

**ХМЕЛЬНИЦЬКА ОБЛАСНА РАДА  
ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ УПРАВЛІННЯ ТА ПРАВА  
ІМЕНІ ЛЕОНІДА ЮЗЬКОВА**

Кваліфікаційна наукова  
праця на правах рукопису

**БОБОШКО ОЛЕКСАНДР ВЛАДИСЛАВОВИЧ**

УДК: 336.22:341.24:004

**ДИСЕРТАЦІЯ**

**ВИЗНАЧЕННЯ ПРИБУТКУ ПОСТІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА В  
УМОВАХ ДИДЖИТАЛІЗАЦІЇ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

спеціальність 081 Право

галузь знань Право

Подається на здобуття ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

**О.В. Бобошко**

Наукова керівниця:

**СТОРОЖУК Ірина Петрівна,**

кандидатка юридичних наук, професорка

## АНОТАЦІЯ

**Бобошко О.В. Визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації: міжнародно-правовий аспект.** – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття освітньо-наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 Право. Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова. Хмельницький, 2026.

За результатами проведеного дослідження встановлено, що податкове представництво є важливою складовою міжнародного податкового права та визначає правила оподаткування доходів іноземних платників податків у державі джерела доходу. Наявність податкового представництва дає змогу встановити реальний рівень залучення нерезидента до господарської діяльності на території іноземної держави.

Визначено, що поняття податкового представництва слід розглядати як сукупність критеріїв, що дозволяють визначити, чи має нерезидент у певній державі достатній рівень присутності для виникнення її податкової юрисдикції щодо доходів від підприємницької діяльності в умовах диджиталізації. Виокремлено низку критеріїв визначення податкового представництва, серед яких визначальним традиційно вважається існування фіксованого місця діяльності. Це передбачає просторовий зв'язок між місцем здійснення діяльності та територією держави, а також регулярність провадження господарських операцій.

Аналіз судової практики підтвердив, що органи правозастосування дедалі частіше стикаються з ситуаціями, коли неможливо однозначно відмежувати допоміжну діяльність від основної, а також з фактами прихованої діяльності через цифрові засоби. Виявлено, що практика Верховного Суду України поки що тяжіє до вузького тлумачення податкового представництва, що не відповідає тенденціям міжнародних податкових стандартів та може спричиняти втрати доходів бюджету,

про що свідчить висновок дисертації щодо обмеженості підходу Верховного Суду України до визначення податкового представництва. встановлено, що в умовах цифрової економіки виникає потреба у розширенні визначення податкового представництва у Податковому кодексі України та виокремленні критеріїв оподаткування цифрової діяльності нерезидентів з метою нормативного закріплення обмежень і умов, за яких іноземні цифрові компанії можуть визнаватися такими, що створюють податкові представництва в Україні.

Проведено комплексний аналіз еволюції концепції постійного представництва у контексті цифрової трансформації економіки. Акцент зроблено на дослідженні норм міжнародного податкового права, зокрема положень Модельної податкової конвенції ОЕСР, Керівних принципів ОЕСР з трансфертного ціноутворення, а також документів, розроблених у межах реалізації Плану дій BEPS. Відмічено, що цифрові моделі – зокрема платформи, сервісні екосистеми, дистанційна робота та віртуальна взаємодія з користувачами – формують нові форми економічної присутності, які не можуть бути охоплені класичними підходами. Встановлено, що процес діджиталізації вимагає перегляду базових підходів до визначення постійного представництва у сфері міжнародного оподаткування.

Показано, що традиційні підходи до визначення постійного представництва, засновані на критеріях фізичної присутності, поступово втрачають ефективність у зв'язку зі зростанням цифрової економіки, тому ключовим критерієм має стати економічний зміст діяльності, а не лише її формальні ознаки. Це вимагає подальшого нормативного вдосконалення як на міжнародному рівні, так і в межах національного законодавства України.

Виявлено неможливість застосування часових меж діяльності для таких постійних представництв за класичними підходами, адже інтенсивність діяльності цифрової компанії на території певної держави визначається не поведінкою самої компанії, а активністю користувачів. Обґрунтовано перехід до моделі «податкової

взаємодії», у якій вагомим є не лише факт транзакції, а й участь різних груп користувачів у створенні вартості. Такий підхід дозволяє адекватно відобразити економічну природу цифрових платформ та усунути недоліки моделі «створення вартості».

Запропоновано авторську класифікацію ризиків виникнення постійних представництв у цифровій економіці, яка включає: функціонально-віртуальні ризики, ризики дистанційної присутності, ризики даних та алгоритмічної взаємодії, ризики змішаної діяльності (on-site/off-site).

Підкреслено, що наявні проблеми є не лише наслідком правових прогалин, а й результатом недосконалості наявних критеріїв прив'язки прибутку до конкретної держави. Доведено, що використання функціонального аналізу, принципу витягнутої руки, правила антифрагментації та оновлених підходів до кваліфікації підготовчої й допоміжної діяльності становлять важливі кроки до більш об'єктивного визначення податкових зобов'язань підприємств у місцях фактичного створення вартості.

Встановлено, що одним з ключових викликів податкового права в умовах диджиталізації є визначення меж податкового суверенітету держави та його реалізації, оскільки за межами власної території держава може застосовувати податкову юрисдикцію лише за наявності відповідного правового зв'язку, встановленого міжнародним договором або іншими критеріями прив'язки. Пропонується для обґрунтування поширення податкової юрисдикції доводити наявність легітимного зв'язку (legitimate link) між доходом або особою та державою.

Підтверджено, що пропозиції ОЕСР у межах BEPS Action 7 та подальші зміни, відображені у Модельній конвенції 2025 року, модернізують критерії визначення податкового представництва шляхом переходу від формально-фізичної до функціонально-економічної логіки. Визначено, що особливого значення набувають критерії залученості до ринку, економічної взаємодії, регулярності та

неперервності діяльності, а також комерційної причини перебування працівників у певній державі – насамперед у випадках дистанційної роботи. Ці положення, зокрема нові параграфи Коментаря (44.1–44.21), підкреслюють, що навіть за відсутності офісу може виникати місце ведення діяльності, якщо працівник діє в інтересах підприємства та взаємодіє з ринком держави джерела.

Виявлено, що система оподаткування податкового представництва має перейти від моделі, що визначає податкову юрисдикцію на підставі фізичної присутності, до моделі економічної присутності – здатності суб'єкта створювати та впливати на вартість у юрисдикції-ринку навіть без фізичної локації. У цьому контексті важливим є впровадження таких підходів: врахування цифрової взаємодії, даних, користувацької бази та алгоритмічної діяльності як ознак присутності; адаптація правил розподілу прибутку (зокрема Authorized OECD Approach) до моделей, у яких функції, активи й ризики розподілені між різними юрисдикціями; активна міждержавна координація задля формування узгодженого глобального механізму, що забезпечить легітимність податкової системи та захист податкових прав юрисдикцій-ринків.

Доведено, що сучасна криза корпоративного оподаткування є наслідком розриву між юридичною формою податкових правил і цифровою економічною реальністю. Встановлено, що чинна модель nexus, заснована на фізичній присутності, більше не відповідає цифровій реальності: компанії можуть отримувати значні доходи на ринках без будь-якої локальної інфраструктури. Це спричиняє дисбаланс між державами резиденції та країнами ринку, посилює фіскальну нерівність і створює конкурентну перевагу транснаціональних цифрових корпорацій над локальним бізнесом.

Підтримано підхід, згідно з яким концепція постійного представництва у цифрову епоху має еволюціонувати у напрямі визнання значущої економічної присутності навіть за відсутності матеріальної інфраструктури. Пропонується формування нової концепції глобальної податкової присутності, яка враховуватиме

нематеріальні джерела створення вартості. Доцільним бачиться введення нового критерію зв'язку, який враховує пороговий рівень доходу нерезидента в ринковій юрисдикції, є обґрунтованим індикатором сталої економічної присутності. Сформульовано концепцію «мережевої податкової присутності» як форми економічної взаємодії у межах цифрових платформ, що здатна створювати обов'язок оподаткування навіть за повної відсутності фізичної присутності нерезидента у державі. Це розширює традиційне розуміння податкового представництва, базоване на фізичних критеріях. Доведено, що такий підхід забезпечить державам джерела більш справедливу частку податкових надходжень і сприятиме відповідності міжнародної податкової системи сучасним економічним реаліям.

Доведена необхідність переходу міжнародного податкового права до моделі «податкової взаємодії», яка враховує кумулятивний внесок користувачів у створення вартості. Лише такий підхід забезпечить справедливий розподіл податкових прав і відновить податкову нейтральність у глобальній цифровій економіці.

Вказано, що для України як країни-ринку, що споживає цифрові послуги та стикається з втратою податкової бази, важливим є оновлення національного податкового законодавства й угоди про уникнення подвійного оподаткування шляхом чіткого визначення ознак цифрової економічної присутності, критерієв «значної економічної участі» та механізми взаємодії з іноземними підприємствами цифрового сектору. Пропонується переглянути національні правила оподаткування податкового представництва з урахуванням таких принципових підходів: визнання участі користувачів як одного з основних факторів створення вартості для цифрових підприємств; визначення компаній у межах корпоративної групи, діяльність яких має пов'язуватися з користувачами та прибутком, що виникає завдяки взаємодії з ними; надання Україні податкових прав щодо таких компаній-нерезидентів навіть за відсутності традиційного податкового представництва;

встановлення механізму розподілу прибутку, що виникає в результаті діяльності користувачів.

Вважаємо, що для України є критично важливим узгодити національне законодавство з сучасними міжнародними тенденціями, розширити визначення постійного представництва у Податковому кодексі та врегулювати цифрові бізнес-моделі з урахуванням економічної сутності їх діяльності. Відповідність Україні глобальним стандартам забезпечить стабільність податкової системи, зменшить ризики ухилення та сприятиме збільшенню доходів бюджету.

На основі проведеного аналізу пропонується розширити визначення постійного представництва для цифрових компаній у Податковому кодексі України, а саме внести зміни до ст. 14.1.193 Податкового кодексу України щодо визначення постійного представництва, передбачивши: критерій економічної присутності нерезидента в Україні, який охоплює регулярну взаємодію з користувачами, збір даних, роботу алгоритмів або платформ, спрямованих на український ринок; критерій функціональної присутності, коли діяльність нерезидента здійснюється через дистанційних працівників, агентів, розробників чи консультантів, які систематично працюють в Україні; положення щодо мережевої платформної присутності, якщо користувачка активність створює суттєву частку вартості.

Доцільно закріпити в Податкового кодексу України окремий розділ про особливості визначення постійного представництва у цифровій економіці, включно з домашніми офісами та дистанційною роботою, сервісною діяльністю через онлайн-інтерфейси, хмарними та дата-центр інфраструктурами.

Пропонується удосконалити правила атрибуції прибутку постійного представництва (ст. 39 Податкового кодексу України) шляхом включення нематеріальних цифрових активів (даних, алгоритмів, платформ) до переліку активів, що беруться до уваги у функціональному аналізі, визначення окремих методів аналізу економічного внеску користувачів (user-value contribution analysis),

та гармонізації правил із оновленими Коментарями до ст. 7 МК ОЕСР 2025 року. Також необхідним є розширення повноважень податкових органів щодо встановлення економічної присутності, включно з цифровими каналами продажу та обробкою даних та імплементувати у законодавство України положення ОЕСР щодо дистанційної роботи (тести 50%, тест комерційної причини), оскільки саме ці критерії є ключовими у визначенні постійного представництва.

**Ключові слова:** постійне представництво, оподаткування, Податковий кодекс України, BEPS, GloBE, Pillar One, Pillar Two, трансфертне ціноутворення, цифровий податок, оподаткування нерезидентів, податковий суверенітет, диджиталізація, електронно-цифрові засоби, податкове адміністрування, цифровізація, електронні сервіси, міжнародні стандарти, податки, платники податків, подвійне оподаткування, правовий статус, юридична особа, платник податку.

## SUMMARY

**Boboshko O. V.** Determination of the Profit of a Permanent Establishment in the Context of Digitalization: An International Legal Aspect – Qualifying scientific work as the manuscript.

Dissertation for obtaining the educational-scientific degree of Doctor of Philosophy in the specialty 081 Law. Khmelnytskyi University of Management and Law named after Leonid Yuzkov. Khmelnytskyi, 2026.

Based on the results of the conducted research, it has been established that a permanent establishment is a key component of international tax law and determines the rules for taxing the income of foreign taxpayers in the source country. The existence of a permanent establishment enables the identification of the actual level of a non-resident's involvement in business activity within the territory of a foreign state.

It has been determined that the concept of a permanent establishment should be understood as a set of criteria allowing for the assessment of whether a non-resident has a sufficient level of presence in a particular country to give rise to that country's taxing rights over business income. A number of criteria for defining a permanent establishment have been identified, among which the existence of a fixed place of business is traditionally considered fundamental. This entails a spatial connection between the location of the business activity and the state's territory, as well as the regularity of commercial operations.

Analysis of judicial practice has confirmed that enforcement bodies increasingly face situations where it is difficult to clearly distinguish auxiliary activities from core business operations, as well as cases of concealed activities conducted through digital channels. It was revealed that the current practice of the Supreme Court of Ukraine tends to follow a narrow interpretation of the concept of permanent establishment, which does not align with the trends of international tax standards and may lead to budgetary revenue

losses – a conclusion supported by the dissertation’s finding on the limitations of the Supreme Court’s approach to defining permanent establishments.

It has been established that, in the context of the digital economy, there is a need to broaden the definition of permanent establishment in the Tax Code of Ukraine and to outline specific criteria for taxing the digital activities of non-residents. This aims to formally establish the limitations and conditions under which foreign digital companies may be recognized as creating a permanent establishment in Ukraine.

A comprehensive analysis of the evolution of the permanent establishment concept in the context of the digital transformation of the economy has been conducted. The focus is placed on examining the norms of international tax law, particularly the provisions of the OECD Model Tax Convention, the OECD Transfer Pricing Guidelines, and documents developed within the framework of the BEPS Action Plan. It has been noted that digital business models – including platforms, service ecosystems, remote work, and virtual user interaction – generate new forms of economic presence that cannot be fully captured by traditional approaches. It has been established that digitalization necessitates a revision of the fundamental approaches to defining a permanent establishment in international taxation.

It has been demonstrated that traditional permanent establishment definitions, based on physical presence criteria, are gradually losing effectiveness due to the expansion of the digital economy. Therefore, the key criterion should be the economic substance of the activity, rather than its formal characteristics. This requires further regulatory refinement both at the international level and within the national legislation of Ukraine.

It has also been identified that classical approaches to applying time thresholds for permanent establishment activity are unfit in the digital context, as the intensity of a digital company’s operations in a specific jurisdiction is defined not by the company’s direct actions, but by user activity. A transition toward a «tax interaction» model is substantiated, where value creation involves not only transactions but also the participation of different

user groups. This approach more accurately reflects the economic nature of digital platforms and addresses the shortcomings of the traditional «value creation» model.

An original classification of permanent establishment risks in the digital economy is proposed, which includes: functional-virtual risks, remote presence risks, data and algorithmic interaction risks, and risks of hybrid operations (on-site/off-site).

It is emphasized that the existing issues stem not only from legal gaps but also from the inadequacy of current profit allocation criteria tied to specific jurisdictions. It has been demonstrated that the use of functional analysis, the arm's length principle, anti-fragmentation rules, and updated approaches to the qualification of preparatory and auxiliary activities are essential steps toward a more objective determination of tax liabilities in places where value is actually created.

One of the key challenges of tax law in the digital era is identified as defining the limits of state tax sovereignty and its application. Outside its territory, a state may exercise tax jurisdiction only if a valid legal connection exists, established through international agreements or other nexus criteria. It is proposed that the extension of tax jurisdiction should be based on the existence of a «legitimate link» between the income or person and the taxing state.

It is confirmed that OECD proposals under BEPS Action 7 and subsequent updates reflected in the 2025 Model Convention modernize the criteria for determining a permanent establishment by shifting from a formal-physical to a functional-economic rationale. Criteria such as market engagement, economic interaction, continuity and regularity of activity, and the commercial rationale for employee presence in a given country – particularly in remote work scenarios – are gaining increasing relevance. These updates, especially the new Commentary paragraphs (44.1–44.21), highlight that a place of business may be deemed to exist even without a formal office, if an employee acts on behalf of the enterprise and interacts with the market of the source country.

It has been found that the taxation system for permanent establishments must transition from a model based on physical presence to one based on economic presence –

the ability of an entity to create and influence value in a market jurisdiction without having a physical location. In this context, it is essential to adopt approaches that recognize digital interaction, data usage, user base, and algorithmic activity as indicators of presence; to adapt profit allocation rules (particularly the Authorized OECD Approach) to models where functions, assets, and risks are distributed across jurisdictions; and to foster active intergovernmental coordination to establish a unified global mechanism that ensures the legitimacy of tax systems and protects the fiscal rights of market jurisdictions.

It is demonstrated that the current crisis in corporate taxation stems from a disconnect between the legal form of tax rules and the digital economic reality. The prevailing nexus model, which relies on physical presence, is no longer adequate: companies can generate substantial revenue from markets without any local infrastructure. This leads to imbalances between residence and market countries, exacerbates fiscal inequality, and gives transnational digital corporations an unfair advantage over local businesses.

The approach is supported whereby the concept of a permanent establishment in the digital era must evolve to recognize significant economic presence even in the absence of physical infrastructure. A new concept of global tax presence is proposed—one that accounts for intangible sources of value creation. Introducing a new nexus criterion based on a threshold level of a non-resident's revenue in a market jurisdiction is seen as a justified indicator of sustained economic presence. The concept of «network tax presence» is formulated as a form of economic interaction within digital platforms, capable of triggering tax obligations even without any physical presence of the non-resident in the state. This expands the traditional understanding of a permanent establishment based on physical criteria. It is demonstrated that such an approach would provide source countries with a fairer share of tax revenues and enhance the alignment of the international tax system with contemporary economic realities.

The need is substantiated for international tax law to transition toward a model of «tax interaction», which accounts for the cumulative contribution of users to value

creation. Only such a model can ensure equitable allocation of taxing rights and restore tax neutrality in the global digital economy.

It is noted that for Ukraine, as a market country that consumes digital services and faces base erosion, it is crucial to update national tax legislation and double tax treaties by clearly defining indicators of digital economic presence, criteria for «significant economic involvement», and mechanisms for engagement with foreign enterprises in the digital sector. It is proposed to revise the national rules for taxing permanent establishments based on key principles: recognizing user participation as a primary factor in value creation for digital businesses; identifying entities within corporate groups whose activities should be linked to users and the profits generated through such interactions; granting Ukraine taxing rights over such non-resident companies even in the absence of a traditional permanent establishment; and establishing profit allocation mechanisms tied to user-driven activities.

It is considered critically important for Ukraine to align its domestic legislation with current international trends, broaden the definition of permanent establishment in the Tax Code, and regulate digital business models based on the economic substance of their activities. Aligning with global standards will help stabilize the tax system, reduce avoidance risks, and boost budget revenues.

Based on the analysis, it is proposed to expand the definition of permanent establishment for digital companies in Article 14.1.193 of the Tax Code of Ukraine to include: an economic presence criterion covering regular interaction with users, data collection, and operation of algorithms or platforms targeting the Ukrainian market; a functional presence criterion, where the non-resident operates through remote employees, agents, developers, or consultants who systematically work in Ukraine; and provisions on network platform presence where user activity generates a significant portion of business value.

It is advisable to introduce a separate section in the Tax Code of Ukraine that addresses the specifics of defining a permanent establishment in the digital economy,

including home offices, remote work, service provision via online interfaces, cloud infrastructure, and data centers.

It is proposed to improve the rules on the attribution of profits to a permanent establishment (Article 39 of the Tax Code of Ukraine) by incorporating intangible digital assets (such as data, algorithms, and platforms) into the list of assets considered in functional analysis, introducing separate methods for analyzing users' economic contribution (user-value contribution analysis), and aligning the rules with the updated 2025 OECD Model Tax Convention Commentary on Article 7. Furthermore, the powers of tax authorities should be expanded to establish economic presence through digital sales channels and data processing. Ukraine's legislation should also incorporate OECD provisions on remote work (including the 50% test and the test of commercial rationale), as these criteria are key to determining the existence of a permanent establishment.

**Keywords:** permanent establishment, digital economy, significant economic presence, BEPS, GloBE, Pillar One, Pillar Two, transfer pricing, digital services tax, economic presence, non-resident taxation, tax sovereignty

**СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ**  
*в яких висвітлено основні наукові результати дисертації:*

**Статті у наукових фахових виданнях:**

1. Бобошко О.В. Визначення прибутку постійного представництва в умовах цифрової економіки: міжнародні підходи та український контекст. *Економіка. Фінанси. Право*. 2025. №8. С. 6-12.
2. Бобошко О. В. Мережева податкова присутність як нова юридична категорія міжнародного оподаткування. *Український політико-правовий дискурс*. 2025. №16. URL: <https://ppdnz.com.ua/index.php/home/article/view/495/393>
3. Бобошко О.В. Переосмислення підходів до визначення прибутку постійного представництва в умовах цифрової економіки: міжнародні підходи та український контекст. *Економіка. Фінанси. Право*. 2025. № 7. С. 23–28.
4. Бобошко О.В. Підхід GloBE у контексті міжнародної ініціативи BEPS: виклики для національних систем оподаткування в цифрову епоху. *Економіка. Фінанси. Право*. 2025. № 7. С. 28–33.
5. Бобошко О. В. Принцип substance over form у міжнародному податковому праві цифрової економіки. *Академічні візії*. 2025. №43. URL: <https://academy-vision.org/index.php/av/article/view/2592/2450>

**Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:**

1. Бобошко О.В. Виклики для систем оподаткування постійних представництв в умовах диджиталізації. *Advanced top technology*. 2025. №15. С.43-44.
2. Бобошко О.В. Визначення прибутку постійного представництва в умовах цифрової економіки. *Нотатки сучасної науки*. 2025. №30. С.49-50.
3. Бобошко О.В. Визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації: тенденції, виклики та оновлення модельної конвенції ОЕСР

2025 року. *The 1st International scientific and practical conference “European science and innovation congress”* (December 8-10, 2025) Barca Academy Publishing, Barcelona, Spain. 2025, pp. 549-553.

4. Бобошко О.В. Зміни до підходів щодо визначення постійного представництва в умовах диджиталізації: висновки 2025 року. *The 4th International scientific and practical conference “Science, technology and global challenges”* (December 4-6, 2025) CPN Publishing Group, Tokyo, Japan. 2025. С. 780-784.

5. Бобошко О.В. Імплементация міжнародних податкових реформ у визначенні прибутку постійного представництва в умовах цифрової трансформації економіки. *Соціально-гуманітарний вісник: зб. наук. пр. Вип. 62*. Харків: СГ НТМ «Новий курс», 2025. С.72-73.

6. Бобошко О.В. Міжнародні податкові реформи та їх імплементация у сфері визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації. *Креативний простір*. 2025. №33. С.59-62.

## ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	19
ВСТУП.....	20
РОЗДІЛ 1 .....	32
ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБЛИВОСТЕЙ ВИЗНАЧЕННЯ ПРИБУТКУ ПОСТІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА В УМОВАХ ЦИФРОВОЇ ЕКОНОМІКИ ...	32
1.1. Визначення прибутку постійного представництва та економічної присутності в країні .....	32
1.2. Застосування встановлених міжнародних правил оподаткування в умовах диджиталізації для визначення країни оподаткування за правилами присутності чи правилами трансфертного ціноутворення.....	67
1.3. Міжнародна діяльність підприємств та судова практика по справах підприємств, які здійснюють підприємницьку діяльність через постійні представництва в умовах диджиталізації .....	88
Висновки до розділу 1 .....	114
РОЗДІЛ 2 .....	119
ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВИЛ ДЛЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРИБУТКУ ПОСТІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА В УМОВАХ ДИДЖИТАЛІЗАЦІЇ.....	119
2.1. Міжнародні податкові реформи та їх імплементація у сфері визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації .....	119
2.2. Визначення ПП, дистрибуція прибутку та права на оподаткування між країнами, у яких підприємство здійснює підприємницьку діяльність .....	136
2.3. Особливості визначення прибутку постійного представництва.....	144

2.4. Вплив оновлень Модельної конвенції ОЕСР 2025 року на визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації .....	152
Висновки до розділу 2 .....	157
РОЗДІЛ 3 .....	161
ВИКЛИКИ ДЛЯ СИСТЕМ ОПОДАТКУВАННЯ ПОСТІЙНИХ ПРЕДСТАВНИЦТВ В УМОВАХ ДИДЖИТАЛІЗАЦІЇ.....	161
3.1. Системний перегляд глобального підходу до оподаткування в умовах диджиталізації .....	161
3.2. Міжнародна практика вирішення викликів щодо визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації .....	196
Висновки до розділу 3 .....	207
ВИСНОВКИ.....	213
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ .....	221
ДОДАТКИ.....	235

## ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

**ЄК** – Європейська комісія

**ЄС** – Європейський Союз

**ЗУ** – Закон України

**ІКТ** – інформаційно-комунікаційні технології

**Керівні принципи ОЕСР** – Керівні принципах ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення для багатонаціональних компаній і податкових адміністрацій (англ., OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations)

**МНК** – великі багатонаціональні підприємства (англ., MNE Multinational enterprise)

**Модельна податкова конвенція ОЕСР** – Модельна (Типова) податкова конвенція ОЕСР про доходи та капітал (англ., the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital)

**ОЕСР** – Організація економічного співробітництва та розвитку

**ООН** – Організація Об'єднаних Націй

**ПКУ** – Податковий кодекс України

**ПП** – постійне представництво

**ТНК** – транснаціональна корпорація

**АОА** – Авторизований підхід ОЕСР (англ., Authorized OECD Approach)

**BEPS** – Розмивання оподаткованої бази й виведення прибутку з під оподаткування (англ., «base erosion and profit shifting»)

**DST** – податки на цифрові послуги (англ., digital services taxes)

**GloBE Rules** – Глобальні правила зменшення податкової бази (GloBE Rules)

**MLI** – Багатостороння конвенція щодо виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з під оподаткування

**SPF** – функції значущих осіб (англ., significant people functions)

## ВСТУП

**Актуальність обраної тематики.** Особливості визначення прибутку ПП в умовах диджиталізації на сьогодні є центром дискусій та залишаються гострою проблемою, яку держави намагаються вирішити. Світова економіка стрімко трансформується під впливом цифрових технологій, що закономірно зумовлює потребу переосмислення традиційних концепцій міжнародного оподаткування. Одним з ключових інститутів податкового права, що потребує оновлення в умовах цифровізації, є інститут ПП. У класичному розумінні ПП передбачає фізичну присутність нерезидента на території іншої держави, що дозволяє податковим органам оподатковувати частину його прибутку. Проте коли економічна діяльність поступово переміщується у віртуальний простір, фізична присутність перестає бути визначальним чинником створення значної економічної присутності.

Застосування чинних міжнародних правил оподаткування в умовах диджиталізації для визначення країни оподаткування ПП постійно породжує нові питання. Держава має забезпечити достатні бюджетні надходження для гарантування прав і потреб осіб у межах своєї юрисдикції, при цьому зберігаючи правову визначеність, недискримінаційність і економічну обґрунтованість оподаткування. Відсутність чітких юридичних норм створює умови для зловживань, зокрема шляхом маніпуляцій нормами конвенцій про уникнення подвійного оподаткування.

Ініціатива BEPS, започаткована ОЕСР, заклала фундамент для оновлення підходів до оподаткування в таких умовах. Зокрема, Action 7 BEPS спрямовано на запобігання штучному уникненню статусу ПП через агентські схеми та фрагментацію діяльності. Поглибленням цих реформ стало впровадження концепції GloBE у межах Pillar Two, що встановлює глобальний мінімальний рівень корпоративного оподаткування.

Для України, яка активно інтегрується у глобальний цифровий простір, питання формування адекватної моделі оподаткування транснаціональних цифрових гравців стає критично важливим. В умовах бюджетного дефіциту та стрімкого розвитку електронних послуг необхідно виробити підхід до визначення прибутку ПП у цифровому середовищі, який одночасно враховуватиме міжнародні стандарти, договірні зобов'язання та особливості української економіки.

Україна, приєднавшись до Програми розширеного співробітництва ОЕСР, взяла на себе зобов'язання імплементувати мінімальний стандарт BEPS, що охоплює реагування на виклики цифрової економіки, протидію зловживанням договорами про уникнення подвійного оподаткування, запобігання штучному уникненню статусу ПП та забезпечення механізмів вирішення спорів. Саме тому визначення прибутку ПП в умовах диджиталізації є ключовим елементом імплементатії цих зобов'язань. Як правило, ПП приписується прибуток, який воно могло б отримати, якби діяло як окреме незалежне підприємство за аналогічних умов та здійснювало аналогічну діяльність. Але у цифровому середовищі постає питання, яка частина прибутку повинна оподатковуватися у кожній юрисдикції. Законодавче врегулювання цих питань необхідне для мінімізації конфліктів та уникнення подвійного оподаткування. Водночас держава повинна встановити прозорі правила визнання таких витрат, щоб уникнути штучного зменшення податкової бази.

Актуальність порушеної проблематики зумовлена комплексом взаємопов'язаних чинників. Так мультинаціональні корпорації дедалі активніше застосовують інструменти податкового планування, спрямовані на штучне зниження податкового навантаження та переміщення прибутку до низькоподаткових юрисдикцій. Цифрова економіка ґрунтується на широкому використанні нематеріальних активів, обробці персональних даних і мережевих ефектах, що істотно ускладнює визначення юрисдикції формування вартості. Одночасно поглиблюються труднощі встановлення коректного зв'язку між

юрисдикцією створення економічної цінності цифрового активу та юрисдикцією, у якій визнається ПП. Сукупність цих обставин обумовлює необхідність застосування міждисциплінарного дослідницького підходу, який інтегрує положення міжнародного податкового права, економічної теорії та практичних механізмів цифрової трансформації.

Саме таким міждисциплінарним «перехрестям» стає сучасна сфера оподаткування в умовах диджиталізації. Вона поєднує аналіз міжнародної юриспруденції, економічної справедливості та вдосконалення правозастосовної практики, що є необхідним для формування ефективного механізму визначення прибутку ПП у цифровому середовищі.

Окремі аспекти діяльності ПП та особливостей їх оподаткування досліджуються у наукових працях Жернакова М. В., Щолкіної Г. В., Мусійчук І. М. Також питання критеріїв визначення ПП та оподаткування прибутку ПП в умовах диджиталізації оглянуто у численних наукових працях закордонних вчених: Avi-Yonah R.S., Baker F., Besley T., Blum D.W., Colin N., Collin P., Fuss M., Gadžo S., Gadžo S., Harris P., Hoffart B., Holzinger R., Hongler P., Jones J., Kobetsky M., Kysar R., Langbein S., Losada S.R., Lüdicke J., Merwe B., Neuvel W., Oguttu A.W., Olbert M., Oliver D., Persson T., Pistone P., Quentin D., Rocha S.A., Schön W., Shaviro D., Spengel C. та ін.

Попри наявність вітчизняних і зарубіжних досліджень, питання визначення прибутку постійного представництва в умовах цифрової економіки досі не отримало комплексного наукового опрацювання. Існуючі роботи здебільшого фрагментарні, не охоплюють взаємозв'язок між цифровими бізнес-моделями та податковими зобов'язаннями, а також не пропонують цілісної концепції оновлення правового підходу до ПП. Усе це зумовлює необхідність комплексного дослідження питання визначення прибутку постійного представництва в умовах цифрової трансформації та розробки науково обґрунтованих пропозицій щодо адаптації правової бази України до нових глобальних викликів і стандартів.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.** Роботу виконано відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС; Програми розширеного співробітництва України з ОЕСР у межах ініціативи BEPS (Base Erosion and Profit Shifting); Стратегії цифрового розвитку інноваційної діяльності України на період до 2030 року та затвердження операційного плану заходів з її реалізації у 2025-2027 роках (Комплексної стратегії цифрового розвитку, цифрових трансформацій та цифровізації державного сектору «WINWIN») (Розпорядження КМУ від 31.12.2024 № 1351-р); Стратегії здійснення цифрового розвитку, цифрових трансформацій і цифровізації системи управління державними фінансами на період до 2030 року та затвердження плану заходів щодо її реалізації (затверджена наказом Міністерства фінансів України від 17.11.2021 № 1467-р); Стратегії розвитку наукових досліджень Національної академії правових наук України на 2021–2025 роки; а також відповідно до міжнародних зобов'язань України щодо імплементації глобальної податкової реформи ОЕСР (Pillar One / Pillar Two).

**Мета і завдання дослідження.** Метою роботи є, спираючись на міжнародну податкову доктрину, норми чинного міжнародного та національного законодавства, а також практику їх застосування, здійснити комплексне дослідження міжнародно-правових засад визначення прибутку ПП нерезидента в умовах диджиталізації.

Для досягнення зазначеної мети поставлені такі завдання:

- дослідити поняття ПП та економічної присутності в країні;
- окреслити засади застосування встановлених міжнародних правил оподаткування в умовах диджиталізації для визначення країни оподаткування за правилами присутності чи правилами трансфертного ціноутворення;
- проаналізувати міжнародну діяльність підприємств та судову практику о справах підприємств, які здійснюють підприємницьку діяльність через постійні представництва в умовах диджиталізації;
- оглянути міжнародні податкові реформи та їх імплементація у сфері визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації;

- з'ясувати особливості дистрибуції прибутку та прав на оподаткування між країнами, у яких підприємство здійснює підприємницьку діяльність;
- проаналізувати особливості визначення прибутку постійного представництва;
- оцінити вплив оновлень Модельної конвенції ОЕСР 2025 року на визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації;
- визначити виклики для систем оподаткування в умовах диджиталізації;
- проаналізувати міжнародну практику вирішення викликів щодо визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації.

**Об'єкт дослідження** - суспільні відносини, що виникають у процесі оподаткування діяльності нерезидента через ПП у контексті цифрової економіки та трансформації міжнародних податкових правил.

**Предметом дослідження** - міжнародно-правові підходи, механізми та моделі визначення прибутку ПП в умовах диджиталізації, зокрема положення та практичні аспекти застосування концепцій BEPS, SEP і GloBE, а також їх вплив на національне правове регулювання.

**Методи дослідження.** Для реалізації поставленої мети та вирішення комплексу наукових завдань застосовано систему загальнонаукових, спеціально-юридичних та економіко-аналітичних підходів, що забезпечили комплексність і глибину дослідження міжнародно-правових засад визначення прибутку ПП нерезидента в умовах диджиталізації. *Діалектичний метод* дав змогу розглядати трансформацію концепції ПП як динамічний процес, що змінюється під впливом цифровізації, глобалізації та розвитку міжнародної торгівлі (підрозд. 1.1, 1.2). Завдяки цьому забезпечено цілісне бачення еволюції міжнародного податкового регулювання та взаємодії між принципами резидентства, джерела та економічної присутності. *Логіко-семантичний метод* використано для уточнення змісту ключових понять: «постійне представництво», «економічна присутність», «значна економічна присутність», «податковий зв'язок», «створення вартості», «функції

значущих осіб» (SPF), що стали базовими категоріями дослідження (підрозд. 1.1, 2.1). *Формально-юридичний метод* застосовано для тлумачення норм ст. 5 і 7 Модельної податкової конвенції ОЕСР, документів BEPS, положень MLI, актів національного податкового законодавства, а також судової практики щодо визначення ПП і розподілу прибутку (підрозд. 1.2, 2.1, 2.3, 2.4). Це забезпечило коректне відтворення правової природи критеріїв ПП та механізмів алокації прибутку. *Методи системного аналізу, групування та класифікації* використано для виділення структурних елементів міжнародної податкової системи, аналізу взаємозв'язку між концепціями BEPS, SEP і GloBE, визначення принципів розподілу прибутку ПП в умовах цифрової економіки (підрозд. 1.3, 2.2, 2.3). Це дозволило розкрити логіку переходу від фізичної присутності до функціонального економічного підходу. *Метод системного аналізу* також дозволив встановити взаємозв'язки між оновленнями Коментаря до статей 5 і 7 МК ОЕСР та положеннями BEPS, а також окреслити загальні тенденції еволюції міжнародного податкового регулювання (підрозд. 2.4). *Порівняльно-правовий метод* застосовано для аналізу підходів до визначення ПП у податкових системах різних країн та їх співвіднесення з українським законодавством і нормами міжнародних договорів (підрозд. 1.4, 2.2, 3.1), а також застосований для зіставлення традиційної концепції ПП з новими підходами до визначення економічної присутності в умовах цифрової економіки (підрозд. 2.4). Використання цього методу дало змогу визначити моделі регулювання, придатні до адаптації в Україні. *Функціональний підхід* було застосовано для оцінки економічної сутності діяльності ПП, аналізу SPF-функцій, розподілу ризиків та ролі нематеріальних активів у формуванні прибутку, а також для характеристики цифрової присутності нерезидентів у юрисдикції ринку (підрозд. 2.2, 2.3, 3.2). *Метод кейс-стаді та контент-аналіз* використано під час вивчення практичних прикладів діяльності ТНК, судових рішень (Італія, Японія, США, Велика Британія), а також позицій податкових адміністрацій щодо кваліфікації ПП у цифрових бізнес-моделях (підрозд. 2.3, 3.2). Це забезпечило

емпіричну основу дослідження. *Критичний аналіз* застосовано для оцінки обмеженості класичних критеріїв ПП і обґрунтування необхідності їх перегляду, з урахуванням трансформації цифрового бізнесу (підрозд. 2.4). *Емпіричні методи та економічний аналіз* застосовано при оцінці даних міжнародних звітів ОЕСР, PwC, KPMG, Європейської комісії щодо бюджетних втрат, масштабів BEPS та очікуваних наслідків імплементації Pillar One і Pillar Two (підрозд. 3.1, 3.2). *Порівняльно-описовий та прогностичний методи* використано при розробці пропозицій щодо удосконалення національного законодавства України з урахуванням міжнародних тенденцій розвитку цифрової економіки та реформування глобальної податкової архітектури (підрозд. 2.4, 3.3).

*Науково-теоретичну основу* дисертації утворюють напрацювання вітчизняних і зарубіжних учених у сфері міжнародного податкового права, цифрової економіки, трансфертного ціноутворення та регулювання діяльності ПП, а також дослідження, присвячені концепціям BEPS, SEP і GloBE та їх впливу на еволюцію глобальної податкової системи. Нормативну базу становлять: міжнародні акти (OECD Model Tax Convention, BEPS Action Plans, GloBE Framework); законодавчі акти України (ПКУ, Закон № 466-IX).

*Емпіричну базу* дослідження становлять аналітичні звіти міжнародних консалтингових фірм (PwC, KPMG, Deloitte); статистичні та фіскальні дані про доходи цифрових компаній у світі та Україні.

**Наукова новизна одержаних результатів** полягає в тому, що у вітчизняній правовій науці вперше здійснено комплексне дослідження міжнародно-правових підходів до визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації та сформульовано цілісну концепцію податкової присутності у цифровій економіці.

### ***Вперше***

1) здійснено комплексний аналіз еволюції концепції ПП у контексті цифрової трансформації економіки з акцентом на положеннях норм міжнародного

податкового права, зокрема положень Модельної податкової конвенції ОЕСР, Керівних принципів ОЕСР з трансфертного ціноутворення, а також документів, розроблених у межах реалізації Плану дій BEPS.

2) сформульовано концепцію «мережевої податкової присутності» як форми економічної взаємодії у межах цифрових платформ, що здатна створювати обов'язок оподаткування навіть за повної відсутності фізичної присутності нерезидента у державі. Це розширює традиційне розуміння ПП, базоване на фізичних критеріях;

3) запропоновано розглядати дані не лише як допоміжний фактор створення вартості, а як самостійний елемент податкової юрисдикції, що формує підставу для оподаткування;

4) введено поняття «економічного володіння даними» як нового критерію для визначення податкового зв'язку та оцінки прибутків, отриманих унаслідок збору та використання інформації;

5) розроблено концептуальний підхід до формування “data nexus” – цифрової форми податкової присутності, яка відображає місце збору, обробки та економічного використання даних.

6) пропонується закріпити в ПКУ окремий розділ про особливості визначення ПП у цифровій економіці, включно з домашніми офісами та дистанційною роботою, сервісною діяльністю через онлайн-інтерфейси, хмарними та дата-центр інфраструктурами;

7) пропонується розширити визначення ПП для цифрових компаній у ПКУ, а саме внести зміни до ст. 14.1.193 ПКУ щодо визначення постійного представництва, передбачивши: критерій економічної присутності нерезидента в Україні, який охоплює регулярну взаємодію з користувачами, збір даних, роботу алгоритмів або платформ, спрямованих на український ринок; критерій функціональної присутності, коли діяльність нерезидента здійснюється через дистанційних працівників, агентів, розробників чи консультантів, які систематично

працюють в Україні; положення щодо мережевої платформної присутності, якщо користувацька активність створює суттєву частку вартості.

### *Удосконалено*

8) визначення ПП як певний набір критеріїв, які дозволяють визначити, чи іноземна особа (нерезидент) має в країні достатню присутність для того, щоб така держава могла (на основі відповідної податкової юрисдикції) оподатковувати відповідний дохід від підприємницької діяльності такої особи;

9) доповнено перелік критеріїв, якими варто доповнити визначення ПП в умовах діджиталізації з метою закріплення на рівні національного законодавства особливостей оподаткування, обмеження і критерії для іноземних компаній, які можуть створювати ПП в Україні від ведення цифрової діяльності;

10) запропоновано авторську класифікацію ризиків виникнення ПП у цифровій економіці, яка включає: функціонально-віртуальні ризики, ризики дистанційної присутності, ризики даних та алгоритмічної взаємодії, ризики змішаної діяльності (on-site/off-site);

11) удосконалено підхід до аналізу функцій, ризиків і активів у процедурі атрибуції прибутку ПП у цифрових бізнес-моделях – із урахуванням нематеріальних активів даних, алгоритмів, користувацьких мереж та платформної інфраструктури.

### *Дістало подальшого розвитку*

12) оглянуто міжнародну судову практику та практику ВСУ та виявлено, що позиція українських суддів та ВСУ не є повністю обґрунтованою та потребує визначення критеріїв для віднесення прибутків ПП відповідно до Модельної конвенції ОЕСР.

13) обґрунтовано перехід до моделі «податкової взаємодії», у якій вагомим є не лише факт транзакції, а й участь різних груп користувачів у створенні вартості. Такий підхід дозволяє адекватно відобразити економічну природу цифрових платформ та усунути недоліки моделі «створення вартості»;

14) розвинено положення про необхідність уніфікованого підходу до тестів економічної присутності, які включають: регулярність взаємодії, цифрову активність, залученість до ринку та об'єктивний комерційний інтерес;

15) обґрунтовано потребу в інтеграції правового та економічного підходів до даних, що забезпечить баланс між захистом персональних прав і справедливим розподілом податкових надходжень;

16) доведено, що існуючі правила оподаткування постійних представництв в Україні потребують змін з урахуванням цифрової реальності: слід визнати участь користувачів джерелом створення вартості, надати Україні право оподаткування прибутку, пов'язаного з цією вартістю, навіть без традиційного ПП, та визначити механізм його розподілу в межах групи компаній;

17) визначено, що запровадження дворівневої системи Pillar One та Pillar Two є логічною еволюцією міжнародної податкової системи у напрямі від фіскального суверенізму до глобальної координації;

18) розкрито взаємозв'язок концепції Significant People Functions (SPF) та авторизованого підходу ОЕСР (АОА) у контексті цифрових бізнес-моделей, а також доведено їхнє значення для нових механізмів дистрибуції прибутку між юрисдикціями;

19) обґрунтовано необхідність переосмислення концепції фактичного місця управління (РоЕМ) з урахуванням нематеріальної природи цифрової економіки та запропоновано концепт економічного місця управління (РоЕМ 2.0) як податкової прив'язки, що базується на реальному виконанні функцій зі створення вартості, управління ризиками й нематеріальними активами.

**Практичне значення одержаних результатів** полягає в тому, що вони можуть бути використані:

– у законотворчій діяльності під час удосконалення положень Податкового кодексу України та приведення національних норм у відповідність до

актуальних підходів ОЕСР щодо визначення ПП, економічної присутності та алокації прибутку в умовах диджиталізації;

- у правозастосовній практиці органів податкової адміністрації для коректного тлумачення критеріїв ПП, оцінювання ризиків BEPS, визначення обсягу прибутку, що підлягає оподаткуванню, та для уніфікації підходів до контролю за діяльністю нерезидентів у цифровому середовищі;

- у діяльності судів як аналітична база при розгляді податкових спорів щодо цифрової присутності, агентських структур, фрагментації операцій та визначення належного прибутку ПП за принципом «вितягнутої руки»;

- у роботі суб'єктів господарювання та консультантів, які здійснюють міжнародну діяльність, для формування податкових політик, оцінки ризиків створення ПП і планування моделей структурування бізнесу відповідно до міжнародних стандартів;

- у підвищенні кваліфікації працівників податкових органів, як аналітичний та методичний матеріал для тренінгів і семінарів із питань визначення ПП нерезидентів, оцінювання економічної присутності, застосування принципу «вितягнутої руки» та виявлення ризиків BEPS у цифровому середовищі (у тому числі в межах програм професійного розвитку Державної податкової служби України);

- у подальших наукових дослідженнях, присвячених проблемам оподаткування цифрової економіки, трансформації міжнародної податкової системи та правового статусу ПП;

- у підготовці кадрів під час викладання дисциплін з «Міжнародного податкового права», «Фінансового права» та економічного аналізу цифрових бізнес-моделей.

**Особистий внесок автора.** Робота виконана самостійно; усі сформульовані положення, рекомендації та висновки спираються на власні наукові напрацювання

здобувача. Думки й концепції інших дослідників наведено виключно з відповідним посиланням – як аргументаційне підкріплення або об’єкт наукової дискусії.

**Апробація результатів дослідження.** Основні положення, окремі результати та узагальнені висновки дисертації були представлені й обговорені на низці науково-практичних конференцій, а саме: The 1st International scientific and practical conference “European science and innovation congress” (Барселона, 2025); The 4th International scientific and practical conference “Science, technology and global challenges” (Токіо, 2025).

**Публікації.** Основні теоретичні та практичні висновки, положення та пропозиції дисертаційного дослідження викладені в 5 публікаціях наукових статтях в наукових виданнях, що включені до переліку наукових фахових видань України.

**Структура та обсяг дисертації** зумовлені визначеною метою, завданням та предметом дослідження. Дисертація структурно складається зі вступу, 3-х розділів, які об’єднують 9 підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг роботи становить 237 сторінок. Список використаних джерел складається з 123 найменувань та займає 14 сторінок. Додатки містяться на XX сторінках.

## РОЗДІЛ 1

### ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБЛИВОСТЕЙ ВИЗНАЧЕННЯ ПРИБУТКУ ПОСТІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА В УМОВАХ ЦИФРОВОЇ ЕКОНОМІКИ

#### 1.1. Визначення прибутку постійного представництва та економічної присутності в країні

ПП є комплексним поняттям податкового права. Основною метою цієї концепції є встановлення такого режиму оподаткування іноземної організації, при якому враховувалися б інтереси і платника податків, і держави джерела доходу, і держави президентства. У пп. 14.1.193 п. 14.1 ст. 14 ПКУ [1] наведено визначення ПП. Під ним розуміють постійне місце діяльності, через яке повністю або частково здійснюється господарська діяльність нерезидента в Україні. До таких місць належать: місце управління, філія, офіс, фабрика, майстерня, установка чи споруда для розвідки природних ресурсів, шахта, нафтова або газова свердловина, кар'єр чи будь-яке інше місце видобутку природних ресурсів, склад або приміщення, що використовуються для доставки товарів, а також сервер.

Основним використанням поняття ПП є визначення права договірної держави оподатковувати прибуток підприємства іншої договірної держави. Договірна держава не може оподатковувати прибуток підприємства іншої договірної держави, якщо тільки воно не здійснює свою діяльність через розташоване в ній ПП. На сьогодні міжнародні принципи визначення та алокації прибутку ПП передбачені Модельною податковою конвенцією ОЕСР про доходи та капітал (англ., The OECD Model Tax Convention on Income and on Capital («OECD Model Tax Convention»)) та включені в Модельну конвенція ООН про уникнення подвійного оподаткування між розвиненими країнами та країнами, що розвиваються (англ., The Model United Nations Double Taxation Convention between Developed and Developing Nations). Так,

у п. 1 ст. 5 Модельної податкової конвенції ОЕСР (в редакції від 21.11.2017 року) наведено таке визначення ПП – це постійне місце діяльності, через яке повністю або частково здійснюється бізнес підприємства [2].

Традиційна концепція ПП ґрунтується на критеріях фізичної присутності нерезидента на території держави. У межах цього підходу ключовим є встановлення існування матеріальних активів або пункту діяльності, а також визначення функцій персоналу, які виконуються в юрисдикції, де передбачається наявність ПП. Для окремих видів діяльності, зокрема будівельних робіт чи надання послуг, застосовується додатковий часовий критерій, що вимагає здійснення діяльності протягом визначеного мінімального періоду. Крім того, можливість утворення ПП передбачена і за результатами так званого репрезентативного тесту, який базується на аналізі повноважень та поведінки осіб, що представляють інтереси нерезидента в державі [3, с. 2]. Україна адаптувала в законодавство традиційний підхід до визначення ПП, який базується на Модельній податковій конвенції ОЕСР.

На мою думку у контексті цифрової трансформації та поступових змін у податковому законодавстві традиційна концепція ПП, що передбачає наявність фізичної присутності нерезидента на території іншої держави, зокрема робочої сили або матеріальної інфраструктури, зберігає фундаментальне значення. Її мета полягає у встановленні достатнього економічного зв'язку між компанією-нерезидентом і державою, який би надавав останній підстави для оподаткування прибутку, отриманого на її території. Водночас аналіз чинного законодавства та нормативних актів свідчить, що критерій фізичної присутності дедалі менше відповідає реаліям цифрової економіки. Вважаю, що такий підхід виявляється недостатнім для забезпечення справедливого та збалансованого розподілу податкових прав між державами, оскільки цифрові компанії здатні отримувати значні доходи на іноземних ринках без необхідності створення матеріальної інфраструктури чи розміщення персоналу в цих юрисдикціях.

Концепція постійного представництва має тривалу історію становлення, тісно пов'язану з розвитком договірного регулювання у сфері уникнення подвійного оподаткування та формуванням модельних податкових конвенцій. Ідея оподаткування підприємницької діяльності за місцем її фактичного здійснення виникла ще у XIX столітті та поступово набула нормативного закріплення в правових системах європейських держав.

Поняття постійного представництва вперше було сформульоване в німецькому праві в середині XIX століття у межах податкового регулювання Пруссії. Муніципальні органи цієї держави запровадили правила, згідно з якими господарська діяльність, що здійснювалася через стабільне місце ведення бізнесу, підлягала оподаткуванню в юрисдикції його розташування, незалежно від місця перебування власника підприємства. Такий підхід заклав підвалини для подальшого розвитку принципу оподаткування за джерелом доходу.

У міжнародно-правовому вимірі поняття постійного представництва у сучасному розумінні вперше було закріплене наприкінці XIX століття в договорі між Австро-Угорською монархією та Пруссією, укладеному у 1899 році. Зазначений договір передбачав, що виключне право на оподаткування прибутків, отриманих через постійне представництво, належить державі, на території якої таке представництво розташоване. Це положення стало важливим етапом у формуванні сучасних підходів до розмежування податкової юрисдикції між державами [4, с. 110]. Отже, виникнення концепції ПП було в епоху, коли міжнародні норми перейшли від оподаткування на основі джерела до системи, що включає більше елементів оподаткування саме місця проведення господарської діяльності. Зазначимо, що сучасні процеси диджиталізації, які характеризуються мінімальною або взагалі відсутньою фізичною присутністю компаній на іноземних ринках, зумовлюють потребу перегляду чинних правил розподілу прибутку. Традиційні критерії ПП дедалі менше відображають економічну реальність, що ставить під

сумнів їхню здатність забезпечити справедливий і збалансований механізм оподаткування в цифрову епоху.

Після завершення Першої світової війни питання міжнародного оподаткування, зокрема проблематика усунення подвійного оподаткування, набули особливої актуальності та стали предметом системного розгляду на міжнародному рівні. У цьому контексті Ліга націй розпочала активну діяльність, спрямовану на вироблення узгоджених підходів до регулювання податкових відносин між державами. У лютому 1925 року Комітет з питань подвійного оподаткування та ухилення від сплати податків, створений у межах Ліги націй, отримав мандат на підготовку проєкту типового двостороннього договору, метою якого було запобігання виникненню подвійного оподаткування доходів у транскордонних економічних відносинах [4, с. 192]. У проєкті, який було підготовлено у 1927 році, було чітко зафіксовано, що держава джерела доходу може оподатковувати прибутки ПП, яке існує на її суверенній території [4, с. 122]. У історичному вимірі принципово важливо підкреслити, що податковий суверенітет належить державі, яка самостійно визначає види, елементи та порядок справляння податків у межах власної території. Обов'язок зі сплати податку виникає виключно на підставі внутрішнього законодавства відповідної юрисдикції, що відображає базовий принцип верховенства національного права в податковій сфері. Угоди про уникнення подвійного оподаткування, натомість, не створюють податкових зобов'язань і не встановлюють нових податків. Їхнє призначення полягає в координації та розмежуванні податкових юрисдикцій двох договірних держав шляхом визначення, яка з них має переважне право оподатковувати певні категорії доходів. Таким чином, такі угоди виконують виключно розподільну функцію і не замінюють собою національні податкові режими [5, с. 6].

У 1928 році Загальні збори урядових експертів з питань подвійного оподаткування та ухилення від оподаткування затвердили черговий звіт, у якому було підкреслено, що питання визначення тієї частини прибутку нерезидента однієї

держави, яка пов'язана з діяльністю його постійного представництва на території іншої держави, підлягає врегулюванню шляхом двосторонніх домовленостей між відповідними державами. Зазначалося, що саме в межах таких угод має визначатися розподіл податкових прав і обсяг доходу, який кожна зі сторін вправі оподатковувати [4, с. 125]. У зазначеному Звіті, як зауважує Б. Хоффарт, ключовий акцент було зроблено на визнанні того, що повноваження держави джерела доходу оподатковувати прибуток, отриманий у межах її території, розглядається як складова її суверенних прав. Це право за своєю природою прирівнювалося до традиційно визнаного державного суверенітету над власними природними ресурсами [6, с. 109]. У Звіті пропонувалося здійснювати розподіл прибутку, що підлягає віднесенню до постійного представництва, з урахуванням таких показників, як чисельність персоналу, обсяг виплаченої заробітної плати, рівень понесених витрат і розмір інвестованого капіталу. Отже, у документі 1928 року не було віддано пріоритету застосуванню принципу «витагнутої руки» та підходу окремого обліку під час оподаткування діяльності постійного представництва.

За оцінкою М. Кобетські, Фіскальний комітет Ліги націй під час засідання 1930 року віддав перевагу застосуванню підходу так званого «формулярного розподілу» прибутку, розглядаючи його як доцільний механізм віднесення доходів у контексті оподаткування постійного представництва [4, с. 132]. Цей підхід передбачав розподіл прибутку між державами на основі заздалегідь визначених формул чи критеріїв, що відображали економічну участь кожної юрисдикції у створенні такого прибутку. Як зазначають Д. Джонс та Д. Джюдіке, у 1929 році Фіскальний комітет Ліги націй оприлюднив звіт, у межах якого було вперше сформульовано визначення понять «постійне представництво» та «незалежний агент» для цілей міжнародного оподаткування [7, с. 134]. У документі визначено три істотні ознаки взаємозв'язку між агентом та іноземною компанією, за наявності яких діяльність агента може кваліфікуватися як ПП нерезидента. До них належать:

- 1) надання агенту повноваження діяти від імені іноземної компанії;

- 2) регулярний характер виконання таких дій;
- 3) здійснення діяльності у певному постійному місці або установі.

У 1933 році в Звіті Керролла (англ. *Carroll Report*) було обґрунтовано, що застосування принципу «витагнутої руки» у поєднанні з підходом окремого обліку в межах однієї юридичної особи є найбільш доцільним механізмом оподаткування діяльності постійних представництв нерезидентів [4, с. 134]. Такий підхід передбачає, що ПП повинно розглядатися як умовно відокремлений та незалежний суб'єкт господарювання, якому може бути приписано той прибуток, який воно б отримало, діючи автономно та на ринкових умовах. Фіскальний комітет Ліги Націй підтримав цю позицію, наголосивши на необхідності оподаткування ПП в аналогічний спосіб до окремого підприємства нерезидента. Звіт Керролл також виокремлював три варіанти методології розподілу прибутку між державою резиденції та державою джерела:

- 1) метод окремого балансу;
- 2) емпіричний метод;
- 3) метод фракційного розподілу [8, с. 8-11].

Метод окремого балансу був найбільш поширеним та передбачав ведення ПП власного бухгалтерського обліку за правилами, аналогічними обліку окремої юридичної особи. Результати такого обліку могли коригуватися у випадках, коли вони не відповідали умовам, що застосовуються у взаємовідносинах між незалежними сторонами.

Емпіричний метод застосовувався у разі неможливості ведення ПП обліку на окремих рахунках. У такому випадку ПП приписувався прибуток, співмірний із прибутком незалежних підприємств аналогічного виду діяльності, визначений на підставі торговельного обороту, активів чи інших релевантних економічних показників. Оподатковуваний дохід ПП визначався або як частка загального прибутку компанії, або як прибуток умовно самостійної господарської одиниці.

Фракційний (пропорційний) метод передбачав алокацію прибутку іноземної організації не шляхом прямого використання даних бухгалтерського чи податкового обліку ПП, а через розподіл частини загального прибутку відповідно до формули, що враховувала різні фактори, такі як активи, оборот, фонд оплати праці або визначені процентні частки. Метою застосування цього методу було отримання розрахунку прибутку ПП, який би максимально наближався до результату, отриманого за умов ведення ним окремого обліку.

Ідеї Керолла були враховані в проєкті конвенції про оподаткування, опублікованому Лігою Націй у 1933 р. [9]. ОЕСР використовувала підхід Ліги Націй щодо віднесення прибутку до ПП. Відповідно до ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР 1963 р. прибуток підприємства підлягав оподаткуванню в іноземній державі тільки за наявності ПП і лише у частині, що до нього належить.

На мою думку, історичний розвиток концепції постійного представництва чітко демонструє, що вона від самого початку була інструментом адаптації податкового права до економічних реалій відповідної епохи. Вважаю, що виникнення поняття постійного представництва у праві Пруссії та його подальше закріплення в міжнародних договорах наприкінці XIX століття було відповіддю на потребу забезпечити справедливий розподіл податкових прав між державами в умовах зростаючої транснаціональної господарської діяльності. Перехід від оподаткування, заснованого виключно на джерелі доходу, до оподаткування за місцем здійснення господарської діяльності, на моє переконання, став ключовим етапом формування сучасного міжнародного податкового порядку.

На мою думку, підходи, запропоновані у звітах Ліги Націй 1920–1930-х років, зокрема формулярне віднесення прибутку та використання економічних показників для його розподілу, свідчать про прагнення знайти баланс між юридичною формою та економічною сутністю діяльності. Вважаю показовим, що на цьому етапі принцип «витягнутої руки» ще не розглядався як домінуючий, а пошук оптимальної

моделі розподілу прибутку відбувався з урахуванням реального внеску кожної юрисдикції у створення вартості.

Разом із тим, я вважаю, що Звіт Керролл 1933 року став переломним моментом у розвитку концепції постійного представництва, оскільки саме він заклав основу сучасного підходу до оподаткування ПП як умовно відокремленого та незалежного суб'єкта. Перехід до принципу «витягнутої руки» та окремого обліку, на мою думку, був логічним етапом еволюції міжнародного податкового права, спрямованим на підвищення передбачуваності та нейтральності оподаткування.

Водночас я переконаний, що історична логіка розвитку концепції постійного представництва свідчить про її динамічний характер. Кожен етап її формування відповідав домінуючій економічній моделі свого часу. Саме тому, на мою думку, сучасні процеси диджиталізації, що характеризуються мінімальною або відсутньою фізичною присутністю підприємств у державах ринку, об'єктивно зумовлюють необхідність подальшого переосмислення традиційних критеріїв ПП. Вважаю, що механічне застосування історично сформованих підходів без урахування цифрової трансформації економіки не здатне забезпечити ані справедливий розподіл прибутку, ані ефективну реалізацію податкового суверенітету держав у сучасних умовах.

Зауважимо, що окремою проблемою розрахунку податкової бази ПП стали відмінності у підходах, що застосовуються країнами до визначення податкової юрисдикції держави щодо доходів іноземної організації, що утворює ПП.

Фіскальний комітет Ліги Націй відзначав, що діяльність організації у сфері міжнародного оподаткування мала суттєвий вплив на формування договірної практики держав. Зокрема, аналітичні матеріали Комітету засвідчують, що вже станом на 1935 рік було укладено близько 140 двосторонніх податкових конвенцій, причому 60 з них були підписані в період з 1929 року. Подальші результати досліджень Фіскального комітету, оприлюднені у 1945 році, засвідчили, що

положення щодо ПП вже на той час було включено практично до всіх існуючих двосторонніх податкових угод [4, с. 138].

У Лондонській (1945) та Мехіко (1943) модельних конвенціях було запропоновано більш сучасні дефініції ПП, у межах яких уперше чітко розмежовувалися залежний та незалежний агенти [4, с. 144]. Протокол до ст. V обох модельних конвенцій істотно уточнив критерії визначення ПП, унаслідок чого відповідні положення набули вигляду, що значною мірою відповідає сучасному поняттю ПП, закріпленому в чинних модельних податкових конвенціях.

Після завершення діяльності Ліги Націй повноваження щодо розроблення модельних податкових конвенцій, а також подальшого формування дефініції постійного представництва були передані Організації європейського економічного розвитку (ОЄЕР), яка згодом еволюціонувала в Організацію економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР). У 1956 році в межах ОЄЕР було утворено Фіскальний комітет, основним початковим завданням якого стало дослідження та систематизація підходів до визначення поняття постійного представництва. Безпосередня аналітична робота з цього питання була покладена на Робочу групу I [10, с. 14]. У першому звіті цієї Робочої групи було запропоновано загальну дефініцію постійного представництва, відповідно до якої воно розглядається як стабільне місце ведення діяльності на території певної держави, через яке підприємство повністю або частково здійснює свою господарську діяльність.

Напрацювання, отримані в межах цієї діяльності, разом із подальшими дослідженнями Робочої групи I та Фіскального комітету у сфері міжнародного оподаткування, були інкорпоровані до першої офіційно оприлюдненої Модельної податкової конвенції ОЕСР 1977 року. У цьому документі вже було закріплено визначення постійного представництва нерезидента, яке за своїм змістом значною мірою відповідає сучасному розумінню даної категорії [10, с. 22]. Подальша еволюція концепції постійного представництва відбувалася шляхом послідовного оновлення положень Модельної податкової конвенції ОЕСР. Найбільш істотні

корективи було запроваджено у 2017 році в межах реалізації Плану дій BEPS, що стало відповіддю на поширені практики зловживань, пов'язані зі здійсненням господарської діяльності без формального створення постійного представництва. Водночас ще у 2010 році до Модельної конвенції ОЕСР були внесені зміни, спрямовані на вдосконалення механізмів оподаткування постійних представництв та їх узгодження з підходом Authorized OECD Approach (AOA).

Останні зміни у визначенні ПП загалом зберігають традиційне формулювання, притаманне Типовій податковій конвенції ОЕСР. Комітет ОЕСР з фінансових питань наголосив на необхідності окремого аналізу фундаментальних принципів, що лежать в основі статей 5 та 7. Водночас оновлені коментарі відображають сучасні економічні й технологічні тенденції, а також зростаюче значення транскордонної торгівлі та постачання послуг між промислово розвиненими державами та країнами, що розвиваються [11].

На мою думку, діяльність Фіскального комітету Ліги Націй відіграла визначальну роль у формуванні сучасної договірної практики у сфері міжнародного оподаткування. Вважаю показовим, що вже у міжвоєнний період було досягнуто високого рівня уніфікації підходів до оподаткування доходів нерезидентів, про що свідчить значна кількість укладених двосторонніх податкових конвенцій та повсюдне включення до них положень про постійне представництво.

Вважаю, що Лондонська та Мехіко модельні конвенції стали важливим етапом еволюції поняття постійного представництва, оскільки саме в них було вперше чітко розмежовано залежних і незалежних агентів. На мою думку, таке розмежування мало не лише техніко-юридичне, а й принципове значення, адже воно дозволило уникнути надмірного розширення податкової юрисдикції держави джерела та забезпечити більшу правову визначеність для суб'єктів міжнародної господарської діяльності. Уточнення критеріїв ПП у протоколах до зазначених модельних конвенцій, на мою думку, заклало підвалини для формування сучасного, більш збалансованого підходу до визначення податкової присутності.

Я дійшов висновку, що передача функцій з розроблення модельних податкових конвенцій від Ліги Націй до ОЕСР забезпечила інституційну спадковість та подальший розвиток концепції постійного представництва. Створення Фіскального комітету ОЕСР та діяльність Робочої групи I, на мою думку, сприяли формуванню універсального та водночас гнучкого визначення ПП, яке змогло стати основою для першої Модельної конвенції ОЕСР 1977 року. Саме в цей період, як вважаю, інститут ПП набув рис, що дозволили йому ефективно функціонувати в умовах інтенсивної інтернаціоналізації економіки другої половини ХХ століття.

Разом із тим я переконаний, що подальші зміни до Модельної конвенції ОЕСР, зокрема оновлення 2010, 2017 та 2025 років, свідчать про динамічний характер концепції постійного представництва. Вважаю, що впровадження підходу Authorized OECD Approach (AOA) та заходів Плану дій BEPS стало відповіддю на зловживання, пов'язані з формальним уникненням статусу ПП, і засвідчило прагнення міжнародної спільноти забезпечити більшу відповідність між економічною сутністю діяльності та її податковими наслідками.

На мою думку, збереження традиційного формулювання визначення ПП у поєднанні з постійним оновленням коментарів до статей 5 і 7 Модельної конвенції ОЕСР є виправданим компромісом між стабільністю правового регулювання та необхідністю його адаптації до нових економічних і технологічних реалій. Вважаю, що саме через механізм коментарів ОЕСР відбувається поступова модернізація інституту ПП, що дозволяє зберегти його фундаментальні принципи та водночас забезпечити їхню релевантність у сучасних умовах диджиталізації та розвитку транскордонної торгівлі.

За спостереженням Б. Хоффарта, запровадження концепції ПП мало принципове значення, оскільки в ситуаціях, коли податкова юрисдикція розмежовується між державою резиденції іноземної компанії та державою, на території якої вона фактично здійснює діяльність, саме ПП заміщує податковий

зв'язок, передбачений внутрішнім податковим законодавством держави фактичного місцезнаходження компанії [6, с. 107]. Вважаємо, що позиція Б. Хоффарта є особливо актуальною в умовах цифрової економіки, коли компанії можуть здійснювати діяльність у транскордонному середовищі без необхідності фізичної присутності. У таких випадках традиційний зв'язок, що базується на територіальності та положеннях внутрішнього податкового законодавства держави місцезнаходження компанії, втрачає свою ефективність. Цифрова діяльність охоплює іноземні ринки практично без обмежень, що підсилює значення концепції ПП як механізму визначення податкової юрисдикції та забезпечення справедливого оподаткування прибутків нерезидентів.

М. Жернаков розглядає постійне представництво як форму здійснення господарської діяльності нерезидентами на території України. Водночас науковець наголошує на доцільності використання цього терміна для позначення саме процесу реалізації прав і виконання обов'язків особи, яку представляють, тоді як суб'єкта, що безпосередньо виконує відповідні функції, пропонується іменувати постійним представником [13, с.102-104]. Схожу думку висловлює ДПС у роз'ясненнях і наголошує, що діяльність нерезидента в Україні може утворювати «постійне представництво» відповідно до вимог ПКУ, внаслідок чого у такого нерезидента виникають зобов'язання щодо сплати податку на прибуток підприємств від результатів такої діяльності. [13]. Тому потрібно чітко окреслювати повноваження та функції представників під час аналізу питання створення іноземною компанією ПП у іншій державі та у самому визначенні ПП.

Водночас, як вказує Г. Щолкіна, податкове законодавство європейських країн часто розглядає представництво не як учасника відносин, а як результат, тобто діяльність, яка є підставою оподаткування. Г. Щолкіна зазначає, що поняття «постійне представництво» не має організаційно-правового значення, а має позначити діяльність іноземної організації, з якої випливає її обов'язок сплачувати податок на прибуток. [14, с. 505-504]. Погоджуємося з позицією Г. Щолкіної, що

для визначення ПП важливо враховувати характер діяльності, яку компанія здійснює в іноземній юрисдикції, а також те, чи створює така діяльність додану цінність, релевантну для формування відповідних доходів.

I.M. Мусійчук характеризує постійне представництво як ключову категорію міжнародних податкових правовідносин, підкреслюючи, що саме через цей інститут держава отримує можливість поширювати свою податкову юрисдикцію на доходи нерезидентів, джерело походження яких знаходиться на її території [15, с. 7]. На підставі проведеного наукового аналізу можна дійти висновку, що концепція ПП фактично розширює податкові повноваження держави щодо оподаткування іноземних компаній, які здійснюють господарську діяльність на її території. Держава об'єктивно зацікавлена у функціонуванні належного механізму застосування категорії ПП до нерезидентів, оскільки податкові надходження становлять ключове джерело формування бюджетних ресурсів. Застосування концепції ПП дає можливість поширити податкову юрисдикцію на суб'єктів, які не є податковими резидентами відповідної держави, але ведуть підприємницьку діяльність на її території. Інститут ПП становить виняток із загального принципу, відповідно до якого одна держава не має права оподатковувати прибуток підприємства іншої держави. Однак за умови здійснення діяльності через ПП держава, на території якої воно функціонує, отримує право оподатковувати частину прибутку підприємства, що може бути віднесена до діяльності цього ПП. Таким чином, застосування концепції ПП забезпечує державі можливість поширити власну податкову юрисдикцію на іноземну організацію, тоді як така організація набуває обов'язку сплачувати податки та вести податковий облік відповідно до вимог законодавства цієї держави.

Відповідно до рішення суду в Індії (Andhra High Court), поняття ПП слід розуміти як існування істотного елемента іноземного підприємства в іншій державі, який може бути віднесений до постійного місця діяльності на її території та становить своєрідну «віртуальну проєкцію» іноземного підприємства однієї

держави на територію іншої [16]. Зазначене судове рішення можна розглядати як одне з перших, у якому акцентовано увагу на віртуальному характері ПП, що набуває особливої значущості в умовах диджиталізації та зростання ролі нематеріальної присутності у транснаціональній господарській діяльності.

Не пропонуючи формалізованого визначення поняття постійного представництва, П. Гарріс концептуалізує його як своєрідний «пори́г» (англ. *threshold*), підкреслюючи, що за своєю правовою природою воно виконує функцію інструмента встановлення меж податкової юрисдикції держави щодо оподаткування підприємницьких доходів нерезидентів [27, с. 136]. Такий підхід дозволяє розглядати ПП як критерій достатності зв'язку між діяльністю іноземної компанії та територією певної держави для виникнення податкових зобов'язань. Погоджуємося з позицією П. Гарріса щодо «порогового значення» ПП, досягнення якого надає державі право поширити свою податкову юрисдикцію на іноземну організацію. У свою чергу, іноземна організація в такій ситуації набуває обов'язку сплачувати податки та здійснювати податковий облік відповідно до норм законодавства цієї держави.

Отже, поняття ПП доцільно розглядати як сукупність критеріїв, що дозволяють встановити, чи має іноземна особа (нерезидент) достатню економічну присутність на території держави для виникнення у неї податкових повноважень щодо оподаткування доходів від підприємницької діяльності такої особи. Слід підкреслити, що правове регулювання інституту ПП спрямоване не на розкриття його сутнісних характеристик, а на визначення критеріїв, за допомогою яких ідентифікується обсяг податкової юрисдикції держави джерела доходу щодо оподаткування комерційних прибутків нерезидента, а також порядок їх обчислення. У цьому контексті ПП слугує механізмом встановлення межі, за якою держава отримує право оподатковувати прибуток підприємства іншої держави, коли існує достатній економічний зв'язок між діяльністю нерезидента та її територією.

На мою думку, позиція Б. Хоффарта щодо ролі постійного представництва як механізму заміщення традиційного податкового зв'язку є надзвичайно важливою для розуміння сутності цього інституту в сучасних умовах. Вважаю, що саме через концепцію ПП держава фактичного здійснення діяльності отримує можливість реалізувати свою податкову юрисдикцію у випадках, коли внутрішнє податкове законодавство держави резиденції нерезидента не здатне адекватно відобразити економічну присутність компанії на іноземному ринку. Особливої актуальності ця теза набуває в умовах цифрової економіки, де підприємства можуть систематично отримувати прибутки в інших державах без формування класичного територіального зв'язку. У таких ситуаціях, на моє переконання, саме інститут ПП стає ключовим інструментом відновлення балансу між економічною реальністю та податковим регулюванням.

Я вважаю обґрунтованим підхід, відповідно до якого поняття постійного представництва не повинно зводитися виключно до організаційно-правової форми або статусу окремого суб'єкта. Позиція М. Жернакова щодо розуміння ПП як процесу реалізації прав та обов'язків нерезидента дозволяє, на мою думку, глибше розкрити функціональний характер цього інституту. Поділяю також позицію контролюючих органів про те, що визначальним для встановлення ПП є характер і зміст діяльності нерезидента, а не формальні ознаки його присутності. У зв'язку з цим вважаю за необхідне чітко окреслювати повноваження, функції та реальний обсяг діяльності представників нерезидента при аналізі питання утворення ПП.

На мою думку, підхід Г. Щолкіної, згідно з яким постійне представництво слід розглядати не як самостійного учасника правовідносин, а як результат діяльності іноземної організації, є концептуально виваженим і таким, що відповідає економічній сутності оподаткування. Вважаю, що саме діяльність, яка створює додану цінність у певній юрисдикції, має бути вирішальним критерієм для встановлення податкових зобов'язань нерезидента. Такий підхід, на моє

переконання, дозволяє уникнути формалізму та забезпечує більш справедливий розподіл податкових прав між державами.

З юридичної точки зору визначення прибутку постійного представництва є ключовим елементом механізму реалізації податкового суверенітету держави джерела, оскільки саме атрибуція прибутку до ПП забезпечує легітимне “перетворення” факту економічної діяльності нерезидента на території держави у податковий обов’язок. Інститут ПП у цьому сенсі виконує функцію юридичного порогу (threshold / nexus): він не створює оподаткування сам по собі, але визначає, чи має держава джерела право обмежено оподатковувати підприємницький прибуток нерезидента та в якій частині.

Водночас історичний розвиток підходів (від формулярного розподілу до принципу «витягнутої руки» та АОА) підтверджує, що прибуток ПП – це правова конструкція, похідна від нормативного припущення про «функціональну автономію» ПП, а не обов’язково пряме відображення бухгалтерської реальності групи. Саме тому правозастосування у сфері ПП має спиратися не на формальний опис корпоративних ролей, а на юридично релевантну фактичність: реальні функції, використання активів і прийняття/контроль ризиків у відповідній юрисдикції. У цифрових моделях це набуває особливої ваги, оскільки традиційний «матеріальний» критерій діяльності (офіс, персонал, обладнання) перестає бути достатнім доказом економічної участі, тоді як значущі функції можуть виконуватися дистанційно, алгоритмічно або через платформну взаємодію з ринком.

Отже, з погляду юриспруденції центральною проблемою стає узгодження двох рівнів регулювання:

1. внутрішнього права, яке створює податковий обов’язок (ПКУ, зокрема пп. 14.1.193), та

2. міжнародно-договірних норм, які лише розподіляють та обмежують юрисдикцію держав (угоди про уникнення подвійного оподаткування за моделями ОЕСР/ООН).

У цій координаті концепція економічної присутності (SEP / цифрова присутність) має бути розглянута не як “економічна теза”, а як юридичний інструмент модернізації nexus, який здатний відновити баланс між принципом джерела і принципом резидентства у випадках, коли нерезидент системно монетизує ринок держави без створення ПП у класичному сенсі. В іншому разі виникає дефіцит правової визначеності і нерівність режимів оподаткування: локальні суб’єкти несуть повну фіскальну відповідальність, тоді як цифрові нерезиденти – фактично ні, попри порівнюваний економічний ефект.

Таким чином, юридично обґрунтованим є висновок, що ефективно визначення прибутку ПП у цифрову епоху неможливе без оновлення критеріїв податкової присутності: держава має оцінювати не лише “місце” діяльності, а сталу економічну участь у ринку (регулярність взаємодії, комерційна спрямованість на юрисдикцію, роль користувачької бази/даних, локалізовані цифрові процеси), а також забезпечити процесуальні стандарти доказування і передбачуваності для платника. Це дозволяє поєднати вимоги правової визначеності та фіскальної справедливості з міжнародними стандартами атрибуції прибутку (АОА), не руйнуючи договірну систему, а еволюційно адаптуючи її до цифрової реальності.

Особливу увагу, на мою думку, заслуговує судова практика, зокрема рішення суду в Індії (Andhra High Court), у якому постійне представництво було охарактеризоване як «віртуальна проєкція» іноземного підприємства на територію іншої держави. Вважаю, що таке тлумачення є надзвичайно прогресивним, оскільки воно відображає сучасні тенденції диджиталізації та визнає можливість існування податково значущої присутності без матеріальної інфраструктури. Це підтверджує необхідність подальшого розвитку концепції ПП у напрямі врахування нематеріальних і цифрових форм економічної присутності.

Поділяючи підхід П. Гарріса, я розглядаю постійне представництво як певний «пори́г», досягнення якого свідчить про наявність достатнього зв'язку між діяльністю іноземної компанії та територією держави для виникнення податкових зобов'язань. На мою думку, саме пороговий характер ПП дозволяє забезпечити баланс між інтересами держави та платника податків, запобігаючи як необґрунтованому розширенню податкової юрисдикції, так і штучному уникненню оподаткування в умовах глобалізації та цифрової трансформації економіки.

Унаслідок майже сторічної еволюції підходів до визначення постійного представництва нерезидента та порядку його оподаткування у сучасному міжнародному податковому праві сформувалися три основні модельні концепції, розроблені в межах підходів ОЕСР, ООН та США. Зазначені моделі використовуються як базис для укладення переважної більшості двосторонніх угод про уникнення подвійного оподаткування у світі. При цьому положення щодо визначення та оподаткування постійного представництва, закріплені в Модельній податковій конвенції ОЕСР, набули найбільш широкого застосування в міжнародній договірній практиці. Модельна конвенція ОЕСР використовувалася як базовий документ для розроблення низки двосторонніх податкових конвенцій України. Безпосередній зв'язок із оподаткуванням ПП у ній мають дві ключові статті: ст. 5 «Постійне представництво» та ст. 7 «Прибуток від підприємницької діяльності» [2]. Від часу запровадження першої редакції Модельної конвенції ОЕСР було розроблено значну кількість уточнень, коментарів і додаткових положень, оприлюднених у окремих офіційних документах. Саме ці коментарі відіграють провідну роль у практичному застосуванні критеріїв визначення ПП та кваліфікації діяльності нерезидента для цілей оподаткування.

Як зазначає Г. Щолкіна, Модельна податкова конвенція ОЕСР закріплює право однієї Договірної держави здійснювати оподаткування прибутку резидента іншої Договірної держави, а також виокремлює три ключові ознаки, за наявності яких утворюється постійне представництво, а саме:

- 1) наявність місця ведення діяльності;
- 2) фіксація такого місця ведення діяльності;
- 3) ведення через таке фіксоване місце ведення діяльності власної господарської діяльності [18, с. 404].

Проте вважаємо, що таке бачення ПП не завжди буде доцільним для цифрових компаній, для яких іноді неможливо виділити місце ведення діяльності, і до уваги потрібно брати інші аспекти (наприклад, наявність клієнтів, обсяги продажів) для визначення ПП. Тому для цифрових компаній необхідно розширити визначення на рівні ПКУ та виділити критерії оподаткування таких ПП, щоб чітко закріпити на рівні національного законодавства обмеження і критерії для іноземних компаній, які можуть створювати ПП в Україні у зв'язку з веденням цифрової діяльності.

Також зазначимо, що важливою особливістю створення ПП є те, що згідно з коментарями ОЕСР для його утворення не потрібно мати формальне право на законних підставах займати певне місце ведення діяльності.

Аналіз зазначених питань є актуальним для розвитку податкового законодавства України та його синхронізації з міжнародними нормами. Так, наприклад, ВСУ, оглядаючи практику судових рішень КАС ВС, формує доволі обмежений підхід до визначення ПП, згідно з яким ПП визнається особа, що загалом здійснює діяльність, аналогічну материнській компанії, або якщо така діяльність є переважною. У разі, коли представництво не виробляє, не закуповує та не розповсюджує товари, які виробляються або закуповуються компанією-нерезидентом, а дії представництва щодо реєстрації та рекламування товару мають підготовчий і допоміжний характер, оскільки їх вчинення спрямоване на забезпечення можливості реалізації відповідного товару на території України, це свідчить про відсутність статусу ПП.

Крім того, у непоодиноких випадках українські податкові органи доходять безпідставних висновків під час перевірок щодо порушення представництвами

податкового законодавства, оскільки такі висновки зроблені без належного з'ясування характеру діяльності нерезидента та не відповідають критеріям визначення ПП [19].

Вважаю, що саме модель ОЕСР набула домінуючого значення у світовій договірній практиці завдяки своїй відносній універсальності, гнучкості та здатності адаптуватися до змін економічного середовища. Використання Модельної конвенції ОЕСР як базового документа для укладення більшості двосторонніх податкових конвенцій, у тому числі Україною, свідчить про її фактичний статус міжнародного стандарту у сфері оподаткування постійних представництв.

Я вважаю принципово важливим те, що саме статті 5 і 7 Модельної конвенції ОЕСР утворюють концептуальне ядро регулювання ПП, визначаючи, з одного боку, критерії виникнення податкової присутності, а з іншого – правила атрибуції прибутку.

Разом із тим я вважаю, що класичне розуміння постійного представництва, засноване на трьох ознаках – наявності місця ведення діяльності, його фіксованості та здійснення через нього господарської діяльності, – не завжди є достатнім для адекватної оцінки діяльності цифрових компаній. У сучасних умовах цифрової економіки часто неможливо ідентифікувати конкретне місце ведення діяльності, тоді як економічна присутність компанії виявляється через інші показники, зокрема наявність клієнтської бази, обсяги продажів, систематичну взаємодію з ринком та використання цифрових інфраструктур.

У зв'язку з цим я вважаю за необхідне розширити підхід до визначення постійного представництва для цифрових компаній на рівні Податкового кодексу України. Таке розширення має полягати у закріпленні додаткових критеріїв оподаткування, які враховували б особливості цифрової діяльності та забезпечували правову визначеність для іноземних компаній, що здійснюють підприємницьку діяльність на території України без традиційної фізичної присутності. На мою думку, чітке нормативне визначення таких критеріїв

сприятиме як захисту фіскальних інтересів держави, так і зменшенню податкових спорів.

Вважаю також показовим те, що відповідно до коментарів ОЕСР для утворення постійного представництва не вимагається наявність формального права на використання певного місця ведення діяльності. Цей підхід, на мою думку, підтверджує функціональний характер інституту ПП та його орієнтацію на економічну сутність діяльності, а не на формальні юридичні ознаки.

На підставі аналізу національної судової практики я дійшов висновку, що в Україні застосування концепції постійного представництва залишається надмірно вузьким і часто не узгоджується з міжнародними стандартами. Обмежений підхід Верховного Суду та окремі безпідставні висновки податкових органів, зроблені без належного аналізу фактичного характеру діяльності нерезидента, на мою думку, свідчать про необхідність подальшого розвитку як законодавчого регулювання, так і правозастосовної практики. Вважаю, що гармонізація національного підходу з моделлю ОЕСР та її сучасними коментарями є необхідною умовою ефективного функціонування інституту постійного представництва в Україні в умовах диджиталізації.

Безумовно, підхід ОЕСР відображає базове, узагальнене та класичне розуміння постійного представництва, відповідно до якого воно передбачає наявність стабільного місця здійснення діяльності, через яке особа повністю або частково провадить свою підприємницьку діяльність [2]. Прикладами такого постійного місця традиційно вважаються місце управління, офіс, фабрика та інші локації, що мають фізичний характер і характеризуються певною сталістю.

У лютому 2013 року ОЕСР опублікувала звіт «Адресування розмивання податкової бази та переміщення прибутку» (BEPS). У ньому визначено ключові причини явища BEPS та підкреслено, що податкове планування, яке призводить до переміщення прибутку, ґрунтується на поєднанні ретельно скоординованих стратегій. У Звіті BEPS зокрема наголошується, що «у минулому вже було визнано,

що концепція ПП стосується не лише значної фізичної присутності у відповідній країні, але й ситуацій, коли нерезидент здійснював бізнес у відповідній країні через залежного агента. Сьогодні можна бути активно залученим в економічне життя іншої країни, напр. шляхом ведення бізнесу з клієнтами, які перебувають у цій країні через Інтернет, без оподаткованої присутності в ній. В епоху, коли платники податків-нерезиденти можуть отримувати значні прибутки від операцій з клієнтами, розташованими в іншій країні, виникають питання щодо того, чи забезпечують поточні правила справедливий розподіл прав на оподаткування прибутку від бізнесу, особливо там, де прибутки від таких операцій ніде не оподатковуються» [21, с.13].

Варто також звернути увагу на Action 6 та Action 7 Звіту BEPS, які стосуються необхідності внесення змін до визначення ПП і підкреслюють, що податкові угоди не призначені для створення подвійного неоподаткування. У цих документах також визначено міркування податкової політики, які країни повинні враховувати перед ухваленням рішення щодо укладення податкової угоди з іншою державою [21, с.19]. Проаналізувавши національне законодавство та здійснивши наукову роботу з нормативними документами міжнародних організацій, можна дійти висновку, що визначення ПП потребує оновлення з метою запобігання зловживанням, пов'язаним із заниженням оподаткування в країнах фактичного ведення господарської діяльності. Зокрема, МНК можуть штучно розподіляти діяльність між кількома суб'єктами групи для отримання права на винятки щодо статусу ПП у випадках, коли діяльність формально визначається як підготовча або допоміжна.

У Звіті про BEPS та Плані дій щодо BEPS визнається, що чинне визначення ПП потребує змін для приведення його у відповідність до стратегій протидії розмиванню податкової бази та переміщенню прибутку. У Плані дій також наголошується, що в умовах динамічного міжнародного податкового середовища низка держав висловлює занепокоєння тим, яким чином міжнародні стандарти, покладені в основу двосторонніх податкових угод, розподіляють податкові права

між державою джерела доходу та державою резиденції. План дій щодо BEPS вказує, що хоча заходи протидії BEPS відновлюють можливість оподаткування як у державі джерела, так і в державі, де здійснюється діяльність, у тих випадках, коли транскордонний дохід в іншому разі не оподатковувався б або оподатковувався б за дуже низькими ставками, ці заходи не спрямовані безпосередньо на зміну чинних міжнародних стандартів щодо розподілу прав на оподаткування таких доходів [20, с.14].

На мою думку, класичне визначення постійного представництва, закріплене у Модельній конвенції ОЕСР, історично відіграло ключову роль у формуванні міжнародного податкового порядку, оскільки воно забезпечувало чіткий і зрозумілий критерій розмежування податкових юрисдикцій між державами. Вважаю, що акцент на існуванні постійного місця діяльності з фізичними характеристиками відповідав економічним реаліям індустріальної та постіндустріальної епох, у яких бізнес-діяльність була тісно пов'язана з територіальною присутністю.

Я вважаю, що Звіт BEPS 2013 року чітко окреслив проблему несправедливого розподілу податкових прав у випадках, коли значні прибутки генеруються у державах ринку, але не оподатковуються ані в державі джерела, ані в державі резиденції. Особливо показовим, на мою думку, є визнання того факту, що активна економічна участь у ринку через цифрові канали може не супроводжуватися виникненням ПП, що суперечить базовим принципам справедливого оподаткування.

На моє переконання, положення Action 6 та Action 7 Плану дій BEPS мають принципове значення для переосмислення ролі податкових угод і концепції ПП. Вважаю обґрунтованим підхід, відповідно до якого податкові угоди не повинні створювати умов для подвійного неоподаткування, а навпаки – мають запобігати зловживанням, пов'язаним із штучним структуруванням діяльності та використанням винятків щодо підготовчої або допоміжної діяльності. На мою

думку, саме практика штучного фрагментування бізнес-функцій між кількома суб'єктами групи є одним із найбільш проблемних аспектів застосування класичного визначення ПП.

Проаналізувавши національне законодавство та міжнародні нормативні документи, я дійшов висновку, що оновлення визначення постійного представництва є об'єктивно необхідним для забезпечення ефективної протидії BEPS. Водночас я поділяю позицію ОЕСР щодо того, що заходи з протидії розмиванню податкової бази не спрямовані на радикальну зміну фундаментальних принципів розподілу податкових прав між державами. На мою думку, йдеться не про відмову від класичної концепції ПП, а про її еволюційне розширення та адаптацію з урахуванням нових форм економічної діяльності.

Отже, на підставі проведеного дослідження, можна зробити висновок, що ПП є важливою складовою міжнародного податкового права, оскільки встановлює норми оподаткування доходів іноземних платників податків, отриманих у державі джерела. Наявність ПП дає змогу визначити належний рівень залучення іноземного платника податків до ведення діяльності на території іншої держави. Концепція ПП не є новою для податкового права та посідає одне з центральних місць у системі інститутів міжнародного оподаткування. Водночас визначити її правову природу та місце в системі податкового права без ретельного аналізу неможливо.

ПП є комплексною категорією податкового права, метою якої є встановлення справедливого порядку оподаткування діяльності іноземної організації на території держави джерела. Воно відображає такий рівень зв'язку іноземної організації з державою джерела доходу, за якого ця держава отримує право оподатковувати прибуток відповідної іноземної організації.

Основне правило визначення прибутку ПП в міжнародному оподаткуванні встановлено у ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР. Прибутки від підприємницької діяльності резидента однієї держави можуть оподатковуватися в іншій державі лише за умови, що цей резидент має ПП на її території [2]. Ця стаття також визначає

правила віднесення прибутків до ПП. Загалом прибутки ПП мають оподатковуватися відповідно до принципу «вितягнутої руки». Іншими словами, до прибутків ПП відносять ті прибутки, які воно могло б отримати, зокрема у внутрішньогосподарських операціях із «головним офісом», якби було окремим і незалежним підприємством, залученим до такої ж або подібної діяльності на таких самих або подібних умовах. При цьому враховуються функції, що виконуються через ПП, активи, які використовуються, та ризики, які воно бере на себе порівняно з іншими частинами підприємства.

У ході дослідження виявлено, що існує фундаментальна юридична проблема, пов'язана з тим, що при визначенні прибутку ПП його слід розглядати як окреме підприємство. Водночас ПП не є самостійною юридичною особою. З огляду на це з правової точки зору між ПП та іншими частинами підприємства не можуть існувати юридично обов'язкові договори; не може бути окремого права власності на активи, що належать ПП або головному офісу; не можуть здійснюватися платежі між ПП та головним офісом, оскільки такі кошти юридично належать одній і тій самій особі; у строго юридичному розумінні прибуток не може виникати внаслідок правочинів між ПП та головним офісом.

Таким чином, простежується фундаментальна суперечність між правовою природою ПП та концепцією «окремого підприємства». З одного боку, ПП є частиною єдиного суб'єкта господарювання; з іншого боку, для цілей оподаткування застосовується «фіскальна фікція», за якою ПП трактується як самостійне та незалежне підприємство.

Такі проблеми залишаються актуальними під час розгляду адміністративними судами України справ, пов'язаних із питаннями визначення ПП. Зокрема, ВСУ в матеріалах щодо огляду судової практики у сфері міжнародного оподаткування наголошує, що ПП нерезидента в Україні з метою оподаткування розглядається як окремий, незалежний від самого нерезидента суб'єкт господарської діяльності [22, с. 22-23]. Тому взаємовідносини між нерезидентом та

його ПП в Україні необхідно розглядати як взаємовідносини між різними суб'єктами господарювання та, відповідно, податковий облік самого ПП має здійснюватися згідно із загальними правилами. При визначенні ПП істотну роль відіграє характер господарської діяльності відповідного нерезидента. У разі, коли нерезидент має в Україні місце діяльності, але сама діяльність нерезидента не має характеру господарської діяльності, то відповідне місце діяльності не буде вважатися ПП. Господарська діяльність характеризується насамперед спрямованістю на отримання доходу, а також організаційними зусиллями, які вчиняються в здійсненні відповідної діяльності (зокрема, організаційними, фінансовими, людськими тощо). Фактичне отримання доходу в податковому періоді не має вирішального значення для визначення діяльності як господарської. Так, у разі здійснення на території України представництвом господарської діяльності, зокрема, але не виключно діяльності, направленої на надання послуг третім особам (консультацій, рекламних акцій тощо), та здійснення інших дій, які можуть свідчити про «господарський» чи «комерційний» характер діяльності представництва, представництво набуває ознак постійного та зобов'язане сплачувати податок на прибуток з доходів, отриманих з джерелом походження з України. Ключовим для визначення прибутку, що належить до ПП, і, відповідно, підлягає оподаткуванню, є встановлення не лише видів діяльності, які мають здійснювати згідно з установчими документами головна компанія та її представництво, а й суть внутрішньогосподарських операцій між представництвом і головним офісом. Критеріями для віднесення отриманих представництвом коштів до прибутку нерезидента, який за вимогами закону оподатковується в загальному порядку, є повне або часткове здійснення нерезидентом діяльності, спрямованої на отримання доходу, через ПП.

Вважаємо, що позиція українських судів та Верховного Суду не є достатньо обґрунтованою та потребує уточнення критеріїв віднесення прибутків ПП відповідно до Модельної конвенції ОЕСР. Верховний Суд виокремлює лише такі

критерії для кваліфікації діяльності нерезидента як ПП: характер діяльності представництва; ідентичність видів діяльності представництва та нерезидента; визначення характеру функцій відповідного представництва та їх спрямованість на отримання доходу; регулярність і сталість здійснення діяльності; наявність допоміжного або підготовчого характеру діяльності; реалізація товарів чи послуг представництвом третім особам. Однак, варто звернути увагу й на належний розподіл прибутку та на право України оподатковувати відповідний прибуток, що є невід'ємною частиною застосування концепції ПП.

На мою думку, застосування концепції «окремого підприємства» щодо постійного представництва породжує фундаментальну правову суперечність. На мою думку, фіскальна фікція, відповідно до якої ПП розглядається як незалежне підприємство, не узгоджується з його реальною правовою природою як частини єдиного суб'єкта господарювання. Відсутність юридичної самостійності ПП об'єктивно унеможлиблює існування між ним та головним офісом цивільно-правових договорів, окремого права власності на активи чи реальних внутрішніх платежів, що ставить під сумнів буквально застосування принципу «втягнутої руки» у його класичному розумінні.

Я вважаю, що зазначена суперечність не є суто теоретичною, а має істотні практичні наслідки для правозастосування. Аналіз судової практики України, зокрема позицій Верховного Суду, свідчить про домінування формального підходу, за яким постійне представництво з метою оподаткування розглядається як окремий та незалежний суб'єкт господарювання. На мою думку, такий підхід потребує більш глибокого методологічного обґрунтування, оскільки він не завжди враховує економічну сутність внутрішньогосподарських відносин між ПП та головним офісом.

Вважаю обґрунтованим акцент судів на необхідності встановлення господарського характеру діяльності нерезидента через представництво, зокрема спрямованості такої діяльності на отримання доходу, регулярності та сталості її

здійснення. Разом із тим, на моє переконання, зосередження виключно на кваліфікації діяльності як господарської є недостатнім для повноцінного застосування концепції постійного представництва. Ключовим питанням, на мою думку, має бути не лише встановлення факту існування ПП, але й визначення того, яка частина прибутку нерезидента економічно пов'язана з діяльністю, що здійснюється через таке ПП, та підлягає оподаткуванню в державі джерела.

Я дійшов висновку, що підхід Верховного Суду, який зводить аналіз переважно до характеру діяльності представництва, ідентичності функцій із діяльністю нерезидента та відмежування допоміжної чи підготовчої діяльності, не повною мірою відповідає логіці Модельної конвенції ОЕСР. На мою думку, застосування статті 7 Конвенції передбачає комплексний аналіз функцій, активів і ризиків, а також економічного змісту внутрішньогосподарських операцій між ПП та головним офісом. Саме такий підхід дозволяє коректно визначити прибуток, що належить до ПП, і забезпечити справедливу реалізацію податкової юрисдикції держави.

У підсумку вважаю, що подальший розвиток національної судової практики та законодавства України у сфері оподаткування постійних представництв має бути спрямований на більш чітке врахування положень Модельної конвенції ОЕСР та її коментарів, зокрема в частині атрибуції прибутку.

Ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР описує метод розподілу комерційних прибутків міжнародних підприємств, які працюють в інших країнах через ПП. А саме, права іншої (приймаючої) країни на оподаткування прибутків міжнародної компанії залежать від існування ПП в його межах. Відповідно до ст. 7, міжнародне підприємство, яке працює в іншій країні через ПП, підлягає оподаткуванню в іншій країні в тій мірі, в якій прибутки від комерційної діяльності відносяться до ПП [2]. У п. 2 ст. 7 зазначено, що до прибутків, які відносяться до ПП, належать ті прибутки, які воно б отримало, якби було окремим і відмінним підприємством, що здійснює таку саму або подібну діяльність.

Підсумовуючи аналіз ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР, можна зазначити, що ПП розглядається як окремий та незалежний суб'єкт, а його оподаткування ґрунтується на принципі «витягнутої руки» при визначенні прибутків і витрат, що відносяться до ПП. При цьому оподаткуванню підлягає лише та частина прибутку, яка фактично «відноситься» до діяльності ПП у державі перебування.

Історично значна увага приділялася питанню визначення частини доходу ПП відповідно до п. 2. ст. 7. Проте під час наукового дослідження доцільно насамперед розглянути інше фундаментальне питання: що становить «прибуток підприємства» для цілей п. 1 ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР. Типовий коментар до ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР, на жаль, містить обмежену кількість роз'яснень щодо змісту цього терміна і фактично лише підтверджує, що «право на оподаткування не поширюється на прибуток, який підприємство може отримати від цієї держави інакше, ніж через ПП» [23, с. 8].

Ця формулювання обмежує обсяг прав на оподаткування приймаючої країни таким чином, щоб не було «сили тяжіння» (англ., *force of attraction*) внаслідок існування ПП. Однак виникає питання, чи вимагає термін «прибуток підприємства» подальше обмеження прав на оподаткування приймаючої країни. Історична практика склалася так, що найчастіше зустрічаються два широкі тлумачення терміну з відповідними підходами для визначення об'єкту оподаткування:

- 1) підхід до відповідної підприємницької діяльності (англ., *relevant business activity approach*);
- 2) підхід функціонально відокремленого підприємства (англ., *functionally separate entity approach*).

Проведений аналіз дає підстави вважати, що хоча різні підходи можуть у низці випадків приводити до подібних результатів, вони також здатні створювати ризики подвійного оподаткування. Це особливо ймовірно тоді, коли одна юрисдикція застосовує підхід «функціонально відокремленої організації», тоді як інша дотримується підходу «відповідної ділової діяльності».

Перше широке тлумачення, яке називають «підходом до відповідної підприємницької діяльності» (англ., relevant business activity approach), визначає «прибуток підприємства» як такий, що стосується лише прибутку від тієї підприємницької діяльності, у якій ПП певною мірою бере участь («відповідна підприємницька діяльність», англ., the relevant business activity). Цей підхід закріплений у п. 1 ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР і встановлює обмеження на обсяг прибутку, який може бути віднесений до ПП: він не може перевищувати прибуток, отриманий підприємством від відповідної господарської діяльності. Прибутки всього підприємства охоплюють як доходи від операцій з третіми сторонами, так і доходи від контрольованих операцій з асоційованими підприємствами; при цьому прибутки від контрольованих операцій мають бути скориговані відповідно до правил трансфертного ціноутворення, якщо такі операції не відповідають принципу «витягнутої руки» (англ., the arm's length principle) [23, с. 9].

Прибутки підприємства в цілому розглядаються як сукупність прибутків і збитків, отриманих від усіх видів його господарської діяльності. Будь-яке обмеження прибутку, що відноситься до ПП відповідно до п. 1 ст. 7, визначається лише щодо прибутку, отриманого від відповідної господарської діяльності. Зокрема, якщо «відповідна господарська діяльність» охоплює операції інших частин підприємства, і такі операції призводять до збитків, то ці збитки фактично зменшуватимуть прибуток, який може бути віднесений до ПП, оскільки вони зменшують загальний прибуток підприємства від відповідної господарської діяльності.

Водночас збитки від діяльності, яка не є частиною тієї самої «відповідної господарської діяльності» (англ., relevant business activity), що здійснюється ПП, не впливають на розмір прибутку, який відноситься до ПП [23, с. 9].

У різних країнах існують відмінні підходи щодо практичного застосування «підходу відповідної господарської діяльності». Зокрема, широта або вузькість визначення поняття «відповідна господарська діяльність» суттєво впливає на те, чи

матиме описане вище теоретичне обмеження прибутку будь-яке практичне значення. Чим ширше визначається термін «відповідна господарська діяльність», тим більш імовірним є те, що результати діяльності інших частин підприємства обмежуватимуть обсяг прибутку, який може бути віднесений до ПП. Для ілюстрації можна навести приклад підприємства, що розробляє новий продукт у головному офісі та має ПП, яке здійснює виключно дистрибуційну діяльність. Значні витрати на дослідження та розробку продукту призводять до загальних збитків за відповідною продуктовою лінійкою. Продукт виявився комерційно невдалим і був вилучений з ринку. Якщо «відповідна господарська діяльність» охоплює всю діяльність, пов'язану з продуктом, тобто виробництво, дистрибуцію та дослідження і розробку, то віднесення прибутку до ПП за виконання ним лише функцій розподілу буде неможливим, навіть якщо аналіз порівнянності з неконтрольованими операціями незалежних дистриб'юторів підтверджував би наявність такого прибутку [23, с. 9].

З іншого боку, якщо «відповідна господарська діяльність» визначається вузько, тобто за функціональною ознакою, а не за продуктовою лінійкою, участь інших частин підприємства в цій діяльності може бути мінімальною, що відповідно зменшує кількість випадків, у яких спрацюватиме обмеження прибутку. У наведеному вище прикладі це означало б можливість віднесення прибутку до ПП-дистриб'ютора на підставі функціонального визначення відповідної господарської діяльності, тобто шляхом врахування лише функції розподілу. Однак визначення «відповідної господарської діяльності» ускладнюється тоді, коли як ПП, так і інші частини підприємства беруть участь у подібній діяльності. Наприклад, якщо підприємство має ПП-дистриб'юторів у двох юрисдикціях (А та Б) і за результатами аналізу порівнянності з неконтрольованими операціями незалежних дистриб'юторів прибуток, що може бути віднесений до ПП у юрисдикції А, становить 10, тоді як діяльність ПП у юрисдикції Б генерує збиток 15, то загальний результат підприємства становитиме збиток у розмірі 5. У такій ситуації виникає

питання, чи має країна А обмежувати визначення «відповідної господарської діяльності» лише функцією розподілу, що здійснюється в її власній юрисдикції, і не враховувати аналогічну діяльність, здійснювану в юрисдикції Б. Історично склалося так, що країни джерела неохоче погоджуються на обмеження розподілу прибутку з урахуванням діяльності, яку здійснюють інші ПП того самого підприємства, що відображає їхнє прагнення зберегти ширший обсяг податкових прав [23, с. 10].

Права оподаткування приймаючої країни також можуть бути обмежені, якщо «відповідна господарська діяльність» тлумачиться таким чином, що прибуток не може бути віднесений до ПП, якщо діяльність здійснюється не лише в юрисдикції приймаючої країни. Подібне тлумачення може створювати проблеми в ситуаціях, коли глобальна торгівля фінансовими продуктами відбувається у спосіб, що передбачає участь кількох юрисдикцій, а не тільки однієї, які можуть розглядатися як такі, що беруть участь у «відповідній господарській діяльності».

На мою думку, питання визначення змісту поняття «прибуток підприємства» у контексті пункту 1 статті 7 Модельної конвенції ОЕСР є фундаментальним для всієї конструкції оподаткування постійного представництва. Вважаю, що традиційна зосередженість доктрини та практики переважно на правилах віднесення прибутку до ПП відповідно до пункту 2 статті 7 призвела до недостатньої уваги до попереднього, базового питання — визначення обсягу прибутку, щодо якого держава джерела взагалі може реалізовувати своє право на оподаткування.

Я переконаний, що обмеженість роз'яснень у Коментарях до статті 7 Модельної конвенції ОЕСР щодо поняття «прибуток підприємства» створює простір для різних, інколи несумісних підходів у правозастосуванні. Формулювання, спрямоване на запобігання так званому ефекту «сили тяжіння» (force of attraction), з одного боку, захищає платників податків від надмірного розширення податкової юрисдикції приймаючої держави, однак, з іншого боку, не

дає чіткої відповіді на питання про межі такого обмеження. На мою думку, саме в цій площині виникають найбільш складні теоретичні та практичні проблеми.

З юридичної точки зору співіснування підходу «відповідної господарської діяльності» та підходу «функціонально відокремленого підприємства» слід розглядати передусім як конкуренцію методів тлумачення та застосування ст. 7 у межах договірного права: перший підхід працює як нормативний «фільтр юрисдикції» (окреслює межі права держави джерела оподатковувати лише те, що пов'язане з діяльністю ПП), тоді як другий – як метод атрибуції (визначає, який прибуток «належить» ПП за умовною моделлю незалежного підприємства та принципом «витагнутої руки»). Коли різні юрисдикції одночасно застосовують різні акценти (одна – через широку/вузьку категорію «relevant business activity», інша – через жорсткий АОА/функціональний аналіз), виникає нормативна колізійність: одна держава може вважати, що певний сегмент прибутку «входить» у сферу ст. 7 і підлягає атрибуції до ПП, тоді як інша – що він «виходить» за межі відповідної діяльності або вже «поглинутий» прибутком іншого елемента підприємства. У практичному вимірі це підвищує ризик подвійного оподаткування (через паралельне приписування одного й того ж прибутку різним юрисдикціям) або подвійного неоподаткування (коли жодна держава не визнає свій nexus/обсяг атрибуції), а також ускладнює застосування процедур взаємного узгодження, оскільки спір стосується не лише фактів, а самої правової кваліфікації меж ст. 7 та співвідношення матеріального правила (обсяг права оподаткування) і методології (як саме обчислюється «належний» прибуток).

Між країнами також існують відмінності у визначенні періоду, протягом якого оцінюється «відповідна господарська діяльність». Деякі держави не обмежуються оцінкою лише одного року. Отже, якщо підприємницька діяльність була збитковою протягом певного року, це не перешкоджало б віднесенню прибутку до ПП за цей рік, за умови що «відповідна підприємницька діяльність» є прибутковою у довшій часовій перспективі. Іншим підходом для приймаючої

країни є побудова оподаткування на презумпції, що відповідна діяльність принесе достатній прибуток протягом кількох років, щоб уникнути обмеження податкових прав. У таких обставинах окремі країни вважають, що існує «прибуток підприємства», який слід віднести, навіть якщо цей прибуток реалізується у різний час у різних частинах підприємства, зважаючи на відмінності в економічних і бізнес-циклах. Водночас фактичне віднесення прибутку здійснюється окремо за кожен рік з урахуванням фактичних обставин цього року [23, с. 10].

Крім того, у деяких країнах обмеження в межах підходу «відповідної господарської діяльності» застосовуються на основі валового прибутку. Інші держави застосовують обмеження окремо до доходів і витрат. Деякі юрисдикції використовують обмеження, яке встановлюється щодо сукупного чистого прибутку різних частин підприємства. Перші два підходи з більшою ймовірністю призведуть до меншої кількості випадків, у яких обмеження прибутку буде дієвим, оскільки при розрахунку враховується менший обсяг витрат інших частин підприємства [23, с. 10].

У підсумку ключовою особливістю підходу «відповідної господарської діяльності» є те, що прибуток виникає лише від операцій із третіми сторонами або з асоційованими підприємствами. Прибуток не може виникати внаслідок операцій між ПП та підприємством, частиною якого воно є.

Друге широке тлумачення словосполучення «прибуток підприємства» відоме як підхід «функціонально відокремленого підприємства» (англ., *functionally separate entity approach*). Цей підхід не обмежує прибуток, який можна віднести до ПП, посиленням на прибуток підприємства в цілому або на прибуток окремої господарської діяльності, у якій брало участь ПП. Відповідно до цього підходу п. 1 ст. 7 тлумачиться таким чином, що він не впливає на визначення суми прибутку, яку слід віднести до ПП, за винятком підтвердження того, що «право на оподаткування країни перебування не поширюється на прибуток, який підприємство може отримати з цієї держави інакше, ніж через ПП». Тобто відсутній

ефект «сили тяжіння» (англ., force of attraction) самого факту існування ПП. Прибуток, який належить віднести до ПП, визначається як прибуток, який ПП отримало б на ринкових умовах, якщо б воно діяло як окреме і самостійне підприємство, що здійснює ті самі або подібні функції на таких самих або подібних умовах, з урахуванням принципів ринкових відносин.

На наш погляд, фундаментальним елементом підходу «функціонально відокремленого підприємства» є те, що прибуток може бути віднесений до ПП навіть у ситуаціях, коли підприємство в цілому ще не отримало прибутку.

Одне з ключових питань у розумінні наведених підходів стосується моменту, коли приймаюча країна може відносити прибуток до ПП. Як зазначено в п. 15 Типового коментаря до ст. 7, багато держав вважають, що виникає оподатковуваний прибуток у разі переміщення активу, незалежно від того, чи є він торговим, якщо цей актив є частиною комерційної власності ПП, розташованого на їхній території, і переміщується до ПП або головного офісу того самого підприємства, розташованого в іншій державі. Підхід «функціонально окремого підприємства» дозволяє відносити прибуток до ПП навіть тоді, коли підприємство в цілому ще не отримало прибутку, наприклад, коли ПП завершує виробництво напівфабрикатів і передає їх іншій частині підприємства для подальшого монтажу. Натомість підхід «відповідної ділової діяльності» зазвичай не визнає прибуток таким, що відноситься до ПП, доки відповідний прибуток не буде отримано підприємством від операцій з іншими суб'єктами. Передача активу може спричинити подвійне оподаткування, якщо приймаюча держава та держава резиденції застосовують різні підходи до визначення того, чи підлягає прибуток від такої передачі віднесенню до ПП.

У процесі наукового аналізу можна дійти висновку, що гіпотетична модель ПП як «окремого та незалежного підприємства» містить у собі дві взаємопов'язані правові фікції. Перша полягає в тому, що ПП де-факто є структурною частиною компанії, а взаємодія між різними її підрозділами не має характеру юридично

самостійних правочинів. Друга пов'язана з тим, що розмір доходу ПП може визначатися чинниками, які виходять за межі діяльності самого ПП і залежать від зовнішніх економічних обставин.

Підхід «окремого та незалежного підприємства» виконує передусім функцію технічного механізму, який дозволяє розподілити прибуток між частинами одного підприємства для цілей оподаткування і забезпечити застосування принципу ринкових умов. Незважаючи на те, що в юридичному сенсі ПП не є самостійною організацією, під час визначення прибутку воно має розглядатися як окремий суб'єкт господарювання. Наразі метод визначення прибутку, заснований на концепції ПП як «окремого та незалежного підприємства», підтримується та визнається узгодженою позицією держав-учасниць ОЕСР.

## **1.2. Застосування встановлених міжнародних правил оподаткування в умовах диджиталізації для визначення країни оподаткування за правилами присутності чи правилами трансфертного ціноутворення**

Протягом останніх років питання оподаткування в умовах диджиталізації залишалося предметом активних дискусій. Оскільки бізнес-моделі зазнали суттєвих трансформацій, необхідність урахування цих змін чинить істотний тиск на чинну міжнародну систему оподаткування, сформовану в епоху переважно фізичної присутності бізнесу. Цифрові технології дедалі більше стають ключовим елементом процесу створення цінності та комерційної успішності підприємств. Вплив диджиталізації охоплює широкий спектр видів діяльності: від компаній, що надають віртуальні товари та послуги (зокрема, соціальні мережі), до суб'єктів, які інтегрують цифрові інструменти для підвищення ефективності традиційних бізнес-процесів.

Науковий аналіз дає підстави вважати, що концепції віртуального бізнесу, віртуального підприємництва, віртуальних робочих місць і віртуальних установ, тобто такі явища, як електронний бізнес, електронна торгівля та електронне робоче середовище, потребують ґрунтовного правового переосмислення. За необхідності законодавство має бути доповнене відповідними нормами, які відобразатимуть специфіку цифрових процесів. Стрімкий розвиток електронної комерції зумовлює потребу у формуванні нових підходів на рівні національних правопорядків, оскільки в умовах цифрової економіки правові конструкції, розроблені для регулювання традиційної економічної діяльності, можуть виявитися недостатніми або повністю непридатними.

Зазначимо, що однією з основних проблем податкового права, пов'язаних із цифровою економікою, є питання податкового суверенітету та його фактичних обмежень. Цифрова економічна діяльність, яка не дозволяє державам у повному обсязі реалізовувати власний податковий суверенітет, перетворилася на одну з найгостріших актуальних проблем у сфері оподаткування. Держава може здійснювати свою податкову юрисдикцію щодо осіб або доходів за межами своєї території лише тоді, коли це передбачено міжнародним договором або коли між відповідною особою чи доходом та державою існує певний зв'язок.

Для поширення податкової юрисдикції держава повинна обґрунтувати наявність легітимного зв'язку (англ., *legitimate link*) між особою або доходом та власною територією. В умовах диджиталізації визначення критеріїв і підстав, що підтверджують існування такого зв'язку, стає дедалі складнішим, що зумовлює потребу в оновленні підходів до регулювання міжнародного оподаткування.

Під час проведення наукового дослідження виокремлено ряд критеріїв щодо визначення ПП і основним з них є наявність фіксованого місця діяльності, тобто встановлення зв'язку між місцем здійснення діяльності та територією держави, а також регулярність діяльності. Критерій фіксованого місця, однак, стає нерелевантним для цифрових компаній, які можуть віддалено управляти своєю

діяльністю і отримувати дохід в державі без фактичної присутності. Крім того у разі ведення підприємницької діяльності з використанням цифрових технологій проблематично визначити часові рамки діяльності компанії в конкретній державі. Це пов'язано з тим, що обсяг діяльності компанії на певній території залежить не стільки від самої компанії, скільки від активності її користувачів та їхніх дій. Унаслідок цього діяльність компанії може набувати ознак регулярності без формальної присутності. Основна дискусія навколо оподаткування цифрової економіки стосується розподілу податкових прав між державами щодо цифрових бізнес-моделей. У цьому контексті дослідження зосереджене на двох ключових проблемах: встановленні зв'язку з податковою юрисдикцією та визначенні механізму розподілу прибутку після встановлення такого зв'язку.

На мою думку, диджиталізація економіки стала одним із найбільш трансформаційних чинників для сучасної системи міжнародного оподаткування. Вважаю, що чинні податкові конструкції, сформовані в період домінування фізичної присутності бізнесу, дедалі менше відповідають економічній реальності, у якій цифрові технології відіграють ключову роль у процесі створення вартості.

Можливість отримання доходів у межах певної юрисдикції без фізичної присутності підриває традиційні підходи до встановлення податкового зв'язку між державою та платником податків. Я вважаю, що саме в цій площині виникає одна з найгостріших проблем сучасного податкового права – обмеження здатності держав ефективно реалізовувати свої податкові повноваження в умовах транскордонної цифрової діяльності.

Я дійшов висновку, що в умовах диджиталізації особливої складності набуває обґрунтування так званого легітимного зв'язку між особою або доходом і територією держави. Традиційні критерії, такі як наявність фіксованого місця діяльності та часові межі здійснення діяльності, втрачають свою визначальну роль для цифрових компаній, діяльність яких може бути дистанційною, безперервною та

залежною передусім від активності користувачів, а не від фізичної присутності персоналу або активів.

На мою думку, саме ця обставина зумовлює необхідність перегляду підходів до визначення постійного представництва в цифровій економіці. Регулярність діяльності та економічна присутність можуть формуватися без формального закріплення на території держави, що ставить під сумнів ефективність класичного критерію фіксованого місця діяльності. У зв'язку з цим вважаю, що сучасна дискусія щодо оподаткування цифрової економіки обґрунтовано зосереджується на двох ключових питаннях: встановленні податково значущого зв'язку з юрисдикцією та визначенні справедливого механізму розподілу прибутку після встановлення такого зв'язку.

Актуальними питаннями оподаткування цифрових транснаціональних компаній у сучасних умовах є такі:

- відмінності між оподаткуванням цифрових і традиційних компаній;
- здатність актів міжнародних організацій і норм національного законодавства забезпечити належне регулювання цифрової економіки;
- можливість існування альтернативних податкових рішень, які б повною мірою врахували виклики цифрової економіки;
- спроможність класичної концепції ПП забезпечити ефективний розподіл податкових прав щодо цифрових видів діяльності.

У ході проведеного дослідження приходимо до розуміння, що ПП – це комплексна категорія податкового права, мета якої є встановлення справедливого порядку оподаткування діяльності нерезидентів на території держави, де вони здійснюють господарську діяльність та отримують доходи.

Питання про правову природу ПП тісно пов'язане з категоріями, які є базовими в міжнародній та європейській практиці, але не мають аналогів та не закріплені в українському податковому законодавстві. У першу чергу, це категорії *nexus* (зв'язок) і *threshold* (порогове значення). Термін «*nexus*» описує ситуацію, за

якої підприємство підлягає оподаткуванню на території держави через наявність певного зв'язку з цією державою, наприклад резидентство, здійснення господарської діяльності на її території або розміщення майна.

Науковці Б. Арнольд, Ж. Сасвіль та Э. Золт запропонували чотири типи порогових значень, що розмежовують права держави на оподаткування доходу нерезидентів:

- 1) принцип ПП;
- 2) ступінь фізичного присутності;
- 3) обсяг і характер діяльності;
- 4) доходи [24, с. 233-245].

Якщо мінімальне порогове значення для виникнення податкових обов'язків досягнуто, необхідно його законодавче закріплення. На мою думку, принцип постійного представництва є лише одним із можливих порогів, поряд із критеріями фізичної присутності, обсягу й характеру діяльності та рівня доходів. У контексті цифрової економіки саме поєднання цих критеріїв, а не їх ізольоване застосування, здатне забезпечити більш справедливий і ефективний розподіл податкових прав між державами.

На мою думку, окреслені питання оподаткування цифрових транснаціональних компаній є ключовими викликами сучасного міжнародного податкового права. Вважаю, що відмінності між цифровими та традиційними бізнес-моделями істотно впливають на можливість застосування класичних податкових інструментів, зокрема концепції постійного представництва. Я переконаний, що чинні акти міжнародних організацій та норми національного законодавства лише частково відповідають потребам регулювання цифрової економіки. На мою думку, вони переважно ґрунтуються на підходах, сформованих для традиційних форм підприємницької діяльності, і тому не завжди здатні адекватно відобразити економічну сутність цифрових операцій. У зв'язку з цим

вважаю обґрунтованим пошук альтернативних або додаткових податкових рішень, які б більш повно враховували специфіку цифрових бізнес-моделей.

Вважаю, що концепція ПП історично виконувала роль інструменту балансування податкових інтересів держав, проте в умовах цифрової економіки її класичне розуміння потребує переосмислення та адаптації. Я дійшов висновку, що правова природа постійного представництва тісно пов'язана з категоріями *nexus* і *threshold*, які є фундаментальними для міжнародної та європейської податкової практики, але водночас залишаються недостатньо розробленими в українському податковому законодавстві. На мою думку, саме категорія *nexus* дозволяє концептуально пояснити, за яких умов між підприємством і державою виникає податково значущий зв'язок, достатній для реалізації податкової юрисдикції.

З юридичної точки зору наведені положення свідчать про те, що диджиталізація економіки ставить під сумнів не лише ефективність окремих податкових норм, а й адекватність базових юридичних конструкцій, на яких ґрунтується міжнародне податкове право. Віртуальний бізнес, електронна комерція, дистанційна праця та цифрові платформи демонструють, що право більше не може виходити виключно з територіальної прив'язки як універсальної умови виникнення податкової юрисдикції. У класичному розумінні податкове право спирається на формально визначені факти (місце діяльності, час перебування, матеріальні активи), однак цифрові процеси формують економічно значущі правові наслідки без наявності таких фактів, що породжує нормативний вакуум і підвищує ризик довільного або непослідовного правозастосування.

З позицій юриспруденції це означає необхідність переорієнтації правового аналізу з формально-локалізаційного на функціонально-економічний, при збереженні фундаментальних принципів правової визначеності, передбачуваності та заборони зворотної дії податкових норм. Категорії *nexus* і *threshold* у цьому контексті набувають значення юридичних інструментів легітимації податкового суверенітету, а не суто технічних критеріїв. Саме через них держава має довести

існування достатнього та пропорційного зв'язку між цифровою діяльністю нерезидента і власною правовою системою, що відповідає вимогам міжнародного публічного права та договірних зобов'язань.

Крім того, з правової точки зору важливо підкреслити, що оновлення регулювання цифрової економіки не може відбуватися шляхом розширювального тлумачення чинних норм без належного законодавчого закріплення. Інакше це призводитиме до порушення принципу *nullum tributum sine lege*, зростання податкових спорів і підриву довіри платників податків. Отже, впровадження критеріїв значної економічної присутності, цифрової регулярності діяльності чи користувацької взаємодії повинно мати чітке нормативне підґрунтя, узгоджене з міжнародними стандартами та закріплене у внутрішньому праві.

В 2018 р. ОЕСР представила проміжний звіт про податкові виклики, які виникають у зв'язку з диджиталізацією [25]. У цьому звіті визнається, що трансформація світової економіки ставить під сумнів адекватність двох базових концепцій, які лежать в основі міжнародної системи оподаткування: концепції розподілу прибутків і концепції зв'язку. У заключному звіті ОЕСР щодо першої дії Плану BEPS наголошено, що новий підхід до визначення зв'язку ПП потребує «суттєвих змін у ключових міжнародних податкових стандартах» [26].

У 2018 році ЄК також представила проєкт директиви, у якому розглядається оподаткування цифрової економіки в межах ініціативи єдиного цифрового ринку та пропонується врегулювати це питання на рівні ЄС в односторонньому порядку [27]. Відповідно до ст. 4 проєкту Директиви, компанія, що надає цифрові послуги, буде вважатися такою, що має «цифрове представництво», тобто віртуальне ПП в державі-члені ЄС. Доходи розподілятимуться на підставі економічно значущих функцій. Розподіл доходів здійснюватиметься на підставі економічно значущих функцій. Визначення цифрового ПП базується на існуванні «значної цифрової присутності», яка створює необхідний зв'язок для оподаткування. Цей зв'язок

виникає, якщо підприємство в державі-члені в податковий період разом з асоційованими підприємствами цього суб'єкта:

- надає цифрові послуги користувачам в цій державі-члені, що призводить до отримання доходу вище 7 млн. євро; або
- надає цифрові послуги понад 100 тисячам користувачів цієї держави-члена, визначених за місцем розташування (IP-адресою) пристроїв, через які отримується доступ до цифрового інтерфейсу; або
- укладає більше 3 тисяч контрактів на постачання цифрових послуг у цій державі-члені в процесі ведення бізнесу.

На мою думку проміжний звіт ОЕСР 2018 року чітко зафіксував кризу традиційних підходів до міжнародного оподаткування в умовах цифрової економіки. На мою думку, визнання неадекватності концепцій розподілу прибутку та податкового зв'язку свідчить про необхідність їх глибокого переосмислення, а не лише точкових коригувань. Особливо показовим є висновок ОЕСР про те, що формування нового підходу до визначення зв'язку постійного представництва потребує суттєвих змін у ключових міжнародних податкових стандартах, що фактично означає перегляд базових принципів існуючої системи.

Вважаю, що ініціативи Європейського Союзу щодо запровадження концепції «цифрового представництва» є логічною реакцією на обмеженість класичної моделі постійного представництва. Запропонований Європейською Комісією підхід, заснований на понятті «значної цифрової присутності», на мою думку, відображає прагнення закріпити податковий зв'язок не через фізичні критерії, а через економічно значущу взаємодію з ринком конкретної держави. Кількісні показники, такі як обсяг доходів, кількість користувачів або кількість укладених контрактів, у цьому контексті виступають спробою надати правової визначеності новій формі податкової присутності.

Разом із тим я дійшов висновку, що запропонована модель цифрового постійного представництва має як потенційні переваги, так і ризики. З одного боку,

вона дозволяє державам більш ефективно реалізовувати податковий суверенітет щодо цифрових транснаціональних компаній. З іншого боку, одностороннє впровадження таких підходів може призвести до фрагментації міжнародного податкового простору та зростання ризиків подвійного оподаткування. На мою думку, це підкреслює важливість координації на рівні міжнародних організацій та узгодження нових критеріїв із глобальними стандартами.

21 березня 2018 р. ЄК опублікувала проєкти директив щодо оподаткування цифрової економіки. Станом на січень 2026 року 147 країн приєдналися до нового дворівневого підходу щодо реформування міжнародних податкових правил, який має на меті забезпечити сплату МНК справедливої частки податків незалежно від того, де вони здійснюють свою господарську діяльність [28]. Робота ОЕСР щодо податкових питань, які виникають у зв'язку з цифровізацією економіки, поділяється на дві окремі категорії: Основа 1 (Pillar 1) і Основа 2 (Pillar 2). Основа 1 (Pillar 1) стосується перерозподілу прибутку на користь юрисдикцій, у яких фактично здійснюється господарська діяльність. Основа 2 (Pillar 2) охоплює питання запровадження глобального мінімального податку.

Глобальні правила зменшення податкової бази (GloBE Rules) були розроблені як частина рішення щодо податкових проблем цифрової економіки. Вони покликані забезпечити сплату великими багатонаціональними підприємствами (МНК) мінімального рівня податку з доходів, отриманих у кожній юрисдикції, де вони здійснюють діяльність. Правила GloBE запроваджуються як елемент спільного підходу. Юрисдикція, що приєднується до цього підходу, не зобов'язана приймати Правила GloBE, але у разі їх запровадження вона погоджується впроваджувати та застосовувати їх у спосіб, який відповідає результатам, визначеним цими Правилами. Послідовність у впровадженні та адмініструванні Правил GloBE має забезпечити прозору та цілісну систему оподаткування, яка створює передбачувані умови для МНК і зменшує ризик подвійного або надмірного оподаткування. Правила GloBE застосовують систему додаткових податків IIR (Income Inclusion

Rule) та UTPR (Undertaxed Profit Rule), які доводять загальну суму податків, сплачених із надприбутку МНК у певній юрисдикції, до мінімальної ставки. Цей податок не функціонує як типовий податок на прибуток. Він поширюється на надлишковий прибуток, визначений на основі окремої юрисдикції, і застосовується лише тоді, коли оподаткування такого прибутку в конкретному році є нижчим за мінімальну ставку. За своїм змістом податок за Правилами GloBE ближчий до міжнародного альтернативного мінімального податку, який використовує стандартизовану базу та механізм розрахунку для визначення низькоподатковуваних доходів у групі МНК і встановлює узгоджені податкові нарахування, що підвищують ефективну ставку до мінімального рівня в кожній юрисдикції. Концепція додаткового податку у структурі IIR та UTPR полегшує скоординоване застосування Правил GloBE і гарантує, що загальна сума додаткових податків у різних юрисдикціях не перевищуватиме мінімальної ставки. Водночас така структура не обмежує юрисдикції у можливості законодавчого впровадження цих правил у межах національної системи оподаткування прибутку підприємств. [29, с. 11]

З точки зору оподаткування постає питання, чи відповідає розподіл прибутку фактичному місцю створення вартості у цифрових компаній. Це спонукає шукати рішення, які могли б забезпечити справедливе оподаткування в умовах диджиталізації. Чинні податкові правила не завжди охоплюють бізнес-моделі, що генерують прибуток від цифрових послуг у юрисдикції без фізичної присутності. У результаті виникає розбіжність між місцем створення вартості та місцем, де МНК сплачують податки.

Action 7 BEPS, яка спрямована на запобігання штучному уникненню статусу ПП, підкреслює, що ключовим питанням є трансфертне ціноутворення та дотримання принципу «витягнутої руки». Правила трансфертного ціноутворення використовуються для розподілу доходів МНК між державами, у яких вони здійснюють діяльність. У значній кількості випадків чинні правила, засновані на

принципі «витагнутої руки», ефективно забезпечують належний розподіл доходів між податковими юрисдикціями. Проте існують ситуації, коли ТНК могли використовувати або неправильно застосовувати ці правила з метою відокремлення доходу від економічної діяльності, яка його створює, та переміщення цього доходу у юрисдикції з низьким рівнем оподаткування. Найчастіше це відбувається через передачу нематеріальних активів та інших мобільних активів за заниженими цінами, надмірну капіталізацію компаній у низькоподаткових юрисдикціях або перенесення ризиків до таких юрисдикцій в рамках операцій, які навряд чи відбулися б між непов'язаними сторонами. Іноді пропонуються альтернативні системи розподілу доходів, зокрема моделі, засновані на формульному підході. Проте потреба в узгоджених діях та практичні складнощі гармонізації такої системи у всіх країнах означають, що замість повної заміни чинної системи трансфертного ціноутворення доцільніше усувати її конкретні недоліки, особливо щодо доходів, пов'язаних з нематеріальними активами, ризиками та надмірною капіталізацією. Для подолання цих недоліків можуть бути необхідні спеціальні заходи, як у межах принципу «витагнутої руки», так і поза ним, зокрема щодо нематеріальних активів, ризику та надмірної капіталізації [21].

На мою думку, запровадження Глобальних правил зменшення податкової бази (GloBE Rules) є одним із найбільш системних і концептуально значущих елементів міжнародної відповіді на податкові виклики цифрової економіки. Вважаю, що ці правила спрямовані не стільки на реформування класичних механізмів оподаткування, скільки на усунення крайніх проявів податкової конкуренції між державами та забезпечення мінімального рівня оподаткування прибутків великих багатонаціональних підприємств незалежно від структури їхньої діяльності.

Я переконаний, що особливістю Правил GloBE є їх координаційний характер. На мою думку, система IIR та UTPR створює новий рівень міжнародної податкової взаємодії, за якого держава не втрачає формального податкового суверенітету, але

змушена враховувати наслідки впровадження мінімального податку іншими юрисдикціями. Саме ця особливість дозволяє розглядати GloBE як міжнародний альтернативний мінімальний податок, який функціонує паралельно з національними податками на прибуток і не замінює їх.

Водночас я дійшов висновку, що Правила GloBE не вирішують безпосередньо проблему встановлення податкового зв'язку та атрибуції прибутку до конкретної юрисдикції. На мою думку, вони радше коригують результати чинної системи, ніж змінюють її логіку. Мінімальний податок застосовується до вже визначеного надприбутку і не відповідає на питання, де саме цей прибуток був створений з економічної точки зору. У цьому сенсі GloBE Rules не можуть розглядатися як альтернатива концепції постійного представництва або правилам трансфертного ціноутворення.

На мою думку, слушною є позиція, закладена в Action 7 Плану BEPS, відповідно до якої ключовим інструментом протидії таким зловживанням залишається вдосконалення правил трансфертного ціноутворення, а не повна відмова від них. Я не поділяю підхід до радикальної заміни принципу «вितягнутої руки» формульними методами розподілу прибутку, оскільки їх глобальна гармонізація є практично недосяжною. Водночас вважаю, що усунення конкретних недоліків чинної системи, зокрема щодо нематеріальних активів, ризиків і надмірної капіталізації, є більш реалістичним і ефективним шляхом.

Досі міжнародні правила оподаткування вимагали фізичної присутності – тобто, концепція ПП за правилами присутності – для розподілу прав на оподаткування [30]. Первісне визначення ПП передбачало існування двох чітких порогових критеріїв:

- 1) наявність фіксованого місця, через яке підприємство повністю або частково здійснює свою діяльність; або, якщо таке місце визначити неможливо,
- 2) діяльність особи, яка діє від імені іноземного підприємства та зазвичай має повноваження укладати контракти від імені такого підприємства.

В обох випадках необхідною умовою була певна форма фізичної присутності в юрисдикції джерела доходу, безпосередньо або через залежного агента [29]. Саме наявність такого зв'язку визначає, чи підлягає нерезидент оподаткуванню прибутку в іншій державі.

Встановлення ПП відповідно до ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР має ключове значення для визначення податкових зобов'язань підприємства-нерезидента. Якщо ПП вважається таким, що існує, підхід ОЕСР передбачає двоетапну методологію розподілу прибутків:

- ідентифікація значущих функцій (англ., significant people functions) та розподіл ризиків і активів відповідно до функціонального аналізу, а також визначення вільного капіталу та боргових зобов'язань;
- визначення прибутку, що підлягає віднесенню до ПП, на підставі цього функціонального аналізу та шляхом застосування принципу «витягнутої руки».

В коментарях [29, с. 39] до Модельної конвенції [2] вказано, що визначення ПП містить такі умови:

- існування «місця ведення бізнесу», тобто певного об'єкта, наприклад приміщення або, у конкретних випадках, машин чи обладнання;
- таке місце повинно бути «фіксованим», тобто розташованим у визначеній локації та характеризуватися певною тривалістю використання;
- діяльність підприємства має здійснюватися через це фіксоване місце. Здебільшого це означає, що особи, які прямо чи опосередковано залежать від підприємства (персонал), виконують господарські функції підприємства в юрисдикції, де розташоване постійне місце діяльності.

Постійне розширення можливостей цифрових технологій і зниження потреби у матеріальній інфраструктурі для ведення господарської діяльності в конкретній юрисдикції, поєднане зі зростанням ролі мережевих ефектів, що виникають у процесі взаємодії з користувачами, ставить під сумнів актуальність правил, побудованих переважно на критерії фізичної присутності [29, с. 19].

Постійне місце діяльності вже не охоплює особливості сучасних бізнес-моделей. У зв'язку з цим виникає необхідність упровадження нових правил визначення зв'язку для оподатковуваної бази в державі, навіть у ситуаціях, коли відсутня істотна фізична присутність (тобто «постійне місце діяльності»), але наявна «значна цифрова присутність» або «віртуальне ПП». Відповідно онлайн-бізнес має оподатковуватися за тими самими принципами, що й традиційні «цегляні» компанії. Концепція віртуального ПП відображає два ключові політичні виклики: (1) визначення юрисдикції оподаткування та (2) визначення об'єкта оподаткування.

У сучасному світі поняття постійного місця ведення бізнесу майже ніколи не застосовується в цифровій економіці [31-32], і оскільки диджиталізація економіки триває, наразі розглядаються пропозиції, які відображають ідеї щодо того, як розширити поточне визначення ПП, щоб також включити цифрову діяльність.

У багатьох бізнес-моделях цифрової економіки компанія-нерезидент може віддалено взаємодіяти з клієнтами країни через вебсайт або інші цифрові засоби (зокрема, мобільні додатки), не маючи фізичної присутності на її території. Зростання довіри до автоматизованих процесів ще більше зменшує залежність від локальної фізичної присутності. Внутрішнє законодавство більшості держав усе ще вимагає певної форми фізичної присутності для визначення доходів, що підлягають оподаткуванню. Крім того, відповідно до ст. 5 і 7 Модельної податкової конвенції ОЕСР, компанія підлягає оподаткуванню прибутку від комерційної діяльності в іноземній державі лише за умови наявності ПП у такій державі. Відповідно, компанія-нерезидент може не підлягати оподаткуванню в країні, де фактично має клієнтів. Компанії в різних секторах можуть мати клієнтів у державі, в якій немає їхнього ПП, і взаємодіяти з ними телефоном, поштою, факсом або через незалежних агентів. [29, с. 102]

Пропозиція ЄК передбачає запровадження правил встановлення оподатковуваного зв'язку для цифрових компаній, що здійснюють діяльність за

кордоном без фізичної присутності. Такий зв'язок визначається через концепцію «значної цифрової присутності». Для встановлення наявності значної економічної присутності Управління з економічних і фінансових справ ЄС (ECOFIN) запропонувало враховувати елементи, визначені у Заключному звіті щодо Action 1 BEPS, а саме: фактори, що ґрунтуються на доходах, на користувачах та на цифрових показниках [33]. Фактори, що базуються на доходах, охоплюють обсяг продажів, отриманих від резидентів певної держави-члена, для яких може бути встановлений визначений поріг. Фактори, побудовані на користувачах, включають, зокрема, кількість користувачів або обсяг цифрових контрактів. Врахування цифрових факторів передбачає надання доступу або пропонування послуг через цифрову платформу, використання локального доменного імені чи локальних платіжних інструментів.

ЄК визнає, що індикатори значної цифрової присутності є необхідними для встановлення та захисту прав держав-членів на оподаткування у зв'язку з новими цифровими бізнес-моделями [27]. Можливі два варіанти тесту на значну економічну присутність. Перший варіант, який має якісний характер, враховує всі релевантні факти та обставини, зокрема наявність у МНК локального доменного імені або локальних способів оплати. Другий варіант є кількісним тестом економічної присутності і передбачає використання виключно кількісних показників, таких як обсяг доходів, кількість користувачів або кількість бізнес-контрактів [34-37]. Саме цей варіант був обраний ЄК. Такий підхід суперечить позиції ОЕСР, яка наголошує на необхідності застосування широкого функціонального аналізу для визначення того, яка юрисдикція має право на відповідну частку прибутку.

На мою думку, класична концепція постійного представництва, що історично ґрунтується на вимозі фізичної присутності підприємства в юрисдикції джерела доходу, відображає економічну реальність минулого століття і дедалі менше відповідає умовам цифрової економіки. Вважаю, що первісні порогові критерії

визначення ПП – наявність фіксованого місця діяльності або діяльність залежного агента з повноваженнями укладати контракти – були ефективними в епоху матеріального виробництва, однак у сучасних умовах вони не охоплюють значну частину економічно значущої діяльності цифрових багатонаціональних компаній.

Я дійшов висновку, що критерій «постійного місця діяльності» втрачає свою регулятивну спроможність у цифровій економіці. Сучасні бізнес-моделі дозволяють компаніям формувати стабільну економічну присутність на ринку іншої держави без будь-якої матеріальної інфраструктури, а регулярність і масштаб такої діяльності часто залежать не від дій самої компанії, а від поведінки користувачів. У зв'язку з цим вважаю обґрунтованою необхідність переосмислення самого поняття податкового зв'язку та відходу від виключної орієнтації на фізичну присутність.

На мою думку, концепція «значної цифрової присутності» або «віртуального постійного представництва» є спробою адаптувати інститут ПП до реалій цифрової економіки та відповісти на два ключові політичні виклики: визначення юрисдикції оподаткування та визначення об'єкта оподаткування. Вважаю, що ідея оподаткування онлайн-бізнесу за тими самими принципами, що й традиційних компаній, є концептуально правильною, однак її практична реалізація потребує чітких і узгоджених критеріїв.

Я переконаний, що ініціативи Європейської Комісії щодо запровадження кількісного тесту «значної цифрової присутності» відображають прагнення забезпечити правову визначеність і простоту адміністрування. Водночас, на мою думку, зведення встановлення податкового зв'язку виключно до формалізованих кількісних показників, таких як обсяг доходів або кількість користувачів, не завжди коректно відображає реальний внесок конкретної юрисдикції у створення вартості. Такий підхід, на моє переконання, суперечить функціональній логіці ОЕСР, яка ґрунтується на комплексному аналізі функцій, активів і ризиків.

У підсумку я дійшов висновку, що подальший розвиток концепції постійного представництва має відбуватися не шляхом повної відмови від існуючих міжнародних стандартів, а через їх еволюційне розширення з урахуванням цифрової реальності. На мою думку, поєднання функціонального аналізу з елементами цифрової економічної присутності є найбільш перспективним напрямом для формування справедливого та збалансованого механізму розподілу податкових прав між державами в умовах диджиталізації.

Можна стверджувати, що кількісний підхід є більш жорстким і менш адаптивним до майбутніх економічних та бізнес-змін, ніж якісне трактування віртуального ПП. Це пов'язано з тим, що: (1) у зв'язку з появою нових цифрових розробок та бізнес-моделей кількісні критерії можуть швидко втратити актуальність; (2) платники податків можуть уникати застосування концепції віртуального ПП шляхом (ре)структуризації бізнесу.

У запропонованій Директиві [27] ЄС пропонує визначати прибутки, які відносяться до держави-члена, як такі, що цифрова присутність могла б отримати, якби вона виступала окремим і незалежним підприємством, яке здійснює таку ж або подібну діяльність за тих самих або подібних умов у взаємовідносинах з іншими частинами підприємства, враховуючи виконувані функції, використані активи та прийняті ризики через цифровий інтерфейс.

Крім того, ЄК рекомендує, щоб розподіл прибутку базувався на функціональному аналізі та відповідав би існуючим вказівкам ОЕСР Керівництва з трансфертного ціноутворення [38]. Тобто платник податків повинен визначити відповідні функції та надати економічну власність активів і ризиків цифровій присутності, фактично розглядаючи її як «цифровий бізнес, що працює через кордон у разі нефізичної комерційної присутності» [27].

ОЕСР класифікує процес створення цінності в цифровій економіці за трьома категоріями:

– Ланцюжок створення вартості (value chain) є теорією, у якій початкові показники перетворюються на результати через взаємопов'язані послідовні дії, наприклад у традиційній виробничій фірмі. Основна критика ланцюжка створення вартості полягає в тому, що він не дозволяє правильно виміряти створення цінності для підприємств, орієнтованих на надання послуг, таких як цифрові бізнес-моделі.. [25, с. 34].

– Мережа створення цінності (value network) корисна для бізнес-моделей, які покладаються на посередницьку технологію, наприклад багатосторонню платформи [25, с. 36-38]. ОЕСР зауважує, що до бізнес-моделей із мережевим підходом до створення вартості належать, зокрема, посередники електронної комерції, сервіси спільного користування та соціальні мережі.

– Магазин цінності (value shop) не залежить від мережевих відносин, функціонує на односторонніх ринках і зазвичай використовує інтенсивні технології для вирішення конкретної проблеми або задоволення попиту клієнта, наприклад медичні технології для діагностичних цілей [25, с. 40-41].

ЄК вважає, що найбільш оптимальним підходом було б глобальне рішення щодо оподаткування цифрової економіки [39]. Наприклад, ЄК рекомендує метод розподілу прибутку для цілей віднесення прибутку до віртуального ПП, у межах якого прибуток розподілятиметься за елементами попередньо визначеної формули. Водночас ЄК закликає розробити додаткові критерії для розподілу прибутку від цифрових послуг. Такі критерії можуть стосуватися залучення користувачів або їхнього внеску в платформу, збору даних користувачів у державі-члені через платформу, кількості користувачів або обсягу створеного ними контенту. Усі запропоновані критерії базуються на принципі пункту призначення (destination-based) та оцінюються на рівні кінцевого споживача, на відміну від підходів, що ґрунтуються на походженні доходу або оподаткуванні за місцем виробництва.

Під час публічної консультації ОЕСР у 2017 році щодо ключових питань, пов'язаних із податковими викликами цифрової економіки, також було розглянуто

доцільність використання таких факторів, як база користувачів, як індикатора створення цінності [40]. У межах цієї консультації кілька зацікавлених сторін запропонували використовувати базу користувачів як показник створення вартості, зосереджуючись на розподілі прибутку на основі аналізу попиту на ринку, наприклад шляхом застосування формульних коефіцієнтів. Водночас ОЕСР протягом усього проєкту BEPS послідовно наголошувала, що не має наміру запроваджувати формульний підхід до розподілу. Ця пропозиція також поновлює дискусію щодо розподілу прибутку між державою джерела та державою резиденства.

Існують різні підходи до визначення того, як визнавати прибуток, пов'язаний зі створенням вартості, наприклад, з урахуванням місця виконання ключових функцій персоналу з подальшим розподілом прибутку до відповідної юрисдикції. З позиції трансфертного ціноутворення надзвичайно складно розподілити прибуток на користь юрисдикції, у якій не виконуються жодні функції, не приймаються ризики та не зберігаються активи. Крім того, аналіз цифрових бізнес-моделей не дозволяє сформулювати узагальнений висновок щодо ключових факторів створення цінності, оскільки такі моделі є різноманітними, швидко змінюються та постійно трансформуються. Наприклад, для окремих компаній алгоритм і технологія є визначальними для закріплення на ринку, проте їх відносна цінність може зменшуватися внаслідок того, що нові учасники ринку копіюють алгоритми, технологічні рішення та навіть бізнес-стратегії. Що стосується даних, то наразі відсутні чіткі підходи до визначення їхньої цінності з точки зору створення, збору, зберігання та використання як для податкових цілей, так і в ширшому регуляторному контексті.

У BEPS Action 1 Final Report [26] згадувалися наступні ключові особливості цифрової економіки:

- 1) мобільність нематеріальних активів, користувачів і бізнес-функцій;
- 2) надійність даних і участь користувачів;

- 3) мережеві ефекти;
- 4) використання багатосторонніх платформ;
- 5) тенденція до монополії чи олігополії;
- 6) нестабільність.

Очевидно, що однакові загальні кількісні критерії не можуть застосовуватися до всіх цифрових бізнес-моделей без їх диференціації. Оптимальнішим підходом є використання комбінації як якісних (функціональний аналіз або аналіз ланцюга створення вартості), так і кількісних факторів. Ключовою характеристикою цифрових бізнес-моделей, що робить їх успішними, є те, що вони є унікальними у багатьох аспектах (стратегія, масштаб, ціноутворення та орієнтація на користувача) та швидко змінюються. Формульний підхід до оподаткування таких компаній не є повністю доречним [30].

Отже, загальновизнана концепція ПП зі ст. 5 Модельної конвенції залишається ключовою при розгляді підходів до оподаткування в епоху диджиталізації. Міжнародні дискусії щодо трансформації чинної податкової системи зосереджуються на тому, чи зберігають свою актуальність існуючі правила розподілу прибутку та визначення зв'язку. Підхід ОЕСР (англ., Authorized OECD Approach, АОА) орієнтований на традиційні форми ПП. Водночас, з огляду на те, що цей підхід ґрунтується на значущих функціях персоналу, постає питання щодо його застосовності до цифрових форм ПП та щодо того, чи здатний він коректно відображати нові чинники створення вартості, пов'язані з користувачами та даними. У зв'язку з цим актуалізується проблема застосування класичних методів трансфертного ціноутворення до цифрових бізнес-моделей. Розподіл прибутку повинен відображати специфічні механізми та критерії створення вартості, характерні для таких моделей.

В даний час зазначені тенденції ще не розглядаються як підстава для змін в українському законодавстві. Однак збільшення частки цифрових компаній у міжнародних операціях ставить питання перегляду традиційних підходів до

оподаткування ПП як у доктрині податкового права, так і в податковому законодавстві України. Порівняльно-правовий аналіз міжнародної та європейської практики дозволив встановити, що ПП є мінімально необхідним для визначення ступеня присутності, достатнього для оподаткування нерезидента в країні.

Вважається, що питання оподаткування ПП в Україні в умовах диджиталізації є надзвичайно актуальними та потребують суттєвого доопрацювання, що підтверджується аналізом правозастосування положень Податкового кодексу України. Іноземні цифрові компанії продовжують виводити прибуток, отриманий від діяльності на українському ринку, за межі України, попри те що цей прибуток фактично створюється українськими користувачами.

Проведений науковий аналіз дає підстави стверджувати, що метою ПП як комплексної категорії податкового права є встановлення справедливого порядку оподаткування діяльності іноземної організації на території держави-джерела доходу. Саме через існування ПП іноземна організація набуває обов'язку сплачувати податки у відповідній юрисдикції. Правова природа ПП тісно пов'язана з концепціями, що є базовими в міжнародній та європейській доктрині й практиці, однак не мають прямих аналогів в українській мові або податковому законодавстві. Йдеться передусім про категорії «nexus» та «threshold». Поняття «nexus» позначає юридично значущий зв'язок між підприємством та державою, який дає підстави для оподаткування.

З огляду на те, що дохід може бути визнаний таким, що підлягає оподаткуванню, лише за умови відповідності діяльності певним пороговим критеріям, виникає необхідність визначення таких порогових значень, які б адекватно характеризували оподаткування діяльності цифрових компаній-нерезидентів, що формують ПП в Україні.

Таким чином, існуючі правила оподаткування ПП в Україні потребують змін, які мають полягати у такому:

- визнати участь користувачів як ключовий чинник створення вартості для цифрових підприємств;
- визначити компанії в межах групи, з якими користувачі мають бути пов'язані і прибуток яких повинен оподатковуватися відповідно до створеної користувачами вартості;
- надати Україні, де перебувають користувачі, право оподатковувати такі компанії, навіть якщо вони є нерезидентами та не мають ПП в Україні відповідно до традиційних правил;
- визначити метод розподілу прибутку, отриманого цими компаніями внаслідок діяльності користувачів.

### **1.3. Міжнародна діяльність підприємств та судова практика по справах підприємств, які здійснюють підприємницьку діяльність через постійні представництва в умовах диджиталізації**

В умовах цифрової економіки ТНК можуть уникати фізичної присутності у країнах із вищим рівнем оподаткування без створення ПП. Наявність сервера для виконання підготовчих та допоміжних функцій (наприклад, спілкування між постачальниками та клієнтами, реклама, резервне копіювання інших серверів, збір даних) не потребує фізичної присутності для створення ПП, але при цьому дозволяє здійснювати ділову активність. В останні роки спостерігається значна різноманітність «цифрових» бізнес-моделей. З останнього десятиліття ХХ століття до ХХІ століття відбулося стрімке зростання провідних світових цифрових МНК, таких як Amazon.com (заснована у 1994 році), Google (1998), Facebook (2004) та Twitter (2006). Цим компаніям вдалося максимізувати створення вартості, використовуючи технології для полегшення доступу на ринки та трансформували свої бізнес-моделі від моделей, орієнтованих на окремі країни, до глобальних

моделей з інтегрованими ланцюжками створення вартості та централізованими на регіональному або глобальному рівнях функціями. Для цифрових компаній бізнес-цінність формується там, де здійснюються такі види діяльності, як розроблення продукту, дослідження та розробки, виробництво основних компонентів, а також подальші етапи, пов'язані з маркетингом чи брендингом. Це означає, що засновані на знаннях нематеріальні активи, такі як програмне забезпечення, організаційні навички та інтелектуальна власність, набувають дедалі більшого значення для конкурентоспроможності.

У межах даного наукового дослідження доцільно виділити низку бізнес-моделей, які варто враховувати під час визначення ПП в умовах диджиталізації:

– Традиційна система продажу товарів через Інтернет без створення представництва, але з використанням складів, розташованих поблизу клієнтської бази. Таку модель застосовує компанія Amazon Inc. Склади подібного типу були виключені з визначення ПП в чинній редакції Модельної конвенції ОЕСР, проте Action 7 проєкту BEPS та ст. 12 Багатостороннього інструменту створюють підґрунтя для ширшого застосування концепції ПП щодо таких підрозділів, особливо коли вони виходять за межі допоміжних функцій і становлять стратегічно важливу частину бізнес-моделі.

– Продаж цифрових завантажень (електронні книги, музика, електронні газети, фільми та серіали). Подібну модель розробила компанія Apple Inc. у межах платформи iTunes. Такі компанії не потребують фізичного зберігання чи доставки товарів. Оператори на кшталт Netflix Inc. і Spotify AB перейшли до потокового формату, у якому контент не завантажується користувачем, а надається для тимчасового використання зі значних цифрових баз даних.

– Продаж завантажуваного програмного забезпечення, доступ до якого здійснюється онлайн через Інтернет (модель Microsoft Inc.).

- Продаж доступу до послуг хмарних технологій, що передбачає використання онлайн-сервісів без необхідності встановлення програмного забезпечення на пристрої (наприклад, модель Salesforce.com).
- Продаж доступу до наукових досліджень та електронних бібліотек.
- Соціальні мережі, сервіси онлайн-комунікації та платформи для обміну контентом, де користувач отримує доступ безоплатно, а компанія збирає дані та продає доступ до своєї аудиторії іншим підприємствам. До таких моделей належать Facebook Inc. та її дочірні компанії WhatsApp і YouTube, а також Google Inc. зі своїми пошуковими сервісами і Twitter Inc. Ці моделі генерують оподатковуваний прибуток за рахунок постачання цифрових послуг.
- Постачальники посередницьких послуг, які надають платформу для здійснення транзакцій (наприклад, Expedia Inc., материнська компанія Booking.com та інших туристичних онлайн-агентств). У цьому випадку основний дохід надходить не від кінцевих споживачів, а від бізнесів, які використовують платформу.

На мою думку, розвиток цифрової економіки істотно послабив зв'язок між веденням підприємницької діяльності та фізичною присутністю компанії в конкретній юрисдикції. Вважаю, що можливість транснаціональних компаній здійснювати економічно значущу діяльність без створення постійного представництва у державах з вищим рівнем оподаткування є однією з ключових проблем сучасного міжнародного податкового права. Використання серверів, хмарної інфраструктури та інших цифрових інструментів дозволяє здійснювати підготовчі, допоміжні, а інколи й основні бізнес-функції без формального виникнення ПП.

Я дійшов висновку, що різноманітність цифрових бізнес-моделей потребує диференційованого підходу до визначення ПП. Моделі електронної торгівлі з використанням складів, продаж цифрового контенту, програмного забезпечення, хмарних сервісів, надання доступу до наукових ресурсів або функціонування

соціальних мереж і цифрових платформ мають різний економічний зміст і різний ступінь залучення до ринку конкретної держави. Вважаю, що формальне віднесення таких моделей до підготовчої або допоміжної діяльності не завжди відповідає їх реальній ролі в створенні доходів.

Коли йдеться про необхідність установлення спеціальних міжнародних правил оподаткування для таких бізнес-моделей, першим і ключовим питанням є вибір між повним перерозподілом доходів на користь ринкових юрисдикцій та запровадженням компенсаційного податку, який би гарантував, що цифрові транснаціональні компанії сплачують податки справедливо щодо юрисдикцій, з яких отримують прибуток. Саме це було однією з відправних точок усього проекту BEPS. Наразі ці питання є актуальними для оподаткування нерезидентів, які надають цифрові послуги в Україні та формують ПП на її території. Досі залишається невизначеним, на якій правовій основі ринковим юрисдикціям слід надавати податкові права. Відповідь на це залежить від фундаментального питання податкових викликів цифрової економіки, а саме – яким чином цифровізація економічної діяльності поставила під сумнів чинний міжнародний податковий режим.

Цифрова економіка – це не (тільки) ера нових чи революційних бізнес-моделей, вона радше являє собою еволюцію існуючих бізнес-моделей, продуктів і послуг [41].

Зважаючи на це, поточну проблему податкового законодавства в епоху диджиталізації можна окреслити як необхідність перевірити, чи можуть традиційні моделі міжнародного податкового права бути застосовані до нової віртуальної реальності, або ж слід визначити нові правові інструменти, здатні відповідати швидким змінам. Відповідно, актуалізація цього питання у фіскальній сфері є закономірною, а координація зусиль на міжнародному рівні фактично стає необхідністю.

Для бізнес-моделей соціальних мереж (таких як Facebook, Instagram і Twitter) активна взаємодія користувачів є ключовим рушієм створення вартості. Інші цифрові компанії значною мірою покладаються на «мережеві ефекти», тобто використовують той факт, що рішення одних користувачів безпосередньо впливають на вигоди, які отримують інші. Особливо це характерно для «інтернету речей», де компанії розгортають програмне забезпечення на великій кількості пристроїв і використовують цю інфраструктуру для продажу товарів чи послуг власникам таких пристроїв або рекламодавцям.

Диджиталізація також спричинила зростання «багатосторонніх бізнес-моделей», що ґрунтуються на використанні зовнішніх ефектів, створених безоплатними продуктами. У таких моделях кілька груп користувачів взаємодіють через платформу чи посередника, і рішення кожної групи впливають на результати для інших через позитивний або негативний зовнішній ефект. Прикладом багатосторонньої бізнес-моделі з позитивними зовнішніми ефектами є система платіжних карток, яка стає більш цінною для продавців зі збільшенням числа власників карток і, відповідно, більш привабливою для споживачів, якщо дедалі більше продавців їх приймають. Зростаюче значення створення та використання нематеріальних активів, таких як інтелектуальна власність, зумовлює необхідність для великих цифрових компаній інвестувати значні ресурси в дослідження та розроблення, оновлення програмного забезпечення або створення нових технологічних рішень. Це впливає на структуру та способи управління МНК, а також на їхні податкові зобов'язання.

МНК зазвичай прагнуть забезпечити, щоб дочірня компанія, розташована в юрисдикції з низьким рівнем оподаткування, мала законні права на нематеріальні активи групи. Це дозволяє такій дочірній компанії отримувати значну частину доходів МНК, які оподатковуються за мінімальними ставками або взагалі не оподатковуються, що знижує глобальне податкове навантаження групи. Мобільність цифрової економіки стала ключовим чинником цього процесу, адже

вона спрощує передачу нематеріальних активів із мінімальними витратами. Ця мобільність також дає МНК можливість змінювати місце виконання функцій та операцій, що дозволяє здійснювати значні продажі (наприклад, через онлайн-рекламу) у ринкових юрисдикціях із віддалених локацій. У підсумку це сприяло виникненню феномена «масштабу без маси», коли компанія може отримувати значні доходи в державі без істотної фізичної присутності [26, с. 159-160].

Корпоративні податкові системи різних держав стали більш складними та недостатньо узгодженими, що створило додаткові можливості для застосування витончених схем ухилення від оподаткування. Хрестоматійним прикладом такої складної схеми, яка призвела до фактичної нейтралізації як внутрішніх норм протидії ухиленню, так і положень міжнародних податкових угод, є широко відома структура «подвійного ірландсько-голландського сендвіча». Високо оцифровані багатонаціональні компанії, зокрема Google, Facebook, Microsoft Corp і Apple, використовували цю конструкцію для переміщення прибутків до юрисдикцій із низьким рівнем оподаткування, утримуючи глобальні ефективні ставки оподаткування (ETR) на мінімальному рівні. Як впливає з назви, структура «подвійного ірландсько-голландського сендвіча» включає дві компанії, зареєстровані в Ірландії: одна виконує функції IP-холдингової компанії, а інша – операційної. Між ними розташована кондуїрна компанія, зареєстрована в Нідерландах. Така багатокомпонентна структура дозволяла значним цифровим МНК, зокрема американським корпораціям, які здійснюють діяльність у багатьох державах, істотно зменшувати глобальні податкові ризики та обсяг оподаткованого прибутку [42].

Нижче наведено приклади бізнес-моделей секторів B2C і B2B, а також трансформацію традиційних моделей, що дає змогу проаналізувати особливості оподаткування ПП в умовах диджиталізації [43].

#### 1) Модель цифрового бізнесу B2C (Digital B2C business models)

Цифрові бізнес-моделі належать до сектору B2C, якщо приватні користувачі цифрових товарів чи послуг є прямими платними клієнтами або якщо їхня активність створює цінність для комерційних клієнтів. Такі моделі часто пропонують цільові й індивідуалізовані продукти та послуги, такі як реклама чи платформи, водночас забезпечуючи кінцевих користувачів безкоштовними онлайн-сервісами. Платними клієнтами зазвичай виступають рекламодавці або споживачі веб-сервісів, діяльність яких не залежить від фізичного місця розташування постачальника.

Інфраструктура B2C-моделей зазвичай базується на онлайн-платформі та відповідному програмному забезпеченні. Для їхньої роботи вони покладаються на розгалужену IT-інфраструктуру: основні фізичні елементи зосереджені у місці розташування материнської компанії, тоді як окремі складові, зокрема дата-центри, можуть бути розміщені у державах присутності клієнтів. Ключовими видами діяльності є розробка та підтримка IT-інфраструктури і онлайн-сервісів, управління контентом і маркетинг. Частина цих функцій, поряд із клієнтською підтримкою, може виконуватися персоналом у юрисдикціях наближених до ринків збуту.

Доходи формуються, зокрема, за рахунок реклами або плати за доступ до онлайн-сервісів. Основні витрати пов'язані з підтримкою платформи та оплатою праці персоналу, який забезпечує розробку програмного забезпечення, маркетинг та інші функції.

Типовими прикладами таких бізнес-моделей B2C є Google Inc. зі своєю пошуковою системою, а також LinkedIn Inc. і Xing AG з їхніми мережевими сервісами. Усі вони використовують багатосторонні онлайн-платформи як ключовий інфраструктурний елемент своїх операцій.

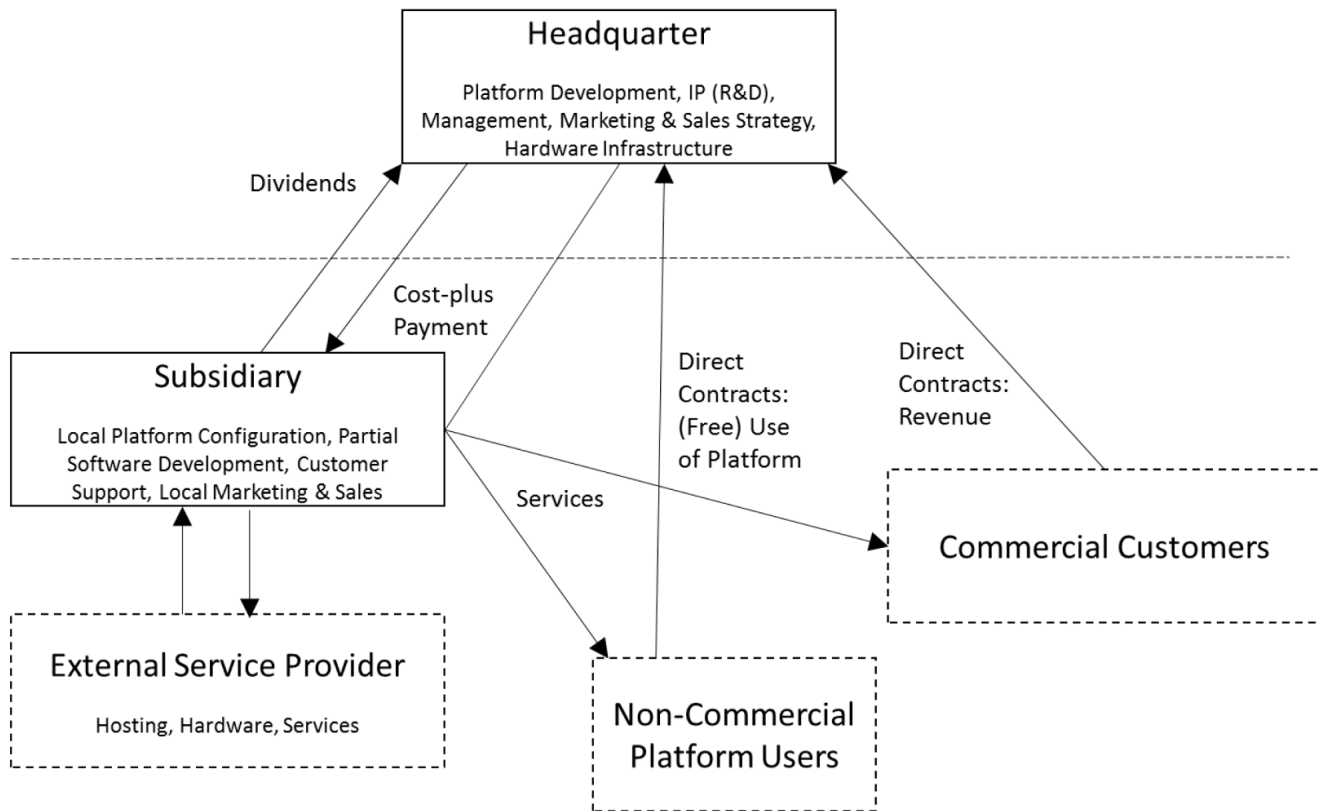


Рис. 1.1 Модель цифрового бізнесу B2C (Digital B2C business models)

*\*Сформовано автором*

З точки зору чинного податкового законодавства, істотне оподаткування здійснюється лише в країні резидентства материнської компанії, якщо саме вона вступає в прямі договірні відносини з клієнтами. Цей результат не залежить від географічних ринків, на яких генерується дохід, навіть якщо окремі види діяльності виконуються за місцем розташування клієнтів. Підприємство може наймати місцевий персонал у дочірніх компаніях або створювати ПП для доступу до клієнтських ринків. Відповідно до чинних принципів трансфертного ціноутворення, така діяльність здебільшого вважається рутинною, оскільки не передбачає прийняття договірних ризиків, а елементи ІТ-інфраструктури становлять лише частини більшої системи, які інколи навіть розміщуються у сторонніх постачальників. У наявній практиці також вважається, що збір даних сам по собі є рутинною діяльністю, яка не завжди створює вартість і тому не обов'язково обумовлює податкові зобов'язання чи інший розподіл доходу. Додана

вартість формується переважно на етапах обробки та аналізу інформації. Водночас податкові органи дедалі уважніше ставляться до можливих схем обходу статусу ПП. Щодо оподаткування доходів, чинні правила відносять економічну вартість до суб'єкта, який розробляє та підтримує складне програмне забезпечення. Як наслідок, місцеві дочірні компанії або ПП іноземних B2C-компаній сплачують незначні податки, оскільки їх діяльність компенсується за методом «витрати плюс», що підтверджується їх фінансовою звітністю.

## 2) Модель цифрового бізнесу B2B (Digital B2B business models)

Цифрові бізнес-моделі в секторі B2B пропонують цифрові товари або послуги для підприємств. Такі моделі також можна розглядати як «інструменти» цифрової економіки, оскільки вони сприяють цифровій трансформації своїх клієнтів. Група клієнтів охоплює компанії з різних секторів і регіонів, які мають доступ до Інтернету. Складні комбінації апаратних і програмних компонентів формують інфраструктуру цифрових B2B-моделей. Підприємства зазвичай використовують потужні серверні системи у своєму основному місці розташування, тоді як на території клієнтів функціонують додаткові апаратні елементи. Такі компоненти, наприклад центри обробки даних, можуть передаватися зовнішнім постачальникам. Розробка програмного забезпечення є головним напрямком діяльності, що здебільшого здійснюється в місці розташування материнської компанії, яка зазвичай володіє відповідними об'єктами інтелектуальної власності. Продажі є ще однією важливою функцією: вони плануються та координуються централізовано, але виконуються локально дочірніми компаніями або, у певних випадках, місцевими партнерами. Місцеві підрозділи також підтримують стосунки з клієнтами та сприяють адаптації цифрових рішень до їхніх потреб. Дохід формується за рахунок прямих продажів або ліцензування цифрових продуктів і послуг. Якщо місцеві дочірні компанії укладають договори з клієнтами, вони компенсують материнській компанії використання й продаж цифрових продуктів шляхом сплати роялті. Основні витрати виникають у зв'язку з підтримкою та

розвитком ІТ-інфраструктури, а витрати на персонал, задіяний у розробці програмного забезпечення та продажах, становлять значну частину загальних витрат.

Практичними прикладами цифрових бізнес-моделей B2B є Salesforce.com, провідний постачальник хмарного програмного забезпечення для маркетингу, та SAP SE, яка активно розширює пропозицію хмарних сервісів і рішень з аналітики великих даних.

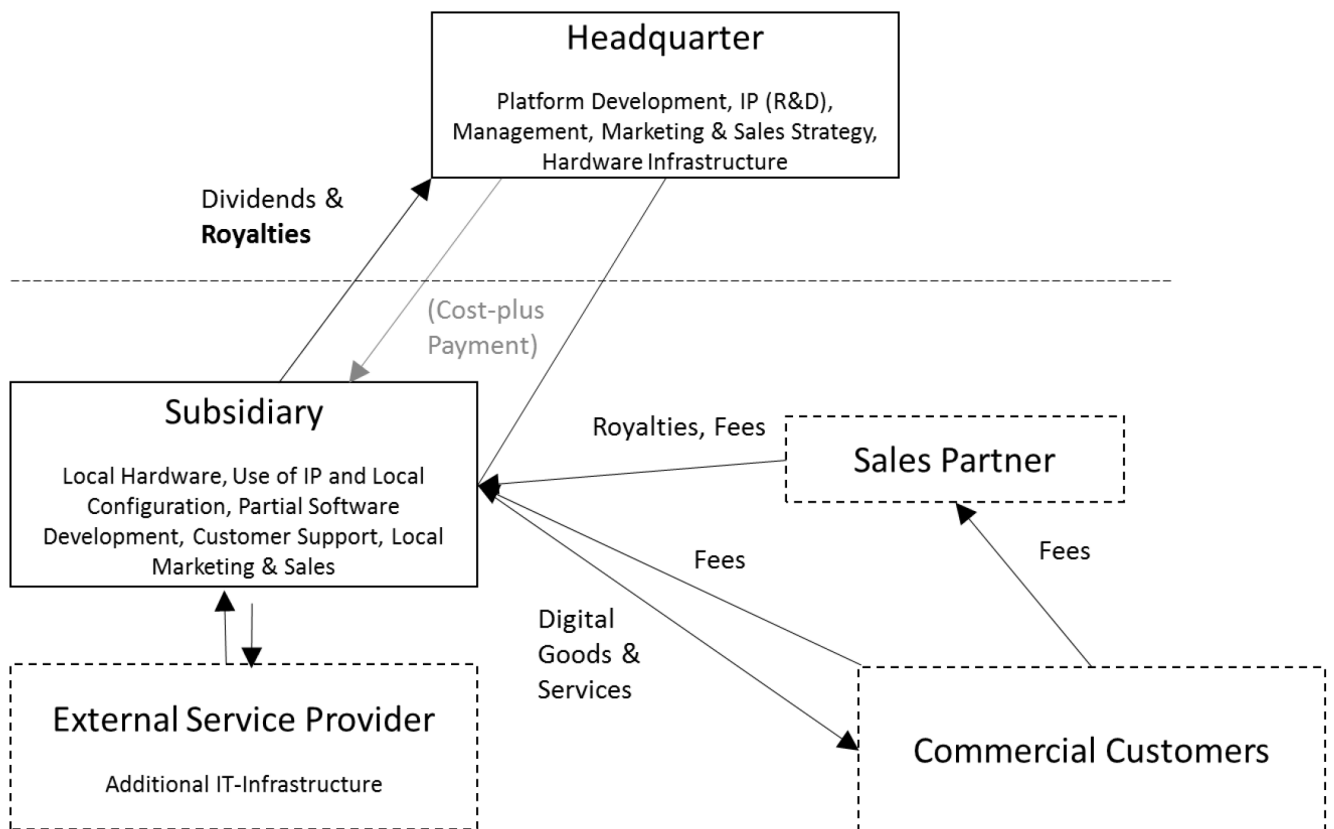


Рис. 1.2 Модель цифрового бізнесу B2B (Digital B2B business models)

*\*Сформовано автором*

Подібно до бізнес-моделей B2C, істотне оподаткування здійснюється лише в юрисдикції материнської компанії. Сучасні принципи міжнародного оподаткування приписують більшу частину створеної вартості розвитку та підтримці ІТ-

інфраструктури й цифрових продуктів. Діяльність місцевих підрозділів, пов'язана з продажами та підтримкою клієнтів, розглядається як рутинна й компенсується за методом «витрати плюс». Вищий рівень оподаткування можливий у разі субліцензування програмного забезпечення місцевим дочірнім компаніям або безпосередньо клієнтам, а також тоді, коли місцеві структури укладають договори купівлі-продажу. У такій ситуації можуть застосовуватись місцеві податки на джерело доходу, а остаточний розподіл прибутку визначатиметься правилами трансфертного ціноутворення, що зазвичай призводить до аналогічного результату – низького рівня прибутку на місцевих ринках. Щодо хмарних послуг, податки на джерело доходу можуть стягуватися лише тоді, коли базовий контракт прямо передбачає право на використання, експлуатацію або модифікацію програмного забезпечення. Хмарний бізнес створює оподатковуваний зв'язок у формі ПП у місці розміщення даних, програмного забезпечення чи інфраструктури, якщо діяльність у цьому місці не має підготовчого або допоміжного характеру. Водночас хмарні бізнес-моделі дедалі частіше базуються саме на наданні послуг. Тому прибуток від транскордонних хмарних операцій, як правило, оподатковується у державі резидентства провайдера без виникнення ПП за місцем розташування сервера або клієнта відповідно до чинного податкового законодавства.

### 3) Модель традиційного бізнесу і диджиталізація

Інтернет речей, передова робототехніка та 3D-друк були включені ОЕСР до переліку перспективних напрямів розвитку цифрової економіки. Водночас цифрова економіка означає не просто появу окремих технологічних рішень, а трансформацію цілих бізнес-моделей. Очікується суттєва зміна процесів створення вартості, а нові продукти й підходи до організації бізнесу формуватимуться в межах традиційних галузей. Якщо розглядати ці перетворення як бізнес-модель у запропонованих аналітичних рамках, то ціннісна пропозиція орієнтована насамперед на саму компанію. Вона охоплює цифровізацію всього ланцюга постачання та розвиток внутрішніх цифрових процесів. Модель

спрямована як на підвищення ефективності, так і на формування нових або альтернативних джерел доходу. Центральним інфраструктурним елементом є створення комплексного IT-ландшафту, що забезпечує цифрову трансформацію переважно фізичних бізнес-процесів. У сучасних умовах великі ТНК створюють дочірні структури з метою централізації діяльності, пов'язаної з цифровою трансформацією. Такі «інноваційні центри» слугують платформами для придбання та розвитку високотехнологічних підприємств. Накопичене ними цифрове ноу-хау суттєво спрощує трансформацію традиційних бізнес-моделей. Основними видами діяльності в межах цієї інфраструктури є аналіз зібраних даних про поведінку клієнтів, особливості транзакцій та характеристики ринків. Приклади цифровізації традиційного бізнесу демонструють, зокрема, німецький дистриб'ютор сталі Klöckner & Co SE через дочірнє підприємство Kloeckner.i, компанія Merck KGaA із власним інноваційним центром, а також Coca-Cola Enterprises Inc., що розвиває цифрові торговельні рішення.

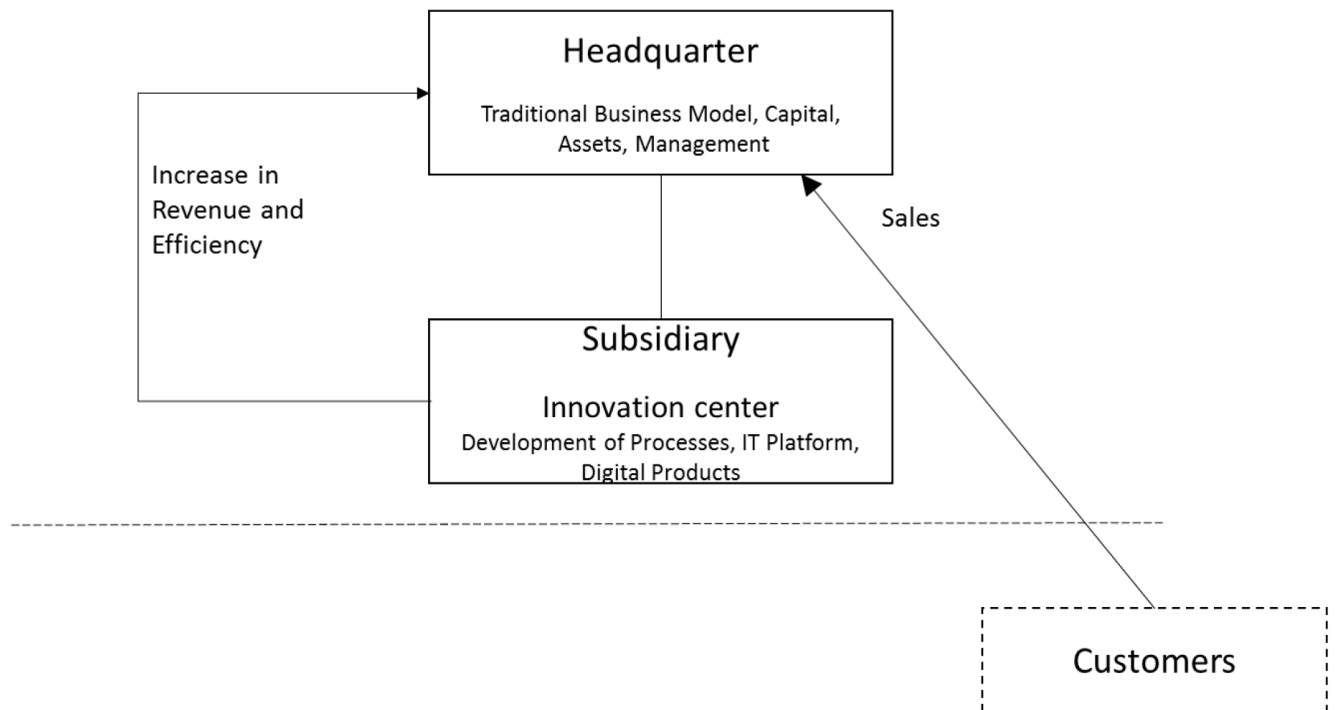


Рис. 1.3 Модель традиційного бізнесу і диджиталізація

*\*Сформовано автором*

З точки зору оподаткування, nexus встановлюється лише в юрисдикції, де розташована дочірня компанія або інноваційний центр. Розробка програмного забезпечення для аналітики та інтерпретація результатів кваліфікованим персоналом є визначальними для формування податкового зв'язку. Згідно з чинними правилами, будь-який додатковий прибуток, отриманий від підвищення ефективності або появи нових джерел доходу в межах ТНК, розподілятиметься до держави резидентства компанії, де здійснюється основна діяльність.

Аналіз наведених бізнес-моделей показує, що цифрові моделі поширюються на міжнародному рівні завдяки гнучким організаційним структурам. Згідно з чинним податковим законодавством, диджиталізація спричиняє зближення основних видів діяльності й, відповідно, формування оподаткованого зв'язку переважно за місцем розташування материнської компанії або регіональних центрів. На локальних ринках окремі елементи ІТ-інфраструктури можуть розглядатися як основа для виникнення ПП. Ці елементи можуть управлятися віддалено, орендуватися у третіх сторін або переміщуватися між юрисдикціями. Залежно від характеру операцій, що виконуються в місці розташування апаратного забезпечення, вони можуть не формувати суттєвого внеску у створення вартості в сучасному розумінні, виконуючи переважно функції зберігання даних та забезпечення обчислювальної потужності. У результаті лише незначна частина прибутку цифрових бізнес-моделей іноземних компаній приписується ринковим юрисдикціям. Зазначена форма організації бізнесу та її наслідки зумовлені насамперед технологічним розвитком, а не податковими стимулами. У цьому контексті прив'язка оподаткування до серверів поступово втрачає актуальність, і майбутнє регулювання має враховувати нові технологічні рішення. Функції та активи компаній можуть бути розподілені між багатьма країнами, однак така гнучкість має межі: діяльність із розроблення нематеріальних активів реалізується там, де працює кваліфікований персонал. Крім того, надання високоякісних

цифрових послуг кінцевим користувачам вимагає наявності певних інфраструктурних можливостей у безпосередній близькості до ринків збуту.

На мою думку, аналіз цифрових бізнес-моделей секторів B2C і B2B, а також процесів диджиталізації традиційних галузей переконливо демонструє системну невідповідність між сучасними механізмами створення вартості та чинними правилами міжнародного оподаткування. Вважаю, що ключовою особливістю цифрових моделей є відокремлення ринків збуту від центрів прийняття стратегічних рішень і розроблення нематеріальних активів, що призводить до концентрації оподатковуваного прибутку переважно в юрисдикціях резидентності материнських компаній або регіональних центрів.

На мою думку, процеси цифровізації традиційного бізнесу додатково ускладнюють застосування класичної концепції податкового зв'язку. Створення інноваційних центрів, централізація цифрових функцій та розвиток внутрішніх ІТ-ландшафтів призводять до того, що додатковий прибуток від підвищення ефективності та нових джерел доходу приписується юрисдикції, де зосереджено висококваліфікований персонал і приймаються ключові управлінські рішення. Водночас ринкові юрисдикції, у яких відбувається комерціалізація результатів цифрової трансформації, залишаються з мінімальною часткою оподатковуваного прибутку.

Окрім непрямих емпіричних доказів, немає надійних наукових знань про те, чи впливає ступінь цифровізації на прийняття корпоративних рішень, мотивованих сплатою податків. На цьому фоні ОЕСР бачить як ризик завищення, так і заниження відповідних податкових проблем [44, с. 41]. Потрібні подальші дослідження та ґрунтовні політичні дискусії для аналізу впливу чинної системи оподаткування на цифрові бізнес-моделі, фіскальну конкуренцію, а також для оцінки можливих варіантів реформ і їх наслідків для корпоративних рішень та податкових надходжень.

Проблеми оподаткування цифрових бізнес-моделей останніми роками все частіше відображаються у правозастосовній практиці різних держав. Предметом спорів стають, зокрема, питання оподаткування ПП, діяльність яких здійснюється в умовах цифровізації та відповідно до її принципів.

Складність визначення податковими органами ПП є одним із центральних питань у межах плану BEPS. Багатостороння конвенція ОЕСР щодо виконання заходів, що стосуються податкових угод, з метою протидії розмиванню податкової бази та виведенню прибутку з-під оподаткування (далі – Багатостороння конвенція ОЕСР, MLI) [45] спрямована на усунення цієї правової прогалини шляхом внесення поправок до визначення постійного представника. Відповідно до ст. 12(1) Багатосторонньої конвенції ОЕСР, залежний агент розглядатиметься як ПП свого принципала, якщо агент зазвичай укладає контракти або зазвичай відіграє основну роль, що призводить до укладання контрактів, які регулярно укладаються без істотних змін з боку принципала. Саме ці питання стали предметом розгляду судових органів, рішення яких стимулювали подальші дискусії та законодавчі зміни.

Деякі з останніх судових справ, пов'язаних зі створенням ПП в умовах диджиталізації, зосереджуються на аналізі місця діяльності та фактичної присутності. Наприклад, еволюція підходу податкового аудиту до проблем ПП у цифровій економіці була особливо помітною в нещодавній справі в Італії. На відміну від попередніх аудитів, податкові органи не акцентували увагу на агентському ПП, а аналізували, чи мала компанія «постійне місце діяльності» в Італії. У цьому контексті, замість традиційних офісів, заводів чи обладнання, суд розглядав сервери, комп'ютери, кабелі, алгоритми та оптичні волокна, які вважалися еквівалентними для цілей ведення бізнесу в країні. Податкові органи стверджували, що сама лише наявність високотехнологічної інфраструктури в Італії, розміщеної у центрах обробки даних, які належать третім сторонам і використовуються виключно для передачі інформації (що дозволяло кваліфікувати

такі центри як сервери), може вважатися постійним місцем діяльності. Це можливо навіть за відсутності персоналу, агентів, офісів або власних серверів компанії в Італії, оскільки «мережа доставки контенту» не є допоміжною щодо основної підприємницької діяльності [46-47]. ПП, яке виникає у зв'язку з цифровими послугами, залишається новою проблемою для податкових органів у різних державах.

Одним із показових прикладів є діяльність компаній групи Alphabet Inc., які демонструють, як цифрова бізнес-модель може генерувати значні прибутки, використовуючи інфраструктуру, що функціонує переважно поза юрисдикцією ринку збуту.

У 2018 році Alphabet Inc., материнська компанія Google, повідомила про річний дохід понад 110 млрд. дол. США. Близько 90% цього доходу та більша частина річного зростання групи були отримані від рекламного бізнесу, який здійснюється дочірньою компанією Google. Унаслідок цього Google збільшила свою ринкову частку приблизно до 37% світового ринку онлайн-реклами. Основою рекламного бізнесу Google є її власна рекламна платформа Google Ads (до 2018 року - AdWords). Реклама Google Ads інтегрована практично в усі веб-ресурси Google: будь-яке рекламне оголошення, яке користувач бачить після входу в Gmail, YouTube, Google Maps та інші сервіси, миттєво генерується через платформу Google Ads. Окрім показу реклами у власній медійній мережі, Google Ads забезпечує розміщення рекламних оголошень на веб-сайтах третіх сторін, видавці яких виступають «афілійованими маркетологами» і отримують комісію за надання рекламних площ [48-49].

Щоб рекламодавець отримав перше місце в рекламній видачі за певними ключовими словами, його ставка має перевищити ставки інших рекламодавців, що змагаються за ті самі слова. Вищі ставки отримують пріоритетні позиції, тоді як нижчі можуть не відобразитися взагалі. Ставки здійснюються через протокол Google Ads у режимі реального часу – програмний миттєвий аукціон, під час якого

рекламний інвентар Google (власні сайти та сайти партнерів) продається тому, хто запропонував найвищу ставку за конкретне ключове слово. Рекламодавці сплачують лише за фактичні переходи («ціна за клік») або за кількість показів у видимій частині екрана («ціна за тисячу видимих показів», vCPM) [50].

Враховуючи складність оптимізації рекламних кампаній у Google Ads і значні бюджети, необхідні для створення ефективних онлайн-пропозицій, рекламодавці часто залучають зовнішніх консультантів Google Ads. У межах програми Google Partners Google сертифікує кваліфікованих фахівців, які допомагають клієнтам оптимізувати рекламні кампанії. Такі консультанти взаємодіють із Google від імені рекламодавців і зазвичай отримують фіксовану винагороду. Преміум-партнери Google можуть отримати спеціальне керування обліковим записом, тобто Google призначає співробітника для безпосередньої підтримки партнера. Крім того, після досягнення певного рівня витрат на Google Ads рекламодавцю також надається спеціальний менеджер облікового запису, який працює у структурі Google, як правило, у місцевій дочірній компанії. В інших випадках Google забезпечує лише загальну технічну підтримку, що доповнює функціональність онлайн-реклами. Ця подвійна модель роботи Google описується як організація прямих продажів (англ., the direct sales organization, DSO), орієнтована на рекламодавців із великими бюджетами та активною участю персоналу Google у країні розміщення ринку, і організація онлайн-продажів (англ., the online sales organization, OSO), яка охоплює рекламу з невеликими бюджетами та працює дистанційно з мінімальним залученням співробітників Google.

У 2012 році, після низки обшуків в офісах Google у Парижі та на підставі інформації, отриманої від податкових органів Ірландії, США та Нідерландів, податкові органи Франції дійшли висновку, що у 2005–2010 роках Google Ireland – компанія-нерезидент із місцем реєстрації в Дубліні – здійснювала професійну діяльність у Франції через ПП. Йшлося про продаж рекламного простору онлайн.

Французькі податкові органи вважали, що Google Ireland діяла через ПП у Франції у значенні ст. 2(9)(с) Французько-ірландської податкової угоди [51].

Вважалося, що працівники Google France діяли від імені Google Ireland і зазвичай мали у Франції повноваження укладати контракти від імені Google Ireland. Унаслідок цього частина винагороди, сплаченої Google Ireland компанії Google Netherlands у 2009 і 2010 роках, у тій мірі, в якій вона стосувалася діяльності, здійснюваної французьким ПП, мала бути віднесена саме до діяльності цього ПП.

Задекларований Google France прибуток був мінімальним порівняно із загальним прибутком, отриманим на французькому ринку онлайн-реклами, і повністю походив з виконання внутрішньогрупової угоди про надання послуг материнській компанії Google Ireland. Згідно з цією «угодою про маркетинг і послуги» (MSA), підписаною в 2002 році та незмінною з того часу, Google France надаватиме Google Ireland «усі послуги та допомогу, необхідні Google Ireland щодо маркетингової підтримки та підтримки продажу інтернет-послуг у Франція». Ці послуги включали «маркетингові послуги та демонстрацію Інтернет-сервісів Google», а також «аналіз ринку та стратегічний аналіз, включаючи пошук потенційних клієнтів, яким можна було б продати послуги» [48].

Під час розгляду справи Апеляційний адміністративний суд зазначив, що за результатами розслідувань податкових органів встановлено: відповідно до угоди про надання послуг із Google Ireland, Google France здійснювала комерційний пошук потенційних французьких рекламних клієнтів з найбільшими бюджетами, пропонуючи їм допомогу у використанні програми AdWords. Водночас нічого не свідчило про те, що згідно з цією угодою Google Ireland очікувала, що Google France підписуватиме контракти з клієнтами від її імені. Той факт, що співробітники Google France контактували з французькими клієнтами Google DSO та допомагали їм у виборі ключових слів, дати та тривалості онлайн-реклами їхнього бренду в межах максимального бюджету рекламної кампанії, не означає, що Google Ireland надала Google France повноваження укладати договори від свого імені. Той самий

висновок стосувався й того, що компанія Google Ireland накладала свій електронний підпис на контракти, систематично перевіряла їх перед підписанням і могла відмовитися підписувати окремі договори, а запуск рекламних кампаній відбувався лише після підписання контрактів.

Апеляційний адміністративний суд також зауважив, що, всупереч твердженням податкових органів, офіси та персонал Google France, залучені до виконання спеціальної діяльності відповідно до угоди про надання послуг із Google Ireland, не можуть вважатися підставою для існування ПП.

25 квітня 2019 року апеляційний суд Парижа підтвердив, що Google Ireland не має ПП у Франції [52]. У зв'язку з паралельною кримінальною справою щодо ухилення від сплати податків Google погодилася виплатити 1 млрд євро відповідно до угоди про відмову від судового переслідування.

У цьому спорі французькі податкові органи дійшли висновку, що Google Ireland здійснювала продаж онлайн-реклами у Франції через ПП. Частина ліцензійних платежів, що передавалися Google Ireland компанії Google Netherlands Holdings, також було віднесено на користь ПП у Франції. Загальна сума податкових коригувань перевищила 1,1 млрд євро. Крім основної діяльності пошукової системи, Google пропонує послугу онлайн-реклами AdWords, у межах якої рекламодавці отримують консультаційну підтримку та комерційні послуги від Google France. Остання отримує винагороду за принципом «витрати плюс 8%» відповідно до угоди про маркетинг і послуги з Google Ireland.

За твердженням французьких податкових органів, незважаючи на відсутність офіційних повноважень, Google France фактично уклала угоди про онлайн-рекламу від імені Google Ireland. Звідси й висновок, що Google France слід розглядати як залежного агента Google Ireland відповідно до ст. 2(9)(с) Конвенції про уникнення подвійного оподаткування між Францією та Ірландією.

Першим спірним питанням було те, чи можна вважати Google France залежним агентом Google Ireland, враховуючи відсутність формального контролю

над її діяльністю. Друге питання стосувалося того, чи можна кваліфікувати Google France як ПП Google Ireland у значенні ст. 2(9)(с) вказаної Конвенції. Суд зазначив, що хоча діяльність Google France є важливою для укладення угод з рекламодавцями, жодні її дії не можуть бути розцінені як фактичне здійснення повноважень щодо укладення контрактів від імені Google Ireland. Розміщення рекламних оголошень і ціноутворення визначаються внутрішніми бізнес-процесами Google Ireland. Відповідно, хоча Google France і є залежним агентом Google Ireland, її діяльність не свідчить про наявність у неї повноважень укладати контракти від імені Google Ireland, що виключає можливість кваліфікації як ПП у Франції. Суд також остаточно підтвердив, що Google France є залежним агентом Google Ireland, але не має повноважень на укладення договорів від її імені, що унеможливорює визнання Google France ПП Google Ireland у Франції.

Справа Google порушує питання, чому в центрі уваги не опинилося з'ясування того, чи є винагорода, отримана французькою дочірньою компанією від іноземної материнської компанії, достатньою для послуг, які вона надає відповідно до умов, передбачених угодою між компаніями. Враховуючи той факт, що Апеляційний адміністративний суд постановив, що Google Ireland не створює ПП у Франції, цілком логічно, що подальший аналіз мав стосуватися віднесення прибутку до ймовірного агентського ПП. Якби суд дійшов протилежного висновку, неможливо було б визначити, яку частину прибутку слід було б віднести до ПП, не порушивши принципу витягнутої руки щодо 8% винагороди, яку Google Ireland виплачує Google France, або не створивши ризику подвійного оподаткування.

Ще одне значуще судове рішення у Франції було прийнято у справі Zimmer Limited [53-54]. Zimmer Limited була компанією з податковим резидентством у Великобританії, яка поширювала свою продукцію на французький ринок через французьку дочірню компанію Zimmer SAS за моделлю купівлі-продажу. У 1995 році група реструктурувала свою систему розподілу, перейшовши на схему коміонера, що передбачало передачу активів, запасів і дебіторської

заборгованості клієнтів від Zimmer SAS до Zimmer Limited, оскільки після реорганізації Zimmer SAS діяла лише як комісіонер. Проте французькі податкові органи розглядали Zimmer SAS як агентське ПП материнської компанії та оподаткували прибуток Zimmer Limited, що, на їхню думку, мав бути віднесений до такого ПП. Група оскаржила цей висновок. Ключовим питанням справи було тлумачення формулювання «укладення договорів від імені підприємства» у ст. 5(5) ДТС, текст якої був ідентичним відповідному положенню Модельної конвенції ОЕСР. Коментар до ст. 5 був змінений у 1995 р. шляхом додавання абз. 32.1, який роз'яснив, що умова укладення контрактів від імені підприємства вважається виконаною також у випадках, коли укладені контракти юридично зобов'язують принципала, навіть якщо вони не укладаються формально від його імені. За французьким комерційним правом комісіонер не створює юридичних зобов'язань для принципала своїми договорами. Тому виникло питання, чи застосує суд економічний підхід (подібний до швейцарського) чи дотримуватиметься правового підходу, який відповідає Модельній конвенції ОЕСР та її коментарям. Хоча Апеляційний суд підтримав позицію податкових органів, віддаючи перевагу підходу «суть над формою», Верховний суд дійшов протилежного висновку: у 2010 році він постановив, що основне підприємство має бути особисто (юридично) зобов'язане контрактами, щоб умова ст. 5(5) вважалася виконаною. Оскільки замовники могли пред'являти вимоги за договорами лише до комісіонера, діяльність Zimmer SAS не створювала ПП Zimmer Limited у Франції.

У справі щодо The Spanish Dell case [55] 20 червня 2016 року Верховний суд Іспанії (іспн., Tribunal Supremo, TS) ухвалив рішення про створення ПП в іноземних юрисдикціях. Справа стосувалася суперечки між податковою адміністрацією Іспанії та групою Dell щодо того, чи має Dell Ireland ПП в Іспанії відповідно до статей 5(1) і 5(5) Угоди про уникнення подвійного оподаткування між Іспанією та Ірландією (1994) [56].

Dell Ireland відповідала за комерціалізацію комп'ютерів Dell у Європі. Оскільки в неї не було ні персоналу, ні приміщень за межами Ірландії, продажі здійснювалися через місцеві філії, розташовані в інших країнах Європи. Однією з таких філій була Dell Spain, яка діяла як дистриб'ютор продукції Dell на іспанському ринку. Компанія також виконувала низку допоміжних завдань, що доповнювали функції продажу, зокрема технічну підтримку, логістику, складування, маркетинг, післяпродажне обслуговування та адміністрування іспанського інтернет-магазину. Спочатку Dell Spain виступала як повноцінний дистриб'ютор. У 1995 році група Dell провела реструктуризацію моделі продажів: клієнтський портфель було передано ірландській компанії, яка одночасно взяла на себе ризики, пов'язані з інвентаризацією, гарантійними зобов'язаннями та клієнтськими претензіями. За новою структурою продажів Dell Spain стала комісіонером, а Dell Ireland принципалом. Dell Spain здійснювала продажі на іспанському ринку від свого імені, але за рахунок Dell Ireland.

Іспанські податкові органи стверджували, що Dell Ireland мала ПП в Іспанії з огляду на організацію її комерційної діяльності. На їх думку, ПП існувало з двох причин: по-перше, приміщення Dell Spain були постійним місцем діяльності, через яке Dell Ireland здійснювала бізнес; по-друге, Dell Spain діяла як залежний агент Dell Ireland. Крім того, податкові органи зазначали, що онлайн-магазин, орієнтований на іспанський ринок, також можна розглядати як віртуальне ПП Dell Ireland, навіть попри відсутність сервера в Іспанії, оскільки вебсайт обслуговувався іспанським персоналом, а Dell Spain опрацьовувала замовлення, зроблені через онлайн-магазин.

Платник податків оскаржував цю позицію. На думку Dell, Dell Ireland не могла мати ПП в Іспанії. По-перше, приміщення Dell Spain не перебували у розпорядженні Dell Ireland. По-друге, Dell Spain діяла від свого імені, а не від імені Dell Ireland, і тому не могла вважатися залежним агентом.

У зв'язку з цим до Центрального господарсько-адміністративного суду (іспн., Tribunal Económico-Administrativo Central, TEAC) було передано два питання: чи може Dell Spain бути визнана ПП Dell Ireland та, якщо так, який обсяг прибутку може бути віднесений до діяльності такого ПП.

У справі Dell іспанські суди застосували дуже розширене тлумачення поняття ПП. Це має значні практичні наслідки для платників податків і податкових органів у контексті реструктуризації бізнесу, комісійних моделей і віддаленої комерційної діяльності іноземних компаній в Іспанії. Рішення у справі Dell демонструють, що іспанські суди підтримують підхід податкових органів, спрямований на визнання ПП іноземних компаній на території Іспанії навіть у випадках, коли діяльність здійснюється через комісіонерські структури або дистанційні операції.

На мою думку, наведений блок судової практики (Google у Франції, Zimmer у Франції, Dell в Іспанії) наочно демонструє центральну методологічну проблему сучасного міжнародного оподаткування: чинні критерії формування постійного представництва (ПП) і правила атрибуції прибутку часто “розходяться” з економічною реальністю цифрових бізнес-моделей, у яких значна частина вартості створюється через дані, мережеві ефекти, алгоритмічне ціноутворення та інтегровані глобальні ланцюги створення вартості.

Вважаю, що справа Google Ireland / Google France ілюструє обмеженість “класичного” агентського тесту ПП, який фактично зводиться до юридично формалізованого критерію наявності повноважень укладати договори. На мою думку, судове встановлення того, що участь персоналу Google France у комерційному пошуку клієнтів, допомозі в налаштуванні рекламних кампаній та супроводі ключових рекламодавців не дорівнює здійсненню повноважень на укладення контрактів, підтверджує: економічна суттєвість функцій “на ринку” ще не означає автоматичного виникнення ПП, якщо контракти юридично укладаються та затверджуються за межами держави ринку.

На мою думку, особливо показовим у справі Google є те, що фокус спору зосередився на наявності/відсутності ПП, тоді як питання достатності компенсації місцевої структури за принципом трансфертного ціноутворення (“витрати плюс 8%”) опинилося на периферії. Вважаю, що у випадках, коли суд відмовляє у визнанні ПП, саме перевірка відповідності винагороди локальної компанії принципу «витягнутої руки» стає критичною для справедливого оподаткування та для запобігання ерозії бази оподаткування у ринковій юрисдикції. Водночас, як на мене, у разі протилежного висновку (визнання ПП) виникла б ще складніша проблема: як атрибутувати прибуток до агентського ПП, не створивши подвійного оподаткування та не «подвоївши» той самий прибуток, уже частково відображений через винагороду за внутрішньогруповими договорами.

Я вважаю, що справа Zimmer є класичним прикладом конфлікту між економічним (substance-over-form) і юридичним (формальним) підходами до інтерпретації умови «укладення договорів від імені підприємства». Верховний суд Франції фактично підтвердив: якщо за національним приватним правом комісіонер не створює юридичних зобов'язань для принципала, то навіть економічно інтегрована модель збуту може не утворювати ПП. На мою думку, це демонструє обмеження традиційної договірної архітектури: податковий результат надмірно залежить від конструкцій комерційного права, а не від реального внеску юрисдикції ринку у формування доходу.

Разом із тим я дійшов висновку, що справа Dell в Іспанії показує протилежну тенденцію: судове «розширювальне» тлумачення ПП у відповідь на реструктуризації (перехід до комісіонерської моделі), дистанційні продажі та цифрові канали взаємодії з клієнтами. На мою думку, підхід іспанських органів та судів, які намагалися одночасно аргументувати ПП через «fixed place» (приміщення місцевої структури), через залежного агента та навіть через ідею «віртуального ПП» (онлайн-магазин без сервера в державі), свідчить про прагнення ринкової юрисдикції захистити свою податкову базу у ситуації, коли класичні критерії

фізичної присутності не відображають цифрову комерційну реальність. Водночас вважаю, що надмірно широке тлумачення створює ризик непередбачуваності, а отже – ризик подвійного оподаткування і зростання кількості спорів.

У підсумку я переконаний, що зіставлення французьких (Google, Zimmer) та іспанських (Dell) підходів демонструє фрагментацію практики застосування ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР у цифровому контексті.

На основі проведеного науково-правового аналізу судових справ та бізнес-моделей, що використовуються в епоху диджиталізації, можна стверджувати, що традиційні правила міжнародного оподаткування потребують визначення додаткових критеріїв зв'язку (nexus), із якими пов'язується рівень оподаткування ПП з урахуванням специфіки діяльності в цифровій економіці. Відомо, що для ПП основним критерієм є територіальний зв'язок, який дозволяє реалізовувати податкові повноваження держави джерела, забезпечуючи збалансованість між винятковим оподаткуванням країни резидентства та правом ринкової держави на її частку податків від господарської діяльності, що здійснюється на її території. Проте на сьогодні немає чіткої відповіді, чи можуть ці критерії залишатися єдиною підставою для оподаткування в умовах диджиталізації. Очевидно, що традиційна концепція ПП не може бути повністю адаптована до оподаткування в цифрову епоху через її несумісність із особливостями віртуального середовища. Водночас, з огляду на гнучкість і широке тлумачення, ПП все ж може бути пристосоване до нової реальності шляхом розширення його змісту щодо не лише фізичної присутності, а й присутності у віртуальному просторі за вдосконаленою концепцією «значної цифрової присутності», детальний аналіз якої буде подано в наступних частинах цього дослідження. Метою зазначеної концепції є визначення оподаткованого зв'язку між цифровими компаніями та юрисдикціями, у межах яких вони здійснюють господарську діяльність, навіть за відсутності традиційної фізичної присутності, а також формування правил розподілу прибутку всередині країни відповідно до значної цифрової присутності. Таким чином, відповідь на

поставлене питання загалом є позитивною: можна зберегти наявний суттєвий зміст (ядро) концепції ПП шляхом додавання окремих спеціальних елементів, які враховують особливості диджиталізації. Відповідно до ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР, основним обґрунтуванням традиційного ПП є те, що держава може оподатковувати підприємство-нерезидента лише тоді і лише в тій мірі, у якій його прибуток може бути визнаний отриманим у цій державі, тобто якщо бізнес такої компанії має достатній економічний зв'язок із країною. Тому подальший аналіз слід зосередити на концепції достатнього економічного зв'язку, оскільки саме вона визначає наявність оподаткованої присутності, а також юридичну функцію ПП. Юридична функція ПП полягає у визначенні права держави-джерела зберігати податковий суверенітет щодо доходів від бізнесу, пов'язаного з її територією. Отже, ПП виконує вагомую функцію в міжнародному податковому праві, виступаючи правилом зв'язку та засобом забезпечення оподаткування іноземних підприємств.

Для цілей зв'язку ПП рівень економічної інтеграції між підприємством-нерезидентом і ринковою юрисдикцією має бути достатньо високим, щоб надати державі право на оподаткування. Таким чином, зміст чинного визначення ПП може бути доповнений або розширений шляхом адаптації його до особливостей нової віртуальної реальності, тоді як традиційна функція ПП має залишатися незмінною навіть в епоху диджиталізації. Це означає, що у разі застосування концепції значної цифрової присутності як можливого критерію зв'язку для ПП необхідно, щоб відповідно до юридичної функції ПП цифровий бізнес мав достатньо міцні економічні зв'язки, які б передавали право на оподаткування країні походження доходу. Зокрема, багатонаціональні підприємства можуть створювати вартість у країнах, які наразі не оподатковують їхню діяльність за відсутності фізичної присутності підприємства. Така ситуація створює ненавмисні можливості для ухилення від оподаткування під час ведення цифрового чи віддаленого бізнесу. Чинні фізичні межі ПП фактично діють як бар'єр, що перешкоджає державі, на території якої створюється вартість, реалізовувати свій податковий суверенітет.

## **Висновки до розділу 1**

ПП є важливою складовою міжнародного податкового права та визначає правила оподаткування доходів іноземних платників податків у державі джерела доходу. Наявність ПП дає змогу встановити реальний рівень залучення нерезидента до господарської діяльності на території іноземної держави. ПП виступає комплексною категорією податкового права, покликаною забезпечити справедливий порядок оподаткування діяльності іноземної організації на території держави джерела.

У теорії та практиці вже було визнано, що концепція ПП охоплює не лише значну фізичну присутність, але й ситуації, коли нерезидент здійснює діяльність у певній країні через залежного агента. В умовах цифрової економіки стало можливим активно впливати на економічне життя іншої держави, зокрема через взаємодію з її клієнтами в онлайн-середовищі, не створюючи оподатковуваної присутності. За таких умов постає питання про те, чи забезпечують чинні правила справедливий розподіл податкових прав між державою резидентства та державою ринку, особливо в ситуаціях, коли прибутки від цифрової діяльності фактично залишаються неоподаткованими.

Поняття ПП слід розглядати як сукупність критеріїв, що дозволяють визначити, чи має нерезидент у певній державі достатній рівень присутності для виникнення її податкової юрисдикції щодо доходів від підприємницької діяльності.

В умовах цифрової економіки виникає потреба у розширенні визначення ПП у ПКУ та виокремленні критеріїв оподаткування цифрової діяльності нерезидентів. Це необхідно для нормативного закріплення обмежень і умов, за яких іноземні цифрові компанії можуть визнаватися такими, що створюють ПП в Україні.

Одним з ключових викликів податкового права в умовах диджиталізації є визначення меж податкового суверенітету держави та його реалізації. Цифрова економічна діяльність істотно ускладнює можливість держав здійснювати свій

податковий суверенітет, оскільки за межами власної території держава може застосовувати податкову юрисдикцію лише за наявності відповідного правового зв'язку, встановленого міжнародним договором або іншими критеріями прив'язки. Для обґрунтування поширення податкової юрисдикції необхідно довести наявність легітимного зв'язку (*legitimate link*) між доходом або особою та державою. В умовах диджиталізації визначення таких критеріїв і механізмів доведення наявності зв'язку стає дедалі складнішим.

Під час проведення наукового дослідження виокремлено низку критеріїв визначення ПП, серед яких визначальним традиційно вважається існування фіксованого місця діяльності. Це передбачає просторовий зв'язок між місцем здійснення діяльності та територією держави, а також регулярність провадження господарських операцій. Однак у цифровій економіці критерій просторового зв'язку втрачає релевантність, оскільки цифрові компанії здатні повністю керувати діяльністю дистанційно та отримувати дохід у юрисдикції без будь-якої фактичної присутності.

Додатковою проблемою є неможливість застосування часових меж діяльності за класичними підходами, адже інтенсивність діяльності цифрової компанії на території певної держави визначається не поведінкою самої компанії, а активністю користувачів. Унаслідок цього діяльність може набути ознак регулярності незалежно від того, чи здійснює компанія будь-які дії в межах території держави.

Головна дискусія навколо оподаткування цифрової економіки полягає у визначенні розподілу податкових прав між державами щодо цифрових бізнес-моделей. Відповідно, у дослідженні окреслено дві ключові проблеми: встановлення зв'язку між цифровою компанією та певною податковою юрисдикцією та подальший розподіл прибутку після встановлення такого зв'язку.

У цьому контексті актуальними є такі питання:

- відмінності у підходах до оподаткування цифрових і традиційних компаній;

- потенціал міжнародних актів та національного законодавства щодо врегулювання податкових викликів цифровізації;
- можливість існування альтернативних податкових рішень, здатних ефективно усунути прогалини чинної системи;
- спроможність класичної концепції ПП забезпечити розподіл податкових прав щодо цифрової діяльності.

Проблеми оподаткування ПП в Україні в умовах цифровізації набувають особливої актуальності, оскільки за чинним законодавством іноземні цифрові компанії можуть отримувати значний дохід на українському ринку, виводячи прибуток за кордон, попри те що економічна вартість створюється переважно українськими користувачами. Тому національні правила оподаткування ПП потребують перегляду з урахуванням таких принципових підходів:

- визнання участі користувачів як одного з основних факторів створення вартості для цифрових підприємств;
- визначення компаній у межах корпоративної групи, діяльність яких має пов'язуватися з користувачами та прибутком, що виникає завдяки взаємодії з ними;
- надання Україні податкових прав щодо таких компаній-нерезидентів навіть за відсутності традиційного ПП;
- встановлення механізму розподілу прибутку, що виникає в результаті діяльності користувачів.

Наразі країни-члени використовують дві широкі інтерпретації пункту 1 ст. 7. Незважаючи на те, що різні підходи можуть дати подібний результат у ряді випадків, поточна відсутність консенсусу є незадовільною, оскільки це призводить до реального ризику подвійного оподаткування, особливо у випадках, коли одна юрисдикція використовує підхід «функціонально відокремленої особи», а інша юрисдикція використовує підхід «відповідної господарської діяльності» [57].

Сучасна ділова практика та розвиток глобальної торгівлі й електронної комерції зумовлюють зростання кількості подібних ситуацій. З позиції

практичності більш прийнятним видається підхід «функціонально відокремленого суб'єкта господарювання», оскільки він не встановлює обмежень щодо частки прибутку, що може бути віднесена до ПП, та не створює ризику викривлення результатів під час визначення прибутку відповідно до принципу «витягнутої руки».

Разом із тим аналіз міжнародних ініціатив ОЕСР, Європейського Союзу та судової практики окремих держав свідчить, що на сьогодні відсутній уніфікований підхід до адаптації концепції постійного представництва до умов цифрової економіки. Запропоновані рішення – зокрема концепція значної цифрової присутності, віртуального постійного представництва, а також запровадження глобального мінімального оподаткування в межах Правил GloBE – мають фрагментарний характер і спрямовані насамперед на усунення окремих наслідків диджиталізації, а не на системне оновлення критеріїв податкового зв'язку та правил атрибуції прибутку. У результаті міжнародна податкова система продовжує функціонувати на основі концептуальних конструкцій, сформованих за інших економічних умов, що обмежує її здатність забезпечувати справедливий та ефективний розподіл податкових прав.

Крім того, збереження домінування підходів, заснованих виключно на фізичній або агентській присутності, створює передумови для асиметрії податкових навантажень між цифровими та традиційними компаніями. Цифрові транснаціональні корпорації отримують можливість масштабної економічної присутності на ринках без пропорційного податкового навантаження, що порушує принцип податкової нейтральності та справедливості. У цьому контексті постійне представництво дедалі більше втрачає роль універсального інструменту встановлення податкової юрисдикції і потребує концептуального переосмислення як елементу ширшої системи nexus-правил, адаптованих до цифрових моделей створення вартості.

З юридичної точки зору наведені положення підтверджують, що інститут постійного представництва виконує не лише фіскальну, а насамперед юрисдикційну та гарантійну функцію у міжнародному податковому праві. ПП є правовим механізмом, за допомогою якого держава джерела легітимізує поширення своєї податкової юрисдикції на нерезидента, не порушуючи при цьому принципів суверенної рівності держав, правової визначеності та *pacta sunt servanda* у сфері міжнародних податкових договорів. Саме тому ПП слід розглядати як юридичний поріг (threshold), досягнення якого трансформує економічну діяльність нерезидента у податково значущий юридичний факт.

Для України з юридичної точки зору критично важливо не лише розширити визначення ПП у ПКУ, а й інституціоналізувати нові критерії податкового зв'язку з дотриманням принципів верховенства права, узгодженості з міжнародними договорами та передбачуваності для платників податків. Визнання ролі користувачів у створенні вартості, цифрової регулярності діяльності та економічної залученості має бути оформлене як чітка правова модель, а не як виняток із класичних правил.

З огляду на викладене, подальший розвиток інституту постійного представництва має ґрунтуватися на поєднанні оновлених критеріїв податкового зв'язку з удосконаленими підходами до визначення та розподілу прибутку. Для України це означає необхідність поступового перегляду національного податкового законодавства з урахуванням міжнародних тенденцій, але водночас – із збереженням балансу між податковим суверенітетом держави та зобов'язаннями за міжнародними договорами. Саме ці питання формують теоретичну та практичну основу для подальшого дослідження проблем визначення прибутку постійного представництва в умовах цифрової економіки, що розглядається у наступних розділах дисертації.

## РОЗДІЛ 2

### ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВИЛ ДЛЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРИБУТКУ ПОСТІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА В УМОВАХ ДИДЖИТАЛІЗАЦІЇ

#### **2.1. Міжнародні податкові реформи та їх імплементація у сфері визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації**

Поняття ПП становить основний елемент міжнародної системи оподаткування, оскільки визначає розподіл податкових прав між державою джерела доходу та державою резидентства компанії, а також порядок справедливої участі головного офісу та інших юрисдикцій у процесі оподаткування. У контексті диджиталізації саме ПП опинилося в центрі глобальних реформ: протягом останніх трьох десятиліть запропоновано значну кількість підходів і можливих рішень щодо уточнення його дефініції та механізмів визначення прибутку. Ці ініціативи стали фундаментом для сучасних міжнародних податкових реформ, спрямованих на адаптацію принципів розподілу прибутку до цифрових бізнес-моделей і забезпечення узгодженості між країнами при імплементації нових правил оподаткування в епоху цифрової економіки.

У 1998 році ОЕСР провела конференцію в Оттаві (Ottawa Conference) як одну з перших спроб звернути увагу на розвиток цифрової економіки та диджиталізації. У висновках, викладених у рамках конференції [58], було встановлено, що електронна комерція буде глобальною концепцією для визначення ПП. У 2001 році в наступному звіті ОЕСР обговорювалося, коли саме сервер вважатиметься ПП, і було зроблено висновок, що сервер, розташований у певному місці протягом достатнього періоду, буде постійним місцем діяльності. У звіті підкреслювалося, що «питання про те, чи є комп'ютерне обладнання в даному місці постійним представництвом, залежить від того, чи перевищують функції, які виконує це

обладнання, підготовчий чи допоміжний характер, що може бути вирішено лише в аналізі кожного конкретного випадку». Вважаємо, що звуження аналізу для визначення ПП лише до розташування сервера ніколи не було вдалим підходом, оскільки для встановлення наявності ПП необхідно враховувати й інші фактори, на що, власне, й звертає увагу ОЕСР.

Підсумки Оттавської конференції закріпили низку принципів, які розглядаються як основа для майбутніх правил оподаткування в умовах диджиталізації [59], зокрема нейтральність, ефективність, визначеність, простоту та гнучкість. Було визнано, що цифрова економіка принесе суттєві зміни в економічні процеси, а податкові рішення для нової реальності не повинні створювати спотворень між традиційною та цифровою економікою. Специфіка цифрової економіки, зокрема нематеріальний характер цифрових товарів, означає, що фізична присутність не завжди є обов'язковою умовою для взаємодії з клієнтами. Це підсилює тиск на чинні моделі оподаткування, оскільки стає дедалі складніше визначити юрисдикцію, у якій фактично створюється вартість, що, своєю чергою, спричиняє ризики BEPS [60, с. 10].

Проведений у попередньому розділі аналіз дозволив прийти до висновку, що історичний підхід до визначення ПП на основі фізичної присутності є концептуально застарілим в умовах цифрової трансформації глобальної економіки. Аналіз рекомендацій ОЕСР, починаючи з Оттавської конференції 1998 року та подальших звітів 2001 року, свідчить про поступове, але недостатньо радикальне переосмислення поняття ПП. Хоча спроби кваліфікації сервера як критерію ПП є кроком уперед, обмеження аналізу лише технічною інфраструктурою (сервером) фактично не відповідає сучасним бізнес-моделям, у яких створення вартості ґрунтується на нематеріальних активах, таких як користувацькі дані, алгоритмічна обробка, цифрові платформи та форми онлайн-взаємодії.

В умовах, коли транснаціональні цифрові компанії можуть вести масштабну господарську діяльність на території юрисдикції без будь-якої фізичної

присутності, виникає потреба у суттєвому оновленні концепції ПП. Саме тому ініціативи BEPS (зокрема, Action 1 та Action 7) та розробка підходів SEP (Significant Economic Presence) пропонують альтернативні моделі, у яких критерієм для встановлення ПП слугує економічна, а не фізична присутність.

Сучасні дослідження, зокрема доповіді International Monetary Fund (IMF) та OECD Tax Challenges Arising from Digitalisation, указують, що податкова система, побудована виключно на фізичній присутності, стимулює агресивне податкове планування. За даними OECD (2020), понад 60% світового прибутку цифрових гігантів генерується в юрисдикціях, де компанії не мають зареєстрованих філій, що унеможливорює справедливе оподаткування в країнах-джерелах доходу.

Модель SEP, яку впроваджують Індія, Саудівська Аравія, Туреччина та інші юрисдикції, демонструє політичну волю до запровадження нових фіскальних правил, орієнтованих на реальний економічний ефект, а не формальні критерії. Крім того, прийняття правил Pillar One і Pillar Two забезпечує системний підхід до глобального перерозподілу податкових прав і встановлення мінімального податкового навантаження, що унеможливорює «податкову гонку на зниження».

Отже, на мою думку, Україна, орієнтуючись на кращі міжнародні практики, може успішно адаптувати концепції SEP та цифрового оподаткування до власного законодавства.

У 2013 році ОЕСР активізувала зусилля для вирішення проблем оподаткування в умовах цифрової економіки у відповідь на зростаючу громадську та політичну стурбованість щодо ухилення від сплати податків великими ТНК. Країни ОЕСР та G20 об'єднали зусилля та розробили План дій щодо подолання BEPS. План дій визначив 15 Action, спрямованих на забезпечення узгодженості внутрішніх правил, які впливають на транскордонну діяльність, посилення вимог до змісту в існуючих міжнародних стандартах, а також підвищення прозорості та визначеності [29, с. 3].

Після двох років роботи заходи у відповідь на 15 дій, у тому числі опубліковані у проміжній формі в 2014 році, були консолідовані в комплексний пакет і передані лідерам G20 у листопаді 2015 року. Пакет BEPS становить перше суттєве оновлення міжнародних податкових правил.

Цифрова економіка сама по собі не створює нових ризиків BEPS, але посилює існуючі [26, с. 11]. Країни ОЕСР визнали цю ідею та розглянули її в межах проекту BEPS. Хоча цифрова економіка не була єдиним об'єктом уваги, її виокремили як одну з найважливіших тем у контексті податкових викликів [60, с. 13]. Результатом цієї спільної думки є Action 1 BEPS, спрямована на вирішення податкових проблем цифрової економіки. Згідно з аналітикою OECD Tax Challenges Arising from Digitalisation (2020), більшість ТНК, зокрема цифрові гіганти, реалізують високі прибутки в юрисдикціях, де не мають ПП у класичному розумінні. Це веде до розмивання податкової бази (англ., base erosion) і переміщення прибутків у низькоподаткові або безподаткові юрисдикції (англ., profit shifting).

Проведений аналіз Action 1 BEPS дає змогу виокремити кілька концепцій, що мають суттєве значення для визначення ПП в умовах диджиталізації. Насамперед йдеться про концепцію «значної економічної присутності» (англ., significant economic presence, SEP) як потенційний критерій для встановлення ПП або, у випадку неможливості його чіткого визначення, для застосування податку на репатріацію чи інших форм оподаткування окремих видів цифрових транзакцій в іноземній юрисдикції. Концепція Significant Economic Presence, запропонована в межах BEPS Action 1, отримала подальший розвиток у практиці держав, що запровадили цифрові сервісні податки (англ., Digital Services Taxes, DST), зокрема Індії, Туреччини та Італії. Елементи цієї концепції інтегровані й у механізм розподілу прибутку Pillar One, який передбачає алокацію частини глобального прибутку до юрисдикції, де фактично формується споживча цінність (англ., user participation economy).

Аналіз напрацювань ОЕСР, починаючи з Оттавської конференції 1998 року, дає підстави стверджувати, що міжнародна податкова спільнота досить рано усвідомила трансформаційний потенціал цифрової економіки. Водночас, на мою думку, первинні підходи до адаптації концепції постійного представництва, зокрема зосередження уваги на сервері як можливому критерію його існування, не могли забезпечити адекватної відповіді на виклики цифровізації. Обмеження аналізу фізичною ІТ-інфраструктурою не враховує того, що в сучасних цифрових бізнес-моделях створення вартості дедалі більше залежить від нематеріальних факторів, таких як користувацькі дані, алгоритмічні процеси, цифрові платформи та мережеві ефекти.

На мою думку, саме визнання економічної, а не фізичної присутності як базового елементу податкового зв'язку стало ключовим концептуальним зрушенням у межах ініціатив BEPS. Action 1 і Action 7 BEPS, а також подальша розробка підходів Significant Economic Presence, відображають спробу адаптувати міжнародні податкові стандарти до цифрової економіки шляхом переорієнтації на реальний економічний ефект діяльності компаній у певній юрисдикції.

Звертає на себе увагу й той факт, що результати аналітичних досліджень ОЕСР та МВФ підтверджують структурну проблему чинної системи оподаткування: значна частина прибутків цифрових транснаціональних компаній генерується в юрисдикціях, де вони не мають постійного представництва у класичному розумінні. На мою думку, це свідчить не про зловживання окремих платників податків, а про системну невідповідність податкових правил сучасним бізнес-моделям.

Важливим нововведенням BEPS став MLI (2016), розроблений як механізм для внесення змін до багатьох договорів одночасно, щоб включити зміни BEPS. ОЕСР заявила, що:

– Багатостороння конвенція щодо імплементації заходів, пов'язаних з податковими угодами, спрямована на запобігання BEPS, встановлює мінімальні

стандарти для протидії зловживанням податковими угодами та удосконалює механізми вирішення спорів, зберігаючи при цьому гнучкість для врахування специфіки податкової політики окремих держав [45].

– Конвенція також надає можливість державам посилювати положення своїх податкових угод відповідно до рекомендацій, розроблених у межах проєкту OECD/G20 BEPS [61].

Новий інструмент транспонує результати проєкту OECD/G20 з розмивання податкової бази та переміщення прибутку (BEPS) у понад 2000 податкових угод по всьому світу.

Ухвалення Плану дій BEPS у 2013 році стало першим системним зрушенням у напрямі адаптації міжнародного податкового середовища до викликів цифрової економіки. Одним із ключових результатів цієї ініціативи є усвідомлення того, що цифровізація не лише створює нові бізнес-моделі, а й посилює наявні прогалини в податковому регулюванні. Зокрема, наявні податкові угоди не охоплювали випадків, коли компанії отримують прибутки в країні без фізичної присутності, але з істотним економічним впливом – що і стало предметом дослідження в рамках Action 1 BEPS.

Розробка MLI у 2016 році є безпрецедентним інструментом для швидкої трансформації податкових угод у дусі BEPS. Важливо, що MLI не просто запровадив мінімальні стандарти, але й забезпечив гнучкість для адаптації до специфіки кожної юрисдикції, що відкриває шлях до диференційованого, але скоординованого оподаткування.

Отже, результати BEPS та Action 1 створили потужну теоретичну й практичну основу для перегляду підходів до визначення прибутку ПП в умовах диджиталізації. Україна повинна активніше імплементувати ці підходи як через участь в OECD Inclusive Framework, так і через гармонізацію внутрішнього законодавства та податкових угод із новими міжнародними стандартами.

Сформована після 2013 року глобальна нормативна архітектура (BEPS, SEP, MLI) суттєво трансформує підходи до податкової присутності та розподілу прибутку. Цифрова економіка вже не сприймається як окрема ніша, а як нова системна реальність, що вимагає адаптивної податкової політики. Для України це відкриває можливості не лише щодо оновлення двосторонніх угод, а й активного залучення до формування нової цифрової податкової парадигми.

Країни ОЕСР і G20 також погодилися продовжувати співпрацю, щоб забезпечити послідовне та скоординоване впровадження рекомендацій BEPS і зробити проєкт більш інклюзивним. У результаті вони створили Інклюзивну рамкову програму ОЕСР/Великої двадцятки щодо BEPS (Inclusive Framework), забезпечивши рівність усіх зацікавлених і зобов'язаних країн і юрисдикцій у Комітеті з фіскальних питань та його допоміжних органах. Маючи понад 140 членів, Inclusive Framework здійснює моніторинг і експертну оцінку впровадження мінімальних стандартів і завершує роботу над встановленням стандартів для вирішення проблем BEPS.

8 жовтня 2021 року понад 135 держав – учасниць Inclusive Framework, що сукупно формують більш як 95% світового ВВП, досягли узгодженого рішення щодо комплексного реформування міжнародної системи оподаткування. Зазначене рішення передбачає встановлення оновлених правил розподілу податкових прав між юрисдикціями та спрямоване на забезпечення оподаткування прибутку багатонаціональних підприємств у державах, де фактично створюється економічна вартість у межах сучасної цифрової та глобалізованої економіки.

Коментар до типових правил GloBE був схвалений і опублікований Inclusive Framework 14 березня 2022 року разом із набором детальних прикладів, які ілюструють застосування правил до певних моделей. Юрисдикції Інклюзивної рамкової програми почали впроваджувати правила GloBE у 2024 році. Глобальні правила зменшення податкової бази (GloBE Rules) були розроблені як складова частина комплексного рішення для подолання податкових викликів цифрової

економіки. Їх мета полягає в тому, щоб забезпечити сплату великими багатонаціональними підприємствами мінімального рівня податку з доходів, отриманих у кожній юрисдикції, де вони провадять діяльність [29]. Правила GloBE призначені для реалізації як частини спільного підходу. Юрисдикція, яка приєднується до спільного підходу, не зобов'язана приймати Правила GloBE, але якщо вона вирішує це зробити, то погоджується впроваджувати та застосовувати їх у спосіб, узгоджений із результатами, передбаченими Правилами GloBE та коментарем до них (включаючи домовленість щодо порядку застосування правил). Послідовність у впровадженні та застосуванні Правил GloBE має на меті створити прозору та комплексну систему оподаткування, яка забезпечує передбачувані результати для МНК та уникає ризику подвійного або надмірного оподаткування.

Перегляд ініціатив BEPS (BEPS 2.0) протягом останніх років є результатом того, що країни відповіли на проблему оподаткування цифрових гігантів США (Amazon, Apple, Facebook, Google, Netflix) за відсутності ПП [62].

Видається обґрунтованим, що пакет BEPS був розроблений для досягнення фундаментальних змін, зокрема перешкоджання податковій конкуренції, що виникла через відсутність прозорості, запобігання штучному розміщенню прибутку там, де економічна діяльність є незначною або взагалі відсутня, а також усунення використання лазівок або відмінностей у податкових системах держав. Проведене наукове дослідження також дає підстави стверджувати, що в межах ініціатив ОЕСР податкові виклики цифровізації економіки були визначені одним із провідних напрямів Плану дій BEPS, які потребують вирішення для коректного визнання ПП у юрисдикціях фактичного ведення господарської діяльності та створення вартості.

Проблематика оподаткування цифрової економіки видається однією з найскладніших у всій програмі OECD/G20 BEPS. Зміни в оподаткуванні, що стосуються цифрової економіки, вимагали розгляду таких рішень, які б передбачали трансформацію самої сутності міжнародної системи оподаткування

ПП та принципів розподілу доходу (зокрема, яка частина прибутку має відноситися до діяльності, що здійснюється на ринку або в державі джерела).

Запровадження Інклюзивної рамкової програми (Inclusive Framework on BEPS) у 2016 році стало важливим етапом у розвитку глобального податкового врядування. Завдяки цьому формату понад 140 країн та юрисдикцій отримали рівні можливості брати участь у формуванні правил міжнародного оподаткування, що означало відхід від традиційного домінування обмеженого кола держав ОЕСР.

Особливо вагомою є домовленість 2021 року щодо двопілонної архітектури BEPS 2.0. Зокрема, Pillar Two та пов'язані з ним GloBE Rules (Global Anti-Base Erosion) формують глобальну мінімальну ставку оподаткування для великих МНК (не менше 15%), запобігаючи «перегонам донизу» у сфері корпоративного податку. Такий підхід відповідає принципу substance over form і обмежує використання офшорних структур, навіть за відсутності ПП у традиційному розумінні.

На мою думку, результати реалізації Плану дій BEPS, зокрема Action 1, сформували потужну теоретичну та практичну основу для перегляду підходів до визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації. Ці напрацювання дозволили вийти за межі вузького формального аналізу фізичної присутності та зосередитися на економічній сутності діяльності транснаціональних компаній. Вважаю, що для України це створює об'єктивну необхідність активнішої імплементації напрацювань BEPS як через участь в OECD Inclusive Framework, так і шляхом гармонізації національного податкового законодавства та двосторонніх податкових угод із новими міжнародними стандартами.

Сформована після 2013 року глобальна нормативна архітектура (BEPS, SEP, MLI), на мою думку, свідчить про якісну трансформацію підходів до податкової присутності та розподілу прибутку. Цифрова економіка більше не розглядається як окрема сфера, а сприймається як нова системна реальність, що пронизує всі сектори господарської діяльності. У цьому контексті податкова політика має бути не реактивною, а адаптивною. Вважаю, що для України це відкриває не лише

можливості оновлення чинних податкових угод, а й перспективу активної участі у формуванні нової цифрової податкової парадигми на міжнародному рівні.

Особливої уваги, на мою думку, заслуговує створення Інклюзивної рамкової програми ОЕСР/G20 щодо BEPS. Запровадження цього формату означало принциповий відхід від моделі, у якій правила міжнародного оподаткування формувалися вузьким колом розвинених держав. Вважаю, що рівноправна участь понад 140 країн і юрисдикцій у процесі розроблення та моніторингу стандартів BEPS підвищує легітимність і ефективність глобального податкового врядування, особливо у сфері оподаткування цифрової економіки.

На мою думку, домовленість 8 жовтня 2021 року щодо комплексного реформування міжнародної системи оподаткування є переломним моментом у розвитку податкового права. Узгодження двопілонної архітектури BEPS 2.0 засвідчило готовність держав переосмислити класичні підходи до розподілу податкових прав і забезпечити оподаткування прибутку багатонаціональних підприємств у державах, де фактично створюється економічна вартість.

Особливого значення набуває зміщення акценту з формального юридичного статусу (наявність ПП) на реальну економічну сутність діяльності компанії. Таким чином, BEPS 2.0 – це не просто набір технічних інструментів, а трансформація базових категорій: прибутку, економічної активності та податкової юрисдикції.

Доцільно зазначити, що BEPS 2.0 і GloBE відкривають нові інструменти для держав із розвиненим цифровим ринком, але обмеженими ресурсами для класичного податкового адміністрування. Завдяки глобальній мінімальній ставці та узгодженим правилам адміністрування країни на кшталт України можуть частково компенсувати втрати податкової бази. У контексті визначення прибутку ПП GloBE не скасовує цей інститут, але в ситуаціях, коли ПП не фіксується, надає альтернативний механізм оподаткування прибутку, що дозволяє забезпечити захист фіскальних інтересів держави джерела доходу.

Починаючи з Великої Британії у 2015 році, понад 30 країн (а також ЄС) запровадили податки на цифрові послуги (DST) на валовій основі [63]. США вважали ці DST дискримінаційними, що призвело до загроз введення торговельних санкцій [63]. Крім того, оскільки вони не були податками на прибуток і, отже, не підлягали податковим угодам, ОЕСР розглядала їх як загрозу своєму домінуванню в ITR через модель ОЕСР.

У BEPS 2.0 ОЕСР у Pillar One остаточно відмовилася від обмежень на ПП та ALS (англ., actual loss sustained) для частини доходу, отриманого від ринку великими МНК (понад 20 млрд. євро доходу). Застосування цих правил передбачене лише за умови, що така МНК отримує понад 1 млн євро прибутку на відповідному ринку.

12 жовтня 2020 року ОЕСР оприлюднила плани Pillar 1 та Pillar 2, які відображають зусилля, спрямовані на формування багатостороннього консенсусного підходу до вирішення податкових викликів, пов'язаних із цифровізацією економіки:

- У доповіді ОЕСР щодо Pillar 1 наголошено на необхідності перегляду концепції податкового зв'язку та підходів до розподілу прибутку, оскільки в умовах цифрової економіки права на оподаткування більше не можуть залежати виключно від фізичної присутності підприємства в юрисдикції.

- Доповідь щодо Pillar 2 відображає системний підхід до подолання залишкових ризиків BEPS шляхом запровадження механізму глобального мінімального оподаткування. Pillar 2 дозволяє юрисдикціям зберігати власні податкові системи, зокрема встановлювати національні ставки податку на прибуток підприємств, але водночас надає іншим юрисдикціям право застосовувати передбачені правила, якщо прибуток міжнародної групи оподатковується за ефективною ставкою, нижчою за узгоджений мінімальний поріг.

– Окрім того, було оприлюднено оновлений аналіз економічного впливу, який демонструє сукупний ефект запропонованих реформ, що складається з двох структурних компонентів глобальної податкової архітектури.

На підставі аналізу основних положень Pillar 2 [64] (Правила OECD GloBE) було виокремлено критерії для визначення ПП та рівня присутності, який компанія повинна мати в іноземній юрисдикції для створення ПП:

- 1) договірне ПП може створюватись в юрисдикції, в якій таке ПП створюється відповідно до застосовної угоди про уникнення подвійного оподаткування
- 2) ПП згідно національного законодавства розглядається як розташоване в юрисдикції, де воно підлягає оподаткуванню на підставі своєї ділової присутності
- 3) Вважається ПП (a deemed PE) розташованим у юрисдикції, де воно знаходиться;
- 4) ПП без юрисдикції розглядається як без юрисдикції, якщо такий випадок не описано в пунктах (1)–(3), через що здійснюються операції за межами юрисдикції, де розташована організація, за умови, що така юрисдикція звільняє дохід, пов'язаний з такими операціями.

Відповідно до цього опису, можливим є існування ПП для цілей Правил ОЕСР GloBE, але не відповідно до Модельної конвенції ОЕСР. Таким чином, у межах застосування Правил ОЕСР GloBE розподіл прибутку не завжди відображатиме підходи, закріплені в документах ОЕСР. За цих умов Правила ОЕСР GloBE не зосереджують увагу на вимогах щодо існування ПП та процедурі його ідентифікації. Натомість більш актуальними постають питання розподілу прибутку між юрисдикціями, ніж проблематика кваліфікації ПП.

Запровадження податків на цифрові послуги (DST) окремими державами стало вимушеним кроком у відповідь на прогалини міжнародного оподаткування, які дозволяли цифровим компаніям отримувати значні доходи без створення ПП в юрисдикціях споживання. Незважаючи на тимчасовий характер і валову базу оподаткування, DST стали індикатором нагальної потреби у глобальній реформі

податкових правил. Їх поява засвідчила вразливість моделі, побудованої на концепції ПП як єдиному критерію податкової присутності. Водночас ОЕСР, прагнучи зберегти міжнародну координацію, інтегрувала окремі елементи цих підходів у BEPS 2.0.

Реагуючи на фрагментацію податкового ландшафту, ОЕСР відмовилася від жорсткого прив'язування до традиційної концепції ПП у рамках Pillar One. Це стало суттєвим зрушенням: уперше юрисдикції ринку отримали право на частину оподаткування прибутку навіть за відсутності фізичної присутності.

Подальші трансформації виявилися ще значнішими з упровадженням Pillar Two (GloBE Rules). У цьому контексті вимога наявності ПП була фактично нівельована, оскільки ключове значення набула наявність доходу, що оподатковується за ставкою нижче мінімальної ефективної, незалежно від юридичної форми присутності платника податків.

Отже, можна дійти проміжного висновку, що запровадження DST у низці держав, зокрема в ЄС, стало каталізатором глобальних податкових реформ, які отримали системне відображення у рамках BEPS 2.0.

Є також ряд ініціатив ЄС, які вплинули на поняття ПП. Наприклад, Директива ЄС про мінімальне оподаткування (2022/2523) [65] встановлює глобальний мінімальний податок на багатонаціональні підприємства (МНК). Для цього встановлюється конкретне визначення ПП. Крім того, існує запропонована Директива ЄС про трансфертне ціноутворення [66], яка передбачає, що визначення ПП має відповідати правилам розподілу прибутку, щоб забезпечити певність оподаткування та зменшити ризик подвійного оподаткування.

Можна стверджувати, що взаємозв'язок між диджиталізацією та концепцією ПП сформувався разом із розвитком Інтернету та впровадженням технологій штучного інтелекту, які уможливили для підприємств залучення споживачів, надання послуг та отримання значних доходів у юрисдикціях без будь-якого фіксованого матеріального місцезнаходження чи фізичної присутності.

Трансформація продукту від фізичної форми до цифрової, а також перехід до економіки, заснованої переважно на наданні послуг, сприяли тому, що транснаціональні компанії змогли набути статусу глобальних суб'єктів господарювання навіть за умови суто віртуальної присутності. Характерним є те, що сервери й інші елементи цифрової інфраструктури можуть бути розташовані у зовсім інших регіонах, ніж місце проживання кінцевого споживача, що особливо помітно, наприклад, у секторі онлайн-ігор. У таких умовах питання оподаткування цифрової економіки активно обговорюється на міжнародних платформах, оскільки потребує модернізації підходів до забезпечення справедливості, нейтральності та ефективності податкових правил у глобальному середовищі.

Місію з адаптації міжнародних механізмів оподаткування цифрової економіки в основному виконує ОЕСР. Серед низки поточних ініціатив Остаточний звіт про Action 1 [26] включав цілеспрямований аналіз пропозицій щодо оподаткування в інформаційну еру. Головним чином ці зміни спрямовані на коригування визначення ПП, щоб врахувати еволюційні тенденції економіки, тобто ситуації, у яких те, що раніше кваліфікувалося як «допоміжна» діяльність, може піднятися до рівня основного бізнесу завдяки розвитку інформаційних технологій. Водночас залишаються суттєві сумніви щодо потенційного впливу цих змін у суто цифровому контексті. Зокрема, наголошується, що певна фізична присутність, навіть якщо вона визнається лише «допоміжною», усе одно вимагається чинними правилами для кваліфікації ПП [67].

У разі застосування такого підходу наступним питанням, яке потребує вирішення, стає визначення трансфертного ціноутворення, тобто встановлення тієї частини вартості, що підлягає оподаткуванню відповідно до нових з'єднувальних критеріїв [26].

Разом із цими пропозиціями ОЕСР у фаховій податково-правовій літературі була сформульована концепція цифрового ПП [32; 68]. Ідея полягає в тому, що ПП може існувати в усіх юрисдикціях, де суб'єкт-нерезидент здійснює діяльність на

основі однієї або кількох бізнес-моделей цифрової економіки та перевищує певні порогові значення. Передбачено наступні два пороги: (1) кількість місячної бази користувачів; та (2) реалізований дохід. Іншими словами, присутність вважається достатньою для кваліфікації як ПП, якщо встановлені межі щодо цих показників досягнуті. Така концепція ПП була б незалежною від матеріальних і/або фізичних зв'язків, не вимагала б наявності активів, персоналу чи ризиків, і, відповідно, є придатною для цифрового середовища. ОЕСР також розглядала подальший крок у межах цих підходів, а саме розподіл прибутку на основі методу алокації, що враховує додану вартість, створену на ринку.

Представляється логічним вважати, що вищезгадані ініціативи щодо змін у концепцію ПП спочатку точилися навколо місцезнаходження сервера та існування ПП, хоча локальний веб-сайт також може створити ПП. Так, коментар до Модельної конвенції ОЕСР [2] посилається на приклад веб-сайту в Інтернеті, який є простою комбінацією програмного забезпечення та електронних даних, внаслідок чого не існує ПП на основі теорії «постійного місця діяльності», якщо тільки обладнання чи пристрої не відіграють значну роль у бізнес-діяльності. ОЕСР оперативно вжила заходів для вирішення цієї проблеми, заявивши, що для цілей встановлення зв'язку між іноземною юридичною особою та доходом, отриманим в одній країні, повинні існувати, крім загальновідомих цифрових та економічних аспектів, наприклад, програмне забезпечення та дані, інші фактори, такі як (1) база користувачів або виставлення рахунків і збір у місцевій валюті, (2) відповідальність за остаточну доставку товарів клієнтам або (3) надання підприємством інших допоміжних послуг, таких як обслуговування або ремонт і технічне обслуговування. Це переглянуто поняття ПП, що спирається на концепцію «значної економічної присутності» [69], використовуючи новий зв'язок для оподаткування прибутку, отриманого цифровими підприємствами-нерезидентами, доцільно внести до українського законодавства. Попри відмінності критеріїв у різних юрисдикціях, їх

запровадження переслідує спільну мету, а саме забезпечення більш повного охоплення економічної сутності цифрової діяльності для цілей оподаткування.

Можна стверджувати, що диджиталізація глобальної економіки докорінно трансформувала класичне розуміння ПП, зробивши застарілою традиційну концепцію «фізичної присутності». З появою онлайн-платформ, хмарних рішень, дистанційних сервісів і ШІ-комунікацій бізнес отримав можливість здійснювати прибуткову діяльність у юрисдикціях без створення жодної матеріальної або організаційної структури. Це створило унікальну ситуацію, коли компанія може мати значний економічний вплив, не порушуючи національні норми щодо ПП.

У зв'язку з цим вважається цілком обґрунтованою позицію ОЕСР щодо перегляду дефініції ПП та створення нових підходів, таких як концепція цифрового ПП (digital permanent establishment) і тест значної економічної присутності (significant economic presence). Такі концепції відповідають потребам юрисдикцій щодо забезпечення справедливого оподаткування цифрової економіки та посилення податкового суверенітету.

Більше того, оцінюючи специфіку цифрової діяльності, доцільно фокусуватися не лише на місці розташування серверів або ІТ-інфраструктури, а на факторах, що створюють цінність: кількість активних користувачів, обсяги отриманих даних, спосіб взаємодії з клієнтами, місце укладення договорів та виставлення рахунків. Саме це повинно визначати, чи має цифрове підприємство бути платником податків у відповідній юрисдикції.

Також аналіз дає підстави зробити висновок, що є ефективним запропонований ОЕСР підхід щодо відмови від традиційного поділу «допоміжна» чи «основна» діяльність. У цифрову епоху навіть технічна підтримка або утримання локального домену можуть відігравати ключову роль у створенні доданої вартості, а отже у формуванні оподаткованої бази.

Таким чином, у сучасному цифровому світі поняття ПП потребує переосмислення на основі економічної сутності та юридичних форм. Узагальнення

результатів дослідження дає змогу стверджувати, щодо необхідності підтримки ініціативи ОЕСР щодо перегляду Модельної конвенції та розробки нових підходів до кваліфікації цифрової присутності, зокрема:

- врахування цифрових індикаторів (локальне доменне ім'я, місцеві платіжні засоби);
- врахування взаємодії з користувачами (збір персональних даних, підписання угод);
- встановлення порогових значень доходу або бази користувачів для виникнення податкового зв'язку.

Україна, як країна-учасник Інклюзивної рамки BEPS, повинна не лише адаптувати ці концепції у своє законодавство, а й розробити власні механізми визнання цифрової присутності з метою ефективного оподаткування цифрових гігантів.

На мою думку, сформульована в науковій літературі концепція цифрового постійного представництва є логічним і необхідним етапом еволюції міжнародного податкового права в умовах цифрової економіки. Відмова від обов'язкової прив'язки ПП до фізичних активів, персоналу чи ризиків є обґрунтованою, оскільки саме ці елементи дедалі частіше втрачають визначальне значення у цифровому середовищі. Вважаю, що у випадку цифрових підприємств ключовим критерієм має виступати не форма присутності, а інтенсивність економічної взаємодії з юрисдикцією, яка проявляється через користувацьку базу, монетизацію даних, локальні платіжні інструменти та регулярне отримання доходів з відповідного ринку.

Погоджуюся з позицією ОЕСР щодо того, що аналіз для цілей встановлення ПП не може обмежуватися виключно місцезнаходженням сервера або вебсайту. Натомість доцільним є багатофакторний аналіз, який охоплює як цифрові, так і економічні елементи діяльності, зокрема виставлення рахунків у місцевій валюті,

відповідальність за виконання зобов'язань перед клієнтами та надання супутніх послуг.

Вважаю, що концепція значної економічної присутності є перспективною альтернативою класичній моделі ПП, оскільки дозволяє встановити податковий зв'язок у ситуаціях, коли компанія фактично інтегрована в економіку держави, але формально не порушує чинних критеріїв фізичної присутності.

## **2.2. Визначення ПП, дистрибуція прибутку та права на оподаткування між країнами, у яких підприємство здійснює підприємницьку діяльність**

Незважаючи на те, що протягом багатьох років до визначення ПП було внесено значну кількість змін, питання розподілу прибутку, а відтак і права держави оподатковувати відповідний дохід, порушувалося не так часто. У межах ініціативи BEPS 22 березня 2018 року ОЕСР оприлюднила остаточний звіт, що містить додаткові вказівки щодо чинних правил алокації прибутку до ПП відповідно до ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР [70]. З цього приводу ОЕСР запропонувала прийняти «підхід до функціонально відокремленої організації» (англ., *functionally separate entity approach*) [71], якого ПП та його головний офіс повинні розглядатися виключно для цілей оподаткування як незалежні один від одного. Це означає, що під час розподілу прибутку необхідно враховувати функції, які фактично виконуються, активи, що використовуються, та ризики, які головний офіс приймає через діяльність ПП, відповідно до принципу витягнутої руки [72].

Визначення поняття ПП має тривалу історію [73], що ґрунтується на двох фундаментальних принципах міжнародного оподаткування – «принципі джерела» (англ., *source principle*) та «принципі резидентства» (англ., *residence principle*). Концептуально дефініція ПП встановлює об'єктивні передумови, необхідні для

оподаткування прибутку від підприємницької діяльності в іноземній державі. Ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР разом із коментарем до неї [2] визначає ПП як «постійне місце діяльності, через яке повністю або частково здійснюється господарська діяльність підприємства». Метою цього положення є запобігання подвійному оподаткуванню, що може виникати внаслідок ведення діяльності компанією на території інших держав. Відповідно до ст. 5, ПП визнається в юрисдикції, якщо бізнес підприємства здійснюється в ній через певну організаційну інфраструктуру, обладнання та/або персонал.

П. 2 ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР містить невичерпний перелік об'єктів, які можуть бути кваліфіковані як ПП у поєднанні з вимогами, викладеними в п. 1, а саме: «місце управління; філія; офіс; фабрика; майстерня; шахта, нафтова або газова свердловина, кар'єр або будь-яке інше місце видобутку природних ресурсів». П. 1 ст. 5. вимагає, щоб місце діяльності було постійним, тобто для існування ПП місце діяльності повинно мати «певний ступінь постійності» і не може мати «чисто тимчасовий характер». При цьому ОЕСР не визначила критеріїв, за якими місце діяльності може вважатися тимчасовим; це стосується регулярної господарської діяльності, що на практиці означає необхідність індивідуального аналізу кожного випадку [2].

Наявність постійного місця діяльності не завжди означає створення ПП іноземним підприємством, оскільки п. 4 ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР встановлює перелік винятків. Якщо діяльність, що здійснюється у постійному місці діяльності, має «підготовчий» або «допоміжний» характер щодо основної діяльності підприємства (незалежно від відповідності критерію «постійного місця»), ПП вважається таким, що не виникає. Вирішальним критерієм є те, чи становить діяльність, що здійснюється у фіксованому місці діяльності, суттєву й значущу частину діяльності підприємства в цілому. Це потребує окремого аналізу обставин у кожному конкретному випадку [2]. Згідно з п. 60 коментаря до ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР, діяльність має допоміжний характер тоді, коли вона

підтримує основну господарську діяльність підприємства, але не становить істотної чи значущої частини бізнесу загалом. Водночас вважається малоймовірним, що діяльність, для здійснення якої потрібна значна частина активів або трудових ресурсів підприємства, може кваліфікуватися як допоміжна.

Згідно з п. 5 ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР, ПП вважається таким, що існує в країні, де «залежний агент» діє «від імені підприємства» і при цьому «звичайно укладає контракти» або «звичайно відіграє основну роль, що призводить до укладення контрактів від імені іноземної компанії». Згодом у п. 6 ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР зазначено, що ПП не виникає, якщо особа, яка діє від імені підприємства, здійснює діяльність у цій державі як «незалежний агент», виконуючи свої функції «в ході звичайної діяльності» [2]. Критерій незалежності оцінюється з урахуванням сукупності факторів, зокрема обсягу обов'язків і відповідальності агента, ступеня його юридичної та фактичної самостійності, наявності або відсутності обов'язку виконувати детальні інструкції підприємства та рівня контролю з боку підприємства. Також враховується, чи має агент власні професійні навички й знання, на які спирається підприємство, а також чи здійснює він діяльність для кількох різних клієнтів.

Згідно з п. 7 ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР, контроль, який материнська компанія здійснює над своєю дочірньою компанією в якості акціонера, не впливає на оцінку її залежності або незалежності як агента материнської компанії, оскільки сам факт корпоративного контролю не означає наявності ПП [2]. Таким чином, тест на існування (не)залежного агента ПП передбачає оцінку його юридичної та економічної залежності та його звичайного використання повноважень юридично або фактично зв'язувати принципала.

Відповідно до Заключного звіту щодо Заходу 7 BEPS [26] у протидії стратегіям ухилення від оподаткування для обходу визначення ПП у зв'язку з використанням агентських або комісійних домовленостей, змінена ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР тепер визначає, що достатньо, щоб найманий агент зазвичай

укладав контракти або брав на себе основну роль для цілей укладання контрактів [2], які зазвичай укладаються без відповідних змін у назві, директора [53].

Проведений аналіз вказує, що питання дистрибуції прибутку до ПП є значно складнішим і більш проблематичним у сучасному міжнародному податковому праві, ніж питання визначення самого ПП. Попри постійне уточнення концепції ПП у ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР, саме механізми розподілу прибутку залишаються менш деталізованими, що створює можливості для податкової оптимізації та уникнення оподаткування.

У цьому контексті запроваджений ОЕСР підхід «functionally separate entity approach», за яким ПП розглядається як окрема організаційно-функціональна одиниця, становить суттєвий крок уперед. Він забезпечує більш об'єктивний розподіл прибутку, заснований на функціях, активах і ризиках, які дійсно асоціюються з діяльністю ПП. Такий підхід дозволяє відійти від формально-юридичного критерію, зосередженого виключно на фізичній присутності, та перейти до оцінки економічного змісту діяльності.

Економіко-функціональний підхід постає ключовим для оподаткування транснаціональних компаній у глобалізованій цифровій економіці. Розподіл прибутку має ґрунтуватися не лише на локалізації матеріальних ресурсів, а й на реальному внеску у створення доданої вартості в конкретній юрисдикції.

Водночас значна частина національних законодавств продовжує застосовувати спрощену логіку, яка базується на наявності або відсутності агентського чи матеріального ПП, а не на оцінці фактичної економічної участі підприємства. Це формує асиметрії у податкових системах і суперечить принципу справедливого розподілу податкових надходжень між державами.

На мою думку, еволюція концепції постійного представництва у межах Модельної конвенції ОЕСР засвідчує, що питання визначення самого ПП отримувало значно більше уваги, ніж проблема розподілу прибутку, яка має не менш важливе значення для реалізації податкового суверенітету держав. Вважаю,

що саме недостатня деталізація механізмів алокації прибутку до ПП упродовж тривалого часу створювала передумови для агресивного податкового планування та розмивання податкової бази, навіть у випадках формального дотримання критеріїв ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР.

Погоджуюся з тим, що історично концепція ПП базувалася на балансі між принципом джерела та принципом резидентства, однак у сучасних умовах цей баланс дедалі частіше порушується на користь держав резидентства. На мою думку, застосування функціонального аналізу (functions, assets, risks) під час алокації прибутку до ПП є необхідним інструментом відновлення цього балансу, особливо у випадках діяльності транснаціональних компаній, що здійснюють значну економічну присутність у країнах ринку.

Вважаю, що проблема кваліфікації діяльності як «підготовчої» або «допоміжної» потребує особливо обережного підходу. У багатьох сучасних бізнес-моделях, зокрема цифрових, діяльність, яка формально може виглядати допоміжною, фактично є ключовою для отримання доходу. Тому механічне застосування винятків, передбачених п. 4 ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР, без глибокого економічного аналізу суперечить меті справедливого оподаткування.

На мою думку, оновлення підходу до агентського ПП, здійснене в межах Action 7 BEPS, є своєчасною та необхідною реакцією на поширені практики штучного уникнення статусу ПП через комісійні та агентські структури. Визначальним має бути не формальний розподіл договірних повноважень, а фактична роль агента у процесі укладення контрактів та створення економічного результату.

Загалом вважаю, що питання розподілу прибутку до ПП є ключовим викликом сучасного міжнародного податкового права. Для України імплементація підходу «functionally separate entity approach» у національну практику може стати важливим кроком до забезпечення більш справедливого оподаткування діяльності транснаціональних компаній та захисту національної податкової бази.

Для України, як учасника глобального податкового процесу, пріоритетними є такі напрями гармонізації з підходами ОЕСР:

- впровадження функціонального підходу до розподілу прибутку;
- застосування тестів економічної присутності та контролю в межах груп компаній;
- уточнення критеріїв агентської залежності.

У багатьох бізнес-моделях цифрової економіки компанія-нерезидент може віддалено взаємодіяти з клієнтами в іншій державі через вебсайт або інші цифрові засоби (наприклад, мобільний додаток), без будь-якої фізичної присутності на її території. Зростання довіри до автоматизованих процесів ще більше зменшує залежність від локальної матеріальної інфраструктури. Внутрішнє законодавство більшості країн вимагає певної фізичної присутності для того, щоб прибутки від комерційної діяльності підлягали оподаткуванню. Крім того, відповідно до ст. 5 і 7 Модельної податкової конвенції ОЕСР, нерезидент оподатковується з прибутку, отриманого від комерційної діяльності в іншій країні, лише за умови наявності ПП у цій юрисдикції. Відповідно, компанія-нерезидент може не підлягати оподаткуванню в державі, на території якої перебувають її клієнти [74, с. 102].

Зауважимо, що у контексті цифрової трансформації глобального бізнесу проблема уникнення створення ПП у країнах, де фактично ведеться діяльність і генерується прибуток, істотно загострилася. Завдяки розвитку онлайн-технологій компанії-нерезиденти можуть здійснювати значну економічну діяльність на території іншої держави без будь-якої фізичної присутності, зокрема за допомогою веб-сайтів, мобільних додатків або хмарних сервісів. Така дематеріалізація бізнесу розмиває традиційні критерії визначення ПП, зокрема фізичне місце здійснення діяльності або наявність залежних агентів. У результаті компанії можуть отримувати дохід у державах, де вони не мають зареєстрованого представництва, обладнання чи персоналу, і при цьому не підлягати оподаткуванню відповідно до положень ст. 5 і 7 Модельної податкової конвенції ОЕСР.

Це формує глобальну податкову асиметрію: держави-ринки, у яких виникає споживчий попит і створюється значна частина доданої вартості, позбавлені правових підстав для оподаткування відповідного прибутку. Водночас юрисдикції резидентства підприємств можуть надавати податкові преференції або не включати цифрові доходи до оподаткованої бази. Таким чином, виникає «податковий вакуум», що стимулює схеми BEPS (англ., Base Erosion and Profit Shifting), зокрема розмивання податкової бази та переміщення прибутків до юрисдикцій із мінімальним рівнем оподаткування.

Особливе занепокоєння викликає практика штучної фрагментації операцій між кількома суб'єктами однієї групи, яка дає змогу кваліфікувати діяльність кожного з них як підготовчу або допоміжну. Це унеможливує виникнення ПП, навіть якщо сукупна діяльність фактично відповідає критеріям постійної економічної присутності.

Можна дійти до висновку, що класична концепція ПП більше не відповідає реаліям цифрової економіки. Для ефективного оподаткування глобальних цифрових компаній необхідно розширити критерії ПП з урахуванням таких елементів:

- економічної присутності (зокрема, обсягу продажів, кількості активних користувачів, місця укладення договорів);
- цифрових слідів (використання локального доменного імені, збору даних споживачів, інтеграції з місцевими платіжними системами);
- взаємодії з клієнтами через цифрові канали, що формує сталу клієнтську базу.

Подібні підходи вже передбачені ОЕСР у межах концепції «значної економічної присутності» (англ., Significant Economic Presence), яка орієнтує систему оподаткування на місце створення цінності, а не на місце юридичної реєстрації компанії.

Отже, уникнення створення ПП в умовах диджиталізації не є простою юридичною прогалиною, а становить системну проблему міжнародного

податкового регулювання. Для її подолання необхідно переглянути відповідні міжнародні угоди та внести зміни до національного законодавства, які дозволять юрисдикціям-ринкам отримувати справедливу частку податкових надходжень від цифрових бізнесів. Україна також має активно долучатися до цього процесу, адаптуючи власні підходи до визначення ПП у цифровому середовищі.

На мою думку, диджиталізація не створила принципово нових механізмів уникнення оподаткування, але суттєво масштабувала вже існуючі. Якщо раніше діяльність без ПП була обмежена фізичними та організаційними бар'єрами, то сьогодні цифрові платформи, хмарні сервіси та дистанційні бізнес-моделі дозволяють компаніям системно отримувати дохід у юрисдикціях ринку без виникнення формального податкового зв'язку. У поєднанні з податковими стимулами в юрисдикціях резидентства це призводить до ситуацій, коли прибуток фактично випадає з оподаткування, що і становить сутність проблеми BEPS.

Погоджуюся з тим, що класична концепція ПП, побудована переважно на фізичній присутності, в умовах цифрової економіки втрачає свою регуляторну ефективність. Вважаю, що фокус має бути зміщений з формальних критеріїв (місце розташування офісу, обладнання або персоналу) на економічні індикатори створення вартості, зокрема масштаби взаємодії з користувачами, обсяг отриманих доходів у ринковій юрисдикції, використання локальних цифрових та платіжних інструментів.

Вважаю, що для України проблема уникнення створення ПП цифровими компаніями має особливе значення, оскільки внутрішній ринок активно використовується міжнародними цифровими платформами без належної участі у формуванні податкових надходжень. Адаптація критеріїв визначення ПП з урахуванням економічної та цифрової присутності дозволила б не лише посилити фіскальну спроможність держави, а й забезпечити рівні умови конкуренції між національними та іноземними суб'єктами господарювання.

На мою думку, еволюція концепції постійного представництва в межах Модельної податкової конвенції ОЕСР свідчить про дисбаланс між розвитком критеріїв встановлення податкового зв'язку та належною нормативною деталізацією механізмів розподілу прибутку. Протягом тривалого часу основна увага міжнародного податкового регулювання була зосереджена на формуванні дефініції постійного представництва, тоді як питання алокації прибутку до такого представництва залишалося фрагментарно врегульованим. На моє переконання, саме ця обставина створила сприятливі правові передумови для агресивного податкового планування та розмивання податкової бази, навіть за формального дотримання положень ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР.

На мою думку, поширена практика договірного перерозподілу функцій, активів і ризиків усередині транснаціональних груп, за якої основні нематеріальні активи та підприємницькі ризики концентруються у юрисдикціях із пільговим податковим режимом, не завжди відповідає фактичній поведінці сторін. З правової точки зору така невідповідність між договірною формою та економічною сутністю має бути підставою для перекваліфікації податкових наслідків і перегляду алокації прибутку.

### **2.3. Особливості визначення прибутку постійного представництва**

Питання визначення прибутку ПП є центральним елементом міжнародного податкового регулювання, оскільки саме від цього залежить розподіл податкових прав між державою джерела та державою резидентства. П. 1 ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР встановлює права оподаткування між державами [75]. Державі (державі походження або державі перебування) не дозволяється оподатковувати прибуток підприємства іншої держави (держави резиденства або країни походження), якщо це підприємство не має ПП у державі перебування. Це право на

оподаткування обмежується прибутком, який відноситься до ПП. Такий належний прибуток – це прибуток, на який очікувало б ПП, «якби воно було окремим і незалежним підприємством, яке займається такою ж або подібною діяльністю за тих самих або подібних умов». Основною ідеєю такого розподілу прибутку є принцип «вितягнутої руки», який можна знайти в Керівних принципах ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення для багатонаціональних компаній і податкових адміністрацій (англ., OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations).

Звіт про віднесення прибутку до ПП був написаний ОЕСР з метою надання додаткових роз'яснень до ст. 7 [72]. Мета звіту полягає в уникненні подвійного оподаткування або неоподаткування, що виникає через різне тлумачення правил державами. У звіті встановлено, що ПП має розглядатися як окреме та незалежне підприємство, а також підкреслено необхідність проведення функціонального й фактичного аналізу для визначення економічно значущих видів діяльності та обов'язків, які воно виконує. Розподіл прибутку на ПП здійснюється відповідно до Керівних принципів ОЕСР.

При розгляді ініціатив у межах BEPS виникло питання, що ПП не існує, якщо діяльність, яка здійснюється у місці діяльності, належить до переліку винятків як підготовча чи допоміжна [70]. Це набуває особливого значення на тлі зростання кількості стратегій податкового планування МНК. Робоча група BEPS рекомендувала внести зміни, які б гарантували, що кожен із винятків або їх комбінація обмежуватимуться діяльністю, що має справді підготовчий або допоміжний характер [2]. Це важливе доповнення, оскільки воно означає, що підприємства, які створюють функції складування та доставки в іншій договірній державі, тоді як торгова діяльність залишається в державі резидентства, не можуть претендувати на звільнення від ПП, якщо така діяльність фактично пов'язана з основною діяльністю підприємства й не є підготовчою щодо його загальної діяльності [76]. Зміни до визначення підготовчої діяльності можуть призвести до

визначення складу як «узгодженого цілого» (англ., coherent whole) з іншими частинами підприємства – тобто він може визнаватися ПП. У такому разі країна джерела отримує право на оподаткування відповідної частини прибутку.

За загальним правилом, підготовчою є діяльність, яка здійснюється з метою виконання того, що становить суттєву та значущу частину діяльності підприємства в цілому. Оскільки підготовча діяльність передує основній, вона зазвичай триває відносно короткий період, тривалість якого визначається характером основної діяльності підприємства. Проте це не завжди так, оскільки підготовча діяльність може здійснюватися протягом значного періоду часу, якщо вона спрямована на забезпечення процесів, що відбуватимуться в іншому місці. Наприклад, якщо будівельне підприємство проводить навчання своїх працівників у певній локації перед тим, як відправити їх працювати на віддалені об'єкти в інших країнах, таке навчання становить підготовчу діяльність для цього підприємства. Діяльність, що має допоміжний характер, своєю чергою, відповідає діяльності, яка підтримує, але не є частиною істотної та значущої частини бізнесу підприємства в цілому. Малоімовірно, що діяльність, яка потребує значної кількості активів або персоналу підприємства, може кваліфікуватися як допоміжна [20, с. 30].

У результаті Action 7 параграф 4(1) щодо запобігання фрагментації було включено до ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР [80] метою цього доповнення було запобігти використанню п. 4 ст. 5 для штучного дроблення бізнес-діяльності, яку здійснює одне й те саме підприємство або тісно пов'язані підприємства в межах однієї країни, на менші операції, що не досягають порогу ПП відповідно до ст. 5(4) і, як наслідок, можуть бути кваліфіковані як підготовчі або допоміжні. Закладені в це положення основні принципи полягають у такому:

– підприємство не повинно фрагментувати взаємодоповнюючі функції, які утворюють згуртовану бізнес-операцію (англ., constitute cohesive business operations);

– підприємство не повинно розділяти взаємодоповнюючі функції, які формують об'єднану бізнес-операцію між пов'язаними сторонами або здійснюються в різних місцях діяльності в межах однієї держави.

Підприємствам було відносно легко відокремити свою діяльність таким чином, щоб діяльність, яка виконується в певній країні, могла розглядатися незалежно при визначенні існування ПП [76]. Запроваджені зміни покликані зупинити таку тенденцію, оскільки всі види діяльності підприємства в певній країні розглядатимуться у їх сукупності з метою визначення їх загального характеру порівняно з діяльністю підприємства в цілому. За таких умов підприємство більше не зможе скористатися винятками та стверджувати відсутність ПП. Ці зміни насамперед орієнтовані на багатонаціональні компанії, що працюють у цифровому середовищі та сфері електронної комерції. Показовим є рішення японського суду 2015 року, в якому встановлено, що склад у Японії, з якого постачалися товари на японський ринок за замовленнями через американський веб-сайт, становить ПП, оскільки діяльність, що здійснювалася в Японії, не могла вважатися підготовчою або допоміжною. Відповідно, оподатковуваний дохід мав бути віднесений до складу такого ПП [77].

Можливість локалізувати ПП в конкретній країні та в конкретному місці є основним принципом розподілу прибутку. Це здається очевидним, якщо говорити про традиційну економічну структуру, але в світлі зростаючої «цифрової економіки», структур і потенціалу електронної комерції локалізація ПП стає складнішою.

На мою думку, питання визначення прибутку постійного представництва є не менш складним і значущим, ніж саме встановлення факту його існування. Вважаю, що положення ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР історично виконували стабілізуючу функцію в міжнародному податковому праві, однак у сучасних умовах цифровізації вони дедалі частіше виявляють обмежену здатність забезпечувати справедливий і економічно обґрунтований розподіл податкових прав між державами.

Погоджуюся з підходом ОЕСР, згідно з яким ПП для цілей оподаткування має розглядатися як функціонально відокремлений та незалежний суб'єкт. На мою думку, саме «functionally separate entity approach» дозволяє відійти від формального аналізу договірних конструкцій і зосередитися на реальному економічному змісті діяльності. Такий підхід є особливо важливим у випадках, коли транснаціональні компанії використовують складні організаційні структури для мінімізації оподаткування, формально не порушуючи вимог щодо створення ПП.

Вважаю, що перегляд винятків щодо підготовчої та допоміжної діяльності суттєво підвищує ефективність концепції ПП. У сучасних бізнес-моделях, особливо в електронній комерції та цифровій економіці, функції складування, логістики, доставки або технічної підтримки нерідко становлять невід'ємну частину основної діяльності, а не лише її допоміжний елемент. Тому формальне застосування винятків без аналізу фактичної ролі таких функцій призводить до необґрунтованого обмеження податкових прав держави джерела.

На мою думку, наведена судова практика, зокрема рішення японського суду щодо визнання складу ПП, підтверджує тенденцію до більш економічно орієнтованого тлумачення ст. 5 і 7 Модельної конвенції ОЕСР. Це свідчить про поступовий перехід від формально-юридичного підходу до аналізу реальної участі підприємства у створенні доданої вартості на території відповідної держави.

Подальший розвиток міжнародних стандартів у сфері оподаткування ПП має бути спрямований на узгодження правил визначення прибутку з новими підходами до встановлення податкового зв'язку, зокрема з концепціями значної економічної присутності. Лише за таких умов можливо забезпечити баланс між інтересами держав резидентства та держав ринку і мінімізувати ризики як подвійного оподаткування, так і неоподаткування прибутків транснаціональних компаній.

Традиційні правила оподаткування прибутку, отриманого підприємством за межами держави-резидента через свою цифрову присутність, на міжнародному рівні застаріли. Вони не забезпечують справедливий розподіл податкових прав для

держав-нерезидентів і, отже, суперечать деяким основним принципам оподаткування [78, с. 6]. Оскільки нові технології надають можливість підприємствам виходити на географічно непов'язані ринки, фізична діяльність підприємства не повинна визначати, де виконуються функції [79] і, таким чином, де створюється вартість. Концепція ПП передбачає, що вона має допомагати податковим органам оцінити, чи є обсяг прибутку, отриманого на території держави, достатнім для того, щоб така держава могла обґрунтовано застосувати адміністративні механізми щодо стягнення податків із цього прибутку [79].

Розвиток електронної комерції значно спростило можливість для МНК впливати на ринки окремих держав без необхідності підтримувати у цих юрисдикціях суттєву фізичну присутність, а іноді – без будь-якої присутності, окрім клієнтської бази. Принцип зв'язку (*nexus principle*), що традиційно ґрунтувався на критерії фізичної присутності та становив фундаментальний елемент концепції ПП, зазнає суттєвого перегляду. Унаслідок цього визначення бази оподаткованого доходу стає дедалі складнішим. Водночас, з огляду на динамічний розвиток цифрової сфери, дослідження цього питання продовжуватиметься, а впровадження інших заходів BEPS, зокрема Action 7, має потенціал сприяти формуванню ефективних рішень, які можуть бути інтегровані у національні податкові режими та міжнародні податкові угоди.

Заклики до фундаментальних змін викристалізувалися в ініційованому ОЕСР та G20 проєкті BEPS, започаткованому в 2013 році для реформування міжнародної податкової системи з однією загальною метою: «забезпечити оподаткування прибутків там, де відбувається економічна діяльність і створюється вартість» [25]. Попри широку підтримку цього принципу та значний обсяг уже реалізованих заходів, спрямованих на його імплементацію, залишається невизначеність щодо фактичної ефективності впроваджених рішень та їх здатності забезпечити збалансований і справедливий розподіл податкових прав у цифрову епоху.

Деякі вчені вже проаналізували використання ОЕСР концепції створення вартості як основи для відповіді на BEPS для цифрових компаній. Їх позиції досить критичні. Критика використання «принципу створення вартості» загалом поділяється на три категорії думок, а саме, що це не принцип, який лежить в основі існуючої міжнародної податкової системи, представленої кількома тисячами податкових угод [80-82]. Друга категорія – це заперечення існування наукової основи для використання принципу, демонструючи відсутність узгодженого економічного значення принципу, здатного вирішити, навіть концептуально, де «виникають» прибутки [81-83]. Крім того вчені стверджують, що «створення цінності» не може навіть претендувати на те, щоб бути послідовним поняттям з будь-якої точки зору, вважаючи його натомість «безладною, політичною ідеєю» або «нечітким поняттям», яке не може дати жодних нових відповідей на стару проблему, але буде використовуватися (в основному) для збереження статус-кво розподілу прав на оподаткування країн з вищим рівнем доходу [84].

Може бути обґрунтовано припущено, що поточна міжнародна система оподаткування потребує переорієнтації на принцип створення цінності для цілей визначення ПП, оскільки чинні правила розподілу прибутку та встановлення податкового зв'язку не враховують зростаючу можливість підприємств брати участь в економічному житті юрисдикції без пов'язаної або суттєвої фізичної присутності. В умовах цифрової трансформації економіки концепція ПП фактично потребує переосмислення. Застосування класичного підходу до визначення ПП, закріпленого у ст. 7 Модельної конвенції ОЕСР, виявляється недостатнім для справедливого розподілу податкових прав між юрисдикціями, особливо щодо держав, які виконують роль ринків збуту, але не мають юридичної присутності підприємств-нерезидентів.

Існуюча міжнародна система оподаткування й надалі спирається на принцип фізичної присутності, що обмежує податковий суверенітет держав-джерел доходу. Запроваджені ОЕСР корективи – зокрема уточнення щодо підготовчої та

допоміжної діяльності та антифрагментаційне правило – стали реакцією на практики великих ТНК, які уникали утворення ПП шляхом структурного дроблення бізнес-операцій або маскуванню основної діяльності під допоміжну.

Водночас цифрова економіка сформувала нову модель комерційної взаємодії, у межах якої підприємства можуть отримувати значні прибутки в юрисдикціях без будь-якої матеріальної присутності. Це посилює критику чинних підходів, які не забезпечують належного рівня податкової справедливості. Концепція «створення вартості» виявилася недостатньо визначеною та однозначною для цілей справедливого перерозподілу податкових прав, що визнається й у науковій доктрині. Вона залишається радше політико-економічною доктриною, ніж операційним інструментом із належно окресленим економічним змістом.

Зважаючи на це, важливо відзначити зусилля ОЕСР у напрямі реформ, зокрема в межах ініціативи BEPS. Розширення тлумачення ПП, уточнення критеріїв діяльності, що має підготовчий або допоміжний характер, а також протидія штучній фрагментації бізнес-операцій є суттєвими кроками, які дозволяють державам ефективніше реагувати на виклики, породжені глобалізацією та цифровізацією економіки.

На сучасному етапі розвитку міжнародного податкового права спостерігається поступовий перехід від формального критерію фізичної присутності до функціонального підходу, що враховує реальну економічну активність підприємства та її зв'язок із територією юрисдикції. Запропоновані в межах BEPS зміни (зокрема Action 7) спрямовані на закріплення податкового зв'язку між діяльністю підприємства та юрисдикцією ринку навіть за відсутності традиційних ознак матеріальної присутності.

## **2.4. Вплив оновлень Модельної конвенції ОЕСР 2025 року на визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації**

В умовах стрімкої цифрової трансформації глобальної економіки традиційні підходи до визначення ПП більше не забезпечують справедливого податкового регулювання. Прийняття ОЕСР The 2025 Update to the Model Tax Convention [85] стало одним із ключових етапів модернізації концепції ПП у глобальному податковому праві. Оновлення не лише уточнюють та розширюють критерії виникнення ПП, а й безпосередньо впливають на розподіл прибутку згідно зі ст. 7 Модельної конвенції та алгоритм визначення функцій, активів і ризиків у цифрових бізнес-моделях. Нові положення спрямовані на усунення прогалин, що виникли через поширення дистанційної роботи, хмарних сервісів, платформної економіки та алгоритмічних систем створення вартості.

Суттєвим нововведенням 2025 року стало деталізоване регулювання ситуацій, у яких home-office працівника нерезидента може створювати ПП. Зокрема, нові параграфи 44.1–44.21 Коментаря до ст. 5 вводять такі принципові критерії як:

- Поріг регулярності. Якщо працівник виконує основні функції підприємства у певній юрисдикції понад 50% робочого часу, місце його роботи може вважатися таким, що є у розпорядженні підприємства.

- Комерційна причина перебування працівника у державі джерела. ПП може виникати навіть без примусовості з боку роботодавця, якщо діяльність працівника є суттєвою для взаємодії з ринком відповідної держави.

- Економічний зв'язок з юрисдикцією. Взаємодія з клієнтами, укладення або підготовка контрактів, консультації, технічна підтримка чи збирання даних становлять достатній рівень функціональної присутності

Ці положення змінюють фокус із фізичної інфраструктури на функціонально-економічну присутність, що раніше була лише потенційним напрямом розвитку (як

проаналізовано у цій роботі, де вказувалося на неадекватність фізичного критерію для цифрових моделей).

Оновлення 2025 року [85] фактично підтверджує концепцію *significant economic presence*, запроповану раніше у BEPS Action 1. Такі елементи, як систематична взаємодія з користувачами чи локальними контрагентами, оплата у локальній валюті, локалізовані дані та алгоритми, оптимізація бізнес-процесів під ринок конкретної юрисдикції, стають доказами того, що діяльність нерезидента формує економічний зв'язок, достатній для існування ПП. Це узгоджується з висновками, викладеними у даному дослідженні, про неможливість опиратися виключно на фізичні критерії ПП у цифровій економіці, оскільки значна частина цінності створюється у віртуальних середовищах та інфраструктурі, незалежно від географічної прив'язки серверів або обладнання.

ОЕСР підкреслює, що розподіл прибутку ПП повинен враховувати:

- фактичний внесок функцій (у тому числі віртуальних), виконуваних у юрисдикції;
- алгоритмічні та цифрові активи, включаючи дані користувачів, бази даних, IP-інфраструктури;
- роль персоналу (включно з дистанційними працівниками);
- локалізовані ризики, зокрема ті, що впливають із ринкової діяльності чи надання цифрових послуг.

Це прямо відповідає проблематиці, описаній у даному дослідженні, щодо труднощів локалізації створення вартості в цифровому середовищі та критиці принципу створення вартості («*value creation principle*») як недостатньо конкретного, про що також зазначають науковці.

Оновлення 2025 року [85] посилює увагу до ролі користувачів (*user-base*), подібно до підходів, що застосовуються у Pillar One, зокрема взаємодії користувачів із платформою, надання даних, оновлення контенту, участі у мережевих ефектах. У контексті атрибуції прибутку ці елементи визнаються економічно значущими

активами, що відносяться до ПП, навіть якщо вони не створюються або не контролюються безпосередньо персоналом у юрисдикції. Цей аспект розвиває думку, сформульовану у цій дисертації, щодо трансформації концепції ПП у бік «мережевої податкової присутності» та необхідності перегляду ролі користувачів як джерела створення вартості.

Отже, оновлення Модельної конвенції 2025 року [85] закладає фундамент переходу від фізичного тесту ПП до функціонально-економічної моделі. Зміни, що стосуються дистанційної роботи, економічної присутності, ролі користувачів та нематеріальних активів, заповнюють прогалини, які були ідентифіковані в моєму дослідженні. Це дозволяє державам ефективніше визначати прибуток, що відноситься до ПП, і забезпечувати більш справедливий розподіл податкових прав у цифрову епоху.

У процесі дослідження встановлено, що оновлення Модельної конвенції ОЕСР 2025 року [85] не лише уточнює окремі аспекти визначення ПП, а й фактично змінює методологічну основу міжнародного податкового права. Нові положення щодо дистанційної роботи, економічної присутності та ролі користувачів демонструють перехід від класичного підходу, заснованого на фізичних критеріях, до функціонально-економічної моделі, яка точніше відображає сучасні цифрові реалії.

Така трансформація концепції ПП є закономірною, оскільки цифрові бізнес-моделі не піддаються традиційним тестам постійного місця діяльності. У ряді випадків єдиним реальним показником присутності нерезидента в юрисдикції виступає його взаємодія з ринком, користувачами або локальними системами даних. У зв'язку з цим доцільним є включення до оновленого регулювання критеріїв регулярності дистанційної роботи, комерційної причини перебування працівника на території держави джерела, а також оцінки економічної значущості користувацької активності.

Зазначені зміни мають стати орієнтиром для розвитку національного законодавства України. Ігнорування цифрових форм присутності спричиняє розмивання податкової бази, втрати доходів бюджету та відкриває можливості для штучного уникнення статусу ПП. Податкове право має відповідати сучасній економічній поведінці бізнесу, адаптуючись до змін, зокрема шляхом закріплення концепцій економічної та функціональної присутності, а також окремого регулювання дистанційної роботи та цифрових сервісів.

Сучасне міжнародне податкове право демонструє перехід до парадигми «податкової взаємодії», в межах якої економічний зміст операцій превалює над їхньою формою. Такий підхід дає змогу більш повно й об'єктивно визначати прибуток постійного представництва в умовах цифрової економіки та забезпечує баланс інтересів між державами та підприємствами.

На мою думку, прийняття ОЕСР *The 2025 Update to the Model Tax Convention* є логічним і водночас необхідним етапом еволюції концепції постійного представництва в умовах цифрової економіки. Вважаю, що зазначені оновлення свідчать про остаточний відхід міжнародного податкового права від домінування виключно фізичних критеріїв податкової присутності та закріплюють перехід до функціонально-економічної моделі визначення ПП.

Вважаю обґрунтованим те, що ОЕСР у 2025 році фактично підтвердила життєздатність концепції *significant economic presence*, яка раніше існувала переважно на рівні доктринальних пропозицій і ініціатив BEPS Action 1. На мою думку, визнання систематичної взаємодії з користувачами, локалізованих цифрових процесів і алгоритмічної адаптації бізнес-моделі до конкретного ринку як доказів податкової присутності є ключовим зрушенням у міжнародному податковому праві.

Особливо значущим, на мою думку, є розширене бачення активів і ризиків, що враховуються при розподілі прибутку ПП. Включення алгоритмів, користувацьких даних, цифрових платформ і мережевих ефектів до кола

економічно значущих факторів дозволяє подолати одну з головних проблем цифрового оподаткування – неможливість чіткої локалізації створення вартості за класичними підходами. Вважаю, що такий підхід узгоджується з критикою принципу «value creation», висловленою в науковій літературі, та потребує подальшої конкретизації саме через функціональний аналіз.

На мою думку, посилення ролі користувачів у контексті атрибуції прибутку ПП є концептуально виправданим. У цифровій економіці саме взаємодія з користувачами, їхні дані, активність і мережеві ефекти формують значну частину економічної цінності, навіть за відсутності безпосереднього контролю з боку персоналу в юрисдикції. Вважаю, що такий підхід закладає основу для подальшого розвитку концепції «мережевої податкової присутності», яка дедалі більше витісняє класичне уявлення про ПП як про просторово локалізовану структуру.

Загалом вважаю, що оновлення Модельної конвенції ОЕСР 2025 року не лише усувають окремі прогалини у визначенні ПП, а й формують нову методологічну парадигму міжнародного податкового права. Ця парадигма ґрунтується на пріоритеті економічного змісту над формою, функціонального внеску над фізичною присутністю та реальної взаємодії з ринком над формальними організаційними ознаками.

На мою думку, зазначені зміни мають бути враховані Україною при подальшій модернізації податкового законодавства. Вважаю доцільним поступове впровадження у національне право критеріїв функціональної та економічної присутності, а також спеціального регулювання дистанційної роботи та цифрових бізнес-моделей з метою забезпечення справедливого розподілу податкових прав у цифрову епоху.

Проведений аналіз оновлень Модельної конвенції ОЕСР 2025 року [85] засвідчив суттєву трансформацію концепції постійного представництва під впливом диджиталізації та змін глобальних бізнес-моделей. Нові підходи – зокрема положення щодо дистанційної роботи, економічної присутності, функціональної

взаємодії з ринком та ролі користувачів – підтверджують перехід міжнародного податкового регулювання від традиційного фізичного критерію до комплексної функціонально-економічної логіки.

В оновлених положеннях акцентовано увагу на фактичному економічному змісті діяльності нерезидента, а не лише наявності матеріальної інфраструктури. Систематична взаємодія з ринком, комерційна причина перебування в певній юрисдикції, участь користувачів у створенні вартості та використання цифрових активів формують сучасні підстави для виникнення ПП. Зазначені підходи не тільки розширюють засади для встановлення податкового зв'язку між підприємством та юрисдикцією, а й окреслюють нові орієнтири для розподілу прибутку відповідно до ст. 7 Модельної конвенції.

Таким чином, цифровізація господарської діяльності вимагає переосмислення традиційних принципів податкового права. Оновлення ОЕСР 2025 року створюють більш узгоджену та адаптивну модель визначення ПП, що дозволяє державам ефективніше реагувати на складні цифрові бізнес-моделі, а підприємствам – спиратися на передбачувані правила атрибуції прибутку. Положення підрозділу 2.4 підтверджують необхідність модернізації національного законодавства України з урахуванням міжнародних стандартів та глобальної еволюції концепції постійного представництва.

## **Висновки до розділу 2**

Глобалізація та пандемія спричинили значне зростання дистанційної роботи й розвиток технологічних рішень, що, у свою чергу, пришвидшило розширення цифрової економіки, а також поширення віддалених форм зайнятості. Це підтверджується щорічним Звітом ЄК про оподаткування за 2024 рік [86] Така трансформація може призводити до подвійного оподаткування або подвійного резидентства як для компаній, так і для їхніх працівників, що іноді створює

передумови для виникнення нових форм ПП. Хоча наразі подібні ситуації регулюються податковими угодами, у короткостроковій перспективі ці процеси можуть стимулювати місцеві органи влади та багатонаціональні групи до впровадження уніфікованих і простих у застосуванні правил.

Можна стверджувати, що розподіл прибутку щодо нового покоління ПП становитиме податковий ризик, який підприємства мають враховувати навіть більшою мірою, ніж ризик виникнення самого ПП. Поточні регуляторні рамки з цього питання ще не є повністю узгодженими в межах ЄС щодо єдиних критеріїв, що залишає можливість окремим країнам упроваджувати різні підходи та порогові значення у своєму внутрішньому законодавстві. Ідеальною метою визначення ПП має бути усунення розривів між підходами різних держав шляхом загальної уніфікованої реалізації, однак фактичний результат стане очевидним лише після імплементації відповідних директив у національні правопорядки.

У другому розділі проведено комплексний аналіз еволюції концепції ПП у контексті цифрової трансформації економіки. Акцент зроблено на дослідженні норм міжнародного податкового права, зокрема положень Модельної податкової конвенції ОЕСР, Керівних принципів ОЕСР з трансфертного ціноутворення, а також документів, розроблених у межах реалізації Плану дій BEPS. Показано, що традиційні підходи до визначення ПП, засновані на критеріях фізичної присутності, поступово втрачають ефективність у зв'язку зі зростанням цифрової економіки. Багатонаціональні компанії все частіше структурують діяльність у ринкових юрисдикціях таким чином, щоб уникнути визнання ПП, обмежуючи роль місцевих підрозділів технічною підтримкою, сервісами або логістикою, тоді як основні ризики та права на інтелектуальну власність залишаються в іноземних компаніях групи. Це дозволяє мінімізувати оподаткування та концентрувати прибутки в юрисдикціях із пільговим режимом оподаткування.

Підкреслено, що таке явище є не лише наслідком правових прогалів, а й результатом недосконалості наявних критеріїв прив'язки прибутку до конкретної

держави. Використання функціонального аналізу, принципу витягнутої руки, правила антифрагментації та оновлених підходів до кваліфікації підготовчої й допоміжної діяльності становлять важливі кроки до більш об'єктивного визначення податкових зобов'язань підприємств у місцях фактичного створення вартості.

З огляду на проведені дослідження встановлено, що процес діджиталізації вимагає перегляду базових підходів до визначення ПП у сфері міжнародного оподаткування. Фізична присутність більше не є визначальним критерієм участі компанії в економічному житті іншої держави, тому ключовим критерієм має стати економічний зміст діяльності, а не лише її формальні ознаки. Це вимагає подальшого нормативного вдосконалення як на міжнародному рівні, так і в межах національного законодавства України.

Підтримано підхід, згідно з яким концепція ПП у цифрову епоху має еволюціонувати у напрямі визнання значущої економічної присутності навіть за відсутності матеріальної інфраструктури. Такий підхід забезпечить державам джерела більш справедливої частки податкових надходжень і сприятиме відповідності міжнародної податкової системи сучасним економічним реаліям.

З юридичної точки зору зазначені трансформації зумовлюють необхідність переосмислення традиційних підходів до встановлення податкової юрисдикції держави у випадках транскордонної дистанційної діяльності. Зростання віддаленої роботи та використання цифрових інструментів об'єктивно ускладнює застосування класичних критеріїв постійності місця діяльності, залежності агентів і фактичного здійснення підприємницької діяльності. У таких умовах національні податкові органи дедалі частіше стикаються з правовою невизначеністю щодо кваліфікації діяльності як такої, що утворює постійне представництво, що підвищує ризик неоднакового правозастосування та податкових спорів.

Для України це питання має не лише теоретичне, а й практичне значення з огляду на активне використання внутрішнього ринку міжнародними компаніями без належного податкового навантаження. З правової точки зору адаптація

національного законодавства до сучасних підходів ОЕСР, зокрема через імплементацію концепції значної економічної присутності та уточнення критеріїв функціонального розподілу прибутку, сприятиме посиленню податкового суверенітету держави та підвищенню ефективності податкового контролю.

Отже, на мою думку, у сучасних умовах цифровізації міжнародна податкова система потребує комплексного нормативного оновлення, яке має поєднувати чіткі критерії виникнення податкового зв'язку з ефективними правовими механізмами розподілу прибутку. Лише за умови такої узгодженості можна досягти справедливого оподаткування діяльності багатонаціональних компаній, зменшити ризики податкових зловживань і забезпечити баланс інтересів між державами джерела доходу та державами резидентства.

## РОЗДІЛ 3

### ВИКЛИКИ ДЛЯ СИСТЕМ ОПОДАТКУВАННЯ ПОСТІЙНИХ ПРЕДСТАВНИЦТВ В УМОВАХ ДИДЖИТАЛІЗАЦІЇ

#### 3.1. Системний перегляд глобального підходу до оподаткування в умовах диджиталізації

Запровадження та розвиток податку на прибуток, який сформувався в період між 1800-ми та початком 1900-х років [87, с. 189], з часом перетворили цей податок на одне з ключових джерел доходів держав. У країнах-членах ОЕСР частка податку на прибуток у загальній структурі податкових надходжень становить у середньому 34,3% [88]. Водночас сьогодні цей інструмент оподаткування перебуває під значним тиском через здатність ТНК одночасно вести бізнес на глобальному рівні та переміщувати податкову базу до юрисдикцій із низьким рівнем оподаткування.

Технічні засади чинної міжнародної податкової системи були закладені ще на початку 1920-х років. Зокрема, у частині оподаткування прибутків від підприємницької діяльності в транскордонному контексті більшість податкових конвенцій передбачають, що право на оподаткування має держава резидентства компанії, «якщо лише компанія не здійснює діяльність в іншій Договірній Державі через постійне представництво» [2]. Таким чином, зв'язок з юрисдикцією (податковий «nexus») базується на наявності певного рівня фізичної присутності компанії на території країни ринку.

Однак розвиток цифрових технологій з 1990-х років започаткував нову епоху цифрової економіки. Цей розвиток був тісно пов'язаний із поширенням мобільних активів (нематеріальних активів), а також зі стрімким прогресом в ІКТ і обробці даних. Ці фактори сприяли формуванню численних інноваційних бізнес-моделей і, як наслідок, суттєво вплинули на глобальну економіку.

ТНК, на частку яких припадає третина світової торгівлі [89], стали головними бенефіціарами цифрової епохи. Їх успіх пояснюється можливістю працювати за моделлю «масштабування без маси» (англ., *scale without mass*) [26], тобто здійснювати значний економічний вплив на ринкові юрисдикції без істотної фізичної присутності. Це дає змогу структурувати діяльність таким чином, щоб отримувати прибутки в юрисдикціях споживання, не створюючи при цьому податкового зобов'язання в цих державах.

Доцільно зазначити, що трансформація корпоративного податку з початку його становлення у XIX–XX століттях до сьогодні є не просто еволюцією одного з джерел державних доходів, а відображенням глибоких змін у глобальній економічній структурі. Сьогодні прибуткове оподаткування компаній, яке свого часу розроблялося в умовах національної економіки з переважанням матеріального виробництва та фізичної присутності підприємств, зазнає серйозного тиску з боку цифрових технологій та глобалізованих бізнес-моделей.

Сутність проблеми полягає в розриві між податковими правилами, заснованими на територіальній присутності, та економічною реальністю, в якій провідні ТНК (зокрема у цифровій сфері) можуть отримувати значні прибутки в юрисдикціях ринку без фізичної присутності або без створення ПП в розумінні традиційного міжнародного податкового права. Це створює ефект «розмивання податкової бази» (англ., *base erosion*) і «переміщення прибутку» (англ., *profit shifting*), який став однією з основних загроз фіскальному суверенітету держав.

У цьому контексті концепція «масштабування без маси» (англ., *scale without mass*) символізує нову епоху економічного впливу, в якій визначальною є здатність монетизувати користувацьку базу, дані, алгоритми та нематеріальні активи, а не фізичне розташування активів або працівників. Це призводить до ситуації, коли традиційні критерії «нексусу» – як-от наявність фізичного ПП – більше не забезпечують справедливий розподіл податкових прав між юрисдикціями резидентства та ринку.

Результати дослідження дають підстави вважати, що сучасна система міжнародного оподаткування продовжує відтворювати конструкції, які вже не відповідають ані економічній сутності цифрових бізнес-моделей, ані принципу фіскальної справедливості. Податкове право все ще тяжіє до юридичних фікцій, таких як «окрема особа» чи «національна приналежність прибутку», замість того, щоб базуватися на реальних механізмах створення вартості. Більше того, фактична прив'язка прибутку до юрисдикцій з низьким рівнем оподаткування є не лише результатом агресивного податкового планування, а й проявом недосконалості чинних правил.

У цьому світлі зусилля ОЕСР у межах ініціатив BEPS, зокрема розробка двох «Стовпів» глобальної податкової реформи, є спробою сформувати нову концепцію міжнародної податкової архітектури, яка відповідає цифровій економіці. Водночас ці реформи стикаються з суттєвими викликами у сфері реалізації, координації та легітимності. На думку автора, без формування нового глобального консенсусу щодо основ справедливого оподаткування, включно з переосмисленням самого поняття «податкової присутності», поточна система ризикує втратити не лише ефективність, а й довіру суспільства.

Таким чином, збереження податку на прибуток як стійкого джерела фіскальних надходжень у XXI столітті потребує не косметичних змін, а глибокої ревізії фундаментальних понять міжнародного податкового права з урахуванням реалій цифрової економіки.

У відповідь на ці виклики ОЕСР та країни G20 започаткували Проєкт BEPS щодо боротьби з розмиванням податкової бази та переміщенням прибутку (англ., Base Erosion and Profit Shifting). За оцінками, непрозорі податкові практики коштують державам від 100 до 240 млрд. дол. США щороку, що становить близько 4–10% світових доходів від податку на прибуток підприємств [64]. Проєкт BEPS стартував у 2013 році [64], а вже у 2015 році ОЕСР оприлюднила фінальні звіти з аналізом ситуації та рекомендаціями за 15 напрямками Actions [90].

Після шести років обговорень, у жовтні 2021 року було представлено «Заяву щодо дворівневого підходу до вирішення проблем оподаткування, що виникають у зв'язку з цифровізацією економіки» [91]. Цей документ став основою для подальшої розробки механізмів розподілу прибутку ТНК між ринковими юрисдикціями (Pillar One) та запровадження глобального мінімального податку (Pillar Two).

Основна увага у межах цієї ініціативи приділяється новому податковому зв'язку, що базується не на фізичній присутності, а на пороговому рівні доходу в ринковій юрисдикції – як індикаторі значущої та стійкої економічної участі компанії у відповідному ринку. Такий підхід має замінити застарілі механізми nexus та забезпечити більш справедливий розподіл податкових прав у цифрову епоху.

Можна констатувати, що викладена історична ретроспектива розвитку податку на прибуток дозволяє усвідомити сутність конфлікту між архаїчними підходами до формування податкового зобов'язання та сучасними реаліями глобалізованої й цифрової економіки. Сформовані ще у ХХ столітті засади міжнародного податкового співробітництва, зокрема концепція ПП як умови виникнення nexus, значною мірою втратили ефективність в умовах, коли ТНК здатні генерувати економічну присутність у юрисдикції без фізичної інфраструктури або персоналу.

Поділяємо підхід, відповідно до якого традиційна модель розподілу податкових прав на основі фізичної присутності є недостатньою для адекватного оподаткування прибутків у цифрову епоху. Цифрові компанії можуть отримувати істотні доходи в ринкових країнах, не створюючи ПП в класичному розумінні, а отже, не утворюючи податкового зобов'язання згідно з чинними договорами про уникнення подвійного оподаткування. Це створює суттєві асиметрії в оподаткуванні та ризики розмивання податкової бази.

На мою думку, наведена еволюція податку на прибуток наочно демонструє глибинний розрив між історично сформованими податковими конструкціями та

сучасною економічною реальністю цифрової епохи. Вважаю, що міжнародна система оподаткування, яка виникла в умовах домінування матеріального виробництва та територіально локалізованої діяльності, вичерпала свій адаптаційний потенціал щодо цифрових бізнес-моделей.

На моє переконання, ключова проблема полягає не стільки в агресивному податковому плануванні транснаціональних корпорацій, скільки в нормативній застарілості критеріїв податкового зв'язку (nexus), які й досі ґрунтуються на фізичній присутності. Концепція постійного представництва у її класичному розумінні більше не відображає економічної сутності діяльності ТНК, що функціонують за моделлю «масштабування без маси» та здатні створювати значну додану вартість у ринкових юрисдикціях без матеріальної інфраструктури.

У цьому контексті я розглядаю ініціативи ОЕСР у межах проєкту BEPS і двопілонної архітектури як спробу відповісти на системну кризу міжнародного податкового права, а не як суто технічну реформу. Водночас вважаю, що без переосмислення самого поняття податкової присутності та без чіткого визнання економічної участі в ринковій юрисдикції як самостійного підґрунтя для оподаткування ці реформи залишатимуться обмеженими за своїм ефектом.

На мою думку, історична ретроспектива розвитку податку на прибуток підтверджує необхідність переходу від формально-територіальних критеріїв до економічно обґрунтованих механізмів розподілу податкових прав. Лише така трансформація дозволить зберегти податок на прибуток як ефективний і справедливий інструмент фіскальної політики в умовах цифрової глобалізації та забезпечити баланс інтересів між державами резидентства та державами ринку.

З огляду на наявні дані можна дійти висновку, щодо доцільності ініціативи ОЕСР та G20 у межах Проєкту BEPS, яка спрямована на глобальну координацію та гармонізацію податкових підходів до цифрової економіки. При цьому запровадження дворівневої моделі (Pillar One та Pillar Two) розглядається як компромісна відповідь міжнародної спільноти на виклики, породжені

цифровізацією. Особливо важливим є положення щодо перерозподілу прибутку (Amount A) між країнами ринку та країною резидентства, що дозволить частково компенсувати податкові втрати від розмивання бази. Водночас повноцінна імплементація цього підходу вимагає політичної волі, тісної міждержавної співпраці та оновлення національного законодавства.

Цифрова економіка визначається як «широкий спектр економічної діяльності, що охоплює використання оцифрованої інформації та знань як ключового фактора виробництва, сучасних інформаційних мереж як важливого простору для здійснення діяльності та ефективного застосування інформаційно-комунікаційних технологій як важливого рушія зростання продуктивності та структурної оптимізації економіки» [92-93]. Цифрова економіка трансформувала бізнес-моделі традиційних галузей, інтегрувала цифровий та традиційний сектори в єдиний простір і зумовила появу нових цифрових ТНК, які суттєво змінили глобальну економіку [94, с. 47].

Попри те, що цифрова економіка революціонізувала способи ведення бізнесу, забезпечуючи миттєвий доступ до глобальних споживачів за відносно низьких витрат [95], вона водночас створює виклики для чинної системи міжнародного оподаткування. Ця система формувалася в умовах економіки, де фізична присутність у юрисдикції була необхідною для застосування податкового законодавства [26], а транскордонні операції здебільшого охоплювали матеріальні товари [96]. У сучасній цифровій економіці ключовим драйвером вартості високотехнологічних цифрових ТНК (зокрема Google, Facebook, Apple, Microsoft, Instagram та Twitter) є нематеріальні активи. Мобільний характер цифрової економіки дозволяє таким корпораціям легко переміщувати основні бізнес-функції з однієї юрисдикції до іншої та здійснювати значні обсяги продажів на ринках, що географічно віддалені [26]. Цифрова економіка посилила можливості ТНК використовувати схеми розмивання податкової бази та переміщення прибутку (BEPS), експлуатуючи прогалини у взаємодії різних податкових систем для

штучного зниження оподаткованого доходу та переміщення прибутків до низькоподаткових юрисдикцій, у яких відсутня або мінімальна економічна діяльність [97]. Поширенню BEPS сприяє те, що міжнародні податкові правила не встигають за розвитком сучасних бізнес-моделей [21, с. 47], що ставить під загрозу цілісність системи оподаткування прибутку підприємств [21, с. 6].

У XXI столітті диджиталізація суттєво трансформувала способи ведення бізнесу, дозволяючи компаніям здійснювати економічну діяльність у юрисдикціях без фізичної присутності. Це спричинило появу викликів для традиційної податкової системи, заснованої на концепції ПП та фізичної присутності підприємства як умови для оподаткування. Відповідно до аналітичного звіту ОЕСР «Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy» (2021), вказані трансформації порушують цілісність існуючої міжнародної податкової архітектури та потребують перегляду базових принципів, закладених у Модельній податковій конвенції та двосторонніх угодах про уникнення подвійного оподаткування.

Звіт наголошує, що саме цифрові гіганти – такі як Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft – отримують значні прибутки на ринках споживачів, не створюючи в цих країнах формальних ПП. Як зазначено в документі, це призводить до ерозії податкової бази та викликає суспільну недовіру до справедливості податкових систем, особливо у країнах з ринковою економікою, що розвивається.

Відповіддю на ці виклики стало створення багатостороннього інструменту, зокрема Плану дій BEPS, а також двох стовпів реформ (Pillar One та Pillar Two), які мають на меті переосмислити принципи розподілу податкових прав та мінімізації глобального податкового навантаження.

Отже, проєкт BEPS та подальша розробка дворівневого підходу (Pillar One і Pillar Two) становлять найбільш масштабну трансформацію міжнародної податкової архітектури з часів Ліги Націй. Ця ініціатива, з одного боку, є відповіддю на фіскальні та політичні виклики, спричинені глобалізацією та

цифровізацією економіки, а з іншого – проявом безпрецедентної багатосторонньої співпраці у сфері оподаткування.

Феномен BEPS оголив структурні вади чинної системи, зокрема непропорційний розподіл податкових прав на користь країн резидентства великих ТНК. Можливість ТНК використовувати невідповідність податкових систем, штучно переміщуючи прибуток до офшорів або юрисдикцій із пільговим режимом, спричинила не лише бюджетні втрати, а й кризу довіри до концепції міжнародної податкової справедливості.

Водночас конструкція дворівневого підходу не є ідеальною, оскільки залишається складною у впровадженні, містить численні винятки та значною мірою спирається на політичний компроміс. Зокрема, Pillar One як механізм перерозподілу частини надприбутку до країн ринку має обмежене коло застосування і охоплює лише найбільші та найприбутковіші корпорації. Pillar Two у формі глобального мінімального податку створює нову модель протидії податковій конкуренції, однак ризикує перетворитися на надмірно технократичний інструмент, що не усуває структурну несправедливість існуючої системи.

Загалом можна стверджувати, що Проєкт BEPS та дворівневий підхід є важливим кроком у напрямі оновлення глобального податкового консенсусу, однак їхня ефективність залежить від політичної волі держав упроваджувати ці правила не лише формально, а й змістовно. Основними викликами залишаються складність адміністрування, ризик розбіжностей між юрисдикціями та потенційна перевага найбільш економічно впливових держав у новій архітектурі розподілу податкових прав. У цьому контексті необхідним є постійний моніторинг, перегляд і подальша еволюція запропонованих механізмів із урахуванням змін у бізнес-моделях і технологіях.

На моє переконання, особливу концептуальну цінність має механізм перерозподілу прибутку в межах Pillar One (Amount A), оскільки він уперше на наднаціональному рівні визнає право країн ринку на оподаткування частини

прибутку транснаціональних корпорацій незалежно від наявності постійного представництва у традиційному розумінні. Такий підхід, хоча й компромісний, частково усуває структурну асиметрію між державами резидентства та державами споживання, яка була притаманна чинній системі міжнародного оподаткування.

Водночас вважаю, що дворівнева модель не усуває всіх глибинних проблем міжнародної податкової архітектури. Її обмежене коло застосування, складність адміністрування та залежність від політичних домовленостей створюють ризик фрагментарного впровадження та нерівномірного розподілу вигод між державами. Зокрема, Pillar One охоплює лише найбільші корпорації, тоді як значна частина цифрового бізнесу й надалі може залишатися поза ефективним оподаткуванням у країнах ринку.

На мою думку, ефективність Проєкту BEPS та дворівневого підходу залежатиме від здатності держав перейти від формального прийняття нових правил до їх змістовної імплементації, а також від готовності переглядати ці механізми у відповідь на подальшу еволюцію цифрових бізнес-моделей. Без постійного моніторингу та адаптації навіть наймасштабніша реформа ризикує втратити практичну значущість.

Отже, вважаю, що Проєкт BEPS і дворівнева архітектура є важливим, але проміжним етапом формування нового глобального податкового консенсусу. Подальший розвиток міжнародного податкового права має ґрунтуватися на визнанні економічної присутності та реальних механізмів створення вартості як основи для справедливого розподілу податкових прав у цифрову епоху.

Як зазначено в розділі 2, визначення ПП базується на критеріях фізичної присутності, таких як наявність офісу, складу, персоналу або агентів із повноваженнями укладати договори. Однак цифрова економіка дозволяє компаніям надавати послуги та реалізовувати товари через веб-сайти, мобільні додатки та онлайн-платформи без створення формального ПП. Саме це, згідно з висновками

ОЕСР, є головною причиною вразливості національних податкових систем перед оптимізаційними стратегіями транснаціонального бізнесу.

На основі проведених наукових досліджень можна констатувати, що останніми роками посилилося напруження щодо релевантності концепції ПП у зв'язку з цифровізацією економіки. Дискусія про вплив цифрових технологій на традиційні стандарти податкових конвенцій, зокрема концепцію ПП та правила розподілу доходу, сприяла формуванню альтернативних критеріїв для встановлення зв'язку (*nexus*), які передбачають нижчі пороги, як-от концепція значущої економічної присутності (*significant economic presence*) та критерій, заснований на користувачеві (*user-based test*).

Односторонні дії окремих держав, спрямовані на подолання вимог до ПП в межах податкових конвенцій, лише підкреслюють застарілість цієї концепції в умовах нових стандартів ведення бізнесу [98]. У відповідь на це було досягнуто угоди в межах Інклюзивної рамкової програми з BEPS ОЕСР/Групи G20 щодо впровадження Першого та Другого стовпів (*Pillar One* та *Pillar Two*), метою яких є встановлення міжнародного консенсусу та подолання односторонніх заходів, запроваджених для розв'язання викликів, що виникають у зв'язку з цифровізацією процесів оподаткування прибутку в транскордонних ситуаціях [91].

Відповідно до досягнутої домовленості, держави зобов'язуються скасувати податки на цифрові послуги та інші подібні односторонні заходи. Проте визначення терміна «релевантні односторонні заходи» наразі залишається недостатньо конкретизованим. Чи буде реалізовано механізм Першого стовпа і чи набере він чинності – залишається відкритим питанням, особливо з огляду на сумніви, висловлені окремими юрисдикціями щодо екстериторіального впливу запропонованих підходів [99].

Таким чином, сучасні виклики, які Інтернет та цифрові технології поставили перед податковими системами, були сприйняті як реальні – і залишаються такими й сьогодні. Уряди були змушені зосередитися на пошуку ефективних механізмів

реагування, що спричинило формування духу колективної співпраці. Початковою реакцією стало прагнення зберегти чинні податкові концепції та адаптувати їх до нових обставин. Комітет з податкових питань ОЕСР відіграв ключову роль у вирішенні проблем, пов'язаних із появою нових бізнес-моделей і цифрових технологій. У межах Оттавської рамкової програми (Ottawa framework) було сформульовано висновок, що ті самі принципи, які застосовуються до оподаткування традиційної комерції, мають однаково поширюватися й на електронну комерцію. Відповідно, електронна комерція не повинна оподатковуватися ані суворіше, ані м'якше, ніж традиційні моделі ведення бізнесу.

Такий підхід ґрунтується на принципах:

- 1) нейтральності, тобто уникнення як подвійного оподаткування, так і ненавмисного уникнення оподаткування;
- 2) ефективності, що передбачає мінімальні витрати на дотримання податкового законодавства як для платників податків, так і для податкових адміністрацій;
- 3) визначеності та простоти, тобто наявності зрозумілих і передбачуваних правил;
- 4) справедливості та своєчасності, що забезпечує правильне нарахування податку та мінімізує можливості для ухилення;
- 5) гнучкості, яка дозволяє податковим системам адаптуватися до технологічних і комерційних змін.

Попри це, сучасна структура міжнародного податкового права, заснована на фізичному зв'язку (nexus), уже не відображає реалій цифрової економіки. Це ставить під сумнів здатність чинних правил забезпечувати справедливий розподіл податкових прав між державами.

Одним із ключових викликів залишається нерівномірний розподіл податкових надходжень між країнами резиденції цифрових корпорацій (переважно розвинені держави) та країнами-ринками споживання (часто держави, що розвиваються). Така асиметрія поглиблює фіскальну нерівність і ставить місцеві

компанії в неконкурентні умови, оскільки вони підлягають повному оподаткуванню у своїх юрисдикціях. Як зазначено ОЕСР: «Диджиталізація дозволяє уникати суттєвого оподаткування, навіть якщо компанія отримує значні доходи на території юрисдикції без встановлення постійної економічної присутності».

На основі проведеного наукового аналізу можна зазначити, що зміст звіту ОЕСР свідчить про нагальну потребу в глибокій ревізії як міжнародного податкового права, так і національних інструментів регулювання оподаткування цифрових компаній. Нові моделі створення вартості, побудовані на даних, взаємодії з користувачами та автоматизованих алгоритмах, потребують переходу від концепції фізичного ПП до критерію економічної присутності (англ., Significant Economic Presence, SEP). Традиційна конструкція ПП уже не забезпечує ефективного регулювання податкових зобов'язань у цифровій економіці. Її недоліки породжують юрисдикційні прогалини та податкову нерівність, що підриває довіру до податкових інститутів.

Цифрова економіка та її бізнес-моделі мають низку ключових особливостей, які мають значення з податкової точки зору. До таких характеристик належать мобільність: (1) нематеріальних активів, на які значною мірою спирається цифрова економіка, (2) користувачів і (3) бізнес-функцій; залежність від даних, масове використання яких стало можливим завдяки зростанню обчислювальної потужності, збільшенню ємності зберігання та зниженню вартості обробки інформації; мережеві ефекти, що означають вплив рішень одних користувачів на вигоди інших; поширення багатосторонніх бізнес-моделей, у межах яких різні групи користувачів взаємодіють через платформу або посередника, а рішення кожної групи впливають на результати інших через позитивні або негативні зовнішні ефекти; тенденція до монополізації або олігополізації в окремих бізнес-моделях, що значною мірою залежать від мережевих ефектів; а також підвищена волатильність, яка зумовлена низькими бар'єрами для входу на ринки, швидким

розвитком технологій і швидкістю, з якою споживачі можуть переходити на нові продукти й послуги, відмовляючись від старих [74, с. 11].

Хоча практики BEPS мають місце в усіх країнах і завдають шкоди повсюдно, їхній соціально-економічний вплив на країни, що розвиваються, є особливо відчутним, з огляду на їхню меншу ринкову базу, більшу залежність від податку на прибуток підприємств та слабші можливості податкового адміністрування [100]. Такі держави не отримують значних надходжень від оподаткування доходів фізичних осіб унаслідок невеликих формальних секторів економіки [101-102].

Еволюція бізнес-моделей загалом і стрімке зростання цифрової економіки зокрема призвели до того, що компанії-нерезиденти функціонують у ринкових юрисдикціях сьогодні принципово інакше, ніж у період формування міжнародних податкових правил. Наприклад, хоча компанія-нерезидент завжди могла здійснювати продажі в іншу юрисдикцію без фізичної присутності, досягнення в ІКТ різко розширили масштаби та інтенсивність такої діяльності. Крім того, традиційно для розширення можливостей у ринковій юрисдикції компаніям була потрібна фізична присутність у формі виробничих потужностей, маркетингу чи дистрибуції. Такі локальні операції, як закупівлі, управління запасами, місцевий маркетинг і брендинг, були невід'ємно пов'язані з формуванням місцевого прибутку, що підлягав оподаткуванню в цій юрисдикції. Удосконалення ділових процесів у поєднанні з технологічним прогресом та лібералізацією торговельної політики дозволили компаніям централізувати багато функцій, які раніше вимагали місцевої присутності. Це зробило традиційну модель ведення бізнесу в країнах з ринковою економікою частково застарілою. Порогові критерії оподаткування, що ґрунтуються на фізичній присутності, історично пояснюються тим, що більшості традиційних підприємств справді потрібна локальна присутність для здійснення значних продажів у певній юрисдикції, а також необхідністю забезпечити достатню адміністративну спроможність країни-джерела для реалізації своїх податкових повноважень щодо підприємства-нерезидента. Однак сучасні бізнес-структури

дедалі менше потребують фізичної присутності в країні ринку, що особливо характерно для підприємств сектору ІКТ. Це створює суттєві виклики для міжнародного оподаткування, оскільки чинні правила, орієнтовані на фізичний критерій зв'язку, більше не відображають реалій цифрової економіки [74, с. 124-125].

На мою думку, нерівномірний розподіл податкових надходжень між країнами резидентства цифрових корпорацій та країнами ринку є однією з найбільш системних проблем сучасного міжнародного податкового права. Вважаю, що така асиметрія має не лише фіскальний, а й структурний характер, оскільки вона закладена в самій логіці податкового nexus, який історично ґрунтується на фізичній присутності. У цифровій економіці цей підхід об'єктивно віддає перевагу розвиненим юрисдикціям, де зосереджені головні офіси та нематеріальні активи, і позбавляє держави ринку реальних податкових повноважень.

На моє переконання, особливо негативні наслідки така модель має для країн, що розвиваються, оскільки їх фіскальні системи значною мірою залежать від податку на прибуток підприємств і не мають достатніх компенсаторних механізмів у вигляді розвиненого оподаткування доходів фізичних осіб або високого рівня податкового адміністрування. У цьому контексті цифровізація не просто посилює існуючі проблеми BEPS, а робить їх соціально й економічно більш відчутними.

Отже, на мою думку, цифрова економіка вимагає трансформації міжнародного податкового права від формально-територіального підходу до функціонально-економічної моделі, у центрі якої перебуває реальне створення вартості. Лише за цієї умови можливе зменшення фіскальної нерівності між державами та забезпечення більш справедливого розподілу податкових прав у глобалізованому цифровому середовищі.

На підставі проведеного аналізу можна дійти до ствердження, що такий стан речей формує фундаментальну асиметрію в розподілі податкових прав, що особливо негативно впливає на країни, що розвиваються. Через низьку податкову

базу, недостатній інституційний потенціал та високу залежність від податку на прибуток підприємств, ці держави є вразливими до практик розмивання податкової бази та переміщення прибутку (BEPS). Їхня неспроможність оподатковувати вартість, яка створюється за рахунок їхніх споживачів, цифрової інфраструктури чи даних, фактично означає часткову втрату фіскального суверенітету в цифрову епоху.

Крім того, цифрові компанії завдяки ІКТ-технологіям змогли централізувати ключові бізнес-функції, які раніше вимагали локальної присутності (маркетинг, аналітика, розподіл тощо). Це унеможлиблює застосування чинних порогів для визначення ПП та спричиняє деформацію податкової бази на користь юрисдикцій резидентства.

Тому доцільною бачиться позиція щодо необхідності перегляду поняття податкового зв'язку та переходу до економічного підходу, за якого значна та стійка участь компанії в економіці ринку визначатиметься не лише фізичною присутністю, а й цифровим слідом, обсягом доходу, чисельністю користувачів, обсягом даних тощо. Зокрема, підходи, що ґрунтуються на концепції «significant economic presence» або «user participation», потребують подальшого теоретичного обґрунтування та практичного впровадження. У перспективі податкові системи мають еволюціонувати у напрямі багатостороннього цифрового консенсусу, в межах якого країни ринку матимуть легітимне право на частку прибутку, створеного завдяки їхній інфраструктурі та споживачам. Така трансформація має супроводжуватися не лише оновленням норм міжнародного податкового права, а й інституційною підтримкою країн, що розвиваються, у сфері податкового адміністрування, цифрової звітності та обміну даними.

Як зазначено у матеріалах ОЕРС [74] у сфері прямого оподаткування основні виклики, пов'язані з цифровою економікою, поділяються на три великі категорії:

- 1) Взаємозв'язок (англ., nexus). Постійне зростання потенціалу цифрових технологій і зменшення потреби у фізичній присутності для ведення бізнесу, разом

зі збільшенням ролі мережевих ефектів, пов'язаних із взаємодією користувачів, ставить під сумнів актуальність чинних правил визначення податкового зв'язку з юрисдикцією.

2) Дані. Розвиток інформаційних технологій дав змогу компаніям у цифровому секторі збирати та використовувати дані клієнтів у транснаціональному масштабі. Це породжує питання про те, як визначати вартість, створену в результаті генерування даних за допомогою цифрових продуктів і послуг, а також яким чином кваліфікувати для податкових цілей передачу даних фізичними чи юридичними особами, наприклад, як безоплатне надання товару, бартер або іншу форму операції.

3) Характеристика. Поява нових цифрових продуктів і способів надання послуг спричиняє невизначеність щодо податкової кваліфікації платежів у межах нових бізнес-моделей, зокрема у сферах, пов'язаних із хмарними сервісами.

Зазначені виклики порушують питання щодо того, чи відповідає чинна міжнародна система оподаткування тим змінам, які спричинені цифровою економікою та бізнес-моделями, що виникають у її межах. Вони також стосуються розподілу податкових прав між державою джерела доходу та юрисдикцією резиденства компанії, а також перегляду підходів до визначення місця створення вартості та здійснення економічної діяльності для цілей оподаткування [74, с. 125].

Вважаємо, що класифікація викликів, запропонована ОЕСР, вірно відображає сутність проблем, що виникають у сфері прямого оподаткування в умовах цифрової економіки. Водночас їхня значущість виходить за межі суто технічних питань тлумачення чинних норм. Йдеться про фундаментальний перегляд принципів міжнародного оподаткування, які історично ґрунтувалися на концепції фізичної присутності та традиційному розподілі функцій, активів і ризиків. Сучасні цифрові бізнес-моделі створюють вартість без матеріальної прив'язки до конкретної території, а дані та мережеві ефекти стають новими «виробничими факторами», не врахованими в класичних підходах. Це свідчить про потребу перегляду парадигми, у межах якої визначається зв'язок між економічною діяльністю та юрисдикцією, з

метою забезпечення справедливого балансу податкових прав між країнами джерела доходу та країнами резиденції.

Прогрес у цифрових технологіях не змінив фундаментального характеру основної діяльності, яку підприємства здійснюють у межах бізнес-моделі для отримання прибутку. Щоб отримувати дохід, компаніям, як і раніше, необхідно шукати та залучати ресурси, створювати або додавати вартість і продавати товари чи послуги клієнтам. Для підтримання комерційної діяльності підприємства завжди виконували такі дії, як дослідження ринку, маркетинг, реклама та клієнтська підтримка. Водночас цифрові технології суттєво вплинули на спосіб виконання цієї діяльності: вони покращили можливості дистанційної роботи, підвищили швидкість обробки, аналізу й використання інформації та, оскільки географічна відстань стала менш значущою перешкодою для торгівлі, дозволили розширити коло потенційних клієнтів. Цифрова інфраструктура та інвестиції, що її забезпечують, сьогодні дають змогу підприємствам охоплювати значно більшу аудиторію, ніж у минулому [74, с. 126].

У результаті певні процеси, які раніше виконувалися місцевим персоналом, тепер можуть здійснюватися за кордоном за допомогою автоматизованого обладнання, що змінює характер і обсяг діяльності, яку повинен виконувати персонал. Таким чином, зростання клієнтської бази в країні не завжди потребує того рівня місцевої інфраструктури та персоналу, який був необхідний у «доцифрову» епоху. Це підвищує гнучкість компаній у виборі місця, де здійснюватиметься значна частина їхньої бізнес-діяльності, або у переміщенні існуючих функцій до нової юрисдикції, навіть якщо такі локації можуть бути віддаленими як від ринкової країни, так і від інших юрисдикцій, де розміщені пов'язані бізнес-функції. Тому персонал компанії, IT-інфраструктура (зокрема сервери) та клієнти можуть бути розподілені між кількома юрисдикціями, віддаленими від ринкової. Розвиток обчислювальної потужності також означає, що певні функції, включно зі здатністю ухвалювати рішення, тепер можуть виконуватися дедалі складнішими програмами

та алгоритмами. Наприклад, у деяких випадках контракти можуть автоматично укладатися програмним забезпеченням, що усуває потребу у втручанні місцевого персоналу [74, с. 127].

Ці питання стосуються, зокрема, визначення ПП для цілей податкових угод та відповідних правил розподілу прибутку. У минулому вже було визнано, що концепція ПП охоплює не лише істотну фізичну присутність у відповідній країні, а й ситуації, коли нерезидент веде бізнес у цій країні через залежного агента (що відображено в параграфах 5 і 6 ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР). Оскільки сьогодні компанія може брати активну участь в економічному житті іншої держави без постійного місця діяльності або залежного агента, виникає занепокоєння щодо того, чи відповідає чинне визначення ПП основним принципам, на яких воно було побудоване. Наприклад, можливість укладати контракти дистанційно за допомогою технологічних засобів, без участі окремих працівників або залежних агентів, порушує питання про те, чи залишається доречним акцент чинних правил на укладенні контрактів особами (за винятком агентів незалежного статусу) у всіх випадках [74, с. 128].

Ці занепокоєння в окремих випадках посилюються тим, що в певних бізнес-моделях клієнти часто підтримують тривалу взаємодію з постачальниками послуг, яка виходить за межі первинної точки продажу. Така постійна комунікація з користувачами формує мережеві ефекти, що підвищують цінність бізнесу для інших потенційних клієнтів. Наприклад, у роздрібному бізнесі, який працює через веб-сайт, що дозволяє користувачам переглядати та позначати продукти, взаємодія клієнтів із платформою може збільшувати її цінність для нових відвідувачів, допомагаючи їм швидше знаходити релевантні товари та робити більш обґрунтований вибір.

Подібним чином користувачі спільної мережевої платформи створюють контент, унаслідок чого цінність платформи для чинних користувачів зростає з приєднанням нових учасників і їхнім внеском. У більшості випадків користувачі не

отримують прямої винагороди за наданий контент, тоді як бізнес може монетизувати його через рекламні доходи, продаж підписок або ліцензування третім особам. Крім того, створена користувачами вартість може відобразитися у вартості самого бізнесу, що монетизується під час його продажу власниками. Занепокоєння щодо того, що мінлива та багатовимірна взаємодія споживачів і користувачів дозволяє бізнесу активно брати участь в економічному житті держав без фізичної присутності, посилюється на ринках, де вибір споживачів разом із мережевими ефектами сприяє формуванню монопольних або олігопольних структур [74, с. 128].

На мою думку, запропонована ОЕСР класифікація викликів цифрової економіки у сфері прямого оподаткування є методологічно виваженою та концептуально точною, оскільки вона дозволяє системно охопити ті аспекти, які найбільш істотно підривають ефективність чинної міжнародної податкової архітектури. Вважаю, що проблеми nexus, даних та податкової кваліфікації цифрових транзакцій не є ізольованими, а взаємопов'язаними елементами єдиного процесу трансформації економічної реальності, до якої податкове право не встигає адаптуватися.

Окремо слід наголосити, що автоматизація бізнес-процесів і використання алгоритмів для укладення контрактів або прийняття управлінських рішень підривають традиційні критерії визначення ПП, зокрема акцент на особистих діях працівників або агентів. Вважаю, що в умовах, коли комерційно значущі рішення можуть ухвалюватися програмним забезпеченням без участі персоналу в ринковій юрисдикції, чинні правила ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР більше не забезпечують належного відображення економічної реальності.

На мою думку, особливу увагу необхідно приділяти феномену користувацької участі та мережових ефектів, оскільки саме вони дозволяють бізнесу інтегруватися в економічне життя держави без фізичної присутності. Фактичне створення вартості користувачами – через контент, дані, взаємодію з

платформами – стає ключовим елементом прибутковості цифрових компаній, однак ця вартість залишається поза межами традиційного податкового аналізу. Це, на моє переконання, є однією з головних причин формування податкових прогалин і зростання практик BEPS.

Особливої актуальності набувають питання, пов'язані з автоматизацією функцій прийняття рішень, дистанційним укладенням контрактів, а також створенням вартості за рахунок мережевих ефектів, що виникають унаслідок активної взаємодії користувачів. У цьому контексті стає очевидним, що чинні підходи до визначення ПП не повністю відображають економічну реальність цифрової епохи. Більше того, вартість, яка формується внеском користувачів або даними, створює новий тип економічної присутності, не охоплений традиційними моделями міжнародного оподаткування. Відтак виникає об'єктивна потреба переглянути концептуальні підходи до визначення ПП з урахуванням нематеріального характеру цифрових активів, автоматизації бізнес-процесів та постійної взаємодії з клієнтами, що формує нові механізми створення і розподілу вартості.

Податковий зв'язок (*nexus*) є кваліфікованим зв'язком між державою, яка прагне реалізувати свої податкові повноваження, та платником податків або фактами, що обумовлюють виникнення об'єкта оподаткування. Інакше кажучи, *nexus* – це наявність достатнього ступеня взаємозв'язку між платником податків, майном або діяльністю і державою, що надає останній право на встановлення та стягнення податкових зобов'язань [103].

З позиції міжнародного податкового права податковий зв'язок поділяється на дві основні групи, а саме національний принцип (*nexus* на основі громадянства або національності платника податків) та територіальний принцип, який, у свою чергу, включає критерій джерела доходу (англ., *source principle*) – зв'язок об'єкта доходу з територією держави та критерій резидентства (англ., *residence principle*) – зв'язок

платника податків із територією держави на підставі місця проживання, інкорпорації або центру управління [103].

Зауважимо, що у контексті транскордонного оподаткування, коли одночасно кілька суверенних держав претендують на право оподаткування одного й того самого доходу, виникає потреба у теоретичному обґрунтуванні податкової юрисдикції, в межах якої ключовими залишаються принципи справедливості, ефективності та простоти. У сфері податкового права це означає, що держава повинна мати можливість забезпечити стягнення податків, які вона встановила. Оскільки такі податки можуть стосуватися доходів або діяльності, що здійснюються за межами її території, для їх ефективного стягнення державі необхідна співпраця з іноземною юрисдикцією, адже існує абсолютна заборона на примусове застосування однією державою свого законодавства на території іншої без її згоди.

Механізми міжнародної податкової співпраці активно розвиваються. Більшість двосторонніх конвенцій про уникнення подвійного оподаткування вже містять положення про «взаємодопомогу у стягненні податків», спрямовані на підвищення ефективності міждержавного податкового адміністрування, зокрема через систематичний обмін інформацією про платників податків. У результаті виникає реальна можливість того, що держава зможе стягувати податки поза межами своєї території за умови, що відповідна іноземна держава визнає юрисдикцію країни-ініціатора щодо встановлення таких податків, тобто визнає податковий зв'язок (*nexus*), на який вона посилається.

Водночас можливість екстериторіального стягнення податків впливає на бачення державами власної податкової юрисдикції, зокрема на прийнятність того чи іншого виду податкового зв'язку. Історично, за відсутності можливості здійснювати примусове виконання за межами території, держави були змушені шукати територіальні точки дотику, що дозволяли б забезпечити виконання податкових зобов'язань. Одним із таких інструментів стало утримання податку при

виплаті доходів із джерела в країні (виплати нерезидентам від місцевих платників). Проте нині, коли держави мають доступ до інформації про нерезидентів і можуть залучати іноземні юрисдикції до сприяння у стягненні податків, постає питання не лише про актуальність збереження такої практики, але й про достатність самого юрисдикційного зв'язку для встановлення податків відповідно до міжнародного права.

У галузі міжнародного податкового права існує науковий підхід, згідно з яким міжнародне право юрисдикції не регулює податкову юрисдикцію держави. Ця теорія необмеженої податкової юрисдикції [104, с. 31] сьогодні має лише незначну підтримку серед науковців [105-107]. Переважна більшість дослідників дотримується думки, що податкова юрисдикція держави – принаймні потенційно – підлягає обмеженням з боку міжнародного права [103; 108]. Це не означає, що всі сучасні претензії держав на податкову юрисдикцію порушують міжнародне право, а лише те, що міжнародне право встановлює межі фіскального суверенітету держав.

Втім, держави нині активно розширюють межі юрисдикції, зокрема у таких сферах, як оподаткування цифрової економіки у транскордонному контексті [109-110] та впровадження глобального мінімального податку на прибуток корпорацій, який має забезпечити сплату базового рівня податкових зобов'язань великими ТНК в юрисдикціях, де вони фактично здійснюють діяльність [111].

Багато (якщо не більшість) науковців у сфері податкового права виходять із того, що для визнання здійснення податкової юрисдикції законним відповідно до норм звичаєвого міжнародного права має існувати «зв'язок» (nexus) між сукупністю юридично релевантних фактів і державою, яка прагне встановити податкове зобов'язання [112-113]. Зазвичай підкреслюється, що такий nexus повинен бути реальним, обґрунтованим, істотним або адекватним, тобто не може бути штучним чи ілюзорним.

На переконання автора, дискусія щодо меж податкової юрисдикції держав відображає фундаментальну колізію між фіскальним суверенітетом і вимогами

міжнародного правопорядку. Теорія необмеженої податкової юрисдикції, хоча й має історичне значення, у сучасних умовах глобалізованої економіки вже не виглядає переконливою, оскільки ігнорує потребу правової координації між державами у сфері оподаткування. Цифровізація та мобільність капіталу лише поглиблюють цю проблему, адже класичні прив'язки до території чи фізичної присутності перестають забезпечувати справедливий і ефективний розподіл податкових прав. У цьому контексті концепція *nexus* стає ключовим інструментом узгодження національних претензій з міжнародними стандартами, оскільки вимагає наявності реального й обґрунтованого зв'язку між державою та оподатковуваною діяльністю.

Отже, розвиток міжнародного податкового права демонструє поступовий перехід від сувереністського підходу до моделі взаємних обмежень, заснованих на міжнародних домовленостях і принципах звичаєвого права. Застосування механізмів на кшталт глобального мінімального податку або спеціальних правил оподаткування цифрової економіки свідчить, що абсолютна свобода держав у сфері податкової юрисдикції є не лише теоретично вразливою, а й практично несумісною з потребами міжнародної економічної взаємодії. Тому доктринальне визнання обмежень податкового суверенітету слід розглядати не як загрозу державності, а як засіб досягнення балансу між фіскальними інтересами держав і стабільністю глобальної податкової системи.

Вимога наявності зв'язку (*nexus*) базується на звичаєвому міжнародному праві. Зокрема, авторитетне Четверте оновлення Підручника із зовнішніх зносин США (англ., *Fourth Restatement of US Foreign Relations Law*, 2018) встановлює основне правило для здійснення державою нормативної юрисдикції: «Звичаєве міжнародне право дозволяє здійснення нормативної юрисдикції, якщо між об'єктом регулювання та державою, яка прагне його регулювати, існує справжній зв'язок (*genuine connection*)» [114]. Далі Четверте оновлення пояснює, що: «справжній зв'язок зазвичай базується на конкретному зв'язку між державою та об'єктом

регулювання, такому як територія, ефекти, активна чи пасивна персоналія або захист».

Зауважимо, що четверте оновлення може створювати враження, що наявність територіального, персонального, охоронного або універсального зв'язку автоматично є достатньою підставою для здійснення законної юрисдикції. Проте на практиці потрібний глибший аналіз міцності такого зв'язку. Не кожен територіальний зв'язок може вважатися достатнім, особливо в умовах глобалізованого світу, де одна й та сама ситуація здатна формувати – хоч і слабкий – зв'язок із кількома державами. Це й спровокувало пошуки критеріїв допустимості територіальної юрисдикції у різних галузях права.

Питання про те, який зв'язок є достатньо переконливим, залежить від відповідної сфери права, хоча інколи можлива аналогія. У податковому праві це означає, що юрисдикційний зв'язок теоретично може відрізнятися від критеріїв, застосовуваних в інших галузях. Утім, на практиці податкова юрисдикція здебільшого спирається на загальні принципи територіальності та громадянства.

Одним із ключових концептуальних підходів є теорія вигоди (англ., *benefit theory*), за якою право держави на оподаткування ґрунтується на користі від публічних благ і державних послуг, якими користуються платники податків, що взаємодіють з відповідною країною. З цієї точки зору джерельне оподаткування нерезидентів є обґрунтованим, якщо їхня діяльність пов'язана з інфраструктурою, правовим захистом, комунальними чи цифровими ресурсами держави ринку. Таким чином, навіть без фізичної присутності нерезиденти можуть отримувати вигоди від функціонування цієї держави, що створює підстави для оподаткування.

Отже, будь-які ініціативи щодо перегляду або розроблення нових правил податкового зв'язку мають враховувати баланс між теоретичною обґрунтованістю, практичною здійсненністю та правовою визначеністю. Це дозволить сформулювати сучасну модель міжнародної податкової співпраці, здатну відповідати викликам цифрової трансформації економіки.

Отримані у ході дослідження висновки полягають в тому, що попри стрімкий розвиток цифрових технологій фундаментальна природа бізнес-моделей не змінилася: підприємства, як і раніше, прагнуть отримувати прибуток шляхом залучення ресурсів, створення доданої вартості та реалізації товарів або послуг кінцевому споживачеві. Натомість суттєво трансформувався спосіб здійснення цієї діяльності, що зумовлено глибокою цифровізацією економічного простору.

Цифрові технології сприяли відриву бізнесу від географічних обмежень, зменшенню значення фізичної присутності і дали змогу підприємствам розширювати клієнтську базу за мінімальних витрат на локальну інфраструктуру. Автоматизація, використання алгоритмів, інтелектуальних систем та мережевих ефектів дозволяють компаніям активно взаємодіяти з ринками без традиційних ознак ПП, таких як офіс, штат працівників чи залежні агенти. У цьому контексті постає питання актуальності підходу до визначення ПП, сформульованого ще у 1920-х роках. Сучасні бізнес-моделі дають змогу укладати контракти та отримувати прибутки в іншій країні без фізичної присутності або участі залежного агента, що вказує на обмеженість чинних норм міжнародного податкового права.

Окрім того, взаємодія користувачів із цифровими платформами створює нематеріальну вартість, яка є важливим джерелом прибутку для компаній. Цей ефект особливо посилюється на ринках з високою концентрацією, де кілька доміантних гравців формують олігополію завдяки мережевим ефектам. За таких умов податковий зв'язок не може ґрунтуватися виключно на фізичній присутності, а має враховувати економічну залученість, цифрову взаємодію та цінність, створену користувачами на відповідній території.

Отже, виникає необхідність модернізації поняття ПП і критеріїв податкового зв'язку, щоб забезпечити справедливий і ефективний розподіл податкових прав у цифрову епоху.

Ще одна важлива проблема, що постає у зв'язку з трансформацією способів ведення бізнесу, полягає у визначенні того, чи можуть окремі види діяльності, які

традиційно кваліфікувалися як підготовчі або допоміжні (і відповідно підпадали під винятки з визначення ПП), набути статусу істотних елементів бізнес-моделі в умовах цифрової економіки. Наприклад, якщо близькість до споживача та необхідність оперативної доставки товарів становлять ключові характеристики бізнес-моделі онлайн-продавця фізичної продукції, утримання місцевого складу може фактично перетворюватися на одну з основних функцій такого підприємства. Аналогічно, у разі коли ефективність діяльності компанії, що здійснює високочастотну торгівлю, критично залежить від швидкості обробки операцій і вимагає розміщення сервера в безпосередній близькості до біржі, виникає питання щодо можливості й надалі розглядати автоматизовані процеси, які виконує цей сервер, як такі, що мають лише підготовчий або допоміжний характер [74, с. 129].

Хоча справді податкові угоди не дозволяють оподатковувати прибуток від комерційної діяльності підприємства-нерезидента за відсутності ПП, якому можуть бути віднесені такі прибутки, проблема податкового зв'язку виходить за межі концепції ПП у міждержавних угодах. Фактично навіть за відсутності обмежень, встановлених податковими конвенціями, багато юрисдикцій не визнавали б наявності достатнього зв'язку відповідно до власного внутрішнього законодавства. Наприклад, значна частина держав не оподатковує дохід підприємства-нерезидента, отриманий від дистанційного продажу товарів або послуг клієнтам, що перебувають на їхній території, якщо нерезидент не має певної форми фізичної присутності в цій юрисдикції. Отже, проблема визначення зв'язку стосується не лише міжнародних угод, а й внутрішніх правил оподаткування нерезидентів [74, с. 129].

Термін «цифрова економіка» вперше був використаний Доном Тапскоттом у його бестселері 1995 року «The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence» [115]. Відповідно, цифрову економіку можна концептуалізувати як результат трансформаційного процесу, спричиненого розвитком інформаційно-комунікаційних технологій (ІКТ), які стали дешевшими,

потужнішими та широко стандартизованими, що сприяло вдосконаленню бізнес-процесів і стимулювало інновації в усіх секторах економіки.

Найрізноманітніші види бізнесу можуть отримувати переваги від технологічного прогресу як через підвищення ефективності компанії, так і через можливість виходу на нові ринки без фізичної присутності. Враховуючи значні можливості для нерезидентних компаній отримувати вигоди з іноземних ринків без суттєвої фізичної присутності, ОЕСР поставила питання про актуальність чинних правил податкового зв'язку (nexus) [26].

На мою думку, чинний режим вже не забезпечує належного виконання своїх функцій. Критерії, сформовані в іншій економічній реальності, нині дозволяють компаніям фактично обирати юрисдикцію для розміщення податкової бази, навіть якщо значна частина доходів генерується в різних ринкових державах.

У дослідженні, проведеному компанією KPMG у січні 2021 року [116] щодо оподаткування в цифровій економіці, країни було поділено на шість груп:

- 1) країни, які не розробили жодних спеціальних систем;
- 2) сім країн, що очікують на глобальне рішення;
- 3) три країни, які не оприлюднили жодної позиції;
- 4) дев'ять країн, які оприлюднили намір внести зміни;
- 5) чотири країни, які оприлюднили проєкти законодавства або ініціювали консультації;
- 6) двадцять п'ять країн, які вже прийняли відповідні закони.

Багато держав уже роблять спроби адаптувати своє законодавство до цифрових умов – шляхом упровадження податків на цифрові послуги або перегляду критеріїв ПП. Проте ці заходи залишаються фрагментарними та не формують цілісної системи. У цьому контексті ініціатива ОЕСР щодо вироблення глобального узгодженого підходу до оподаткування виглядає як конструктивна реакція на спільний виклик для міжнародної податкової системи.

Водночас перед науковою та практичною спільнотою постає ще одна складна проблема: чи можуть види діяльності, які традиційно кваліфікувалися як підготовчі або допоміжні, набувати ознак основної господарської діяльності в умовах цифровізації. Саме аналізу цього питання присвячено наступний розділ, де розглянуто межу між формальним статусом діяльності підприємства і її фактичним економічним значенням у цифрову епоху.

Цифрові технології дозволяють збирати, зберігати та використовувати дані, а також дозволяють збирати дані віддалено та на більшій відстані від ринку, ніж раніше. Дані можуть бути зібрані безпосередньо від користувачів, споживачів чи інших джерел інформації або опосередковано через треті сторони. Дані також можуть бути зібрані через ряд транзакційних відносин з користувачами або на основі інших явних чи неявних форм угоди з користувачами. Компанії збирають дані різними методами. Вони можуть бути проактивними, вимагаючи від користувачів надати дані та використовуючи аналітику даних, або переважно реактивними, коли кількість і характер наданої інформації значною мірою контролюються користувачами, наприклад, соціальні мережі та хмарні обчислення. Дані, зібрані з різних джерел, часто є основним внеском у процес створення вартості в цифровій економіці. Використання даних може створювати цінність для бізнесу різними способами, зокрема дозволяючи компаніям сегментувати населення, щоб адаптувати пропозиції, покращувати розробку продуктів і послуг, краще розуміти мінливість ефективності та покращувати прийняття рішень. Розширення ролі даних викликає питання щодо того, чи залишаються відповідними чинні правила зв'язку, чи будь-який прибуток, що приписується дистанційному збору даних підприємством, повинен оподатковуватись у державі, з якої збираються дані, а також питання про те, чи дані належним чином характеризується та оцінюється для цілей оподаткування [74, с. 129-130].

Хоча зрозуміло, що багато компаній розробили механізми збору, аналізу та подальшої монетизації даних, для цілей аналізу функцій, активів і ризиків часто

складно визначити об'єктивну вартість самих первинних даних окремо від процесів, які застосовуються для їх збору, обробки та використання. З погляду бухгалтерського обліку вартість даних, зібраних компанією, як і інших власноруч створених нематеріальних активів, зазвичай не відображається в балансі підприємства і, відповідно, часто не впливає на визначення прибутку для цілей оподаткування.

Натомість дані, придбані в іншого пов'язаного чи непов'язаного суб'єкта, можуть розглядатися як актив у покупця, і їх подальший продаж матиме податкові наслідки. Водночас прямий продаж даних є лише одним із можливих способів їх комерційного використання. Подібно до інших внесків користувачів, вартість даних може відображатися у загальній ринковій вартості бізнесу та монетизуватися під час продажу компанії. Навіть у разі продажу самих даних їхня вартість може істотно різнитися залежно від здатності покупця аналізувати та ефективно застосовувати ці дані.

Питання оцінки даних як активу ускладнюється також правовими аспектами, пов'язаними з правом власності на персональні дані. У багатьох юрисдикціях законодавство про захист даних і приватність встановлює, що така інформація вважається власністю особи, від якої вона отримана, а не активом компанії або суспільним благом. Натомість економічна література щодо нематеріального капіталу дедалі частіше визнає практичну цінність таких активів і розглядає їх у ширшому контексті, навіть якщо право власності на них не має чіткого юридичного закріплення [74; 117].

Цінність даних і труднощі, пов'язані з її визначенням, мають безпосереднє значення для цілей оподаткування в транскордонному контексті. Це зумовлює питання щодо того, чи повинен дистанційний збір даних формувати податковий зв'язок за відсутності фізичної присутності, а також, якщо такий зв'язок уже існує, яким має бути вплив операцій із даними на застосування принципів трансфертного ціноутворення та розподілу прибутку. Такий аналіз потребує ретельного

визначення функцій, активів і ризиків, пов'язаних зі створенням, обробкою та використанням даних. Те, що вартість даних може впливати на податкові наслідки, створює додатковий тиск на їх оцінку. Крім того, той факт, що податкові результати можуть відрізнятися залежно від того, чи належать дані ПП, чи вони зберігаються місцевою дочірньою компанією та продаються іноземному підприємству, або ж збираються безпосередньо іноземним підприємством без створення ПП, актуалізує питання про зв'язок та місце збору даних для цілей оподаткування [74, с. 130].

Крім того, дані, зокрема дані про місцезнаходження, можуть збиратися від клієнтів або пристроїв в одній країні за допомогою технологій, розроблених в іншій. Після цього такі дані можуть оброблятися у другій країні та використовуватися для вдосконалення продуктів або таргетованої реклами, спрямованої на клієнтів у першій країні. Визначення того, чи може прибуток бути віднесений до кожної з цих функцій, а також розподіл такого прибутку між першою та другою країнами, створює значні податкові труднощі. Ці труднощі посилюються тим, що на практиці підприємства часто збирають різні типи даних із множинних джерел і з різною метою, а згодом комбінують їх для створення економічної цінності. Це ускладнює встановлення походження конкретних даних і відповідних елементів створеної вартості. Додатковою перешкодою є використання хмарних технологій для зберігання та обробки даних, що робить визначення місця, де фактично здійснюється їх обробка, надзвичайно складним з точки зору податкової кваліфікації [74, с. 131].

Бачиться очевидним, що цифрові дані перетворилися на ключовий нематеріальний актив сучасної економіки, що формує нові механізми створення вартості та визначає напрями трансформації міжнародного податкового права. Водночас чинна податкова архітектура не відображає фактичної економічної ролі даних як самостійного джерела прибутку, що зумовлює системний дисбаланс між юридичною формою та економічним змістом. У більшості юрисдикцій дані, створені підприємством власними силами, не визнаються активом у

бухгалтерському чи податковому обліку, хоча саме процеси збору, аналітики та монетизації інформації формують основну частину ринкової вартості цифрових компаній. Такий розрив між нормативною фікцією та економічною реальністю спричиняє викривлення податкової бази, особливо у транскордонних ситуаціях, коли дані генеруються в одній державі, а використовуються й монетизуються – в іншій.

У цьому контексті дані доцільно розглядати як прояв економічної присутності (digital economic presence), незалежно від того, де розташовані сервери або персонал. Факт дистанційного збору та використання даних на території ринкової юрисдикції має сам по собі створювати податковий nexus, оскільки відображає реальну участь підприємства у формуванні споживчої вартості. Такий підхід вимагає адаптації концепції ПП шляхом запровадження категорії «економічного володіння даними» (economic ownership of data), що відображає здатність підприємства контролювати процеси збору, аналізу та комерційного використання інформації.

У межах цієї концепції пропонується:

1. Сформувати єдиний методологічний підхід до оцінки вартості даних для цілей трансфертного ціноутворення, заснований не лише на понесених витратах, а й на потенціалі монетизації та ролі даних у створенні синергетичної вартості.

2. Визначити «місце створення даних» як критерій податкового зв'язку, який забезпечить справедливіший розподіл прибутку між державою збору та державою аналізу й використання.

3. Інтегрувати категорію «data nexus» у міжнародні податкові угоди як окрему форму фіксації цифрової економічної присутності, що не залежить від фізичної локалізації активів.

Наукова новизна запропонованого підходу полягає у такому:

– уперше обґрунтовано необхідність розглядати дані як самостійний елемент податкової юрисдикції, що формує підставу для оподаткування;

- введено концепт «економічного володіння даними» як нового критерію для встановлення податкового зв'язку та розрахунку прибутку, отриманого завдяки збору й використанню інформації;
- розроблено модель «data nexus» як цифрової форми податкової присутності, що враховує місце генерації, обробки та економічної експлуатації даних;
- обґрунтовано потребу поєднання правового й економічного підходів до даних з метою забезпечення балансу між захистом персональної інформації та справедливим розподілом податкових надходжень.

Таким чином, реформування міжнародного податкового права має включати визнання даних як нового виду нематеріального податкового ресурсу. Це дозволить сформувати «податкову архітектуру даних» (data tax architecture), здатну відображати реальні процеси створення вартості у цифровій економіці, зміцнити податкову справедливість і підвищити ефективність оподаткування в глобальному вимірі.

Додаткові виклики у сфері оподаткування пов'язані зі зростаючою популярністю в цифровій економіці багатосторонніх бізнес-моделей. В їх основі лежить залежність між кількома групами користувачів, де можливість компанії залучати одну групу клієнтів безпосередньо визначається її здатністю залучати іншу. Наприклад, підприємство може пропонувати певні цифрові послуги компаніям або фізичним особам безоплатно чи за ціною, нижчою від собівартості, щоб сформувати широку базу користувачів і збирати дані про їхню поведінку. Надалі ці дані використовуються для отримання прибутку шляхом продажу послуг іншій групі клієнтів, зацікавлених у доступі до зібраної інформації або до першої групи користувачів. У сфері інтернет-реклами, наприклад, дані, отримані від однієї категорії користувачів, дають можливість пропонувати іншій групі клієнтів таргетовану рекламу. Якщо такі групи розміщені в різних країнах, постає питання податкового зв'язку і визначення справедливого розподілу прибутку між відповідними юрисдикціями. Крім того, ускладнюється податкова кваліфікація

операцій з даними, зокрема оцінка того, чи можуть такі операції розглядатися як безоплатне надання товару, як бартер чи як інший вид транзакції, а також яким чином їх слід враховувати для цілей податкового та бухгалтерського обліку [74, с. 131].

Проведене дослідження виявило, що поширення багатосторонніх бізнес-моделей у цифровій економіці становить один із найскладніших викликів для сучасної системи міжнародного оподаткування. Ці моделі руйнують традиційну лінійну логіку «постачальник – споживач», на якій історично базувалася податкова система, і натомість створюють багатовекторні потоки вартості, де економічні вигоди формуються через взаємодію кількох груп учасників, розподілених між різними юрисдикціями. У таких умовах класичні критерії зв'язку (nexus) та принципи розподілу прибутку (arm's length principle) не забезпечують належної кореляції між створенням вартості та податковими зобов'язаннями.

Цифрова економіка уможливила монетизацію новими способами, і це викликає питання як щодо обґрунтування існуючих категорій доходів, так і щодо узгодженості трактування подібних типів транзакцій. Нові бізнес-моделі породжують нові питання про те, як характеризувати певні операції та платежі для цілей національного права та податкового права [74, с. 132].

Для цілей податкових угод часто постає питання, чи слід кваліфікувати відповідні платежі як роялті (зокрема в угодах, де це поняття охоплює виплати за оренду комерційного, промислового чи наукового обладнання), як плату за технічні послуги (у випадках, коли угоди містять спеціальні положення щодо таких платежів), чи як прибуток від підприємницької діяльності. Зокрема, дискусійним є питання про те, чи потрібно розглядати транзакції типу «інфраструктура як послуга» як надання послуг (і відповідно кваліфікувати платежі як прибуток від бізнесу для цілей угоди), як оренду серверних потужностей постачальника хмарних рішень іншими суб'єктами (і відповідно відносити такі платежі до роялті для цілей

угод, у яких роялті охоплюють оренду комерційного, промислового чи наукового обладнання), чи як надання технічних послуг [74, с. 133].

Згідно з більшістю податкових угод, прибуток від бізнесу підлягатиме оподаткуванню в країні лише в тому випадку, якщо він відноситься до ПП, розташованого в цій країні. Навпаки, деякі інші види доходу, такі як роялті, можуть обкладатися податком у країні платника залежно від умов будь-якої застосовної угоди. Отже, незалежно від того, чи транзакція характеризується як прибуток від бізнесу чи як інший вид доходу, це може призвести до іншого підходу для цілей податкової угоди. Тому існує потреба у роз'ясненні застосування існуючих правил до деяких нових бізнес-моделей [74, с. 133].

У той самий час, розглядаючи питання характеристики доходу, отриманого від нових бізнес-моделей, може виникнути потреба переосмислити обґрунтування чинних правил, щоб встановити, чи забезпечують вони коректні результати в умовах цифрової економіки та чи є відмінності у ставленні до істотно подібних операцій політично обґрунтованими. У цьому контексті характеристика доходу має ширші наслідки для розподілу податкових прав. Наприклад, якщо новий тип бізнесу здатний активно взаємодіяти з клієнтами в ринковій юрисдикції та генерувати прибуток без фізичної присутності, який за своїм змістом відповідає рівню ПП, і при цьому визначено, що ринкова юрисдикція повинна мати право оподатковувати такий дохід, зміна порогу ПП може забезпечити таке оподаткування. Оподаткування у джерела також може бути досягнуто шляхом створення нової категорії доходу, що підлягає оподаткуванню в державі джерела. Як наслідок, питання характеристики доходу має істотні наслідки для визначення податкового зв'язку [74, с. 133].

Зауважимо, що сучасна міжнародна система оподаткування стикається з серйозними викликами щодо координації та гармонізації податкової політики в умовах цифровізації економіки. Цифрова трансформація призвела до значного зростання обсягів транскордонної комерції без фізичної присутності компаній у

відповідних юрисдикціях, що, у свою чергу, актуалізує питання справедливого розподілу прав на оподаткування між країнами.

У звіті ОЕСР констатується [25], що держави мають різні позиції щодо доцільності зміни існуючих принципів розподілу податкових прав. Одні країни вважають, що цифрова економіка створює радикально нові виклики, які вимагають перегляду чинних правил (наприклад, через введення цифрового ПП чи податку на цифрові послуги). Інші дотримуються думки, що цифрові бізнес-моделі можуть бути охоплені вже наявними правилами трансфертного ціноутворення та концепцією ПП, тож зміни не є необхідними.

Це породжує ризик фрагментації міжнародної податкової системи, коли держави починають впроваджувати односторонні заходи для оподаткування цифрового бізнесу, не чекаючи глобального консенсусу. Як наслідок, зростає кількість конфліктів податкових юрисдикцій, збільшується ймовірність подвійного оподаткування або, навпаки, податкового арбітражу та ухилення від сплати податків.

Ініціатива BEPS була започаткована саме з метою посилення координації між країнами для подолання викликів, пов'язаних з розмиванням податкової бази. У рамках Action 1 BEPS було визначено, що цифровізація створює нові труднощі для систем оподаткування, зокрема у контексті ПП та розподілу прибутку.

Проте, навіть у рамках ОЕСР держави залишаються поділеними у своїх підходах. Деякі підтримують радикальні нововведення, інші – обережні адаптації існуючих принципів. Така ситуація ускладнює досягнення універсальної домовленості щодо реформування системи. У відповідь на затримку глобального консенсусу, деякі країни запровадили або планують запровадити односторонні податки на цифрові послуги (англ., Digital Services Taxes, DST), такі як Франція, Італія, Велика Британія, Індія, Угорщина тощо. Хоча ці заходи тимчасово вирішують проблему справедливого оподаткування цифрового бізнесу в конкретній юрисдикції, вони водночас:

- створюють бар'єри для іноземних інвесторів,
- можуть порушувати положення двосторонніх угод про уникнення подвійного оподаткування,
- посилюють міжнародну податкову конкуренцію, що загрожує стабільності глобальної системи оподаткування.

На переконання автора, проблеми координації та гармонізації податкової політики в цифрову епоху становлять один із ключових бар'єрів для ефективного регулювання транскордонної економічної діяльності. Відсутність узгоджених підходів між державами не лише ускладнює адміністрування та контроль, але й створює ризики подвійного оподаткування або «подвійного неоподаткування». За таких умов міжнародна співпраця та поступове формування глобальних стандартів на основі компромісу мають стати пріоритетним напрямом податкової політики. Обґрунтованою видається ідея впровадження універсального механізму розподілу податкових прав, який враховує реальну участь у створенні вартості та специфіку цифрових бізнес-моделей.

### **3.2. Міжнародна практика вирішення викликів щодо визначення прибутку постійного представництва в умовах диджиталізації**

У контексті цифрової трансформації економіки питання визначення прибутку ПП набуває особливої складності. Міжнародна практика демонструє, що традиційні підходи до розмежування податкових прав держав дедалі частіше стикаються з викликами, спричиненими новими бізнес-моделями та нематеріальною природою створення вартості.

Сьогодні існують два основні принципи, згідно з якими держави здійснюють оподаткування доходів: принцип джерела та принцип резидентства. Особи, які є податковими резидентами певної держави, за загальним правилом, підлягають

оподаткуванню на світовий дохід у цій державі. Для цілей оподаткування податкова резидентність осіб (крім фізичних осіб) зазвичай визначається у внутрішньому законодавстві на підставі принципу інкорпорації, місця управління та/або доміцилію. У випадках, коли дві держави одночасно вважають особу податковим резидентом, податкові конвенції зазвичай передбачають правило вирішення колізії (англ., tiebreaker rule). Згідно з п. 4(3) Модельної податкової конвенції ОЕСР така особа «вважається резидентом лише тієї держави, в якій знаходиться її фактичне місце управління (англ., place of effective management)». Це правило застосовується лише в межах дії податкового договору; при цьому для цілей внутрішнього податкового законодавства особа може залишатися резидентом обох країн.

Визначення фактичного місця управління базується на фактах та означає місце, де по суті ухвалюються ключові управлінські та комерційні рішення, необхідні для здійснення діяльності компанії. У редакції Модельної конвенції ОЕСР 2008 року уточнено, що особи, які не підлягають всеосяжному оподаткуванню в державі (незважаючи на визнання їх резидентами згідно з внутрішнім правом), виключаються зі статусу резидента для цілей конвенції, якщо за положеннями податкового договору вони визнаються резидентами іншої держави.

З огляду на технологічні зміни, визнано доцільним (повторно) розглянути критерій фактичного місця управління. У документі для обговорення, підготовленому Технічною консультативною групою з моніторингу застосування чинних договірних норм оподаткування прибутку підприємств, було проаналізовано кілька альтернативних підходів.

У 2008 році текст Коментаря до Модельної податкової конвенції ОЕСР було змінено (Коментар 24), зокрема, зазначено: «Фактичне місце управління – це місце, де по суті ухвалюються ключові управлінські та комерційні рішення, необхідні для провадження діяльності суб'єкта в цілому». Водночас із тексту було вилучено

згадку про «місце перебування найвищої посадової особи або колегіального органу управління (наприклад, ради директорів)».

У контексті електронного бізнесу та цифрових послуг така редакція акцентує, що визначальним фактором для встановлення податкової резидентності юридичних осіб є місце, де працюють співробітники, які ухвалюють найважливіші рішення бізнесового характеру, зокрема рішення щодо підприємницьких ризиків та розвитку нематеріальних активів. Такий підхід мав на меті ускладнити структурування бізнесу з розміщенням юридичних осіб у низькоподаткових юрисдикціях без реального економічного змісту (англ., *substance*).

Схожий підхід реалізовано в Авторизованому підході ОЕСР (англ., *Authorised OECD Approach, AOA*), викладеному у Звіті ОЕСР щодо розподілу прибутку ПП (2008), зокрема через концепцію функцій значущих осіб (англ., *Significant People Functions, SPF*). Аналогічні критерії містить і проєкт для обговорення з питань трансфертного ціноутворення у частині реструктуризації бізнесу (вересень 2008 року), зокрема Випуск №1, присвячений розподілу ризиків, де основну увагу зосереджено на контролі над ризиками та, у меншій мірі, на фінансовій здатності їх нести.

Втім, деякі держави дотримуються підходу, за яким випадки подвійної резидентності юридичних осіб мають вирішуватися індивідуально з урахуванням конкретних обставин. Така позиція пояснюється складністю застосування концепції фактичного місця управління в умовах віртуальної комунікації та цифрової мобільності. Унаслідок цього низка держав передбачила можливість виключити стандартне правило вирішення колізії (англ., *tiebreaker rule*), замінивши його положенням про взаємну домовленість компетентних органів. Якщо такої домовленості не досягнуто, особа не має права на переваги за договором. З 2008 року в межах процедури взаємного узгодження відповідно до ст. 25 було також запроваджено арбітражний механізм.

Відповідне положення, включене до оновленого Коментаря 2008 року, демонструє, що частина держав визнає обмеженість традиційних правил визначення податкової резидентності в умовах появи нових форм ведення бізнесу, обумовлених розвитком цифрових технологій. Це зумовлює необхідність індивідуального аналізу обставин кожної ситуації.

Доцільним є висновок, що цифрова економіка поставила під сумнів традиційний підхід до визначення податкової резидентності юридичних осіб, заснований на концепції фактичного місця управління (англ., *place of effective management, PoEM*). Первісно цей критерій був ефективним у світі, де управлінські рішення ухвалювалися фізично присутніми органами управління в конкретній державі. Проте із поширенням віртуальних комунікацій, децентралізованих корпоративних структур і цифрових платформ фактичне місце управління дедалі менше відображає економічну сутність діяльності компанії. Стратегічні рішення можуть ухвалюватися дистанційно, а операційні центри розміщені одночасно в кількох юрисдикціях, що розмиває класичні ознаки податкової резидентності

З юридичної точки зору вважаю, що цифрова трансформація економіки поставила під сумнів нормативну достатність класичних правових конструкцій, на яких ґрунтується міжнародне податкове право, насамперед інститут податкової резидентності та концепцію постійного представництва. Традиційний критерій фактичного місця управління (*place of effective management*), закріплений у Модельній конвенції ОЕСР та відтворений у більшості двосторонніх податкових договорів, історично виконував функцію юридичного «якоря», що забезпечував визначеність і передбачуваність розподілу податкової юрисдикції між державами. Проте в умовах цифрової економіки цей критерій дедалі частіше втрачає здатність виконувати свою регулятивну функцію.

Поділяю підхід ОЕСР щодо зміщення акценту з формальних організаційно-правових конструкцій на аналіз фактичних функцій, контролю над ризиками та управління нематеріальними активами. Водночас вважаю, що навіть концепції

Authorised OECD Approach і Significant People Functions, будучи юридично обґрунтованими, залишаються прив'язаними до персоніфікованого елементу управління і не повністю враховують роль алгоритмічних рішень, автоматизованих процесів і мережевих ефектів, які дедалі частіше визначають економічний результат діяльності підприємства.

З точки зору правової системності, відмова окремих держав від автоматичного застосування tiebreaker rule та перехід до механізму взаємного узгодження компетентних органів свідчить про кризу універсальності договірних норм. Така практика фактично трансформує норму прямої дії на дискреційний інструмент, що підриває принцип правової визначеності та може обмежувати передбачуваність правового становища платників податків.

Науковцями проаналізовано використання ОЕСР концепції створення вартості (value creation) як базової засади її відповіді на виклики BEPS та переорієнтацію розподілу податкових прав [80-84; 118-123]. Загалом, оцінка ними цієї концепції була критичною як з точки зору її змісту, так і ефективності як основи для послідовної реформи міжнародної податкової системи.

Критика застосування так званого «принципу створення вартості» охоплює три основні напрями:

1. По-перше, висувається аргумент, що ця концепція не є принципом, який би реально лежав в основі чинної міжнародної податкової системи, що ґрунтується на багатьох тисячах чинних податкових конвенцій [80-83]. Відповідно, твердження про необхідність змін для відновлення узгодженості системи в контексті цієї концепції є хибним.

2. По-друге, заперечується наявність наукового обґрунтування використання цього принципу. Критики вказують на відсутність послідовного економічного змісту, який би дозволяв навіть концептуально визначити, де саме «виникає» прибуток [80-83].

3. По-третє, дехто йде ще далі, стверджуючи, що «створення вартості» навіть не може претендувати на статус когерентної (внутрішньо узгодженої) концепції [84, с. 197].

Можна констатувати, що найбільш прихильна точка зору в академічній літературі полягає в тому, що «принцип створення вартості» – це не що інше, як новий варіант принципу джерела (source principle), який може (хоча б і негативно) дати чіткі відповіді щодо відсутності підстав для оподаткування. У цьому сенсі він може розглядатися як своєрідне «негативне правило джерела», що існує поряд з чинною системою розподілу податкових прав. Здається досить очевидним, що дохід «отримується» особою, яка створює продукт або послугу, що мають цінність для інших осіб (вищу, ніж для неї самої), що, у свою чергу, призводить до взаємовигідного обміну для обох сторін. Хоча обсяг додаткової створеної вартості у процесі не обов'язково співмірний із розміром отриманого доходу, наявність зв'язку між цими величинами можна вважати достатньою для обґрунтування того, що розподіл податкових прав має здійснюватися за приблизною мірою створення вартості. Це не означає, що зазначений зв'язок є найкращим можливим механізмом для розподілу податкових прав, а лише вказує на його потенційну захищеність як прийняттого наближення. Цей підхід набуває додаткової ваги з огляду на те, що тендітний зв'язок між створенням вартості та доходом існує і в межах національних податкових систем, де він зазвичай не викликає заперечень. Наприклад, жодна країна не прагне обкладати податком на дохід споживчий надлишок, який виникає в результаті ринкової транзакції.

Видається, що на разі вже очевидно, що ідея, згідно з якою оподаткування доходу має ґрунтуватися на юридичному конструкції окремих суб'єктів господарювання, які самостійно отримують дохід і тому повинні оподатковуватись окремо, не відображає жодної більш глибокої економічної реальності, ніж спроба проаналізувати внесок географічно прив'язаних економічних одиниць у створення вартості, що призводить до формування прибутку у межах глобального ланцюга

створення доданої вартості. Крім того, розподіл податкових прав не обов'язково залежить від закріплення податкової бази за конкретним платником податків, а є окремим питанням, що має власну логіку.

Ідея розподілу податкових прав відповідно до внеску окремих частин підприємства у процес створення вартості бере свій початок ще з витоків сучасної міжнародної податкової системи. Вона була присутня в підготовчих матеріалах до Доповіді Ліги Націй 1923 року. Хоча у цій доповіді не пропонувалося розподіляти податкові права на основі створення вартості, а натомість було прийнято багатогранний принцип «економічної належності», документ містив детальний аналіз «походження багатства», що фактично відповідає сучасному розумінню вартості. Згідно з цим аналізом, вартість створюється людським фактором, який поділяється на чотири елементи: управління працею та організацією, транспортна логістика, функція прийняття управлінських рішень (визначення стратегії підприємства) та функція продажу на ринку.

Усі ці елементи є ключовими для формування вартості, хоча реалізуються в різних географічних юрисдикціях. У сучасній термінології вони відповідають функціональному підходу як чиннику визначення економічної діяльності. Такий підхід узгоджується з ресурсно-орієнтованою теорією, згідно з якою створення вартості відбувається завдяки внеску членів організації, насамперед працівників. Можна стверджувати, що саме ідея створення корисної вартості вже тривалий час є центральною парадигмою у сфері розподілу податкових прав стосовно оподаткування підприємницького доходу.

З юридичної точки зору вважаю, що переосмислення критерію податкової резидентності через концепцію економічного місця управління (place of economic management, PoEM 2.0) є логічним і доктринально виправданим кроком розвитку міжнародного податкового права в умовах цифрової економіки. Чинна конструкція фактичного місця управління, попри її тривале застосування у договірному праві, дедалі частіше не виконує своєї основної функції – забезпечення стабільного,

передбачуваного та справедливого розподілу податкової юрисдикції між державами. Формально-юридична локалізація управлінських рішень втрачає нормативну цінність у ситуації, коли управління бізнесом є децентралізованим, дистанційним та значною мірою алгоритмізованим.

Разом із тим, з позицій правової доктрини поділяю підхід, відповідно до якого ідея створення вартості може розглядатися як модернізована форма принципу джерела доходу. У цьому сенсі вона виконує роль «негативного правила джерела», дозволяючи обґрунтувати відсутність податкової юрисдикції там, де відсутній реальний економічний внесок у формування доходу. Такий підхід не є досконалим, проте з юридичної точки зору він має певну легітимність як наближений механізм розподілу податкових прав, особливо з огляду на те, що подібні оціночні конструкції вже давно використовуються у внутрішніх податкових системах без істотних заперечень.

Історичний аналіз, починаючи з матеріалів Ліги Націй 1923 року, підтверджує, що ідея пов'язання оподаткування з внеском у створення вартості не є новою для міжнародного податкового права. Вона завжди була присутня в доктрині у формі аналізу «походження багатства» та ролі людського фактора, управлінських рішень, організації праці й функції продажу. У сучасних умовах ці елементи трансформувалися, але не втратили своєї правової значущості.

Отже, з позицій юриспруденції вважаю, що подальший розвиток міжнародного податкового права має ґрунтуватися не на механічному розширенні існуючих юридичних конструкцій, а на їх доктринальному переосмисленні. Концепція економічного місця управління (РоЕМ 2.0) у поєднанні з функціональним аналізом і поміркованим використанням ідеї створення вартості може слугувати більш адекватною правовою основою для визначення податкової юрисдикції та розподілу податкових прав у цифрову епоху.

У цьому контексті доречно звернути увагу на три паралельні вектори міжнародної практики, які демонструють різні підходи до проблеми оподаткування прибутку в умовах цифровізації:

1. Унілатеральні заходи (односторонні ініціативи). Деякі держави вже впровадили або планують запровадити цифрові податки (англ., Digital Services Taxes, DST), що оподатковують дохід від надання цифрових послуг резидентам відповідної юрисдикції незалежно від наявності ПП. Прикладами є податки у Франції, Італії, Іспанії, Індії. Попри зменшення короткострокових фіскальних прогалин, такі заходи створюють ризики подвійного оподаткування та напругу в міжнародних відносинах між юрисдикціями ринку і резиденції.

2. Двостороннє та багатостороннє договірне оновлення. Ініціативи ОЕСР/G20 у межах BEPS Action 1 і 7, а також запровадження MLI (Багатостороннього інструменту для модифікації податкових угод) дозволили вдосконалити правила ПП, зокрема через розширення його визначення у випадках залежних агентів або фрагментації діяльності. Втім, ці зміни здебільшого спрямовані на протидію зловживанням, а не на вирішення фундаментальної проблеми відсутності фізичної присутності цифрових компаній у юрисдикції ринку.

3. Глобальні багатосторонні рішення (Pillar One / Pillar Two). Підходи, запропоновані в межах ОЕСР у рамках глобальної податкової реформи, є найбільш структурними:

– Pillar One запроваджує новий механізм розподілу податкових прав, що дозволяє юрисдикціям ринку оподатковувати частину глобального прибутку великих транснаціональних груп, навіть якщо вони не мають традиційної фізичної присутності. Концепція Amount A фактично визнає нову податкову точку прив'язки, засновану на користувачській або споживчій базі.

– Pillar Two встановлює глобальний мінімальний податок (GloBE – Global Anti-Base Erosion rules) для великих багатонаціональних компаній, що спрямовано на

обмеження «податкової конкуренції вниз» та використання агресивних податкових юрисдикцій.

Бачиться, що ініціативи Pillar One і Pillar Two є найбільш системними спробами модернізувати міжнародну податкову архітектуру у відповідь на цифровізацію. Хоча впровадження Pillar One стикається з політичними труднощами та необхідністю досягнення широкої згоди, сама поява цієї моделі свідчить про зрушення в парадигмі – від оподаткування, пов'язаного з фізичною присутністю, до оподаткування, заснованого на створенні цінності в юрисдикції ринку.

З урахуванням викладеного, можна зробити висновок, що міжнародна практика демонструє поступовий, але незворотний рух у бік переосмислення критеріїв податкової присутності в умовах цифрової економіки. Це стосується як самого поняття ПП, так і розподілу прибутку між державами. Україна, яка є стороною багатьох міжнародних договорів і прагне до гармонізації податкового законодавства з європейськими стандартами, має враховувати ці зміни при формуванні власної позиції у сфері оподаткування диджиталізованої економіки.

З юридичної точки зору вважаю, що окреслені три вектори міжнародної практики відображають різні рівні нормативної реакції на системну кризу традиційної моделі міжнародного оподаткування в умовах цифровізації економіки. Кожен із цих підходів має власну правову логіку, ступінь легітимності та потенційні наслідки для стабільності договірної податкової системи.

По-перше, унілатеральні заходи у формі цифрових податків (Digital Services Taxes) слід розглядати як реакцію держав на нормативний вакуум, що виник унаслідок невідповідності чинних договірних норм реаліям цифрової економіки. З формально-юридичної точки зору такі податки перебувають на межі сумісності з податковими конвенціями, оскільки часто маскуються під непрямі податки або спеціальні збори, хоча за своєю економічною суттю вони є податками на дохід. Це створює ризик порушення принципів *pacta sunt servanda* та правової визначеності, а також підвищує ймовірність подвійного оподаткування. На мою думку,

унілатеральні DST не можуть розглядатися як сталий елемент міжнародного податкового права, оскільки вони підривають договірну узгодженість системи та провокують міждержавні податкові спори.

По-друге, двосторонні та багатосторонні договірні інструменти, зокрема зміни, запроваджені в межах BEPS Action 1 і 7 та MLI, мають значно вищий рівень юридичної легітимності. Вони ґрунтуються на згоді держав і вписуються в існуючу систему міжнародних договорів. Водночас, з точки зору юриспруденції, ці інструменти виконують радше коригувальну, ніж трансформаційну функцію. Вони спрямовані на усунення зловживань і штучних конструкцій, але не вирішують базового концептуального питання – відсутності фізичної присутності як традиційної передумови виникнення податкової юрисдикції у цифровому середовищі. Отже, такі заходи можна розглядати як необхідні, але недостатні для системної модернізації податкового права.

По-третє, глобальні багатосторонні рішення у формі Pillar One та Pillar Two становлять, на мою думку, найбільш значущий зсув у правовій парадигмі міжнародного оподаткування за останні десятиліття. З юридичної точки зору Pillar One є спробою сформуванню новий податковий пехус, який не спирається на категорію постійного представництва у її класичному розумінні, а ґрунтується на економічному зв'язку з ринком через користувацьку або споживчу базу. Концепція Amount A фактично легітимує право держави ринку на оподаткування частини прибутку транснаціональної групи без встановлення фізичної присутності, що означає перегляд усталеного договірного балансу між принципами джерела та резидентства.

Pillar Two, зі свого боку, не змінює безпосередньо критерії податкової присутності, однак істотно впливає на розподіл податкових прав, обмежуючи можливість держав конкурувати шляхом заниження ставок корпоративного податку. З правової перспективи це є кроком до формування елементів

наднаціонального фіскального регулювання, що поступово зменшує суверенну дискрецію держав у сфері корпоративного оподаткування.

З урахуванням викладеного вважаю, що міжнародна практика демонструє поступовий, але незворотний рух у напрямі переосмислення юридичних критеріїв податкової присутності та механізмів розподілу прибутку. Це переосмислення відбувається не одномоментно, а через конкуренцію різних правових підходів – від односторонніх заходів до багатосторонніх компромісних рішень. З позицій юриспруденції саме багатосторонні моделі, засновані на договірній згоді та спільних стандартах, мають найбільший потенціал забезпечити правову визначеність і стабільність міжнародної податкової системи.

Для України, як держави, інтегрованої у мережу міжнародних податкових договорів і зорієнтованої на європейські стандарти правового регулювання, принципово важливо враховувати ці тенденції. Формування національної позиції у сфері оподаткування цифрової економіки має ґрунтуватися не на фрагментарних односторонніх рішеннях, а на усвідомленні трансформації міжнародного податкового права та активній участі у багатосторонніх ініціативах, які визначатимуть його подальший розвиток.

### **Висновки до розділу 3**

Розвиток цифрових технологій докорінно змінив організацію підприємницької діяльності: зростання цінності даних та нематеріальних активів сприяло появі нових бізнес-моделей і одночасно посилило розмивання податкової бази та переміщення прибутків. У цих умовах податкові концепції, сформовані майже століття тому, вже не відповідають економічній реальності, що зумовлює потребу переосмислення правила податкового зв'язку (nexus). Чинні положення ст. 5 і 7 Модельних конвенцій ОЕСР та ООН, які спираються на фізичну присутність, не охоплюють цифрові моделі діяльності, а односторонні заходи держав залишаються фрагментарними.

Міжнародна система, побудована на концепції ПП, виявляється неефективною в умовах, коли компанії можуть створювати значну економічну вартість без фізичної локації. Це спричиняє втрати юрисдикцій-ринків та посилює можливості транснаціональних компаній щодо переміщення прибутків, що поглиблює нерівність у податковому середовищі. Усвідомлюючи ці виклики, міжнародна спільнота в межах BEPS ініціювала реформи (Action 1, Action 7, Pillar One / Pillar Two), однак їх реалізація стикається з труднощами гармонізації норм, уникнення подвійного оподаткування та визначення нових критеріїв економічної присутності.

У підсумку, можна стверджувати, що система оподаткування ПП потребує не просто корекції, а глибокої концептуальної трансформації. Необхідно перейти від моделі, що визначає податкову юрисдикцію на підставі фізичної присутності, до моделі економічної присутності – здатності суб'єкта створювати та впливати на вартість у юрисдикції-ринку навіть без фізичної локації. У цьому контексті важливим є впровадження таких підходів:

- врахування цифрової взаємодії, даних, користувацької бази та алгоритмічної діяльності як ознак присутності;
- адаптація правил розподілу прибутку (зокрема Authorized OECD Approach) до моделей, у яких функції, активи й ризики розподілені між різними юрисдикціями;
- активна міждержавна координація задля формування узгодженого глобального механізму, що забезпечить легітимність податкової системи та захист податкових прав юрисдикцій-ринків.

Для України як країни-ринку, що споживає цифрові послуги та стикається з втратою податкової бази, така трансформація означає потребу оновити національне податкове законодавство й угоди про уникнення подвійного оподаткування, чітко визначивши ознаки цифрової економічної присутності, критерії «значної

економічної участі» та механізми взаємодії з іноземними підприємствами цифрового сектору.

Еволюція податку на прибуток від його класичного формату у ХІХ–ХХ століттях до цифрової епохи свідчить про глибоку трансформацію логіки фіскального регулювання. Податок, що виник як інструмент оподаткування матеріального виробництва, сьогодні перетворився на глобальний механізм перерозподілу вартості та демонструє структурну невідповідність умовам цифровізації. Йдеться не лише про кризу правил ПП чи юрисдикційного зв'язку, а про зміну самої природи економічної присутності, яка дедалі менше залежить від території та ґрунтується на даних, алгоритмах і нематеріальній взаємодії.

Основні елементи наукової новизни полягають у такому: обґрунтовано перехід від матеріальної до нематеріальної присутності як чинника визначення податкового зв'язку; доведено потребу перегляду традиційної парадигми податку на прибуток через інтеграцію принципу економічної сутності цифрової діяльності; запропоновано оновлене тлумачення концепції «масштабування без маси» як показника правової та економічної трансформації; сформульовано гіпотезу, що ефективність податку на прибуток у ХХІ столітті залежить від адаптації міжнародного податкового права до цифрових бізнес-моделей.

Сучасна криза корпоративного оподаткування розглядається як наслідок розриву між юридичною формою податкових правил і цифровою економічною реальністю. Усунути цей розрив можливо шляхом формування нової концепції глобальної податкової присутності, яка враховуватиме нематеріальні джерела створення вартості.

Ініціативи ОЕСР та G20 у межах Проєкту BEPS стали важливим етапом перегляду засад міжнародного оподаткування в цифрову епоху. Їхня роль полягає не лише у протидії розмиванню податкової бази, а й у формуванні нового фіскального консенсусу, що визнає нематеріальну економічну присутність. Запровадження системи Pillar One і Pillar Two означає перехід від домінування

фізичної присутності до моделі, що базується на економічній сутності діяльності та глобальній координації. Pillar One змінює критерії податкового зв'язку та перерозподілу прибутків, тоді як Pillar Two встановлює глобальний мінімальний податок як інструмент протидії шкідливій податковій конкуренції.

Ефективність реформ BEPS залежить не лише від політичної волі держав, а й від здатності виробити узгоджену концепцію «значної економічної участі» (significant economic presence), яка має стати сучасним аналогом ПП. Визнання того, що цифрова економічна взаємодія породжує податкові наслідки незалежно від фізичної локації бізнесу, фактично є методологічним проривом. У цьому контексті BEPS слід розглядати як початок формування нової парадигми глобального оподаткування, заснованої на принципах економічної сутності та справедливого розподілу вартості. Підхід ОЕСР до багатостороннього консенсусу варто підтримати, оскільки він забезпечує простоту, ефективність та визначеність оподаткування.

У дослідженні доведено, що введення нового критерію зв'язку, який враховує пороговий рівень доходу нерезидента в ринковій юрисдикції, є обґрунтованим індикатором сталої економічної присутності. Чинна модель nexus, заснована на фізичній присутності, більше не відповідає цифровій реальності: компанії можуть отримувати значні доходи на ринках без будь-якої локальної інфраструктури. Це спричиняє дисбаланс між державами резиденції та країнами ринку, посилює фіскальну нерівність і створює конкурентну перевагу транснаціональних цифрових корпорацій над локальним бізнесом.

Як підкреслює звіт ОЕСР (2021), можливість уникнути оподаткування без економічної присутності свідчить про кризу традиційної моделі ПП. Її збереження у нинішньому вигляді сприяє податковому розмиванню та підриває довіру до системи.

У зв'язку з цим обґрунтовано перехід до моделі «значної економічної присутності», яка відображає суть цифрового бізнесу: створення вартості через

дані, алгоритми, взаємодію користувачів і мережеві ефекти. Такий підхід забезпечує прив'язку податкових прав до економічної участі, а не до формальної фізичної локації. Окремо підкреслено, що багатосторонні платформи функціонують на основі взаємозалежності користувачьких груп (англ., *cross-side network effects*), формуючи нову форму присутності – «мережеву податкову присутність». Вона виникає не через офіси чи персонал, а через економічну активність користувачів, яка генерує прибуток у конкретній юрисдикції.

Узагальнюючи, можна зробити висновок про необхідність переходу міжнародного податкового права до моделі «податкової взаємодії», яка враховує кумулятивний внесок користувачів у створення вартості. Лише такий підхід забезпечить справедливий розподіл податкових прав і відновить податкову нейтральність у глобальній цифровій економіці.

З юридичної точки зору окреслені трансформації свідчать про кризу класичної договірної моделі міжнародного податкового права, побудованої на формально-територіальних критеріях. Концепція постійного представництва, закріплена у двосторонніх податкових конвенціях, історично виконувала функцію правового «фільтра» для обмеження податкової юрисдикції держави-ринку. В умовах цифровізації цей фільтр втратив здатність адекватно виконувати свою нормативну роль, що призводить до розриву між економічною реальністю та юридичною конструкцією податкового зобов'язання. Таким чином, проблема оподаткування цифрової економіки має не лише фіскальний, а насамперед юридико-догматичний характер, оскільки ставить під сумнів чинні підходи до визначення податкової юрисдикції, джерела доходу та меж державного фіскального суверенітету.

У правовому вимірі перехід від фізичної до економічної присутності означає зміну самої логіки податкового зв'язку (*nexus*): від формального встановлення об'єктивних ознак (місце діяльності, персонал, обладнання) до оцінки економічно значущої участі суб'єкта у господарському обороті певної юрисдикції. Такий підхід

відповідає загальним тенденціям розвитку публічного права, зокрема принципу *substance over form*, який дедалі частіше використовується у міжнародному податковому праві для подолання формалізму та зловживань правом. У цьому сенсі концепція «значної економічної присутності» може розглядатися як спроба сформуванню нову юридичну конструкцію податкової юрисдикції, що ґрунтується не на територіальній фіксації, а на реальному економічному зв'язку між платником податків і державою.

З точки зору теорії міжнародного права, зазначені зміни також свідчать про еволюцію балансу між принципами суверенної рівності держав і необхідністю колективного врегулювання глобальних економічних процесів. Ініціативи BEPS, Pillar One та Pillar Two формують нову модель багатосторонньої координації, у межах якої податкові повноваження держав поступово обмежуються спільно погодженими стандартами. Такий процес не означає втрати податкового суверенітету, а радше його функціональну трансформацію, спрямовану на забезпечення ефективності та справедливості оподаткування в умовах цифрової економіки. У цьому контексті міжнародне податкове право переходить від класичної договірної моделі до складнішої системи багаторівневого регулювання, де визначальним стає не лише формальний статус платника, а його реальна роль у створенні економічної вартості.

Отже, з юриспруденційної точки зору перехід до моделі економічної та мережевої податкової присутності слід розглядати як закономірний етап розвитку міжнародного податкового права. Він відображає загальну тенденцію до переосмислення юридичних категорій у відповідь на трансформацію економічних відносин і створює підґрунтя для формування нової доктрини податкової юрисдикції, здатної забезпечити правову визначеність, податкову справедливість і стабільність у глобалізованій цифровій економіці.

## ВИСНОВКИ

За результатами проведеного дослідження встановлено, що сучасний інститут ПП зазнає суттєвих трансформацій під впливом диджиталізації економіки, глобалізації бізнес-процесів та впровадження міжнародних податкових реформ у межах BEPS та оновленої Модельної конвенції ОЕСР 2025 року. Аналіз еволюції концепції ПП та практики її застосування показав, що традиційні критерії фізичної присутності більше не забезпечують адекватної ідентифікації економічної діяльності нерезидентів у юрисдикціях ринкової присутності. Цифрові моделі – зокрема платформи, сервісні екосистеми, дистанційна робота та віртуальна взаємодія з користувачами – формують нові форми економічної присутності, які не можуть бути охоплені класичними підходами.

Дослідження підтвердило, що пропозиції ОЕСР у межах BEPS Action 7 та подальші зміни, відображені у Модельній конвенції 2025 року, модернізують критерії визначення ПП шляхом переходу від формально-фізичної до функціонально-економічної логіки. Особливого значення набувають критерії залученості до ринку, економічної взаємодії, регулярності та неперервності діяльності, а також комерційної причини перебування працівників у певній державі – насамперед у випадках дистанційної роботи. Ці положення, зокрема нові параграфи Коментаря (44.1–44.21), підкреслюють, що навіть за відсутності офісу може виникати місце ведення діяльності, якщо працівник діє в інтересах підприємства та взаємодіє з ринком держави джерела.

Аналіз судової практики підтвердив, що органи правозастосування дедалі частіше стикаються з ситуаціями, коли неможливо однозначно відмежувати допоміжну діяльність від основної, а також з фактами прихованої діяльності через цифрові канали. Практика Верховного Суду України поки що тяжіє до вузького тлумачення ПП, що не відповідає тенденціям міжнародних податкових стандартів

та може спричиняти втрати доходів бюджету, про що свідчить висновок дисертації щодо обмеженості підходу ВСУ до визначення ПП.

Особливе місце у дослідженні посідає феномен мережевої податкової присутності (network tax presence), який визначаємо як нову економічну форму крос-платформної взаємодії користувачів, що створює цінність і, відповідно, податковий інтерес держави – навіть за відсутності фізичних активів чи персоналу на її території. Цей феномен демонструє об'єктивну потребу переглянути базові концепції міжнародного оподаткування і перейти від транзакційної до взаємодієвої моделі формування податкових прав.

Узагальнюючи результати роботи, можна зробити висновок, що для України є критично важливим узгодити національне законодавство з сучасними міжнародними тенденціями, розширити визначення ПП у Податковому кодексі та врегулювати цифрові бізнес-моделі з урахуванням економічної сутності їх діяльності. Відповідність Україні глобальним стандартам забезпечить стабільність податкової системи, зменшить ризики ухилення та сприятиме збільшенню доходів бюджету.

У межах дисертаційного дослідження отримано такі результати, що становлять наукову новизну:

– Уперше сформульовано концепцію «мережевої податкової присутності» як форми економічної взаємодії у межах цифрових платформ, що здатна створювати обов'язок оподаткування навіть за повної відсутності фізичної присутності нерезидента у державі. Це розширює традиційне розуміння ПП, базоване на фізичних критеріях.

– Обґрунтовано перехід до моделі «податкової взаємодії», у якій вагомим є не лише факт транзакції, а й участь різних груп користувачів у створенні вартості. Такий підхід дозволяє адекватно відобразити економічну природу цифрових платформ та усунути недоліки моделі «створення вартості».

– Запропоновано авторську класифікацію ризиків виникнення ПП у цифровій економіці, яка включає: функціонально-віртуальні ризики, ризики дистанційної присутності, ризики даних та алгоритмічної взаємодії, ризики змішаної діяльності (on-site/off-site).

– Удосконалено підхід до аналізу функцій, ризиків і активів у процедурі атрибуції прибутку ПП у цифрових бізнес-моделях – із урахуванням нематеріальних активів даних, алгоритмів, користувацьких мереж та платформної інфраструктури.

– Розвинено положення про необхідність уніфікованого підходу до тестів економічної присутності, які включають: регулярність взаємодії, цифрову активність, залученість до ринку та об’єктивний комерційний інтерес.

На основі проведеного аналізу пропоную розширити визначення ПП для цифрових компаній у ПКУ, а саме внести зміни до ст. 14.1.193 ПКУ щодо визначення постійного представництва, передбачивши:

– критерій економічної присутності нерезидента в Україні, який охоплює регулярну взаємодію з користувачами, збір даних, роботу алгоритмів або платформ, спрямованих на український ринок;

– критерій функціональної присутності, коли діяльність нерезидента здійснюється через дистанційних працівників, агентів, розробників чи консультантів, які систематично працюють в Україні;

– положення щодо мережевої платформної присутності, якщо користувацька активність створює суттєву частку вартості.

Доцільно закріпити в ПКУ окремий розділ про особливості визначення ПП у цифровій економіці, включно з домашніми офісами та дистанційною роботою, сервісною діяльністю через онлайн-інтерфейси, хмарними та дата-центр інфраструктурами.

Пропонується удосконалити правила атрибуції прибутку ПП (ст. 39 ПКУ) шляхом включення нематеріальних цифрових активів (даних, алгоритмів,

платформ) до переліку активів, що беруться до уваги у функціональному аналізі, визначення окремих методів аналізу економічного внеску користувачів (user-value contribution analysis), та гармонізації правил із оновленими Коментарями до ст. 7 МК ОЕСР 2025 року. Також необхідним є розширення повноважень податкових органів щодо встановлення економічної присутності, включно з цифровими каналами продажу та обробкою даних та імплементувати у законодавство України положення ОЕСР щодо дистанційної роботи (тести 50%, тест комерційної причини), оскільки саме ці критерії є ключовими у визначенні ПП.

З огляду на той факт, що цифрова економіка остаточно зруйнувала класичну прив'язку ПП до фізичної інфраструктури, сучасне міжнародне податкове право має рухатись у бік функціональної, економічної та взаємодієвої логіки, де податкові права держави визначаються не місцем, а сутністю діяльності, не транзакцією, а участю у створенні вартості, не фізичною присутністю, а економічним зв'язком. Саме з цих позицій запропоновані зміни до українського законодавства є необхідними для забезпечення його відповідності глобальним стандартам та для запобігання розмиванню податкової бази в новій цифровій реальності.

Практичне значення дисертаційного дослідження полягає у його вираженому нормотворчому потенціалі, зокрема у можливості безпосереднього використання отриманих результатів для вдосконалення положень Податкового кодексу України. Обґрунтовані у роботі теоретико-правові висновки та авторські пропозиції стали підґрунтям для розроблення проекту змін до Податкового кодексу України, спрямованих на оновлення дефініції постійного представництва, запровадження критеріїв економічної та цифрової присутності, а також удосконалення механізмів атрибуції прибутку нерезидентів відповідно до сучасних міжнародних стандартів ОЕСР. Запропоновані зміни мають нормативно-орієнтований характер і можуть бути використані у законотворчій діяльності, при підготовці змін та доповнень до Податкового кодексу України, а також у процесі формування підзаконного регулювання та правозастосовної практики контролюючих органів. Таким чином,

результати дисертації створюють системне підґрунтя для подальшої модернізації податкового законодавства України в частині оподаткування діяльності нерезидентів у цифровій економіці.

З юридичної точки зору встановлені у дослідженні трансформації інституту постійного представництва свідчать про кризу традиційної догматичної конструкції податкової юрисдикції, яка історично ґрунтувалася на територіальному принципі та формалізованих ознаках фізичної присутності. Інститут ПП у його класичному розумінні виконував функцію юридичного обмежувача податкового суверенітету держави джерела, однак у цифровій економіці він дедалі частіше перестає виконувати роль ефективного правового інструменту. Це породжує розрив між економічною реальністю господарської діяльності та юридичною формою податкового зобов'язання, що є неприйнятним з позицій принципів правової визначеності, справедливості та рівності оподаткування.

У правовому вимірі перехід від фізичної до економічної та функціональної присутності означає зміну парадигми податкового пехус: від формального встановлення просторового зв'язку до оцінки реального економічного залучення суб'єкта у правопорядок відповідної держави. Такий підхід узгоджується з фундаментальними засадами публічного права, зокрема принципом *substance over form*, який дедалі активніше застосовується у міжнародному податковому праві для протидії зловживанням та штучним конструкціям. Визнання економічної, мережевої або дистанційної присутності як юридично релевантної категорії не підриває податковий суверенітет держав, а навпаки — відновлює його функціональну ефективність в умовах цифровізації.

З позицій теорії міжнародного податкового права запропоновані підходи свідчать про еволюцію самої природи податково-правових зобов'язань: від індивідуалізованих, територіально прив'язаних конструкцій — до багаторівневих моделей, заснованих на участі у створенні вартості. Це означає, що податкові права держав більше не можуть визначатися виключно через формальну інкорпорацію,

місце управління або наявність матеріальної інфраструктури. Натомість вирішального значення набуває юридично значуща економічна поведінка, яка проявляється у системній взаємодії з ринком, користувачами та цифровим середовищем конкретної юрисдикції.

У цьому контексті концепція мережевої податкової присутності та модель податкової взаємодії мають не лише економічне, а й самостійне правоутворююче значення, оскільки формують нові підстави виникнення податкового обов'язку. Їх імплементація в національне законодавство України дозволить подолати надмірний формалізм чинних норм, забезпечити відповідність принципам справедливого оподаткування та зміцнити правову позицію держави у відносинах з транснаціональними цифровими компаніями.

Отже, з юридичної точки зору подальший розвиток інституту постійного представництва має здійснюватися не шляхом фрагментарного розширення переліку фізичних ознак, а через формування нової правової доктрини податкової присутності, заснованої на економічній сутності, функціональній ролі та мережевій взаємодії. Саме така доктрина здатна забезпечити системну узгодженість міжнародного та національного податкового права в умовах цифрової економіки.

З юридичної точки зору результати дослідження засвідчують, що трансформація інституту постійного представництва в умовах цифровізації має не лише економічний, а насамперед доктринально-правовий характер. Чинна модель податкового зв'язку, заснована на концепції фізичної присутності, сформувалася в межах класичної територіальної теорії податкового суверенітету та відображає уявлення про економічну діяльність, характерні для індустріальної економіки. У цифрову епоху така модель дедалі частіше втрачає здатність виконувати свою базову юридичну функцію – забезпечувати легітимне та справедливе виникнення податкового обов'язку.

У правовому вимірі виявлено системний розрив між формальною конструкцією норм міжнародного податкового права та фактичним способом

здійснення господарської діяльності транснаціональними цифровими компаніями. Це створює ситуацію, за якої юридична форма податкових правил перестає корелювати з економічною сутністю оподатковуваних відносин, що суперечить загально визнаним принципам публічного права, зокрема принципам справедливості оподаткування, рівності платників податків та правової визначеності.

Установлено, що інститут постійного представництва виконує подвійну юридичну функцію: з одного боку, він обмежує податковий суверенітет держави джерела, а з іншого – слугує правовою підставою для реалізації цього суверенітету. В умовах цифрової економіки збереження ПП виключно як фізично-територіальної категорії призводить до дисбалансу між цими функціями та фактично позбавляє держави-ринку можливості реалізовувати свої податкові повноваження щодо економічно значущої діяльності, що здійснюється на їх території у нематеріальній формі.

З позицій теорії міжнародного податкового права обґрунтовано необхідність переходу від формально-юридичного підходу до матеріально-функціонального тлумачення податкової присутності, заснованого на принципі економічної сутності (*substance over form*). Такий підхід дозволяє розглядати цифрову, мережеву та дистанційну діяльність як юридично значущі форми економічної участі, здатні породжувати податкові наслідки незалежно від наявності матеріальної інфраструктури чи персоналу в юрисдикції ринку.

З юридичної точки зору концепція «значної економічної присутності» та запропонована у дослідженні модель мережевої податкової присутності формують новий тип податкового nexus, який відповідає сучасному розумінню джерела доходу та дозволяє забезпечити баланс між податковими правами держав резиденції та держав ринку. Визнання таких форм присутності не порушує принципів міжнародного права, а навпаки – сприяє їх еволюційному розвитку в межах багатостороннього консенсусу, ініційованого ОЕСР та G20.

Для національного правопорядку України отримані висновки мають важливе юридичне значення, оскільки підтверджують необхідність адаптації внутрішнього податкового законодавства до сучасних міжнародних стандартів. Розширення визначення постійного представництва, запровадження критеріїв економічної та функціональної присутності, а також урахування цифрових форм взаємодії з ринком дозволять усунути прогалини правового регулювання, підвищити ефективність правозастосування та забезпечити належний рівень захисту фіскальних інтересів держави.

Отже, з юриспруденційної точки зору подальший розвиток інституту постійного представництва має ґрунтуватися на переосмисленні самої природи податкового обов'язку в цифровій економіці та формуванні нової правової доктрини податкової присутності, у якій вирішальне значення матиме не фізичне розміщення, а юридично значуща економічна участь суб'єкта у правопорядку відповідної держави.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>
2. Model Tax Convention on Income and on Capital 2017. Paris: OECD Publishing, 2019. 2624 p. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version\\_g2g972ee-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en.html)
3. García Prats F.A. OECD - Commentary on Article 5 of the OECD Model. Global Topics IBFD. 35 p.
4. Kobetsky M. History of tax treaties and the permanent establishment concept. *International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. 468 p.
5. Reimer E., Schmid S., Orell M. Permanent Establishments. A Domestic Taxation. *Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective*. Kluwer Law International B.V., 2010. 938 p.
6. Hoffart B. Permanent Establishment in the Digital Age: Improving and Stimulating Debate Through an Access to Markets Proxy Approach. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*. 2007. Vol. 6. Issue 1. P. 106-121.
7. Jones J., Lüdtke J. The Origins of Article 5(5) and 5(6) of the OECD Model. *World Tax Journal*. 2014. № 6. P. 203-241.
8. Prcdotto S. International Business Taxation. A Study in the Internationalization of Business Regulation. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 404 p.
9. Draft Convention for the Allocation of Business Income between States for the Purposes of Taxation. *Principles of International Taxation*. Chapter 7.12. URL: <http://uk.practicallaw.com/books/9781847668790/chapter07>
10. Walker B. The evolution of the Agency Permanent Establishment Concept. UNSW Business School. 2018. URL:

<https://www.business.unsw.edu.au/AboutSite/Schools-Site/Taxation-Business-Law-Site/Documents/40-WalkerATTA2018.pdf>

11. Lüdicke J. Recent commentary changes concerning the definition of permanent establishment. *Bulletin - tax treaty monitor*. 2004. №. 5. P. 190-194.

12. Жернаков М. В. Правове регулювання представництва у сфері оподаткування: монографія. Харків: Право, 2006. 144 с.

13. Постійне представництво нерезидента: ДПС надала роз'яснення. URL: <https://medoc.ua/blog/postijne-predstavnictvo-nerezidenta-dps-nadala-rozjasnennja>

14. Щолкіна Г. В. Постійне представництво як організаційно-правова форма суб'єкта податкових відносин (національний та міжнародний аспект). *Форум права*. 2008. № 2. С. 502-506.

15. Мусійчук І. М. Нерезиденти як суб'єкти податкових правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. Наук: 12.00.07; Київський ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2011. 23 с.

16. Judgement of Andhra High Court in case Commissioner of Income-Tax, ... vs Visakhapatnam Port Trust of 17 June 1983, court case №1983 144 ITR 146 AP. URL: <https://indiankanoon.org/doc/865397>

17. Harris P., Oliver D. International Commercial Tax. Cambridge: *Cambridge University Press*, 2010. 483 p.

18. Щолкіна Г. В. Постійне представництво в системі суб'єктів податкових правовідносин. *Система фінансового права: матеріали міжнародної наук.-практ. конф. (Одеська національна юридична академія, 27-28 травн. 2009 р.)*. Одеса: Фенікс, 2009. С. 402-405.

19. Рішення Київського окружного адміністративного суду від 6.12.2023 № 640/13698/22. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/115479710/>

20. Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7, 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. 51 p. URL:

[https://www.oecd.org/en/publications/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report\\_9789264241220-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report_9789264241220-en.html)

21. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. Paris: OECD Publishing, 2013. 44 p. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264202719-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en.html)

22. Огляд судової практики Верховного Суду у сфері трансфертного ціноутворення та міжнародного оподаткування. 2020. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new\\_folder\\_for\\_uploads/supreme/Ohliad\\_t\\_ranfertne\\_tsinoutvorennia\\_1.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ohliad_t_ranfertne_tsinoutvorennia_1.pdf)

23. Attribution of Profits to Permanent Establishments. OECD, 2001. 73 p. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/attribution-of-profits-to-permanent-establishments\\_9789264184527-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/attribution-of-profits-to-permanent-establishments_9789264184527-en.html)

24. Arnold B., Sasseville J., Zolt E. Summary of proceedings of an invitational seminar on the taxation of business profits under tax treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation*. 2002. №6. P.233– 245.

25. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2018. 218 p. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report\\_9789264293083-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report_9789264293083-en.html)

26. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. 290 p. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report\\_9789264241046-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en.html)

27. Proposal for a council directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence COM/2018/0147 final - 2018/072 (CNS). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52018PC0147>

28. Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting

Project. 2021. URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-taxchallenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>.

29. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Consolidated Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (2023): Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2024. 334 p. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-consolidated-commentary-to-the-global-anti-base-erosion-model-rules-2023\\_b849f926-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-consolidated-commentary-to-the-global-anti-base-erosion-model-rules-2023_b849f926-en.html)

30. Neuvel W., Jong S. De, Uceda Á. Profit Attribution Challenges in a Digital Economy – A Transfer Pricing Analysis of the EU Virtual Permanent Establishment Concept. *International Transfer Pricing Journal*. 2018. Vol. 25. №5. P. 343-349.

31. Collin P., Colin N. 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. 2013. URL: [http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2014/06/Taxation\\_Digital\\_Economy\\_Jan2013\\_France.pdf](http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2014/06/Taxation_Digital_Economy_Jan2013_France.pdf).

32. Hongler P., Pistone P. Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy. *WU International Taxation Research Paper Series*. 2015. №15. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2591829](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591829)

33. Digital taxation: Council agrees input to international discussions. URL: <https://www.consilium.europa.eu/media/37181/council-conclusions-on-digital-taxation-nov-2017.pdf>

34. Avi-Yonah R.S., Halabi O. A Model Treaty for the Age of BEPS. *U. of Michigan Public Law Research Paper*. 2014. №411. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2400024](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400024)

35. López E.E. An Opportunistic and yet Appropriate Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. *INTERTAX*. Vol. 43. Issue 1. P. 6-13.
36. Cockfield A.J. Reforming the Permanent Establishment Principle through a Quantitative Economic Presence Test. *Canadian Business Law Journal*. 2003. №38. P.400-422.
37. Hellerstein W. State Taxation of Electronic Commerce. *Georgia Tax Law Review*. 1997. Vol. 52. №3. P. 425-505.
38. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017. Paris: OECD Publishing, 2017. 612 p. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017\\_tpg-2017-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017_tpg-2017-en.html)
39. Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) COM/2016/0683 final - 2016/0336. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52016PC0683>
40. Request for Input on Work regarding the Tax Challenges of the Digitalised Economy. 2017. URL: <http://www.oecd.org/ctp/beps/publiccomments-received-on-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>
41. Bonnet D., Westermann G. The best digital business models put evolution before revolution. *Harvard Business Review*. 2015. №1. URL: <https://hbr.org/2015/01/the-best-digital-business-models-put-evolution-before-revolution>
42. Fuest C., Spengel C. Profit shifting and “aggressive” tax planning by multinational firms: issues and options for reform. *Discussion Paper*. 2013. №13-078. URL: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13078.pdf>.
43. Olbert M., Spengel C. International taxation in the digital economy: challenge accepted? *World tax journal*. Amsterdam. 2017. Vol. 9. №1. P. 3-46.

44. Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy – Report 2014. URL: [https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/report\\_digital\\_economy.pdf](https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/report_digital_economy.pdf)
45. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI). URL: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beps-mli/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>
46. Italy claims 1 billion euros in unpaid taxes from Google. URL: <https://www.reuters.com/technology/italy-claims-1-billion-euros-unpaid-taxes-google-2024-06-28/>
47. Server and permanent establishment: taxation in Italy of income produced by a non-resident company that keeps its own server in Italy. URL: <https://www.bacciardipartners.it/en/server-permanent-establishment-taxation-italy/>
48. Administrative Court (Paris) Case Law IBFD №1505178/1-1 of 12.07.2017. URL: <https://scribd.com/document/487065861/TA-12-July-2017-Google>
49. Wagner K. Digital advertising in the US is finally bigger than print and television. URL: <https://www.vox.com/2019/2/20/18232433/digital-advertising-facebook-google-growth-tv-print-emarketer-2019>
50. Google Ads Help, Understanding Bidding Basics. URL: <https://support.google.com/google-ads/answer/2459326?hl=en>
51. Convention between Ireland and France for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income. URL: <https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/documents/double-taxation-treaties/f/france.pdf>
52. Cour Administrative D'appel De Paris № 17pa03065 Ministre De L'action Et Des Comptes Publics. URL: <http://paris.cour-administrative-appel.fr/content/download/160497/1624543/version/1/file/17PA03065.pdf>.

53. Zimmer Case: The Issue of the Deemed Existence of a Permanent Establishment Based on Status as a Commissionaire. URL: <https://www.ibfd.org/shop/journal/zimmer-case-issue-deemed-existence-permanent-establishment-based-status-commissionaire>

54. Summary of the case In: Baranger, Henie, Garibay, Gordillo, Gusmeroli. The 2012 Leiden Alumni Seminar: Case Law on treaty Interpretation Re Commissionaire and Agency PEs, In: European Taxation. April 2013. P. 176-177.

55. Bal A.M. The Spanish Dell Case – Do We Need Anti-BEPS Measures If the Existing Rules Are Broad Enough? *European Taxation*. 2016. Vol. 56. №. 12. URL: <https://www.ibfd.org/shop/journal/spanish-dell-case-do-we-need-anti-beps-measures-if-existing-rules-are-broad-enough>

56. Convention between the Kingdom of Spain and Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital. URL: [https://www.hacienda.gob.es/sgt/normativadoctrina/tributaria/cdi/boein\\_runido.pdf](https://www.hacienda.gob.es/sgt/normativadoctrina/tributaria/cdi/boein_runido.pdf)

57. Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishments. URL: [https://www.uscib.org/docs/OECD\\_DRAFT\\_Attribution\\_Profits\\_to\\_PE\\_PartsI-III.pdf](https://www.uscib.org/docs/OECD_DRAFT_Attribution_Profits_to_PE_PartsI-III.pdf)

58. OECD Ministerial conference «A borderless world: realising the potential of global electronic commerce». URL: [https://one.oecd.org/document/SG/EC\(98\)14/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/SG/EC(98)14/FINAL/en/pdf)

59. Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa taxation framework conditions. Paris: OECD Publishing, 2001. 232 p. URL: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2001/05/taxation-and-electronic-commerce\\_g1ghgcac/9789264189799-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2001/05/taxation-and-electronic-commerce_g1ghgcac/9789264189799-en.pdf)

60. OECD Base erosion and profit shifting (BEPS) Action Plan. URL: <https://www.oecd.org/en/topics/base-erosion-and-profit-shifting-beps.html>

61. Countries adopt multilateral convention to close tax treaty loopholes and improve functioning of international tax system. URL: <https://www.oecd.org/tax/countries-adoptmultilateral-convention-to-close-tax-treaty-loopholes-and-improve-functioning-of-international-taxsystem.html>
62. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 -2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. 58 p.
63. Mason R. The Transformation of International Tax. *American Journal of International Law*. 2020. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3576520](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3576520)
64. OECD Global Anti-Base Erosion Model Rules. URL: <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/global-minimum-tax/global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.html>
65. Council Directive (EU) 2022/2523 of 15.12.2022 on ensuring a global minimum level of taxation for multinational enterprise groups and large-scale domestic groups in the Union. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2523/oj/eng>
66. Proposal for a council directive on transfer pricing SWD(2023) 308-309 final. URL: [COM\\_2023\\_529\\_1\\_EN\\_ACT\\_part1\\_v7.pdf](COM_2023_529_1_EN_ACT_part1_v7.pdf)
67. Blum D.W. Permanent establishments and Action 1 on the digital economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative: The Nexus criterion redefined? *Bulletin for International Taxation*. 2015. Vol. 69. №6/7. P. 314-325.
68. A fair and efficient tax system in the european union for the digital single market: Communication from the commission to the european parliament and the council COM (2017) 547 final: EU Law IBFD. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0547>
69. Losada S.R. A new Nexus based on the concept of significant economic presence: the digital permanent establishment. *European financial law in times of crisis of the European Union*. 2019. P. 377-389

70. Additional Guidance on the Attribution of Profits to a Permanent Establishment under BEPS Action 7. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/additional-guidance-on-the-attribution-of-profits-to-a-permanent-establishment-under-beps-action-7\\_b4251c9d-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/additional-guidance-on-the-attribution-of-profits-to-a-permanent-establishment-under-beps-action-7_b4251c9d-en.html)

71. Holzinger R. Attribution of profits to permanent establishments, in fundamentals of transfer pricing: general topics and specific transactions. *Kluwer Law International*. 2019. №5. P. 287-330.

72. OECD Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments 2010. URL: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2010/07/2010-report-on-the-attribution-of-profits-to-permanent-establishments\\_d659f672/2f94c049-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2010/07/2010-report-on-the-attribution-of-profits-to-permanent-establishments_d659f672/2f94c049-en.pdf)

73. Report on Double Taxation. League of Nations. 1923. URL: <https://deriv.nls.uk/dcn23/1903/8232/190382323.23.pdf>

74. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1. 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2014. 202 p.

75. Model Tax Convention on Income and on Capital 2014. Paris: OECD Publishing, 2014. 2289 p. URL: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/10/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version\\_g1g57dda/9789264239081-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/10/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version_g1g57dda/9789264239081-en.pdf)

76. Pleijsier A., The Artificial Avoidance of permanent establishment status: a reaction to the BEPS Action 7 Final Report. *International Transfer Pricing Journal*. 2016. Vol. 23. №6. P. 34-39.

77. Oka N. Court ruling on whether the warehouse of an online sales business constitutes a permanent establishment. *International Transfer Pricing Journal*. 2016. Vol. 23. №3. URL: <https://www.ibfd.org/shop/journal/court-ruling-whether-warehouse-online-sales-business-constitutes-permanent>

78. Secretariat Proposal For A «Unified Approach» Under Pillar One.  
URL: <https://www.bdo.global/getmedia/17ed67b4-f54b-49b5-bafb-1cda261b615e/OECD-Public-Consultation-Document-Unified-Approach-under-Pillar-One.pdf>
79. Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce. URL: [https://www.fondazione nazionale commercialisti.it/system/files/imce/aree-tematiche/pac/FINT\\_COM\\_ELET\\_1.pdf](https://www.fondazione nazionale commercialisti.it/system/files/imce/aree-tematiche/pac/FINT_COM_ELET_1.pdf)
80. Schön W. Ten Questions about why and how to tax the digitalized economy. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*. 2017. №11. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3091496](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3091496)
81. Michael P.D., Vella J. Value creation as the fundamental principle of the international corporate tax system. *European tax policy forum policy paper*. 2018. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3275759](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3275759)
82. Becker J., Englisch J. Taxing where value is created: what's «user involvement» got to do with it? URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3258387](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3258387)
83. Quentin D. Corporate tax reform and “value creation”: towards unfettered diagonal re-allocation across the global inequality chain. *Economics, and Law: A Convivium 1*. 2017. URL: [https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1515/ael-2016-0020/html?srsltid=AfmBOoot\\_AWjAIL1YXiIzaEDImKCVC7rYEx3y2Pgd-9psvHDeN\\_\\_qi-A](https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1515/ael-2016-0020/html?srsltid=AfmBOoot_AWjAIL1YXiIzaEDImKCVC7rYEx3y2Pgd-9psvHDeN__qi-A)
84. Morse S.C. Value creation: a standard in search of a process. *Bulletin for International Taxation*. 2018. Vol. 72. №4/5. P. 196-202.
85. The 2025 Update to the OECD Model Tax Convention. Paris: OECD Publishing, 2025. 88 p. URL: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2025/11/the-2025-update-to-the-oecd-model-tax-convention\\_c7031e1b/5798080f-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2025/11/the-2025-update-to-the-oecd-model-tax-convention_c7031e1b/5798080f-en.pdf)

86. Commission staff working document: Annual Report on Taxation 2024. Review of taxation policies in EU Member States SWD (2024) 172 final. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_eu\\_ropeenne/swd/2024/0172/COM\\_SWD\(2024\)0172\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_eu_ropeenne/swd/2024/0172/COM_SWD(2024)0172_EN.pdf)
87. Rocha S.A., Christians A. Tax Sovereignty in the BEPS Era. *Series on International Taxation*. 2017. №60. URL: [https://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2017/06/Andre-Rocha\\_SOIT-60\\_Sergio-Andre-Rocha.pdf](https://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2017/06/Andre-Rocha_SOIT-60_Sergio-Andre-Rocha.pdf)
88. Revenue Statistics 2020: Tax Revenue Trends in the OECD. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/revenue-statistics-2020\\_8625f8e5-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/revenue-statistics-2020_8625f8e5-en.html)
89. Multinational Enterprises in the global economy: Heavily debated but hardly measured. URL: [www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf](http://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf)
90. BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports. Paris: OECD Publishing, 2016. 24 p. URL: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2016/08/beps-project-explanatory-statement\\_g1g6db07/9789264263437-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2016/08/beps-project-explanatory-statement_g1g6db07/9789264263437-en.pdf)
91. Statement on a two-pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy. URL: [www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm](http://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm)
92. Digital economy development and cooperation initiative. URL: <http://www.g20.utoronto.ca/2016/g20-digital-economy-development-and-cooperation.pdf>
93. Bukht R., Heeks R. Defining, conceptualising and measuring the digital economy. *Development Informatics Working Paper*. 2017. №68. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3431732](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3431732)
94. Gestrin, M.V., Staudt J. The digital economy, multinational enterprises and international investment policy. Paris: OECD Publishing, 2018. 28 p.

95. OECD Digital economy outlook 2017. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/oecd-digital-economy-outlook-2017\\_9789264276284-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/oecd-digital-economy-outlook-2017_9789264276284-en.html)
96. Oguttu A.W., Merwe B. Electronic commerce: challenging the income tax base? *South African Mercantile Law Journal*. 2005. №3. P. 305-339.
97. Aligning transfer pricing outcomes with value creation – Actions 8-10: 2015 Final reports. Paris: OECD Publishing, 2015. 190 p. URL: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/10/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports\\_g1g58cea/9789264241244-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/10/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports_g1g58cea/9789264241244-en.pdf)
98. Kuppens J. Business restructuring and permanent establishments. *International Transfer Pricing Journal*. 2006. Vol.13. №4. URL: <https://www.ibfd.org/shop/journal/business-restructuring-and-permanent-establishments-netherlands>
99. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Global Tax Deal (Global Tax Deal): U.S. White House Memorandum. URL: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/the-organization-for-economic-co-operation-and-development-oecd-global-tax-deal-global-tax-deal/>
100. Illicit Financial Flows from Developing Countries: Measuring OECD Responses. URL: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2014/04/illicit-financial-flows-from-developing-countries\\_g1g331b9/9789264203501-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2014/04/illicit-financial-flows-from-developing-countries_g1g331b9/9789264203501-en.pdf)
101. Besley T., Persson T. Why do developing countries tax so little? *Journal of Economic Perspectives*. 2014. №4. P. 99-120.
102. Domestic Resource Mobilisation in Africa: An Overview: Issues paper. Marrakech: North-South Institute. 2012. URL: [https://archive.uneca.org/sites/default/files/uploaded-documents/ADF/ADF9/adf\\_ix-issues\\_paper\\_1-domestic\\_resource\\_mobilization.pdf](https://archive.uneca.org/sites/default/files/uploaded-documents/ADF/ADF9/adf_ix-issues_paper_1-domestic_resource_mobilization.pdf)

103. Gadžo S. Gadžo S. Nexus requirements for taxation of non-residents' business income – a normative evaluation in the context of the global economy. URL: [https://www.ibfd.org/sites/default/files/2021-04/18\\_053\\_Nexus\\_Requirements\\_Taxation\\_final\\_web.pdf](https://www.ibfd.org/sites/default/files/2021-04/18_053_Nexus_Requirements_Taxation_final_web.pdf)
104. Qureshi A.H. The public international law of taxation: text, cases and materials. URL: [https://api.pageplace.de/preview/DT0400.9789041184788\\_A42019597/preview-9789041184788\\_A42019597.pdf](https://api.pageplace.de/preview/DT0400.9789041184788_A42019597/preview-9789041184788_A42019597.pdf)
105. Bentil E.g., J. Situating the international tax system within public international law. *Georgetown Journal of International Law*. 2017. Vol. 49. P.1219-1270.
106. Lennard M. Customary international law and tax – the fog of law. *Tax Notes International*. 2023. Vol. 109. P. 601- 602.
107. Magalhães T. D., Christians A. Global tax reform and mythical international law. *Harvard Law & Policy Review*. 2023. V. 18. P. 26-28.
108. Martha R. The jurisdiction to tax in international law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction. Kluwer Law International B.V., 1989. 201 p.
109. Avi-Yonah R.S., Kim Y.R., Sam K. A new framework for digital taxation. *Harvard International Law Journal*. 2022. Vol. 63. P. 279-341.
110. Avi-Yonah R. International taxation, globalization, and the economic digital divide. *Journal of International Economic Law*. 2023. Vol. 26. P. 101-109.
111. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global AntiBase Erosion Model Rules (Pillar Two). URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challengesarising-from-thedigitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-twocommentary.pdf>.
112. Baker F. Some thoughts on jurisdiction and nexus. *Current tax treaty issues. 50<sup>th</sup> Anniversary of the international tax group*. 2021. Vol. 18. P. 462-465.
113. Chaisse J., Mosquera I. Public international law, international taxation and tax dispute resolution. *Asia pacific law review*. 2023. Vol. 31. P. 192-203.

114. The Foreign Relations Law of the United States. URL: <https://www.ali.org/publications/restatement-law-fourth/foreign-relations-law-united-states>
115. Tapscott D. The digital economy: promise and peril in the age of networked intelligence. URL: <https://www.forbes.com/sites/koshagada/2016/06/16/what-is-the-digital-economy>
116. Taxation of the digitalized economy – Developments Summary 2021. URL: <https://stamp.projects.uvt.ro/wp-content/uploads/2021/11/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>
117. Corrado C. Intangible capital and growth in advanced economies: measurement and comparative results. *IZA Discussion Paper*. 2012. №6733. URL: <https://repec.iza.org/dp6733.pdf>
118. Hey E.g. J., Taxation Where Value is Created and the OECD/G20 Base Erosion and Profit-Shifting Initiative. *Bulletin for International Taxation*. 2018. №4/5. P. 203-208.
119. Langbein S., Fuss M. The OECD/G20-BEPS-Project and the value creation paradigm: economic reality disemboing into the interpretation of the ‘Arm’s Length’ standard. *The International Lawyer*. 2018. Vol. 51. №2. P. 259-410.
120. Grinberg I. User participation in value creation. *British Tax Review*. 2018. URL: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2102/>
121. Christians A. Taxing according to value creation. *Tax Notes International*. 2018. Vol. 90. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3230370](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3230370)
122. Kysar R. Value creation: a dimming lodestar for international taxation? *Bulletin for International Taxation*. 2020. Vol. 74. №4/5. P. 216-221.
123. Shaviro D. Mobile intellectual property and the shift in international tax policy from determining the source of income to taxing location-specific rent: part one. *Singapore Journal of Legal Studies*. 2020. №9. P. 681-701.

## ДОДАТКИ

### ДОДАТОК А

#### **Пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у сфері оподаткування постійних представництв нерезидентів в умовах диджиталізації**

Практичне значення проведеного дослідження полягає у його вираженому нормотворчому потенціалі. Сформульовані в дисертації теоретико-правові висновки та авторські пропозиції дозволили розробити системний проект змін до Податкового кодексу України, спрямований на вдосконалення правового регулювання оподаткування постійних представництв нерезидентів в умовах цифрової економіки. Запропоновані положення мають нормативний характер, відповідають сучасним міжнародним стандартам ОЕСР та можуть бути безпосередньо використані у процесі підготовки законопроектів, підзаконних нормативно-правових актів, а також під час удосконалення правозастосовної практики податкових органів. Таким чином, результати дисертації виходять за межі суто доктринального аналізу й створюють підґрунтя для подальшої імплементації наукових напрацювань у національну систему податкового законодавства України.

З урахуванням результатів дисертаційного дослідження пропонується внести зміни до підпункту 14.1.193 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України з метою адаптації національного визначення постійного представництва до умов цифрової економіки. Доцільним є розширення дефініції постійного представництва шляхом доповнення її такими критеріями, як критерій економічної (цифрової) присутності, що охоплює регулярну взаємодію з користувачами, збір та комерційне використання даних, функціонування платформ і алгоритмів, спрямованих на український ринок; критерій функціональної присутності, за яким постійне представництво визнається у разі здійснення діяльності через дистанційних працівників, агентів або консультантів, що систематично працюють в Україні;

критерій мережевої (платформної) присутності, якщо користувацька активність створює істотну частку вартості цифрової бізнес-моделі нерезидента.

Пропонується закріпити у Податковому кодексі України окремий структурний блок, присвячений особливостям визначення постійного представництва в умовах цифрової економіки, включно з регулюванням дистанційної роботи, онлайн-сервісів, хмарної інфраструктури та дата-центрів.

Доцільним є внесення змін до статті 39 Податкового кодексу України шляхом включення нематеріальних цифрових активів (даних, алгоритмів, платформ) до функціонального аналізу, а також гармонізації правил із Authorized OECD Approach та Коментарями до статті 7 Модельної конвенції ОЕСР 2025 року.

З метою ефективного встановлення економічної присутності нерезидентів доцільно надати податковим органам повноваження враховувати цифрові канали продажу, обсяг обробки даних, а також імплементувати тести дистанційної роботи, запропоновані ОЕСР.

Запропоновані зміни спрямовані на перехід від формально-фізичної до функціонально-економічної моделі оподаткування, що відповідає міжнародним стандартам та забезпечує захист податкового суверенітету України.

## ДОДАТОК Б

### **Пропозиції щодо вдосконалення судової практики Верховного Суду України у справах про оподаткування постійних представництв нерезидентів**

У межах дисертаційного дослідження сформульовано низку пропозицій, які можуть бути використані під час формування та уніфікації судової практики Верховного Суду України у справах, пов'язаних із визначенням та оподаткуванням постійних представництв нерезидентів, зокрема в умовах цифрової економіки.

У практиці судів України послідовно простежується підхід, відповідно до якого під час вирішення податкових спорів суди надають перевагу аналізу фактичних обставин здійснення господарської діяльності над формальним змістом договорів. Зокрема, у низці постанов Верховного Суду зазначено, що відсутність у працівників або агентів формальних повноважень на укладення договорів не виключає можливості визнання постійного представництва, якщо їх фактична діяльність свідчить про істотну участь у створенні доходу нерезидента. Судова практика виходить з того, що діяльність може визнаватися підготовчою або допоміжною лише за умови, якщо вона не становить істотної та значущої частини господарської діяльності нерезидента. У постановах Верховного Суду підкреслюється, що функції маркетингу, просування, логістичної координації або клієнтської підтримки не можуть автоматично вважатися допоміжними без оцінки їх ролі у бізнес-моделі.

Судам доцільно виходити з пріоритету економічної сутності господарських операцій над їх формальним договірним оформленням під час вирішення спорів щодо наявності постійного представництва. Формальне позбавлення місцевого персоналу повноважень укладати договори не повинно виключати визнання постійного представництва, якщо фактична поведінка свідчить про істотну участь у створенні доходу нерезидента.

Під час кваліфікації діяльності як підготовчої або допоміжної судам слід оцінювати її значення у загальній бізнес-моделі нерезидента. Якщо така діяльність є економічно суттєвою або невід'ємною для отримання доходу, застосування винятків щодо підготовчої або допоміжної діяльності є необґрунтованим.

При вирішенні спорів щодо агентського постійного представництва судам доцільно враховувати фактичну роль агента у процесі укладення договорів, а не лише формальну наявність або відсутність відповідних повноважень. Ключовим критерієм має бути здатність агента істотно впливати на комерційні рішення нерезидента.

Судам рекомендовано застосовувати економіко-функціональний підхід до атрибуції прибутку постійному представництву з урахуванням функцій, активів і ризиків, фактично пов'язаних із діяльністю в Україні, відповідно до підходу Authorized OECD Approach.

У спорах, пов'язаних із діяльністю цифрових компаній, судам доцільно враховувати економічну та цифрову присутність нерезидента, зокрема регулярність взаємодії з користувачами, обсяг обробки даних та використання цифрових платформ, навіть за відсутності матеріальної інфраструктури.

Застосування наведених підходів у судовій практиці сприятиме формуванню єдиного та передбачуваного підходу до оподаткування постійних представництв нерезидентів, підвищенню правової визначеності та узгодженості судових рішень із сучасними міжнародними стандартами податкового права. Водночас відсутність чіткої нормативної регламентації цих підходів у Податковому кодексі України зумовлює необхідність законодавчого вдосконалення, обґрунтованого у межах даного дисертаційного дослідження.

## ДОДАТОК В

### Проект змін до Податкового кодексу України

Цей проект змін до Податкового кодексу України розроблено з метою адаптації національного податкового законодавства до умов цифрової економіки та приведення його у відповідність до сучасних міжнародних стандартів, зокрема підходів ОЕСР щодо оподаткування постійних представництв нерезидентів.

Внести зміни до підпункту 14.1.193 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України. Доповнити визначення постійного представництва такими абзацами: «Постійне представництво нерезидента також вважається таким, що існує на території України, якщо нерезидент має значну економічну присутність, яка проявляється через регулярну та систематичну взаємодію з користувачами в Україні, збір, обробку та комерційне використання даних, а також функціонування цифрових платформ, алгоритмів або онлайн-сервісів, спрямованих на український ринок». «Постійне представництво визнається таким, що існує, у разі здійснення діяльності нерезидентом через дистанційних працівників, агентів, розробників, консультантів або інших осіб, які систематично виконують функції в Україні та діють в інтересах такого нерезидента». «Постійне представництво може виникати за наявності мережевої (платформної) присутності, якщо користувацька активність у межах цифрової платформи створює істотну частку вартості бізнес-моделі нерезидента».

Доповнити Податковий кодекс України новою статтею щодо особливостей визначення постійного представництва у цифровій економіці. У зазначеній статті передбачити: критерії визнання постійного представництва у разі дистанційної роботи та використання домашніх офісів; особливості оподаткування сервісної діяльності через онлайн-інтерфейси та цифрові платформи; правила кваліфікації хмарної інфраструктури, серверів і дата-центрів у контексті постійного

представництва; критерії регулярності, неперервності та комерційної спрямованості цифрової діяльності.

Внести зміни до статті 39 Податкового кодексу України щодо атрибуції прибутку постійному представництву. Передбачити включення нематеріальних цифрових активів (даних, алгоритмів, платформ, користувацьких мереж) до переліку активів, що враховуються у функціональному аналізі; застосування Authorized OECD Approach (AOA) з урахуванням специфіки цифрових бізнес-моделей; можливість використання методів аналізу економічного внеску користувачів (user-value contribution analysis).

Розширити повноваження контролюючих органів. Надати контролюючим органам право встановлювати економічну присутність нерезидента з урахуванням цифрових каналів продажу, платіжних інструментів та обсягу обробки даних; застосовувати тести дистанційної роботи (зокрема тест 50 % та тест комерційної причини), рекомендовані ОЕСР, під час визначення наявності постійного представництва.

Запропоновані зміни спрямовані на забезпечення справедливого розподілу податкових прав, запобігання розмиванню податкової бази та гармонізацію податкового законодавства України з міжнародними стандартами в умовах цифрової трансформації економіки.

## ПРОЄКТ

### ЗАКОН УКРАЇНИ

#### **Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення оподаткування постійних представництв нерезидентів в умовах цифрової економіки**

Верховна Рада України постановляє:

I. Внести до Податкового кодексу України (Відомості Верховної Ради України, 2011 р., № 13–14, № 15–16, № 17, ст. 112 із наступними змінами) такі зміни:

1. Підпункт 14.1.193 пункту 14.1 статті 14 доповнити новими абзацами такого змісту:

«Постійне представництво нерезидента також вважається таким, що існує на території України, якщо нерезидент має значну економічну (у тому числі цифрову) присутність, яка проявляється через регулярну та систематичну взаємодію з користувачами в Україні, збір, обробку та комерційне використання даних, а також функціонування цифрових платформ, алгоритмів або онлайн-сервісів, спрямованих на український ринок».

«Постійне представництво визнається таким, що існує, у разі здійснення діяльності нерезидентом через дистанційних працівників, агентів, розробників, консультантів або інших осіб, які систематично виконують функції на території України та діють в інтересах такого нерезидента».

«Постійне представництво може виникати за наявності мережевої (платформної) присутності, якщо користувацька активність у межах цифрової платформи створює істотну частку вартості бізнес-моделі нерезидента».

2. Податковий кодекс України доповнити новою статтею такого змісту:

«Стаття \_\_\_\_ . Особливості визначення постійного представництва в умовах цифрової економіки

1. Постійне представництво нерезидента може визнаватися таким, що існує, незалежно від наявності матеріальної інфраструктури, якщо діяльність нерезидента має стабільний, комерційно орієнтований характер та спрямована на ринок України.

2. Під час визначення постійного представництва враховуються, зокрема:

а) характер і регулярність дистанційної роботи працівників нерезидента;  
б) використання цифрових платформ, онлайн-інтерфейсів та автоматизованих систем;

в) збір і комерційне використання даних користувачів;

г) використання хмарної інфраструктури, серверів і дата-центрів.

3. Порядок застосування цієї статті визначається центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику».

3. У статті 39:

після положень щодо функціонального аналізу доповнити нормами, відповідно до яких при атрибуції прибутку постійному представництву враховуються нематеріальні цифрові активи, включно з даними, алгоритмами, платформами та користувацькими мережами, із застосуванням підходу Authorized OECD Approach.

II. Прикінцеві та перехідні положення

1. Цей Закон набирає чинності з 1 січня року, що настає за роком його опублікування.

2. Кабінету Міністрів України у шестимісячний строк з дня набрання чинності цим Законом забезпечити приведення своїх нормативно-правових актів у відповідність із цим Законом.