

Heffingsjurisdictie in een digitaliserende economie; waarom ‘online-profits’ zo ongrijpbaar zijn

mr. dr. M.F. (Maarten) de Wilde*

Samenvatting

We leven in een tijd waarin alles en iedereen ‘online connected’ is. De winstbelastingssystemen van landen zijn echter gebaseerd op een economische werkelijkheid van rond een eeuw geleden. En dat wringt. Juist bij winsten uit internetgerelateerde activiteiten, ‘online-profits’, komen de problemen aan het licht. Online winsten zijn nu niet adequaat te belasten. En dat vormt een probleem dat in omvang groeit naarmate het belang van de digitale component van de economie in relevantie toeneemt. Misschien is de tijd nog niet rijp om vandaag al tot fundamentele hervorming over te gaan. Maar wellicht zouden we in ieder geval moeten nadenken over de vraag in welke richting de vennootschapsbelasting zich zou moeten ontwikkelen. Suggesties in de internationale literatuur, vanuit de OESO en de EU bewegen richting grondslagtoerekening aan de marktjurisdictie. Vennootschapsbelastingheffing (ook) op basis van het bestemmingslandbeginsel. Daar valt misschien wel wat voor te zeggen. De wereld verandert. Misschien zou de fiscaliteit moeten mee veranderen.

1 Inleiding

Globalisering, mondiale concurrentie, digitalisering, ‘the internet of things’; de wereld om ons heen verandert. Dit geldt echter in veel mindere mate voor de internationale winstbelastingssystemen van landen. Die zijn al zo’n 100 jaar min of meer hetzelfde. Dit geldt ook voor het Nederlandse systeem. De huidige heffingssystematiek is verouderd, bijvoorbeeld als het gaat om de vaststelling van heffingsjurisdictie, de vraag wanneer een staat mag heffen. Juist bij winsten uit internetgerelateerde activiteiten, ‘online-profits’, komen de gebreken aan het licht. In deze tijd van mondialisering en digitalisering is het heffingsmodel eigenlijk ongeschikt om winsten uit internationale ‘virtuele’ ondernemingsactiviteiten adequaat te belasten.¹ Het vaste-inrichtingsbegrip vraagt om een vaste fysieke aanwezigheid in een land en daarvan is bij een webwinkel natuurlijk geen sprake. De ‘achtervanger’ van de fiscale vestigingsplaats, de plaats van feitelijke leiding, is geografisch zo mobiel als de effectieve bestuurder(s) van de betreffende vennootschap of groep gelieerde vennootschappen van waaruit de internetonderneming wordt gedreven. Tegen de achtergrond van een veranderende omgeving rijst de vraag of onze winstbelastingssystemen wellicht zouden moeten mee veranderen; of dat we daar misschien in ieder geval over zouden moeten nadenken. Deze bijdrage staat in het teken van deze vraag. Waarom kunnen we de digitaliserende economie voor de winstbelastingheffing eigenlijk zo lastig te pakken krijgen? Wanneer mag een staat belasting heffen over ‘online-profits’, of misschien belangrijker, wanneer zou een heffingsjurisdictie dit eigenlijk moeten mogen?

2 Over de vaststelling van heffingsjurisdictie; ‘nexus’

2.1 Nexus; aanknopen bij ‘Residence’ c.q. ‘Source’...

Als het gaat om de verdeling van heffingsbevoegdheid bij behaalde ondernemingswinsten in een internationale context, dan is het idee dat daarover eenmaal belasting zou moeten worden geheven en wel op de plaats zo dicht mogelijk bij de geografische bron van het behaalde inkomen.² Volgens de OESO is de bron van inkomen gelegen daar waar de winst wordt gecreëerd, “*the jurisdiction in which value creation occurs*”.³ De lastige vraag is dan waar die plaats zich bevindt. Je zou kunnen zeggen de locatie waar de onderneming zijn ondernemingsactiviteiten uitoefent c.q. de plaats waar deze economisch aanwezig is. In dit verband spreekt men wel van ‘nexus’. Erg concreet is dit aangrijpingspunt evenwel niet.

Landen verdelen heffingsbevoegdheid over ondernemingswinsten aan de hand van de bekende heffingsbeginselen ‘source’ en ‘residence’. Relevante aanknopingspunten voor de vaststelling van heffingsjurisdictie in dit verband zijn die van de vaste inrichting (‘source’) en de plaats van feitelijke leiding van de betreffende vennootschap (‘residence’). Juridische en fysiek-geografische uitgangspunten die al grof een eeuw in het internationaal belastingrecht worden toegepast. Overigens zou je je kunnen afvragen wat precies het verschil is tussen ‘residence’ en ‘source’. Zoals Vogel al schreef, zou ‘residence’ in de zin van ‘plaats van werkelijke leiding’ evengoed kunnen worden uitgelegd als een ‘place of source’, even los van de hieraan gekoppelde (on)beperkte belastingplicht.⁴ Niettemin, achter deze aanknopingspunten voor heffing lag de gedachte dat een onderneming juridisch en fysiek in een markt aanwezig moet zijn om daar geld te kunnen verdienen. En dat was in het verleden ook zo. Internationale handel draaide vroeger vooral om bulkhandel en kapitaalintensieve ‘bricks-and-mortar’ industrieën. Zo gezien was het dan ook geen gek idee om dan voor de vaststelling van heffingsjurisdictie daar uit pragmatische overwegingen bij aan te knopen.

* Erasmus Universiteit Rotterdam (‘EUR’), Loyens & Loeff N.V., Universiteit van Amsterdam. Deze bijdrage is een uitwerking van de door auteur verzorgde breakout sessie ‘Heffingsjurisdictie; ‘nexus’ tijdens het NOB-Jaarcongres ‘NOB in the Cloud – Belastingheffing in een digitale wereld’ van 18 juni 2015 in de RAI te Amsterdam. Deze bijdrage maakt deel uit van het facultaire onderzoeksprogramma van de EUR getiteld ‘Fiscale autonomie en haar grenzen’.

¹ Zie Eva Escribano López, ‘An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties’ 43 *Intertax* 6 (2015), p. 6-13.

² Voor een nadere analyse en verdere literatuurverwijzingen ter onderbouwing van deze paragraaf verwijs ik naar Maarten Floris de Wilde, ‘Sharing the Pie’; taxing multinationals in a global market, *diss. EUR (2015)*, Hfdst. 6, beschikbaar op ssrn.com.

³ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, p. 10.

⁴ Klaus Vogel, “State of Residence” may as well be “State of Source” – There is No Contradiction’, 59 *Bulletin for International Taxation* 420 (2005).

Maar tegenwoordig hebben we multinationals, open markten, 'intangibles' en internet. Het internet heeft het meer dan ooit mogelijk gemaakt om markten te bedienen zonder de noodzaak van een lokale fysieke of juridische aanwezigheid. Internetbedrijven maken virtuele winsten, bijvoorbeeld uit gaming-, streaming-, data storage, of andersoortige internet-servicingactiviteiten zoals de exploitatie van social-mediaplatforms of online zoekmachines. Met onze ouderwetse aanknopingspunten voor heffing is het lastig om virtuele winsten effectief te belasten. Een webwinkel is geen fysieke bedrijfsinrichting en de vennootschap van waaruit deze activiteit wordt uitgeoefend kan in iedere willekeurige jurisdictie worden ondergebracht. Daarom krijgen we de digitaliserende economie voor de winstbelasting zo lastig te pakken. De instrumenten in het internationaal belastingrecht zijn eenvoudig verouderd en ongeschikt geraakt.⁵ We proberen een 'mp4-tje' af te spelen op een grammofoonplaten-speler en vragen ons vervolgens verwonderd af waarom het toch niet werkt. Met de steeds verder digitaliserende economie wordt het probleem ook steeds relevanter. Wat gaat het 'internet of things' brengen, de markten voor 'mobile devices' en straks wellicht '3D-printing' en 'robotics'?

Opmerking verdient dat deze kwestie vroeger ook al speelde, voor het internettijdperk. Bij de traditionele postorderbedrijven, inmiddels grotendeels vervangen voor online afstandsverkopers, de 'e-tailers'. Men kreeg destijds geen grip op postorderbedrijven. De reden hiervoor was in feite dezelfde als nu het geval is bij de 'e-tailer': de gecreëerde geografische afstand tussen ondernemingsinputs aan de aanbodzijde en ondernemingsoutputs aan de vraagzijde. Het product wordt voortgebracht in het ene land en verkocht in het andere land. Door het ontbreken van een fysieke aanwezigheid van het postorderbedrijf in de marktstaat, behalve dan misschien die glossy catalogus in de brievenbus, kon deze staat zijn winsten niet effectief belasten, ook al was het postorderbedrijf wel degelijk in die lokale markt economisch actief. Een doorn in het oog. Al was het probleem destijds minder groot dan nu het geval is bij de internetonderneming, althans in macro-economische zin. Postorderbedrijven droegen in verhouding minder bij aan het binnenlands product van een land dan internetbedrijven nu. Bovendien verkochten postorderbedrijven in ieder geval nog fysieke producten. De softwareproducten van de internetbedrijven van vandaag zijn net zo virtueel als het online platform van waaraf ze kunnen worden gedownload.

2.2 ... of wellicht bij 'Origin' en 'Destination'?

De vraag waar we vandaag voor staan is of we ons heffingsmodel gewoon maar bij het oude moeten laten en niets doen – als de spreekwoordelijke struisvogel die zijn kop in het zand steekt – of gaan kijken naar een mogelijke oplossingsrichting voor een probleem dat met de dag in omvang groeit.

Kiezend voor de laatste is het misschien een idee om dan meteen maar ook wat anders te gaan denken. Niet in de bekende termen van 'residence' en 'source', maar in 'origin' ('oorsprong'), en 'destination' ('bestemming').⁶ 'Origin' representeert de aanbodzijde van inkomensproductie waar de productiefactoren kapitaal en arbeid, ondernemingsinputs, worden samengebracht – vergelijk de duurzame organisatie van kapitaal en arbeid in de ondernemingsdefinitie in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. 'Destination' staat voor de vraagzijde van inkomensproductie, de plaats waar de geproduceerde goederen en diensten worden vermarkt, de ondernemingsoutputs – vergelijk de deelname aan het economisch of maatschappelijk ruilverkeer als voorwaarde voor het bestaan van een bron van inkomen. Wellicht zouden beide zijden van inkomensproductie in de beschouwing moeten worden betrokken als aanknopingspunt voor de vaststelling van heffingsjurisdictie. Dan zou bijvoorbeeld niet alleen de locatie worden gezien waar kapitaal en arbeid worden samengebracht ('oorsprongland'), zoals bij ondernemingswinst nu het geval is in het internationaal belastingrecht, maar ook worden gekeken naar de plaats waar de producten en diensten effectief worden afgezet ('bestemmingsland'), zoals op dit moment bijvoorbeeld bij de btw het geval is. Zoals hieronder in paragraaf 3 nog nader zal worden uiteengezet is het denken over toerekening van winstbelastinggrondslag aan de bestemmingsjurisdictie bij 'online-profits' zelfs al vrij sterk ontwikkeld.

Het onderliggende idee, als gezegd, is om enkelvoudig belasting te heffen zo dicht mogelijk bij de geografische bron van het inkomen. De geografische bron is de locatie waar de waarde wordt gecreëerd. Maar waar bevindt die locatie zich? Waar creëert de multinationale onderneming zijn winst? Waar voegt hij waarde toe? Geen eenvoudige vraag. Winst is een *bedrag*, uitgedrukt in een monetaire eenheid. Met wat moeite is vervolgens nog wel vast te stellen *wie* die winst behaald heeft. Lastiger echter – of misschien wel onmogelijk – is het vinden van een antwoord op de vraag *waar* die winst behaald is. Het punt namelijk is dat winst geen geografische kenmerken heeft.⁷

Winst is de resultante van vraag en aanbod. Zonder aanbod geen winst, maar zonder vraag evengoed geen winst. Dit maakt het misschien waard om voor de locatie van inkomen zowel de vraag- als aanbodzijde te overwegen. En niet alleen de

⁵ Vgl. M.R.T. Pauwels, 'Verslag van de oratie van prof. mr. E.C.C.M. Kemmeren: E-business en vaste inrichtingen: paniekvoetbal', *WFR* 2003/1126, alsmede Tatiana Falcão, Bob Michel, 'Assessing the Tax Challenges of the Digital Economy: An Eye-Opening Case Study', 42 *Intertax* 317 (2014), p. 317-324.

⁶ Peggy B. Musgrave, 'Principles for Dividing the State Corporate Tax Base', in Charles E. McLure, Jr. (ed.), *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination*, (1984), p. 228 e.v. Vgl. Eric C.C.M. Kemmeren, 'Source of income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach', 60 *Bulletin for International Taxation* 430 (2006).

⁷ Michael J. McIntyre, 'The Use of Combined Reporting by Nation-States', in Brian J. Arnold et al (eds.), *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties* (2003) 245, p. 253.

ondernemingsinputs aan de aanbodzijde zoals we nu doen. Maar in welke verhouding? 30% vraag, 70% aanbod, eventueel andersom? Fifty-fifty, of misschien een maatwerkverdeelsleutel per multinationale onderneming? Multinationals oefenen hun functioneel geïntegreerde ondernemingsactiviteiten ('functions performed') met inzet van hun vermogensbestanddelen ('assets used') risicodragend ('risks assumed') uit over de hele wereld. Productiefactoren kapitaal en arbeid worden wereldwijd samengebracht. En de door hen geproduceerde goederen en diensten worden net zo wereldwijd verhandeld. Inderdaad, "[o]ndernemingswinst is net zo 'multinationaal' als de multinationale onderneming die deze behaalt."⁸ Dit maakt het erg lastig om een geschikt verdeelmechanisme te ontwikkelen.

Zijn de 'value drivers' aan de vraag- en aanbodzijde eigenlijk wel op een zinvolle wijze te ontrafelen? Of heeft winst door het ontbreken van geografische kenmerken uiteindelijk geen locatie en is iedere poging die wordt ondernomen om winst geografisch toe te rekenen noodzakelijk arbitrair? Het lijkt van wel.⁹ Het transfer-pricingmodel bijvoorbeeld verdeelt winst enkel over de aanbodzijde. De vraagkant wordt genegeerd. Met 'transfer pricing' identificeren we, anders dan misschien wel eens wordt gedacht, dan ook geenszins de *daadwerkelijke* locatie van winst. Er is in het verleden eens gekozen de belastbare winst te verdelen over de plaatsen waar de multinationale onderneming zijn productiefactoren samenbrengt. Met het bepalen van de daadwerkelijke locatie van winst heeft dit echter niet zo heel veel te maken. Productie van goederen en diensten alleen immers maakt nog geen winst, je moet ze eerst ook nog verkopen. Ondernemingsinputs aan de aanbodkant en winst houden geen noodzakelijk causaal verband; een eenheid arbeid en kapitaal correleert niet noodzakelijk positief met een eenheid winst.¹⁰ Hetzelfde geldt overigens voor een eenheid ondernemingsoutputs.¹¹

De gedachte dat iedere verdelingssystematiek inherent arbitrair is, nu winst geen locatie heeft, is misschien verontrustend te noemen. Maar misschien ook wel weer geruststellend. Als winst uiteindelijk geen geografische locatie heeft, dan hoeft het doel van het verdeelmechanisme ook niet te zijn om winst toe te rekenen aan zijn daadwerkelijke locatie. De verdeling van de winst van de multinational voor belastingdoeleinden is dan uiteindelijk niet veel meer dan een kwestie van verdelen. Maar dan liefst wel op een manier die economisch enigszins rationeel te noemen is. En belangrijker misschien: op een manier die in brede zin als billijk kan worden beschouwd. Wat mij betreft zou dit een verdeling moeten zijn die de inzet van productiemiddelen niet of althans zo min mogelijk verstoort.

Als de vraagkant relevant is voor het creëren van inkomen, waarom wordt daar dan op dit moment bij de verdeling van internationale ondernemingswinst in het internationaal belastingrecht geen rekening mee gehouden? Het antwoord lijkt dat dit nu eenmaal zo gegroeid is. Winstallocatie naar de aanbodkant, het is nu eenmaal zo gelopen, een 'product of history'. Daar valt verder niet zoveel inhoudelijks over te zeggen. Feit is wel dat er in thans de samenleving geluiden opgaan dat het niet 'fair' zou zijn om geen winst over de vraagkant te verdelen. 'Als die ondernemer hier zijn producten verkoopt, waarom betaalt hij dan hier geen winstbelasting?' Fiscaaltechnisch wellicht onjuist – want de voor transfer-pricingdoeleinden relevante functies worden mogelijk elders uitgeoefend – maar is de maatschappelijk geuite wens om de marktjurisdictie te belonen daarmee ook onterecht? Toegespitst op digitale ondernemingen die actief zijn op het gebied van de sociale media, in bijvoorbeeld Frankrijk gaan geluiden op om winst toe te rekenen aan de jurisdictie waar de gebruikers de verstrekte sociale-mediadiensten afnemen.¹² De gedachte is dat de waarde die daar door de afnemers van deze diensten wordt toegevoegd belastingheffing over de virtuele winsten van de sociale-mediaonderneming zou rechtvaardigen. Toerekening van winstbelastinggrondslag aan de marktjurisdictie. In het Verenigd Koninkrijk geldt sinds 1 april 2015 de 'diverted profits tax' ('DPT'), ook wel 'Google tax' genoemd (*Finance (No. 2) Bill 2015*). Deze heffing naar een tarief van 25% over zogenoemde 'diverted profits' is ingericht als anti-misbruikmaatregel om kunstmatige Britse grondslaguitholling te bestrijden. De DPT beoogt onder meer heffingsjurisdictie vast te stellen indien een multinationale onderneming in het Verenigd Koninkrijk economisch actief is door daar substantieel goederen en diensten af te zetten en in dit verband vaste-inrichtingstatus omzeilt waardoor vennootschapsbelastingheffing wordt vermeden. Vaststelling van 'nexus', derhalve, in de marktjurisdictie. De ontwikkelingen in zowel Frankrijk als het Verenigd Koninkrijk bewegen beide richting winstbelastingheffing in de bestemmingsstaat: in Frankrijk als generieke regel, in het Verenigd Koninkrijk wat minder vergaand als misbruikbestrijdingsmaatregel. Anders inderdaad, maar daarmee *dus* onterecht? Als vraag geen bron van inkomen zou zijn, waarom staan mensen dan al in de rij, nog voordat die nieuwe 'vablet' is 'gereleased'?

Toerekening van winst in een multijurisdictionele omgeving aan de marktjurisdictie gebeurt op dit moment niet in het internationaal belastingrecht, althans niet expliciet (zie par. 2.3). Maar dit betekent niet dat dit dan dus ook ondenkbaar zou zijn. Er bestaan al winstbelastingssystemen waarin grondslagtoewijzing aan de bestemmingsjurisdictie daadwerkelijk gebeurt. De 'formulary-apportionmentsystemen' van de Amerikaanse Staten bijvoorbeeld rekenen heffingsgrondslag in toenemende mate toe aan de marktjurisdictie, de Staat waar de onderneming zijn producten afzet. Hetzelfde gebeurt in het Canadese 'formulary-

⁸ M.F. de Wilde, 'Sharing the Pie'; over het belasten van multinationale ondernemingen in een globale markt, *NTRFB* 2015-8, par. 2.3.4.

⁹ Richard M. Bird en J. Scott Wilkie, 'Source vs. residence-based taxation in the European Union: the wrong question?', in Sijbren Cnossen (ed.), *Taxing Capital Income in the European Union; Issues and Options for Reform* (2000) 78, p. 91.

¹⁰ James R. Hines Jr., 'Income misattribution under formula apportionment', *54 European Economic Review* 108 (2010, No. 1), p. 108-120.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Pierre Collin en Nicolas Colin, 'Task Force on Taxation of the Digital Economy', Report to the Minister for the Economy and Finance, the Minister for Industrial Recovery, the Minister Delegate for the Budget and the Minister Delegate for Small and Medium-Sized Enterprises, Innovation and the Digital Economy, January 2013.

allocationsysteem' waarin heffingsgrondslag over de provinciën voor 50% wordt verdeeld aan de hand van een op de marktlocatie gerichte 'sales factor'. De resterende 50% wordt in Canada trouwens verdeeld aan de hand van een 'payroll factor'.

Kennelijk zijn de opstellers van deze verdeelmechanismen van opvatting dat de vraagzijde (ook) een bron van inkomen vormt die toerekening van heffingsgrondslag aan de marktjurisdictie rechtvaardigt. Op zich valt daar ook best wat voor te zeggen, winst is immers de resultante van aanbod én vraag. Vermeldenswaard in dit verband is het arrest van het Hooggerechtshof van de Amerikaanse Staat South Carolina in de South Carolina State-Taxationzaak *Geoffrey* uit 1993.¹³ Deze ging over een 'out-of-state trademark owner', Geoffrey Inc., gevestigd in de Amerikaanse staat Delaware, die zijn handelsmerk 'Toys "R" Us' commercieel exploiteerde door deze aan afnemers in South Carolina tegen een royaltyvergoeding in gebruik te geven. South Carolina betrok Geoffrey in de heffing van South Carolina State Taxation vanwege zijn 'intangible presence' in deze Staat. Het hof overweegt voor wat betreft de aanwezigheid van 'nexus' voor South Carolina state-taxationdoeleinden dat "... *the real source of Geoffrey's income is (...) South Carolina's (...) customers...*".¹⁴ Een bron van inkomen aan de vraagzijde derhalve, aldus het hof. Opmerking verdient dat ook de Europese Commissie nog altijd van mening is dat de lidstaten binnen de EU voor een "holistic solution" naar 'formulary apportionment' zouden moeten bewegen.¹⁵ Volgens het richtlijnvoorstel voor een 'common consolidated corporate tax base' uit 2011 zou een derde gedeelte van de EU-winstbelastinggrondslag onder de omzetcfactor ter heffing worden toebedeeld aan de marktjurisdictie.

2.3 Heffingsjurisdictie in het internationaal belastingrecht: alleen 'origin' of toch ook 'destination'?

Terugkerend naar de grondslagverdeling in het internationaal belastingrecht is het misschien interessant om met een 'origin-versus-destinationbril' naar de belastingverdragen te kijken. Als gezegd zijn de ondernemingsinputs aan de aanbodzijde in dit verband dominant. Winstbelastinggrondslag wordt in het internationaal belastingrecht ter heffing toebedeeld aan het oorsprongland. Men beziet de ('significant people) functions performed' (arbeid), 'assets used' (kapitaal) en de 'risks assumed' – waarbij de risico's de bezittingen volgen die op hun beurt de functies volgen. Winst komt dan uiteindelijk ter heffing toe aan de plaats waar de voor de onderneming relevante personen de voor de onderneming relevante activiteiten uitoefenen. De aanbodzijde (arbeid), oorsprong derhalve. Hetzelfde geldt voor de vaststelling van heffingsjurisdictie. Ook daar draait het vooral om ondernemingsinputs: de plaats van werkelijke leiding (arbeid), de fysieke vaste inrichting (vaste bedrijfsinrichting: kapitaal), de dienstverleningsvaste-inrichting (arbeid) en de vaste-vertegenwoordingsvaste inrichting (uitoefening vertegenwoordigingsfuncties: arbeid). Allemaal uitdrukkingen van de aanbodkant van inkomensproductie. De vraagzijde wordt genegeerd. De enkele afstandsverkoop van de 'e-tailer' bijvoorbeeld levert in de marktjurisdictie in het internationaal belastingrecht geen belastbare aanwezigheid op.

Opmerkelijk wellicht is dat de aanwezigheid van alleen kapitaal al volstaat om heffingsjurisdictie te constateren, terwijl voor de toerekening van heffingsgrondslag het uiteindelijk draait om de aanwezigheid van arbeid. De 'stand-alone server' als fysieke bedrijfsinrichting bijvoorbeeld kan ook in de afwezigheid van de verrichting van arbeid op die locatie een vaste inrichting en daarmee heffingsjurisdictie opleveren. Voor de toerekening van heffingsgrondslag echter volgen de risico's ('risks assumed') de bezittingen ('assets used') en de bezittingen de functies ('functions performed'). De functies zijn dominant. Zo bezien is het wellicht niet vreemd dat vervolgens problemen ontstaan in gevallen waar het ingezette kapitaal en de uitgeoefende arbeid zich op verschillende geografische locaties bevinden. Heffingsjurisdictie zonder toerekening en toerekening zonder heffingsjurisdictie; een vaste inrichting zonder winst en winst zonder vaste inrichting. Hoe dit in de toekomst gaat uitpakken als iedereen een 3D-printer thuis heeft staan en op het werk is een open vraag. Vermeldenswaard trouwens is dat het vaste-inrichtingsbegrip in de btw juist wel een combinatie van kapitaal en arbeid verlangt.¹⁶

Het oorsprongland is weliswaar dominant, toch zijn er in het internationaal belastingrecht ook heffingsjurisdictie-aanknopingspunten te vinden die zich richten tot de vraagzijde van inkomensproductie, de bestemmingsjurisdictie. Alleen wordt dat doorgaans niet zo genoemd. Het gaat dan om de zogenoemde inkomsten "*afkomstig uit...*" in artikelen 10, 11 en 12 van de modelverdragen van de OESO en de VN en de meeste belastingverdragen. Het gaat in dit verband om vergoedingen aan de crediteur voor het gebruik van beschikbaar gesteld vreemd vermogen ('interest'), vergoedingen aan de portfolio-aandeelhouder voor het gebruik van beschikbaar gesteld 'eigen' vermogen ('dividenden'), vergoedingen aan de licentiegever voor het gebruik van een beschikbaar gesteld intellectueel recht ('royalty's'), vergoedingen voor verstrekte 'inlichtingen omtrent ervaringen op het gebied van nijverheid, handel of wetenschap', vergoedingen voor het 'verlenen van technische diensten' en vergoedingen voor het 'gebruik van, of het recht van gebruik van, nijverheids- en handelsuitrusting of wetenschappelijke uitrusting'. Dit houdt, althans, voor zover de dienstverlener en de afnemer derden zijn. De economische werkelijkheid binnen concernverband is een andere.

¹³ Supreme Court of South Carolina, *Geoffrey Inc. v. South Carolina Tax Commission*, 437 S.E. 2d 13 (1993).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, 'A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action', Brussels, COM(2015) 302 final, 17.6.2015, p. 7.

¹⁶ Bijvoorbeeld HvJ, zaak 168/84 (*Berkholz*).

Voor de heffingsjurisdictie over het inkomen van deze dienstverrichters wordt aangeknoopt bij de locatie van de afnemer van de dienst. Aanknoping vindt plaats bij zijn woonplaats, of de plaats waar de afnemer zijn ondernemingsactiviteiten uitoefent (met behulp van een vaste inrichting). De dienstverrichter wordt belast op de plaats van de dienstafnemer. De crediteur bijvoorbeeld op de plaats van de debiteur, de licentiegever op de plaats van de licentienemer, de verstrekker van het gebruiksrecht wordt belast op de plaats van de gebruiker en de portfolio-aandeelhouder op de plaats waar het verstrekte vermogen door de betreffende kapitaalvennootschap in het productieproces wordt aangewend (die laatste overigens behoudens extraterritoriale-heffingsgevallen).

Heffingssystematiek is de bronbelasting. Bronbelasting op uitgaand dividend, op uitgaande rente, royalty's, 'leasehold payments' en bronbelasting op uitgaande 'service fees'. Heffingsgrondslag is de bruto vergoeding. Er wordt geen kostenaftrek verleend. Bronbelasting, het heet misschien anders maar analytisch gaat het hier in feite gewoon om een "sales tax" die in de bestemmingsjurisdictie wordt geheven over bepaalde diensten. Een "sales tax" op 'outbound' betalingen voor specifiek genoemde typen 'inbound' dienstverrichtingen, die verrekenbaar zijn met de inkomsten- of vennootschapsbelasting in de woonstaat van de dienstverrichter. In het internationaal belastingrecht is 'source' al met al niet alleen te vinden 'at origin' maar, zo blijkt, ook 'at destination'.

Over de verdragskwalificatie van vergoedingen voor softwaregebruikerslicenties verdient nog opmerking dat hier internationaal verschillend over wordt gedacht. In veel landen kwalificeert de vergoeding voor een softwaredownload onder een softwaregebruikerslicentie normaliter niet als een royalty voor het betreffende belastingverdrag.¹⁷ Dit, omdat in dit verband veelal eerder sprake is van een vergoeding voor het gebruik van een product c.q. dienst, de software, dan van het gebruik van de onderliggende intellectuele rechten zoals copyrights en dergelijken. Dit neemt echter niet weg dat sommige landen, vooral opkomende economieën en transitie-economieën, uitgaande vergoedingen voor softwaregebruikerslicenties wel eens met een extensieve uitlegging onder de royaltydefinitie scharen om deze vervolgens aan de heffing van een bronbelasting te onderwerpen.¹⁸ Fiscaaltechnisch misschien minder juist, maar wel een mooi voorbeeld van een poging tot bronbelastingheffing – of "sales tax" wellicht – over digitale brutowinsten in de marktjurisdictie.

3 Nexus; suggesties voor aanknopingspunten voor heffingsjurisdictie bij 'online-profits'

3.1 Wanneer zou een heffingsjurisdictie e-winsten moeten mogen belasten?

Heffingsjurisdictie en internetwinsten, onder welke omstandigheden zou een land 'online-profits' moeten mogen belasten? Deze vraag is in de literatuur regelmatig aan de orde geweest.¹⁹ Met het 'Base Erosion and Profit Shifting ('BEPS') Project' van de G20/OESO is de kwestie bovendien actueel en politiek relevant geworden. Interessant om te zien is dat wanneer het gaat om het belasten van 'online-profits' in een internationale omgeving de geluiden om deze op de een of andere manier aan de marktjurisdictie ter heffing toe te wijzen vrij sterk aanwezig zijn.

In het kader van het BEPS Project leek men binnen de OESO aanvankelijk naar een nieuw aanknopingspunt te bewegen voor de vaststelling van heffingsjurisdictie bij digitale ondernemingen. De Discussion Draft van de OESO van 24 maart 2014 sprak van een nieuw te introduceren standaard voor 'nexus' in de marktjurisdictie gebaseerd op een 'significant digital presence' met drie alternatieve 'virtual permanent establishment' tests, de 'virtual fixed place of business PE', the 'virtual agency PE' en de 'on-site business presence PE'.²⁰ Over winstallocatie zegt het rapport overigens niet zoveel.

Net als in het verleden – rond de millenniumwisseling boog de OESO zich ook al eens over de e-commerceproblematiek²¹ – heeft men binnen de OESO uiteindelijk echter toch gekozen de oplossing te zoeken "in the context of the existing international tax framework".²² De overweging thans is om nog eens kritisch te kijken naar de vrijstellingen voor hulp- en nevenwerkzaamheden. Het magazijn of de opslagloods van de e-tailer in de marktstaat is misschien toch niet van ondersteunende aard. De binnen de dan geconstateerde 'magazijn-/opslagloodsvaste-inrichting' uitgeoefende functies zullen dan zakelijk moeten worden beloond (cost-plus?). Verder wordt gedacht aan maatregelen om fragmentering van functies tegen te gaan door in dit verband sneller dan thans

¹⁷ Machiel Lambooi, 'Chapter 13: Netherlands: Nexus for Purposes of Imposing Corporate Income Tax', in IBL/Oxford University Press, Global E-Business Law & Taxation, 2009, 205-226, p. 215.

¹⁸ *Ibidem*, p. 217.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Walter Hellerstein, 'State Taxation of Electronic Commerce', 52 Tax Law Review 425 (1996-1997), Reuven S. Avi-Yonah, 'International Taxation of Electronic Commerce', 52 Tax Law Review 507 (1996-1997), Charles E. McLure, 'Implementing State Corporate Income Taxes in the Digital Age', 53 National Tax Journal 4 (2000), Dale Pinto, 'The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold', 60 Bulletin for International Taxation 266 (2006), alsmede Lambooi (2009), t.a.p. Vgl. Aleksandra Bal, 'Tax Implications of Cloud Computing – How Real Taxes Fit into Virtual Clouds', 66 Bulletin for International Taxation 335 (2012) en Manoj Kumar Singh, 'Taxing E-Commerce on the Basis of Permanent Establishment: Critical Evaluation', 42 *Intertax* 325 (2014), p. 325-333.

²⁰ OECD, Public Discussion Draft BEPS Action 1: Address the tax challenges of the digital economy, 24 March 2014 – 14 April 2014.

²¹ OECD Committee on Fiscal Affairs, 'Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition in e-commerce: Changes to the Commentary on the Model Tax Convention on Article 5', OECD, Paris, 22 December 2000.

²² OECD (2014), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, p. 18. Zie hierover M.V. Lambooi, 'E-commerce leidt meestal niet tot een vaste inrichting', WFR 2001/145.

het geval is een vaste inrichting te constateren.²³ Vanuit politiek oogpunt bezien zijn deze relatief geringe aanpassingen misschien begrijpelijk, maar tegelijkertijd jammer want niet erg fundamenteel. De problemen zijn namelijk juist binnen het bestaande raamwerk ontstaan. Het is dan ook de vraag of de oplossing wel binnen datzelfde raamwerk gevonden kan worden.

Binnen EU-verband heeft de 'Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy' zich vrij recent gebogen over de vraag naar nexus in een digitaliserende internationale marktomgeving.²⁴ Voor een potentiële lange-termijnoplossing bespreekt de 'Expert Group' de mogelijkheid van toerekening van heffingsgrondslag aan de vraagkant door middel van een 'destination based cash flow tax', een kasstroomheffing; min of meer een soort btw op kasstelselbasis maar dan zonder vrijstelling voor financieringstransacties en met aftrek voor loonkosten waardoor het wat meer een type winstbelasting is. Heffingsjurisdictie zou in dit type heffing worden gebaseerd op concepten die wel wat lijken op de afstandsverkopenregeling en de plaats-van-dienstbepalingen voor digitale diensten in de btw. Ook die richten zich tot de vraagkant, de plaats van de (online) afnemer.

Ook in de literatuur is de problematiek aan de orde gesteld en zijn bovendien diverse oplossingsrichtingen aangedragen.²⁵ Suggesties die zijn gedaan lopen uiteen van virtuele vaste inrichtingen en kwantitatieve omzetzempels tot bronbelastingen op uitgaande vergoedingen voor binnenkomende digitale diensten. Ook worden regelmatig verbanden gelegd met de in de Verenigde Staten operationele 'sales-only formulary-systemen'. De winstbelastingssystemen van de Amerikaanse Staten ontwikkelen zich op dit moment in de richting van toerekening van winstbelastinggrondslag exclusief aan de bestemmingsjurisdictie.²⁶ Voor de vaststelling van heffingsjurisdictie knopen deze belastingssystemen in meerdere mate aan bij zogenoemde 'sales factor presence tests'.²⁷ Dit zijn kwantitatieve omzetzempels vergelijkbaar met de afstandsverkopenregeling in de btw. Het vaste-inrichtingsbegrip kent men niet in de Amerikaanse State Taxation.

Gemene deler in de aangedragen oplossingsrichtingen vanuit zowel de OESO, de EU als de literatuur is dat ze allemaal lijken te bewegen in de richting van het constateren van 'nexus' in de marktjurisdictie en zich richten tot de ontwikkeling van kwantitatieve heffingsjurisdictiestandaarden die aanknopen bij de locatie van de afnemer van het digitale product. Opmerking verdient dat Kemmeren een andere benadering verkiest; voor de oplossing knoopt hij aan bij de aanbodzijde van inkomensproductie (arbeid; oorsprong).²⁸ Deze benadering sluit meer aan bij het huidige transfer-pricingmodel. Het transfer-pricingmodel beoogt uiteindelijk een verdeling van heffingsgrondslag te bereiken aan de hand van een marktwaardevaststelling per eenheid functies. Dit springt het meest in het oog bij toepassing van de 'profit split methode' die winst verdeelt aan de hand van de 'relative contributions of functions performed'. Een grofmazig alternatief voor het huidige transfer-pricingsysteem zou 'payroll formulary apportionment' zijn, een verdeelmechanisme dat winst toerekent naar rato van salarisbetalingen, eveneens aanknoping bij de aanbodzijde. Transfer pricing – met name als de winst wordt verdeeld met toepassing van de 'profit split methode' – en 'payroll-formulary apportionment' verschillen uiteindelijk niet zo heel erg veel van elkaar, althans in analytische zin. Transfer pricing rekent winst toe door te kijken naar de waardetoevoeging per functie-eenheid, in feite een forfaitaire verdeling met in het achterhoofd de gedachte dat uitvoerende functies en winsten positief correleren (wat in werkelijkheid niet het geval is, vandaar het gebruik van de term forfait). 'Payroll-formulary apportionment' verdeelt winst naar rato van salarisbetalingen, in feite een forfaitaire verdeling met in het achterhoofd de gedachte dat salarissen en winsten positief correleren (wat eveneens in werkelijkheid niet het geval is). Beide benaderingen komen uit bij de factor arbeid, oorsprong, nu het bij functies gaat om de uitoefening van werkzaamheden door de voor de onderneming relevante personen en dezelfde personen in ruil voor hun werkzaamheden van de onderneming salaris ontvangen.²⁹ Je komt in beide benadering uit op hetzelfde, namelijk arbeid, oorsprong. Effect van een model dat louter aanknoot bij de aanbodzijde, de oorsprong van inkomen, is wel dat er geen enkele ruimte bestaat voor toerekening van heffingsgrondslag aan de marktjurisdictie. Dat is uiteindelijk een keuze want winst heeft geen geografische locatie.

Aanknoping bij de vraagkant voor de verdeling van winsten, bijvoorbeeld online-profits, betekent aanknoping bij de locatie van de afnemer. De afnemer is te vinden via 'geolocalisering' (IP-adres, factuur-/afleveradres, bank-/creditcardgegevens, et cetera). Dit gebeurt al in de btw voor de vaststelling van de plaats van dienst bij online dienstverlening.³⁰ De gedachte lijkt te hebben

²³ Zo nodig ook indien deze functies vanuit verschillende gelieerde lichamen worden uitgeoefend, een soort 'tax grouping for nexus purposes'.

Winstallocatieperikelen in dit verband, is de verwachting, komen in de toekomst nog eens nader aan de orde. Zie OECD, Public Discussion Draft BEPS Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status, 31 October 2014 – 9 January 2015 en OECD, Revised discussion draft BEPS Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status, 15 May 2015 – 12 June 2015.

²⁴ Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy, 28 May 2014. De 'destination based cash flow tax' is voorgesteld door Alan J. Auerbach, Michael P. Devereux en Helen Simpson, 'Taxing Corporate Income', Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper 07/05, Paper Prepared for the Mirrlees Review, Reforming the Tax System for the 21st Century (2008).

²⁵ Zie Hellerstein, t.a.p., Avi-Yonah, t.a.p., McLure, t.a.p., en Pinto, t.a.p. Vgl. Lambooi (2009), t.a.p.

²⁶ Voor de gehanteerde formules in de Amerikaanse formulary systemen per 1 januari 2015 verwijst ik naar het overzicht op de website van de Amerikaanse 'Federation of Tax Administrators': taxadmin.org/fta/rate/apport.pdf.

²⁷ Vgl. Multistate Tax Commission, *Federalism at Risk, A Report of the Multistate Tax Commission*, June 2003, Appendix D.

²⁸ Kemmeren, t.a.p. Vgl. Pauwels, t.a.p.

²⁹ Vgl. Reuven S. Avi-Yonah en Ilan Benshalom, 'Formulary Apportionment – Myths and Prospects; Promoting Better International tax Policies by Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative', 3 *World Tax Journal* 371 (2011), p. 393.

³⁰ Zie de plaats van dienstbepalingen voor digitale B2B- en B2C-diensten in de Wet op de omzetbelasting. Vgl. Gerechtshof Amsterdam, 24 mei 2012, nr. 11/00577, Vakstudie-Nieuws 2013/2.22, over de vaststelling van de plaats van dienst voor btw-doeleinden bij verstrekte internetdiensten (chatsessies). Het hof stond toe dat betrokken internetondernemer voor de btw de plaats van dienst vaststelde aan de hand van de IP-adressen en creditcardgegevens van zijn klanten.

postgevat dat ook de markt een bron van inkomen vormt. Een opening wellicht voor een fundamentele hervorming van de wijze waarop winstbelastinggrondslag internationaal verdeeld wordt.

3.2 *Realistisch? Een tweesprong...*

Winstbelastingssystemen fundamenteel hervormen, realistisch? Misschien niet, maar misschien ook wel. Hoe dan ook, het is denk ik wat te gemakkelijk om suggesties voor systeemhervormingen weg te wuiven met een 'dat gaat toch niet gebeuren'. Dat dachten we tot voor niet zo lang geleden ook van het bankgeheim en automatische inlichtingenuitwisseling. De OESO constateert in zijn 'September 2014 deliverable' dat de digitale economie niet kan worden afgezonderd van de rest van de economie.³¹ 'Ring-fencing' is niet mogelijk. Er is eerder sprake van een steeds verder digitaliserende economie. Het heeft dan wellicht minder zin om speciaal voor de digitale economie regels te ontwikkelen. Dat zou alleen maar leiden tot ingewikkelde afbakeningsproblemen. Maar is dat een reden om de oplossing dan maar in het bestaande raamwerk te zoeken? Of is dit juist een uitnodiging om deze daarbuiten te zoeken; en dan meteen maar niet alleen voor de digitale economie maar voor de gehele economie? De digitaliserende economie is immers niet de enige uitdaging in het internationaal belastingrecht. De problematiek rond 'online-profits' staat niet op zichzelf, eerder wellicht is het een symptoom van een falend fiscaal systeem.

Het lijkt erop dat we op een tweesprong staan. Moeten we onze internationale winstbelastingssystemen met de economische ontwikkelingen laten mee veranderen, of toch maar niet? Wellicht zullen we op enig moment wel moeten en kunnen we het ons straks misschien niet eens meer veroorloven om niets te doen. Althans, als we in de toekomst op landenniveau (of supranationaal niveau) vennootschapsbelasting willen blijven heffen. Immers, hoe mondialer de markt en hoe mobieler de productiefactoren, des te elastischer wordt de heffingsgrondslag. Ondernemingswinst zal met de almaar toenemende mondialisering en digitalisering vermoedelijk alleen maar mobieler worden. Dit kan gaan betekenen dat verschillen in effectieve tarieven een steeds sterkere invloed zullen gaan uitoefenen op de investeringslocatiebeslissingen van internationaal actieve ondernemingen. En dit zal belastingconcurrentie tussen landen mogelijk alleen maar verder aanwakkeren met als potentieel gevolg een verdere versnelling van de 'race to the bottom'.

3.3 *Belastingheffing in de bestemmingsjurisdictie?*

Discussies over nexus en winstallocatie in de context van internetbedrijven bewegen steeds in de richting van belastingheffing in de marktjurisdictie. De digitale economie kan niet van de 'gewone' economie worden afgezonderd. Het alternatief voor de benadering van de OESO (niets doen) is dan om niet alleen de winsten uit digitale ondernemingsactiviteiten ter heffing aan de marktjurisdictie te laten toekomen, maar om dit dan maar meteen te gaan doen voor winsten uit alle typen internationale ondernemingsactiviteiten. Toerekening van winstbelastinggrondslag op basis van het bestemmingslandbeginsel. Net als in de btw, de koningin van de belastingen, geprezen om haar inelastische en neutraliteit-bevorderende karaktereigenschappen. De winstbelasting zou je dan trouwens niet in een btw transformeren.³² Net zoals een btw niet transformeert in een inkomsten-/winstbelasting als deze op oorsprongbasis zou worden geheven. Grondslag blijft de winst, de geografische toerekening zou alleen een andere zijn.

Het interessante aan toerekening van heffingsgrondslag aan de marktjurisdictie is dat dit een efficiënte inzet van productiefactoren bevordert. Het zou voor wat betreft de winstbelastingheffing niet meer uitmaken in welke jurisdictie je investeert. De belastingheffing zou immers niet meer bij de investeringslocatie aanknopen. Daarnaast zijn markten veel minder mobiel dan productiefactoren. Markten liggen ook grotendeels buiten de invloedssfeer van de multinationale onderneming. Met effectieve toerekening van heffingsgrondslag aan de marktjurisdictie zou een belastingheffing worden gecreëerd die tegelijkertijd inelastisch is en economische efficiëntie bevordert. Dit maakt toerekening van belastinggrondslag aan de afnemerlocatie de overweging waard, en niet alleen voor 'online profits.'

4 **Afsluitende opmerkingen**

Door globalisering en digitalisering leven we tegenwoordig in een 'global village' waarin alles en iedereen 'online connected' is. Winstbelastingssystemen zijn echter nog steeds gebouwd op een economische werkelijkheid van een eeuw geleden. De gebreken in het systeem komen juist bij 'online-profits' aan het licht. Die zijn vandaag eenvoudigweg niet adequaat te belasten. Een probleem dat groeit naarmate het belang van de digitale component van de economie in relevantie toeneemt. Is het 'fair' dat de ouderwetse platenzaak, voor zover die nog bestaat, hier wel in de heffing kan worden betrokken maar de digitale platenzaak niet, de 'e-record shop' die zijn 'music streaming services' online aanbiedt? Het gaat toch om hetzelfde product, dat nieuwe album van je favoriete artiest? Misschien is de tijd nog niet rijp om vandaag al tot hervorming over te gaan. Maar dat neemt wat mij betreft niet weg dat we in ieder geval zouden moeten nadenken over de vraag in welke richting de vennootschapsbelastingssystemen van landen zich zouden moeten ontwikkelen. Suggesties die van verschillende kanten zijn aangedragen bewegen steeds in de richting

³¹ OECD (2014), t.a.p., p. 12.

³² Vgl. Peter Mieszkowski en John Morgan, 'The National Effects of Differential State Corporate Income Taxes on Multistate Corporations', in Charles E. McLure, Jr. (ed.), t.a.p., p. 257: "a tax on capital is a tax on capital is a tax on capital."

van het constateren van heffingsjurisdictie en toerekening van heffingsgrondslag in/aan de marktjurisdictie. Vennootschapsbelastingheffing (ook) op basis van het bestemmingslandbeginsel. En daar valt misschien wel wat voor te zeggen. De markt is eveneens een bron van inkomen. Anders, inderdaad. Maar de wereld is de afgelopen 100 jaar ook behoorlijk anders geworden. Misschien zou de fiscaliteit moeten mee veranderen.