

NAAR BELASTINGHEFFING IN EEN DIGITAAL TIJDPERK

Winstallocatie: tijd voor verandering?



Masterscriptie Fiscale Economie

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics

Naam student: A.C. Kool
Studentnummer: 373481

Begeleider: P. Kavelaars
Tweede Beoordelaar: L. C. van Hulten

Datum definitieve versie: 12-3-2020

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

Inhoudsopgave

Begrippenlijst	4
1. Inleiding	5
1.1. Aanleiding	5
1.2. Probleemstelling	6
1.3. Onderzoeksopzet	7
1.4. Afbakening en toetsingscriteria	8
2. Winstallocatie en de digitaliserende economie	9
2.1. Inleiding	9
2.2. Waarde creatie en de allocatie van heffingsrechten	9
2.2.1. Waardecreatie	9
2.2.2. Allocatie van heffingsrechten	10
2.3. Transfer pricing	11
2.3.1. Achtergrond	11
2.3.2. Arm's-lengthbeginsel	11
2.3.3. Vergelijkbaarheidsanalyse	12
2.3.4. Verrekenprijsmethoden	15
2.3.4.1. Traditionele transactiemethoden	16
2.3.4.1.1. CUP-methode	16
2.3.4.1.2. Resale-pricemethode	16
2.3.4.1.3. Cost-plusmethode	17
2.3.4.2. Transactionele winstmethoden	18
2.3.4.2.1. Transactional net profit margin	18
2.3.4.2.2. Transactionele profit-splitmethode	19
2.3.5. Intangibles	20
2.3.5.1. Intangibles	20
2.3.5.2. Categorieën intangibles	22
2.4. De digitaliserende economie	23
2.4.1. De digitaliserende economie	23
2.4.2. Karakteristieken digitale markten	24
2.4.3. Karakteristieken sterk-gedigitaliseerde bedrijfsmodellen	25
2.5. Deelconclusie	26
3. Ontwikkelingen OESO	28
3.1. Inleiding	28
3.2. Belastingheffing in de digitaliserende economie	28
3.2.1. Gebruikersparticipatievoorstel	28

3.2.1.1.	Gebruikersparticipatie	28
3.2.1.2.	Gebruikersparticipatievoorstel	30
3.2.2.	Marketing-intangibles-voorstel	32
3.2.3.	Significante economische aanwezigheidsvoorstel	35
3.2.3.1.	Factoren significante economische aanwezigheid	36
3.2.3.1.1.	Omzet-gerelateerde factoren	36
3.2.3.1.2.	Digitale factoren	37
3.2.3.1.3.	Gebruiker gerelateerde factoren	37
3.2.4.	Unified Approach	38
3.2.4.1.	Unified Approachvoorstel	39
3.3.	Nexus	40
3.4.	Winstallocatie	41
3.4.1.	Driedelig mechanisme	41
3.4.2.	Verrekenprijsmethoden	43
3.4.2.1.	Modified residual profit-splitmethode	43
3.4.2.2.	Fractional apportionmentmethode	44
3.5.	Analyse	44
3.5.1.	Politiek	44
3.5.2.	Beschouwing ontwikkelingen OESO	45
3.6.	Deelconclusie	46
4.	Ontwikkelingen EU	48
4.1.	Inleiding	48
4.2.	Digitalisering in de EU	48
4.2.1.	Eén interne digitale markt	48
4.2.2.	Significante digitale aanwezigheid	50
4.2.3.	Digitale dienstenbelasting	52
4.2.3.1.	Achtergrond digitale dienstenbelasting	52
4.2.3.2.	Uniebrede digitale dienstenbelasting	52
4.2.3.3.	Kritiek Uniebrede digitale dienstenbelasting	54
4.2.4.	Unilaterale digitale dienstenbelasting	57
4.2.4.1.	Kritiek Verenigde Staten op Franse Digitale Dienstenbelasting	58
4.3.	Common (Consolidated) Corporate Tax Base	61
4.3.1.	Achtergrond en de Common (Consolidated) Corporate Tax Base Richtlijn	61
4.3.2.	Winstallocatie onder de Common (Consolidated) Corporate Tax Base	63
4.4.	Beschouwing ontwikkelingen EU	65
4.5.	Deelconclusie	66

5.	Arm's-lengthbeginsel in de digitaliserende economie	68
5.1.	Inleiding	68
5.2.	Arm's-lengthbeginsel	68
5.2.1.	Grondgedachte	68
5.2.2.	Voordelen arm's-lengthbeginsel	69
5.2.3.	Nadelen arm's-lengthbeginsel	69
5.2.4.	Het Europese arm's-lengthbeginsel	71
5.3.	Formulary Apportionment	72
5.3.1.	Achtergrond en grondgedachte	72
5.3.2.	Voordelen formulary apportionment	73
5.3.3.	Nadelen formulary apportionment	74
5.4.	Formulary apportionment in de digitaliserende economie	75
5.4.1.	OESO	75
5.4.1.1.	Standpunt OESO	75
5.4.1.2.	Unified Approach	76
5.4.2.	EU	77
5.4.2.1.	Standpunt EU	77
5.4.2.2.	Common Consolidated Corporate Tax Base	77
5.5.	Formulary apportionment als oplossing	78
5.6.	Deelconclusie	80
6.	Conclusie	81
6.1.	Inleiding	81
6.2.	Beantwoording deelvragen	81
6.3.	Beantwoording probleemstelling	85
6.4.	Aanbevelingen	85
	Literatuur	87

Begrippenlijst

A-G	Advocaat Generaal
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CCTB	Common Corporate Tax Base
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CUP	Comparable Uncontrolled Price
DDB	Digitale Dienstenbelasting
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
FA	Formulary Apportionment
FTT	Financial Transaction Tax
HMT	Her Majesty's Treasury
HvJ	Hof van Justitie
IP	Intellectual Property
LRD	Limited Risk Distributor
MI	Marketing Intangible
MKB	Midden- en Kleinbedrijf
MLI	Multilateraal Instrument
MNE	Multinational Enterprise
MRPS	Modified Residual Profit Split
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PLI	Profit Level Indicator
RPS	Residual Profit Split
SEA	Significante Economische Aanwezigheid
TNMM	Transactional Net Margin Method
VK	Verenigd Koninkrijk
VN	Verenigde Naties
VPN	Virtual Private Network
VS	Verenigde Staten
Wet VpB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Vlak na het ondertekenen van de Amerikaanse grondwet in 1789, schreef Benjamin Franklin: “*In this world nothing can be said to be certain, except death and taxes.*”¹ De Amerikaanse grondwet gaf het congres het recht om belasting te heffen over haar onderdanen. Waar de dood een onvermijdelijk gevolg is van het leven, meende Benjamin Franklin dat ook het betalen van belasting een onontkoombaar gevolg is van een samenleving. Paradoxaal blijkt meer dan tweehonderd jaar later, dat het citaat van Benjamin Franklin niet volledig meer standhoudt.

Het grootschalig ontwijken van belastingheffing is na de publicatie van de Panama Papers, onderdeel geworden van het maatschappelijk debat. Door gebruik te maken van verschillende constructies, is het voor ondernemingen mogelijk winst te verschuiven naar andere jurisdicties. Het management van een onderneming krijgt hierdoor de vrijheid om een belastingjurisdictie uit te kiezen. Veelal zal deze jurisdictie een lage of in het geheel geen winstbelasting kennen. Het resultaat is dat ondernemingen – en hiermee de achterliggende aandeelhouders – in staat zijn om belastingheffing (legaal) te verminderen dan wel grotendeels te ontgaan.

Het recht om belasting te heffen is hedendaags nog steeds in de Grondwet verankerd. Het kunstmatig verschuiven van winsten wordt gefaciliteerd door verschillen in nationale wet- en regelgeving en de afspraken die jurisdicties hebben gemaakt om te voorkomen dat beide staten heffingsrechten toe-eigenen, wat tot dubbele belastingheffing leidt.² Om wet- en regelgeving internationaal te harmoniseren, heeft de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) in 2015 vijftien rapporten gepubliceerd die kunstmatige grondslaguitholling en winstverschuiving (BEPS) dienen tegen te gaan.

Het BEPS-project tezamen met de huidige winstallocatiewetgeving werkt goed voor terugkerende transacties die het gevolg zijn van de normale bedrijfsactiviteiten (routinematige transacties).³ De reikwijdte van belastingssystemen dreigt echter door technologische ontwikkeling en vergaande digitalisering van de economie ontoereikend te worden. Transacties worden complexer en kunnen derhalve niet meer als routinematig aangeduid worden. Hierdoor ontstaat een breuk tussen de reële economie en de digitaliserende economie. Kenmerkend voor de digitaliserende economie is de afwezigheid van grenzen. Dit gegeven is problematisch als bedacht wordt dat allocatie van winst geschiedt op grond van de fysieke aanwezigheid van een onderneming binnen een bepaalde jurisdictie.⁴

Het is voor wetgevers niet eenvoudig om een grip te krijgen op de digitaliserende economie. De constante verandering van businessmodellen en de snelheid waarmee dit gebeurt vereist vergaande coöperatie

¹ Brief van Benjamin Franklin aan Jean-Baptiste Le Roy in 1789.

² OECD 2013, pp. 9-10.

³ OECD 2019, par. 28.

⁴ OECD 2019, par. 16.

van belastingautoriteiten. Waar de digitaliserende economie in toenemende mate verweven raakt met de reële economie is het van belang om belastingssystemen dusdanig te ontwerpen, dat toereikende verdeling van heffingsrechten en winstallocatie bereikt wordt, zonder dat dit resulteert in verstoringen.

Met conceptvoorstellen voor een digitale belasting in België, Italië, Oostenrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk (VK) lijkt, binnen Europa, een trend op gang te zijn gekomen om de digitale economie op nationaal niveau te belasten, om zo grondslaguitholling en winstverschuiving van multinationals (MNE's) tegen te gaan. Dit staat haaks op de doelstellingen van zowel de Europese Commissie (EC) als de OESO.⁵ Het werkelijk invoeren van een digitale dienstenbelasting in Frankrijk heeft tot dreigementen van importheffingen vanuit de VS geleid.⁶ Is het punt bereikt waarop harmonisering van belastingheffing niet meer opweegt tegen de nationale soevereiniteit? Om tot een duurzame oplossing te komen, dient de manier waarop heffingsrechten worden verdeeld en winst wordt gealloceerd te herzien. Dit is fundamenteel voor toekomstige economische groei en samenwerking. Dit onderzoek tracht bij te dragen aan deze discussie.

1.2. Probleemstelling

Om kunstmatige grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan en om eerlijke belastingheffing te garanderen dient de fundamentele gedachte van de verdeling van heffingsrechten en winstallocatie te worden herzien. De herziening dient zowel de reële economie als de digitaliserende economie te omvatten. Op zowel nationaal niveau als internationaal niveau, worden oplossingen aangedragen. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

Hoe verandert winstallocatie in een toenemend digitaliserende economie en welke gevolgen brengt dit teweeg?

Een organisatie dat een prominente rol inneemt in de zoektocht naar oplossingen is de OESO. Ontwikkelingen van dit orgaan zijn relevant vanwege het sterke internationale karakter: Bijna 37⁷ geïndustrialiseerde landen zijn aangesloten en meer dan honderddertig landen zijn onderdeel van de G20/OECD Inclusive Framework. Voorstellen zijn immers pas effectief zodra internationale consensus bestaat. De deelvraag die centraal staat is:

Wat zijn de ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie op OESO-niveau en welke gevolgen brengen deze ontwikkelingen teweeg voor de allocatie van winst?

Door de sterke samenwerkingsverbanden tussen lidstaten, zijn, binnen de EU, oplossingen denkbaar die niet op OESO-niveau mogelijk zijn. Daarentegen laat de recente trend van nationale digitale belastingen de fragiliteit van het Europees systeem zien. Ontwikkelingen dienen gebaseerd te zijn op consensus, maar ook in lijn te zijn

⁵ Kenmerkend voor zowel de EU als de OESO is om samenwerking te bevorderen. Zie: OECD 2019, par. 7 en COM (2018) 147, p. 5.

⁶ FD 12 oktober 2019.

⁷ Colombia is nog niet officieel lid, maar verwacht wordt dat dit land binnenkort het 37^e lid zal worden.

met het harmoniserend karakter van de gemeenschappelijke markt. Voorstellen van de EC hebben direct invloed op Nederland en zijn derhalve relevant. De deelvraag die centraal staat is:

Wat zijn de ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie op EU-niveau en welke gevolgen brengen deze ontwikkelingen teweeg voor de allocatie van winst?

Met het herzien van de verdeling van heffingsrechten en winstallocatie, is een analyse van de fundamentele gedachtegang noodzakelijk. Kan belastingheffing in de digitale economie berusten op beginselen die begin twintigste eeuw zijn bedacht? Zijn de voorstellen van de EU en de OESO, indien op deze beginselen wordt vertrouwd, toekomst bestendig? Mogelijke alternatieven worden hierbij meegenomen in het onderzoek. De deelvraag die hierbij centraal staat is:

Dient in het kader van de recente ontwikkelingen de methodiek van winstallocatie voor de digitaliserende economie aangepast te worden?

1.3. Onderzoeksopzet

Door middel van een kwalitatief literatuuronderzoek zal onderzocht worden in hoeverre de allocatie van winst dient te veranderen in een digitaliserende economie. Hiertoe zullen publicaties van de EU en de OESO worden geanalyseerd. Tot slot zal onderzocht worden of het huidige arm's-lengthbeginsel in een digitale omgeving houdbaar is.

In hoofdstuk twee wordt allereerst uiteengezet hoe momenteel de verdeling van heffingsrechten en winstallocatie is vormgegeven. Hierbij is met name transfer pricing van belang. Vervolgens zal de digitaliserende economie uitvoeriger worden besproken. Tevens wordt uiteengezet wat de knelpunten voor de allocatie van heffingsrechten en winst zijn. Het doel van dit hoofdstuk is om kennis over de huidige situatie te verschaffen zodat vanuit deze basis voorstellen kunnen worden geanalyseerd.

De ontwikkelingen op het niveau van de OESO worden in hoofdstuk drie onderzocht. Hierbij wordt met name aandacht besteed aan de eerste pilaar ontwikkeld in het 'Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from Digitalization of the Economy' en de daaropvolgende 'Unified Approach'. Het doel van dit hoofdstuk is om kritisch en overzichtelijk de ontwikkelingen van de OESO in kaart te brengen.

De ontwikkelingen op het niveau van de Europese Unie volgt in hoofdstuk vier. De C(C)CTB-richtlijnen, significante digitale aanwezigheid en de Uniebrede DDB zullen als startpunt fungeren. Onderzocht zal worden of oplossingen voor het alloceren van heffingsrechten en winst in een digitaliserende economie effectiever is in nauwere samenwerkingsverbanden.

In hoofdstuk vijf volgt een theoretisch onderzoek naar het fundament van de winstallocatie: het arm's-lengthbeginsel. Geanalyseerd zal worden of het beginsel houdbaar is in een digitaliserende economie. Hiertoe zullen de huidige ontwikkelingen van de OESO en de EU worden meegenomen. Formulary apportionment (FA) zal vervolgens als alternatief worden onderzocht. Afsluitend volgt een analyse van de toepasbaarheid van beide allocatiebeginselen als mogelijke oplossing in de digitaliserende economie.

1.4. Afbakening en toetsingscriteria

De digitaliserende economie is een veelomvattend begrip. Daarom dient er een duidelijke afbakening plaats te vinden. Deze scriptie heeft als voornaamste doel om tekortkomingen van de verdeling van heffingsrechten en winstallocatie in een digitaliserende economie te onderzoeken. Om dit te onderzoeken zullen alleen initiatieven van de EU en de OESO worden onderzocht. Hierbij worden alleen de relevante hoofdstukken uit de initiatieven meegenomen. Belastingheffing van de digitale economie in het algemeen valt buiten de reikwijdte van deze scriptie. De nadruk ligt op winstallocatie, waardoor het onderzoek beperkt is tot Pillar One van de OESO en diverse EU-richtlijnen. Met betrekking tot de EU zullen de opgekomen knelpunten ten opzichte van staatssteun, de rullingpraktijk en bronheffingen niet worden uitgewerkt. Voorstellen van de Verenigde Naties (VN) en derde landen zullen eveneens niet worden meegenomen.

Winstallocatie omvat de verdeling van de bedrijfsresultaten aan de betreffende entiteiten. Hierbij zijn de entiteiten in verschillende jurisdicties gevestigd. Met nexus wordt de juridische verdeling van de heffingsbevoegdheid van jurisdicties bedoeld. Voor dit onderzoek ligt de nadruk op sterk-gedigitaliseerde MNE's. Het effect op reguliere- en kleinere ondernemingen en het effect op vaste inrichtingen wordt niet behandeld. Verder wordt vanuit Nederlands perspectief geschreven. Uitwerkingen van de initiatieven van de OESO en de EU, zullen beschreven worden conform de interpretatie van de Nederlandse staatssecretaris.

2. Winstallocatie en de digitaliserende economie

2.1. Inleiding

Het BEPS-project heeft aangetoond dat de manier waarop heffingsrechten verdeeld worden en regelgeving dat toeziet op winstallocatie, steeds minder effectief is. Dankzij een veranderende digitaliserende economie, is het voor ondernemingen mogelijk om flexibel met de belastingheffing om te gaan. Internationaal opererende concerns kunnen bepaalde geldstromen in jurisdicties naar keuze belasten. Dit ondermijnt de integriteit van het gehele belastingstelsel.⁸ Alvorens belastingssystemen kunnen worden aangepast, dient in beeld gebracht te worden hoe het huidige systeem werkt en waar de knelpunten liggen.

Centraal bij het alloceren van winst is het bepalen van verrekenprijzen. *“Een verrekenprijs is de prijs die door het ene segment van een multinationalaal opererend concern in rekening wordt gebracht aan een ander segment van hetzelfde concern voor de levering van een goed of een dienst”*.⁹ Een entiteit binnen een concern wordt geacht gelieerd te zijn, als een andere entiteit van hetzelfde concern zeggenschap kan uitoefenen. Aan deze voorwaarde wordt voldaan als een lichaam, direct dan wel indirect deelneemt aan de leiding of het toezicht van de entiteit.¹⁰

In dit hoofdstuk zal allereerst het concept waardecreatie en de allocatie van heffingsrechten besproken worden. Hierna zal winstallocatie aan bod komen. Hiertoe zal de theorie van transfer pricing uitgelegd worden. Vervolgens worden de kenmerken van de digitaliserende economie toegelicht. Het doel van dit hoofdstuk is om een beeld te geven van de manier waarop winstallocatie en de verdeling van heffingsrechten momenteel is vormgegeven.

2.2. Waarde creatie en de allocatie van heffingsrechten

2.2.1. Waardecreatie

Een onderneming kan op vele verschillende manieren waarde creëren. Waarde is voor afnemers een product of een dienst. Voor aandeelhouders en management wordt waarde doorgaans uitgedrukt in winst.¹¹ Een onderneming kan tevens maatschappelijke waarde creëren door mens- en milieuvriendelijk te opereren of maatschappelijke problemen op te lossen. Waardecreatie kan derhalve veel vormen aannemen.

Voor een onderneming wordt waardecreatie inzichtelijk gemaakt door de waardeketen ('value chain'). Dit is de reeks activiteiten die uitgevoerd dienen te worden om een product naar de markt te brengen.¹² Traditioneel is de allocatie van resultaten in de waardeketen eenvoudig, doordat elke schakel in de keten

⁸ OECD 2013, p. 8.

⁹ Van Egdome 2011, p. 1.

¹⁰ Artikel 8b eerste lid van de Wet Vennootschapsbelasting 1969.

¹¹ Smith 1776.

¹² Porter 1985.

identificeerbaar is naar een bepaalde jurisdictie. Een specifieke definitie van de term waardecreatie is echter niet gegeven.

‘Value Creation’ is, ondanks het uitblijven van een eenduidige definitie, de kern van het BEPS-project. Wet- en regelgeving afkomstig van het BEPS-project tracht winst te alloceren waar waardecreatie heeft plaatsgevonden.¹³ Waardecreatie kan gedefinieerd worden als het voorkomen van praktijken die belastbare inkomsten op kunstmatige wijze scheiden van de activiteiten die tot deze inkomsten hebben geleid.¹⁴

2.2.2. *Allocatie van heffingsrechten*

De allocatie van heffingsrechten (‘nexus’) die ziet op grensoverschrijdende geldstromen is veelal geregeld in bilaterale- of multilaterale belastingverdragen. Dit is nodig omdat de allocatie van heffingsrechten op verschillende beginselen gebaseerd is. Deze beginselen overlappen doorgaans, waardoor dubbele belastingheffing ontstaat. Dit is schadelijk voor de economische groei en de welvaart in het algemeen.¹⁵

Meeste landen hanteren het woonplaatsbeginsel. Een inwoner van een jurisdictie wordt hierdoor voor zijn gehele wereldinkomen in zijn woonland belast. Indien in een andere staat inkomen is gegenereerd, zal deze staat dit inkomen willen belasten. Factoren als infrastructuur en opleidingsniveau van de beroepsbevolking hebben dit inkomen immers mogelijk gemaakt. Belastingheffing vindt in dit geval plaats op grond van het bronland- of situsbeginsel. Zonder nadere regelgeving vindt belasting over het inkomen in zowel het bronland als het woonland plaats.

Allocatie van de heffingsrechten is geregeld in artikel 7 (vaste inrichtingen) en artikel 9 (gelieerde entiteiten) van het OESO-modelverdrag (OESO-MV). Indien inkomen in het bronland wordt gegenereerd, heeft het bronland het recht om belasting over deze inkomsten te heffen. Dit kan bij zowel de vaste inrichting als de dochtervennootschap dat binnen het bronland gevestigd en aldaar belastingplichtig is. Het woonland dient een verrekening of een vrijstelling te geven. Dit is afhankelijk of het woonland kapitaalexport neutraal of kapitaal import neutraal is.

Binnen de digitaliserende economie ligt het vraagstuk of de huidige beginselen doelmatig genoeg zijn. Alternatieven zijn het oorsprongsbeginsel en het bestemmingsbeginsel. Het oorsprongsbeginsel omvat de aanbodzijde van de markt, waar kapitaal en arbeid worden samengebracht.¹⁶ Dit is vergelijkbaar met het bronlandbeginsel. Centraal is de locatie waar waarde wordt toegevoegd aan de waardeketen. Het bestemmingsbeginsel omvat de vraagzijde, waar producten en diensten werkelijk geleverd worden. Heffingsrechten zouden verdeeld worden op de locaties waar de afzetmarkten zich bevinden.

¹³ OECD 2015 p. 3.

¹⁴ Lennard 2018, pp. 57-58.

¹⁵ OECD 2013, p. 7.

¹⁶ De Wilde 2015, MBB 2015/10-03, onderdeel. 2.2.

2.3. *Transfer pricing*

2.3.1. *Achtergrond*

Transfer pricing is als onderdeel van belastingheffing een relatief nieuw fenomeen. In 1968 werd, na een enorme toename in het aantal MNE's, in de Verenigde Staten voor het eerst uitgebreide regelgeving geïntroduceerd. Deze regelgeving vormde de basis voor de eerste transfer pricingrichtlijn die in 1979 door de OESO, werd uitgebracht. De richtlijn was destijds niet bedoeld om een gedetailleerde standaard te vormen, maar eerder om de problemen rondom het gebied van interne verrekenprijzen bloot te leggen en te omschrijven welke prijsstellingsmethoden acceptabel werden geacht.¹⁷ De kern van het rapport was om interne verhoudingen gelijk te stellen aan transacties tussen derden, ook wel at arms-length genoemd. Daarbij werd de nadruk gelegd op het alloceren van winst waar waarde generatie plaatsvindt. De introductie van de functionele analyse, koppelde een vergoeding aan de werkzaamheden en gelopen risico's. Het basisrapport werd vervolgens in 1984 uitgebreid door de toevoeging van de onderwerpen: onderling overlegprocedure, transfer pricing in de bancaire sector en de allocatie van centrale kosten.

In 1988 publiceerde de regering van de VS een 'White Paper' waarin getracht werd om een geschikte vergoeding voor immateriële activa vast te stellen. De in de White Paper geopperde ideeën, werden met felle kritiek ontvangen. Zo werd de Basic Arm's-Length Return Method, gebaseerd op het toepassen van rendementen, in strijd geacht met het arms-lengthbeginsel. De in 1968 ingevoerde regelgeving werd vervolgens gedeeltelijk vervangen door nieuw in 1992 ingevoerde regelgeving. Na kritische bestudering van de nieuwe regelgeving kwam de OESO in 1995 en 1996 met een finale publicatie van de transfer pricingrichtlijnen. In 2010 zijn de OESO-richtlijnen grondig aangepast, hierbij is de vergelijkbaarheidsanalyse- en zijn de verrekenprijsmethoden herzien. Dit heeft tot gevolg gehad dat de voorgeschreven hiërarchie voor het gebruik van de verrekenprijsmethoden is komen te vervallen. De huidige transfer pricingrichtlijnen (OESO-richtlijnen) stammen uit 2017. Bij deze herziening zijn aanpassingen doorgevoerd naar aanleiding van het BEPS-project dat in 2015 met het eindrapport van vijftien actiepunten kwam.

2.3.2. *Arm's-lengthbeginsel*

Centraal binnen transfer pricing is het arm's-lengthbeginsel. De kern van dit beginsel is het vergelijken van voorwaarden die overeengekomen zijn bij transacties tussen gelieerde entiteiten met de voorwaarden die bij vergelijkbare transacties tussen derden tot stand zouden zijn gekomen.¹⁸ Hierbij dienen gelieerde entiteiten, voor toepassing van het arm's-lengthbeginsel, als ongelieerde partijen te worden beschouwd ('separate entity approach'). Door deze vergelijking is het mogelijk om te bepalen of een interne transactie op zakelijke gronden is gebaseerd en derhalve at arm's length is. Indien er materiële verschillen bestaan tussen de voorwaarden

¹⁷ UN 2001, p. 7.

¹⁸ Van Egdom 2017, p. 6.

overeengekomen in de interne transactie ten opzichte van de onafhankelijke transactie, dan kan dit een aanleiding zijn voor lokale belastingautoriteiten om tot een correctie in de verrekenprijs over te gaan.

Het arm's-lengthbeginsel wordt omschreven in artikel 9 van het OESO-modelverdrag en verder toegelicht in het eerste hoofdstuk van de OESO-richtlijnen. In de Nederlandse wet is het arm's-lengthbeginsel gecodificeerd in artikel 8b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VpB 1969). De Nederlandse definitie is conform de bedoeling zoals uitgelegd in de OESO-richtlijnen.¹⁹ De definitie luidt:

“Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen.”

Het doel van het arm's-lengthbeginsel is om economische groei en investering te stimuleren.²⁰ Dit wordt gerealiseerd door alle voor- en nadelen die gelieerde entiteiten genieten ten opzichte van derden voor belastingdoeleinden te elimineren. Hierdoor worden, in theorie, beslissingen louter op grond van bedrijfseconomische redenen gemaakt.²¹ De kracht van het arm's-lengthbeginsel is de massale internationale acceptatie ervan. Momenteel hebben 124 landen transfer pricing wetgeving geïmplementeerd in het nationale belastingsysteem.²²

Transfer pricing is geen exacte wetenschap. Derhalve zijn uitkomsten op basis van het arm's-lengthbeginsel een benadering van uitkomsten die tot stand zouden komen bij perfecte marktwerking.²³ In de praktijk resulteert de vergelijkbaarheidsanalyse op basis van het arm's-lengthbeginsel in een waarde dat behoort tot een bepaald bereik ('range'), omdat een specifieke prijs zelden mogelijk is.²⁴ Alle waarden binnen dit bereik worden als toereikend beschouwd.

2.3.3. *Vergelijkbaarheidsanalyse*

Centraal bij de toepassing van het arm's-lengthbeginsel is de vergelijkbaarheidsanalyse. Voorwaarden overeengekomen bij interne transacties worden door middel van deze analyse vergeleken met de voorwaarden die ongelieerde partijen in vergelijkbare omstandigheden overeen zouden zijn gekomen.²⁵ Een transactie wordt geacht vergelijkbaar te zijn, indien onder de voorwaarden van de ongelieerde transactie, de verrekenprijs of de winstmarge niet materieel veranderen.²⁶ Een transactie is eveneens vergelijkbaar als correcties kunnen worden

¹⁹ Besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865.

²⁰ OECD 2017, par. 1.8.

²¹ Het BEPS-project toont aan dat concerns ook beslissingen op basis van fiscale motieven maken.

²² EY Transfer Pricing Reference Guide 2018-19.

²³ OECD 2017, par. 1.14.

²⁴ Van Egdom 2017, p. 57.

²⁵ OECD 2017, par. 1.33.

²⁶ Van Egdom 2017, p. 33.

aangebracht die het verschil in verrekenprijs of winstmarge dusdanig reduceren dat de effecten immaterieel kunnen worden beschouwd.

Om te kunnen bepalen of een transactie vergelijkbaar is, is kennis van de industrie en de onderneming vereist. Er dient geanalyseerd te worden welke commerciële- en economische relaties tussen de gelieerde entiteiten aanwezig zijn en welke economische relevante karakteristieken hierbij een rol spelen.²⁷ Vervolgens kan in kaart gebracht worden wat de functie van ieder aparte entiteit is en kunnen op basis van de onderlinge interne transacties de commerciële- en economische omstandigheden en voorwaarden worden afgeleid.²⁸

Er wordt voor de identificatie van economisch relevante karakteristieken van een interne transactie gekeken naar de karakteristieken van de goederen en diensten, de economische marktomstandigheden, het gevolgde bedrijfsstrategie, de contractuele voorwaarden en de functionele analyse.²⁹ De mate waarin de economisch relevante karakteristieken meegenomen worden in de analyse, is afhankelijk van de mate waarin onafhankelijke concerns, bij de beoordeling van de transactievoorwaarden bij soortgelijke transacties, met dezelfde karakteristieken rekening zouden houden.³⁰

Bij iedere vergelijkbaarheidsanalyse dient in eerste instantie uitgegaan te worden wat partijen contractueel met elkaar hebben afgesproken.³¹ De kans dat tussen gelieerde entiteiten onzakelijk wordt gehandeld is aannemelijk, waardoor niet louter kan worden vertrouwd op de contractuele voorwaarden. Het contract dient onderbouwd te worden met de overige vier categorieën.³² Met de implementatie van de BEPS-regelgeving in de OESO-richtlijnen in 2017 lijkt winstallocatie op basis van contractuele voorwaarden kracht te verliezen.³³ Derhalve wordt gestreefd naar een winsttoerekening die op basis van de economische realiteit geschiedt.

Een essentieel onderdeel voor de winstallocatie op basis van de economische realiteit is de functionele analyse. Deze analyse beschrijft de activiteiten, gebruikte- of ingebrachte activa en gelopen risico's van de gelieerde entiteit.³⁴ De functie van een entiteit en de waarde die daarmee toegevoegd wordt aan de totale waardeketen staat derhalve centraal. Naarmate een entiteit complexere functies vervult, des te hoger dient het aandeel van de winst te zijn dat aan deze entiteit toegerekend wordt. Om te bepalen of een functie meer waarde toevoegt aan de totale waardeketen wordt gekeken naar kritische succesfactoren ('value drivers').³⁵

²⁷ OECD 2017, par. 1.34.

²⁸ OECD 2017, par. 1.35.

²⁹ OECD 2017, par. 1.36.

³⁰ OECD 2017, par. 1.37.

³¹ OECD 2017, par. 1.42.

³² OECD 2017, par. 1.43.

³³ De Wilde 2015, NTFR 2015/2728.

³⁴ OECD 2017, par. 1.51.

³⁵ Van Egdom 2017, p. 37.

Routinematige functies dienen een lagere, maar stabielere beloning te ontvangen en meer complexere functies dienen een beloning te ontvangen die sterker afhankelijk is van de winst.

De hoogte van de passende vergoeding voor een uitgeoefende functie wordt op basis van het arm's-lengthbeginsel bepaald. Wederom dient voor de analyse gezocht te worden naar entiteiten die vergelijkbare functies vervullen, onder vergelijkbare omstandigheden ('comparables'). Het vinden van onafhankelijke vergelijkbare entiteiten wordt vrijwel onmogelijk naarmate de uitgeoefende functies complexer worden. Dit komt omdat complexere functies vaak unieke kenmerken bezitten en gebruik maken van uniek immateriële activa.³⁶ Een vergelijking vindt plaats op het niveau van entiteiten met meer routinematige functies ('tested party'). Het restant van de winst dat na de vergelijking overblijft, wordt gealloceerd aan de entiteit met de meer complexere functies (niet-routinematige functies).

Naast het vergoeden van functies, dient een vergoeding gealloceerd te worden naar entiteiten op basis van gelopen risico's. Risicoallocatie dient overeen te komen met de wijze waarop gelieerde entiteiten controle kunnen uitoefenen over risico's en of er bij deze entiteiten voldoende financiële capaciteit aanwezig is om deze risico's te kunnen dragen.³⁷ Controle over risico's omvat de macht om te kiezen of zakelijke kansen en de risico's die daarmee gepaard gaan wel of niet door het concern zullen worden nagestreefd. Tevens dient de entiteit die de risico's draagt, zelf hiervoor de nodige financiële middelen te bezitten. Risicoallocatie mag niet willekeurig plaatsvinden.³⁸ De vergoeding die bij het alloceren van risico's gepaard gaat dient at arm's-length te worden bepaald. Er dient voor de allocatie van risico's naar vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden gekeken te worden.

Het laatste onderdeel van de functionele analyse omvat de activa die gebruikt- of ingebracht wordt bij een interne transactie. De OESO-richtlijnen geven hierover geen verdere sturing. Van Egdom koppelt de waarde van activa aan de risico's die met deze activa gelopen worden.³⁹ Zodra een fabrikant eigen activa op de balans heeft, dan zal een hogere vergoeding op zijn plaats zijn, dan wanneer een fabrikant geen eigen activa heeft en daarmee geen risico's loopt. Het inbrengen van immateriële activa zal eveneens de gealloceerde vergoeding verhogen. Tot slot kan het toevoegen van activa aan de functionele analyse invloed hebben op de keuze voor een bepaalde verrekenprijsmethode.⁴⁰ Dit is voornamelijk bij de CUP-methode van belang (zie onderdeel 2.3.4.1.1).

Zodra alle relevante economische karakteristieken zijn geïdentificeerd, dient de vergelijkbaarheidsanalyse gevolgd te worden door intern vergelijkbare transacties te zoeken. Indien

³⁶ Van Egdom 2017, p. 39.

³⁷ OECD 2017, par. 1.60.

³⁸ Kamerstukken II 2017/18, 34785, nr. F, par. 2.4.

³⁹ Van Egdom 2017, p. 50.

⁴⁰ OECD 2017, par. 1.108.

vergelijkbare transacties niet intern gevonden kunnen worden (interne comparables), kunnen transacties van onafhankelijke concerns worden gebruikt (externe comparables). Op basis van de gevonden ongelieerde vergelijkbare transacties wordt vervolgens de meest geschikte verrekenprijsmethode gekozen. Indien nodig kunnen correcties gemaakt worden en tot slot volgt een bepaling van de geschikte arm's-lengthvergoeding voor de specifieke interne transactie.

2.3.4. Verrekenprijsmethoden

Onderdeel van de vergelijkbaarheidsanalyse is het kiezen van een geschikte verrekenprijsmethode. De keuze voor een bepaalde methode is voornamelijk ingegeven door de functionele analyse.⁴¹ Elke verrekenprijsmethode heeft sterkere en zwakkere aspecten, waar rekening mee gehouden dient te worden. Door verschillen in de methoden, is het mogelijk dat iedere methode een andere uitkomst geeft. Hierdoor kunnen verschillende, vaak deels overlappende ranges ontstaan. Het is een belastingplichtige niet toegestaan om alle ranges te berekenen en op basis daarvan de meest gunstige verrekenprijsmethode te kiezen.⁴² Wel wordt het door de OESO aangemoedigd om de uitkomst van meerdere methoden te gebruiken indien dit tot een nauwkeuriger resultaat zou leiden.⁴³ Uiteindelijk is de gebruikte methode een middel, niet een doel om tot een arm's-lengthvergoeding te komen.⁴⁴ Alleen methoden die geschikt worden geacht voor een specifieke transactie kunnen hiervoor volstaan.

De OESO maakt een onderscheid tussen traditionele transactiemethoden en transactionele winstmethoden. De traditionele transactiemethoden worden als meest directe methode beschouwd om een transactie aan het arm's-lengthbeginsel te toetsen.⁴⁵ Dit komt door de hoge mate van vergelijkbaarheid waar de transacties die voor deze methoden geschikt zijn aan voldoen. De overeengekomen verrekenprijs behoeft alleen in de ongelieerde transactie gesubstitueerd te worden om te kunnen beoordelen of aan het arm's-lengthbeginsel is voldaan. Enige afwijking is direct naar de voorwaarden te traceren. De drie traditionele transactiemethoden zijn: de comparable-uncontrolled-pricemethode (CUP), resale-pricemethode en de cost-plusmethode.

Indien de vergelijkbare transactie onbetrouwbaar is dan wel er te weinig informatie beschikbaar is, dient overgestapt te worden naar de transactionele winstmethodes. Dit zijn de transactional-net-profit-marginmethode (TNMM) en de profit-splitmethode. Het verschil tussen de transactiemethodes en winstmethodes is de behandeling van individuele interne transacties. De transactiemethodes toetsen de vergoeding op het niveau van de individuele transactie. De winstmethodes toetsen de vergoeding op basis van de winst afkomstig van een samenstel van interne transacties. Een hoge mate van vergelijkbare transacties is bij de winstmethodes derhalve niet nodig. Dit maakt de toepasbaarheid toegankelijker voor de praktijk. De

⁴¹ Van Egdom 2017, p. 71.

⁴² Besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865, par. 3.2.

⁴³ OECD 2017, par. 2.12.

⁴⁴ Van Egdom 2017, p. 71.

⁴⁵ OECD 2017, par. 2.3.

winstmethodes waren voor de actualisering van de OESO-richtlijnen in 2010 alleen als laatste redmiddel te gebruiken.⁴⁶ De hiërarchie is sindsdien officieel verdwenen. Desondanks dient de voorkeur voorsnog uit te gaan naar het gebruik van transactiemethodes.⁴⁷

2.3.4.1. *Traditionele transactiemethoden*

2.3.4.1.1. CUP-methode

De CUP-methode wordt door de OESO als de meest directe methode beschouwd voor de bepaling of een verrekenprijs at arm's-length is. De CUP-methode vergelijkt de prijs van een transactie in gelieerde verhoudingen met de prijs van de transactie die tussen derden zou zijn overeengekomen, onder vergelijkbare omstandigheden.⁴⁸ Indien een verschil bestaat tussen de twee prijzen, is er aanleiding aan te nemen dat de omstandigheden van de gelieerde transactie niet at arm's-length zijn. Een gelieerde transactie wordt bij de CUP-methode geacht vergelijkbaar te zijn met een ongelieerde transactie indien de afwijkende commerciële- en economische omstandigheden geen materieel effect hebben op de marktprijs van de transactie, of wanneer de afwijkende commerciële- en economische omstandigheden door middel van een correctie een immaterieel effect krijgen op de marktprijs.⁴⁹

Het maken van correcties is vaak niet eenvoudig.⁵⁰ Dit dient echter niet het gebruik van de CUP-methode te verhinderen.⁵¹ Enige flexibiliteit is hierbij toegestaan. De staatssecretaris geeft tevens aan dat in de praktijk de toepasbaarheid van de CUP-methode moeilijk is, omdat vergelijkbare gelieerde transacties bijna niet te vinden zijn.⁵² Desalniettemin dient de CUP-methode niet bij voorbaat voorbij gegaan te worden. Deze methode dient zich bijvoorbeeld toepasbaar voor het bepalen van het arm's-lengthkarakter van immateriële activa (zie par 2.3.5).⁵³

2.3.4.1.2. Resale-ricemethode

De resale-ricemethode is een analyse van de brutowinst die overblijft, wanneer een product, afkomstig van een gelieerde leverancier, wordt doorverkocht aan een onafhankelijke onderneming.⁵⁴ Hierbij wordt als startpunt de verkoopprijs van de doorverkopende entiteit genomen. Vervolgens wordt een bepaalde brutomarge ('resale price margin') en eventueel bijkomende kosten, zoals importheffingen, van de verkoopprijs afgetrokken. De brutomarge dient de verkoop en andere operationele kosten te dekken en een redelijke winstmarge te bevatten. De winstmarge is afhankelijk van de specifieke functie van de entiteit. Wat uiteindelijk

⁴⁶ Van Egdom 2017, p. 84.

⁴⁷ Van Egdom 2017, p. 72.

⁴⁸ OECD 2017, par. 2.13.

⁴⁹ OECD 2017, par. 2.15.

⁵⁰ Van Egdom 2017, p. 75.

⁵¹ OECD 2017, par. 2.17.

⁵² Besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865, par. 3.1.

⁵³ Damsma & Velden, MBB 2017/05-03, onderdeel 6.4.

⁵⁴ OECD 2017, par. 2.27.

overblijft kan beschouwd worden als de arm's-lengthprijs dat de doorverkopende entiteit betaald heeft aan de gelieerde leverancier.

Bij het bepalen van de resale price margin, dienen de bedrijfsvoering en de verrichte functies grondig geanalyseerd te worden.⁵⁵ De functionele analyse staat hierbij centraal. Een vergelijkbare transactie kan materiële verschillen vertonen doordat een onafhankelijke onderneming bepaalde bedrijfsprocessen efficiënter verricht dan de gelieerde entiteit. Eveneens kan een materieel verschil ontstaan, indien de verrichte functies niet overeenkomen met de functies van vergelijkbare derden. Er dient hierdoor rekening gehouden te worden met de waarde toevoeging en risico's toerekenbaar aan deze functies.⁵⁶ Meer waarde toevoeging dan wel het dragen van grotere risico's dient een hogere resale price margin tot gevolg te hebben. De hoogte van de resale price margin kan tevens afhangen van de mate van exclusiviteit van doorverkoop.⁵⁷ Indien de gelieerde doorverkoper de exclusieve rechten heeft tot doorverkoop kan dit tot uiting komen in de toepasselijke marge. Of dit een positief of negatief effect is, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Een voorbeeld hiervan is een monopolypositie van de doorverkoper.

De resale-pricemethode is het meest geschikt voor verkooptransacties.⁵⁸ Hierbij is een nadeel dat deze methode het best werkt indien weinig waarde wordt toegevoegd door de doorverkopende entiteit en dat de prijs kort na aanschaf door de doorverkopende partij wordt vastgesteld.⁵⁹ Deze methode is dus niet geschikt bij de uitvoering van complexere functies. De resale-pricemethode biedt daarentegen wel meer flexibiliteit dan de CUP-methode, doordat vergelijkbaarheid van het product zelf meer kan afwijken dan onder de CUP-methode is toegestaan.

2.3.4.1.3. Cost-plusmethode

De cost-plusmethode begint bij de historische kostprijscalculatie.⁶⁰ Om tot een arm's-length resultaat te komen, wordt een bepaald percentage van de kosten (inclusief overheadkosten) als winstopslag toegevoegd aan de vergoeding.⁶¹ De winstopslag wordt bepaald door de criteria van de functionele analyse (functies, risico's en activa). Idealiter is de winstopslag vergelijkbaar met de winstopslag dat intern voor vergelijkbare transacties wordt gehanteerd.⁶² In het geval deze vergelijking niet gevonden kan worden, kunnen vergelijkbare transacties van onafhankelijke concerns als referentiekader gebruikt worden.

⁵⁵ OECD 2017, par. 2.33 en par. 2.34.

⁵⁶ OECD 2017, par. 2.37.

⁵⁷ OECD 2017, par. 2.40.

⁵⁸ OECD 2017, par. 2.27.

⁵⁹ OECD 2017, par. 2.35 en par. 2.36.

⁶⁰ OECD 2017, par. 2.55.

⁶¹ OECD 2017, par. 2.45 en par. 2.56.

⁶² OECD 2017, par. 2.46.

Bij de cost-plusmethode is de bepaling van de kostengrondslag van essentieel belang. Prijzen worden doorgaans bepaald op basis van gebudgetteerde kosten. Het gebruik van budgetten bij de bepaling van de cost-plusmethode is alleen toegestaan als de budgetten op bedrijfseconomisch juiste wijze zijn vastgesteld.⁶³ Indien door inefficiëntie een hogere kostengrondslag is gerealiseerd dan voorzien, dan mag dit niet meer gecorrigeerd worden.

Niet alle kosten mogen toegerekend worden aan de kostengrondslag. Hierbij dient in elk geval naast de directe operationele kosten (grondstoffen) ook rekening gehouden te worden met indirecte operationele kosten (reparatiediensten) en algemene kosten (hoofdkantoorkosten).⁶⁴ Het kan voorkomen dat onafhankelijke ondernemingen een kostengrondslag overeenkomen dat lager is dan de kostprijs. Veelal zal de kostengrondslag dan alleen de variabele kosten omvatten. Het arm's-lengthbeginsel staat toe in deze situaties de lagere kostengrondslag te volgen.⁶⁵ Het bepalen van de kostengrondslag is voor elke interne transactie verschillend. Bij de bepaling van de juiste kostengrondslag dient in ieder geval consistent gehandeld te worden.⁶⁶ Zowel in relatie tot ongelieerde vergelijkbare transacties als de bepaling van de winstopslag door de tijd heen.

Het gebruik van de cost-plusmethode wordt uitsluitend door de OESO toegestaan als de gemaakte kosten een relevante indicator zijn van de waarde toevoeging bij de functionele analyse.⁶⁷ In de praktijk wordt de cost-plusmethode vooral gebruikt bij functies die ondersteunend van aard zijn, zoals het bepalen van verrekenprijzen voor halffabricaten en de allocatie van hoofdkantoorkosten.⁶⁸

2.3.4.2. *Transactionele winstmethoden*

2.3.4.2.1. *Transactional net profit margin*

De winst, afkomstig van interne transacties, wordt bij de TNMM in verhouding tot een bepaalde basis ('profit level indicator' (PLI)), in de vergelijkbaarheidsanalyse gebruikt.⁶⁹ Factoren als activa, kosten of omzet kunnen bij deze vergelijking als PLI dienen. Idealiter wordt bij de vergelijkbaarheidsanalyse gezocht naar interne comparables. In het geval geen of onvoldoende informatie hiervoor beschikbaar is, kan gekozen worden om externe comparables te gebruiken.

De TNMM wordt bepaald op netto niveau. Dit in vergelijking met de cost-plusmethode en de resale-pricemethode die op bruto niveau worden berekend. De aandachtspunten met betrekking tot de kostengrondslag

⁶³ Besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865, par. 3.2.

⁶⁴ OECD 2017, par. 2.53.

⁶⁵ OECD 2017, par. 2.57.

⁶⁶ OECD 2017, par. 2.58.

⁶⁷ OECD 2017, par. 2.98.

⁶⁸ Verdoner 2018, onderdeel 12.3.

⁶⁹ OECD 2017, par. 2.64.

gelden bij de TNMM hierdoor onverminderd. Een voordeel van het toepassen van verrekenprijsmethoden op netto niveau, is de mindere mate van vergelijkbaarheid waaraan transacties behoeven te voldoen.

Het probleem van het vinden van voldoende onafhankelijk vergelijkbare transacties is wellicht de grootste tekortkoming van de verrekenprijsmethoden. De CUP-methode, welke de voorkeur van de OESO verdient, wordt voor deze reden door de staatssecretaris als vrijwel onbruikbaar geacht.⁷⁰ De TNMM kan veelal gebruikt worden met informatie beschikbaar in het publieke domein. Dit maakt de TNMM gemakkelijker toepasbaar dan de andere verrekenprijsmethoden.

Het relatieve gemak waarmee comparables kunnen worden gevonden, is ook het eerste knelpunt van de methode. Er kan vrijwel geen functionele analyse worden verricht met de data en dit betekent dat de werkelijke vergelijkbaarheid niet bepaald kan worden. Dit probleem wordt vergroot doordat de TNMM relatief minder gevoelig is voor kleine afwijkingen van een verkocht product.⁷¹ Daarnaast leidt de gemakkelijke toepasbaarheid ertoe dat ondernemingen veelal de TNMM als verrekenprijsmethode zullen gebruiken. Een analyse naar de meest geschikte methode kan hierdoor onterecht achterwege gelaten worden. Indien immateriële activa onderdeel zijn van een transactie, is de TNMM bijvoorbeeld niet het meest geschikt. De tot stand gekomen verrekenprijs is hierdoor niet at arm's-length, omdat de vergelijkbaarheidsanalyse verkeerd is uitgevoerd.

2.3.4.2.2. Transactionele profit-splitmethode

Binnen een concern kunnen transacties op een dusdanige manier met elkaar verbonden zijn, dat transacties niet apart beoordeeld kunnen worden. Ditzelfde geldt voor onafhankelijke ondernemingen die door middel van een samenwerkingsverband gezamenlijk winst genereren.⁷² Gedacht kan worden aan de manier waarop resultaten afkomstig van een joint venture worden verdeeld. Ditzelfde concept vormt de basis van de transactionele profit-splitmethode. Het deel van de winst, afkomstig van een samenstel van gelieerde transacties wordt gesplitst tussen de betrokken gelieerde entiteiten.

De beoogde winstverdeling dat tussen gelieerde entiteiten wordt afgesproken, dient vergelijkbaar te zijn met de winstverdeling dat tussen onafhankelijke ondernemingen zouden zijn overeengekomen.⁷³ De functionele analyse (functies, risico's en activa) vormt het beginpunt voor de winstverdeling. Naarmate een entiteit meer waarde toevoegt aan het geheel, dient hiervoor een passende beloning toegewezen te worden. In tegenstelling tot de andere methoden, wordt de waarde van een transactie bij de profit-splitmethode tweezijdig bepaald.⁷⁴ Door de tweezijdige waardering worden meer feiten en omstandigheden meegenomen in de

⁷⁰ Besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865, par. 3.1.

⁷¹ Hughes & Nicholls 2010.

⁷² Van Egdom 2017, p. 88.

⁷³ Van Egdom 2017, p.88.

⁷⁴ OECD 2017, par. 2.115.

winstverdeling. Dit heeft als voordeel dat unieke en waardevolle contributies, zoals immateriële activa, nauwkeuriger gewaardeerd kunnen worden.

Veelal kan de winst onderverdeeld worden in twee categorieën. De eerste categorie bevat een deel van de winst die met andere verrekenprijsmethoden beter kunnen worden gealloceerd. Dit kan zijn door de grotere beschikbaarheid van comparables. Het tweede onderdeel van de winst bevat elementen die moeilijk te waarderen zijn. Voor dit deel kan een residual-analysis worden uitgevoerd.⁷⁵ In wezen wordt de profit-splitmethode alleen op de niet-routinematige winst toegepast. De residual profit-splitmethode (RPS) biedt voornamelijk uitkomst als immateriële activa in de transactie gebruikt worden.

Een nadeel van de profit-splitmethode is dat het redelijk complex is. Hierdoor gaat de implementatie gepaard met hoge administratieve lasten.⁷⁶ Daarnaast is informatie, nodig voor de toepassing van de profit-splitmethode niet altijd beschikbaar.⁷⁷ Eveneens kunnen splitsingsfactoren moeilijk te bepalen zijn, waardoor de splitsing arbitrair wordt. In de praktijk wordt de profit-splitmethode derhalve vrijwel niet gebruikt.⁷⁸ Het is van belang de afwegingen voor het gebruik van de profit-splitmethode nauwkeurig te documenteren om geschillen met de belastingdienst te voorkomen.

2.3.5. *Intangibles*

2.3.5.1. *Intangibles*

Er bestaat consensus dat de huidige winstallocatiemethoden effectief werken bij routinematige transacties.⁷⁹ Een transactie wordt complexer indien rekening gehouden moet worden met immateriële activa, zoals intellectueel eigendom (IP). De toename in de hoeveelheid patentaanvragen en gebruik van patenten toont aan dat immateriële activa een belangrijk onderdeel vormt in de creatie van waarde.⁸⁰ In het kader van het BEPS-project is de allocatie van immateriële activa ter discussie gesteld. Met name royalty betalingen blijken een effectieve manier om grondslaguitholling en winstverschuiving te creëren.⁸¹

De Nederlandse fiscale wetgeving kent geen definitie van de term immaterieel actief. De definitie gehanteerd in het jaarrekeningenrecht omschrijft een immaterieel actief als:

*“Een immaterieel vast actief is een actief zonder fysieke gedaante. Het actief is identificeerbaar en separeerbaar en heeft toekomstig economische voordelen.”*⁸²

⁷⁵ OECD 2018a, par. 2.152.

⁷⁶ Kroppen, Dawid & Schmidtke 2012, p. 280.

⁷⁷ OECD 2018a, par. 2.123.

⁷⁸ PwC 2019, p. 17. Reactie op het consultatiedocument van 6 maart 2019.

⁷⁹ OECD 2019b, par. 28.

⁸⁰ OECD 2018, par. 137.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld de procedure tegen IKEA, European Commission Press Release IP-17-5343.

⁸² RJ 940.

De definitie van een ‘intangible’ wordt in hoofdstuk zes van de OESO-richtlijnen omschreven als: *“Something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities.”*⁸³

De definitie, zoals gebruikt in het Nederlandse jaarrekeningenrecht komt veelal overeen met de definitie gehanteerd door de OESO. Het duidelijk definiëren van immateriële activa is een van de knelpunten bij de waardering.⁸⁴ Dit probleem doet zich voor in zowel gelieerde- als ongelieerde verhoudingen, bij het gebruik van een immateriële actief bij een transactie en bij de overdracht ervan. Door definiëringsproblemen komt het voor dat immateriële activa die waarde toevoegen aan een transactie buiten de belastingheffing vallen. Andersom, kan immateriële activa dat weinig of geen waarde toevoegt wel in de heffing betrokken worden.

De behandeling van immateriële activa is aangescherpt na het verschijnen van het BEPS-actiepunten 8-10 rapport. De kern van het BEPS-project was om regelgeving te introduceren dat heffingsrechten creëert waar waardecreatie plaatsvindt.⁸⁵ Juridisch eigendom van immateriële activa geeft geen recht tot de vruchten van exploitatie. Een entiteit die een functie uitoefent dat bijdraagt aan de ontwikkeling, bescherming, onderhoud, verbetering en exploitatie (DEMPE-functies) van het immaterieel actief, de risico’s draagt en financieel deze risico’s kan dragen, dient een winstdelende vergoeding te krijgen.⁸⁶ Financieringsentiteiten die geen functies vervullen, maar wel risico’s lopen op de financiering dienen een risico-gecorrigeerde vergoeding te ontvangen. Indien alle financieringsrisico’s ontbreken wordt alleen een risicovrije vergoeding geaccepteerd. Dit is vrijwel nihil in het huidige tijdperk.

Voor het toepassen van verrekenprijsmethodes bij immateriële activa dient zorgvuldig een keuze gemaakt te worden. Methodes die een eenzijdige vergelijkbaarheidsanalyse gebruiken, zoals de resale-pricemethode en de TNMM, zijn vaak ongeschikt.⁸⁷ Een methode gebaseerd op de kosten gemaakt bij het voortbrengen van het immateriële actief wordt eveneens afgeraden.⁸⁸ Reden hiervoor is de afwezigheid van een correlatie tussen de waarde en de gemaakte kosten. De CUP-methode is een mogelijkheid indien vergelijkbare ongelieerde transacties gevonden kunnen worden.⁸⁹ Zowel de OESO als de staatssecretaris geven aan dat deze transacties echter vaak niet te vinden zijn.⁹⁰ Bij het bepalen van de arm’s-length karakteristieken van immateriële activa is de profit-splitmethode het meest geschikt. Alhoewel deze methode niet afhankelijk is van de aanwezigheid van vergelijkbare ongelieerde transacties, heeft ook deze methode beperkingen. Hiertoe wordt

⁸³ OECD 2017, par. 6.6.

⁸⁴ OECD 2017, par. 6.5.

⁸⁵ OECD 2015, p. 3.

⁸⁶ OECD 2015a, p. 64.

⁸⁷ OECD 2017, par. 6.141.

⁸⁸ OECD 2017, par. 6.142.

⁸⁹ OECD 2017, par. 6.146.

⁹⁰ Besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865, par. 3.1, OECD 2017, par. 6.57.

de beschikbaarheid en betrouwbaarheid van data door de OESO genoemd.⁹¹ Derhalve kan geconcludeerd worden dat geen van de beschikbare verrekenprijsmethodes de allocatie van immateriële activa volledig faciliteert.

2.3.5.2. *Categorieën intangibles*

Bij de commerciële activiteiten van een onderneming worden veelal naast fysieke activa ook immateriële activa gebruikt. Gedacht kan worden aan de toestemming om een bepaald design te gebruiken. Het commercieel immateriële activa kan onderverdeeld worden in twee categorieën: Marketing intangibles en trade intangibles. In de behandeling van immateriële activa wordt door de OESO geen onderscheid gemaakt.⁹² Het belang in het onderscheid tussen de twee categorieën is de geografische locatie waar het immateriële activa tot uitdrukking komt. Zo kunnen marketing intangibles gekoppeld worden aan een lokale markt, terwijl trade intangibles wat algemener zijn en derhalve gekoppeld kunnen worden aan de jurisdictie waar de ontwikkeling plaatsgevonden heeft, of de staat waar de rechten ondergebracht zijn.

De categorie trade intangibles omvat alle immateriële activa afkomstig van R&D-activiteiten, waarbij een concern de kosten terugverdient door de verkoop, het afsluiten van dienstverleningscontracten en licenciëring van het immateriële activa.⁹³ Tot trade intangibles behoren patenten, intellectueel eigendom alsmede rechten voor het gebruik van het immateriële activa.

Marketing intangibles omvatten alle immateriële activa kenmerkend voor een bepaalde onderneming. Gedacht kan worden aan merk- en handelsnamen, klantenlijsten, distributiekkanalen en symbolen en plaatjes met promotionele waarde.⁹⁴ Intellectueel eigendom kan eveneens een marketing intangible zijn. Veel factoren spelen een rol in de ontwikkeling van marketing intangibles. Hierbij kan gedacht worden aan algemene economische omstandigheden of naamsbekendheid door jarenlange promotiecampagnes. Maatschappelijke perceptie van een product voegt eveneens waarde toe. Een voorbeeld hiervan is de Apple iPhone. Waarom zijn consumenten bereid meer te betalen voor een iPhone dan een vergelijkbaar product van een concurrent? Het onderscheiden van marketing- en trade intangibles is niet eenvoudig. Zeker als bedacht wordt dat immateriële activa onder beide categorieën geschaard kunnen worden.

Naast intangibles ontstaan door commerciële activiteiten, is het mogelijk te bedenken dat binnen een concern synergiën ook als intangible kan worden beschouwd. Immers kunnen enorme besparingen door de aanwezigheid van synergiën ontstaan. Synergiën kunnen echter niet specifiek aangewend worden door een

⁹¹ OECD 2017, par. 6.148.

⁹² OECD 2017, par. 6.15 en par. 6.16.

⁹³ Wills 1999, p. 12.

⁹⁴ Wills 1999, p. 12.

onderneming waardoor deze voordelen niet als activa, maar als aandeelhoudersvoordeel moeten worden gezien.⁹⁵

Niet elk immaterieel actief is ten tijde van een transactie nauwkeurig te waarderen. Dit kan voorkomen indien een intangible intern is ontwikkeld en er geen comparables bestaan of gevonden kunnen worden.⁹⁶ Het kan ook lastig zijn om een immaterieel actief te waarderen indien ten tijde van de transactie geen schatting gemaakt kan worden van de toekomstige inkomsten of de voorwaarden van de transactie in het geheel onzeker zijn. Een MNE dient in dit geval een waarde toe te rekenen aan het immaterieel actief dat pas in de toekomst tot uiting komt. Deze hard-to-value intangibles vormen op deze manier vehikels die uitermate geschikt zijn om grondslagutholling en winstverschuiving te faciliteren.

2.4. De digitaliserende economie

2.4.1. De digitaliserende economie

Technologische innovatie heeft de ontwikkeling van ICT en de toepasbaarheid ervan explosief doen toenemen.⁹⁷ Dit heeft geresulteerd in een reductie van de prijs en de adoptie van ICT in de bedrijfsprocessen van veel ondernemingen. In combinatie met een liberaliserende wereldwijde handelsklimaat en lage transportkosten, is het mogelijk onderdelen van de productieketen in verschillende landen onder te brengen.⁹⁸ Tegelijkertijd zijn ondernemingen in staat versnipperingen in de productieketen aan te brengen, waardoor geprofiteerd kan worden van lokale marktomstandigheden. Technologische ontwikkeling heeft eveneens voor een kostenreductie in dataverzameling en data-analyse gezorgd.⁹⁹ Hierdoor kunnen ondernemingen op hoge snelheid en met marginaal zeer lage kosten informatie implementeren. De verschuiving naar digitale producten en diensten is hiermee vergemakkelijkt. Met een explosieve groei in het aantal mensen dat toegang heeft tot het internet en het gemak waarmee deze toegang wordt gefaciliteerd, verschuift de economie van fysiek naar digitaal.

De massale adoptie van digitaliserende bedrijfsprocessen betekent dat de digitale economie niet los gezien kan worden van de reële economie.¹⁰⁰ Met een maatschappelijke focus op het bestrijden van belastingontwijking, is het derhalve van belang om belastingheffing dusdanig te structureren dat dit onderdeel van de economie wordt meegetrokken. Problematisch wordt het als bedacht wordt dat huidige belastingssystemen niet of nagenoeg niet aansluiten op de karakteristieken van de digitale markten en digitale

⁹⁵ OECD 2017, par. 6.30.

⁹⁶ OECD 2017, par. 6.189.

⁹⁷ OECD 2015, par. 64.

⁹⁸ OECD 2015, par. 113.

⁹⁹ OECD 2018, par. 30.

¹⁰⁰ OECD 2019b, par. 1.

bedrijfsmodellen.¹⁰¹ Hiertoe is het allereerst nodig om digitale markten en bedrijfsmodellen te begrijpen alvorens tot oplossingen te komen.

2.4.2. *Karakteristieken digitale markten*

In de kern verschillen digitale markten niet van reguliere markten, in zoverre dat een markt gevormd wordt door vraag en aanbod. Er worden eveneens geen karakteristieken geïdentificeerd die exclusief aan digitale markten zijn toe te wijzen.¹⁰² Het verschil is gelegen in de nadruk dat specifieke karakteristieken krijgen bij een digitale aanwezigheid. Vijf karakteristieken worden onderscheiden: Directe netwerkeffecten, indirecte netwerkeffecten, schaalvoordelen, ‘lock-in’ effecten en complementariteit.

Een van de karakteristieken dat in de digitaliserende economie het meest geaccentueerd wordt zijn directe netwerkeffecten. Het, door een gebruiker, consumeren van een bepaald product of een bepaalde dienst wordt plezieriger geacht, naarmate meer gebruikers hetzelfde product of dezelfde dienst consumeren.¹⁰³ Een voorbeeld hiervan is de online gamingindustrie. De waarde van een product of dienst stijgt naarmate de gebruikersaantallen stijgen.

Het bereiken van schaalvoordelen is eveneens een karakteristiek dat in digitale markten sterk aanwezig is. Hierbij is niet het feit dat schaalvoordelen behaald kunnen worden relevant, maar het gemak waarmee dit bereikt kan worden. Het ontwikkelen van een digitaal product of dienst is kostenintensief. Zodra de ontwikkeling heeft plaatsgevonden zijn de marginale kosten laag, waardoor onderhoud, verkoop of licentiering vergemakkelijkt wordt. Door de enorme distributiemogelijkheden kan een onderneming snel een markt veroveren.

In aanvulling op het vergroten van schaalvoordelen is complementariteit kenmerkend voor digitale producten en diensten. Het consumeren van een bepaald product wordt gestimuleerd door het consumeren van een ander product. Een smartphone is aantrekkelijker in combinatie met een bepaald platform en visa versa. Deze wisselwerking benadrukt de nauwe relatie tussen de reële en de digitale economie.

In het verlengde van de economische leer van complementariteit is het probleem van ‘switching costs’ en het ‘lock-in’ effect. Het is voor gebruikers niet altijd eenvoudig over te stappen op een ander product of platform. Een voorbeeld is het besturingssysteem Android. Alleen specifieke telefoons ondersteunen dit platform. Indien het gewenst is over te stappen naar een telefoon met besturingssysteem iOS, kan een gebruiker moeite ondervinden met het overzetten van alle data, of bepaalde gekochte applicaties in het geheel niet

¹⁰¹ OECD 2019, p. 4.

¹⁰² OECD 2018, par. 42.

¹⁰³ OECD 2018, par. 42.

meenemen. Een gebruiker kan niet volledig of alleen door het maken van additionele kosten volledig overstappen.

Tot slot zijn ook de indirecte netwerkeffecten in een digitale markt sterk aanwezig. In tegenstelling tot directe netwerkeffecten, zijn het niet individuele gebruikers, maar groepen gebruikers die middels een platform met elkaar interacteren. Een toename van de interactie van de ene groep heeft een positief effect op de andere groep. Digitale ondernemingen treden hier met name op als intermediair.¹⁰⁴ Indirecte netwerkeffecten verschijnen in meerzijdige markten ('multi-sided markets'). In deze markten verkopen ondernemingen verschillende producten en diensten aan verschillende groepen consumenten.¹⁰⁵ Dit in tegenstelling tot eenzijdige markten, waarbij verkopers louter gericht zijn op één specifieke groep consumenten.

Naast indirecte netwerkeffecten kan bij meerzijdige markten sprake zijn van niet-neutrale prijsstelling. Intermediairs zorgen voor een verschil in prijs dat beide groepen gebruikers betalen. Doordat een toename van het aanbod van de ene groep gebruikers automatisch tot een toename van de andere groep gebruikers leidt, kan de ene groep een prijs in rekening gebracht worden die hoger is dan de marginale kosten, terwijl de andere groep een prijs betaald die lager is.¹⁰⁶ Door een lagere prijs wordt aan deze kant van de markt het aanbod vergroot, wat weer tot toename van de markt aan de andere kant leidt. Onder de juiste omstandigheden is het mogelijk dat prijzen zelfs naar nihil bewegen. Het gebruik van het platform vereist in dat geval geen monetaire vergoeding van de ene groep gebruikers. Als tegenprestatie wordt vaak data verzameld en geanalyseerd, waarmee de andere kant van de markt kan worden bediend. Sociaal-mediaplatforms als Facebook hebben aangetoond dat hiermee veel waarde kan worden gecreëerd.

2.4.3. *Karakteristieken sterk-gedigitaliseerde bedrijfsmodellen*

Naast het herkennen van digitale markten is het van belang inzichtelijk te maken wat digitale bedrijfsmodellen onderscheiden van bedrijfsmodellen gebruikt in de reële economie. Hiertoe bestaat er een consensus dat drie karakteristieken kenmerkend zijn voor digitaal opererende ondernemingen: 'scale without mass', een hoge mate van afhankelijkheid van immateriële activa, en het gebruiken van data en gebruikersparticipatie bij het vormen van synergiën met het aanwezige intellectueel eigendom.¹⁰⁷ Zoals bij de karakteristieken van digitale markten, gaat het bij digitaliserende bedrijfsmodellen niet om nieuwe bedrijfsmodellen, maar om de evolutie van bestaande bedrijfsmodellen.¹⁰⁸

Digitalisering heeft gezorgd voor een toename in de globalisering van bedrijfsprocessen. Eveneens heeft dit tot een explosieve toename van het bereik van consumenten gezorgd. Door het gemak waarmee

¹⁰⁴ OECD 2018, par. 49.

¹⁰⁵ OECD 2018, par. 48.

¹⁰⁶ OECD 2018, par. 53.

¹⁰⁷ OECD 2018, par. 32.

¹⁰⁸ Bonnet & Westerman 2015.

consumenten bereikt kunnen worden, zijn ondernemingen in staat om een operationele aanwezigheid te creëren zonder werkelijk fysiek in een jurisdictie aanwezig te zijn. Deze louter virtuele aanwezigheid wordt aangeduid als ‘scale without mass’.¹⁰⁹ Het knelpunt dat bij dit bedrijfsmodel voor de belastingheffing ontstaat, is het ontbreken van een nexus bij grensoverschrijdende aanwezigheid.¹¹⁰

Sterk-gedigitaliseerde concerns, zijn in hoge mate afhankelijk van immateriële activa.¹¹¹ Dataverwerking en goedkopere dataopslag heeft het mogelijk gemaakt om informatie op grote schaal te vergaren.¹¹² De toename van meerzijdige markten heeft het belang van dataverzameling vergroot. Het gebruik van menselijk kapitaal is een tweede reden waarom ondernemingen afhankelijker worden van immateriële activa. De verandering naar een digitaliserende wereld heeft de kracht van arbeid getoond. Waar vroeger arbeid beschouwd werd als een overvloed van brute kracht dat uitgebuit kon worden, is arbeid nu een bron van kennis en innovatie.¹¹³ Dit heeft tot gevolg dat werknemers nieuwe vaardigheden nodig hebben om productief te blijven.¹¹⁴

De afhankelijkheid van immateriële activa gaat dus verder dan alleen de producten en diensten die een onderneming levert. Belastingtechnisch is het van belang om regelgeving te introduceren of en hoe dataopslag en dataverwerking in de heffing betrokken dienen te worden. Derhalve speelt hier ook het nexus vraagstuk. De omslag naar hoogopgeleide werknemers brengt eveneens een waarderingsvraagstuk teweeg. Arbeid komt immers niet voor op de balans van een onderneming. De behandeling van arbeid valt echter buiten de reikwijdte van deze scriptie.

In het verlengde van de afhankelijkheid van immateriële activa is gebruikersparticipatie en het gebruik van data een centraal element in digitale bedrijfsmodellen. Gebruikersparticipatie is waardevol, omdat dit data oplevert dat op een later moment voor reclaimedoeleinden ingezet kan worden.¹¹⁵ Netwerkeffecten vergroten de datastroom en derhalve het belang van gebruikersparticipatie in een bedrijfsmodel. Ook in het geval van gebruikersparticipatie, vormt scale without mass een knelpunt voor de belastingheffing.

2.5. Deelconclusie

Waardecreatie is post-BEPS een belangrijk onderdeel geworden van het ontgaan van grondslaguitholling en winstverschuiving. BEPS is mogelijk door verschillen in nationale belastingssystemen. Verschillen kunnen ontstaan door afspraken gemaakt in bilaterale belastingverdragen of verschillen in (de hoogte van) belastinggrondslagen of geldende tarieven. Het creëren van een nexus is nodig om een jurisdictie wettelijk in

¹⁰⁹ OECD 2018, par. 33.

¹¹⁰ OECD 2019a, par. 23.

¹¹¹ OECD 2018, par. 138.

¹¹² OECD 2018, par. 379.

¹¹³ Boulton, Libert & Samek 2000, p. 30.

¹¹⁴ OECD 2016, p. 270.

¹¹⁵ EC, Press release 21-03-2019, MEMO/18/2141.

staat te stellen om belasting te heffen. De verdeling van internationale heffingsrechten is geregeld in het OESO-MV. Een bronstaat kan heffingsrechten toe-eigenen als een concern fysiek in een staat is gevestigd. De woonstaat dient veelal conform het belastingverdrag vrijstelling of verrekening van belasting te geven.

Na het bepalen van de nexus, dient de winst gealloceerd te worden. De hoogte van de te alloceren winst geschiedt conform het arm's-lengthbeginsel. Om onzakelijke prijsstelling te voorkomen, worden interne transacties vergeleken met transacties die tussen onafhankelijke derden zouden hebben plaatsgevonden. Winstallocatie geschiedt vervolgens met het gebruik van verrekenprijsmethoden. De OESO accepteert het gebruik van de CUP-methode, resale-pricemethode, cost-plusmethode, TNMM en profit-splitmethode. Het gebruik van een combinatie van methoden is ook mogelijk als dit de nauwkeurigheid van allocatie ten goede komt.

De digitalisering van de economie biedt veel mogelijkheden voor ondernemingen en dit heeft geresulteerd in de ontwikkeling van nieuwe markten respectievelijk bedrijfsmodellen. In digitale markten, zijn andere kenmerken geaccentueerd dan in reguliere markten. Dit zijn (in)directe netwerkeffecten, het bereiken van schaalvoordelen, complementariteit en het economische probleem van het 'lock-in' effect. Digitaliserende bedrijfsmodellen zijn kenmerkend door scale without mass, een sterke afhankelijkheid van immateriële activa en het gebruik van data en gebruikersparticipatie. Hierbij is het gebruik van immateriële activa in het waardecreatieproces in toenemende mate van belang.

Er is momenteel een mismatch tussen digitaliserende bedrijfsmodellen en belastingssystemen. Dit komt door scale without mass. Hierdoor worden MNE's in staat gesteld kunstmatig de belastinggrondslagen in jurisdicties te manipuleren om zo belastingheffing te verminderen dan wel in het geheel te ontgaan. Met de huidige BEPS-discussie en de toenemende mate van digitalisering in de economie is het nodig de huidige allocatiewetgeving te herzien.

3. Ontwikkelingen OESO

3.1. Inleiding

Digitalisering brengt nieuwe problemen teweeg voor de allocatie van winst en de verdeling van heffingsrechten. Het louter virtueel aanwezig zijn in een jurisdictie is hierbij het grootste knelpunt. Om dit deel van de digitaliserende economie te belasten, dient het huidige systeem van de verdeling van heffingsrechten en winstallocatie te worden herzien. Voorloper in de ontwikkeling van een mogelijke oplossing is de OESO. Middels publicaties en uitnodigingen tot consultatie tracht dit orgaan een raamwerk te ontwikkelen dat als blauwdruk voor implementatie in nationale belastingsystemen kan dienen. In gedachte dient te worden gehouden dat de definitieve publicaties van de huidige voorstellen pas begin 2020 worden verwacht. Enige verandering kan derhalve nog plaatsvinden.

In tegenstelling tot overheden en nauwe samenwerkingsverbanden als de EU, is de OESO zelf een samenwerkingsverband zonder directe bevoegdheden. De ontwikkelingen zijn een combinatie van overeenstemmingen tussen de leden van de G20/OECD Inclusive Framework en de bereidheid van deze leden om de wetgeving in de eigen nationale wet te implementeren.

Dit hoofdstuk zal onderzoeken welke concepten worden voorgesteld om de verdeling van heffingsrechten en winstallocatie te faciliteren in een toenemend digitaliserende economie. Hiertoe worden ook aan de hand van de consultatiereacties van maart 2019 en november 2019, eventuele knelpunten geïdentificeerd. De voorstellen vormen de eerste pilaar van het BEPS 2.0-project. Hiertoe wordt voortgebouwd op de concepten geïntroduceerd in het eerste BEPS-actiepunt. Centraal thema hierbij is gebruikersparticipatie. Vervolgens zal ingegaan worden op de winstallocatie en specifiek de creatie van een nieuwe nexus. Dit hoofdstuk zal eveneens kort ingaan op het politieke aspect. Elk lid van de G20/OECD Inclusive Framework heeft een eigen belang. Alle ontwikkelingen zijn uiteindelijk een consensus van de verschillende belangen. Het politieke klimaat wordt hierdoor relevant.

3.2. Belastingheffing in de digitaliserende economie

3.2.1. Gebruikersparticipatievoorstel

3.2.1.1. Gebruikersparticipatie

Digitalisering heeft voor ondernemingen nieuwe mogelijkheden gecreëerd. Door de afwezigheid van grenzen is het mogelijk om op wereldwijde schaal te handelen. Ieder jaar stijgt het aantal mensen dat toegang heeft tot het internet. Verwacht wordt dat in het jaar 2020 de helft van de wereldbevolking toegang zal hebben tot het internet en hiermee de digitale economie.¹¹⁶ Hierbij is de trend dat gebruikers tevens op een steeds jongere

¹¹⁶ Ketterij 2015.

leeftijd gebruik beginnen te maken van het internet.¹¹⁷ De potentiële afzetmarkt groeit derhalve voor ondernemingen tot meer dan 3,5 miljard consumenten.

De afwezigheid van landsgrenzen heeft tot gevolg dat ondernemingen de gehele online-bevolking vanuit een geografische locatie kunnen bedienen. Met name sterk-gedigitaliseerde ondernemingen zijn in staat om louter online, producten en diensten te leveren. Gezien dezelfde inhoud wereldwijd getoond kan worden, is het vaak niet nodig om lokaal personeel te hebben voor de dagelijkse activiteiten. Derhalve kan een onderneming aanwezig zijn in een markt, zonder een pand of zelfs zonder personeel (scale without mass).

Scale without mass heeft voor de heffing van belasting meerdere nadelen. Allereerst sluit het principe niet aan op het internationaal belastingrecht. Traditionele ondernemingen worden doorgaans belast op grond van het bronlandbeginsel en het woonplaatsbeginsel. Sterk-gedigitaliseerde ondernemingen, zonder fysieke aanwezigheid, vallen niet onder deze reikwijdte. Er ontstaat een verschil in behandeling tussen gedigitaliseerde- en niet-gedigitaliseerde ondernemingen. Scale without mass komt tevens alleen voor bij multinationalaal opererende concerns. Er ontstaat hierdoor ook een verschil in behandeling tussen multinationalaal- en nationaal handelende ondernemingen. Het verschil in behandeling staat haaks op de doelstelling om een gelijk speelveld te creëren voor alle actoren in de economie.¹¹⁸

Naast de ongelijkheid in behandeling van ondernemingen, creëert scale without mass inkomstenderving voor de jurisdicties waar een onderneming fysiek niet aanwezig is. Met de toename in digitalisering, neemt het aandeel van de economie dat onder het bereik van de huidige nexus valt, af. Het aandeel van gemiste belastinginkomsten stijgt hierdoor. De schikking van bijna EUR 1mrd dat door Google aan de Franse overheid is betaald¹¹⁹, toont aan dat belastingderving dat aan digitalisering te wijten is, substantieel kan zijn. Naast de monetaire baten, kunnen ondernemingen een markt betreden, zonder dat een staat haar heffingsbevoegdheid kan uitoefenen. De digitale infrastructuur, doorgaans bekostigd door de marktjurisdictie, maakt het voor een onderneming mogelijk om handel te drijven. De staat verkrijgt hier echter geen tegenprestatie voor. De digitale infrastructuur faciliteert waardecreatie¹²⁰ en hiertegenover dient derhalve een vergoeding te staan.

Om tot een oplossing te komen voor de fysieke afwezigheid van sterk-gedigitaliseerde ondernemingen en om het voor marktjurisdicties mogelijk te maken om belasting te heffen, wordt de mogelijkheid onderzocht om een aanknopingspunt te vinden om een deel van de winst op basis van gebruikersparticipatie te verdelen. Het concept ziet op waardecreatie afkomstig van een actief en betrokken gebruikersbasis.¹²¹ Het verschil met de reële economie ontstaat, doordat gebruikersparticipatie alleen in een digitaliserende economie als een actieve

¹¹⁷ Livingstone e.a. 2010, onderdeel 1.8.

¹¹⁸ OECD 2015, par. 244.

¹¹⁹ Carraud & Rosemain, Reuters 12 september 2019.

¹²⁰ Weinrich, Muntermann & Gregory 2016, p. 285.

¹²¹ OECD 2019b, par. 18.

waarde toevoeging wordt beschouwd.¹²² Met waardecreatie afkomstig van factoren als directe- en indirecte netwerkeffecten, is het steeds eenvoudiger om zonder fysieke aanwezigheid in een markt te opereren.

Het concept van het belasten van waarde toevoeging door middel van gebruikersparticipatie is niet een concept initieel afkomstig van de OESO. Bij het opzetten van een digitale dienstenbelasting in het Verenigd Koninkrijk, werd door Her Majesty's Treasury (HMT) het concept voor het eerst aangevoerd. Dit concept is later door de EC overgenomen en resulteerde in het conceptvoorstel voor een Uniewijde digitale dienstenbelasting (zie onderdeel 4.3). Het doel van een digitale dienstenbelasting is volgens het HMT om te zorgen dat ondernemingen die digitaal in het VK aanwezig zijn, belasting betalen over de waarde die in het VK wordt gecreëerd.¹²³ Waarde afkomstig van gebruikers kan door middel van het uploaden van content, het faciliteren van mogelijkheden voor interactie tussen gebruikers onderling en door middel van netwerkeffecten worden gegenereerd.

Gebruikersparticipatie komt bij veel ondernemingen voor. Niet elk bedrijfsmodel creëert echter waarde uit gebruikersparticipatie. Alleen ondernemingen waarbij gebruikersparticipatie een centraal kritisch succesfactor vormt, dienen in de heffing betrokken te worden.¹²⁴ Gebruikers dienen bij te dragen aan het totale aanbod van een onderneming en het netwerk dat door de gebruikersparticipatie is ontstaan, dient essentieel te zijn voor de bepaling of de onderneming succesvol is.¹²⁵ Met name platformdiensten, zoals sociaalmedia platforms, online-zoekmachines en online-handelsplatforms hebben een voordeel bij een hoge mate van gebruikersparticipatie.

3.2.1.2. *Gebruikersparticipatievoorstel*

In navolging van BEPS-actiepunt 1 is de OESO met een drietal voorstellen gekomen om sterk-gedigitaliseerde ondernemingen te belasten. Het eerste voorstel is gebaseerd op gebruikersparticipatie. Alhoewel de reikwijdte en achterliggende gedachtes overeenkomen met het voorstel geïntroduceerd door HMT, is de uitwerking van het voorstel verschillend. Her Majesty's Treasury stelt een specifieke nauwkeurige belasting op sterk-gedigitaliseerde diensten voor, waarbij de grondslag, de aan gebruikersparticipatie gerelateerde omzet is.¹²⁶

Het voorstel van de OESO tracht daarentegen een koppeling te maken tussen gebruikersparticipatie en de geografische locatie waar de gebruikersparticipatie plaatsvindt. De toewijzing van heffingsrechten geschiedt momenteel op basis van fysieke aanwezigheid. Om gebruikersparticipatie als heffingsrecht te introduceren, is

¹²² Grinberg 2019, p. 52.

¹²³ HM Treasury 2018, par. 2.1.

¹²⁴ HM Treasury 2018, par 2.9 en 2.10.

¹²⁵ HM Treasury 2018, par 2.15 en 2.16.

¹²⁶ HM Treasury 2018, par. 1.17.

aanpassing van de huidige wet- en regelgeving nodig.¹²⁷ Een jurisdictie zou op grond van dit nieuwe heffingsrecht, winst kunnen toe-eigenen, zonder enige fysieke aanwezigheid in de staat.

Het voorstel dient ter uitbreiding van bestaande wet- en regelgeving. In beginsel dient allocatie volgens de huidige methoden te geschieden. Een sterk-gedigitaliseerde onderneming krijgt geen additionele heffing over digitale inkomsten. De marktjurisdictie krijgt daarentegen een deel van de niet-routinematige winst toegewezen.¹²⁸ Het deel van de niet-routinematige winst dat als vergoeding voor gebruikersparticipatie fungeert, kan vervolgens op basis van statistische methoden, relevante informatie of een overeengekomen percentage worden toegewezen. Vanuit praktisch oogpunt is echter wel de vraag of dit objectief kan worden vastgesteld.¹²⁹

Een groot voordeel van de voorgestelde uitwerking is de geringe benodigde aanpassing van wet- en regelgeving. Feitelijk behoeft alleen de huidige nexus te worden hervormd, zodat jurisdicties heffingsrechten kunnen uitoefenen over inkomsten gegenereerd door concerns zonder fysieke aanwezigheid. Dit voorkomt onnodige complexiteit en veel additionele administratieve lasten. Daarbij is de beoogde reikwijdte sterk beperkt. Alleen sterk-gedigitaliseerde ondernemingen krijgen met de nieuwe wetgeving te maken. Dit is maar een klein deel van de totale digitaliserende economie.

Het gebruikersparticipatievoorstel komt tegemoet aan de noodzaak om internationaal opererende concerns in de heffing te betrekken. Dit is echter niet geheel zonder kritiek. Het eerste knelpunt betreft de zeer beperkte reikwijdte. Het conceptvoorstel beoogt alleen sterk-gedigitaliseerde ondernemingen – online platforms – te treffen. Het is echter onduidelijk hoe het verschil te onderscheiden is ten opzichte van gebruikers in de reële economie.¹³⁰ Digitalisering vindt namelijk niet louter plaats bij online-platforms. Binnen Europa groeit digitalisering in de meest omvangrijke industrieën naar verwachting met 41 procent tot 74 procent in 2021.¹³¹ Een supermarkt kan bijvoorbeeld de gebruikersaankopen en voorkeuren van een consument volgen door het gebruik van klantenkaarten. De manier waarop waarde wordt gecreëerd is vergelijkbaar met dat van een online-platform, maar valt buiten de reikwijdte van het voorstel.¹³² Het gebruikersparticipatievoorstel creëert hierdoor een scheiding tussen de reële economie en de digitaliserende economie. Dit werkt economisch verstorend.

Een tweede knelpunt betreft de overeenstemming betreffende de mate waarin gebruikers daadwerkelijk waarde toevoegen aan een product. Andersson suggereert dat de gebruiker zowel de producent als de consument van informatie is.¹³³ Gebruikers kunnen hierdoor als producent van informatie in de heffing

¹²⁷ OECD 2019b, par. 21.

¹²⁸ OECD 2019b, par. 25.

¹²⁹ Booking.com 2019, p. 4. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹³⁰ Blablacar 2019, p. 4. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹³¹ PwC Global 4.0 Survey 2016, p. 23.

¹³² Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2019, p. 2. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹³³ Andersson 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 4.

betrokken worden. Afgevraagd kan worden in hoeverre summere informatie afkomstig van gebruikers moet worden gewaardeerd. Het zijn de algoritmes van Google die vage informatie transformeren in waardevolle zoekresultaten. Heffing dient in dit opzicht toe te komen aan de staat waar het algoritme is vervaardigd, niet aan de jurisdictie waar de zoekresultaten geconsumeerd worden.

In het verlengde hiervan is het essentieel dat een consensus bestaat over de behandeling van data. Het waarderen van persoonlijke data – waaronder gebruikersdata – is complex, omdat het zeer context specifiek is.¹³⁴ Boekhoudkundig wordt data momenteel niet als een immaterieel activum beschouwd.¹³⁵ Persoonlijke data dient echter juist als een immaterieel activum te worden geclassificeerd.¹³⁶ Om de waarde van data afkomstig van gebruikersparticipatie te bepalen, is van belang hoe data – als intangible – door de onderneming wordt gebruikt. Het louter in eigendom hebben van data impliceert geen winst en leidt niet tot rendement.¹³⁷ Hieruit volgt dat het voornamelijk de verwerking van data is, welke waarde toevoegt. Het is hierdoor een natuurlijker gevolg om meer waarde te alloceren aan de entiteit binnen de groep die de data analyseert, om hiermee de producten en diensten te verbeteren.¹³⁸ Huidige transfer pricingwetgeving voorziet hier middels de DEMPE-functies in.

Tot slot is het voornaamste knelpunt, dat het gebruikersparticipatievoorstel niet op een betrouwbare manier uitvoerbaar is.¹³⁹ Het in de heffing betrekken van gebruikersparticipatie is alleen mogelijk als individuele gebruikers kunnen worden geïdentificeerd. Gebruikers kunnen echter middels netwerkbrowsers als Tor of Wired geheel anoniem blijven.¹⁴⁰ Daarnaast is door het gebruik van een virtual private network (VPN) de geografische locatie van een gebruiker niet te bepalen. Winstallocatie op basis van gebruikersparticipatie is hierdoor praktisch niet mogelijk.

3.2.2. *Marketing-intangibles-voorstel*

Een knelpunt in de huidige wet- en regelgeving is de behandeling van immateriële activa. Zowel het alloceren als het waarderen is niet op een eenduidige manier te benaderen. Door de complexiteit wordt bij de vergelijkbaarheidsanalyse, immateriële activa als een restwinst beschouwd. De tested party vervult immers een routinematige functie. Deze benadering zorgt voor een gelijke behandeling van trade intangibles en marketing intangibles. Afgevraagd kan echter worden of fiscaal gelijke behandeling correct is. Een merknaam zal in land A een andere waarde vertegenwoordigen dan in land B. Dit kan door naamsbekendheid of consumentenvoorkeur komen. Het verschil in waarde is derhalve te traceren naar de specifieke marktjurisdictie.

¹³⁴ OECD 2013a, p. 6.

¹³⁵ Collins & Lanz, 2019, p. 27.

¹³⁶ OECD 2013a, p. 10.

¹³⁷ Valente 2019, European Taxation, onderdeel 4.

¹³⁸ Keidaren 2019, p. 2. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹³⁹ Greil & Wargowske 2019, Bulletin for International Taxation, onderdeel 3.2.2.

¹⁴⁰ Greil & Wargowske 2019, Bulletin for International Taxation, onderdeel 1.

De categorieën marketing intangibles en trade intangibles hebben een ander effect op de marktjurisdictie. De twee groepen zijn derhalve verschillend. Er is een intrinsieke functionele link tussen de marktjurisdictie en marketing intangibles.¹⁴¹ De vergoeding voor patentenrechten dienen toe te komen aan de jurisdictie waar de patenten zijn ontwikkeld. Aannemelijk kan ook gemaakt worden dat de marktjurisdictie een vergoeding dient te krijgen voor de ontwikkeling van immateriële activa als merknamen en klantenbestanden.

De OESO omschrijft het probleem als volgt:

*“The marketing intangible proposal addresses a situation where an MNE group can essentially “reach into” a jurisdiction, either remotely or through a limited local presence (such as an LRD), to develop a user/customer base and other marketing intangibles. It sees an intrinsic functional link between marketing intangibles and the market jurisdiction.”*¹⁴²

Een koppeling met de marktjurisdictie wordt op twee manieren gevonden. Allereerst wordt een link gelegd tussen de ontwikkeling van een merk en bijbehorende handelsnamen. De tweede link lijkt feitelijk sterk op het gebruikersparticipatievoorstel. Marketing intangibles als klantenbestanden, klantrelaties en verdere data vergaard met activiteiten gericht op gebruikers, hebben een directe link met de marktjurisdictie.¹⁴³ Het marketing-intangibles-voorstel (MI-voorstel) heeft dus een bredere reikwijdte. Hierbij wordt niet het feit dat gebruikers participeren in de waardecreatie relevant geacht, maar wordt naar de feitelijke waardecreatie gekeken en op basis hiervan een deel gealloceerd naar de marktjurisdictie. Het subjectieve element van waarde toevoeging door een gebruikersbasis is niet relevant.

De bredere reikwijdte van het MI-voorstel heeft tot gevolg dat het niet alleen toegespitst is op sterk-gedigitaliseerde ondernemingen. Ondernemingen met traditionele bedrijfsmodellen die een soortgelijke structuur hebben als sterk-gedigitaliseerde concerns, vallen eveneens onder het bereik van het conceptvoorstel.¹⁴⁴ Er wordt in dit geval een gelijk speelveld gecreëerd tussen sterk-gedigitaliseerde- en reguliere ondernemingen. Dit is in lijn met de doelstellingen in het BEPS-actiepunt 1 rapport.¹⁴⁵ Daarnaast heeft digitalisering gezorgd, dat niet alleen sterk-gedigitaliseerde ondernemingen profiteren van geen- dan wel een beperkte fysieke aanwezigheid. Reguliere retailondernemingen staan in toenemende mate rechtstreeks digitaal in contact met potentiële klanten of middels diensten afkomstig van sterk-gedigitaliseerde ondernemingen, of beide.¹⁴⁶ Dit conceptvoorstel omvat hiermee ook deze ontwikkelingen.

Het MI-voorstel is eveneens in lijn met het tegengaan van kunstmatige grondslaguitholling en winstverschuiving. Door het opsplitsen van winst toerekenbaar aan trade intangibles en marketing intangibles is het voor een MNE veel lastiger om winst te verschuiven. Immers, trade intangibles kunnen relatief objectief

¹⁴¹ OECD 2019b, par. 31.

¹⁴² OECD 2019b, par. 30.

¹⁴³ OECD 2019b, par. 31.

¹⁴⁴ OECD 2019b, par. 42.

¹⁴⁵ OECD 2015, par. 244.

¹⁴⁶ OECD 2019b, par 38.

bepaald en toegerekend worden. Dit conceptvoorstel maakt hetzelfde mogelijk voor marketing intangibles. Verschuiving naar belastingparadijzen, als bedoeld in BEPS-actiepunt 5 wordt hiermee verhinderd.

Het MI-voorstel dient als toevoeging op de huidige wet- en regelgeving. Het voorstel negeert – specifiek voor de groep marketing intangibles – de manier waarop allocatie op grond van de huidige methoden zou moeten plaatsvinden.¹⁴⁷ Indien er geen fysieke aanwezigheid is in een jurisdictie, wordt deze bij fictie gecreëerd. Routinematige beloningen, inclusief routinematige beloningen toerekenbaar aan marketing intangibles worden wel door middel van de huidige winstallocatieprincipes gealloceerd.¹⁴⁸ Het conceptvoorstel suggereert verder geen geheel nieuw concept. Implementatie van het conceptvoorstel is in de praktijk hierdoor het minst complex om te implementeren.¹⁴⁹

Het MI-voorstel is echter niet geheel zonder kritiek ontvangen. Allereerst is het definiëren van een marketing intangible een knelpunt. Er is in de praktijk namelijk geen eenduidige definitie.¹⁵⁰ Het MI-voorstel omschrijft wat een marketing intangible is aan de hand van voorbeelden. Het voorstel beschrijft echter niet hoe precies een marketing intangible waarde creëert.¹⁵¹ De intrinsieke link die belastingheffing rechtvaardigt, wordt derhalve niet aangetoond. Belangrijker is dat de veronderstelling van een intrinsieke link inconsistent is met paragraaf 6.31 van de OESO-richtlijnen.¹⁵² Karakteristieken specifiek voor een bepaalde markt – zoals een gebruikersbasis – worden momenteel niet als een intangible beschouwd, omdat deze karakteristieken niet in eigendom gehouden kunnen worden of kunnen worden bestuurd. De complexiteit vergroot verder omdat de mate van de intrinsieke link tevens per sector verschilt. De prijsstelling en manier waarop ondernemingen in contact staan met consumenten is beperkt in sterk gereguleerde sectoren.¹⁵³ Het niveau van betrokkenheid in een markt wordt hierdoor overschat. Te veel waarde wordt onder het conceptvoorstel, in bovenstaande situaties, gealloceerd aan de marktjurisdictie.

Merkwaardig is verder de behandeling van een ‘limited risk distributor’ (LRD). Lokale aanwezigheid ontwikkeld (‘develops’) onder het MI-voorstel een marketing intangible.¹⁵⁴ Deze formulering is echter inconsistent met de behandeling van een ‘distributor’ in de OESO-richtlijnen¹⁵⁵ waar verbetering (‘enhancement’) van een marketing intangible als DEMPE-functie wordt gealloceerd.¹⁵⁶ Verder wordt in het MI-voorstel onderscheid gemaakt tussen type intangibles, waar a priori categorisering in de OESO-richtlijnen

¹⁴⁷ OECD 2019b, par. 44.

¹⁴⁸ OECD 2019b, par. 43.

¹⁴⁹ Booking.com 2019, p. 4. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹⁵⁰ BlaBlaCar 2019, p. 6. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹⁵¹ Business at OECD (BIAC) 2019, p. 5. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹⁵² Samari 2019, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 2.

¹⁵³ GSK 2019, p. 3. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹⁵⁴ OECD 2019b, par. 30.

¹⁵⁵ OECD 2017, par. 6.76 - 6.78.

¹⁵⁶ Samari 2019, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 2.

niet voorkomt.¹⁵⁷ Onduidelijk is of aanpassing van de DEMPE-functies hier is beoogd. Verdere toelichting is niet gegeven.

Onduidelijkheden in de formulering en benodigde aanpassing van wet- en regelgeving – zij het van tijdelijke aard – zorgen voor administratieve lastenverzwaring bij ondernemingen. Dit staat haaks op de doelstelling om wet- en regelgeving te vereenvoudigen. Het in meerdere jurisdicties administreren van het MI-voorstel leidt tevens tot dubbele belastingheffing, verhoging van de administratieve lasten voor ondernemingen en hierdoor tot geschillen.¹⁵⁸ Door veranderingen in de DEMPE-functies is het denkbaar dat allocatie overlapt. Om dit tegen te gaan zouden veel bilaterale belastingverdragen moeten worden aangepast. Een mogelijkheid bestaat om dit via het Multilateraal Instrument (MLI) te bereiken.

3.2.3. *Significante economische aanwezigheidsvoorstel*

Het kernprobleem van de digitaliserende economie is het ontbreken van een (voldoende) nexus, waardoor jurisdicties onvoldoende mogelijkheden hebben om belasting te heffen. Van bovenstaande is af te leiden dat niet alleen sterk-gedigitaliseerde ondernemingen hiervan kunnen profiteren. Reguliere ondernemingen zijn ook steeds vaker online aanwezig. Afgevraagd kan hierbij worden, wat onder ‘sterk-gedigitaliseerd’ moet worden verstaan.

Het belasten van de digitaliserende economie dient gericht te zijn op ondernemingen die (i) digitale technologie gebruiken, om (ii) regelmatig en op een duurzame manier te participeren in de economie van een jurisdictie, (iii) zonder dat hierbij een fysieke economische aanwezigheid wordt gecreëerd.¹⁵⁹ Op deze basis berust het significante economische aanwezigheidsvoorstel (SEA-voorstel). Er wordt een nexus gecreëerd, wanneer op basis van verschillende factoren aannemelijk gemaakt kan worden dat een onderneming aan bovenstaande criteria voldoet. Een significante economische aanwezigheid wordt gelijkgesteld met een fysieke aanwezigheid.¹⁶⁰ Er wordt in wezen dus een fictieve vaste inrichting gecreëerd.

Het constateren van significante economische aanwezigheid heeft een brede reikwijdte. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen sterk-gedigitaliseerde- en reguliere ondernemingen. De toepassing is hiermee ruimer dan onder het MI-voorstel. Om te voorkomen dat vrijwel identieke ondernemingen belast worden onder verschillende belastingsystemen is dit noodzakelijk.¹⁶¹

Het SEA-voorstel is een fundamenteel vertrek van bestaande wet- en regelgeving. Het conceptvoorstel is problematisch, omdat het verandering noodzakelijk acht, op gebieden waar internationale

¹⁵⁷ Samari 2019, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 2.

¹⁵⁸ CFE Tax Advisors Europe 2019, p. 3. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹⁵⁹ OECD 2015, par. 276.

¹⁶⁰ OECD 2015, par. 290.

¹⁶¹ Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2019, p. 3. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

belastingbeginselen goed werken.¹⁶² Het SEA-voorstel tracht middels een formulematige benadering een bronheffing in de marktjurisdictie te creëren. Samari stelt dat een bronheffing de totale winstgevendheid van de onderneming en de plaatsen waar de waardebepalende factoren ('value drivers') zich werkelijk bevinden negeert.¹⁶³ Dit is strijdig met de doelstelling om belasting te heffen waar waardecreatie plaatsvindt. Hierbij komt dat een onderneming die geacht wordt een significante economische aanwezigheid te hebben, maar tevens dochterondernemingen, dan wel vaste inrichtingen heeft in een marktjurisdictie te maken kan krijgen met dubbele belastingheffing.¹⁶⁴ Wederom een resultaat dat haaks staat op de eigen doelstellingen van de OESO.

3.2.3.1. *Factoren significante economische aanwezigheid*

3.2.3.1.1. Omzet-gerelateerde factoren

Om tot een significante economische aanwezigheid te komen kunnen drie kernfactoren worden onderscheiden: omzet-gerelateerde factoren, digitale factoren en gebruikersfactoren. De factoren zijn niet cumulatief. Een onderneming wordt dus bij aanwezigheid van een van de factoren geacht een significante economische aanwezigheid te hebben. De lijst met factoren is tevens niet limitatief. Relevante factoren die de kernfactoren versterken worden geaccepteerd.¹⁶⁵ Hierbij kan gedacht worden aan taaleisen of valutarestricties. Het doel is om een link te leggen tussen de onderneming en een economische aanwezigheid waarbij, door de OESO geïdentificeerde factoren als leidraad kunnen dienen.

Als eerste indicatiepunt voor een economische aanwezigheid is omzet afkomstig uit een jurisdictie.¹⁶⁶

Het moneteriseren van gebruikersparticipatie komt immers in de omzet tot uiting. Hoe waardevoller het opgebouwde netwerk of de data van gebruikers is, des te meer een onderneming voor haar dienst kan en zal vragen. Daarnaast is de kans groot dat beide kanten van een meerzijdige markt in dezelfde jurisdictie aanwezig zijn. Gedacht kan worden aan de locatie van kopers en verkopers op Marktplaats.

Omzet als factor biedt echter geen aanknopingspunt indien een onderneming zowel een fysieke vaste inrichting als een fictieve digitale vaste inrichting heeft. Belangrijker is het gegeven dat omzet welke het conceptvoorstel in de heffing tracht te betrekken nu juist niet in de marktjurisdictie tot uiting komt. Waardecreatie en hiermee omzet komt tot uiting op de locatie waar data-analyse plaatsvindt.¹⁶⁷

Omzet is derhalve niet genoeg om een economische aanwezigheid te veronderstellen.¹⁶⁸ Een mogelijke specificering is alleen het meetellen van de omzet afkomstig van digitale transacties, die middels het platform,

¹⁶² Keidaren 2019, p. 4. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹⁶³ Samari 2019, *International Transfer Pricing Journal*, onderdeel 2.2.

¹⁶⁴ Digital Economy Taxation Think Tank (DET3) 2019, p. 8. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹⁶⁵ OECD 2015, par. 282.

¹⁶⁶ OECD 2015, par. 278.

¹⁶⁷ De Jong, Neuvel & Uceda 2019, *International Transfer Pricing Journal*, onderdeel 5.4.

¹⁶⁸ OECD 2015, par. 278.

binnen een jurisdictie hebben plaatsgevonden. Om onnodige administratieve lasten op kleinere ondernemingen te vermijden, kan een bepaalde hoogte van de omzet dienen als drempelwaarde. Het niveau dient echter niet onnodig hoog te zijn. Dit kan ondernemingen stimuleren om omzet kunstmatig te fragmenteren, om zo een significante economische aanwezigheid te voorkomen. Dit gaat in tegen de doelstelling van het voorkomen van kunstmatige winstverschuiving.

3.2.3.1.2. Digitale factoren

Waar het succes van een fysieke onderneming aan factoren als winkellocatie, lokale marketing en promotiecampagnes, klantenservicemogelijkheden en betaalmogelijkheden ligt, geldt dit voor ondernemingen binnen de digitaliserende economie op grond van vergelijkbare factoren.¹⁶⁹ Net zoals een onderneming een vestiging in Nederland zou openen, zo zal een digitaal aanwezige onderneming een .nl domeinnaam aanschaffen. Het aanschaffen van een lokale domeinnaam is tevens nodig om lokaal aanwezige marketing intangibles te beschermen.

Daar komt bij dat platforms vaak worden aangepast om te voorzien in lokale voorkeuren. Hierbij kan gedacht worden aan reclame specifiek gericht op de lokale consument of het aanbieden van het platform in de lokale taal. Eventuele wet- en regelgeving verschilt ook per land. Dit zal eveneens in het lokale platform verwerkt zitten. Een lokaal platform behoeft echter niet landspecifiek te zijn. Veelal wordt een platform gericht op een groter geografisch gebied, zoals de Benelux. Daarnaast is het faciliteren van nationale betalingssystemen een relevante factor. Platforms kunnen hierdoor lokale verkopen vergroten.

3.2.3.1.3. Gebruiker gerelateerde factoren

Gebruikersparticipatie wordt ook in dit conceptvoorstel geïdentificeerd als een belangrijke manier waarop ondernemingen een markt op duurzame wijze kunnen betreden. Factoren die een actieve gebruikersbasis aantonen zijn het niveau maandelijkse gebruikers, online contractafsluiting en het volume data dat van gebruikers wordt verzameld.¹⁷⁰

De maandelijkse hoeveelheid actieve gebruikers omvat alle geregistreerde gebruikers, waarvan de gewone verblijfplaats zich binnen de jurisdictie bevindt en het platform binnen een periode van 30 dagen bezoeken. Het niveau maandelijkse gebruikers heeft als voordeel dat gemeten kan worden hoe groot de gebruikersbasis is en in welke mate deze gebruikersbasis betrokken is met het platform. Betrouwbare traceermethodes bestaan momenteel echter technisch niet, waardoor – ook in samenhang bezien – dit geen objectieve factor is.

¹⁶⁹ OECD 2015, par. 279.

¹⁷⁰ OECD 2015, par. 280.

De hoeveelheid online contractafsluitingen is een andere manier om de activiteit van gebruikers te meten. De OESO legt een link met de factor ‘dependent agent’ dat in artikel 5 OESO-MV voorkomt. Een nexus wordt gecreëerd wanneer een dependent agent een contract namens een onderneming afsluit. Een gelijkenis kan worden gevonden indien een platform vraagt om akkoord te gaan met de gebruikersvoorwaarden.¹⁷¹

Tot slot is de hoeveelheid verzamelende data een indicator voor een actieve betrokken gebruikersbasis. De nadruk wordt hierbij gelegd op het totale volume verzamelde data, ongeacht hoeveel hiervan daadwerkelijk wordt geanalyseerd. Het louter in eigendom hebben van data impliceert echter geen winst en leidt niet tot rendement.¹⁷² Een betrokken gebruikersbasis leidt pas na dataverwerking tot monetaire baten. In tegenstelling tot het gebruikersparticipatievoorstel, gaat het hier om een aantal factoren dat in samenstelling met de andere factoren moet worden gezien. Een grote hoeveelheid verzamelde gebruikersdata leidt hierdoor niet automatisch tot een significante economische aanwezigheid.

3.2.4. *Unified Approach*

Alle voorstellen van de OESO benaderen de digitaliserende economie met een andere invalshoek. Er zijn veel overeenkomsten tussen de drie conceptvoorstellen. Centraal is de allocatie van heffingsrechten naar marktjurisdicties, waar ondernemingen een actieve gebruikersbasis hebben. Hiertoe worden heffingsrechten gealloceerd zonder de fysieke aanwezigheid van een concern. Tevens wordt in elk conceptvoorstel geopteerd om allocatie middels een bepaalde formule tot stand te laten komen. Dit staat echter haaks op de allocatie op grond van het arm’s-lengthbeginsel.¹⁷³ Elk voorstel heeft als gemeenschappelijk doel om het belastingstelsel eenvoudiger en stabiel te maken.¹⁷⁴ Dit vergroot de rechtszekerheid.

Er zijn daarentegen ook duidelijke verschillen. Zo ligt de nadruk bij het gebruikersparticipatievoorstel op het louter belasten van sterk-gedigitaliseerde ondernemingen. Dit is opvallend, gezien de OESO aangeeft dat de digitaliserende economie niet los gezien kan worden van de reële economie. Daarnaast beogen de gebruikersparticipatievoorstel en MI-voorstel niet-routinematige winst te verdelen, terwijl het SEA-voorstel ten doel heeft om een nieuwe nexus te definiëren.¹⁷⁵

Geen van alle voorstellen kan op de ondersteuning van alle leden van de G20/OECD Inclusive Framework rekenen.¹⁷⁶ Daarom is in het consultatievoorstel voorgesteld om de drie methoden te combineren tot een unified approach. Het voorstel is als concept aan het wijder publiek vrijgegeven voor commentaar. Begin 2020 dient het definitieve voorstel gepresenteerd te worden.

¹⁷¹ OECD 2015, par 279, punt 2.

¹⁷² Valente 2019, European Taxation, onderdeel 4.

¹⁷³ OECD 2019c, par. 10, punt 3.

¹⁷⁴ OECD 2019c, par. 10, punt 4.

¹⁷⁵ Peters 2019, TFO 2019/163.2, par. 3.2.

¹⁷⁶ OECD 2019c, par. 14.

3.2.4.1. *Unified Approach*voorstel

Het kernprobleem binnen de digitaliserende economie is de mogelijkheid voor ondernemingen om een markt te betreden, zonder fysiek binnen een bepaald gebied aanwezig te zijn. De reële economie en de digitaliserende economie zijn in toenemende mate vervlochten. Een verschil in behandeling zou derhalve niet toekomstbestendig zijn. De reikwijdte dient alle ondernemingen te omvatten die digitale technologie gebruiken om op een regelmatig en duurzame manier (zonder fysieke aanwezigheid) in een economie participeren. Het unified approachvoorstel omvat hiertoe sterk-gedigitaliseerde ondernemingen, die op afstand met gebruikers interacteren.¹⁷⁷ De gebruikers behoeven geen klanten van de onderneming te zijn. Daarnaast beoogt het conceptvoorstel ondernemingen te betrekken, die een digitale gebruikersbasis ontwikkelen naast de primaire consumentenverkoop. Gedacht kan worden aan de Sony Playstation-community.

Naast de reikwijdte van het SEA-voorstel, wordt ook de implementatie gevolgd. Voorgesteld wordt om een nieuwe nexus te ontwikkelen. Alle ondernemingen die een significante economische aanwezigheid hebben binnen een bepaalde jurisdictie worden geacht belastingplichtig te worden. Er wordt echter geen koppeling gemaakt met het vaste inrichting begrip. Er komt derhalve een aparte nexusregel voor de desbetreffende concerns.

Allocatiewetgeving dient aangepast te worden, gezien het feit dat er momenteel geen aanknopingspunten zijn om belasting te heffen zonder fysieke aanwezigheid. Huidige wet- en regelgeving werkt momenteel redelijk goed voor routinematige transacties.¹⁷⁸ Een volledige herziening van de allocatiewetgeving is derhalve niet nodig. Wel dient nieuwe wet- en regelgeving dusdanig vormgegeven te worden dat een toereikende allocatie naar marktjurisdicties wordt bereikt, rekening houdend met het vereenvoudigen van het belastingsysteem, het voorkomen van dubbele belastingheffing en het creëren van meer rechtszekerheid dan momenteel het geval is.

Het voorstel voor een unified approach heeft als kern de introductie van een geheel nieuwe nexus. Het conceptvoorstel is gebaseerd op het SEA-voorstel en heeft derhalve dezelfde knelpunten. Verwezen wordt naar onderdeel 3.2.3. Bijkomend knelpunt is de bijzonderheid dat het voorstel in gaat tegen de doelstellingen opgenomen in het Ottawa Framework in 2003.¹⁷⁹ Politieke consensus lijkt hiermee te worden bemoeilijkt. Pistone et al verwijzen naar een aantal wetenschappelijke publicaties, waarin de oplossing gevonden kan worden in het perfectioneren van het vaste inrichting begrip.¹⁸⁰ De auteurs bekritiseren de complexiteit waarmee de OESO de problematiek van de digitaliserende economie aanpakken. Het conceptvoorstel scheidt hierdoor de reële economie van de digitaliserende economie. Concluderend lijken oplossingen binnen het

¹⁷⁷ OECD 2019c, par. 19.

¹⁷⁸ OECD 2019c, par. 28.

¹⁷⁹ Verwezen wordt naar OECD 2003, Implementation of the Ottawa Taxation Framework Conditions. OECD Publishing, Paris.

¹⁸⁰ Pistone e.a. 2019, Bulletin for International Taxation, onderdeel 1.2.

huidig belastingraamwerk te liggen. Een hervorming van het belastingstelsel is hierdoor in mijn optiek overbodig.

3.3. *Nexus*

Het in de heffing betrekken van sterk-gedigitaliseerde ondernemingen is niet mogelijk, omdat momenteel de heffingsrechten van staten ontoereikend zijn. In het SEA-voorstel is gesuggereerd om een aparte nexus te creëren voor marktjurisdicties. Met het verschijnen van het consultatiedocument in oktober 2019, wordt duidelijk dat de OESO een aanpak middels de nexus boven een aanpak middels allocatiewetgeving prefereert.¹⁸¹

Het conceptvoorstel introduceert een nieuwe nexusregel, die marktjurisdicties in staat stelt om belasting te heffen bij ondernemingen die niet fysiek in een jurisdictie aanwezig zijn, maar wel betrokken zijn in de lokale markt. De nexusregel beoogt eenvoudig maar wel verregaand te zijn. Hiertoe wordt het niveau van de omzet in de marktjurisdictie als primaire indicator voor significante betrokkenheid genoemd.¹⁸² Tot deze omzet behoort ook alle omzet afkomstig van diensten gericht op niet-betalende gebruikers, waarvan de locatie verschillend is van de locatie waar de omzet wordt verantwoord. De Nexus is niet alleen van toepassing op bedrijfsmodellen die direct op afstand een markt betreden, maar ook op lokale distributeurs. Zo wordt voorkomen dat een onderneming alsnog indirect een markt kan betreden door gebruik te maken van een LRD.

Essentieel in de voorkoming van dubbele belastingheffing is de aanpassing van nationale wet- en regelgeving en bilaterale/multilaterale belastingverdragen. Een concern kan fysiek aanwezig zijn in een jurisdictie door het hebben van een vaste inrichting, een LRD of een entiteit. Indien een concern in dezelfde jurisdictie scale without mass heeft, kan dubbele belastingheffing ontstaan.¹⁸³ De nieuwe nexusregel creëert immers een fictieve vaste richting. Om dubbele belasting te voorkomen dient een vrijstelling opgenomen te worden voor ondernemingen die al fysiek in een marktjurisdictie aanwezig zijn.¹⁸⁴ De nexus dient de grondslag voor fysiek aanwezige MNE's derhalve niet te verbreden. Grondslagverbreding dient het gevolg te zijn van het niet betalen van genoeg belasting.¹⁸⁵ In het verlengde hiervan dient een bepaalde drempel te voorkomen dat incidentele activiteiten een nexus veroorzaken.¹⁸⁶ Het constateren van een nexus kan voor een onderneming tevens hoge kosten betekenen. De nexus dient derhalve proportioneel te zijn.

Een alternatief voor de nexusregel is de verdeling van heffingsrechten op grond van het oorsprongsbeginsel. Het oorsprongsbeginsel rechtvaardigt belastingheffing over het inkomen dat de oorsprong

¹⁸¹ OECD 2019c, par. 22.

¹⁸² OECD 2019c, par. 22.

¹⁸³ Petrucci & Koukouliti 2018, European Taxation, onderdeel 4.3.

¹⁸⁴ Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2019, p. 3. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

¹⁸⁵ Santander 2019, p. 3. Reactie op het consultatiedocument van november 2019.

¹⁸⁶ PwC 2019, p. 6. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

vindt binnen een jurisdictie.¹⁸⁷ Er is derhalve een causaal verband tussen het object van heffing en de geografische locatie. Bruins koppelt de oorsprongslocatie aan de plek waar het menselijk intellectueel is toegevoegd.¹⁸⁸ In een digitaliserende economie kan deze gedachtegang wellicht uitkomst bieden. Kemmeren plaatst de locatie van een digitale dienst in de staat waar deze dienst is uitgedacht.¹⁸⁹ Het oorsprongsbeginsel voldoet verder aan de wens van het bedrijfsleven om wet- en regelgeving te vereenvoudigen en de administratieve lasten te verminderen. Indien het oorsprongsbeginsel het bronlandbeginsel vervangt en heffingsrechten volledig toekomen aan de oorsprongsjurisdictie, dan wordt de uitvoerbaarheid vergroot en dubbele belastingheffing voorkomen.¹⁹⁰

De toepassing van het oorsprongsbeginsel past beter binnen de huidige transfer pricingwetgeving dan de nexusregel.¹⁹¹ Het is in dat opzicht opvallend dat het in de OESO-publicaties niet ter sprake is gekomen. Een verklaring hiervoor kan gevonden worden in de achtergrond van het oorsprongsbeginsel. Het beginsel is ontwikkeld in de sfeer van de indirecte belastingen. Een digitale dienstenbelasting – welke de vorm heeft van een indirecte belasting – wordt geen oplossing voor de digitaliserende economie bevonden. Oplossingen worden hierdoor niet in de sfeer van de indirecte belastingen gezocht. Een tweede verklaring is te vinden in de politieke wil van de leden van de G20/OECD Inclusive Framework. Het oorsprongsbeginsel alloceert geen winst naar de marktjurisdictie. Het politieke doel om een rechtvaardigere verdeling van de heffingsrechten te creëren ('fair allocation of taxing rights'¹⁹²) wordt aldus hiermee niet gehaald en kan daardoor direct worden uitgesloten (zie onderdeel 3.5.1).

3.4. Winstallocatie

3.4.1. Driedelig mechanisme

Onder het unified approachvoorstel wordt een driedelig mechanisme voorgesteld om winst toe te wijzen aan de marktjurisdictie. Het startpunt is de reguliere verdeling op basis van de functionele analyse. Resterend is de niet-routinematige winst. Een deel van de niet-routinematige winst dient vervolgens gealloceerd te worden aan de landen waar een onderneming een significante economische aanwezigheid heeft (bedrag A).¹⁹³ Bedrag A dient middels een formule gebaseerd op omzet te worden bepaald. Precieze percentages zullen gebaseerd worden op overeenstemmingen tussen de leden van de G20/OECD Inclusive Framework.¹⁹⁴ De allocatie van bedrag A geschied ongeacht of een fysieke aanwezigheid in een jurisdictie bestaat. Het is van belang een goede afweging te maken hoeveel nadruk op activiteiten in de marktjurisdictie wordt gelegd. Niet-routinematige winst van sociaalmedia is afkomstig van data en gebruikersactiviteit, maar ook van innovatieve algoritmes en

¹⁸⁷ Kemmeren 2006, pp. 433-434.

¹⁸⁸ Bruins 1923.

¹⁸⁹ Kemmeren 2006, p. 435.

¹⁹⁰ Kemmeren 2006, pp. 436-437.

¹⁹¹ De Wilde 2015, MBB 2015/10-03, par. 3.1.

¹⁹² OECD 2019c, par. 16.

¹⁹³ OECD 2019c, par. 30.1.

¹⁹⁴ OECD 2019c, par. 30.1.

software.¹⁹⁵ Om dubbele belastingheffing te voorkomen dient tevens rekening gehouden te worden met ondernemingen die fysiek al aanwezig zijn in een jurisdictie.¹⁹⁶ Het aanwezig zijn van zowel een fictieve digitale vaste inrichting en een fysieke vaste inrichting leidt immers tot dubbele belastingheffing.¹⁹⁷

Binnen een marktjurisdictie worden reguliere bedrijfsactiviteiten en verdelingsfuncties ('baseline activiteiten') op grond van bestaande transfer pricingwetgeving bepaald (bedrag B).¹⁹⁸ Dit gebeurt middels het arm's-lengthbeginsel. Onder het conceptvoorstel verandert er voor de bepaling van bedrag B niets ten opzichte van de huidige systematiek.

In het verlengde van bedrag B wordt onderzocht hoe omgegaan dient te worden als een marktjurisdictie meer functies heeft dan bij bedrag B is toegewezen. Een marktjurisdictie kan trachten middels bestaande transfer pricingwetgeving deze ontbrekende functies alsnog in de heffing te betrekken (bedrag C). De marktjurisdictie krijgt in deze gevallen alsnog een deel van de resterende winst toegewezen. Toe-eigening van dit deel kan tot geschillen leiden. Bedrag C dient daarom middels onderling overleg te worden bepaald. Om dit mogelijk te maken moeten duidelijke onderling overlegprocedures worden ontwikkeld. Daarnaast is het denkbaar dat (een deel van) bedrag A door de marktjurisdictie wordt toegeëigend en vervolgens deze zelfde functies weer in bedrag C terugkomen.¹⁹⁹ Dubbele toerekening dient onmogelijk te worden om misbruik te voorkomen. Commentaar vanuit het bedrijfsleven is dat het berekenen van bedrag B en bedrag C complex is.²⁰⁰ Complexiteit vergroot vervolgens de kans op dispariteiten tussen landen. Pistone e.a. geven echter aan dat de bepaling van bedrag B en bedrag C een vereenvoudiging van de huidige transfer pricingsystematiek behelzen.²⁰¹ De complexiteit zou hiermee dus juist moeten afnemen. De formulematige bepaling van bedrag A wijkt als enig onderdeel volledig af van de huidige systematiek en vereist administratieve aanpassing bij ondernemingen.

Nadelig in het conceptvoorstel is het gebruik van onderlinge overlegprocedures als standaardinstrument.²⁰² De procedure voor onderlinge overleg is geregeld in art. 25 van het OESO-MV en art. 16 van het MLI. De procedure zoals die momenteel is geregeld verplicht staten niet om tot een uitkomst te komen.²⁰³ Tevens is alleen in beperkte situaties een maximumtermijn geregeld waarin overheden kunnen overleggen. Beide tekortkomingen in de onderling overlegprocedure zijn strijdig met het vertrouwensbeginsel en hierdoor is de oplossing in het conceptvoorstel niet praktisch realiseerbaar.

¹⁹⁵ OECD 2019c, par 57.

¹⁹⁶ Netflix 2019, p. 2. Reactie op het consultatiedocument van November 2019.

¹⁹⁷ Petruzzi & Koukouloti 2018, European Taxation, onderdeel 4.3.

¹⁹⁸ OECD 2019c, par. 30.2.

¹⁹⁹ OECD 2019c, par 65.

²⁰⁰ Uber 2019, p. 8. Reactie op het consultatiedocument van november 2019.

²⁰¹ Pistone e.a. 2019, Bulletin for International Taxation, onderdelen 7 en 8.

²⁰² Pistone e.a. 2019, Bulletin for International Taxation, onderdeel 1.2.

²⁰³ Chan 2019, Asia-Pacific Tax Bulletin, par. 6.

3.4.2. Verrekenprijsmethoden

3.4.2.1. Modified residual profit-splitmethode

Het gebruikersparticipatievoorstel en het MI-voorstel introduceren de marktjurisdictie als nieuwe allocatiebestemming. Kenmerkend in beide conceptvoorstellen is het uitbreiden van bestaande wet- en regelgeving. Allocatie vindt derhalve in beginsel plaats middels de bestaande verrekenprijsmethoden. De marktjurisdictie dient een deel van de niet-routinematige winst toegewezen te krijgen. De niet-routinematige winst bevat de complexere functies. Momenteel zijn alleen de CUP-methode en de RPS-methode geschikt. De CUP-methode is echter in de praktijk moeilijk toepasbaar. Voor de toepassing van beide conceptvoorstellen is aanpassing van de huidige allocatiewetgeving noodzakelijk.

De modified profit-splitmethode (MRPS-methode) is een uitbreiding van de RPS-methode en heeft als doel om een deel van de niet-routinematige winst aan de marktjurisdictie te alloceren. Het is mogelijk de MRPS-methode op basis van huidige wet- en regelgeving of op basis van vereenvoudigde wet- en regelgeving vorm te geven.²⁰⁴ De MRPS-methode is specifiek ontworpen om allocatie aan marktjurisdicties te faciliteren.²⁰⁵ De methode zou derhalve naast de bestaande verrekenprijsmethoden komen te bestaan.

In tegenstelling tot de vier andere verrekenprijsmethoden, bepaalt de MRPS-methode alleen het totaal aan niet-routinematige winst dat toegewezen dient te worden aan de betreffende marktjurisdicties. Allocatie geschiedt op grond van een verdeelsleutel. In de praktijk is het exact definiëren van een verdeelsleutel lastig, omdat gezocht moet worden naar onderlinge overeenstemming. De MRPS-methode is een uitbreiding van bestaande wet- en regelgeving. Dit kan het vinden van een consensus vergemakkelijken.²⁰⁶

Het introduceren van de MRPS-methode in de digitaliserende economie is in beginsel merkwaardig, gezien de geïmpliceerde voorkeur van de OESO om traditionele transactiemethoden te gebruiken. Pistone e.a. merken tevens op dat digitalisering niet beperkt is tot een deel van de niet routinematige winst.²⁰⁷ In dit kader kan afgevraagd worden of de methode toereikend is. De MRPS-methode kan echter gezien worden als een methode die op relatief eenvoudige manier winstallocatie faciliteert in een geheel nieuwe situatie.²⁰⁸ De toepassing in de praktijk blijft echter zeer beperkt. Evenals de RPS-methode (zie onderdeel 2.3.4.2.2) is relevante informatie niet altijd beschikbaar. Administratieve uitvoerbaarheid zal uiteindelijk tot gevolg hebben dat allocatie op hele generieke veronderstellingen is gebaseerd.²⁰⁹ De kans dat de marktjurisdictie te veel winst gealloceerd krijgt wordt hiermee vergroot.

²⁰⁴ OECD 2019a, par. 28.

²⁰⁵ OECD 2019a, par. 29.

²⁰⁶ Uber 2019, p. 10. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

²⁰⁷ Pistone e.a. 2019, Bulletin for International Taxation, onderdeel 1.2.

²⁰⁸ PwC 2019, pp. 17-18. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

²⁰⁹ Swiss Business Federation 2019, p. 8. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

3.4.2.2. *Fractional apportionmentmethode*

Een alternatief voor de MPRS-methode is de fractional apportionmentmethode. De doestelling is wederom om een deel van de winst toe te rekenen aan marktjurisdicties. Het startpunt is de bepaling van de winst bij de verkopende entiteit. Dit kan middels bestaande wet- en regelgeving, maar ook op grond van een bepaalde verdeelsleutel.²¹⁰ Vervolgens dient een deel van de winst middels een formule gealloceerd te worden aan de betreffende marktjurisdicties. Het kenmerkende verschil met de MPRS-methode is dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen routinematige- en niet-routinematige winst.

Allocatie is gebaseerd op formules. Dit concept is niet geheel nieuw. Het BEPS-project identificeert formulary apportionment als een alternatief voor het arm's-lengthbeginsel (zie onderdeel 5.3). Het probleem met allocatie gebaseerd op formules, is de bepaling ervan. Een essentieel kritiekpunt is dat fractional apportionment beïnvloedbaar is en niet garandeert dat winstallocatie waardecreatie volgt.²¹¹ Daarnaast is een formulematige aanpak nauwelijks objectief en uitvoerbaar te bepalen.²¹² Arbitraire winstallocatie zal tot meer belastinggeschillen leiden. Een formulematige aanpak dient gepaard te gaan met regelgeving omtrent geschillenbeslechting en andere 'safe haven' bepalingen om de rechten van belastingplichtigen te beschermen.²¹³

3.5. *Analyse*

3.5.1. *Politiek*

Het op grote schaal ontwijken van belasting heeft de fiscaliteit op de voorgrond van de politieke agenda gezet. Met het BEPS-project is getracht grondslaguitholling en winstverschuiving in de reële economie te beperken. In navolging van dit traject is het vervolg de aanpak van belastingontwijking in de digitaliserende economie. Onder druk van maatschappelijke ontevredenheid zijn maatregelen gecreëerd om dit deel van de economie in de heffing te betrekken.

Het toerekenen van winst aan de marktjurisdictie is een ontwikkeling dat in het verlengde ligt van de preferentie om de bronstaat – ofwel de staat waar geconsumeerd wordt – een hogere vergoeding toe te rekenen. Het VN-modelverdrag – voornamelijk toegespitst op ontwikkelende landen – voorziet hier voornamelijk in. In dit opzicht is het een opvallende beweging van de OESO – een organisatie van ontwikkelde landen – om de lijn van de VN te volgen.

Het verantwoorden van een vergoeding aan de marktjurisdictie is echter wel te verklaren vanuit de huidige theorie. Digitalisering treft alle schakels in de waardeketen. Vanuit de gedachtegang van 'fair taxation' kan geen rechtvaardiging gevonden worden om de efficiëntiewinst die door digitalisering ontstaan is in het

²¹⁰ OECD 2019a, par. 31.

²¹¹ Business at OECD (BIAC) 2019, pp. 5-6. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

²¹² Pellefigue 2015, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 4.

²¹³ Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2019, p. 2. Reactie op het consultatiedocument van maart 2019.

geheel toe te rekenen aan de meest complexe functie.²¹⁴ In een gecentraliseerd transfer pricingmodel is dit de jurisdictie waar het hoofdkantoor gevestigd is. Onder het huidige raamwerk vindt hierdoor overcompensatie van de vestigingsstaat plaats.

Naast technische aspecten is voornamelijk politieke betrokkenheid essentieel bij de uitwerking van het conceptvoorstel.²¹⁵ Het voornaamste knelpunt voor het vinden van oplossingen betreffende belastingheffing in de digitaliserende economie is derhalve geen fiscaal, maar eerder een politiek probleem. Internationale consensus is hierbij de grootste uitdaging. Onenigheid ontstaat door het ontbreken van een objectieve maatstaf om waarde toevoeging in de marktjurisdictie te bepalen. Bal geeft aan dat een objectieve maatstaf in het geheel niet te bepalen is.²¹⁶ Daar komt bij dat de ontwikkelingen eind 2020 gefinaliseerd dienen te worden. Door de korte termijn waarin de conceptvoorstellen ontwikkeld kunnen worden, is het denkbaar dat uit eenvoud gekozen is voor een formulematige aanpak. De ontwikkeling van technologie is daarnaast sterk geconcentreerd in ontwikkelde landen.²¹⁷ Een consensus zal door tegenstrijdigheid van belangen hierdoor als een utopie kunnen worden beschouwd.²¹⁸ De VS is dominant met betrekking tot ondernemingen in de digitaliserende economie.²¹⁹ Instemming met maatregelen die de Amerikaanse grondslag verkleinen is hierdoor niet aannemelijk.

3.5.2. *Beschouwing ontwikkelingen OESO*

De ontwikkelingen binnen de OESO om de digitaliserende economie in de heffing te betrekken zullen de komende jaren het wetenschappelijk domein blijven domineren. Met het unified approachvoorstel tracht de OESO de kracht van alle conceptvoorstellen te combineren en, middels consensus, een middenweg te vinden. Sinds het begin van het BEPS-project, in 2013, is het de OESO echter nog niet gelukt om onderlinge consensus te creëren.²²⁰ De zoektocht naar een rechtvaardige heffingsverdeling in de digitaliserende economie is hierdoor van meet af aan een gewaagde opgave.

De gewaagde opgave is direct waarneembaar, gezien de complicaties om een alomvattende oplossing te vinden. Enerzijds dient wet- en regelgeving te worden vereenvoudigd, anderzijds dienen digitaliserende ondernemingen in de heffing te worden betrokken. De conceptvoorstellen vereenvoudigen echter het systeem niet. In tegenstelling, de conceptvoorstellen compliceren een fiscaal systeem dat al complex is.²²¹ Complexiteit kan worden verminderd door oplossingen te vinden binnen de huidige wetssystematiek. Zo stellen Petruzzi en

²¹⁴ Greil & Wargowske 2019, Bulletin for International Taxation, onderdeel 3.3.

²¹⁵ OECD 2019a, par. 13.

²¹⁶ Bal 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 8.

²¹⁷ Kumar 1998, pp. 302-303.

²¹⁸ Bal 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 8.

²¹⁹ United States Trade Representative 2019, p. 2.

²²⁰ Bal 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 8.

²²¹ Bal 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 9.

Buriak de rol van gebruikers te herinterpreteren binnen de functionele analyse.²²² Consensus binnen de huidige wetsystematiek kan echter niet worden bereikt.²²³

Het streven naar onderlinge consensus hindert de OESO zelfs om echt baanbrekende conceptvoorstellen te introduceren. Dit resulteert in het uitblijven van een concrete manier waarop- en in welke mate wet- en regelgeving dient te worden aangepast.²²⁴ Een ‘consensus based approach’ lijkt in dit opzicht daarom opvallend, omdat het niet een reële oplossing is. Naar de opvatting van Burgers zal consensus alleen plaatsvinden omdat het alternatief van het ontbreken van consensus voor de heffing van de digitaliserende economie voor staten nog onaantrekkelijker is en omdat de voorgestelde veranderingen redelijk beperkt zijn.²²⁵ De politieke invloed van de VS – dat een tegenstrijdig belang nastreeft – dient echter niet onderschat te worden. Consensus zal naar mijn mening door toedoen van de VS uiteindelijk uitblijven.

3.6. Deelconclusie

In de strijd tegen kunstmatige winstverschuiving en grondslaguitholling is de OESO in 2015 met het BEPS-project gekomen. In BEPS-actiepunt 1 zijn problemen voor winstallocatie in de digitaliserende economie geïdentificeerd, maar is er geen oplossing geboden. Hiertoe heeft de OESO in 2018 een interim report gepubliceerd en zijn consultatievoorstellen gedaan in maart, respectievelijk november 2019. De deelvraag die centraal staat in dit hoofdstuk is:

Wat zijn de ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie op OESO-niveau en welke gevolgen brengen deze ontwikkelingen teweeg voor de allocatie van winst?

De OESO heeft met het BEPS 2.0-project een eerste stap gezet naar een mogelijke oplossing voor de allocatie van winst in de digitaliserende economie. Hiertoe is gekozen om heffingsrechten aan de marktjurisdictie toe te wijzen. Dit is voornamelijk een politieke keuze geweest, maar tevens fiscaal verdedigbaar. De problematiek berust hierdoor niet alleen op de keuze om bepaalde additionele heffingsrechten te creëren, alhoewel auteurs als Bal en Samari kritisch zijn op het belang van de marktjurisdictie in de waardeketen.

In mijn optiek is de implementatie van de eerste pilaar van het BEPS 2.0-project het voornaamste knelpunt. Het gebruikersparticipatievoorstel en het MI-voorstel waren bij meet af aan vanwege de beperkte reikwijdte al uitgesloten. Het SEA-voorstel – waarbij een nieuwe nexus in de vorm van een digitale vaste inrichting wordt gecreëerd – biedt echter kansen. Opvallend is de keuze om het arm’s-lengthbeginsel te vervangen voor een formulematige aanpak. Onduidelijk is hoe de OESO hier een consensus verwacht te bereiken. Zeker gezien de tegenstrijdige belangen van de leden binnen de G20/OECD Inclusive Framework.

²²² Petruzzi & Buriak 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 5.3.2.1.

²²³ Brauner & Pistone 2018, Bulletin for international taxation.

²²⁴ Ponomareva 2019, Bulletin for International Taxation, onderdeel 2.2.

²²⁵ Burgers 2019, NTFR 2019/2781.

De OESO heeft de ontwikkeling in de digitaliserende economie als aanknopingspunt genomen om een vereenvoudiging van het belastingsysteem te realiseren. Alhoewel ik het eens ben met de reductie in complexiteit, was het in mijn optiek afdoende geweest om meer duidelijkheid te scheppen bij de waardering en allocatie van immateriële activa, of zoals door Pistone e.a. wordt betoogd, uitbreiding van het vaste inrichting begrip. Oplossingen kunnen derhalve binnen het huidige belastingraamwerk gevonden worden. Ontwikkelingen vanuit de OESO zijn hieraan voorbijgegaan. Het behalen van internationale consensus was hiermee minder gecompliceerd geweest en de kans op invoering van het conceptvoorstel derhalve reëler.

4. Ontwikkelingen EU

4.1. Inleiding

De OESO publiceert veel op het gebied van digitalisering en speelt derhalve een prominente rol in de ontwikkeling van wet- en regelgeving. Publicaties van de OESO zijn echter niet juridisch afdwingbaar. De leden en partners van de OESO dienen de voorstellen in de eigen wetgeving te implementeren, maar zijn daartoe niet verplicht tenzij het G20/OECD Inclusive Framework is aanvaard. Gezien het feit dat jurisdicties een afwijkende visie kunnen hebben, is het mogelijk dat implementatie met betrekking tot specifieke elementen, per land kan verschillen. De hoofdlijnen blijven echter hetzelfde.

Voor Nederland is wet- en regelgeving afkomstig van de Europese Unie relevant. Verordeningen en richtlijnen zijn immers dwingend recht. Naast het implementeren van OESO-wetgeving, is de EU op eigen initiatief bezig met voorstellen omtrent belastingheffing in de digitaliserende economie. Het is mogelijk dat de nauwe samenwerkingsband van de EU tot unieke oplossingen kan leiden. Deze ontwikkelingen zijn voor Nederland dus eveneens van groot belang.

In dit hoofdstuk worden vier initiatieven – de significante digitale aanwezigheid, de digitale dienstenbelasting en de Common (Consolidated) Corporate Tax Base (C(C)CTB) – van de EC besproken. Hierbij zijn de centrale thema's gebruikersparticipatie en Uniewijde consolidatie. Hiertoe wordt eerst uiteengezet wat het doel van de interne (digitale) markt is en hoe de EC haar doelstellingen hiervoor tracht te bereiken. Verder zal onderzocht worden wat het effect van unilaterale maatregelen is. Hiertoe wordt de Franse digitale dienstenbelasting uitvoering besproken.

4.2. Digitalisering in de EU

4.2.1. Eén interne digitale markt

De digitalisering van de economie is een globaal fenomeen. Dit betekent dat ook binnen de EU de mate waarin bedrijven, consumenten en overheden digitaliseren stijgt. De snelheid en schaal waarmee digitalisering binnen de EU toeneemt biedt enorme kansen voor economische groei en innovatie.²²⁶ Daarentegen is het voor lidstaten lastig om een grip te krijgen op de digitaliserende economie. Voor veel thema's omtrent digitalisering biedt het unieke raamwerk van de EU, oplossingen die in minder nauwe samenwerkingsverbanden – zoals de G20/OECD Inclusive Framework – niet mogelijk zijn. De interne digitale Europese markt kan niet los gezien worden van de reële Europese markt. Dit houdt in dat ook in digitaliserende economie het EU-recht inclusief de Europese rechtsbeginselen en verkeersvrijheden van toepassing zijn.

Het creëren van één interne digitale markt binnen de EU is een topprioriteit van de EC. De EU heeft de capaciteiten om in de digitaliserende economie een leiderspositie in te nemen. De ontwikkeling van de digitale markt is daarnaast essentieel om de Europese markt in de toekomst relevant te houden voor de eigen

²²⁶ COM (2015) 192, p. 3.

inwoners.²²⁷ Met de toenemende mate van digitalisering gaan naar verwachting 36-60 procent van de banen verloren aan algoritmes en robots.²²⁸ Verandering is derhalve een noodzaak. Hiertoe is het echter wel van belang bepaalde knelpunten te verbeteren. De interne digitale markt steunt op drie pilaren: (i) betere toegang tot onlinegoederen en -diensten voor consumenten en bedrijven in heel Europa, (ii) randvoorwaarden die bevorderlijk zijn voor digitale netwerken en diensten en (iii) een maximaal groeipotentieel voor de Europese digitale economie.²²⁹

Betere toegang voor consumenten en bedrijven wordt gerealiseerd door hindernissen voor grensoverschrijdende onlineactiviteiten te verwijderen.²³⁰ Het is voor het midden en kleinbedrijf (MKB) te gecompliceerd en te duur om aan de wet- en regelgeving van alle 27 lidstaten te voldoen.²³¹ Hierdoor is maar zeven procent van de intracommunautaire handel afkomstig van het MKB. Het doel is om voor e-commerce vereenvoudigde gemeenschappelijke regelgeving te introduceren. Hieronder valt ook harmonisering van productvoorschriften en bepalingen in consumentenovereenkomsten. De handhaving van consumentenvoorschriften behoeft hiervoor ook aanpassing zodat het flexibel, snel en consistent is.

De randvoorwaarden voor digitale netwerken en diensten dienen de grondrechten en privacy van consumenten en producenten te beschermen en tegelijk innovatie te stimuleren.²³² Hiertoe dient een passend regelgevingskader voor onlineplatforms te worden geïntroduceerd. Met name de hoeveelheid- en de manier waarop data wordt verzameld en verwerkt verdient de aandacht. De handel in data is volgens Havu eveneens een situatie waar momenteel het EU-mededingingsrecht niet volledig uitkomst biedt.²³³ Daarnaast dient ongefundeerde geo-blocking – het blokkeren van toegang tot websites die in andere jurisdicties zijn geregistreerd – te worden voorkomen. Geo-blocking is vaak gerelateerd aan auteursrechtelijk beschermde goederen.²³⁴ Harmonisatie van het auteursrecht biedt derhalve op dit vlak eveneens uitkomst.

De EC is van mening dat binnen tien jaar alle economische activiteiten afhankelijk zijn van digitale ecosystemen, waarin de digitale infrastructuur, hardware en software, toepassingen en gegevens samenkomen.²³⁵ Het invoeren van geharmoniseerde of minstens complementaire wetgeving is in de interne digitale markt nog bevorderlijker dan in de regulier (fysieke) markt.²³⁶ Unilaterale maatregelen voorkomen de volledige benutting van de Europese capaciteit en verminderen hierdoor het maximale economische

²²⁷ Teigland, Holmberg & Felländer 2019, Trust in the European Union in Challenging Times, p. 182.

²²⁸ Fölster 2014, p. 6.

²²⁹ COM (2015) 192, p. 4.

²³⁰ COM (2015) 192, p. 4.

²³¹ Terra & Kajus 2015, EVD News, onderdeel 1.

²³² COM (2015) 192, p. 9.

²³³ Havu 2017, Contemporary Readings in Law and Social Justice, pp. 152-153.

²³⁴ Martens 2013, p. 8.

²³⁵ COM (2015) 192, p. 14.

²³⁶ Franklin 2019, International Financial Law Review, p. 1.

groeipotentieel. Om bovenstaande te bereiken dient harmonisatie zowel in het civiele recht als in het fiscale recht plaats te vinden.

4.2.2. *Significante digitale aanwezigheid*

De EC heeft een duidelijk doel voor ogen omtrent de (fiscale) harmonisatie van de interne digitale markt. Om het potentieel van de interne digitale markt te garanderen is een modern belastingsysteem nodig dat innovatie stimuleert, fragmentatie van de markt tegengaat en voor alle actoren in de economie, onder eerlijke en gebalanceerde voorwaarden, toegankelijk is.²³⁷ Het huidige belastingsysteem in Europa is voor traditionele ondernemingen ontworpen. Het centrale principe is dat winst wordt belast waar waarde gecreëerd wordt.²³⁸ Concerns zonder fysieke aanwezigheid worden hierdoor niet belast in de Europese marktjurisdicties, die van afstand worden betreden (verwezen wordt naar onderdeel 2.4.3).

In het huidige vennootschapsbelastingraamwerk vindt allocatie van winst plaats gebaseerd op de functionele analyse. De huidige transfer pricingwetgeving is echter ontworpen voor traditionele ondernemingen en reflecteert het verschil in de waarde creërende karakteristieken van digitaliserende- en reguliere ondernemingen niet.²³⁹ Hierdoor wordt onderlinge competitie verstoord en dit heeft een negatieve invloed op de financiën van lidstaten. Het identificeren en toerekenen van immateriële activa aan waardecreatie voldoet derhalve onder de huidige regelgeving niet. Immateriële activa is echter in toenemende mate een kritische succesfactor in bedrijfsmodellen. De digitaliserende economie vertrouwt sterk op data-analyse en gebruikersdata. Hiertoe is verandering in wet- en regelgeving nodig.

De digitaliserende economie is een internationaal fenomeen. Oplossingen dienen derhalve zo internationaal mogelijk te worden gevonden. De EC sluit bij het vinden van oplossingen aan bij de initiatieven van de OESO. Tegelijk wordt erkend dat internationale oplossingen moeizaam tot stand komen, vanwege de verscheidenheid aan knelpunten en de internationale overeenstemming die hiervoor nodig is. De EC tracht in het verlengde van de OESO-initiatieven een raamwerk te ontwikkelen dat bij kan dragen aan de internationale discussie.²⁴⁰ Tegelijk wordt aangegeven dat de voorkeur van de EC bij de invoering van de CCCTB-richtlijn ligt (zie onderdeel 4.3). Hiertoe kan de significante digitale aanwezigheidsrichtlijn geïntegreerd worden in de CCCTB-richtlijn.²⁴¹

Om de digitaliserende economie in de heffing te betrekken wordt voorgesteld om een nieuwe nexus te creëren voor digitaal opererende ondernemingen. Dit concept is beoogd als lange termijnoplossing en sluit aan bij de ontwikkelingen van de OESO. Concerns zonder fysieke aanwezigheid in een marktjurisdictie worden

²³⁷ COM (2018) 148, p. 2.

²³⁸ COM (2018) 148, p.3.

²³⁹ COM (2018) 147, p. 2.

²⁴⁰ COM (2018) 147, p. 3.

²⁴¹ SWD (2018) 81 final/2, p. 20

geacht een significante digitale aanwezigheid te hebben. Deze digitale aanwezigheid is echter wel alleen van toepassing op specifieke online-diensten gefaciliteerd door platforms. Een lidstaat kan haar heffingsrechten vervolgens benutten, doordat een significante digitale aanwezigheid een fictieve vaste inrichting creëert.²⁴² Het toewijzen van een vaste inrichting aan een lidstaat komt als een additionele regeling, naast bestaande wet- en regelgeving. Daarnaast dienen de principes voor winstallocatie aangepast te worden om beter aan te sluiten bij de plaats van waardecreatie in sterk-gedigitaliseerde bedrijfsmodellen.

De significante digitale aanwezigheidsrichtlijn representeert de verandering in gedachtegang van de internationale belastingpraktijk. Waar in het verleden waardecreatie toegerekend kon worden aan de jurisdictie waar de productie plaatsvond, is dit in de digitaliserende economie steeds minder wenselijk. Om deze ontwikkelingen te omvatten dient waardecreatie toegerekend te worden aan de gebruiker – ofwel de afnemer. Een vergelijking kan hiermee gevonden worden met de heffing in de btw, waar de consument – niet de producent – het belastingsubject is.

De significante digitale aanwezigheidsrichtlijn is gericht op bedrijfsmodellen waar gebruikersparticipatie van centraal belang is. In tegenstelling tot de conceptvoorstellen van de OESO is de reikwijdte niet gebruikersparticipatie zelf, maar alles wat onder de conceptringlijn als digitale dienst kan worden beschouwd.²⁴³ Hiertoe is het begrip sterk vergelijkbaar met het begrip ‘electronically supplied services’ in de btw-richtlijn.²⁴⁴ Nieminen stelt dat het btw-systeem als inspiratiebron, in de sfeer van de directe belastingen tot arbitraire verschillen tussen goederen en diensten heeft geleid.²⁴⁵ Zo is het gerechtvaardigd om e-commerce van goederen uit te sluiten van de conceptringlijn, maar is de argumentatie dat e-commerce van goederen vaak fysieke infrastructuur nodig heeft volgens Nieminen een onbevredigend antwoord. Het uitsluiten van digitale verkopen heeft eveneens tot gevolg dat concerns als Netflix en Spotify buiten de reikwijdte van de conceptringlijn blijven.²⁴⁶ Het is in dit opzicht in mijn optiek te stellen dat de reikwijdte van het significante digitale aanwezigheidsvoorstel – welke de lijn van de btw-richtlijn volgt – ontoereikend is.

Het voorstel van de EC om de digitaliserende economie te belasten betreft het aanpassen van de vennootschapsbelastingregels om een fictieve vaste inrichting te creëren. Ontwerptechnisch wordt aangesloten bij de significante economische aanwezigheid dat in het BEPS-1 rapport is aangedragen. Carrero is kritisch en noemt de conceptringlijn een strategische beweging van het belastingbeleid in plaats van een technisch consistente maatregel.²⁴⁷ Bal stelt dat het voorstel van de OESO dusdanig is vormgegeven dat het marginaal weinig invloed tussen typen gebruikers genoodzaakt.²⁴⁸ De manier waarop de EC de conceptringlijn heeft

²⁴² COM (2018) 147, p. 16.

²⁴³ Nieminen 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 3.3.

²⁴⁴ Richtlijn 2006/112/EG, appendix II.

²⁴⁵ Nieminen 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 3.3.

²⁴⁶ Sheppard 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 2.

²⁴⁷ Carrero 2018, Tax Letter Opinion Magazine 39, p.4.

²⁴⁸ Valente 2019, European Taxation, onderdeel 5.

vormgegeven maakt onderscheid tussen actieve- en passieve participatie van de gebruikersbasis relevant om te bepalen of een specifieke dienst van toepassing is. Dit onderscheid wordt echter niet gemaakt.

De conceptrichtlijn lijkt echter uitvoeringstechnisch niet mogelijk. Om de locatie van gebruik te bepalen, wordt in beginsel gebruik gemaakt van het IP-adres van het toestel. Indien mogelijk is een nauwkeurigere manier van locatiebepaling toegestaan. Het is verboden voor ondernemingen om data te verzamelen dat de identiteit van een gebruiker onthult.²⁴⁹ Problematisch is dat het IP-adres middels een VPN kan worden gemaskeerd.²⁵⁰ Kwantitatieve maatstaven, zoals het aantal gebruikers en het aantal online-afgesloten contracten kan hierdoor als arbitrair worden beschouwd of worden omzeild.²⁵¹

4.2.3. *Digitale dienstenbelasting*

4.2.3.1. *Achtergrond digitale dienstenbelasting*

Gelijktijdig met het lange termijnvoorstel voor een significant digitale aanwezigheid suggereert de EC een voorlopige oplossing in de vorm van een digitale dienstenbelasting. De conceptrichtlijn is bedoeld als overbruggingsmaatregel tot de definitieve wetgeving is ontwikkeld.²⁵² Een onmiddellijke oplossing is voor lidstaten wenselijk om grondslaguitholling te voorkomen. De EC acht invoering van zelfstandige wetgeving echter ongewenst, omdat dit harmonisatie van de interne markt en de onderlinge competitie verstoort.²⁵³

Om tot een gewenst resultaat te komen dient de uitwerking van het voorstel de integriteit- en het functioneren van de interne markt te waarborgen.²⁵⁴ Hiertoe moet sociale rechtvaardigheid en een gelijk speelveld voor alle actoren in de economie gegarandeerd blijven. Het voorstel dient grondslaguitholling en kunstmatige winstverschuiving tegen te gaan, zodat de overheidsfinanciën houdbaar blijven. Specifiek dient agressieve belastingplanning van sterk-gedigitaliseerde ondernemingen te worden bestreden. Implementatie van het voorstel moet voor de lidstaten eenvoudig zijn.

4.2.3.2. *Uniebrede digitale dienstenbelasting*

Op korte termijn is het belasten van de digitaliserende economie te bereiken door de invoering van een digitale dienstenbelasting. De reikwijdte van de DDB dient beperkt te zijn tot de omzet afkomstig van specifieke digitale diensten.²⁵⁵ Met specifieke diensten, worden alle digitale diensten bedoeld waarbij scale without mass optreedt. Het voorstel is voornamelijk gericht op digitale platforms waar reclame wordt getoond dat speciaal

²⁴⁹ COM (2018) 147, p. 18.

²⁵⁰ Burgers & Volkers, MBB 2019/3-14, onderdeel 4.

²⁵¹ Blum 2015, International Taxation, onderdeel 3.3.2.2.

²⁵² COM (2018) 148, p. 4.

²⁵³ COM (2018) 148, p. 4.

²⁵⁴ COM (2018) 148, p. 3.

²⁵⁵ COM (2018) 148, par. 9.

gericht is op gebruikers, platforms die als intermediair meerzijdige markten faciliteren en op activiteiten van platforms die data van gebruikers en data afkomstig van gebruikers verzamelen.

De DDB streeft derhalve de omzet afkomstig van specifieke digitale activiteiten te belasten.²⁵⁶ Om de ‘digitale omzet’ te bepalen, wordt grotendeels aangehaakt bij het gebruikersparticipatiebegrip ontwikkeld door HMT (zie verder onderdeel 3.2.1.1).²⁵⁷ Omzet gegenereerd door gebruikers binnen een lidstaat wordt toegewezen aan diezelfde lidstaat.²⁵⁸ De locatie van een gebruiker wordt voor elke digitale dienst bepaald aan de hand van specifieke regels in combinatie met de geografische locatie van het toestel van de gebruiker ten tijde van de dienst.²⁵⁹ Indien de gebruiker in meerdere lidstaten of derde landen is geweest ten tijde van de dienst, dan dient omzet gealloceerd te worden middels een bepaalde verdeelsleutel.

Opvallend in de conceptringlijn is de brede formulering van gebruikersparticipatie. De Europese DDB is voornamelijk gericht op diensten waarbij sprake is van passieve gebruikersparticipatie.²⁶⁰ Het verschil tussen actieve gebruikersparticipatie en passieve gebruikersparticipatie is de mate van activering van de gebruiker om data te genereren. Onder actieve gebruikersparticipatie wordt het uploaden van video’s of het posten van een Tweet verstaan. Passieve gebruikersparticipatie omvat alle informatie welke de gebruiker niet actief genereert. Zo worden de geboortedatum en andere persoonlijke gegevens van een gebruiker gedeeld, zodra ingelogd wordt met een Facebookprofiel. In dit opzicht kan afgevraagd worden in hoeverre gebruikers werkelijk waarde toevoegen. Met betrekking tot voordelen waarbij een passieve verhouding tot de onderneming bestaat – zoals synergievoordelen – vindt herverdeling ook niet plaats.²⁶¹

De verdeelsleutel dient rekening te houden met de aard- en de kenmerkende omzet-genererende elementen van de dienst. Zo dient in het geval van een platform dat reclame toont aan gebruikers, rekening te worden gehouden met de frequentie van de getoonde reclame.²⁶² In het geval van het faciliteren van meerzijdige markten moet een onderscheid gemaakt worden tussen de gevallen waarbij een intermediair transacties tussen gebruikers direct faciliteert en gevallen waarbij dit niet gebeurt.²⁶³ Bij directe facilitering dient het aantal gebruikers die een transactie afronden bepalend te zijn voor de allocatie. Belastingheffing dient hierop aan te sluiten omdat dit het omzet-genererende element in het bedrijfsmodel is. Indien transacties tussen gebruikers niet direct worden gefaciliteerd, is het omzet genererende element voornamelijk de inkomsten van abonnementen en periodieke betalingen. De geografische locatie van de gebruiker ten tijde van de transactie of ten tijde van het aangaan van het abonnement is bepalend voor de allocatie van omzet naar een lidstaat. De

²⁵⁶ COM (2018) 148, p. 18.

²⁵⁷ Grinberg 2018, *British Tax Review*, p. 407.

²⁵⁸ COM (2018) 148, par. 28.

²⁵⁹ COM (2018) 148, par. 29.

²⁶⁰ Valente 2019, *European Taxation*, onderdeel 5.

²⁶¹ Navarro 2018, *World Tax Journal*, onderdeel 5.2.

²⁶² COM (2018) 148, par. 30.

²⁶³ COM (2018) 148, par. 31.

verzameling van data, de interne verwerking van data en de uitwisseling van data om niet dient niet onder de reikwijdte te vallen.²⁶⁴ In zoverre wordt voorkomen dat data van gebruikers, welke niet waarde creërend is voor de onderneming, in de verdeelsleutel worden meegetrokken.

Implementatie van het voorstel dient relatief eenvoudig te zijn. Een belastingplichtige zou in één lidstaat aangifte moeten kunnen doen voor het totaal aan verschuldigde DDB.²⁶⁵ Deze one-stop-shopsystematiek wordt binnen de EU ook in de btw toegepast. De verdeling van de omzet vindt vervolgens door de belastingautoriteit van de desbetreffende lidstaat middels de verdeelsleutel plaats. Om harmonisatie in de administratieve vereisten en de onderlinge gegevensuitwisseling te garanderen, wordt voorgesteld om de EC verantwoordelijk te maken voor de implementatie.²⁶⁶ Lidstaten mogen zelf verplichtingen opleggen om invordering te garanderen en om grondslaguitholling en winstverschuiving te vermijden.²⁶⁷

4.2.3.3. *Kritiek Uniebrede digitale dienstenbelasting*

De DDB-richtlijn werd ten tijde van de publicatie als controversieel gezien.²⁶⁸ Invoering van een voorlopige oplossing om belastingheffing bij sterk-gedigitaliseerde ondernemingen te realiseren komt voornamelijk van grote Europese landen als Duitsland en Frankrijk (met een relatief hoog VPB-tarief). Doordat sterk-gedigitaliseerde ondernemingen een gemiddelde effectieve belastingdruk hebben van 9 procent (ten opzichte van 21 procent voor reguliere ondernemingen), wordt de werking van de interne markt verstoord en grondslaguitholling gestimuleerd.²⁶⁹ Met een effectieve belastingdruk in de periode van 2012 tot 2016 van negentien procent voor Alphabet, 31,5 procent voor Facebook en 22 procent voor Microsoft kan deze bewering echter ter discussie worden gesteld.²⁷⁰

Met de invoering van een DDB is geen rekening gehouden met de toename in kosten voor Europese consumenten en Europese ondernemingen.²⁷¹ Gezien het feite dat het voorstel een belasting is die betrekking heeft op de omzet en niet de winst van een onderneming, kan dit voor verlieslijdende concerns of ondernemingen met een lage marge faillissement betekenen. Correa wijdt dit gevolg aan het feit dat de conceptrichtlijn gebaseerd is op principes die niet wettelijk zijn vastgelegd.²⁷² Hierdoor wordt het neutraliteitsprincipe verstoord. Een invoering van de DDB zou derhalve in huidige vorm strijdig zijn met het secundair EU-recht.

²⁶⁴ COM (2018) 148, par. 32.

²⁶⁵ COM (2018) 148, par. 36.

²⁶⁶ COM (2018) 148, par 38.

²⁶⁷ COM (2018) 148, par. 37.

²⁶⁸ Stupp 2018.

²⁶⁹ Speech Moscovici 20 februari 2018, nr. SPEECH/18/981.

²⁷⁰ Andersson 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 3.

²⁷¹ Naess-Schmidt e.a. 2018, p. 2.

²⁷² Correa 2019, European Taxation, onderdeel 2.

De invoering van de DDB is eveneens strijdig met de doelstelling van één interne digitale markt.²⁷³ Dit is het gevolg van de zeer specifieke reikwijdte. Door louter online-platforms in de heffing te betrekken wordt getracht een onderscheid te maken tussen ondernemingen aanwezig in de digitaliserende economie en fysiek aanwezige concerns. Hiertoe ontstaan dezelfde knelpunten als bij het gebruikersparticipatievoorstel (zie onderdeel 3.2.1). Bal stelt tevens dat tussen online-platforms verschil in behandeling kan ontstaan. De verkoop van gebruikersdata zou in haar optiek niet onder de reikwijdte van de conceptrychlijn vallen indien dit in abonnementsvorm wordt aangeboden.²⁷⁴ Verkoop van data buiten een abonnementsvorm is wel een belastbaar feit voor de DDB.

Een verder argument voor de invoering van de DDB is de bescherming van nationale belastinggronden.²⁷⁵ Door de toenemende digitalisering wordt gevreesd dat de economische activiteit – en hiermee de belastinggrondslag van de lidstaten – zal verminderen door het gebruik van innovatievere bedrijfsmodellen. Andersson acht het tegenovergestelde echter aannemelijker.²⁷⁶ Ondernemingen verhogen juist de productiviteit door het gebruik van nieuwere bedrijfsmodellen, welke in hogere winsten zouden moeten resulteren.

Tot slot zijn er enige aanmerkingen op de wijze van heffing. De DDB heeft de vorm van een indirecte belasting.²⁷⁷ De classificering is relevant voor de wettelijke basis van invoering. Zo kan op grond van art. 113 VWEU een indirecte belasting en op grond van art. 115 VWEU een directe belasting worden toegepast. Daarnaast is classificering relevant voor bestaande belastingverdragen. Lamensch beargumenteert dat de DDB veel gelijkenissen vertoont met een directe belasting.²⁷⁸ Zij geeft als argumenten hiervoor dat het subject van heffing tevens de lasten draagt, de DDB op jaarbasis wordt bepaald waarbij de opbrengst gealloceerd wordt en de mogelijkheid om de DDB in aftrek te brengen in de vennootschapsbelasting. Het doel van de DDB – belastingheffing waar waardecreatie plaatsvindt – is eveneens sterk te vergelijken met de doelstelling in de vennootschapsbelasting. Sheppard stelt echter dat de DDB meer de vorm heeft van een accijns, gezien het feit dat een vast percentage over een specifieke gedefinieerde categorie diensten geheven wordt.²⁷⁹ Gezien de soevereiniteit van lidstaten op het gebied van de directe belastingen is het voor snelle invoering voor de EC van belang dat de DDB in de sfeer van de indirecte belastingen blijft. Lidstaten hebben met de btw-richtlijn al een deel van de eigen soevereiniteit opgegeven.

Naast de technische aspecten stuit het voorstel ook in de politieke sfeer op kritiek. Binnen de EU hebben landen als Ierland en Luxemburg (veel Amerikaanse winsten worden hier met name ondergebracht²⁸⁰)

²⁷³ Naess-Schmidt e.a. 2018, p. 3.

²⁷⁴ Bal 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 6.

²⁷⁵ COM (2018) 148, p. 4.

²⁷⁶ Andersson 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 3.

²⁷⁷ SWD (2018) 81 final/2, p. 20.

²⁷⁸ Lamensch 2019, European Taxation, onderdeel 3.

²⁷⁹ Sheppard 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 2.

²⁸⁰ Fonte e.a., Reuters 16 oktober 2019.

kritiek geuit. Lidstaat Oostenrijk geeft eveneens aan een voorkeur te hebben voor oplossingen op OESO-niveau in plaats van op EU-niveau.²⁸¹ Een voorlopige oplossing – op Europees niveau – wordt echter wel wenselijk bevonden om fragmentatie van de Europese markt te voorkomen.

In het verlengde hiervan kan een verzoek tot een prejudiciële beslissing van het HvJ van belang zijn. In de zaak *Société Générale S.A. vs Agenzia delle Entrate*²⁸² – welke momenteel aanhangig is bij het HvJ – betreft het een dispuut omtrent de heffing van de financial transaction tax²⁸³ (FTT). De FTT introduceert het uitgifteprincipe ('issuance principle'). Het principe is ingevoerd om belastingontwijking te voorkomen, door financiële instrumenten in de heffing te betrekken zodra de transacties plaatsvinden.²⁸⁴ Dit gebeurt ongeacht of de verhandelaar in een FTT-zone aanwezig is. De prejudiciële vraag van de zaak luidt:

*“Staan de artikelen 18, 56 en 63 VWEU in de weg aan een nationale regeling die voorziet in de heffing van een belasting op financiële transacties, [ongeacht de staat van woonplaats van de financiële marktdeelnemers en van de tussenpersoon], die door de bij de transactie betrokken partijen moet worden voldaan [...] en verschuldigd is op grond van het feit dat de belastbare handelstransacties betrekking hebben op een derivaat dat is gebaseerd op een effect dat is uitgegeven door een vennootschap die is gevestigd in de staat die deze belasting heeft ingevoerd?”*²⁸⁵

In geschil is derhalve of heffing van de FTT bij gebrek aan fysieke aanwezigheid – heffing conform het uitgifteprincipe – strijdig is met de Europese verkeersvrijheden. De vraagstelling is relevant omdat het de bevoegdheid van lidstaten betreft om een belasting in te voeren op grond van een ander criterium dan territorialiteit. In afwachting van de uitspraak van het HvJ, komt Advocaat-Generaal (A-G) Hogan tot de volgende conclusie:

*“Artikel 63 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling die voorziet in de heffing van een belasting op financiële transacties, ongeacht de staat van woonplaats van de financiële marktdeelnemers en van de tussenpersoon [...] en verschuldigd is op grond van het feit dat de belastbare handelstransacties betrekking hebben op een derivaat dat is gebaseerd op een effect dat is uitgegeven door een vennootschap die is gevestigd in de staat die deze belasting heeft ingevoerd.”*²⁸⁶

Uit de conclusie van de A-G is af te leiden dat de plaats van heffing, de geografische locatie van de onderneming is welke het effect heeft uitgegeven waarop de derivaat betrekking heeft. Indien een betrokken partij niet in de desbetreffende jurisdictie gevestigd is, weerhoudt het EU-recht (specifiek het vrije

²⁸¹ Federal Ministry Republic of Austria Finance 2018, Informal ECOFIN Presidency Issues Note, p. 2.

²⁸² HvJ EU 11 september 2018, C-565/18 (*Société Générale S.A. vs Agenzia delle Entrate*).

²⁸³ De FTT is een belasting op specifieke transacties gegeven van financiële instituties.

²⁸⁴ European Commission Press Release IP-13-115.

²⁸⁵ HvJ EU 11 september 2018, C-565/18, (*Société Générale S.A. vs Agenzia delle Entrate*).

²⁸⁶ HvJ EU 11 september 2018, C-565/18, conclusie A-G Hogan, (*Société Générale S.A. vs Agenzia delle Entrate*).

kapitaalverkeer) de heffing van een FTT bij de onderneming niet. Belastingplicht ontstaat op grond van het uitgifteprincipe en niet het territorialiteitsbeginsel. De afzetmarkt – de plaats waar de transactie werkelijk plaatsvindt – is relevant.

Kenmerkend voor de FTT is de creatie van een nexus zonder fysieke aanwezigheid in een jurisdictie. Een transactie in een FTT-zone is hiervoor al voldoende. Een vergelijking kan gevonden worden met de DDB, waar specifieke digitale diensten een nexus creëren zonder fysieke aanwezigheid in een marktjurisdictie. Evenals in de FTT-zaak *Société Générale S.A.* kan in het kader van de DDB de vraag gesteld worden of heffing zonder fysieke aanwezigheid van een concern in een jurisdictie strijdig is met het EU-recht. Zowel de FTT als de DDB tracht de afzetkant van de economie – FTT-zone/marktjurisdictie – in de heffing te betrekken en zijn daardoor vergelijkbaar. Aannemend dat de conclusie van de A-G door het HvJ gevolgd wordt, is te verwachten dat de FTT geen strijdigheid met art. 63 VWEU zal opleveren. Dezelfde conclusie kan mijns inziens doorgetrokken worden met betrekking tot de DDB. De heffing van een Uniebrede DDB zal dus niet strijdig zijn met het vrije kapitaalverkeer.

Tot slot is opvallend dat de conceptringlijn niet voldoet aan criteria gesteld door de OESO. In erkenning dat jurisdicties unilateraal maatregelen zouden treffen, is vanuit de OESO een leidraad vrijgegeven. Een conceptringlijn dient internationale verplichtingen te eerbiedigen, van tijdelijke aard en gericht te zijn.²⁸⁷ Horzen en Esdonk geven aan dat van belang is dat belastingplichtige entiteiten binnen de EU gevestigd zijn.²⁸⁸ De auteurs zijn van mening dat gebruikers een digitale vaste inrichting vormen. Om conform internationale verplichtingen te handelen, moeten digitale vaste inrichtingen in bilaterale belastingverdragen worden opgenomen. Indien dit niet het geval is kan geen belasting geheven worden van jurisdicties buiten de Europese Unie. De EC geeft aan dat de DDB niet in strijd is met het verdragenrecht. Sheppard stelt echter dat de Indiase ‘equalization tax’ – welke een soortgelijke vorm heeft – niet onder het verdragenrecht valt.²⁸⁹ Volgens de OESO zal sprake zijn van dubbele belasting, omdat in zulke gevallen geen voorkoming gegeven zal worden. Derhalve worden internationale verplichtingen niet eerbiedigt.

4.2.4. *Unilaterale digitale dienstenbelasting*

Door de veelvuldige kritiek is de verwachting dat een Europese DDB op zijn vroegst ingaat op 1 januari 2022. Voor een aantal lidstaten is de wachttijd voor het implementeren van een Uniebrede DDB onaanvaardbaar. Acht lidstaten, waaronder België, Italië, Oostenrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk hebben een unilaterale DDB aangekondigd. Per 1 januari 2020 is in Italië en Oostenrijk de nationale DDB in werking getreden.²⁹⁰ Frankrijk heeft met terugwerkende kracht in 2019 een nationale DDB ingevoerd. Per 21 januari 2020 heeft

²⁸⁷ Obuoforibo 2019, *European Taxation*, onderdeel 7.

²⁸⁸ Horzen & Esdonk 2018, *International Transfer Pricing Journal*, onderdeel 4.2.

²⁸⁹ Sheppard 2018, *Bulletin for International Taxation*, onderdeel 2.

²⁹⁰ Asen 2019.

Frankrijk, na druk vanuit de VS, het voorstel vooralsnog ingetrokken. Hongarije heeft al sinds 2014 een bijzondere digitale belasting op reclame-inkomsten ingevoerd.

In vrijwel alle landen volgt de voorgestelde DDB de lijn van de Europese DDB. De omzetsdrempel is EUR 750mln, waarvan variërend EUR 25mln of EUR 50mln omzet gegenereerd moet zijn binnen de desbetreffende lidstaat. Het tarief dat over de bruto-omzet wordt geheven verschilt van twee procent in de VK tot 7,5 procent in Hongarije.

De nationale digitale dienstenbelastingen volgen de reikwijdte van het voorgestelde Europese DDB, hetzij veelal beperkter. Zo stelt België alleen een belasting in op de verkoop van gebruikersdata en belasten Hongarije en Oostenrijk louter omzet gegenereerd middels online-reclame.²⁹¹ Binnen de EU is aldus versnippering in de interne markt ontstaan. Unilaterale maatregelen zijn schadelijk voor de welvaart.²⁹² Daarnaast vertragen unilaterale maatregelen de harmonisatie van de interne markt op lange termijn.

4.2.4.1. *Kritiek Verenigde Staten op Franse Digitale Dienstenbelasting*

Een relevante unilaterale ontwikkeling is de invoering van een DDB in Frankrijk. Het in de heffing betrekken van sterk-gedigitaliseerde ondernemingen heeft geleid tot veel kritiek vanuit de VS. Vergelding vanuit de VS zou bij invoering volgen, door handelstarieven te stellen op Franse producten zoals kaas en wijn. Onder druk is het voorstel per 21 januari 2020 door de Franse president Emmanuel Macron tijdelijk ingetrokken.

Om de vergeldingsacties te rechtvaardigen heeft de VS vijf argumenten aangedragen. Allereerst discrimineert de regeling Amerikaanse ondernemingen.²⁹³ Sectoren waar Amerikaanse ondernemingen dominant zijn, zoals de online-reclame industrie worden specifiek gericht, terwijl sectoren zoals de reguliere-reclame industrie, waar Franse ondernemingen dominant zijn, worden buiten de speciale heffing gehouden. Door de omzetsdrempels worden eveneens voornamelijk Amerikaanse ondernemingen getroffen. De Franse DDB stelt een omzetsdrempel op inkomsten gerelateerd aan digitale diensten, waar de Europese DDB een omzetsdrempel gebaseerd op totale inkomsten voorzag.

Discriminatie op grond van nationaliteit is binnen de EU verboden.²⁹⁴ Om sprake te zijn van discriminatie dient de opzet van de regeling specifiek gericht te zijn tot Amerikaanse ondernemingen. De regeling is echter generiek opgezet. De Franse minister van Financiën Bruno Le Maire heeft tevens aangegeven dat niet alleen Amerikaanse ondernemingen getroffen worden door de digitale belasting. Van discriminatie op grond van nationaliteit kan derhalve geen sprake zijn.

²⁹¹ Asen 2019.

²⁹² Gastaldi & Zanardi 2019, pp. 2-3.

²⁹³ United States Trade Representative 2019, pp. 1-5.

²⁹⁴ Artikel 18 van het VWEU.

Het tweede argument ziet op de terugwerkende kracht van de Franse DDB. Rechtszekerheid is belangrijk voor economische groei. Belastingheffing met terugwerkende kracht is zeldzaam en inconsistent met geldende rechtsbeginselen. Daarnaast heeft het invoeren van een belasting met terugwerkende kracht veel administratieve lasten tot gevolg. Dit zou Amerikaanse MKB-bedrijven en Amerikaanse consumenten raken.

Gribnau stelt dat het rechtszekerheidsprincipe geen terugwerkende kracht behelst ('principle of non-retroactivity').²⁹⁵ Hieruit kan geconcludeerd worden dat de terugwerkende kracht van de regeling in strijd is met het rechtszekerheidsprincipe. Een uitzondering geldt als de ingevoerde belasting leidt tot een lager belastingbedrag voor de belastingplichtige. Dit is in het geval van de Franse DDB echter niet zo. De regeling is in dit geval dus strijdig.

Het derde argument betreft de systematiek van de DDB. Internationale belastingheffing is gebaseerd op het idee dat belasting geheven dient te worden over de winst van een onderneming. Bilaterale verdragen, waaronder het verdrag tussen Frankrijk en de VS weerspiegelen dit principe dan ook. Omzet gerelateerde belastingheffing treft verlieslijdende ondernemingen en ondernemingen met een lage marge onevenredig hard ten opzichte van een winstbelasting. Daarnaast zorgt een omzetbelasting voor een hoger niveau aan heffing dan een winstbelasting en worden inkomstenstromen hierdoor dubbel belast.

Betreffende het derde argument is het de vraag in hoeverre de DDB binnen de reikwijdte van het verdrag valt. In art. 2 eerste lid van het Verdrag tussen Frankrijk en de VS wordt gesteld:

*"in the case of France, all taxes imposed on behalf of the State, irrespective of the manner in which they are levied on total income, on total capital [...], in particular: (i) the income tax [...]; (ii) the company tax [...]; (iii) the tax on salaries [...]; and (iv) the wealth tax."*²⁹⁶ Het tweede lid van artikel 2 vervolgt:

*"The Convention shall apply also to any identical or substantially similar taxes that are imposed after the date of signature of the Convention."*²⁹⁷

Om strijdigheid met het verdrag te constateren dient de digitale dienstenbelasting onder het verdrag te vallen en heffingsrechten toegewezen aan de VS te ontnemen. De DDB is opgezet als een indirecte belasting op de omzet van een onderneming. Uit artikel 2 valt echter af te leiden dat het Verdrag de allocatie van de directe belastingen regelt. Het is derhalve te stellen dat de DDB geen directe belasting is. In dit opzicht valt de DDB niet onder de reikwijdte van het Verdrag. Het is echter – evenals bij de conceptrichtlijn van de EC – niet geheel duidelijk of er sprake is van inbreuk in het verdragenrecht.

²⁹⁵ Gribnau 2013, EATLP International Tax Series nr. 9, par. 2.2.4.3.

²⁹⁶ Artikel 2 lid 1 onderdeel b van het verdrag tussen Frankrijk en de VS 1994.

²⁹⁷ Artikel 2 lid 2 van het verdrag tussen Frankrijk en de VS 1994.

Het vierde argument betreft de digitale aanwezigheid welke als principe contrasterend is met de huidige belastingbeginselen. Volgens het bronlandbeginsel kan belastingheffing alleen plaatsvinden indien een onderneming fysieke aanwezigheid heeft. Digitale aanwezigheid zorgt voor administratieve lasten en daarnaast voor dubbele belastingheffing. De DDB ziet op inkomstenstromen die niet gerelateerd zijn aan een Franse vaste inrichting en derhalve elders in de winstbelasting of indirecte belastingheffing worden betrokken.

Betreffende het vierde argument klopt de stelling van de VS dat de DDB niet een belasting conform de huidige belastingbeginselen is en dubbele belasting hierdoor resulteert. Verwezen wordt naar het artikel van Sheppard²⁹⁸, waarin betoogd wordt dat verschillen in opvatting tot een dispariteit zullen leiden.

Tot slot is het vijfde argument dat de specifieke gerichtheid van de Franse DDB op sterk-gedigitaliseerde ondernemingen strijdig is met het principe dat de digitaliserende economie niet los gezien kan worden van de reële economie ('ring-fencing of the digital economy'). Verwezen wordt naar BEPS Actiepunt 1, waarin de OESO dit standpunt inneemt.²⁹⁹

In de consultatie van april 2014 is door de OESO de vraag opgeworpen of de digitaliserende economie kan worden gescheiden van de reële economie. Hiertoe is vervolgens in het BEPS-Actiepunt 1 rapport gesteld dat dit niet mogelijk of wenselijk is. Het afzonderen van de digitaliserende economie zou ten tijde van het opstellen van de BEPS-rapporten voornamelijk Amerikaanse concerns treffen.³⁰⁰ 'Ring-fencing' is derhalve een Amerikaans argument. Het door de VK gesteunde participatievoorstel is wederom door de OESO in 2019 ter consultatie gebracht. Hieruit volgt in mijn optiek dat het (onder)scheiden van de digitaliserende economie van de reële economie in zekere mate mogelijk is. Het dient echter op supranationaal niveau niet de voorkeur te verdienen.

Naast kritiek vanuit de VS en de politieke spanningen die de invoering teweegbrengt, heeft de invoering van de Franse DDB een andere belangrijke tekortkoming getoond. De DDB werkt niet zoals beoogd. De digitale dienstenbelasting is ingevoerd met het doel om het belastingsysteem eerlijker te maken door grote MNE's hun 'fair share' te laten betalen. In reactie op de belasting heeft online-webwinkel Amazon aangekondigd de prijzen in Frankrijk met drie procent te verhogen.³⁰¹ De consument zou hierdoor als gevolg de totale last van de belasting dragen. Onderzoek van TAJ Société D'Avocats – onderdeel van adviesbureau Deloitte – toont eveneens aan dat het beoogde doel van de DDB niet wordt behaald. Geschat wordt dat 55 procent van de totale lasten afgewenteld wordt op de consument, veertig procent van de lasten gedragen zullen worden door ondernemingen die gebruik maken van een digitaal platform en de sterk-gedigitaliseerde

²⁹⁸ Sheppard 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 2.

²⁹⁹ United States Trade Representative 2019, p. 5.

³⁰⁰ A3F 2014, p. 4. Reactie op het consultatiedocument van april 2014.

³⁰¹ Schulze, CNBC News 19 augustus 2019.

ondernemingen zelf vijf procent van de totale lasten zullen dragen.³⁰² In dit opzicht voldoet de belasting niet aan het proportionaliteitsvereiste en is hiermee in strijd met art. 5 van het VEU. Hier komt bij dat de geschatte kosten van EUR 570mln de geschatte opbrengst van EUR 400mln ruimschoots overtreffen. De belasting zorgt derhalve niet voor een eerlijker belastingsysteem, de DDB schaadt de Franse welvaart.

De reactie van het bedrijfsleven op de DDB was voor de Franse overheid vooraf te voorzien. Naar aanleiding van een ingevoerde belasting op digitale downloads in Australië, hebben meerdere sterk-gedigitaliseerde ondernemingen hun prijs aangepast. Zo is een abonnement van Netflix tussen de elf procent en twintig procent duurder geworden na invoering van een belasting van tien procent.³⁰³ De digitale downloadbelasting is niet alleen volledig afgewenteld op de consument, er is zelfs van de mogelijkheid gebruik gemaakt om de prijzen excl. belasting te verhogen. Concluderend is mijns inziens een unilaterale maatregel als de Franse DDB schadelijk voor de harmonisatie van de interne markt en de algemene welvaart. Het is derhalve niet de oplossing om heffingsrechten te creëren in de digitaliserende economie.

4.3. Common (Consolidated) Corporate Tax Base

4.3.1. Achtergrond en de Common (Consolidated) Corporate Tax Base Richtlijn

Het milieu waarin ondernemingen handelen is aan verandering onderhevig. De economie is in toenemende mate geglobaliseerd, gedigitaliseerd en gemobiliseerd.³⁰⁴ Bedrijfsmodellen en bedrijfsstructuren worden mede hierdoor steeds complexer. Om de werking van de interne markt te waarborgen, dient wet- en regelgeving rekening te houden met de dimensies van het internationaal handelsverkeer. Indien lidstaten unilateraal wet- en regelgeving introduceren welke de internationale handelsdimensies onvoldoende in beschouwing nemen, dan zullen mismatches tussen belastingsystemen ontstaan. Dit schaadt de werking van de interne markt.

De manier waarop belastingheffing momenteel binnen de EU is vormgegeven, verhindert het goed functioneren van de interne markt. Nationale belastingsystemen leiden, zonder geharmoniseerde vennootschapsbelastingwetgeving, tot overbelasting en dubbele-belasting voor ingezetenen.³⁰⁵ Het limiteren van grensoverschrijdende verliescompensatie leidt tot onnodig hoge belastingheffing. Het huidige verdragennetwerk schiet eveneens te kort in de voorkoming van dubbele belastingheffing. Dit komt doordat verdragen ontworpen zijn voor bilaterale internationale situaties en niet voor sterk geïntegreerde samenwerkingsverbanden.³⁰⁶

Verenigbaar met het Europa 2020 strategie, is in 2011 de EC met het voorstel gekomen voor een gemeenschappelijk (geconsolideerde) vennootschapsbelastinggrondslag (C(C)CTB) binnen de EU. De richtlijn

³⁰² Pellefigue 2019.

³⁰³ Asen & Bunn 2019.

³⁰⁴ COM (2016) 685, p. 2.

³⁰⁵ COM (2011) 121/4, p. 4.

³⁰⁶ Het MLI heeft effect tot een bepaalde hoogte. Ondertekening van het MLI is facultatief en garandeert niet dat alle 28 lidstaten ergens toe conformeren. Hierdoor kan niet uitgegaan worden van dit systeem.

beoogt één systeem te ontwikkelen dat binnen de gehele EU geldt. Invoering van de C(C)CTB is voor meeste belastingplichtigen vrijwillig en is hierdoor voor alle ondernemingen bereikbaar, ongeacht omvang.³⁰⁷ Belastingaangifte voor de gehele Europese winst kan plaatsvinden in een lidstaat. Verliescompensatie zal tevens grensoverschrijdend mogelijk worden. Dit zou de administratieve lasten van belastingplichtigen met zeven procent terugdringen.³⁰⁸ De kosten voor het opzetten van een dochtervennootschap binnen de EU zullen eveneens sterk worden gereduceerd. Harmonisatie treft alleen de belastinggrondslag en laat overige factoren als de financiële verslaggeving en hoogte van de belastingtarieven over aan de soevereiniteit van de lidstaten.

Succesvolle implementatie kan alleen stapsgewijs worden bereikt.³⁰⁹ Allereerst dient de gezamenlijke belastinggrondslag op Europees niveau uniform te worden overeengekomen. Hiertoe is het consolidatiecriterium van de CCCTB-richtlijn vervallen en resteert derhalve de CCTB-richtlijn. Tevens is in de CCTB-richtlijn invoering van de gemeenschappelijke belastinggrondslag verplicht gesteld voor concerns met een geconsolideerde omzet groter dan EUR 750mln.³¹⁰ Getracht wordt om hiermee onzekerheid bij lidstaten weg te nemen. Met het weglaten van het consolidatiecriterium wordt de kans van implementatie groter geschat. Na invoering van de CCTB is de tweede stap de invoering van het consolidatiecriterium en dus de CCCTB. Gevolg is tevens dat de winstallocatie hierdoor op Europees niveau wordt geregeld. Invoering van de CCCTB-richtlijn is op de lange termijn niet alleen van belang om het internationale handelsverkeer tussen zowel lidstaten als tussen derde landen te bevorderen, het heeft ook tot gevolg dat grondslaguitholling en winstverschuiving van MNE's wordt tegengegaan.³¹¹ Door de nadruk te leggen op het voorkomen van grondslaguitholling en winstverschuiving, kan de EC druk opvoeren om lidstaten te laten instemmen en hiermee de invoering van de CCCTB-richtlijn te versnellen.³¹²

Een voorstel van de EC dient unaniem door lidstaten te worden aanvaard. De implementatie van de CCCTB-richtlijn is door zeven lidstaten, waaronder Nederland, tegengehouden. De invoering van de CCCTB is namelijk niet neutraal voor alle lidstaten. Dit is te verklaren vanwege de verschillen in het effect dat verwacht wordt op de werkgelegenheid en GDP.³¹³ Een analyse naar het verwachte effect, uitgevoerd door adviesbureau EY, toont een verlaging van de werkgelegenheid met -0,2 procent, een verlaging van het GDP met -0,3 procent en een verlaging van het foreign direct investment³¹⁴ met -1,1 procent op EU-niveau.³¹⁵ Deze resultaten staan haaks op het effect analyse van de EC, waarin gesteld wordt dat de CCCTB gunstig is voor de

³⁰⁷ Voor ondernemingen met een omzet groter dan EUR 750mln is invoering van de C(C)CTB verplicht.

³⁰⁸ COM (2011) 121/4, p. 5.

³⁰⁹ COM (2016) 685, p. 3.

³¹⁰ COM (2016) 685, p. 8.

³¹¹ European Commission Press Release IP-15-5796.

³¹² Brocke 2019, EC Tax Review 2019/1, p. 3.

³¹³ Lamotte 2012, European Taxation, onderdeel 3.3.3.

³¹⁴ Foreign direct investment is een investering gedaan door een onderneming in een land, in zakelijke belangen die in een ander land zijn gevestigd.

³¹⁵ Cline e.a. 2010, p. viii.

werkgelegenheid.³¹⁶ Naar verwachting zullen alleen België, Frankrijk en Spanje profiteren. Onderlinge overeenstemming zal derhalve niet snel volgen.

Het is volgens Lamotte tevens de vraag of de invoering van een C(C)CTB de beste manier is om economische en fiscale harmonisatie te bereiken, zonder de soevereiniteit van de lidstaten aan te tasten.³¹⁷ De EC geeft aan de soevereiniteit van lidstaten niet te beperken, omdat de tariefstelling buiten de conceptrichtlijn blijft en hierdoor lidstaten in staat zijn de beoogde belastingopbrengst te behalen.³¹⁸ Verder is de conceptrichtlijn proportioneel, omdat het specifiek gericht is op concerns van een bepaalde omvang. De CCCTB kan echter mogelijk sommige lidstaten beperken in het effectueren van de heffingsrechten.³¹⁹ Dit zou een inbreuk op de nationale soevereiniteit vormen. Daarnaast stellen Aumayr en Mayr dat de beperkte reikwijdte interne marktverstoringen niet adequaat tegengaat, hierdoor het functioneren van de interne markt niet wordt bevorderd en het conceptvoorstel derhalve disproportioneel is.³²⁰

4.3.2. *Winstallocatie onder de Common (Consolidated) Corporate Tax Base*

Conform de doelstellingen van de OESO, is het doel van de gezamenlijk (geconsolideerde) belastinggrondslag, om winst te alloceren waar waardecreatie plaatsvindt.³²¹ Onder de CCTB-richtlijn wordt allereerst alleen de belastinggrondslag geüniformeerd, zodat iedere lidstaat dezelfde regelgeving hanteert. Toerekening van de winst geschiedt middels de bestaande transfer pricingwetgeving. Winstbepaling blijft op het niveau van de lidstaten. Met de invoering van de CCCTB-richtlijn wordt de EU fiscaal één jurisdictie. Winstallocatie geschiedt hierdoor middels een vooraf bepaalde mechanische formule. Transfer pricingwetgeving wordt hiermee binnen de EU minder relevant. De geconsolideerde winst van een concern wordt op EU-niveau bepaald. Afzonderlijke allocatie van de winst en afzonderlijke verdeling van de heffingsrechten tussen lidstaten wordt hiermee overbodig.

Een groot voordeel van consolidatie is de verruiming van de verliesverrekeningsmogelijkheden. De winsten, verliezen en interne transacties van een concern worden alle verrekend voordat allocatie plaatsvindt.³²² Verliesverdamping wordt hiermee deels voorkomen, omdat verliezen grensoverschrijdend verrekenbaar worden. Indien een entiteit wordt afgesplitst, zal de desbetreffende entiteit geen ‘eigen’ verliezen meekrijgen.³²³ De verliezen blijven bij het concern. Indien besloten wordt om CCCTB-regelgeving niet meer toe te passen, zal iedere entiteit – middels dezelfde allocatieformule – de ‘eigen’ verliezen meekrijgen.

³¹⁶ COM (2011) 121/4, p. 8.

³¹⁷ Lamotte 2012, European Taxation, onderdeel 3.3.3.

³¹⁸ Offermans e.a. 2017, European Taxation, onderdeel 10.

³¹⁹ Lamotte 2012, European Taxation, onderdeel 3.3.3.

³²⁰ Aumayr & Mayr 2019, European Taxation, onderdeel 2.1.3.

³²¹ COM (2016) 685, p.2.

³²² Panayi 2012, Bulletin for International Taxation, onderdeel 2.

³²³ Kavelaars 2008, WFR 2008/1218, onderdeel 6.1.

De CCCTB-richtlijn introduceert formulary apportionment (FA) in de EU.³²⁴ De formule is in beginsel gebaseerd op drie gelijkwaardige factoren: activa, arbeid en omzet.³²⁵ De factor activa dient louter materiële activa te omvatten. Om rekening te houden met verschillen in het loonniveau binnen de Unie, dient de factor arbeid uit de loonsom en aantal werknemers (ieder met een gewicht van vijftig procent) te bestaan. De factor omzet verdeelt de omzet naar de locatie waar goederen en diensten worden afgenomen.

Volgens Arendonk geeft de formule met bovenstaande factoren de voorkeur aan lidstaten met een grote productiesector en niet aan marktjurisdicties, waar veel significante digitale aanwezigheid voorkomt.³²⁶ Dit is strijdig met ontwikkelingen op OESO-niveau en de significante digitale aanwezigheidsrichtlijn en DDB afkomstig van de EC, waar meer waarde gehecht wordt aan de plaats waar de afnemers gevestigd zijn. De formule faciliteert geen toerekening van immateriële activa. De CCCTB is derhalve in deze vorm niet geschikt voor winstallocatie in de digitaliserende economie.

Om een gemeenschappelijke belastinggrondslag te creëren binnen de Europese Unie dient bij het ontwerp rekening gehouden te worden met de digitalisering van veel sectoren binnen de economie, gekoppeld met de snelle ontwikkeling van de digitale economie.³²⁷ Hiervoor dient de formulematige verdeling van de CCCTB-richtlijn uitgebreid te worden. Dit wordt bereikt door de factor 'data' toe te voegen (zie onderdeel 5.4.2.2).³²⁸ Deze factor omvat de verzameling en het gebruik van persoonlijke data afkomstig van online-platforms en gebruikers. De FA allociert derhalve winst waar de winst is ontstaan. Hierdoor is allocatie onder de CCCTB-richtlijn meer resistent tegen grondslaguitholling en winstverschuiving van MNE's dan onder de huidige transfer pricingwetgeving.³²⁹

Om de belastinggrondslag volledig toekomstbestendig voor de digitaliserende economie te maken, dient uitbreiding van de huidige wet- en regelgeving om ondernemingen met een significante digitale aanwezigheid in de heffing te betrekken.³³⁰ Dit wordt bereikt door de introductie van een digitale vaste inrichting. De lange termijnoplossing voor het belasten van de digitaliserende economie wordt hiermee uiteindelijk in feite ondergebracht onder de CCCTB-richtlijn.

Om handel en investeringen binnen de interne markt te bevorderen dient een eenvoudig werkbaar belastingraamwerk aanwezig te zijn.³³¹ Dit vermindert de administratieve lasten voor ondernemingen. Daarnaast is het van belang dispariteiten tussen lidstaten te verwijderen om dubbele (niet)-belasting te voorkomen. De mogelijkheid voor grensoverschrijdende verliesverrekening is eveneens van belang om handel

³²⁴ Zie voor een uitgebreide bespreking van de CCCTB-formule onderdeel 5.4.2.2.

³²⁵ COM (2016) 685, p.2.

³²⁶ Arendonk 2019, EC Tax Review 2019/2, p. 3.

³²⁷ A8-0051/2018, p. 6.

³²⁸ A8-0051/2018, p. 14.

³²⁹ COM (2016) 685, p. 2.

³³⁰ A8-0051/2018, p. 7.

³³¹ A8-0051/2018, p. 7.

binnen de Unie te stimuleren. Consolidatie maakt dit alles mogelijk. Een gemeenschappelijk belastinggrondslag is derhalve het krachtigst als ook consolidatie binnen de EU mogelijk is. Het achterwege blijven van consolidatie (en dus de CCCTB) is een groot knelpunt in de effectiviteit van een gemeenschappelijke belastinggrondslag.

4.4. Beschouwing ontwikkelingen EU

Binnen de Europese Unie hebben in de afgelopen jaren veel ontwikkelingen plaatsgevonden omtrent belastingheffing en winstallocatie in de digitaliserende economie. De conceptringlijnen voor een significante digitale aanwezigheid en een Uniebrede digitale dienstenbelasting zijn tot 2022 uitgesteld. Het concept van een gezamenlijke belastinggrondslag in zowel geconsolideerde als niet-geconsolideerde vorm zijn eveneens in de wacht gezet.

Desondanks zijn de ontwikkelingen in de EU nuttig geweest in de ontwikkeling van wet- en regelgeving. Ponomareva geeft als knelpunt in de OESO-ontwikkeling het uitblijven van specifieke maatregelen.³³² De EU heeft middels het significante digitale aanwezigheidsvoorstel en de Europese DDB concrete aanpassingen gepubliceerd. Hiertoe is met betrekking tot het significante digitale aanwezigheidsvoorstel wel op te merken dat het uitvoeringstechnisch momenteel niet mogelijk is, omdat geen betrouwbare locatiebepalingen bestaan. Daarnaast is de beperkte reikwijdte van digitale diensten – afgeleid van de btw – te beperkt, nu uitsluiting van digitale verkopen puur digitale ondernemingen als Netflix en Spotify buiten de heffing houden. De conceptringlijn mist hierdoor kracht.

Met betrekking tot de digitale dienstenbelasting – zowel op Europees niveau als unilateraal – kan geconcludeerd worden dat het een ontoereikende manier is om heffingsrechten te creëren in de marktjurisdictie. Allereerst is onduidelijk wat de effecten zijn op bilaterale verdragstoepassingen. De systematiek ligt echter in de lijn van de issuance principle in de FTT en lijkt derhalve geen strijdigheid met art. 63 VWEU op te leveren. Wel is te concluderen dat de belasting niet proportioneel is, gezien de belasting in de realiteit afgewenteld wordt op consument en de ondernemingen die gebruik maken van het platform. Hiermee wordt strijdigheid met art. 5 VEU geconstateerd. De doelstelling om online-platforms in de heffing te betrekken en hiermee een eerlijker belastingsysteem te creëren wordt niet bereikt.

Met betrekking tot een gemeenschappelijke belastinggrondslag kan gesteld worden dat het perfect past binnen de huidige ontwikkelingen in het belastingrecht. Het CCCTB-voorstel voorkomt grondslaguitholling en kunstmatige winstverschuiving terwijl gelijktijdig verdere harmonisatie wordt bereikt. Röder stelt dat de formulematige winstallocatie tot additionele problemen zal leiden en derhalve afwijking van het arm's-lengthbeginsel niet rechtvaardigt.³³³ Het voornaamste knelpunt voor de totstandkoming van de CCCTB is de

³³² Ponomareva 2019, Bulletin for International Taxation, onderdeel 2.2.

³³³ Röder 2012, World Tax Journal, onderdeel 6.

benodigde consensus. Gezien het niet-neutrale effect op de welvaart en werkgelegenheid van lidstaten is de kans op invoering klein. Een gemeenschappelijke belastinggrondslag is mijns inziens echter van belang om toekomstige ontwikkelingen in de digitaliserende economie te omvatten. Met de beoogde toevoeging van het significante digitale aanwezigheidsvoorstel kunnen aanpassingen direct op Unie-niveau worden geregeld. Zo wordt voorkomen dat unilaterale maatregelen de werking van de interne markt verstoren en oneigenlijke toe-eigening van heffingsrechten plaatsvindt.

4.5. Deelconclusie

Aangezien ontwikkelingen op het niveau van de OESO niet binnen een redelijke termijn te verwachten zijn, heeft de EC eenzijdige maatregelen geïntroduceerd. Op langere termijn is het concept van een significante digitale aanwezigheid conform het SEA-voorstel van de OESO. Op de korte termijn is de invoering van een DDB – in de sfeer van de indirecte belastingen – gesuggereerd. Op lange termijn dient de conceptrychlijn voor een significante digitale aanwezigheid samengevoegd te worden met het voorstel voor een gemeenschappelijke belastinggrondslag. Harmonisatie zal hiertoe derhalve eveneens in de sfeer van de directe belastingen optreden. Centrale deelvraag in dit hoofdstuk is:

Wat zijn de ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie op EU-niveau en welke gevolgen brengen deze ontwikkelingen teweeg voor de allocatie van winst?

De EU heeft met het significante digitale aanwezigheidsvoorstel voornamelijk getracht invulling te geven aan het SEA-concept in ontwikkeling bij de OESO. Concreet betekent dit een fictieve vaste inrichting specifiek voor digitale diensten. Hiertoe wordt de belastingplicht van de producent naar de afnemer/gebruiker verplaatst. Voornaamste knelpunten zijn de benodigde consensus binnen de EU, de reikwijdte van de richtlijn en de technische uitvoerbaarheid. Hiernaast is op korte termijn een Uniebrede DDB gesuggereerd. Dit concept is vervolgens door een aantal lidstaten overgenomen en geïmplementeerd. Essentieel is de erkenning dat de verdeling van heffingsrechten voor de digitaliserende economie niet in de sfeer van de indirecte belastingen gevonden kan worden, tenzij bilaterale overeenstemming is te verkrijgen. Hierdoor is het onduidelijk of invoering gevolgen heeft voor bilaterale verdragstoepassingen. Daarnaast toont de Franse DDB aan dat een omzet-gerelateerde belasting de digitaliserende economie niet op de juiste manier in de heffing betreft en de onrechtvaardigheid met betrekking tot de winstallocatie niet oplost. Een DDB is derhalve niet effectief. Geconcludeerd wordt dat een DDB niet de gestelde doelstelling bereikt en derhalve niet proportioneel is. Strijdigheid wordt hiermee gevonden met art. 5 van het VEU.

Met de CCCTB-richtlijn suggereert de EC de invoering van een gemeenschappelijke belastinggrondslag. Harmonisatie wordt hiermee in de sfeer van de directe belastingen bereikt en grondslaguitholling en winstverschuiving wordt binnen de EU onmogelijk. Invoering van deze richtlijn dient mijns inziens derhalve gestimuleerd te worden. Voornaamste knelpunt is het bereiken van onderlinge overeenstemming. Winstallocatie onder het CCCTB-regime zal voor verscheidene lidstaten – waaronder

Nederland – nadelig zijn ten opzichte van het huidige niveau. Unanieme overeenstemming – welke voor invoering vereist is – zal daarom niet te verwachten zijn. Invoering zou desalniettemin een goede ontwikkeling zijn.

Van de invoering van een significante digitale aanwezigheidsrichtlijn en een (Uniebrede) DDB dient mijns inziens te worden afgezien. De conceptrichtlijnen – welke ter afwachting van de OESO-ontwikkelingen zijn ingevoerd – lossen de knelpunten in de digitaliserende economie niet volledig op. Het nauwe samenwerkingsverband van de EU biedt hiertoe geen unieke oplossing. Afwachting op de afronding van het BEPS 2.0-project verdient in mijn optiek de voorkeur. Onder de CCCTB-richtlijn wordt de winst afkomstig van digitaliserende bedrijfsmodellen formulematig verdeeld en grondslaguitholling en winstverschuiving komt hierdoor binnen de EU niet meer voor. Invoering van de CCCTB-richtlijn dient derhalve gestimuleerd te worden. Winstallocatie in de digitaliserende economie berust op consensus en compromissen sluiten. Internationale consensus op het niveau van de OESO verdient daarom de voorkeur boven eenzijdige maatregelen.

5. *Arm's-lengthbeginsel in de digitaliserende economie*

5.1. *Inleiding*

Met de toename in globalisering is de bedrijvigheid wereldwijd gestegen. Concerns zijn in toenemende mate grensoverschrijdend gaan handelen. Om de daarmee samenhangende toegenomen problematiek omtrent de vaststelling van verrekenprijzen te verhelpen is in de twintigste eeuw de transferpricingleer ontwikkeld. Deze theorie – en hiermee het arm's-lengthbeginsel – vormt in het huidig tijdperk nog steeds de basis voor de bepaling van grensoverschrijdende winstallocatie.

Technologische ontwikkeling en innovatieve bedrijfsmodellen hebben concerns in staat gesteld volledig virtueel te opereren. Winst wordt in toenemende mate gegenereerd met behulp van immateriële activa. Geen van de huidige verrekenprijsmethodes faciliteert de allocatie van immateriële activa echter volledig (zie onderdeel 2.3.5.1). Het arm's-lengthbeginsel wordt geacht goed in de reële economie te werken. Het is echter af te vragen of het arm's-lengthbeginsel in de digitaliserende economie eveneens het meest toepasselijk is. Hiertoe is een onderzoek naar de toepasselijkheid en mogelijke geschiktere alternatieve allocatiebeginselen relevant.

Dit hoofdstuk zal onderzoeken hoe het arm's-lengthbeginsel past binnen de digitaliserende economie. Hiertoe zal formulary apportionment (FA) als alternatief worden besproken. Centraal thema is de geschiktheid van de winstallocatiemethodiek. Allereerst zal het bestaansrecht van het arm's-lengthbeginsel worden uiteengezet. Hiertoe worden de voordelen en nadelen belicht, welke onbesproken zijn gebleven in hoofdstuk twee. Vervolgens zal FA als basisbeginsel worden toegelicht. Eventuele voordelen en nadelen worden apart vermeld. In het verlengde hiervan zal de functie van FA in de huidige ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie – op zowel OESO-niveau als op EU-niveau – worden besproken. Tot slot wordt onderzocht of FA als complementair begrip kan worden geïntroduceerd.

5.2. *Arm's-lengthbeginsel*

5.2.1. *Grondgedachte*

Het arm's-lengthbeginsel is het kernbegrip in de transfer pricingtheorie (zie onderdeel 2.3.2). Het begrip biedt de nauwkeurigste benadering van de werking van de open markt in gevallen waarbij eigendom wordt overgedragen of diensten worden verricht.³³⁴ Het arm's-lengthbeginsel biedt derhalve de mogelijkheid de economische realiteit – welke in de markt bestaat – te weerspiegelen. Hiermee wordt de nadruk gelegd op de werkelijke economische activiteiten in een jurisdictie en niet op de juridisch tot stand gekomen vorm.

Het arm's-lengthbeginsel is een uitwerking van de 'separate entity approach'. De kerngedachte is om gelieerde entiteiten voor fiscale doeleinden als derden te beschouwen. De grootste complicatie die hierbij ontstaat, is de bepaling van een onderlinge prijs, welke in de open markt als zakelijk kan worden beschouwd.

³³⁴ OECD 2017, par. 1.14.

Verrekenprijzen komen namelijk niet altijd tot stand in de open markt. Een nauwkeurige benadering is van belang om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan.

Het arm's-lengthbeginsel heeft naast een winstverdelingsfunctie het doel om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan. Dit wordt bereikt door winst toe te rekenen aan de fysieke locatie waar waardecreatie plaatsvindt. In het huidige systeem sluit het arm's-lengthbeginsel hierdoor aan bij de productiekant van de economie. De recente ontwikkelingen binnen de digitaliserende economie verdelen de winst naar de geografische locatie van de afnemer. Het is derhalve mogelijk dat het arm's-lengthbeginsel hierdoor ontoereikend is geworden.

5.2.2. *Voordelen arm's-lengthbeginsel*

Naast de leden van de OESO, accepteren veel jurisdicties het arm's-lengthbeginsel. Voornaamste reden hiervoor is het gegeven dat het beginsel internationale handel en investeringen stimuleert.³³⁵ Dit komt vanwege de gelijke fiscale behandeling van gelieerde entiteiten en onafhankelijke derden. Hiermee worden de fiscale consequenties uit de vergelijking gehaald. Een groot voordeel van deze benadering is de effectiviteit van het begrip. Het arm's-lengthbeginsel wordt in veel gevallen effectief bevonden.³³⁶ Situaties waarin het arm's-lengthbeginsel minder goed werkt worden verholpen door het gedrag van onafhankelijke derden te veronderstellen.³³⁷

Het succes van het arm's-lengthbeginsel is voornamelijk gelegen in de internationaal overeengekomen consensus met betrekking tot het begrip. Ongeveer zeventig procent³³⁸ van de landen erkent op een bepaalde manier de fiscale OESO-richtlijnen. Yonah en Musselli stellen dat internationale overeenstemming betreffende een begrip als het arm's-lengthbeginsel mogelijk is, omdat het generiek en abstract is.³³⁹ Iedere jurisdictie kan het begrip toepassen op de voor zichzelf meest voordelige manier, zelfs als dit in strijd is met de belangen van andere jurisdicties. Het begrip is derhalve flexibel en dynamisch in de toepassing. Deze karakteristieken hebben gezorgd dat het arm's-lengthbeginsel een internationale standaard is geworden.

5.2.3. *Nadelen arm's-lengthbeginsel*

Het arm's-lengthbeginsel ondervindt voornamelijk complexiteiten met betrekking tot de behandeling van immateriële activa. Hiertoe wordt voor de waardering de CUP-methode en RPS-methode toereikend geacht (zie onderdeel 2.3.4). Met betrekking tot integratievoordelen – zoals synergievoordelen – is minder begeleiding in de OESO-richtlijnen te vinden. In paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen wordt gesteld dat voordelen

³³⁵ OECD 2017, par. 1.8.

³³⁶ OECD 2017, par. 1.9.

³³⁷ Peng 2017, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 2.2.1.

³³⁸ Gebaseerd op de fractie leden van de G20/OECD Inclusive Framework op het totaal van landen wereldwijd (137/195).

³³⁹ Avi-Yonah & Musselli 2019, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 1.

behaald zonder doelbewuste actie of transacties daartoe niet tot een entiteit gerekend dienen te worden. Dit is het inherente gevolg van de toepassing van de separate entity approach.

Door het kunstmatig scheiden van gelieerde entiteiten wordt geen rekening gehouden met voordelen ontstaan door nauwe integratie, zoals schaalvoordelen.³⁴⁰ Het is juist de economische integratie van entiteiten, wat tot de macht en winstgevendheid van MNE's leidt.³⁴¹ Het arm's-lengthbeginsel negeert derhalve een cruciaal element in het waardecreatieproces. Avi-Yonah en Benshalom stellen tevens dat de huidige dynamische handelspraktijken onvolledig door het arm's-lengthbeginsel worden benaderd.³⁴² Het arm's-lengthbegrip werd ten tijde van de Tweede Wereldoorlog ontwikkeld. Het concept is niet afgestemd op de sterk geïntegreerde en sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen. Gesteld kan hierdoor worden dat het arm's-lengthbeginsel niet geschikt is voor toepassing in de digitaliserende economie.

In de recente ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie kan bovenstaande tekortkoming als 'inherently flawed'³⁴³ worden gezien. Met betrekking tot de creatie van de nieuwe nexus in de marktjurisdictie – onder bedrag A – wordt de separate entity approach losgelaten. Een formulematige benadering wordt in deze gevallen toepasbaarder geacht. De OESO neigt in dit opzicht naar de creatie van een synergy intangible. Een synergy intangible is een begrip – op formulematige basis – welke alle integratievoordelen omvat. Kane stelt echter dat de oplossing niet in de creatie van een "synergie intangible" gezocht kan worden.³⁴⁴ Integratie heeft geen geografische locatie. Hierdoor zou allocatie kunstmatig worden.

Een tweede knelpunt betreft verschillen in interpretatie van het arm's-lengthbeginsel. Koomen stelt dat het arm's-lengthbeginsel in internationale verhoudingen een winstallocatiemethode is, maar in nationale verhouding tevens een antimisbruikvoorziening.³⁴⁵ Door verschillen in interpretatie wordt binnen het transfer pricingraamwerk van de OESO de nadruk op andere methoden gelegd. Koomen vindt de nadruk op de eenzijdige methoden bij landen als Australië, Nederland, het VK en de VS.³⁴⁶ De Verenigde Naties en bevoegde Amerikaanse instanties leggen de nadruk echter bij de tweezijdige allocatiemethoden. De systematische voorkeur voor verschillende methoden, hebben systematisch andere verrekenprijzen tot gevolg. Iedere jurisdictie pas uiteindelijk het arm's-lengthbeginsel op de meest voordelige manier toe.

In het verlengde hiervan is in navolging van het BEPS-project de definitie van het arm's-lengthbeginsel door de OESO opgerekt. De functionele analyse voegt een nieuwe dimensie toe aan het arm's-lengthbeginsel. Naast de traditionele vergelijkbaarheidsfunctie, stelt Serepante dat het arm's-lengthbeginsel door de functionele

³⁴⁰ OECD 2017, par. 1.10.

³⁴¹ Hellerstein 2005, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 6.1.

³⁴² Avi-Yonah & Benshalom 2011, World Tax Journal, onderdeel 4.3.

³⁴³ OECD 2017, par. 1.10.

³⁴⁴ Kane 2014, World Tax Journal, onderdeel 5.

³⁴⁵ Koomen 2015a, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 2.3.

³⁴⁶ Koomen 2015, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 3.6.

analyse ook een anti-misbruikarakter heeft gekregen.³⁴⁷ Pankiv stelt echter dat het arm's-lengthbeginsel foutief als antimisbruikregel wordt geïnterpreteerd.³⁴⁸ Het concept dient louter allocatie te faciliteren tussen jurisdicties. Generieke en specifieke anti-misbruikartikelen in verdragen kunnen niet per definitie gebaseerd zijn op het arm's-lengthbeginsel. Hier zijn andere, meer geschiktere instrumenten voor.

Tot slot is de vergaring van adequate informatie om de vergelijkbaarheidsanalyse te kunnen uitvoeren een knelpunt in het arm's-lengthbegrip.³⁴⁹ Hiertoe kan voor de uitvoering een significante hoeveelheid data benodigd zijn. Informatie – indien beschikbaar – is niet in alle gevallen compleet of betrouwbaar. Dit heeft significante administratieve lasten tot gevolg. Indien geen informatie beschikbaar is en het integratievoordelen betreft, zal allocatie onder het arm's-lengthbeginsel arbitrair zijn.³⁵⁰ Dit is contrasterend met de doelstelling om de economische realiteit te weerspiegelen.

5.2.4. *Het Europese arm's-lengthbeginsel*

Binnen de EU wordt vastgehouden aan het arm's-lengthbeginsel, welke in de OESO-richtlijnen is ontwikkeld. In de literatuur is de vraag opgekomen of het arm's-lengthbeginsel binnen het EU-recht een afzonderlijke status heeft. Hiertoe is de ontwikkeling in het Europese staatssteunrecht van belang geweest. In meerdere arresten is het arm's-lengthbeginsel als instrument aangehaald door de EC. Zo wordt in het arrest Starbucks (gevoegde zaken T-760/15 en T-636/16) gesteld:

*“The Court makes clear that the arm's length principle as described by the Commission in the contested decision is a tool that allows it to check that intra-group transactions are remunerated as if they had been negotiated between independent companies. Thus [...] that tool falls within the exercise of the Commission's powers under Article 107 TFEU.”*³⁵¹

Met betrekking tot staatssteun stelt de EC tevens:

*“When examining whether a transfer pricing ruling complies with the arm's length principle inherent in Article 107(1) of the Treaty, the Commission [**may have regard**] to the guidance provided by the Organisation for Economic Cooperation and Development ('OECD'), in particular the 'OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. [...] Consequently, if a transfer pricing arrangement complies with the guidance provided by the OECD Transfer Pricing Guidelines, [...] a tax ruling endorsing that arrangement is [**unlikely**] to give rise to State aid.”*³⁵²

³⁴⁷ Screpante 2019, World Tax Journal, onderdeel 7.

³⁴⁸ Pankiv 2016, International Transfer Pricing Journal, onderdelen 1 en 4.

³⁴⁹ OECD 2017, par. 1.13.

³⁵⁰ Avi-Yonah 2010, World Tax Journal, onderdeel 4.

³⁵¹ General Court of the European Union Press Release, 24-09-2019, nr. 119/19, p. 3.

³⁵² OJ C262 (2016), par. 173.

Bal³⁵³ en Bonnici³⁵⁴ concluderen dat met de woorden “*may have regard*” respectievelijk “*unlikely*”, de EC aangeeft niet de verplichting te voelen om de OESO-richtlijnen strikt toe te passen. Met het CCCTB-voorstel neemt de EU tevens afstand van de separate entity approach. Er kan in dit opzicht daarom gesteld worden dat de EC de vrijheid behoudt om toepassing en interpretatie van het arm’s-lengthbeginsel naar eigen inzicht in te vullen.

Daly stelt dat louter nationaal recht een arm’s-lengthbegrip bevat en hierdoor geen apart Europees arm’s-lengthbeginsel bestaat.³⁵⁵ De EC heeft tevens nooit een apart Europees arm’s-lengthbeginsel gesuggereerd. Het belang is mijns inziens echter niet gelegen in een afzonderlijk beginsel, maar in de gecreëerde mogelijkheid om af te zien van de interpretatie van het OESO arm’s-lengthbeginsel. Recente Europese jurisprudentie biedt de EC hiertoe weldegelijk de mogelijkheid. Het arm’s-lengthbeginsel is in EU-verband hierdoor een effectief bestrijdingsinstrument voor staatssteun geworden. Een Europees arm’s-lengthbeginsel kan echter wel ten koste gaan van de flexibiliteit van het begrip. Zo stelt Hennevelt dat het gebruik van het arm’s-lengthbeginsel als staatsteuninstrument de EC in staat stelt een specifieke methode voor te schrijven.³⁵⁶ De OESO laat de keuze van de gebruikte verrekenprijsmethode aan de belastingplichtige zelf. De vrijheid in de toepassing van het arm’s-lengthbeginsel wordt met betrekking tot staatssteun hierdoor ingeperkt. Luja merkt op dat het arm’s-lengthbeginsel van de OESO in beginsel soft-law is en derhalve geen bindend karakter heeft. Met het gebruik van het arm’s-lengthbeginsel als instrument is het begrip EU-recht geworden.³⁵⁷ Het belang van het arm’s-lengthbeginsel en transfer pricing wordt binnen de EU hierdoor impliciet benadrukt.

5.3. *Formulary Apportionment*

5.3.1. *Achtergrond en grondgedachte*

Het bepalen van de winst middels het arm’s-lengthbeginsel kent beperkingen. Kernprobleem hiertoe is de onmogelijkheid om integratievoordelen en voordelen afkomstig van immateriële activa op nauwkeurige manier te alloceren. Een alternatief voor het arm’s-lengthbeginsel is global formulary apportionment (FA). Onder FA wordt de geconsolideerde winst verdeeld over alle gelieerde entiteiten wereldwijd, middels een vooraf bepaald mechanische formule.³⁵⁸ Het alloceren van winst onder het FA-regime geschiedt middels een ‘substance over form’-benadering.³⁵⁹ Hiermee is het beginsel in lijn met de grondgedachte dat winstallocatie geschiedt waar waardecreatie plaatsvindt en biedt het een mogelijk alternatief.

³⁵³ Bal 2018, *Tax Incentives in the BEPS Era*, p. 237.

³⁵⁴ Bonnici 2019, *International Transfer Pricing Journal*, onderdeel 3.

³⁵⁵ Daly 2020, *European Taxation*, onderdeel 4.

³⁵⁶ Hennevelt 2018, *WFR 2018/141*, onderdeel 5.3.3.

³⁵⁷ Luja 2015, *NJB 2015/678*, onderdeel 4.4.

³⁵⁸ OECD 2017, par. 1.17.

³⁵⁹ Hellerstein 2005, *International Transfer Pricing Journal*, Onderdeel 5.

Voor de bepaling van de allocatieformule kan inspiratie gevonden worden in de huidige Amerikaanse wetgeving. De winst van een – in de VS belastingplichtig concern – wordt allereerst op nationaal niveau geconsolideerd en vervolgens middels een mechanische formule herverdeeld onder de verschillende staten. Staten hebben de keuze tussen een formule gebaseerd op de factoren vastgoed, loonsom en omzet of een mechanische formule louter gebaseerd op de omzet.³⁶⁰ De gewichten in de eerste formule kunnen gewijzigd worden om de nadruk op een bepaalde factor te vergroten, om zo de economische realiteit beter te weerspiegelen. In beginsel wordt echter uitgegaan van een gelijk waardering van alle factoren.

Relevant is de behandeling van ‘nowhere sales’. Nowhere sales omvat alle winst die niet gealloceerd of in de heffing betrokken is, omdat in de betreffende staat geen nexus bestaat of geen winstbelasting wordt geheven. Dubbele belastingheffing wordt voorkomen en afstandsverkopen worden meegenomen door het totaal aan nowhere sales in de overige factoren toe te voegen of te verwijderen. Het Amerikaanse systeem kan als inspiratiebron dienen voor de ontwikkelingen op OESO respectievelijk EU-niveau. Zo stelt Röder dat nowhere sales in de CCCTB-formule al is inbegrepen in de factor omzet.³⁶¹

Een formulematige benadering komt momenteel in de praktijk voor in bilaterale en multilaterale vaststellingsovereenkomsten, zoals een advanced pricing agreement of een onderlinge overeenstemmingsprocedure.³⁶² Een formule op basis van FA is mechanisch en wordt vooraf bepaald. Hierbij zijn voor de bepaling de feiten en omstandigheden irrelevant. De formule dient derhalve een generiek karakter te hebben. Het is niet concern specifiek. Wel kan gedacht worden om een aparte formule voor specifieke sectoren op te stellen.³⁶³

5.3.2. *Voordelen formulary apportionment*

Het invoeren van een formulematige winstallocatie heeft positieve aspecten. Het voornaamste voordeel betreft het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving. Met het gebruik van FA worden alle winstverschuivingsstimulansen weggenomen, waardoor de noodzaak voor transfer pricingregelgeving verdwijnt en hiermee ook de samenhangende administratieve- en nalevingslasten.³⁶⁴ Een formulematige benadering vergroot hierdoor tevens de rechtszekerheid voor belastingplichtigen.³⁶⁵

Het verdwijnen van transfer pricingwetgeving heeft tot gevolg dat ondernemingen niet meer in de heffing betrokken worden in een jurisdictie op basis van de geografisch vestigingsplaats. Avi-Yonah en Benshalom prefereren een FA-benadering, omdat het begrip de huidige dynamische bedrijfsmodellen beter

³⁶⁰ CCH State Tax Guide 2012.

³⁶¹ Röder 2012, World Tax Journal, onderdeel 3.3.

³⁶² OECD 2017, par. 1.18.

³⁶³ McLure 2002, Bulletin for International Taxation, onderdeel 3.10.

³⁶⁴ Hofmann & Riedel 2018, Bulletin for International Taxation, onderdeel 4.5.

³⁶⁵ OECD 2017, par. 1.19.

omvat.³⁶⁶ In een toenemend digitaliserende economie – waar geografische locatie steeds minder relevant is – biedt FA derhalve een oplossing. Het gebruik van FA is hierdoor tevens meer in lijn met de economische realiteit. Zo stelt Hellerstein dat het gebruik van een formule, de onafscheidelijke en niet te bepalen winstbijdragen – zoals synergievoordelen – met betrekking tot gelieerde entiteiten alloceert. Zo kan op een nauwkeurigere manier winst afkomstig van sterk geïntegreerde en sterk gedigitaliseerde bedrijfsmodellen worden herverdeeld. Onder het arm's-lengthbeginsel worden deze voordelen in beginsel als niet-routinematige winst toegewezen aan de gerechtigde entiteit – veelal de vestigingsstaat van het hoofdkantoor. Dit is geen nauwkeurige weerspiegeling van de economische werkelijkheid.

Indien globaal tot een overeenstemming van de allocatieformule kan worden gekomen, zal de kans op dubbele belasting en dubbele niet-belasting worden gereduceerd.³⁶⁷ Dit is het gevolg van de 'substance over form'-benadering.³⁶⁸ Indien jurisdicties daarentegen unilateraal de gewichten van de formule kunnen aanpassen – zoals mogelijk onder het CCCTB-voorstel – kan dubbele belastingheffing echter wel ontstaan.³⁶⁹ Avi-Yonah en Benshalom stellen dat het voorkomen van dubbele belastingheffing alleen noodzakelijk is, als de internationale handel wordt verstoord.³⁷⁰ Hoog- en regulier belastende jurisdicties hebben alleen een stimulans dubbele heffing te voorkomen indien reële economische activiteiten ten grondslag liggen. Voorkoming van dubbele belasting zal derhalve in deze situaties bilateraal of multilateraal tussen jurisdicties geregeld worden.

5.3.3. *Nadelen formulary apportionment*

Het gebruik van FA zorgt voor meer rechtszekerheid, gaat grondslaguitholling en winstverschuiving tegen en is meer in lijn met de economische realiteit. Een formulematige benadering heeft echter ook tekortkomingen. Het voornaamste knelpunt betreft de benodigde coördinatie, welke succesvolle implementatie genoodzaakt.³⁷¹ Om winstallocatie middels een vooraf bepaalde formule mogelijk te maken is internationale consensus nodig. Onderlinge overeenstemming kan lastig overeen te komen zijn nu FA niet generiek en abstract is. In tegenstelling tot het arm's-lengthbeginsel, biedt een formulematige benadering weinig flexibiliteit. Daar komt bij dat FA alleen werkt indien het gehele concern eraan onderworpen is. Indien een entiteit of een deel van het concern niet onder het FA-regime valt, kan formulematige allocatie in het geheel niet plaatsvinden. De OESO stelt dat hierdoor FA geen volledig oplossing kan zijn.³⁷²

In het verlengde hiervan is een cruciaal obstakel de werkelijke bepaling van de allocatieformule.³⁷³ Iedere jurisdictie zal andere factoren vereisen of de nadruk op verschillende factoren leggen, om de formule –

³⁶⁶ Avi-Yonah & Benshalom 2011, World Tax Journal, onderdeel 4.3.

³⁶⁷ Avi-Yonah 2010, World Tax Journal, onderdeel 3.

³⁶⁸ Hellerstein 2005, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 6.2.3.

³⁶⁹ Sánchez 2018, European Taxation, onderdeel 2.1.

³⁷⁰ Avi-Yonah & Benshalom, World Tax Journal, onderdeel 4.5.

³⁷¹ OECD 2017, par. 1.22.

³⁷² OECD 2017, par. 1.31.

³⁷³ OECD 2017, par. 1.23.

voor de eigen jurisdictie – zo gunstig mogelijk te laten uitvallen. Het is hierdoor essentieel dat een formule vormgegeven wordt op een manier waarbij consensus het waarschijnlijkst is.³⁷⁴ Hiertoe zal politieke compromis noodzakelijk zijn.³⁷⁵ Internationale consensus wordt hiermee bemoeilijkt.

Een derde knelpunt is het feit dat FA geen theoretisch fundament heeft.³⁷⁶ Hierdoor is allocatie van nature arbitrair. Volgens Musselli kan een formule de neutraliteit, efficiëntie en rechtvaardige verdeling – welke inherent is aan het gebruik van het arm's-lengthbeginsel – niet bezitten.³⁷⁷ Ongeacht de aard van de verkopen, de geografische locatie van de onderneming of de arbeid-kapitaal-verhouding, de gewichten in de formule zijn in beginsel gelijk. McLure stelt dat FA hierdoor niet de economische realiteit weerspiegelt.³⁷⁸

Een vierde knelpunt betreft de mogelijkheid om de factoren in de formule te manipuleren om zo kunstmatig winst te verschuiven naar laagbelastende jurisdicties.³⁷⁹ Dit kan bereikt worden door de factoren in belastinghavens onder te brengen,³⁸⁰ of de elementen van de factor kunstmatig te beïnvloeden.³⁸¹ Indien de factoren dusdanig worden vormgegeven dat manipulatie mogelijk is, dan kan de belastinggrondslag vrij verschoven worden, zonder de noodzaak de reële bedrijfsactiviteiten te verschuiven.³⁸² Het gebruik van een onjuist gedefinieerde formule vereenvoudigt derhalve de mogelijkheid voor MNE's om kunstmatig de grondslag uit te hollen en winst te verschuiven.

5.4. Formulary apportionment in de digitaliserende economie

5.4.1. OESO

5.4.1.1. Standpunt OESO

Het standpunt van de OESO omtrent het gebruik van een formulematige benadering is duidelijk:

*“OECD member countries do [...] not consider global formulary apportionment a realistic alternative to the arm's length principle.”*³⁸³

De recente ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie lijken echter enige nuance te geven aan bovenstaand standpunt. Door de OESO wordt toegegeven dat het arm's-lengthbeginsel niet altijd werkt zoals is beoogd.³⁸⁴ Voorgesteld wordt daarom om de knelpunten die de digitaliserende economie veroorzaakt in de

³⁷⁴ Avi-Yonah 2010, World Tax Journal, onderdeel 4.

³⁷⁵ Dorey 2019, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 3.

³⁷⁶ McLure 2002, Bulletin for International Taxation, onderdeel 2.3.

³⁷⁷ Musselli 2018, European Taxation, onderdeel 3.1.

³⁷⁸ McLure 2002, Bulletin for International Taxation, onderdeel 2.3.

³⁷⁹ OECD 2017, par. 1.23.

³⁸⁰ Kobetsky 2008, Bulletin for International Taxation, onderdeel 4.3.5.

³⁸¹ Sánchez 2018, European Taxation, onderdeel 3.

³⁸² De Wilde 2020, World Tax Journal, onderdeel 4.3.

³⁸³ OECD 2017, par. 1.21.

³⁸⁴ OECD 2019c, par. 18.

werking van het arm's-lengthbeginsel formulematig op te lossen. De voorgestelde richtlijnen zijn hierdoor een hybride benadering, waarbij het bestaande arm's-lengthbeginsel gecombineerd wordt met FA.

5.4.1.2. *Unified Approach*

Het voorstel voor een unified approach regelt de allocatie van drie bedragen: Bedrag A, bedrag B en bedrag C (zie onderdeel 3.4.1). Hiertoe wijkt alleen bedrag A af van de bestaande winstallocatiewetgeving. Allocatie vindt hier formulematig plaats. Bedrag A heeft als doel een vergoeding toe te wijzen aan de marktjurisdictie welke uitgaat boven de huidige arm's-length bepaling. Hiertoe worden de basisactiviteiten bedoeld, welke onder bedrag B worden bepaald en de bepaling van bedrag C. Bedrag A is geen aanvullende allocatie voor deze basisactiviteiten. Het betreft een vergoeding van een deel van de niet-routinematige winst. Het is essentieel dat de vaststelling van bedrag A eenvoudig is, dubbele belastingheffing voorkomt en op een dusdanige manier ontworpen is, dat het effectief naast het arm's-lengthbeginsel werkt.³⁸⁵ Indien enig overlap ontstaat tussen bedrag A en de bedragen B en C, prefereert de formulematige bepaling van bedrag A boven het arm's-lengthbeginsel.³⁸⁶

De grondslag voor bedrag A wordt gebaseerd op de geconsolideerde financiële verslagen van de entiteit.³⁸⁷ Hiertoe wordt winst voor belasting ('profit before tax') als voorkeursindicator genoemd. Naar aanleiding van de consultatierondes wordt eveneens de mogelijkheid onderzocht om de financiële verslagen van verschillende segmenten – zoals geografisch gebied of bedrijfstak – te gebruiken. Verder wordt geopteerd om een gewicht toe te rekenen aan de mate van digitalisering van verschillende bedrijfstakken ('digital differentiation').³⁸⁸ De formule wordt hierdoor nauwkeuriger. Tot slot wordt in de bepaling van de grondslag rekening gehouden met verliessituaties, door het faciliteren van voorwaartse verliesverrekening. Het nieuwe systeem toont hierdoor overeenkomsten met de huidige RPS-methode.³⁸⁹

Na de bepaling van de grondslag wordt het onderdeel van de niet-routinematige gealloceerd middels een bepaalde verdeelsleutel. De verdeelsleutel zal gebaseerd zijn op het deel van de omzet afkomstig van de marktjurisdictie, welke onder de nieuwe nexus valt. Onderscheid tussen inkomstenbronnen wordt gemaakt om rekening te houden met verschillende bedrijfsmodellen en om rekening te houden met de verkoop middels LRD's. De verdeelsleutel dient bijvoorbeeld omzet afkomstig van reclame-inkomsten toe te rekenen aan de jurisdictie waar de reclame is getoond, niet waar de reclame is aangeschaft. De jurisdictie van de afnemer is relevant – en niet zoals onder de huidige wetgeving de plaats van de producent.

³⁸⁵ OECD 2020, par. 13.

³⁸⁶ OECD 2020, par. 53.

³⁸⁷ OECD 2020, par. 43.

³⁸⁸ OECD 2020, par. 46.

³⁸⁹ Förster, Greil & Hilse 2020, International Transfer Pricing Journal, onderdeel 2.1.2.1.

5.4.2. EU

5.4.2.1. Standpunt EU

Binnen de Europese Unie wordt winst momenteel gealloceerd middels bestaande transfer pricingwetgeving. Hiertoe is gebleken dat de EC, verruiming van de interpretatie van het arm's-lengthbeginsel nodig acht. Gesteld kan in dit opzicht worden dat de EU de OESO-richtlijnen niet volledige volgt. Het unieke raamwerk van nauwe samenwerking biedt echter mogelijkheden om alternatieve manieren van winstverdeling te onderzoeken. Dit alternatief is gevonden in een formulematige verdeling, onderdeel van de conceptrichtlijn voor een gemeenschappelijke belastinggrondslag.

5.4.2.2. Common Consolidated Corporate Tax Base

De EC heeft met het voorstel voor een CCCTB, harmonisatie in de sfeer van de directe belastingen willen bereiken. Met de one-stop-shopsystematiek wordt voorgesteld om de belastingplichtige in een lidstaat belastingaangifte te laten doen. Vervolgens verdeelt de betreffende lidstaat de belastinginkomsten, middels een verdeelsleutel, over de overige aanspraak makende lidstaten.

In het conceptvoorstel voor een CCCTB is de volgende formule voorgedragen:³⁹⁰

$$\text{Share } A = \left(\frac{1}{3} \frac{\text{Sales}^A}{\text{Sales}^{\text{group}}} + \frac{1}{3} \left(\frac{1}{2} \frac{\text{Payroll}^A}{\text{Payroll}^{\text{Group}}} + \frac{1}{2} \frac{\text{No of employees}^A}{\text{No of employees}^{\text{Group}}} \right) + \frac{1}{3} \frac{\text{Assets}^A}{\text{Assets}^{\text{Group}}} \right) * \text{Con'd Tax Base}$$

De formule is gebaseerd op drie gelijkwaardige factoren: omzet, arbeid en activa. Arbeid kan vervolgens onderverdeeld worden tussen loonsom en aantal werknemers.

De formule – zoals in 2011 is gepresenteerd – sluit immateriële activa en financiële activa expliciet uit.³⁹¹ Dit vanwege de hoge mate van mobiliteit. In de digitaliserende economie is het gebruik van immateriële activa echter een centraal onderdeel van bedrijfsmodellen. De formule is daarom aangepast om hier rekening mee te houden:³⁹²

$$\text{Share } A = \left(\frac{1}{4} \frac{\text{Sales}^A}{\text{Sales}^{\text{group}}} + \frac{1}{4} \left(\frac{1}{2} \frac{\text{Payroll}^A}{\text{Payroll}^{\text{Group}}} + \frac{1}{2} \frac{\text{No of employees}^A}{\text{No of employees}^{\text{Group}}} \right) + \frac{1}{4} \frac{\text{Assets}^A}{\text{Assets}^{\text{Group}}} + \frac{1}{4} \left(\frac{1}{2} \frac{\text{Data collected}^A}{\text{Data collected}^{\text{Group}}} + \frac{1}{2} \frac{\text{Data exploited}^A}{\text{Data exploited}^{\text{Group}}} \right) \right) * \text{Con'd Tax Base}$$

Gekozen is om de factor data toe te voegen aan de formule. Er wordt onderscheid gemaakt tussen het verzamelen en het gebruik van persoonlijke data afkomstig van gebruikers van online-platforms en

³⁹⁰ COM (2011) 121/4, p. 49.

³⁹¹ COM (2011) 121/4, par 21.

³⁹² A8-0051/2018, p. 28.

onlinediensten.³⁹³ De factoren arbeid en activa omvatten de werknemers en de fysieke activa. Allocatie vindt plaats naar de lidstaat waar deze factoren zich werkelijk bevinden. Hiermee wordt beoogd de bronstaat voldoende te compenseren. De marktjurisdictie wordt middels de factoren omzet en data gecompenseerd. De factor data introduceert de nexus – ontstaan in het significante digitale aanwezigheidsvoorstel – in de gemeenschappelijke belastinggrondslag. De formule zoals in aangepaste vorm is gepresenteerd, tracht hiermee de economische realiteit te weerspiegelen.³⁹⁴

De allocatieformule zoals gepresenteerd door de EC is niet geheel zonder kritiek ontvangen. Sánchez wijst op het feit dat de factoren van de CCCTB-formule gemanipuleerd kunnen worden.³⁹⁵ Allereerst kan de factor werknemers beïnvloed worden, gezien de conceptringlijn het aantal werknemers aan het eind van het jaar relevant acht, in plaats van het gemiddelde jaarlijkse aantal. Daarnaast stelt Sánchez dat het CCCTB-voorstel manipulatie van de omzetfactor faciliteert. Door het gebruik van een intermediair kan de directe band met de marktjurisdictie worden verbroken. Dit verlaagt het gewicht van de omzetfactor. Door het manipuleren van de factoren kunnen MNE's kunstmatig winst verschuiven. Gezien de grondslag formulematig is vastgelegd, is de enige manier waarop lidstaten fiscaal kunnen concurreren het verlagen van de belastingtarieven. Het gebruik van FA in de CCCTB zal derhalve tot belastingconcurrentie tussen lidstaten kunnen leiden.³⁹⁶ Politieke consensus lijkt ook in de aangepaste versie van het CCCTB-voorstel derhalve niet mogelijk te zijn.

5.5. *Formulary apportionment als oplossing*

Het fiscaal alloceren van winst ontstaan in de digitaliserende economie is een knelpunt voor wetgevers. Voornaamste knelpunt voor belastingautoriteiten is de mogendheid van concerns om zonder fysieke aanwezigheid deel te nemen aan de markt van een jurisdictie. Hiermee wordt bereikt dat winst buiten de heffing van de betreffende jurisdictie blijft. Winstallocatie dient hierdoor te veranderen. Om de digitaliserende economie in de heffing te betrekken dient aansluiting te worden gevonden aan de vraagzijde van de economie in plaats van de aanbodzijde.

Het arm's-lengthbeginsel is in de meeste gevallen toereikend, maar is minder toereikend voor de winstverdeling afkomstig van immateriële activa en integratievoordelen. Met de nadruk op de functionele analyse wordt de focus gelegd op de aanbodzijde – productiekant – van de economie. De recente ontwikkelingen van de OESO en de EU tonen aan dat het in de digitaliserende economie wenselijk is aan te sluiten bij de afzetkant van de economie. Allocatie middels het arm's-lengthbeginsel is in dit opzicht niet het meest geschikte allocatieprincipe. Daarnaast vereist de functionele analyse veel data, welke niet vanzelfsprekend bestaat dan wel toegankelijk is. Op EU-niveau is de onduidelijkheid met betrekking tot de

³⁹³ A8-0051/2018, p. 14.

³⁹⁴ A8-0051/2018, pp. 14-15.

³⁹⁵ Sánchez 2018, European Taxation, onderdeel 3.

³⁹⁶ De Wilde 2020, World Tax Journal, onderdeel 3.2.

exacte interpretatie van het arm's-lengthbeginsel – gehanteerd door de EC – een bijkomend probleem. Als staatssteuninstrument kan de vrijheid van de toe te passen verrekenprijsmethode sterk worden ingeperkt.

Het gebruik van FA als volledig alternatief wordt door de OESO – in mijn optiek terecht – uitgesloten. Reden hiervoor is de benodigde overeenstemming welke vereist is. Waar het arm's-lengthbeginsel flexibel en dynamisch is, is FA heel mechanisch en specifiek. Dorey stelt dat overeenstemming alleen mogelijk is met politieke compromissen.³⁹⁷ Gezien het feit dat veel jurisdicties tegenstrijdige belangen nastreven is grootschalige internationale consensus niet reëel. Geen jurisdictie zal instemmen als dit belastingderving tot gevolg heeft.

Het gebruik van FA biedt echter wel de benodigde uitkomst om de digitaliserende economie in de heffing te betrekken. Een formulematige benadering berust niet op de verdeling van heffingsrechten volgens het bronlandbeginsel of het woonlandbeginsel. Winstallocatie kan hierdoor nauwkeuriger aansluiten bij de economische realiteit. Een specifieke nexus is onnodig waardoor zowel de jurisdictie van de producent als de jurisdictie van de afnemer gecompenseerd kan worden. Hoffman en Riedel stellen dat formulematig meer gewicht gegeven kan worden aan de jurisdictie waar de afnemer gevestigd is, wat kunstmatige winstverschuiving voor MNE's bemoeilijkt.³⁹⁸ Het gebruik van FA past derhalve goed in een anti-BEPS-tijdperk.

Formulary apportionment is als complementair beginsel voorgesteld in zowel de OESO als de EU voorstellen. Bedrag A is beperkt tot winst afkomstig van de jurisdictie van de afnemer. Gedacht kan worden om meerdere licht verschillende formules te introduceren, zodat jurisdicties de meest voordelige uitkomst kunnen kiezen. Het Amerikaans systeem zou hiermee gevolgd worden. De toepassing van FA wordt hiermee flexibeler wat de kans op consensus vergroot. De CCCTB-richtlijn tracht formulematig de volledige winst van een concern te herverdelen. Om arbitraire winstverdeling te vermijden is het noodzaak dat de EC de parameters en gewichten strikt vastlegt. Waar het arm's-lengthbeginsel abstract moet zijn, is exacte definiëring van de formule essentieel om misbruik te voorkomen. Unanieme overeenstemming zal tussen lidstaten in mijn optiek niet plaatsvinden. Het gebruik van FA dient daarom zeer beperkt te worden toegepast.

Om tot een evenwichtige winstallocatie te komen dient het arm's-lengthbeginsel in stand gehouden te worden. Knelpunten met betrekking tot de winstverdeling kunnen opgelost worden door FA waar nodig in te voeren. De economische realiteit wordt hiermee gevolgd in zowel de reële economie als de digitaliserende economie. Het complementair gebruik van beide allocatiebeginselen dient hierdoor de voorkeur te verdienen.

³⁹⁷ Dorey 2019, *International Transfer Pricing Journal*, onderdeel 3.

³⁹⁸ Hoffman & Riedel 2018, *Bulletin for International Taxation*, onderdeel 4.5.

5.6. Deelconclusie

Er zijn op internationaal niveau veel ontwikkelingen op het gebied van de digitaliserende economie. Hiertoe is op zowel het niveau van de OESO als op het niveau van de EU getracht invulling te geven met het unified approachvoorstel respectievelijk de CCCTB-richtlijn. Deze ontwikkelingen hebben een dieper discussiepunt onthuld: de houdbaarheid van het arm's-lengthbeginsel als kernbegrip binnen de transferpricingleer. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is:

Dient in het kader van de recente ontwikkelingen de methodiek van winstallocatie voor de digitaliserende economie aangepast te worden?

Winstallocatie conform het arm's-lengthbeginsel heeft knelpunten met betrekking tot winst afkomstig van immateriële activa en integratievoordelen. Hierdoor wordt een belangrijk element in het waardecreatieproces genegeerd. Met betrekking tot de digitaliserende economie is daarom in mijn optiek het arm's-lengthbeginsel niet de meest toepasbare methodiek. Het arm's-lengthbeginsel is echter in belang toegenomen door de inherente antimisbruikarakter en gebruik als staatsteuninstrument. Daarnaast volstaat het gebruik van het arm's-lengthbeginsel in de reële economie.

De oplossing voor winstallocatie in de digitaliserende economie is het complementair gebruiken van FA. De economische realiteit kan hierdoor zowel in de reële economie als de digitaliserende economie gewaarborgd worden. Daarnaast kan middels FA meer winst naar de jurisdictie van de afnemer worden gealloceerd, wat grondslaguitholling en kunstmatige winstverschuiving tegengaat. Het grootste knelpunt met het gebruik van FA is consensus. Een formule is specifiek, waardoor geen beweegruimte bestaat. Hierdoor dienen meerdere licht verschillende formules geïntroduceerd worden, zodat jurisdicties de meest voordelige keuze kunnen nastreven. Deze beweegruimte ligt immers eveneens ten grondslag aan het succes van het arm's-lengthbeginsel. Tevens dient FA louter toegepast te worden op specifieke inkomstenstromen. Volledige formulematige winstverdeling – zoals momenteel voorgelegd in de CCCTB-richtlijn – zal op te veel weerstand stuiten, waardoor consensus en daarmee implementatie onwaarschijnlijk wordt geacht.

6. Conclusie

6.1. Inleiding

De fiscaliteit is in het kader van belastingontwijking centraal komen te staan in het maatschappelijk debat. Het fiscale landschap verandert daarnaast door de toenemende mate van digitalisering. De digitaliserende economie kent geen grenzen. Digitaliserende bedrijfsmodellen zijn kenmerkend door scale without mass, een sterke afhankelijkheid van immateriële activa en het gebruik van data en gebruikersparticipatie. Hierdoor is het mogelijk dat concerns actief zijn in een marktjurisdictie en hier waarde creëren zonder hierbij een fysieke aanwezigheid te hebben. Het gevolg hiervan is een mismatch tussen de activiteiten van de onderneming en de geldende heffingsbeginselen van een marktjurisdictie. Dit resulteert in de situatie dat sterk-gedigitaliseerde ondernemingen niet altijd winst verantwoorden in marktjurisdicties.

Om sterk-gedigitaliseerde ondernemingen hun ‘fair share’ te laten betalen en tegelijk grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan is verandering van de wet- en regelgeving nodig. Om dit te realiseren dient de fundamentele gedachte van de verdeling van heffingsrechten en winstallocatie te worden herzien. Dit heeft tot de volgende probleemstelling geleidt:

Hoe verandert winstallocatie in een toenemend digitaliserende economie en welke gevolgen brengt dit teweeg?

6.2. Beantwoording deelvragen

Een eerste aanleg om oplossingen te vinden voor de winstallocatieproblematiek in de digitaliserende economie is het BEPS-actiepunt 1 rapport. In navolging hierop is de OESO doorgegaan met het ontwikkelen van concepten. Consensus op OESO-niveau kan echter tijdrovend zijn. Dit inziend heeft de EU eenzijdige maatregelen gepubliceerd. In reactie hierop hebben vervolgens verschillende lidstaten unilaterale initiatieven ingevoerd.

Deze scriptie heeft getracht ontwikkelingen op het gebied van winstallocatie in de digitaliserende economie in kaart te brengen en de haalbaarheid van de gepubliceerde voorstellen te evalueren. Hiertoe is de eerste deelvraag:

Wat zijn de ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie op OESO-niveau en welke gevolgen brengen deze ontwikkelingen teweeg voor de allocatie van winst?

In het kader van Pillar One zijn verschillende rapporten gepubliceerd. In eerste instantie zijn drie conceptvoorstellen gesuggereerd: het gebruikersparticipatievoorstel, het MI-voorstel en het SEA-voorstel. Het gebruikersparticipatievoorstel legt een link met de waardecreatie van gebruikers van een online-platform. Het MI-voorstel maakt een koppeling met de ontwikkeling van marketing intangibles in een jurisdictie en het SEA-voorstel suggereert een fictieve vaste inrichting en hiermee de creatie van een nieuwe nexus.

Overeenkomst in alle conceptvoorstellen is de erkenning van de marktjurisdictie in de waardeketen. Dit is voornamelijk een politieke keuze geweest, maar tevens fiscaal verdedigbaar. Ondanks scale without mass wordt in alle conceptvoorstellen een heffingsrecht voor de marktjurisdictie gecreëerd. Dit is een verandering ten opzichte van de huidige gedachtegang, waar een jurisdictie alleen heffingsrechten kan effectueren indien een onderneming fysiek in de jurisdictie aanwezig is. Opvallende ontwikkeling is tevens dat hierdoor winstallocatie verschuift naar de geografische locatie van de afnemer, waar dit in de reële economie geschiedt naar de geografische locatie van de producent.

Consensus bestaat dat de digitaliserende economie niet los gezien kan worden van de reële economie. Implementatie van de eerste pilaar van het BEPS 2.0-project is hiertoe het voornaamste knelpunt. Het gebruikersparticipatievoorstel en het MI-voorstel hebben een beperkte reikwijdte en zijn hierdoor ontoereikend. Met het unified approachvoorstel – welke de kracht van alle conceptvoorstellen combineert – is daarom gekozen om op basis van het SEA-voorstel het concept van een fictieve vaste inrichting verder te ontwikkelen. Een nieuwe nexusregel wordt geïntroduceerd welke een deel van de niet-routinematige winst alloceert aan de marktjurisdictie. De keuze voor een nieuwe nexus heeft tot gevolg dat voor de winstallocatie aan de marktjurisdictie het arm's-lengthbeginsel en hiermee de separate entity approach, door een formulematige benadering wordt vervangen. Het gevolg voor de winstverdeling is in beginsel vereenvoudiging. Gezien de tegenstrijdige belangen binnen de G20/OECD Inclusive Framework is het echter onduidelijk hoe de OESO consensus verwacht te bereiken. Mijns inziens is echter voorbijgegaan aan oplossingen binnen het huidige belastingraamwerk, zoals het publiceren van een verduidelijking voor de waardering en allocatie van immateriële activa of de uitbreiding van het vaste inrichting begrip. Het behalen van internationale consensus was hiermee minder gecompliceerd geweest en de kans op invoering van het conceptvoorstel derhalve reëler.

Ontwikkelingen op OESO-niveau zijn niet binnen een redelijke termijn te verwachten. In reactie hierop heeft de EU eenzijdige maatregelen gepubliceerd, welke voor Nederland van belang zijn. De deelvraag die in dit kader centraal staat is:

Wat zijn de ontwikkelingen omtrent de digitaliserende economie op EU-niveau en welke gevolgen brengen deze ontwikkelingen teweeg voor de allocatie van winst?

Met betrekking tot winstallocatie in digitaliserende economie zijn drie EU-richtlijnen relevant. De significante digitale aanwezigheidsrichtlijn, de richtlijn voor een Uniebrede DDB en de CCCTB-richtlijn. De EU kan in tegenstelling tot de OESO, wetgeving maken. De conceptrichtlijnen dienen hierdoor concreter te zijn dan de huidige OESO-ontwikkelingen. Met betrekking tot de significante digitale aanwezigheidsrichtlijn is getracht invulling te geven aan het SEA-voorstel. Concreet betekent dit de creatie van een fictieve vaste inrichting voor specifieke digitale diensten. Belastingplicht verplaatst onder de conceptrichtlijn van de productiekant- naar de afzetkant van de economie. Hiertoe wordt voor de winstallocatie aansluiting gezocht met gebruikersparticipatie

in de verschillende lidstaten. Voornaamste knelpunten zijn de benodigde consensus binnen de EU, de reikwijdte van de richtlijn en de technische uitvoerbaarheid.

Als tijdelijke maatregel heeft de EC geopteerd voor de invoering van een Uniebrede digitale dienstenbelasting. De DDB heeft als doel omzet afkomstig van digitale diensten in de heffing te betrekken in de lidstaat waar deze zijn ontstaan. Waardecreatie afkomstig van gebruikers is voor de heffing van belang. Aanstands was duidelijk dat de conceptrychtlijn op veel kritiek kon rekenen. De conceptrychtlijn – welke de vorm heeft van een indirecte belasting – zou belastingheffing bij sterk-gedigitaliseerde ondernemingen mogelijk maken zonder hierdoor de soevereiniteit – welke binnen de EU in de sfeer van de directe belastingen geldt – aan te tasten. Essentieel is de erkenning dat de verdeling van heffingsrechten voor de digitaliserende economie niet in de sfeer van de indirecte belastingen gevonden kan worden, tenzij bilaterale overeenstemming is te verkrijgen. Hierdoor is het onduidelijk of invoering gevolgen heeft voor bilaterale verdragstoepassingen. Het voornaamste knelpunt van de DDB is de effectiviteit. De belasting werkt niet zoals beoogd, waardoor de doelstellingen niet worden bereikt. Hierdoor voldoet invoering niet aan het proportionaliteitsvereiste en is daarmee strijdig met het EU-recht.

Met de CCCTB-richtlijn suggereert de EC de invoering van een gemeenschappelijke belastinggrondslag. Harmonisatie wordt hiermee in de sfeer van de directe belastingen bereikt en grondslaguitholling en winstverschuiving wordt binnen de EU onmogelijk. In dit kader dient invoering van de CCCTB te worden gestimuleerd. Met de invoering van de conceptrychtlijn introduceert de EC formulary apportionment als winstallocatiebeginsel in de EU. Het voornaamste knelpunt betreft de benodigde onderlinge overeenstemming met betrekking tot de allocatieformule. Winstallocatie onder het CCCTB-regime zal voor verscheidene lidstaten – waaronder Nederland – nadelig zijn ten opzichte van het huidige niveau. Unanieme overeenstemming zal daarom niet te verwachten zijn. Invoering zou desalniettemin een goede ontwikkeling zijn.

Concluderend kan gesteld worden dat alle ontwikkelingen op EU-niveau – welke als eenzijdige initiatieven ter afwachting van de OESO-ontwikkelingen zijn ingevoerd – de knelpunten in de digitaliserende economie niet volledig oplossen en derhalve ontoereikend zijn. Het nauwe samenwerkingsverband van de EU biedt hiertoe geen unieke oplossing. Winstallocatie in de digitaliserende economie berust op internationale consensus en politieke compromissen. Afwachting op de afronding van het BEPS 2.0-project verdient daarom in mijn optiek de voorkeur. Onder de CCCTB-richtlijn wordt de winst afkomstig van digitaliserende bedrijfsmodellen formulematig verdeeld welke grondslaguitholling en winstverschuiving binnen de EU verhinderd. Alhoewel tegenstrijdige belangen binnen de EU het bereiken van consensus compliceert, dient invoering van de CCCTB-richtlijn wel te worden gestimuleerd.

Tot slot kan afgevraagd worden of winstallocatie in de digitaliserende economie op dezelfde basisbeginselen dient te worden gebaseerd als winstallocatie in de reële economie. De deelvraag die hierbij centraal staat is:

Dient in het kader van de recente ontwikkelingen de methodiek van winstallocatie voor de digitaliserende economie aangepast te worden?

De kracht van het arm's-lengthbeginsel is de massale internationale acceptatie van het begrip. Iedere jurisdictie kan het arm's-lengthbeginsel op de meest voordelige manier toepassen, ongeacht of dit nadelig is voor een andere jurisdictie. Het arm's-lengthbeginsel is dynamisch en flexibel en biedt derhalve beweegruimte in de toepassing. Het arm's-lengthbeginsel is daarnaast in belang toegenomen door de inherente antisubbruikarakter en het gebruik als staatssteuninstrument. Knelpunten in de toepassing worden gevonden in de behandeling van immateriële activa en integratievoordelen. Een belangrijk element in het waardecreatieproces wordt hiermee genegeerd. Met betrekking tot de digitaliserende economie is het arm's-lengthbeginsel daarom in mijn optiek niet de meest toepasbare methodiek.

Het alternatief voor het arm's-lengthbeginsel is FA. Met behulp van FA wordt winst gealloceerd middels een vooraf bepaalde mechanische formule. Voordeel van het gebruik van FA is het vergroten van de rechtszekerheid, het effectief tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving en het betrouwbaarder alloceren van winst afkomstig van immateriële activa en integratievoordelen.

Het gebruik van FA werkt effectief voor sterk-gedigitaliseerde bedrijfsmodellen. Waar het arm's-lengthbeginsel gebreken toont, biedt FA een oplossing. Formulary apportionment dient echter niet op alle inkomstenstromen te worden toegepast. Het nadeel van FA is de benodigde consensus betreffende de allocatieformule. Een formule is exact en heeft hierdoor geen beweegruimte. Tegenstrijdige belangen van jurisdicties zullen de toepassing van FA in de praktijk daarom zeer beperken. Daarom dienen – in bijvoorbeeld de CCCTB-richtlijn – meerdere licht verschillende formules geïntroduceerd te worden, zodat jurisdicties de meest voordelige keuze kunnen nastreven. Vanwege het internationaal effectief functioneren van het arm's-lengthbeginsel en de voordelen van FA – welke veelal overlappen met de knelpunten in de digitaliserende economie – dienen beide winstallocatiebeginselen complementair toegepast te worden. De economische realiteit kan hierdoor in zowel de reële economie als de digitaliserende economie worden gewaarborgd. Winstallocatie op basis van FA dient mijns inziens alleen op specifieke digitale inkomstenstromen te worden toegepast. Volledige formulematige winstverdeling – zoals momenteel voorgelegd in de CCCTB-richtlijn – zal op te veel weerstand stuiten, waardoor consensus en daarmee implementatie onwaarschijnlijk wordt geacht. Het beperkt toepassen van FA vergroot de kans op internationale overeenstemming en hiermee de kans op een reële oplossing voor de winstallocatieproblematiek in de digitaliserende economie.

6.3. Beantwoording probleemstelling

De digitaliserende economie heeft veel fiscale ontwikkelingen in gang gezet. Verandering in wet- en regelgeving is nodig om alle actoren in de digitaliserende economie in de heffing te betrekken en tegelijk grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan. De digitaliserende economie brengt omtrent winstallocatie hoofdzakelijk twee knelpunten teweeg: De marktbetreding van een MNE zonder fysieke aanwezigheid in een jurisdictie en de toepassing van het arm's-lengthbeginsel in digitaliserende bedrijfsmodellen.

Om scale without mass te voorkomen wordt waarde toegekend aan digitale activiteiten in een marktjurisdictie. De creatie van een nieuwe nexusregel resulteert in een heffingsrecht van de marktjurisdictie zonder fysieke aanwezigheid van een onderneming. De creatie van een nieuwe nexus heeft tevens tot gevolg dat de winstallocatie verschuift van de geografische locatie van de producent naar de geografische locatie van de afnemer. De keuze voor een geheel nieuwe nexus is opvallend, omdat in mijn optiek oplossingen mogelijk zijn binnen het huidige belastingraamwerk. Gedacht kan hierbij worden aan de verduidelijking van de waardering en allocatie van immateriële activa of een uitbreiding van het vaste inrichting begrip. Het bereiken van consensus wordt hiermee vergroot. De huidige ontwikkelingen hebben tevens aangetoond dat een DDB niet effectief is en dat de digitaliserende economie niet los gezien kan worden van de reële economie. Oplossingen dienen daarom een zo breed mogelijke reikwijdte te omvatten en op een zo hoog mogelijk supranationaal niveau geregeld te worden.

Met betrekking tot de toepasbaarheid van het arm's-lengthbeginsel kan geconcludeerd worden dat het begrip niet de meest toepasbare methodiek is in de digitaliserende economie. Formulary apportionment heeft als voordeel dat de methodiek de rechtszekerheid vergroot, grondslaguitholling en winstverschuiving tegengaat en winst afkomstig van immateriële activa betrouwbaarder alloceert. Een vooraf bepaalde mechanische formule heeft echter geen beweegruimte, waardoor onderlinge overeenstemming wordt gecompliceerd. Het complementair gebruiken van FA op specifieke digitale inkomstenstromen heeft de voorkeur, omdat het de economische realiteit in zowel de reële economie als in de digitaliserende economie weerspiegelt. Het formulematig verdelen van de winst is geheel nieuw in zowel OESO- als EU-verband. Voorgesteld wordt daarom om FA middels meerdere licht verschillende formules te introduceren. Hiermee wordt de kans op consensus vergroot. Op de exacte uitwerking moet echter nog tot eind 2020 gewacht worden.

6.4. Aanbevelingen

Deze scriptie heeft de ontwikkelingen omtrent de winstallocatie in de digitaliserende economie getracht te onderzoeken. Hiertoe is het onderwerp afgebakend om louter ontwikkelingen op OESO- en EU-niveau te evalueren. Aanbevolen wordt daarom allereerst om in enig vervolgonderzoek de ontwikkelingen van derde landen mee te nemen, zoals de Indiase equalization tax. Hiertoe is tevens een kwantitatief onderzoek naar het effect op de welvaart aan te bevelen. Het SEA-voorstel en het significante digitale aanwezigheidsvoorstel

suggereren daarnaast beide de creatie van een fictieve vaste inrichting. Dit onderzoek heeft de ontwikkelingen op het gebied van de vaste inrichting vanwege de omvang expliciet uitgesloten. Uitbreiding van het vaste inrichting begrip is een mogelijke oplossing, waardoor nadere analyse zeer relevant is. Verder is vluchtig het effect van FA besproken. Uitgebreide analyse van het Amerikaanse systeem kan mogelijk andere knelpunten of mogelijke oplossingen voor de Europese interne markt identificeren. Tot slot zijn alle onderzochte ontwikkelingen in deze scriptie voor maart 2020 gepubliceerd. Vervolgonderzoek na afronding van het BEPS 2.0-project schetst een beter beeld van de ontwikkelingen en de mogelijke gevolgen voor de winstallocatie. Herhaling van dit onderzoek op een later stadium is hierdoor aan te bevelen.

Literatuur

Andersson, Bulletin for International Taxation 2018

K. Andersson, 'Should We Use Value Creation or Destination as a basis for Taxing Digital Businesses? – Krister Andersson's Comments on the 2018 Klaus Vogel Lecture Given by Professor Michael Devereux', *Bulletin for International Taxation* 2018, (volume 72) nr. 12.

Arendonk, EC Tax Review 2019/2

H. Arendonk, '2019: A Landmark Year for European Cooperation, or Maybe not?', *EC Tax Review*, 2019/2.

Asen 2019

E. Asen, *Announced, Proposed, and Implemented Digital Services Taxes in Europe*, Tax Foundation 2019.
Geraadpleegd op 4 februari 2020 van: <https://taxfoundation.org/digital-taxes-europe-2019/>.

Asen & Bunn 2019

E. Asen & D. Bunn, *Amazon Passes France's Digital Services Tax on to Vendors*, Tax Foundation 2019.
Geraadpleegd op 28 januari 2020 van: <https://taxfoundation.org/amazon-france-digital-tax/>.

Aumayr & Mayr, European Taxation 2019

L. Aumayr & G. Mayr, 'CCTB – Is there a Chance of a Breakthrough?', *European Taxation* 2019, (volume 59) nr. 4.

Avi-Yonah, World Tax Journal 2010

R. S. Avi-Yonah, 'Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation', *World Tax Journal* 2010, (volume 2) nr. 1.

Avi-Yonah & Benshalom, World Tax Journal 2011

R.S. Avi-Yonah & I. Benshalom, 'Formulary Apportionment – Myths and Prospects', *World Tax Journal* 2011, (volume 3) nr. 3.

Avi-Yonah & Musselli, International Transfer Pricing Journal 2019

R. S. Avi-Yonah & A. Musselli, 'Amazon Goldcrest Project and the Relevance of Comparability Analysis under the Arm's Length Principle', *International Transfer Pricing Journal* 2019, (volume 26) nr. 3.

Bal, Bulletin for International Taxation 2018

A. Bal, '(Mis)guided by the Value Creation Principle – Can New Concepts Solve Old Problems?' *Bulletin for International Taxation* 2018, (volume 72) nr. 11.

Bal 2018

A. M. Bal, 'Tax Rulings: Uncertain Certainty', in: M. Cotrut & Munyandi (red.), *Tax Incentives in the BEPS Era*, Amsterdam: IBFD 2018, pp. 231-258.

Blum, International Taxation 2015

D. W. Blum, 'Permanent Establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Redefined?', *International Taxation* 2015, (volume 69) nr. 6/7.

Bonnet & Westerman, Harvard Business Review 2015

D. Bonnet & G. Westerman, 'The Best Digital Business Models Put Evolution Before Revolution', *Harvard Business Review* 2015.

Bonnici, International Transfer Pricing Journal 2019

R. Bonnici, 'The European Commission's Arm's Length Standard: Relationship and Compatibility with the Arm's Length Principle under Transfer Pricing', *International Transfer Pricing Journal* 2019, (volume 26) nr. 1.

Boulton, Libert & Samek, Journal of Business Strategy 2000

R. E. S. Boulton, B. D. Libert & S. M. Samek, 'A business model for the new economy', *Journal of Business Strategy* 2000, (volume 21) nr. 4, pp. 29-35.

Brauner & Pistone, Bulletin for International Taxation 2018

Y. Brauner & P. Pistone, 'Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment', *Bulletin for International Taxation* 2018, (volume 72) nr. 4a.

Brocke, EC Tax Review 2019/1

K. Brocke, 'France and Germany Publish Common Position Paper on Common Consolidated Corporate Tax Base', *EC Tax Review* 2019/1.

Bruins 1923

G. W. J. Bruins (red.) *Report on Double Taxation*, Genève: League of Nations. Economic and Financial Commission 1923.

Burgers, NTFR 2019/2781

I. J. J. Burgers, 'OESO's Unified Approach: een knap staaltje performance', *NTFR* 2019/2781.

Burgers & Volkers, MBB 2019/3-14

I. J. J. Burgers & J. W. B. D. Volkers, 'Blockchain: wereldwijd ondernemen zonder vaste inrichting?', *MBB* 2019/3-14.

Carraud & Rosemain, Reuters 12 september 2019

S. Carraud & M. Rosemain, 'Google to pay \$1 billion in France to settle fiscal fraud probe', *Reuters* 12 september 2019.

Carrero 2018

J. M. Carrero, 'The European Package (2018) on Taxation of the Digital Economy', *Tax Letter Opinion Magazine* 39.

CCH State Tax Guide 2012

Corporation Tax Income Apportionment Formulas, Hartford Connecticut: CCH State Tax Guide 2012.

Chan, Asia-Pacific Tax Bulletin 2019

A. K. K. Chan, 'Application of Mutual Agreement Procedure Article under the Multilateral Instrument to Covered Tax Agreements', *Asia-Pacific Tax Bulletin*, (volume 25) nr. 2.

Cline e.a. 2010

R. Cline, T. Neubig, A. Phillips, C. Sanger & A. Walsh, *Study on the Economic and Budgetary impact of the introduction of a Common Consolidated Corporate Tax Base in the European Union*, Dublin: Irish Department of Finance 2010.

Collins & Lanz, The CPA Journal 2019

V. Collins & J. Lanz, 'Managing Data as an Asset', *The CPA Journal* 2019, (volume 89) nr. 6, pp. 22-27.

Correa, European Taxation 2019

F. J. N. Correa, 'The Spanish Digital Services Tax: A Paradigm for the Base Enlargement & Profit Attraction (BEPA) Plan for the Digitized Economy', *European Taxation* 2019, (volume 59) nr. 7.

Daly, European Taxation 2020

S. Daly, 'The Constitutional Implications of an EU Arm's Length Principle', *European Taxation* 2020, (volume 60) nr. 2/3.

Damsma & Velden, MBB 2017/05-03

B. W. A. M. Damsma & W. T. M. Velden, 'BEPS Action 8-10: Aligning transfer pricing outcomes with value creation', *MBB* 2017/05-03.

Dorey, International Transfer Pricing Journal 2019

M. Dorey, 'A Road Map for Reaching Global Consensus on How to Tax the Digitalized Economy', *International Transfer Pricing Journal* 2019, (volume 26) nr. 5.

Egdom 2011

J. Egdom (red.), *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational* (Fiscale monografieën, nr. 115), Deventer: Kluwer 2011.

Egdom 2017

J. Egdom (red.), *Verrekenprijzen: De verdeling van de winst van een multinational* (Geheel herziene vierde druk ed., Fiscale monografieën, monografie nr. 115), Deventer: Kluwer 2017.

EY World Transfer Pricing Guide 2019

EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2018-19. Geraadpleegd op 28 januari 2020 van:
<https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/transfer-pricing-and-tax-effective-supply-chain-management/worldwide-transfer-pricing-reference-guide---country-list>.

Fölster 2014

S. Fölster, *The new jobs in the era of automation*, Stockholm: Foundation for Strategic Research 2014.

Fonte e.a., Reuters 16 oktober 2019

G. Fonte, G. Segreti, F. Piscioneri, V. Za & E. Blair, 'Italy to introduce web tax on digital giants from 2020', Reuters 16 oktober 2019.

Förster, Greil & Hilse, International Transfer Pricing Journal 2020

H. Förster, S. Greil & A. Hilse, 'Taxing the Digital Economy – The OECD Secretariat's New Transfer Pricing A-B-C and Alternative Courses of Action', *International Transfer Pricing Journal*, (volume 27) nr. 1.

Franklin, International Financial Law Review 2019

J. Franklin, 'Harmonisation is key to European crypto regulation', *International Financial Law Review* 2019.

Gastaldi & Zanardi 2019

F. Gastaldi & A. Zanardi, *The Digital Services Tax: EU Harmonisation and Unilateral Measures*, Rome: Banca d'Italia Workshop on Public Finance 2019.

Greil & Wargowske, Bulletin for International Taxation 2019

S. Greil & L. Wargowske, 'Pillar 1 of the Inclusive Framework's Work Programme: The Effect on the Taxation of the Digital Economy and Reallocation of Taxing Rights', *Bulletin for International Taxation* 2019, (volume 73) nr. 10.

Gribnau & Pauwels 2013

J. L. M. Gribnau & M. R. T. Pauwels (red.), *Retroactivity of Tax Legislation*, Amsterdam: EATLP 2013.

Grinberg 2018

I. Grinberg, *International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate*, Washington: Georgetown University Law Center 2018.

Havu, Contemporary Readings in Law and Social Justice 2017

K. Havu, 'The EU Digital Single Market from a Consumer Standpoint: How Do Promises Meet Means?', *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, (volume 9) nr. 2, pp. 146-183.

Hellerstein, International Transfer Pricing Journal 2005

W. Hellerstein, 'The case for formulary apportionment', *International Transfer Pricing Journal* 2005, (volume 12) nr. 3.

Hennevelt, WFR 2018/141

M. T. M. Hennevelt, 'Een aanmerkelijke digitale aanwezigheid: de juiste stap vooruit?', *WFR* 2018/141.

HM Treasury 2018

Digital Services Tax: Consultation, London: The National Archives 2018.

Hoffman & Riedel, Bulletin for International Taxation 2018

P. Hoffman & N. Riedel, 'Transfer Pricing Regimes for Developing Countries', *Bulletin for International Taxation* 2018, (volume 72) nr. 4/5.

Hughes & Nicholls, Tax Journal 2010

E. Hughes & W. Nicholls, 'The different methods of TP: pros and cons', *Tax Journal* 2010.

De Jong, Neuvel & Uceda, International Transfer Pricing Journal 2018

S. de Jong, W. Neuvel & Á. Uceda, 'Dealing with Data in a Digital Economy', *International Transfer Pricing Journal* 2018, (volume 25) nr. 2.

Kane, World Tax Journal 2014

M. A. Kane, 'Transfer Pricing, Integration and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard', *World Tax Journal* 2014, (volume 6) nr. 3.

Kavelaars, WFR 2008/1218

P. Kavelaars, 'Naar een Europese winstgrondslag [deel 2]', *WFR* 2008/1218.

Kemmeren, Bulletin for International Taxation 2006

E. C. C. M. Kemmeren, 'Source of income in Globalizing Economies: Overview of the issues and a plea for an origin-based approach', *Bulletin for International Taxation* 2006, (volume 60) nr. 11, pp. 438-441.

Ketterij 2015

B. Ketterij, *Hoeveel mensen zijn er wereldwijd online?* Geraadpleegd op 23 september 2019 van: <https://www.frankwatching.com/archive/2015/08/07/hoeveel-mensen-zijn-er-wereldwijd-online->

[infographic/#/targetText=China%20heeft%20meeste%20gebruikers&targetText=Vandaag%20de%20dag%20h
ebben%20meer,apparaten%20het%20wereldwijde%20web%20bezoekt.](#)

Kobetsky, Bulletin for International Taxation 2008

M. Kobetsky, 'The case for unitary taxation of international enterprises', *Bulletin for International Taxation*, (volume 62) nr. 5.

Koomen, International Transfer Pricing Journal 2015

M. Koomen, 'Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – part I', *International Transfer Pricing Journal* 2015, (volume 22) nr. 3.

Koomen, International Transfer Pricing Journal 2015a

M. Koomen, 'Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – part II', *International Transfer Pricing Journal* 2015a, (volume 22) nr. 4.

Kroppen, Dawid & Schmidtke 2012

H. K. Kroppen, R. Dawid & R. Schmidtke, 'Profit Split the Future of Transfer Pricing? Arm's Length Principle and Formulary Apportionment Revisited from a Theoretical and a Practical Perspective', in: W. Schön & K. Konrad (red.), *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics. MPI Studies in Tax Law and Public Finance*, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag 2012.

Kumar, Science, Technology and Society 1998

N. Kumar, 'Technology Generation and Technology Transfers in the World Economy: Recent Trends and Implications for Developing Countries', *Science, Technology and Society*, (volume 3) nr. 2, pp. 265-306.

Lamensch, European Taxation 2019

M. Lamensch, 'Digital Services Tax: A Critical Analysis and Comparison with the VAT System', *European Taxation* 2019, (volume 59) nr. 6.

Lamotte, European Taxation 2012

J. Lamotte, 'New EU Tax Challenges and Opportunities in a (C)CCTB World: Overview of the EU Commission Proposal for a Draft Directive for a Common Consolidated Corporate Tax Base', *European Taxation* 2012, (volume 52) nr. 6.

Lennard, Transnational Corporations 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) nr. 3, pp. 55-84.

Livingstone e.a. 2010

S. Livingstone, L. Haddon, A. Görzig & K. Ólafsson, *Risks and safety for children on the internet: the UK report: summary of key findings*, London: EU Kids Online Network 2010.

Luja, NJB 2015/678

R. Luja, 'Fiscale rulings en staatssteun', *FJB* 2015/678.

Martens 2013

B. Martens, What does economic research tell us about cross-border e-commerce in the EU Digital Single Market?, Geel: Joint Research Centre 2013.

McLure, Bulletin for International Taxation 2002

C. E. McLure Jr., 'Replacing separate entity accounting and the arm's length principle with formulary apportionment', *Bulletin for International Taxation*, (volume 59) nr. 12.

Musselli, European Taxation 2018

A. Musselli, 'Anti-Abuse Notion of "Control over Intangible-Related Functions" Is Beyond the Arm's Length Principle', *European Taxation*, (volume 58) nr. 5.

Naess-Schmidt e.a. 2018

H. S. Naess-Schmidt, M. H. Thelle, B. Basalisco, P. Sorensen & B. M. Lumby, *The proposed EU digital services tax: Effects on welfare, growth and revenues*, Copenhagen: Copenhagen Economics 2018.

Navarro, World Tax Journal 2018

A. Navarro, 'The Arm's Length Standard and Tax Justice: Reflections on the Present and the Future of Transfer Pricing', *World Tax Journal* 2018, (volume 10) nr. 3.

Obuoforibo, European Taxation 2019

B. R. Obuoforibo, 'A Critical Examination of the Proposed UK Digital Services Tax', *European Taxation* 2019, (volume 59) nr. 11.

OECD 2013

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

OECD 2013a

Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, Parijs: OECD Publishing 2013a.

OECD 2015

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

OECD 2015a

Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015a.

OECD 2016

Skills and jobs in the digital economy. Broadband Policies for Latin American and the Caribbean: A Digital Economy Toolkit, Parijs: OECD Publishing 2016, p. 270.

OECD 2017

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

OECD 2017a

Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, Parijs: OECD Publishing 2017a.

OECD 2018

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

OECD 2018a

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, Parijs: OECD Publishing 2018a.

OECD 2019

Tax and Digitalisation, OECD Going Digital Policy Note, Parijs: OECD Publishing 2019.

OECD 2019a

Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Parijs: OECD Publishing 2019a.

OECD 2019b

Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Public Consultation Document, Parijs: OECD Publishing 2019b.

OECD 2019c

Public consultation on the tax challenges of digitalisation, Parijs: OECD Publishing 2019c.

Offermans e.a., European Taxation 2017

R. Offermans, S. Huibregtse, L. Verdoner & J. Michalak, 'Bridging the CCCTB and the Arm's Length Principle – A Value Chain Analysis Approach', *European Taxation* 2017, (volume 57) nr. 11.

Panayi, Bulletin for International Taxation 2012

C. H. J. I. Panayi, 'The Anti-Abuse Rules of the CCCTB', *Bulletin for International Taxation* 2012, (volume 66) nr. 4/5.

Pankiv, International Transfer Pricing Journal 2019

M. Pankiv, 'Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures', *International Transfer Pricing Journal* 2019, (volume 23) nr. 6.

Peters, TFO 2019/163.2

C. A. T. Peters, 'Transfer Pricing en winstbepaling: van zelfregulering naar 'command and control' regulering', *TFO* 2019/163.2.

Pellefigue, International Transfer Pricing Journal 2015

J. Pellefigue, 'Transfer Pricing Economics for the Digital Economy', *International Transfer Pricing Journal* 2015, (volume 22) nr. 2.

Pellefigue 2019

J. Pellefigue, *The French Digital Service Tax - An Economic Impact Assessment*, Parijs: Deloitte / Taj 2019.

Peng, International Transfer Pricing Journal 2017

C. X. Peng, 'A Rethink of Location-Specific Advantages with an Analysis of the Chinese Approach', *International Transfer Pricing Journal* 2017, (volume 24) nr. 6.

Petruzzi & Koukouliti, European Taxation 2018

R. Petrucci & V. Koukouliti, 'The European Commission's Proposal on Corporate Taxation and Significant Digital Presence: A Preliminary Assessment', *European Taxation* 2018, (volume 58) nr. 9.

Petruzzi & Buriak, Bulletin for International Taxation 2018

R. Petrucci & S. Buriak, 'Addressing the Tax Challenges of the Digitization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Allocation of the Transfer Pricing Rules?', *Bulletin for International Taxation* 2018, (volume 72) nr. 4a.

Pistone e.a., Bulletin for International Taxation 2019

P. Pistone, e.a., 'The OECD Public Consultation Document "Secretariat Proposal for a 'Unified Approach' under Pillar One": An Assessment', *Bulletin for International Taxation* 2019, (volume 74) nr. 1.

Ponomareva, Bulletin for International Taxation 2019

K. Ponomareva, 'Comparison of Proposals to Adjust the Permanent Establishment Concept to the Digital Economy', *Bulletin for International Taxation* 2019, (volume 73) nr. 11.

Porter 1985

M. E. Porter (red.), *The Value Chain and Competitive advantage: creating and sustaining superior performance*, New York: Free Press 1985.

PwC Global Industry Survey 2016

Industry 4.0: Building the digital enterprise. Global Industry 4.0 Survey 2016. Geraadpleegd op 28 januari 2020 van: <https://www.pwc.com/gx/en/industries/industries-4.0/landing-page/industry-4.0-building-your-digital-enterprise-april-2016.pdf>.

Röder, World Tax Journal 2012

E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', *World Tax Journal* 2012, (volume 4) nr. 2.

Samari, International Transfer Pricing Journal 2019

A. S. Samari, 'The OECD Public Consultation Document on Addressing the Tax Challenges of the Digitization of the Economy: Strength and Weaknesses of the Three Proposals for Revising Profit Allocation and Nexus Rules', *International Transfer Pricing Journal* 2019, (volume 26) nr. 4.

Sánchez, European Taxation 2018

A. S. Sánchez, 'The Apportionment Formula under the European Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base', *European Taxation* 2018, (volume 58) nr. 6.

Schulze, CNBC News 19 augustus 2019

E. Schulze, 'Amazon is passing along costs of a new digital tax to thousands of French sellers', *CNBC News* 19 augustus 2019.

Screpante, World Tax Journal 2019

M. Screpante, 'Rethinking the Arm's Length Principle and its Impact on the IP Licence Model after OECD/G20 BEPS Actions 8-10: Nothing Changed but the Change?', *World Tax Journal* 2019, (volume 11) nr. 3.

Sheppard, Bulletin for International Taxation 2018

L. A. Sheppard, 'Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes', *Bulletin for International Taxation* 2018, (volume 72) nr. 4a.

Smith 1776

A. Smith (red.), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London: W. Strahan 1776.

Starink 2015

B. Starink (red.), *Belastingheffing over particulierpensioen in grensoverschrijdende situaties* (FM nr. 144), Deventer: Kluwer 2015, par. 6.2.2.9.

Stupp 2018

C. Stupp, OECD report stokes last-minute criticism of EU digital tax plan, 2019. Geraadpleegd op 28 januari 2020 van: <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/oecd-report-stokes-last-minute-criticism-of-eu-digital-tax-plan/>.

Teigland, Holmberg & Felländer 2019

R. Teigland, H. Holmberg & A. Felländer, ‘The importance of Trust in a Digital Europe: Reflections on the Sharing Economy and Blockchains’, in: A. B. Engelbrekt e.a. (red.), *Trust in the European Union in Challenging Times*, London: Palgrave Macmillan 2019.

Terra & Kajus 2015

B. Terra & J. Kajus, ‘Questions and Answers – Digital Single Market Strategy’, EVD News 2015.

UN 2001

Transfer Pricing: history – state of the art – perspectives, New York: UN, 26 juni 2001.

United States Trade Representative 2019

Report on France’s Digital Services Tax, Washington: United States Trade Representative 2019.

Valente, European Taxation 2019

P. Valente, ‘The Data Economy: On Evaluation and Taxation’, *European Taxation* 2019, (volume 59) nr. 5.

Verdoner 2018

L. Verdoner, Artikel 5 – Algemene Leerstukken, commentaar NDFR 2018.

Weinrich, Muntermann & Gregory 2016

T. Weinrich, J. Muntermann & R. W. Gregory, *Exploring Principles for Corporate Digital Infrastructure Design in the Financial Services Industry*, Taiwan: PACIS proceedings 2016.

De Wilde, MBB 2015/10-03

M. F. de Wilde, ‘Heffingsjurisdictie in een digitaliserende economie; waarom ‘online profits’ zo ongrijpbaar zijn’, *MBB* 2015/10-03.

De Wilde, NTFR 2015/2728

M. F. de Wilde, 'Rapport BEPS Actiepunten 8-10: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation', *NTFR* 2015/2728.

De Wilde, World Tax Journal 2020

M. F. de Wilde, 'On the Future of Business Income Taxation in Europe', *World Tax Journal* 2020, (volume 12) nr. 1.

Wills, Revenue Law Journal 1999

M. Wills, 'The Tax Treatment of Intangibles in the Context of Transfer Pricing', *Revenue Law Journal* 1999, (volume 9) nr. 1.