

Belastingheffing bij digitale ondernemingen

Ondernemingsrecht 2019/5

De belastingheffing van digitale ondernemingen staat op dit moment volop in de belangstelling. De digitale onderneming is naar haar aard niet-fysiek; veel functies worden op afstand uitgeoefend en de meeste waarde bij een digitale onderneming vloeit meestal voort uit het gebruik van immateriële activa. Hierdoor hebben digitale ondernemingen vaak geen fysieke, maar wel significante virtuele aanwezigheid in de marktstaat (*size without mass*). De vraag is of het huidige internationale systeem dat heffingsrechten tussen landen verdeelt op basis van de inputfactoren van het productieproces (arbeid en kapitaal) in plaats van op basis van de *output* (levering van goederen en diensten) in het licht van de digitaliserende economie nog toereikend is. Waar moet het fiscale aanknopingspunt van de digitale onderneming worden gesitueerd? Volgens de auteur moeten bij de zoektocht naar het antwoord op deze vraag twee zaken gescheiden worden. Aan de ene kant kunnen digitale ondernemingen inspelen op imperfecties van het bestaande internationale fiscale systeem. Aan de andere kant wijst het huidige internationale systeem geen heffingsrechten toe op basis van het bestemmingslandbeginsel. De eerste kwestie zou ondervangen moeten gaan worden door implementatie van de internationale (BEPS)-aanbevelingen, die agressieve internationale belastingplanning ontmoedigen. Op internationaal niveau bestaat echter een sterke politieke behoefte méér te doen en heffingsrechten te creëren in de marktstaat omdat daar waardecreatie zou plaatsvinden, met name vanwege de toegang tot gebruikersgegevens. De auteur denkt vooralsnog echter niet dat de creatie van heffingsrechten als gevolg van marktstaatwaardecreatie bij digitale ondernemingen vanzelfsprekend zou moeten zijn. (Vrijwillig) afgestane gebruikersdata creëren uit zichzelf geen waarde. Uiteindelijk zijn het de menselijke doorslaggevende functies (arbeid), doorgaans uitgeoefend in de woonstaat, die verzamelde gebruikersgegevens waardevol maken. Onder het bestaande internationale fiscale systeem (na implementatie van de BEPS-aanbevelingen) zou daar ook de heffing moeten plaatsvinden. De auteur twijfelt daarom of de huidige fiscale aanknopingspunten – na de implementatie van de BEPS-aanbevelingen – wel moeten worden gewijzigd voor digitale ondernemingen.

1. Introductie

De belastingheffing van multinationale ondernemingen (MNO's) staat al een aantal jaren volop in de belangstelling. Als gevolg van de financiële en economische crisis zijn burgers en politici zich gaan afvragen of grote bedrijven wel hun eerlijke bijdrage (*fair share*) leveren aan de publieke middelen.² De aandacht richt zich daarbij vooral op het gebruik door MNO's van (vaak complexe) internationale fiscale planningsstructuren. Deze structuren kenmerken zich vaak hierdoor dat sprake is van een "mismatch" tussen de fiscale regelgeving van de betrokken jurisdicties; de nationale fiscale regels voor MNO's sluiten internationaal niet goed op elkaar aan. Daar bovenop wordt vaak de bescherming ingeroepen van een toepasselijk belastingverdrag. Het effect is uiteindelijk dat (een deel van) de ondernemingswinst van een MNO per saldo nergens, of althans niet tijdig, wordt belast. Hoewel internationale fiscale planning geen nieuw fenomeen is, is de omvang ervan als gevolg van de toenemende mondialisering van de economie over de afgelopen decennia wel toegenomen.

Dit heeft de afgelopen jaren geleid tot een nog niet eerder vertoonde beleidsmatige heroverweging van de bestaande internationale fiscale regels op internationaal niveau. In februari 2013 is de OESO samen met landen van de G20 een omvangrijk project gestart dat zich richt op zogeheten "Base Erosion and Profit Shifting" (BEPS) door MNO's. Dit project is in oktober 2015 uitgemond in een vijftiental politiek bindende en niet-bindende internationale aanbevelingen op het gebied van agressieve internationale fiscale planning. Het leidende uitgangspunt van deze aanbevelingen is dat winst moet worden belast in het land waar de waarde is gecreëerd.³ Om een brede en consistente implementatie op internationaal niveau te waarborgen – de aanbevelingen zijn juridisch niet-bindend en moeten eerst per land worden omgezet in het nationale rechtsstelsel –, is een zogeheten "inclusive framework" opgericht, waarbij ook een groot aantal niet-OESO/G20 landen zich hebben aangesloten. Thans zijn meer dan 110 landen hier lid van. Verder zal een deel van de aanbevelingen op verdragsniveau worden geïmplementeerd via een multilaterale overeenkomst, die op 1 juli 2018 in werking is getreden.⁴ Tot slot vindt binnen de EU implementatie van een deel van de aanbevelingen op nationaal niveau plaats via richtlijnen, zoals de anti-belas-

1 Daniël Smit is bijzonder hoogleraar aan de Tilburg University en visiting professor aan de Université Paris I: Panthéon-Sorbonne. Hij is tevens verbonden aan een accountantskantoor.

2 Wat precies fair is, blijft overigens lastig te bepalen; zie bijvoorbeeld J.L.M. Gribnau, 'Belastingen, ethiek en waarden. Een weerbarstig driespan', *NTRF* 2017/660.

3 Overigens wordt dit uitgangspunt niet steeds consequent doorgevoerd en gaat het er soms gewoon om dat winst in ieder geval één keer ergens belast wordt; zie hierover ook: D.S. Smit, *International Income Allocation under EU Tax Law: Tinker, Tailor, Soldier, Sailor* (Oratie Tilburg University 2016), Tilburg: Tilburg University 2016.

4 Kort gezegd implementeert deze overeenkomst – op basis van wederkerigheid – een aantal specifieke antimisbruikbepalingen in het bestaande netwerk van bilaterale belastingverdragen.

tingontwijkingsrichtlijn, die op 1 januari 2019 (deels) van kracht wordt.⁵

Het BEPS-project richt zich ook op de digitale economie.⁶ Hoewel de OESO erkent dat de digitale economie en de daarmee veranderende bedrijfsmodellen op zichzelf geen nieuwe BEPS-risico's creëren, stelt zij tegelijkertijd vast dat risico's van belastingontwijking zich binnen de digitaliserende economie wel sneller kunnen voordoen.⁷ Uiteindelijk mondt de aanpak van belastingontwijking door de digitale onderneming uit in de vraag waar het fiscale aanknopingspunt van de digitale onderneming moet worden gesitueerd. Deze vraag staat in deze bijdrage centraal. In de zoektocht naar het antwoord op deze vraag, bespreek ik eerst de traditionele (inter-)nationale uitgangspunten die bij de winstbelasting van internationale ondernemingen een rol spelen. Daarna bespreek ik hoe deze uitgangspunten als gevolg van het BEPS-project op dit moment aan het veranderen zijn. Tot slot richt ik de focus op de digitale onderneming (denk aan bedrijven als Amazon, Google, Uber). Ik bekijk waarom de genoemde uitgangspunten bij de belastingheffing van digitale ondernemingen mogelijk niet toereikend zijn en welke internationale initiatieven er op dit moment lopen om hierin verandering te brengen. Tot slot keer ik terug naar de centrale vraag: waar moet het fiscale aanknopingspunt van de digitale onderneming worden gesitueerd?

2. Belastingheffing van MNO's in internationale verhoudingen

2.1 Traditionele fiscale aanknopingspunten

Om een goed beeld te krijgen van de wijze waarop MNO's in Nederland (en in veel andere landen) worden belast, dient men zich steeds twee vragen te stellen: 1) *kan* Nederland heffen op basis van de nationale fiscale wetgeving?; en ii) *mag* Nederland heffen op basis van een toepasselijk belastingverdrag?⁸ Wat de eerste vraag betreft, is het in de eerste plaats van belang te onderkennen dat het uitgangspunt onder de Nederlandse wettelijke systematiek (Wet op de vennootschapsbelasting 1969) is, dat entiteiten (lichamen) die onderdeel uitmaken van een concern, op *standalone* basis worden belast voor hun winst. Elke entiteit binnen een concern is dus in beginsel zelfstandig belastingplichtig.⁹ Verder is van belang dat in Nederland gevestigde entiteiten die deel uitmaken van een concern in Nederland belast

worden op basis van het woonplaatsbeginsel¹⁰ dan wel het nationaliteitsbeginsel.¹¹ Dit betekent dat een lichaam dat in Nederland wordt bestuurd¹² of dat naar Nederlands recht is opgericht, in beginsel wordt belast voor zijn wereldwinst. Winst behaald door middel van buitenlandse deelnemingen en buitenlandse filialen zijn doorgaans echter vrijgesteld van Nederlandse heffing.¹³

Buiten Nederland gevestigde onderdelen van een internationaal opererend concern worden in Nederland in principe alleen belast volgens het bronstaatbeginsel. Dat betekent dat deze onderdelen slechts in Nederland belastingplichtig zijn voor zover een voldoende economische band bestaat met het Nederlandse grondgebied, bijvoorbeeld door middel van een Nederlands filiaal of een Nederlandse vaste vertegenwoordiger. Doorgaans is dus enige mate van fysieke aanwezigheid in Nederland vereist. Nederland belast vervolgens alleen de winst die aan de desbetreffende inkomensbron (filiaal, vertegenwoordiging, etc.) kan worden toegerekend.¹⁴ Uitgangspunt hierbij is een feitelijke analyse van de doorslaggevende personele functies die in Nederland (als bronstaat) worden vervuld.

Het feit dat de belastingheffing op *standalone* basis plaatsvindt, betekent dat onderlinge transacties tussen belastingplichtige concernonderdelen (intra-concern leningen, betalingen, overdrachten, etc.) voor Nederlandse fiscale doeleinden worden erkend. De civielrechtelijke (contractuele) werkelijkheid fungeert hierbij als uitgangspunt.¹⁵ Het maakt daarbij niet uit of het om binnenlandse of grensoverschrijdende transacties gaat. Wel dienen de tussen de concernonderdelen overeengekomen voorwaarden zake-lijk te zijn. Dit vloeit voort uit het *arm's length* beginsel (of zakelijkheidsbeginsel).¹⁶ Dat beginsel houdt, kort gezegd, in dat aangesloten moet worden bij hetgeen tussen onafhankelijke partijen in soortgelijke omstandigheden zou zijn overeengekomen.¹⁷ Niettemin staat de contractuele werkelijkheid voorop en dat maakt het fiscale systeem kwetsbaar. Concerns kunnen bijvoorbeeld kunstmatige intra-groepschulden creëren en door middel van aftrek van de verschuldigde intra-groepsrente hun belastbare winst kunstmatig verlagen. Om dit gedrag te voorkomen, voorziet de Nederlandse wet inmiddels in een behoorlijk aantal anti-misbruikbepalingen.¹⁸

5 Zie Richtlijn 2016/1164/EU, *PbEU* 2016, L 193/1 zoals gewijzigd door Richtlijn (EU) 2017/952, *PbEU* 2017, L 144/1. Op 18 september 2018 is het implementatiewetsvoorstel ingediend.

6 Zie OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parijs (BEPS 1-rapport).

7 BEPS 1-rapport, p. 11.

8 Een derde vraag is overigens of Nederland mag heffen op grond van het Europese recht; deze vraag blijft verder onbesproken.

9 Onder voorwaarde kan het Nederlandse deel van een internationaal concern evenwel opteren voor geconsolideerde heffing op basis van het fiscale eenheidsregime van art. 15 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969). In dat geval wordt het Nederlandse deel als één belastingplichtige aangemerkt. Deze optie blijft verder onbesproken.

10 Art. 4 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR).

11 Art. 2, lid 4, Wet VPB 1969. Dit houdt in dat een lichaam dat is opgericht naar Nederlands recht, steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd, ongeacht de plaats van de werkelijke leiding.

12 HR 23 september 1992, nr. 27 293, *BNB* 1993/193 en HR 19 januari 2018, nr. 16/03321, *BNB* 2018/68.

13 Op grond van de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 of de objectvrijstelling van art. 15e Wet VPB 1969.

14 Dit uitgangspunt is gebaseerd op het totaalwinstbegrip van art. 8 Wet VPB 1969.

15 Zie o.a. HR 15 december 1999, nr. 33 830, *BNB* 2000/126.

16 Art. 8b Wet VPB 1969.

17 Art. 8b Wet VPB 1969.

18 Zie o.a. art. 10a, art. 10b, art. 13l en (per 1 januari 2019) art. 15b Wet VPB 1969.

Omdat elk land zijn eigen uitgangspunten hanteert om het fiscale aanknopingspunt te bepalen, kunnen MNO's tegen internationaal dubbele belastingheffing aanlopen. Om dit te voorkomen, heeft Nederland met veel landen belastingverdragen gesloten. Deze verdragen verdelen als het ware de "fiscale koek" en bepalen welk land over welk type inkomen mag heffen. Belastingverdragen creëren evenwel geen heffingsrechten. Of, en zo ja, hoe een verdragsstaat van zijn toegewezen heffingsrechten gebruikmaakt, is een nationale zaak van die staat.

In beginsel kan elke entiteit binnen een concern op *standalone*-basis een beroep doen op de bescherming van een belastingverdrag, mits deze als fiscaal inwoner wordt aangemerkt door één van de verdragsstaten.¹⁹ Wat ondernemingswinsten betreft, leggen belastingverdragen doorgaans het primaat voor heffing bij de woonstaat van het desbetreffende concernonderdeel. Die staat mag heffen, tenzij er een voldoende fysieke band is met de andere verdragsstaat door middel van een zogeheten vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiging.²⁰ In dat geval mag het andere land de winst belasten die aan de vaste inrichting (of vertegenwoordiging) valt toe te rekenen en moet de woonstaat dubbele belasting voorkomen. Bij de winsttoerekening dient men de vraag te stellen wat het resultaat zou zijn geweest van de vaste inrichting, ware zij een zelfstandige en onafhankelijke entiteit, die op zakelijke basis handelt met het buitenlandse hoofdhuis waarvan zij deel uitmaakt. Uitgangspunt hierbij is opnieuw een feitelijke analyse van de doorslaggevendende personele functies die in het hoofdhuis en in de vaste inrichting worden vervuld.

Per saldo fungeren dus het woon- en bronstaatbeginsel als internationale aanknopingspunten bij de vraag in welk land welk deel van de winst van een MNO kan en mag worden belast. Het woonstaatbeginsel staat daarbij voorop. Het heffingsrecht gaat pas over naar de bronstaat als een onderdeel van een buitenlandse MNO over voldoende fysieke aanwezigheid beschikt.

2.2 Herijking van de traditionele fiscale aanknopingspunten

2.2.1 Kwetsbaarheid van het traditionele systeem

Het feit dat in het internationale systeem het primaat voor heffing bij de woonstaat ligt, maakt dat systeem kwetsbaar. De fiscale vestigingsplaats van afzonderlijke concernonderdelen is in het huidige systeem doorgaans relatief eenvoudig verplaatsbaar, met name bij passievere concernactiviteiten, zoals houdsteractiviteiten. In sommige landen, zoals Nederland, creëert bovendien oprichtingsrecht al een fiscale vestigingsplaats. Hierdoor kunnen MNO's op zoek gaan naar een land met een gunstig netwerk van belasting-

verdragen en daar een (soms minimale) link creëren die evenwel tot een fiscale woonplaats in dat land leidt. Op die manier krijgt een MNO toegang tot het gunstige verdragen-netwerk. Dit fenomeen wordt ook aangeduid met de term *tax treaty shopping*.

Verder is ook het doorgaans fysieke bronbeginsel kwetsbaar. MNO's kunnen bronstaatheffing, bijvoorbeeld, vermijden door binnen het concern bepaalde (substantiële) activiteiten binnen een land op te knippen over verschillende concernonderdelen. *Overall* is er dan weliswaar nog steeds een voldoende binding met het bronland, maar per afzonderlijke concernentiteit bezien niet meer. Op die manier kan een buitenlandse MNO onder de drempel voor bronstaatheffing blijven. Traditioneel zijn belastingverdragen slecht gewapend tegen genoemde vormen van internationale belastingplanning. Antimisbruikbepalingen zijn eerder uitzondering dan regel, en (bijvoorbeeld) de Hoge Raad is er uiterst terughoudend in om nationale antimisbruikbepalingen of leerstukken door te laten werken naar belastingverdragen.²¹

De kwetsbaarheid van het internationale systeem wordt versterkt door het feit dat de winstbelastingen op internationaal niveau niet of nauwelijks zijn geharmoniseerd. Dat betekent bijvoorbeeld dat de vraag welke winst aan de activiteiten van de verschillende concernonderdelen moet worden toegerekend, per land verschillend kan worden beantwoord. Sommige landen hanteren een meer juridische benadering, andere een meer economische. Als een *mismatch* ontstaat tussen beide benaderingen, dan kan het resultaat zijn dat de winst per saldo nergens wordt belast. Wat dit fenomeen nog wat complexer maakt, is het gegeven dat sommige landen dit soort mismatches juist bewust kunnen creëren of in stand houden met als doel om investeringen door buitenlandse MNO's aan te trekken of om investeringen van binnenlandse MNO's in het buitenland fiscaal te stimuleren.

2.2.2 Herijking van het systeem: heffing waar waarde wordt gecreëerd

Zoals aangegeven in de inleiding van deze bijdrage, beoogt men met het BEPS-project een dam op te werpen tegen internationale agressieve fiscale planning. De mantra daarbij luidt dat winst moet worden belast in het land waar de waarde is gecreëerd. Strikt bezien, zegt men daar in wezen mee, dat het primaat van belastingheffing niet langer meer bij de woonstaat zou moeten liggen. Zo ver gaan de BEPS-aanbevelingen echter niet. Het bestaande internationale fiscale systeem, zoals hiervoor geschetst, gaat niet geheel op de schop. De aanbevelingen pakken bepaalde vormen van misbruik aan, maar de onderliggende fundamenten blijven min of meer op hun plaats. Zo bezien pakt het BEPS-project vooral de symptomen aan van internationale belastingplanning, maar niet de oorzaken.

¹⁹ Zie art. 4 van het OESO Model Verdrag 2017 (OMV). Indien een entiteit door beide landen tegelijk als inwoner wordt gezien, dan is onder de meeste verdragen de plaats waar de werkelijke leiding zich bevindt.

²⁰ Art. 7 OMV.

²¹ Zie o.a. HR 6 december 2002, nr. 36 773, *BNB* 2003/285.

Zo wordt het hiervoor beschreven fenomeen van *tax treaty shopping* aangepakt doordat de fiscale woonplaats in een verdragsstaat als zodanig niet langer zonder meer aanspraak geeft op verdragsbescherming.²² Als het hoofddoel of één van de hoofddoelen van een opgezette of bestaande concernstructuur is om toegang te krijgen tot de voordelen van een belastingverdrag, dan kunnen deze voordelen worden geweigerd. Een andere benadering om *tax treaty shopping* tegen te gaan, is dat het desbetreffende concernonderdeel naast fiscaal inwonerschap ook over voldoende economische binding met de woonstaat moet beschikken, bijvoorbeeld door de aanwezigheid van een hoofdkantoor of een beursnotering aldaar. Daarnaast wordt het opknippen van activiteiten in de bronstaat om op die manier onder de drempel voor bronstaatheffing te blijven, aangepakt door in dit soort gevallen op overall-niveau in plaats van op *stand-alone* niveau te toetsen of sprake is van een voldoende fysieke aanwezigheid in de bronstaat.²³ Verder worden landen opgeroepen belastingregimes die tot schadelijke belastingconcurrentie tussen landen kunnen leiden op te heffen, nationale antimisbruikbepalingen te verscherpen, bijvoorbeeld op het gebied van renteaftrek, en mismatches als gevolg van verschillen in fiscale wetgeving te neutraliseren. Wat dit laatste punt betreft, is in het bijzonder van belang dat er bij de beoordeling of concernonderdelen onderling zakelijke voorwaarden met elkaar overeenkomen, onder de BEPS-aanbevelingen meer nadruk moet worden gelegd op de economische in plaats van de contractuele werkelijkheid.²⁴ Dit betekent, bijvoorbeeld, dat niet alleen de voorwaarden waaronder een interne transactie is aangegaan, maar ook de transactie als zodanig voor fiscale doeleinden kan worden genegeerd als deze commercieel gezien niet rationeel is. Hierbij kan worden gedacht aan de juridische overdracht binnen het concern van een immaterieel activum. Het gaat er niet langer om welke entiteit binnen het concern de juridische eigenaar is van het desbetreffende activum, maar veeleer wie vanuit welke plek de relevante functies uitoefent om dit activum verder te verbeteren, te beheren, te beschermen, etc. Personele functies worden dus van toenemend belang.

Kortom, als gevolg van het BEPS-project maken concrete verdragsregels plaats voor open normen. Met genoemde maatregelen zal een deel van de kwetsbaarheid van het internationale systeem zonder twijfel worden weggenomen. De uiteindelijke effectiviteit zal evenwel moeten worden afgewacht. Die zal mede afhankelijk zijn van het aantal landen dat de aanbevelingen uiteindelijk daadwerkelijk omzet in nationale fiscale regelgeving.

22 OESO (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parijs.

23 OESO (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parijs.

24 OECD (2015), Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8–10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parijs.

2.3 De positie van de digitale onderneming in het internationale belastingrecht

Als wij nu verder inzoomen op de grensoverschrijdende digitale onderneming, dan valt vast te stellen dat er een aantal redenen zijn waarom deze groep MNO's bijzondere aandacht verdient. In de eerste plaats kunnen digitale ondernemingen, net als andere MNO's, gebruikmaken van de hiervoor beschreven kwetsbaarheden van het internationale systeem. Daarnaast is de digitale onderneming naar haar aard niet-fysiek; veel functies worden op afstand uitgeoefend (al dan niet door middel van automatisering) en de meeste waarde bij een digitale onderneming zal doorgaans voortvloeien uit het gebruik van immateriële (niet-fysieke) activa.²⁵ De fysieke begrenzing van het bronstaatbeginsel doet zich hier dus bij uitstek gevoelen. Tel hierbij op dat als gevolg van verschillen in nationale belastingssystemen de winst van een digitale onderneming niet automatisch steeds direct in de woonstaat wordt opgepakt, en het wordt duidelijk dat juist digitale ondernemingen hun bijdrage leveren aan het fenomeen van internationale agressieve fiscale planning.²⁶

Een voorbeeld van hoe digitale bedrijven onder de traditionele regels de fiscale dans kunnen ontspringen, vormt de thans bij het EU-Gerecht aanhangige *Amazon*-zaak.²⁷ In de kern gaat het in deze zaak om de vraag hoeveel winst aan de Europese tak van het Amerikaanse Amazon-concern moet worden toegerekend. Sterk vereenvoudigd weergegeven, gaat het om een (inmiddels gewijzigde) concernstructuur die in de desbetreffende jaren zo is opgezet, dat lokale (EU) *service companies* ondersteunende diensten verrichten ten behoeve van de *retail*-activiteiten door het Europese hoofdkantoor dat zich in Luxemburg bevindt (het gaat om o.a. administratieve diensten en dienstverlening aan lokale klanten). Omdat de lokale entiteiten deze diensten op eigen naam, maar voor rekening en risico van het Luxemburgse hoofdkantoor verrichten, brengen zij het hoofdkantoor slechts een beperkte vergoeding in rekening en worden zij lokaal in beperkte mate belast. Het Luxemburgse hoofdkantoor exploiteert verder actief de intellectuele eigendomsrechten in verband met de Europese retail-activiteiten. De juridische eigendom hiervan berust echter bij een groepsentiteit die buiten Luxemburg is gevestigd en in Luxemburg, noch in haar eigen vestigingsstaat, wordt belast. Het Luxemburgse hoofdkantoor betaalt een aanzienlijke, fiscaal aftrekbare royalty als vergoeding voor het gebruik van de immateriële activa aan deze buitenlandse groepsentiteit. Een aanzienlijk deel van de Europese fiscale winst blijft als gevolg van de royalty-betaling uiteindelijk dus onbelast. Mede vanwege een mismatch tussen de Luxemburgse en Amerikaanse fiscale regels, wordt het royalty-inkomen van deze entiteit ook niet, of althans niet geheel, in de woonstaat (Verenigde Staten) "opgepakt" en belast. Deze ver-

25 BEPS 1-rapport, p. 100.

26 BEPS 1-rapport, p. 11.

27 Commission Decision on State Aid SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Luxembourg to Amazon, *PbEU* 2018, L 153/1, T-816/17 en T-318/18.

simpelde uitleg van de (voormalige) Amazon-structuur, toont de extra kwetsbaarheid aan van het internationale systeem bij digitale ondernemingen. Het virtuele karakter van de activiteiten, de nadruk op de contractuele werkelijkheid en het primaat bij woonstaathet in combinatie met mismatches tussen het Luxemburgse en Amerikaans belastingregime leiden per saldo ertoe dat (een deel van) de Europese verkoopwinst uiteindelijk nergens wordt belast.

Een deel van de BEPS-aanbevelingen zou de structuur zoals hiervoor omschreven kunnen neutraliseren.²⁸ Toch lossen de BEPS-aanbevelingen niet alle moeilijkheden op. Er speelt namelijk een meer fundamentele kwestie bij de belastingheffing van digitale ondernemingen. De mantra dat winst moet worden belast in het land waar de waarde is gecreëerd, klinkt weliswaar aansprekend, maar juist bij digitale ondernemingen rijst de vraag: hoe bepaal je de plaats waar waarde wordt gecreëerd? Het internationale systeem, zoals hiervoor geschetst, bestaat al decennia lang. Het stamt in feite nog uit de tijd van geïndustrialiseerde (fysieke) economie en is gebaseerd op de gedachte dat de functies van een MNO zich in dezelfde staat bevinden als die van de afnemers. Dat is tegenwoordig echter niet meer het geval.²⁹ Functies van een MNO (bijvoorbeeld onderzoek en ontwikkeling) worden vaak binnen concern gebundeld op één of enkele locaties, om vervolgens het wereldwijde concern te dienen. Het concept van territorialiteit heeft zo gezien over de afgelopen decennia dus een andere dimensie gekregen. In dit verband is het verder van belang dat zowel onder de traditionele en onder de gewijzigde internationale uitgangspunten, de aanknopingspunten voor heffing zijn gekoppeld aan de factoren die zien op de *input* van het productieproces van een MNO, namelijk arbeid en kapitaal. Het land waar de afnemer van de goederen of diensten zit, is voor de verdeling van heffingsrechten niet van belang.³⁰ Het bestemmingslandbeginsel speelt bij de verdeling van heffingsrechten dus geen rol. Bij de digitale onderneming springt dan direct het verschijnsel in het oog, dat digitale ondernemingen vaak significante aanwezigheid hebben in de marktstaat (de bestemmingsstaat) zonder daar fysiek aanwezig te zijn (*size without mass*). Daarnaast wordt vaak een deel van de voor de onderneming waardevolle functies niet door de ondernemer zelf, maar door de afnemers vervuld.³¹ Denk bijvoorbeeld aan deelname aan een digitaal platform waarbij waarde wordt gecreëerd door reviews van afnemers. Maar ook de toegang tot en het gebruik van gebruikersgegevens die afnemers vrijwillig prijsgeven, kan meerwaarde genereren. In zekere zin wordt de

waarde dus niet langer vanuit de digitale onderneming zelf, maar deels ook door de marktafnemers gecreëerd. Als men deze vaststelling vervolgens projecteert op de *Amazon*-zaak, dan is de conclusie dat ook met inachtneming van de BEPS-aanbevelingen, de lokale Europese afnemerslanden vermoedelijk met lege handen achter zouden blijven. Er is in deze bestemmingslanden geen fysieke aanwezigheid, en zelfs als die er wel zou zijn, dan is de vraag of wel waarde aan de lokale activiteiten kan worden toegerekend aangezien de lokaal uitgeoefende functies ondersteunend zijn en bovendien voor rekening van het Luxemburgse hoofdkantoor. De productiefactoren arbeid en kapitaal worden met andere woorden dus slechts in beperkte mate in de afnemersstaten aangewend.

Kortom, het gegeven dat de internationale regels ook onder de BEPS-aanbevelingen blijven aansluiten bij het woon- en bronstaatbeginsel in combinatie met de veranderende ondernemingsmodellen bij digitale ondernemingen (marktwaardecreatie zonder fysieke aanwezigheid) leidt tot toenemende spanning. Hoewel ook dit fenomeen op zichzelf niets nieuws is (denk aan de traditionele lange-afstandsverkoop, het bijhouden van klantgegevens, etc.), hebben digitale ondernemingen deze kwetsbaarheid wel in volle omvang bloot gelegd. De BEPS-aanbevelingen blijven echter gebaseerd op de oorspronkelijke uitgangspunten en lossen dit probleem dus niet fundamenteel op.

Om te voorkomen dat winst van digitale ondernemingen uiteindelijk niet of niet tijdig wordt belast, zouden bronstaten maar ook bestemmingsstaten (marktstaten) ertoe kunnen overgaan om specifieke heffingen te introduceren die gericht zijn op grote digitale ondernemingen. Wereldwijd zijn een aantal landen (o.a. India) hiertoe al over gaan. Omdat dit uiteindelijk tot een lappendeken van verschillende, met elkaar conflicterende nationale regelingen kan leiden, heerst er op internationaal niveau consensus dat er gezocht moet worden naar een gecoördineerde oplossing op internationaal niveau. Hierna bespreek ik de twee belangrijkste initiatieven die in dit kader op dit moment gaande op OESO en EU-niveau gaande zijn.

3. Internationale initiatieven

3.1 Ontwikkelingen op OESO-niveau

De positie van de digitale onderneming heeft, zoals hiervoor is aangegeven, in de eerste plaats de uitgebreide aandacht van de OESO. Die aandacht heeft geleid tot het BEPS 1-rapport dat in oktober 2015 is gepubliceerd. Dit rapport beschrijft in de eerste plaats het fenomeen van veranderende bedrijfsmodellen als gevolg van de digitalisering (o.a. e-commerce, app-stores, e-advertising, gebruikersplatforms).³² Vervolgens gaat het rapport in op de wijze waarop juist digitale ondernemingen gebruik kunnen maken van de bestaande tekortkomingen in het internationale fiscale systeem. Veel elementen die eerder in deze bijdrage zijn beschreven komen daarbij terug, zodat ik er op deze plaats

28 De Europese Commissie stelt zich in deze zaak overigens op het standpunt dat de royaltybetaling niet zakelijk is omdat alle relevante functies ten aanzien van de immateriële activa zich in Luxemburg bevonden. Door toch aftrek toe te staan van de royaltybetaling, is er volgens de Commissie sprake van staatssteun. Deze beslissing wordt op dit moment aangevochten voor het Gerecht. De vraag is met name of de Commissie de Europese staatssteunregels niet te ver oprekt.

29 W. Schön, 'International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)', *World Tax Journal* 1 (2009), p. 81.

30 Zie uitgebreid: M.F. de Wilde, 'Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in', (46) *Intertax* 6-7 (2018), p. 466-475.

31 Zie o.a. BEPS 1-rapport, p. 101.

32 BEPS 1-rapport, p. 51 e.v.

niet opnieuw op in ga.³³ Tot slot komt het meest spannende deel, namelijk de meer fundamentele uitdagingen waar de digitale onderneming landen voor gesteld doen staan. Belangrijke vragen worden in dit verband besproken, zoals de vraag of de huidige fiscale aanknopingspunten nog wel toereikend zijn, hoe men de waarde van verzamelde en verwerkte afnemersgegevens moet waarderen en of men deze waarde kan toerekenen aan het land waaruit deze data afkomstig is?³⁴

Tot slot gaat het BEPS 1-rapport in op een aantal mogelijk toekomstige beleidsopties.³⁵ De eerste daarvan is de uitbreiding van het fysieke vasteinrichtingsbegrip met het concept van “significant economic presence”. Hierbij kijkt men naar bepaalde (digitale) factoren die de economische band met een bepaald land bepalen. Het BEPS 1-rapport noemt in dit verband allereerst de hoogte van de winst die wordt behaald met digitale activiteiten in een land. Deze winst moet substantieel zijn. Bovenop dit criterium zou tevens naar digitale factoren gekeken kunnen worden, zoals de aanwezigheid van een lokale domeinnaam, lokale betalingsopties en een lokale website. Daarnaast zou gekeken kunnen worden naar gebruikersfactoren, zoals het aantal maandelijks actieve gebruikers, het aantal gesloten contracten en de omvang van de verzamelde data van lokale gebruikers. De vervolgvraag is evenwel: hoe dient men op basis van deze factoren vervolgens winst toe te rekenen aan de virtuele vaste inrichting? Dit zou volgens de OESO bijvoorbeeld kunnen door geautomatiseerde (woonstaat)functies toe te rekenen aan de marktjurisdictie of door lokale gebruikersfuncties (marktstaatfuncties) toe te rekenen aan de buitenlandse digitale onderneming. Dit zou evenwel aanpassing van de bestaande internationale regels vereisen. Ook andere verdelingsmethodes die kort worden aangehaald, zoals toerekening door middel van een formule of fictieve toerekening, zijn niet zo maar inpasbaar onder de bestaande regels.

Als tweede optie bespreekt het BEPS 1-rapport de zogeheten “equalization levy”.³⁶ In feite is dit een soort compenserende heffing die beoogt om het ongelijke speelveld tussen buitenlandse digitale aanbieders en fysieke aanbieders in de bronstaat te herstellen. Afhankelijk van het doel van een dergelijke heffing (belasten van langeafstandverkopen, belasten van waardecreatie door middel van gegevensverzameling), kan deze op verschillende manieren worden vormgegeven.³⁷

Uiteindelijk doet de OESO geen concrete aanbevelingen op internationaal niveau. Het rapport sluit af met de aankondiging dat de ontwikkeling van digitale ondernemingen

verder zal worden gemonitord en dat verder zal worden gewerkt aan de ontwikkeling van beleid. In dit verband is inmiddels op 16 maart 2018 een nieuw (tussen)rapport gepubliceerd.³⁸ In dit rapport wordt opnieuw (en soms dieper) ingegaan op de punten die ook in het BEPS 1-rapport aan de orde komen. Uit het rapport volgt dat er internationaal consensus bestaat dat gecoördineerd optreden gewenst is, maar dat er nog geen consensus is over de oplossingsrichting. De OESO beveelt in ieder geval geen tussentijdse oplossingen aan. Overigens constateert de OESO in het rapport dat het BEPS-project inmiddels zijn uitwerking lijkt te hebben op de digitale onderneming, getuige exemplarisch bewijs van digitale ondernemingen die inmiddels hun bedrijfsmodel hebben aangepast. In 2019 zal een verder update van de stand van zaken worden gegeven. Het streven is om in 2020 tot internationale consensus te komen over een aanvaardbare oplossing.

3.2 Ontwikkelingen op EU-niveau

Ook binnen de EU staat de belastingheffing van digitale ondernemingen sinds 2017 hoog op de politieke agenda. Hoewel er ook binnen de EU consensus bestaat dat een mondiale aanpak uiteindelijk het streven moet zijn, bestaat tegelijkertijd de zorg dat lidstaten in de tussenperiode eenzijdige maatregelen gaan treffen met fragmentatie binnen de EU tot gevolg. Om deze reden heeft de Europese Commissie op 21 maart 2018 het digitale belastingpakket gepubliceerd. Naast een tweetal aanbevelingen bevat dit pakket twee richtlijnvoorstellen.

3.2.1 Aanmerkelijke digitale aanwezigheid

Het eerste voorstel ziet op een lange termijnoplossing en stelt voor het huidige fysieke vaste inrichtingsbegrip uit te breiden met een virtueel vaste inrichtingsbegrip binnen de EU.³⁹ Dit nieuwe concept van aanmerkelijke digitale aanwezigheid (virtuele vaste inrichting) zou moeten worden ingebed in het bestaande internationale systeem en zou daarom aanpassing vereisen van zowel nationale regelgeving en belastingverdragen. Een onderneming wordt onder het voorstel geacht een virtuele vaste inrichting te hebben in een lidstaat als deze onderneming digitale diensten aanbiedt via een digitale interface en er aan één van de volgende drie voorwaarden voldaan:

1. De jaarlijkse inkomsten uit de levering van de digitale diensten aan gebruikers in die lidstaat bedragen meer dan € 7 miljoen.
2. Het aantal jaarlijkse gebruikers van de digitale diensten die zich die lidstaat bevinden is hoger dan 100.000.
3. Het aantal jaarlijkse zakelijke overeenkomsten voor de levering van een digitale dienst dat wordt gesloten door gebruikers in die lidstaat bevinden, is hoger dan 3000.⁴⁰

33 BEPS 1-rapport, p. 77 e.v.

34 BEPS 1-rapport, p. 98-107.

35 BEPS 1-rapport, p. 107 e.v.

36 BEPS 1-rapport, p. 115 e.v.

37 Een andere beleidsoptie is een bronheffing op vergoedingen voor digitale goederen en diensten door afnemers in de marktstaat. Daarbij rijzen echter afbakenings- en handhavingsproblemen. Tevens kan spanning optreden met bestaande handelsverdragen; BEPS 1-rapport, p. 113 e.v.

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

39 Voorstel voor een Richtlijn van de Raad van 21 maart 2018 tot vaststelling van regels betreffende de vennootschapsbelasting op een aanmerkelijke digitale aanwezigheid, COM(2018) 147 final.

40 Art. 4, lid 3, van het voorstel.

Het gaat dus om gebruikers gerelateerde criteria waarmee direct het doel van de richtlijn duidelijk wordt, namelijk het belasten van marktwaardecreatie. De richtlijndefinitie van digitale dienst is vervolgens ruim. Het gaat om diensten die via het internet of een elektronisch netwerk worden geleverd en waarvan de levering wegens de aard van de dienst grotendeels geautomatiseerd en met minimale menselijke interventie gebeurt, en onmogelijk is zonder de aanwezigheid van informatietechnologie. Het gaat bijvoorbeeld om de levering van gedigitaliseerde producten (denk aan streamingdiensten) en digitale intermediaire activiteiten.⁴¹ Verkoop van goederen of diensten die met behulp van het internet wordt gefaciliteerd, is van de definitie uitgezonderd.⁴²

Het voorstel creëert niet alleen een nieuw virtueel aanknopingspunt voor heffing, maar verandert ook deels de bestaande wijze waarop winst aan een virtuele vaste inrichting moet worden toegerekend.⁴³ Deze wijziging is nodig omdat op basis van de bestaande toerekeningsregels alleen wordt gekeken naar de plaats waar de inputfactoren bij het productieproces zich bevinden (arbeid en kapitaal) en geen rekening wordt gehouden met waardecreatie door afnemers in het bestemmingsland. De aanpassing van de bestaande winsttoerekeningsregels vormt in wezen dus het belangrijkste onderdeel van het voorstel. Uit de nogal cryptisch geformuleerde richtlijntekst valt af te leiden dat de bestaande uitgangspunten voor winsttoerekening op zichzelf in stand blijven. Nieuw is echter dat men bij de uiteindelijke winsttoerekening rekening zal moeten houden met de economisch wezenlijke activiteiten die door middel van de virtuele vaste inrichting worden verricht. Daarbij worden activiteiten die verband houden met data en gebruikers geacht economisch wezenlijke activiteiten te zijn van de virtuele vaste inrichting.⁴⁴ Het gaat hier dus echt om een fictie die nieuw is ten opzichte van het huidige systeem. In feite worden bepaalde woonstaatfuncties geacht in de marktstaat te worden uitgeoefend. Verder moet men in dit verband rekening houden met de ontwikkeling, de uitbreiding, het onderhoud, de bescherming en de exploitatie van immateriële activa bij de uitoefening van de economisch wezenlijke activiteiten door de digitale aanwezigheid, ook als deze geen verband houden met door personen uitgeoefende functies in de lidstaat waar de virtuele vaste inrichting gevestigd is.⁴⁵ De winst zou vervolgens op basis van kosten voor onderzoek, ontwikkeling en marketing, het aantal gebruikers in een lidstaat en de per lidstaat verzamelde data gesplitst kunnen worden tussen de woonstaat en de (virtuele) vaste-inrichtingsstaat.⁴⁶ Het doel van de richtlijn is duidelijk, namelijk het toedelen van een gedeeltelijk heffingsrecht aan de marktstaat. Tegelijkertijd is de tekst van de richtlijn vrij cryptisch en ontbreekt een uitgebreide toelichting. Hierdoor blijft het uiteindelijk onduidelijk hoe

veel winst er nu doorgaans aan de marktstaat zou moeten worden toegerekend. Verduidelijking van het voorstel zou derhalve gewenst zijn.⁴⁷ Of de lidstaten uiteindelijk tot de vereiste unanimiteit zullen komen, moet worden afgewacht. Veel zal afhangen van de uitkomst van de hiervoor besproken lopende internationale discussie op OESO-niveau.

3.2.2 Digitaledienstenbelasting

Met het genoemde voorstel slaat de Europese Commissie nieuwe wegen in en het is alles behalve zeker of, en zo ja, wanneer alle (thans) 28 lidstaten het eens zullen worden over de introductie van een virtuele vaste inrichting. De tweede richtlijn ziet daarom op een tijdelijke oplossing van een digitaledienstenbelasting (een soort *equalization tax*) binnen de EU die ongecoördineerde introductie van eenzijdige digitale heffingen door een aanzienlijk aantal lidstaten (o.a. Spanje, Italië en het Verenigd Koninkrijk) voor de korte termijn moet voorkomen.⁴⁸ Anders dan bij het eerste voorstel, gaat het hier niet om een heffing over winst, maar om een heffing over de (bruto)omzet behaald met een aantal specifiek omschreven digitale diensten. Het gaat dus om een fundamenteel ander type heffing die naast de winstbelasting komt te staan en die verder ook niet ingebed zou hoeven te worden binnen het bestaande internationale systeem. Dat is althans de visie van de Europese Commissie, want een aantal landen (waaronder Ierland maar ook de Verenigde Staten) heeft aangegeven het met deze visie oneens te zijn en is van mening dat de voorgestelde heffing wel degelijk door de bestaande internationale systeem wordt begrenst.

Het voorstel komt neer op een specifieke heffing in de afnemersstaat voor een beperkte groep digitale ondernemingen, namelijk die groep die onder het huidige internationale systeem het lastigst te ondervangen zijn. De richtlijn is gericht op winst uit de verkoop van online-advertentieruimte (denk aan Google), digitale intermediaire activiteiten (denk aan Airbnb), en winst uit de verkoop van data die zijn gegenereerd uit informatie die door gebruikers is verstrekt (denk aan Facebook).⁴⁹ Deze diensten kenmerken zich alle door waardecreatie door de gebruiker. Alleen grote ondernemingen zouden met de digitaledienstenbelasting in aanraking moeten komen. Belastingplicht ontstaat namelijk pas als de commerciële winst van de digitale onderneming in een jaar hoger is dan € 750 miljoen, waarvan meer dan € 50 miljoen in de EU is verworven.⁵⁰ De heffing kan volgens de Europese Commissie naar schatting € 5 miljard aan inkomsten genereren voor de lidstaten.

41 Art. 3, lid 5, van het voorstel.

42 Annex III van het voorstel.

43 Art. 5 lid 2-lid 6, van het voorstel.

44 Art. 5, lid 3, van het voorstel.

45 Art. 5, lid 4, van het voorstel en de toelichting op deze bepaling.

46 Art. 5, lid 6, van het voorstel.

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

48 Voorstel voor een Richtlijn van de Raad van 21 maart 2018 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van een digitaledienstenbelasting op inkomsten uit de levering van bepaalde digitale diensten, COM(2018) 148 final.

49 Art. 3, lid 1, van het voorstel.

50 Art. 4, lid 1, van het voorstel.

Het voorstel wordt gesteund door een groot aantal lidstaten, maar verschillende lidstaten (waaronder Denemarken, Finland, Ierland en Zweden) hebben bezwaren. Omdat voor de aanneming van de richtlijn unanimiteit is vereist, groeit de onzekerheid over de vraag of de richtlijn op korte termijn zal worden aangenomen, gelet ook op een aantal technische punten waarover nog naar aan oplossing wordt gezocht (met name ten aanzien van de precieze reikwijdte van de heffing en de waarborg dat de heffing echt een tijdelijk karakter zal krijgen). Mogelijk dat bij wijze van compromis de toepassing van de richtlijn zal worden uitgesteld naar een later tijdstip (mogelijk 2022) en afhankelijk zal worden gemaakt van de vraag of er op internationaal niveau uiteindelijk overeenstemming zal worden bereikt over een lange-termijnoplossing en daarnaast beperkt wordt tot online advertenties. Hoe langer de aanneming van de richtlijn echter op zich laat wachten, hoe groter het risico wordt op ongecoördineerde unilaterale invoering van een soortgelijke heffing in de verschillende lidstaten.

4. Waar moet het fiscale aanknopingspunt van de digitale onderneming worden gesitueerd?

Uit het voorgaande volgt dat bij de zoektocht naar het antwoord op de vraag hoe het fiscale aanknopingspunt van de digitale onderneming moet worden gesitueerd, in ieder geval vier verschillende benaderingen te onderkennen zijn. De eerste vormt de introductie van een soort "bijheffing" (*equalization tax*) die beoogt te voorkomen dat winst van digitale ondernemingen anders nergens (of althans niet tijdig) wordt belast. Deze heffing lijkt vooral aantrekkelijk vanwege de budgettaire opbrengst, maar is tegelijkertijd slechts een vorm van symptoombestrijding. Doordat de heffing niet aanknoopt bij winst, maar bij omzet, wordt het bestaande internationale systeem in feite opzijgezet. Hierdoor kan dubbele heffing ontstaan, kan heffing plaatsvinden in landen waar niet noodzakelijkerwijs de waardecreatie plaatsvindt, en kan men bij bedrijfsverliezen toch tegen belastingheffing aanlopen. Verder ontstaan afbakeningsproblemen (welke digitale diensten vallen wel en niet onder de heffing?) en kan een *equalization tax* internationaal-politiek gevoelig liggen. Zo is het een publiek geheim dat de Verenigde Staten faliekant tegen de introductie van een Europese digitaalbedrijfsbelasting is. Gelet op alle bezwaren die er zijn, zou een dergelijke heffing hooguit moeten worden gezien als een korte-termijn noodgreep om erger (namelijk versnippering als gevolg van unilateraal optreden) te voorkomen.

De tweede benadering is inbedding van een nieuw fiscaal aanknopingspunt in de bestaande internationale kaders. Dit is wat men beoogt met het voorstel voor de introductie van een virtuele vaste inrichting. Deze benadering is conceptueel sterker dan de eerste benadering. Ook hier loopt men echter tegen afbakeningsproblemen aan. Verder kan men deze benadering niet tot in het oneindige oprekken, simpelweg omdat de bestaande internationale kaders marktwaar-

decreatie in het bestemmingsland niet als relevante factor erkennen. Een dergelijke oprekking ziet men in het hiervoor besproken EU-voorstel terugkomen, doordat woonstaatsfuncties met betrekking tot bepaalde immateriële activa bij wijze van fictie worden toegerekend aan de marktstaat. Het risico dreigt echter dat men fictie op fictie gaat stapelen, en de bestaande kaders dusdanig gaat oprekken, dat deze hun praktische betekenis beginnen te verliezen. Het middel zou dan wel eens erger kunnen zijn dan de kwaal.

De derde benadering is om het bestaande internationale systeem fundamenteel te herzien.⁵¹ De internationale criteria om heffingsrechten te verdelen, zouden niet langer alleen bij de inputkant van het productieproces moeten aanknopen, maar ook bij de outputkant. Een voordeel van deze benadering is dat tegemoet wordt gekomen aan het bezwaar van non-heffing in de afnemersstaten. Bovendien zou het voor een stevige belastinggrondslag kunnen zorgen; een markt verplaatst je immers niet zomaar en die markt is juist bij digitale ondernemingen relevant. Een nadeel is dat het bestaande systeem compleet op de schop moet, niet alleen voor digitale ondernemingen, maar voor het gehele bedrijfsleven. Verder is de vraag of productieoutput een geldig aanknopingspunt vormt om de verdeling van heffingsrechten over winst op te baseren; zijn consumptiebelastingen daar niet voor bedoeld? Tot slot dient men te bepalen in welke markt waarde wordt gecreëerd en hoeveel. Dat zal lang niet altijd eenvoudig zijn. Denk bijvoorbeeld aan een digitaal platform dat vraag en aanbod met elkaar in contact brengt. Een deel van de meerwaarde van zo'n platform wordt gecreëerd door de gebruikers, zowel aan de aanbod- en vraagkant. Die zullen echter niet steeds in dezelfde markt gevestigd zijn. Ook lang niet altijd is vereist dat beide partijen voor de dienst moeten betalen, althans niet in de traditionele zin. Denk aan de vrijwillige overdracht van gebruikersgegevens door een afnemer. Op zich kan een dergelijke overdracht ook als "vergoeding" kunnen worden gezien voor een digitale dienst, maar de vraag moet vervolgens worden beantwoord hoeveel waarde men daar aan kan toerekenen.⁵²

De vierde benadering is: niets doen en accepteren dat winst behaald door buitenlandse digitale ondernemingen ook eigenlijk niet in de marktstaat thuishoort. Het feit dat de winst uiteindelijk nergens belast wordt, is dan niet zozeer een zaak van de bron- of marktstaat, maar van de woonstaat van de onderneming. Die zou zijn fiscale regels – conform de BEPS-aanbevelingen – zodanig moeten aanpassen dat de heffing over de winst niet langer wordt uitgesteld. Anders gezegd, de vraag is of na de implementatie van de BEPS-aanbevelingen nog wel een reden is om digitale ondernemingen, bezien vanuit het doel van het BEPS-project,

51 O.a. M.F. de Wilde, 'Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in', (46) *Intertax* 6-7 (2018), p. 466-475.

52 Vgl. M.P. Devereux & J. Vella, 'Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform', (46) *Intertax* 6-7 (2018), p. 550-559.

anders te gaan behandelen?⁵³ De kracht van deze oplossing ligt wellicht in de eenvoud, maar de haalbaarheid staat of valt met de mate waarin landen mondiaal uiteindelijk de BEPS-aanbevelingen zullen implementeren in hun nationale wetgeving. In dit verband is het vermeldenswaard dat Amerikaanse digitale ondernemingen als gevolg van de *US tax reform* vanaf dit jaar sneller tegen Amerikaanse belastingheffing over bepaalde buitenlandse opgepotte winsten kunnen aanlopen (zij het tegen een relatief beperkt tarief). In zoverre zou dus een compenserende heffing kunnen gaan plaatsvinden in de woonstaat van deze ondernemingen.

Al met al plaatst de digitale onderneming het bestaande internationale systeem behoorlijk op de proef. In wezen gaat het volgens mij echter om twee kwesties die weliswaar met elkaar samenhangen maar toch ook verschillend zijn, namelijk het feit dat digitale ondernemingen, net als alle andere ondernemingen, kunnen inspelen op imperfecties van het bestaande internationale fiscale systeem en het feit dat dit systeem geen heffingsrechten toewijst op basis van het bestemmingslandbeginsel. De eerste kwestie zou (in ieder geval deels) ondervangen moeten gaan worden door implementatie van de BEPS-aanbevelingen. Bezien vanuit het doel van het BEPS-project zou men hiermee het boek kunnen sluiten. Toch bestaat kennelijk op internationaal niveau een sterke politieke behoefte om meer te doen en heffingsrechten te creëren in de marktstaat omdat daar waardecreatie plaatsvindt (of zou plaatsvinden). Die behoefte overstijgt echter de strijd tegen agressieve internationale belastingplanning en stelt eigenlijk de bestaande internationale verdelingscriteria voor heffingsrecht over ondernemingswinsten deels ter discussie. Op zich zijn deze criteria ook geen statisch gegeven, dus de vraag of de bestaande aanknopingspunten in het licht van de digitale economie nog toereikend zijn, is op zich niet onterecht. Toch denk ik vooralsnog niet dat de creatie van heffingsrechten als gevolg van marktstaatwaardecreatie bij digitale ondernemingen vanzelfsprekend zou moeten zijn. (Vrijwillig) afgestane gebruikersdata zelf creëren immers uit zichzelf geen waarde. Zijn het uiteindelijk niet toch de menselijke doorslaggevende functies, doorgaans uitgeoefend in de woonstaat, die verzamelde gebruikersgegevens waardevol maken?⁵⁴ En betekent dat dan niet dat daar ook het fiscale aanknopingspunt van de digitale onderneming moet worden gesitueerd? Met andere woorden, moeten de huidige fiscale aanknopingspunten – na de implementatie van de BEPS-aanbevelingen – wel worden gewijzigd? Ik heb hier vooralsnog mijn twijfels bij.

53 Zie ook BNC fiche: Belastingheffing in de digitale economie, Brief van de Minister van Buitenlandse zaken, *Kamerstukken II 2017/18*, 34941.

54 Anders: R. Petruzzi & S. Buriak, 'Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?', (72) *Bulletin for International Taxation* 4a (2018), die de afnemers als "unconscious employees" van de digitale onderneming aanmerken.