau van politieke consensus te bewerkstelligen binnen de EU. De EC erkent uitdrukkelijk dat de optimale oplossing een grotere consensus op multilateraal niveau vereist, derhalve is het SDA-voorstel zodanig ontworpen dat multilaterale implementatie mogelijk is.⁵³⁸ Voorts is middels het SDA-voorstel getracht de technische uitdagingen het hoofd te bieden; ondanks imperfecties en risico's die nog steeds aanwezig zijn kan het Richtlijnvoorstel ongetwijfeld als een belangrijke stap voorwaarts gezien worden,⁵³⁹ een kritische analyse met mogelijke verbeteringen en verfijningen draagt dan ook bij aan de ontwikkeling van een vaste inrichtingsbegrip gebaseerd op significante economische aanwezigheid waarmee de belastinguitdagingen die voortkomen uit de digitalisering van de economie adequaat worden bestreden.

5.3.2 – Beoogde beleidsdoelstellingen

De EC heeft vier generale beleidsdoelstellingen geformuleerd, zowel voor haar interim- als haar lange termijn oplossing.⁵⁴⁰ Ten eerste wordt getracht de integriteit van de interne markt te beschermen en te zorgen voor de goede werking ervan. Ten tweede dient ervoor gezorgd te worden dat de overheidsfinanciën van de lidstaten duurzaam zijn en dat nationale

⁵³¹ EC proposal 2018, explanatory memorandum.

⁵³² Art. 4 lid 2 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 16).

⁵³³ Art. 2 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 14).

⁵³⁴ Art. 3 lid 5 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 14 – 15).

⁵³⁵ Art. 4 lid 3 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 16).

⁵³⁶ Zoals ontwikkelt door de OESO.

⁵³⁷ Escibano 2017, p. 257.

⁵³⁸ EC proposal 2018, p. 3.

⁵³⁹ Escibano 2018, p. 4.

⁵⁴⁰ EC 2018b, p. 22 – 23.

belastinggrondslagen in de toekomst niet worden uitgehold. Ten derde dient sociale rechtvaardigheid behouden te blijven, een gelijk speelveld voor alle bedrijven actief in de EU aanwezig te zijn en wordt gestreefd naar een efficiëntere belastingheffing die waardecreatie op de juiste manier vastlegt. Tot slot dient agressieve belastingplanning bestreden te worden en moeten de mazen in het huidige internationale belastingrecht opgevuld worden. Naast de generale beleidsdoelstellingen formuleert de EC eveneens specifieke doelstellingen die betrekking hebben op haar lange termijn oplossing inzake een SDA vaste inrichting. Middels haar lange termijn oplossing streeft de EC naar een modern raamwerk voor de vennootschapsbelasting waardoor een eerlijke en efficiënte belastingheffing van de digitale economie mogelijk wordt gemaakt en waarbij zogenoemde digitale activiteiten belast worden in lijn met waardecreatie.⁵⁴¹

Waar de eerste twee generale doelstellingen voor zich spreken verdienen de laatste twee generale doelstellingen alsmede de specifieke doelstelling nadere toelichting. Zo valt op te merken dat sociale rechtvaardigheid een subjectieve en ambigue term omvat. Voorts richten beide voorstellen zich niet op agressieve belastingplanning of belastingontwijking. Escribano merkt hierover op dat de EC lijkt de begrijpen dat dit niet typisch een probleem van naleving van de belastingwetgeving behelst, maar eerder een probleem is van regels die inherent beperkt zijn om bepaalde situaties voor belastingdoeleinden te vangen.⁵⁴² Tot slot tracht de EC middels het SDA-voorstel belastingheffing in lijn te brengen met waardecreatie. Zoals in hoofdstuk drie uitvoerig is besproken lijkt er een opmerkelijke ambiguïteit aanwezig te zijn met betrekking tot de term waardecreatie, aangezien er geen gemeenschappelijke en beknopte definitie bestaat van deze term en iedereen het eens lijkt te zijn met dit principe maar niemand het eens is over de daadwerkelijke betekenis. De EC merkt in het SDA-voorstel op dat de digitaliserende economie in toenemende mate gebruik maakt van immateriële activa zoals gebruikersdata en methodes ontwikkeld om data te analyseren teneinde waarde te halen uit deze gebruikersdata.⁵⁴³ Zoals in hoofdstuk drie is aangetoond is de EC van mening dat eindgebruikers steeds vaker participeren in de waardecreatie van sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen als zijnde prosumers of onbewuste en onbetaalde werknemers, echter bestaan er verschillende visies inzake deze gebruikersparticipatie theorie en is de mening die de EC aanhangt niet vanzelfsprekend. Dat belastingheffing in lijn moet zijn met waardecreatie en dat gebruikers in bepaalde omstandigheden een bijdrage kunnen leveren aan waardecreatie staat ondanks alle eerdergenoemde nuanceringen naar mijn idee vast. De uitdaging ligt echter in het ontwikkelen van regels die het waardecreatie principe en de hiermee samenhangende gebruikersparticipatietheorie gieten in praktische regels die beheersbaar, moeilijk te omzeilen en verenigbaar met het huidige wettelijke raamwerk zijn. Derhalve wordt het SDA-voorstel in de volgende paragrafen uitvoerig besproken en geanalyseerd.

5.3.3 – Voorwaarden voor een significante digitale aanwezigheid

Zoals in paragraaf 5.3.1 is aangetoond, is er sprake van een significante digitale aanwezigheid indien cumulatief aan drie voorwaarden wordt voldaan. De eerste voorwaarde omvat de persoonlijke werkingssfeer: het dient te gaan om entiteiten die een bedrijf uitoefenen en zodoende via een rechtspersoon of juridische constructie opereren.⁵⁴⁴ Nadat de Richtlijn is geïmplementeerd in de nationale wetgeving van alle lidstaten, is deze van toepassing op

⁵⁴¹ EC proposal 2018, p. 2; EC 2018b, p. 23.

⁵⁴² Escribano 2018, p. 5.

⁵⁴³ EC proposal 2018, p. 2.

⁵⁴⁴ Art. 3 lid 7 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 15). Dit staat in schril contrast met het huidige vaste inrichtingsbegrip gezien het feit dat deze op zowel entiteiten als natuurlijke personen van toepassing is, echter zal een natuurlijk persoon vrijwel nooit de kwantitatieve drempels voor een significante digitale aanwezigheid overschrijden en lijkt derhalve de keuze voor entiteiten logisch.

grensoverschrijdende digitale activiteiten binnen de EU, zelfs als de desbetreffende belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting tussen lidstaten niet dienovereenkomstig zijn gewijzigd.⁵⁴⁵ Hoewel het SDA-voorstel tot doel heeft om zowel entiteiten gevestigd in de EU als entiteiten buiten de EU te raken, blijkt dat er geen belastingplicht ontstaat indien tussen lidstaten en derde landen een belastingverdrag is gesloten dat niet voorziet in regels omtrent een significante digitale aanwezigheid.⁵⁴⁶ Hennevelt merkt hierover op dat dit het toepassingsbereik aanzienlijk beperkt, met name omdat het overgrote deel van de digitale ondernemingen waar het SDA-voorstel zich op richt, buiten de EU gevestigd is.⁵⁴⁷ Echter hebben deze multinationale ondernemingen doorgaans belangrijke dochterentiteiten op Europees grondgebied, waardoor het SDA-voorstel alsnog op hen van toepassing zal zijn. Voorts is het SDA-voorstel van toepassing op entiteiten gevestigd buiten de EU met een significante digitale aanwezigheid in een EU-lidstaat indien geen belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting bestaat tussen beide jurisdicties. Tot slot dient de entiteit digitale diensten middels een digitale interface in de EU aan te bieden en de vereiste kwantitatieve drempels te overschrijden om onder de werkingssfeer te vallen van het SDA-voorstel.⁵⁴⁸

Met betrekking tot de objectieve werkingssfeer zijn de termen digitale dienst en digitale interface van cruciaal belang. Onder digitale diensten worden diensten verstaan die via het internet of een elektronisch netwerk worden geleverd, waarvan de aard van levering geautomatiseerd is met minimale menselijke tussenkomst en die bovendien onmogelijk plaats kunnen vinden in de afwezigheid van informatietechnologie.⁵⁴⁹ Voorts wordt voorzien in een lijst van voorbeelden van digitale diensten en een lijst van diensten die expliciet buiten de beoogde definitie behoren te vallen.⁵⁵⁰ Het eerste deel van de definitie bewerkstelligt dat diensten die op afstand worden geleverd met behulp van middelen anders dan elektronische middelen, bijvoorbeeld via de post of de telefoon, niet kunnen kwalificeren als digitale diensten. Bovendien wordt hiermee de verkoop van materiële goederen uitgezonderd, zelfs wanneer de bestelling elektronisch wordt uitgevoerd en verwerkt.⁵⁵¹ Dit geldt eveneens voor de levering van diensten die fysiek uitgevoerd dienen te worden, ook wanneer de boeking elektronisch plaatsvindt.⁵⁵² Het tweede deel van de definitie kan breed geïnterpreteerd worden in die zin dat de productie van de content van de dienst en de levering ervan volledig geautomatiseerd plaats moeten vinden.⁵⁵³ Escribano meent echter dat aansluiting gezocht dient te worden bij een smalle interpretatie, waarbij de levering van digitale diensten in essentie geautomatiseerd plaats dient te vinden, terwijl menselijke tussenkomst met betrekking tot de intellectuele creatie van het product nodig is.⁵⁵⁴ Deze visie komt overeen met een groot aantal voorbeelden genoemd in het SDA-voorstel met betrekking tot de levering van digitale producten zoals software, e-boeken, muziek of films.⁵⁵⁵ Deze diensten worden automatisch geleverd maar de onderliggende content komt voort uit intellectuele creatie van de mens. De term digital interface wordt gedefinieerd als alle software, inclusief een website of een deel daarvan en applicaties, waaronder mobiele applicaties die toegankelijk zijn voor gebruikers.⁵⁵⁶

⁵⁴⁵ EC proposal 2018, p. 3.

⁵⁴⁶ Art. 2 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 14).

⁵⁴⁷ Hennevelt 2018, par. 4.

⁵⁴⁸ Art. 4 lid 3 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 16).

⁵⁴⁹ Art. 3 lid 5 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 14).

⁵⁵⁰ Annex II & III behorend bij art. 3 lid 5 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 15).

⁵⁵¹ Letter n & o van Annex III.

⁵⁵² Letter k & i van Annex III.

⁵⁵³ Lamensch is een voorstander van deze visie (zie Escribano 2018, p. 14).

⁵⁵⁴ Escribano 2018, p. 14.

⁵⁵⁵ Letter m, n, t, u, v, w van Annex II.

⁵⁵⁶ Art. 3 lid 2 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 14).

Ten aanzien van de kwantitatieve drempels valt op te merken dat er sprake is van een significante aanwezigheid in kwantitatieve termen indien aan een of meer van de volgende criteria is voldaan: de inkomsten uit de levering van digitale diensten aan gebruikers in een rechtsgebied zijn hoger dan 7.000.000 EUR in een belastingtijdvak, het aantal gebruikers van een digitale dienst in een lidstaat is hoger dan 100.000 in een belastingtijdvak of het aantal zakelijke overeenkomsten voor digitale diensten is hoger dan 3.000.⁵⁵⁷ Voorts wordt voorzien in een anti-fragmentatie regel die ervoor zorgt dat de relevante kwantitatieve drempels worden berekend op het niveau van de verbonden groepsentiteiten.⁵⁵⁸

De eerste drempel omvat net zoals de significant economic presence een op omzet gebaseerde drempel.⁵⁵⁹ De hoogte van de op omzet gebaseerde drempel is het resultaat van een zorgvuldige kosten-baten analyse zodat de nalevingskosten worden gedekt.⁵⁶⁰ Onder omzet wordt conform het SDA-voorstel het volgende verstaan: opbrengsten van verkoop en andere transacties ongeacht de aard ervan en na aftrek van belastingen.⁵⁶¹ Onder andere transacties worden uiteenlopende transacties verstaan, zoals de opbrengst uit de verkoop van activa en rechten, passieve inkomsten zoals interest, royalty en dividend, maar ook overheidssteun en compensaties. Aangezien het significant economic presence voorstel enkel uitgaat van omzet die rechtstreeks voortkomt uit de verkopen aan klanten in het desbetreffende land, valt te constateren dat de EC in haar SDA-voorstel de term omzet breder wenst te interpreteren. Hiermee voorkomt de EC dat de drempel wordt omzeild door verschillende kwalificaties aan het inkomen te geven. Voorts koppelt de EC het behalen van de omzet aan de levering van digitale diensten. De tweede drempel richt zich op het aantal gebruikers en komt voort uit de eerste drempel, aangezien aansluiting wordt gezocht bij de geschatte omzet verkregen door digitale platforms per gebruiker.⁵⁶² De laatste drempel omvat het aantal zakelijke overeenkomsten en kan in vergelijking tot de eerste twee drempels als relatief laag beschouwd worden, aangezien doorgaans meer omzet wordt behaald middels contracten met zakelijke consumenten dan met individuele gebruikers.⁵⁶³ Onder zakelijke overeenkomsten worden contracten verstaan die door gebruikers worden afgesloten tijdens het zakendoen.⁵⁶⁴ De EC stelt dat het accepteren van de algemene voorwaarden voor het gebruik van een digitaal platform eveneens kwalificeert als het sluiten van een zakelijk contract.⁵⁶⁵ Net zoals de eerste twee drempels verwijst de laatste drempel naar de locatie van de gebruiker, echter wordt in dit geval expliciet verwezen naar de locatie waar de gebruiker ingezetene is voor de vennootschapsbelasting of over een vaste inrichting beschikt.⁵⁶⁶

Nadat een significante digitale aanwezigheid is geconstateerd op basis van bovenstaande voorwaarden, wordt de winst die hieraan gealloceerd moet worden bepaald alsof de significante digitale aanwezigheid een zelfstandige en onafhankelijke onderneming uitoefent, waarbij rekening wordt gehouden met de uitgeoefende functies, de gebruikte activa en de aangenomen risico's.⁵⁶⁷ Allocatie vindt plaats op basis van de functionele analyse en de

⁵⁵⁷ Art. 4 lid 3 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 16).

⁵⁵⁸ Art. 4 lid 3 & art. 3 lid 9 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 14 – 15).

⁵⁵⁹ Ook in de literatuur is gepleit voor een op omzet gebaseerde drempel (zie Hellerstein 1997, p. 497; Avi-Yonah 1997, p. 532; Pinto 2003, p. 207; Cockfield 2003, p. 9; Avi-Yonah & Halabi 2014; Hongler & Pistone 2015, p. 24; Gadzo 2016, p. 271; Brauner & Pistone 2017).

⁵⁶⁰ EC 2018b, p. 46.

⁵⁶¹ Art. 3 lid 6 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 15).

⁵⁶² EC 2018b, p. 46.

⁵⁶³ EC 2018b, p. 47.

⁵⁶⁴ Art 4 lid 4 & lid 6 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 16).

⁵⁶⁵ EC 2018b, p. 47.

⁵⁶⁶ Art 4 lid 5 b van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 16 – 17).

⁵⁶⁷ Art 5 lid 2 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 17).

goedgekeurde aanpak van de OESO.⁵⁶⁸ Evenals de OESO houdt het SDA-voorstel bij de toerekening van functies en risico's die samenhangen met immateriële activa rekening met de locatie waar de ontwikkeling, de uitbreiding, het onderhoud, de bescherming en de exploitatie van deze activa worden uitgeoefend, de zogenoemde DEMPE-functies.⁵⁶⁹ Waar de OESO echter de nadruk legt op de zogenoemde significant people functions stelt de EC voor om de traditionele criteria voor functies, activa en risico's aan te vullen met criteria die waardecreatie weerspiegelen in de context van digitale activiteiten. Zodoende dienen activiteiten uitgevoerd via een digitale interface, die betrekking hebben op data en gebruikers als economisch significant te worden beschouwd.⁵⁷⁰ Activiteiten die in ieder geval als economisch significant aangemerkt dienen te worden zijn om te beginnen het verzamelen, opslaan, verwerken, analyseren, inzetten en de verkoop van data op niveau van de gebruiker, bovendien het verzamelen, opslaan, verwerken en het vertonen van door gebruikers gegenereerde content, tevens gaat het om de verkoop van online advertentieruimte, voorts betreft het op een digitale marktplaats beschikbaar stellen van content van derden en tot slot de levering van alle andere digitale diensten die onder de clausule vallen.⁵⁷¹ Als hoofdregel schrijft het SDA-voorstel de profit-splitmethode voor, waarbij onderzoeks-, ontwikkelings- en marketingkosten, het aantal gebruikers en data als splitsingsfactoren gebruikt kunnen worden.⁵⁷² Hiervan kan enkel afgeweken worden indien de belastingplichtige bewijst dat een andere methode beter geschikt is in de desbetreffende situatie.

5.3.4 – SDA-voorstel in overeenstemming met beoogde beleidsdoelstellingen en Ottawa Taxation Framework Conditions

Het hoofddoel van het SDA-voorstel is de interne markt beter af te stemmen op de fiscale uitdagingen die voortkomen uit de digitalisering van de economie; er wordt gestreefd naar een modern raamwerk voor de vennootschapsbelasting waarmee een eerlijke en efficiënte belastingheffing van de digitaliserende economie mogelijk wordt gemaakt en waarbij digitale activiteiten worden belast in lijn met waardecreatie. Uit het hoofddoel blijkt dat gestreefd wordt naar een modern raamwerk voor de vennootschapsbelasting en derhalve afscheid genomen dient te worden van verouderde belastingsystemen die louter gericht zijn op traditionele ondernemingen. Echter ontkomt de EC niet aan de realiteit dat in het huidige internationale belastingverdragenennetwerk nog altijd dit verouderde belastingsysteem wordt vertegenwoordigd, mede als gevolg van een gebrek aan internationale consensus is de reikwijdte van het SDA-voorstel dan ook aanzienlijk beperkt.⁵⁷³ In combinatie met het feit dat nexus beginselen en winstallocatie beginselen geen nieuwe heffingsbeginselen creëren maar enkel heffingsbeginselen tussen landen verschuiven, leidt dit tot de conclusie dat het SDA-voorstel voornamelijk een verschuiving van heffingsrechten tussen EU-lidstaten tot gevolg heeft, de vraag is of de interne markt hier gebaat bij is.⁵⁷⁴ Mijns inziens levert dit enkel verstoringen op tussen lidstaten onderling, mede vanwege de beperkte reikwijdte van het SDA-voorstel.

Uit het hoofddoel blijkt dat het SDA-voorstel digitale activiteiten in lijn met waardecreatie tracht te belasten. Het idee van de EC is namelijk dat op dit moment waarde wordt gecreëerd door digitale dienstverleners met behulp van gebruikers binnen de EU, terwijl hier geen adequate belastingheffing over plaatsvindt. De vraag die hieruit voortkomt is of het SDA-

⁵⁶⁸ Art. 7 OESO-MV & OECD 2010.

⁵⁶⁹ Art 5 lid 4 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 17).

⁵⁷⁰ Art 5 lid 3 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 17).

⁵⁷¹ Art 5 lid 5 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 17).

⁵⁷² Art 5 lid 6 van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 18).

⁵⁷³ Hennevelt 2018, par 5.1.

⁵⁷⁴ Hennevelt 2018, par 5.1.

voorstel hier verandering in brengt, oftewel zal na implementatie van het SDA-voorstel wel belastingheffing plaatsvinden over waarde gecreëerd met behulp van gebruikers binnen de EU? De eerste vraag die gesteld dient te worden is in hoeverre de belastingplichtigen die onder de reikwijdte van het SDA-voorstel vallen geacht worden te profiteren van gebruikersbijdragen. Dat gebruikers in bepaalde omstandigheden een bijdrage leveren aan de waardecreatie van deze bedrijven staat vast, echter kan na bestudering van alle genoemde digitale diensten in het SDA-voorstel en de bevindingen uit het derde hoofdstuk geconcludeerd worden dat het overgrote deel van de digitale diensten niet noodzakelijkerwijs afhankelijk is van gebruikersbijdragen in het waardecreatie proces. Digitale diensten die sterk afhankelijk zijn van netwerkeffecten of door gebruikers gegenereerde content, zoals online veiling diensten of de streaming van digitale content zullen het meest profiteren van gebruikersbijdragen. Echter is de rest van de genoemde digitale diensten in het SDA-voorstel min of meer verbonden aan gebruikers maar zijn de digitale dienstverleners niet afhankelijk van deze gebruikersbijdragen.⁵⁷⁵ De tweede vraag is of er digitale diensten bestaan die niet in het SDA-voorstel genoemd zijn maar waarbij de digitale dienstverlener wel expliciet afhankelijk is van de bijdragen van de gebruikers. Het antwoord hierop is positief, voorbeelden hiervan zijn sociale netwerken, platforms gebaseerd op gebruikers gegenereerde content, platforms die een marktplaats voor C2C verkopen aanbieden en platforms die een markt bieden voor de deeleconomie. Het is dan ook verwonderlijk dat dergelijke cruciale voorbeelden niet genoemd zijn op de indicatieve lijst bij het SDA-voorstel. Zodoende ben ik het met Escribano eens dat het SDA-voorstel niet in lijn is met waardecreatie en dat de objectieve reikwijdte ervan niet overeenkomt met de beoogde beleidsdoelstelling, met name ten aanzien van waardecreatie, waardoor het SDA-voorstel onvoldoende effectief is naar mijn mening.⁵⁷⁶

De objectieve werkingssfeer dient gericht te zijn op waarde die ontleend wordt aan gebruikers. Zoals eerder in paragraaf 5.3.3 aangetoond, is de op omzet gebaseerde drempel breed opgesteld, zodat zowel opbrengsten die rechtstreeks voortkomen uit de digitale dienst als opbrengsten die indirect verband houden met de digitale dienst hieronder vallen. Het feit dat gebruikers direct een vergoeding betalen voor het gebruik van een digitale dienst genereert mijns inziens geen waarde, het waardecreatie proces heeft voor de digitale dienstverlener al plaatsgevonden met als gevolg dat de gebruiker waarde hecht aan de aangeboden dienst en hiervoor wilt betalen. Opbrengsten die indirect verband houden met digitale diensten reflecteren de door gebruikers gegenereerde waarde meer naar mijn idee, bedrijven die gebruikersdata en netwerkeffecten optimaal weten te monetiseren zullen gebruikers doorgaans niets in rekening brengen maar ontlene opbrengst uitsluitend aan derde partijen. Echter zal de prijs die derde partijen betalen niet altijd evenredig corresponderen met de door gebruikers gecreëerde waarde. Het feit dat de EC ten aanzien van de op omzet gebaseerde kwantitatieve drempel expliciet vereist dat de omzet behaald moet zijn met de levering van digitale diensten levert interpretatieproblemen op. Zo is doorgaans het geval dat een streamingdienst bijvoorbeeld gratis digitale diensten levert aan gebruikers in een andere jurisdictie en vervolgens betaald wordt door bedrijven die advertenties plaatsen op deze streamingdienst op basis van gebruikersdata. De vraag is dan in hoeverre de opbrengsten voortkomen uit het leveren van de digitale dienst, indien dit het geval is ontstaat eveneens de vraag hoe de jurisdictie van de gebruikers deze betalingen zou moeten meten.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Escribano 2018, p. 21.

⁵⁷⁶ Escribano 2018, p. 21.

⁵⁷⁷ Escribano 2018, p. 25.

Vervolgens is het de vraag of het aantal gebruikers een relatief betrouwbare indicator vormt voor waarde gegenereerd door gebruikers. Hongler & Pistone zijn van mening dat hoe meer gebruikers zich bevinden in een bepaalde jurisdictie hoe meer waardecreatie er is en des te meer rechtvaardiging voor belastingheffing aanwezig is.⁵⁷⁸ Zoals eerder geconstateerd, is het aantal gebruikers wel degelijk relevant voor bedrijfsmodellen die hun bestaansrecht danken aan netwerkeffecten, maar zeker niet op zichzelf een doorslaggevende factor. Bovendien levert het bepalen van de locatie van de gebruikers waaraan digitale diensten worden geleverd interpretatieproblemen op; het SDA-voorstel merkt hier namelijk over op dat de gebruikers van digitale diensten zich in de Europese Unie moeten bevinden, hiertoe kan het IP-adres van het gebruikersapparaat gebruikt worden of een andere methode voor het bepalen van de geolocatie indien deze meer accuraat is.⁵⁷⁹ Deze methode is weliswaar eenvoudiger dan de meeste voorstellen uit de literatuur,⁵⁸⁰ maar brengt wel een aantal risico's met zich. De laatste jaren vindt het anonimiseren of maskeren van IP-adressen steeds vaker plaats, de fysieke locatie van internetgebruikers en de online-activiteit worden hiermee verborgen en vaak kan de gebruiker een willekeurig IP-adres van een desgewenste locatie uitkiezen. Als gevolg hiervan zullen de leveranciers van online-diensten te maken krijgen met aanzienlijke nalevingskosten. Ook voor belastingautoriteiten zullen de kosten toenemen om te controleren of de opgegeven locaties van de gebruikers kloppen in het kader van de SDA-regeling. Tot slot is de laatste kwantitatieve drempel het minst relevant naar mijn idee, waar de eerste twee kwantitatieve drempels nog in bepaalde gevallen kunnen wijzen op een grote groep gebruikers die waarde genereren middels netwerkeffecten, is de correlatie tussen het aantal zakelijke contracten en de waarde gegenereerd door gebruikers nog verder te zoeken. Al met al blijkt dat de interpretatie en de uitvoering van de kwantitatieve drempels een serieuze uitdaging vormt, het blijft dus een uitdaging om te lokaliseren door wie waarde wordt gecreëerd en deze corresponderende waarde te kwantificeren. Het antwoord op deze twee vragen is verre van duidelijk en komt de zekerheid en eenvoud van het SDA-voorstel niet ten goede.

Het SDA-voorstel lijkt gepaard te gaan met neutraliteitsproblemen, aangezien het zich specifiek lijkt te richten op digitale diensten die middels een digitale interface worden aangeboden. Ik ben het met Hennevelt eens dat het SDA-voorstel de digitale economie niet afzonderlijk tracht te behandelen, zoals expliciet in de beleidsdoelstelling vermeld is het SDA-voorstel voornemens beter aan te sluiten bij de waardecreatie van digitale activiteiten met een nadruk op gebruikers. De groep waar het hier om gaat vertegenwoordigt niet de digitale economie zoals Hennevelt mijns inziens terecht opmerkt.⁵⁸¹ Het SDA-voorstel is erg ruim geformuleerd en zal veel meer belastingbetalers raken dan alleen de grote techreuzen, zo zullen bijvoorbeeld IT-dienstverleners, online nieuwsaanbieders en online entertainment dienstverleners geraakt worden, met alle administratieve lasten van dien. Echter zorgt de EC naar mijn idee wel voor een onderscheid door expliciet bepaalde digitale activiteiten op te noemen in het voorstel; dit kan onbedoelde effecten tot gevolg hebben. De meeste digitale diensten die genoemd staan in de lijst bij het SDA-voorstel kunnen zowel fysiek als digitaal op de markt worden gebracht, doordat de digitale vorm geïncorporeerd wordt in het SDA-voorstel leidt dit tot een asymmetrische fiscale behandeling. Denk bijvoorbeeld aan een

⁵⁷⁸ Hongler & Pistone 2015, p. 26.

⁵⁷⁹ Art 4 lid 5 a van het SDA-voorstel (zie EC proposal 2018, p. 16 – 17).

⁵⁸⁰ Avi-Yonah & Halabi sluiten aan bij de locatie waar de digitale dienst wordt ontvangen door de koper (zie Avi-Yonah & Halabi 2014, p. 11); Hongler & Pistone sluiten aan bij de term domicile en trachten hiermee aansluiting te zoeken met de locatie waar de gebruiker de desbetreffende digitale dienst consumeert of gebruikt (zie Hongler & Pistone 2015, p. 26); de OESO sluit aan bij de locatie waar de consument fysiek aanwezig is op moment van de consumptie, ook Schön en Pinto sluiten zich hierbij aan (zie OECD 2015, p. 108; Schön 2009, p. 100; Pinto 2003, p. 220).

⁵⁸¹ Hennevelt 2018, par 5.2.

website waarop zowel fysieke boeken als e-books worden verkocht. E-books vallen onder de reikwijdte van het SDA-voorstel terwijl de fysieke boeken dat niet doen.

Voorts brengt het SDA-voorstel wel degelijk fiscale neutraliteitsproblemen met zich. In verhouding tot derde landen waarmee een verdrag is gesloten, zullen buitenlandse ondernemingen die digitale diensten verrichten in de EU er eerder voor kiezen hun onderneming middels een vaste inrichting te drijven dan middels een dochtervennootschap waardoor het SDA-voorstel elke vorm van toepassing mist.⁵⁸² Ook in verhouding tot andere EU-lidstaten zijn fiscale neutraliteitsproblemen aanwezig, er ontstaat namelijk een substantieel onderscheid tussen de winstallocatie aan een vaste inrichting enerzijds en de winsttoerekening tussen gelieerde entiteiten anderzijds.⁵⁸³ Dit leidt eveneens tot een strijdigheid met de vrijheid van vestiging, aangezien in gevallen waarin bijvoorbeeld voldaan wordt aan het aantal gebruikers een vaste inrichting verondersteld wordt waaraan winsten worden gealloceerd, terwijl aan een binnenlandse entiteit geen winsten zouden worden gealloceerd.⁵⁸⁴

5.4 – Conclusie

In dit hoofdstuk is aandacht geschonken aan het significant economic presence voorstel. Het idee is om nexus regels te ontwikkelen gebaseerd op een significant economic presence met vereenvoudigde winst allocatie regels. Eerst wordt een belastbare nexus vastgesteld op basis van een omzet factor, digitale en op gebruikers gebaseerde factoren. Vervolgens vindt winstallocatie plaats middels de fractional apportionment method of modified deemed profit method. Met betrekking tot de toetsing is geconcludeerd dat het voorstel vanwege de nadruk op significante economische activiteiten neutraal en flexibel kan uitpakken. Aangezien nog onbekend is hoe invulling gegeven dient te worden aan het concept van significant economic presence, doordat de inhoud en reikwijdte ervan nauwelijks zijn gespecificeerd, is geconcludeerd dat het voorstel nog onvoldoende efficiënt en effectief is en bovendien niet voldoet aan zekerheid, eenvoud en eerlijkheid. Mede hierdoor is voorts tot de conclusie gekomen dat het significant economic presence voorstel nog onvoldoende uitgewerkt is om een relevante toetsing uit te kunnen voeren. Derhalve is het SDA-voorstel geanalyseerd, wat een normatieve invulling omvat van het significant economic presence voorstel. Er is sprake van een significante digitale aanwezigheid indien cumulatief aan drie voorwaarden wordt voldaan. Met betrekking tot de personele werkingssfeer dient het te gaan om entiteiten die een bedrijf uitoefenen en zodoende via een rechtspersoon of juridische constructie opereren. Ten aanzien van de objectieve werkingssfeer moeten zogenoemde digitale diensten middels een digitaal interface geleverd worden. Het derde criterium omvat de kwantitatieve drempels waaraan voldaan moet worden; zo dienen de inkomsten uit de levering van digitale diensten aan gebruikers in een rechtsgebied hoger te zijn dan 7.000.000 EUR in een belastingtijdvak, het aantal gebruikers van een digitale dienst in een lidstaat hoger dan 100.000 in een belastingtijdvak te zijn of het aantal zakelijke overeenkomsten voor digitale diensten is hoger dan 3.000 te zijn. Het SDA-voorstel is gezien de politieke en technische uitdagingen moedig te noemen, het omvat een normatief voorstel klaar voor implementatie en biedt zeker perspectief. Echter zijn de genoemde digitale diensten en de kwantitatieve drempels van het SDA-voorstel onvoldoende in lijn met de beoogde beleidsdoelstellingen, met name in het kader van waardecreatie door gebruikers. Voorts zijn er een aantal interpretatieproblemen en administratieve lasten.

⁵⁸² Hennevelt 2018, par 5.3.1.

⁵⁸³ Hennevelt 2018, par 5.3.2.

⁵⁸⁴ Hennevelt 2018, par 5.3.2.1.

Hoofdstuk 6 – Conclusie

Toetsing van alle voorstellen

6.1 – Antwoord op deelvragen

Internationale belastingregels dateren uit de jaren 1920 en leggen de nadruk op fysieke locaties. Digitalisering van de economie heeft echter een ‘cyberspace’ gecreëerd wat geografische grenzen heeft doen vervagen en fundamentele vragen heeft doen rijzen over de manier waarop nationale overheden bedrijfswinsten zouden moeten belasten en de mate waarin overheden dit met elkaar zouden moeten coördineren. Aangezien alle sectoren in toenemende mate beïnvloedt worden door digitalisering, leidt dit tot problemen voor de belastingheffing in alle sectoren van de economie en mogen maatregelen zich niet uitsluitend richten op sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen (ring-fencing). In het licht van deze problematiek is de OESO voornemens om in 2020 internationale consensus te bewerkstelligen om deze problematiek die voortvloeit uit de digitalisering van de economie aan te pakken. De drie beleidsvoorstellen uit de eerste pilaar richten zich op een fundamentele herziening van de huidige internationale belastingregels. Het gebruikersparticipatie-voorstel benadrukt de cruciale bijdragen van actieve gebruikersparticipatie aan de winsten van sterk gedigitaliseerde platforms. Het marketing intangibles voorstel tracht multinationale ondernemingen middels immateriële activa te belasten in de marktjurisdictie. Het significant economic presence voorstel tracht een administratief haalbare oplossing te bieden die goed implementeerbaar is door alle overheden. Dit onderzoek omvat een kritische analyse van de drie beleidsopties uit de eerste pilaar die momenteel worden onderzocht door de OESO Task Force on the Digital Economy en die waarschijnlijk zullen resulteren in een consensus in 2020. Dit heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

- *In hoeverre en op welke wijze dient bij de vormgeving van nationale en internationale fiscale regelgeving rekening gehouden te worden met de toenemende rol van de digitale economie?*

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag zijn de volgende deelvragen beantwoord:

- *Wat kenmerkt de digitaliserende economie en welke problemen levert het op voor het huidige internationale belastingstelsel? (Hoofdstuk 2)*
- *In hoeverre dienen heffingsrechten waarde gecreëerd door data en gebruikers weer te geven? (Hoofdstuk 3)*
- *In hoeverre dienen heffingsrechten waarde gecreëerd door immateriële activa weer te geven? (Hoofdstuk 4)*
- *In hoeverre dienen nexus regels aangepast te worden richting een significante economie aanwezigheid? (Hoofdstuk 5)*

Ter beantwoording van de eerste deelvraag is in hoofdstuk twee eerst het huidige internationale belastingstelsel uiteengezet. Onder het huidige internationale belastingstelsel wordt de heffingsbevoegdheid over bedrijfswinsten die door een onderneming verkregen worden verdeeld middels de heffingsbeginselen ‘source’ en ‘residence’, oftewel het bronstaatbeginsel of het woonstaat-/vestigingsstaatbeginsel. Bedrijfswinsten worden uitsluitend belast in de staat van verblijf ofwel ‘residence’, tenzij middels een vaste inrichting bedrijvigheid wordt uitgeoefend in de andere staat, namelijk de ‘source’ staat. Nadat middels nexus regels is vastgesteld welk land de bedrijfswinsten van een onderneming mag belasten, dient winstallocatie te geschieden op basis van het at arm’s length beginsel. De snelle opkomst van de digitalisering van de economie is de meest opvallende trend van het afgelopen decennium: digitalisering wordt beschouwd als de belangrijkste ontwikkeling van

de economie sinds de industriële revolutie, het is dan ook een van de meest cruciale drijfveren voor groei en innovatie. De gemeenschappelijke kenmerken van de digitaliserende economie omvatten afhankelijkheid van data en gebruikersparticipatie, grensoverschrijdende schaal zonder massa en het gebruik van immateriële activa. Het belang van data-analyse, gebruikersparticipatie en netwerkeffecten is een cruciaal onderdeel in het waardecreatie proces voor sterk gedigitaliseerde ondernemingen. Sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen gebruiken data als een van de meest belangrijke generatoren van inkomsten, vaak wordt in dit kader verwezen naar de term data monetisering. Technologische ontwikkelingen maken het voor bedrijven mogelijk om economische activiteiten uit te oefenen en zodoende aanzienlijk te groeien in omvang en bereik met een minimale toename van fysieke aanwezigheid, dit fenomeen wordt door de OESO aangeduid met de term 'schaal zonder massa'. Voorts zijn sterk gedigitaliseerde ondernemingen erg afhankelijk van immateriële activa om te kunnen groeien en waarde te creëren. Het huidige internationale belastingstelsel tracht sinds het BEPS-project heffingsrechten in lijn te brengen met de locatie waar economische activiteiten plaatsvinden en waar derhalve waarde wordt gecreëerd. De gemeenschappelijke kenmerken van de digitaliserende economie beïnvloeden de functies die bedrijven uitvoeren, de activa die zij gebruiken en de risico's die zij aannemen. Derhalve beïnvloeden deze kenmerken volgens het transfer pricing model de manier waarop waardecreatie plaatsvindt en zodoende de manier waarop allocatie van de belastinggrondslag aan verschillende landen geschiedt.

Ter beantwoording van de tweede deelvraag is in hoofdstuk drie getracht om de diepere betekenis achter de term waardecreatie te doorgronden en de implicaties hiervan voor het internationale belastingstelsel. Uit de academische literatuur blijkt dat er geen gemeenschappelijke definitie bestaat van het begrip waardecreatie in relatie tot de digitaliserende economie en dat waardecreatie geen traditioneel concept van het internationale belastingstelsel behelst. Het lijkt erop dat de term voornamelijk als instrument fungeert om politieke verwachtingen in te willigen. Conform de economische wetenschap ligt de waarde van goederen en diensten in essentie in 'the eye of the beholder', de subjectieve waardetheorie voert dan ook de boventoon. Er is echter kritiek op deze economische waardetheorie; waardecreatie blijkt dan ook zowel economisch als in het internationale belastingrecht een slecht gedefinieerd en politiek gedreven concept. Verder is de aanbodzijde doorslaggevend om heffingsrechten te alloceren aan jurisdicties anders dan de vestigingsstaat. Het waardecreatie paradigma versterkt politieke momentum voor een herbeoordeling van conventionele gedachten waarop de criteria voor de vaststelling van belastbare nexus en belastbare winsten moeten worden gebaseerd, waardoor rekening gehouden kan worden met nieuwe criteria voor productie en waarde drijvers aan de aanbodzijde in de digitaliserende economie.

Voorts is getracht een kritische analyse uit te voeren met betrekking tot het argument dat vanwege de betrokkenheid van gebruikers in het waardecreatie proces van bedrijven, de locatie van deze gebruikers heffingsrechten zouden moeten opleveren voor desbetreffende landen. Tot de conclusie is gekomen dat de passieve rol van gebruikers in de bijdrage aan waardecreatie middels netwerkeffecten niet van belang is voor de allocatie van heffingsrechten, het belasten van netwerk externaliteiten staat namelijk haaks op huidige principes, netwerk effecten vertegenwoordigen geen nieuw economisch fenomeen dat is ontstaan door de digitalisering van de economie, buiten de gedigitaliseerde ondernemingen om hebben netwerkeffecten nooit geleid tot gevolgen voor de belastingheffing. Met betrekking tot door gebruikers geleverde content is geconcludeerd dat deze buiten beschouwing moeten blijven bij de allocatie van heffingsrechten. Deze content is namelijk te classificeren als consumptie met positieve externaliteiten voor het bedrijf, bovendien is de

door gebruikers geleverde content lastig te waarderen en is er geen controle over de activiteiten van een gebruiker op een digitaal platform. Tot slot is ten aanzien van gebruikersdata geconcludeerd dat het moeilijk is een hypothetische prijs te hangen aan data voor belastingdoeleinden. Tot de conclusie is gekomen dat winstallocatie op basis van het idee van data extractie en data vervaardiging sterk af te raden is.

Ter beantwoording van de derde deelvraag is in hoofdstuk vier eerst de ratio achter op bestemming gebaseerde voorstellen uiteengezet. De ratio achter op bestemming gebaseerde voorstellen is dat een op bestemming gebaseerd belastingstelsel minder economisch verstorend is dan andere belastingstelsels die zich baseren op relatief mobiele factoren. Vervolgens zijn de voorstellen voorafgaand aan het marketing intangibles voorstel besproken. Het RPFA-voorstel baseert zich op formulary apportionment, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen routine winsten en residual winsten. Routine winsten worden op basis van een vast opslagpercentage toegerekend. Residual winsten worden mechanisch verdeeld. Het RPA-voorstel baseert zich op transfer pricing methodologie, ook in dit geval wordt onderscheid gemaakt tussen routine en residual winsten. Routine winsten worden verdeeld op basis van een opslag op de werkelijke kosten en residual winsten worden toegewezen aan de groepsondernemer in de marktjurisdictie. Het RPA-voorstel hanteert de separate accounting method. Het RPFA-voorstel kent problemen ten aanzien van het vaste opslagpercentage. Zowel het RPFA-voorstel als het RPA-voorstel kennen beide problemen met het bepalen van de bestemming, de unitaire benadering en de verwerking van verliezen. De gedachte van het marketing intangibles voorstel is dat waardecreatie voortkomt uit klant gebaseerde immateriële activa die toebehoren aan de marktjurisdictie. Het RMIPA-voorstel bouwt voort op het RPA-voorstel maar maakt ten aanzien van de residual winst eveneens een onderscheid tussen marketing intangibles en overige immateriële activa. Dit onderscheid levert problemen op ten aanzien van de definiëring van marketing intangibles, bovendien levert het waarderingsproblemen op. Er zijn vier methoden besproken om deze problematiek op te lossen, met als conclusie dat het onderscheid waarschijnlijk niet administratief haalbaar is en derhalve een formulary RMIPA de meeste kans van slagen zal hebben. Voorts is het SURE-voorstel besproken, waarbij indien de mogelijkheid om lokale databronnen te exploiteren een voldoende sterke territoriale band met de winst genererende economische activiteit vertoont, de toegang tot deze databronnen aanleiding dient te geven tot allocatie van heffingsrechten en derhalve een modificatie van de nexus regels rechtvaardigt.

Ter beantwoording van de vierde deelvraag is in hoofdstuk vijf aandacht geschonken aan het significant economic presence voorstel. Het idee is om nexus regels te ontwikkelen gebaseerd op een significant economic presence met vereenvoudigde winst allocatie regels. Eerst wordt een belastbare nexus vastgesteld op basis van een omzet factor, digitale en op gebruikers gebaseerde factoren. Vervolgens vindt winstallocatie plaats middels de fractional apportionment method of modified deemed profit method. Aangezien het significant economic presence voorstel onvoldoende is uitgewerkt, is vervolgens het SDA-voorstel geanalyseerd, wat een normatieve invulling omvat van het significant economic presence voorstel. Er is sprake van een significante digitale aanwezigheid indien cumulatief aan drie voorwaarden wordt voldaan. Met betrekking tot de personele werkingssfeer dient het te gaan om entiteiten die een bedrijf uitoefenen en zodoende via een rechtspersoon of juridische constructie opereren. Ten aanzien van de objectieve werkingssfeer moeten zogenoemde digitale diensten middels een digitaal interface geleverd worden. Het derde criterium omvat de kwantitatieve drempels waaraan voldaan moet worden, zo dienen de inkomsten uit de levering van digitale diensten aan gebruikers in een rechtsgebied hoger te zijn dan 7.000.000 EUR in een belastingtijdvak, het aantal gebruikers van een digitale dienst in een lidstaat

hoger dan 100.000 in een belastingtijdvak te zijn of het aantal zakelijke overeenkomsten voor digitale diensten hoger dan 3.000 te zijn.

6.2 – Toetsing van de voorstellen

De drie beleidsopties zijn eveneens in ieder hoofdstuk getoetst aan de Ottawa Taxation Framework Principles, dit leidt tot onderstaande conclusies:

Toetsingscriteria	User participation	Marketing intangibles	Significant economic presence
• Neutraliteit	●	●	●
• Efficiëntie	●	●	●
• Zekerheid en eenvoud	●	●	●
• Effectiviteit en eerlijkheid	●	●	●
• Flexibiliteit	●	●	●
• Ring-fencing	●	●	●
• Waardecreatie	●	●	●

● *Voldoet niet aan het criterium*

● *Voldoet deels aan het criterium*

● *Voldoet aan het criterium*

Ten aanzien van de toetsing van het gebruikersparticipatie-voorstel valt te concluderen dat het voorstel op alle fronten tekortschiet. Het voorstel is niet neutraal omdat het zich uitsluitend richt op bedrijfsmodellen waar actieve gebruikersparticipatie doorslaggevend is. Efficiëntie wordt niet bereikt omdat het voorstel complex uit kan pakken en derhalve hoge nalevings- en administratiekosten met zich mee kan brengen. Aangezien het voorstel voortkomt uit een discutabel theoretisch fundament en veel praktische vragen met betrekking tot definities en drempels oplevert, kan geconcludeerd worden dat dit de zekerheid en eenvoud niet ten goede komt. Bovendien komt de gebrekkige definitie de effectiviteit niet ten goede. Voorts is het voorstel eng gedefinieerd waardoor het niet flexibel is voor de toekomst. Tot slot komt het voorstel mijns inziens niet overeen met waardecreatie.

Ten aanzien van de toetsing van het marketing intangibles voorstel valt op te merken dat het voorstel neutraal is en zich derhalve niet lijkt schuldig te maken aan ring-fencing. Vanwege de complexiteit van het voorstel zijn de efficiëntie, zekerheid en eenvoud middelmatig te noemen, met wellicht een mogelijkheid voor het SURE-voorstel om als praktisch startpunt te dienen voor drempels en criteria. Aangezien het marketing intangibles voorstel breed gedefinieerd is en op principes is gebaseerd, valt op te merken dat het voorstel flexibel is en derhalve toekomstbestendig. Het voorstel sluit tot slot mijns inziens het meest aan bij waardecreatie aangezien de nadruk wordt gelegd op de gebruikersrelatie en de duurzame manier waarop data wordt onttrokken.

Ten aanzien van de toetsing van het significant economic presence voorstel is geconcludeerd dat het voorstel vanwege de nadruk op significante economische activiteiten neutraal en flexibel kan uitpakken. Aangezien nog onbekend is hoe invulling gegeven dient te worden aan het concept van significant economic presence, doordat de inhoud en reikwijdte ervan nauwelijks zijn gespecificeerd, is geconcludeerd dat het voorstel nog onvoldoende efficiënt en effectief is en bovendien niet voldoet aan zekerheid, eenvoud en eerlijkheid. Mede

hierdoor is voorts tot de conclusie gekomen dat het significant economic presence voorstel nog onvoldoende uitgewerkt is om een relevante toetsing uit te kunnen voeren. Het SDA-voorstel is gezien de politieke en technische uitdagingen moedig te noemen, het omvat een normatief voorstel, klaar voor implementatie en biedt zeker perspectief. Echter zijn de genoemde digitale diensten en de kwantitatieve drempels van het SDA-voorstel onvoldoende in lijn met de beoogde beleidsdoelstellingen, met name in het kader van waardecreatie door gebruikers. Voorts zijn er een aantal interpretatieproblemen en zijn er administratieve lasten.

6.3 – Afsluitende bevindingen en inzichten

Het BEPS-project heeft ons geleerd dat een stabiele oplossing eveneens het begrip van de gewone burger en de media vereist. De beoogde consensus dient derhalve breed en diep te zijn om als stabiel te kunnen kwalificeren. Er dient overeenstemming te zijn over de theoretische onderbouwing van ieder nieuw potentieel regime en onderliggende principes dienen vanuit juridisch, economisch en beleidsoogpunt duidelijk gearticuleerd en geaccepteerd te worden. Een oplossing dient derhalve voort te komen uit duidelijke principes om stabiel te zijn in de ogen van alle belanghebbenden, ook van gewone burgers en de media. Elke oplossing dient rekening te houden met toekomstige veranderingen in plaats van enkel huidige situaties aan te pakken. Dit is enkel het begin, het internationale belastingstelsel zal mijns inziens de komende jaren steeds vaker in zwaar weer verkeren, naarmate de digitalisering van de economie voortduurt en ingenieuze bedrijfsmodellen in opkomst zijn.

Mijns inziens dient in het kader van een juiste theoretische onderbouwing en onderliggende principes aansluiting gezocht te worden bij een juist waardecreatie raamwerk. Alle voorstellen erkennen dat waarde kan worden gecreëerd in een jurisdictie waar de gebruiker of klant zich bevindt zonder dat de desbetreffende onderneming aldaar fysiek aanwezig is. De huidige transfer pricing guidelines zijn altijd gebaseerd geweest op één belangrijk principe, namelijk winstallocatie op basis van waardecreatie via people functions. De drie voorstellen introduceren een nieuwe laag van principes, die conceptueel verschillen van het huidige principe, namelijk waardecreatie op basis van actieve gebruikersparticipatie, waardecreatie middels marketing intangibles in de marktjurisdictie en een significante economische aanwezigheid. Elk voorstel heeft zijn voordelen en nadelen. Ik ben van mening dat de drie voorstellen elkaar niet uitsluiten: weliswaar zijn de principes waarop ieder voorstel gebaseerd is fundamenteel verschillend, echter kunnen mijns inziens aspecten van ieder voorstel met elkaar gebundeld worden.

Ik kan mij niet vinden in het theoretische fundament van het gebruikersparticipatie-voorstel, bovendien brengt dit voorstel ring-fencing met zich. Het theoretische idee achter het marketing intangibles voorstel is mijns inziens superieur aan het gebruikersparticipatie-voorstel, bovendien vormt de brede toepassing ervan een cruciaal voordeel, echter schiet de praktische toepasbaarheid tekort. Het SDA-voorstel is het meest gedetailleerd uitgewerkt en kan als inspiratie dienen voor de uitwerking van het marketing intangibles idee. Naar mijn idee kan het marketing intangibles voorstel uitstekend een aanvulling vormen op de significant people functions en zo de digitaliserende economie in huidige transfer pricing methodiek vatten. Het marketing intangibles voorstel is echter uitermate gecompliceerd, als het marketing intangibles voorstel wordt aangenomen moeten landen realistisch zijn en regels kiezen die gemakkelijk te beheren zijn en niet subjectief uitpakken. Het is op lange termijn niet haalbaar om te werken met een systeem dat complex en inefficiënt is, derhalve zou een formulary RMIPA met eventueel modificaties hierop als startpunt kunnen dienen. De oplossing dient niet simplistisch te zijn maar moet bestuurbaar zijn. Een aanpak die tracht de activiteiten te identificeren die hebben bijgedragen aan residual winsten (immateriële) en

deze tracht te waarderen is mijns inziens de moeite waard om verder te onderzoeken. Echter focust dit voorstel zich te veel op één type immaterieel activum, in plaats van duidelijk te verwoorden hoe de waarde van een dergelijk immaterieel activum in de marktjurisdictie wordt gecreëerd om een allocatie van heffingsrechten aan deze jurisdictie te rechtvaardigen. Eerst dient het voorstel de immateriële activa te definiëren voordat het bepaalt wat binnen en buiten de reikwijdte valt. Het marketing intangibles voorstel is zodoende het meest neutraal, maar erg complex en levert veel onzekerheid op over hoe de verdeling tussen landen daadwerkelijk plaats dient te vinden. Al met al is een combinatie van het theoretische idee achter het marketing intangibles voorstel en de normatieve invulling van het SURE-voorstel en het SDA-voorstel de meest optimale situatie. Landen zullen echter consensus moeten bereiken, er zal uiteindelijk een compromis geaccepteerd moeten worden.

Bibliografie

Literatuur

Amit & Zott 2001

R. Amit & C. Zott, *Value creation in e-business*, 22 Strategic Management Journal 6/7, pp. 493-520.

Andersson 2017

K. Andersson, *Taxation of the Digital Economy*, 45 Intertax (2017) p. 590 et seq.

Andrus & Oosterhuis 2017

J. Andrus & P. Oosterhuis, *Transfer Pricing After BEPS: Where Are We and Where Should We Be Going*, Taxes The Tax Magazine, March 2017.

Avi-Yonah 1997

R. Avi-Yonah, *International Taxation of Electronic Commerce*, Tax Law Review, Volume 52, n. 3, p. 507 – 556 (1997).

Avi-Yonah, Clausing & Durst 2009

R. S. Avi-Yonah, K.A. Clausing & M.C. Durst, *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, Florida Tax Review, volume 9, no. 5 (2009): 497-553.

Avi-Yonah & Halabi 2014

R. Avi-Yonah, O. Halabi, *A model treaty for the age of BEPS*, Law & Economics Working Papers, Paper 103, University of Michigan (2014).

Baez & Brauner 2015

A. Baez & Y. Brauner, *Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, IBFD, 2015.

Becker & Englisch 2018:

J. Becker & J. Englisch, *Taxing Where Value is Created: What's 'User Involvement' Got to Do With It?* (October 1, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3258387> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3258387>

Becker, Englisch & Schanz 2018:

J. Becker, J. Englisch, D. Schanz, *How Data Should (Not) Be Taxed* (November 22, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3289036> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3289036>

Becker, Englisch & Schanz 2019:

J. Becker, J. Englisch & D. Schanz, *A SURE Way of Taxing the Digital Economy*, Tax Notes International, Jan. 21 2019, p. 309.

Bowman & Ambrosini 2000

C. Bowman & V. Ambrosini, *Value Creation Versus Value Capture: Towards a Coherent Definition of Value in Strategy*, British Journal of Management, Vol. 11, 1–15 (2000).

Brauner & Pistone 2017

Y. Brauner & Y. Pistone, *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), No. 12.

Brauner 2018

Y. Brauner, *Taxing the Digital Economy Post-BEPS, Seriously* (2018) 46 Intertax, Issue 6/7, pp. 462-465.

Brauner & Pistone 2018

Y. Brauner & P. Pistone, *Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No 4a/Special Issue.

Brettel et al. 2014

M. Brettel et al., *How virtualization, decentralization and network building change the manufacturing landscape: An Industry 4.0 Perspective*, 8 International Journal of Mechanical, Industrial Science and Engineering. 1, pp. 37-44 (2014).

Burgers 2018

I.J.J. Burgers, *'Waardecreatie': nieuw(e) mantra, concept standaard of beginsel*, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht (2018), vol 19, no. 43, p. 1-6.

Christians 2018

A. Christians, *Taxing according to value creation*, Tax Notes International, Vol. 90, 2018.

Christians & van Apeldoorn 2018

A. Christians & L. van Apeldoorn, *Taxing Income Where Value Is Created* (March 1, 2018). Florida Tax Review, 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3132538>

Clausing & Avi-Yonah 2007

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

Cockfield 2003

A. Cockfield, *Reforming the permanent establishment principle through a quantitative economic presence test*, Canadian Business Law Journal, vol. 38, n. 3, p. 400 – 422 (2003).

Conner 1991

K.R. Conner, *A Historical Comparison of Resource-based Theory and Five Schools of Thought Within Industrial Organisation Economics: Do We Have a New Theory of the Firm?*, Journal of Management 17, 1991.

Devereux & Vella 2014

M.P. Devereux & J. Vella, *Are We Heading towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?*, Fiscal Studies (35) 449-475 (2014).

Devereux 2016

M. Devereux, *Residual Profit Allocation Proposal*, University of Oxford (14 Juli 2016), http://www.taxpolicycenter.org/sites/default/files/residual-profit-allocation-proposal_2.pdf.

Devereux & Vella 2017

M.P. Devereux & J. Vella, *Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform*, in *Digital Revolutions in Public Finance* (ISBN 9781484315224) (S. Gupta, M. Keen, A. Shah, & G. Verdier eds), [Washington, DC]: International Monetary Fund, 2017.

Devereux & Vella 2018

M.P. Devereux & J. Vella, *Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform*, (2018) 46 *Intertax*, Issue 6/7, pp. 550 – 559.

Devereux & Vella 2018a

M.P. Devereux & J. Vella, *Value creation as the fundamental principle of the international corporate tax system*, Oxford University Centre for Business Taxation Policy Paper, 31 July 2018.

Englisch 2015

J. Englisch, *BEPS Action 1: Digital Economy – EU Law Implications*, *British Tax Review* (2015).

Escribano 2017

E. Escribano, *Is the OECD/G20 BEPS Initiative Heading in the Right Direction? Some Forgotten (and Uncomfortable) Questions*, *Bulleting for International Taxation*, 2017 (Volume 71), No 5, p. 250 – 258.

Escribano 2018

E. Escribano, *A Preliminary Assessment of the EU Proposal on Significant Digital Presence: A Brave Attempt that Requires and Deserves Further Analysis*, in J.M. Almudí Cid, J. Ferreras Gutiérrez, P. Hernández González-Barreda (2018): *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonisation and Cooperation in Direct Taxation* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International), 1e druk 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3191787> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3191787>

Gadzo 2016

S. Gadzo, *Nexus requirements for taxation of non-residents' business income: a normative evaluation in the context of the global economy*, Zagreb: Doctoral Dissertation presented at the University of Zagreb (2016).

Graaf, Kavelaars & Stevens 2015

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Negende herziene druk, Deventer 2015: Wolters Kluwer.

Grinberg 2018

I. Grinberg, *International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate* (October 29, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3275737> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3275737>

Grinberg 2018a

I. Grinberg, *User participation in Value Creation*, *British Tax Review* Issue 4, 2018.

Gritzali, Voyer, Taillard & Glaveanu 2014

A. Gritzali, B. Voyer, M. Taillard & V. Glaveanu, *Value Creation and Consumption: When Consumer Creativity Generates Value in Online Forums*, in NA - Advances in Consumer Research Volume 42, eds. June Cotte and Stacy Wood, Duluth, MN : Association for Consumer Research, Pages: 381-385 (2014).

Grubert 2015

H. Grubert, *Destination-Based Income Taxes: A Mismatch Made in Heaven?*, Tax Law Review, 69 (2015): 43-72.

Haslehner 2018

W. Haslehner, *Taxing where value is created in a post-BEPS (digitalized) world?*, Kluwer International Tax Blog (30 mei 2018).

Hellerstein 1997

W. Hellerstein, *State taxation of electronic commerce*, Tax Law Review, Volume 52, n. 3, p. 425 – 505 (1997).

Hellerstein 2013

W. Hellerstein, *Formulary Apportionment in the EU and the US: A Comparative Perspective on the Sharing Mechanism of the Proposed Common Consolidated Corporate Tax Base in Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds* (A. Dourado ed.) (International Bureau of Fiscal documentation, 2013).

Hennevelt 2018

M.T.M. Hennevelt, *Een aanmerkelijke digitale aanwezigheid: de juiste stap vooruit?*, WFR 2018/141.

Herzfeld 2017

M. Herzfeld, *The Case against BEPS: Lessons for Tax Coordination*, Florida Tax Review, 42, 2017.

Herzfeld 2018:

M. Herzfeld, *News Analysis: Value Creation and Digital Profits*, Tax Notes International 15 October 2018.

Hey 2018

J. Hey, *'Taxation Where Value is Created?' and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No 4/5.

Hofmann & Riedel 2019

P. Hofmann & N. Riedel, *Comment on J. Becker & J. Englisch, 'Taxing Where Value Is Created: What's "User Involvement" Got to Do with It?'*, INTERTAX, Volume 47, Issue 2, p. 172 – 175 (2019).

Hongler & Pistone 2015

Hongler/Pistone, *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, IBFD, 2015.

Kofler, Mayr & Schlager 2017

G. Kofler, G. Mayr & C. Schlager, *Taxation of the Digital Economy: „Quick Fixes“ or Long-Term Solution?*, 57 European Taxation (2017) No.12.

Kofler, Mayr & Schlager 2018

Kofler/Mayr/Schlager, *Taxation of the Digital Economy: A Pragmatic Approach to Short-Term Measures*, European Taxation 2018.

Kroon 2016

S. Kroon, *Fiscale kansen en bedreigingen op de digitale snelweg*, WFR 2016/245.

Lennard 2018

M. Lennard, *Act of creation: the OECD/G20 test of “Value Creation” as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries*, Transnational Corporations Volume 25, 2018, Number 3 Special Issue on Investment and International Taxation (Part 2).

Merkx 2018

M.M.W.D. Merckx, *Digital Services Tax: new (indirect) tax on the block*, MBB 2018/5-4.

Moore 1965

Gordon E. Moore, *Cramming More Components onto Integrated Circuits*, Electronics Magazine Volume. 38, No. 8 (April 19, 1965).

Morse 2018

S.C. Morse, *Value Creation: A Standard in Search of a Process*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No. 4/5.

Olbert & Spengel 2017

M. Olbert & C. Spengel, *International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?*, World Tax Journal, 2017 (Volume 9), No 1.

Oosterhuis & Parsons 2018:

P. Oosterhuis & A. Parsons, *Destination-Based Income Taxation: Neither Principled Nor Practical?*, 71 Tax Law Review 515 (2018).

Osterwalder & Pigneur 2010

A. Osterwalder & Y. Pigneur, *Business model generation: a handbook for visionaries, game changers, and challengers* (Wiley 2010).

Pellefigue 2015

J. Pellefigue, *Transfer Pricing Economics for the Digital Economy*, 22 Intl. Transfer Pricing J. 2, sec. 3. (2015), Journals IBFD.

Petruzzi & Buriak 2018

R. Petruzzi & S. Buriak, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No 4a/Special Issue.

Pinto 2003

D. Pinto, *E-commerce and source-based income taxation*, Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation (2003).

Pinto 2017

D. Pinto, *Options to Address the Direct Tax Challenges Raised by the Digital Economy – A Critical Analysis*, Canadian Tax Journal (2017) 65:2, 291 – 331.

Porter 1985

M. Porter, *Competitive Advantage Creating and Sustaining Superior Performance*, New York: The Free Press, 1985.

Porter & Millar 1985

M. Porter & V. Millar, *How information gives you competitive advantage*, Harvard Business Review, July-August 1985.

Schön 2009

W. Schön, *International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)*, World Tax Journal, 2009 (Volume 1), No 1.

Schön 2018

W. Schön, *Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy*, Bulletin for International Taxation 4/5 2018.

Schippers & Verhaeren 2017

M.L. Schippers & C.E. Verhaeren, *'Taxation in a digitising world: Solutions for corporate income tax and value added tax'*, verslag van het seminar van EFS, Erasmus University Rotterdam, gehouden op woensdag 11 oktober 2017, te Rotterdam, WFR 2017/249.

Schrage 2016

M. Schrage, *Rethinking Networks: Exploring strategies for making users more valuable*, MIT Initiative on the Digital Economy, Research Brief Vol. 2016.01.

Schwarz 2018

J. Schwarz, *Value Creation: Old wine in new bottles or new wine in old bottles?*, Kluwer International Tax Blog (21 mei 2018).

Sikka & Murphy 2015

P. Sikka & R. Murphy, *Unitary Taxation: Tax Base and the Role of Accounting*, ICTD Working Paper 34 (April 2015).

Spinosa & Chand 2018

L. Spinosa & V. Chand, *A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?* (2018) 46 Intertax, Issue 6/7, pp. 476–494.

Stabell & Fjeldstad 1998

B. Stabell & D. Fjeldstad, *Configuring value for competitive advantage: on chains, shops and networks*, Strategic Management Journal (Volume 19) (1998), 413-437.

Stigler 1950

Stigler, George J. (1950-01-01). *The Development of Utility Theory*, Journal of Political Economy. 58 (4): 307–327.

Tadmor 2007

N. Tadmor, *Source Taxation of Cross-Border Intellectual Supplies – Concepts, History and Evolution into the Digital Age*, Bulletin for International Taxation (January) (2007).

Tapscott 1997

D. Tapscott, *The digital economy : promise and peril in the age of networked intelligence*, New York: McGraw-Hill 1997.

Teece & Linden 2017

D.J. Teece & G. Linden, *Business models, value capture, and the digital enterprise*, Springer Open J. Org. Design (24 Aug. 2017).

Valente 2018

P. Valente, *Digital Revolution. Tax Revolution?*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No. 4a/Special Issue, 26 March 2018.

Vanistendael 2018

F. Vanistendael, *An Octogenarian on Value Creation*, Tax Notes International, Vol. 90, 2018.

Vogel 1998

Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*, Intertax 1998.

Wells & Lowell 2012

B. Wells & C. Lowell, *Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source Is the Linchpin*, 65 Tax L. Rev. 535 (2012) (exploring the development and flaws of international tax policy).

Wells & Lowell 2014

B. Wells & C. Lowell, *Tax Base Erosion: Reformation of Section 482's Arm's Length Standard*, 15 Florida Tax Review 737, 794-97 (2014).

De Wilde 2015

M.F. de Wilde, *Heffingsjurisdictie in een digitaliserende economie; waarom 'online profits' zo ongrijpbaar zijn*, MBB 2015/10.

De Wilde 2018

M.F. de Wilde, *Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in* (2018) 46 Intertax, Issue 6/7, pp. 466–475.

Rapporten**Assemblée Nationale 2018**

Assemblée Nationale, *Rapport d'Information relative à l'évasion fiscale internationale des entreprises*, No. 1236, 12 September 2018.

Australian Treasury Discussion Paper 2018

Australian Treasury Discussion Paper, *The digital economy and Australia's corporate tax system*, October 2018, Commonwealth of Australia 2018.

Collin & Colin 2013

P. Collin & N. Colin, *Task Force on Taxation of the Digital Economy*, Report January 2013.

EC CCCTB 2011

European Commission Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base 2011/0058 (CNS), March 16, 2011.

EC 2014

European Commission, *Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*, 28/05/2014.

EC 2016

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Social and Economic Committee and the Committee of the Regions, A European Agenda for Collaborative Economy (COM (2016) 356 final) (June 2016), available at

<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations>

EC 2017

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market (21 September 2017, COM(2017) 547 final).

EC 2018

European Commission, *Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy*, 21 March 2018, COM(2018) 146 final.

EC 2018a

European Commission, *Taxation of Digital Activities in the Single Market [leaked report] 1*, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2018/02/taxation-of-digital-economy-2.pdf>.

EC 2018b

European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying the document “Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence” and “Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services” {COM(2018) 147 final} - {COM(2018) 148 final} - {SWD(2018) 82 final} (Brussels: 21 March 2018, SWD(2018) 81 final/2), available at:

https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/fair_taxation_digital_economy_ia_2_1032018.pdf

EC Memorandum 2018

European Commission Memorandum MEMO/18/2141, Questions and Answers on a Fair and Efficient Tax System in the EU for the Digital Single Market (European Commission Memorandum) (Brussels: 21 March 2018), available at: [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-18-2141_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-2141_en.htm)

EC Proposal 2018

European Commission, Commission Proposal for a Council Directive, Laying Down Rules Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence (European Commission Proposal) (21 March 2018, COM(2018) 147 final), available at: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/proposal_significant_digital_presence_21032018_en.pdf

EU 2018

European Union (2018), “Fair Taxation of the Digital Economy”, 21 March 2018, https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en.

EU 2018b

European Commission, *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*, Brussels, 21.3.2018 COM(2018) 147 final.

HMT 2017

HM Treasury, *Corporate tax and the digital economy: Position Paper* (22 Nov. 2017), available at <https://www.gov.uk/government/consultations/corporate-tax-and-the-digital-economy-position-paper>.

HMT 2018

HM Treasury, *Corporate Tax and the Digital Economy: position paper update*, March 2018.

League of Nations 1923

League of Nations, *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp*, Geneva April 5th, 1923.

OECD Committee on Fiscal Affairs 1998

OECD Committee on Fiscal Affairs, *Electronic commerce: Taxation framework*, 1998. <http://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>.

OECD 2001

OECD, *Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*, OECD Publishing, 2001. <https://www.oecd.org/tax/consumption/Taxation%20and%20eCommerce%202001.pdf>.

OESO Technical Advisory Group 2003

OECD Technical Advisory Group (TAG) on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for Taxing Business Profits, *Are The Current Treaty Rules For Taxing Business Profits Appropriate For E-Commerce?*, Final Report, 2003.

OECD 2010

OECD, 2010 Report on The Attribution of Profits to Permanent Establishments, 10 (July 22, 2010), <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45689524.pdf>

OESO 2012

OECD, *The Digital Economy: Hearings*, Paris: OECD Publishing 2012.

OECD 2013

OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

OECD 2015

OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>

OESO 2015 Action 8-10

OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10-2015, at 9 (2015),
<https://doi.org/10.1787/9789264241244-en>

OECD Transfer Pricing Guidelines 2017

OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (OECD 2017), International Organizations' Documentation IBFD.

OECD 2018

OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>

OECD 2018: Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method

OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Paris. www.oecd.org/tax/beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.pdf

OECD 2019

OECD (2019), *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*, As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019.

OECD 2019a

OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, Public Consultation Document, 13 February – 1 March 2019.

OECD Public Consultation Document 2019

Base Erosion and Profit Shifting Project, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy - Public Consultation Document*, 13 February – 6 March 2019, OECD 2019.

UNCTAD 2017

United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, United Nations, New York.
<http://dx.doi.org/10.18356/e692e49c-en>

WIPO 2016

WIPO (2016), *WIPO IP Facts and Figures 2016*.

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_943_2016.pdf

Overige**CMO 2017**

The CMO Survey, *Highlights and Insights Report*, August 2017.

Mazzucato 2018

M. Mazzucato, *The Value of Everything: Making and Taking in the Global Economy* (2018), Penguin Books Ltd, ISBN: 9780241188811.

McKinsey Survey 2017

McKinsey Survey, *Fueling growth through data monetization*, December 2017.

NOB 2018

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *NOB Commentary Digital Economy Consultation*, European Commission's Public Consultation on 'Fair Taxation of the Digital Economy' (26 October 2017 – 3 January 2018).