Dostosowanie wyników cen transferowych do procesu tworzenia wartości, raporty końcowe z 2015 roku dotyczące działań 8–10

OECD/G20 Projekt w zakresie erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysków

Wolters Kluwer

OECD

Dostosowanie wyników cen transferowych do procesu tworzenia wartości, raporty końcowe z 2015 roku dotyczące działań 8–10

OECD/G20 Projekt w zakresie erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysków

OECD

Dostosowanie wyników cen transferowych do procesu tworzenia wartości, raporty końcowe z 2015 roku dotyczące działań 8–10

OECD/G20 Projekt w zakresie erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysków

Warszawa 2019

Wolters Kluwer

OECD

Wydawca
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący
Kinga Zając

Opracowanie redakcyjne i łamanie
JustLuk

Pierwotnie opublikowane przez OECD w języku angielskim pod tytułem:
OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project
Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8–10 – 2015 Final Reports
© 2017 OECD
All rights reserved.

Edycja w języku polskim
© 2019 Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Opublikowane w porozumieniu z OECD, Paryż

Za jakość polskiego tłumaczenia i jego zgodność z tekstem oryginału odpowiada
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Wyłączenie odpowiedzialności: Niniejszy dokument i dowolna mapa w nim zawarta pozostają bez wpływu na status lub suwerenność jakiegokolwiek terytorium, na rozgraniczenia granic i granic międzynarodowych oraz dla nazwy jakiegokolwiek terytorium, miasta lub obszaru.

Sprostowania OECD: sprostowania do publikacji OECD można znaleźć w internecie pod adresem:
www.oecd.org/about/publishing/corrigenda.htm

ISBN 978-83-8124-219-6

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl
www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Tłumaczenie

pod redakcją Eweliny Stamblewskiej-Urbaniak

Marta Bereznowska

Łukasz Czernicki

Magdalena Gajownik

Mateusz Jałkowski

Ewelina Stamblewska-Urbaniak

Michał Szwed

Anna Wcisło

Nadzór merytoryczny

w zakresie dóbr niematerialnych

Łukasz Czernicki

DOSTOSOWANIE WYNIKÓW CEN TRANSFEROWYCH DO PROCESU TWORZENIA WARTOŚCI, RAPORTY KOŃCOWE Z 2015 ROKU DOTYCZĄCE DZIAŁAŃ 8–10

SŁOWO WSTĘPNE

Kwestie z zakresu podatków międzynarodowych jeszcze nigdy nie zajmowały równie priorytetowego miejsca na agendzie politycznej jak dziś. W ostatnich latach znacząco wzrosła integracja krajowych gospodarek i rynków, skutkując presją na międzynarodowe zasady podatkowe, które zostały opracowane ponad sto lat temu. Słabości obecnych zasad stwarzają możliwości erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszenia zysków (BEPS) i wymagają zdecydowanych działań ze strony decydentów w celu odbudowania zaufania do systemu i zapewnienia, że zyski zostają opodatkowane zgodnie z miejscem prowadzenia działalności gospodarczej i kreowania wartości.

Po wydaniu raportu dotyczącego zjawiska erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszenia zysków pt. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* w lutym 2013 r., we wrześniu 2013 r. państwa OECD i G20 przyjęły piętnastopunktowy Plan działań w celu zapobiegania BEPS. Plan określa piętnaście działań i opiera się na trzech kluczowych filarach, tj. wprowadzeniu spójności w przepisach krajowych mających wpływ na działalność transgraniczną, wzmocnieniu wymogów w zakresie substancji biznesowej w dotychczasowych standardach międzynarodowych, a także zwiększeniu przejrzystości oraz pewności.

Od tego czasu wszystkie państwa G20 i OECD współpracowały na równych zasadach, a Komisja Europejska przedstawiała swoje poglądy na każdym etapie Projektu BEPS. Intensywnie zaangażowane były również kraje rozwijające się, które uczestniczyły na wiele różnych sposobów, w tym biorąc bezpośredni udział w Komitecie ds. Podatkowych. Prace wspierały także regionalne organizacje podatkowe, np. *African Tax Administration Forum*, *Centre de rencontre des administrations fiscales* oraz *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias*, we współpracy z organizacjami międzynarodowymi, takimi jak Międzynarodowy Fundusz Walutowy, Bank Światowy lub Organizacja Narodów Zjednoczonych. Przeprowadzono szeroko zakrojone konsultacje z interesariuszami: Projekt BEPS otrzymał w sumie ponad 1400 zgłoszeń od podmiotów z sektora przemysłu, doradców, organizacji pozarządowych i środowiska akademickiego. Odbyto czternaście

konsultacji publicznych udostępnianych na żywo w Internecie, jak również transmitowano webcasty, w ramach których Sekretariat OECD okresowo publicznie udzielał aktualnych informacji oraz odpowiedzi na pytania.

Po dwóch latach prac piętnaście działań zostało obecnie ukończonych. Wszystkie rezultaty prac, w tym te przekazane w formie wersji roboczych w 2014 r., zostały skonsolidowane w kompleksowy pakiet. Pakiet środków BEPS stanowi pierwsze od niemal stu lat znaczące odnowienie międzynarodowych zasad podatkowych. Z chwilą gdy nowe środki zaczną obowiązywać, oczekuje się, że zyski będą wykazywane tam, gdzie jest prowadzona działalność gospodarcza generująca te zyski oraz gdzie jest tworzona wartość. Strategie planowania z zakresu BEPS oparte na przestarzałych zasadach lub na nieefektywnie skoordynowanych środkach krajowych okażą się bezskuteczne.

Na tym etapie kluczową kwestią jest zatem wdrożenie. Pakiet BEPS jest przeznaczony do wdrożenia poprzez wprowadzenie zmian do przepisów i praktyk krajowych oraz przez postanowienia umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, przy czym obecnie są prowadzone negocjacje w sprawie multilateralnego instrumentu i oczekuje się, że zostaną one zakończone w 2016 r. Państwa OECD i G20 zgodziły się również na dalszą współpracę w celu zapewnienia spójnego i skoordynowanego wdrożenia rekomendacji w obszarze BEPS. Globalizacja wymaga ustanowienia globalnych rozwiązań i globalnego dialogu, które nie będą ograniczały się jedynie do państw OECD i G20. Aby osiągnąć ten cel, w 2016 r. państwa OECD i G20 opracują integracyjne ramy monitorowania, w których wszystkie zainteresowane państwa będą uczestniczyć na równych zasadach.

Lepsze zrozumienie sposobu wdrożenia rekomendacji w obszarze BEPS w praktyce może pozwolić na ograniczenie nieporozumień i sporów między rządami. Skupienie większej uwagi na wdrożeniu i administracji podatkowej powinno zatem przynieść wzajemne korzyści rządom i przedsiębiorstwom. Proponowane ulepszenia w zakresie danych i analizy umożliwią bieżące szacowanie ilościowego wpływu zaniżenia podstawy opodatkowania oraz przenoszenia zysków, jak również ocenę wpływu środków zaradczych opracowanych w ramach Projektu BEPS.

SPIS TREŚCI

Skróty i akronimy 13

Podsumowanie 15

Zalecenia dotyczące stosowania zasady ceny rynkowej 21

Zmiany do sekcji D rozdziału I Wytycznych w sprawie cen transferowych . . 21

D.1. Identyfikacja stosunków handlowych lub finansowych 24
D.2. Uznanie dokładnie określonej transakcji 59
D.3. Straty 62
D.4. Wpływ polityki rządowej 63
D.5. Wykorzystanie wyceny na potrzeby celne 65
D.6. Oszczędności lokalizacji oraz inne cechy lokalnego rynku 66
D.7. Zorganizowana siła robocza 70
D.8. Synergie w ramach grupy MNE 72

Transakcje w zakresie towarów notowanych 78

Dodatkowe postanowienia do rozdziału II Wytycznych OECD w sprawie cen transferowych 78

Zakres prac w związku z zaleceniami dotyczącymi metody podziału zysku transakcyjnego 83

Część I: Dotychczasowe zalecenia dotyczące metody podziału zysku transakcyjnego i konsultacje publiczne 85
Część II: Zakres zmian do zaleceń dotyczących metody podziału zysku transakcyjnego 88

Dobra niematerialne 91

Zmiany do rozdziału VI Wytycznych w sprawie cen transferowych 91

A. Identyfikacja dóbr niematerialnych 96
B. Własność dóbr niematerialnych i transakcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych 106

C. Transakcje związane z korzystaniem z dóbr niematerialnych lub ich przenoszeniem 128
D. Uzupełniające zalecenia dotyczące określania warunków rynkowych w przypadkach wiążących się z dobrami niematerialnymi 134

Dodatkowe zalecenia w rozdziale II Wytycznych w sprawie cen transferowych wynikające ze zmian do rozdziału VI 171

Aneks do rozdziału VI – Przykłady ilustrujące zalecenia dotyczące dóbr niematerialnych 172

Usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej 206

Zmiany do rozdziału VII Wytycznych w sprawie cen transferowych 206

A. Wprowadzenie 209
B. Główne kwestie 210
C. Kilka przykładów usług wewnątrzgrupowych 222
D. Usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej 223

Umowy o podziale kosztów 234

Zmiany do rozdziału VIII Wytycznych w sprawie cen transferowych 234

A. Wprowadzenie 236
B. Pojęcie CCA 236
C. Stosowanie zasady ceny rynkowej 240
D. Przystąpienie do CCA, wycofanie się z niej i rozwiązanie 252
E. Rekomendacje dotyczące strukturyzowania i dokumentowania CCA 254
Aneks do rozdziału VIII – Przykłady ilustrujące zalecenia dotyczące umów o podziale kosztów 257

Bibliografia 265

Przypisy końcowe 267

SKRÓTY I AKRONIMY

BEPS	Erozja podstawy opodatkowania oraz transfer / przenoszenie zysków (*z ang. Base erosion and profit shifting*)
B+R	Badania i rozwój
CFC	Zagraniczna spółka kontrolowana (*z ang. Controlled foreign company*)
Dobra niematerialne HTVI	Dobra niematerialne trudne do wyceny (*z ang. Hard-to-value intangibles*)
CRO	Organizacja prowadząca badania na zlecenie (*z ang. Contract research organization*)
G20	Grupa dwudziestu
GR6	Grupa robocza nr 6 ds. opodatkowania przedsiębiorstw międzynarodowych (*z ang. Working party No.6 on the Taxation of Multinational Enterprises*)
IT	Technologia informacyjna (*z ang. Information technology*)
MAP	Procedura wzajemnego porozumiewania się (*z ang. Mutual Agreement Procedure*)
Metoda MTN	Metoda marży transakcyjnej netto
Metoda PCN	Metoda porównywalnej ceny niekontrolowanej
MNE	Przedsiębiorstwo międzynarodowe (*z ang. Multinational enterprise*)
OECD	Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (*z ang. Organisation for Economic Co-operation and Development*)
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych

Umowa CCA	Umowa o podziale kosztów (*z ang. Cost contribution arrangement*)
VAT	Podatek od wartości dodanej (*z ang. Value added tax*)
WACC	Średni ważony koszt kapitału (z *ang. Weighted average cost of capital)*

PODSUMOWANIE

Na przestrzeni kilkudziesięciu lat wraz z postępującą globalizacją nastąpił gwałtowny rozwój ogólnoświatowego handlu wewnątrzgrupowego. Zasady w zakresie cen transferowych stosowane dla celów podatkowych dotyczą ustalania warunków, w tym cenowych, w transakcjach przeprowadzanych w grupie MNE, które skutkują alokacją zysku do spółek z grupy położonych w różnych krajach. W obliczu rosnących wolumenów i wartości handlu wewnątrzgrupowego wpływ takich zasad ma coraz większe znaczenie dla przedsiębiorstw i administracji podatkowych. Jak wskazano w Planie działań w celu zapobiegania erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszeniu zysków (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Plan BEPS, OECD, 2013 r.), dotychczasowe standardy międzynarodowe określające zasady dotyczące cen transferowych mogą być stosowane w niewłaściwy sposób i skutkować alokacją zysków niedostosowaną do działalności gospodarczej, która takie zyski wygenerowała. Prace przeprowadzone w ramach działań 8–10 Planu BEPS skupiły się na tym zagadnieniu w celu zapewnienia, że wyniki w zakresie cen transferowych zostaną uzgodnione z procesem tworzenia wartości.

Zasada ceny rynkowej stanowi podstawę krajowych przepisów w sprawie cen transferowych. Jest ona umiejscowiona w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania i została określona w art. 9(1) modelowych konwencji podatkowych OECD i ONZ. Wspólna interpretacja tej zasady stosowana przez wiele państw została zawarta w Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw międzynarodowych i administracji podatkowych (dalej: „Wytyczne"), opublikowanych po raz pierwszy w 1979 r. w formie Raportu w sprawie cen transferowych i przedsiębiorstw wielonarodowych i następnie zmienionych i wydanych jako Wytyczne w 1995 r. Kolejna aktualizacja miała miejsce w 2010 r. Zasada ta wymaga, by ceny w transakcjach między przedsiębiorstwami powiązanymi były ustalane w taki sposób, jak gdyby przedsiębiorstwa te funkcjonowały jako podmioty niezależne działające w warunkach rynkowych i przeprowadzające porównywalne transakcje na podobnych warunkach i w podobnych okolicznościach ekonomicznych. Gdy warunki transakcji odbiegają od warunków transakcji między podmiotami niezależnymi w porównywalnych okolicznościach, dla celów podatkowych można wymagać

dokonania korekty zysku. Zasada ceny rynkowej okazała się użyteczna jako praktyczny i wyważony standard stosowany przez administracje podatkowe i podatników do oceny cen transferowych między przedsiębiorstwami powiązanymi oraz zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu. Jednakże dotychczasowe zalecenia w zakresie zastosowania omawianej zasady, które kładą dostrzegalny nacisk na umowną alokację funkcji, aktywów i ryzyk, okazały się podatne na manipulację, co może prowadzić do wyników nieodpowiadających wartości tworzonej w ramach działalności gospodarczej realizowanej przez członków grupy MNE. W związku z powyższym Plan BEPS przewidywał, że zalecenia dotyczące zasady ceny rynkowej zostaną doprecyzowane i wzmocnione. Jeżeli po takim doprecyzowaniu i wzmocnieniu zaleceń wciąż istniałyby ryzyka w obszarze cen transferowych, Plan BEPS dopuszczał możliwość wprowadzenia specjalnych środków mieszczących się w zakresie ceny rynkowej lub wykraczających poza ten zakres.

Prace nad zagadnieniami dotyczącymi cen transferowych prowadzone w ramach Planu BEPS koncentrowały się na trzech kluczowych obszarach. W działaniu 8 prace skupiły się na kwestiach w zakresie cen transferowych związanych z transakcjami dotyczącymi dóbr niematerialnych, ponieważ niewłaściwa alokacja zysków generowanych przez wartościowe dobra niematerialne stanowi jedną z przyczyn erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysków. Z kolei prace w ramach działania 9 miały na celu rozpatrzenie kwestii związanych z umowną alokacją ryzyk i wynikającym z niej przypisaniem zysków do takich ryzyk, które może nie odpowiadać faktycznie realizowanej działalności. Prace w działaniu 9 obejmowały również kwestię dotyczącą poziomu zwrotu z tytułu finansowania udzielanego przez członka grupy MNE zasobnego w kapitał, w przypadku gdy taki zwrot nie odpowiada poziomowi działań podejmowanych przez spółkę finansującą. W ramach działania 10 skupiono się na innych obszarach wysokiego ryzyka, w tym na możliwościach rozwiązania kwestii dotyczących alokacji zysków wynikających z transakcji, które nie znajdują uzasadnienia komercyjnego z perspektywy poszczególnych zaangażowanych podmiotów (restrukturyzacja), możliwości zapobiegania wykorzystaniu metod cen transferowych w sposób skutkujący przekierowywaniem zysków z najważniejszej działalności wykonywanej przez grupę MNE oraz przeciwdziałania wykorzystaniu określonych rodzajów płatności między członkami grupy MNE (takich jak opłaty za zarządzanie i wydatki na rzecz centrali) w celu erozji podstawy opodatkowania w przypadku braku zgodności z procesem tworzenia wartości.

Niniejszy Raport zawiera zmienione zalecenia odnoszące się do powyższych zagadnień mające na celu zapewnienie, że zasady cen transferowych będą skutkować wynikami alokującymi zyski operacyjne do działalności gospodarczej, która takie zyski wygenerowała. Raport stanowi porozumienie między państwami, które uczestniczyły w Projekcie BEPS OECD/G20. W przypadku państw, któ-

re formalnie stosują Wytyczne w sprawie cen transferowych, zalecenia zawarte w niniejszym Raporcie przyjmują postać zmian w Wytycznych w sprawie cen transferowych. W związku z powyższym niniejszy Raport odzwierciedla również sposób, w jaki zmiany zostaną wprowadzone do Wytycznych[1].

Aby osiągnąć powyższy cel, zaktualizowane zalecenia wymagają dokładnego określenia faktycznej transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi w oparciu o łączną analizę stosunków umownych między stronami oraz postępowania takich stron. Postępowanie stron będzie stanowić uzupełnienie ustaleń umownych lub je zastąpi, jeżeli okaże się, że umowy są niekompletne lub nie znajdują odzwierciedlenia w postępowaniu stron. Takie podejście w połączeniu z właściwym zastosowaniem metod wyceny w sposób uniemożliwiający alokację zysków do lokalizacji, które nie przyczyniają się do wygenerowania takich zysków, pozwoli na przypisanie zysków przedsiębiorstwom prowadzącym stosowną działalność gospodarczą. W sytuacji gdy transakcja między przedsiębiorstwami powiązanymi nie znajduje uzasadnienia komercyjnego, zalecenia w dalszym ciągu dopuszczają możliwość pominięcia takich ustaleń dla celów cen transferowych.

Zmienione zalecenia zawierają dwa istotne wyjaśnienia dotyczące ryzyk i dóbr niematerialnych.

Ryzyka zostały zdefiniowane jako wpływ niepewności na cele przedsiębiorstwa. Na wszystkich polach działalności spółki są podejmowane wszelkie kroki w celu wykorzystania możliwości komercyjnych – jednakże za każdym razem, gdy spółka wydatkuje pieniądze lub generuje dochody, pojawia się niepewność i ponoszone jest ryzyko. Żadne przedsiębiorstwo zorientowane na zysk nie podejmie ryzyka związanego z możliwościami komercyjnymi, nie oczekując dodatniego zwrotu. Taka koncepcja ekonomiczna, zgodnie z którą podjęcie wyższego ryzyka powinno zostać wynagrodzone wyższym oczekiwanym zwrotem, doprowadziła do tego, że grupy MNE realizują strategie planowania podatkowego opierające się na umownej realokacji ryzyk, niekiedy bez wprowadzania żadnych zmian w wykonywanej działalności gospodarczej. Aby rozwiązać ten problem, niniejszy Raport wskazuje, że ryzyka ponoszone na mocy umowy przez stronę, która nie może w istocie sprawować rzeczywistej i w szczególny sposób zdefiniowanej kontroli nad nimi lub nie posiada zdolności finansowej umożliwiającej ich ponoszenie, powinny zostać przypisane stronie, która sprawuje taką kontrolę i dysponuje zdolnością finansową do ich ponoszenia.

W przypadku dóbr niematerialnych zalecenia uściślają, że własność prawna sama w sobie niekoniecznie stanowi o prawie do całego (lub jakiegokolwiek) zwrotu generowanego z tytułu wykorzystywania danego dobra niematerialnego. Do odpowiedniego zwrotu, odzwierciedlającego wartość wnoszonego wkładu,

będą uprawnione spółki z grupy wykonujące ważne funkcje, sprawujące kontrolę nad ekonomicznie istotnymi ryzykami i angażujące aktywa, które zostaną zidentyfikowane w oparciu o dokładnie określoną transakcję. Szczególne zalecenia pozwolą na zapewnienie, że analiza nie zostanie zniekształcona asymetrią informacji pomiędzy administracją podatkową a podatnikiem w zakresie dóbr niematerialnych trudnych do wyceny lub ze względu na wprowadzenie specjalnych stosunków umownych, takich jak umowy o podziale kosztów.

Zaktualizowane zalecenia nawiązują również do sytuacji, gdy członek grupy dysponujący znaczącym kapitałem dostarcza finansowanie, wykonując jednocześnie ograniczone działania. Jeżeli takie przedsiębiorstwo powiązane nie sprawuje rzeczywistej kontroli nad ryzykami finansowymi wiążącymi się z finansowaniem (np. ponieważ taki podmiot jedynie udostępnia środki pieniężne, gdy zostaje o to poproszony, bez dokonywania oceny, czy strona je otrzymująca posiada zdolność kredytową), nie zostaną mu przypisane zyski związane z ryzykami finansowymi i będzie on uprawniony do nie więcej niż zwrotu wolnego od ryzyka lub niższego, jeżeli przykładowo transakcja nie ma uzasadnienia komercyjnego, w związku z czym zastosowanie znajdują zalecenia dotyczące nieuznania transakcji.

Wreszcie zalecenia pozwalają na zapewnienie, że metody wyceny będą skutkować alokacją zysków do najbardziej istotnej działalności gospodarczej. Alokacja korzyści z synergii wynikających z prowadzenia działalności jako grupa na rzecz członków innych niż ci, którzy uczestniczą w tworzeniu takich korzyści z synergii, nie będzie już możliwa. Przykładowo rabaty uzyskiwane ze względu na ilość towarów zamawianych przez kilka spółek z grupy zostaną przypisane tym spółkom z grupy. Niniejszy Raport przewiduje upoważnienie do przeprowadzenia dalszych prac nad metodą podziału zysku transakcyjnego, które zostaną wykonane w 2016 r. i zakończone w pierwszej połowie 2017 r. Efektem takich prac będą szczegółowe zalecenia dotyczące sposobów użytecznego i właściwego zastosowania tej metody w celu dostosowania wyników cen transferowych do procesu tworzenia wartości, w tym w przypadku zintegrowanych globalnych łańcuchów wartości.

Niniejsze zalecenia są w sposób holistyczny związane z pozostałymi działaniami. Jak wskazano powyżej, przedmiotowe zalecenia pozwolą na zapewnienie, że podmioty dysponujące znaczącym kapitałem, lecz nierealizujące żadnej innej istotnej działalności gospodarczej (tzw. *cash boxes*), nie będą uprawnione do jakichkolwiek nadwyżek zysków. Zyski, do których zatrzymania będą uprawnione spółki typu *cash boxes*, nie przekroczą zwrotu wolnego od ryzyka. Co więcej, jeżeli taki zwrot zostanie zakwalifikowany jako odsetki lub płatność stanowiąca ich ekonomiczny ekwiwalent, wówczas takie niskie już zyski będą także podlegać zasadom dotyczącym odliczalności odsetek określonym w działaniu 4. Dodatkowo wyjątkowo trudno będzie strukturyzować płatności do państw, w których spółki

typu *cash boxes* są rezydentami podatkowymi, w sposób umożliwiający uniknięcie podatku u źródła, ze względu na zalecenia dotyczące zapobiegania nadużyciom umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (działanie 6). Wreszcie spółka typu *cash box* prowadząca ograniczoną działalność gospodarczą lub nieprowadząca działalności gospodarczej prawdopodobnie będzie podlegać zasadom CFC (działanie 3). W połączeniu całościowe podejście przewidziane w Planie BEPS poważnie zniechęci do posługiwania się spółkami typu *cash boxes* w strategiach z obszaru BEPS.

Takie holistyczne podejście do zapobiegania erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszeniu zysków zostało podparte wymogami w zakresie transparentności uzgodnionymi na mocy działania 13. Analiza cen transferowych jest zależna od dostępu do stosownych informacji. Dostęp do dokumentacji cen transferowych przewidziany w działaniu 13 umożliwi zastosowanie zaleceń ujętych w niniejszym Raporcie w praktyce, w oparciu o odpowiednie informacje na temat działalności prowadzonej na szczeblu globalnym i lokalnym, przedstawione w dokumentacji grupowej i dokumentacji lokalnej. Ponadto informacja o grupie podmiotów umożliwi bardziej efektywną ocenę ryzyk, dostarczając informacji o globalnej alokacji przychodów, zysków, podatków i działalności gospodarczej grupy MNE.

Oprócz ułatwienia dostępu do istotnych informacji z zakresu cen transferowych w ramach działania 13 niniejszy Raport zawiera również zalecenia dotyczące transakcji w zakresie towarów notowanych oraz usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej. Z uwagi na fakt, że BEPS stwarza dodatkowe wyzwania w dziedzinie cen transferowych dla krajów rozwijających się i właśnie te dwa obszary zostały przez nie zidentyfikowane jako mające kluczowe znaczenie, niniejsze zalecenia zostaną uzupełnione o dalsze prace z upoważnienia Grupy Roboczej Państw G20 ds. Rozwoju, które zapewnią krajom rozwijającym się wiedzę, najlepsze praktyki i narzędzia do wykorzystania przy wycenie transakcji w zakresie towarów notowanych dla celów cen transferowych oraz do zapobiegania erozji podstaw opodatkowania ze względu na zastosowanie powszechnych rodzajów płatności skutkujących erozją.

Zagadnienia z zakresu cen transferowych wymagają analizy faktów i okoliczności, które mogą podlegać subiektywnej interpretacji. Dla uniknięcia ryzyka podwójnego opodatkowania prace przeprowadzone w ramach działania 14 w celu poprawy efektywności mechanizmów rozwiązywania sporów wprowadziły nowy minimalny standard zapewniający dostęp do procedury wzajemnego porozumiewania się przewidzianej w art. 25 Modelowej konwencji podatkowej w odniesieniu do wszystkich spraw z obszaru cen transferowych. Dodatkowo dwadzieścia państw, które zobowiązały się do przestrzegania obowiązkowego, wiążącego postępowania arbitrażowego na mocy działania 14, ustaliło, że umożliwią one pro-

wadzenie postępowania arbitrażowego w sprawach z zakresu cen transferowych, w celu wyeliminowania podwójnego opodatkowania.

Prace przeprowadzone w ramach działań 8–10 Planu BEPS zapewnią lepsze dostosowanie wyników w zakresie cen transferowych do procesu tworzenia wartości w grupie MNE. Ponadto całościowy charakter Planu BEPS pozwoli na ograniczenie roli, jaką odgrywają podmioty posiadające znaczący kapitał, lecz wykonujące nieistotne funkcje, w strukturach planowania zorientowanych na BEPS. W konsekwencji, cele związane z opracowaniem zasad dotyczących cen transferowych wyznaczone w Planie BEPS zostały zrealizowane bez konieczności przygotowania specjalnych środków wykraczających poza zakres zasady ceny rynkowej. Dalsze prace zostaną podjęte w odniesieniu do podziału zysku oraz transakcji finansowych. Niniejszy Raport poświęca szczególną uwagę potrzebom krajów rozwijających się. Takie nowe zalecenia zostaną uzupełnione o dalsze prace z upoważnienia Grupy Roboczej Państw G20 ds. Rozwoju, po opracowaniu przez OECD raportów w sprawie wpływu działań w zakresie erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszenia zysków w krajach rozwijających się. W ostatnim kroku współdziałanie z działaniem 14, dotyczącym rozwiązywania sporów, pozwoli na zapewnienie, że środki z obszaru cen transferowych uwzględnione w niniejszym Raporcie nie doprowadzą do podwójnego opodatkowania.

ZALECENIA DOTYCZĄCE STOSOWANIA ZASADY CENY RYNKOWEJ

Zmiany do sekcji D rozdziału I Wytycznych w sprawie cen transferowych

Podsumowanie

Zalecenia przedstawione w niniejszym rozdziale Raportu zostały przygotowane w odpowiedzi na upoważnienie zgodnie z działaniami 8–10 Planu BEPS, postulującego opracowanie zasad dotyczących cen transferowych, które będą skutkowały dostosowaniem wyników cen transferowych do procesu tworzenia wartości. W szczególności działania 9 i 10 przewidują dokonanie opracowania:

(i) „zasad mających na celu zapobieganie BEPS poprzez transfer ryzyk pomiędzy członkami grupy lub alokację nadmiernego kapitału na rzecz członków grupy. Wiązać się to będzie z przyjęciem zasad lub specjalnych środków w zakresie cen transferowych pozwalających na zapewnienie, że podmiotowi nie będzie przypadał nieadekwatny zwrot wyłącznie dlatego, że taki podmiot umownie ponosi ryzyka lub udostępnia kapitał. Zasady, które zostaną opracowane, będą także wymagały dostosowania zwrotu do procesu tworzenia wartości";

(ii) „zasad zapobiegających BEPS poprzez udział w transakcjach, które nie występują lub jedynie bardzo rzadko występują między podmiotami niezależnymi. Wiązać się to będzie z przyjęciem zasad lub specjalnych środków w zakresie cen transferowych: (i) wyjaśniających okoliczności, w których transakcje mogą podlegać recharakteryzacji".

Niniejsze zalecenia pozwalają na zapewnienie, że:

- zostaną zidentyfikowane faktyczne transakcje biznesowe przeprowadzane przez przedsiębiorstwa powiązane oraz że ceny transferowe nie opierają się na ustaleniach umownych, które nie odzwierciedlają rzeczywistości gospodarczej;

- umowne alokacje ryzyk zostaną uwzględnione wyłącznie w przypadku, gdy znajdują one uzasadnienie w faktycznym podejmowaniu decyzji;
- kapitał niezwiązany z pełnieniem funkcji wygeneruje nie więcej niż zwrot wolny od ryzyka, co ma na celu zapewnienie, że do spółek typu *cash boxes* nieposiadających odpowiedniej substancji nie zostanie alokowany wysoki zwrot;
- administracje podatkowe będą mogły pominąć transakcje, gdy zachodzą wyjątkowe okoliczności wiążące się z brakiem racjonalnego uzasadnienia komercyjnego.

W połączeniu takie zmiany w kluczowym stopniu przyczynią się do dostosowania wyniku cen transferowych do działań tworzących wartość wykonywanych przez członków grupy MNE.

Przedmiotowe zmiany zaktualizują Wytyczne w sprawie cen transferowych o zalecenia dla podatników i administracji podatkowych do zastosowania przy dokonywaniu analizy cen transferowych. Zmiany kładą nacisk na znaczenie dokładnego określenia faktycznych transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi poprzez uzupełnienie w stosownych przypadkach warunków wszelkich umów o dowody świadczące o faktycznym postępowaniu stron. Transakcji nie określa się jedynie w oparciu o postanowienia zawarte w umowie.

Ponoszenie ryzyka przez stronę transakcji może mieć istotny wpływ na cenę takiej transakcji w warunkach rynkowych. Zmiany wprowadzają rozszerzone zalecenia w zakresie identyfikacji szczególnych ryzyk oraz ich wpływu, jak również przewidują ramy analityczne umożliwiające ustalenie, które przedsiębiorstwo powiązane ponosi ryzyko dla celów cen transferowych. Aby przedsiębiorstwo powiązane zostało uznane za ponoszące ryzyko dla celów cen transferowych, musi ono kontrolować takie ryzyko i posiadać zdolność finansową do jego ponoszenia.

Wreszcie zalecenia umożliwiają dokładne określenie faktycznego wkładu wnoszonego przez przedsiębiorstwo powiązane, które jedynie udostępnia kapitał. Jeżeli podmiot zapewniający kapitał nie sprawuje kontroli nad ryzykami inwestycyjnymi, które mogą przynieść wysokie zwroty, takie przedsiębiorstwo powiązane powinno oczekiwać nie więcej niż zwrotu wolnego od ryzyka.

Wszystkie te aspekty zmienionych zaleceń zapewniają, że analiza cen transferowych opiera się na dokładnym określeniu wkładów faktycznie wnoszonych w transakcję przez przedsiębiorstwa powiązane, nie zaś na warunkach umownych, w tym w zakresie umownego ponoszenia ryzyk, które w praktyce nie są realizowane. Przedmiotowe zalecenia stanowią podstawę dla wszelkich analiz cen transferowych, pozwalając jednocześnie zmierzyć się z niektórymi kluczowymi

wyzwaniami BEPS: alokacja ryzyk spisana na papierze sama w sobie nie przenosi zysków.

Zazwyczaj faktyczne ustalenia powinny następnie zostać wycenione zgodnie z zaleceniami przewidzianymi w innych rozdziałach Wytycznych w sprawie cen transferowych. Jednakże zmiany zawarte w niniejszym rozdziale podkreślają konieczność posiadania przez administracje podatkowe możliwości pominięcia transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi, gdy zajdą wyjątkowe okoliczności wiążące się z brakiem racjonalnego uzasadnienia komercyjnego. Zalecenia podkreślają, że sam fakt, iż nie można zaobserwować danej transakcji między stronami niezależnymi, nie oznacza, że takiej transakcji nie można uznać. Kluczowym zagadnieniem jest to, czy faktyczna transakcja ma uzasadnienie komercyjne, jakie występowałoby w ustaleniach uzgodnionych między stronami niezależnymi w porównywalnych okolicznościach gospodarczych.

Podsumowując, niniejsze zmiany odpowiadają na postulat dotyczący zapobiegania nieodpowiedniemu zwrotowi z kapitału oraz niewłaściwej alokacji ryzyka poprzez promowanie wnikliwości przy ustalaniu faktycznych ustaleń między przedsiębiorstwami powiązanymi, w celu zapewnienia, że ceny uwzględniają faktyczny wkład takich stron, w tym faktycznie ponoszone ryzyka, jak również poprzez dopuszczenie możliwości nieuznawania transakcji, które nie mają uzasadnienia komercyjnego.

Dotychczasowe postanowienia rozdziału I, sekcji D Wytycznych w sprawie cen transferowych zostają w całości usunięte i zastąpione następującym brzmieniem.

D.1. Identyfikacja stosunków handlowych lub finansowych

1.33. Jak wskazano w pkt 1.6, „analiza porównywalności" jest kluczowa dla stosowania zasady ceny rynkowej. Stosowanie zasady ceny rynkowej polega na porównaniu warunków transakcji kontrolowanej do warunków, jakie zostałyby ustalone, gdyby strony działały jako podmioty niezależne realizujące porównywalną transakcję w porównywalnych okolicznościach. Istnieją dwa kluczowe aspekty takiej analizy: pierwszy sprowadza się do zidentyfikowania stosunków handlowych lub finansowych między przedsiębiorstwami powiązanymi oraz warunków i ekonomicznie istotnych okoliczności związanych z takimi stosunkami w celu dokładnego określenia transakcji kontrolowanej; natomiast drugi polega na dokonaniu porównania warunków i ekonomicznie istotnych okoliczności dokładnie określonej transakcji kontrolowanej do warunków i ekonomicznie istotnych okoliczności porównywalnych transakcji między przedsiębiorstwami niezależnymi.

Niniejsza sekcja rozdziału I zawiera zalecenia dotyczące identyfikacji stosunków handlowych lub finansowych pomiędzy przedsiębiorstwami powiązanymi oraz dokładnego określenia transakcji kontrolowanej. Ten pierwszy aspekt analizy stanowi odrębne zagadnienie od drugiego, wiążącego się z ustaleniem cen stosowanych w takiej transakcji kontrolowanej zgodnie z zasadą ceny rynkowej. Rozdziały II i III przedstawiają zalecenia dotyczące drugiego aspektu analizy. Informacje na temat transakcji kontrolowanej ustalone zgodnie z zaleceniami przewidzianymi w niniejszej sekcji mają szczególnie istotne znaczenie dla kroku 2 i kroku 3 typowego procesu przeprowadzania analizy porównywalności określonych w pkt 3.4.

1.34. Typowy proces identyfikowania stosunków handlowych lub finansowych między przedsiębiorstwami powiązanymi oraz warunków i ekonomicznie istotnych okoliczności związanych z takimi stosunkami wymaga posiadania szerokiego rozumienia sektora branżowego, w którym grupa MNE prowadzi swoją działalność (np. górnictwo, branża farmaceutyczna, branża dóbr luksusowych), oraz czynników mających wpływ na działalność wszystkich przedsiębiorstw tego sektora. Takie rozumienie może wynikać z ogólnego przeglądu danej grupy MNE, pozwalającego na określenie sposobu, w jaki reaguje ona na czynniki mające wpływ na działalność w takim sektorze, w tym jej strategii gospodarczej, rynków, produktów, łańcucha dostaw oraz wykonywanych kluczowych funkcji, zaangażowanych istotnych aktywów i ponoszonych znaczących ryzyk. Takie informacje

zwykle stanowią element dokumentacji grupowej, o której mowa w rozdziale V, wspierającej analizę cen transferowych przeprowadzaną przez podatnika, i zapewniają przydatny kontekst umożliwiający zbadanie stosunków handlowych lub finansowych między członkami grupy MNE.

1.35. Następnie proces zawęża się do zidentyfikowania, jak działają poszczególne MNE w ramach tej grupy MNE, analizy działalności realizowanej przez każde MNE (np. spółka produkcyjna, spółka sprzedażowa) oraz zidentyfikowania stosunków handlowych lub finansowych występujących między danym MNE a przedsiębiorstwami powiązanymi w postaci transakcji zawieranych między takimi podmiotami. Dokładne określenie faktycznej transakcji lub faktycznych transakcji między tymi powiązanymi przedsiębiorstwami wymaga dokonania analizy ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji. Takie ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne transakcji obejmują warunki transakcji i ekonomicznie istotne okoliczności, w jakich transakcja jest realizowana. Zastosowanie zasady ceny rynkowej jest zależne od określenia warunków, jakie zostałyby uzgodnione między stronami niezależnymi w porównywalnych transakcjach w porównywalnych okolicznościach. W związku z powyższym przed dokonaniem porównania z transakcjami niekontrolowanymi konieczne jest zidentyfikowanie ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych stosunków handlowych lub finansowych występujących w transakcji kontrolowanej.

1.36. Ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne lub czynniki porównywalności, które należy zidentyfikować w stosunkach handlowych lub finansowych między przedsiębiorstwami powiązanymi w celu dokładnego określenia faktycznej transakcji, można ogólnie podzielić na następujące kategorie:

- warunki umowne transakcji (D.1.1);
- funkcje wykonywane przez poszczególne strony transakcji, z uwzględnieniem zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk, w tym sposób, w jaki funkcje te wiążą się z szerszym procesem tworzenia wartości przez grupę MNE, do której należą strony, okoliczności towarzyszące transakcji oraz praktyki branżowe (D.1.2);
- cechy charakterystyczne przenoszonych dóbr lub świadczonych usług (D.1.3);
- warunki ekonomiczne dotyczące stron oraz rynku, na którym strony prowadzą działalność (D.1.4);
- strategie gospodarcze realizowane przez strony (D.1.5).

Takie informacje o ekonomicznie istotnych cechach charakterystycznych faktycznej transakcji powinny być zawarte w dokumentacji lokalnej, o której mowa w rozdziale V, wspierającej analizę cen transferowych przeprowadzaną przez podatnika.

1.37. Ekonomicznie istotne cechy lub czynniki porównywalności mają znaczenie na dwóch odrębnych, ale powiązanych ze sobą etapach analizy cen

transferowych. Pierwszy etap obejmuje proces dokładnego określenia transakcji kontrolowanej dla celów niniejszego rozdziału i polega na ustaleniu cech charakterystycznych transakcji, w tym jej warunków, funkcji wykonywanych, aktywów zaangażowanych i ryzyk ponoszonych przez przedsiębiorstwa powiązane, charakteru przenoszonych produktów lub świadczonych usług oraz okoliczności dotyczących przedsiębiorstw powiązanych, zgodnie z kategoriami wskazanymi w poprzednim punkcie. Stopień ekonomicznej istotności którejkolwiek z powyżej wskazanych cech charakterystycznych dla konkretnej transakcji zależy od stopnia, w jakim zostałaby ona wzięta pod uwagę przez przedsiębiorstwa niezależne w procesie oceny warunków takiej samej transakcji, w przypadku gdyby została ona zawarta między takimi podmiotami.

1.38. Przeprowadzając ocenę warunków potencjalnej transakcji, przedsiębiorstwa niezależne będą dokonywały porównania transakcji do innych realistycznie dostępnych im opcji i zawrą transakcję wyłącznie wtedy, gdy nie dostrzegą alternatywy oferującej ewidentnie bardziej atrakcyjną możliwość realizacji ich celów komercyjnych. Innymi słowy, przedsiębiorstwa niezależne zawarłyby transakcję wyłącznie wtedy, gdy nie spodziewają się znaleźć w gorszej sytuacji niż ta, jaka miałaby miejsce w przypadku skorzystania z kolejnej najlepszej opcji. Przykładowo przedsiębiorstwo prawdopodobnie nie przyjmie ceny oferowanej za jego produkt przez niezależne przedsiębiorstwo handlowe, jeżeli zdaje sobie sprawę, że inni potencjalni klienci są skłonni zapłacić więcej na podobnych warunkach lub są skłonni zapłacić taką samą kwotę na korzystniejszych warunkach. Zasadniczo dokonując wyceny opcji realistycznie im dostępnych, przedsiębiorstwa niezależne biorą pod uwagę wszelkie ekonomicznie istotne różnice pomiędzy takimi opcjami (np. różnice w poziomie ryzyka). W konsekwencji zidentyfikowanie ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji jest konieczne do dokładnego określenia transakcji kontrolowanej, jak również do wskazania zakresu cech charakterystycznych uwzględnianych przez strony transakcji w celu stwierdzenia, że przyjęta transakcja oferuje ewidentnie bardziej atrakcyjną możliwość realizacji celów komercyjnych niż alternatywne realistycznie dostępne opcje. Przy dokonywaniu takiej oceny niezbędne lub użyteczne może się okazać przeprowadzenie oceny transakcji w kontekście szerszych ustaleń transakcyjnych, ponieważ ocena opcji realistycznie dostępnych podmiotom niezależnym niekoniecznie ogranicza się do pojedynczej transakcji, lecz może uwzględniać szersze ustalenia dotyczące ekonomicznie powiązanych transakcji.

1.39. Drugi etap, polegający na wykorzystaniu ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych lub czynników porównywalności w analizie cen transferowych, wiąże się z procesem omówionym w rozdziale III, skupiającym się na przeprowadzeniu porównania między transakcjami kontrolowanymi i transakcjami niekontrolowanymi w celu ustalenia rynkowej ceny dla transakcji kontrolowanej.

Aby dokonać takiego porównania, podatnicy i administracje podatkowe powinni w pierwszej kolejności zidentyfikować ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne transakcji kontrolowanej. Jak wskazano w rozdziale III, ustalając, czy zachodzi porównywalność pomiędzy porównywanymi sytuacjami oraz jakie korekty mogą okazać się niezbędne dla osiągnięcia porównywalności, należy wziąć pod uwagę różnice w ekonomicznie istotnych cechach charakterystycznych między transakcjami kontrolowanymi i niekontrolowanymi.

1.40. Wszystkie metody stosujące zasadę ceny rynkowej można powiązać z koncepcją, że przedsiębiorstwa niezależne rozpatrują opcje realistycznie im dostępne, a dokonując porównania między opcjami, uwzględniają wszelkie różnice między takimi opcjami, które mają znaczący wpływ na ich wartość. Na przykład przed dokonaniem zakupu produktu po określonej cenie przedsiębiorstwa niezależne zwykle badają, czy mają możliwość zakupienia ekwiwalentnego produktu od innej strony na warunkach pod każdym innym względem porównywalnych, ale po niższej cenie. W związku z powyższym, jak omówiono w rozdziale II, część II, metoda porównywalnej ceny niekontrolowanej (metoda PCN) polega na porównaniu transakcji kontrolowanej do podobnych transakcji niekontrolowanych w celu bezpośredniego oszacowania ceny, jaka zostałaby uzgodniona między stronami, gdyby wybrały one rozwiązanie alternatywne względem transakcji kontrolowanej. Jednakże ta metoda będzie stanowić mniej wiarygodny zamiennik transakcji zgodnych z zasadą ceny rynkowej, jeżeli nie wszystkie cechy charakterystyczne takich transakcji niekontrolowanych, które mają istotny wpływ na cenę stosowaną między przedsiębiorstwami niezależnymi, będą porównywalne. Podobnie metody ceny odprzedaży i koszt plus dokonują porównania marży zysku brutto osiąganej w transakcji kontrolowanej do marży zysku brutto realizowanej w podobnych transakcjach niekontrolowanych. Takie porównanie umożliwia oszacowanie marży zysku brutto, jaką mogłaby osiągnąć jedna ze stron, gdyby wykonywała te same funkcje na rzecz przedsiębiorstw niezależnych, a zatem dokonuje oszacowania płatności, jakiej zażądałaby ta strona, a druga strona byłaby skłonna uiścić za wykonanie takich funkcji w warunkach rynkowych. Pozostałe metody, o których mowa w rozdziale II, część III, opierają się na porównaniu wskaźników opartych na zysku netto (np. marży zysku) między przedsiębiorstwami niezależnymi i powiązanymi, w celu oszacowania zysków, jakie zostałyby osiągnięte przez jedno lub każde przedsiębiorstwo powiązane, gdyby zawierały one transakcje wyłącznie z przedsiębiorstwami niezależnymi, a zatem płatności, jakich zażądałyby takie przedsiębiorstwa w warunkach rynkowych celem wynagrodzenia za wykorzystanie swoich zasobów w transakcji kontrolowanej. Jeżeli pomiędzy sytuacjami podlegającymi porównaniu występują różnice, które mogłyby mieć istotny wpływ na takie porównanie, o ile jest to możliwe, należy dokonać korekt w zakresie porównywalności w celu poprawy wiarygodności porównania. W związku z powyższym nieskorygowana średnia rentowność danego

sektora nie może w żadnym wypadku sama w sobie wyznaczać cen zgodnych z zasadą ceny rynkowej.

1.41. Omówienie istotności takich czynników w procesie zastosowania poszczególnych metod wyceny zostało przedstawione w rozważaniach dotyczących tych metod w rozdziale II.

D.1.1. Warunki umowne transakcji

1.42. Transakcja stanowi konsekwencję lub wyrażenie stosunków handlowych lub finansowych zachodzących między stronami. Transakcje kontrolowane mogą zostać sformalizowane umowami sporządzonymi na piśmie, które odzwierciedlają zamiar stron odnośnie do aspektów transakcji objętych umową w momencie jej zawarcia, w tym w typowych przypadkach podział odpowiedzialności, podział praw i obowiązków, rozkład zidentyfikowanych ryzyk oraz ustalenia cenowe. W sytuacji gdy przedsiębiorstwa powiązane sformalizowały transakcję za pomocą pisemnych umów, przedmiotowe umowy służą jako punkt wyjścia dla określenia transakcji dokonywanej między takimi podmiotami oraz zamierzonego podziału odpowiedzialności, ryzyk i oczekiwanych wyników ich współpracy w momencie zawarcia umowy. Warunki transakcji mogą także zostać określone w ustaleniach między stronami innych niż pisemna umowa.

1.43. Jednakże same pisemne umowy rzadko kiedy dostarczają wszystkich informacji niezbędnych do przeprowadzenia analizy cen transferowych lub nie dostarczają wystarczająco szczegółowych informacji o istotnych warunkach umownych. Należy zatem pozyskać dodatkowe informacje poprzez rozpatrzenie dowodów w zakresie stosunków handlowych lub finansowych wynikających z ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych zaliczonych do pozostałych czterech kategorii (zob. pkt 1.36), tj.: funkcji wykonywanych przez poszczególne strony transakcji, z uwzględnieniem zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk, wraz z cechami charakterystycznymi przenoszonych dóbr lub świadczonych usług, warunkami ekonomicznymi dotyczącymi stron i rynku, na którym strony prowadzą działalność, oraz strategią gospodarczą realizowaną przez strony. W połączeniu analiza ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych we wszystkich pięciu kategoriach stanowi dowód faktycznego postępowania przedsiębiorstw powiązanych. Ten dowód może wyjaśniać ustalenia umowne, dostarczając użytecznych i spójnych informacji. Jeżeli umowa nie odnosi się w sposób wyraźny lub dorozumiany (mając na względzie obowiązujące zasady interpretacji umów) do ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji, wówczas dla celów analizy cen transferowych informacje wynikające z umowy należy uzupełnić o dowody wynikające z identyfikacji takich cech charakterystycznych.

1.44. Koncepcję wyjaśniania i uzupełniania pisemnych warunków umownych w oparciu o identyfikację faktycznych stosunków handlowych lub finansowych obrazuje następujący przykład. Spółka P jest jednostką dominującą grupy MNE z siedzibą w Kraju P. Spółka S, zlokalizowana w Kraju S, jest spółką zależną w całości należącą do Spółki P i działa jako agent w odniesieniu do markowych produktów Spółki P na rynku w Kraju S. Umowa agencyjna między Spółką P a Spółką S nie zawiera postanowień dotyczących jakiejkolwiek działalności marketingowej i reklamowej w Kraju S, jaką strony powinny prowadzić. Analiza innych ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych, a w szczególności wykonywanych funkcji, wskazuje, że Spółka S uruchomiła w Kraju S intensywną kampanię medialną w celu zbudowania świadomości marki. Taka kampania stanowi dla Spółki S istotną inwestycję. W oparciu o dowody dotyczące postępowania stron można stwierdzić, że pisemna umowa może nie odzwierciedlać pełnego zakresu stosunków handlowych lub finansowych między stronami. Wobec powyższego analizy nie należy ograniczać do warunków przewidzianych w pisemnej umowie, lecz należy pozyskać dodatkowe dowody na okoliczność postępowania stron, włącznie z przesłankami, którymi kierowała się Spółka S, prowadząc kampanię medialną.

1.45. Jeżeli ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne transakcji są niezgodne z pisemną umową między przedsiębiorstwami powiązanymi, faktyczną transakcję dla celów cen transferowych należy zasadniczo określić na podstawie cech charakterystycznych transakcji odzwierciedlonych w postępowaniu stron.

1.46. W transakcjach między przedsiębiorstwami niezależnymi rozbieżności w interesach stron sprawiają, że (i) zawarte warunki umowne odzwierciedlają interesy obu stron, (ii) strony zazwyczaj starają się egzekwować wzajemne przestrzeganie warunków umowy oraz (iii) warunki umowne zostaną pominięte lub zmienione po fakcie zasadniczo jedynie wtedy, gdy będzie to leżało w interesie obu stron. Taka rozbieżność w interesach może nie występować w przypadku przedsiębiorstw powiązanych, a jeśli występuje, to może być zarządzana w sposób wynikający ze stosunku powiązania, nie zaś wyłącznie w oparciu o umowy. W trakcie rozpatrywania stosunków handlowych lub finansowych między przedsiębiorstwami powiązanymi szczególnie ważne jest zatem zbadanie, czy ustalenia odzwierciedlone w faktycznym postępowaniu stron są zasadniczo zgodne z warunkami pisemnych umów lub czy faktyczne postępowanie przedsiębiorstw powiązanych wskazuje, że warunki umowne nie są przestrzegane, nie oddają pełnego obrazu transakcji, zostały przez przedsiębiorstwa niewłaściwie scharakteryzowane lub nazwane albo są pozorne. Jeżeli postępowanie stron nie jest w pełni spójne z ekonomicznie istotnymi warunkami umownymi, należy przeprowadzić dalszą analizę w celu zidentyfikowania faktycznej transakcji. W sytuacji gdy między warunkami umownymi a postępowaniem przedsiębiorstw powiązanych w ramach

wzajemnych stosunków istnieją istotne różnice, funkcje faktycznie wykonywane, aktywa faktycznie zaangażowane i ryzyka faktycznie ponoszone przez takie podmioty, rozważone w kontekście warunków umownych, powinny ostatecznie rozstrzygnąć o rzeczywistej substancji i dokładnym określeniu faktycznej transakcji.

1.47. Jeśli zachodzą wątpliwości co do tego, jaka transakcja została uzgodniona pomiędzy przedsiębiorstwami powiązanymi, należy uwzględnić wszelkie stosowne dowody w zakresie ekonomicznie istotnych cech transakcji. Trzeba przy tym wziąć pod uwagę, że warunki transakcji między przedsiębiorstwami mogą z biegiem czasu ulegać zmianie. Jeżeli nastąpiła zmiana warunków transakcji, należy zbadać okoliczności towarzyszące takiej zmianie – w celu określenia, czy zmiana wskazuje, że pierwotna transakcja została zastąpiona nową transakcją ze skutkiem od daty wejścia w życie zmiany, czy też zmiana odzwierciedla zamiary stron w odniesieniu do pierwotnej transakcji. Należy zachować szczególną ostrożność, jeżeli okaże się, że jakiekolwiek zmiany mogły być skutkiem wiedzy o ujawniających się rezultatach transakcji. Jak wskazano w pkt 1.78, zmiany w zakresie zakładanego ponoszenia ryzyka, gdy skutki materializacji ryzyka są już znane, nie wiążą się z podjęciem ryzyka, ponieważ ryzyko już nie występuje.

1.48. Koncepcję różnic pomiędzy pisemnymi warunkami umownymi a postępowaniem stron, skutkujących tym, że o charakterystyce transakcji przesądza faktyczne postępowanie stron, ilustruje następujący przykład. Spółka S jest spółką zależną w całości należącą do Spółki P. Strony zawarły pisemną umowę, na mocy której Spółka P udziela Spółce S licencji na korzystanie z własności intelektualnej w ramach działalności prowadzonej przez Spółkę S; Spółka S zgadza się uiszczać na rzecz Spółki P wynagrodzenie z tytułu licencji w postaci należności licencyjnych. Z innych dowodów dotyczących ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych, a w szczególności z wykonywanych funkcji, wynika, że Spółka P prowadzi negocjacje z niezależnymi klientami w celu wygenerowania sprzedaży dla Spółki S, regularnie świadczy na rzecz Spółki S wsparcie w postaci usług technicznych, aby Spółka S była w stanie zrealizować zakontraktowaną sprzedaż na rzecz swoich klientów, jak również regularnie udostępnia Spółce S pracowników, aby Spółka S mogła wywiązać się z umów zawartych z klientami. Większość klientów nalega, aby Spółka P wspólnie ze Spółką S była stroną umowy, przy czym wynagrodzenie wynikające z takich umów jest płatne na rzecz Spółki S. Analiza stosunków handlowych lub finansowych wskazuje, że Spółka S nie jest w stanie świadczyć zakontraktowanych usług na rzecz klientów bez istotnego wsparcia ze strony Spółki P i Spółka S nie rozwija własnych zdolności w tym zakresie. Na podstawie umowy Spółka P udzieliła Spółce S licencji, ale w rzeczywistości sprawuje ona kontrolę nad ryzykiem biznesowym i wynikami Spółki S, w związku z czym nie dokonała przeniesienia ryzyk i funkcji zgodnie z umową licencji i działa nie w charakterze licencjodawcy, lecz jako pryncypał. Identyfikacji faktycznej transakcji między

Spółką P a Spółką S nie należy wywodzić wyłącznie z warunków pisemnej umowy. Zamiast tego faktyczną transakcję należy określić na podstawie postępowania stron, co prowadzi do wniosku, że faktyczne funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone przez strony nie są zgodne z pisemną umową licencji.

1.49. W przypadku braku pisemnych warunków, faktyczną transakcję należy wywodzić z dowodów faktycznego postępowania wynikających z identyfikacji ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji. W niektórych okolicznościach faktyczne rezultaty stosunków handlowych lub finansowych mogły nie zostać zidentyfikowane przez MNE jako transakcja, ale mogły jednak skutkować przeniesieniem istotnej wartości, której warunki należy wywodzić z postępowania stron. Przykładowo, mogło dojść do udzielenia wsparcia technicznego, wytworzenia synergii w ramach celowego uzgodnionego działania (omówionego w sekcji D.8) lub udostępnienia *know-how* za pośrednictwem oddelegowanych pracowników lub w inny sposób. Takie stosunki mogły nie zostać rozpoznane przez MNE, nie zostać odzwierciedlone w cenach wynikających z innych powiązanych transakcji, nie zostać sformalizowane w pisemnych umowach, jak również mogły nie zostać uwzględnione w postaci zapisów w systemach księgowych. W przypadku gdy transakcja nie została sformalizowana, wszelkie aspekty należy wydedukować z dostępnych dowodów świadczących o postępowaniu stron, w tym z funkcji, jakie są faktycznie wykonywane, aktywów, jakie są faktycznie zaangażowane, i ryzyk, jakie są faktycznie ponoszone przez poszczególne strony.

1.50. Koncepcję ustalania faktycznej transakcji w przypadku, gdy nie została ona zidentyfikowana przez MNE, ilustruje następujący przykład. Dokonując przeglądu stosunków handlowych lub finansowych pomiędzy Spółką P a jej spółkami zależnymi, stwierdzono, że spółki zależne uzyskują usługi od podmiotu niezależnego zaangażowanego przez Spółkę P. Spółka P płaci za takie usługi, lecz spółki zależne nie dokonują zwrotów z tego tytułu na rzecz Spółki P bezpośrednio lub pośrednio poprzez ceny ustalone w innej transakcji oraz nie zawarto umowy usługowej pomiędzy Spółką P a spółkami zależnymi. Należy zatem uznać, że poza świadczeniem usług przez niezależny podmiot na rzecz spółek zależnych istnieją także stosunki handlowe lub finansowe między Spółką P a spółkami zależnymi skutkujące przeniesieniem potencjalnej wartości od Spółki P do spółek zależnych. Analiza powinna ustalić charakter takich stosunków handlowych lub finansowych na podstawie ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych w celu ustalenia warunków zidentyfikowanej transakcji.

D.1.2. Analiza funkcjonalna

1.51. W transakcjach między dwoma przedsiębiorstwami niezależnymi wynagrodzenie zazwyczaj odzwierciedla funkcje wykonywane przez każde z ta-

kich przedsiębiorstw (uwzględniając zaangażowane aktywa i ponoszone ryzyka). W związku z powyższym, w celu określenia transakcji kontrolowanej i ustalenia porównywalności między transakcjami lub podmiotami kontrolowanymi i niekontrolowanymi konieczne jest przeprowadzenie analizy funkcjonalnej. Celem analizy funkcjonalnej jest zidentyfikowanie ekonomicznie istotnych działań i obowiązków podejmowanych przez strony transakcji, zaangażowanych lub wnoszonych przez nie aktywów oraz ponoszonych ryzyk. Analiza ta skupia się na faktycznie realizowanych działaniach i zdolnościach dostarczanych przez strony transakcji. Do takich działań i zdolności należy zaliczyć podejmowanie decyzji, w tym decyzji dotyczących biznesowych strategii i ryzyk. W tym celu pomocne może okazać się zrozumienie struktury i organizacji grupy MNE oraz ich wpływu na uwarunkowania działalności prowadzonej przez MNE. W szczególności istotne jest zrozumienie sposobu kreowania wartości przez całą grupę, współzależności między funkcjami wykonywanymi przez przedsiębiorstwa powiązane z pozostałymi członkami grupy oraz wkładu wnoszonego przez przedsiębiorstwa powiązane do takiego procesu kreowania wartości. Należy także określić prawa i obowiązki prawne poszczególnych stron związane z wykonywaniem ich funkcji. Jakkolwiek jedna ze stron transakcji może wykonywać znaczną liczbę funkcji w porównaniu z drugą stroną, to kluczowe znaczenie ma ekonomiczna istotność tych funkcji pod względem ich częstotliwości, charakteru oraz kreowania wartości dla poszczególnych stron transakcji.

1.52. Na opcje realistycznie dostępne stronom wpływ mogą mieć ich faktyczne wkłady, zdolności i ich pozostałe właściwości. Przykładowo przedsiębiorstwo powiązane zajmuje się świadczeniem usług logistycznych na rzecz grupy. Spółka logistyczna jest zobowiązana prowadzić magazyny o wolnej powierzchni magazynowej położone w kilku lokalizacjach, by być w stanie poradzić sobie w przypadku wystąpienia zakłóceń w dostawach w którejkolwiek z lokalizacji. Opcja osiągnięcia wyższej efektywności poprzez konsolidację lokalizacji i zredukowanie nadwyżek powierzchni magazynowych nie jest dla niej dostępna. Funkcje i aktywa spółki mogą zatem różnić się od funkcji i aktywów niezależnej spółki logistycznej, jeżeli taki niezależny dostawca usług nie oferuje takich samych możliwości ograniczania ryzyka wystąpienia zakłóceń w dostawach.

1.53. W związku z powyższym proces identyfikowania ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych stosunków handlowych lub finansowych powinien obejmować badanie zdolności stron, ich wpływu na realistycznie dostępne opcje oraz tego, czy podobne zdolności znajdują odzwierciedlenie w potencjalnie porównywalnych ustaleniach rynkowych.

1.54. Analiza funkcjonalna powinna wziąć pod uwagę rodzaj zaangażowanych aktywów takich jak park maszynowy i wyposażenie, wykorzystanie cennych dóbr

niematerialnych, aktywów finansowych itp., jak również cech charakterystycznych zaangażowanych aktywów, w tym ich wiek, wartość rynkową, lokalizację, dostępne środki ochrony własności itp.

1.55. Analiza funkcjonalna może wykazać, że grupa MNE rozdzieliła wysoce zintegrowane funkcje między różne spółki z grupy. Pomiędzy takimi rozdzielonymi czynnościami mogą zachodzić znaczące współzależności. Przykładowo rozdzielenie pomiędzy różnymi podmiotami prawnymi funkcji logistycznych, magazynowych, marketingowych i sprzedażowych może wymagać znacznego stopnia koordynacji w celu zapewnienia efektywnego współdziałania rozdzielonych czynności. Działalność sprzedażowa będzie prawdopodobnie w dużej mierze zależna od działalności marketingowej, zaś realizacja sprzedaży, w tym oczekiwanego efektu działalności marketingowej, może wymagać zharmonizowania z procesami gromadzenia zapasów i zdolnościami logistycznymi. Takie niezbędne czynności koordynacyjne mogą być realizowane przez niektóre lub wszystkie powiązane przedsiębiorstwa wykonujące podzielone działania, poprzez odrębną funkcję koordynacyjną lub poprzez kombinację obu tych rozwiązań. Ryzyko może być ograniczane działaniami podejmowanymi przez wszystkie strony lub działaniami prowadzonymi głównie w ramach funkcji koordynacyjnej. W związku z powyższym, przeprowadzając analizę funkcjonalną w celu zidentyfikowania stosunków handlowych lub finansowych występujących w ramach podzielonej działalności, należy ustalić, czy takie działania są wysoce współzależne, a jeśli tak – należy określić charakter współzależności oraz sposób koordynowania działalności handlowej, w której uczestniczą przedsiębiorstwa powiązane.

D.1.2.1. Analiza ryzyk w stosunkach handlowych lub finansowych[2]

1.56. Analiza funkcjonalna będzie niepełna, jeżeli nie zostaną zidentyfikowane i przeanalizowane istotne ryzyka ponoszone przez poszczególne strony, ponieważ faktyczne ponoszenie ryzyka ma wpływ na ceny i inne warunki transakcji zawieranych między powiązanymi przedsiębiorstwami. W warunkach wolnego rynku ponoszenie wyższego ryzyka zazwyczaj jest także wynagradzane zwiększeniem oczekiwanego zwrotu, przy czym rzeczywisty zwrot może, lecz nie musi, wzrosnąć w zależności od stopnia faktycznej materializacji ryzyk. Poziom ryzyka oraz jego faktyczne ponoszenie stanowią zatem ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne, które mogą być kluczowe przy ustalaniu wyniku analizy cen transferowych.

1.57. Ryzyko stanowi nieodłączny element działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwa prowadzą działalność komercyjną, ponieważ poszukują możliwości osiągnięcia zysku – jednakże takie możliwości są obarczone niepewnością, że zasoby niezbędne do wykorzystania możliwości okażą się większe niż oczekiwane

lub że nie wygenerują spodziewanego zwrotu. Identyfikacja ryzyk idzie w parze z identyfikacją funkcji oraz aktywów i stanowi integralny element procesu identyfikacji stosunków handlowych lub finansowych zachodzących między powiązanymi przedsiębiorstwami, a także dokładnego określenia transakcji.

1.58. Ponoszenie ryzyk związanych z możliwościami komercyjnymi ma wpływ na potencjał do generowania zysku na wolnym rynku, a alokacja ponoszonych ryzyk pomiędzy stronami transakcji ma, poprzez wycenę transakcji, wpływ na rynkową alokację zysków lub strat wynikających z tej transakcji. W związku z tym, dokonując porównania pomiędzy transakcjami kontrolowanymi i niekontrolowanymi oraz pomiędzy stronami kontrolowanymi a niekontrolowanymi, należy przeprowadzić analizę określającą, jakie ryzyka są ponoszone i jakie funkcje są wykonywane, które z tych funkcji są związane z ponoszeniem lub konsekwencjami takich ryzyk lub mają wpływ na nie, a także kwestii, która lub które ze stron transakcji ponoszą te ryzyka.

1.59. Niniejsza sekcja zawiera zalecenia dotyczące charakteru i źródeł ryzyk mających znaczenie w analizie cen transferowych w celu ułatwienia szczegółowej identyfikacji stosownych ryzyk. Ponadto niniejsza sekcja przedstawia zalecenia na temat ponoszenia ryzyk zgodnie z zasadą ceny rynkowej. Szczegółowych zaleceń w zakresie analizy ryzyk w ramach analizy funkcjonalnej obejmującej funkcje, aktywa i ryzyka, zawartych w niniejszej sekcji, nie należy interpretować jako oznaczających, że ryzykom przypisuje się większą wagę niż funkcjom lub aktywom. Znaczenie funkcji, aktywów i ryzyk w konkretnej transakcji należy ustalić w oparciu o szczegółową analizę funkcjonalną. Rozszerzone zalecenia dotyczące ryzyk odzwierciedlają praktyczne trudności pojawiające się w związku z ryzykami: ryzyka w transakcji mogą być trudniejsze do zidentyfikowania niż funkcje lub aktywa, a ustalenie, które przedsiębiorstwo powiązane ponosi w transakcji określone ryzyko, może wymagać przeprowadzenia wnikliwej analizy.

1.60. Poszczególne kroki procesu analizy ryzyka w transakcji kontrolowanej w celu dokładnego określenia faktycznej transakcji pod kątem takiego ryzyka, omówionego w kolejnych punktach, można podsumować w następujący sposób:

1) szczegółowa identyfikacja ekonomicznie istotnych ryzyk (zob. sekcja D.1.2.1.1);
2) ustalenie sposobu, w jaki poszczególne ekonomicznie istotne ryzyka są umownie ponoszone przez przedsiębiorstwa powiązane zgodnie z warunkami transakcji (zob. sekcja D.1.2.1.2);
3) na podstawie analizy funkcjonalnej – ustalenie, jak działają przedsiębiorstwa powiązane będące stronami transakcji pod względem ponoszenia i zarządzania poszczególnymi ekonomicznie istotnymi ryzykami, a w szczególności które przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa pełnią funkcje kontrolne i funkcje w zakresie ograniczania ryzyka, które przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa

ponoszą korzystne lub niekorzystne konsekwencje materializacji ryzyka oraz które przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa dysponują zdolnościami finansowymi umożliwiającymi ponoszenie ryzyka (sekcja D.1.2.1.3);

4) kroki 2–3 pozwolą zidentyfikować informacje dotyczące podejmowania ryzyk i zarządzania nimi w transakcji kontrolowanej. W kolejnym kroku należy zinterpretować takie informacje oraz ustalić, czy umowne ponoszenie ryzyk jest zgodne z postępowaniem przedsiębiorstw powiązanych i innymi okolicznościami faktycznymi sprawy poprzez analizę kwestii: (i) czy przedsiębiorstwa powiązane przestrzegają warunków umownych na zasadach określonych w sekcji D.1.1 oraz (ii) czy strona ponosząca ryzyko w oparciu o analizę przeprowadzoną w punkcie (i) sprawuje kontrolę nad takim ryzykiem i dysponuje zdolnościami finansowymi umożliwiającymi ponoszenie rzeczonego ryzyka (zob. sekcja D.1.2.1.4);
5) jeżeli strona ponosząca ryzyko zgodnie z krokami 1–4 (i) nie sprawuje kontroli nad ryzykiem lub nie posiada zdolności finansowych pozwalających na ponoszenie takiego ryzyka, należy zastosować zalecenia dotyczące alokacji ryzyka (zob. sekcja D.1.2.1.5);
6) faktyczną transakcję, która została dokładnie określona poprzez zbadanie dowodów dotyczących wszelkich ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji w oparciu o zalecenia zawarte w sekcji D.1, należy następnie wycenić, biorąc pod uwagę finansowe i inne konsekwencje ponoszenia ryzyka, zgodnie z prawidłową alokacją, i odpowiednio wynagrodzić funkcje zarządzania ryzykiem (zob. sekcja D.1.2.1.6).

1.61. Niniejsza sekcja zawiera omówienie terminów wymagających wstępnego wyjaśnienia i zdefiniowania. Termin „zarządzanie ryzykiem" odnosi się do funkcji polegającej na ocenie i reagowaniu na ryzyko związane z działalnością komercyjną. Zarządzanie ryzykiem obejmuje trzy elementy: (i) zdolność do podejmowania decyzji o podjęciu, rezygnacji z lub odrzuceniu obarczonej ryzykiem możliwości biznesowej wraz z faktyczną realizacją tej funkcji decyzyjnej, (ii) zdolność do podejmowania decyzji odnośnie do tego, czy i w jaki sposób należy reagować na ryzyka związane z taką możliwością, wraz z faktyczną realizacją tej funkcji decyzyjnej oraz (iii) zdolność do ograniczania ryzyka, mianowicie zdolność do podjęcia środków mających wpływ na skutki materializacji ryzyka wraz z faktyczną realizacją takich działań w zakresie ograniczania ryzyka.

1.62. Niektóre funkcje w obszarze zarządzania ryzykiem mogą być wykonywane wyłącznie przez stronę, która wykonuje funkcje i angażuje aktywa w celu stworzenia i wykorzystania możliwości komercyjnych, natomiast inne funkcje zarządzania ryzykiem mogą być podejmowane przez inną stronę. Zarządzania ryzykiem nie należy postrzegać jako bezwzględnie odrębnej funkcji wymagającej osobnego wynagrodzenia, odrębnej od działań w zakresie optymalizacji zysków.

Na przykład rozwój dóbr niematerialnych w ramach prac rozwojowych może obejmować ograniczanie ryzyk związanych z prowadzeniem prac rozwojowych poprzez przestrzeganie terminów i specyfikacji opartych na najwyższych możliwych standardach; poszczególne ryzyka mogą być ograniczane poprzez realizację samej funkcji rozwojowej. Przykładowo, jeśli przedmiotem ustaleń umownych między przedsiębiorstwami powiązanymi jest prowadzenie prac B+R na zlecenie, zgodnie z wymogami określonymi w niniejszej sekcji wynagrodzenie za funkcje ograniczania ryzyka pełnione w ramach prac rozwojowych będzie uwzględnione w rynkowej opłacie za usługę. Usługodawcy nie zostanie przypisane ryzyko związane z wartościami niematerialnymi ani też dochód rezydualny wynikający z takiego ryzyka. Zob. także przykład 1 zamieszczony w pkt 1.83.

1.63. Zarządzanie ryzykiem nie jest tożsame z ponoszeniem ryzyka. Ponoszenie ryzyka oznacza przyjęcie na siebie korzystnych i niekorzystnych konsekwencji ryzyka, wskutek czego strona ponosząca ryzyko poniesie również finansowe i inne konsekwencje, jeżeli ryzyko zmaterializuje się. Strona wykonująca część funkcji zarządzania ryzykiem może nie ponosić ryzyka, którym zarządza, ale może zostać zaangażowana do pełnienia funkcji związanych z ograniczaniem ryzyka pod kierunkiem strony ponoszącej ryzyko. Dla przykładu bieżące czynności w obszarze ograniczania ryzyka wystąpienia konieczności wycofania produktu z rynku mogą zostać zlecone stronie zajmującej się monitorowaniem kontroli jakości określonego procesu produkcyjnego zgodnie ze specyfikacjami strony ponoszącej ryzyko.

1.64. Zdolność finansową do ponoszenia ryzyka można określić jako posiadanie dostępu do finansowania umożliwiającego podjęcie lub rezygnację z ryzyka, opłacenie funkcji ograniczania ryzyka oraz poniesienie konsekwencji w przypadku materializacji ryzyka. Dostęp do finansowania strony ponoszącej ryzyko uwzględnia aktywa będące do dyspozycji oraz realistycznie dostępne opcje dostępu do dodatkowej płynności w celu pokrycia przewidywanych kosztów ewentualnej materializacji ryzyka, jeżeli okaże się to konieczne. Taką ocenę należy przeprowadzić w oparciu o założenie, że strona podejmująca ryzyko działa jako podmiot niezależny w takich samych okolicznościach jak przedsiębiorstwo powiązane, tak jak zostało to dokładnie określone zgodnie z zasadami przewidzianymi w niniejszej sekcji. Przykładowo korzystanie z praw do aktywa generującego dochody może stwarzać takiej stronie możliwości w zakresie finansowania. W sytuacji gdy strona ponosząca ryzyko otrzymuje finansowanie wewnątrzgrupowe w celu zaspokojenia jej zapotrzebowania na finansowanie związane z ryzykiem, strona udzielająca finansowania może być narażona na ryzyko finansowe, jednakże nie ponosi ona ryzyka szczególnego, skutkującego powstaniem zapotrzebowania na dodatkowe finansowanie tylko dlatego, że zapewniła ona finansowanie. W przypadku braku zdolności finansowej do poniesienia ryzyka kwestia alokacji ryzyka wymaga dalszego rozważenia w ramach kroku 5.

1.65. Kontrola nad ryzykiem obejmuje dwa pierwsze elementy zarządzania ryzykiem określone w pkt 1.61, tj. (i) zdolność do podejmowania decyzji o podjęciu, rezygnacji z lub odrzuceniu obarczonej ryzykiem możliwości biznesowej, wraz z faktyczną realizacją tej funkcji decyzyjnej, (ii) zdolność do podejmowania decyzji odnośnie do tego, czy i w jaki sposób należy reagować na ryzyka związane z taką możliwością, wraz z faktyczną realizacją tej funkcji decyzyjnej. Aby sprawować kontrolę nad ryzykami, strona nie musi koniecznie wykonywać bieżących działań związanych z ograniczaniem ryzyka, o których mowa w pkt (iii). Jak wskazuje przykład przywołany w pkt 1.63, czynności w zakresie bieżącego ograniczania ryzyka mogą zostać zlecone innemu podmiotowi. Niemniej jednak jeżeli takie bieżące działania w obszarze ograniczania ryzyka zostaną zlecone innemu podmiotowi, sprawowanie kontroli nad ryzykiem wymaga posiadania zdolności do określenia celów zleconych działań, do podjęcia decyzji o zaangażowaniu wykonawcy funkcji w zakresie ograniczania ryzyka, do oceny, czy cele są odpowiednio realizowane oraz, jeżeli okaże się to konieczne, do podjęcia decyzji o zmianie lub rozwiązaniu umowy z tym wykonawcą, a także przeprowadzenia takiej oceny i podjęcia takich decyzji. W myśl takiej definicji kontroli, aby sprawować kontrolę nad ryzykiem, strona musi zarówno posiadać zdolności, jak i wykonywać funkcje omówione powyżej.

1.66. Zdolność do wykonywania funkcji decyzyjnych i faktyczna realizacja tych funkcji decyzyjnych w związku z określonym ryzykiem wymagają zrozumienia takiego ryzyka w oparciu o odpowiednią analizę informacji niezbędnych do oszacowania przewidywalnych niekorzystnych i korzystnych skutków ryzyka związanego z określoną decyzją oraz jej konsekwencji dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo. Decydenci powinni posiadać kompetencje i doświadczenie w zakresie konkretnego ryzyka, w odniesieniu do którego jest podejmowana decyzja, jak również zrozumienie wpływu ich decyzji na biznes. Co więcej, powinni oni posiadać dostęp do stosownych informacji, poprzez zebranie takich informacji we własnym zakresie bądź poprzez wykonanie swoich uprawnień do określenia i pozyskania odpowiednich informacji dla wsparcia procesu podejmowania decyzji. Stąd muszą oni posiadać zdolność do określenia celów zbierania i analizy informacji, do zaangażowania strony, która zbierze informacje i dokona ich analizy, do oceny, czy zbierane są właściwe informacje i czy analizy są prowadzone w odpowiedni sposób oraz, jeżeli okaże się to konieczne, do podjęcia decyzji o zmianie lub rozwiązaniu umowy z tym wykonawcą, i to oni muszą przeprowadzać takie oceny i podejmować takie decyzje. Sam fakt sformalizowania wyniku procesu podejmowania decyzji w postaci np. spotkań zorganizowanych w celu formalnego zatwierdzenia decyzji podjętych w innych miejscach, protokołów posiedzeń zarządu i podpisania dokumentów związanych z decyzją lub wyznaczenia polityki w obszarze ryzyka (zob. pkt 1.76) nie stanowi o wykonywaniu funkcji decyzyjnej w stopniu wystarczającym do wykazania sprawowania kontroli nad ryzykiem.

1.67. Odniesienia do sprawowania kontroli nad ryzykiem niekoniecznie oznaczają, że na ryzyko można mieć wpływ lub że można wyeliminować niepewność. Na niektóre ryzyka nie można mieć wpływu i stanowią one ogólny warunek działalności komercyjnej, który dotyczy wszystkich przedsiębiorców prowadzących taką działalność. Dla przykładu ryzyka związane z ogólnymi uwarunkowaniami gospodarczymi lub cyklami wahań cen towarów notowanych na ogół mieszczą się poza zakresem oddziaływania grup MNE. Kontrolę nad ryzykiem należy raczej rozumieć jako posiadanie zdolności i uprawnień do decydowania o podjęciu ryzyka oraz do decydowania o tym, czy i w jaki sposób należy reagować na ryzyko poprzez np. moment realizacji inwestycji, charakter programów rozwojowych, model strategii marketingowych lub wyznaczenie poziomów produkcji.

1.68. Ograniczanie ryzyka odnosi się do podjętych środków, które według oczekiwań będą miały wpływ na skutki ryzyka. Środki te mogą obejmować środki zmniejszające niepewność lub środki łagodzące konsekwencje w przypadku wystąpienia niekorzystnego efektu ryzyka. Kontroli nie powinno się interpretować jako konieczności wprowadzania środków ograniczających ryzyko z uwagi na to, iż oceniając ryzyko, przedsiębiorstwa mogą uznać, że po ocenie przyjmują niepewność związaną z niektórymi ryzykami, w tym mogącymi mieć zasadnicze znaczenie dla prowadzonej przez nie działalności podstawowej, w celu stworzenia i maksymalizacji możliwości biznesowej.

1.69. Pojęcie kontroli można zobrazować za pomocą następujących przykładów. Spółka A wyznacza wyspecjalizowanego producenta, Spółkę B, do produkcji wyrobów na jej rzecz. Zgodnie z ustaleniami umownymi, Spółka B podejmuje się świadczyć usługi produkcyjne, przy czym Spółka A udostępnia specyfikacje i wzory produktów, jak również ustala harmonogramy produkcji, w tym wolumeny i terminy dostaw produktów. Jak wynika ze stosunków umownych, Spółka A ponosi ryzyko zapasów oraz ryzyko wycofania produktów z rynku. Spółka A angażuje Spółkę C do przeprowadzania regularnej kontroli jakości procesu produkcyjnego. Spółka A określa cele audytów w zakresie kontroli jakości oraz informacje, jakie Spółka C powinna zebrać na jej rzecz. Spółka C podlega bezpośrednio Spółce A. Analiza ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych wskazuje, że Spółka A sprawuje kontrolę nad swoim ryzykiem wycofania produktów z rynku i ryzykiem zapasów, wykorzystując swoje zdolności i uprawnienia do podejmowania szeregu istotnych decyzji odnośnie do tego, czy i w jaki sposób należy podjąć ryzyka oraz w jaki sposób należy reagować na takie ryzyka. Co więcej, Spółka A posiada zdolność do dokonywania oceny i podejmowania decyzji dotyczących funkcji ograniczania ryzyka i faktycznie pełni takie funkcje. Obejmują one określanie celów działań zleconych innym podmiotom, podejmowanie decyzji o zaangażowaniu konkretnego producenta i strony przeprowadzającej kontrolę jakości, dokonywanie oceny, czy cele są

odpowiednio realizowane, oraz, jeżeli okaże się to konieczne, podejmowanie decyzji o zmianie lub rozwiązaniu umów.

1.70. Załóżmy, że inwestor zatrudnia zarządzającego funduszem do inwestowania środków na jego rachunek[3]. W zależności od umowy pomiędzy inwestorem a zarządzającym funduszem zarządzający funduszem może zostać upoważniony do dokonywania bieżących inwestycji portfelowych w imieniu inwestora, w sposób odzwierciedlający preferencje inwestora w zakresie ryzyka, jednakże ryzyko utraty wartości inwestycji będzie spoczywać na inwestorze. W prezentowanym przykładzie inwestor sprawuje kontrolę nad swoimi ryzykami, podejmując cztery istotne decyzje: decyzję o swoich preferencjach dotyczących ryzyka, a zatem o wymaganej dywersyfikacji ryzyk związanych z poszczególnymi inwestycjami wchodzącymi w skład portfela, decyzję o zatrudnieniu tego konkretnego zarządzającego funduszem (lub o rozwiązaniu z nim umowy), decyzję o zakresie upoważnienia udzielanego zarządzającemu funduszem i wyznaczonych mu celach oraz decyzję o wielkości inwestycji, jaką zarządzający funduszem będzie zarządzał. Ponadto zarządzający funduszem zazwyczaj będzie zobowiązany składać inwestorowi regularne sprawozdania, ponieważ inwestor zechce ocenić skutki działań realizowanych przez zarządzającego funduszem. W omawianym przypadku zarządzający funduszem świadczy usługę oraz zarządza swoim ryzykiem biznesowym z własnej perspektywy (np. by chronić swoją wiarygodność). Ryzyko operacyjne zarządzającego funduszem, w tym możliwość utraty klienta, stanowi odrębne ryzyko od ryzyka inwestycyjnego ponoszonego przez jego klienta. Ilustruje to fakt, że inwestor, który upoważnia inną osobę do wykonywania działań w zakresie ograniczania ryzyka, takich jak te prowadzone przez zarządzającego funduszem, niekoniecznie przekazuje kontrolę nad ryzykiem inwestycyjnym osobie podejmującej takie bieżące decyzje.

D.1.2.1.1. Krok 1: Szczegółowa identyfikacja ekonomicznie istotnych ryzyk

1.71. Istnieje wiele definicji ryzyka, jednakże w kontekście cen transferowych ryzyko należy postrzegać jako wpływ niepewności na cele przedsiębiorstwa. W działalności każdej spółki pojawia się niepewność i jest ponoszone ryzyko – za każdym razem, gdy są podejmowane kroki w celu wykorzystania możliwości biznesowych, są wydatkowane pieniądze lub jest generowany dochód. Dokonując oceny, czy i w jaki sposób należy wykorzystać możliwości biznesowe, mając na względzie ryzyka nieodłącznie z nimi związane, jak również opracowując odpowiednie strategie ograniczania ryzyka, które mają istotne znaczenie dla udziałowców dążących do osiągnięcia pożądanej stopy zwrotu, spółki zwykle poświęcają wiele uwagi zidentyfikowaniu napotykanych niepewności. Ryzyko wiąże się z możliwościami i nie rodzi wyłącznie niekorzystnych konotacji; jest

ono nieuniknione w działalności komercyjnej, ale spółki dokonują wyboru ryzyk, które zechcą ponieść w celu skorzystania z możliwości wygenerowania zysku. Żadne przedsiębiorstwo zorientowane na zysk nie podejmie ryzyka związanego z możliwościami komercyjnymi, nie oczekując dodatniego zwrotu. Niekorzystny efekt ryzyka pojawia się wtedy, gdy nie dochodzi do realizacji oczekiwanych pozytywnych rezultatów. Przykładowo popyt konsumentów na produkt może okazać się niższy niż prognozowany. W takiej sytuacji realizują się niekorzystne skutki niepewności związanej z możliwościami komercyjnymi. Spółki zazwyczaj poświęcają znaczną uwagę identyfikowaniu ekonomicznie istotnych ryzyk i zarządzaniu nimi, w celu zmaksymalizowania zwrotu wynikającego z wykorzystania możliwości obarczonej ryzykiem. W tym zakresie mogą one skupiać się na czynnościach związanych z określaniem strategii produktowej, sposobu różnicowania produktu, sposobu identyfikowania zmieniających się tendencji rynkowych, sposobu przewidywania zmian politycznych i społecznych oraz sposobu kreowania popytu. Istotność ryzyka zależy od prawdopodobieństwa i wielkości potencjalnych zysków lub strat wynikających z ryzyka. Na przykład nowy smak lodów może nie być jedynym produktem spółki, koszty rozwojowe i wprowadzenia takiego produktu na rynek oraz jego promowania mogły być znikome, powodzenie lub niepowodzenie produktu może nie rodzić istotnych ryzyk utraty reputacji, pod warunkiem że będą przestrzegane procedury zarządzania przedsiębiorstwem, zaś podejmowanie decyzji mogło zostać oddelegowane do kierownictwa lokalnego lub regionalnego, które posiada wiedzę o lokalnych gustach. Z drugiej strony, przełomowa technologia lub innowacyjna terapia zdrowotna może stanowić jedyny lub główny produkt, wiązać się z podejmowaniem istotnych decyzji strategicznych na różnych etapach, wymagać poniesienia znaczących kosztów inwestycji, stwarzać istotne możliwości, od których jednak będzie zależeć reputacja, jak również wymagać scentralizowania zarządzania, co wzbudzi szczególne zainteresowanie udziałowców i pozostałych interesariuszy.

1.72. Ryzyka można podzielić na różne kategorie, jednakże w ramach analizy cen transferowych istotne jest rozważenie źródeł niepewności stwarzającej ryzyko. Zaprezentowany poniżej niewyczerpujący wykaz źródeł ryzyka nie ma na celu wskazania hierarchii ryzyka ani też ścisłych kategorii ryzyka, gdyż poszczególne kategorie mogą się częściowo pokrywać. Celem poniższego katalogu jest przedstawienie ramowych zasad pomocnych w zapewnieniu, że analiza cen transferowych uwzględnia pewien zakres ryzyk, które mogą wynikać z handlowych lub finansowych stosunków zachodzących między przedsiębiorstwami powiązanymi, oraz z kontekstu, w jakim takie stosunki występują. Pod uwagę zostały wzięte ryzyka związane z uwarunkowaniami zewnętrznymi oraz ryzyka związane z uwarunkowaniami wewnętrznymi, co może pomóc w doprecyzowaniu źródeł niepewności. Nie należy jednak przez to rozumieć, że ryzyka związane z uwarunkowaniami zewnętrznymi są mniej istotne, ponieważ nie wynikają one

bezpośrednio z prowadzonej działalności. Wręcz przeciwnie, zdolność spółki do podejmowania ryzyk wiążących się z uwarunkowaniami zewnętrznymi, reagowania na nie i ograniczania ich może stanowić warunek konieczny do zachowania konkurencyjności przedsiębiorstwa. Przede wszystkim jednak zalecenia dotyczące potencjalnego zakresu ryzyka powinny być pomocne w szczegółowej identyfikacji istotnych ryzyk. Ryzyka określone ogólnikowo lub niewyodrębnione nie będą użyteczne w analizie cen transferowych mającej na celu określenie faktycznej transakcji oraz faktycznej alokacji ryzyk między stronami.

a) Ryzyka strategiczne lub ryzyka rynkowe. Ryzyka te w większości stanowią ryzyka zewnętrzne wynikające ze środowiska gospodarczego, zdarzeń politycznych i regulacyjnych, konkurencji, postępu technologicznego lub zmian społecznych i środowiskowych. Przeprowadzenie oceny takich niepewności może wyznaczać docelowe produkty i rynki spółki oraz niezbędne zdolności, w tym inwestycje w dobra niematerialne oraz aktywa trwałe, a także talenty kapitału ludzkiego. Potencjalne negatywne konsekwencje mogą być istotne, ale również pozytywne konsekwencje mogą być znaczące, jeżeli spółka prawidłowo określi wpływ zewnętrznych ryzyk, zróżnicuje swoje produkty oraz zabezpieczy i będzie chronić swoją przewagę konkurencyjną. Przykładem takich ryzyk są tendencje rynkowe, nowe rynki geograficzne oraz intensywność inwestycji w rozwój.
b) Ryzyka operacyjne lub związane z infrastrukturą. Przedmiotowe ryzyka mogą obejmować niepewność związaną z realizacją działalności przedsiębiorstwa i mogą dotyczyć efektywności procesów i operacji. Wpływ takich ryzyk w znacznym stopniu zależy od charakteru działalności i niepewności, jakie spółka zdecyduje się ponosić. W niektórych okolicznościach awarie mogą mieć paraliżujący wpływ na działalność lub reputację spółki i stwarzać zagrożenie dla jej istnienia, natomiast skuteczne zarządzanie takimi ryzykami może wzmocnić jej reputację. W innych okolicznościach niewprowadzenie produktu na rynek w wyznaczonym terminie, niezaspokojenie popytu, niespełnienie specyfikacji lub wysokich standardów może mieć wpływ na pozycję konkurencyjną i reputację, a także zapewnić przewagę spółkom, które szybciej wprowadzają produkty konkurencyjne na rynek, efektywniej wykorzystują okresy ochrony rynkowej zapewnianej przez np. patenty, skuteczniej zarządzają ryzykami związanymi z łańcuchem dostaw oraz kontrolą jakości. Niektóre ryzyka związane z infrastrukturą wynikają z uwarunkowań zewnętrznych i mogą dotyczyć połączeń transportowych, sytuacji politycznej i społecznej, przepisów prawnych i regulacji, podczas gdy inne są skutkiem uwarunkowań wewnętrznych i mogą wiązać się ze zdolnościami i dostępnością aktywów, zdolnościami pracowników, tworzeniem i wykonywaniem procesów, ustaleń w zakresie zlecania czynności na zewnątrz i systemami informatycznymi.
c) Ryzyka finansowe. Jakkolwiek wszystkie ryzyka mogą mieć wpływ na wyniki finansowe spółki, to istnieje szereg szczególnych ryzyk finansowych związanych

ze zdolnością spółki do zarządzania płynnością i przepływami pieniężnymi, możliwościami finansowymi i wiarygodnością kredytową. Niepewność w tym zakresie może powstawać w związku z uwarunkowaniami zewnętrznymi, np. takimi jak wstrząs gospodarczy lub kryzys kredytowy, ale może też wynikać z uwarunkowań wewnętrznych ze względu na kontrolę, decyzje inwestycyjne, warunki kredytowania oraz skutki ryzyk operacyjnych lub związanych z infrastrukturą.

d) Ryzyka transakcyjne. Przedmiotowe ryzyka zwykle dotyczą cen i warunków zapłaty ustalanych w transakcjach handlowych dotyczących dostaw dóbr, składników majątku lub usług.

e) Ryzyka wystąpienia sytuacji stwarzających zagrożenie. Ryzyka te mogą obejmować niekorzystne zdarzenia zewnętrzne, które mogą spowodować szkody lub straty, w tym wypadki i klęski żywiołowe. Wskazane ryzyka można często ograniczyć poprzez ubezpieczenie, jednakże może ono nie pokrywać całej potencjalnej straty, w szczególności w przypadku istotnego wpływu na działalność lub reputację.

1.73. Określenie ekonomicznej istotności ryzyka oraz jego wpływu na ceny w transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi stanowi element szerszej analizy funkcjonalnej mającej na celu ustalenie sposobu kreowania wartości przez grupę MNE, działań umożliwiających grupie MNE utrzymanie zysków oraz ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji. Analiza ryzyk jest także pomocna w określaniu porównywalności zgodnie z zaleceniami zawartymi w rozdziale III. W przypadku zidentyfikowania potencjalnie porównywalnych spółek należy ustalić, czy charakteryzują się one tym samym poziomem ryzyk i zarządzania ryzykami. Ekonomiczną istotność ryzyka można zilustrować za pomocą następujących dwóch sytuacji.

1.74. W pierwszej sytuacji grupa MNE prowadzi dystrybucję oleju opałowego na rzecz konsumentów. Na podstawie analizy ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych ustalono, że produkt jest niezróżnicowany, rynek jest konkurencyjny, rozmiar rynku jest przewidywalny, zaś gracze rynkowi zaliczają się do cenobiorców. W takich okolicznościach możliwość wywierania wpływu na marże może być ograniczona. Warunki kredytowania uzyskane w wyniku zarządzania relacjami z dostawcami oleju pozwalają na finansowanie kapitału obrotowego i mają kluczowe znaczenie dla marży osiąganej przez dystrybutora. Wpływ ryzyka na koszt kapitału jest zatem istotny w kontekście procesu tworzenia wartości w ramach funkcji dystrybucyjnej.

1.75. W drugiej sytuacji międzynarodowy sprzedawca detaliczny zabawek nabywa szeroki asortyment produktów od wielu niezależnych producentów. Sprzedawca realizuje większość swojej sprzedaży w ostatnich dwóch miesiącach roku kalendarzowego, a jego istotne ryzyko wiąże się ze strategicznym kierunkiem

funkcji zakupowej, jak również z poprawnym przewidywaniem tendencji i określaniem, które z produktów sprzedadzą się i w jakich ilościach. Tendencje i popyt na produkty mogą różnić się w zależności od rynku, w związku z czym niezbędna jest wiedza specjalistyczna, umożliwiająca określenie prawidłowych przewidywań odnośnie do lokalnego rynku. Wpływ ryzyka związanego z zakupami może wzrosnąć, jeżeli sprzedawca detaliczny wynegocjuje z niezależnym producentem okres wyłączności na określony produkt.

1.76. Sprawowanie kontroli nad określonym ryzykiem w transakcji koncentruje się na podejmowaniu przez strony transakcji decyzji odnośnie do tego określonego ryzyka wynikającego z transakcji. Nie oznacza to jednak, że inne spółki z grupy MNE nie mogą być zaangażowane w wyznaczanie ogólnych polityk regulujących ponoszenie i kontrolę szczególnych ryzyk zidentyfikowanych w transakcji, przy czym ustalanie polityki samo w sobie nie stanowi podejmowania decyzji. Dla przykładu zarząd i komitety wykonawcze grupy mogą określać poziom ryzyka, jaki grupa ogółem jest gotowa zaakceptować, by osiągnąć cele komercyjne, a także ustanawiać ramowe zasady kontroli w obszarze zarządzania i raportowania ryzyka związanego z działalnością grupy. Kierownictwo liniowe w segmentach biznesowych, podmiotach operacyjnych i departamentach funkcjonalnych może zajmować się identyfikowaniem i oceną ryzyk w stosunku do możliwości komercyjnych oraz wprowadzaniem odpowiedniej kontroli i procesów, aby sprostać ryzyku i wywierać wpływ na skutki materializacji ryzyka w bieżących operacjach. Możliwości realizowane przez podmioty operacyjne wymagają bieżącego zarządzania ryzykiem związanym z wygenerowaniem przewidywanego zwrotu przez zasoby zaalokowane do możliwości. Przykładowo, ryzyko związane z zapasami produktów gotowych w transakcji dotyczącej dostaw między dwoma przedsiębiorstwami powiązanymi może być kontrolowane przez stronę posiadającą zdolność do ustalania wolumenów produkcji i podejmującą decyzje w tym zakresie. Sposób radzenia sobie z ryzykiem zapasów w transakcji między dwoma przedsiębiorstwami powiązanymi może wynikać z polityki ustanowionej przez inny podmiot z grupy MNE, dotyczącej ogólnych poziomów kapitału obrotowego zamrożonego w zapasach lub koordynowania odpowiednich minimalnych poziomów zapasów na poszczególnych rynkach dla potrzeb realizacji celów strategicznych. Niemniej jednak taki szerszy proces wyznaczania polityki nie może być traktowany jako decyzja o podjęciu, rezygnacji z, odrzuceniu lub ograniczeniu ryzyka szczególnego w obszarze zapasów, wskazanego w przykładzie dotyczącym transakcji w zakresie dostaw produktów, omówionym w niniejszym punkcie.

D.1.2.1.2. Krok 2: Umowne ponoszenie ryzyka

1.77. Strona lub strony ponoszące ryzyka mogą zostać wskazane w pisemnych umowach zawieranych między stronami transakcji, w której takie ryzyka występu-

ją. Pisemna umowa zazwyczaj przewiduje zamiar ponoszenia ryzyka przez strony. W przypadku niektórych ryzyk ich ponoszenie może zostać wyraźnie określone w ustaleniach umownych. Na przykład na mocy umowy dystrybutor może ponosić ryzyko związane z należnościami, ryzyko zapasów i ryzyko kredytowe wiążące się ze sprzedażą prowadzoną przez dystrybutora na rzecz niezależnych klientów. Inne ryzyka mogą być ponoszone w sposób dorozumiany. Przykładowo umowy przyznające jednej ze stron bezwarunkowe wynagrodzenie domyślnie alokują skutki niektórych ryzyk, w tym nieoczekiwane zyski lub straty, na rzecz drugiej strony.

1.78. Umowne ponoszenie ryzyka stanowi wcześniejsze (*ex ante*) porozumienie o poniesieniu części lub wszystkich potencjalnych kosztów związanych z późniejszą (*ex post*) materializacją niekorzystnych skutków ryzyka w zamian za część lub wszystkie korzyści związane z późniejszą (*ex post*) materializacją pozytywnych skutków. Co ważne, umowne przyjęcie ryzyka *ex ante* powinno przedstawiać niezbity dowód zobowiązania do podjęcia ryzyka przed materializacją skutków ryzyka. Taki dowód stanowi bardzo istotny element analizy cen transferowych w zakresie ryzyk w stosunkach handlowych lub finansowych dokonywanej przez administracje podatkowe, ponieważ w praktyce kontrole mogą być przeprowadzane przez administracje podatkowe kilka lat po podjęciu takich decyzji „z góry" przez przedsiębiorstwa powiązane oraz w momencie, gdy skutki są już znane. Zamiar poniesienia ryzyka przez przedsiębiorstwa powiązane, gdy skutki ryzyka są już pewne, z definicji nie stanowi poniesienia ryzyka, gdyż ryzyko już nie występuje. Podobnie realokacja ryzyka przez administracje podatkowe na zasadzie *ex post* w momencie, gdy skutki ryzyka są już pewne, może być niewłaściwa, chyba że zostanie ona przeprowadzona na podstawie zaleceń zawartych w innych postanowieniach niniejszych Wytycznych, a w szczególności w sekcji D.1.2.1.

1.79. Podjęcie (lub rezygnacja z) ryzyka w zamian za wyższy (lub niższy) przewidywany nominalny dochód jest neutralne ekonomicznie, o ile wartość bieżąca netto obu opcji jest równa. Na przykład pomiędzy podmiotami niezależnymi sprzedaż ryzykownego aktywa generującego dochody może częściowo odzwierciedlać preferencję sprzedającego do przyjęcia niższej, ale pewniejszej kwoty dochodu nominalnego i rezygnacji z możliwości osiągnięcia wyższego oczekiwanego dochodu nominalnego, jaki mógłby on uzyskać, gdyby zatrzymał i użytkował ten składnik aktywów. Przykładowo w transakcji faktoringu wierzytelności bez regresu między przedsiębiorstwami niezależnymi sprzedający dyskontuje wartość nominalną swoich należności w zamian za płatność w ustalonej kwocie, a tym samym przyjmuje niższy zwrot, ale także ogranicza niestabilność i rezygnuje z ryzyka. Faktorami często są wyspecjalizowane organizacje posiadające zdolność do podejmowania decyzji o podjęciu ryzyka oraz decyzji o tym, jak reagować na ryzyko, w tym poprzez jego dywersyfikację i dysponowanie zdolnościami funkcjonalnymi umożliwiającymi ograniczanie ryzyka i generowanie zwrotu z możliwości biznesowych.

Żadna ze stron nie spodziewa się pogorszenia swojej sytuacji wskutek zawarcia porozumienia, przede wszystkim dlatego, że mają one inne preferencje w zakresie ryzyka, wynikające z ich zdolności w odniesieniu do konkretnego ryzyka. Faktor ma większe możliwości zarządzania ryzykiem niż sprzedający i możliwe jest ustalenie warunków akceptowalnych dla obu stron.

1.80. Nie oznacza to jednak, że każda umowna zamiana potencjalnie wyższego, ale bardziej ryzykownego dochodu na dochód niższy, lecz obarczony mniejszym ryzykiem między przedsiębiorstwami powiązanymi będzie automatycznie zgodna z zasadą ceny rynkowej. Kolejne kroki przedstawione w niniejszej sekcji wskazują, jakie informacje są niezbędne do określenia, jak działają przedsiębiorstwa powiązane w odniesieniu do ponoszenia ryzyk i zarządzania nimi, co pozwoli na dokładne określenie konkretnej transakcji pod względem ryzyka.

1.81. Ponoszenie ryzyka ma istotny wpływ na ustalenie cen odpowiadających warunkom rynkowym między przedsiębiorstwami powiązanymi, przy czym nie należy wyciągać wniosków, że jedynie ustalenia cenowe przyjęte w umowie decydują o tym, która strona ponosi ryzyko. W związku z powyższym z faktu, że cena za dobra lub usługi uiszczana między przedsiębiorstwami powiązanymi została ustalona na określonym poziomie lub w oparciu o określoną marżę, nie należy wywodzić, że ryzyka są ponoszone przez takie przedsiębiorstwa powiązane w konkretny sposób. Dla przykładu producent może twierdzić, że jest on zabezpieczony przed ryzykiem wahań cen surowców ze względu na fakt, że otrzymuje wynagrodzenie od innej spółki z grupy ustalane z uwzględnieniem kosztów faktycznie poniesionych przez producenta, co sugeruje, że ryzyko jest ponoszone przez tę inną spółkę z grupy. Forma wynagrodzenia nie może narzucać niewłaściwej alokacji ryzyk. To ustalenie sposobu, w jaki strony faktycznie zarządzają ryzykami i kontrolują je, zgodnie z pozostałymi krokami procesu analizy ryzyka pozwoli na określenie ryzyk ponoszonych przez strony i – w konsekwencji – zdecyduje o wyborze odpowiedniej metody cen transferowych.

D.1.2.1.3. Krok 3: Analiza funkcjonalna w zakresie ryzyka

1.82. Niniejszy krok polega na przeprowadzeniu analizy funkcji związanych z ryzykiem ponoszonym przez przedsiębiorstwa powiązane będące stronami transakcji. Przedmiotowa analiza dostarcza informacji, jak działają przedsiębiorstwa powiązane będące stronami transakcji w odniesieniu do ponoszenia poszczególnych ekonomicznie istotnych ryzyk i zarządzania nimi, a w szczególności które przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa pełnią funkcje kontrolne i funkcje w zakresie ograniczania ryzyka, które przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa ponoszą korzystne lub niekorzystne konsekwencje ryzyka oraz które przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa dysponują zdolnościami finansowymi umożliwiającymi pono-

szenie ryzyka. Ten krok obrazują następujące przykłady, zaś wynikające z nich wnioski zostały zaprezentowane w kolejnych przykładach sekcji D.1.2.

Przykład 1

1.83. Spółka A zamierza wykorzystać możliwość w zakresie prac rozwojowych i angażuje wyspecjalizowaną spółkę, Spółkę B, do przeprowadzenia części badań na jej rzecz. W ramach kroku 1 ryzyko rozwojowe zostało zidentyfikowane jako ekonomicznie istotne ryzyko związane z przedmiotową transakcją, z kolei w kroku 2 ustalono, że na mocy umowy ryzyko rozwojowe jest ponoszone przez Spółkę A. Analiza funkcjonalna przeprowadzona w kroku 3 wykazała, że Spółka A kontroluje swoje ryzyko rozwojowe, wykorzystując swoje zdolności i uprawnienia do podejmowania szeregu istotnych decyzji odnośnie do tego, czy i w jaki sposób należy podjąć ryzyko rozwojowe. Do takich decyzji należy zaliczyć decyzję o realizacji części prac rozwojowych we własnym zakresie, decyzję o skorzystaniu ze wsparcia specjalistycznego, decyzję o zaangażowaniu konkretnej firmy badawczej, decyzję o rodzaju i celach badań, jakie powinny zostać przeprowadzone, oraz decyzję o budżecie przydzielonym Spółce B. Spółka A ograniczyła swoje ryzyko poprzez podjęcie kroków w celu zlecenia prac rozwojowych Spółce B, która ponosi bieżącą odpowiedzialność za prowadzenie badań pod kontrolą Spółki A. Spółka B składa Spółce A sprawozdania na ustalonych wcześniej kluczowych etapach, a Spółka A dokonuje oceny postępów prac rozwojowych oraz realizacji jej bieżących celów, jak również decyduje o tym, czy w świetle takiej oceny dalsze inwestycje w projekt znajdują uzasadnienie. Spółka A posiada zdolność finansową do ponoszenia ryzyka. Natomiast Spółka B nie dysponuje zdolnością oceny ryzyka rozwojowego i nie podejmuje decyzji odnośnie do działalności realizowanej przez Spółkę A. Ryzyko Spółki B polega głównie na zapewnianiu, że wykonuje ona prace rozwojowe w kompetentny sposób i wykorzystuje swoje zdolności i uprawnienia do kontrolowania takiego ryzyka, podejmując decyzje o wymaganych przez nią procesach, wiedzy specjalistycznej i aktywach. Ryzyko ponoszone przez Spółkę B stanowi odrębne ryzyko od ryzyka rozwojowego ponoszonego przez Spółkę A na podstawie umowy, które, jak wynika z analizy funkcjonalnej, jest kontrolowane przez Spółkę A.

Przykład 2

1.84. Spółka B wytwarza produkty na rzecz Spółki A. W kroku 1 ryzyko związane ze zdolnością wykorzystania mocy produkcyjnych i ryzyko w zakresie łańcucha dostaw zostały zidentyfikowane jako ekonomicznie istotne ryzyka w przedmiotowej transakcji, natomiast w kroku 2 ustalono, że na podstawie umowy wskazane ryzyka są ponoszone przez Spółkę A. Analiza funkcjonalna przeprowadzona w kroku 3 wykazała, że Spółka B zbudowała i wyposażyła swój zakład produkcyjny zgodnie ze specyfikacjami Spółki A, produkty są wytwarzane

zgodnie z wymogami technicznymi i projektami przekazywanymi przez Spółkę A, poziomy wolumenów są wyznaczane przez Spółkę A oraz że Spółka A obsługuje łańcuch dostaw, w tym zapewnia zaopatrzenie w komponenty i surowce. Spółka A przeprowadza również regularne kontrole jakości procesu produkcyjnego. Spółka B wybudowała zakład produkcyjny, zatrudnia i szkoli kompetentny personel produkcyjny i ustala harmonogramy produkcji w oparciu o poziomy wolumenów ustalane przez Spółkę A. Mimo że Spółka B poniosła koszty stałe, nie posiada ona zdolności do zarządzania ryzykiem wiążącym się z odzyskiwaniem takich kosztów poprzez określanie jednostek produkcyjnych, na które to zostaną rozłożone koszty stałe, ponieważ to Spółka A wyznacza wolumeny produkcyjne. Ponadto Spółka A określa istotne koszty związane z komponentami i surowcami oraz zapewnianiem bezpieczeństwa dostaw. W ramach oceny dowodów stwierdzono, że Spółka B zajmuje się świadczeniem usług produkcyjnych. Istotne ryzyka związane z generowaniem zwrotu z działalności produkcyjnej są kontrolowane przez Spółkę A. Spółka B sprawuje kontrolę nad ryzykiem związanym z niemożnością świadczenia usług w kompetentny sposób. Obie spółki posiadają zdolność finansową do ponoszenia swoich ryzyk.

Przykład 3

1.85. Spółka A nabyła własność aktywa trwałego i zawiera z klientami niezależnymi umowy na korzystanie z takiego aktywa. W ramach kroku 1 wykorzystanie aktywa trwałego, czyli ryzyko, że popyt na aktywo okaże się niewystarczający do pokrycia kosztów poniesionych przez Spółkę A, zostało zidentyfikowane jako ryzyko ekonomicznie istotne. W kroku 2 ustalono, że Spółka A zawarła umowę o świadczenie usług z inną spółką z grupy, Spółką C. Przedmiotowa umowa nie nawiązuje do ponoszenia ryzyka związanego z wykorzystaniem aktywa trwałego przez jego właściciela, Spółkę A. Analiza funkcjonalna przeprowadzona w kroku 3 wykazała, że inna spółka z grupy, Spółka B, zdecydowała, że inwestycję w aktywo należy uznać za słuszną w świetle przewidywanych możliwości komercyjnych zidentyfikowanych i poddanych ocenie przez Spółkę B oraz jej oceny oczekiwanego okresu używania aktywa. Spółka B udostępnia specyfikacje dotyczące aktywa i jego unikalnych właściwości niezbędnych do wykorzystania możliwości komercyjnych, jak również organizuje wytworzenie aktywa zgodnie z jej specyfikacjami oraz jego nabycie przez Spółkę A. Spółka C decyduje o sposobie wykorzystania aktywa, informuje niezależnych klientów o możliwościach aktywa, prowadzi negocjacje umów z takimi niezależnymi klientami, zapewnia dostawy aktywa do podmiotów niezależnych i jego prawidłowy montaż. Mimo że Spółka A jest prawnym właścicielem aktywa, nie sprawuje ona kontroli nad ryzykiem inwestycyjnym związanym z aktywem trwałym, gdyż nie posiada żadnych zdolności do podejmowania decyzji o tym, czy należy zainwestować w dane aktywo, ani o tym, czy i w jaki sposób należy zabezpieczyć jej inwestycję, w tym czy należy dokonać zbycia takiego aktywa. Mimo że Spółka A jest właścicielem

aktywa, nie sprawuje ona kontroli nad ryzykiem związanym z jego wykorzystaniem, ponieważ nie posiada żadnych zdolności do podejmowania decyzji o tym, czy i w jaki sposób należy eksploatować aktywo. Nie dysponuje ona zdolnościami umożliwiającymi ocenę i podejmowanie decyzji odnośnie do czynności w zakresie ograniczania ryzyka prowadzonych przez inne spółki z grupy. Ryzyka związane z inwestycją w aktywo i jego eksploatacją oraz działania mające na celu wzmocnienie pozytywnych aspektów ryzyka i ograniczenie negatywnych aspektów ryzyka są kontrolowane przez inne spółki z grupy. Spółka A nie posiada kontroli nad ekonomicznie istotnymi ryzykami związanymi z inwestycją w aktywo i jego eksploatacją. Funkcje pełnione przez właściciela prawnego aktywa ograniczają się do udostępnienia finansowania na kwotę równą kosztowi aktywa. Niemniej jednak analiza funkcjonalna wykazała również, że Spółka A nie posiada zdolności ani uprawnień do sprawowania kontroli nad ryzykiem inwestycji w aktywo finansowe. Spółka A nie posiada zdolności do podejmowania decyzji o przyjęciu lub odrzuceniu możliwości finansowania ani zdolności do podejmowania decyzji o tym, czy i w jaki sposób należy reagować na ryzyka związane z możliwością finansowania. Spółka A nie wykonuje funkcji związanych z dokonywaniem oceny możliwości finansowania, nie prowadzi analiz stosownej premii za ryzyko oraz innych kwestii w celu ustalenia właściwej wyceny możliwości finansowania i nie dokonuje ocen odpowiednich środków ochrony jej inwestycji finansowej. Spółki A, B oraz C posiadają zdolności finansowe do ponoszenia swoich ryzyk.

D.1.2.1.4. Krok 4: Interpretacja kroków 1–3

1.86. Przeprowadzenie kroków 1–3 wiąże się z gromadzeniem informacji dotyczących ponoszenia ryzyk w transakcji kontrolowanej i zarządzania nimi. W kolejnym kroku należy zinterpretować informacje wynikające z kroków 1–3 oraz ustalić, czy umowne ponoszenie ryzyk jest zgodne z postępowaniem stron i innymi faktami sprawy poprzez analizę kwestii: (i) czy przedsiębiorstwa powiązane przestrzegają warunków umownych zgodnie z zasadami określonymi w sekcji D.1.1 oraz (ii) czy strona ponosząca ryzyko w oparciu o analizę przeprowadzoną w pkt (i) sprawuje kontrolę nad takim ryzykiem i dysponuje zdolnością finansową umożliwiającą ponoszenie ryzyka.

1.87. Istotność kroku 4 zależy od ustaleń w zakresie stanu faktycznego. W okolicznościach wskazanych w przykładach 1 i 2 powyżej krok ten może być nieskomplikowany. Jeżeli strona ponosząca ryzyko na mocy umowy stosuje się do takiego umownego ponoszenia ryzyka w swoim postępowaniu, a także sprawuje kontrolę nad ryzykiem i jednocześnie posiada zdolność finansową do ponoszenia ryzyka, wówczas określenie sposobu ponoszenia ryzyk nie będzie wymagało analizy wykraczającej poza zakres kroku 4(i) i (ii). W obu zaprezentowanych przykładach Spółki A i B wywiązują się z obowiązków przewidzianych w umo-

wach i sprawują kontrolę nad ryzykami przez nie ponoszonymi w odpowiedniej transakcji, co umożliwia im ich zdolność finansowa. W konsekwencji przesłanki określone w kroku 4(ii) zostają spełnione, w związku z czym nie ma konieczności przeprowadzenia kroku 5 i można od razu przejść do kroku 6.

1.88. Zgodnie z uwagami dotyczącymi warunków umownych (zob. sekcja D.1.1), w kroku 4(i) należy rozważyć, czy postępowanie stron odpowiada ponoszeniu ryzyka określonego w pisemnych umowach lub czy warunki umowne nie są przestrzegane lub są niekompletne. Jeżeli pomiędzy warunkami umownymi w zakresie ryzyka a postępowaniem stron występują różnice, które są ekonomicznie istotne i zostałyby uwzględnione przez podmioty niezależne w wycenie transakcji dokonywanej między takimi podmiotami, wówczas to postępowanie stron w kontekście zgodnych warunków umownych należy, co do zasady, uznać za najlepszy dowód świadczący o zamiarze stron w odniesieniu do ponoszenia ryzyk.

1.89. Rozważmy np. producenta, którego walutą funkcjonalną jest dolar amerykański, prowadzącego sprzedaż towarów na rzecz powiązanego dystrybutora w innym kraju, którego walutą funkcjonalną jest euro. Pisemna umowa przewiduje, że wszystkie ryzyka kursowe powstające w związku z taką transakcją kontrolowaną są ponoszone przez dystrybutora. Jednakże jeżeli w dłuższym okresie producent obciąża dystrybutora ceną za towary wyrażoną w euro, tj. w walucie dystrybutora, to aspekty pisemnych warunków umownych nie odzwierciedlają faktycznych stosunków handlowych lub finansowych między stronami. Ponoszenie ryzyka w transakcji należy określić na podstawie faktycznego postępowania stron w kontekście warunków umownych, nie zaś na podstawie aspektów pisemnych warunków umownych, które w praktyce nie mają miejsca. Omawianą zasadę dodatkowo obrazuje przykład 7, przedstawiony w aneksie do rozdziału VI, wskazujący na brak zgodności między umownym ponoszeniem ryzyka a postępowaniem stron, o czym świadczy fakt ponoszenia kosztów wynikających z niekorzystnych skutków takiego ryzyka.

1.90. W ramach kroku 4(ii) należy ustalić, czy strona ponosząca ryzyko na mocy umowy, mając na względzie kwestię, czy warunki umowne znajdują zastosowanie w postępowaniu stron zgodnie z krokiem 4(i), sprawuje kontrolę nad ryzykiem i dysponuje zdolnością finansową do ponoszenia ryzyka. Jeżeli okoliczności omówione w przykładzie 1 pozostaną niezmienione, z wyjątkiem faktu, że na podstawie umowy pomiędzy Spółką A a Spółką B ryzyko rozwojowe zostanie alokowane do Spółki B, oraz jeżeli nie będzie dowodów wynikających z postępowania stron zgodnie z krokiem 4(i), wskazujących na to, że umowne przypisanie ryzyk nie jest przestrzegane, wówczas podmiotem ponoszącym ryzyko rozwojowe na mocy umowy będzie Spółka B, co jednak nie zmieni faktu, że Spółka B nie

posiada zdolności do dokonywania oceny ryzyka rozwojowego i nie podejmuje decyzji o działaniach Spółki A. Spółka B nie pełni funkcji decyzyjnej pozwalającej jej sprawować kontrolę nad ryzykiem rozwojowym poprzez podejmowanie decyzji mających wpływ na skutki takiego ryzyka. Z informacji przedstawionych w przykładzie 1 wynika, że ryzyko rozwojowe jest kontrolowane przez Spółkę A. Ustalenie, że strona ponosząca ryzyko nie jest stroną, która sprawuje kontrolę nad takim ryzykiem, oznacza, że zagadnienie wymaga dalszej analizy w ramach kroku 5.

1.91. Jeżeli okoliczności omówione w przykładzie 2 pozostaną niezmienione, z wyjątkiem faktu, że jakkolwiek umowa przewiduje, że Spółka A ponosi ryzyka związane z łańcuchem dostaw, to Spółka B nie otrzymuje zwrotu kosztów od Spółki A w przypadku niezapewnienia kluczowych komponentów w wymaganym terminie, wówczas analiza w kroku 4(i) wykaże, że umowne ponoszenie ryzyk nie było w praktyce przestrzegane w odniesieniu do powyższego ryzyka związanego z łańcuchem dostaw, wskutek czego Spółka B w rzeczywistości ponosi niekorzystne konsekwencje tego ryzyka. Z informacji przedstawionych w przykładzie 2 wynika, że Spółka B nie sprawuje żadnej kontroli nad ryzykiem związanym z łańcuchem dostaw, natomiast Spółka A sprawuje taką kontrolę. W rezultacie strona ponosząca ryzyko zgodnie z analizą przeprowadzoną w kroku 4(i) nie sprawuje kontroli nad takim ryzykiem zgodnie z krokiem 4(ii), w związku z czym zagadnienie wymaga dalszej analizy w ramach kroku 5.

1.92. W okolicznościach przedstawionych w przykładzie 3 analiza przeprowadzona w kroku 4(i) wykazała, że ponoszenie przez Spółkę A ryzyka związanego z wykorzystaniem aktywa jest zgodne z ustaleniami umownymi zawartymi ze Spółką C, przy czym w ramach kroku 4(ii) ustalono, że Spółka A nie sprawuje kontroli nad ponoszonymi przez nią ryzykami związanymi z inwestycją w aktywo i jego wykorzystaniem. Spółka A nie pełni funkcji decyzyjnej pozwalającej jej sprawować kontrolę nad jej ryzykami poprzez podejmowanie decyzji mających wpływ na skutki ryzyka. Zgodnie z krokiem 4(ii), strona ponosząca ryzyko nie kontroluje takiego ryzyka, w związku z czym zagadnienie wymaga dalszej analizy w ramach kroku 5.

1.93. W niektórych przypadkach z analizy przeprowadzonej w kroku 3 może wynikać, że więcej niż jedno MNE może być w stanie sprawować kontrolę nad ryzykiem. Jednakże kontrola wymaga zarówno posiadania zdolności, jak i wykonywania funkcji w celu sprawowania kontroli nad ryzykiem. Stąd jeżeli kontrolę jest w stanie sprawować więcej niż jedna strona, lecz podmiot ponoszący ryzyko na mocy umowy – zgodnie z analizą w kroku 4(i) – jest jedyną stroną, która rzeczywiście sprawuje kontrolę ze względu na posiadane zdolności i wykonywane funkcje, wówczas strona umownie ponosząca ryzyko zarazem kontroluje takie ryzyko.

1.94. Co więcej, w niektórych przypadkach kontrolę nad określonym ryzykiem może sprawować więcej niż jedna strona transakcji. Jeżeli przedsiębiorstwo powiązane ponoszące ryzyko – co wynika z analizy przeprowadzonej w kroku 4(i) – kontroluje takie ryzyko zgodnie z wymogami wskazanymi w pkt 1.65–1.66, wówczas w ramach kroku 4(ii) wystarczy zbadać, czy takie przedsiębiorstwo posiada zdolność finansową do ponoszenia ryzyka. Jeżeli odpowiedź będzie twierdząca, to fakt, że inne przedsiębiorstwa powiązane również sprawują kontrolę nad tym samym ryzykiem, nie będzie miał wpływu na ponoszenie tego ryzyka przez pierwsze przedsiębiorstwo, w związku z czym nie ma konieczności przeprowadzenia kroku 5.

1.95. W sytuacji gdy określone ryzyko ponoszą dwie strony transakcji lub ich większa liczba – zgodnie z analizą w kroku 4(i) – i dodatkowo podmioty te wspólnie kontrolują takie określone ryzyko, a każdy z nich posiada zdolność finansową do ponoszenia swojego udziału w ryzyku, wówczas należy uznać takie ponoszenie ryzyka. Jednym z przykładów takich ustaleń jest umowne ponoszenie ryzyka rozwojowego związanego z transakcją, w ramach której przedsiębiorstwa wspólnie postanawiają, że będą ponosić koszty stworzenia nowego produktu.

1.96. W przypadku stwierdzenia, że przedsiębiorstwo powiązane ponoszące ryzyko zgodnie z analizą w kroku 4(i) nie sprawuje kontroli nad ryzykiem albo nie posiada zdolności finansowej do ponoszenia ryzyka, należy przeprowadzić analizę opisaną w kroku 5.

1.97. W świetle potencjalnych komplikacji, jakie mogą pojawić się w niektórych okolicznościach przy ustalaniu, czy przedsiębiorstwo powiązane ponoszące ryzyko sprawuje kontrolę nad takim ryzykiem, test kontroli należy uznać za spełniony, jeżeli możliwe jest zidentyfikowanie porównywalnych ustaleń w zakresie ponoszenia ryzyka w porównywalnej transakcji niekontrolowanej. Aby spełnić kryteria porównywalności, takie ustalenia dotyczące ponoszenia ryzyka wymagają występowania porównywalności w zakresie ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji. Dokonując takiego porównania, należy w szczególności ustalić, czy przedsiębiorstwo ponoszące porównywalne ryzyko w transakcji niekontrolowanej pełni funkcje zarządzania ryzykiem związane z kontrolą takiego ryzyka porównywalne do funkcji wykonywanych przez przedsiębiorstwo powiązane ponoszące ryzyko w transakcji kontrolowanej. Celem takiego porównania jest stwierdzenie, że podmiot niezależny ponoszący ryzyko porównywalne do ryzyka podejmowanego przez przedsiębiorstwo powiązane wykonuje również funkcje zarządzania ryzykiem, które są porównywalne do tych wykonywanych przez przedsiębiorstwo powiązane.

D.1.2.1.5. Krok 5: Alokacja ryzyka

1.98. W przypadku stwierdzenia w kroku 4(ii), że przedsiębiorstwo powiązane ponoszące ryzyko zgodnie z krokami 1–4(i) nie sprawuje kontroli nad ryzykiem lub nie posiada zdolności finansowej pozwalającej na ponoszenie takiego ryzyka, ryzyko należy alokować do przedsiębiorstwa sprawującego kontrolę i dysponującego zdolnością finansową do ponoszenia ryzyka. W przypadku zidentyfikowania kilku przedsiębiorstw powiązanych, które sprawują kontrolę i jednocześnie posiadają zdolność finansową do ponoszenia ryzyka, ryzyko należy alokować do przedsiębiorstwa powiązanego lub grupy przedsiębiorstw powiązanych sprawujących największą kontrolę. Pozostałe strony wykonujące czynności kontrolne powinny otrzymać odpowiednie wynagrodzenie, mając na względzie istotność wykonywanych przez nie czynności kontrolnych.

1.99. W wyjątkowych okolicznościach może się zdarzyć, że zidentyfikowanie przedsiębiorstwa powiązanego sprawującego kontrolę nad ryzykiem i jednocześnie posiadającego zdolność finansową do ponoszenia ryzyka nie będzie możliwe. Ponieważ jest mało prawdopodobne, by taka sytuacja wystąpiła w transakcjach między stronami niezależnymi, należy przeprowadzić wnikliwą analizę faktów i okoliczności danego przypadku w celu zidentyfikowania przyczyn i działań, które doprowadziły do takiej sytuacji. Na podstawie takiej oceny, administracje podatkowe określą korekty do transakcji niezbędne do zapewnienia rynkowego wyniku transakcji. Konieczne może okazać się dokonanie oceny komercyjnego uzasadnienia transakcji w oparciu o postanowienia sekcji D.2.

D.1.2.1.6. Krok 6: Wycena transakcji z uwzględnieniem konsekwencji alokacji ryzyka

1.100. Zgodnie z zaleceniami zawartymi w niniejszej sekcji, dokładnie określoną transakcję należy następnie wycenić, korzystając z narzędzi i metod dostępnych podatnikom i administracjom podatkowym, przedstawionych w kolejnych rozdziałach niniejszych Wytycznych, z uwzględnieniem finansowych i innych konsekwencji ponoszenia ryzyka, jak również wynagrodzenia za zarządzanie ryzykiem. Ponoszenie ryzyka powinno podlegać wynagrodzeniu odpowiadającemu właściwemu oczekiwanemu zwrotowi. Odpowiednio wynagrodzić należy również działania w obszarze ograniczania ryzyka. W związku z powyższym podatnik zarówno podejmujący, jak i ograniczający ryzyko będzie uprawniony do wyższego oczekiwanego wynagrodzenia niż podatnik, który jedynie ponosi ryzyko lub ogranicza ryzyko, lecz nie wykonuje obu czynności.

1.101. W okolicznościach zaprezentowanych w przykładzie 1 w pkt 1.83 Spółka A ponosi i kontroluje ryzyko rozwojowe i powinna ponieść konsekwencje finansowe

niepowodzenia lub korzystać z finansowych konsekwencji sukcesu. Z kolei Spółka B powinna zostać odpowiednio wynagrodzona za świadczenie usług rozwojowych wiążących się z ryzykiem, że nie będzie ona ich realizować w kompetentny sposób.

1.102. W okolicznościach przedstawionych w przykładzie 2 w pkt 1.84 istotne ryzyka związane z generowaniem zwrotu na działalności produkcyjnej są kontrolowane przez Spółkę A, zatem korzystne i niekorzystne konsekwencje przedmiotowych ryzyk należy przypisać Spółce A. Spółka B sprawuje kontrolę nad ryzykiem, że nie będzie ona świadczyła usług w kompetentny sposób, więc jej wynagrodzenie powinno uwzględniać takie ryzyko, jak również jej początkowe koszty finansowania związane z nabyciem zakładu produkcyjnego. Ponieważ ryzyka związane z wykorzystaniem mocy produkcyjnych są kontrolowane przez Spółkę A, Spółce A należy przypisać ryzyko ich niedostatecznego wykorzystania. Oznacza to, że finansowe konsekwencje materializacji takiego ryzyka, w tym brak możliwości pokrycia kosztów stałych, odpisy lub koszty likwidacji, należy przypisać Spółce A.

1.103. Konsekwencje alokacji ryzyka w przykładzie 3 w pkt 1.85 zależą od analizy funkcji przeprowadzonej w kroku 3. Spółka A nie posiada kontroli nad ekonomicznie istotnymi ryzykami związanymi z inwestycją w aktywo i jego wykorzystywaniem, a takie ryzyka powinny być dostosowane do kontroli sprawowanej nad ryzykami przez Spółki B i C. Wkład funkcjonalny Spółki A ogranicza się do dostarczania finansowania na kwotę równą kosztowi aktywa, co umożliwia wytworzenie tego aktywa i jego wykorzystywanie przez Spółki B i C. Jednakże analiza funkcjonalna wykazała również, że Spółka A nie posiada zdolności ani uprawnień do sprawowania kontroli nad ryzykiem inwestowania w aktywo finansowe. Spółka A nie posiada zdolności do podejmowania decyzji o przyjęciu lub odrzuceniu możliwości finansowania ani zdolności do podejmowania decyzji o tym, czy i w jaki sposób należy reagować na ryzyka związane z taką możliwością finansowania. Spółka A nie wykonuje funkcji związanych z dokonywaniem oceny możliwości finansowania, nie prowadzi analiz stosownej premii za ryzyko oraz innych kwestii w celu ustalenia właściwej ceny możliwości finansowania i nie dokonuje ocen odpowiednich środków ochrony jej inwestycji finansowej. W okolicznościach opisanych w przykładzie 3 Spółka A nie byłaby uprawniona do zwrotu wyższego niż zwrot wolny od ryzyka[4], stanowiący właściwy wyznacznik zysków, do jakich jest uprawniona, jako że nie posiada ona zdolności do kontrolowania ryzyka związanego z inwestowaniem w bardziej ryzykowne aktywo finansowe. Ryzyko zostanie alokowane przedsiębiorstwu, które posiada kontrolę oraz zdolność finansową do ponoszenia ryzyk związanych z aktywem finansowym. W okolicznościach wskazanych w przykładzie będzie to Spółka B. Spółka A nie kontroluje ryzyka inwestycyjnego, które pociąga za sobą potencjalną premię za ryzyko. Konieczne może okazać się dokonanie oceny komercyjnego uzasadnienia transakcji w oparciu o zalecenia sekcji D.2, biorąc pod uwagę wszystkie fakty i okoliczności transakcji.

1.104. Zalecenia dotyczące relacji pomiędzy ponoszeniem ryzyka w związku z dostarczeniem finansowania a działalnością operacyjną, na którą jest przeznaczane finansowanie, zostały przedstawione w pkt 6.60–6.64. Koncepcje określone we wskazanych punktach w równym stopniu znajdują zastosowanie w odniesieniu do inwestycji w aktywa inne niż dobra niematerialne.

1.105. Stronę zawsze należy odpowiednio wynagrodzić za pełnione przez nią funkcje kontrolne w zakresie ryzyka. Przedmiotowe wynagrodzenie zazwyczaj wynika z konsekwencji przypisania ryzyka, a zatem taka strona będzie uprawniona do otrzymania korzyści z pozytywnych aspektów ryzyka i do poniesienia kosztów negatywnych aspektów ryzyka. W sytuacji gdy strona wnosi wkład w kontrolę ryzyka, lecz nie ponosi takiego ryzyka, właściwe może okazać się wynagrodzenie w postaci udziału w potencjalnych korzystnych i niekorzystnych skutkach, współmierne do wkładu wnoszonego w kontrolę.

1.106. Różnica między poziomem zwrotu *ex ante* i *ex post* omówiona w szczególności w sekcji D rozdziału VI w dużej mierze wynika z ryzyk związanych z niepewnością co do przyszłych wyników biznesowych. Jak wskazano w pkt 1.78, umowne ponoszenie ryzyka *ex ante* powinno przedstawiać jednoznaczny dowód zobowiązania się do ponoszenia ryzyka przed materializacją skutków tego ryzyka. Stosownie do kroków opisanych w niniejszej sekcji, analiza cen transferowych pozwoli na dokładne określenie transakcji pod względem ryzyka, w tym ryzyka związanego z nieoczekiwanym zwrotem. Strona, która zgodnie z takimi krokami nie ponosi ryzyka ani nie wnosi wkładu w jego kontrolę, nie będzie uprawniona do nieoczekiwanych zysków (ani nie będzie zobowiązana ponieść nieoczekiwanych strat) wynikających z takiego ryzyka. W okolicznościach przedstawionych w przykładzie 3 (zob. pkt 1.85) oznacza to, że Spółce A nie zostaną przypisane nieoczekiwane zyski ani nieoczekiwane straty. W związku z powyższym jeżeli aktywo z przykładu 3 niespodziewanie ulegnie zniszczeniu, co spowoduje nieoczekiwaną stratę, taka strata zostanie dla celów cen transferowych przypisana spółce lub spółkom, które kontrolują ryzyko inwestycyjne, wnoszą wkład w kontrolę takiego ryzyka i posiadają zdolność finansową do ponoszenia takiego ryzyka oraz są uprawnione do nieoczekiwanych zysków lub strat związanych z przedmiotowym aktywem. Taka spółka lub spółki będą zobowiązane zrekompensować Spółce A zwrot, do którego jest ona uprawniona zgodnie z pkt 1.103.

D.1.3. Cechy charakterystyczne dóbr lub usług

1.107. Różnice w specyficznych cechach charakterystycznych dóbr lub usług mają często wpływ, przynajmniej częściowo, na różnice w ich wartości na wolnym rynku. W związku z powyższym porównanie takich cech może okazać się użyteczne przy określaniu transakcji i ustalaniu porównywalności transakcji kontro-

lowanych i niekontrolowanych. Do cech charakterystycznych, które mogą okazać się istotne, należy zaliczyć: w przypadku przenoszenia dóbr materialnych – cechy fizyczne danego dobra, jego jakość i niezawodność oraz dostępność i wielkość podaży, w przypadku świadczenia usług – charakter i zakres usług, oraz w przypadku dóbr niematerialnych – formę transakcji (np. licencja lub sprzedaż), rodzaj dóbr (np. patent, znak towarowy lub *know-how*), okres i stopień ochrony, a także oczekiwane korzyści w związku z wykorzystaniem takich dóbr. Bardziej szczegółowe omówienie niektórych specyficznych cech charakterystycznych dóbr niematerialnych, które mogą okazać się istotne w analizie porównywalności dotyczącej przeniesienia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, zostało przedstawione w sekcji D.2.1 rozdziału VI.

1.108. W zależności od metody cen transferowych temu czynnikowi należy przypisać większe lub mniejsze znaczenie. Wśród metod przewidzianych w rozdziale II niniejszych Wytycznych wymogi dotyczące porównywalności dóbr lub usług są najbardziej rygorystyczne w metodzie porównywalnej ceny niekontrolowanej. W metodzie porównywalnej ceny niekontrolowanej wszelkie istotne różnice w cechach charakterystycznych dóbr lub usług mogą mieć wpływ na cenę i należy rozważyć możliwość dokonania odpowiednich korekt (zob. w szczególności pkt 2.15). W metodzie ceny odprzedaży i metodzie koszt plus niektóre różnice w cechach charakterystycznych dóbr lub usług mogą nie mieć istotnego wpływu na marżę zysku brutto lub na narzut na kosztach (zob. w szczególności pkt 2.23 i 2.41). Na różnice w cechach charakterystycznych dóbr lub usług mniej wrażliwe niż tradycyjne metody transakcyjne są również metody zysku transakcyjnego (zob. w szczególności pkt 2.69). Nie oznacza to jednak, że stosując metody zysku transakcyjnego, można pominąć kwestię porównywalności cech charakterystycznych dóbr lub usług, ponieważ może zdarzyć się, że różnice między produktami skutkują różnymi funkcjami wykonywanymi, aktywami zaangażowanymi i/lub ryzykami ponoszonymi przez stronę podlegającą badaniu lub odzwierciedlają te funkcje, aktywa i/lub ryzyka. Pojęcie strony podlegającej badaniu zostało omówione w pkt 3.18–3.19.

1.109. Jak zaobserwowano w praktyce, analizy porównywalności w przypadku metod opierających się na wskaźnikach zysku brutto lub netto często kładą większy nacisk na podobieństwo funkcjonalne niż na podobieństwo produktowe. W zależności od faktów i okoliczności danego przypadku dopuszczalne może być rozszerzenie zakresu analizy porównywalności w celu uwzględnienia transakcji niekontrolowanych dotyczących innych produktów, lecz wiążących się z pełnieniem podobnych funkcji. Niemniej jednak dopuszczalność takiego podejścia zależy od wpływu, jaki na wiarygodność porównania mają takie różnice w produktach, oraz od dostępności bardziej wiarygodnych danych. Przed rozszerzeniem wyszukiwania w celu uwzględnienia większej liczby potencjalnie porównywalnych

transakcji niekontrolowanych w oparciu o podobieństwo między pełnionymi funkcjami należy rozważyć, czy takie transakcje będą mogły stanowić wiarygodne dane porównawcze w stosunku do transakcji kontrolowanej.

D.1.4. Warunki ekonomiczne

1.110. Ceny rynkowe mogą różnić się w zależności od rynku, nawet w przypadku transakcji dotyczących takich samych dóbr lub usług. W związku z powyższym uzyskanie porównywalności wymaga, aby rynki, na których działają przedsiębiorstwa niezależne i powiązane, nie charakteryzowały się różnicami mającymi istotny wpływ na cenę lub by możliwe było dokonanie odpowiednich korekt. W pierwszym kroku konieczne jest zidentyfikowanie stosownego rynku lub rynków z uwzględnieniem dostępnych towarów lub usług substytucyjnych. Wśród warunków ekonomicznych, które mogą okazać się istotne w ustalaniu porównywalności rynków, należy wymienić: położenie geograficzne; rozmiar rynków; zakres konkurencji na rynkach oraz względne pozycje konkurencyjne nabywców i sprzedawców; dostępność (ryzyko z tym związane) towarów lub usług substytucyjnych; poziomy podaży i popytu na rynku ogółem oraz w poszczególnych regionach, jeżeli może to mieć znaczenie; siłę nabywczą konsumentów; charakter i zakres rządowej regulacji rynku; koszty produkcji, w tym koszty gruntu, pracy i kapitału; koszty transportu; charakter rynku (np. detaliczny lub hurtowy); datę i termin transakcji itd. O tym, czy różnice w warunkach ekonomicznych mają istotny wpływ na cenę i czy możliwe jest dokonanie stosunkowo dokładnych korekt w celu wyeliminowania efektów takich różnic, decydują fakty i okoliczności konkretnego przypadku. Bardziej szczegółowe zalecenia na temat znaczenia, w analizie porównywalności, cech charakterystycznych rynków lokalnych, zwłaszcza cech charakterystycznych rynków lokalnych, które wiążą się z powstaniem oszczędności lokalizacji, zostały zawarte w sekcji D.6 niniejszego rozdziału.

1.111. Jednym z warunków ekonomicznych, który należy zidentyfikować, jest istnienie cyklu (np. gospodarczego, biznesowego, produktowego). Więcej informacji na temat zastosowania danych za okres kilku lat w przypadku występowania cykli znajduje się w pkt 3.77.

1.112. Kolejnym warunkiem ekonomicznym, który należy zidentyfikować, jest rynek geograficzny. Identyfikacja stosownego rynku to kwestia oceny stanu faktycznego. W wielu branżach wielkie rynki regionalne obejmujące więcej niż jeden kraj mogą okazać się względnie homogenicznie, z kolei w innych różnice między rynkami krajowymi (lub nawet w obrębie rynków krajowych) są bardzo znaczące.

1.113. W przypadku gdy grupa MNE przeprowadza podobne transakcje kontrolowane w kilku krajach, a warunki ekonomiczne w takich krajach są w istocie

względnie homogeniczne, właściwe dla tej grupy MNE może okazać się przeprowadzenie analizy porównywalności obejmującej wiele krajów w celu potwierdzenia jej polityki cen transferowych stosowanej wobec takiej grupy krajów. Niemniej istnieje również wiele sytuacji, gdy grupa MNE oferuje znacząco różny zakres produktów lub usług w poszczególnych krajach i/lub wykonuje znacząco różne funkcje w każdym z takich krajów (angażując istotnie odmienne aktywa i ponosząc istotnie odmienne ryzyka) i/lub jej strategie gospodarcze i/lub warunki ekonomiczne są znacząco różne. W takich sytuacjach oparcie się na podejściu uwzględniającym wiele krajów może obniżyć wiarygodność.

D.1.5. Strategie gospodarcze

1.114. W celu określenia transakcji i ustalenia porównywalności dla celów cen transferowych należy również zbadać strategie gospodarcze. Biorą one pod uwagę wiele aspektów przedsiębiorstwa, w tym innowacje i rozwój nowych produktów, stopień dywersyfikacji, skłonność do podejmowania ryzyka, ocenę przemian politycznych, implikacje wynikające z istniejących i planowanych przepisów prawa pracy, czas trwania porozumień oraz inne czynniki mające wpływ na bieżącą działalność gospodarczą. Takie strategie gospodarcze mogą wymagać uwzględnienia przy określaniu porównywalności między kontrolowanymi i niekontrolowanymi transakcjami i przedsiębiorstwami.

1.115. Strategie gospodarcze mogą także obejmować sposoby penetracji rynku. Podatnik starający się spenetrować rynek lub zwiększyć swój udział rynkowy może przejściowo pobierać niższą cenę za produkt niż cena pobierana na tym samym rynku za produkty w pozostałym zakresie porównywalne. Ponadto podatnik starający się wejść na nowy rynek lub zwiększyć (lub zachować) swój udział w rynku może tymczasowo ponosić wyższe koszty (np. z uwagi na koszty uruchomienia działalności lub wzmożone działania marketingowe), a – w rezultacie – osiągać niższy poziom zysku niż pozostali podatnicy działający na tym samym rynku.

1.116. Przy ocenie, czy podatnik stosuje strategię gospodarczą odróżniającą go od potencjalnych podmiotów porównywalnych, szczególne problemy dla administracji podatkowych mogą stanowić kwestie czasowe. Niektóre strategie gospodarcze, np. te dotyczące penetracji rynku lub zwiększenia udziału rynkowego, wiążą się z obniżeniem bieżących zysków podatnika w oczekiwaniu na wyższe zyski w przyszłości. Jeżeli w przyszłości takie wyższe zyski nie zmaterializują się, ponieważ podatnik w rzeczywistości nie realizował deklarowanej strategii gospodarczej, odpowiedni wynik dla celów cen transferowych będzie prawdopodobnie wymagać dokonania korekty cen transferowych. Jednakże ograniczenia prawne mogą uniemożliwić administracjom podatkowym przeprowadzenie ponownego badania wcześniejszych lat podatkowych. Przynajmniej częściowo z tego powodu

administracje podatkowe mogą chcieć poświęcić kwestii strategii gospodarczej szczególną uwagę.

1.117. Dokonując oceny, czy podatnik realizował strategię gospodarczą skutkującą tymczasowym obniżeniem zysków w zamian za wyższe zyski w dłuższej perspektywie, należy rozważyć wiele czynników. Administracje podatkowe powinny zbadać postępowanie stron w celu ustalenia, czy jest ono zgodne z deklarowaną strategią gospodarczą. Dla przykładu jeżeli w ramach strategii penetracji rynku producent obciąża powiązanego dystrybutora ceną niższą od rynkowej, oszczędności kosztowe dystrybutora mogą znajdować odzwierciedlenie w cenie pobieranej od klientów dystrybutora lub w wyższych wydatkach związanych z penetracją rynku ponoszonych przez dystrybutora. Strategię penetracji rynku grupy MNE może realizować producent albo dystrybutor działający niezależnie od producenta (a wynikające z tego koszty są ponoszone przez jeden z tych podmiotów), albo oba te podmioty działające w skoordynowany sposób. Ponadto strategii penetracji rynku lub zwiększenia udziału rynkowego zazwyczaj towarzyszą niezwykle intensywne działania w obszarze marketingu i reklamy. Kolejnym czynnikiem wymagającym rozważenia jest kwestia, czy charakter stosunków między stronami transakcji kontrolowanej uzasadnia ponoszenie przez podatnika kosztów strategii gospodarczej. Przykładowo w transakcjach zgodnych z zasadą ceny rynkowej spółka działająca wyłącznie jako agent sprzedaży ponoszący niewielką odpowiedzialność za długoterminowy rozwój rynku lub w ogóle nieponoszący takiej odpowiedzialności zasadniczo nie będzie ponosić kosztów strategii penetracji rynku. Jeżeli spółka podjęła działania związane z rozwojem rynku na własne ryzyko i podwyższa wartość produktu za pomocą znaku towarowego lub nazwy handlowej albo zwiększa renomę związaną z produktem, taka sytuacja powinna znaleźć odzwierciedlenie w analizie funkcji dla celów ustalenia porównywalności.

1.118. Należy także rozważyć, czy można słusznie oczekiwać, że realizacja strategii przyniesie zwrot wystarczający do uzasadnienia jej kosztów w okresie, jaki zostałby zaakceptowany w ustaleniach rynkowych. Dopuszcza się możliwość, że strategia gospodarcza, taka jak penetracja rynku, może zakończyć się niepowodzeniem, zaś samo takie niepowodzenie nie oznacza, że strategię można pominąć dla celów cen transferowych. Jednakże jeżeli w momencie dokonywania transakcji oczekiwane rezultaty były bezpodstawne lub jeżeli strategia gospodarcza okazuje się nieudana, lecz wciąż jest realizowana przez okres dłuższy, niż zostałby zaakceptowany przez przedsiębiorstwo niezależne, mogą pojawić się wątpliwości co do jej rynkowego charakteru, uzasadniające korektę cen transferowych. Określając, jaki przedział czasowy zostałby zaakceptowany przez przedsiębiorstwo niezależne, administracje podatkowe mogą zechcieć rozważyć dowody strategii handlowych obserwowanych w kraju, w którym jest realizowana strategia gospodarcza. Ostatecznie jednak najważniejszą kwestią jest to, czy można słusznie oczekiwać, że owa

strategia okaże się opłacalna w przewidywalnej przyszłości (przy czym dopuszcza się możliwość, że taka strategia może zakończyć się niepowodzeniem) oraz czy strona działająca w warunkach rynkowych byłaby gotowa poświęcić rentowność przez podobny okres w takich warunkach gospodarczych i warunkach konkurencji.

D.2. Uznanie dokładnie określonej transakcji

1.119. Zgodnie z zaleceniami zawartymi w poprzedniej sekcji, analiza cen transferowych pozwoli na zidentyfikowanie treści stosunków handlowych lub finansowych między stronami oraz na dokładne określenie faktycznej transakcji poprzez analizę ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych.

1.120. W ramach analizy faktyczna transakcja między stronami zostanie wydedukowana w oparciu o pisemne umowy i postępowanie stron. Formalne warunki przewidziane w umowach zostaną wyjaśnione i uzupełnione o analizę postępowania stron oraz o inne ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne transakcji (zob. sekcja D.1.1). Jeżeli ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne transakcji nie będą zgodne z pisemną umową, wówczas faktyczna transakcja zostanie określona na podstawie cech charakterystycznych transakcji odzwierciedlonych w postępowaniu stron. Umowne ponoszenie ryzyk i faktyczne postępowanie w obszarze ponoszenia ryzyk zostaną zbadane z uwzględnieniem kontroli nad ryzykiem (określonym w pkt 1.65–1.68) oraz zdolności finansowej do ponoszenia ryzyka (określonej w pkt 1.64), a w konsekwencji ryzyka ponoszone na mocy umowy mogą zostać alokowane zgodnie z postępowaniem stron i innymi faktami w oparciu o kroki 4 i 5 procesu analizy ryzyka w transakcji kontrolowanej, omówionymi w sekcjach D.1.2.1.4 i D.1.2.1.5. W związku z powyższym analiza pozwoli na ustalenie rzeczywistej treści stosunków handlowych lub finansowych między stronami oraz na dokładne określenie faktycznej transakcji.

1.121. Należy dołożyć wszelkich starań w celu ustalenia ceny faktycznej transakcji, która została dokładnie określona zgodnie z zasadą ceny rynkowej. Różne narzędzia i metody dostępne administracjom podatkowym i podatnikom w tym zakresie zostały przedstawione w kolejnych rozdziałach niniejszych Wytycznych. Administracja podatkowa nie powinna pomijać faktycznej transakcji lub zastępować jej innymi transakcjami, chyba że zaistnieją wyjątkowe okoliczności wskazane w kolejnych pkt 1.122–1.125.

1.122. W tej sekcji przedstawiono okoliczności, w których dokładnie określona transakcja między stronami może zostać pominięta dla celów cen transferowych. Ponieważ nieuznanie transakcji może rodzić spory i stanowić źródło podwójnego opodatkowania, należy dołożyć wszelkich starań, aby określić faktyczny charakter transakcji i zastosować cenę rynkową do dokładnie określonej transakcji oraz za-

pewnić, że nieuznaniem nie posiłkowano się wyłącznie dlatego, że ustalenie ceny rynkowej jest utrudnione. Jeżeli taką samą transakcję można zaobserwować między stronami niezależnymi w porównywalnych okolicznościach (tj. gdy wszystkie ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne są takie same jak te, w ramach których transakcja podlegająca badaniu jest przeprowadzana, z wyjątkiem faktu, że strony są przedsiębiorstwami powiązanymi), nie można nie uznać transakcji. Co ważniejsze, sam fakt, że nie można zaobserwować transakcji między stronami niezależnymi, nie oznacza, że nie można uznać takiej transakcji. Podmioty powiązane mogą mieć możliwość uzgadniania znacznie szerszego spektrum ustaleń niż przedsiębiorstwa niezależne i mogą zawierać transakcje o szczególnym charakterze, które nie są dokonywane lub są jedynie bardzo rzadko dokonywane między stronami niezależnymi i mogą mieć ku temu solidne uzasadnienie biznesowe. Dokładnie określona transakcja może zostać pominięta oraz, w stosownych przypadkach, zastąpiona alternatywną transakcją, jeżeli ustalenia poczynione w związku z transakcją, rozpatrywane ogółem, różnią się od ustaleń, jakie zostałyby przyjęte przez przedsiębiorstwa niezależne działające w komercyjnie uzasadniony sposób w porównywalnych okolicznościach, co uniemożliwiło ustalenie ceny, jaka zostałaby zaakceptowana przez obie strony, mając na względzie ich perspektywy i opcje realistycznie im dostępne w momencie zawarcia transakcji. Należy także rozważyć, czy nie pogorszyły się wyniki przed opodatkowaniem grupy MNE jako całości, ponieważ to mogłoby wskazywać, że transakcja rozpatrywana ogółem nie znajduje komercyjnego uzasadnienia, jakie występuje w ustaleniach między stronami niezależnymi.

1.123. Kluczowym zagadnieniem w analizie jest to, czy faktyczna transakcja znajduje uzasadnienie komercyjne, jakie wystąpiłoby w ustaleniach, które zostałyby uzgodnione między stronami niezależnymi w porównywalnych warunkach rynkowych, nie zaś czy taką samą transakcję można zaobserwować między stronami niezależnymi. Nieuznanie transakcji posiadającej uzasadnienie komercyjne występujące w ustaleniach zgodnych z zasadą ceny rynkowej nie stanowi właściwego zastosowania zasady ceny rynkowej. Restrukturyzacja zasadnych transakcji biznesowych będzie działaniem całkowicie uznaniowym, którego niesłuszność zostanie pogłębiona ze względu na wystąpienie podwójnego opodatkowania, jeżeli druga administracja podatkowa nie podzieli tego samego poglądu odnośnie do sposobu, w jaki należy transakcję ustrukturyzować. Należy ponownie zaznaczyć, że sam fakt, iż transakcji nie można zaobserwować między podmiotami niezależnymi, nie oznacza, że nie posiada ona cech charakterystycznych dla ustaleń rynkowych.

1.124. Struktura, która dla celów cen transferowych zastąpi strukturę faktycznie przyjętą przez podatników, powinna możliwie jak najściślej pokrywać się ze stanem faktycznym rzeczywiście przeprowadzonej transakcji, a jednocześnie

osiągać uzasadniony komercyjnie oczekiwany rezultat, który pozwoliłby obu stronom uzgodnić akceptowalną dla nich cenę w momencie zawarcia takich ustaleń.

1.125. Kryterium przesądzające o nieuznaniu transakcji ilustrują następujące przykłady.

Przykład 1

1.126. Spółka S1 prowadzi działalność produkcyjną wiążącą się z przechowywaniem znacznych zapasów i dokonywaniem istotnych inwestycji w zakład produkcyjny i maszyny. Podmiot ten posiada nieruchomość komercyjną położoną na obszarze, na którym w ostatnich latach coraz częściej występowały powodzie. Niezależni ubezpieczyciele borykają się ze znaczącą niepewnością w związku z narażeniem na wysokie roszczenia, co skutkuje brakiem aktywnego rynku ubezpieczeń dla nieruchomości na tym obszarze. Podmiot powiązany, Spółka S2, zapewnia Spółce S1 ubezpieczenie, z tytułu którego Spółka S1 uiszcza roczną składkę wynoszącą 80% wartości zapasów, nieruchomości i jej wyposażenia. W omawianym przykładzie Spółka S1 zawarła komercyjnie nieuzasadnioną transakcję, ponieważ ze względu na prawdopodobieństwo wystąpienia istotnych roszczeń nie istnieje rynek na takie ubezpieczenia. Przeniesienie działalności lub nieposiadanie ubezpieczenia mogą stanowić korzystniejszą i realistyczną alternatywę. Ponieważ transakcja jest nieuzasadniona komercyjnie, nie istnieje cena, która byłaby możliwa do zaakceptowania zarówno przez S1, jak i S2, z ich indywidualnej perspektywy.

1.127. Zgodnie z zaleceniami zawartymi w niniejszej sekcji, transakcja nie powinna zostać uznana. S1 należy potraktować jako podmiot, który nie nabywa ubezpieczenia i którego zyski nie zostały zmniejszone o płatność na rzecz S2; S2 powinna zostać potraktowana jako podmiot, który nie wystawia ubezpieczenia, a zatem nie odpowiada za żadne roszczenia.

Przykład 2

1.128. Spółka S1 prowadzi działalność badawczą polegającą na rozwoju dóbr niematerialnych wykorzystywanych przez nią w tworzeniu nowych produktów, które może produkować i sprzedawać. Podmiot ten zgadza się przenieść na rzecz spółki powiązanej, Spółki S2, nieograniczone prawa do wszelkich przyszłych dóbr niematerialnych, które mogą powstać w ramach prac prowadzonych przez nią w przyszłości przez okres 20 lat, za opłatą w zryczałtowanej kwocie. W przypadku obu stron przedmiotowe ustalenia są nieuzasadnione komercyjnie, ponieważ ani Spółka S1, ani Spółka S2 nie są w stanie w wiarygodny sposób określić, czy taka płatność odzwierciedla odpowiednią wycenę, zarówno ze względu na fakt, że nie ma pewności odnośnie do zakresu działań rozwojowych, jakie Spółka S1 może prowadzić przez powyższy okres, jak i fakt, że wycena potencjalnych rezultatów

byłaby zadaniem o charakterze wyłącznie spekulacyjnym. Zgodnie z zaleceniami zawartymi w niniejszej sekcji dla celów analizy cen transferowych należy zmodyfikować strukturę ustaleń przyjętych przez podatnika, w tym formę zapłaty. Strukturę zastępczą należy określić w oparciu o ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne, w tym wykonywane funkcje, zaangażowane aktywa i ponoszone ryzyka stosunków handlowych lub finansowych między przedsiębiorstwami powiązanymi. Powyższe fakty pozwolą na zawężenie zakresu ewentualnych struktur zastępczych do struktury najbardziej spójnej ze stanem faktycznym sprawy (przykładowo, w zależności od takiego stanu faktycznego, ustalenia mogą zostać reklasyfikowane na udostępnienie finansowania przez Spółkę S2 lub na świadczenie usług badawczych przez Spółkę S1 lub, jeżeli zostaną zidentyfikowane określone dobra niematerialne, na licencję o warunkowych opłatach za rozwój takich określonych dóbr niematerialnych, biorąc pod uwagę w stosownych przypadkach zalecenia w zakresie dóbr niematerialnych trudnych do wyceny).

D.3. Straty

1.129. Jeżeli przedsiębiorstwo powiązane stale ponosi straty, podczas gdy grupa MNE ogółem wykazuje rentowność, taki stan faktyczny może wzbudzić szczególne zainteresowanie w zakresie cen transferowych. Przedsiębiorstwa powiązane, tak jak i przedsiębiorstwa niezależne, mogą oczywiście utrzymywać autentyczne straty, czy to z uwagi na wysokie koszty uruchomienia działalności, niekorzystne warunki gospodarcze, brak efektywności, czy też z innych uzasadnionych przyczyn biznesowych. Niemniej jednak niezależne przedsiębiorstwo nie byłoby skłonne ponosić strat przez nieokreślony czas. Przedsiębiorstwo niezależne generujące ciągłe straty w końcu przestanie prowadzić działalność na takich warunkach. Natomiast przedsiębiorstwo powiązane realizujące straty może kontynuować swoją działalność, jeżeli taka działalność przynosi korzyści grupie MNE jako całości.

1.130. Fakt, że przedsiębiorstwo przynoszące straty prowadzi współpracę z rentownymi członkami tej samej grupy MNE, może wskazywać podatnikom i administracjom podatkowym na konieczność zbadania cen transferowych. Przedsiębiorstwo generujące straty może nie otrzymywać od grupy MNE, do której należy, wynagrodzenia adekwatnego do korzyści osiąganych z jego działalności. Na przykład w celu zachowania konkurencyjności i osiągnięcia łącznego zysku grupa MNE może być zmuszona do dostarczenia pełnego asortymentu produktów i/lub usług, przy czym niektóre z poszczególnych linii produktowych mogą systematycznie odnotowywać spadek przychodów. Jeden z członków grupy MNE może realizować stałe straty, ponieważ taki podmiot zajmuje się produkcją wszystkich produktów przynoszących straty, podczas gdy pozostali członkowie wytwarzają produkty zyskowne. Przedsiębiorstwo niezależne świadczyłoby taką usługę wy-

łącznie w przypadku, gdyby otrzymywało za usługę adekwatną zapłatę. W związku z powyższym jednym ze sposobów podejścia do tego rodzaju problemu z obszaru cen transferowych jest przyjęcie założenia, że przedsiębiorstwo generujące straty powinno uzyskiwać ten sam rodzaj zapłaty za usługę, jaki otrzymałoby przedsiębiorstwo niezależne zgodnie z zasadą ceny rynkowej.

1.131. Dokonując analizy strat, należy wziąć pod uwagę, że strategie gospodarcze mogą różnić się między grupami MNE z różnych przyczyn o podłożu historycznym, ekonomicznym i kulturowym. Powtarzające się straty ponoszone w rozsądnym okresie mogą w niektórych przypadkach znajdować uzasadnienie w strategii gospodarczej zakładającej przyjęcie wyjątkowo niskich cen w celu penetracji rynku. Na przykład producent może obniżyć ceny swoich towarów, nawet do poziomu przynoszącego tymczasowe straty, aby wejść na nowe rynki, zwiększyć swój udział w dotychczasowym rynku, wprowadzić nowe produkty lub usługi albo zniechęcić potencjalnych konkurentów. Niemniej jednak należy oczekiwać, że wyjątkowo niskie ceny będą stosowane jedynie przez ograniczony czas, z myślą o konkretnym celu w postaci zwiększenia zysków w dłuższym okresie. Jeżeli taka strategia cenowa będzie kontynuowana przez okres dłuższy, niż będzie to racjonalne, właściwe może okazać się dokonanie korekty cen transferowych, w szczególności jeżeli dane porównawcze za okres kilku lat wykażą, że straty były ponoszone przez okres dłuższy niż w przypadku porównywalnych przedsiębiorstw niezależnych. Ponadto administracje podatkowe nie powinny akceptować wyjątkowo niskich cen (np. cen na poziomie kosztu krańcowego w sytuacji niepełnego wykorzystania mocy produkcyjnych) jako cen zgodnych z zasadą rynkową, chyba że można oczekiwać, iż przedsiębiorstwa niezależne określiłyby ceny w porównywalny sposób.

D.4. Wpływ polityki rządowej

1.132. Istnieją pewne okoliczności, w których podatnik uzna, że cenę rynkową należy skorygować w celu uwzględnienia interwencji rządowych, takich jak kontrola cen (nawet obniżki cen), kontrola stóp procentowych, kontrola nad płatnościami za usługi lub opłatami za zarządzanie, kontrola nad należnościami licencyjnymi, dotacje na rzecz niektórych sektorów, kontrola dewizowa, cła antydumpingowe lub polityka kursów walutowych. Zasadniczo interwencje rządowe należy traktować jako warunki rynku w danym kraju i w zwykłym toku należy je uwzględnić przy ocenie cen transferowych podatnika na tym rynku. W powyższych okolicznościach powstaje pytanie, czy w świetle takich warunków transakcje realizowane przez strony kontrolowane są zgodne z transakcjami między przedsiębiorstwami niezależnymi.

1.133. Jednym z zagadnień do rozważenia jest określenie etapu, na którym kontrola cen wpływa na cenę produktu lub usługi. Często jest to bezpośredni

wpływ na ostateczną cenę stosowaną wobec konsumenta, niemniej jednak wpływ na uiszczane ceny może być także wywierany na wcześniejszych etapach dostaw towarów na rynek. W praktyce MNE mogą nie dokonać żadnych korekt swoich cen transferowych w celu uwzględnienia takiej kontroli, w związku z czym to ostateczny sprzedawca poniesie ewentualne skutki ograniczenia zysku, albo mogą one ustalić ceny, które w pewien sposób dokonają podziału takiego obciążenia między ostatecznym sprzedawcą a dostawcą pośrednim. Należy rozważyć, czy niezależny dostawca przyjąłby na siebie część kosztów kontroli cen oraz czy niezależne przedsiębiorstwo nie poszukałoby alternatywnych linii produktowych i możliwości biznesowych. Pod tym względem jest mało prawdopodobne, aby niezależne przedsiębiorstwo zgodziło się wytwarzać, dystrybuować lub w inny sposób dostarczać produkty lub usługi na warunkach, które nie przyniosą mu zysku. Niemniej jednak jest dość oczywiste, że kraj stosujący kontrolę cen musi mieć na uwadze, że taka kontrola cen będzie miała wpływ na możliwe do osiągnięcia zyski przedsiębiorstw prowadzących sprzedaż towarów podlegających kontroli.

1.134. Szczególny problem pojawia się w sytuacji, gdy dany kraj uniemożliwia lub „blokuje" wypłatę kwoty należnej od jednego przedsiębiorstwa powiązanego na rzecz drugiego lub która, w ustaleniach zgodnych z zasadą ceny rynkowej, zostałaby pobrana przez jedno przedsiębiorstwo powiązane od drugiego. Przykładowo kontrola dewizowa może skutecznie uniemożliwić przedsiębiorstwu powiązanemu dokonanie przelewu płatności odsetkowych za granicę z tytułu pożyczki udzielonej przez inne przedsiębiorstwo powiązane położone w innym kraju. Te dwa kraje mogą traktować taką sytuację w odmienny sposób: kraj pożyczkobiorcy może rozpoznawać nieprzekazane odsetki jako wypłacone lub nie, zaś kraj pożyczkodawcy może traktować pożyczkodawcę jako podmiot, który otrzymał odsetki lub nie. Zasadniczo w sytuacji gdy interwencja rządowa w równym stopniu dotyczy transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi, jak i transakcji między przedsiębiorstwami niezależnymi (zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym), dla celów podatkowych należy zastosować takie samo podejście do wskazanego problemu w relacjach między przedsiębiorstwami powiązanymi jak to, które zostałoby przyjęte w stosunku do transakcji między przedsiębiorstwami niezależnymi. Jeżeli interwencja rządowa znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi, wówczas nie istnieje żadne proste rozwiązanie tego problemu. Być może jednym ze sposobów uporania się z tym zagadnieniem jest zastosowanie ceny rynkowej przy uznaniu interwencji za warunek mający wpływ na warunki transakcji. Omawiane okoliczności mogą podlegać szczególnym postanowieniom traktatów, regulującym podejścia możliwe do zastosowania przez partnerów traktatowych.

1.135. Analizę może utrudniać fakt, że przedsiębiorstwa niezależne często po prostu nie zawarłyby transakcji, w ramach której płatności zostałyby zabloko-

wane. Przedsiębiorstwo niezależne może niekiedy znaleźć się w takiej sytuacji, najprawdopodobniej dlatego, że interwencja rządowa została nałożona już po zawarciu ustaleń. Jednakże wydaje się mało prawdopodobne, aby przedsiębiorstwo niezależne dobrowolnie naraziło się na istotne ryzyko nieotrzymania zapłaty za dostarczone produkty lub usługi, zawierając porozumienie w warunkach istniejącej już restrykcyjnej interwencji rządowej, chyba że prognozy zysku lub oczekiwany zwrot z proponowanej strategii tego przedsiębiorstwa niezależnego będą wystarczające do osiągnięcia akceptowalnej stopy zwrotu bez względu na istniejącą interwencję rządową, która może mieć wpływ na płatności.

1.136. Ponieważ przedsiębiorstwa niezależne mogą nie przeprowadzać transakcji podlegających interwencji rządowej, nie jest jasne, jak należy zastosować zasadę ceny rynkowej. Jedną z możliwości jest potraktowanie płatności jako dokonanej między przedsiębiorstwami powiązanymi, przy założeniu, że w podobnych okolicznościach przedsiębiorstwo niezależne żądałoby realizacji płatności w inny sposób. W ramach takiego podejścia stronę, której przysługuje zablokowana płatność, należy potraktować jako świadczącą usługę na rzecz grupy MNE. Alternatywne podejście, które może być dostępne w niektórych krajach, polega na odroczeniu w czasie zarówno przychodu, jak i stosownych wydatków podatnika. Innymi słowy, strona, której należna jest taka zablokowana płatność, nie będzie mogła potrącić wydatków takich jak dodatkowe koszty finansowania do momentu wykonania zablokowanej płatności. W tego rodzaju sytuacjach zainteresowanie administracji podatkowych skupia się głównie na podstawie opodatkowania leżącej w ich kompetencji. Jeżeli przedsiębiorstwo powiązane w swoim rozliczeniu podatkowym skorzysta z odliczenia w związku z zablokowaną płatnością, wówczas druga strona powinna wykazać odpowiadający temu przychód. W każdym razie podatnikowi nie należy zezwalać na traktowanie zablokowanych płatności należnych od podmiotu powiązanego w inny sposób niż zablokowane płatności należne od przedsiębiorstwa niezależnego.

D.5. Wykorzystanie wyceny na potrzeby celne

1.137. Ogólnie rzecz ujmując, zasada ceny rynkowej jest stosowana przez wiele administracji celnych jako zasada dokonywania porównania między wartością przypisywaną towarom importowanym przez przedsiębiorstwa powiązane, na którą wpływ mogą mieć szczególne relacje między takimi podmiotami, a wartością podobnych towarów importowanych przez przedsiębiorstwa niezależne. Jednakże metody wycen na potrzeby celne mogą nie odpowiadać metodom cen transferowych uznanym przez OECD. Niemniej wyceny na potrzeby celne mogą okazać się użyteczne dla administracji podatkowych przy weryfikacji rynkowego charakteru ceny transferowej w transakcji kontrolowanej i odwrotnie. W szczególności służby celne mogą posiadać aktualne informacje o transakcji, które mogą mieć znaczenie

dla celów cen transferowych, zwłaszcza jeżeli zostały one sporządzone przez podatnika. Z kolei administracje podatkowe mogą posiadać dokumentację cen transferowych zawierającą szczegółowe informacje na temat okoliczności transakcji.

1.138. Podatnicy mogą mieć odmienne cele przy ustalaniu wartości na potrzeby celne i podatkowe. Ogólnie rzecz ujmując, podatnik dokonujący importu towarów może dążyć do ustalenia niskiej ceny transakcji na potrzeby celne, by nałożone cło kształtowało się na niskim poziomie (analogicznie w przypadku podatków od wartości dodanej, podatków od sprzedaży i podatków akcyzowych). Jednakże dla celów podatkowych wyższa cena uiszczona za takie towary wykreuje wyższe koszty podlegające odliczeniu w kraju importu (wprawdzie jednocześnie wzrosną przychody ze sprzedaży u sprzedawcy w kraju eksportu). Współpraca między administracjami podatkowymi i celnymi danego kraju w procesie oceny cen transferowych staje się coraz bardziej powszechna i powinna przyczynić się do ograniczenia liczby spraw, w których wycena na potrzeby celne zostanie uznana za nieakceptowalną dla celów podatkowych lub odwrotnie. Szczególnie użyteczne byłoby zacieśnienie współpracy w obszarze wymiany informacji, co nie powinno być trudne do osiągnięcia w krajach, które już posiadają zintegrowane administracje właściwe dla podatków dochodowych oraz ceł. Kraje, które posiadają odrębnie działające administracje, mogą rozważyć zmodyfikowanie zasad wymiany informacji w celu usprawnienia przepływu informacji między poszczególnymi administracjami.

D.6. Oszczędności lokalizacji oraz inne cechy lokalnego rynku

1.139. Punkty 1.110, 1.112 i 6.120 wskazują, że cechy rynku geograficznego, na którym jest prowadzona działalność gospodarcza, mogą mieć wpływ na porównywalność i ceny rynkowe. Trudności mogą pojawić się przy dokonywaniu oceny różnic między rynkami geograficznymi oraz przy ustalaniu odpowiednich korekt w zakresie porównywalności. Takie trudności mogą pojawić się podczas rozważania oszczędności kosztowych wynikających z prowadzenia operacji na określonym rynku. Oszczędności w tym zakresie są niekiedy określane jako oszczędności lokalizacji. W innych sytuacjach mogą pojawić się problemy z zakresu porównywalności wiążące się z określaniem zalet lub wad lokalnego rynku, które mogą nie być bezpośrednio związane z oszczędnościami lokalizacji.

D.6.1. Oszczędności lokalizacji

1.140. W pkt 9.148–9.153 omówiono traktowanie oszczędności lokalizacji w kontekście restrukturyzacji działalności. Zasady opisane we wskazanych punktach znajdują zastosowanie zasadniczo we wszystkich sytuacjach, w ramach któ-

rych występują oszczędności lokalizacji, nie tylko w przypadku restrukturyzacji działalności.

1.141. Zgodnie z zaleceniami przedstawionymi w pkt 9.148–9.153, określając sposób, w jaki oszczędności lokalizacji należy podzielić między dwoma przedsiębiorstwami powiązanymi lub ich większą liczbą, należy rozważyć: (i) czy uzyskiwane są oszczędności lokalizacji; (ii) wysokość oszczędności lokalizacji; (iii) zakres, w jakim oszczędności lokalizacji zostają zatrzymane na poziomie członka lub członków grupy MNE lub są przenoszone na rzecz niezależnych klientów lub dostawców, oraz (iv) jeżeli oszczędności lokalizacji nie zostają w całości przeniesione na rzecz niezależnych klientów lub dostawców – sposób, w jaki niezależne przedsiębiorstwa działające w podobnych okolicznościach dokonałyby alokacji zatrzymanych oszczędności lokalizacji netto.

1.142. Jeżeli analiza funkcjonalna wykaże, że są uzyskiwane oszczędności lokalizacji, które nie są przenoszone na rzecz klientów lub dostawców, oraz jeżeli możliwe jest zidentyfikowanie porównywalnych podmiotów i transakcji na rynku lokalnym, takie dane porównawcze pochodzące z rynku lokalnego będą stanowić najbardziej wiarygodną wskazówkę odnośnie do sposobu, w jaki należy alokować oszczędności lokalizacji netto między dwoma przedsiębiorstwami powiązanymi lub ich większą liczbą. W związku z powyższym, jeżeli wiarygodne dane porównawcze dotyczące rynku lokalnego są dostępne i mogą zostać wykorzystane do zidentyfikowania cen rynkowych, nie powinny być wymagane szczególne korekty w zakresie porównywalności w celu uwzględnienia oszczędności lokalizacji.

1.143. W przypadku braku wiarygodnych danych porównawczych z lokalnego rynku kwestie dotyczące występowania i alokacji oszczędności lokalizacji między członkami grupy MNE oraz wszelkich korekt z zakresu porównywalności niezbędnych do uwzględnienia oszczędności lokalizacji należy oprzeć na analizie wszelkich istotnych faktów i okoliczności, w tym funkcji wykonywanych, ryzyk ponoszonych i aktywów zaangażowanych przez poszczególne podmioty powiązane, w sposób omówiony w pkt 9.148–9.153.

D.6.2. Inne cechy lokalnego rynku

1.144. Cechy lokalnego rynku, na którym jest prowadzona działalność gospodarcza, mogą mieć wpływ na cenę rynkową w transakcjach między podmiotami powiązanymi. O ile niektóre takie cechy mogą przynosić oszczędności lokalizacji, o tyle inne mogą powodować trudności w zakresie porównywalności, niezwiązane bezpośrednio z takimi oszczędnościami z tytułu lokalizacji. Na przykład analiza porównywalności i funkcjonalna przeprowadzona w związku z określoną sprawą

może wskazywać, że istotne cechy rynku geograficznego, na którym produkty są wytwarzane lub sprzedawane, siła nabywcza i preferencje dotyczące produktów gospodarstw domowych na tym rynku, rozszerzanie lub kurczenie się rynku, stopień konkurencji na rynku i inne podobne czynniki mają wpływ na ceny i marże, jakie mogą zostać zrealizowane na tym rynku. Podobnie analiza porównywalności i funkcjonalna przeprowadzona w związku z określoną sprawą może wskazywać, że względna dostępność krajowej infrastruktury, względna dostępność grupy wyszkolonych lub wykształconych pracowników, niewielka odległość do rentownych rynków i podobne cechy rynku geograficznego, na którym jest prowadzona działalność gospodarcza, kreują zalety lub wady rynku, które należy uwzględnić. Jeżeli jest możliwe zidentyfikowanie wiarygodnych korekt, które pozwolą na zwiększenie porównywalności, należy dokonać stosownych korekt w celu uwzględnienia takich czynników.

1.145. W trakcie dokonywania oceny, czy są wymagane korekty w zakresie porównywalności w celu uwzględnienia takich cech rynku lokalnego, najbardziej wiarygodnym podejściem będzie odwołanie się do danych dotyczących porównywalnych transakcji niekontrolowanych zawieranych na tym rynku geograficznym między przedsiębiorstwami niezależnymi wykonującymi podobne funkcje, ponoszącymi podobne ryzyka i angażującymi podobne aktywa. Przedmiotowe transakcje są przeprowadzane w takich samych warunkach rynkowych jak transakcja kontrolowana, w związku z czym w przypadku, gdy możliwe jest zidentyfikowanie porównywalnych transakcji na lokalnym rynku, nie powinno się wymagać szczególnych korekt w celu uwzględnienia cech lokalnego rynku.

1.146. W przypadkach gdy zidentyfikowanie stosunkowo wiarygodnych danych porównawczych z lokalnego rynku nie jest możliwe, ustalając odpowiednie korekty z zakresu porównywalności w celu uwzględnienia cech lokalnego rynku należy rozpatrzyć wszystkie istotne fakty i okoliczności. Podobnie jak z oszczędnościami lokalizacji, w każdym przypadku, gdy zidentyfikowanie wiarygodnych danych porównawczych z lokalnego rynku nie jest możliwe, należy rozważyć: (i) czy istnieją zalety lub wady rynku; (ii) kwotę wszelkich wzrostów lub spadków przychodów, kosztów lub zysków – w porównaniu z tymi odnotowanymi przez zidentyfikowane porównywalne podmioty na innych rynkach – które można przypisać zaletom lub wadom lokalnego rynku; (iii) stopień, w jakim korzyści lub obciążenia wynikające z cech lokalnego rynku są przenoszone na rzecz niezależnych klientów lub dostawców, oraz (iv) – jeżeli występują korzyści lub obciążenia wynikające z cech lokalnego rynku, lecz nie są w całości przenoszone na rzecz niezależnych klientów lub dostawców – sposób, w jaki niezależne przedsiębiorstwa działające w podobnych okolicznościach dokonałyby między sobą alokacji korzyści lub obciążeń netto.

1.147. Konieczność dokonania korekt porównywalności związanych z cechami lokalnego rynku w przypadku, gdy zidentyfikowanie stosunkowo wiarygodnych danych porównawczych z lokalnego rynku nie jest możliwe, może zachodzić w kilku różnych kontekstach. W niektórych okolicznościach zalety lub wady rynku mogą mieć wpływ na rynkowe ceny transferowanych towarów lub usług świadczonych między przedsiębiorstwami powiązanymi.

1.148. W innych okolicznościach restrukturyzacja działalności lub przeniesienie dóbr niematerialnych między przedsiębiorstwami powiązanymi może umożliwić jednej stronie transakcji osiągnięcie korzyści wynikających z zalet lokalnego rynku lub wymagać, aby strona ta przyjęła na siebie obciążenia wynikające z wad lokalnego rynku w sposób, jaki nie byłby możliwy, gdyby nie przeprowadzono restrukturyzacji działalności lub przeniesienia dóbr niematerialnych. W takich okolicznościach przewidywane występowanie zalet i wad lokalnego rynku może mieć wpływ na cenę rynkową uiszczaną w związku z restrukturyzacją działalności lub przeniesieniem dóbr niematerialnych.

1.149. Dokonując analizy cen transferowych, należy dokonać rozróżnienia między cechami lokalnego rynku, które nie stanowią dóbr niematerialnych, a wszelkimi prawami umownymi, licencjami urzędowymi lub *know-how* niezbędnym do działania na rynku, które mogą stanowić dobra niematerialne. W zależności od okoliczności tego rodzaju dobra niematerialne mogą posiadać istotną wartość, którą należy uwzględnić w analizie cen transferowych w sposób omówiony w rozdziale VI, w tym w zaleceniach dotyczących wynagradzania podmiotów za funkcje, aktywa i ryzyka związane z rozwojem dóbr niematerialnych zawartych w sekcji B rozdziału VI. W niektórych okolicznościach prawa umowne i licencje urzędowe mogą ograniczać dostęp konkurencji do określonego rynku, a zatem mogą mieć wpływ na sposób, w jaki ekonomiczne konsekwencje cech lokalnego rynku podlegają podziałowi między stronami konkretnej transakcji. W innych okolicznościach prawa umowne i licencje urzędowe umożliwiające dostęp do rynku mogą być udostępniane wielu lub wszystkim potencjalnym nowym uczestnikom rynku z niewielkimi ograniczeniami.

1.150. Przykładowo dany kraj może uzależnić prowadzenie działalności w zakresie zarządzania inwestycjami na terenie tego kraju od wydania licencji regulacyjnej i może ograniczyć liczbę podmiotów z kapitałem zagranicznym, którym mogą zostać udzielone takie licencje regulacyjne. Przeprowadzona analiza porównywalności i funkcjonalna może wskazywać, że uzyskanie powyższej licencji regulacyjnej wymaga wykazania odpowiednim organom administracji rządowej, że usługodawca dysponuje odpowiednim poziomem doświadczenia i kapitału do prowadzenia takiej działalności w sposób godny zaufania. Rynek, którego dotyczy taka licencja regulacyjna, może także posiadać unikalne cechy. Na przykład może

to być rynek, którego struktura systemu emerytalno-ubezpieczeniowego generuje duże zasoby środków pieniężnych, wiąże się z koniecznością dywersyfikowania inwestycji na poziomie międzynarodowym, kreując tym samym wysoki popyt na usługi zarządzania inwestycjami o wysokiej jakości i wiedzę na temat zagranicznych rynków finansowych, wskutek czego świadczenie takich usług może okazać się bardzo lukratywne. Z analizy porównywalności może również wynikać, że powyższe cechy lokalnego rynku mogą mieć wpływ na cenę, jaka może być pobierana za niektóre rodzaje usług zarządzania inwestycjami, oraz na marże zysku, jakie mogą zostać osiągnięte w związku ze świadczeniem takich usług. W takich okolicznościach omawiane dobro niematerialne (tj. licencja regulacyjna na świadczenie usług zarządzania inwestycjami) może pozwolić stronie lub stronom posiadającym takie licencje regulacyjne na zdobycie większego udziału w korzyściach z prowadzenia działalności na rynku lokalnym, w tym w korzyściach wynikających z unikalnych cech tego rynku, niż byłoby to możliwe w przypadku braku wymogu uzyskania licencji regulacyjnej. Jednakże, jak to omówiono w sekcji B rozdziału VI, w trakcie dokonywania oceny wpływu licencji regulacyjnej, w konkretnym przypadku ważne może okazać się zbadanie wkładu w zapewnianie zdolności niezbędnych do uzyskania licencji regulacyjnej, wnoszonego zarówno przez lokalnego członka grupy na rynku lokalnym, jak i przez innych członków grupy poza rynkiem lokalnym.

1.151. W innych okolicznościach analiza porównywalności i funkcjonalna może wskazać, że warunkiem koniecznym do świadczenia określonych usług na rynku geograficznym jest uzyskanie urzędowego zezwolenia na prowadzenie działalności. Jednakże może zdarzyć się, że takie zezwolenia są łatwo dostępne dla wszystkich kwalifikujących się wnioskodawców i nie skutkują ograniczeniem liczby konkurentów na rynku. W takich okolicznościach wymóg uzyskania zezwolenia może nie stanowić istotnej bariery wejścia na rynek, a posiadanie przedmiotowego zezwolenia może nie mieć jakiegokolwiek dostrzegalnego wpływu na sposób, w jaki korzyści z prowadzenia działalności na rynku lokalnym podlegają podziałowi między przedsiębiorstwami niezależnymi.

D.7. Zorganizowana siła robocza

1.152. Niektóre przedsiębiorstwa potrafią skutecznie zorganizować unikalnie wykwalifikowaną lub doświadczoną kadrę pracowników. Posiadanie takiej grupy pracowników może mieć wpływ na cenę rynkową usług świadczonych przez tę grupę pracowników lub na efektywność, z jaką przedsiębiorstwo świadczy usługi lub wytwarza towary. Powyższe czynniki na ogół należy uwzględnić w analizie porównywalności cen transferowych. Jeżeli możliwe jest określenie korzyści lub wad związanych z unikalną zorganizowaną siłą roboczą w porównaniu z siłą roboczą przedsiębiorstw realizujących potencjalnie porównywalne transakcje, można

dokonywać korekt w zakresie porównywalności w celu odzwierciedlenia wpływu zorganizowanej siły roboczej na rynkową cenę towarów lub usług.

1.153. W niektórych restrukturyzacjach działalności i podobnych transakcjach może zdarzyć się, że zorganizowana siła robocza zostaje w ramach transakcji przeniesiona z jednego przedsiębiorstwa powiązanego do innego. W takich okolicznościach jest bardzo możliwe, że przeniesienie zorganizowanej siły roboczej wraz z innymi przenoszonymi składnikami majątku przedsiębiorstwa pozwoli podmiotowi przejmującemu zaoszczędzić czas i wydatki związane z zatrudnieniem i przeszkoleniem nowego personelu. W zależności od metod cen transferowych wykorzystanych do oceny całości transakcji, w omawianych przypadkach odpowiednie może okazać się odzwierciedlenie takich oszczędności czasowych i wydatków w postaci korekt w zakresie porównywalności do ceny rynkowej, która w innym wypadku zostałaby pobrana w odniesieniu do przenoszonych aktywów. W innych sytuacjach przeniesienie zorganizowanej siły roboczej może skutkować ograniczeniem elastyczności podmiotu przejmującego w kształtowaniu struktury operacji gospodarczych oraz powstaniem potencjalnych zobowiązań w razie zakończenia stosunku pracy z pracownikami. W takich przypadkach odpowiednie może okazać się odzwierciedlenie takich ewentualnych przyszłych zobowiązań i ograniczeń w wynagrodzeniu uiszczanym w związku z restrukturyzacją.

1.154. Celem powyższego punktu nie jest wskazanie, że przeniesienie lub oddelegowanie indywidualnych pracowników między członkami grupy MNE powinno z zasady podlegać oddzielnemu wynagrodzeniu. W wielu przypadkach przeniesienie indywidualnych pracowników między przedsiębiorstwami powiązanymi nie będzie rodzić konieczności ustalenia wynagrodzenia. W wielu przypadkach, gdy pracownicy zostają oddelegowani (tj. osoby te pozostają na liście płac podmiotu przenoszącego, ale świadczą pracę na rzecz podmiotu przejmującego), jedyną wymaganą płatnością będzie odpowiednie rynkowe wynagrodzenie za usługi oddelegowanych pracowników.

1.155. Należy jednak zauważyć, że w niektórych sytuacjach przeniesienie lub oddelegowanie jednego lub kilku pracowników może, w zależności od faktów i okoliczności, skutkować przeniesieniem wartościowego *know-how* lub innych dóbr niematerialnych przez jedno przedsiębiorstwo powiązane na rzecz innego. Na przykład pracownik Spółki A oddelegowany do Spółki B może posiadać wiedzę na temat tajnej receptury należącej do Spółki A i może udostępniać taką tajną recepturę Spółce B do wykorzystywania w ramach jej działalności komercyjnej. Podobnie pracownicy Spółki A oddelegowani do Spółki B w celu świadczenia wsparcia w uruchomieniu fabryki mogą udostępniać Spółce B *know-how* Spółki A o charakterze produkcyjnym do wykorzystywania w ramach działalności komercyjnej Spółki B. Jeżeli takie udostępnienie *know-how* lub innych dóbr niematerial-

nych wynika z przeniesienia lub oddelegowania pracowników, należy przeprowadzić odrębną analizę tego zagadnienia zgodnie z postanowieniami rozdziału VI oraz uiścić odpowiednią cenę za prawo do wykorzystywania dóbr niematerialnych.

1.156. Ponadto należy również zauważyć, że posiadanie dostępu do zorganizowanej siły roboczej dysponującej szczególnymi umiejętnościami i doświadczeniem może w niektórych okolicznościach podnieść wartość przenoszonych dóbr niematerialnych lub innych aktywów, nawet jeżeli pracownicy wchodzący w skład takiej siły roboczej nie podlegają przeniesieniu. Przykład 23 przedstawiony w aneksie do rozdziału VI przedstawia możliwy stan faktyczny, gdzie powiązanie między dobrami niematerialnymi a dostępem do zorganizowanej siły roboczej może mieć znaczenie w analizie cen transferowych.

D.8. Synergie w ramach grupy MNE

1.157. Kwestie związane z porównywalnością oraz konieczność dokonania korekt z zakresu porównywalności mogą powstawać również ze względu na synergie występujące w ramach grupy MNE. W niektórych okolicznościach grupy MNE i powiązane przedsiębiorstwa wchodzące w skład takich grup mogą uzyskiwać korzyści ze współpracy lub z synergii między członkami grupy, które na ogół nie są możliwe do osiągnięcia przez niezależne przedsiębiorstwa znajdujące się w podobnej sytuacji. Przedmiotowe synergie grupy mogą wynikać np. z łącznej siły nabywczej lub korzyści skali, połączonych i zintegrowanych systemów komputerowych i komunikacyjnych, zintegrowanego zarządzania, wyeliminowania duplikacji, wyższej zdolności kredytowej i wielu podobnych czynników. Takie synergie grupy często przynoszą korzyści grupie jako całości, a zatem mogą skutkować zwiększeniem łącznego zysku osiąganego przez jej członków, w zależności od tego, czy zostaną faktycznie zrealizowane oczekiwane oszczędności kosztowe, oraz od warunków konkurencji. W innych okolicznościach synergie mogą być negatywne, m.in. gdy rozmiar i zakres działań korporacyjnych stwarza bariery biurokratyczne, z jakimi nie borykają się mniejsze i bardziej zręczne przedsiębiorstwa lub gdy część przedsiębiorstwa jest zmuszona stosować systemy komputerowe lub komunikacyjne, które nie są najbardziej efektywne w jej działalności, lecz wymagają tego grupowe standardy obowiązujące w grupie MNE.

1.158. Punkt 7.13 niniejszych Wytycznych wskazuje, że nie powinno się postrzegać przedsiębiorstwa powiązanego jako otrzymującego usługę wewnątrzgrupową ani też zobowiązywać go do uiszczania jakiejkolwiek płatności w przypadku, gdy uzyskuje ono korzyści uboczne wynikające jedynie z faktu, że należy do większej grupy MNE. W tym kontekście „uboczne" odnosi się do korzyści wynikających wyłącznie z przynależności do grupy, gdy nie są realizowane celowe uzgodnione działania lub transakcje skutkujące uzyskaniem takiej korzyści. Okre-

ślenie „uboczne" nie odnosi się do wielkości takich korzyści ani nie wskazuje, że takie korzyści muszą być niewielkie czy stosunkowo nieistotne. Zgodnie z takim ogólnym pojęciem korzyści ubocznych z tytułu członkostwa w grupie, w sytuacji gdy korzyści z synergii lub obciążenia związane z członkostwem w grupie wynikają wyłącznie z członkostwa w grupie MNE, bez podejmowania przez członków grupy celowych uzgodnionych działań lub wykonywania jakichkolwiek usług lub innych funkcji przez członków grupy, przedmiotowe korzyści z synergii związane z członkostwem w grupie nie wymagają oddzielnego wynagrodzenia lub szczególnej alokacji między członkami grupy MNE.

1.159. Jednakże w niektórych okolicznościach korzyści z synergii i obciążenia związane z członkostwem w grupie mogą być skutkiem celowych uzgodnionych działań grupy i mogą przynieść grupie MNE istotne, wyraźnie określone przewagi lub ograniczenia strukturalne na rynku w stosunku do uczestników rynku, którzy nie należą do grupy MNE i realizują porównywalne transakcje. To, czy występują takie przewagi lub ograniczenia strukturalne, jakie są charakter i źródło korzyści z synergii lub obciążenia oraz czy korzyść z synergii lub obciążenie wynika z celowych uzgodnionych działań grupy, można ustalić wyłącznie na podstawie analizy funkcjonalnej i porównywalności[5].

1.160. Przykładowo, jeżeli grupa podejmuje aktywne kroki, aby scentralizować działania zakupowe w ramach jednej spółki z grupy w celu skorzystania z rabatów ilościowych, a taka spółka z grupy odprzedaje zakupione przedmioty na rzecz innych członków grupy, wówczas jest realizowane celowe uzgodnione działanie grupy, którego celem jest wykorzystanie siły nabywczej grupy. Analogicznie, jeżeli menedżer ds. centralnych zakupów na szczeblu spółki dominującej lub regionalnego ośrodka zarządzania świadczy usługę w postaci prowadzenia z dostawcą negocjacji w sprawie rabatu dla całej grupy, pod warunkiem osiągnięcia minimalnego poziomu zakupów wyznaczonego dla całej grupy, a następnie członkowie grupy dokonują zakupów u takiego dostawcy i uzyskują rabat, wówczas zrealizowano celowe uzgodnione działanie grupy, niezależnie od braku szczególnych transakcji zakupowych i sprzedażowych między członkami grupy. Jednakże jeżeli dostawca jednostronnie zaoferuje jednemu członkowi grupy korzystną cenę w nadziei, że w ten sposób zdobędzie zlecenia od innych członków grupy, wówczas nie dochodzi do podjęcia celowego uzgodnionego działania grupy.

1.161. Jeżeli synergie korporacyjne wynikające z celowych uzgodnionych działań grupy przynoszą członkowi grupy MNE istotne korzyści lub obciążenia nietypowe dla porównywalnych spółek niezależnych, należy określić: (i) charakter takiej przewagi lub ograniczenia, (ii) wartość otrzymywanej korzyści lub uszczerbku oraz (iii) sposób, w jaki taka korzyść lub uszczerbek powinny zostać podzielone między członków grupy MNE.

1.162. Jeżeli istnieją istotne synergie w ramach grupy i mogą one zostać przypisane celowym uzgodnionym działaniom grupy, korzyści wynikające z takich synergii należy zasadniczo podzielić między członków grupy proporcjonalnie do wnoszonego przez nich wkładu w wykreowanie synergii. Przykładowo jeżeli członkowie grupy podejmują celowe uzgodnione działania w celu skonsolidowania działalności zakupowej, by wykorzystać korzyści skali wynikające z zakupów dokonywanych w dużych ilościach, korzyści płynące z takich synergii związanych z zakupami na dużą skalę, jeżeli jakiekolwiek pozostaną po zapewnieniu stronie koordynującej działalność zakupową odpowiedniego wynagrodzenia, należy zazwyczaj podzielić między członków grupy w proporcji do wielkości ich zakupów.

1.163. Uwzględnienie synergii w ramach grupy może wymagać dokonania korekt w zakresie porównywalności.

Przykład 1

1.164. P jest spółką dominującą grupy MNE zajmującej się świadczeniem usług finansowych. Potencjał wynikający ze skonsolidowanego bilansu grupy pozwala P konsekwentnie utrzymywać rating kredytowy na poziomie AAA. S jest członkiem grupy MNE, która świadczy taki sam rodzaj usług finansowych jak pozostali członkowie grupy i realizuje takie usługi na dużą skalę na ważnym rynku. Jednakże w ujęciu jednostkowym potencjał bilansu S otrzymałby rating kredytowy na poziomie jedynie Baa. Niemniej jednak ze względu na przynależność S do grupy P duzi niezależni pożyczkodawcy są skłonni udzielić S finansowania przy oprocentowaniu, jakie zostałoby zastosowane wobec niezależnych pożyczkobiorców o ratingu A, tj. przy oprocentowaniu niższym, niż zostałoby pobrane, gdyby S stanowiła podmiot niezależny posiadający taki sam bilans, ale wyższym niż oprocentowanie, jakie zostałoby przyznane spółce dominującej grupy MNE.

1.165. Załóżmy, że S zaciąga pożyczkę na kwotę 50 milionów EUR od niezależnego pożyczkodawcy, przy rynkowym oprocentowaniu stosowanym wobec pożyczkobiorców o ratingu kredytowym A. Załóżmy ponadto, że S jednocześnie zaciąga pożyczkę na kwotę 50 milionów EUR od T, innej spółki zależnej od P o charakterystyce podobnej do niezależnego pożyczkodawcy, na takich samych warunkach i przy takim samym oprocentowaniu jak oprocentowanie pobierane przez niezależnego pożyczkodawcę (tj. przy oprocentowaniu zakładającym rating kredytowy A). Dodatkowo załóżmy, że ustalając swoje warunki, niezależny pożyczkodawca miał świadomość innych pożyczek zaciągniętych przez S, w tym równoległej pożyczki udzielonej S przez T.

1.166. W powyższych okolicznościach oprocentowanie pożyczki pobierane przez T od S stanowi oprocentowanie zgodne z zasadą ceny rynkowej, ponieważ (i) kształtuje się na tym samym poziomie, co oprocentowanie pobierane od S

przez niezależnego pożyczkodawcę w porównywalnej transakcji, oraz (ii) nie zachodzi konieczność dokonania korekt w zakresie płatności lub porównywalności w celu uwzględnienia korzyści związanej z synergiami grupy, która umożliwia S zaciągnięcie finansowania od przedsiębiorstw niezależnych przy oprocentowaniu niższym, niż S byłaby w stanie uzyskać, gdyby nie należała do grupy, gdyż korzyść z synergii polegająca na zdolności do zaciągania pożyczek wynika wyłącznie z przynależności S do grupy, nie zaś z jakiegokolwiek celowego uzgodnionego działania członków grupy MNE.

Przykład 2[6]

1.167. Stan faktyczny dotyczący zdolności kredytowej i zdolności do zaciągania finansowania jest identyczny z tym przedstawionym w poprzedzającym przykładzie. S zaciąga pożyczkę na kwotę 50 milionów EUR od Banku A. Analiza funkcjonalna wskazuje, że Bank przyznałby S pożyczkę przy oprocentowaniu stosowanym wobec pożyczkobiorców o ratingu A, bez żadnej formalnej gwarancji. Jednakże P zgadza się udzielić gwarancji na zabezpieczenie pożyczki od Banku A w celu nakłonienia Banku A do udzielenia pożyczki przy oprocentowaniu dostępnym pożyczkobiorcom posiadającym rating AAA. W takich okolicznościach S będzie zobowiązana uiścić opłatę gwarancyjną na rzecz P z tytułu udzielenia gwarancji wyraźnej. Przy obliczaniu rynkowej opłaty gwarancyjnej opłata powinna odzwierciedlać korzyść wynikającą z podniesienia zdolności kredytowej S z poziomu A do AAA, nie zaś korzyść wynikającą z podniesienia zdolności kredytowej S z poziomu Baa do AAA. Poprawa zdolności kredytowej S z poziomu Baa do A jest skutkiem synergii w ramach grupy, osiąganej wyłącznie z tytułu pasywnego uczestnictwa w grupie, która zgodnie z postanowieniami niniejszej sekcji nie musi podlegać wynagrodzeniu. Poprawa zdolności kredytowej S z poziomu A do AAA wynika z celowego uzgodnionego działania grupy, a mianowicie z udzielenia gwarancji przez P, w związku z czym powinna podlegać wynagrodzeniu.

Przykład 3

1.168. Załóżmy, że Spółce A przydzielono rolę centralnego menedżera ds. zakupów dla całej grupy. Podmiot ten dokonuje zakupów od niezależnych dostawców i odprzedaje przedsiębiorstwom powiązanym. Opierając się wyłącznie na sile negocjacyjnej wynikającej z siły nabywczej całej grupy, Spółka A jest w stanie wynegocjować od dostawcy obniżenie ceny jednostkowej produktu z 200 USD do 110 USD. W takich okolicznościach rynkowa cena jednostkowa odprzedaży produktów przez Spółkę A do pozostałych członków grupy nie będzie kształtować się na poziomie 200 USD lub zbliżonym. Zamiast tego rynkowa cena będzie stanowić wynagrodzenie Spółki A za świadczone przez nią usługi koordynacji działalności zakupowej. Jeżeli w tym przypadku analiza porównywalności i funkcjonalna wskaże, że w porównywalnych transakcjach niekontro-

lowanych dotyczących porównywalnych wolumenów zakupów porównywalne usługi w zakresie koordynacji wiązały się z opłatą za usługę ustalaną w oparciu o koszty poniesione przez Spółkę A powiększone o narzut wynoszącą łącznie 6 USD za produkt, wówczas wewnątrzgrupowa cena jednostkowa odprzedaży produktów przez Spółkę A wyniesie około 116 USD. W powyższych okolicznościach poszczególni członkowie grupy osiągną korzyści wynikające z siły nabywczej grupy w wysokości około 84 USD za produkt. Ponadto Spółka A uzyska wynagrodzenie w wysokości 6 USD za produkt nabyty przez członków grupy za wykonywane przez nią funkcje usługowe.

Przykład 4

1.169. Przyjmijmy stan faktyczny podobny do tego przedstawionego w przykładzie 3, z zastrzeżeniem, że zamiast rzeczywistego zakupu i odprzedaży produktów Spółka A negocjuje rabat na rzecz grupy i następnie członkowie grupy nabywają produkty bezpośrednio od niezależnego dostawcy. Załóżmy, że w takich okolicznościach analiza porównawcza wskazuje, iż Spółka A jest uprawniona do opłaty za usługę w wysokości 5 USD za produkt z tytułu usług koordynacyjnych świadczonych przez nią na rzecz innych członków grupy (w porównaniu z przykładem 3 niższa założona opłata za usługę w przykładzie 4 może odzwierciedlać niższy poziom ryzyka po stronie usługodawcy, wynikający z faktu, że podmiot ten nie przejmuje tytułu własności do produktów ani nie przechowuje zapasów). Po uiszczeniu opłaty za usługę członkowie grupy nabywający produkty zatrzymują korzyści wynikające z rabatu na zakupach udzielonego grupie, przypadające na ich indywidualne zakupy.

Przykład 5

1.170. Załóżmy, że międzynarodowa grupa z siedzibą w Kraju A posiada zależne spółki produkcyjne w Kraju B i Kraju C. Stawka podatku w Kraju B wynosi 30%, a stawka podatku w Kraju C wynosi 10%. Grupa prowadzi także centrum usług wspólnych w Kraju D. Załóżmy, że zarówno zależna spółka produkcyjna w Kraju B, jak i zależna spółka produkcyjna w Kraju C wykazują zapotrzebowanie na 5 000 sztuk produktów wytwarzanych przez niezależnego dostawcę, które wykorzystują we własnych procesach produkcyjnych. Załóżmy ponadto, że spółka w Kraju D świadcząca usługi wspólne otrzymuje wynagrodzenie za jej łączną działalność od innych członków grupy, w tym od powiązanych podmiotów produkcyjnych w Kraju B i Kraju C, konsekwentnie ustalane na zasadzie koszt plus, które dla celów niniejszego przykładu stanowi rynkowe wynagrodzenie za poziom i charakter świadczonych przez nią usług.

1.171. Niezależny dostawca sprzedaje produkty po 10 USD za sztukę i stosuje politykę udzielania 5% rabatu cenowego przy hurtowych zakupach produktów

przekraczających 7 500 jednostek. Pracownik ds. zakupów centrum usług wspólnych w Kraju D nawiązuje kontakt z niezależnym dostawcą i potwierdza, że jeżeli powiązani producenci w Kraju B i Kraju C równocześnie zakupią po 5 000 produktów, w związku z czym całkowity zakup grupy wyniesie 10 000 produktów, rabat zakupowy zostanie przyznany na całość zakupów grupy. Niezależny dostawca potwierdza, że dostarczy grupie MNE łącznie 10 000 produktów za całkowitą cenę wynoszącą 95 000 USD, uwzględniającą 5-procentowy rabat od ceny, po jakiej każdy z tych dwóch powiązanych podmiotów produkcyjnych mógłby nabyć produkty od dostawcy, działając niezależnie.

1.172. Pracownik ds. zakupów centrum usług wspólnych składa następnie zamówienia na wymagane produkty i zwraca się do dostawcy z prośbą o wystawienie faktury na rzecz powiązanego podmiotu produkcyjnego w Kraju B za 5 000 produktów za łączną cenę 50 000 USD oraz faktury na rzecz powiązanego podmiotu produkcyjnego w Kraju C za 5 000 produktów za łączną cenę 45 000 USD. Dostawca stosuje się do tej prośby, ponieważ otrzyma on uzgodnioną cenę wynoszącą 95 000 USD za 10 000 łącznie dostarczonych produktów.

1.173. W takich okolicznościach Kraj B będzie uprawniony do dokonania korekty cen transferowych skutkującej obniżeniem wydatków powiązanego podmiotu produkcyjnego w Kraju B o 2 500 USD. Korekta cen transferowych jest słuszna, ponieważ w ramach ustaleń cenowych dokonano niewłaściwej alokacji korzyści wynikających z synergii grupy związanych z zakupem dużej liczby produktów. Korekta cen transferowych jest zasadna niezależnie od faktu, że działając we własnym zakresie, powiązany producent z Kraju B nie mógłby dokonać zakupu produktów za cenę niższą niż uiszczone przez niego 50 000 USD. Celowe uzgodnione działanie grupy związane ze zorganizowaniem rabatu zakupowego stanowi podstawę alokacji części rabatu na rzecz powiązanego podmiotu produkcyjnego w Kraju B niezależnie od faktu, że między powiązanymi podmiotami produkcyjnymi w Kraju B i Kraju C nie występuje wyraźna transakcja.

TRANSAKCJE W ZAKRESIE TOWARÓW NOTOWANYCH

Dodatkowe postanowienia do rozdziału II Wytycznych OECD w sprawie cen transferowych

Podsumowanie

Niniejszy rozdział Raportu zawiera nowe zalecenia dotyczące transakcji w zakresie towarów notowanych, które dodaje się bezpośrednio po pkt 2.16 Wytycznych OECD w sprawie cen transferowych z 2010 r.

Działanie 10 Planu BEPS zaleca państwom G20 oraz OECD opracowanie zasad z zakresu cen transferowych zapewniających ochronę przed powszechnymi rodzajami rozliczeń skutkującymi erozją podstawy opodatkowania. Na mocy powyższego upoważnienia, państwa G20 oraz OECD zbadały aspekty problematyki cen transferowych związane z transgranicznymi transakcjami w zakresie towarów notowanych między przedsiębiorstwami powiązanymi („transakcje w zakresie towarów notowanych"). Wynikiem takich prac są udoskonalone ramowe zasady analizy transakcji w zakresie towarów notowanych z perspektywy cen transferowych, które powinny doprowadzić do większej spójności w sposobie ustalania ceny rynkowej w transakcjach w zakresie towarów notowanych przez administracje podatkowe i podatników oraz zapewnić, że ceny odzwierciedlą tworzenie wartości.

Rozdział II Wytycznych w sprawie cen transferowych został zmieniony w celu uwzględnienia nowych zaleceń znajdujących zastosowanie w szczególności w odniesieniu do transakcji w zakresie towarów notowanych. Przedmiotowe postanowienia opierają się na doświadczeniach państw, które już wprowadziły przepisy krajowe regulujące wycenę transakcji w zakresie towarów notowanych. Nowe zalecenia obejmują:

- wyjaśnienie dotychczasowych zaleceń dotyczących zastosowania metody porównywalnej ceny niekontrolowanej (metoda PCN) w odniesieniu do transakcji w zakresie towarów notowanych. Nowe zalecenia stwierdzają, że (i) metoda PCN zasadniczo stanowi odpowiednią metodę cen transferowych w transakcjach w zakresie towarów notowanych między przedsiębiorstwami powiązanymi; (ii) z zastrzeżeniem szeregu kwestii, w metodzie PCN można posłużyć się cenami notowań jako punktem odniesienia w celu określenia rynkowej ceny dla kontrolowanej transakcji w zakresie towarów notowanych oraz (iii) w stosownych przypadkach należy dokonać stosunkowo dokładnych korekt w zakresie porównywalności, aby zapewnić, że ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne transakcji kontrolowanych i niekontrolowanych są wystarczająco porównywalne;
- nowe zapisy dotyczące określania daty ustalenia ceny w transakcjach w zakresie towarów notowanych. To postanowienie powinno uniemożliwić podatnikom wykorzystanie w umowach dat ustalenia cen pozwalających na przyjęcie najbardziej korzystnej ceny notowań. Postanowienie zezwala organom podatkowym przyjąć, pod pewnymi warunkami, datę wysyłki (lub jakąkolwiek inną datę popartą dowodami) jako datę ustalenia ceny w transakcji w zakresie towarów notowanych.

W kwestiach związanych z transakcjami w zakresie towarów notowanych istotne są również zalecenia opracowane w ramach innych działań Planu BEPS. W szczególności dotyczy to znowelizowanych standardów w zakresie dokumentacji cen transferowych (działanie 13 Planu BEPS) oraz zaleceń zawartych w rozdziale pt. „Zalecenia dotyczące stosowania zasady ceny rynkowej" (działanie 9 Planu BEPS).

Niniejsze nowe zalecenia zostaną uzupełnione o dodatkowe prace z upoważnienia Grupy Roboczej Państw G20 ds. Rozwoju, po opracowaniu przez OECD raportów w sprawie wpływu działań w zakresie BEPS w krajach rozwijających się[7]. Wyniki takich prac zapewnią państwom zasobnym w towary notowane wiedzę, najlepsze praktyki i narzędzia do wyceny transakcji w zakresie towarów notowanych dla celów cen transferowych.

Następujące punkty zostają dodane do rozdziału II Wytycznych w sprawie cen transferowych bezpośrednio po punkcie 2.16.

2.16A. Z zastrzeżeniem zaleceń zawartych w pkt 2.2 dotyczących dokonywania wyboru najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych z uwagi na okoliczności danego przypadku, metoda PCN na ogół będzie odpowiednią metodą cen transferowych do wyznaczenia rynkowej ceny za przeniesienie towarów notowanych między przedsiębiorstwami powiązanymi. Przez „towary notowane" należy rozumieć dobra fizyczne, dla których niezależne strony działające w branży stosują cenę notowań jako punkt odniesienia w celu wyznaczenia cen w transakcjach niekontrolowanych. Określenie „cena notowań" odnosi się do ceny towaru notowanego w stosownym okresie, uzyskiwanej na międzynarodowej lub krajowej giełdzie towarowej. W tym kontekście cena notowań obejmuje również ceny pozyskiwane od uznanych i działających w przejrzysty sposób agencji zajmujących się sporządzaniem raportów cenowych lub agencji statystycznych albo od rządowych agencji wyznaczających ceny, jeżeli takie indeksy są wykorzystywane jako punkt odniesienia przez strony niezależne w celu określenia cen w zawieranych między nimi transakcjach.

2.16B. Zgodnie z metodą PCN, cenę rynkową dla transakcji towarów notowanych można ustalić poprzez odniesienie do porównywalnych transakcji niekontrolowanych oraz poprzez odniesienie do porównywalnych ustaleń niekontrolowanych wyrażonych ceną notowań. Ceny notowań towarów notowanych co do zasady odzwierciedlają porozumienie między niezależnymi nabywcami i sprzedawcami na rynku odnośnie do ceny za określony rodzaj i ilość towaru notowanego będącego przedmiotem handlu na określonych warunkach w określonym czasie. Istotnym czynnikiem przy ustalaniu adekwatności wykorzystania ceny notowań dla konkretnego towaru notowanego jest zakres, w jakim cena notowań jest powszechnie i rutynowo stosowana w zwykłym toku działalności w branży w celu negocjacji cen transakcji niekontrolowanych porównywalnych do transakcji kontrolowanej. Stosownie do powyższego, w zależności od faktów i okoliczności poszczególnych przypadków, ceny notowań można uznać za punkt odniesienia dla wyceny transakcji towarów notowanych między przedsiębiorstwami powiązanymi. Podatnicy i administracje podatkowe powinni w sposób konsekwentny stosować odpowiednio wybraną cenę notowań.

2.16C. Aby metoda PCN znajdowała wiarygodne zastosowanie w odniesieniu do transakcji towarów notowanych, ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne transakcji kontrolowanej i transakcji niekontrolowanych lub niekontrolowanych ustaleń wyrażonych ceną notowań muszą być porównywalne. W przypadku towarów notowanych ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne obejmują

m.in. cechy fizyczne i jakość towaru notowanego; warunki umowne transakcji kontrolowanej, takie jak wielkość obrotu, okres ustaleń, termin i warunki dostawy, warunki transportu, ubezpieczenia i walutowe. W przypadku niektórych towarów notowanych określone ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne (np. terminowe dostawy) mogą pozwolić na uzyskanie premii lub rabatu. Jeżeli cena notowań zostanie zastosowana jako punkt odniesienia w celu określenia rynkowej ceny lub przedziału cenowego, istotne mogą okazać się standardowe kontrakty określające specyfikacje, w oparciu o które towary notowane znajdują się w obrocie na giełdzie i które wyznaczają cenę. Jeżeli istnieją różnice między warunkami transakcji kontrolowanej a warunkami transakcji niekontrolowanych lub warunkami wyznaczającymi cenę notowań towaru notowanego, które mają istotny wpływ na cenę transakcji towarów notowanych podlegających badaniu, należy dokonać stosunkowo dokładnych korekt w celu zapewnienia porównywalności ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji. Wkład wnoszony w postaci funkcji wykonywanych, aktywów zaangażowanych i ryzyk ponoszonych przez inne podmioty w ramach łańcucha dostaw należy wynagrodzić zgodnie z zaleceniami przewidzianymi w niniejszych Wytycznych.

2.16D. W celu udzielenia administracjom podatkowym wsparcia w przeprowadzaniu kontroli praktyki podatnika w zakresie cen transferowych z pełną świadomością podatnicy powinni przedstawić wiarygodne dowody i udokumentować, w ramach swojej dokumentacji cen transferowych, politykę ustalania cen w transakcjach dotyczących towarów notowanych, informacje niezbędne do uzasadnienia korekt cenowych w oparciu o porównywalne transakcje niekontrolowane lub porównywalne ustalenia niekontrolowane wyrażone ceną notowań oraz wszelkie inne istotne informacje, takie jak wykorzystane formuły cenowe, umowy z niezależnymi klientami końcowymi, zastosowane premie lub rabaty, data ustalenia ceny, informacje o łańcuchu dostaw oraz informacje sporządzone dla celów niezwiązanych z podatkami.

2.16E. Szczególnie istotnym czynnikiem w przypadku transakcji w zakresie towarów notowanych określanych poprzez odniesienie do ceny notowań jest data ustalenia ceny, która odnosi się do określonego czasu, daty lub przedziału czasowego (np. określony przedział dat, w stosunku do którego jest określana średnia cena) wybranego przez strony w celu określenia ceny transakcji w zakresie towarów notowanych. Jeżeli podatnik jest w stanie przedstawić wiarygodny dowód dotyczący daty uzgodnionej przez przedsiębiorstwa powiązane w kontrolowanej transakcji w zakresie towarów notowanych w momencie zawarcia transakcji (wiarygodny dowód mogą stanowić np. oferty i potwierdzenia, umowy lub poświadczone umowy albo inne dokumenty określające warunki ustaleń), zgodne z faktycznym postępowaniem stron lub innymi faktami sprawy, stosownie do zaleceń przedstawionych w sekcji D rozdziału I dotyczących dokładnego określenia faktycznej

transakcji, administracje podatkowe powinny ustalić cenę transakcji w zakresie towarów notowanych poprzez odniesienie do daty ustalenia ceny uzgodnionej przez przedsiębiorstwa powiązane. Jeżeli data ustalenia ceny wskazana w pisemnej umowie między przedsiębiorstwami powiązanymi jest niezgodna z faktycznym postępowaniem stron lub z innymi faktami sprawy, administracje podatkowe mogą określić inną datę ustalenia ceny za zgodną z takimi innymi faktami sprawy oraz z ustaleniami, jakie zostałyby uzgodnione przez niezależne przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach (mając na względzie praktyki stosowane w branży). Jeżeli podatnik nie przedstawi wiarygodnego dowodu dotyczącego daty ustalenia ceny uzgodnionej przez przedsiębiorstwa powiązane w transakcji kontrolowanej, a administracje podatkowe nie będą w stanie w inny sposób określić innej daty ustalenia ceny zgodnie z zaleceniami przedstawionymi w sekcji D rozdziału I, administracje podatkowe mogą wywieść datę ustalenia ceny dla transakcji w zakresie towarów notowanych w oparciu o dowody znajdujące się w dyspozycji administracji podatkowych; może być to data wysyłki wynikająca z listu przewozowego lub równoważnego dokumentu, w zależności od środka transportu. Oznacza to, że cena towarów notowanych będących przedmiotem transakcji zostanie określona poprzez odniesienie do średniej ceny notowań na dzień wysyłki, z zastrzeżeniem wszelkich stosownych korekt w zakresie porównywalności na podstawie informacji dostępnych administracji podatkowej. Ważna w tym zakresie jest możliwość dopuszczenia rozstrzygania spraw dotyczących podwójnego opodatkowania wynikającego z zastosowania domniemanej daty ustalenia ceny na mocy procedury wzajemnego porozumiewania się przewidzianej w stosownym traktacie.

ZAKRES PRAC W ZWIĄZKU Z ZALECENIAMI DOTYCZĄCYMI METODY PODZIAŁU ZYSKU TRANSAKCYJNEGO

Podsumowanie

Działanie 10 Planu BEPS postuluje wyjaśnienie kwestii związanych z zastosowaniem metod cen transferowych, w szczególności metody podziału zysku transakcyjnego, w kontekście globalnych łańcuchów dostaw.

W celu określenia zagadnień związanych z zastosowaniem metody podziału zysku transakcyjnego, które należałoby wyjaśnić, OECD wydała 16.12.2014 r. projekt poddany konsultacjom, w którym podniesiono szereg kwestii w oparciu o scenariusze opracowane na podstawie stosowanych w praktyce mechanizmów podziału zysku, z jakimi spotkali się niektórzy przedstawiciele Grupy Roboczej Nr 6. Przedmiotowy projekt poddany konsultacjom nie zawierał zmienionych zaleceń. Komentarze do raportu wniesione przez zainteresowane strony obejmowały około 500 stron, a przeprowadzone w dniach 19 i 20.03.2015 r. konsultacje publiczne wzbudziły duże zainteresowanie.

Wśród głównych tematów, które pojawiły się w procesie konsultacji i w ciągu późniejszej dyskusji w ramach GR6, należy wymienić: konieczność rozważenia doprecyzowania, udoskonalenia i wzmocnienia zaleceń określających, kiedy zastosowanie metody podziału zysku transakcyjnego jest właściwe oraz jak należy je przeprowadzić, ponieważ doświadczenia wskazują, że metoda ta może nie być łatwa do zastosowania dla podatników, jak również może nie być łatwa do oceny dla administracji podatkowych. Niemniej jednak proces konsultacji potwierdził, że podział zysku transakcyjnego może stanowić użyteczną metodę umożliwiającą dostosowanie zysku do procesu tworzenia wartości zgodnie z zasadą ceny rynkowej, pod warunkiem że zostanie prawidłowo zastosowana, a także może być najbardziej odpowiednia, w szczególności w sytuacji, gdy cechy transakcji utrudniają zastosowanie innych metod cen transferowych.

Udoskonalone zalecenia powinny wyjaśniać okoliczności, w których metoda podziału zysku transakcyjnego jest najbardziej odpowiednia dla konkretnego przypadku, jak również określać podejścia pozwalające na dokonanie podziału zysku w wiarygodny sposób. Zalecenia dotyczące podziału zysku transakcyjnego powinny także uwzględniać zmiany w zaleceniach w zakresie cen transferowych wynikające z pozostałych działań BEPS, w tym zmiany w zaleceniach w obszarze stosowania zasady ceny rynkowej w sekcji dotyczącej przeprowadzania solidnej analizy funkcjonalnej i identyfikacji, i alokacji ryzyk, w sekcji dotyczącej synergii oraz w zaleceniach dotyczących dóbr niematerialnych. Zalecenia powinny wziąć pod uwagę wnioski wynikające z Raportu pt. „Sprostanie wyzwaniom podatkowym gospodarki cyfrowej" (OECD, 2015 r.), opracowanego w związku z działaniem 1 BEPS, które stwierdzają, że należy zwrócić uwagę na konsekwencje większej integracji modeli biznesowych wskutek cyfryzacji gospodarki oraz na potencjalną rolę mechanizmów podziału zysku w celu uwzględnienia takiej integracji[8]. Ponadto zalecenia powinny odzwierciedlać dalsze prace prowadzone w celu opracowania podejść do problematyki cen transferowych w sytuacji, gdy dostępność danych porównawczych jest ograniczona, np. ze względu na szczególne cechy charakterystyczne transakcji kontrolowanej, a także wyjaśniać, jak należy dokonywać wyboru najbardziej odpowiedniej metody w takich przypadkach. Dotyczy to prac prowadzonych z upoważnienia Grupy Roboczej Państw G20 ds. Rozwoju, po opracowaniu przez OECD raportów w sprawie wpływu BEPS w krajach rozwijających się[9], w tym przygotowania narzędzi dla krajów o niskich dochodach, aby wyjść naprzeciw wyzwaniom, z jakimi kraje te się borykają ze względu na brak danych porównawczych.

Doprecyzowanie i wzmocnienie zaleceń w zakresie mechanizmów podziału zysku transakcyjnego przedstawione w niniejszym Raporcie wraz z opracowaniem użytecznych przykładów sytuacji, w których podział zysku transakcyjnego może zostać zastosowany w wiarygodny sposób, oraz jak należy się nim posłużyć, aby uzyskać wyniki rynkowe, wymaga starannego rozważenia kwestii podniesionych podczas wstępnych konsultacji oraz dalszych konsultacji w odniesieniu do projektu zaleceń. Niniejsze opracowanie przedstawia proponowany zakres takich prac.

Niniejszy raport będzie stanowić podstawę projektu zaleceń, który zostanie opracowany przez GR6 w 2016 r., i oczekuje się, że zostanie sfinalizowany w pierwszej połowie 2017 r. Projekt zaleceń poddany konsultacjom zostanie udostępniony opinii publicznej, a konsultacje publiczne zostaną przeprowadzone w maju 2016 r.

Część I: Dotychczasowe zalecenia dotyczące metody podziału zysku transakcyjnego i konsultacje publiczne

Dotychczasowe zalecenia

1. Dotychczasowe zalecenia dotyczące zastosowania metody podziału zysku transakcyjnego przedstawione w rozdziale II, część III, sekcja C Wytycznych w sprawie cen transferowych wskazują, że głównym atutem tej metody jest to, iż może ona stanowić rozwiązanie w przypadku wysoce zintegrowanej działalności, w odniesieniu do której metoda jednostronna nie byłaby właściwa, np. takiej jak globalny obrót instrumentami finansowymi. Dotychczasowe zalecenia stwierdzają również, że metody podziału zysku transakcyjnego mogą okazać się najbardziej właściwe w sytuacji, gdy obie strony transakcji wnoszą unikalny i wartościowy wkład, np. w postaci unikalnych dóbr niematerialnych (zob. pkt 2.109).

2. Zalecenia zwracają uwagę, że gdy każda ze stron wnosi unikalny i wartościowy wkład, wiarygodne informacje porównawcze mogą być niewystarczające do zastosowania innej metody. Jak podkreślono, dokonując wyboru metody podziału zysku transakcyjnego, należy kierować się ogólnymi zaleceniami dotyczącymi wyboru metody, określonymi w pkt 2.2 Wytycznych (zob. pkt 2.109 i 3.39).

3. Jakkolwiek zalecenia dotyczące podziału zysku przedstawiają kilka przykładów potencjalnych kluczy alokacji, skupiają się one na kluczach alokacji opartych na aktywach oraz na kosztach (zob. pkt 2.134–2.139). Wspominają ogólnie również podejście polegające na podziale zysku w taki sposób, aby każda ze stron osiągała taki sam zwrot z kapitału (pkt 2.145).

4. W rozdziale VI Wytycznych w sprawie cen transferowych pt. „Szczególne kwestie związane z dobrami niematerialnymi" zamieszczono wiele odniesień do metody podziału zysku transakcyjnego oraz do sytuacji, kiedy dotychczasowe zalecenia dotyczące jej zastosowania mogą wymagać wyjaśnienia. Przykładowo zalecenia wskazują, że:

- w niektórych przypadkach podział zysku lub techniki wyceny mogą być przydatne w ocenie rynkowej alokacji zysku w sytuacjach wiążących się ze zleceniem ważnych funkcji innym podmiotom, gdy informacje o porównywalnych transakcjach niekontrolowanych są niedostępne[10];
- jeżeli informacje o porównywalnych transakcjach niekontrolowanych nie są dostępne, metoda podziału zysku transakcyjnego może okazać się użyteczna w sytuacjach związanych z ustalaniem ceny za przeniesienie dóbr niematerialnych[11]. Może to dotyczyć przeniesienia częściowo rozwiniętych dóbr niematerialnych bądź przeniesienia wszystkich lub ograniczonych praw do rozwiniętego w pełni dobra niematerialnego.

5. Ponadto niektóre postanowienia rozdziału I Wytycznych w sprawie cen transferowych mogą sugerować rozważenie podziału zysku transakcyjnego, jednakże nie przedstawiono jeszcze szczególnych zaleceń w tym zakresie. Pod tym względem obszary stanowiące przedmiot szczególnego zainteresowania obejmują sytuacje, gdy kilka podmiotów sprawuje kontrolę nad ryzykiem, wskutek czego odpowiedni może okazać się podział potencjalnych korzystnych i niekorzystnych aspektów ryzyka oraz podział synergii grupy wynikających z celowego uzgodnionego działania grupy.

Zakres zaktualizowanych zaleceń

6. Zaktualizowane zalecenia powinny uwzględniać obecną strukturę rozdziału II Wytycznych w sprawie cen transferowych, jednakże powinny one wyjaśnić i uzupełnić kwestie wskazane poniżej. Praktyczne zastosowanie należy zobrazować przykładami.

Najbardziej odpowiednia metoda

7. Projekt poddany konsultacjom z grudnia 2014 r. dotyczący wykorzystania podziału zysku transakcyjnego przewidywał, że dalsza analiza podziału zysku transakcyjnego nie oznacza, że do zaleceń dotyczących wyboru najbardziej odpowiedniej metody zawartych w pkt 2.2 Wytycznych należy wprowadzić jakiekolwiek zmiany. Niemniej jednak komentarze do projektu poddanego konsultacjom zwracały uwagę na poważne obawy co do możliwości nieprawidłowego użycia metod podziału zysku transakcyjnego, w szczególności w przypadkach gdy z charakteru samej transakcji, określonego na podstawie analizy funkcjonalnej stron, wynika, że w warunkach rynkowych podział łącznego zysku nie byłby oczekiwany. Wyrażono zaniepokojenie, że metoda podziału zysku byłaby stosowana w przypadku braku wiarygodnych danych porównawczych, bez zbadania, czy metoda podziału zysku jako taka jest odpowiednia.

Wysoce zintegrowana działalność gospodarcza

8. Jakkolwiek obecne Wytyczne stwierdzają, że metody podziału zysku transakcyjnego mogą okazać się najbardziej odpowiednie, gdy działalność gospodarcza jest w wysokim stopniu zintegrowana, to sam fakt, że operacje są zintegrowane, może być niewystarczający, by uzasadnić wykorzystanie tej metody. Wszystkie grupy MNE są w mniejszym lub większym stopniu zintegrowane, zatem nie jest jasne, jak należy zastosować kryterium dotyczące zintegrowania.

Unikalny i wartościowy wkład

9. Dotychczasowe zalecenia dotyczące zastosowania metod podziału zysku transakcyjnego zauważają, że przedmiotowe metody mogą być najbardziej odpo-

wiednie w sytuacji, gdy obie strony transakcji wnoszą unikalny i wartościowy wkład. Jednakże poza przykładem, w którym obie strony transakcji wnoszą dobra niematerialne, Wytyczne w obecnej postaci zawierają niewiele dalszych zaleceń dotyczących tego, jak należy rozumieć „unikalny i wartościowy wkład".

10. Niektórzy komentujący grudniowy projekt poddany konsultacjom sugerowali, że „unikalny" wkład można zdefiniować jako wkład, którego wartości rynkowej nie można ustalić poprzez porównanie do transakcji niekontrolowanych, zaś „wartościowy" wkład można zdefiniować jako wkład, który według przewidywań przyniesie przyszłe korzyści ekonomiczne. Inni poszli o krok dalej i zaproponowali, że „wartościowy" wkład może oznaczać wkład, który przyczynia się do kluczowego źródła przewagi konkurencyjnej. Wielu komentujących grudniowy projekt poddany konsultacjom poparło koncepcję, że dzielenie się istotnymi ryzykami może stanowić „unikalny i wartościowy wkład", a zatem może prowadzić do wniosku, że najbardziej odpowiednią metodą w danych okolicznościach jest metoda podziału zysku transakcyjnego.

Korzyści z synergii

11. Grudniowy projekt poddany konsultacjom zawierał scenariusz opisujący wielostronny model biznesowy gospodarki cyfrowej. Wielu komentatorów i przedstawicieli Grupy Roboczej Nr 6 stwierdziło, że zamiast zobrazowania szczególnej cechy gospodarki cyfrowej scenariusz ten po prostu przedstawia efekt korzyści z synergii. W takich przypadkach obie części biznesu mogą wnosić istotny wkład w kluczowy czynnik (kluczowe czynniki) kreujący wartość w grupie MNE. Zalecenia dotyczące synergii w ramach grupy wskazują, że gdy korzyści z synergii są wynikiem celowego uzgodnionego działania, należy je podzielić między członkami grupy, proporcjonalnie do wnoszonego przez nich wkładu w wytworzenie synergii[12]. O ile w niektórych okolicznościach możliwe będzie określenie rynkowej wartości wkładu wnoszonego przez poszczególne strony na podstawie analizy danych porównawczych, to taki proces może nie być w stanie uwzględnić potencjalnie znaczących korzyści wynikających z osiąganych integracji, gdy obie strony działają w porozumieniu.

Czynniki podziału zysku

12. Nadrzędnym celem działań 8–10 BEPS jest zapewnienie, że wyniki w zakresie cen transferowych są zgodne z ekonomicznym procesem tworzenia wartości. Cel ten osiąga się poprzez dokładne określenie faktycznej transakcji oraz jej wycenę w oparciu o najbardziej odpowiednią metodę. Grudniowy projekt poddany konsultacjom stwierdzał, że metody podziału zysku transakcyjnego mogą przyczynić się do realizacji powyższego celu, i zwracał się z zapytaniem o doświadczenia

w wykorzystaniu różnych podejść do podziału zysku, które mogą wskazywać sposoby zapewnienia zarówno większego obiektywizmu, jak i dopasowania do procesu tworzenia wartości w okolicznościach, w których zastosowanie metody podziału zysku transakcyjnego jest odpowiednie.

13. Jakkolwiek panuje powszechna zgoda co do tego, że podział zysku powinien opierać się na analizie funkcjonalnej wkładów wnoszonych przez strony, mechanizm określania wartości takich wkładów nie zawsze jest jasny. W praktyce w różnym zakresie stosuje się mechanizmy oparte na zainwestowanym kapitale, kosztach, badaniu wkładu funkcjonalnego, ważeniu czynników oraz wyrównanych oczekiwanych stopach zwrotu. Komentatorzy dostrzegli zalety i wady takich mechanizmów, mając na względzie kwestie takie jak dostępność informacji, mierzalność, subiektywizm i praktyczność, a ich spostrzeżenia dotyczą obecnego braku zaleceń na temat kluczowego aspektu dokonywania podziału zysku – tj. tego, jak należy podzielić zysk w wiarygodny sposób.

Wykorzystanie podziału zysku do ustalenia przedziału metodą MTN lub przeliczanie na należności licencyjne

14. W grudniowym projekcie poddanym konsultacjom podniesiono kwestię wykorzystania podziału zysku w celu zróżnicowania wyników uzyskanych z analizy metodą MTN w oparciu o wzrost lub spadek skonsolidowanego zysku osiągniętego przez strony transakcji. Podniesiono również kwestię wykorzystania podziału zysku do określenia oczekiwanego udziału w zysku i następnie przekształcenia analizy na bieżące należności licencyjne. Niektórzy komentatorzy wyrazili także opinię, że takie sugestie były użyteczne.

Część II: Zakres zmian do zaleceń dotyczących metody podziału zysku transakcyjnego

Najbardziej odpowiednia metoda

- Zalecenia dotyczące podziału zysku transakcyjnego oraz wyboru najbardziej odpowiedniej metody powinny położyć nacisk na kwestię poruszoną w pkt 2.2 dotychczasowych Wytycznych, wskazującą, że charakter transakcji, ustalony zgodnie z zaleceniami zawartymi w sekcji D rozdziału I, ma istotne znaczenie przy dokonywaniu wyboru najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych, nawet w przypadku braku informacji o wiarygodnych porównywalnych transakcjach niekontrolowanych. Dzielenie zysku lub straty w ramach podziału zysku może w niektórych okolicznościach odzwierciedlać stosunki handlowe pomiędzy stronami, w szczególności w zakresie alokacji ryzyka, które zasadniczo różnią się od uiszczenia opłaty za towary lub usługi. W przypadkach, w których ze względ-

du na określenie faktycznej transakcji podział zysku najprawdopodobniej nie będzie reprezentował wyniku rynkowego, zaktualizowane zalecenia podkreślą konieczność wykorzystania i skorygowania najlepszych dostępnych danych porównawczych zamiast dokonania wyboru metody podziału zysku. Właściwa metoda opierająca się na niedokładnych danych porównawczych będzie w takich przypadkach prawdopodobnie bardziej wiarygodna niż nieodpowiednie wykorzystanie metody podziału zysku transakcyjnego. W związku z powyższym zalecenia dotyczącymi sposobu zastosowania standardu dotyczącego najbardziej odpowiedniej metody w takich trudnych przypadkach zostaną rozszerzone. Dokonanie wyboru najbardziej odpowiedniej metody jest szczególnie problematyczne, gdy brak jest wiarygodnych danych porównawczych, co bardzo często zdarza się w krajach rozwijających się, i ma znaczenie w kontekście prac prowadzonych z upoważnienia Grupy Roboczej Państw G20 ds. Rozwoju, związanych z rozwojem narzędzi w celu wsparcia krajów o niskich dochodach w radzeniu sobie z wyzwaniem, jakim jest brak danych porównawczych.

Wysoce zintegrowana działalność gospodarcza

- Zostaną udzielone dodatkowe zalecenia dotyczące przypadków, gdy wysoki stopień zintegrowania działalności gospodarczej może prowadzić do wniosku, że najbardziej odpowiednią metodą jest metoda podziału zysku transakcyjnego. W tym zakresie zalecenia powinny odnieść się do istotnego znaczenia analizy łańcucha wartości dla zrozumienia kontekstu transakcji kontrolowanej (kontrolowanych). Jako element takiej analizy przydatne może okazać się dokonanie rozróżnienia pomiędzy sekwencyjną integracją globalnego łańcucha wartości (która może polegać na prowadzeniu przez strony różnych działań łączących się poprzez dokonywane między nimi transakcje w ramach spójnego łańcucha wartości, które mogą nie uzasadniać zastosowania podziału zysku bez uwzględnienia dodatkowych aspektów ustaleń) a integracją równoległą, która może polegać na wykonywaniu przez strony podobnych czynności związanych z tymi samymi przychodami, kosztami, aktywami lub ryzykami w ramach łańcucha wartości lub na danym etapie łańcucha wartości. Nawiązanie do globalnego obrotu instrumentami finansowymi w obecnych Wytycznych, który może wiązać się z realizacją równoległych działań w odniesieniu do tych samych aktywów, strumieni przychodów oraz ryzyk, wskazuje, że już dotychczasowe Wytyczne przewidują, iż podział łącznych zysków wynikających z tego rodzaju równoległej integracji może być właściwy.

Unikalny i wartościowy wkład

- Zostaną przedstawione dodatkowe zalecenia i przykłady wyjaśniające znaczenie pojęcia „unikalny i wartościowy" wkład w celu wskazania okoliczno-

ści, gdy metody podziału zysku transakcyjnego mogą okazać się najbardziej odpowiednie. Zostaną udzielone dodatkowe zalecenia dotyczące unikalnego i wartościowego wkładu innego niż w postaci dóbr niematerialnych.
- Ze względu na zmiany w zaleceniach dotyczących dóbr niematerialnych zostaną udzielone zalecenia wyjaśniające wybór metody podziału zysku transakcyjnego jako najbardziej odpowiedniej w przypadkach wiążących się z wykonywaniem istotnych funkcji związanych z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną lub wykorzystywaniem dóbr niematerialnych, tj. gdy takie funkcje stanowią „unikalny i wartościowy wkład" dla celów identyfikacji najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych.
- Przy opracowywaniu powyższych zaleceń należy poświęcić należytą uwagę sytuacjom, w których przedsiębiorstwa niezależne wykorzystują modele podziału zysku w porównywalnych transakcjach.

Korzyści z synergii

- Zostaną przedstawione dodatkowe zalecenia dotyczące okoliczności, które należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy metoda podziału zysku transakcyjnego może być najbardziej odpowiednia w sytuacjach wiążących się z istotnymi korzyściami z synergii w ramach grupy oraz odnośnie do możliwych sposobów zastosowania takich metod podziału zysku.

Czynniki podziału zysku

- Zostaną udzielone dodatkowe zalecenia objaśniające sposób, w jaki należy spełnić warunek występowania silnej korelacji pomiędzy czynnikami alokacji zysku a tworzeniem wartości w celu zapewnienia wyniku zgodnego z zasadą ceny rynkowej. Różne mechanizmy, wraz z podaniem przykładów ich zastosowania, zostaną szczegółowo wyjaśnione. Ponadto, aby przedstawić zalecenia dotyczące odpowiedniego zastosowania takich mechanizmów, należy porównać wrażliwość oraz praktyczne zastosowanie różnych mechanizmów, w tym ich zdolność do dokonywania niezależnej weryfikacji danych.

Wykorzystanie podziału zysku do określenia przedziału metodą MTN, stawek należności licencyjnych oraz innych form płatności

- Zostaną przedstawione dodatkowe zalecenia dotyczące okoliczności, które należy uwzględnić przy ocenie, czy metodę podziału zysku transakcyjnego można wykorzystać w celu uzasadnienia wyników uzyskanych metodą MTN lub określenia stawek należności licencyjnych lub w inny sposób, który jest praktyczny, zgodny z formą ustaleń umownych i może uprościć ustalenie ceny.

DOBRA NIEMATERIALNE

Zmiany do rozdziału VI Wytycznych w sprawie cen transferowych

Podsumowanie

Niniejszy rozdział Raportu przedstawia specjalnie sporządzone zalecenia dotyczące kwestii związanych z ustalaniem warunków rynkowych zgodnie z art. 9 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD w odniesieniu do transakcji dotyczących wykorzystywania lub przenoszenia dóbr niematerialnych. W tym zakresie zalecenia zawarte w niniejszym rozdziale odnoszą się do możliwości erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszenia zysków wynikających z transferu dóbr niematerialnych między członkami grupy MNE. W świetle niniejszych zaleceń członkowie grupy MNE powinni otrzymywać wynagrodzenie ustalane na podstawie wartości, jaką kreują w oparciu o wykonywane funkcje, zaangażowane aktywa i ponoszone ryzyka w związku z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych. Administracje podatkowe otrzymują nowe narzędzia pozwalające zmierzyć się z problematyką asymetrii informacji, co pomoże im określić odpowiednie ustalenia cenowe w zakresie dóbr niematerialnych, zaś techniki wyceny uznaje się za przydatne narzędzia do ustalania cen transakcji dotyczących dóbr niematerialnych.

Przedmiotowe zalecenia zostały przygotowane w ramach działania 8 Projektu BEPS OECD/G20, w którym zalecono opracowanie zasad zapobiegających BEPS wskutek transferu dóbr niematerialnych między członkami grupy poprzez „(i) przyjęcie szerokiej i jasno określonej definicji dóbr niematerialnych; (ii) zapewnienie, że zyski związane z przenoszeniem i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych zostaną właściwie alokowane zgodnie z tworzeniem wartości (nie zaś w oderwaniu od niej); (iii) opracowanie zasad w zakresie cen transferowych lub specjalnych reguł dotyczących przenoszenia dóbr niematerialnych trudnych do wyceny".

Niniejszy rozdział przedstawia zalecenia dotyczące dóbr niematerialnych w szerszym kontekście zaleceń w zakresie dokładnego określania transakcji oraz analizy ryzyk, zawartych w pierwszym rozdziale niniejszego raportu pt. „Zalecenia dotyczące stosowania zasady ceny rynkowej", który ma znaczenie przy badaniu różnic pomiędzy oczekiwanymi a rzeczywistymi zwrotami z dóbr niematerialnych.

Ogólne zasady w zakresie analizy ryzyka zawarte w rozdziale pt. „Zalecenia dotyczące stosowania zasady ceny rynkowej" opierają się na wymogu dotyczącym bardzo szczególnej i rzeczywistej kontroli, który bierze pod uwagę zarówno zdolność do wykonywania istotnych funkcji decyzyjnych, jak i faktyczne wykonanie tych funkcji. Jeżeli przedsiębiorstwo powiązane podejmujące się ponoszenia określonego ryzyka na mocy umowy nie sprawuje kontroli nad takim ryzykiem ani nie posiada zdolności finansowej do jego ponoszenia, wówczas zgodnie z ogólnymi zasadami wskazanymi w rozdziale pt. „Zalecenia dotyczące stosowania zasady ceny rynkowej" przedmiotowe ryzyko zostanie przypisane innemu członkowi grupy MNE, który sprawuje taką kontrolę i dysponuje zdolnością finansową do ponoszenia takiego ryzyka. Omawiany warunek dotyczący kontroli w niniejszym rozdziale jest stosowany w celu ustalenia, które strony ponoszą ryzyka związane z dobrami niematerialnymi, ale także do określenia, który członek grupy MNE rzeczywiście sprawuje kontrolę nad realizacją funkcji związanych z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych zleconych innym podmiotom.

Niniejsze zalecenia odnoszą się do sposobu traktowania zwrotu z tytułu finansowania wskazanego w rozdziale pt. „Zalecenia dotyczące stosowania zasady ceny rynkowej" i mają na celu zapewnienie, że finansowanie w celu rozwoju, ulepszania, utrzymywania, ochrony i wykorzystywania dobra niematerialnego przez podmiot, który nie wykonuje żadnych istotnych funkcji w związku z tym dobrem niematerialnym ani nie sprawuje kontroli nad ryzykiem finansowym, będzie uprawniało do zwrotu nie większego niż zwrot wolny od ryzyka.

W odniesieniu do ustalania cen rynkowych w sytuacji, gdy wycena w momencie dokonywania transakcji jest obarczona wysokim stopniem niepewności, niniejsze zalecenia przyznają, że podmioty niezależne mogą przyjąć różne podejścia w celu uwzględnienia tych niepewności mających wpływ na wartość dobra niematerialnego, w tym mogą zawrzeć umowę przewidującą płatności warunkowe zależne od rzeczywiście osiągniętych wyników. Ponadto zalecenia biorą też pod uwagę, że ze względu na asymetrię informacji ocena wiarygodności informacji, na podstawie których podatnik ustalił cenę transakcji, jest dla administracji podatkowej utrudniona, zwłaszcza w przypadku dóbr niematerialnych, których wartość w momencie dokonywania przeniesienia była obarczona

wysokim stopniem niepewności. Aby sprostać takim wyzwaniom, opracowano podejście w zakresie ustalania cen dóbr niematerialnych trudnych do wyceny, pozwalające podatnikowi wykazać, że przyjęte przez niego ceny zostały określone w oparciu o gruntowną analizę cen transferowych i prowadzą do wyniku rynkowego, a które jednocześnie zabezpiecza administracje podatkowe przed negatywnymi skutkami asymetrii informacji. Wskazane podejście umożliwia administracjom podatkowym uznawanie wyników analizy *ex post* za domniemanie dowodowe świadczące o prawidłowości ustaleń cenowych przeprowadzonych *ex ante*, gdy podatnik nie będzie mógł wykazać, że niepewność została przez niego odpowiednio uwzględniona w przyjętej metodologii wyceny. Zalecenia dotyczące wdrożenia takiego podejścia zostaną przedstawione w 2016 r., zaś praktyczne zastosowanie tych wyjątków, w tym określenie progów istotności oraz okresów objętych tymi wyjątkami, zostaną poddane przeglądowi do 2020 r. z uwzględnieniem nabytych doświadczeń.

Podsumowując, zalecenia zawarte w niniejszym rozdziale pozwolą na zapewnienie, że:

- własność prawna dóbr niematerialnych przedsiębiorstwa powiązanego nie będzie samoistnie decydować o uprawnieniu do zwrotu z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych;
- przedsiębiorstwa powiązane wykonujące istotne funkcje tworzące wartość dóbr niematerialnych, związane z ich rozwojem, utrzymywaniem, ulepszaniem, ochroną i wykorzystywaniem, mogą oczekiwać odpowiedniego wynagrodzenia;
- przedsiębiorstwo powiązane ponoszące ryzyko związane z rozwojem, utrzymywaniem, ulepszaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych musi sprawować kontrolę nad tymi ryzykami i posiadać zdolność do podejmowania takich ryzyk zgodnie z zaleceniami dotyczącymi ryzyka przewidzianymi w sekcji D.1.2 rozdziału pt. „Zalecenia dotyczące stosowania zasady ceny rynkowej", w tym w zakresie wymogu dotyczącego bardzo szczególnej i rzeczywistej kontroli;
- uprawnienie jakiegokolwiek członka grupy MNE do zysków lub strat związanych z różnicami pomiędzy rzeczywiście osiąganymi a oczekiwanymi zyskami będzie zależeć od tego, który podmiot lub które podmioty ponoszą ryzyka skutkujące takimi różnicami, oraz od tego, czy podmiot lub podmioty wykonują istotne funkcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych lub wnoszą wkład w kontrolę nad ekonomicznie istotnymi ryzykami, i zostanie ustalone, że rynkowe wynagrodzenie za wykonywanie takich funkcji powinno zawierać element wiążący się z podziałem zysków;
- przedsiębiorstwo powiązane dostarczające finansowanie i ponoszące związane z tym ryzyka finansowe, lecz niewykonujące jakichkolwiek funkcji w odnie-

sieniu do dobra niematerialnego, będzie zasadniczo mogło oczekiwać wyłącznie zwrotu za udzielenie finansowania skorygowanego o ryzyko;
- jeżeli przedsiębiorstwo powiązane dostarczające finansowanie nie sprawuje kontroli nad ryzykami finansowymi związanymi z dostarczaniem funduszy, taki podmiot będzie uprawniony do nie więcej niż zwrotu wolnego od ryzyka;
- rozszerza się zalecenia dotyczące sytuacji, w których techniki wyceny mogą zostać odpowiednio wykorzystane;
- od podatników będzie wymagane dokonanie wnikliwej analizy cen transferowych w celu zapewnienia, że ceny za przeniesienie dóbr niematerialnych trudnych do wyceny zostaną ustalone na warunkach rynkowych.

Dotychczasowe postanowienia rozdziału VI Wytycznych w sprawie cen transferowych zostają w całości usunięte i zastąpione następującym brzmieniem.

6.1. Zgodnie z art. 9 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD, jeżeli między dwoma przedsiębiorstwami powiązanymi zostaną uzgodnione lub narzucone warunki w zakresie wykorzystywania lub przenoszenia dóbr niematerialnych różniące się od warunków, które ustaliłyby między sobą niezależne przedsiębiorstwa, wówczas zyski, które osiągnęłoby jedno z przedsiębiorstw bez tych warunków, ale z powodu tych warunków ich nie osiągnęło, mogą być uznane za zyski tego przedsiębiorstwa i odpowiednio opodatkowane.

6.2. Celem niniejszego rozdziału VI jest udzielenie zaleceń specjalnie dostosowanych do określania warunków rynkowych dotyczących transakcji polegających na wykorzystywaniu lub przenoszeniu dóbr niematerialnych. Artykuł 9 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD dotyczy warunków transakcji dokonywanych między przedsiębiorstwami powiązanymi, a nie nadawania określonych etykiet takim transakcjom. W związku z tym kluczowe jest to, czy w ramach transakcji dochodzi do przeniesienia wartości ekonomicznej przez jedno przedsiębiorstwo powiązane na rzecz drugiego oraz czy taka korzyść wynika z dóbr materialnych, dóbr niematerialnych, usług lub innych pozycji albo działań. Ta pozycja lub działania mogą nieść ze sobą wartość ekonomiczną niezależnie od tego, że nie zostało to wyraźnie wskazane w rozdziale VI. W zakresie, w jakim dana pozycja lub działanie niesie ze sobą wartość ekonomiczną, dokonując ustalenia cen rynkowych, należy wziąć pod uwagę, czy taka pozycja lub działanie stanowi dobro niematerialne w rozumieniu pkt 6.6.

6.3. Zasady przewidziane w rozdziałach I–III niniejszych Wytycznych w równym stopniu znajdują zastosowanie do transakcji dotyczących i niedotyczących dóbr niematerialnych. Zgodnie z tymi zasadami, podobnie jak w przypadku innych zagadnień z zakresu cen transferowych, analiza przypadków wiążących się z wykorzystywaniem lub przenoszeniem dóbr niematerialnych powinna rozpocząć się od dokładnej identyfikacji stosunków handlowych lub finansowych między przedsiębiorstwami powiązanymi oraz warunków i ekonomicznie istotnych okoliczności związanych z tymi stosunkami w celu dokładnego określenia faktycznej transakcji polegającej na wykorzystywaniu lub przeniesieniu dóbr niematerialnych. Analiza funkcjonalna powinna zidentyfikować funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone[13] przez wszystkich stosownych członków grupy MNE. W przypadkach dotyczących wykorzystywania lub przenoszenia dóbr niematerialnych szczególnie ważne jest, aby analiza funkcjonalna opierała się na zrozumieniu globalnej działalności prowadzonej przez MNE oraz sposobu, w jaki dobra niematerialne są wykorzystywane przez MNE w celu zwiększania lub tworzenia wartości w ramach całego łańcucha dostaw. W stosownych przypadkach analiza powinna

rozważyć, zgodnie z postanowieniami sekcji D.2 rozdziału I, czy podmioty niezależne zawarłyby takie ustalenia, a jeśli tak, jakie warunki zostałyby uzgodnione.

6.4. W celu ustalenia warunków rynkowych w zakresie wykorzystywania lub przenoszenia dóbr niematerialnych należy przeprowadzić analizę funkcjonalną i porównywalności zgodnie z postanowieniami sekcji D.1 rozdziału I, opierającą się na identyfikacji dóbr niematerialnych i związanych z nimi ryzyk w ramach ustaleń umownych i następnie uzupełnić taką analizę poprzez zbadanie faktycznego postępowania stron na podstawie wykonywanych funkcji, zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk, w tym kontroli nad ważnymi funkcjami i ekonomicznie istotnymi ryzykami. Stosownie do powyższego w kolejnej sekcji, sekcji A, przedstawiono zalecenia dotyczące identyfikacji dóbr niematerialnych. Sekcja B zawiera omówienie własności w sensie prawnym i innych warunków umownych oraz zalecenia dotyczące dokonywania oceny postępowania stron na podstawie funkcji, aktywów i ryzyk. Sekcja C opisuje niektóre typowe scenariusze dotyczące dóbr niematerialnych, zaś sekcja D udziela zaleceń do wyznaczania warunków rynkowych, w tym stosowania metod i technik wyceny, jak również prezentuje podejście do określania warunków rynkowych w przypadku szczególnej kategorii dóbr niematerialnych trudnych do wyceny. Przykłady ilustrujące te zalecenia znajdują się w załączniku do niniejszego rozdziału.

A. Identyfikacja dóbr niematerialnych

A.1. Ogólne uwagi

6.5. W analizie cen transferowych mogą pojawić się trudności wynikające ze zbyt wąskiej lub zbyt szerokiej definicji pojęcia dóbr niematerialnych. Jeżeli zostanie zastosowana zbyt wąska definicja pojęcia dóbr niematerialnych, podatnicy lub administracje rządowe mogą twierdzić, że określone pozycje nie spełniają takiej definicji, w związku z czym mogą one być przenoszone lub wykorzystywane bez oddzielnego wynagrodzenia, mimo że ich wykorzystywanie lub przenoszenie wiązałoby się z wynagrodzeniem w transakcjach między przedsiębiorstwami niezależnymi. Jeżeli zostanie zastosowana zbyt szeroka definicja, podatnicy lub administracje rządowe mogą twierdzić, że wykorzystywanie lub przenoszenie danej pozycji w transakcjach między przedsiębiorstwami powiązanymi wymagałoby wynagrodzenia, podczas gdy takie wynagrodzenie nie byłoby przewidziane w transakcjach między przedsiębiorstwami niezależnymi.

6.6. W związku z powyższym w niniejszych Wytycznych wyrażenie „dobro niematerialne" ma na celu określenie czegoś, co nie jest aktywem rzeczowym ani aktywem finansowym[14], co może być przedmiotem własności lub kontroli wykorzystanym w działalności komercyjnej oraz czego wykorzystywanie lub

przenoszenie podlegałoby wynagrodzeniu w transakcji między niezależnymi stronami w porównywalnych okolicznościach. Zamiast skupiać się na definicjach rachunkowych czy prawnych, analiza cen transferowych w odniesieniu do dóbr niematerialnych powinna kłaść nacisk na określenie warunków, jakie zostałyby uzgodnione między niezależnymi stronami w porównywalnej transakcji.

6.7. Dobra niematerialne, które są ważne do rozważenia dla celów cen transferowych, nie zawsze są ujmowane jako wartości niematerialne i prawne dla celów rachunkowych. Na przykład koszty związane z wewnętrznym wytworzeniem dóbr niematerialnych wynikające z wydatków m.in. na badania i rozwój oraz reklamę są czasem ujmowane jako koszty okresu, a nie kapitalizowane dla celów rachunkowych, w związku z czym dobra niematerialne wynikające z poniesienia takich wydatków nie zawsze znajdują odzwierciedlenie w bilansie. Niemniej jednak takie dobra niematerialne mogą być wykorzystywane do generowania istotnej wartości ekonomicznej i mogą wymagać uwzględnienia dla celów cen transferowych. Ponadto zwiększenie wartości, które może być skutkiem komplementarnego charakteru zbioru dóbr niematerialnych wykorzystywanych w połączeniu, nie zawsze zostaje ujęte w bilansie. W związku z powyższym na to, czy daną pozycję należy uznać za dobro niematerialne dla celów cen transferowych zgodnie z art. 9 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD, może wpływać charakterystyka takiej pozycji dla celów rachunkowych, lecz sama charakterystyka nie będzie rozstrzygająca. Co więcej, ustalenie, że daną pozycję należy uznać za dobro niematerialne dla celów cen transferowych, ani nie określa, ani nie wynika z jej kwalifikacji dla ogólnych celów podatkowych jako np. kosztu lub aktywa podlegającego amortyzacji.

6.8. Dostępność oraz zakres ochrony prawnej, umownej lub innych form ochrony może mieć wpływ na wartość pozycji oraz zwrotu, jaki należy mu przypisać. Jednakże istnienie takiej ochrony nie stanowi warunku koniecznego do ustalenia, że dana pozycja jest dobrem niematerialnym dla celów cen transferowych. Podobnie, o ile niektóre dobra niematerialne mogą zostać zidentyfikowane i przenoszone oddzielnie, to inne dobra niematerialne mogą podlegać przenoszeniu tylko łącznie z innymi aktywami biznesowymi. Dlatego też możliwość dokonania oddzielnego przeniesienia nie stanowi warunku koniecznego do określenia danej pozycji jako dobra niematerialnego dla celów cen transferowych.

6.9. Jest istotne, by odróżniać dobra niematerialne od warunków rynkowych i uwarunkowań lokalnego rynku. Cechy lokalnego rynku, takie jak poziom rozporządzalnych dochodów gospodarstw domowych na tym rynku lub rozmiar czy względna konkurencyjność rynku, nie mogą być przedmiotem własności lub kontroli. O ile w niektórych okolicznościach takie cechy mogą mieć wpływ na określenie rynkowej ceny konkretnej transakcji i należy je uwzględnić w analizie

porównywalności, to nie stanowią one dóbr niematerialnych dla celów rozdziału VI. Zob. sekcja D.6 rozdziału I.

6.10. Identyfikacja pozycji jako dobra niematerialnego jest oddzielona i niezależna od procesu określania ceny za wykorzystywanie lub przenoszenie takiej pozycji w oparciu o fakty i okoliczności danego przypadku. W zależności od branży i innych faktów dotyczących konkretnego przypadku wykorzystywanie dóbr niematerialnych może stanowić bardziej lub mniej istotny element kreowania wartości przez MNE. Należy podkreślić, że nie w każdej sytuacji wszystkie dobra niematerialne muszą podlegać oddzielnemu wynagrodzeniu od wymaganej płatności za towary lub usługi, jak również nie w każdym przypadku wszystkie dobra niematerialne dają podstawę do wyższego zwrotu. Przykładowo rozważmy sytuację, w której przedsiębiorstwo świadczy usługę z wykorzystaniem nieunikalnego *know-how*, przy czym inni porównywalni dostawcy usług posiadają porównywalny *know-how*. W takim przypadku, mimo że *know-how* stanowi dobro niematerialne, może okazać się ze względu na fakty i okoliczności, że taki *know-how* nie uzasadnia przypisania przedsiębiorstwu wyższego zwrotu, przekraczającego normalne zwroty osiągane przez porównywalnych niezależnych dostawców podobnych usług, którzy wykorzystują porównywalny, nieunikalny *know-how*. Zob. sekcja D.1.3 rozdziału I. Zob. również pkt 6.17, zawierający definicję „unikalnych" dóbr niematerialnych.

6.11. Przy ustalaniu, czy lub kiedy dobro niematerialne istnieje oraz czy dobro niematerialne zostało wykorzystane lub przeniesione, należy zachować ostrożność. Na przykład nie wszystkie wydatki na badania i rozwój skutkują wytworzeniem lub ulepszeniem dobra niematerialnego, jak też nie wszystkie działania marketingowe skutkują stworzeniem lub ulepszeniem dobra niematerialnego.

6.12. Dokonując analizy cen transferowych w sprawach związanych z dobrami niematerialnymi, należy szczegółowo zidentyfikować stosowne dobra niematerialne. Analiza funkcjonalna powinna zidentyfikować właściwe dobra niematerialne, sposób, w jaki przyczyniają się one do kreowania wartości w analizowanych transakcjach, ważne funkcje wykonywane i szczególne ryzyka ponoszone w związku z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych oraz sposób, w jaki oddziałują one na inne dobra niematerialne, aktywa trwałe i działalność biznesową w celu wytworzenia wartości. Jakkolwiek w niektórych przypadkach właściwe może okazać się zagregowanie dóbr niematerialnych na potrzeby ustalenia warunków rynkowych dotyczących wykorzystywania lub przenoszenia dóbr niematerialnych, to wskazanie, że niedookreślone lub nierozróżnione dobra niematerialne mają wpływ na rynkowe ceny lub inne warunki, jest niewystarczające. Ustalenie warunków rynkowych powinno opierać się na gruntownej analizie funkcjonalnej, obejmującej analizę znaczenia zidentyfikowanych stosownych dóbr niematerialnych w globalnej działalności MNE.

A.2. Znaczenie niniejszego rozdziału dla innych celów podatkowych

6.13. Zalecenia zawarte w niniejszym rozdziale dotyczą wyłącznie kwestii z obszaru cen transferowych i nie mają znaczenia dla innych celów podatkowych. Przykładowo Komentarz do art. 12 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD zawiera szczegółowe omówienie definicji należności licencyjnych w rozumieniu tego artykułu (akapity od 8 do 19). Celem definicji „należności licencyjnych" przewidzianej w art. 12 nie jest przedstawienie jakichkolwiek zaleceń dotyczących tego, czy, a jeśli tak, to w jakiej wysokości wynagrodzeniu podlegałoby wykorzystywanie lub przenoszenie dóbr niematerialnych pomiędzy niezależnymi stronami. Nie ma ona zatem znaczenia dla celów cen transferowych. Ponadto charakterystyka transakcji dla celów cen transferowych nie ma znaczenia dla kwestii, czy określona płatność stanowi należność licencyjną lub czy może ona podlegać podatkowi u źródła na mocy art. 12. Pojęcie dóbr niematerialnych dla celów cen transferowych oraz definicja należności licencyjnych dla celów art. 12 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD stanowią dwa różne terminy, które niekoniecznie muszą być spójne. Może się zdarzyć, że płatność dokonywana między przedsiębiorstwami powiązanymi zostanie uznana za niestanowiącą należności licencyjnej na potrzeby art. 12, lecz dla celów cen transferowych będzie ona mimo wszystko traktowana jako płatność, która może podlegać zasadom określonym w niniejszym rozdziale. Jako przykład można przytoczyć niektóre płatności związane z wartością firmy lub wartością przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa. Może zdarzyć się również, że płatność prawidłowo uznana za należność licencyjną w rozumieniu art. 12 stosownego traktatu może nie stanowić wynagrodzenia za dobra niematerialne dla celów niniejszego rozdziału. Wśród przykładów można wymienić niektóre płatności za usługi techniczne. Podobnie zalecenia niniejszego rozdziału nie mają znaczenia dla potrzeb celnych.

6.14. Zalecenia przedstawione w niniejszym rozdziale nie mają także znaczenia dla rozpoznawania dochodów, kapitalizacji kosztów rozwoju dóbr niematerialnych, amortyzacji lub podobnych kwestii. W związku z tym przykładowo dane państwo może zrezygnować z nakładania podatku od przenoszenia konkretnych rodzajów dóbr niematerialnych w określonych okolicznościach. Analogicznie dane państwo może nie zezwalać na amortyzację kosztów pewnych nabytych pozycji, które zostałyby uznane za dobra niematerialne zgodnie z definicjami przewidzianymi w niniejszym rozdziale, a których przenoszenie może podlegać opodatkowaniu w momencie dokonania przenoszenia w państwie przenoszącym. Uznaje się, że niespójności w omawianych kwestiach między prawami poszczególnych państw mogą niekiedy prowadzić do podwójnego opodatkowania albo podwójnego braku opodatkowania.

A.3. Kategorie dóbr niematerialnych

6.15. W rozważaniach na temat kwestii z zakresu cen transferowych dotyczących dóbr niematerialnych określa się czasem i nadaje etykiety różnym kategoriom dóbr niematerialnych. Niekiedy rozróżnia się pomiędzy handlowymi dobrami niematerialnymi a marketingowymi dobrami niematerialnymi, pomiędzy „miękkimi" a „twardymi", dobrami niematerialnymi rutynowymi a nierutynowymi oraz pomiędzy innymi rodzajami i kategoriami dóbr niematerialnych. Podejście przedstawione w niniejszym rozdziale, dotyczące ustalania cen rynkowych w przypadkach związanych z dobrami niematerialnymi, nie determinuje takich kategoryzacji. W związku z powyższym niniejsze Wytyczne nie podejmują się dokonania precyzyjnego określenia różnych rodzajów lub kategorii dóbr niematerialnych ani nie określają wniosków płynących z takich kategoryzacji.

6.16. Niemniej jednak w dyskusjach na temat kwestii z zakresu cen transferowych powszechnie nawiązuje się do niektórych kategorii dóbr niematerialnych. W celu ułatwienia takich rozważań w glosariuszu zawarto definicje dwóch powszechnie stosowanych pojęć, tj. „marketingowe dobra niematerialne " i „handlowe dobra niematerialne", do których niekiedy nawiązują postanowienia niniejszych Wytycznych. Należy zaznaczyć, że ogólne odniesienia do marketingowych lub handlowych dóbr niematerialnych nie zwalniają podatników lub administracji podatkowych z obowiązku dokonania szczegółowej identyfikacji stosownych dóbr niematerialnych w ramach analizy cen transferowych ani też zastosowanie takich terminów nie wskazuje, że w transakcjach dotyczących marketingowych dóbr niematerialnych i handlowych dóbr niematerialnych należy przyjąć różne podejścia przy ustalaniu warunków rynkowych.

Do glosariusza przedstawionego w niniejszych Wytycznych wprowadza się zmiany poprzez usunięcie definicji pojęcia marketingowego dobra niematerialnego i zastąpienie jej następującym brzmieniem:

„Marketingowe dobro niematerialne"

„Dobro niematerialne (w rozumieniu pkt 6.6), które jest związane z działalnością marketingową, wspiera komercyjne korzystanie z produktu lub usługi i/lub posiada istotną wartość promocyjną dla danego produktu. W zależności od kontekstu, marketingowe dobra niematerialne mogą obejmować np. znaki towarowe, nazwy handlowe, bazy klientów, relacje z klientami oraz własne dane dotyczące rynku i klientów, które są wykorzystywane w marketingu i sprzedaży towarów lub usług na rzecz klientów lub wspierają takie działania".

6.17. W niektórych przypadkach niniejsze Wytyczne odnoszą się do „unikalnych i wartościowych" dóbr niematerialnych. „Unikalne i wartościowe" dobra niematerialne stanowią dobra niematerialne (i) nieporównywalne do dóbr niematerialnych wykorzystywanych przez lub dostępnych stronom potencjalnie porównywalnych transakcji oraz (ii) takie, których wykorzystanie w działalności gospodarczej (np. w produkcji, świadczeniu usług, marketingu, sprzedaży lub administracji) przyniesie większe przyszłe korzyści ekonomiczne, niż byłyby oczekiwane w przypadku braku takiego dobra niematerialnego.

A.4. Przykłady

6.18. Niniejsza sekcja zawiera omówienie pozycji często branych pod uwagę w analizach cen transferowych dotyczących dóbr niematerialnych. Celem przedstawionych opisów jest wyjaśnienie postanowień sekcji A.1, jednak to zestawienie nie powinno być używane w zastępstwie szczegółowej analizy. Przytoczone przykłady nie są wyczerpujące i nie przedstawiają kompletnego wykazu pozycji, które mogą stanowić dobra materialne lub nie mogą ich stanowić. Dla celów cen transferowych wiele innych pozycji nieujętych w tym wykazie przykładów może również stanowić dobra niematerialne. Przykłady zamieszczone w niniejszej sekcji należy dostosować do środowiska prawnego i regulacyjnego charakterystycznego dla danego państwa. Ponadto przykłady przedstawione w niniejszej sekcji należy rozważyć i ocenić w kontekście analizy porównywalności (w tym analizy funkcjonalnej) danej transakcji kontrolowanej w celu uzyskania lepszego zrozumienia sposobu, w jaki określone dobra niematerialne i pozycje nieuznawane za dobra niematerialne przyczyniają się do tworzenia wartości w globalnej działalności MNE. Należy podkreślić, że ogólne odniesienie do pozycji ujętych w wykazie przykładów nie zwalnia podatników lub administracji podatkowych z obowiązku dokonania szczegółowej identyfikacji stosownych dóbr niematerialnych w ramach analizy cen transferowych w oparciu o zalecenia przewidziane w sekcji A.1.

A.4.1. Patenty

6.19. Patent stanowi instrument prawny przyznający jego właścicielowi wyłączne prawo do korzystania z danego wynalazku przez ograniczony okres na określonym obszarze geograficznym. Patent może dotyczyć przedmiotu fizycznego lub procesu. Wynalazki posiadające zdolność patentową są często rozwijane w ramach ryzykownych i kosztownych prac badawczo-rozwojowych. Niemniej w niektórych okolicznościach niewielkie wydatki na badania i rozwój mogą zaowocować opracowaniem bardzo wartościowych wynalazków posiadających zdolność patentową. Podmiot, który opracował patent, może próbować odzyskać koszty jego rozwoju (i osiągnąć zwrot) poprzez sprzedaż produktów objętych patentem, poprzez udzielanie licencji innym podmiotom na korzystanie z opatentowanego

wynalazku lub bezpośrednio poprzez sprzedaż patentu. Wyłączność przyznawana na mocy patentu może w niektórych okolicznościach umożliwić właścicielowi patentu osiągnięcie wyższych zwrotów z tytułu korzystania z wynalazku. W innych przypadkach opatentowany wynalazek może zapewniać właścicielowi przewagę kosztową, jakiej nie mają konkurenci. Jeszcze w innych sytuacjach patenty mogą nie nieść ze sobą istotnej przewagi komercyjnej. Patenty stanowią dobra niematerialne w rozumieniu postanowień sekcji A.1.

A.4.2. Know-how i tajemnice handlowe

6.20. *Know-how* i tajemnice handlowe stanowią własne informacje lub wiedzę, wspierające lub udoskonalające działalność komercyjną, które jednak nie zostały zarejestrowane w celu ochrony w sposób taki jak patenty lub znaki towarowe. *Know-how* i tajemnice handlowe zasadniczo obejmują nieujawnione informacje o charakterze przemysłowym, komercyjnym lub naukowym wynikające z wcześniejszych doświadczeń, które znajdują praktyczne zastosowanie w działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo. *Know-how* i tajemnice handlowe mogą dotyczyć działalności produkcyjnej, marketingowej, badawczo-rozwojowej lub jakiejkolwiek innej działalności komercyjnej. Wartość *know-how* i tajemnic handlowych często zależy od zdolności przedsiębiorstwa do zachowania poufności tego *know-how* lub tajemnicy handlowej. W niektórych branżach ujawnienie informacji w zakresie koniecznym do uzyskania ochrony patentowej może umożliwić konkurencji opracowanie rozwiązań alternatywnych. W związku z powyższym z uzasadnionych przyczyn biznesowych przedsiębiorstwo może postanowić nie patentować *know-how* posiadającego zdolność patentową, które jednak może istotnie przyczynić się do powodzenia takiego przedsiębiorstwa. Poufność *know-how* i tajemnic handlowych można w pewnym stopniu chronić (i) w oparciu o prawo w zakresie zwalczania nieuczciwej konkurencji lub podobne ustawy, (ii) w oparciu o postanowienia umów o pracę oraz (iii) poprzez ekonomiczne i technologiczne bariery dla konkurencji. *Know-how* i tajemnice handlowe stanowią dobra niematerialne w rozumieniu postanowień sekcji A.1.

A.4.3. Znaki towarowe, nazwy handlowe i marki

6.21. Znak towarowy stanowi unikalną nazwę, symbol, logo lub wyobrażenie, którymi właściciel może posłużyć się do odróżnienia jego produktów i usług od tych należących do innych podmiotów. Prawa własności do znaków towarowych często są potwierdzane za pośrednictwem systemu rejestracji. Zarejestrowany właściciel znaku towarowego może wykluczyć inne podmioty z możliwości korzystania ze znaku towarowego w sposób, który mógłby prowadzić na rynku do konfuzji. Rejestracja znaku towarowego może być nieograniczona czasowo, jeżeli znak towarowy będzie stale wykorzystywany, a rejestracja będzie odpowiednio

przedłużana. Znaki towarowe mogą odnosić się do towarów lub usług i mogą dotyczyć jednego produktu lub jednej usługi albo linii produktów lub usług. Znaki towarowe są prawdopodobnie najbardziej znane na poziomie rynku konsumentów, ale można zetknąć się z nimi na wszystkich poziomach rynku. Znaki towarowe stanowią dobra niematerialne w rozumieniu postanowień sekcji A.1.

6.22. Nazwa handlowa (często, lecz nie zawsze stanowiąca nazwę przedsiębiorstwa) może mieć taką samą siłę penetracji rynku jak znak towarowy i może rzeczywiście zostać zarejestrowana jako znak towarowy w pewnej określonej formie. Nazwy niektórych MNE mogą być łatwo rozpoznawalne i mogą być wykorzystywane na potrzeby marketingu różnych towarów i usług. Nazwy handlowe stanowią dobra niematerialne w rozumieniu postanowień sekcji A.1.

6.23. Pojęcia marki często używa się zamiennie z pojęciami znaku towarowego i nazwy handlowej. W innym kontekście jako markę postrzega się znak towarowy lub nazwę handlową charakteryzujące się znaczeniem społecznym lub komercyjnym. Marka może w rzeczywistości reprezentować zespół dóbr niematerialnych i/lub innych pozycji obejmujących m.in. znaki towarowe, nazwy handlowe, relacje z klientami, cechy związane z reputacją oraz wartość firmy. Rozdzielenie lub oddzielne przeniesienie różnych pozycji stanowiących wartość marki jest niekiedy utrudnione lub niemożliwe. Marka może składać się z pojedynczego dobra niematerialnego lub całego zbioru dóbr niematerialnych w rozumieniu postanowień sekcji A.1.

A.4.4. Prawa wynikające z umów i zezwoleń urzędowych

6.24. Zezwolenia i koncesje mogą mieć istotne znaczenie w danej działalności i mogą zawierać w sobie szeroki zakres stosunków biznesowych. Mogą one obejmować m.in. urzędowe przyznanie praw do korzystania z określonych zasobów naturalnych lub dóbr publicznych (np. koncesja na spektrum częstotliwości) lub do prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Zezwolenia i koncesje stanowią dobra niematerialne w rozumieniu postanowień sekcji A.1. Jednakże zezwolenia i koncesje należy odróżnić od obowiązków rejestracyjnych spółki, które stanowią warunek konieczny do prowadzenia działalności w określonej jurysdykcji. Takie obowiązki nie są uznawane za dobra niematerialne w rozumieniu sekcji A.1.

6.25. Prawa wynikające z umów również mogą mieć istotne znaczenie dla danej działalności i mogą dotyczyć szerokiego zakresu stosunków biznesowych. Mogą one obejmować m.in. umowy z dostawcami i kluczowymi klientami oraz umowy o udostępnieniu usług jednego pracownika lub ich większej liczby. Prawa wynikające z umów stanowią dobra niematerialne w rozumieniu postanowień sekcji A.1.

A.4.5. Licencje i podobne ograniczone prawa do dóbr niematerialnych

6.26. Ograniczone prawa do dóbr niematerialnych powszechnie przenosi się na podstawie umowy licencyjnej lub innych podobnych ustaleń umownych w formie pisemnej, ustnej czy dorozumianej. Takie prawa z licencji mogą być ograniczone pod względem zakresu obowiązywania, okresu korzystania, lokalizacji geograficznej lub w inny sposób. Ograniczone prawa do dóbr niematerialnych same w sobie stanowią dobra niematerialne w rozumieniu postanowień sekcji A.1.

A.4.6. Wartość firmy i wartość przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa

6.27. W zależności od kontekstu pojęcie wartości firmy może odnosić się do kilku różnych koncepcji. W pewnych kontekstach z dziedziny rachunkowości i wyceny przedsiębiorstw wartość firmy odzwierciedla różnicę pomiędzy łączną wartością działającego przedsiębiorstwa a sumą wartości wszystkich odrębnie identyfikowalnych aktywów trwałych i dóbr niematerialnych. Alternatywnie wartość firmy czasem określa się jako odzwierciedlenie przyszłych korzyści ekonomicznych związanych z aktywami biznesowymi, które nie są indywidualnie zidentyfikowane i odrębnie rozpoznane. W jeszcze innym kontekście wartość firmy odnosi się do oczekiwanych przyszłych przychodów od dotychczasowych klientów. Pojęcie wartości przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa niekiedy odnosi się do łącznej wartości zorganizowanych aktywów działającego przedsiębiorstwa przekraczającej sumę oddzielnych wartości poszczególnych aktywów. Ogólnie uznaje się, że wartość firmy i wartość przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa nie mogą zostać rozdzielone lub przenoszone oddzielnie od pozostałych aktywów biznesowych. W pkt 9.93–9.95 została przedstawiona pokrewna dyskusja dotycząca pojęcia przenoszenia wszystkich elementów kontynuowanej działalności przedsiębiorstwa w związku z restrukturyzacją działalności biznesowej.

6.28. Dla celów niniejszego rozdziału nie jest konieczne ustalenie precyzyjnej definicji wartości firmy lub wartości przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa na potrzeby cen transferowych ani określenie, kiedy wartość firmy lub wartość przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa może stanowić dobro niematerialne lub nie może go stanowić. Należy jednak zauważyć, że istotna i wartościowo znacząca część wynagrodzenia płatnego pomiędzy przedsiębiorstwami niezależnymi w przypadku przeniesienia niektórych lub wszystkich aktywów działającego przedsiębiorstwa może reprezentować wynagrodzenie za coś, co zostało określone w jednym lub innym alternatywnym opisie jako wartości firmy lub wartość przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa. Jeżeli podobne transakcje są dokonywane między przedsiębiorstwami powiązanymi, taką war-

tość należy uwzględnić przy ustalaniu rynkowej ceny transakcji. Jeżeli w związku z przeniesieniem lub licencją znaku towarowego lub innego dobra niematerialnego dochodzi do przeniesienia na rzecz przedsiębiorstwa powiązanego lub dzielenia się z nim wartością wynikającą z reputacji, którą czasem określa się mianem wartości firmy, taką wartość wynikającą z reputacji należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu odpowiedniego wynagrodzenia. Jeżeli cechy przedsiębiorstwa, takie jak uzyskana renoma w odniesieniu do produkcji wyrobów wysokiej jakości lub świadczenia usług wysokiej jakości, umożliwiają temu przedsiębiorstwu pobieranie wyższych cen za towary lub usługi niż ceny stosowane przez podmiot nieposiadający takiej renomy, a takie cechy można scharakteryzować jako wartość firmy lub wartość przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa zgodnie z jedną z różnych definicji takich pojęć, przedmiotowe cechy należy uwzględnić przy ustalaniu rynkowych cen w odniesieniu do sprzedaży towarów lub świadczenia usług między przedsiębiorstwami powiązanymi, niezależnie od tego, czy zostaną one zakwalifikowane jako wartość firmy. Innymi słowy, samo opisywanie takiego wartościowego wkładu, wnoszonego przez jedną stronę na rzecz innej, jako wartość firmy lub wartość przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa nie przesądza o tym, że taki wkład nie powinien podlegać wynagrodzeniu. Zob. pkt 6.2.

6.29. Wymóg uwzględnienia wartości firmy i wartości przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa przy ustalaniu ceny transakcji w żaden sposób nie oznacza, że rezydualne miary wartości firmy wyznaczone dla określonych celów rachunkowych lub wyceny przedsiębiorstwa koniecznie stanowią odpowiedni wyznacznik ceny, jaka zostałaby zapłacona za przeniesienie działalności lub praw licencyjnych wraz z powiązaną wartością firmy i wartością przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa między podmiotami niezależnymi. Miary wartości firmy i wartości przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa na potrzeby rachunkowości i wyceny przedsiębiorstwa zasadniczo nie odpowiadają rynkowej cenie przenoszonej wartości firmy lub wartości przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa dla celów analizy cen transferowych. Jednakże w zależności od faktów i okoliczności wyceny rachunkowe oraz informacje je uzupełniające mogą stanowić przydatny punkt wyjścia do dokonywania analizy cen transferowych. Ze względu na brak jednej precyzyjnej definicji wartości firmy konieczne jest, aby podatnicy i administracje podatkowe szczegółowo określili właściwe dobra niematerialne w ramach analizy cen transferowych oraz rozważyli, czy niezależne przedsiębiorstwa przewidziałyby wynagrodzenie za takie dobra niematerialne w porównywalnych okolicznościach.

A.4.7. Synergie w ramach grupy

6.30. W niektórych okolicznościach synergie w ramach grupy mają wpływ na wysokość dochodów osiąganych przez grupę MNE. Takie synergie grupowe

mogą przejawiać się w wielu różnych formach, w tym jako usprawnione zarządzanie, wyeliminowanie kosztownego powielania działań, zintegrowane systemy, siła nabywcza lub zdolność kredytowa itp. Przedmiotowe właściwości mogą mieć wpływ na ustalenie warunków rynkowych dla transakcji kontrolowanych i należy je uwzględnić dla celów cen transferowych jako czynniki porównywalności. Ponieważ nie są one w posiadaniu przedsiębiorstwa ani nie są kontrolowane przez przedsiębiorstwo, nie stanowią one dóbr niematerialnych w rozumieniu postanowień sekcji A.1. Omówienie traktowania synergii w ramach grupy dla celów cen transferowych zostało przedstawione w sekcji D.8 rozdziału I.

A.4.8. Cechy charakterystyczne rynku

6.31. Cechy charakterystyczne danego rynku mogą mieć wpływ na rynkowe warunki transakcji realizowanych na tym rynku. Przykładowo wysoka siła nabywcza gospodarstw domowych na danym rynku może mieć wpływ na ceny niektórych towarów luksusowych. Podobnie niskie powszechne koszty pracy, niewielka odległość od rynków, korzystne warunki atmosferyczne i tym podobne mogą mieć wpływ na ceny określonych towarów i usług na danym rynku. Jednakże takie cechy charakterystyczne rynku nie mogą być przedmiotem własności lub kontroli, a zatem nie stanowią one dóbr niematerialnych w rozumieniu sekcji A.1. Należy je jednak uwzględnić w analizie cen transferowych, w ramach wymaganej analizy porównywalności. Zalecenia dotyczące traktowania cech charakterystycznych rynku dla celów cen transferowych zostały przedstawione w sekcji D.6 rozdziału I.

B. Własność dóbr niematerialnych i transakcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych

6.32. W sprawach z zakresu cen transferowych dotyczących dóbr niematerialnych zasadnicze znaczenie ma ustalenie podmiotu lub podmiotów z grupy MNE ostatecznie uprawnionych do udziału w zwrotach uzyskiwanych przez grupę z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych[15]. Podobną kwestią jest ustalenie, który podmiot lub które podmioty z grupy powinny ostatecznie ponosić koszty, inwestycje oraz inne obciążenia związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych. Jakkolwiek właściciel prawny dobra niematerialnego może otrzymywać przychody z tytułu wykorzystywania takiego dobra niematerialnego, inni członkowie grupy MNE, do której należy właściciel prawny, mogą wykonywać funkcje, zaangażować aktywa[16] lub ponosić ryzyka, które zgodnie z oczekiwaniami mogą wpływać na wartość dobra niematerialnego. Członkowie grupy MNE wykonujący takie funkcje, angażujący takie aktywa i ponoszący takie ryzyka muszą otrzymać wynagrodzenie za wnoszony przez nich wkład zgodnie z zasadą ceny rynkowej. Niniejsza sekcja B po-

twierdza, że ostateczną alokację zwrotów uzyskiwanych przez grupę MNE w wyniku wykorzystywania dóbr niematerialnych oraz ostateczną alokację kosztów i innych obciążeń związanych z dobrami niematerialnymi pomiędzy członkami grupy MNE osiąga się poprzez wynagrodzenie członków grupy MNE za funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone w związku z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych, stosownie do zasad omówionych w rozdziałach I–III.

6.33. Zastosowanie postanowień rozdziałów I–III przy rozważaniu tych kwestii może stanowić duże wyzwanie z kilku przyczyn. W zależności od stanu faktycznego danego przypadku dotyczącego dóbr niematerialnych utrudnienia mogą stwarzać m.in. następujące czynniki:

i) brak porównywalności pomiędzy transakcjami związanymi z dobrami niematerialnymi przeprowadzanymi między przedsiębiorstwami powiązanymi a transakcjami, które można zidentyfikować między przedsiębiorstwami niezależnymi;
ii) brak porównywalności między analizowanymi dobrami niematerialnymi;
iii) własność i/lub korzystanie z różnych dóbr niematerialnych przez różne przedsiębiorstwa powiązane w grupie MNE;
iv) trudności w wyodrębnieniu wpływu poszczególnych dóbr niematerialnych na dochody grupy MNE;
v) fakt, że różni członkowie grupy MNE mogą wykonywać działania związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego, często w sposób oraz przy poziomie zintegrowania, jaki nie występuje między przedsiębiorstwami niezależnymi;
vi) fakt, że wkłady różnych członków grupy MNE w wartość dobra niematerialnego mogą być wnoszone w latach innych niż lata, w których są realizowane związane z nimi zwroty;
vii) fakt, że struktury podatników mogą opierać się na warunkach umownych między przedsiębiorstwami powiązanymi, które dokonują rozdzielenia własności, ponoszenia ryzyk i/lub finansowania inwestycji w dobra niematerialne od wykonywania istotnych funkcji, sprawowania kontroli nad ryzykiem i podejmowania decyzji związanych z inwestowaniem w sposób, jaki nie występuje w transakcjach między przedsiębiorstwami niezależnymi i może przyczynić się do erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszenia zysków.

Niezależnie od tych potencjalnych wyzwań stosowanie zasady ceny rynkowej i postanowień rozdziałów I–III zgodnie z ustanowionymi ogólnymi zasadami może, w większości przypadków, pozwolić na dokonanie właściwej alokacji zwrotów osiąganych przez grupę MNE z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych.

6.34. Ogólne zasady dokonywania analizy transakcji dotyczących dóbr niematerialnych pomiędzy przedsiębiorstwami powiązanymi wymagają podjęcia na-

stępujących kroków, zgodnie z zaleceniami dotyczącymi identyfikacji stosunków handlowych lub finansowych przedstawionymi w sekcji D.1 rozdziału I:

i) przeprowadzenie szczegółowej identyfikacji dóbr niematerialnych wykorzystywanych lub przenoszonych w ramach transakcji oraz szczególnych, ekonomicznie istotnych ryzyk związanych z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych;
ii) przeprowadzenie identyfikacji pełnych ustaleń umownych, ze szczególnym naciskiem na ustalenie własności prawnej do dóbr niematerialnych na podstawie warunków porozumień prawnych, w tym stosownych rejestracji, umów licencyjnych i innych istotnych umów oraz innych wskazówek co do własności prawnej, jak również praw i zobowiązań umownych, w tym w zakresie umownego ponoszenia ryzyk w stosunkach pomiędzy przedsiębiorstwami powiązanymi;
iii) przeprowadzenie identyfikacji stron wykonujących funkcje (w tym w szczególności istotne funkcje wskazane w pkt 6.56), angażujących aktywa i zarządzających ryzykami związanymi z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych za pomocą analizy funkcjonalnej, a zwłaszcza stron, które sprawują kontrolę nad funkcjami zleconymi innym podmiotom i nad szczególnymi, ekonomicznie istotnymi ryzykami;
iv) potwierdzenie zgodności pomiędzy warunkami stosownych ustaleń umownych a postępowaniem stron oraz ustalenie, czy strona ponosząca ekonomicznie istotne ryzyka zgodnie z krokiem 4(i) pkt 1.60 sprawuje kontrolę nad ryzykami i posiada zdolność finansową do ponoszenia ryzyk związanych z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych;
v) określenie rzeczywistych transakcji kontrolowanych dotyczących rozwoju, ulepszania, utrzymywania, ochrony i wykorzystywania dóbr niematerialnych, biorąc pod uwagę własność prawną dóbr niematerialnych, inne istotne stosunki umowne na mocy stosownych rejestracji i umów oraz postępowanie stron, w tym wnoszone przez nie wkłady w zakresie funkcji, aktywów i ryzyk, mając na względzie ogólne zasady dokonywania analizy i alokacji ryzyk określone w sekcji D.1.2.1 rozdziału I;
vi) tam, gdzie jest to możliwe, ustalenie rynkowych cen w odniesieniu do tych transakcji, zgodnie z wkładami wnoszonymi przez poszczególne strony w postaci wykonywanych funkcji, zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk, chyba że zastosowanie znajdują zalecenia zawarte w sekcji D.2 rozdziału I.

B.1. Własność dóbr niematerialnych i warunki umowne dotyczące dóbr niematerialnych

6.35. Tytuły prawne i ustalenia umowne stanowią punkt wyjścia wszelkich analiz cen transferowych związanych z transakcjami dotyczącymi dóbr niemate-

rialnych. Warunki transakcji mogą zostać ustalone na podstawie pisemnych umów, publicznych rejestrów, takich jak rejestry patentów czy znaków towarowych lub korespondencji i/lub innej komunikacji między stronami. Umowy mogą wskazywać role, obowiązki i uprawnienia przedsiębiorstw powiązanych w stosunku do dóbr niematerialnych. Mogą one określać, który podmiot lub które podmioty dostarczają finansowanie, podejmują działalność badawczo-rozwojową, utrzymują i chronią dobra niematerialne oraz wykonują funkcje związane z wykorzystywaniem dóbr niematerialnych, takie jak produkcja, marketing i dystrybucja. Mogą one również przewidywać sposób alokacji wpływów i wydatków MNE związanych z dobrami niematerialnymi oraz formę i wysokość płatności na rzecz wszystkich członków grupy za wnoszony przez nich wkład. Ceny i inne warunki zawarte w takich umowach mogą być albo nie być zgodne z zasadą ceny rynkowej.

6.36. W przypadku braku warunków wyrażonych na piśmie lub gdy stan faktyczny sprawy, w tym postępowanie stron, różni się od warunków pisemnych jakiejkolwiek umowy zawartej między stronami albo stanowi uzupełnienie takich warunków umownych, faktyczną transakcję należy wywodzić z ustalonego stanu faktycznego, w tym z postępowania stron (zob. sekcja D.1.1 rozdziału I). Dlatego dobrą praktyką dla przedsiębiorstw powiązanych jest udokumentowanie ich decyzji i zamiarów dotyczących alokacji istotnych praw do dóbr niematerialnych. Dokumentację takich decyzji i zamiaru, w tym pisemne umowy, należy zasadniczo sporządzać przed zawarciem lub w momencie zawarcia przez przedsiębiorstwa powiązane transakcji mających na celu rozwój, ulepszenie, utrzymanie, ochronę lub wykorzystywanie dóbr niematerialnych.

6.37. Prawo do korzystania z niektórych rodzajów dóbr niematerialnych może podlegać ochronie na mocy szczególnych ustaw w zakresie własności intelektualnej oraz systemów rejestracji. Wśród przykładów takich dóbr niematerialnych należy wymienić patenty, znaki towarowe i prawa autorskie. Zasadniczo zarejestrowany właściciel prawny powyższych dóbr niematerialnych posiada wyłączny tytuł prawny i komercyjny do korzystania z dobra niematerialnego oraz prawo do uniemożliwienia innym podmiotom korzystania z lub naruszenia praw do takiego dobra niematerialnego w inny sposób. Przedmiotowe prawa mogą zostać przyznane w odniesieniu do określonego obszaru geograficznego i/lub na określony okres.

6.38. Istnieją również dobra niematerialne, które nie podlegają ochronie na mocy szczególnych systemów rejestracji własności intelektualnej, lecz są chronione przed nieuprawnionym przywłaszczeniem lub nieuprawnionym naśladownictwem na podstawie prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub innych obowiązujących ustaw albo postanowień umownych. Ta kategoria dóbr niematerialnych może obejmować wizerunek handlowy, tajemnice handlowe oraz *know-how*.

6.39. Zakres oraz charakter ochrony dostępnej na mocy stosownego prawa mogą różnić się w zależności od kraju, jak również zróżnicowane mogą być warunki uzyskania takiej ochrony. Różnice w tym zakresie mogą wynikać z różnic materialnych w prawie własności intelektualnej w poszczególnych krajach lub z praktycznych różnic w dochodzeniu takich praw na szczeblu lokalnym. Na przykład dostępność ochrony prawnej w przypadku niektórych dóbr niematerialnych może podlegać warunkom, takim jak nieprzerwane wykorzystywanie dobra niematerialnego dla celów komercyjnych lub terminowe przedłużanie rejestracji. Oznacza to, że w niektórych okolicznościach lub jurysdykcjach stopień ochrony dobra niematerialnego może być ze względów prawnych lub praktycznych bardzo ograniczony.

6.40. Dla celów cen transferowych za właściciela dobra niematerialnego uznaje się właściciela prawnego. Jeżeli na mocy obowiązującego prawa lub właściwych umów nie zostanie zidentyfikowany właściciel prawny dobra niematerialnego, wówczas za właściciela prawnego dobra niematerialnego dla celów cen transferowych zostanie uznany ten członek grupy MNE, który na podstawie faktów i okoliczności sprawuje kontrolę nad decyzjami dotyczącymi wykorzystywania dobra niematerialnego i posiada praktyczne możliwości egzekwowania zakazu wykorzystywania dobra niematerialnego przez inne podmioty.

6.41. Dokonując identyfikacji właściciela prawnego dóbr niematerialnych, dobro niematerialne i wszelkie licencje związane z takim dobrem niematerialnym uznaje się za różne dobra niematerialne posiadające dla celów cen transferowych różnych właścicieli. Zob. pkt 6.26. Przykładowo Spółka A, będąca właścicielem prawnym znaku towarowego, może udzielić wyłącznej licencji Spółce B na produkcję, marketing i sprzedaż towarów z wykorzystaniem takiego znaku towarowego. Jedno dobro niematerialne, tj. znak towarowy, stanowi własność prawną Spółki A. Inne dobro niematerialne, tj. licencja na korzystanie ze znaku towarowego w związku z produkcją, marketingiem i dystrybucją produktów oznaczonych znakiem towarowym, stanowi własność prawną Spółki B. W zależności od faktów i okoliczności działania marketingowe podejmowane przez Spółkę B na mocy licencji mogą potencjalnie mieć wpływ na wartość dobra niematerialnego stanowiącego własność prawną Spółki A lub na wartość licencji Spółki B albo na wartość obu takich dóbr niematerialnych.

6.42. O ile ustalenie własności prawnej oraz postanowień umownych stanowi ważny pierwszy krok analizy, takie ustalenia należy traktować jako oddzielne i niezależne od kwestii wynagrodzenia zgodnego z zasadą ceny rynkowej. Dla celów cen transferowych własność prawna dóbr niematerialnych sama w sobie nie niesie ze sobą jakiegokolwiek uprawnienia do ostatecznego zatrzymania zwrotów osiąganych przez grupę MNE z tytułu wykorzystywania dobra niematerialnego,

nawet jeżeli takie zwroty będą początkowo przysługiwać właścicielowi prawnemu ze względu na jego tytuł prawny lub umowny do wykorzystywania dobra niematerialnego. Ostatecznie zwrot zatrzymany przez właściciela prawnego lub do niego przypisany zależy od funkcji wykonywanych, aktywów zaangażowanych i ryzyk ponoszonych przez ten podmiot oraz od wkładu wnoszonego przez innych członków grupy MNE poprzez funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone przez te podmioty. Na przykład w przypadku dobra niematerialnego wytworzonego wewnętrznie, jeżeli właściciel prawny nie wykonuje istotnych funkcji, nie angażuje istotnych aktywów i nie ponosi istotnych ryzyk, lecz działa wyłącznie jako podmiot posiadający tytuł własności, taki właściciel prawny nie będzie ostatecznie uprawniony do jakiejkolwiek części zwrotu osiąganego przez grupę MNE w wyniku wykorzystywania dobra niematerialnego innego niż wynagrodzenie rynkowe, jeśli takowe w ogóle będzie należne za tytuł własności.

6.43. Własność prawna oraz stosunki umowne służą jedynie jako punkty odniesienia na potrzeby identyfikacji i analizy transakcji kontrolowanych dotyczących dobra niematerialnego oraz wyznaczenia odpowiedniego wynagrodzenia dla członków grupy kontrolowanej w odniesieniu do takich transakcji. Identyfikacja własności prawnej wraz z identyfikacją i wynagrodzeniem istotnych funkcji wykonywanych, aktywów zaangażowanych i ryzyk ponoszonych przez wszystkich zaangażowanych członków tworzy ramy analityczne dla identyfikacji rynkowych cen i innych warunków dla transakcji dotyczących dóbr niematerialnych. Tak jak w przypadku innych rodzajów transakcji, analiza musi uwzględniać wszelkie istotne fakty i okoliczności danego przypadku, zaś ustalenia cenowe muszą odzwierciedlać realistyczne alternatywne możliwości stosownych członków grupy. Zasady wskazane w niniejszym punkcie ilustrują przykłady od 1 do 6 przedstawione w aneksie do rozdziału VI.

6.44. Ponieważ w momencie gdy członkowie grupy MNE podejmują decyzje odnośnie do dóbr niematerialnych, nie ma pewności co do rzeczywistych efektów oraz sposobu, w jaki ryzyka związane z rozwojem lub nabyciem dobra niematerialnego zmaterializują się w przyszłości, jest istotne, aby dokonać rozróżnienia pomiędzy (a) wynagrodzeniem oczekiwanym (lub *ex ante*), które odnosi się do przyszłych dochodów oczekiwanych przez członka grupy MNE w momencie zawarcia transakcji, a (b) wynagrodzeniem faktycznym (lub *ex post*), które odnosi się do dochodów rzeczywiście osiągniętych przez członka grupy z tytułu wykorzystywania dobra niematerialnego.

6.45. Warunki wynagrodzenia, jakie należy wypłacić członkom grupy MNE, którzy wnoszą wkład w rozwój, ulepszanie, utrzymywanie, ochronę i wykorzystywanie dóbr niematerialnych, ustala się zasadniczo na zasadzie *ex ante*. Oznacza to, że wynagrodzenie jest ustalane w momencie zawierania transakcji, zanim ryzyka

związane z danym dobrem niematerialnym zaczną odgrywać rolę. Wynagrodzenie może zostać ustalone jako wynagrodzenie stałe lub warunkowe. Faktyczny (*ex post*) zysk lub strata z działalności po wynagrodzeniu innych członków grupy MNE mogą się różnić od zysku oczekiwanego, w zależności od tego, jaką rzeczywistą rolę odegrają ryzyka związane z danym dobrem niematerialnym lub inne istotne ryzyka związane z transakcją lub ustaleniami. Dokładnie określona transakcja, rozpoznana zgodnie z postanowieniami sekcji D.1 rozdziału I, pozwoli na ustalenie, które przedsiębiorstwo powiązane ponosi takie ryzyka, a zatem poniesie konsekwencje (koszty lub dodatkowy zwrot), jeżeli ryzyka zmaterializują się inaczej, niż oczekiwano (zob. sekcja B.2.4).

6.46. Istotnym zagadnieniem jest sposób, w jaki należy ustalić odpowiednie rynkowe wynagrodzenie na rzecz członków grupy za ich funkcje, aktywa i ryzyka w ramach wyznaczonych przez podatnika umownych ustaleń, własności prawnej dóbr niematerialnych oraz postępowania stron. Sekcja B.2 zawiera omówienie zastosowania zasady ceny rynkowej w sytuacjach dotyczących dóbr niematerialnych i skupia się na funkcjach, aktywach i ryzykach związanych z dobrami niematerialnymi. O ile nie określono inaczej, odwołania do rynkowego zwrotu i rynkowego wynagrodzenia zawarte w sekcji B.2 odnoszą się do oczekiwanego (*ex ante*) zwrotu i wynagrodzenia.

B.2. Funkcje, aktywa i ryzyka związane z dobrami niematerialnymi

6.47. Jak wskazano powyżej, ustalenie, że określony członek grupy jest właścicielem prawnym dóbr niematerialnych, samo w sobie niekoniecznie oznacza, że taki właściciel prawny jest uprawniony do jakichkolwiek dochodów generowanych przez przedsiębiorstwo po wynagrodzeniu innych członków grupy MNE za wnoszone przez nich wkłady w postaci wykonywanych funkcji, zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk.

6.48. Dokonując identyfikacji cen rynkowych w odniesieniu do transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi, należy rozważyć i odpowiednio wynagrodzić wkłady wnoszone przez członków grupy związane z tworzeniem wartości dobra niematerialnego. Zasada ceny rynkowej oraz zasady przedstawione w rozdziałach I–III wymagają, aby wszyscy członkowie grupy otrzymali właściwe wynagrodzenie za wszelkie funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone przez te podmioty w związku z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych. Należy zatem ustalić w oparciu o analizę funkcjonalną, który członek (członkowie) wykonuje(-ją) funkcje w zakresie rozwoju, ulepszania, utrzymywania, ochrony i wykorzystywania dóbr niematerialnych i sprawuje(-ją) nad nimi kontrolę, który członek (członkowie) dostarcza(ją)

finansowanie i inne aktywa oraz który członek (członkowie) ponosi(-szą) różne ryzyka związane z danym dobrem niematerialnym. Oczywiście we wszystkich takich obszarach może to być, lecz nie musi, właściciel prawny tego dobra niematerialnego. Jak nadmieniono w pkt 6.133, przy określaniu rynkowego wynagrodzenia za wykonywane funkcje, zaangażowane aktywa i ponoszone ryzyka, ustalając ceny stosownych transakcji, należy również rozważyć czynniki porównywalności, które mogą przyczynić się do tworzenia wartości lub generowania zwrotów uzyskiwanych przez grupę MNE z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych.

6.49. Relatywne znaczenie wkładów wnoszonych w tworzenie wartości dobra niematerialnego przez członków grupy, w postaci wykonywanych funkcji, zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk, będzie różnić się w zależności od okoliczności. Przykładowo załóżmy, że w pełni rozwinięte i obecnie nadające się do korzystania dobro niematerialne zostaje zakupione przez członka grupy od podmiotu niezależnego i jest wykorzystywane w ramach funkcji produkcyjnych i dystrybucyjnych wykonywanych przez innych członków grupy. Jednocześnie takie dobro niematerialne jest aktywnie zarządzane i kontrolowane przez podmiot, które je zakupił. Załóżmy, że takie dobro niematerialne nie wymaga dalszego rozwoju, może wymagać niewielu lub nie wymagać żadnych działań w zakresie utrzymania lub ochrony oraz może posiadać ograniczoną przydatność poza sposobem wykorzystania zakładanym w momencie dokonywania nabycia. Z dobrem niematerialnym nie wiąże się zatem ryzyko rozwojowe, lecz powstają ryzyka związane z nabyciem i wykorzystywaniem takiego dobra niematerialnego. Kluczowe funkcje wykonywane przez nabywcę sprowadzają się do funkcji niezbędnych do dokonania wyboru najbardziej odpowiedniego dobra niematerialnego na rynku, przeprowadzenia analizy jego potencjalnych korzyści w przypadku wykorzystywania go przez grupę MNE i podjęcia decyzji o skorzystaniu z obarczonej ryzykiem możliwości biznesowej zakupu dobra niematerialnego. Kluczowym zaangażowanym aktywem jest dostarczenie finansowania niezbędnego do zakupu dobra niematerialnego. Jeżeli nabywca posiada zdolność i rzeczywiście wykonuje wszystkie wskazane kluczowe funkcje, w tym sprawuje kontrolę nad ryzykami związanymi z nabyciem i wykorzystywaniem dobra niematerialnego, można zasadnie stwierdzić, że po uiszczeniu rynkowej opłaty za funkcje produkcyjne i dystrybucyjne innych przedsiębiorstw powiązanych właściciel będzie uprawniony do zachowania lub przypisania mu wszelkich dochodów lub strat wynikających z wykorzystywania tego dobra niematerialnego po jego nabyciu. Jakkolwiek zastosowanie postanowień rozdziałów I–III może być względnie proste w takim nieskomplikowanym stanie faktycznym, analiza może sprawić większe trudności w sytuacjach, gdy:

i) dobra niematerialne zostały wytworzone przez grupę międzynarodową we własnym zakresie, zwłaszcza gdy dochodzi do przeniesienia takich dóbr niematerialnych pomiędzy przedsiębiorstwami powiązanymi, gdy znajdują się one jeszcze w fazie rozwoju;

ii) nabyte lub rozwinięte we własnym zakresie dobra niematerialne służą jako podstawa do dalszego rozwoju lub
iii) inne aspekty, takie jak marketing lub produkcja, są szczególnie ważne przy tworzeniu wartości.

Poniższe ogólne zalecenia są szczególnie istotne w trudniejszych przypadkach i odnoszą się przede wszystkim do takich sytuacji.

B.2.1. Wykonywanie i sprawowanie kontroli nad funkcjami

6.50. Zgodnie z zasadami określonymi w rozdziałach I–III, każdy członek grupy MNE powinien otrzymać rynkowe wynagrodzenie za wykonywane przez niego funkcje. W przypadkach dotyczących dóbr niematerialnych dotyczy to funkcji wiążących się z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych. Identyfikacja członka lub członków grupy wykonujących funkcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych stanowi zatem jedno z kluczowych zagadnień przy ustalaniu rynkowych warunków kontrolowanych transakcji.

6.51. Konieczność zapewnienia, że wszyscy członkowie grupy MNE otrzymują odpowiednie wynagrodzenie za wykonywane przez nich funkcje, zaangażowane przez nich aktywa i ponoszone przez nich ryzyka, oznacza, że jeżeli właściciel prawny dóbr niematerialnych ma być ostatecznie uprawniony do zatrzymania całości zwrotów wynikających z wykorzystywania takich dóbr niematerialnych, będzie on musiał wykonywać wszystkie funkcje, zaangażować wszystkie aktywa i ponosić wszystkie ryzyka związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego. Nie oznacza to jednak, że przedsiębiorstwa powiązane tworzące grupę MNE muszą strukturyzować swoją działalność związaną z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych w jakiś szczególny sposób. Nie jest konieczne, aby właściciel prawny sam wykonywał wszystkie funkcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego za pośrednictwem własnego personelu, aby był on ostatecznie uprawniony do zatrzymania lub przypisania mu części zwrotu osiąganego przez grupę MNE z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych. W transakcjach między niezależnymi przedsiębiorstwami pewne funkcje są czasami zlecane innym podmiotom. Członek grupy MNE będący właścicielem prawnym dóbr niematerialnych może w podobny sposób zlecać funkcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego przedsiębiorstwom niezależnym lub przedsiębiorstwom powiązanym.

6.52. Jeżeli przedsiębiorstwa powiązane inne niż właściciel prawny wykonują istotne funkcje, które według przewidywań wnoszą wkład do wartości dóbr

niematerialnych, powinny one otrzymywać rynkowe wynagrodzenie za wykonywane przez nie funkcje zgodnie z zasadami wskazanymi w rozdziałach I–III. Ustalając rynkowe wynagrodzenie za funkcjonalne wkłady, należy wziąć pod uwagę dostępność porównywalnych transakcji niekontrolowanych, znaczenie wykonywanych funkcji dla tworzenia wartości dobra niematerialnego oraz opcje realistycznie dostępne stronom. Należy także uwzględnić szczególne kwestie omówione w pkt 6.53–6.58.

6.53. W transakcjach zawieranych między przedsiębiorstwami niezależnymi, związanych ze zlecaniem funkcji innym podmiotom, podmiot wykonujący funkcje na rzecz właściciela prawnego danego dobra niematerialnego w zakresie rozwoju, ulepszania, utrzymywania, ochrony i wykorzystywania tego dobra niematerialnego zazwyczaj prowadzi swoje działania pod kontrolą takiego właściciela prawnego (jak omówiono w pkt 1.65). Jednakże, ze względu na charakter stosunków między przedsiębiorstwami powiązanymi będącymi członkami grupy MNE, może zdarzyć się, że zlecone funkcje wykonywane przez przedsiębiorstwa powiązane są kontrolowane przez podmiot inny niż właściciel prawny dóbr niematerialnych. W takich przypadkach właściciel prawny dobra niematerialnego powinien wynagrodzić również podmiot wykonujący funkcje kontrolne związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych zgodnie z zasadą ceny rynkowej. Przy dokonywaniu oceny, który członek grupy MNE rzeczywiście sprawuje kontrolę nad wykonywaniem istotnych funkcji, zastosowanie znajdują zasady analogiczne do tych dotyczących ustalania kontroli nad ryzykiem przewidzianych w sekcji D.1.2.1 rozdziału I. Ocena zdolności danego podmiotu do sprawowania kontroli oraz faktycznego wykonywania takich funkcji kontrolnych stanowi istotny element analizy.

6.54. Jeżeli właściciel prawny nie kontroluje ani nie wykonuje funkcji związanych z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego, nie będzie on uprawniony do żadnych bieżących korzyści przypisywanych funkcjom zleconym innym podmiotom. W zależności od stanu faktycznego rynkowe wynagrodzenie należne od właściciela prawnego innym przedsiębiorstwom powiązanym wykonującym lub kontrolującym funkcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych może obejmować udział w całkowitym zwrocie wynikającym z wykorzystywania dóbr niematerialnych. Właściciel prawny, który nie wykonuje żadnej istotnej funkcji związanej z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego, nie będzie zatem uprawniony do jakiejkolwiek części tych zwrotów związanych z wykonywaniem funkcji w zakresie rozwoju, ulepszania, utrzymywania, ochrony i wykorzystywania takiego dobra niematerialnego lub sprawowania nad nimi kontroli. Właściciel prawny jest bowiem uprawniony do rynkowego wynagrodzenia za wszelkie funkcje faktycznie

przez niego wykonywane, aktywa faktycznie przez niego zaangażowane i ryzyka faktycznie przez niego ponoszone. Zob. sekcje B.2.2–B.2.3. Przy ustalaniu funkcji faktycznie przez niego wykonywanych, aktywów faktycznie przez niego zaangażowanych oraz ryzyk faktycznie przez niego ponoszonych szczególne znaczenie mają zalecenia przedstawione w sekcji D.1.2 rozdziału I.

6.55. Relatywna wartość wkładów wnoszonych w rozwój, ulepszanie, utrzymywanie, ochronę i wykorzystywanie dóbr niematerialnych różni się w zależności od stanu faktycznego danego przypadku. Członek (członkowie) grupy MNE, który (którzy) wnosi(-szą) w danym przypadku bardziej istotny wkład, powinien(-inni) otrzymywać stosunkowo wyższe wynagrodzenie. Na przykład spółka, która jedynie dostarcza finansowanie na działalność badawczo-rozwojową, powinna osiągać niższy oczekiwany zwrot, niż uzyskałaby ona, gdyby zarówno dostarczała finansowanie, jak i kontrolowała badania i rozwój. Przy założeniu, że pozostałe warunki pozostają bez zmian, jeszcze wyższy oczekiwany zwrot należy przypisać, jeżeli podmiot ten dostarcza finansowanie, kontroluje, jak również sam wykonuje działalność badawczo-rozwojową. Zob. także omówienie kwestii związanych z dostarczaniem finansowania przedstawione w sekcji B.2.2.

6.56. Rozważając rynkowe wynagrodzenie za wkłady funkcjonalne wnoszone przez różnych członków grupy MNE, należy uznać, że niektóre istotne funkcje będą miały szczególne znaczenie. W każdym konkretnym przypadku charakter takich istotnych funkcji będzie zależał od faktów i okoliczności. W przypadku dóbr niematerialnych rozwiniętych we własnym zakresie lub w przypadku dóbr niematerialnych rozwiniętych we własnym zakresie lub nabytych, które służą jako podstawa do dalszych działań rozwojowych, takie istotne funkcje mogą obejmować m.in. formułowanie i sprawowanie kontroli nad programami badawczymi i marketingowymi, wskazywanie kierunków i ustalanie priorytetów dla twórczych przedsięwzięć, w tym ustalanie przebiegu badań pionierskich, sprawowanie kontroli nad strategicznymi decyzjami dotyczącymi programu rozwoju dóbr niematerialnych oraz zarządzanie i kontrolowanie budżetów. W przypadku wszystkich dóbr niematerialnych (tj. dóbr niematerialnych wytworzonych we własnym zakresie lub nabytych) inne istotne funkcje mogą również obejmować podejmowanie istotnych decyzji odnośnie do obrony i ochrony dóbr niematerialnych oraz prowadzenie bieżącej kontroli jakości funkcji wykonywanych przez przedsiębiorstwa niezależne lub powiązane, które mogą mieć znaczący wpływ na wartość dobra niematerialnego. Takie istotne funkcje zazwyczaj wnoszą znaczący wkład w wartość dobra niematerialnego, a jeżeli takie istotne funkcje zostaną zlecone przez właściciela prawnego innym podmiotom w ramach transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi, wykonywanie tych funkcji należy wynagrodzić odpowiednim udziałem w zwrocie osiąganym przez grupę MNE z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych.

6.57. Ponieważ zidentyfikowanie porównywalnych transakcji związanych ze zlecaniem takich istotnych funkcji innym podmiotom może być utrudnione, konieczne może okazać się zastosowanie metod cen transferowych, które nie opierają się bezpośrednio na danych porównawczych, w tym metod podziału zysku transakcyjnego i technik wyceny *ex ante*, w celu ustalenia odpowiedniego wynagrodzenia za wykonywanie takich istotnych funkcji. W przypadku gdy właściciel prawny zleca większość lub wszystkie istotne funkcje innym członkom grupy, należy uważnie rozważyć przypisanie właścicielowi prawnemu jakiejkolwiek istotnej części zwrotu osiąganego z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych, po wynagrodzeniu innych członków grupy za wykonywane przez nich funkcje, biorąc pod uwagę funkcje rzeczywiście wykonywane, aktywa rzeczywiście zaangażowane i ryzyka rzeczywiście ponoszone przez właściciela prawnego stosownie do zaleceń przewidzianych w sekcji D.1.2 rozdziału I. Przykłady 16 i 17 przedstawione w aneksie do rozdziału VI ilustrują zasady zawarte w niniejszym punkcie.

6.58. Ponieważ istotne funkcje wskazane w pkt 6.56 często odgrywają zasadniczą rolę w zarządzaniu różnymi wykonywanymi funkcjami, zaangażowanymi aktywami i ponoszonymi ryzykami, które mają kluczowe znaczenie dla powodzenia rozwoju, ulepszania, utrzymywania, ochrony i wykorzystywania dóbr niematerialnych, a zatem są niezbędne do wytworzenia wartości dobra niematerialnego, należy dokonać starannej oceny transakcji zawieranych między stronami realizującymi takie istotne funkcje i innymi przedsiębiorstwami powiązanymi. W szczególności wiarygodność jednostronnej metody cen transferowych ulegnie znacznemu obniżeniu, jeżeli strona lub strony wykonujące znaczną część istotnych funkcji zostaną wyznaczone jako strona lub strony podlegające badaniu. Zob. przykład 6.

B.2.2. Zaangażowanie aktywów

6.59. Członkowie grupy angażujący aktywa w rozwój, ulepszanie, utrzymywanie, ochronę i wykorzystywanie dobra niematerialnego powinni otrzymać z tego tytułu stosowne wynagrodzenie. Przedmiotowe aktywa mogą obejmować m.in. dobra niematerialne zaangażowane w badania, rozwój lub marketing (np. *know-how*, relacje z klientami itp.), aktywa rzeczowe lub zapewnienie finansowania. Jeden członek grupy MNE może zapewnić finansowanie dla części lub wszystkich działań w zakresie rozwoju, ulepszania, utrzymywania i ochrony dobra niematerialnego, podczas gdy jeden lub kilku innych członków może wykonywać wszystkie stosowne funkcje. Ustalając odpowiedni oczekiwany zwrot z tytułu zapewnienia finansowania w takich okolicznościach, należy wziąć pod uwagę, że w transakcjach przeprowadzanych na warunkach rynkowych strona, która zapewnia finansowanie, ale nie kontroluje ryzyka ani nie wykonuje innych funkcji związanych z finansowaną działalnością lub aktywem, na ogół nie otrzymuje oczekiwanych zwrotów równych tym uzyskiwanym przez inwestora znajdującego

się w sytuacji pod innymi względami podobnej, lecz równocześnie wykonującego i kontrolującego istotne funkcje i kontrolującego istotne ryzyka związane z finansowaną działalnością. Charakter i wysokość wynagrodzenia, jakie należy przypisać podmiotowi, który jedynie ponosi koszty związane z dobrami niematerialnymi, należy ustalić w oparciu o wszelkie istotne fakty i powinny być one zgodne z podobnymi ustaleniami w zakresie zapewniania finansowania między podmiotami niezależnymi, o ile są one możliwe do zidentyfikowania. Zob. zalecenia zawarte w sekcji D.1.2.1.6 rozdziału I, w szczególności w przykładzie 3 w pkt 1.85 i 1.103, które ilustrują sytuację, gdy strona dostarczająca finansowanie nie sprawuje kontroli nad ryzykiem finansowym związanym z takim finansowaniem.

6.60. Dostarczanie finansowania i podejmowanie ryzyk jest ze sobą nieodłącznie związane w tym znaczeniu, że dostarczanie finansowania często wiąże się z podjęciem określonych ryzyk (np. strona finansująca ponosi umownie ryzyko utraty swoich środków). Charakter oraz zakres ponoszonych ryzyk różni się jednak w zależności od ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych danej transakcji. Przykładowo ryzyko będzie niższe, jeżeli strona otrzymująca finansowanie posiada wysoką zdolność kredytową lub gdy zostanie ustanowiony zastaw na aktywach albo gdy finansowana inwestycja charakteryzuje się niskim ryzykiem w porównaniu z ryzykiem występującym w sytuacji, gdy zdolność kredytowa jest niższa lub finansowanie jest niezabezpieczone lub gdy finansowana inwestycja charakteryzuje się wysokim ryzykiem. Co więcej, im wyższe jest przyznane finansowanie, tym wyższy jest potencjalny wpływ ryzyka na podmiot dostarczający finansowanie.

6.61. Zgodnie z zasadami określonymi w sekcji D.1.2 rozdziału I, pierwszy krok analizy cen transferowych w odniesieniu do ryzyk polega na szczegółowej identyfikacji ekonomicznie istotnych ryzyk. Dokonując identyfikacji ryzyk wiążących się z określoną inwestycją, należy dokonać rozróżnienia pomiędzy ryzykami finansowymi związanymi z dostarczeniem finansowania na inwestycję a ryzykami operacyjnymi dotyczącymi działalności operacyjnej, na potrzeby której finansowanie zostaje wykorzystane, takimi jak np. ryzyko rozwojowe, gdy finansowanie zostaje wykorzystane w celu rozwoju nowego dobra niematerialnego. Jeżeli strona dostarczająca finansowanie sprawuje kontrolę nad ryzykiem finansowym związanym z dostarczeniem finansowania, bez ponoszenia, w tym bez kontrolowania, jakiegokolwiek innego szczególnego ryzyka, taka strona powinna generalnie oczekiwać jedynie skorygowanego o ryzyko zwrotu z tytułu udzielonego przez nią finansowania.

6.62. Zasadniczo ustalenia umowne określają warunki finansowania transakcji i zostają doprecyzowane lub uzupełnione charakterystyką ekonomiczną transakcji znajdującą odzwierciedlenie w postępowaniu stron[17]. Zwrot ogólnie oczekiwany

przez podmiot udzielający finansowania powinien być równy zwrotowi odpowiednio skorygowanemu o ryzyko. Taki zwrot można ustalić np. w oparciu o koszt kapitału lub w oparciu o zwrot z realistycznej alternatywnej inwestycji o podobnej charakterystyce ekonomicznej. Ustalając odpowiedni zwrot na działalności związanej z finansowaniem, należy wziąć pod uwagę opcje finansowania realistycznie dostępne stronie otrzymującej finansowanie. Zwrot oczekiwany *ex ante* przez finansującego może różnić się od rzeczywistego zwrotu uzyskanego *ex post*. Przykładowo, jeżeli podmiot zapewniający finansowanie udziela pożyczki na określoną kwotę według stałej stopy procentowej, różnica pomiędzy faktycznymi a oczekiwanymi zwrotami będzie odzwierciedlać przyszłe ryzyko, że pożyczkobiorca nie będzie w stanie uregulować niektórych lub wszystkich należnych płatności.

6.63. Zakres oraz forma działań, które będą niezbędne do sprawowania kontroli nad ryzykiem finansowym związanym z dostarczaniem finansowania, będą zależeć od ryzykowności inwestycji dla podmiotu zapewniającego finansowanie, biorąc pod uwagę wysokość finansowania oraz inwestycję, na którą takie finansowanie zostanie przeznaczone. Zgodnie z definicją kontroli przewidzianą w pkt 1.65 i 1.66 niniejszych Wytycznych, sprawowanie kontroli nad szczególnym ryzykiem finansowym wymaga posiadania zdolności do podejmowania odpowiednich decyzji w odniesieniu do obarczonych ryzykiem okoliczności, w tym przypadku jest to dostarczanie finansowania wraz z rzeczywistym wykonywaniem takich funkcji decyzyjnych. Ponadto strona sprawująca kontrolę nad ryzykiem finansowym musi podejmować działania wskazane w pkt 1.65 i 1.66 związane z czynnościami w zakresie bieżącego ograniczania takiego ryzyka, jeżeli te czynności są zlecone innym podmiotom, oraz w związku z wszelkimi pracami przygotowawczymi ułatwiającymi podejmowanie przez nią decyzji, jeżeli czynności te nie są wykonywane we własnym zakresie.

6.64. W sytuacji gdy finansowanie zostaje udzielone stronie w celu rozwoju dobra niematerialnego, stosowne decyzje o podjęciu obarczonej ryzykiem możliwości, zrezygnowaniu z niej lub odrzuceniu jej oraz decyzje odnośnie do tego, czy i w jaki sposób należy reagować na ryzyka związane z taką możliwością, sprowadzają się do decyzji dotyczących udzielenia finansowania i warunków transakcji. W zależności od faktów i okoliczności takie decyzje mogą być uzależnione od oceny zdolności kredytowej strony otrzymującej finansowanie oraz od oceny, jak ryzyko związane z projektem rozwojowym może wpłynąć na oczekiwania co do zwrotów z tytułu udzielonego finansowania lub na wymagania dodatkowego finansowania. Warunki udzielenia finansowania mogą obejmować możliwość powiązania decyzji o udzieleniu finansowania z kluczowymi decyzjami dotyczącymi rozwoju, które będą miały wpływ na zwrot z udzielonego finansowania. Przykładowo decyzje mogą dotyczyć tego, czy projekt powinien przejść do kolejnego etapu lub czy należy zatwierdzić inwestycje w kosztowne aktywa. Im wyższe

jest ryzyko rozwojowe i im ściślej ryzyko finansowe jest związane z ryzykiem rozwojowym, tym wyższa będzie wymagana od podmiotu zapewniającego finansowanie zdolność do dokonywania oceny postępów w rozwoju dobra niematerialnego oraz wpływu takich postępów na możliwość osiągnięcia oczekiwanego zwrotu z finansowania oraz tym ściślej może podmiot zapewniający finansowanie uzależnić dalsze udzielanie finansowania od kluczowych postępów operacyjnych, które mogą mieć wpływ na jego ryzyko finansowe. Podmiot zapewniający finansowanie będzie musiał posiadać zdolność do dokonywania oceny co do dalszego udzielania finansowania i będzie musiał rzeczywiście przeprowadzać takie oceny, które następnie będą musiały zostać uwzględnione przez podmiot zapewniający finansowanie podczas rzeczywistego podejmowania stosownych decyzji o udzieleniu finansowania.

B.2.3. Ponoszenie ryzyka

6.65. Wśród szczególnych rodzajów ryzyka, które mogą mieć znaczenie w analizie funkcjonalnej transakcji dotyczących dóbr niematerialnych, można wymienić: (i) ryzyka związane z rozwojem dóbr niematerialnych, w tym ryzyko niepowodzenia kosztownych działań badawczo-rozwojowych lub marketingowych, biorąc również pod uwagę etap, na którym inwestycja jest dokonywana (np. to, czy inwestycja jest dokonywana na wczesnym etapie, w połowie procesu rozwojowego, czy na późnym etapie, będzie miało wpływ na poziom związanego z nią ryzyka inwestycyjnego); (ii) ryzyko starzenia się produktów, w tym ryzyko, że postęp technologiczny konkurencji będzie miał niekorzystny wpływ na wartość dóbr niematerialnych; (iii) ryzyko naruszenia praw, w tym ryzyko, że obrona praw do dóbr niematerialnych lub obrona przed roszczeniami innych osób dotyczącymi naruszeń może okazać się czasochłonna, kosztowna i/lub nieskuteczna; (iv) ryzyko odpowiedzialności za produkt i podobne ryzyka związane z produktami i usługami opierającymi się na dobrach niematerialnych oraz (v) ryzyka korzystania z i niepewność co do zwrotu, jaki będzie osiągany z dobra niematerialnego. Występowanie oraz poziom przedmiotowych ryzyk będą zależeć od faktów i okoliczności każdego przypadku i charakteru danego dobra niematerialnego.

6.66. Identyfikacja członka lub członków grupy ponoszących ryzyko związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych stanowi istotną kwestię przy ustalaniu cen w transakcjach kontrolowanych. Ponoszenie ryzyka zadecyduje o tym, który podmiot lub podmioty będą odpowiadały za konsekwencje materializacji tego ryzyka. Dokładne określenie transakcji kontrolowanej w oparciu o zalecenia zawarte w sekcji D.1 rozdziału I może wykazać, że ryzyka są ponoszone przez właściciela prawnego, lub przeciwnie, że ryzyka są ponoszone przez innych członków grupy, którzy muszą być wynagradzani za wnoszone przez nich wkłady w tym zakresie.

6.67. Przy ustalaniu, który członek lub którzy członkowie grupy ponoszą ryzyka związane z dobrami niematerialnymi, zastosowanie znajdują zasady określone w sekcji D.1.2 rozdziału I. W szczególności ustalając, która strona ponosi ryzyka związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych, należy podjąć kroki od 1 do 5 procesu analizy ryzyk w transakcji kontrolowanej, przewidziane w pkt 1.60.

6.68. Szczególnie ważne jest zapewnienie, że członek (członkowie) grupy twierdzący, że jest uprawniony do zwrotów z tytułu ponoszenia ryzyka, rzeczywiście ponosi(-szą) odpowiedzialność za działania, które należy podjąć, oraz za koszty, które mogą zostać poniesione, jeżeli stosowne ryzyko zmaterializuje się. Jeżeli na podstawie ustaleń zgodnych z ogólnymi zasadami analizy ryzyk określonymi w pkt 1.60 niniejszych Wytycznych takie koszty są ponoszone lub działania są podejmowane przez przedsiębiorstwo powiązane inne niż przedsiębiorstwo powiązane ponoszące ryzyko, wówczas należy dokonać korekty cen transferowych, aby przypisać koszty stronie podejmującej ryzyko i stosownie wynagrodzić inne przedsiębiorstwo(-a) powiązane za wszelkie działania podejmowane w związku z materializacją ryzyka. Wskazaną zasadę ilustruje przykład 7, znajdujący się w aneksie do rozdziału VI.

B.2.4. Faktyczne zwroty ex post

6.69. Często się zdarza, że rzeczywista rentowność (*ex post*) różni się od oczekiwanej rentowności (*ex ante*). Może to wynikać z materializacji ryzyk w sposób inny niż oczekiwany, ze względu na wystąpienie nieprzewidywalnych zdarzeń. Przykładowo może się zdarzyć, że z rynku zostanie usunięty konkurencyjny produkt, na kluczowym rynku będzie miała miejsce klęska żywiołowa, z nieprzewidywalnych przyczyn niesprawne będzie kluczowe aktywo lub przełomowe osiągnięcie technologiczne firmy konkurencyjnej spowoduje, że produkty wykorzystujące dane dobro niematerialne staną się przestarzałe lub mniej pożądane. Może się również zdarzyć, że prognozy finansowe, w oparciu o które opracowano kalkulacje zwrotów i wynagrodzenia *ex ante*, prawidłowo uwzględniały ryzyka i prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzeń, które można było w uzasadniony sposób przewidzieć, a różnice pomiędzy rentownością rzeczywistą a oczekiwaną wynikają z rozkładu tych ryzyk. Wreszcie może się zdarzyć, że prognozy finansowe, w oparciu o które opracowano kalkulacje zwrotów i wynagrodzenia *ex ante*, nie uwzględniały w odpowiedni sposób ryzyk wystąpienia skutków różnych zdarzeń, a zatem prowadziły do zawyżenia lub zaniżenia oczekiwanych zysków. W takich okolicznościach powstaje pytanie, czy, a jeśli tak, to jak należy dokonać podziału zysków lub strat pomiędzy członkami grupy MNE, którzy wnosili wkład w rozwój, ulepszanie, utrzymywanie, ochronę i wykorzystywanie danego dobra niematerialnego.

6.70. Odpowiedź na powyższe pytanie wymaga wnikliwej analizy kwestii, który podmiot lub które podmioty z grupy MNE rzeczywiście ponoszą ekonomicznie istotne ryzyka zidentyfikowane podczas dokładnego określania faktycznej transakcji (zob. sekcja D.1 rozdziału I). Jak wskazują te ogólne zasady analizy, strona rzeczywiście ponosząca ekonomicznie istotne ryzyka może, lecz nie musi, być przedsiębiorstwem powiązanym ponoszącym takie ryzyka na mocy umowy, tak jak np. właściciel prawny dobra niematerialnego, lub może, lecz nie musi, być podmiotem zapewniającym finansowanie inwestycji. Strona, której nie przypisano ryzyka skutkującego rozbieżnością między oczekiwanymi a rzeczywistymi rezultatami zgodnie z zasadami określonymi w sekcjach D.1.2.1.4–D.1.2.1.6 rozdziału I, nie będzie uprawniona do różnic między rzeczywistymi a oczekiwanymi zyskami ani nie będzie zobowiązana do ponoszenia strat wynikających z takich różnic, jeżeli takie ryzyko zmaterializuje się, chyba że taka strona wykonuje istotne funkcje, jak wskazano w pkt 6.56, lub wnosi wkład w kontrolę nad ekonomicznie istotnymi ryzykami stosownie do postanowień pkt 1.105 i zostanie ustalone, że rynkowe wynagrodzenie za takie funkcje obejmuje element udziału w zyskach. Ponadto należy rozważyć kwestię, czy wynagrodzenie *ex ante* uiszczane na rzecz członków grupy MNE za funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone przez te podmioty rzeczywiście jest zgodne z zasadą ceny rynkowej. Przykładowo należy dołożyć starań, aby ustalić, czy grupa w rzeczywistości nie doszacowała oczekiwanych zysków lub je przeszacowała, co skutkowało zaniżeniem lub zawyżeniem płatności (określonymi na zasadzie *ex ante*) na rzecz niektórych członków za wnoszony przez nich wkład. Transakcje, których wycena jest wysoce niepewna w momencie dokonywania transakcji, są szczególnie podatne na takie zaniżenie lub zawyżenie wartości. Kwestia ta została bardziej szczegółowo omówiona w sekcji D.4.

B.2.5. Niektóre konsekwencje wynikające z zastosowania sekcji B.1 i B.2

6.71. Jeżeli właściciel prawny dobra niematerialnego w istocie:

- wykonuje i kontroluje wszystkie funkcje (w tym ważne funkcje omówione w pkt 6.56) związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego;
- dostarcza wszystkie aktywa, w tym środki finansowe, niezbędne do rozwoju, ulepszania, utrzymywania, ochrony i wykorzystywania dóbr niematerialnych oraz
- ponosi wszystkie ryzyka związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego,

wówczas będzie on uprawniony do całości oczekiwanego *ex ante* zwrotu uzyskiwanego z wykorzystywania dobra niematerialnego przez grupę MNE. W zakresie, w jakim jeden lub kilku członków grupy MNE, innych niż właściciel prawny, wykonuje funkcje, angażuje aktywa lub ponosi ryzyka związane z rozwojem,

ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego, takie przedsiębiorstwa powiązane muszą otrzymać wynagrodzenie za wnoszony przez nie wkład zgodnie z zasadą ceny rynkowej. Wynagrodzenie to może, w zależności od faktów i okoliczności, stanowić całość lub znaczącą część zwrotu oczekiwanego z wykorzystywania dobra niematerialnego.

6.72. Uprawnienie jakiegokolwiek członka grupy MNE do zysków lub strat związanych z różnicami między rzeczywistą (*ex post*) a prawidłowo oszacowaną oczekiwaną (*ex ante*) rentownością będzie zależeć od tego, który podmiot lub które podmioty w grupie MNE rzeczywiście ponoszą ryzyka zidentyfikowane podczas określania faktycznej transakcji (zob. sekcja D.1 rozdziału I). Będzie to również zależeć od podmiotu lub podmiotów, które wykonują ważne funkcje wskazane w pkt 6.56 lub wnoszą wkład w kontrolę nad ekonomicznie istotnymi ryzykami, jak określono w pkt 1.105, oraz w odniesieniu do których ustalono, że rynkowe wynagrodzenie za takie funkcje obejmuje element udziału w zysku.

B.3. Identyfikacja oraz ustalanie cen i innych warunków transakcji kontrolowanych

6.73. Przeprowadzenie analizy opisanej w sekcji D.1 rozdziału I, uzupełnionej postanowieniami niniejszego rozdziału, powinno umożliwić jasną ocenę własności prawnej, funkcji, aktywów i ryzyk związanych z dobrami niematerialnymi oraz dokładną identyfikację transakcji, których ceny i inne warunki wymagają ustalenia. Zasadniczo transakcje wykazane przez grupę MNE w odpowiednich rejestrach i umowach to takie transakcje, których ceny i inne warunki należy ustalić zgodnie z zasadą ceny rynkowej. Jednakże analiza może wykazać, że w rzeczywistości miały miejsce transakcje dodatkowe lub odmienne od transakcji wskazanych w rejestrach i umowach. Zgodnie z postanowieniami sekcji D.1 rozdziału I, transakcje (oraz ich rzeczywiste warunki), które należy poddać analizie, to transakcje, w stosunku do których ustalono, że rzeczywiście miały miejsce na podstawie faktycznego postępowania stron i innych istotnych faktów.

6.74. Rynkowe ceny i inne warunki transakcji należy określić zgodnie z zaleceniami przewidzianymi w rozdziałach I–III, biorąc pod uwagę wkłady w oczekiwaną wartość dobra niematerialnego w postaci wykonywanych funkcji, zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk, w momencie wykonywania tych funkcji, zaangażowania tych aktywów oraz ponoszenia tych ryzyk, jak to omówiono w sekcji B niniejszego rozdziału. Sekcja D niniejszego rozdziału udziela dodatkowych zaleceń dotyczących metod cen transferowych oraz innych kwestii stosowanych przy ustalaniu rynkowych cen i innych warunków transakcji związanych z dobrami niematerialnymi.

B.4. Zastosowanie powyższych zasad w określonym stanie faktycznym

6.75. Zasady przewidziane w niniejszej sekcji B należy stosować w różnych sytuacjach wiążących się z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych. W każdym przypadku kluczową kwestią jest to, że przedsiębiorstwa powiązane, które wnoszą wkład w rozwój, ulepszanie, utrzymywanie, ochronę lub wykorzystywanie dóbr niematerialnych stanowiących własność prawną innego członka grupy, muszą otrzymać rynkowe wynagrodzenie za wykonywane przez nie funkcje, ponoszone przez nie ryzyka i zaangażowane przez nie aktywa. Dokonując oceny, czy przedsiębiorstwa powiązane pełniące funkcje lub ponoszące ryzyka związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych otrzymują wynagrodzenie zgodnie z zasadą ceny rynkowej, należy wziąć pod uwagę (i) poziom i charakter prowadzonych działań oraz (ii) wysokość i formę wypłacanego wynagrodzenia. Dokonując oceny, czy wynagrodzenie uzyskiwane w transakcji kontrolowanej jest zgodne z zasadą ceny rynkowej, należy uwzględnić poziom i charakter działalności porównywalnych podmiotów niekontrolowanych wykonujących podobne funkcje, wynagrodzenie otrzymywane przez porównywalne podmioty niekontrolowane wykonujące podobne funkcje oraz oczekiwaną wartość wytworzenia dobra niematerialnego przez porównywalne podmioty niekontrolowane wykonujące podobne funkcje. Niniejsza sekcja zawiera omówienie zastosowania takich zasad w ramach powszechnie występujących stanów faktycznych.

B.4.1. Rozwój i ulepszanie marketingowych dóbr niematerialnych

6.76. Jedna z powszechnie występujących sytuacji, wiążąca się z koniecznością zastosowania omawianych zasad, dotyczy przypadku, gdy przedsiębiorstwo powiązane z prawnym właścicielem znaków towarowych pełni funkcje marketingowe lub sprzedażowe na korzyść właściciela prawnego znaku towarowego np. w ramach umowy marketingowej lub umowy w zakresie dystrybucji/marketingu. W takich przypadkach należy określić, w jaki sposób podmiot zajmujący się marketingiem lub dystrybucją powinien zostać wynagrodzony za swoje działania. Jedną z istotnych kwestii jest to, czy podmiot marketingowy/dystrybucyjny powinien otrzymywać wynagrodzenie jedynie za usługi promocyjne i dystrybucyjne, czy też powinien on uzyskiwać wynagrodzenie także za zwiększanie wartości znaków towarowych i innych marketingowych dóbr niematerialnych, ze względu na wykonywane przez niego funkcje, zaangażowane przez niego aktywa i ponoszone przez niego ryzyka.

6.77. Analiza tej kwestii wymaga przeprowadzenia oceny: (i) obowiązków i uprawnień wynikających z rejestrów prawnych i umów między stronami;

(ii) funkcji wykonywanych, aktywów zaangażowanych i ryzyk ponoszonych przez strony; (iii) wartości dobra niematerialnego, która według oczekiwań zostanie wytworzona w wyniku działań podmiotu marketingowego/dystrybucyjnego; oraz (iv) wynagrodzenia za funkcje wykonywane przez podmiot marketingowy/dystrybucyjny (z uwzględnieniem zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk). Jedną ze stosunkowo jasnych sytuacji jest przypadek, gdy dystrybutor działa jedynie jako agent otrzymujący zwrot poniesionych przez niego wydatków promocyjnych, prowadzący działalność pod kierunkiem i kontrolą właściciela znaków towarowych i innych marketingowych dóbr niematerialnych. W takim przypadku dystrybutor jest zazwyczaj uprawniony do odpowiedniego wynagrodzenia wyłącznie w zakresie wykonywanej przez niego działalności agencyjnej. Podmiot ten nie ponosi ryzyk związanych z dalszym rozwojem znaku towarowego i innych marketingowych dóbr niematerialnych, a zatem nie jest on uprawniony do dodatkowego wynagrodzenia w tym zakresie.

6.78. Jeżeli dystrybutor rzeczywiście ponosi koszty swojej działalności marketingowej (np. gdy nie ustalono, że właściciel prawny będzie pokrywał takie wydatki), analiza powinna skupić się na zakresie, w jakim dystrybutor może uczestniczyć w potencjalnych korzyściach wynikających z wykonywanych funkcji, zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk przez ten podmiot obecnie lub w przyszłości. Zasadniczo w transakcjach zgodnych z zasadą ceny rynkowej możliwość uzyskania przez stronę niebędącą właścicielem prawnym znaków towarowych i innych marketingowych dóbr niematerialnych korzyści wynikających z działań marketingowych zwiększających wartość takich dóbr niematerialnych szczególnie zależy od istoty uprawnień tej strony. Przykładowo dystrybutor może mieć możliwość uzyskiwania korzyści z tytułu funkcji przez niego wykonywanych, aktywów przez niego zaangażowanych i ryzyk przez niego ponoszonych w zwiększaniu wartości znaku towarowego i innych marketingowych dóbr niematerialnych ze względu na własny obrót i udział w rynku, jeżeli zawarł on długoterminową umowę przyznającą wyłączne prawa do dystrybucji produktów oznaczonych znakiem towarowym. W takiej sytuacji działania podejmowane przez dystrybutora mogły zwiększyć wartość jego własnych dóbr niematerialnych, a mianowicie jego praw do dystrybucji. W takich przypadkach udział dystrybutora w korzyściach należy ustalić w oparciu o to, co dystrybutor niezależny otrzymałby w porównywalnych okolicznościach. W niektórych przypadkach dystrybutor może wykonywać funkcje, zaangażować aktywa lub ponosić ryzyka wykraczające poza zakres tych ponoszonych lub wykonywanych przez niezależnego dystrybutora z podobnymi uprawnieniami dla własnej działalności dystrybucyjnej, kreując tym samym wartość wyższą niż wartość tworzona przez inne podmioty marketingowe/dystrybucyjne znajdujące się w podobnej sytuacji. W takim przypadku niezależny dystrybutor zazwyczaj będzie wymagał od właściciela znaku towarowego lub innych marketingowych dóbr niematerialnych dodatkowego wynagrodzenia. Przedmiotowe wynagrodzenie

może przyjąć formę wyższych zysków z dystrybucji (wynikających z obniżenia ceny zakupu produktu), z obniżenia stawki należności licencyjnej lub z udziału w zyskach związanych ze zwiększoną wartością znaku towarowego albo innych marketingowych dóbr niematerialnych, w celu wynagrodzenia dystrybutora za jego funkcje, aktywa i ryzyka oraz oczekiwane stworzenie wartości. Przykłady od 8 do 13 zawarte w aneksie do rozdziału VI przedstawiają bardziej szczegółowe wyjaśnienie zastosowania postanowień niniejszej sekcji B w kontekście ustaleń z zakresu marketingu i dystrybucji.

B.4.2. Ustalenia dotyczące badań, rozwoju i doskonalenia procesów

6.79. Zasady określone w powyższych punktach znajdują również zastosowanie w sytuacjach związanych z realizacją funkcji badawczo-rozwojowych przez członka grupy MNE na mocy ustaleń umownych zawartych z przedsiębiorstwem powiązanym będącym właścicielem prawnym wszelkich dóbr niematerialnych wynikających z takich działań. Odpowiednie wynagrodzenie za usługi badawcze będzie zależeć od wszystkich faktów i okoliczności, w tym od tego, czy zespół badawczy posiada unikalne umiejętności i doświadczenie mające znaczenie dla badań, ponosi ryzyka (np. w przypadku badań pionierskich), angażuje własne dobra niematerialne lub jest kontrolowany i zarządzany przez inny podmiot. Wynagrodzenie określone w oparciu o zwrot kosztów z niewielkim narzutem zysku nie we wszystkich przypadkach będzie odzwierciedlać oczekiwaną wartość czy rynkową cenę wkładu wnoszonego przez zespół badawczy.

6.80 Zasady przewidziane w niniejszej sekcji znajdują analogiczne zastosowanie w sytuacjach, w których członek grupy MNE świadczy usługi produkcyjne, które mogą prowadzić do ulepszenia procesu lub produktu na rzecz przedsiębiorstwa powiązanego, które zostanie właścicielem prawnym takich ulepszeń procesów lub produktów. Przykłady od 14 do 17 zawarte w aneksie do rozdziału VI przedstawiają bardziej szczegółowe wyjaśnienie zastosowania postanowień niniejszej sekcji B w kontekście ustaleń z zakresu badań i rozwoju.

B.4.3. Płatności za korzystanie z nazwy przedsiębiorstwa

6.81. Często pojawiają się pytania odnośnie do rynkowego wynagrodzenia za korzystanie z nazw grupy, nazw handlowych i podobnych dóbr niematerialnych. Odpowiedź na takie pytania powinna opierać się na zasadach przewidzianych w niniejszej sekcji B oraz mających zastosowanie czynnikach komercyjnych i prawnych. Zasadniczo z perspektywy cen transferowych nie jest należna płatność z tytułu zwykłego potwierdzenia faktu przynależności do grupy lub korzystania z nazwy grupy wyłącznie w celu wskazania takiej przynależności. Zob. pkt 7.12.

6.82. W sytuacji gdy jeden członek grupy jest właścicielem znaku towarowego lub innego dobra niematerialnego związanego z nazwą grupy oraz gdy korzystanie z nazwy niesie ze sobą korzyść finansową dla członków grupy innych niż podmiot będący właścicielem prawnym takiego dobra niematerialnego, można zasadnie stwierdzić, że w transakcjach na warunkach rynkowych korzystanie z nazwy podlegałoby opłacie. Podobnie takie płatności mogą być stosowne w sytuacji, gdy członek grupy jest właścicielem wartości firmy związanej z działalnością reprezentowaną przez niezarejestrowany znak towarowy, a korzystanie z takiego znaku towarowego przez inną stronę stanowiłoby wprowadzenie w błąd oraz korzystanie z takiego znaku towarowego przynosi wyraźną korzyść finansową członkowi grupy innemu niż podmiot posiadający tę wartość firmy i niezarejestrowany znak towarowy.

6.83. Określając wysokość płatności w odniesieniu do nazwy grupy, należy rozważyć wysokość korzyści finansowej uzyskiwanej przez korzystającego z nazwy w związku z korzystaniem z niej, koszty i korzyści związane z alternatywnymi rozwiązaniami oraz relatywne wkłady w wartość nazwy wnoszone przez właściciela prawnego i podmiot korzystający z nazwy w postaci wykonywanych funkcji, zaangażowanych aktywów i ponoszonych ryzyk. Trzeba dokładnie rozważyć funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone przez korzystającego z nazwy w tworzeniu lub zwiększaniu wartości tej nazwy w jego jurysdykcji. Należy wziąć pod uwagę czynniki, które miałyby znaczenie w przypadku licencji nazwy na rzecz przedsiębiorstwa niezależnego w porównywalnych okolicznościach z zastosowaniem zasad wskazanych w rozdziałach I–III.

6.84. W przypadku gdy istniejące, prosperujące przedsiębiorstwo zostaje nabyte przez inne prosperujące przedsiębiorstwo, a nabyte przedsiębiorstwo zaczyna korzystać z nazwy, znaku towarowego lub innego oznaczenia marki przedsiębiorstwa nabywającego, nie należy automatycznie zakładać, że korzystanie z marki powinno podlegać opłacie. Jeżeli natomiast można słusznie oczekiwać, że korzystanie z marki spółki nabywającej przyniesie spółce nabytej korzyść finansową, wówczas wysokość opłaty należy ustalić, biorąc pod uwagę wysokość takiej oczekiwanej korzyści.

6.85. Może również zdarzyć się, że przedsiębiorstwo nabywające zechce wykorzystać dotychczasową pozycję przedsiębiorstwa nabytego w celu rozszerzenia działalności nabywcy na terytorium działalności przedsiębiorstwa nabytego poprzez zobowiązanie przedsiębiorstwa nabytego do posługiwania się marką przedsiębiorstwa nabywającego. W takim przypadku należy rozważyć, czy nabywca powinien zapłacić przedsiębiorstwu nabytemu lub w inny sposób je wynagrodzić za funkcje wykonywane, ryzyka ponoszone i aktywa zaangażowane (w tym jego pozycję rynkową) w związku z rozszerzonym wykorzystaniem nazwy nabywcy.

C. Transakcje związane z korzystaniem z dóbr niematerialnych lub ich przenoszeniem

6.86. Oprócz dokonania szczegółowej identyfikacji dóbr niematerialnych związanych z daną kwestią z zakresu cen transferowych oraz identyfikacji właściciela takich dóbr niematerialnych na początku jakiejkolwiek analizy cen transferowych dotyczącej dóbr niematerialnych należy zidentyfikować i właściwie scharakteryzować konkretne transakcje kontrolowane wiążące się z dobrami niematerialnymi. Przy identyfikacji i dokładnym określaniu transakcji polegających na korzystaniu lub przenoszeniu dóbr niematerialnych zastosowanie znajdują zasady przewidziane w rozdziale I. Oprócz zaleceń dotyczących identyfikacji rzeczywistych transakcji (sekcja D.1 rozdziału I) oraz restrukturyzacji działalności (rozdział IX, w szczególności część II), w sekcji C niniejszego rozdziału przedstawiono niektóre typowe scenariusze, które mogą okazać się użyteczne przy ustalaniu, czy transakcja dotyczy dóbr niematerialnych, czy też praw na dobrach niematerialnych. Zob. przykład 19. Charakterystyka transakcji dla celów cen transferowych nie ma znaczenia dla celów art. 12 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD. Zob. np. pkt 8–19 Komentarza do art. 12 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD.

6.87. Istnieją dwa ogólne rodzaje transakcji, w przypadku których zidentyfikowanie i zbadanie dóbr niematerialnych będzie miało znaczenie dla celów cen transferowych. Są to: (i) transakcje polegające na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych oraz (ii) transakcje polegające na wykorzystywaniu dóbr niematerialnych w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług.

C.1. Transakcje polegające na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych

C.1.1. Przenoszenie dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych

6.88. Prawa na dobrach niematerialnych mogą same w sobie podlegać przenoszeniu w ramach transakcji kontrolowanych. Takie transakcje mogą wiązać się z przenoszeniem wszystkich praw związanych z danym dobrem niematerialnym (np. sprzedaż dobra niematerialnego albo nieograniczona w czasie, wyłączna licencja dobra niematerialnego) lub jedynie pewnych praw (np. licencja lub podobne udzielenie ograniczonych praw na wykorzystywanie dobra niematerialnego, które mogą podlegać ograniczeniom geograficznym, czasowym lub ograniczeniom dotyczącym uprawnień do używania, korzystania, zwielokrotniania, dalszego przenoszenia lub dalszego rozwoju). Zasady wskazane w rozdziałach I–III znajdują zastosowanie w odniesieniu do transakcji polegających na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Uzupełniające zalecenia

dotyczące ustalania warunków rynkowych dla takich transakcji zostały również zawarte w sekcjach D.1, D.2 i D.3 niniejszego rozdziału.

6.89. W transakcjach polegających na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych kluczowe jest, aby dokonać szczegółowej identyfikacji charakteru dóbr niematerialnych i praw na dobrach niematerialnych przenoszonych między przedsiębiorstwami powiązanymi. Jeżeli przenoszone prawa podlegają ograniczeniom, należy zidentyfikować również charakter takich ograniczeń oraz pełny zakres przenoszonych praw. Pod tym względem trzeba zauważyć, że nazewnictwo zastosowane w odniesieniu do transakcji nie determinuje analizy cen transferowych. Na przykład w przypadku przeniesienia wyłącznego prawa na korzystanie z patentu w Kraju X decyzja podatnika o nazwaniu transakcji sprzedażą wszystkich uprawnień patentowych w Kraju X lub nieograniczoną w czasie, wyłączną licencją części światowych uprawnień patentowych nie będzie miała wpływu na określenie ceny rynkowej, jeżeli w obu przypadkach transakcja podlegająca wycenie wiąże się z przeniesieniem wyłącznych praw do korzystania z patentu w Kraju X przez pozostały okres jego trwania. W związku z powyższym analiza funkcjonalna powinna dokonać szczegółowej identyfikacji charakteru przenoszonych praw na dobrach niematerialnych.

6.90. Często istotne znaczenie w analizie cen transferowych mają ograniczenia nakładane w umowach licencyjnych i innych podobnych umowach w zakresie możliwości korzystania z dóbr niematerialnych w dalszym rozwoju nowych dóbr niematerialnych lub nowych produktów z wykorzystaniem dóbr niematerialnych będących przedmiotem takich umów. Dlatego ważne jest, by dokonując identyfikacji charakteru przenoszenia praw do dóbr niematerialnych, rozważyć, czy beneficjent uzyskuje prawo do korzystania z takiego dobra niematerialnego w celu dalszych prac badawczo-rozwojowych. W transakcjach między przedsiębiorstwami niezależnymi występują ustalenia, w ramach których podmiot dokonujący przeniesienia/licencjodawca zachowuje pełne prawo do wszelkich ulepszeń dobra niematerialnego będącego przedmiotem licencji, które będą rozwijane w okresie obowiązywania licencji. Między przedsiębiorstwami niezależnymi występują również transakcje, w których beneficjent/licencjobiorca zachowuje prawo do wszelkich ulepszeń, które może rozwinąć przez okres obowiązywania licencji lub bezterminowo. Charakter ograniczeń w zakresie dalszego rozwoju przeniesionych dóbr niematerialnych lub możliwości uzyskiwania korzyści ekonomicznej z takich ulepszeń przez beneficjenta i podmiot dokonujący przeniesienia może mieć wpływ na wartość praw podlegających przenoszeniu oraz porównywalność dwóch transakcji dotyczących dóbr niematerialnych pod każdym innym względem identycznych lub ściśle porównywalnych. Takie ograniczenia należy ocenić w świetle zarówno pisemnych warunków umów, jak i rzeczywistego postępowania stosownych stron.

6.91. Postanowienia sekcji D.1.1 rozdziału I znajdują zastosowanie przy identyfikacji szczególnego charakteru transakcji polegającej na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, przy identyfikacji charakteru jakichkolwiek dóbr niematerialnych podlegających przeniesieniu oraz przy identyfikacji wszelkich ograniczeń w zakresie korzystania z takich dóbr niematerialnych na mocy warunków przeniesienia. Przykładowo pisemne postanowienie, że licencja jest licencją niewyłączną lub o ograniczonym okresie obowiązywania, nie musi zostać uznane przez administrację podatkową, jeżeli takie postanowienie nie jest zgodne z postępowaniem stron. Zapisy niniejszego punktu ilustruje przykład 18 zaprezentowany w aneksie do rozdziału VI.

C.1.2. Przenoszenie zbioru dóbr niematerialnych

6.92. Dobra niematerialne (w tym ograniczone prawa do dóbr niematerialnych) mogą podlegać przenoszeniu indywidualnie lub w połączeniu z innymi dobrami niematerialnymi. Przy analizie transakcji polegających na przenoszeniu zbiorów dóbr niematerialnych często pojawiają się dwie powiązane ze sobą kwestie.

6.93. Pierwsza kwestia dotyczy charakteru i ekonomicznych konsekwencji powiązań między różnymi dobrami niematerialnymi. Może się zdarzyć, że niektóre dobra niematerialne będą bardziej wartościowe w połączeniu z innymi dobrami niematerialnymi, niż gdyby były one rozpatrywane oddzielnie. Z tego względu ważne jest, aby zidentyfikować charakter powiązań prawnych i ekonomicznych pomiędzy dobrami niematerialnymi przenoszonymi jako zbiór.

6.94. Dla przykładu produkty farmaceutyczne często obejmują trzy lub więcej rodzajów dóbr niematerialnych. Farmaceutyczna substancja czynna może być chroniona jednym lub kilkoma patentami. Dany produkt przechodzi również proces badań, w oparciu o który rządowy organ regulacyjny może wydać zezwolenie na dopuszczenie produktu do obrotu na danym rynku geograficznym i dla określonych zatwierdzonych wskazań. Produkt może być rozprowadzany pod określoną marką. W połączeniu takie dobra niematerialne mogą być niezwykle wartościowe. Z kolei w ujęciu indywidualnym jedno lub więcej takich dóbr niematerialnych może mieć znacznie niższą wartość. Na przykład znak towarowy bez patentu i zezwolenia na dopuszczenie do obrotu może mieć ograniczoną wartość, ponieważ nie można prowadzić sprzedaży takiego produktu bez stosownego zezwolenia na dopuszczenie do obrotu, zaś nie dysponując patentem – nie można wykluczyć z rynku konkurentów oferujących produkty generyczne. Analogicznie wartość patentu może być znacznie wyższa po uzyskaniu zezwolenia na dopuszczenie do obrotu niż w przypadku braku takiego zezwolenia. Relacje pomiędzy takimi poszczególnymi rodzajami dóbr niematerialnych oraz kwestia, które strony wykonywały funkcje i ponosiły ryzyka i koszty związane z zabezpieczeniem dóbr

niematerialnych, mają zatem kluczowe znaczenie przy dokonywaniu analizy cen transferowych dotyczącej przenoszenia dóbr niematerialnych. W sytuacji gdy różne przedsiębiorstwa powiązane mają prawa do korzystania z dóbr niematerialnych, należy rozważyć relatywny wkład wnoszony przez nie w tworzenie wartości.

6.95. Druga powiązana kwestia dotyczy istotności zapewnienia, że dokonano identyfikacji wszystkich dóbr niematerialnych podlegających przenoszeniu w danej transakcji. Może zdarzyć się np., że dobra niematerialne są ze sobą tak ściśle powiązane, że przeniesienie jednego nie jest co do istoty możliwe bez przeniesienia również innego. W rzeczy samej, często zdarza się, że przeniesienie jednego dobra niematerialnego wiąże się z koniecznością przeniesienia innych dóbr niematerialnych. W takich przypadkach należy zidentyfikować wszystkie dobra niematerialne udostępniane beneficjentowi wskutek przenoszenia dóbr niematerialnych, z zastosowaniem zasad wskazanych w sekcji D.1 rozdziału I. Na przykład przenoszenie praw do korzystania ze znaku towarowego na mocy umowy licencyjnej na ogół również oznacza udzielenie licencji na wartość wynikającą z reputacji, niekiedy określaną mianem wartości firmy, związaną z takim znakiem towarowym, jeżeli została ona zbudowana przez licencjodawcę. Odpowiednia opłata licencyjna powinna uwzględniać zarówno znak towarowy, jak i związaną z nim wartość wynikającą z reputacji. Zasady omówione w niniejszym punkcie ilustruje przykład 20 przedstawiony w aneksie do rozdziału VI.

6.96. Istotne jest, żeby zidentyfikować sytuacje, w których podatnicy lub administracje podatkowe mogą podjąć próby dokonania sztucznego rozdzielenia dóbr niematerialnych, które w porównywalnych okolicznościach nie zostałyby rozdzielone przez podmioty niezależne. Przykładowo należy zidentyfikować i poddać krytycznej analizie próby dokonania sztucznego rozdzielenia znaków towarowych lub nazw handlowych od wartości firmy lub wartości wynikającej z reputacji, która jest faktycznie związana z danym znakiem towarowym lub nazwą handlową. Zasady omówione w niniejszym punkcie ilustruje przykład 21 przedstawiony w aneksie do rozdziału VI.

6.97. Należy mieć na uwadze, że proces identyfikowania wszystkich dóbr niematerialnych podlegających przenoszeniu w określonej transakcji stanowi zadanie polegające na identyfikacji rzeczywistych transakcji, jakie zostały przeprowadzone w oparciu o pisemne umowy i rzeczywiste postępowanie stron z zastosowaniem zasad przewidzianych w sekcji D.1 rozdziału I.

C.1.3. Przenoszenie dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych w połączeniu z innymi transakcjami biznesowymi

6.98. W niektórych sytuacjach dobra niematerialne lub prawa na dobrach niematerialnych mogą być przenoszone łącznie z biznesowymi aktywami trwa-

łymi lub łącznie z usługami. W takich sytuacjach istotne jest, żeby ustalić, czy w ramach transakcji faktycznie doszło do przeniesienia dóbr niematerialnych. W analizie cen transferowych należy również zidentyfikować i uwzględnić wszystkie dobra niematerialne podlegające przenoszeniu w związku z daną transakcją. Zasady wskazane w niniejszym punkcie ilustrują przykłady 23–25 przedstawione w aneksie do rozdziału VI.

6.99. W niektórych sytuacjach dla celów przeprowadzenia analizy cen transferowych zarówno możliwe, jak i wskazane będzie dokonanie rozdzielenia transakcji dotyczących dóbr materialnych lub usług od przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. W takich sytuacjach, aby potwierdzić, że każdy element transakcji jest zgodny z zasadą ceny rynkowej, należy rozdzielić cenę umowy pakietowej. W innych sytuacjach transakcje mogą być ze sobą tak ściśle powiązane, że oddzielenie transakcji dotyczących dóbr materialnych lub usług od przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych będzie utrudnione. Przy rozważaniu, czy transakcje należy połączyć, czy rozdzielić, istotnym czynnikiem będzie wiarygodność dostępnych danych porównawczych. W szczególności należy zbadać, czy dostępne dane porównawcze umożliwiają poprawną ocenę powiązań między transakcjami.

6.100. Jedna z sytuacji, gdy transakcje wiążące się z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych mogą zostać połączone z innymi transakcjami, dotyczy ustaleń w zakresie franczyzy biznesowej. W ramach takich ustaleń jeden członek grupy MNE może zgodzić się udostępnić przedsiębiorstwu powiązanemu zbiór usług i dóbr niematerialnych w zamian za jedną opłatę. Jeżeli usługi i dobra niematerialne udostępniane na mocy takich ustaleń są na tyle unikalne, że zidentyfikowanie wiarygodnych danych porównawczych w odniesieniu do całego pakietu usług/dóbr niematerialnych nie jest możliwe, konieczne może okazać się dokonanie rozdzielenia poszczególnych części pakietu usług i dóbr niematerialnych dla celów oddzielnej analizy cen transferowych. Należy jednak mieć na uwadze, że powiązania między poszczególnymi dobrami niematerialnymi i usługami mogą zwiększać ich wzajemną wartość.

6.101. W innych sytuacjach świadczenie usług i przenoszenie jednego lub więcej dóbr niematerialnych mogą być ze sobą tak ściśle powiązane, że rozdzielenie transakcji dla celów analizy cen transferowych będzie utrudnione. Przykładowo niektóre przeniesienia praw do oprogramowania mogą wiązać się z zobowiązaniem podmiotu dokonującego przeniesienia do świadczenia bieżących usług utrzymania oprogramowania, które mogą obejmować okresowe aktualizacje takiego oprogramowania. W sytuacjach gdy usługi i przenoszenie dóbr niematerialnych są ze sobą ściśle powiązane, konieczne może okazać się ustalenie cen rynkowych na zasadzie agregacji.

6.102. Należy podkreślić, że określenie transakcji jako dostawy produktów lub usług albo przeniesienie dóbr niematerialnych lub jako ich połączenie niekoniecznie decyduje o zastosowaniu określonej metody cen transferowych. Przykładowo metoda koszt plus nie będzie właściwa dla wszystkich transakcji usługowych, z kolei nie wszystkie transakcje związane z dobrami niematerialnymi wymagają kompleksowej wyceny lub zastosowania metody podziału zysku. To stan faktyczny każdej konkretnej sytuacji i wyniki odpowiedniej analizy funkcjonalnej wyznaczają sposób łączenia, określania i analizy transakcji dla celów cen transferowych oraz wybór najbardziej odpowiedniej metody w określonym przypadku. Ostatecznym celem jest zidentyfikowanie cen i innych istotnych warunków, jakie zostałyby ustalone między przedsiębiorstwami niezależnymi w porównywalnych transakcjach.

6.103. Ponadto należy również podkreślić, że ustalenie, czy transakcje należy zagregować, czy rozdzielić, dla celów analizy wiąże się zazwyczaj z określeniem rzeczywiście dokonywanej transakcji w oparciu o pisemne umowy i rzeczywiste postępowanie stron. Ustalenia dotyczące faktycznie dokonanej transakcji stanowią jeden z niezbędnych elementów przy określaniu najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych w danym przypadku.

C.2. Transakcje polegające na korzystaniu z dóbr niematerialnych w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług

6.104. Dobra niematerialne mogą być wykorzystywane w związku z transakcjami kontrolowanymi w sytuacjach, gdy nie dochodzi do przeniesienia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Na przykład dobra niematerialne mogą być wykorzystywane przez jedną lub obie strony transakcji kontrolowanej w związku z produkcją towarów sprzedawanych na rzecz przedsiębiorstwa powiązanego, w związku z wprowadzaniem na rynek towarów zakupionych od przedsiębiorstwa powiązanego lub w związku ze świadczeniem usług w imieniu przedsiębiorstwa powiązanego. Należy wyraźnie określić charakter takiej transakcji, jak również zidentyfikować i uwzględnić wszystkie istotne dobra niematerialne, z których korzystają obie strony w związku z taką transakcją kontrolowaną, na potrzeby przeprowadzenia analizy porównywalności, dokonania wyboru i zastosowania najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych dla takiej transakcji oraz dokonania wyboru strony podlegającej badaniu. Uzupełniające zalecenia dotyczące ustalenia rynkowych warunków transakcji polegających na korzystaniu z dóbr niematerialnych w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług zostały zawarte w sekcjach D.1 i D.4 niniejszego rozdziału.

6.105. Konieczność zbadania korzystania z dóbr niematerialnych przez stronę transakcji kontrolowanej dotyczącej sprzedaży towarów można zobrazować w następujący sposób. Załóżmy, że producent samochodów korzysta z wartościowych patentów, których jest właścicielem w ramach produkcji samochodów, które następnie sprzedaje powiązanym dystrybutorom. Załóżmy, że patenty w znacznym stopniu wpływają na wartość samochodów. Takie patenty oraz wartość, jaką one kreują, należy zidentyfikować i uwzględnić na potrzeby przeprowadzenia analizy porównywalności transakcji polegającej na sprzedaży samochodów przez producenta samochodów na rzecz jego powiązanych dystrybutorów, dokonania wyboru najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych w transakcjach oraz dokonania wyboru strony podlegającej badaniu. Powiązani dystrybutorzy dokonujący zakupu samochodów nie nabywają jednak żadnych praw do patentów producenta. W takim przypadku patenty są wykorzystywane w produkcji i mogą mieć wpływ na wartość samochodów, lecz nie podlegają one przeniesieniu.

6.106. W kolejnym przykładzie dotyczącym korzystania z dóbr niematerialnych w związku z transakcją kontrolowaną załóżmy, że spółka poszukiwawcza nabyła lub opracowała cenne dane i analizy geologiczne oraz zaawansowane oprogramowanie i *know-how* związane z działalnością poszukiwawczą. Załóżmy ponadto, że spółka korzysta z tych dóbr niematerialnych w toku świadczenia usług poszukiwawczych na rzecz przedsiębiorstwa powiązanego. Powyższe dobra niematerialne należy zidentyfikować i uwzględnić w przeprowadzanej analizie porównywalności transakcji usługowych między spółką poszukiwawczą a przedsiębiorstwem powiązanym, dokonaniu wyboru najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych w transakcji oraz dokonaniu wyboru strony podlegającej badaniu. Przy założeniu, że przedsiębiorstwo powiązane spółki poszukiwawczej nie nabywa jakichkolwiek praw do dóbr niematerialnych spółki poszukiwawczej, dobra niematerialne są wykorzystywane w toku świadczenia usług i mogą mieć wpływ na wartość usług, lecz nie podlegają one przeniesieniu.

D. Uzupełniające zalecenia dotyczące określania warunków rynkowych w przypadkach wiążących się z dobrami niematerialnymi

6.107. Po identyfikacji stosownych transakcji dotyczących dóbr niematerialnych, szczegółowej identyfikacji dóbr niematerialnych zaangażowanych w takich transakcjach, identyfikacji podmiotu lub podmiotów będących właścicielami prawnymi dóbr niematerialnych oraz podmiotów wnoszących wkład w wartość dóbr niematerialnych powinna być możliwa identyfikacja warunków rynkowych dotyczących takich transakcji. Przy określaniu warunków rynkowych dla transakcji związanych z dobrami niematerialnymi należy zastosować zasady określone w rozdziałach I–III niniejszych Wytycznych. W szczególności przy identyfikacji

warunków rynkowych dla transakcji związanych z dobrami niematerialnymi pomocny może okazać się zalecany dziewięcioetapowy proces wskazany w pkt 3.4. Jako istotny element stosowania zasad przewidzianych w rozdziale III w celu przeprowadzenia analizy porównywalności w ramach procesu omówionego w pkt 3.4 należy uwzględnić zasady określone w sekcjach A, B i C niniejszego rozdziału VI.

6.108. Niemniej jednak zasady wskazane w rozdziałach I–III mogą niekiedy okazać się trudne do zastosowania w odniesieniu do transakcji kontrolowanych dotyczących dóbr niematerialnych. Dobra niematerialne mogą wykazywać szczególne cechy charakterystyczne, które skomplikują wyszukiwanie danych porównawczych, a w niektórych przypadkach utrudniają ustalenie ceny w chwili dokonywania transakcji. Ponadto z uzasadnionych w pełni przesłanek biznesowych, ze względu na zachodzące między nimi stosunki przedsiębiorstwa powiązane mogą czasami strukturyzować transakcję związaną z dobrami niematerialnymi w sposób, jaki nie zostałby wzięty pod uwagę przez przedsiębiorstwa niezależne. Zob. pkt 1.11. Wykorzystywanie lub przenoszenie dóbr niematerialnych może powodować trudności w zakresie porównywalności, wyboru metod cen transferowych oraz ustalania warunków rynkowych dla transakcji. Niniejsza sekcja D przedstawia uzupełniające zalecenia w zakresie stosowania zasad przewidzianych w rozdziałach I–III w celu określenia rynkowych warunków dla transakcji kontrolowanych dotyczących dóbr niematerialnych.

6.109. Sekcja D.1 zawiera ogólne uzupełniające zalecenia dotyczące wszystkich transakcji wiążących się z dobrami niematerialnymi. Sekcja D.2 przedstawia zalecenia uzupełniające odnoszące się w szczególności do transakcji polegających na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Sekcja D.3 zawiera uzupełniające zalecenia dotyczące przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, których wartość jest wysoce niepewna w chwili dokonywania przenoszenia. Sekcja D.4 prezentuje podejście w zakresie wyceny dóbr niematerialnych trudnych do wyceny. Sekcja D.5 przedstawia zalecenia uzupełniające mające zastosowanie w odniesieniu do transakcji polegających na wykorzystywaniu dóbr niematerialnych w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług w sytuacji, gdy nie dochodzi do przenoszenia praw na dobrach niematerialnych.

D.1. Ogólne zasady znajdujące zastosowanie w transakcjach związanych z dobrami niematerialnymi

6.110. Sekcja D rozdziału I oraz rozdział III zawierają zasady, które należy uwzględnić, oraz zalecany proces, według którego należy przeprowadzić analizę porównywalności. Zasady omówione w powyższych sekcjach znajdują zastosowanie w odniesieniu do wszystkich transakcji kontrolowanych dotyczących dóbr niematerialnych.

6.111. Przy zastosowaniu zasad przewidzianych w niniejszych Wytycznych, dotyczących istoty oraz procesu przeprowadzania analizy porównywalności transakcji wiążącej się z dobrami niematerialnymi, analiza cen transferowych musi wziąć pod uwagę opcje realistycznie dostępne poszczególnym stronom transakcji.

6.112. Rozważając opcje realistycznie dostępne stronom, należy uwzględnić perspektywę każdej ze stron transakcji. Analiza porównywalności skupiająca się wyłącznie na jednej stronie transakcji z reguły nie stanowi wystarczającej podstawy do dokonania oceny transakcji związanej z dobrami niematerialnymi (włącznie z tymi sytuacjami, gdy ostatecznie zostaje wyznaczona jednostronna metoda cen transferowych).

6.113. Jakkolwiek w trakcie przeprowadzania analizy porównywalności istotne jest uwzględnienie perspektyw obu stron transakcji, to szczególne okoliczności biznesowe jednej ze stron nie mogą narzucać wyniku sprzecznego z opcjami realistycznie dostępnymi dla drugiej strony. Przykładowo nie można oczekiwać, że podmiot dokonujący przenoszenia zaakceptuje cenę za przenoszenie wszystkich lub części jego praw do dobra niematerialnego, która będzie dla niego mniej korzystna od cen w ramach innych realistycznie dostępnych opcji (obejmujących niedokonanie przeniesienia), jedynie dlatego, że dane przedsiębiorstwo powiązane będące beneficjentem przeniesienia nie posiada zasobów umożliwiających efektywne korzystanie z przenoszonych praw do dobra niematerialnego. Podobnie nie należy oczekiwać, że beneficjent zaakceptuje cenę za przenoszenie praw do jednego dobra niematerialnego lub ich większej liczby, która spowoduje, że beneficjent nie będzie mógł oczekiwać zysku w związku z wykorzystaniem nabytych praw do dobra niematerialnego w ramach swojej działalności. Taki wynik byłby dla beneficjenta mniej korzystny niż jego realistycznie dostępna opcja polegająca na niedokonaniu przeniesienia.

6.114. Często zdarza się, że możliwe jest zidentyfikowanie ceny dla transakcji wiążącej się z dobrami niematerialnymi, która jest zgodna z realistycznie dostępnymi opcjami każdej ze stron. Występowanie takich cen jest zgodne z założeniem, że grupy MNE dążą do optymalizacji alokacji zasobów. W sytuacji gdy minimalna cena akceptowalna dla podmiotu dokonującego przenoszenia w oparciu o opcje realistycznie mu dostępne jest wyższa od maksymalnej ceny akceptowalnej dla beneficjenta w oparciu o opcje realistycznie dostępne temu podmiotowi, należy rozważyć, czy rzeczywista transakcja nie powinna zostać odrzucona zgodnie z kryterium nieuznawania transakcji określonym w sekcji D.2 rozdziału I lub czy warunki transakcji nie powinny zostać skorygowane w inny sposób. Podobnie w sytuacjach, gdy zostanie stwierdzone, że obecny sposób wykorzystywania dobra niematerialnego ani proponowana opcja realistycznie dostępna (tj. inne wykorzystywanie dobra niematerialnego) nie optymalizują alokacji zasobów, konieczne

może okazać się zbadanie, czy takie stwierdzenie jest zgodne z faktami i okolicznościami sprawy. Powyższe rozważania podkreślają znaczenie uwzględnienia wszystkich istotnych faktów i okoliczności przy dokładnym określaniu rzeczywistej transakcji związanej z dobrami niematerialnymi.

D.2. Uzupełniające zalecenia dotyczące przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych

6.115. Niniejsza sekcja zawiera uzupełniające zalecenia dotyczące szczególnych kwestii powstających w związku z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych pomiędzy przedsiębiorstwami powiązanymi. Przedmiotowe transakcje mogą obejmować sprzedaż dóbr niematerialnych oraz transakcje ekonomicznie równoważne sprzedaży. Takie transakcje mogą również obejmować licencjonowanie praw do jednego dobra niematerialnego lub ich większej liczby lub podobne transakcje. Celem niniejszej sekcji nie jest udzielenie kompleksowych zaleceń dotyczących traktowania takich przeniesień dóbr niematerialnych dla celów cen transferowych. Niniejsza sekcja stanowi raczej uzupełnienie postanowień rozdziałów I–III oraz zaleceń zawartych w sekcjach A, B, C oraz D.1 niniejszego rozdziału w zakresie przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, przedstawiając zalecenia dotyczące pewnych szczególnych zagadnień często pojawiających się w związku z takimi przeniesieniami.

D.2.1. Porównywalność dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych

6.116. Stosując postanowienia rozdziałów I–III w stosunku do transakcji polegających na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, należy mieć na uwadze, że dobra niematerialne często posiadają unikalne cechy charakterystyczne, a w rezultacie potencjał do generowania zwrotów i przyszłych korzyści, który może się znacznie różnić. Przeprowadzając analizę porównywalności dotyczącą przenoszenia dóbr niematerialnych, należy zatem zwrócić uwagę na unikalne właściwości dóbr niematerialnych. Ma to szczególne znaczenie, gdy za najbardziej odpowiednią metodę cen transferowych uznano metodę PCN, lecz jest to również ważne przy stosowaniu innych metod, które opierają się na danych porównawczych. W przypadku przenoszenia dobra niematerialnego lub prawa na dobrach niematerialnych, w wyniku którego przedsiębiorstwo uzyskuje unikalną przewagę konkurencyjną na rynku, rzekomo porównywalne dobra niematerialne lub transakcje należy poddać wnikliwej analizie. Niezwykle istotne jest dokonanie oceny, czy potencjalne dane porównawcze faktycznie charakteryzują się podobnym potencjałem do generowania zysku.

6.117. Poniżej przedstawiono omówienie niektórych szczególnych właściwości dóbr niematerialnych, które mogą okazać się istotne w analizie porównywalności dotyczącej przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Poniższa lista nie jest wyczerpująca, a w określonych przypadkach konieczne może okazać się uwzględnienie w analizie porównywalności dodatkowych lub innych czynników.

D.2.1.1. Wyłączność

6.118. Kwestia, czy prawa na dobrach niematerialnych w określonej transakcji polegającej na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych mają charakter wyłączny, czy niewyłączny, może stanowić istotny aspekt porównywalności. Niektóre dobra niematerialne pozwalają właścicielowi prawnemu dobra niematerialnego na wykluczenie innych podmiotów z możliwości korzystania z dobra niematerialnego. Przykładowo patent przyznaje wyłączne prawo do wykorzystywania wynalazku objętego patentem przez okres trwający wiele lat. Jeżeli strona kontrolująca prawa wynikające z dóbr niematerialnych może wykluczyć inne przedsiębiorstwa z rynku lub uniemożliwić im korzystanie z dóbr niematerialnych zapewniających przewagę rynkową, taka strona może cieszyć się znaczną siłą rynkową lub mieć duży wpływ na rynek. Strona posiadająca niewyłączne prawa do dóbr niematerialnych nie będzie w stanie wykluczyć wszystkich konkurentów i zasadniczo nie będzie cieszyć się takim samym stopniem siły rynkowej lub mieć takiego samego wpływu rynkowego. Stosownie do powyższego, w analizie porównywalności należy wziąć pod uwagę wyłączny lub niewyłączny charakter dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych.

D.2.1.2. Zakres i okres ochrony prawnej

6.119. Zakres i okres ochrony prawnej dóbr niematerialnych podlegających przenoszeniu może stanowić istotny aspekt porównywalności. Ochrona prawna związana z niektórymi dobrami niematerialnymi może uniemożliwić konkurentom wejście na dany rynek. W przypadku innych dóbr niematerialnych, takich jak *know-how* lub tajemnice handlowe, dostępna ochrona prawna może mieć inny charakter i może nie mieć takiej siły ani tak długiego okresu obowiązywania. W przypadku dóbr niematerialnych o ograniczonym okresie użyteczności okres ochrony prawnej może mieć istotne znaczenie, ponieważ okres obowiązywania praw niematerialnych będzie miał wpływ na oczekiwania stron transakcji odnośnie do przyszłych korzyści z wykorzystywania dobra niematerialnego. Na przykład dwa patenty pod każdym innym względem porównywalne nie będą miały równej wartości, jeżeli jeden z nich wygasa po upływie roku, a drugi wygasa dopiero po dziesięciu latach.

D.2.1.3. Zakres geograficzny

6.120. Zakres geograficzny dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych stanowi istotny aspekt porównywalności. Przyznanie globalnych praw do dóbr niematerialnych może mieć wyższą wartość niż przyznanie praw, które ograniczają się do jednego lub kilku krajów, w zależności od charakteru produktu, charakteru dobra niematerialnego oraz charakteru danych rynków.

D.2.1.4. Okres użyteczności

6.121. Wiele dóbr niematerialnych charakteryzuje się ograniczonym okresem użyteczności. Jak wskazano powyżej, na okres użyteczności określonego dobra niematerialnego wpływ może mieć charakter i okres ochrony prawnej przyznanej danemu dobru niematerialnemu. Ponadto na okres użyteczności niektórych dóbr niematerialnych wpływ może mieć tempo zmian technologicznych zachodzących w branży, a także rozwój nowych i potencjalnie ulepszonych produktów. Może również zdarzyć się, że okres użyteczności danego dobra niematerialnego będzie można wydłużyć.

6.122. Przeprowadzając analizę porównywalności, należy zatem uwzględnić oczekiwany okres użyteczności analizowanego dobra niematerialnego. Zasadniczo dobra niematerialne, co do których oczekuje się, że zapewnią przewagę rynkową w dłuższym okresie, będą bardziej wartościowe niż podobne dobra niematerialne stwarzające taką przewagę w krótszym okresie, przy założeniu, że pozostałe warunki będą takie same. Dokonując oceny okresu użyteczności dóbr niematerialnych, należy również wziąć pod uwagę sposób wykorzystania dobra niematerialnego. Okres użyteczności dobra niematerialnego, w oparciu o który prowadzone są ciągłe prace badawczo-rozwojowe, może wykraczać poza okres użyteczności komercyjnej linii produktowej obecnej generacji opartej na tym dobru niematerialnym.

D.2.1.5. Etap rozwoju

6.123. Przy przeprowadzaniu analizy porównywalności ważna może okazać się analiza etapu rozwoju danego dobra niematerialnego. Często zdarza się, że dobro niematerialne zostaje przenoszone w transakcji kontrolowanej w momencie, zanim jeszcze zostało w pełni wykazane, że takie dobro niematerialne może służyć komercyjnie opłacalnym produktom. Typowy przykład dotyczy branży farmaceutycznej, w której związki chemiczne mogą zostać opatentowane, a patenty (lub prawa do korzystania z patentów) mogą podlegać przenoszeniu w transakcji kontrolowanej dużo wcześniej, zanim dalsze działania w obszarze badań, rozwoju i testowania wykażą, że dany związek zapewnia bezpieczne i skuteczne leczenie określonej dolegliwości medycznej.

6.124. Zasadniczo dobra niematerialne związane z produktami o ustalonej opłacalności komercyjnej będą bardziej wartościowe niż dobra niematerialne pod każdym innym względem porównywalne, ale związane z produktami, których opłacalność komercyjna dopiero zostanie ustalona. Przeprowadzając analizę porównywalności w odniesieniu do częściowo rozwiniętych dóbr niematerialnych, należy oszacować prawdopodobieństwo, że dalszy rozwój umożliwi osiągnięcie komercyjnie istotnych przyszłych korzyści. W niektórych okolicznościach do dokonania takiego szacowania przydatne mogą okazać się dane branżowe dotyczące ryzyk związanych z dalszym rozwojem. Niemniej jednak należy zawsze mieć na uwadze szczególne okoliczności indywidualnej sytuacji.

D.2.1.6. Prawa do ulepszeń, zmian i aktualizacji

6.125. W analizie porównywalności dotyczącej dóbr niematerialnych istotnym aspektem często są prawa stron w odniesieniu do przyszłych ulepszeń, zmian i aktualizacji dóbr niematerialnych. W niektórych branżach produkty chronione dobrami niematerialnymi mogą ulec starzeniu lub stać się niekonkurencyjne w stosunkowo krótkim czasie, jeżeli nie będą one stale rozwijane i ulepszane. W konsekwencji posiadanie dostępu do aktualizacji i ulepszeń może oznaczać różnicę pomiędzy osiąganiem krótkoterminowych korzyści z dóbr niematerialnych a uzyskiwaniem korzyści w dłuższym terminie. Dla celów porównywalności należy zatem zbadać, czy dane udzielenie praw na dobrach niematerialnych obejmuje dostęp do ulepszeń, zmian i aktualizacji takich dóbr niematerialnych.

6.126. Bardzo podobna kwestia, często mająca istotne znaczenie w analizie porównywalności, dotyczy tego, czy nabywca dóbr niematerialnych uzyskuje prawo do wykorzystywania dóbr niematerialnych w związku z badaniami ukierunkowanymi na opracowanie nowych i ulepszonych dóbr niematerialnych. Na przykład prawo do wykorzystywania istniejącej platformy oprogramowania jako podstawy do opracowania nowych produktów z obszaru oprogramowania może skrócić czas rozwoju i może oznaczać różnicę pomiędzy byciem pierwszym podmiotem wchodzącym na rynek z nowym produktem lub aplikacją a byciem zmuszonym wejść na rynek już zajęty przez konkurencyjne produkty o ugruntowanej pozycji. Analiza porównywalności dotycząca dóbr niematerialnych powinna więc wziąć pod uwagę prawa stron w zakresie używania dóbr niematerialnych w celu opracowania nowych i ulepszonych wersji produktów.

D.2.1.7. Oczekiwania odnośnie do przyszłych korzyści

6.127. Każdy ze wskazanych powyżej aspektów porównywalności ma wpływ na oczekiwania stron transakcji co do przyszłych korzyści osiąganych z wykorzystania danego dobra niematerialnego. Jeżeli z jakichkolwiek przyczyn

powstanie istotna różnica pomiędzy oczekiwanymi przyszłymi korzyściami z wykorzystania określonego dobra niematerialnego w porównaniu z innym dobrem niematerialnym, trudno będzie uznać takie dobra niematerialne za wystarczająco porównywalne w celu uzasadnienia analizy cen transferowych opartej na danych porównawczych, jeżeli nie zostaną wprowadzone wiarygodne korekty w zakresie porównywalności. W szczególności należy rozważyć rzeczywistą i potencjalną zdolność do generowania zysków przez produkty lub potencjalne produkty oparte na określonym dobru niematerialnym. Dobra niematerialne, które stanowią podstawę produktów lub usług generujących wysoki zysk, prawdopodobnie nie będą porównywalne do dóbr niematerialnych stosowanych w odniesieniu do produktów lub usług osiągających jedynie przeciętny zysk w branży. Przeprowadzając analizę porównywalności, należy uwzględnić wszelkie czynniki, które mają istotny wpływ na oczekiwania stron transakcji kontrolowanej odnośnie do przyszłych korzyści uzyskiwanych z dobra niematerialnego.

D.2.2. Porównanie ryzyk w przypadkach dotyczących przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych

6.128. Przeprowadzając analizę porównywalności dotyczącą przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, należy rozważyć występowanie ryzyk związanych z prawdopodobieństwem uzyskania przyszłych korzyści ekonomicznych z przenoszonych dóbr niematerialnych, w tym alokację ryzyk między stronami, jaką należy przeanalizować zgodnie z ogólnymi zasadami określonymi w sekcji D.1.2 rozdziału I. Dokonując oceny porównywalności przenoszenia dóbr niematerialnych lub zbiorów dóbr niematerialnych, jak również porównywalności samych dóbr niematerialnych, należy rozważyć m.in. następujące rodzaje ryzyk:

- ryzyka związane z przyszłym rozwojem dóbr niematerialnych – obejmują dokonanie oceny, czy dobra niematerialne dotyczą komercyjnie opłacalnych produktów, czy dobra niematerialne mogą w przyszłości służyć komercyjnie opłacalnym produktom, oczekiwanych kosztów przyszłych działań wymaganych w zakresie rozwoju i testowania, prawdopodobieństwa, że takie działania w zakresie rozwoju i testowania okażą się skuteczne, i podobnych aspektów. Uwzględnienie ryzyka rozwojowego ma szczególne znaczenie w sytuacjach dotyczących przenoszenia częściowo rozwiniętych dóbr niematerialnych;
- ryzyka związane ze starzeniem się produktów i spadkiem wartości dóbr niematerialnych – obejmują oszacowanie prawdopodobieństwa, że podmioty konkurencyjne wprowadzą w przyszłości produkty lub usługi, które doprowadzą do istotnej erozji rynku produktów zależnych od dóbr niematerialnych podlegających analizie;

- ryzyka związane z naruszeniem praw na dobrach niematerialnych – obejmują dokonanie oceny prawdopodobieństwa, że inne podmioty wystąpią ze skutecznym roszczeniem, że produkty oparte na danych dobrach niematerialnych naruszają ich własne prawa niematerialne, oraz oszacowanie ewentualnych kosztów obrony przed takimi roszczeniami. Obejmują również oszacowanie prawdopodobieństwa, że uprawniony z praw na dobrach niematerialnych może skutecznie uniemożliwić innym podmiotom naruszanie swoich dóbr niematerialnych, ryzyka obniżenia rentowności na stosownych rynkach ze względu na produkty podrobione oraz prawdopodobieństwa uzyskania istotnego odszkodowania w przypadku wystąpienia naruszenia;
- odpowiedzialność za produkt i podobne ryzyka związane z wykorzystaniem dóbr niematerialnych w przyszłości.

D.2.3. Korekty w zakresie porównywalności związane z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych

6.129. Zasady przewidziane w pkt 3.47–3.54, dotyczące korekt w zakresie porównywalności, znajdują zastosowanie w odniesieniu do transakcji polegających na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Należy zauważyć, że różnice pomiędzy dobrami niematerialnymi mogą mieć istotne konsekwencje ekonomiczne, które mogą okazać się trudne do skorygowania w wiarygodny sposób. W szczególności w sytuacjach, gdy kwoty wiążące się z korektami w zakresie porównywalności stanowią znaczącą część wynagrodzenia za dobro niematerialne, mogą zaistnieć powody, by stwierdzić, w zależności od konkretnych faktów, że kalkulacja korekty nie jest wiarygodna oraz że dobra niematerialne podlegające porównaniu w istocie nie są wystarczająco porównywalne, by mogły potwierdzać wiarygodność analizy cen transferowych. Jeżeli dokonanie wiarygodnych korekt w zakresie porównywalności nie jest możliwe, konieczne może okazać się dobranie metody cen transferowych w mniejszym stopniu zależnej od identyfikacji porównywalnych dóbr niematerialnych lub porównywalnych transakcji.

D.2.4. Wykorzystanie danych porównawczych pozyskanych z baz danych

6.130. Porównywalność oraz możliwość dokonania korekt w zakresie porównywalności mają szczególnie istotne znaczenie przy analizie potencjalnie porównywalnych dóbr niematerialnych i związanych z nimi stawek należności licencyjnych pozyskanych z komercyjnych baz danych lub własnych zestawień publicznie dostępnych umów licencyjnych lub podobnych umów. Zasady okre-

ślone w sekcji A.4.3.1 rozdziału III znajdują pełne zastosowanie przy ocenie użyteczności transakcji pozyskanych z takich źródeł. W szczególności należy oszacować, czy publicznie dostępne dane pozyskane z komercyjnych baz danych i własnych zestawień są na tyle szczegółowe, aby umożliwiały ocenę szczególnych właściwości dóbr niematerialnych, które mogą mieć znaczenie przy przeprowadzaniu analizy porównywalności. Dokonując oceny porównywalnych umów licencyjnych zidentyfikowanych w bazach danych, należy rozważyć szczególne fakty dotyczące danego przypadku, w tym stosowaną metodę, w kontekście postanowień pkt 3.38.

D.2.5. Dokonanie wyboru najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych w sprawach dotyczących przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych

6.131. Zasady określone w niniejszych Wytycznych w odniesieniu do dokonywania wyboru najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych w okolicznościach danego przypadku zostały omówione w pkt 2.1–2.11. Powyższe zasady znajdują pełne zastosowanie w przypadkach dotyczących przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Dokonując wyboru najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych w przypadku polegającym na przenoszeniu dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, należy zwrócić uwagę na: (i) charakter stosownych dóbr niematerialnych, (ii) trudności w identyfikacji porównywalnych transakcji niekontrolowanych i dóbr niematerialnych w wielu przypadkach, jeśli nie w większości z nich oraz (iii) trudności w zastosowaniu niektórych metod cen transferowych wskazanych w rozdziale II w przypadkach związanych z przenoszeniem dóbr niematerialnych. Kwestie omówione poniżej mają szczególnie istotne znaczenie przy dokonywaniu wyboru metod cen transferowych zgodnie z Wytycznymi.

6.132. Stosując zasady określone w pkt 2.1–2.11 w sprawach dotyczących przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, należy mieć na uwadze, że transakcje ustrukturyzowane w różny sposób mogą mieć podobne konsekwencje ekonomiczne. Na przykład świadczenie usługi z wykorzystaniem dóbr niematerialnych może mieć bardzo podobne konsekwencje ekonomiczne do transakcji polegającej na przenoszeniu dobra niematerialnego (lub przenoszeniu praw na dobrach niematerialnych), ponieważ w obu przypadkach może dochodzić do przekazania wartości dobra niematerialnego beneficjentowi. Stosownie do powyższego, dokonując wyboru najbardziej odpowiedniej metody w transakcji wiążącej się z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, należy rozważyć ekonomiczne konsekwencje danej transakcji, a nie jej uznaniową nazwę.

6.133. Niniejszy rozdział wyraźnie zaznacza, że w sprawach dotyczących przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych nie należy po prostu zakładać, że wszystkie zyski rezydualne, po przypisaniu ograniczonego zwrotu podmiotom wykonującym funkcje, koniecznie należy alokować na rzecz właściciela dóbr niematerialnych. Wybór najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych powinien opierać się na analizie funkcjonalnej umożliwiającej dokładne zrozumienie procesów globalnej działalności MNE oraz sposobu, w jaki przenoszone dobra niematerialne współdziałają z innymi funkcjami, aktywami i ryzykami, które składają się na globalną działalność. Analiza funkcjonalna powinna dokonać identyfikacji wszystkich czynników przyczyniających się do wytworzenia wartości, które mogą obejmować m.in. ponoszone ryzyka, szczególne cechy rynku, lokalizację, strategie gospodarcze i synergie w ramach grupy MNE. Wybrana metoda cen transferowych oraz wszelkie korekty dokonywane w ramach takiej metody w oparciu o analizę porównywalności powinny uwzględniać wszelkie stosowne czynniki wnoszące istotny wkład w tworzenie wartości, nie tylko dobra niematerialne i rutynowe funkcje.

6.134. Zasady przedstawione w pkt 2.11, 3.58 i 3.59 odnośnie do wykorzystania więcej niż jednej metody cen transferowych znajdują zastosowanie w sprawach dotyczących przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych.

6.135. Punkty 3.9–3.12 oraz 3.37 zawierają zalecenia w zakresie agregacji oddzielnych transakcji dla celów analizy cen transferowych. Wskazane zasady znajdują pełne zastosowanie w przypadkach związanych z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych i zostały uzupełnione zaleceniami przedstawionymi w sekcji C niniejszego rozdziału. Rzeczywiście często zdarza się, że dobra niematerialne podlegają przenoszeniu w zestawie z innymi dobrami niematerialnymi lub w połączeniu z transakcjami związanymi ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług. W takich sytuacjach może okazać się, że najbardziej wiarygodna analiza cen transferowych będzie wymagać zbadania powiązanych ze sobą transakcji w ujęciu zagregowanym, w celu zwiększenia wiarygodności analizy.

D.2.6. Uzupełniające zalecenia w zakresie metod cen transferowych w sprawach związanych z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych

6.136. W zależności od konkretnego stanu faktycznego, w sytuacji gdy transakcja polega na kontrolowanym przenoszeniu jednego lub więcej dóbr niematerialnych, najbardziej odpowiednią metodę cen transferowych w okolicznościach danego przypadku może stanowić dowolna z pięciu metod cen transferowych

zalecanych przez OECD, omówionych w rozdziale II. Wykorzystanie innych alternatywnych metod również może być właściwe.

6.137. Jeżeli analiza porównywalności pozwoli na zidentyfikowanie wiarygodnych informacji dotyczących porównywalnych transakcji niekontrolowanych, rynkową cenę dla przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych można określić na podstawie takich danych porównawczych po dokonaniu odpowiednich i wiarygodnych korekt w zakresie porównywalności.

6.138. Niemniej jednak w sprawach związanych z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych często zdarza się, że analiza porównywalności (w tym analiza funkcjonalna) wykazuje, że nie występują wiarygodne porównywalne transakcje niekontrolowane, które mogą posłużyć do określenia rynkowej ceny oraz innych warunków. Może mieć to miejsce, gdy dane dobra niematerialne posiadają unikalne cechy lub mają tak zasadnicze znaczenie, że są przenoszone wyłącznie między przedsiębiorstwami powiązanymi. Może to również wynikać z braku dostępnych danych o porównywalnych transakcjach bądź z innych przyczyn. Jednakże mimo braku wiarygodnych danych porównawczych ustalenie rynkowej ceny oraz innych warunków transakcji kontrolowanej jest zazwyczaj możliwe.

6.139. Jeżeli zidentyfikowanie informacji dotyczących wiarygodnych porównywalnych transakcji niekontrolowanych nie jest możliwe, zasada ceny rynkowej wymaga zastosowania innej metody do ustalenia ceny, jaką uzgodniłyby podmioty niekontrolowane w porównywalnych okolicznościach. Dokonując takich ustaleń, należy wziąć pod uwagę:

- funkcje, aktywa i ryzyka poszczególnych stron transakcji;
- przyczyny biznesowe przystąpienia do transakcji;
- perspektywy poszczególnych stron transakcji oraz opcje realistycznie im dostępne;
- przewagę konkurencyjną zapewnianą przez dobra niematerialne, zwłaszcza relatywną rentowność produktów i usług lub potencjalnych produktów i usług związanych z dobrami niematerialnymi;
- oczekiwane przyszłe korzyści ekonomiczne wynikające z transakcji;
- inne czynniki porównywalności, takie jak cechy rynków lokalnych, oszczędności lokalizacji, zorganizowana siła robocza i synergie w ramach grupy MNE.

6.140. Dokonując identyfikacji cen i innych warunków, jakie zostałyby uzgodnione między przedsiębiorstwami niezależnymi w porównywalnych okolicznościach, często należy starannie zidentyfikować wyjątkowe aspekty transakcji kontrolowanej, wynikające z relacji między stronami. Nie jest wymagane, by przedsiębiorstwa powiązane strukturyzowały swoje transakcje w dokładnie taki

sam sposób, jak mogłyby to zrobić przedsiębiorstwa niezależne. Jednakże jeżeli przedsiębiorstwa powiązane stosują struktury transakcyjne w sposób, który nie jest typowy dla transakcji między podmiotami niezależnymi, dokonując oszacowania zysków, jakie przypadłyby w udziale poszczególnym stronom w warunkach rynkowych, należy uwzględnić wpływ takich struktur na ceny i inne warunki, jakie zostałyby uzgodnione między podmiotami niekontrolowanymi w porównywalnych okolicznościach.

6.141. Należy zachować ostrożność przy stosowaniu niektórych metod cen transferowych zalecanych przez OECD w sprawach związanych z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Metody jednostronne, w tym metoda ceny odprzedaży i metoda MTN, na ogół nie stanowią wiarygodnych metod dla celów bezpośredniej wyceny dóbr niematerialnych. W niektórych okolicznościach takie mechanizmy można wykorzystać na potrzeby pośredniej wyceny dóbr niematerialnych, poprzez określenie wartości pewnych funkcji z zastosowaniem takich metod i ustalenie wartości rezydualnej w odniesieniu do dóbr niematerialnych. Jednakże, posługując się takim podejściem, należy mieć na uwadze zasady wskazane w pkt 6.133 oraz dołożyć starań, aby zapewnić, że wszystkie funkcje, ryzyka, aktywa i inne czynniki przyczyniające się do generowania dochodów zostały właściwie zidentyfikowane i poddane ocenie.

6.142. Wykorzystanie metod cen transferowych zmierzających do oszacowania wartości dóbr niematerialnych w oparciu o koszt rozwoju dóbr niematerialnych jest co do zasady niewskazane. Pomiędzy kosztem rozwoju dóbr niematerialnych po ich rozwinięciu a ich wartością lub ceną transferową rzadko występują jakiekolwiek korelacje. Stąd należy zazwyczaj unikać metod cen transferowych opierających się na koszcie rozwoju dóbr niematerialnych.

6.143. Jednakże w niektórych ograniczonych przypadkach można skorzystać z metod cen transferowych opierających się na szacunkowym koszcie odtworzenia lub zastąpienia dobra niematerialnego. Takie podejścia niekiedy znajdują uzasadnione zastosowanie w przypadku rozwoju dóbr niematerialnych wykorzystywanych na potrzeby wewnętrznej działalności biznesowej (np. wewnętrzne systemy oprogramowania), w szczególności gdy dane dobra niematerialne nie stanowią unikalnych i wartościowych dóbr niematerialnych. Natomiast w przypadku dóbr niematerialnych związanych z produktami sprzedawanymi na rynku metody wyceny oparte na koszcie odtworzenia mogą rodzić poważne problemy w zakresie porównywalności. Wiążą się one m.in. z koniecznością oszacowania efektu opóźnień czasowych związanych z opóźnionym rozwojem na wartość dóbr niematerialnych. Często możliwe jest osiągnięcie przewagi konkurencyjnej z racji pierwszeństwa na rynku, wynikającej z wczesnego wprowadzenia produktu na rynek. W rezultacie identyczny produkt (i związane z nim dobra niematerial-

ne) opracowany w przyszłości nie będzie tak wartościowy jak taki sam produkt (i związane z nim dobra niematerialne) dostępny obecnie. W takim przypadku szacowany koszt odtworzenia nie będzie stanowić zasadnego wyznacznika wartości dobra niematerialnego obecnie podlegającego przenoszeniu. Podobnie jeżeli dobro niematerialne podlega ochronie prawnej lub zapewnia wyłączność, wartość możliwości wyłączenia konkurencji z używania dobra niematerialnego na rynku nie znajdzie odzwierciedlenia w analizie opartej na koszcie odtworzenia. Wyceny opierające się na kosztach na ogół nie są wiarygodne przy ustalaniu rynkowej ceny za częściowo rozwinięte dobra niematerialne.

6.144. Postanowienia pkt 2.9A dotyczące wykorzystania tzw. reguły kciuka znajdują zastosowanie przy określaniu prawidłowej ceny transferowej we wszelkich transakcjach kontrolowanych, w tym w przypadkach polegających na wykorzystywaniu lub przenoszeniu dóbr niematerialnych. Stosownie do powyższego reguły kciuka nie można stosować do wykazania, że cena lub podział dochodów, w tym w szczególności podział dochodów między licencjodawcą a licencjobiorcą dóbr niematerialnych, odpowiada warunkom rynkowym.

6.145. Metodami cen transferowych, które najprawdopodobniej będą przydatne w sprawach dotyczących przenoszenia jednego dobra niematerialnego lub ich większej liczby, są metoda PCN i metoda podziału zysku transakcyjnego. Przydatnymi narzędziami mogą okazać się techniki wyceny. Poniżej przedstawiono uzupełniające zalecenia dotyczące metod cen transferowych najprawdopodobniej przydatnych w związku z przenoszeniem dóbr niematerialnych.

D.2.6.1. Zastosowanie metody PCN

6.146. Jeżeli możliwe jest zidentyfikowanie wiarygodnych porównywalnych transakcji niekontrolowanych, rynkowe warunki dotyczące przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych można określić za pomocą metody PCN. W przypadku wykorzystania metody PCN w transakcjach polegających na przenoszeniu dóbr niematerialnych, zastosowanie znajdują ogólne zasady przewidziane w pkt 2.13–2.20. Przy zastosowaniu metody PCN w związku z przenoszeniem dóbr niematerialnych szczególną uwagę należy zwrócić na porównywalność dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych podlegających przenoszeniu w transakcji kontrolowanej i w potencjalnych porównywalnych transakcjach niekontrolowanych. Należy rozważyć ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne lub czynniki porównywalności omówione w sekcji D.1 rozdziału I. Szczególne znaczenie przy ocenie porównywalności określonych dóbr niematerialnych podlegających przenoszeniu i dokonywaniu korekt w zakresie porównywalności, o ile będzie to możliwe, mają kwestie opisane w sekcjach D.2.1–D.2.4 niniejszego rozdziału. Należy mieć na uwadze, że w wielu

przypadkach związanych z dobrami niematerialnymi zidentyfikowanie wiarygodnych danych porównawczych może być utrudnione lub niemożliwe.

6.147. W niektórych sytuacjach dobra niematerialne nabyte przez grupę MNE od przedsiębiorstw niezależnych zostają przeniesione na rzecz członka grupy MNE w transakcji kontrolowanej bezpośrednio po dokonaniu ich nabycia. W takim przypadku cena uiszczona za nabyte dobra niematerialne często (po dokonaniu odpowiednich korekt, w tym korekt z tytułu nabytych aktywów niepodlegających dalszemu przenoszeniu) stanowi użyteczną daną porównawczą dla celów ustalenia ceny rynkowej dla transakcji kontrolowanej zgodnie z metodą PCN. W zależności od faktów i okoliczności, cena nabycia ustalona przez podmiot niezależny w takich sytuacjach będzie miała znaczenie przy określaniu rynkowych cen i innych warunków w odniesieniu do transakcji kontrolowanej, nawet jeżeli dobra niematerialne zostają nabyte pośrednio w ramach nabycia udziałów lub gdy cena uiszczona na rzecz podmiotu niezależnego za udziały lub aktywa jest wyższa od wartości księgowej nabytych aktywów. Zasady wskazane w niniejszym punkcie ilustrują przykłady od 23 do 26 przedstawione w aneksie do rozdziału VI.

D.2.6.2. Zastosowanie metod podziału zysku transakcyjnego[18]

6.148. W niektórych okolicznościach w celu określenia rynkowych warunków przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych, gdy zidentyfikowanie wiarygodnych porównywalnych transakcji niekontrolowanych dotyczących takiego przenoszenia nie jest możliwe, można skorzystać z metody podziału zysku transakcyjnego. Sekcja C rozdziału II zawiera zalecenia, które należy uwzględnić przy zastosowaniu metod podziału zysku transakcyjnego. Zalecenia te znajdują pełne zastosowanie w sprawach związanych z przenoszeniem dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Jednakże dokonując oceny wiarygodności metod podziału zysku transakcyjnego, należy w pełni rozważyć dostępność wiarygodnych i adekwatnych danych dotyczących łącznych zysków, odpowiednio alokowanych wydatków, jak również wiarygodność czynników, w oparciu o które dokonywany jest podział łącznych zysków.

6.149 Metody podziału zysku transakcyjnego mogą znaleźć zastosowanie w związku ze sprzedażą pełnych praw na dobrach niematerialnych. Podobnie jak w przypadku innych zastosowań metody podziału zysku transakcyjnego zasadniczym elementem analizy jest pełna analiza funkcjonalna badająca funkcje wykonywane, ryzyka ponoszone i aktywa zaangażowane przez poszczególne strony. W sytuacji gdy analiza podziału zysku transakcyjnego opiera się na prognozowanych przychodach i wydatkach, należy wziąć pod uwagę wątpliwości dotyczące poprawności takich prognoz omówione w sekcji D.2.6.4.1.

6.150. Niekiedy wskazuje się również, że analiza podziału zysku może zostać zastosowana w przypadku przenoszenia częściowo rozwiniętych dóbr niematerialnych. W ramach takiej analizy badaniu czasami podlega relatywna wartość wkładów wnoszonych w rozwój dóbr niematerialnych przed dokonaniem przeniesienia danych dóbr niematerialnych i po nim. Podejście w tym zakresie może obejmować podjęcie próby dokonania amortyzacji wkładu wnoszonego przez podmiot dokonujący przenoszenia w częściowo opracowane dobro niematerialne przez ustalony okres użyteczności takiego wkładu, przy założeniu braku dalszego rozwoju. Takie podejścia na ogół opierają się na prognozach dotyczących przepływów pieniężnych i korzyściach oczekiwanych w przyszłości po dokonaniu przeniesienia i założonym pomyślnym ukończeniu dalszych działań rozwojowych.

6.151. W odniesieniu do częściowo rozwiniętych dóbr niematerialnych należy zachować ostrożność przy stosowaniu metod podziału zysku w celu oszacowania wkładów wnoszonych przez strony w generowanie dochodów w latach następujących po przeniesieniu lub rynkowej alokacji przyszłych dochodów. Wkład lub wartość pracy wykonanej przed dokonaniem przenoszenia może nie mieć związku z kosztem takich prac. Na przykład związek chemiczny o wskazaniach farmaceutycznych mających znamiona tzw. blockbustera może zostać opracowany w laboratorium przy stosunkowo niskim koszcie. Dodatkowo w takiej analizie podziału zysku należy uwzględnić wiele różnych czynników, które trudno jest ocenić. Do takich czynników trzeba zaliczyć względną ryzykowność i wartość wkładów w postaci działalności badawczej wnoszonych przed dokonaniem przeniesienia i po nim, względne ryzyko i jego wpływ na wartość w przypadku innych działań rozwojowych przed dokonaniem przeniesienia i po nim, odpowiednią stawkę amortyzacji dla różnych wkładów wnoszonych w wartość dobra niematerialnego, założenia dotyczące możliwego terminu wprowadzenia potencjalnych nowych produktów oraz wartość wkładów w postaci innej niż dobra niematerialne wnoszonych w ostateczne generowanie zysków. W takich sytuacjach prognozy dochodów i przepływów pieniężnych mogą mieć charakter szczególnie niepewny. Omawiane czynniki mogą w połączeniu wzbudzać wątpliwości co do wiarygodności zastosowania analizy podziału zysku. Zob. sekcja D.4, dotycząca dóbr niematerialnych trudnych do wyceny.

6.152. Jeżeli przenoszeniu podlegają ograniczone prawa do w pełni rozwiniętych dóbr niematerialnych w ramach licencji lub podobnej transakcji, a zidentyfikowanie wiarygodnych porównywalnych transakcji niekontrolowanych nie jest możliwe, w celu dokonania oceny stosownych wkładów wnoszonych przez poszczególne strony w generowanie łącznych dochodów często można posłużyć się metodą podziału zysku transakcyjnego. W takich okolicznościach wkład wnoszony w zyski w oparciu o prawa na dobrach niematerialnych udostępnianych przez licencjodawcę lub inny podmiot dokonujący przenoszenia stanowi jeden z czynników

przyczyniających się do osiągania dochodów po dokonaniu przeniesienia. Jednakże należy uwzględnić również inne czynniki. W szczególności w takiej analizie należy wziąć pod uwagę funkcje wykonywane i ryzyka ponoszone przez licencjobiorcę/beneficjenta. Podobnie należy wziąć pod uwagę inne dobra niematerialne używane przez licencjodawcę/podmiot dokonujący przeniesienia oraz przez licencjobiorcę/beneficjenta w ramach prowadzonej przez nich działalności, a także inne istotne czynniki. W omawianej analizie należy zwrócić szczególną uwagę na ograniczenia nakładane warunkami transakcji na możliwość używania dóbr niematerialnych przez licencjobiorcę/beneficjenta oraz na prawa licencjobiorcy/beneficjenta do wykorzystywania dóbr niematerialnych na potrzeby bieżących badań i rozwoju. Ponadto istotne może okazać się dokonanie oszacowania wkładów wnoszonych przez licencjobiorcę w zwiększanie wartości licencjonowanych dóbr niematerialnych. Alokacja dochodów w ramach takiej analizy będzie zależeć od wniosków z analizy funkcjonalnej, w tym analizy istotnych ponoszonych ryzyk. Nie należy przy tym zakładać, że w ramach analizy podziału zysku związanego z umową licencji wszystkie zyski rezydualne po odliczeniu zwrotów za wykonywane funkcje koniecznie należy alokować na rzecz licencjodawcy/podmiotu dokonującego przenoszenia.

D.2.6.3. Korzystanie z technik wyceny

6.153. W sytuacjach gdy zidentyfikowanie wiarygodnych porównywalnych transakcji niekontrolowanych dotyczących przenoszenia dobra niematerialnego lub ich większej liczby nie jest możliwe, cenę rynkową dóbr niematerialnych podlegających przenoszeniu między przedsiębiorstwami powiązanymi można oszacować za pomocą technik wyceny. W szczególności wyjątkowo przydatne, gdy zostaną właściwie zastosowane, mogą okazać się techniki wyceny oparte na dochodach, zwłaszcza techniki wyceny polegające na kalkulacji zdyskontowanej wartości prognozowanych przyszłych strumieni dochodów lub przepływów pieniężnych osiąganych w wyniku wykorzystywania dobra niematerialnego podlegającego wycenie. W zależności od faktów i okoliczności techniki wyceny mogą być stosowane przez podatników i administracje podatkowe jako element jednej z pięciu metod cen transferowych zalecanych przez OECD, omówionych w rozdziale II, lub jako narzędzie, które może zostać przydatnie zastosowane na potrzeby identyfikacji ceny rynkowej.

6.154. W przypadku wykorzystania technik wyceny w analizie cen transferowych dotyczącej przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych należy stosować te techniki w sposób zgodny z zasadą ceny rynkowej oraz zasadami wyrażonymi w niniejszych Wytycznych. W szczególności należytą uwagę należy poświęcić regułom zawartym w rozdziałach I–III. Zasady dotyczące realistycznie dostępnych opcji, ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych, w tym ponoszenia ryzyka (zob. sekcja D.1 rozdziału I) oraz agregacji transak-

cji (zob. pkt 3.9–3.12), znajdują pełne zastosowanie w sytuacjach, gdy w ramach analizy cen transferowych wykorzystywane są techniki wyceny. Ponadto przy ustalaniu, kiedy takie techniki należy wykorzystać, zastosowanie znajdują zasady przewidziane w niniejszych Wytycznych dotyczące dokonywania wyboru metod cen transferowych (zob. pkt 2.1–2.11). Reguły określone w sekcjach A, B, C i D.1 niniejszego rozdziału stosuje się również, gdy rozważane jest wykorzystanie technik wyceny.

6.155. Konieczne jest rozważenie założeń i innych uzasadnień leżących u podstaw poszczególnych zastosowań technik wyceny. Dla uzasadnionych celów rachunkowych niektóre założenia dotyczące wyceny mogą niekiedy odzwierciedlać konserwatywne założenia i szacunki odnośnie do wartości aktywów ujętych w bilansie spółki. Takie konserwatywne podejście może prowadzić do zbyt wąskich definicji dla celów cen transferowych i do podejścia do wyceny niekoniecznie zgodnego z zasadą ceny rynkowej. Należy zatem zachować ostrożność przy uznawaniu wycen dokonanych dla celów rachunkowych jako bezwzględnie odzwierciedlających ceny lub wartości rynkowe na potrzeby cen transferowych, bez przeprowadzenia dogłębnego badania przyjętych założeń. W szczególności wyceny dóbr niematerialnych poprzez alokację ceny nabycia, przeprowadzane dla celów rachunkowych, nie są decydujące dla celów cen transferowych i należy je stosować w analizie cen transferowych z zachowaniem ostrożności oraz przy starannym zbadaniu przyjętych założeń.

6.156. Celem niniejszych Wytycznych nie jest przedstawienie kompleksowego podsumowania technik wyceny wykorzystywanych przez profesjonalistów w tym zakresie. Podobnie celem niniejszych Wytycznych nie jest potwierdzenie lub odrzucenie jednego lub więcej standardów wyceny wykorzystywanych przez profesjonalistów lub specjalistów w dziedzinie rachunkowości lub szczegółowe omówienie lub wyraźne potwierdzenie jednej lub więcej konkretnych technik lub metod wyceny jako szczególnie odpowiednich do stosowania w analizie cen transferowych. Jednakże jeżeli techniki wyceny zostaną zastosowane w sposób należycie uwzględniający niniejsze Wytyczne, szczególny stan faktyczny dotyczący danego przypadku, solidne zasady i praktyki wyceny wraz z odpowiednim rozważeniem zasadności założeń przyjętych przy wycenie i zgodności takich założeń z zasadą ceny rynkowej, takie techniki mogą stanowić przydatne narzędzia w analizie cen transferowych, gdy wiarygodne porównywalne transakcje niekontrolowane nie są dostępne. Niemniej jednak zob. pkt 6.142 i 6.143, zawierające omówienie wiarygodności i zastosowania technik wyceny opierających się na kosztach rozwojowych dóbr niematerialnych.

6.157. Techniki wyceny polegające na oszacowaniu zdyskontowanej wartości prognozowanych przyszłych przepływów pieniężnych wynikających z wykorzy-

stywania przeniesionego dobra niematerialnego lub dóbr niematerialnych mogą okazać się szczególnie przydatne, jeżeli zostaną prawidłowo zastosowane. Istnieje wiele wariantów takich technik wyceny. Ogólnie rzecz ujmując, omawiane techniki wyceniają wartość dobra niematerialnego w oparciu o szacowaną wartość przyszłych przepływów pieniężnych, jakie takie dobro niematerialne może wygenerować w pozostałym oczekiwanym okresie jego użyteczności. Wartość tę można obliczyć poprzez zdyskontowanie oczekiwanych przyszłych przepływów pieniężnych do wartości bieżącej[19]. W ramach takiego podejścia wycena wymaga m.in. określenia realistycznych i wiarygodnych prognoz finansowych, stopy wzrostu, stopy dyskontowej, okresu użyteczności dobra niematerialnego oraz podatkowego wpływu na transakcję. Ponadto w stosownych przypadkach wycena wymaga uwzględnienia wartości rezydualnych. W zależności od faktów i okoliczności indywidualnego przypadku, ustalając cenę rynkową, kalkulację zdyskontowanej wartości prognozowanych przepływów pieniężnych wynikających z wykorzystywania dobra niematerialnego należy przeprowadzić z perspektywy obu stron transakcji. Cena rynkowa będzie mieścić się w przedziale wartości bieżących wycenionych z perspektywy podmiotu dokonującego przenoszenia oraz beneficjenta. Postanowienia niniejszej sekcji zostały zilustrowane przykładami 27–29 zamieszczonymi w aneksie do rozdziału VI.

D.2.6.4. Obszary wymagające szczególnej uwagi przy stosowaniu metod opartych na zdyskontowanej wartości prognozowanych przepływów pieniężnych

6.158. Stosując techniki wyceny, w tym techniki wyceny opierające się na prognozowanych przepływach pieniężnych, należy mieć na uwadze, że szacunki wartości wynikające z zastosowania takich technik mogą być zmienne. Niewielkie zmiany w takim czy innym założeniu przyjętym w modelu wyceny lub jednym parametrze wyceny bądź ich większej liczbie mogą prowadzić do znaczących różnic w wartości dobra niematerialnego określonej za pomocą danego modelu. Nieznaczna zmiana procentowa stopy dyskontowej, nieznaczna zmiana procentowa stopy wzrostu przyjętej przy sporządzaniu prognoz finansowych lub drobna zmiana w założeniach dotyczących okresu użyteczności dobra niematerialnego mogą mieć znaczący wpływ na ostateczną wycenę. Co więcej, tę zmienność często nasilają zmiany wprowadzane równocześnie do dwóch lub więcej założeń lub parametrów wyceny.

6.159. Wiarygodność wartości dobra niematerialnego określonej z zastosowaniem danego modelu wyceny jest szczególnie wrażliwa na wiarygodność przyjętych założeń i szacunków, jak również zależy od zachowania należytej staranności i dokonania właściwej oceny przy potwierdzaniu założeń oraz przy szacowaniu parametrów wyceny.

6.160. Ze względu na znaczenie przyjętych założeń i parametrów wyceny podatnicy i administracje podatkowe korzystający z technik wyceny dla ustalenia rynkowych cen w odniesieniu do dóbr niematerialnych podlegających przenoszeniu powinni wyraźnie określić poszczególne istotne założenia przyjęte przy opracowywaniu modelu wyceny, przedstawić podstawę dokonywania wyboru parametrów wyceny, a także powinni być gotowi uzasadnić słuszność takich założeń i parametrów wyceny. Co więcej, dobrą praktyką dla podatników polegających na technikach wyceny jest przedstawienie w dokumentacji cen transferowych analizy wrażliwości wskazującej zmiany zachodzące w szacunkowej wartości dobra niematerialnego określonej za pomocą modelu będącego następstwem przyjęcia innych założeń i parametrów.

6.161. W trakcie oceny wiarygodności modelu wyceny istotne może okazać się rozważenie celów, dla jakich przeprowadzono wycenę, oraz zbadanie założeń i parametrów wyceny w innych wycenach dokonanych przez podatnika dla celów niezwiązanych z podatkami. Administracje podatkowe mogą zasadnie żądać przedstawienia wyjaśnień odnośnie do wszelkich niespójności między założeniami przyjętymi w wycenie dobra niematerialnego dla celów cen transferowych i w wycenach dla innych celów. Przykładowo takie żądanie będzie uzasadnione, jeżeli w analizie cen transferowych zostaną przyjęte wysokie stopy dyskontowe, podczas gdy spółka zazwyczaj posługuje się niższymi stopami dyskontowymi przy ocenie potencjalnych fuzji i przejęć. Takie żądanie będzie również uzasadnione w przypadku twierdzenia, że określone dobra niematerialne charakteryzują się krótkim okresem użyteczności, a prognozy zastosowane w innych obszarach planowania biznesowego wskazują, że powiązane dobra niematerialne generują przepływy pieniężne w latach wykraczających poza „okres użyteczności" przyjęty dla celów cen transferowych. Wyceny wykorzystywane przez grupę MNE na potrzeby podjęcia operacyjnych decyzji biznesowych mogą być bardziej wiarygodne niż te przygotowane wyłącznie dla celów analizy cen transferowych.

6.162. Kolejne sekcje przedstawiają pewne szczególne kwestie, które należy mieć na uwadze przy dokonywaniu oceny określonych istotnych założeń przyjętych w kalkulacjach w ramach modelu wyceny opierającego się na zdyskontowanych przepływach pieniężnych. Przedmiotowe kwestie mają znaczenie w ocenie wiarygodności określonego sposobu stosowania techniki wyceny. Bez względu na poszczególne zagadnienia wskazane powyżej i omówione bardziej szczegółowo w kolejnych punktach, w zależności od okoliczności zastosowanie takiej techniki wyceny jako jednej z pięciu metod cen transferowych zalecanych przez OECD lub jako przydatne narzędzie może okazać się bardziej wiarygodne niż zastosowanie jakiejkolwiek innej metody cen transferowych, zwłaszcza gdy nie występują wiarygodne porównywalne transakcje niekontrolowane.

D.2.6.4.1. Prawidłowość prognoz finansowych

6.163. Wiarygodność wyceny przenoszonego dobra niematerialnego z zastosowaniem technik wyceny opartych na zdyskontowanych przepływach pieniężnych zależy od prawidłowości prognoz przyszłych przepływów pieniężnych lub dochodów, na podstawie których jest przeprowadzana wycena. Jednakże ponieważ prawidłowość prognoz finansowych zależy od zmian, jakie zajdą na rynku, które są nieznane i niemożliwe do poznania w chwili dokonywania wyceny, i w tym zakresie takie prognozy mają charakter niepewny, istotne jest, aby podatnicy i administracje podatkowe uważnie zbadali założenia dotyczące zarówno przyszłych przychodów, jak i przyszłych wydatków.

6.164. Przy dokonywaniu oceny prognoz finansowych szczególnie ważne mogą być źródło oraz cel prognozy. W niektórych przypadkach podatnicy regularnie sporządzają prognozy finansowe na potrzeby planowania biznesowego. Zdarza się, że takie analizy zostają wykorzystane przez kadrę zarządzającą przedsiębiorstwa przy podejmowaniu decyzji biznesowych i inwestycyjnych. Prognozy przygotowywane dla celów planowania biznesowego niezwiązanego z podatkami są zwykle bardziej wiarygodne niż prognozy opracowywane wyłącznie dla celów podatkowych lub wyłącznie na potrzeby analizy cen transferowych.

6.165. Przy dokonywaniu oceny wiarygodności prognoz należy również uwzględnić okres objęty prognozą. Im dłużej w przyszłości dobro niematerialne może według oczekiwań generować dodatnie przepływy pieniężne, tym mniej wiarygodne mogą okazać się prognozy dochodów i wydatków.

6.166. Kolejny aspekt oceny wiarygodności prognoz dotyczy tego, czy dobra niematerialne oraz produkty i usługi z nimi związane wykazują ugruntowaną historię wyników finansowych. Przyjmując założenie, że wcześniejsze wyniki stanowią wiarygodną wskazówkę na przyszłość, należy zawsze zachować ostrożność, ponieważ wiele czynników ulega zmianie. Niemniej jednak wyniki operacyjne osiągane w przeszłości mogą stanowić użyteczną wskazówkę odnośnie do prawdopodobnych przyszłych wyników związanych z produktami lub usługami opierającymi się na dobrach niematerialnych. Prognozy dotyczące produktów lub usług, które nie zostały jeszcze wprowadzone na rynek lub które wciąż znajdują się w fazie rozwoju, są z natury mniej wiarygodne niż te oparte na historycznych wynikach.

6.167. Przy podejmowaniu decyzji o ewentualnym uwzględnieniu kosztów rozwoju w prognozach dotyczących przepływów pieniężnych należy wziąć pod uwagę charakter dobra niematerialnego podlegającego przenoszeniu. Niektóre dobra niematerialne mogą charakteryzować się nieokreślonym okresem użyteczności

i mogą być stale rozwijane. W takich sytuacjach uwzględnienie przyszłych kosztów rozwoju w prognozach przepływów pieniężnych jest właściwe. Inne dobra niematerialne, np. określony patent, mogą być już w pełni rozwinięte, a ponadto mogą nie być wykorzystywane jako podstawa do rozwoju innych dóbr niematerialnych. W takich sytuacjach koszty rozwoju nie powinny być uwzględniane w prognozach przepływów pieniężnych dotyczących przenoszonych dóbr niematerialnych.

6.168. Jeżeli z powodów wskazanych powyżej lub z jakichkolwiek innych przyczyn istnieje podstawa, by sądzić, że prognozy ujęte w wycenie są niewiarygodne lub niepewne, należy zwrócić uwagę na zalecenia zawarte w sekcjach D.3 i D.4.

D.2.6.4.2. Założenia dotyczące stopy wzrostu

6.169. Kluczowym elementem niektórych prognoz przepływów pieniężnych, który należy objąć dokładnym badaniem, jest prognozowana stopa wzrostu. Prognozy przyszłych przepływów pieniężnych często opierają się na bieżących przepływach pieniężnych (lub zakładanych początkowych przepływach pieniężnych po wprowadzeniu produktu, w przypadku częściowo rozwiniętych dóbr niematerialnych), które są ekstrapolowane z zastosowaniem procentowej stopy wzrostu. W takich przypadkach należy rozważyć podstawę przyjętej stopy wzrostu. W szczególności przychody uzyskiwane z określonego produktu zazwyczaj nie rosną w stabilnym tempie przez długi okres. Należy zatem zachować ostrożność, by nie przyjąć zbyt pochopnie uproszczonych modeli opartych na liniowych stopach wzrostu, które nie znajdują uzasadnienia w świetle doświadczeń z podobnymi produktami i na podobnych rynkach lub racjonalnej oceny prawdopodobnych przyszłych warunków rynkowych. Zasadniczo oczekuje się, że wiarygodne zastosowanie techniki wyceny opierającej się na prognozowanych przyszłych przepływach pieniężnych uwzględnia badanie prawdopodobnego modelu wzrostu przychodów i wydatków na podstawie doświadczeń branżowych i doświadczenia spółki odnośnie do podobnych produktów.

D.2.6.4.3. Stopy dyskontowe

6.170. Stopa lub stopy dyskontowe stosowane do przeliczenia strumienia prognozowanych przepływów pieniężnych do wartości bieżącej stanowią kluczowy element modelu wyceny. Stopa dyskontowa bierze pod uwagę wartość pieniądza w czasie oraz ryzyko lub niepewność przewidywanych przepływów pieniężnych. Ponieważ drobne zmiany w przyjętych stopach dyskontowych mogą wygenerować znaczące różnice w wartości dóbr niematerialnych obliczanej z zastosowaniem takich technik, podatnicy i administracje podatkowe powinni poświęcić szczególną uwagę przeprowadzanej analizie oraz założeniom przyjętym przy dokonywaniu wyboru stopy lub stóp dyskontowych zastosowanych w modelu wyceny.

6.171. Nie istnieje jedna uniwersalna miara stopy dyskontowej uznawana za właściwą dla celów cen transferowych we wszystkich przypadkach. Podatnicy i administracje podatkowe nie powinni zakładać, że stopa dyskontowa bazująca na średnim ważonym koszcie kapitału (WACC) lub jakikolwiek inny wskaźnik zawsze znajduje zastosowanie w analizach cen transferowych, gdy określenie odpowiednich stóp dyskontowych ma istotne znaczenie. Zamiast tego, określając odpowiednią stopę dyskontową, należy dokonać oceny konkretnych warunków i ryzyk związanych ze stanem faktycznym danego przypadku oraz odpowiednich przepływów pieniężnych.

6.172. Przy ustalaniu i szacowaniu stóp dyskontowych należy mieć na uwadze, że w niektórych przypadkach, zwłaszcza tych związanych z wyceną dóbr niematerialnych wciąż znajdujących się w fazie rozwoju, dobra niematerialne mogą stanowić jeden z najbardziej ryzykownych elementów składowych działalności podatnika. Należy przy tym pamiętać, że niektóre rodzaje działalności są z natury bardziej ryzykowne niż inne, a niektóre strumienie przepływów pieniężnych są z natury bardziej zmienne niż inne. Przykładowo prawdopodobieństwo, że wydatki na badania i rozwój zostaną dokonane w prognozowanej wysokości, może być wyższe niż prawdopodobieństwo, że ostatecznie zostanie wygenerowany prognozowany poziom przychodów. Stopa lub stopy dyskontowe powinny odzwierciedlać poziom ryzyka związanego z działalnością ogółem i oczekiwaną zmienność różnych prognozowanych przepływów pieniężnych w okolicznościach każdego indywidualnego przypadku.

6.173. Ponieważ określone ryzyka mogą zostać uwzględnione przy obliczaniu prognoz finansowych lub w kalkulacji stopy dyskontowej, należy dołożyć starań, aby uniknąć podwójnego zdyskontowania ryzyka.

D.2.6.4.4. Okres użyteczności dóbr niematerialnych i wartość rezydualna

6.174. Techniki wyceny często opierają się na prognozach przepływów pieniężnych wynikających z wykorzystywania dobra niematerialnego w okresie użyteczności tego dobra. W takich okolicznościach ustalenie rzeczywistego okresu użyteczności dobra niematerialnego stanowi jedno z krytycznych założeń modelu wyceny.

6.175. Prognozowany okres użyteczności poszczególnych dóbr niematerialnych ustala się na podstawie wszystkich istotnych faktów i okoliczności. Na okres użyteczności określonego dobra niematerialnego wpływ mogą mieć charakter i okres ochrony prawnej przyznanej danemu dobru niematerialnemu. Co więcej, na okres użyteczności dóbr niematerialnych mogą wpływać tempo zmian techno-

logicznych zachodzących w branży, jak również inne czynniki mające wpływ na konkurencję w danym środowisku gospodarczym. Zob. pkt 6.121 i 6.122.

6.176. W niektórych okolicznościach dane dobra niematerialne mogą przyczyniać się do generowania przepływów pieniężnych w latach następujących po wygaśnięciu ochrony prawnej lub gdy produkty, z którymi są one konkretnie związane, przestaną być rozprowadzane. Może to dotyczyć sytuacji, w której dana generacja dóbr niematerialnych stanowi podstawę do rozwoju przyszłych generacji dóbr niematerialnych i nowych produktów. Może też zdarzyć się, że część ciągłych przepływów pieniężnych z przewidywanych nowych produktów powinna zostać odpowiednio przypisana do dóbr niematerialnych, które wcześniej wygasły, o ile takie późniejsze efekty wystąpią. Należy przy tym mieć na uwadze, że jakkolwiek niektóre dobra niematerialne mogą charakteryzować się nieokreślonym okresem użyteczności w chwili dokonywania wyceny, nie oznacza to, że należy im przypisywać nierutynowe zwroty w nieskończoność.

6.177. W tym zakresie, jeżeli określone dobra niematerialne przyczyniają się do generowania ciągłych przepływów pieniężnych przez okres dłuższy niż okres objęty rozsądną prognozą finansową, niekiedy zdarza się, że dla przepływów pieniężnych związanych z dobrem niematerialnym zostaje obliczona wartość rezydualna. W przypadku gdy w kalkulacjach wyceny zostają wykorzystane wartości rezydualne, należy wyraźnie określić i szczegółowo zbadać założenia przyjęte do ich obliczenia, w szczególności przyjęte stopy wzrostu.

D.2.6.4.5. Założenia dotyczące podatków

6.178. Jeżeli celem techniki wyceny jest wyodrębnienie prognozowanych przepływów pieniężnych związanych z dobrem niematerialnym, konieczne może okazać się dokonanie oceny i skwantyfikowanie wpływu prognozowanego przyszłego podatku dochodowego na prognozowane przepływy pieniężne. Wpływ podatkowy, który należy rozważyć, obejmuje: (i) podatki, które według przewidywań zostaną nałożone na przyszłe przepływy pieniężne, (ii) ewentualne korzyści podatkowe z amortyzacji, które według przewidywań będą dostępne beneficjentowi, oraz (iii) ewentualne podatki, które według przewidywań zostaną nałożone na podmiot dokonujący przenoszenia w związku z przeniesieniem.

D.2.7. Forma zapłaty

6.179. Podatnicy mają znaczną swobodę przy określaniu formy zapłaty za dobra niematerialne podlegające przenoszeniu. W transakcjach między podmiotami niezależnymi płatności za dobra niematerialne często przyjmują formę jednorazowej kwoty ryczałtowej. Często spotyka się również opłaty za dobra niematerialne w formie

okresowych płatności dokonywanych w czasie. Ustalenia wiążące się z okresowymi płatnościami można ustrukturyzować jako szereg płatności ratalnych o stałej kwocie lub w postaci płatności warunkowych, gdzie wysokość opłaty zależy od poziomu sprzedaży produktów opartych na dobrach niematerialnych, od rentowności lub od innego czynnika. Dokonując oceny umów zawartych przez podatnika w odniesieniu do formy zapłaty, należy stosować zasady przewidziane w sekcji D.1.1 rozdziału I.

6.180. Przy dokonywaniu oceny postanowień umów zawartych przez podatnika dotyczących formy zapłaty należy mieć na uwadze, że niektóre formy zapłaty niosą ze sobą większe lub mniejsze ryzyko dla jednej ze stron. Przykładowo forma zapłaty zależna od przyszłej sprzedaży lub zysku na ogół będzie wiązała się z większym ryzykiem dla podmiotu dokonującego przenoszenia niż forma zapłaty obejmująca jednorazową kwotę ryczałtową w chwili dokonania przeniesienia lub szereg opłat ratalnych w stałej kwocie, ze względu na występowanie warunkowości. Wybrana forma zapłaty musi być zgodna z faktami i okolicznościami danego przypadku, w tym z pisemnymi umowami, rzeczywistym postępowaniem stron oraz ze zdolnością stron do ponoszenia istotnych ryzyk związanych z płatnościami i do zarządzania takimi ryzykami. W szczególności kwota ustalonych płatności powinna odzwierciedlać stosowną wartość pieniądza w czasie i profil ryzyka wybranej formy zapłaty. Na przykład jeżeli zostanie zastosowana technika wyceny, w ramach której zostanie określona zryczałtowana wartość bieżąca dobra niematerialnego podlegającego przenoszeniu oraz jeżeli podatnik przyjmie formę płatności zależną od przyszłej sprzedaży, wówczas stopa dyskontowa wykorzystana do przeliczenia wyceny w kwocie ryczałtowej na strumień płatności warunkowych przez okres użyteczności dobra niematerialnego powinna odzwierciedlać wyższe ryzyko dla podmiotu dokonującego przenoszenia związane z tym, że sprzedaż może nie zostać zrealizowana, a w związku z tym płatności nie zostaną uzyskane, jak również konsekwencje w zakresie wartości pieniądza w czasie wynikające z odroczenia płatności na przyszłe lata.

D.3. Ustalenie rynkowej ceny transakcji dotyczących dóbr niematerialnych, których wycena jest wysoce niepewna w chwili dokonywania transakcji

6.181. Dobra niematerialne lub prawa na dobrach niematerialnych mogą wykazywać szczególne cechy, które mogą skomplikować wyszukiwanie danych porównawczych, a w niektórych przypadkach utrudnić określenie wartości dobra niematerialnego w momencie dokonywania transakcji. W przypadku gdy wycena dobra niematerialnego lub praw na dobrach niematerialnych w momencie dokonywania transakcji jest wysoce niepewna, wówczas powstaje pytanie, jak należy ustalić cenę zgodną z zasadą rynkową. Zarówno podatnicy, jak i administracje podatkowe powinni rozstrzygnąć tę kwestię, ustalając, jakie podejście przyjęłyby

niezależne przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach w celu ujęcia w cenie transakcji niepewności co do wyceny. W tym zakresie zastosowanie znajdują zalecenia i rekomendowany proces wskazane w sekcji D rozdziału I oraz zasady określone w rozdziale III, uzupełnione zaleceniami zawartymi w niniejszym rozdziale, dotyczącymi przeprowadzania analizy porównywalności.

6.182. W zależności od faktów i okoliczności istnieją różne mechanizmy, jakie przedsiębiorstwa niezależne mogą zastosować w celu uwzględnienia wysokiej niepewności co do wyceny dobra niematerialnego w chwili dokonywania transakcji. Przykładowo, jedna z możliwości przewiduje ustalenie ceny na początku transakcji w oparciu o oczekiwane korzyści (biorąc pod uwagę wszystkie istotne czynniki ekonomiczne). Przy określaniu oczekiwanych korzyści niezależne przedsiębiorstwa uwzględniłyby stopień, w jakim przyszłe zdarzenia są przewidywalne i dające się prognozować. W niektórych przypadkach przedsiębiorstwa niezależne mogą stwierdzić, że późniejsze zdarzenia są wystarczająco przewidywalne, w związku z czym prognozy oczekiwanych korzyści są wystarczająco wiarygodne, by możliwe było ustalenie ceny transakcji na jej początku, w oparciu o takie prognozy.

6.183. W innych przypadkach przedsiębiorstwa niezależne mogą stwierdzić, że ustalenie ceny wyłącznie w oparciu o oczekiwane korzyści nie zapewnia odpowiedniego zabezpieczenia przed ryzykami wynikającymi z wysokiej niepewności co do wyceny dobra niematerialnego. W takich przypadkach przedsiębiorstwa niezależne mogą np. zawrzeć umowy na krótszy okres, włączyć do warunków umowy klauzule dotyczące korekt cenowych lub przyjąć strukturę zapłaty obejmującą płatności warunkowe w celu zabezpieczenia się przed późniejszymi zdarzeniami, które mogą nie być wystarczająco przewidywalne. Pod tym względem ustalenia w zakresie płatności warunkowych stanowią wszelkie ustalenia cenowe, w ramach których wysokość lub termin płatności zależy od zdarzeń warunkowych, w tym od osiągnięcia ustalonych wcześniej progów finansowych, takich jak sprzedaż lub zyski, albo ustalonych wcześniej etapów rozwoju (np. należności licencyjne lub okresowe płatności od etapów przedsięwzięcia). Na przykład stawka należności licencyjnych może wzrastać wraz ze wzrostem sprzedaży licencjobiorcy lub można ustalić dodatkowe płatności w chwili skutecznego osiągnięcia określonych celów rozwojowych. W przypadku przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych na etapie, gdy nie są one gotowe do komercjalizacji, lecz wymagają dalszego rozwoju, warunki zapłaty przyjęte przez podmioty niezależne w chwili dokonywania pierwotnego przenoszenia mogą obejmować określenie dodatkowych kwot warunkowych, które staną się należne wyłącznie w chwili osiągnięcia wyznaczonych etapów ich dalszego rozwoju.

6.184. Ponadto przedsiębiorstwa niezależne mogą zdecydować się na ponoszenie ryzyka wystąpienia nieprzewidywalnych późniejszych zdarzeń. Jednakże

wystąpienie istotnych okoliczności lub zdarzeń nieprzewidzianych przez strony w momencie dokonywania transakcji lub wystąpienie przewidzianych okoliczności lub zdarzeń uznanych za wiążące się z niskim ryzykiem wystąpienia, które jednakże zmienią fundamentalne założenia, w oparciu o które została ustalona cena, może prowadzić do renegocjacji ustaleń cenowych w drodze porozumienia stron, jeżeli będzie to korzystne dla obu stron. Przykładowo renegocjacja może być zgodna z zasadą ceny rynkowej, jeżeli okaże się, że stawka należności licencyjnych oparta na sprzedaży opatentowanego leku jest zbyt wygórowana ze względu na nieoczekiwane opracowanie niedrogiej terapii alternatywnej. Zbyt wygórowana cena może pozbawić licencjobiorcę motywacji do prowadzenia produkcji lub sprzedaży leku, w związku z czym licencjobiorca będzie zainteresowany renegocjacją umowy. Może okazać się, że w interesie licencjodawcy będzie utrzymanie leku na rynku i współpracy z tym samym licencjobiorcą w zakresie produkcji lub sprzedaży leku, z uwagi na umiejętności i specjalistyczną wiedzę licencjobiorcy lub długoterminowe stosunki współpracy między tymi podmiotami. W takich okolicznościach obie strony mogą chcieć renegocjować całość lub część umowy dla obopólnej korzyści i wyznaczyć niższą stawkę należności licencyjnych. W każdym przypadku to, czy renegocjacje zostałyby podjęte, zależy od wszystkich faktów i okoliczności danego przypadku.

6.185. Jeżeli niezależne przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach uzgodniłyby włączenie mechanizmu uwzględniającego wysoką niepewność odnośnie do wyceny danego dobra niematerialnego (np. klauzulę korekty cenowej), należy umożliwić administracjom podatkowym ustalanie cen transakcji związanej z dobrem niematerialnym lub prawami na dobrach niematerialnych w oparciu o taki mechanizm. Podobnie jeżeli przedsiębiorstwa niezależne w porównywalnych okolicznościach uznałyby późniejsze zdarzenia za na tyle istotne, że ich wystąpienie prowadziłoby do przyszłej renegocjacji ceny transakcji, takie zdarzenia również powinny prowadzić do modyfikacji ceny transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi.

D.4. Dobra niematerialne trudne do wyceny (HTVI)

6.186. Administracja podatkowa może mieć trudności z ustaleniem lub zweryfikowaniem tego, jakie zdarzenia lub okoliczności można uznać za istotne dla ustalenia ceny w transakcji polegającej na przenoszeniu dobra niematerialnego lub praw na dobrach niematerialnych, oraz zakresu, w jakim wystąpienie takich zdarzeń lub okoliczności czy kierunku, w jakim będą one zmierzać, mogło w uzasadniony sposób zostać przewidziane lub być możliwe do przewidzenia w momencie zawarcia transakcji. Okoliczności lub zdarzenia, które mogą mieć znaczenie dla wyceny dobra niematerialnego, są w większości przypadków ściśle związane ze środowiskiem biznesowym, w którym dobro niematerialne jest rozwijane i wykorzystywane. W związku z powyższym ocena tego, które okoliczności lub zdarzenia są istotne,

oraz tego, czy wystąpienie i kierunek rozwoju takich okoliczności i zdarzeń mogły w uzasadniony sposób zostać przewidziane lub były możliwe do przewidzenia, wymaga posiadania specjalistycznej i fachowej wiedzy oraz znajomości środowiska biznesowego, w którym dobro niematerialne jest rozwijane lub wykorzystywane. Ponadto ostrożna ocena, która jest dokonywana przy wycenie przenoszenia dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych w transakcji niekontrolowanej, może nie być uznana przez grupę MNE za konieczną lub użyteczną dla celów innych niż związane z cenami transferowymi w przypadku, gdy przenoszenie jest dokonywane w ramach grupy i w rezultacie taka ocena może nie być kompleksowa. Na przykład przedsiębiorstwo może dokonać przeniesienia dóbr niematerialnych na rzecz przedsiębiorstwa powiązanego na wczesnym etapie ich rozwoju, wyznaczyć stawkę należności licencyjnych, która nie odzwierciedla wartości dobra niematerialnego w momencie dokonywania przenoszenia, i następnie przyjąć stanowisko, że w momencie dokonywania przenoszenia późniejszy sukces produktu nie był możliwy do przewidzenia z całą pewnością. Podatnik może zatem twierdzić, że różnicę pomiędzy wartością *ex ante* i *ex post* dobra niematerialnego należy przypisać wystąpieniu bardziej korzystnych zdarzeń, niż były oczekiwane. W takich sytuacjach z ogólnych doświadczeń administracji wynika, że mogą one nie posiadać szczególnej wiedzy biznesowej lub dostępu do informacji umożliwiających zbadanie stanowiska podatnika i wykazania, że różnica pomiędzy wartością *ex ante* i *ex post* dobra niematerialnego wynika z założeń cenowych przyjętych przez podatnika, które nie były zgodne z zasadą ceny rynkowej. Administracje podatkowe zamierzające zbadać stanowisko podatnika są w dużym stopniu uzależnione od wiedzy i informacji udostępnianych przez podatnika. Takie sytuacje związane z asymetrią informacji pomiędzy podatnikami a administracjami podatkowymi mogą rodzić ryzyko w zakresie cen transferowych. Zob. pkt 6.191.

6.187. W sytuacjach wiążących się z przenoszeniem dobra niematerialnego lub praw na dobrach niematerialnych wyniki *ex post* mogą stanowić dla administracji podatkowych wskazówkę odnośnie do rynkowego charakteru ustaleń cenowych *ex ante* uzgodnionych przez przedsiębiorstwa powiązane oraz występowania niepewności w momencie dokonywania transakcji. Jeżeli pomiędzy prognozami *ex ante* a wynikami *ex post* zachodzą różnice, które nie wynikają z nieprzewidywalnych zdarzeń lub okoliczności, to takie różnice mogą wskazywać, że ustalenia cenowe uzgodnione przez przedsiębiorstwa powiązane w momencie zawarcia transakcji mogły nie uwzględniać w odpowiedni sposób istotnych zdarzeń lub okoliczności, odnośnie do których można było oczekiwać, że będą mieć wpływ na przyjętą wartość dobra niematerialnego i ustalenia cenowe.

6.188. W odpowiedzi na zagadnienia omówione powyżej niniejsza sekcja przedstawia podejście zgodne z zasadą ceny rynkowej, które może zostać przyjęte przez administracje podatkowe w celu zapewnienia, że administracje podatkowe

będą w stanie ustalić, w jakich sytuacjach uzgodnienia cenowe wyznaczone przez podatników są zgodne z zasadą ceny rynkowej i opierają się na odpowiedniej ocenie, czy przewidywalne zdarzenia lub okoliczności mają znaczenie dla wyceny niektórych dóbr niematerialnych trudnych do wyceny oraz w jakich sytuacjach nie ma to miejsca. W ramach takiego podejścia dowód *ex post* stanowi domniemanie dowodowe świadczące o występowaniu niepewności w momencie dokonywania transakcji co do tego, czy podatnik odpowiednio uwzględnił zdarzenia lub okoliczności możliwe do przewidzenia w uzasadniony sposób w momencie dokonywania transakcji oraz co do wiarygodności informacji wykorzystanych *ex ante* przy określaniu ceny transferowej za przenoszenie takich dóbr niematerialnych lub praw na dobrach niematerialnych. Domniemanie dowodowe może zostać obalone stosownie do postanowień pkt 6.193 i 6.194, jeżeli możliwe będzie wykazanie, że nie ma ono wpływu na prawidłowe określenie ceny rynkowej. Przedmiotową sytuację należy odróżnić od sytuacji, w której wykorzystuje się wiedzę uzyskaną po fakcie, poprzez oszacowanie podatku w oparciu o wyniki *ex post*, bez rozważenia, czy informacje, na których opierają się wyniki *ex post*, mogły lub powinny były być zasadnie znane i uwzględnione przez przedsiębiorstwa powiązane w momencie zawarcia transakcji.

6.189. Określenie „dobra niematerialne trudne do wyceny (HTVI)" obejmuje dobra niematerialne lub prawa na dobrach niematerialnych, w odniesieniu do których w momencie dokonywania ich przenoszenia między przedsiębiorstwami powiązanymi (i) nie istnieją wiarygodne dane porównawcze oraz (ii) w momencie zawarcia transakcji prognozy dotyczące przyszłych przepływów pieniężnych lub dochodów, jakie według przewidywań zostaną osiągnięte z przenoszonego dobra niematerialnego lub założenia przyjęte przy wycenie dobra niematerialnego, są wysoce niepewne, co utrudnia przewidzenie poziomu ostatecznego powodzenia dobra niematerialnego w momencie dokonywania przenoszenia.

6.190. Transakcje wiążące się z przenoszeniem lub wykorzystywaniem dóbr niematerialnych HTVI wskazanych w pkt 6.189 mogą wykazywać jedną lub więcej z następujących cech:

- w momencie dokonywania przenoszenia dobro niematerialne zostało jedynie częściowo rozwinięte;
- według oczekiwań, dobro niematerialne zostanie wykorzystane komercyjnie dopiero po kilku latach od dokonania transakcji;
- dobro niematerialne samo w sobie nie mieści się w definicji dóbr niematerialnych HTVI przewidzianej w pkt 6.189, lecz jest integralnie związane z rozwojem lub ulepszaniem innych dóbr niematerialnych, które mieszczą się w definicji dóbr niematerialnych HTVI;
- według oczekiwań dobro niematerialne będzie wykorzystane w sposób uznawany za nowatorski w momencie dokonywania przenoszenia, zaś brak do-

świadczeń w zakresie rozwoju lub wykorzystywania podobnych dóbr niematerialnych skutkuje wysoką niepewnością prognoz;
- dobro niematerialne, spełniające definicję dobra niematerialnego HTVI zgodnie z pkt 6.189, zostało przeniesione na rzecz przedsiębiorstwa powiązanego w zamian za płatność w kwocie ryczałtowej;
- dobro niematerialne jest wykorzystywane w związku z umową CCA lub podobnymi porozumieniami albo jest rozwijane na ich mocy.

6.191. W przypadku takich dóbr niematerialnych asymetria informacji pomiędzy podatnikiem a administracjami podatkowymi, w tym w zakresie informacji, jakie zostały uwzględnione przez podatnika przy ustalaniu ceny transakcji, może być dotkliwa i może rodzić jeszcze większe trudności dla administracji podatkowych przy weryfikacji rynkowej podstawy, w oparciu o którą zostały ustalone ceny, z przyczyn omówionych w pkt 6.186. W konsekwencji administracjom podatkowym trudno będzie oszacować ryzyko dla celów cen transferowych, ocenić wiarygodność informacji, na podstawie których podatnik ustalił cenę, lub zbadać, czy dobro niematerialne albo prawa na dobrach niematerialnych zostały przeniesione po wartości niższej lub wyższej niż cena rynkowa aż do momentu, gdy będą znane wyniki *ex post* w latach następujących po dokonaniu przeniesienia.

6.192. W takich okolicznościach administracja podatkowa może uznać wyniki *ex post* za domniemanie dowodowe, świadczące o poprawności ustaleń *ex ante*. Jednakże badanie dowodu *ex post* powinno opierać się na ustaleniu, że uwzględnienie takiego dowodu jest konieczne do dokonania oceny wiarygodności informacji, na podstawie których ustalono cenę *ex ante*. Jeżeli administracja podatkowa jest w stanie potwierdzić wiarygodność informacji, na podstawie których ustalono cenę *ex ante*, niezależnie od podejścia omówionego w niniejszej sekcji, wówczas nie należy dokonywać korekt w oparciu o poziomy zysków *ex post*. Dokonując oceny ustaleń cenowych *ex ante*, administracja podatkowa może wykorzystać dowody *ex post* dotyczące rezultatów finansowych na potrzeby określenia rynkowych ustaleń cenowych, w tym warunkowych ustaleń cenowych, jakie zostałyby dokonane między przedsiębiorstwami niezależnymi w momencie przeprowadzania transakcji, mając na względzie zalecenia wskazane w pkt 6.185. W zależności od faktów i okoliczności przypadku oraz przy uwzględnieniu zaleceń przedstawionych w sekcji B.5 rozdziału III w celu zastosowania takiego podejścia odpowiednie może okazać się dokonanie analizy informacji z okresu obejmującego kilka lat.

6.193. Przedmiotowe podejście nie będzie miało zastosowania w odniesieniu do transakcji wiążących się z przenoszeniem lub wykorzystywaniem dóbr niematerialnych HTVI mieszczących się w zakresie postanowień pkt 6.189, jeżeli zastosowanie znajduje przynajmniej jeden z następujących wyjątków:

i) Podatnik udostępni:
   1. szczegółowe informacje na temat prognoz *ex ante* wykorzystanych w momencie dokonania przenoszenia w celu określenia ustaleń cenowych, w tym informacje, w jaki sposób ryzyka zostały uwzględnione w kalkulacjach w zakresie ustaleń cenowych (np. ważone prawdopodobieństwem), informacje o poprawności uwzględnienia przez niego zdarzeń i innych ryzyk możliwych do przewidzenia w uzasadniony sposób i informacje o prawdopodobieństwie ich wystąpienia oraz
   2. wiarygodne dowody świadczące o tym, że wszelkie istotne różnice pomiędzy prognozami finansowymi a faktycznymi rezultatami wynikają z: a) nieprzewidywalnych zdarzeń lub okoliczności występujących po ustaleniu ceny, które nie mogły zostać przewidziane przez przedsiębiorstwa powiązane w momencie dokonywania transakcji, lub b) realizacji prawdopodobieństwa wystąpienia przewidywalnych rezultatów oraz że takie prawdopodobieństwo nie zostało istotnie przeszacowane lub niedoszacowane w momencie dokonania transakcji.

ii) Przenoszenie dóbr niematerialnych HTVI podlega postanowieniom dwustronnego lub wielostronnego uprzedniego porozumienia cenowego obowiązującego w danym okresie pomiędzy państwami beneficjenta i podmiotu dokonującego przenoszenia.

iii) Wszelkie istotne różnice pomiędzy prognozami finansowymi a faktycznymi rezultatami, o których mowa w pkt i)2 powyżej, nie skutkują obniżeniem lub zwiększeniem wynagrodzenia za dobra niematerialne HTVI o więcej niż 20% wynagrodzenia określonego w momencie dokonania transakcji.

iv) Od roku, w którym dobra niematerialne HTVI po raz pierwszy wygenerowały dla beneficjenta przychody od podmiotów niezależnych, upłynął pięcioletni okres komercjalizacji, w którym to okresie komercjalizacji wszelkie istotne różnice pomiędzy prognozami finansowymi a faktycznymi rezultatami, o których mowa w pkt i)2, nie przekraczały 20% prognoz dotyczących takiego okresu[20].

6.194. Pierwszy wyjątek oznacza, że pomimo iż dowody *ex post* dotyczące rezultatów finansowych dostarczają administracjom podatkowym istotnych informacji do zbadania poprawności ustaleń cenowych *ex ante*, w okolicznościach, gdy podatnik jest w stanie w zadowalający sposób wykazać, że to, co było możliwe do przewidzenia w momencie dokonywania transakcji, zostało odzwierciedlone w założeniach cenowych oraz że zdarzenia skutkujące różnicą pomiędzy prognozami a rezultatami wynikają z wystąpienia nieprzewidywalnych zdarzeń, administracje podatkowe nie będą uprawnione do dokonania korekty ustaleń cenowych *ex ante* w oparciu o rezultaty *ex post*. Na przykład jeżeli dowody w zakresie rezultatów finansowych wskazują, że sprzedaż produktów korzystających z przeniesionego dobra niematerialnego osiągnęła 1000 rocznie, zaś ustalenia cenowe *ex ante* opierały

się na prognozach przewidujących sprzedaż w maksymalnej wysokości jedynie 100 rocznie, wówczas administracje podatkowe powinny zbadać przyczyny, przez które sprzedaż osiągnęła o tyle wyższe wolumeny. Jeżeli wyższe wolumeny wynikały np. ze znacząco wyższego popytu na produkty obejmujące dobro niematerialne, będącego skutkiem klęski żywiołowej lub innego nieoczekiwanego zdarzenia, które ewidentnie nie było możliwe do przewidzenia w momencie dokonania transakcji lub któremu prawidłowo nadano bardzo niskie prawdopodobieństwo wystąpienia, wówczas cenę *ex ante* należy uznać za odpowiadającą warunkom rynkowym, chyba że istnieją dowody inne niż rezultaty finansowe *ex post*, wskazujące, że ustalenia cenowe nie były zgodne z zasadą ceny rynkowej.

6.195. Ważne byłoby zezwolenie na rozstrzyganie spraw dotyczących podwójnego opodatkowania wynikającego z zastosowania podejścia w zakresie dóbr niematerialnych HTVI na mocy procedury wzajemnego porozumiewania się przewidzianej w stosownej Umowie.

D.5. Uzupełniające zalecenia dotyczące transakcji polegających na wykorzystywaniu dóbr niematerialnych w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług

6.196. Niniejsza sekcja przedstawia uzupełniające zalecenia dotyczące zastosowania zasad przewidzianych w rozdziałach I–III w sytuacjach, gdy jedna lub obie strony transakcji kontrolowanej wykorzystują dobra niematerialne w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług, lecz nie dochodzi do przenoszenia dóbr niematerialnych lub udziału w dobrach niematerialnych. W przypadkach związanych z dobrami niematerialnymi analiza cen transferowych powinna dokładnie uwzględnić wpływ zaangażowanych dóbr niematerialnych na ceny oraz inne warunki transakcji kontrolowanych.

D.5.1. Dobra niematerialne jako czynnik porównywalności w transakcjach polegających na wykorzystywaniu dóbr niematerialnych

6.197. Ogólne zasady wskazane w sekcji D.1 rozdziału I oraz w rozdziale III dotyczą również analizy porównywalności transakcji polegających na wykorzystywaniu dóbr niematerialnych w związku z transakcją kontrolowaną wiążącą się ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług. Niemniej jednak istnienie dóbr niematerialnych może niekiedy rodzić problematyczne kwestie w zakresie porównywalności.

6.198. W analizie cen transferowych, w ramach której najbardziej odpowiednią metodą cen transferowych jest metoda ceny odprzedaży, metoda koszt plus

lub metoda MTN, stroną podlegającą badaniu często jest mniej skomplikowana strona transakcji kontrolowanej. W wielu przypadkach cenę rynkową lub rynkowy poziom rentowności strony podlegającej badaniu można określić bez konieczności dokonywania wyceny dóbr niematerialnych wykorzystywanych w związku z transakcją. Na ogół ma to miejsce w przypadkach, gdy jedynie strona, która nie podlega badaniu, wykorzystuje dobra niematerialne. Jednakże w niektórych przypadkach strona podlegająca badaniu może w rzeczywistości wykorzystywać dobra niematerialne, mimo że prowadzi stosunkowo mniej złożoną działalność. Podobnie dobra niematerialne mogą wykorzystywać strony potencjalnie porównywalnych transakcji niekontrolowanych. W obu tych przypadkach konieczne jest uwzględnienie dóbr niematerialnych wykorzystywanych przez stronę podlegającą badaniu oraz przez strony potencjalnie porównywalnych transakcji niekontrolowanych jako jednego z czynników porównywalności.

6.199. Przykładowo strona podlegająca badaniu zajmująca się marketingiem i dystrybucją towarów nabywanych w transakcjach kontrolowanych mogła rozwinąć marketingowe dobra niematerialne w obszarze geograficznym, na którym prowadzi działalność, w tym listy klientów, relacje z klientami i dane dotyczące klientów. Mogła ona również opracować przydatny *know-how* logistyczny lub oprogramowanie i inne narzędzia, które wykorzystuje w ramach swojej działalności dystrybucyjnej. Przeprowadzając analizę porównywalności, należy uwzględnić wpływ takich dóbr niematerialnych na rentowność strony podlegającej badaniu.

6.200. Należy jednak zauważyć, że w wielu przypadkach, gdy strona podlegająca badaniu wykorzystuje takie dobra niematerialne, strony porównywalnych transakcji niekontrolowanych także dysponują takimi samymi rodzajami dóbr niematerialnych. W związku z powyższym w rozważanym przypadku spółki dystrybucyjnej podmiot niekontrolowany zajmujący się świadczeniem usług dystrybucyjnych w branży i na rynku strony podlegającej badaniu prawdopodobnie również posiada wiedzę na temat potencjalnych klientów i utrzymuje z nimi kontakty, gromadzi dane dotyczące klientów, posiada własne efektywne systemy logistyczne i w innym zakresie posiada dobra niematerialne podobne do tych należących do strony podlegającej badaniu. W takim przypadku poziom porównywalności może być wystarczająco wysoki, by możliwe było odniesienie się do cen uiszczanych lub marż osiąganych przez potencjalnie porównywalne podmioty, jako odpowiednich wyznaczników rynkowego wynagrodzenia zarówno za funkcje wykonywane, jak i za dobra niematerialne, jakie ma strona podlegająca badaniu.

6.201. Jeżeli strona podlegająca badaniu i potencjalny porównywalny podmiot posiadają porównywalne dobra niematerialne, takie dobra niematerialne nie będą stanowić unikalnych i wartościowych dóbr niematerialnych w rozumieniu pkt 6.17, a zatem nie będą wymagane korekty w zakresie porównywalności w odniesieniu

do takich dóbr niematerialnych. W takich okolicznościach potencjalne dane porównawcze zapewnią najlepszy dowód w zakresie wkładu w zyski wnoszonego przez dobra niematerialne strony podlegającej badaniu. Jeżeli jednak jedna ze stron transakcji lub potencjalnie porównywalny podmiot ma i wykorzystuje w swojej działalności gospodarczej unikalne i wartościowe dobra niematerialne, konieczne może okazać się dokonanie stosownych korekt w zakresie porównywalności bądź skorzystanie z innej metody cen transferowych. Przy dokonywaniu oceny porównywalności dóbr niematerialnych w takich sytuacjach zastosowanie znajdują zasady zawarte w sekcjach D.2.1–D.2.4.

6.202. Zarówno podatnicy, jak i administracje podatkowe powinni zachować powściągliwość przy odrzucaniu potencjalnych danych porównawczych na podstawie wykorzystania dóbr niematerialnych przez strony potencjalnie porównywalnych transakcji albo przez stronę podlegającą badaniu. Potencjalnych danych porównawczych nie należy zasadniczo odrzucać ze względu na stwierdzone występowanie nieokreślonych dóbr niematerialnych lub ze względu na stwierdzone znaczenie wartości firmy. Jeżeli zidentyfikowane transakcje lub spółki są w pozostałym zakresie porównywalne, mogą one być najlepszym dostępnym wyznacznikiem odnośnie do ceny zgodnej z zasadą ceny rynkowej, mimo występowania oraz wykorzystywania przez stronę podlegającą badaniu lub strony potencjalnie porównywalnych transakcji względnie nieistotnych dóbr niematerialnych. Potencjalnie porównywalne transakcje należy odrzucić ze względu na występowanie i wykorzystywanie nieporównywalnych dóbr niematerialnych jedynie wówczas, gdy dane dobra niematerialne mogą zostać jasno i wyraźnie zidentyfikowane oraz gdy dobra niematerialne ewidentnie stanowią unikalne i wartościowe dobra niematerialne.

D.5.2. Ustalenie cen rynkowych dla transakcji polegających na wykorzystywaniu dóbr niematerialnych w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług

6.203. Zasady przewidziane w rozdziałach I–III znajdują zastosowanie przy określaniu cen rynkowych dla transakcji polegających na wykorzystywaniu dóbr niematerialnych w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług. W tym zakresie mogą pojawić się dwa ogólne rodzaje przypadków. Pierwszy rodzaj dotyczy przypadków, gdy analiza porównywalności, w tym analiza funkcjonalna, wykaże, że istnieją wystarczająco wiarygodne dane porównawcze pozwalające na określenie rynkowych warunków dla transakcji z zastosowaniem metody cen transferowych opierającej się na danych porównawczych. Drugi rodzaj dotyczy przypadków, gdy analiza porównywalności, w tym analiza funkcjonalna, nie zidentyfikuje wiarygodnych porównywalnych transakcji niekontrolowanych, często bezpośrednio ze względu na fakt, że jedna lub obie strony transakcji korzystają

z unikalnych i wartościowych dóbr niematerialnych. Poniżej omówiono podejścia w zakresie cen transferowych w obu rodzajach przypadków.

D.5.2.1. Sytuacje, gdy istnieją wiarygodne dane porównawcze

6.204. Często zdarza się, że pomimo tego, że jedna lub obie strony kontrolowanej transakcji polegającej na sprzedaży towarów lub świadczeniu usług wykorzystują dobra niematerialne, jest możliwe zidentyfikowanie wiarygodnych danych porównawczych. W zależności od konkretnego stanu faktycznego, jeżeli transakcja polega na wykorzystywaniu dóbr niematerialnych w związku z kontrolowaną transakcją polegającą na sprzedaży towarów lub świadczeniu usług i istnieją wiarygodne dane porównawcze, najbardziej odpowiednią metodę cen transferowych może stanowić dowolna z pięciu metod cen transferowych zalecanych przez OECD, omówionych w rozdziale II.

6.205. Jeżeli strona podlegająca badaniu nie wykorzystuje unikalnych i wartościowych dóbr niematerialnych i możliwe jest zidentyfikowanie wiarygodnych danych porównawczych, wówczas ceny rynkowe często można określić w oparciu o metody jednostronne, w tym metodę PCN, metodę ceny odprzedaży, metodę koszt plus i metodę MTN. W takich sytuacjach zalecenia zawarte w rozdziałach I–III będą zasadniczo wystarczające do ustalenia cen zgodnych z zasadą ceny rynkowej, bez konieczności dokonywania szczegółowej analizy charakteru dóbr niematerialnych wykorzystywanych przez drugą stronę transakcji.

6.206. Zasady omówione w sekcjach D.2.1–D.2.4 niniejszego rozdziału należy stosować w celu ustalenia, czy fakt wykorzystywania dóbr niematerialnych przez stronę podlegającą badaniu uniemożliwi oparcie się na zidentyfikowanych porównywalnych transakcjach niekontrolowanych lub będzie wiązał się z koniecznością dokonania korekt w zakresie porównywalności. Konieczność dokonania korekt w zakresie porównywalności lub przyjęcia metody cen transferowych w mniejszym stopniu zależnej od porównywalnych transakcji niekontrolowanych wystąpi jedynie wówczas, gdy dobra niematerialne wykorzystywane przez stronę podlegającą badaniu stanowią unikalne i wartościowe dobra niematerialne. Jeżeli dobra niematerialne wykorzystywane przez stronę podlegającą badaniu nie stanowią unikalnych i wartościowych dóbr niematerialnych, ceny uiszczane lub otrzymywane albo marże lub zwroty osiągane przez strony porównywalnych transakcji niekontrolowanych mogą zapewnić wiarygodną podstawę do ustalania warunków rynkowych.

6.207. Jeżeli zachodzi konieczność dokonania korekt w zakresie porównywalności ze względu na różnice w dobrach niematerialnych wykorzystywanych przez stronę podlegającą badaniu w transakcji kontrolowanej i dobrach niematerialnych

wykorzystywanych przez stronę potencjalnie porównywalnej transakcji niekontrolowanej, przy kwantyfikowaniu wiarygodnych korekt w zakresie porównywalności mogą pojawić się trudne zagadnienia związane ze stanem faktycznym. Takie kwestie wymagają wnikliwego zbadania istotnych faktów i okoliczności oraz dostępnych danych dotyczących wpływu dóbr niematerialnych na ceny i zyski. Jeżeli wpływ na cenę, jaki ma różnica w charakterze wykorzystywanych dóbr niematerialnych, jest ewidentnie istotny, lecz nie może zostać dokładnie oszacowany, konieczne może okazać się skorzystanie z innej metody cen transferowych, która jest w mniejszym stopniu zależna od identyfikacji wiarygodnych danych porównawczych.

6.208. Należy przy tym mieć na uwadze, że kwestie związane z wykorzystywaniem dóbr niematerialnych w związku z kontrolowaną sprzedażą towarów lub usług mogą wiązać się z koniecznością dokonania korekt w zakresie porównywalności dotyczących czynników innych niż różnice w charakterze wykorzystywanych dóbr niematerialnych. W szczególności korekty w zakresie porównywalności mogą być wymagane w kwestiach takich jak różnice w rynkach, korzyści wynikające z lokalizacji, strategie gospodarcze, zorganizowana siła robocza, synergie korporacyjne i inne podobne czynniki. Jakkolwiek takie czynniki mogą nie stanowić dóbr niematerialnych w rozumieniu pojęcia omówionego w sekcji A.1 niniejszego rozdziału, mogą one mieć jednak znaczący wpływ na ceny rynkowe w kwestiach związanych z wykorzystywaniem dóbr niematerialnych.

D.5.2.2. Sytuacje, gdy nie istnieją wiarygodne dane porównawcze

6.209. W niektórych okolicznościach, gdy zidentyfikowanie wiarygodnych transakcji niekontrolowanych nie jest możliwe, w celu określenia rynkowej alokacji zysków ze sprzedaży towarów lub świadczenia usług wiążących się z wykorzystywaniem dóbr niematerialnych można posłużyć się metodami podziału zysku transakcyjnego. Jedną z okoliczności, gdy zastosowanie metod podziału zysku transakcyjnego może okazać się właściwe, jest sytuacja, gdy obie strony transakcji wnoszą w transakcję unikalne i wartościowe wkłady.

6.210. Sekcja C rozdziału II zawiera zalecenia, które należy uwzględnić przy zastosowaniu metod podziału zysku transakcyjnego. Przedmiotowe zalecenia znajdują pełne zastosowanie w kwestiach dotyczących wykorzystywania dóbr niematerialnych w związku ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług w transakcjach kontrolowanych.

6.211. Stosując metodę podziału zysku w przypadku polegającym na wykorzystaniu dóbr niematerialnych, należy zidentyfikować stosowne dobra niematerialne, dokonać oceny sposobu, w jaki takie dobra niematerialne przyczyniają się

do wytworzenia wartości, oraz dokonać oceny innych wykonywanych funkcji, ponoszonych ryzyk i zaangażowanych aktywów, które generują dochody. Ogólnikowe stwierdzenie faktu występowania i wykorzystywania nieokreślonych dóbr niematerialnych nie pozwoli na zastosowanie metody podziału zysku w wiarygodny sposób.

6.212. W odpowiednich okolicznościach w celu określenia rynkowych warunków sprzedaży towarów lub świadczenia usług, gdy w związku z transakcją są wykorzystywane dobra niematerialne, możliwe jest również skorzystanie z metod cen transferowych lub technik wyceny, które nie są uzależnione od identyfikacji wiarygodnych porównywalnych transakcji niekontrolowanych. Wybrana metoda alternatywna powinna odzwierciedlać charakter dostarczanych towarów lub usług i wkład dóbr niematerialnych oraz inne istotne czynniki dla tworzenia wartości.

Dodatkowe zalecenia w rozdziale II Wytycznych w sprawie cen transferowych wynikające ze zmian do rozdziału VI

Po punkcie 2.9 dodaje się następujący tekst.

2.9A. Zastosowanie ogólnej zasady, tzw. reguły kciuka, nie zastępuje w odpowiedni sposób kompletnej analizy funkcjonalnej i porównywalności przeprowadzanej zgodnie z zasadami określonymi w rozdziałach I–III. W świetle powyższego tzw. reguła kciuka nie może zostać wykorzystana w celu wykazania, że cena lub podział dochodów odpowiadają warunkom rynkowym.

Postanowienia aneksu do rozdziału VI Wytycznych w sprawie cen transferowych zostają w całości usunięte i zastąpione następującym brzmieniem.

Aneks do rozdziału VI – Przykłady ilustrujące zalecenia dotyczące dóbr niematerialnych

Przykład 1

1. Premiere jest spółką dominującą grupy MNE. Spółka S jest spółką zależną w całości należącą do Premiere i członkiem grupy Premiere. Premiere finansuje działalność badawczo-rozwojową i pełni bieżące funkcje badawczo-rozwojowe wspierające jej działalność gospodarczą. W sytuacji gdy funkcje badawczo-rozwojowe Premiere skutkują opracowaniem wynalazków posiadających zdolność patentową, zgodnie z praktyką przyjętą przez grupę Premiere wszelkie prawa do takich wynalazków zostają przeniesione na rzecz Spółki S w celu scentralizowania i uproszczenia globalnego administrowania patentami. Spółka S ma i utrzymuje w swoim imieniu wszelkie rejestracje patentowe.

2. Spółka S zatrudnia trzech prawników zajmujących się jej zadaniami związanymi z administrowaniem patentami i nie posiada innych pracowników. Spółka S nie prowadzi ani nie kontroluje żadnych działań badawczo-rozwojowych grupy Premiere. Spółka S nie posiada personelu technicznego ds. badań i rozwoju ani nie ponosi żadnych wydatków grupy Premiere związanych z działalnością badawczo-rozwojową. Kluczowe decyzje dotyczące obrony patentów są podejmowane przez kadrę zarządzającą Premiere, po zasięgnięciu opinii pracowników Spółki S. To kadra zarządzająca Premiere, nie zaś pracownicy Spółki S, sprawuje kontrolę nad wszelkimi decyzjami dotyczącymi udzielania licencji na patenty grupy zarówno przedsiębiorstwom niezależnym, jak i powiązanym.

3. Każdorazowo w chwili przenoszenia praw z Premiere na Spółkę S Spółka S uiszcza na rzecz Premiere symboliczną opłatę w wysokości 100 EUR jako wynagrodzenie z tytułu przeniesienia praw do wynalazku posiadającego zdolność patentową oraz, zgodnie ze szczególnym warunkiem przeniesienia praw, jednocześnie udziela Premiere wyłącznej, nieodpłatnej licencji na patent z pełnymi prawami do udzielania sublicencji na cały okres trwania patentu, który zostanie udzielony. Symboliczne opłaty dokonywane przez Spółkę S na rzecz Premiere są wnoszone wyłącznie w celu spełnienia formalnych wymogów prawa kontraktowego w zakresie przenoszenia praw i na potrzeby niniejszego przykładu przyjmuje się, że nie odzwierciedlają one rynkowego wynagrodzenia za przeniesione prawa do wynalazków posiadających zdolność patentową. Premiere wykorzystuje opatentowane

wynalazki w ramach produkcji i sprzedaży swoich produktów na całym świecie i od czasu do czasu udziela sublicencji na prawa patentowe innym podmiotom. Spółka S nie wykorzystuje patentów dla celów komercyjnych ani nie jest do tego uprawniona na mocy warunków umowy licencyjnej zawartej z Premiere.

4. Zgodnie z umową, Premiere wykonuje wszystkie funkcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych, z wyjątkiem usług w zakresie administrowania patentami. Premiere wnosi i angażuje wszystkie aktywa związane z rozwojem i wykorzystywaniem dobra niematerialnego i ponosi wszystkie lub zasadniczo wszystkie ryzyka wiążące się z dobrami niematerialnymi. Premiere powinna być uprawniona do przeważającej części zwrotu wynikającego z wykorzystywania dóbr niematerialnych. Administracje podatkowe będą mogły dojść do odpowiedniego rozwiązania dla celów cen transferowych poprzez określenie rzeczywistej transakcji przeprowadzanej pomiędzy Premiere a Spółką S. W zależności od stanu faktycznego może okazać się, że przeniesienie praw Spółce S za symboliczną opłatę wraz z równoczesnym zwrotnym udzieleniem pełnych praw do korzystania przez Premiere, rozpatrzone łącznie, odzwierciedla w swej istocie porozumienie o świadczeniu usług w zakresie administrowania patentami pomiędzy Premiere a Spółką S. Cena rynkowa zostanie ustalona dla usług administrowania patentami, zaś Premiere będzie uprawniona do zachowania lub alokacji salda zwrotu uzyskiwanego przez grupę MNE w wyniku korzystania z patentów.

Przykład 2

5. Stan faktyczny dotyczący rozwoju i sprawowania kontroli nad wynalazkami posiadającymi zdolność patentową pozostaje taki sam jak w przykładzie 1. Jednakże zamiast zwrotnego udzielenia nieograniczonej w czasie i wyłącznej licencji na patenty na rzecz Premiere, Spółka S, działając pod kierunkiem i kontrolą Premiere, udziela licencji na patenty przedsiębiorstwom powiązanym i niezależnym na całym świecie w zamian za okresowe należności licencyjne. Dla celów niniejszego przykładu przyjmuje się, że należności licencyjne uiszczane na rzecz Spółki S przez przedsiębiorstwa powiązane odpowiadają warunkom rynkowym.

6. Spółka S jest prawnym właścicielem patentów. Niemniej jednak jej wkład w rozwój, ulepszanie, utrzymywanie, ochronę i wykorzystywanie patentów ogranicza się do czynności podejmowanych przez jej trzech pracowników w związku z rejestrowaniem patentów i utrzymywaniem rejestracji patentowych. Pracownicy Spółki S nie kontrolują transakcji licencyjnych dotyczących patentów ani nie uczestniczą w nich. W takich okolicznościach Spółka S jest uprawniona wyłącznie do wynagrodzenia z tytułu wykonywanych przez nią funkcji. Na podstawie analizy stosownych funkcji wykonywanych, aktywów zaangażowanych i ryzyk ponoszonych przez Premiere i Spółkę S w związku z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem,

ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych, Spółka S nie powinna być ostatecznie uprawniona do zachowania lub przypisania na jej rzecz dochodu z tytułu jej porozumień licencyjnych wykraczającego ponad rynkowe wynagrodzenie za jej funkcje związane z rejestrowaniem patentów.

7. Podobnie jak w przykładzie 1 rzeczywisty charakter ustaleń sprowadza się do umowy świadczenia usług w zakresie administrowania patentami. Właściwy wynik dla cen transferowych można osiągnąć poprzez zapewnienie, że kwoty uiszczone przez Spółkę S w zamian za przeniesienie praw patentowych odpowiednio odzwierciedlają stosowne funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone przez Premiere i Spółkę S. W ramach takiego podejścia wynagrodzenie należne Premiere za wynalazki posiadające zdolność patentową powinno być równe przychodom z tytułu licencji uzyskiwanym przez Spółkę S, pomniejszonym o odpowiedni zwrot za funkcje wykonywane przez Spółkę S.

Przykład 3

8. Stan faktyczny pozostaje taki sam jak w przykładzie 2. Jednakże po udzielaniu licencji na patenty na rzecz przedsiębiorstw powiązanych i niezależnych przez kilka lat Spółka S, ponownie działając pod kierunkiem i kontrolą Premiere, dokonuje sprzedaży patentów na rzecz przedsiębiorstwa niezależnego po cenie odzwierciedlającej wzrost wartości patentów w okresie, w którym Spółka S była ich prawnym właścicielem. Funkcje pełnione przez Spółkę S w czasie, gdy była ona prawnym właścicielem patentów, ograniczały się do wykonywania funkcji związanych z rejestrowaniem patentów wskazanych w przykładach 1 i 2.

9. W takich okolicznościach dochód Spółki S powinien być równy dochodowi w przykładzie 2. Spółka S powinna otrzymywać wynagrodzenie za wykonywane przez nią funkcje w zakresie rejestrowania, lecz nie powinna ona w inny sposób uczestniczyć w zwrocie osiąganym z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych, w tym w zwrocie ze zbycia dóbr niematerialnych.

Przykład 4

10. Stan faktyczny dotyczący rozwoju patentów pozostaje taki sam jak omówiony w przykładzie 3. W przeciwieństwie do przykładu 1, w niniejszym przykładzie Spółka S posiada pracowników zdolnych do podejmowania decyzji odnośnie do zbioru patentów i rzeczywiście podejmujących takie decyzje. Wszelkie decyzje dotyczące programu licencjonowania były podejmowane przez pracowników Spółki S, wszelkie negocjacje z licencjobiorcami były prowadzone przez pracowników Spółki S, jak również to pracownicy Spółki S monitorowali przestrzeganie warunków licencji przez niezależnych licencjobiorców. Dla celów niniejszego przykładu przyjmuje się, że cena uiszczona przez Spółkę S w zamian za patenty stanowiła

cenę rynkową odzwierciedlającą ocenę stron odnośnie do przyszłego programu licencjonowana i przewidywanego zwrotu, jaki zostanie uzyskany z wykorzystywania patentów, w momencie ich przeniesienia na rzecz Spółki S. Dla celów niniejszego przykładu zakłada się, że podejście w zakresie dóbr niematerialnych trudnych do wyceny wskazane w sekcji D.4 nie znajduje zastosowania.

11. Po dokonaniu przeniesienia Spółka S udzielała licencji na te patenty na rzecz przedsiębiorstw niezależnych przez kilka lat. Po tym czasie wartość patentów istotnie wzrosła ze względu na wystąpienie zewnętrznych okoliczności nieprzewidzianych w momencie przeniesienia patentów na rzecz Spółki S. Spółka S następnie sprzedaje patenty niezależnemu nabywcy po cenie przekraczającej cenę pierwotnie uiszczoną za patenty przez Spółkę S na rzecz Premiere. Pracownicy Spółki S podejmują wszystkie decyzje dotyczące sprzedaży patentów, negocjują warunki sprzedaży i pod każdym względem zarządzają i kontrolują zbycie patentów.

12. W takich okolicznościach Spółka S jest uprawniona do zachowania dochodów ze sprzedaży, w tym kwot przypisanych do wzrostu wartości patentów wskutek wystąpienia nieoczekiwanych okoliczności zewnętrznych.

Przykład 5

13. Stan faktyczny pozostaje taki sam jak w przykładzie 4, z wyjątkiem tego, że zamiast wzrostu wartość patentów spada w czasie, gdy pozostają one własnością Spółki S w wyniku wystąpienia nieoczekiwanych okoliczności zewnętrznych. W takich okolicznościach Spółka S jest uprawniona do zachowania przychodu ze sprzedaży, co oznacza, że poniesie ona stratę.

Przykład 6

14. W roku 1 grupa międzynarodowa składająca się ze Spółki A (przedsiębiorstwo z kraju A) i Spółki B (przedsiębiorstwo z kraju B) postanawia rozwinąć dobro niematerialne, które według oczekiwań będzie wysoce rentowne, biorąc pod uwagę dotychczasowe dobra niematerialne Spółki B, historię jej wyników oraz jej doświadczony personel ds. badań i rozwoju. Oczekuje się, że przed ewentualnym korzystaniem z niego w celach komercyjnych rozwój dobra niematerialnego zajmie pięć lat. Zakładając jego pomyślny rozwój, przewiduje się, że dobro niematerialne będzie miało wartość przez okres dziesięciu lat od rozpoczęcia korzystania. Na mocy umowy w zakresie rozwoju pomiędzy Spółką A a Spółką B Spółka B będzie wykonywać i kontrolować wszystkie działania wiążące się z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem dobra niematerialnego. Spółka A zapewni wszelkie finansowanie związane z rozwojem dobra niematerialnego (przewidywane koszty rozwoju wynoszą 100 milionów USD rocznie

przez okres pięciu lat) i zostanie prawnym właścicielem dobra niematerialnego. Po jego rozwoju oczekuje się, że dobro niematerialne będzie przynosić zyski w wysokości 550 milionów USD rocznie (w latach od 6 do 15). Spółka B będzie licencjonować dobro niematerialne od Spółki A i uiszczać na jej rzecz płatności warunkowe z tytułu prawa do korzystania z dobra niematerialnego w oparciu o zwroty generowane przez domniemanych, porównywalnych licencjobiorców. Po uiszczeniu prognozowanych płatności warunkowych oczekiwany zwrot Spółki B wyniesie 200 milionów USD rocznie ze sprzedaży produktów opartych na tym dobrze niematerialnym.

15. Analiza funkcjonalna powyższych ustaleń przeprowadzona przez administrację podatkową kraju B dokonała oceny funkcji wykonywanych, aktywów zaangażowanych i wnoszonych oraz ryzyk ponoszonych przez Spółkę A i Spółkę B. Analiza, która pozwoliła na określenie rzeczywistej transakcji, prowadzi do wniosku, że jakkolwiek właścicielem prawnym dóbr niematerialnych jest Spółka A, to jej wkład w omawianą transakcję sprowadza się wyłącznie do dostarczenia finansowania na rozwój dóbr niematerialnych. Przedmiotowa analiza wykazała, że na mocy umowy Spółka A ponosi ryzyko finansowe, dysponuje zdolnością finansową do ponoszenia takiego ryzyka i sprawuje kontrolę nad tym ryzykiem zgodnie z zasadami określonymi w pkt 6.63 i 6.64. Biorąc pod uwagę wkład wnoszony przez Spółkę A, jak również realistyczne alternatywy Spółki A i Spółki B, stwierdzono, że oczekiwane wynagrodzenie Spółki A powinno odpowiadać skorygowanemu o ryzyko zwrotowi z tytułu jej zaangażowania finansowego. Załóżmy, że wyniesie ono 110 milionów USD rocznie (za lata od 6 do 15), co odpowiada 11-procentowemu, skorygowanemu o ryzyko, oczekiwanemu zwrotowi finansowemu[21]. Stosownie do powyższego Spółka B będzie uprawniona do wszelkich pozostałych oczekiwanych dochodów, po uwzględnieniu oczekiwanego zwrotu Spółki A, czyli do 440 milionów USD rocznie (550 milionów USD minus 110 milionów USD), zamiast 200 milionów USD rocznie, jak twierdzi podatnik (w oparciu o szczegółową analizę funkcjonalną i zastosowanie najbardziej odpowiedniej metody podatnik nieprawidłowo wybrał Spółkę B jako stronę podlegającą badaniu zamiast Spółki A).

Przykład 7

16. Primero jest spółką dominującą grupy MNE zajmującej się działalnością farmaceutyczną i prowadzi swoją działalność w kraju M. Primero rozwija patenty i inne dobra niematerialne dotyczące produktu X i rejestruje takie patenty w różnych krajach na świecie.

17. Primero angażuje Spółkę S, swoją w pełni zależną spółkę w kraju N, do dystrybucji produktu X w całej Europie i na Bliskim Wschodzie na zasadzie ograniczonego ryzyka. Umowa w sprawie dystrybucji przewiduje, że to Primero, a nie

Spółka S, ponosi ryzyko wycofania produktu z rynku i ryzyko odpowiedzialności za produkt, jak również wskazuje, że Primero jest uprawniona do wszelkich zysków lub strat ze sprzedaży produktu X na danym terytorium, po zapewnieniu Spółce S wynagrodzenia na uzgodnionym poziomie z tytułu jej funkcji dystrybucyjnych. Działając na mocy umowy, Spółka S nabywa produkt X od Primero i odprzedaje produkt X niezależnym klientom w krajach znajdujących się na jej geograficznym obszarze działalności. Wykonując funkcje dystrybucyjne, Spółka S stosuje się do wszystkich obowiązujących wymogów regulacyjnych.

18. W pierwszych trzech latach działalności Spółka S osiąga zwroty z tytułu jej funkcji dystrybucyjnych odpowiadające jej charakterowi podmiotu o ograniczonym ryzyku oraz warunkom umowy w sprawie dystrybucji. Zwroty osiągane przez Spółkę S odzwierciedlają fakt, że to Primero, a nie Spółka S, jest uprawniona do zachowania dochodu wynikającego z wykorzystywania dóbr niematerialnych w odniesieniu do produktu X. Po trzech latach działalności okazuje się, że produkt X powoduje poważne skutki uboczne u znacznego odsetka pacjentów stosujących taki produkt i konieczne staje się wycofanie i usunięcie produktu z rynku. Spółka S ponosi istotne koszty związane z wycofaniem produktu. Primero nie dokonuje na rzecz Spółki S zwrotu takich kosztów związanych z wycofaniem produktu ani z tytułu wynikających z tego roszczeń dotyczących odpowiedzialności za produkt.

19. W powyższych okolicznościach występuje niespójność pomiędzy deklarowanym przez Primero uprawnieniem do zwrotu osiąganego z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych dotyczących produktu X a nieponoszeniem przez tę spółkę kosztów związanych z ryzykami uzasadniającymi taką deklarację. Powyższą niespójność należy usunąć, dokonując korekty cen transferowych. Określając odpowiednią korektę, należy ustalić rzeczywistą transakcję pomiędzy stronami, stosując postanowienia sekcji D.1 rozdziału I. W tym zakresie należy rozważyć ryzyka ponoszone przez poszczególne strony, biorąc pod uwagę sposób ich postępowania w okresie obowiązywania umowy, kontrolę nad ryzykami sprawowanymi przez Primero i Spółkę S oraz inne istotne fakty. W przypadku stwierdzenia, że rzeczywisty charakter relacji pomiędzy stronami sprowadza się do dystrybucji o ograniczonym ryzyku, wówczas najbardziej odpowiednia korekta prawdopodobnie przyjmie formę alokacji kosztów związanych z wycofaniem produktu i odpowiedzialnością za produkt ze Spółki S na rzecz Primero. Alternatywnie, choć jest to mało prawdopodobne, jeżeli na podstawie wszystkich istotnych faktów zostanie ustalone, że rzeczywisty charakter relacji pomiędzy stronami obejmuje sprawowanie przez Spółkę S kontroli nad ryzykiem odpowiedzialności za produkt i ryzykiem wycofania produktu oraz jeżeli w oparciu o analizę porównywalności możliwe będzie zidentyfikowanie ceny rynkowej, wówczas w celu odzwierciedlenia faktycznej alokacji ryzyk pomiędzy stronami można zwiększyć marże dystrybucyjne Spółki S za wszystkie lata.

Przykład 8

20. Primair, będąca rezydentem kraju X, wytwarza zegarki, które są wprowadzane na rynek w wielu krajach na świecie pod znakiem towarowym i nazwą handlową R. Primair jest właścicielem zarejestrowanego znaku towarowego i nazwy handlowej R. Nazwa R jest powszechnie znana w krajach, w których jest prowadzona sprzedaż zegarków, i osiągnęła na takich rynkach znaczącą wartość ekonomiczną dzięki działaniom podejmowanym przez Primair. Jednakże zegarki R nie były nigdy wprowadzone na rynek w kraju Y i nazwa R nie jest znana na rynku kraju Y.

21. W roku 1 Primair postanawia wejść na rynek w kraju Y i zawiązuje w tym kraju swoją w pełni zależną spółkę, Spółkę S, która będzie pełnić rolę jej dystrybutora w kraju Y. Jednocześnie Primair zawiera ze Spółką S długoterminową, nieodpłatną umowę w sprawie marketingu i dystrybucji. Na mocy umowy Spółka S uzyskuje wyłączne prawo do wprowadzania na rynek i dystrybucji zegarków oznaczonych znakiem towarowym R i do korzystania z nazwy handlowej R w kraju Y przez okres pięciu lat, z możliwością przedłużenia na kolejne pięć lat. Spółka S nie uzyskuje od Primair innych praw związanych ze znakiem towarowym i nazwą handlową R, a w szczególności Spółka S ma zakaz dokonywania reeksportu zegarków oznaczonych znakiem towarowym i nazwą handlową R. Wyłączna działalność Spółki S polega na marketingu i dystrybucji zegarków oznaczonych znakiem towarowym i nazwą handlową R. Załóżmy, że zegarki R nie wchodzą w skład portfela produktów dystrybuowanych przez Spółkę S w kraju Y. Ponieważ Spółka S importuje do kraju Y opakowane zegarki gotowe do sprzedaży na rzecz klienta ostatecznego, podmiot ten nie przeprowadza ich wtórnego przetworzenia.

22. Na mocy umowy pomiędzy Primair a Spółką S, Spółka S nabywa zegarki od Primair w walucie kraju Y, przejmuje tytuł prawny do zegarków oznaczonych marką i pełni w kraju Y funkcję dystrybucyjną, ponosi związane z tym koszty (np. zapasów i finansowania należności), jak również ponosi związane z tym ryzyka (np. ryzyko zapasów, kredytowe i finansowania). Na podstawie umowy pomiędzy Primair a Spółką S, Spółka S jest zobowiązana pełnić rolę agenta marketingowego w celu wsparcia rozwoju rynku dla zegarków R w kraju Y. W procesie opracowywania strategii marketingowej w zakresie zegarków R dla kraju Y Spółka S doradza Primair. Primair opracowuje ogólny plan marketingowy, w znacznej mierze w oparciu o jej doświadczenia w innych krajach, przygotowuje i zatwierdza budżety marketingowe i podejmuje ostateczne decyzje odnośnie do projektów reklam, pozycjonowania produktów i podstawowych przekazów reklamowych. Spółka S doradza na temat kwestii związanych z działalnością reklamową powstających na lokalnym rynku, świadczy wsparcie w realizacji strategii marketingowej pod kierunkiem Primair oraz dokonuje oceny efektywności różnych elementów strategii marketingowej. W ramach wynagrodzenia za powyższe czynności w za-

kresie wsparcia marketingowego Spółka S otrzymuje od Primair opłatę za usługę ustalaną w oparciu o poziom wydatków marketingowych ponoszonych przez ten podmiot i uwzględniającą odpowiedni element zysku.

23. Dla celów niniejszego przykładu załóżmy, że na podstawie dogłębnej analizy porównywalności, w tym szczegółowej analizy funkcjonalnej, możliwe jest stwierdzenie, że cenę za zegarki R uiszczaną przez Spółkę S na rzecz Primair należy zbadać oddzielnie od wynagrodzenia uzyskiwanego przez Spółkę S za działania marketingowe podejmowane przez ten podmiot na rzecz Primair. Załóżmy ponadto, że w oparciu o zidentyfikowane porównywalne transakcje cena uiszczana za zegarki odpowiada warunkom rynkowym i pozwala Spółce S osiągnąć rynkowy poziom wynagrodzenia ze sprzedaży zegarków z tytułu wykonywanej funkcji dystrybucyjnej, aktywów zaangażowanych i ryzyk ponoszonych przez tę spółkę.

24. W latach od 1 do 3 Spółka S realizuje strategię zgodną z umową zawartą z Primair w sprawie rozwoju rynku dla zegarków R w kraju Y. W tym zakresie Spółka S ponosi wydatki marketingowe. Zgodnie z umową, Spółka S otrzymuje od Primair zwrot z tytułu ponoszonych wydatków marketingowych oraz narzut zysku na takich wydatkach. Pod koniec roku 2 znak towarowy i nazwa handlowa R posiadają już w kraju Y ugruntowaną pozycję. Wynagrodzenie uzyskiwane przez Spółkę S za działalność marketingową wykonywaną przez ten podmiot w imieniu Primair zostaje uznane za odpowiadające warunkom rynkowym w oparciu o porównanie do wynagrodzenia uiszczanego na rzecz niezależnych agentów reklamowych i marketingowych zidentyfikowanych i uznanych za porównywalnych w ramach analizy porównywalności.

25. W powyższych okolicznościach Primair jest uprawniona do zachowania wszelkich dochodów osiąganych z korzystania ze znaku towarowego i nazwy handlowej R na rynku w kraju Y, które przekraczają rynkowe wynagrodzenie należne Spółce S z tytułu pełnionych przez nią funkcji, i w takiej sytuacji nie występuje konieczność dokonania korekty cen transferowych.

Przykład 9

26. Stan faktyczny w niniejszym przykładzie pozostaje taki sam jak w przykładzie 8, z następującymi wyjątkami:

- na mocy umowy pomiędzy Primair a Spółką S, Spółka S jest w tym przypadku zobowiązana opracować i realizować plan marketingowy dla kraju Y bez szczegółowej kontroli poszczególnych elementów planu ze strony Primair. Spółka S ponosi koszty i podejmuje określone ryzyka związane z działalnością marketingową. Umowa pomiędzy Primair a Spółką S nie wskazuje oczekiwanej wysokości wydatków marketingowych, które Spółka S powinna ponieść, a jedynie że Spółka S jest zobowiązana dołożyć wszelkich starań

w celu sprzedaży zegarków. Spółka S nie otrzymuje od Primair bezpośredniego zwrotu jakichkolwiek ponoszonych przez nią wydatków ani nie uzyskuje od Primair jakiegokolwiek innego pośredniego lub domniemanego wynagrodzenia. Spółka S oczekuje, że osiągnie ona swoje wynagrodzenie wyłącznie z zysku ze sprzedaży zegarków pod marką R na rzecz niezależnych klientów na rynku w kraju Y. Dogłębna analiza funkcjonalna wykazała, że Primair sprawuje niższy poziom kontroli nad działalnością marketingową Spółki S niż w przykładzie 8 pod tym względem, że nie dokonuje weryfikacji i nie zatwierdza budżetu marketingowego lub szczegółów planu marketingowego. Spółka S ponosi inne ryzyka i jest wynagradzana w inny sposób niż w przykładzie 8. W porównaniu z przykładem 8 w przykładzie 9 obowiązują inne ustalenia umowne pomiędzy Primair a Spółką S, zaś ryzyka ponoszone przez Spółkę S są większe. Spółka S nie otrzymuje bezpośredniego zwrotu kosztów lub oddzielnej opłaty za działalność marketingową. W przykładzie 9 jedyna transakcja kontrolowana pomiędzy Primair a Spółką S sprowadza się do przeniesienia własności zegarków oznaczonych marką. W rezultacie Spółka S może uzyskać wynagrodzenie z tytułu prowadzonej działalności marketingowej wyłącznie w ramach sprzedaży zegarków oznaczonych marką R na rzecz niezależnych klientów;

- w wyniku powyższych różnic Primair i Spółka S przyjęły niższą cenę zegarków w przykładzie 9 niż cena zegarków określona dla celów przykładu 8. Wskutek różnic zidentyfikowanych w ramach analizy funkcjonalnej zostają zastosowane inne niż w przykładzie 8 kryteria wyznaczenia porównywalnych spółek, jak również przeprowadzenia korekt w zakresie porównywalności. Tym samym Spółka S uzyskuje w przykładzie 9 wyższy oczekiwany całkowity zysk niż w przykładzie 8 ze względu na wyższy poziom ponoszonego przez nią ryzyka oraz jej bardziej rozbudowane funkcje.

27. Załóżmy, że w latach od 1 do 3 Spółka S realizuje strategię zgodną z umową zawartą z Primair i w tym zakresie wykonuje funkcje marketingowe i ponosi wydatki marketingowe. W rezultacie w latach od 1 do 3 Spółka S wykazuje wysokie wydatki operacyjne i niskie marże. W wyniku działań prowadzonych przez Spółkę S pod koniec roku 2 znak towarowy i nazwa handlowa R posiadają już w kraju Y ugruntowaną pozycję. W sytuacji gdy sprzedawca/dystrybutor faktycznie ponosi koszty i ryzyka związane z prowadzoną przez niego działalnością marketingową, zagadnieniem wymagającym rozważenia jest zakres, w jakim sprzedawca/dystrybutor może uczestniczyć w potencjalnych korzyściach z takiej działalności. Załóżmy, że w wyniku przeprowadzonego badania administracje podatkowe w kraju Y stwierdzą, na podstawie przeglądu porównywalnych dystrybutorów, że w sytuacji, gdyby Spółka S działała jako podmiot niezależny od Primair, można oczekiwać, że wykonywałaby ona funkcje, które wykonuje, jak również poniosłaby wydatki marketingowe na takim faktycznie poziomie.

28. Przy uwzględnieniu tego, że Spółka S wykonuje funkcje oraz ponosi koszty i ryzyka związane z jej działalnością marketingową na mocy długoterminowej umowy w sprawie wyłącznych praw do dystrybucji zegarków R, Spółka S ma możliwość osiągnięcia korzyści (lub ponoszenia strat) wynikających z działalności marketingowej i dystrybucyjnej prowadzonej przez ten podmiot. Na podstawie analizy stosunkowo wiarygodnych danych porównawczych należy stwierdzić, że dla celów niniejszego przykładu korzyści uzyskiwane przez Spółkę S skutkują zyskami podobnymi do zysków osiąganych przez niezależnych sprzedawców i dystrybutorów ponoszących takie same rodzaje ryzyk i kosztów jak Spółka S w pierwszych kilku latach obowiązywania porównywalnych długoterminowych umów w sprawie marketingu i dystrybucji podobnie mało znanych produktów.

29. W oparciu o powyższe założenia zwrot uzyskiwany przez Spółkę S odpowiada warunkom rynkowym, a prowadzone przez nią działania marketingowe, w tym jej wydatki marketingowe, nie różnią się znacznie od tych wykonywanych/ponoszonych przez niezależnych sprzedawców i dystrybutorów w porównywalnych transakcjach niekontrolowanych. Informacje na temat porównywalnych ustaleń niekontrolowanych stanowią najlepszy wyznacznik rynkowego zwrotu osiąganego przez Spółkę S z tytułu wkładu w wartość dóbr niematerialnych wnoszonego poprzez jej funkcje, ryzyka i koszty. Taki zwrot odzwierciedla zatem rynkowe wynagrodzenie za wkład wnoszony przez Spółkę S i dokonuje prawidłowego pomiaru jej udziału w dochodach wynikających z wykorzystywania znaku towarowego i nazwy handlowej w kraju Y. Nie ma konieczności ustalenia dla Spółki S odrębnego lub dodatkowego wynagrodzenia.

Przykład 10

30. Stan faktyczny w niniejszym przykładzie pozostaje taki sam jak w przykładzie 9, z wyjątkiem tego, że funkcje w zakresie rozwoju rynku wykonywane przez Spółkę S w przykładzie 10 są znacznie bardziej rozbudowane niż funkcje realizowane przez Spółkę S w przykładzie 9.

31. Jeżeli sprzedawca/dystrybutor faktycznie ponosi koszty i ryzyka prowadzonej przez niego działalności marketingowej, zagadnieniem wymagającym rozważenia jest zakres, w jakim sprzedawca/dystrybutor może uczestniczyć w potencjalnych korzyściach uzyskiwanych z takiej działalności. Dogłębna analiza porównywalności pozwoliła na zidentyfikowanie kilku niekontrolowanych spółek wykonujących funkcje marketingowe i dystrybucyjne na mocy podobnych długoterminowych ustaleń w sprawie marketingu i dystrybucji. Załóżmy jednak, że poziom wydatków marketingowych poniesionych przez Spółkę S w latach od 1 do 5 znacznie przekracza wydatki ponoszone przez zidentyfikowanych porównywalnych sprzedawców i dystrybutorów niezależnych. Załóżmy ponadto, że wysoki poziom wydatków ponoszonych przez Spółkę S odzwierciedla fakt, że wykonuje

ona dodatkowe lub bardziej intensywne funkcje niż te, jakie są wykonywane przez potencjalnie porównywalne spółki, oraz że Primair i Spółka S oczekują, że takie dodatkowe funkcje wygenerują wyższe marże lub wyższy wolumen sprzedaży produktów. Z uwagi na zakres działań związanych z rozwojem rynku podejmowanych przez Spółkę S oczywiste jest, że Spółka S wniosła większy wkład funkcjonalny w rozwój rynku i marketingowe dobra niematerialne oraz poniosła znacznie wyższe koszty i wyższe ryzyka niż zidentyfikowane potencjalnie porównywalne przedsiębiorstwa niezależne (jak również znacznie wyższe koszty i ryzyka niż w przykładzie 9). Istnieją również dowody pozwalające stwierdzić, że zyski realizowane przez Spółkę S są znacznie niższe niż marże zysku osiągane przez zidentyfikowanych potencjalnie porównywalnych sprzedawców i dystrybutorów niezależnych w analogicznych latach dla podobnych długoterminowych umów w sprawie marketingu i dystrybucji.

32. Podobnie jak w przykładzie 9 Spółka S ponosi koszty i ryzyka związane z jej działalnością marketingową na mocy długoterminowej umowy w sprawie wyłącznych praw do marketingu i dystrybucji zegarków R, w związku z czym Spółka S oczekuje, że będzie ona mogła osiągać korzyści (lub ponosić straty) wynikające z prowadzonej przez nią działalności marketingowej i dystrybucyjnej. Jednakże w omawianym przypadku Spółka S wykonywała funkcje i ponosiła wydatki marketingowe ponad to, co ponoszą we własnym zakresie przedsiębiorstwa niezależne w potencjalnie porównywalnych transakcjach dotyczących podobnych praw, w związku z czym Spółka S wypracowała znacznie niższe marże zysku niż marże zysku osiągane przez takie przedsiębiorstwa.

33. Z powyższego stanu faktycznego wyraźnie wynika, że ze względu na wykonywanie funkcji i ponoszenie wydatków marketingowych znacznie przekraczających poziomy funkcji i wydatków niezależnych sprzedawców/dystrybutorów w porównywalnych transakcjach Spółka S nie została adekwatnie wynagrodzona marżami osiąganymi na odprzedaży zegarków R. W takich okolicznościach właściwe byłoby zaproponowanie przez administrację podatkową kraju Y korekty cen transferowych zapewniającej Spółce S wynagrodzenie za wykonywaną przez nią działalność marketingową (z uwzględnieniem ponoszonych ryzyk i wydatków) odpowiadające wynagrodzeniu, jakie zostałoby uzyskane przez przedsiębiorstwa niezależne w porównywalnych transakcjach. W zależności od faktów i okoliczności odzwierciedlonych w szczegółowej analizie porównywalności taka korekta mogłaby polegać na:

- obniżeniu ceny uiszczonej przez Spółkę S za zegarki marki R zakupione od Primair. Przedmiotowa korekta mogłaby opierać się na zastosowaniu metody ceny odprzedaży lub metody marży transakcyjnej netto z wykorzystaniem dostępnych danych o zyskach osiąganych przez porównywalnych sprzedawców i dystrybutorów o porównywalnym poziomie wydatków marketingowych

i dystrybucyjnych, jeżeli takie dane porównawcze mogą zostać zidentyfikowane;
- podejście alternatywne mogłoby wiązać się z zastosowaniem metody podziału zysku za pomocą analizy rezydualnej, dokonującej podziału łącznych zysków ze sprzedaży zegarków marki R w kraju Y, poprzez, w pierwszej kolejności, przypisanie Spółce S i Primair podstawowego zwrotu za wykonywane przez nie funkcje i następnie podziału zysku rezydualnego w oparciu o podstawę, która bierze pod uwagę relatywne wkłady Spółki S i Primair w wygenerowanie dochodów oraz wartości znaku towarowego i nazwy handlowej R;
- bezpośrednim wynagrodzeniu Spółki S za nadwyżkę wydatków marketingowych poniesionych przez tę spółkę ponad wydatki ponoszone przez porównywalne przedsiębiorstwa niezależne, z uwzględnieniem odpowiedniego elementu zysku za funkcje i ryzyka odzwierciedlone przez takie wydatki.

34. W niniejszym przykładzie proponowana korekta opiera się na tym, że Spółka S wykonywała funkcje, ponosiła ryzyka i koszty, które przyczyniły się do rozwoju marketingowych dóbr niematerialnych, lecz z ich tytułu nie została ona adekwatnie wynagrodzona w ramach ustaleń dokonanych z Primair. Gdyby ustalenia pomiędzy Spółką S a Primair zostały ukształtowane w taki sposób, że Spółka S mogłaby oczekiwać rynkowego zwrotu w pozostałym okresie obowiązywania umowy dystrybucyjnej ze względu na tę dodatkową inwestycję, inny wynik mógłby być prawidłowy.

Przykład 11

35. Stan faktyczny w niniejszym przykładzie pozostaje taki sam jak w przykładzie 9, z wyjątkiem tego, że Spółka S zawiera w tym przypadku trzyletnią nieodpłatną umowę w zakresie wprowadzania na rynek i dystrybucji zegarków na rynku w kraju Y bez możliwości jej odnowienia. Po zakończeniu okresu trzech lat Spółka S nie zawiera z Primair nowej umowy.

36. Załóżmy, że zostanie wykazane, że niezależne przedsiębiorstwa zawierają krótkoterminowe umowy dystrybucyjne, na mocy których ponoszą one wydatki marketingowe i dystrybucyjne, lecz jedynie wówczas, gdy mają one możliwość osiągnięcia wynagrodzenia współmiernego do funkcji wykonywanych, aktywów zaangażowanych i ryzyk ponoszonych w okresie obowiązywania umowy. Dane dotyczące porównywalnych przedsiębiorstw niezależnych wskazują, że takie podmioty, bez wynagrodzenia, nie inwestują istotnych środków pieniężnych w rozwój infrastruktury marketingowej i dystrybucyjnej, jeżeli zawierają jedynie krótkoterminowe umowy w sprawie marketingu i dystrybucji wiążące się z ryzykiem ich nieodnowienia. Potencjalny krótkoterminowy charakter umowy w sprawie marketingu i dystrybucji oznacza, że Spółka S nie mogła, lub nie będzie mogła, osiągnąć korzyści z wydatków marketingowych i dystrybucyjnych ponoszonych

przez nią na własne ryzyko. Z tych samych względów działania podjęte przez Spółkę S mogą w przyszłości przynieść korzyści Primair.

37. Ryzyka ponoszone przez Spółkę S są znacznie wyższe niż w przykładzie 9, przy czym Spółka S nie została wynagrodzona zgodnie z zasadą ceny rynkowej za ponoszenie takich dodatkowych ryzyk. W tym przypadku Spółka S podjęła działania w zakresie rozwoju rynku i poniosła wydatki marketingowe wykraczające poza działania realizowane i wydatki ponoszone dla własnej korzyści przez porównywalne przedsiębiorstwa niezależne o podobnych uprawnieniach, w związku z czym Spółka S wypracowała znacznie niższe marże zysku niż marże zysku osiągane przez porównywalne przedsiębiorstwa. Ze względu na krótkoterminowy charakter umowy nie można zasadnie oczekiwać, że Spółka S będzie miała możliwość uzyskania odpowiednich korzyści na mocy umowy w ograniczonym okresie obowiązywania umowy z Primair. W takich okolicznościach Spółce S przysługuje wynagrodzenie za jej obarczony ryzykiem wkład do wartości znaku towarowego i nazwy handlowej R w okresie obowiązywania jej ustaleń z Primair.

38. Przedmiotowe wynagrodzenie może przyjąć formę bezpośredniego wynagrodzenia od Primair na rzecz Spółki S za oczekiwaną wartość wytworzoną dzięki wydatkom marketingowym i funkcjom w zakresie rozwoju rynku pełnionym przez ten podmiot. Ewentualnie taka korekta może polegać na obniżeniu ceny uiszczonej przez Spółkę S na rzecz Primair za zegarki R w latach od 1 do 3.

Przykład 12

39. Stan faktyczny w niniejszym przykładzie pozostaje taki sam jak w przykładzie 9, z następującymi dodatkowymi okolicznościami:

- do końca roku 3 marka R zdobywa ugruntowaną pozycję na rynku w kraju Y, a Primair i Spółka S renegocjują wcześniejszą umowę i zawierają nową długoterminową umowę licencyjną. Nowa umowa, która wchodzi w życie z początkiem roku 4, obowiązuje przez okres pięciu lat, przy czym Spółka S ma możliwość jej przedłużenia na kolejne pięć lat. Na mocy niniejszej umowy Spółka S zobowiązuje się uiszczać należności licencyjne na rzecz Primair w oparciu o sprzedaż brutto wszystkich zegarków oznaczonych znakiem towarowym R. W pozostałym zakresie warunki nowej umowy pozostają takie same jak we wcześniejszej umowie pomiędzy stronami. Cena należna od Spółki S za zegarki oznaczone marką nie zostaje skorygowana w związku z wprowadzeniem należności licencyjnych;
- sprzedaż zegarków marki R realizowana przez Spółkę S w latach 4 i 5 odpowiada wcześniejszym prognozom budżetowym. Jednakże wprowadzenie należności licencyjnych z początkiem roku 4 powoduje istotny spadek marż zysku osiąganych przez Spółkę S.

40. Załóżmy, że nie ma dowodów na to, iż niezależni sprzedawcy/dystrybutorzy podobnych produktów markowych godzą się na uiszczanie należności licencyjnych w ramach podobnych porozumień. Od roku 4 poziom wydatków i działań marketingowych Spółki S jest zgodny z poziomem wydatków i działań przedsiębiorstw niezależnych.

41. Dla celów cen transferowych należności licencyjne na ogół nie są uiszczane w transakcjach na warunkach rynkowych, jeżeli podmiot zajmujący się marketingiem i dystrybucją nie uzyskuje dla celów cen transferowych praw do znaków towarowych i podobnych dóbr niematerialnych innych niż prawo do korzystania z takich dóbr niematerialnych na potrzeby dystrybucji produktu markowego dostarczanego przez podmiot uprawniony do uzyskiwania dochodów wynikających z wykorzystywania dóbr niematerialnych. Co więcej, ze względu na należności licencyjne Spółka S osiąga konsekwentnie niższe marże zysku niż marże zysku niezależnych przedsiębiorstw wykonujących porównywalne funkcje, angażujących porównywalne aktywa i ponoszących porównywalne ryzyka w analogicznych latach podobnych długoterminowych ustaleń w sprawie marketingu i dystrybucji. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym przykładzie, właściwe byłoby dokonanie korekty cen transferowych nieuznającej uiszczanych należności licencyjnych.

Przykład 13

42. Stan faktyczny w niniejszym przykładzie pozostaje taki sam jak w przykładzie 10, z następującymi dodatkowymi okolicznościami:

- z końcem roku 3 Primair zaprzestaje produkcji zegarków i angażuje podmiot trzeci na potrzeby ich produkcji na jej rzecz. W rezultacie Spółka S będzie importować zegarki nieoznaczone marką bezpośrednio od producenta i dokonywać ich wtórnego przetworzenia w celu oznaczenia zegarków oraz ich opakowania nazwą i logo R przed sprzedażą na rzecz ostatecznego klienta. Następnie Spółka S będzie prowadzić sprzedaż i dystrybucję zegarków w sposób omówiony w przykładzie 10;
- w konsekwencji, na początku roku 4 Primair i Spółka renegocjują wcześniejszą umowę i zawierają nową długoterminową umowę licencyjną. Nowa umowa, która wchodzi w życie na początku roku 4, obowiązuje przez okres pięciu lat, przy czym Spółka S ma możliwość jej przedłużenia na kolejne pięć lat;
- na mocy nowej umowy Spółce S zostaje przyznane wyłączne prawo w kraju Y do przetwarzania, wprowadzania na rynek i dystrybuowania zegarków oznaczonych znakiem towarowym R w zamian za jej zobowiązanie do uiszczania należności licencyjnych na rzecz Primair na podstawie sprzedaży brutto wszystkich takich zegarków. Spółka S nie otrzymuje od Primair wynagrodzenia z tytułu renegocjacji pierwotnej umowy w sprawie marketingu i dystrybucji. Dla celów niniejszego przykładu przyjmuje się, że cena zakupu

zegarków uiszczana przez Spółkę S od początku roku 4 odpowiada warunkom rynkowym i nie zawiera wynagrodzenia za nazwę R.

43. Podczas kontroli podatkowej przeprowadzonej w roku 6 przez administracje podatkowe kraju Y ustalono w oparciu o właściwą analizę funkcjonalną, że poziom wydatków marketingowych Spółki S poniesionych w latach od 1 do 3 znacznie przekraczał wydatki ponoszone przez niezależnych sprzedawców i dystrybutorów posiadających podobne długoterminowe umowy w zakresie marketingu i dystrybucji. Ustalono również, że poziom i intensywność działalności marketingowej prowadzonej przez Spółkę S przekraczały poziom i intensywność działalności marketingowej wykonywanej przez niezależnych sprzedawców i dystrybutorów oraz że stosunkowo większa aktywność przyczyniła się do zwiększenia wolumenów i/lub zwiększenia ogólnych marż grupy Primair ze sprzedaży w kraju Y. Z uwagi na zakres działań związanych z rozwojem rynku podejmowanych przez Spółkę S, w tym jej strategiczną kontrolę nad taką działalnością, z analizy porównywalności i funkcjonalnej wyraźnie wynika, że Spółka S ponosiła znacznie wyższe koszty i wyższe ryzyka niż porównywalne przedsiębiorstwa niezależne. Istnieją również dowody wskazujące, że marże zysku realizowane przez Spółkę S indywidualnie są znacznie niższe niż marże zysku osiągane przez porównywalnych sprzedawców i dystrybutorów niezależnych w analogicznych latach dla podobnych długoterminowych ustaleń w zakresie marketingu i dystrybucji.

44. W trakcie kontroli przeprowadzonej w kraju Y stwierdzono także, że w latach 4 i 5 Spółka S ponosi koszty i ryzyka związane z jej działalnością marketingową w ramach nowych długoterminowych ustaleń licencyjnych z Primair, a ze względu na długoterminowy charakter umowy Spółka S może mieć możliwość osiągnięcia korzyści (lub poniesienia strat) wynikających z jej działalności. Jednakże Spółka S wykonywała działania w zakresie rozwoju rynku i ponosiła wydatki marketingowe znacznie przekraczające działania i wydatki realizowane i ponoszone przez porównywalnych licencjobiorców niezależnych we własnym zakresie w ramach podobnych długoterminowych umów licencyjnych, w związku z czym Spółka S odnotowała znacznie niższe oczekiwane marże zysku niż marże takich porównywalnych przedsiębiorstw.

45. Ze względu na powyższy stan faktyczny Spółka S powinna otrzymać wynagrodzenie w postaci dodatkowego zwrotu za wykonywane przez nią funkcje w zakresie rozwoju rynku, zaangażowane przez nią aktywa i ponoszone przez nią ryzyka. Za lata od 1 do 3 możliwe podstawy do dokonania przedmiotowej korekty zostały omówione w przykładzie 10. Za lata 4 i 5 podstawy do dokonania korekty byłyby podobne, z wyjątkiem tego, że korekta mogłaby polegać na obniżeniu należności licencyjnych uiszczanych przez Spółkę S na rzecz Primair zamiast ceny zakupu

zegarków. W zależności od faktów i okoliczności można również rozważyć, czy Spółka S powinna była otrzymać wynagrodzenie z tytułu renegocjacji ustaleń na koniec roku 3, zgodnie z zaleceniami przedstawionymi w części II rozdziału IX.

Przykład 14

46. Shuyona jest spółką dominującą grupy MNE. Shuyona została utworzona i prowadzi działalność w kraju X. Grupa Shuyona zajmuje się produkcją i sprzedażą towarów konsumpcyjnych. Dla utrzymania, a jeżeli będzie to możliwe, poprawy swojej pozycji rynkowej, grupa Shuyona prowadzi ciągłe badania mające na celu ulepszenie istniejących produktów i rozwój nowych wyrobów. Grupa Shuyona posiada dwa centra badawczo-rozwojowe. Pierwsze z nich jest prowadzone przez Shuyona w kraju X, a drugie przez Spółkę S, spółkę zależną Shuyona działającą w kraju Y. Centrum badawczo-rozwojowe Shuyona odpowiada za ogólny program badań grupy Shuyona. Centrum badawczo-rozwojowe Shuyona tworzy agendę badawczą, opracowuje i kontroluje budżety, podejmuje decyzje odnośnie do lokalizacji, gdzie będzie prowadzona działalność badawczo-rozwojowa, monitoruje postępy we wszystkich projektach badawczo-rozwojowych i ogólnie sprawuje kontrolę nad funkcją badawczo-rozwojową grupy MNE, działając pod strategicznym kierunkiem wyższego kierownictwa grupy Shuyona.

47. Centrum badawczo-rozwojowe Spółki S zajmuje się poszczególnymi projektami przydzielanymi przez centrum badawczo-rozwojowe Shuyona. Propozycje zmian do programu agendy badawczej wnoszone przez personel badawczo-rozwojowy Spółki S podlegają formalnemu zatwierdzaniu przez centrum badawczo-rozwojowe Shuyona. Co najmniej raz w miesiącu centrum badawczo-rozwojowe Spółki S przedstawia sprawozdania na temat swoich postępów personelowi nadzorującemu z centrum badawczo-rozwojowego Shuyona. Jeżeli Spółka S przekroczy budżety dotyczące jej prac wyznaczane przez Shuyona, dalsze wydatki podlegają zatwierdzaniu przez kierownictwo ds. badań i rozwoju Shuyona. Umowy pomiędzy centrum badawczo-rozwojowym Shuyona a centrum badawczo-rozwojowym Spółki S przewidują, że wszystkie koszty i ryzyka związane z działalnością badawczo-rozwojową prowadzoną przez Spółkę S są ponoszone przez Shuyona. Na mocy umów zawieranych pomiędzy tymi dwiema spółkami wszelkie patenty, wzory i inne dobra niematerialne, jakie rozwinął personel badawczy Spółki S, są rejestrowane przez Shuyona. Shuyona uiszcza na rzecz Spółki S opłatę za usługę za działalność badawczo-rozwojową tej spółki.

48. Analizę cen transferowych powyższego stanu faktycznego należy rozpocząć od stwierdzenia, że właścicielem prawnym dóbr niematerialnych jest Shuyona. Shuyona kontroluje i zarządza zarówno własną działalnością badawczo-rozwojową, jak i pracami podejmowanymi przez Spółkę S. Shuyona wykonuje ważne funkcje związane z takimi działaniami, np. budżetowanie, ustalanie agend

badawczych, opracowywanie projektów oraz finansowanie i kontrolowanie wydatków. W takich okolicznościach Shuyona jest uprawniona do zwrotów wynikających z wykorzystywania dóbr niematerialnych rozwiniętych w ramach działań badawczo-rozwojowych Spółki S. Spółka S jest uprawniona do wynagrodzenia za funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka podejmowane przez ten podmiot. Ustalając wysokość wynagrodzenia należnego Spółce S, jako czynniki porównywalności należy wziąć pod uwagę odpowiednie umiejętności i efektywność personelu badawczo-rozwojowego Spółki S, charakter prowadzonych badań oraz inne czynniki wnoszące wkład w wartość. W zakresie, w jakim wymagane jest dokonanie korekt cen transferowych w celu odzwierciedlenia kwoty, jaką otrzymałby porównywalny dostawca usług badawczo-rozwojowych za swoje usługi, takie korekty powinny zasadniczo dotyczyć roku, w którym usługa była świadczona, i nie powinny mieć wpływu na przysługujące Shuyona uprawnienie do przyszłych zwrotów z tytułu wykorzystywania dóbr niematerialnych wynikających z działalności badawczo-rozwojowej Spółki S.

Przykład 15

49. Shuyona jest spółką dominującą grupy MNE. Shuyona została utworzona i prowadzi działalność wyłącznie w kraju X. Grupa Shuyona zajmuje się produkcją i sprzedażą towarów konsumpcyjnych. Dla utrzymania, a jeżeli będzie to możliwe, umocnienia swojej pozycji rynkowej grupa Shuyona prowadzi ciągłe badania mające na celu doskonalenie istniejących produktów i rozwój nowych wyrobów. Grupa Shuyona posiada dwa centra badawczo-rozwojowe. Pierwsze z nich jest prowadzone przez Shuyona w kraju X, a drugie przez Spółkę S, spółkę zależną Shuyona działającą w kraju Y.

50. Grupa Shuyona sprzedaje dwie linie produktów. Wszelkie działania badawczo-rozwojowe dotyczące linii produktów A są wykonywane przez Shuyona. Wszelkie działania badawczo-rozwojowe dotyczące linii produktów B są realizowane przez centrum badawczo-rozwojowe prowadzone przez Spółkę S. Spółka S funkcjonuje również jako centrala regionalna grupy Shuyona w Ameryce Północnej i ponosi globalną odpowiedzialność za prowadzenie działalności związanej z linią produktów B. Jednakże wszystkie patenty rozwinięte w ramach działalności badawczej Spółki S są rejestrowane przez Shuyona. Shuyona nie uiszcza płatności lub uiszcza jedynie symboliczne płatności na rzecz Spółki S w związku z wynalazkami posiadającymi zdolność patentową rozwiniętymi przez centrum badawczo-rozwojowe Spółki S.

51. Centra badawczo-rozwojowe Shuyona i Spółki S działają samodzielnie i ponoszą własne koszty operacyjne. Zgodnie z ogólnym kierunkiem polityki wyższego kierownictwa Shuyona, Spółka S opracowuje własne agendy badawcze, ustala własne budżety, określa, kiedy projekty badawczo-rozwojowe powinny

zostać zakończone lub zmienione, jak również zatrudnia własną kadrę badawczo-rozwojową. Centrum badawczo-rozwojowe Spółki S podlega zespołowi kierownictwa linii produktów B w Spółce S i nie podlega centrum badawczo-rozwojowemu Shuyona B+R. Zespoły badawczo-rozwojowe Shuyona i Spółki S niekiedy uczestniczą we wspólnych spotkaniach w celu omówienia metod badawczych i wspólnych zagadnień.

52. Analizę cen transferowych powyższego stanu faktycznego należy rozpocząć od stwierdzenia, że właścicielem prawnym / podmiotem rejestrującym dobra niematerialne rozwinięte przez Spółkę S jest Shuyona. Jednakże w przeciwieństwie do sytuacji omówionej w przykładzie 14 Shuyona nie wykonuje ani nie kontroluje funkcji badawczych realizowanych przez Spółkę S, w tym ważnych funkcji związanych z zarządzaniem, opracowywaniem, budżetowaniem i finansowaniem takich badań. W związku z powyższym własność prawna dóbr niematerialnych Shuyona nie uprawnia tej spółki do zachowania lub przypisania na jej rzecz jakichkolwiek dochodów związanych z dobrami niematerialnymi linii produktów B. Administracje podatkowe mogą dojść do odpowiedniego wyniku dla celów cen transferowych, uznając własność prawną dóbr niematerialnych po stronie Shuyona, lecz stwierdzając, że ze względu na wkłady wnoszone przez Spółkę S w postaci funkcji, aktywów i ryzyk odpowiednie wynagrodzenie dla Spółki S za jej wkłady można zapewnić, potwierdzając, że Spółka S nie powinna uiszczać na rzecz Shuyona należności licencyjnych lub innych płatności za prawo do korzystania z jakichkolwiek dóbr niematerialnych skutecznie rozwiniętych przez Spółkę S, tak aby przyszłe dochody wynikające z wykorzystywania takich dóbr niematerialnych przez Spółkę S podlegały alokacji na rzecz Spółki S, nie zaś na rzecz Shuyona.

53. Jeżeli Shuyona korzysta z dóbr niematerialnych linii produktów B samodzielnie, Shuyona powinna zapewnić Spółce S odpowiednie wynagrodzenie za funkcje wykonywane, aktywa zaangażowane i ryzyka ponoszone przez ten podmiot w związku z rozwojem dóbr niematerialnych. Przy ustalaniu odpowiedniego poziomu wynagrodzenia dla Spółki S fakt, że Spółka S pełni wszystkie istotne funkcje związane z rozwojem dóbr niematerialnych prawdopodobnie spowoduje, że wyznaczenie Spółki S jako strony podlegającej badaniu w ramach ustaleń w zakresie usług badawczo-rozwojowych będzie niewłaściwe.

Przykład 16

54. Shuyona jest spółką dominującą grupy MNE. Shuyona została utworzona i prowadzi działalność wyłącznie w kraju X. Grupa Shuyona zajmuje się produkcją i sprzedażą towarów konsumpcyjnych. Dla utrzymania, a jeżeli będzie to możliwe, umocnienia swojej pozycji rynkowej grupa Shuyona prowadzi ciągłe badania mające na celu doskonalenie istniejących produktów i rozwój nowych wyrobów.

Grupa Shuyona posiada dwa centra badawczo-rozwojowe. Pierwsze z nich jest prowadzone przez Shuyona w kraju X, a drugie przez Spółkę S, spółkę zależną Shuyona działającą w kraju Y. Relacje pomiędzy centrum badawczo-rozwojowym Shuyona a centrum badawczo-rozwojowym Spółki S pozostają takie same jak opisane w przykładzie 14.

55. W roku 1 Shuyona dokonuje sprzedaży wszystkich praw do patentów i innych dóbr niematerialnych związanych z technologiami, w tym praw do korzystania z takich dóbr niematerialnych w ramach bieżących badań, na rzecz nowej spółki zależnej, Spółki T, utworzonej w kraju Z. Spółka T zakłada zakład produkcyjny w kraju Z i rozpoczyna dostawy produktów na rzecz członków grupy Shuyona na świecie. Dla celów niniejszego przykładu przyjmuje się, że wynagrodzenie wypłacone przez Spółkę T w zamian za przeniesione patenty i związane z nimi dobra niematerialne opiera się na wycenie oczekiwanych przyszłych przepływów pieniężnych generowanych przez przeniesione dobra niematerialne, przeprowadzonej w momencie dokonania przeniesienia.

56. Równolegle z przeniesieniem patentów i innych dóbr niematerialnych związanych z technologiami Spółka T zawiera umowę w sprawie działalności badawczej na zlecenie z Shuyona oraz odrębną umowę w sprawie działalności badawczej na zlecenie ze Spółką S. Na mocy powyższych umów Spółka T zobowiązuje się umownie ponosić ryzyko finansowe związane z ewentualnym niepowodzeniem przyszłych projektów badawczo-rozwojowych, ponosić koszty całej przyszłej działalności badawczo-rozwojowej, jak również zobowiązuje się uiszczać na rzecz Shuyona i Spółki S opłatę usługową w oparciu o koszty prowadzonej działalności badawczo-rozwojowej, powiększone o rynkowy narzut zysku równy narzutowi zysku na kosztach osiąganemu przez określone zidentyfikowane niezależne spółki zajmujące się świadczeniem usług badawczych.

57. Spółka T nie posiada personelu technicznego zdolnego do prowadzenia lub nadzorowania działalności badawczej. Shuyona nadal opracowuje i tworzy agendę badawczo-rozwojową związaną z dalszym rozwojem przeniesionych dóbr niematerialnych, ustala własne budżety badawczo-rozwojowe, określa własne poziomy obsady stanowisk badawczo-rozwojowych i podejmuje decyzje odnośnie do tego, czy należy realizować lub zakończyć poszczególne projekty badawczo-rozwojowe. Ponadto Shuyona wciąż sprawuje nadzór i kontrolę nad działalnością badawczo-rozwojową w Spółce S w sposób opisany w przykładzie 14.

58. Analizę cen transferowych należy rozpocząć od zidentyfikowania stosunków handlowych lub finansowych pomiędzy stronami oraz warunków i ekonomicznie istotnych okoliczności związanych z takimi stosunkami w celu dokładnego określenia transakcji kontrolowanej zgodnie z zasadami określonymi w sekcji D.1

rozdziału I. Niniejszy przykład opiera się na następujących kluczowych założeniach: Spółka T działa jako producent i nie wykonuje żadnych działań związanych z nabywaniem, rozwojem lub wykorzystywaniem dóbr niematerialnych, jak również nie kontroluje ryzyk związanych z nabywaniem dóbr niematerialnych lub ich dalszym rozwojem. Wszelkie działania rozwojowe oraz funkcje w zakresie zarządzania ryzykiem związane z dobrami niematerialnymi są realizowane przez Shuyona i Spółkę S, przy czym to Shuyona sprawuje kontrolę nad ryzykiem. Dogłębne badanie transakcji wykazało, że powinna ona być dokładnie określona jako udzielanie finansowania przez Spółkę T na kwotę odpowiadającą kosztom nabytych dóbr niematerialnych i ich ciągłego rozwoju. Kluczowym założeniem w niniejszym przykładzie jest to, że mimo iż Spółka T ponosi ryzyko finansowe na mocy umowy i posiada zdolność finansową do ponoszenia takiego ryzyka, spółka ta nie sprawuje kontroli nad tym ryzykiem zgodnie z zasadami wskazanymi w pkt 6.63 i 6.64. W rezultacie oprócz wynagrodzenia za produkcję Spółka T jest uprawniona do nie więcej niż zwrotu wolnego od ryzyka z tytułu jej działalności związanej z udzielaniem finansowania (więcej zaleceń na ten temat znajduje się w sekcji D.1 rozdziału I, w szczególności w pkt 1.103).

Przykład 17

59. Spółka A jest w pełni zintegrowaną spółką farmaceutyczną zajmującą się wynajdowaniem, rozwojem, produkcją i sprzedażą preparatów farmaceutycznych. Spółka A prowadzi swoją działalność w kraju X. Realizując działalność badawczą, Spółka A regularnie angażuje niezależne firmy typu *Contract Research Organisations* (CRO) w celu prowadzenia różnych działań badawczo-rozwojowych, w tym projektowania i przeprowadzania badań klinicznych dotyczących produktów znajdujących się w toku rozwoju przez Spółkę A. Jednakże takie firmy typu CRO nie zajmują się badaniami pionierskimi niezbędnymi do zidentyfikowania nowych związków farmaceutycznych. W sytuacji gdy Spółka A angażuje firmę typu CRO w celu przeprowadzenia badań klinicznych, personel badawczy Spółki A aktywnie uczestniczy w projektowaniu badań firmy typu CRO, przekazuje firmie typu CRO wyniki i informacje dotyczące wcześniejszych badań, ustala budżety i harmonogramy projektów firmy typu CRO i przeprowadza bieżącą kontrolę jakości działalności firmy typu CRO. W ramach takich ustaleń firmy typu CRO otrzymują wynegocjowaną opłatę za usługi i nie uzyskują bieżącego udziału w zyskach osiąganych ze sprzedaży produktów rozwiniętych dzięki ich badaniom.

60. Spółka A dokonuje przeniesienia patentów i związanych z nimi dóbr niematerialnych dotyczących produktu M, preparatu farmaceutycznego znajdującego się na wczesnym etapie rozwoju, który potencjalnie może służyć do leczenia choroby Alzheimera, na rzecz Spółki S, będącej spółką zależną Spółki A w kraju Y (przedmiotowa transakcja dotyczy wyłącznie istniejących już dóbr niematerialnych i nie obejmuje wynagrodzenia za przyszłe usługi badawczo-rozwojowe Spółki A).

Dla celów niniejszego przykładu przyjmijmy, że płatność od Spółki S za przeniesienie dóbr niematerialnych dotyczących produktu M opiera się na wycenie oczekiwanych przyszłych przepływów pieniężnych. Spółka S nie posiada personelu technicznego zdolnego do projektowania, prowadzenia lub nadzorowania wymaganych bieżących działań badawczych w zakresie produktu M. W związku z powyższym Spółka S angażuje Spółkę A na potrzeby realizacji programu badawczego dotyczącego produktu M w taki sam sposób jak przed dokonaniem przeniesienia dóbr niematerialnych na rzecz Spółki S. Spółka S zgadza się finansować wszystkie bieżące badania związane z produktem M, ponosić ryzyko finansowe dotyczące ewentualnego niepowodzenia takich badań oraz opłacać usługi świadczone przez Spółkę A w oparciu o koszty powiększone o narzut osiągany przez firmy typu CRO takie jak te, z którymi Spółka A regularnie współpracuje.

61. Analizę cen transferowych powyższego stanu faktycznego należy rozpocząć od stwierdzenia, że po dokonaniu przeniesienia właścicielem prawnym dóbr niematerialnych dotyczących produktu M na mocy stosownych umów i rejestracji jest Spółka S. Jednakże Spółka A nadal wykonuje i kontroluje funkcje i zarządza ryzykami związanymi z dobrami niematerialnymi należącymi do Spółki S, w tym istotne funkcje opisane w pkt 6.56, i jest uprawniona do wynagrodzenia za taki wkład. W powyższych okolicznościach transakcje Spółki A z firmami typu CRO nie są porównywalne do ustaleń pomiędzy Spółką S a Spółką A w zakresie produktu M i nie mogą zostać wykorzystane do wyznaczenia rynkowego wynagrodzenia, jakie należy zapewnić Spółce A za jej bieżącą działalność badawczo-rozwojową w odniesieniu do dóbr niematerialnych związanych z produktem M. W transakcjach ze Spółką A Spółka S nie wykonuje i nie kontroluje takich samych funkcji ani nie kontroluje takich samych ryzyk, jak te wykonywane i kontrolowane przez Spółkę A w transakcjach z firmami typu CRO.

62. Jakkolwiek Spółka S jest prawnym właścicielem dóbr niematerialnych, nie powinna być ona uprawniona do całego zwrotu wynikającego z wykorzystywania dóbr niematerialnych. Ponieważ Spółka S nie posiada zdolności do sprawowania kontroli nad ryzykami związanymi z badaniami, Spółkę A należy traktować jako ponoszącą istotną część stosownego ryzyka, jak również Spółka A powinna otrzymać wynagrodzenie za pełnione przez nią funkcje, w tym ważne funkcje omówione w pkt 6.56. W powyższych okolicznościach Spółka A powinna być uprawniona do wyższego zwrotu niż firmy typu CRO.

63. Dogłębne badanie transakcji w niniejszym przykładzie może wykazać, że należy ją dokładnie określić jako udzielenie finansowania przez Spółkę S na kwotę odpowiadającą kosztom nabytych dóbr niematerialnych i ciągłego rozwoju. W rezultacie Spółka S będzie uprawniona wyłącznie do zwrotu za udzielenie finansowania. Wysokość zwrotu za udzielenie finansowania zależy od sprawowa-

nia kontroli nad ryzykiem finansowania zgodnie z zaleceniami przedstawionymi w sekcji D.1 rozdziału I i zasadami wskazanymi w pkt 6.63 i 6.64. Spółka A będzie uprawniona do zachowania pozostałych dochodów lub strat.

Przykład 18

64. Primarni została utworzona i prowadzi działalność w kraju A. Spółka S jest przedsiębiorstwem powiązanym z Primarni. Spółka S została utworzona i prowadzi działalność w kraju B. Primarni rozwija opatentowany wynalazek i *know-how* o charakterze produkcyjnym w zakresie produktu X. Primarni uzyskuje ważne patenty we wszystkich krajach wskazanych w niniejszym przykładzie. Primarni i Spółka S zawierają pisemną umowę licencyjną, na mocy której Primarni przyznaje Spółce S prawo do wykorzystywania patentów i *know-how* dotyczących produktu X w celu wytwarzania i sprzedaży produktu X w kraju B, przy czym Primarni zachowuje prawa związane z patentami i *know-how* w zakresie produktu X na obszarze Azji, Afryki oraz w kraju A.

65. Załóżmy, że Spółka S wykorzystuje patenty i *know-how* na potrzeby produkcji produktu X w kraju B. Spółka S prowadzi sprzedaż produktu X zarówno na rzecz niezależnych, jak i powiązanych klientów w kraju B. Dodatkowo Spółka S sprzedaje produkt X powiązanym dystrybutorom położonym w całej Azji i Afryce. Podmioty dystrybucyjne odsprzedają poszczególne produkty X klientom w Azji i Afryce. Primarni nie wykonuje swoich zachowanych praw patentowych dotyczących obszaru Azji i Afryki, aby uniemożliwić sprzedaż produktu X przez Spółkę S na rzecz podmiotów dystrybucyjnych działających w Azji i Afryce.

66. W takich okolicznościach postępowanie stron wskazuje, że transakcja pomiędzy Primarni a Spółką S faktycznie stanowi licencję patentów i *know-how* dotyczących produktu X na obszarze kraju B oraz Azji i Afryki. W ramach analizy cen transferowych w odniesieniu do transakcji pomiędzy Spółką S a Primarni, biorąc pod uwagę postępowanie stron, licencję udzieloną Spółce S należy potraktować jako obejmującą Azję i Afrykę i nie należy ograniczać jej do kraju B. Trzeba ponownie obliczyć stawkę należności licencyjnych w celu uwzględnienia całkowitej prognozowanej sprzedaży Spółki S na wszystkich terytoriach, w tym na rzecz podmiotów z Azji i Afryki.

Przykład 19

67. Spółka P, będąca rezydentem kraju A, zajmuje się handlem detalicznym, prowadząc kilka domów towarowych w kraju A. Na przestrzeni lat Spółka P rozwinęła specjalny *know-how* oraz unikalną koncepcję marketingową dotyczące prowadzenia działalności jej domów towarowych. Załóżmy, że *know-how* i unikalna koncepcja marketingowa stanowią dobra niematerialne w rozumieniu sekcji A roz-

działu VI. Po latach udanej działalności w kraju A Spółka P zawiązuje nową spółkę zależną, Spółkę S, w kraju B. Spółka S otwiera i prowadzi nowe domy towarowe w kraju B, uzyskując znacznie wyższe marże zysku niż realizowane przez sprzedawców detalicznych w kraju B pod każdym innym względem porównywalnych.

68. Szczegółowa analiza funkcjonalna wykazała, że Spółka S wykorzystuje w swojej działalności w kraju B taki sam *know-how* i unikalną koncepcję marketingową, jak te wykorzystywane przez Spółkę P w ramach jej działalności w kraju A. W powyższych okolicznościach postępowanie stron wskazuje, że została przeprowadzona transakcja polegająca na przeniesieniu prawa do wykorzystywania *know-how* i unikalnej koncepcji marketingowej od Spółki P na rzecz Spółki S. W porównywalnych okolicznościach podmioty niezależne zawarłyby umowę licencyjną przyznającą Spółce S prawo do wykorzystywania w kraju B *know-how* i unikalnej koncepcji marketingowej opracowanych przez Spółkę P. W związku z powyższym jednym z możliwych rozwiązań dostępnych administracji podatkowej jest dokonanie korekty cen transferowych nakładającej należność licencyjną od Spółki S na rzecz Spółki P za wykorzystywanie takich dóbr niematerialnych.

Przykład 20

69. Ilcha została utworzona w kraju A. Grupa spółek Ilcha od wielu lat zajmuje się produkcją i sprzedażą produktu Q w krajach B i C za pośrednictwem w pełni zależnej spółki, Spółki S1, utworzonej w kraju B. Ilcha jest właścicielem patentów w zakresie projektu produktu Q, jak również rozwinęła unikalny znak towarowy oraz inne marketingowe dobra niematerialne. Patenty i znaki towarowe zostały zarejestrowane przez Ilcha w krajach B i C.

70. Z uzasadnionych przyczyn biznesowych Ilcha stwierdza, że działalność grupy w krajach B i C zostanie wzmocniona, jeżeli będzie prowadzona za pośrednictwem odrębnych spółek zależnych położonych w każdym kraju. Z tego względu Ilcha zakłada w kraju C w pełni zależną spółkę, Spółkę S2. W związku z działalnością wykonywaną w kraju C:

- Spółka S1 dokonuje przeniesienia na rzecz Spółki S2 trwałych aktywów produkcyjnych i marketingowych wcześniej wykorzystywanych przez Spółkę S1 w kraju C;
- Ilcha i Spółka S1 zgadzają się rozwiązać umowę przyznającą Spółce S1 następujące prawa dotyczące produktu Q: prawo do produkcji i dystrybucji produktu Q w kraju C; prawo do wykorzystywania patentów i znaku towarowego na potrzeby prowadzenia jej działalności produkcyjnej i dystrybucyjnej w kraju C oraz prawo do korzystania z relacji z klientami, listy klientów, wartości firmy i innych pozycji w kraju C („Prawa”);
- Ilcha zawiera nowe długoterminowe umowy licencyjne ze Spółką S2, przyznające jej Prawa w kraju C.

Następnie nowo utworzona spółka zależna prowadzi działalność związaną z produktem Q w kraju C, natomiast Spółka S1 nadal prowadzi działalność w zakresie produktu Q w kraju B.

71. Załóżmy, że na przestrzeni lat swojej działalności Spółka S1 rozwinęła istotną wartość biznesową w kraju C, za którą przedsiębiorstwo niezależne byłoby skłonne zapłacić w przypadku dokonania nabycia takiej wartości biznesowej. Załóżmy ponadto, że dla celów rachunkowych i wyceny przedsiębiorstwa część takiej wartości biznesowej zostałaby uznana za wartość firmy na potrzeby alokacji ceny nabycia, jaka zostałaby przeprowadzona przy sprzedaży przedsiębiorstwa Spółki S1 w kraju C na rzecz podmiotu niezależnego.

72. Mając na względzie fakty i okoliczności omawianego przypadku, należy uznać, że na rzecz Spółki S2 dokonywane jest przeniesienie wartości poprzez połączenie (i) przeniesienia części trwałych aktywów biznesowych Spółki S1 na rzecz Spółki S2 w kraju C oraz (ii) zrzeczenia się praw przez Spółkę S1 i następnie przyznanie praw przez Ilcha Spółce S2. Zachodzą zatem trzy oddzielne transakcje:

- przeniesienie części trwałych aktywów biznesowych Spółki S1 na rzecz Spółki S2 w kraju C;
- zrzeczenie się przez Spółkę S1 jej praw wynikających z licencji, które przechodzą z powrotem do Ilcha, oraz
- udzielenie następnie licencji przez Ilcha na rzecz Spółki S2.

Dla celów cen transferowych ceny uiszczone przez Ilcha i Spółkę S2 w związku z powyższymi transakcjami powinny odzwierciedlać wartość przedsiębiorstwa uwzględniającą kwoty, które mogą zostać uznane za wartość firmy dla celów rachunkowych.

Przykład 21

73. Första to spółka zajmująca się towarami konsumpcyjnymi, utworzona i działająca w kraju A. Przed rokiem 1 Första wytwarza produkt Y w kraju A i prowadzi jego sprzedaż za pośrednictwem powiązanych spółek dystrybucyjnych w wielu krajach na świecie. Produkt Y cieszy się rozpoznawalnością i w porównaniu z konkurencją generuje premię, do której jest uprawniona Första, jako właściciel prawny i podmiot, który rozwinął znak towarowy i związaną z nim wartość firmy kreujące taką premię.

74. W roku 2 Första zawiązuje w pełni zależną Spółkę S w kraju B. Spółka S pełni rolę superdystrybutora i centrum fakturowania. Första wciąż wysyła produkt Y bezpośrednio do swoich powiązanych podmiotów dystrybucyjnych, jednakże tytuł prawny do produktów przechodzi na Spółkę S, która refakturuje powiązane podmioty dystrybucyjne za produkty.

75. Z początkiem roku 2 Spółka S zobowiązuje się zwrócić powiązanym dystrybutorom część ich kosztów reklamowych. Ceny produktu Y pobierane przez Spółkę S od powiązanych dystrybutorów zostają skorygowane w górę, aby marże zysku operacyjnego powiązanych dystrybutorów pozostały bez zmian, niezależnie od przeniesienia kosztów reklamowych na rzecz Spółki S. Przyjmijmy, że marże zysku operacyjnego osiągane przez powiązane podmioty dystrybucyjne odpowiadają warunkom rynkowym zarówno przed rokiem 2, jak i po nim, biorąc pod uwagę równoległe zmiany w cenach produktów oraz zwrot kosztów reklamowych. Spółka S nie wykonuje żadnych funkcji w obszarze reklamy ani nie kontroluje żadnych ryzyk związanych z marketingiem produktów.

76. W roku 3 ceny pobierane przez Första od Spółki S zostają obniżone. Första i Spółka S są zdania, że obniżenie cen znajduje uzasadnienie, ponieważ Spółka S jest obecnie uprawniona do dochodów wynikających z dóbr niematerialnych. Spółka S twierdzi, że takie dochody należy przypisać dobrom niematerialnym dotyczącym produktu Y, wytworzonym w wyniku poniesionych przez nią kosztów reklamowych.

77. Zasadniczo Spółka S nie może rościć sobie prawa do dochodów wynikających z wykorzystywania dóbr niematerialnych dotyczących produktu Y. Spółka S nie wykonuje żadnych funkcji, nie ponosi żadnych ryzyk i w zasadzie nie ponosi żadnych kosztów związanych z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem lub ochroną dóbr niematerialnych. Właściwe byłoby zatem dokonanie korekty cen transferowych w celu zwiększenia dochodów Första w roku 3 i w kolejnych latach.

Przykład 22

78. Spółka A ma urzędową licencję na prowadzenie działalności górniczej oraz urzędową licencję na korzystanie z infrastruktury kolejowej. Indywidualna wartość rynkowa licencji górniczej wynosi 20. Indywidualna wartość rynkowa licencji kolejowej wynosi 10. Spółka A nie posiada innych aktywów netto.

79. Birincil, podmiot niezależny od Spółki A, nabywa 100-procentowy udział w kapitale Spółki A za kwotę 100. W ramach alokacji ceny nabycia przeprowadzanej dla celów rachunkowych w związku z takim nabyciem Birincil przypisuje 20 z kwoty ceny zakupu do licencji górniczej, 10 do licencji kolejowej, a 70 do wartości firmy w oparciu o synergie wytworzone pomiędzy licencją górniczą i licencją kolejową.

80. Bezpośrednio po dokonaniu nabycia, zgodnie z dyspozycją Birincil, Spółka A dokonuje przeniesienia swojej licencji górniczej i licencji kolejowej na rzecz Spółki S, będącej spółką zależną Birincil.

81. Dokonując analizy cen transferowych w zakresie ceny rynkowej, jaka powinna zostać wypłacona przez Spółkę S z tytułu transakcji ze Spółką A, należy szczegółowo zidentyfikować dobra niematerialne podlegające przeniesieniu. Podobnie jak w przypadku nabycia przez Birincil Spółki A na warunkach rynkowych, należy uwzględnić wartość firmy związaną z licencjami przenoszonymi na rzecz Spółki S, ponieważ można ogólnie założyć, że taka wartość nie zniknie ani nie zostanie zniszczona w ramach wewnętrznej restrukturyzacji działalności.

82. W konsekwencji rynkowa cena transakcji pomiędzy Spółkami A i S powinna wziąć pod uwagę licencję górniczą, licencję kolejową oraz wartość przypisaną wartości firmy dla celów rachunkowych. Kwota 100 uiszczona przez Birincil za udziały Spółki A reprezentuje cenę rynkową za takie udziały i dostarcza użytecznych informacji o łącznej wartości dóbr niematerialnych.

Przykład 23

83. Birincil nabywa 100-procentowy udział w kapitale niezależnego przedsiębiorstwa, Spółki T, za kwotę 100. Spółka T prowadzi działalność badawczo-rozwojową i częściowo rozwinęła szereg obiecujących technologii, lecz realizuje jedynie minimalną sprzedaż. Cenę zakupu uzasadnia przede wszystkim wartość obiecujących, ale jedynie częściowo rozwiniętych technologii oraz potencjał personelu Spółki T do rozwijania kolejnych nowych technologii w przyszłości. W ramach alokacji ceny nabycia przeprowadzonej dla celów rachunkowych w związku z takim nabyciem Birincil przypisuje 20 z kwoty ceny nabycia do majątku trwałego i zidentyfikowanych dóbr niematerialnych, w tym patentów, a 80 do wartości firmy.

84. Bezpośrednio po dokonaniu nabycia, zgodnie z dyspozycją Birincil, Spółka T dokonuje przeniesienia całości swoich praw do całkowicie i częściowo rozwiniętych technologii, w tym patentów, tajemnic handlowych i *know-how* o charakterze technicznym, na rzecz Spółki S, będącej spółką zależną Birincil. Jednocześnie Spółka S zawiera ze Spółką T umowę w sprawie działalności badawczej na zlecenie, na mocy której personel Spółki T będzie nadal zajmował się wyłącznie rozwojem przeniesionych technologii oraz rozwojem nowych technologii na rzecz Spółki S. Umowa przewiduje, że z tytułu swoich usług badawczych Spółka T będzie otrzymywać wynagrodzenie w postaci opłat równych ponoszonym przez nią kosztom powiększonym o narzut zysku oraz że wszelkie prawa do dóbr niematerialnych rozwiniętych lub ulepszonych na mocy umowy dotyczącej działalności badawczej będą stanowić własność Spółki S. W rezultacie Spółka S będzie finansować wszystkie przyszłe badania oraz ponosić ryzyko finansowe, że część lub całość przyszłych badań nie będzie skutkować rozwojem komercyjnie opłacalnych produktów. Spółka S posiada liczny personel badawczy, w tym kadrę zarządzającą odpowiadającą za technologie z rodzaju tych nabywanych od Spółki T. Po dokonaniu omawianej transakcji personel ba-

dawczy i zarządzający Spółki S ponosi pełną odpowiedzialność zarządczą za nadawanie kierunku i kontrolowanie prac realizowanych przez personel badawczy Spółki T. Spółka S zatwierdza nowe projekty, opracowuje i planuje budżet, i pod innym względem kontroluje bieżące prace badawcze wykonywane w Spółce T. Cały personel badawczy Spółki T jest nadal zatrudniany przez Spółkę T i ma świadczyć wyłącznie usługi na mocy umowy w sprawie działalności badawczej zawartej ze Spółką S.

85. Dokonując analizy cen transferowych w zakresie ceny rynkowej, jaka powinna zostać wypłacona przez Spółkę S za dobra niematerialne przeniesione przez Spółkę T, oraz ceny, jaka powinna być uiszczana za bieżące usługi badawczo-rozwojowe Spółki T, należy zidentyfikować poszczególne dobra niematerialne podlegające przeniesieniu na rzecz Spółki S i dobra niematerialne pozostające w Spółce T. Dobra niematerialne określone i wycenione w ramach alokacji ceny nabycia nie mają charakteru decydującego dla celów cen transferowych. Kwota 100 uiszczona przez Birincil za udziały Spółki T reprezentuje cenę rynkową za udziały tej spółki i dostarcza użytecznych informacji o wartości przedsiębiorstwa Spółki T. Pełna wartość tego przedsiębiorstwa powinna znaleźć odzwierciedlenie w wartości aktywów trwałych i dóbr niematerialnych przeniesionych na rzecz Spółki S lub w wartości aktywów trwałych, dóbr niematerialnych i personelu pozostającego w Spółce T. W zależności od stanu faktycznego istotna część wartości wyrażonej w alokacji ceny nabycia jako wartość firmy Spółki T mogła zostać przeniesiona na rzecz Spółki S wraz z innymi dobrami niematerialnymi Spółki T. W zależności od stanu faktycznego część wartości wyrażonej w alokacji ceny nabycia jako wartość firmy mogła również pozostać w Spółce T. Zgodnie z zasadą ceny rynkowej, Spółka T powinna być uprawniona do wynagrodzenia za taką wartość albo w ramach ceny wypłaconej przez Spółkę S za przeniesione prawa do dóbr niematerialnych związanych z technologiami, albo w ramach wynagrodzenia uiszczanego na rzecz Spółki T w latach po dokonaniu transakcji za usługi badawczo-rozwojowe świadczone przez jej personel. Należy ogólnie założyć, że taka wartość nie zniknie ani nie zostanie zniszczona w związku z wewnętrzną restrukturyzacją działalności. Jeżeli przeniesienie dóbr niematerialnych na rzecz Spółki S zostanie oddzielone w czasie od nabycia, należy odrębnie rozważyć, czy w takim przedziale czasowym nie nastąpił wzrost lub spadek wartości przenoszonych dóbr niematerialnych.

Przykład 24

86. Zhu zajmuje się doradztwem w zakresie rozwoju oprogramowania. W przeszłości Zhu rozwinęła oprogramowanie obsługujące transakcje realizowane w bankomatach dla klienta – Banku A. W trakcie tego procesu Zhu stworzyła własny i chroniony prawem autorskim kod oprogramowania – i zachowała w nim pełny udział – który potencjalnie może zostać wykorzystany przez innych klientów ban-

kowych znajdujących się w podobnej sytuacji, aczkolwiek po dokonaniu pewnych zmian i jego dostosowaniu.

87. Załóżmy, że Spółka S, przedsiębiorstwo powiązane z Zhu, zawiera odrębną umowę w sprawie rozwoju oprogramowania obsługującego operacje w bankomatach na rzecz innego banku, Banku B. Zhu zgadza się wesprzeć swoje przedsiębiorstwo powiązane, udostępniając pracowników, którzy pracowali przy zleceniu na rzecz Banku A, do pracy przy zleceniu realizowanym przez Spółkę S dla Banku B. Pracownicy ci posiadają dostęp do projektów oprogramowania i *know-how* rozwiniętych podczas realizacji zlecenia na rzecz Banku A, w tym do własnego kodu oprogramowania. Spółka S wykorzystuje taki kod oraz usługi pracowników Zhu w trakcie realizacji zlecenia dla Banku B. Ostatecznie Bank B otrzymuje od Spółki S system oprogramowania umożliwiający zarządzanie jego siecią bankomatów, w tym niezbędną licencję do wykorzystywania oprogramowania rozwiniętego w ramach projektu. Części własnego kodu rozwiniętego przez Zhu podczas zlecenia na rzecz Banku A zostają wbudowane do oprogramowania udostępnionego przez Spółkę S na rzecz Banku B. Kod rozwinięty w ramach zlecenia dla Banku A i wbudowany w oprogramowanie Banku B jest na tyle rozbudowany, by uzasadnić potencjalne roszczenie dotyczące naruszenia praw autorskich w przypadku jego nieautoryzowanego skopiowania przez osobę trzecią.

88. Analiza cen transferowych przedmiotowych transakcji powinna stwierdzić, że Spółka S otrzymała od Zhu dwie korzyści wymagające wynagrodzenia. Po pierwsze, Spółka S otrzymała usługi od pracowników Zhu udostępnionych do pracy przy zleceniu dla Banku B. Po drugie, spółka ta otrzymała prawa do oprogramowania własnego Zhu, które stanowiło podstawę systemu oprogramowania dostarczonego Bankowi B. Wynagrodzenie płatne przez Spółkę S na rzecz Zhu powinno obejmować wynagrodzenie zarówno za usługi, jak i za prawa do oprogramowania.

Przykład 25

89. Prathamika jest spółką dominującą grupy MNE. Prathamika uczestniczyła w kilku znaczących postępowaniach spornych i jej wewnętrzny departament prawny zdobył doświadczenie w zarządzaniu na rzecz Prathamika sporami na dużą skalę. W toku prac przy takich postępowaniach spornych Prathamika opracowała własne narzędzia programistyczne do zarządzania dokumentami, unikalne dla jej branży.

90. Spółka S jest przedsiębiorstwem powiązanym z Prathamika. Spółka S angażuje się w skomplikowane postępowanie sporne podobne do sporów, w zakresie których departament prawny Prathamika posiada doświadczenie. Prathamika zgadza się udostępnić Spółce S dwie osoby z jej zespołu prawnego do pracy

przy postępowaniu spornym prowadzonym przez Spółkę S. Osoby z Prathamika odpowiadają za zarządzanie dokumentami dotyczącymi sporu. Ponosząc taką odpowiedzialność, osoby te wykorzystują oprogramowanie do zarządzania dokumentami należące do Prathamika. Jednakże nie udostępniają one Spółce S prawa do wykorzystywania oprogramowania do zarządzania dokumentami w innych postępowaniach spornych ani do udostępniania oprogramowania klientom Spółki S.

91. W powyższych okolicznościach uznanie, że Prathamika dokonała przeniesienia praw do dóbr niematerialnych na rzecz Spółki S w ramach ustaleń w sprawie świadczenia usług, nie byłoby właściwe. Niemniej jednak fakt, że pracownicy Prathamika posiadali doświadczenie i dostęp do narzędzi programistycznych, które pozwoliły im bardziej efektywnie i sprawnie realizować ich usługi, powinien zostać uwzględniony w analizie porównywalności dotyczącej wysokości ewentualnej opłaty pobieranej za usługi świadczone przez pracowników Prathamika.

Przykład 26

92. Osnovni jest spółką dominującą grupy MNE zajmującej się rozwojem i sprzedażą produktów z zakresu oprogramowania. Osnovni nabywa 100% udziału w kapitale Spółki S, spółki notowanej w obrocie publicznym utworzonej w tym samym kraju co Osnovni, za cenę w wysokości 160. W chwili dokonywania nabycia łączna wartość akcji Spółki S w obrocie giełdowym wynosiła 100. Konkurujący oferenci zainteresowani przedsiębiorstwem Spółki S proponowali za Spółkę S kwoty w przedziale od 120 do 130.

93. W chwili dokonywania nabycia Spółka S posiadała jedynie symboliczne aktywa trwałe. Jej wartość kreowały przede wszystkim prawa do całkowicie i częściowo rozwiniętych dóbr niematerialnych dotyczących produktów z obszaru oprogramowania oraz jej wykwalifikowany personel. W ramach alokacji ceny nabycia przeprowadzonej dla celów rachunkowych Osnovni przypisała kwotę 10 do aktywów trwałych, 60 do dóbr niematerialnych, zaś 90 do wartości firmy. W prezentacjach dla jej zarządu Osnovni uzasadniała cenę zakupu w wysokości 160 uzupełniającym się charakterem istniejących produktów grupy Osnovni oraz produktów i potencjalnych produktów Spółki S.

94. Spółka T jest spółką zależną w całości należącą do Osnovni. Osnovni tradycyjnie udzielała Spółce T licencji na wyłączne prawa do wszystkich jej dóbr niematerialnych związanych z rynkami europejskimi i azjatyckimi. Dla celów niniejszego przykładu załóżmy, że wszelkie ustalenia w zakresie historycznych licencji do praw w Europie i Azji na rzecz Spółki T przed nabyciem Spółki S odpowiadały warunkom rynkowym.

95. Bezpośrednio po dokonaniu nabycia Spółki S Osnovni likwiduje Spółkę S i następnie przyznaje wyłączną i nieograniczoną w czasie licencję Spółce T w zakresie praw do dóbr niematerialnych dotyczących produktów Spółki S na rynkach europejskich i azjatyckich.

96. Określając cenę rynkową za dobra niematerialne Spółki S licencjonowane Spółce T w ramach powyższych ustaleń, należy wziąć pod uwagę premię ponad pierwotną wartość akcji Spółki S w obrocie giełdowym ujętą w cenie nabycia. W zakresie, w jakim taka premia odzwierciedla uzupełniający charakter produktów grupy Osnovni w stosunku do produktów nabytych na rynkach europejskich i azjatyckich i licencjonowanych Spółce T, Spółka T powinna uiścić kwotę za przeniesione dobra niematerialne i prawa na dobrach niematerialnych Spółki S odzwierciedlającą odpowiedni udział w premii ceny nabycia. W zakresie, w jakim premię ceny nabycia należy przypisać wyłącznie komplementarności produktów poza rynkami Spółki T, takiej premii ceny nabycia nie należy uwzględniać przy określaniu ceny rynkowej uiszczanej przez Spółkę T za dobra niematerialne Spółki S dotyczące rynku geograficznego Spółki T. Wartość przypisana dobrom niematerialnym w ramach alokacji ceny nabycia dokonanej dla celów rachunkowych nie ma decydującego charakteru dla celów cen transferowych.

Przykład 27

97. Spółka A jest spółką dominującą grupy MNE prowadzącą działalność w kraju X. Spółka A ma patenty, znaki towarowe i *know-how* dotyczące wielu produktów wytwarzanych i sprzedawanych przez grupę MNE. Spółka B jest spółką zależną w całości należącą do Spółki A. Spółka B prowadzi całą swoją działalność w kraju Y. Spółka B ma także patenty, znaki towarowe i *know-how* związane z produktem M.

98. Z uzasadnionych przyczyn biznesowych wiążących się z koordynowaniem ochrony patentów grupy i działań w zakresie zwalczania podrabiania produktów grupa MNE postanawia scentralizować własność jej patentów w ramach Spółki A. W związku z powyższym Spółka B dokonuje sprzedaży patentów dotyczących produktu M na rzecz Spółki A za cenę w zryczałtowanej kwocie. Spółka A przejmuje odpowiedzialność za wykonywanie wszystkich bieżących funkcji, jak również ponosi wszystkie ryzyka związane z patentami dotyczącymi produktu M po dokonaniu sprzedaży. W oparciu o szczegółową analizę porównywalności i funkcjonalną, grupa MNE stwierdza, że nie jest ona w stanie zidentyfikować jakichkolwiek porównywalnych transakcji niekontrolowanych, które mogłyby zostać wykorzystane do ustalenia ceny rynkowej. Spółka A i Spółka B racjonalnie uznają, że zastosowanie technik wyceny stanowi najbardziej odpowiednią metodę cen transferowych w celu określenia, czy uzgodniona cena odpowiada warunkom rynkowym.

99. Pracownicy zajmujący się wycenami stosują metodę wyceny polegającą na bezpośredniej wycenie własności i patentów i określają wartość bieżącą netto po opodatkowaniu dla patentu dotyczącego produktu M w wysokości 80. Przedmiotowa analiza opiera się na stawkach należności licencyjnych, stopach dyskontowych i okresach użyteczności typowych dla branży, w której rywalizuje produkt M. Jednakże pomiędzy produktem M i stosownymi prawami patentowymi związanymi z produktem M a typowymi produktami i prawami w branży występują istotne różnice. Ustalenia w zakresie należności licencyjnych wykorzystane w analizie nie spełniają zatem standardów porównywalności wymaganych w analizie metodą PCN. W ramach wyceny zostają dokonane korekty o takie różnice.

100. Dokonując analizy, Spółka A przeprowadza również analizę opartą na zdyskontowanych przepływach pieniężnych działalności w zakresie produktu M ogółem. Analiza ta, na podstawie parametrów wyceny zazwyczaj stosowanych przez Spółkę A przy ocenie potencjalnych nabyć, wskazuje, że wartość bieżąca netto całości działalności związanej z produktem M wynosi 100. Różnica w wysokości 20 pomiędzy wyceną całości działalności w zakresie produktu M w wysokości 100 a indywidualną wyceną patentu w wysokości 80 wydaje się nieadekwatna do tego, by mogła odzwierciedlać wartość bieżącą netto rutynowych zwrotów za funkcje wykonywane przez Spółkę B i uwzględniać jakąkolwiek wartość znaków towarowych i *know-how* pozostających w Spółce B. W takich okolicznościach należy przeprowadzić dalszą weryfikację wiarygodności wartości 80 przypisanej patentowi.

Przykład 28

101. Spółka A jest spółką dominującą grupy MNE prowadzącą działalność w kraju S. Spółka B jest członkiem tej grupy MNE działającym w kraju T. Spółka C jest również członkiem grupy MNE działającym w kraju U. Z uzasadnionych przyczyn biznesowych grupa MNE postanawia scentralizować wszystkie swoje dobra niematerialne dotyczące działalności prowadzonej poza krajem S w jednej lokalizacji. Stosownie do powyższego dobra niematerialne należące do Spółki B, w tym patenty, znaki towarowe, *know-how* i relacje z klientami, zostają sprzedane Spółce C za ryczałtową kwotę. Jednocześnie Spółka C angażuje Spółkę B do pełnienia roli producenta kontraktowego w zakresie produktów uprzednio wytwarzanych i sprzedawanych na zasadzie ponoszenia pełnego ryzyka przez Spółkę B. Spółka C posiada personel i zasoby wymagane do zarządzania nabytymi liniami biznesu, w tym do dalszego rozwoju dóbr niematerialnych niezbędnych w działalności Spółki B.

102. Grupa MNE nie jest w stanie zidentyfikować porównywalnych transakcji niekontrolowanych, które mogłyby zostać wykorzystane w analizie cen transferowych w zakresie ceny rynkowej, jaka powinna zostać wypłacona przez Spółkę C

na rzecz Spółki B. W oparciu o szczegółową analizę porównywalności i funkcjonalną grupa MNE stwierdza, że w celu określenia wartości przenoszonych dóbr niematerialnych najbardziej odpowiednia metoda cen transferowych wiąże się z zastosowaniem technik wyceny. Dokonując wyceny, grupa MNE nie jest w stanie w wiarygodny sposób rozdzielić poszczególnych przepływów pieniężnych związanych ze wszystkimi konkretnymi dobrami niematerialnymi.

103. W powyższych okolicznościach, ustalając rynkowe wynagrodzenie, jakie powinno zostać uiszczone przez Spółkę C za dobra niematerialne sprzedawane przez Spółkę B, właściwe może okazać się dokonanie wyceny przenoszonych dóbr niematerialnych jako całości zamiast podjęcia się wyceny poszczególnych aktywów z osobna. Dotyczy to w szczególności przypadku, gdy występuje istotna różnica pomiędzy sumą najlepszych dostępnych szacunków wartości indywidualnie zidentyfikowanych dóbr niematerialnych i innych aktywów wycenionych odrębnie a wartością działalności ogółem.

Przykład 29

104. Pervichnyi jest spółką dominującą grupy MNE utworzoną i prowadzącą działalność w kraju X. Przed rokiem 1 Pervichnyi rozwinęła patenty i znaki towarowe dotyczące produktu F. Spółka wytwarzała produkt F w kraju X i dostarczała ten produkt powiązanym podmiotom dystrybucyjnym na całym świecie. Dla celów niniejszego przykładu przyjmijmy, że ceny pobierane od powiązanych dystrybutorów konsekwentnie odpowiadały warunkom rynkowym.

105. Na początku roku 1 Pervichnyi zakłada w pełni zależną spółkę, Spółkę S, w kraju Y. Aby zaoszczędzić kosztów, Pervichnyi przenosi całą swoją produkcję produktu F do Spółki S. W chwili założenia Spółki S Pervichnyi sprzedaje Spółce S patenty i znaki towarowe związane z produktem F za zryczałtowaną kwotę. W powyższych okolicznościach Pervichnyi i Spółka S zamierzają zidentyfikować cenę rynkową za przeniesione dobra niematerialne z wykorzystaniem techniki wyceny opartej na zdyskontowanych przepływach pieniężnych.

106. Zgodnie z powyższą wyceną, kontynuując produkcję produktu F w kraju X, Pervichnyi mogłaby wygenerować rezydualne przepływy pieniężne po opodatkowaniu (po uwzględnieniu rynkowego wynagrodzenia za wszystkie funkcje innych członków grupy MNE) o wartości bieżącej w wysokości 600. Wycena z perspektywy nabywcy wskazuje, że gdyby Spółka S posiadała dobra niematerialne i wytwarzała produkt w kraju Y, mogłaby wygenerować rezydualne przepływy pieniężne po opodatkowaniu o wartości bieżącej w wysokości 1100. Różnica pomiędzy wartością bieżącą rezydualnych przepływów pieniężnych po opodatkowaniu Pervichnyi a wartością bieżącą rezydualnych przepływów pieniężnych po opodatkowaniu Spółki S wynika z kilku czynników.

107. Kolejną możliwością dostępną dla Pervichnyi byłoby zachowanie przez Pervichnyi własności dobra niematerialnego i zaangażowanie Spółki S lub innego dostawcy w celu produkcji produktów na jej rzecz w kraju Y. W tym scenariuszu Pervichnyi obliczyła, że byłaby w stanie wygenerować rezydualne przepływy pieniężne po opodatkowaniu o wartości bieżącej w wysokości 875.

108. Określając rynkowe wynagrodzenie za dobra niematerialne przenoszone przez Pervichnyi na rzecz Spółki S, należy wziąć pod uwagę perspektywy obu stron, opcje realistycznie dostępne każdej stronie oraz szczególne fakty i okoliczności przypadku. Pervichnyi z całą pewnością nie dokonałaby sprzedaży dóbr niematerialnych po cenie, która przyniosłaby rezydualne przepływy pieniężne po opodatkowaniu o wartości bieżącej poniżej 600, tj. rezydualne przepływy pieniężne, które spółka mogłaby wygenerować, zachowując dobro niematerialne i kontynuując swoją działalność w dotychczasowy sposób. Co więcej, nie ma powodów, by sądzić, że Pervichnyi dokonałaby sprzedaży dobra niematerialnego po cenie, która wykreowałaby rezydualne przepływy pieniężne po opodatkowaniu o wartości bieżącej poniżej 875. Jeżeli Pervichnyi będzie w stanie osiągnąć oszczędności w zakresie kosztów produkcyjnych, angażując inny podmiot do prowadzenia produkcji na jej rzecz w środowisku charakteryzującym się niskimi kosztami, jedną z jej realistycznie dostępnych opcji będzie ustanowienie takiej działalności w obszarze produkcji na zlecenie. Tę realistycznie dostępną opcję należy wziąć pod uwagę przy określaniu ceny sprzedaży danego dobra niematerialnego.

109. Nie należy oczekiwać, że Spółka S zapłaci cenę, która po uwzględnieniu wszystkich istotnych faktów i okoliczności przyniesie jej zwrot po opodatkowaniu niższy niż zwrot, który mogłaby ona osiągnąć, nie uczestnicząc w transakcji. Zgodnie z wyceną zdyskontowanych przepływów pieniężnych, wartość bieżąca netto rezydualnych przepływów pieniężnych po opodatkowaniu, które mogłaby ona wygenerować z wykorzystaniem dobra niematerialnego w ramach jej działalności, wynosi 1100. Możliwe jest wynegocjowanie ceny, która zapewni Pervichnyi zwrot równy innym opcjom jej dostępnym lub wyższy, zaś Spółce S dodatni zwrot z jej inwestycji, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych faktów, w tym sposobu, w jaki transakcja zostałaby opodatkowana.

110. Analiza cen transferowych oparta na zdyskontowanych przepływach pieniężnych powinna wziąć pod uwagę sposób, w jaki niezależne przedsiębiorstwa działające w warunkach rynkowych uwzględniłyby oszczędności kosztowe i prognozowane efekty podatkowe przy ustalaniu ceny za dobra niematerialne. Taka cena powinna jednak mieścić się w przedziale pomiędzy ceną, która zapewniłaby Pervichnyi rezydualne przepływy pieniężne po opodatkowaniu równe tym wynikającym z innych opcji realistycznie jej dostępnych, a ceną, która zapewniłaby

Spółce S dodatni zwrot z jej inwestycji oraz ryzyk, przy uwzględnieniu sposobu, w jaki transakcja zostałaby opodatkowana.

111. Stan faktyczny w niniejszym przykładzie i powyższa analiza zostały oczywiście znacznie uproszczone w porównaniu z analizą, jaka byłaby wymagana w przypadku rzeczywistej transakcji. Niemniej jednak analiza ta odzwierciedla znaczenie, jakie ma uwzględnienie wszystkich istotnych faktów i okoliczności przy dokonywaniu analizy zdyskontowanych przepływów pieniężnych, oceny perspektyw poszczególnych stron w takiej analizie i rozpatrywaniu opcji realistycznie dostępnych dla poszczególnych stron przy przeprowadzaniu analizy cen transferowych.

USŁUGI WEWNĄTRZGRUPOWE O NISKIEJ WARTOŚCI DODANEJ

Zmiany do rozdziału VII Wytycznych w sprawie cen transferowych

Podsumowanie

Działanie 10 Planu BEPS zaleca państwom G20 oraz OECD opracowanie zasad w zakresie cen transferowych zapewniających ochronę przed powszechnymi rodzajami płatności skutkującymi erozją podstawy opodatkowania, takimi jak opłaty za zarządzanie i wydatki na rzecz centrali.

Niniejszy rozdział Raportu przedstawia dobrowolne, uproszczone podejście dotyczące usług o niskiej wartości dodanej. Ponadto niniejszy rozdział wprowadza szereg zmian i wyjaśnień do innych punktów rozdziału VII Wytycznych w sprawie cen transferowych. Sekcje od A do C i zmiany do niektórych punktów w tych sekcjach zostały zawarte w niniejszym Raporcie w celu zapewnienia szerszego kontekstu dla nowej sekcji D dodanej w rozdziale VII Wytycznych w sprawie cen transferowych dotyczącej usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej[22].

Sekcja D dotycząca usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej zawiera zalecenia w zakresie zapewniania niezbędnej równowagi pomiędzy odpowiednią alokacją opłat za usługi wewnątrzgrupowe na rzecz członków grupy MNE zgodnie z zasadą ceny rynkowej oraz koniecznością ochrony podstawy opodatkowania krajów, z których pochodzą płatności. W szczególności niniejszy Raport przedstawia propozycję dobrowolnego, uproszczonego podejścia, które:

- przewiduje szeroką kategorię powszechnych usług wewnątrzgrupowych wymagających naliczenia jedynie bardzo ograniczonego narzutu zysku na kosztach;

- stosuje jednolity klucz alokacji w stosunku do wszystkich odbiorców takich usług wewnątrzgrupowych oraz
- zapewnia większą przejrzystość ze względu na szczególne wymogi sprawozdawcze, w tym w zakresie dokumentacji prezentującej sposób ustalania konkretnej bazy kosztowej.

Przedmiotowe podejście ma na celu zagwarantowanie krajom, z których pochodzą płatności, że zasady dokonywania alokacji kosztów prowadzą do jednakowego traktowania wszystkich przedsiębiorstw powiązanych działających w podobnych okolicznościach. Ponadto celem takiego podejścia jest zagwarantowanie, że ze względu na ogólne porozumienie odnośnie do (i) kategorii kosztów ujmowanych w bazie kosztowej oraz (ii) niewielkiego narzutu w wysokości 5%, jaki powinien być pobierany, nie dochodzi do zawyżenia cen. Wreszcie, przejrzystość podejścia pozwala państwom, z których pochodzą płatności, jasno określić, czy do struktury wprowadzono spółki pośredniczące, które nie pełnią żadnych funkcji lub pełnią ograniczone funkcje, a których celem może być zawyżenie opłat za usługi wewnątrzgrupowe.

Zalecenia zapewniają, że z uwagi na konstrukcję dobrowolnego, uproszczonego podejścia test korzyści dokonywany przez kraj, z którego pochodzą płatności, jest uproszczony i ograniczony. W przypadku zastosowania dobrowolnego, uproszczonego podejścia nie ma konieczności przeprowadzenia szczegółowego testu uzyskiwanych korzyści, zwyczajowo dokonywanego w odniesieniu do innych opłat za usługi wewnątrzgrupowe pod warunkiem, że przedsiębiorstwa są skłonne ponieść koszty jedynie wówczas, gdy uzasadniają to względy biznesowe oraz omawiane podejście prowadzi do równego traktowania takich kosztów w odniesieniu do członków grupy MNE działających w podobnych okolicznościach. Takie podejście pozwala administracjom podatkowym uwolnić zasoby na potrzeby identyfikacji i badania przypadków z zakresu cen transferowych rodzących wyższe ryzyko BEPS.

Niemniej jednak wiele krajów wskazało, że nadmierne opłaty za wewnątrzgrupowe usługi zarządzania i wydatki na rzecz centrali stanowią jedno z największych wyzwań, z jakimi borykają się w związku z BEPS. Aby zapewnić te kraje, że dobrowolne, uproszczone podejście nie będzie prowadzić do płatności skutkujących erozją podstawy opodatkowania, dla krajów rozważających wdrożenie takiego podejścia została przewidziana możliwość wprowadzenia określonego progu istotności. Jeżeli kwota płatności za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej w ramach omawianego podejścia przekroczy taki próg istotności, administracje podatkowe będą mogły przeprowadzić pełną analizę cen transferowych obejmującą żądanie przedstawienia dowodów szczegółowo wskazujących uzyskiwane korzyści. Wraz z upoważnieniem udzielonym organizacjom międzynarodowym

przez Grupę Roboczą Państw G20 ds. Rozwoju w zakresie opracowania zestawów narzędzi, które będą mogły zostać wdrożone przez kraje rozwijające się i które zapewnią takim krajom ochronę przed opłatami skutkującymi erozją podstawy opodatkowania, cel wprowadzenia niniejszego rozwiązania wesprze kraje rozwijające się w ochronie ich podstaw opodatkowania przed nadmiernymi opłatami z tytułu usług wewnątrzgrupowych.

Aby uproszczone podejście omówione w niniejszym rozdziale Raportu było skuteczne, należy je przyjąć i stosować na możliwie najszerszą skalę i musi być ono przestrzegane zarówno przez kraje dostawców usług wewnątrzgrupowych, jak i kraje odbiorców usług wewnątrzgrupowych. Dostrzegając wagę szybkiego i powszechnego zaimplementowania, kraje uczestniczące w projekcie BEPS uzgodniły dwuetapowe podejście odnośnie do wdrożenia omawianego podejścia. W pierwszym etapie duża grupa krajów uruchomi ten dobrowolny mechanizm, zatwierdzając jego zastosowanie przed 2018 r. Drugi etap zakłada, że w celu umożliwienia przyjęcia uproszczonego podejścia na jeszcze szerszą skalę użyteczne będzie przeprowadzenie dalszej analizy koncepcji progu istotności i innych kwestii problematycznych związanych z wdrożeniem takiego podejścia w niektórych krajach. W związku z powyższym zostaną przeprowadzone dalsze prace nad koncepcją progu istotności i innymi zagadnieniami związanymi z wdrożeniem. Prace zostaną zakończone przed końcem 2016 r. i pozwolą dodatkowym krajom dołączyć do grupy krajów już uruchamiających ten dobrowolny mechanizm. W ramach dalszych prac nad wdrożeniem zostaną przedstawione wyjaśnienia na temat krajów przyłączających się do takiego podejścia „bezpiecznej przystani" w zakresie usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej. Obecnie znacząca większość państw zaangażowanych w projekt BEPS wskazała, że uruchomi takie uproszczone podejście tak szybko, jak tylko jego wprowadzenie będzie możliwe, mając na uwadze uwarunkowania lokalne. Inne państwa zaangażowane w projekt BEPS wskazały, że rozważają wprowadzenie takiego podejścia, lecz ich ostateczna decyzja zależy od wyników dalszych prac nad wdrożeniem.

Dotychczasowe postanowienia rozdziału VII Wytycznych w sprawie cen transferowych zostają w całości usunięte i zastąpione następującym brzmieniem.

A. Wprowadzenie

7.1. Niniejszy rozdział zawiera omówienie zagadnień pojawiających się przy ustalaniu dla celów cen transferowych, czy członek grupy MNE wyświadczył usługę na rzecz innych członków tej grupy, a jeżeli tak – określaniu ceny rynkowej za takie usługi wewnątrzgrupowe. Niniejszy rozdział nie odnosi się (chyba że incydentalnie) do kwestii, czy usługi zostały wyświadczone w ramach umowy o podziale kosztów, ani też do ustalania odpowiedniej ceny rynkowej w takim przypadku. Umowy o podziale kosztów stanowią przedmiot rozdziału VIII.

7.2. Niemal każda grupa MNE musi zapewnić swoim członkom dostępność szerokiego zakresu usług, w szczególności usług administracyjnych, technicznych, finansowych i handlowych. Przedmiotowe usługi mogą obejmować funkcje zarządcze, koordynacyjne i kontrolne, realizowane na rzecz całej grupy. Koszt świadczenia takich usług mogą pierwotnie ponosić spółka dominująca, jeden lub kilku specjalnie wyznaczonych w tym celu członków grupy („centra usługowe grupy") lub inni członkowie grupy. Przedsiębiorstwo niezależne wykazujące zapotrzebowanie na daną usługę może ją nabyć od dostawcy specjalizującego się w usługach tego rodzaju lub może wykonać usługę na własny użytek (tj. wewnętrznie). Podobnie członek grupy MNE wykazujący zapotrzebowanie na usługę może nabyć ją od przedsiębiorstw niezależnych lub od jednego lub kilku przedsiębiorstw powiązanych należących do tej samej grupy MNE (tj. wewnątrz grupy) lub może wykonać taką usługę na własny użytek. Oprócz usług zazwyczaj realizowanych wewnętrznie (np. przez przedsiębiorstwo na własne potrzeby, takich jak centralne usługi audytu, doradztwo finansowe lub szkolenia personelu) usługi wewnątrzgrupowe często obejmują usługi zwykle dostępne zewnętrznie od przedsiębiorstw niezależnych (np. usługi prawne i rachunkowe). Ponoszenie zbędnych kosztów nie leży w interesie grupy MNE, natomiast w interesie grupy MNE leży świadczenie usług wewnątrzgrupowych w efektywny sposób. Zastosowanie zaleceń zawartych w niniejszym rozdziale powinno zapewnić, że usługi zostaną odpowiednio zidentyfikowane, a związane z nimi koszty zostaną właściwie alokowane w ramach grupy MNE zgodnie z zasadą ceny rynkowej.

7.3. Ustalenia wewnątrzgrupowe w zakresie świadczenia usług są niekiedy powiązane z ustaleniami dotyczącymi przenoszenia towarów lub dóbr niematerialnych (lub licencji z nimi związanych). W niektórych przypadkach, takich jak umowy dotyczące *know-how* zawierające element usługowy, ustalenie precyzyjnej granicy pomiędzy przeniesieniem dóbr niematerialnych lub praw do dóbr niema-

terialnych a świadczeniem usług może być bardzo trudne. Usługi pomocnicze często wiążą się z przeniesieniem technologii. W przypadku transakcji związanych z przeniesieniem dóbr razem z usługami, konieczne może okazać się rozważenie zaleceń w zakresie agregowania i segregowania transakcji omówionych w rozdziale III.

7.4. Usługi wewnątrzgrupowe mogą istotnie różnić się między grupami MNE, jak również może różnić się zakres, w jakim takie usługi zapewniają korzyści lub spodziewane korzyści jednemu lub kilku członkom grupy. Każdy przypadek zależy od jego szczególnych faktów i okoliczności oraz ustaleń w ramach grupy. Na przykład w grupie prowadzącej zdecentralizowaną działalność działania wewnątrzgrupowe spółki dominującej mogą ograniczać się do monitorowania swoich inwestycji w spółkach zależnych w charakterze akcjonariusza/udziałowca. Z kolei w grupie prowadzącej scentralizowaną lub zintegrowaną działalność zarząd i wyższe kierownictwo spółki dominującej mogą podejmować ważne decyzje w sprawach dotyczących jej spółek zależnych, przy czym spółka dominująca może udzielać wsparcia we wdrażaniu takich decyzji, wykonując działania ogólne i administracyjne na rzecz spółek zależnych, jak również działania operacyjne, takie jak zarządzanie środkami pieniężnymi, marketing i zarządzanie łańcuchem dostaw.

B. Główne kwestie

7.5. W analizie cen transferowych związanej z usługami wewnątrzgrupowymi pojawiają się dwie kwestie. Pierwsza z nich dotyczy tego, czy usługi wewnątrzgrupowe zostały rzeczywiście wyświadczone. Druga kwestia dotyczy określenia, jaka wysokość opłat wewnątrzgrupowych za takie usługi dla celów podatkowych będzie zgodna z zasadą ceny rynkowej. Poniżej przedstawiono omówienie tych zagadnień.

B.1. Ustalenie, czy usługi wewnątrzgrupowe zostały wyświadczone

B.1.1. Test korzyści

7.6. Zgodnie z zasadą ceny rynkowej, kwestia, czy została wyświadczona usługa wewnątrzgrupowa, gdy działanie jest wykonywane przez członka grupy na rzecz jednego lub kilku członków grupy, powinna zależeć od tego, czy takie działanie zapewnia odpowiedniemu członkowi grupy wartość ekonomiczną lub komercyjną umożliwiającą poprawę lub utrzymanie jego pozycji biznesowej. Pod tym względem należy rozważyć, czy przedsiębiorstwo niezależne w porównywalnych okolicznościach byłoby skłonne zapłacić za takie działanie, gdyby zostało wykonane na jego rzecz przez przedsiębiorstwo niezależne, lub czy wykonałoby

takie działanie wewnętrznie na własny użytek. Jeżeli dane działanie nie stanowi działania, za które przedsiębiorstwo niezależne byłoby skłonne zapłacić lub które byłoby skłonne wykonać samodzielnie na własny użytek, co do zasady nie powinno ono zostać uznane za usługę wewnątrzgrupową w świetle zasady ceny rynkowej.

7.7. Analiza wskazana powyżej oczywiście zależy od konkretnych faktów i okoliczności, przy czym jednoznaczne, abstrakcyjne określenie działań stanowiących bądź niestanowiących świadczenie usług wewnątrzgrupowych nie jest możliwe. Jednakże możliwe jest przedstawienie pewnych zaleceń wyjaśniających sposób, w jaki analiza zostałaby zastosowana w przypadku niektórych powszechnych rodzajów usług świadczonych w ramach grup MNE.

7.8. Niektóre usługi wewnątrzgrupowe są świadczone przez danego członka grupy MNE w celu zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb jednego lub kilku innych członków grupy. W takim przypadku stosunkowo proste jest ustalenie, czy usługa została wyświadczona. W porównywalnych okolicznościach przedsiębiorstwo niezależne zazwyczaj zaspokoiłoby zidentyfikowane zapotrzebowanie, wykonując dane działanie wewnętrznie lub zlecając jego wykonanie podmiotowi trzeciemu. W konsekwencji w takim przypadku na ogół uznaje się, że usługa wewnątrzgrupowa miała miejsce. Przykładowo usługa wewnątrzgrupowa zwykle ma miejsce, gdy przedsiębiorstwo powiązane przeprowadza naprawy sprzętu wykorzystywanego w produkcji przez innego członka grupy MNE. Konieczne jest jednak udostępnienie administracjom podatkowym wiarygodnej dokumentacji umożliwiającej weryfikację poniesienia kosztów przez dostawcę usługi.

B.1.2. Działania akcjonariusza/udziałowca

7.9. Bardziej złożona analiza jest niezbędna, gdy przedsiębiorstwo powiązane wykonuje działania, które dotyczą więcej niż jednego członka grupy lub grupy ogółem. W nielicznych przypadkach działanie wewnątrzgrupowe może być wykonywane w odniesieniu do członków grupy, mimo że tacy członkowie grupy nie wykazują zapotrzebowania na dane działanie (i nie byliby skłonni za nie zapłacić, gdyby działali jako przedsiębiorstwa niezależne). Do takich działań należą czynności, które członek grupy (zazwyczaj spółka dominująca lub regionalna spółka holdingowa) wykonuje wyłącznie ze względu na swój udział własnościowy w jednym lub kilku innych członkach grupy, tj. w charakterze udziałowca. Tego rodzaju działań nie uznaje się za usługę wewnątrzgrupową, zatem nie uzasadniają one obciążenia ich kosztami innych członków grupy. Koszty związane z tego rodzaju działaniami powinny zostać poniesione i alokowane na poziomie udziałowca. Tego rodzaju działania można określić jako „działania akcjonariusza/udziałowca", które należy odróżnić od szerszego pojęcia działań zarządczych, o którym mowa

w Raporcie z 1979 r. Działania zarządcze obejmują szereg działań wykonywanych przez akcjonariusza/udziałowca, w tym także świadczenie usług na rzecz innych członków grupy, np. usług realizowanych przez centrum koordynujące. Ten drugi rodzaj działań (inne niż działania akcjonariusza/udziałowca) może obejmować: szczegółowe wsparcie planowania konkretnych działalności, zarządzanie kryzysowe, doradztwo techniczne (rozwiązywanie problemów) lub, w niektórych przypadkach, wsparcie w bieżącym zarządzaniu.

7.10. Poniżej przedstawiono przykładowe koszty związane z działaniami akcjonariusza/udziałowca, zgodnie ze standardem wyrażonym w pkt 7.6:

a) koszty związane ze strukturą prawną spółki dominującej, np. zgromadzeń akcjonariuszy/udziałowców spółki dominującej, emisji akcji spółki dominującej, notowania spółki dominującej na giełdzie czy koszty rady nadzorczej;
b) koszty związane z wymogami w zakresie sprawozdawczości (w tym sprawozdawczości finansowej i audytu) spółki dominującej, w tym konsolidacji sprawozdań, koszty związane z audytem sprawozdań finansowych spółek zależnych przez spółkę dominującą, przeprowadzanym wyłącznie w interesie spółki dominującej, oraz koszty związane ze sporządzaniem skonsolidowanych sprawozdań finansowych MNE (jednakże w praktyce koszty ponoszone przez spółki zależne na szczeblu lokalnym nie będą wymagać przeniesienia na spółkę dominującą lub holdingową, jeżeli zidentyfikowanie i wyodrębnienie takich kosztów jest nieproporcjonalnie uciążliwe);
c) koszty pozyskiwania funduszy na nabycie udziałów oraz koszty związane z relacjami spółki dominującej z inwestorami, w tym strategii komunikacji z udziałowcami spółki dominującej, analitykami finansowymi, funduszami oraz pozostałymi interesariuszami spółki dominującej;
d) koszty zapewniania zgodności spółki dominującej ze stosownymi przepisami podatkowymi;
e) koszty pomocnicze w odniesieniu do ładu korporacyjnego MNE jako całości.

Natomiast jeżeli np. spółka dominująca pozyskuje fundusze na rzecz innego członka grupy, który wykorzystuje je w celu nabycia nowej spółki, uznaje się zasadniczo, że spółka dominująca świadczy usługę na rzecz takiego członka grupy. Raport z 1984 r. wymienia również „koszty działań zarządczych i kontrolnych (monitoringu) związane z zarządzaniem i ochroną inwestycji w udziały". Kwestię, czy takie działania mieszczą się w zakresie definicji działań akcjonariusza/udziałowca zgodnie z niniejszymi Wytycznymi, należy rozstrzygnąć, biorąc pod uwagę, czy przy porównywalnych faktach i okolicznościach przedsiębiorstwo niezależne byłoby skłonne zapłacić za dane działania lub wykonać je samodzielnie na własny użytek. Jeżeli działania takie jak wskazane powyżej są realizowane przez spółkę z grupy ze względów innych niż wyłącznie w związku z udziałem własnościowym w innych członkach grupy, wówczas taka spółka z grupy nie wykonuje działań

akcjonariusza/udziałowca, lecz należy uznać, że świadczy ona usługę na rzecz spółki dominującej lub holdingowej podlegającą zaleceniom zawartym w niniejszym rozdziale.

B.1.3. Powielanie usług

7.11. Zasadniczo nie uważa się za usługę wewnątrzgrupową sytuacji, gdy członek grupy wykonuje działania jedynie powielające działania realizowane samodzielnie przez innego członka grupy na własny użytek lub realizowane przez podmiot trzeci na rzecz takiego innego członka grupy. Wyjątkiem może być sytuacja, gdy powielanie się usług ma charakter wyłącznie tymczasowy. Przykładowo gdy grupa MNE przechodzi reorganizację w celu scentralizowania funkcji w zakresie zarządzania. Kolejnym wyjątkiem jest powielanie czynności w celu ograniczenia ryzyka podjęcia niewłaściwej decyzji biznesowej (np. poprzez uzyskanie drugiej opinii prawnej w danej sprawie). Rozważając potencjalne powielanie się usług, należy szczegółowo zidentyfikować charakter takich usług oraz powód, dla którego spółka wydaje się powielać koszty wbrew efektywnym praktykom. Gdy spółka wykonuje np. usługi marketingowe we własnym zakresie i równocześnie otrzymuje opłaty za usługi marketingowe od spółki z grupy, nie oznacza to samo w sobie, że dochodzi do powielenia się usług, ponieważ marketing jest szerokim pojęciem obejmującym wiele poziomów działalności. Analiza informacji udostępnionych przez podatnika może pozwolić na ustalenie, że usługi wewnątrzgrupowe różnią się od czynności wykonywanych wewnętrznie lub mają charakter dodatkowy lub uzupełniający w stosunku do nich. W odniesieniu do takich niepowielających się elementów usług wewnątrzgrupowych należy przeprowadzić test korzyści. Niektóre branże regulowane wymagają, aby funkcje kontrolne były wykonywane zarówno na szczeblu lokalnym, jak i w ujęciu skonsolidowanym przez spółkę dominującą. Wymogi w tym zakresie nie powinny skutkować nieuznaniem takich działań z powodu ich powielania się.

B.1.4. Korzyści uboczne

7.12. W niektórych przypadkach usługi wewnątrzgrupowe świadczone przez członka grupy takiego jak akcjonariusz/udziałowiec lub centrum koordynujące dotyczą wyłącznie określonych członków grupy, lecz ubocznie przynoszą korzyści także innym członkom grupy. Jako przykład można wymienić analizę zagadnienia, czy należy przeprowadzić reorganizację grupy, nabyć nowe podmioty lub rozwiązać dany dział. Takie działania mogą stanowić usługi wewnątrzgrupowe świadczone na rzecz poszczególnych zaangażowanych członków grupy, np. członków dokonujących nabycia lub rozwiązujących jeden ze swoich działów, przy czym mogą one również przynosić korzyści ekonomiczne innym członkom grupy, którzy nie uczestniczą bezpośrednio w potencjalnej decyzji, gdyż analiza może dostarczyć

użytecznych informacji o ich własnej działalności gospodarczej. Korzyści uboczne na ogół nie skutkują wyświadczeniem usługi wewnątrzgrupowej na rzecz uzyskujących je członków grupy, ponieważ działania kreujące korzyści nie są takimi, za które przedsiębiorstwo niezależne byłoby zazwyczaj skłonne zapłacić.

7.13. Analogicznie nie można uznać, że przedsiębiorstwu powiązanemu wyświadczono usługę wewnątrzgrupową, gdy uzyskuje ono korzyści uboczne wynikające jedynie z jego przynależności do większej grupy, nie zaś z jakiegokolwiek konkretnego, wykonanego działania. Na przykład przedsiębiorstwu powiązanemu nie wyświadczono usługi, gdy wyłącznie ze względu na swoje powiązania uzyskuje ono wyższy rating kredytowy niż rating, który uzyskałoby, gdyby powiązania nie istniały. Jednakże usługa wewnątrzgrupowa zazwyczaj występuje, gdy wyższy rating kredytowy wynika z gwarancji udzielonej przez innego członka grupy lub gdy przedsiębiorstwo osiąga korzyści z celowego uzgodnionego działania związanego z globalnymi kampaniami w zakresie marketingu i *public relations*. Pod tym względem należy odróżnić pasywne powiązanie od aktywnego promowania cech wyróżniających grupę MNE, które to działania wzmacniają potencjał generowania zysków przez poszczególnych członków grupy. Każdy przypadek należy rozstrzygać zgodnie z jego konkretnymi faktami i okolicznościami. Zob. sekcja D.8 rozdziału I, dotycząca synergii w ramach grupy MNE.

B.1.5. Usługi scentralizowane

7.14. Kolejnym rodzajem działań, które mogą dotyczyć grupy ogółem, są działania scentralizowane na szczeblu spółki dominującej lub jednego centrum usługowego grupy albo ich większej liczby (np. spółki będącej centralą regionalną), które są dostępne dla grupy (lub wielu członków grupy). Działania scentralizowane zależą od rodzaju działalności i struktury organizacyjnej grupy, jednakże z reguły mogą one obejmować usługi administracyjne, takie jak usługi planowania, koordynowania, kontroli budżetowej, doradztwa finansowego, rachunkowe, audytu, prawne, faktoringu, komputerowe; usługi finansowe, takie jak nadzór nad przepływami pieniężnymi i wypłacalnością, podwyższeniami kapitału, umowami pożyczek, zarządzaniem ryzykiem stóp procentowych i ryzykiem kursowym oraz refinansowaniem; wsparcie w dziedzinie produkcji, zakupów, dystrybucji i marketingu; usługi związane z personelem, takie jak rekrutacje i szkolenia. Grupowe centra usługowe często zajmują się również zarządzaniem zamówieniami, obsługą klientów i centrów telefonicznych, badaniami i rozwojem lub administrowaniem i zapewnianiem ochrony dóbr niematerialnych na rzecz całej lub części grupy MNE. Działania tego typu są zazwyczaj uznawane za usługi wewnątrzgrupowe, ponieważ stanowią one ten rodzaj działań, za które niezależne przedsiębiorstwa byłyby skłonne zapłacić lub które byłyby skłonne wykonywać samodzielnie na własny użytek.

B.1.6. Forma wynagrodzenia

7.15. Rozważając, czy pomiędzy przedsiębiorstwami niezależnymi za świadczenie usług zostałaby pobrana opłata, należy również rozpatrzyć formę, jaką przyjęłoby rynkowe wynagrodzenie, gdyby transakcja została dokonana między przedsiębiorstwami niezależnymi na warunkach rynkowych. Na przykład w ramach usług finansowych, takich jak pożyczki, wymiana walut lub transakcje zabezpieczające, całość wynagrodzenia może zostać wbudowana w marżę (ang. *spread*) i w takim przypadku nie należy oczekiwać dodatkowej opłaty za usługi. Podobnie w przypadku niektórych usług w zakresie zakupów lub zaopatrzenia prowizja może stanowić element ceny zamówionego produktu lub usługi i odrębna opłata za taką usługę mogłaby nie być właściwa.

7.16. Kolejna kwestia dotyczy usług świadczonych „na żądanie". Powstaje pytanie, czy dostępność takich usług sama w sobie stanowi odrębną usługę, za którą należy ustalić opłatę odpowiadającą warunkom rynkowym (oprócz opłaty za usługi rzeczywiście wyświadczone). Spółka dominująca lub jedno lub więcej centrów usługowych grupy mogą być gotowe do świadczenia usług, takich jak usługi finansowe, zarządzania, techniczne, prawne lub doradztwa podatkowego oraz wsparcia na rzecz członków grupy w dowolnym czasie. W takim przypadku usługa może być świadczona na rzecz przedsiębiorstw powiązanych poprzez posiadanie do dyspozycji personelu, sprzętu itp. Usługa wewnątrzgrupowa będzie występować w zakresie, w jakim można zasadnie oczekiwać, że przedsiębiorstwo niezależne w porównywalnych okolicznościach ponosiłoby opłaty za „gotowość", aby zapewnić sobie dostępność usług, gdy zaistnieje na nie zapotrzebowanie. Przykładowo nie jest niczym niezwykłym, że przedsiębiorstwa niezależne uiszczają roczne opłaty ryczałtowe za gotowość na rzecz kancelarii prawnych w celu zapewnienia sobie dostępu do doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w przypadku wszczęcia postępowania. Innym przykładem jest umowa usługowa w zakresie priorytetowych napraw sieci komputerowej w przypadku wystąpienia awarii.

7.17. Przedmiotowe usługi mogą być dostępne na żądanie i mogą z roku na rok różnić się pod względem wysokości opłat oraz ich znaczenia. Jest mało prawdopodobne, że przedsiębiorstwo niezależne będzie ponosić opłaty za gotowość, jeżeli potencjalne zapotrzebowanie na usługę jest nieznaczne, jeżeli korzyści z dostępu do usług na żądanie są nieistotne lub jeżeli usługi na żądanie mogą zostać szybko i łatwo uzyskane z innych źródeł, bez konieczności przyjęcia ustaleń w zakresie gotowości do świadczenia usług. W związku z powyższym przed ustaleniem, że istotnie świadczona jest usługa wewnątrzgrupowa, należy rozważyć korzyść osiąganą przez spółkę z grupy w związku z ustaleniami dotyczącymi usług na żądanie, być może poprzez zbadanie zakresu, w jakim takie usługi były wykorzystywane przez okres kilku lat, zamiast jedynie w roku, za który została dokonana opłata.

7.18. Fakt, że na rzecz przedsiębiorstwa powiązanego dokonano płatności za deklarowane usługi, może być użyteczny przy ustalaniu, czy usługi zostały faktycznie wyświadczone. Jednakże sam opis płatności, np. „opłata za zarządzanie", nie powinien być traktowany jako dowód *prima facie*, że dane usługi zostały wyświadczone. Jednocześnie brak płatności lub umów nie świadczy automatycznie o tym, że nie wyświadczono usług wewnątrzgrupowych.

B.2. Ustalenie opłat rynkowych

B.2.1. Ogólne uwagi

7.19. Po tym jak ustalono już, że usługa wewnątrzgrupowa została wyświadczona, podobnie jak w przypadku innych rodzajów świadczeń wewnątrzgrupowych, należy koniecznie ustalić, czy wysokość ewentualnej opłaty jest zgodna z zasadą ceny rynkowej. Oznacza to, że opłata za usługi wewnątrzgrupowe powinna odpowiadać opłacie, jaka zostałaby dokonana i zaakceptowana między przedsiębiorstwami niezależnymi w porównywalnych okolicznościach. W związku z tym przedmiotowych transakcji nie należy traktować dla celów podatkowych odmiennie od porównywalnych transakcji zawieranych między przedsiębiorstwami niezależnymi tylko dlatego, że są one dokonywane pomiędzy przedsiębiorstwami powiązanymi.

B.2.2. Identyfikacja rzeczywistych ustaleń w zakresie opłat za usługi wewnątrzgrupowe

7.20. W celu zidentyfikowania ewentualnej kwoty rzeczywiście pobranej za usługi administracja podatkowa powinna zidentyfikować ustalenia, jeśli miały miejsce, jakie rzeczywiście zostały uzgodnione między przedsiębiorstwami powiązanymi w celu umożliwienia dokonania opłat za świadczenie usług pomiędzy takimi podmiotami.

B.2.2.1. Metody alokacji bezpośredniej

7.21. W niektórych przypadkach ustalenia dotyczące opłat za usługi wewnątrzgrupowe można zidentyfikować z łatwością. Dotyczy to sytuacji, gdy grupa MNE posługuje się metodą alokacji bezpośredniej, tj. gdy przedsiębiorstwa powiązane są obciążane za konkretne usługi. Zasadniczo metoda alokacji bezpośredniej stanowi dla administracji podatkowych znaczące ułatwienie pod względem praktycznym, ponieważ pozwala na wyraźne określenie świadczonej usługi oraz podstawy dla dokonywanej płatności. W konsekwencji zastosowanie metody alokacji bezpośredniej ułatwia ustalenie, czy dana opłata jest zgodna z zasadą ceny rynkowej.

7.22. Grupa MNE może być w stanie przyjąć ustalenia w zakresie alokacji bezpośredniej w szczególności wówczas, gdy usługi podobne do tych świadczonych na rzecz przedsiębiorstw powiązanych są realizowane również na rzecz podmiotów niezależnych. Jeżeli określone usługi są świadczone nie tylko na rzecz przedsiębiorstw powiązanych, lecz także na rzecz przedsiębiorstw niezależnych w porównywalny sposób i stanowią one istotną część działalności, można założyć, że MNE jest w stanie wykazać odrębną podstawę dla opłaty (np. poprzez ewidencję wykonanych prac, podstawy określenia opłaty lub kosztów poniesionych w toku realizacji umów z podmiotami niezależnymi). W rezultacie w takich przypadkach zachęca się MNE do korzystania z metody alokacji bezpośredniej w transakcjach z przedsiębiorstwami powiązanymi. Przyjmuje się jednak, że takie podejście nie zawsze będzie właściwe, jeżeli np. usługi na rzecz podmiotów niezależnych są świadczone jedynie okazjonalnie lub są marginalne.

B.2.2.2. Metody alokacji pośredniej

7.23. Metoda alokacji bezpośredniej w zakresie opłat za usługi wewnątrzgrupowe może być w praktyce trudna do zastosowania. W związku z tym niektóre grupy MNE opracowały inne metody opłat za usługi świadczone przez spółki dominujące lub centra usługowe grupy. W takich przypadkach grupy MNE mogą stwierdzić, że nie mają właściwie innych możliwości niż skorzystanie z alokacji kosztów i metod szacunkowych, które często wymagają pewnego stopnia estymacji lub szacowania jako podstawy kalkulacji opłat rynkowych zgodnie z zasadami wskazanymi w sekcji B.2.3 poniżej. Takie metody są ogólnie określane jako metody alokacji pośredniej i są dopuszczalne pod warunkiem, że w dostatecznym stopniu uwzględniono wartość usług dla ich odbiorców oraz zakres, w jakim porównywalne usługi są świadczone między przedsiębiorstwami niezależnymi. Takie metody kalkulacji opłat zasadniczo nie będą akceptowalne, jeżeli określone usługi stanowiące podstawową działalność gospodarczą danego przedsiębiorstwa są świadczone nie tylko na rzecz przedsiębiorstw powiązanych, lecz również na rzecz podmiotów niezależnych. Jakkolwiek należy dołożyć wszelkich starań, by opłaty za świadczone usługi były godziwe, to wszelkie opłaty muszą znajdować uzasadnienie w możliwych do zidentyfikowania i wiarygodnie spodziewanych korzyściach. Metoda alokacji pośredniej powinna być wrażliwa na komercyjne cechy indywidualnego przypadku (np. klucz alokacji powinien być racjonalny w danych okolicznościach), zawierać rozwiązania chroniące przed możliwością manipulacji, być zgodna z uznanymi zasadami rachunkowości oraz umożliwiać ustalenie opłat lub alokacji kosztów współmiernych do rzeczywistych lub zasadnie oczekiwanych korzyści z perspektywy odbiorcy usługi.

7.24. W niektórych przypadkach metoda alokacji pośredniej może okazać się konieczna ze względu na charakter świadczonej usługi. Jednym z przykładów jest

sytuacja, gdy proporcja wartości usług świadczonych na rzecz różnych podmiotów nie może zostać określona ilościowo, chyba że za pomocą metod estymacji lub szacowania. Ten problem może pojawić się np. wówczas, gdy działalność w zakresie promocji sprzedaży wykonywana centralnie (np. podczas targów międzynarodowych, w międzynarodowej prasie lub w ramach innych scentralizowanych kampanii reklamowych) może mieć wpływ na wolumen wyrobów wytwarzanych lub sprzedawanych przez szereg podmiotów powiązanych. Kolejny przypadek dotyczy sytuacji, gdy prowadzenie odrębnej ewidencji i analizy stosownych usług na rzecz poszczególnych beneficjentów wiązałoby się z istotnym obciążeniem administracyjnym, niewspółmiernym do realizowanych czynności. W takich przypadkach opłatę można ustalić w oparciu o alokację pomiędzy wszystkich potencjalnych beneficjentów tych kosztów, które nie mogą zostać alokowane w sposób bezpośredni, tj. kosztów, które nie mogą zostać konkretnie przypisane rzeczywistym beneficjentom różnych usług. W celu zachowania zgodności z zasadą ceny rynkowej wybrana metoda alokacji musi prowadzić do wyniku odpowiadającego temu, jaki mógłby zostać zaakceptowany przez porównywalne przedsiębiorstwa niezależne.

7.25. Alokacja powinna opierać się na odpowiednim mierniku wykorzystania usługi, który jest także łatwy do zweryfikowania, np. obrót, zatrudnieni pracownicy lub klucz alokacji opierający się na realizowanych czynnościach, takich jak przetworzone zamówienia. To, czy metoda alokacji jest odpowiednia, może zależeć od charakteru i wykorzystania usługi. Przykładowo wykorzystanie lub świadczenie usług kadrowo-płacowych może bardziej wiązać się z liczbą pracowników niż z obrotem, natomiast alokacji kosztów związanych z priorytetową gotowością do udostępnienia zapasowego systemu komputerowego można dokonać w proporcji do wydatków na sprzęt komputerowy ponoszonych przez poszczególnych członków grupy.

7.26. W przypadku wykorzystania metody alokacji pośredniej relacja pomiędzy opłatą a świadczoną usługą może nie być wyraźna, co może utrudnić ocenę dostarczanych korzyści. W istocie może to oznaczać, że przedsiębiorstwo ponoszące opłaty za usługę nie dokonało powiązania takiej opłaty z usługą. W związku z tym pojawia się wyższe ryzyko podwójnego opodatkowania, ponieważ ustalenie kosztów podlegających odliczeniu poniesionych w imieniu członków grupy może być trudniejsze, jeżeli nie można w łatwy sposób zidentyfikować wynagrodzenia lub z perspektywy usługobiorcy może być trudniej ustalić wysokość odliczenia poniesionych płatności, gdy nie będzie on w stanie wykazać, że usługi zostały wyświadczone.

B.2.2.3. Forma wynagrodzenia

7.27. Wynagrodzenie za usługi świadczone na rzecz przedsiębiorstwa powiązanego może zostać ujęte w cenie za inne świadczenia. Na przykład cena za licencję

patentu lub *know-how* może obejmować płatność za usługi wsparcia technicznego lub scentralizowane usługi świadczone na rzecz licencjobiorcy lub za doradztwo zarządcze w zakresie marketingu towarów wytwarzanych w ramach licencji. W takich przypadkach administracja podatkowa i podatnicy powinni upewnić się, że nie są pobierane dodatkowe opłaty usługowe oraz że nie dochodzi do podwójnego rozpoznania kosztów.

7.28. W trakcie identyfikacji ustaleń w zakresie opłat ryczałtowych za gotowość do świadczenia usług „na żądanie" (o których mowa w pkt 7.16 i 7.17), konieczne może okazać się zbadanie warunków dotyczących faktycznego korzystania z usług, ponieważ mogą one zawierać postanowienia określające, że nie dokonuje się opłat za faktyczne korzystanie do chwili, gdy poziom wykorzystania przekroczy ustalony poziom.

B.2.3. Kalkulacja rynkowego wynagrodzenia

7.29. W procesie ustalania rynkowej ceny za usługi wewnątrzgrupowe zagadnienie to należy rozważyć zarówno z perspektywy usługodawcy, jak i usługobiorcy. W tym zakresie należy wziąć pod uwagę wartość usługi dla jej odbiorcy oraz kwotę, jaką porównywalne przedsiębiorstwo niezależne byłoby gotowe zapłacić za taką usługę w porównywalnych okolicznościach, jak również koszty ponoszone przez usługodawcę.

7.30. Na przykład z perspektywy przedsiębiorstwa niezależnego poszukującego usługi, dostawcy usług na danym rynku mogą być lub mogą nie być skłonni lub zdolni dostarczać usługę po cenie, którą jest gotowe zapłacić przedsiębiorstwo niezależne. Jeżeli dostawcy usług są w stanie dostarczać wymaganą usługę za cenę mieszczącą się w przedziale cen, które gotowe jest zapłacić przedsiębiorstwo niezależne, strony dojdą do porozumienia. Z perspektywy dostawcy usług cena, poniżej której podmiot ten nie będzie dostarczał usługi, oraz koszty dla tego podmiotu stanowią istotne czynniki do rozważenia, lecz niekoniecznie mają one charakter decydujący dla rozstrzygnięcia w każdym przypadku.

B.2.3.1. Metody

7.31. Metodę, która zostanie wykorzystana do ustalenia ceny rynkowej za usługi wewnątrzgrupowe, należy określić zgodnie z Wytycznymi zawartymi w rozdziałach I, II i III. Zastosowanie tych Wytycznych często będzie skutkować ustaleniem cen za usługi wewnątrzgrupowe z wykorzystaniem metody PCN lub metody opartej na kosztach (metody koszt plus lub metody MTN opartej na kosztach). Metoda PCN będzie prawdopodobnie najbardziej odpowiednia, gdy porównywalna usługa jest świadczona pomiędzy przedsiębior-

stwami niezależnymi na rynku odbiorcy lub przez przedsiębiorstwo powiązane świadczące usługi na rzecz przedsiębiorstwa niezależnego w porównywalnych okolicznościach. Przykładowo może to dotyczyć świadczenia usług w zakresie rachunkowości, audytu, prawnych lub informatycznych, pod warunkiem że transakcje kontrolowane i niekontrolowane są porównywalne. Metoda oparta na kosztach będzie prawdopodobnie najbardziej odpowiednią metodą w przypadku braku porównywalnych cen niekontrolowanych, gdy charakter podejmowanych działań, zaangażowane aktywa i ponoszone ryzyka są porównywalne jak w przypadku przedsiębiorstw niezależnych. Jak wskazano w rozdziale II, część II, stosując metodę koszt plus, należy zapewnić, że transakcje kontrolowane i niekontrolowane są spójne pod względem ujmowanych kategorii kosztowych. W wyjątkowych przypadkach, np. gdy zastosowanie metody PCN lub metod opartych na kosztach jest utrudnione, w celu ustalenia cen rynkowych w zadowalający sposób pomocne może okazać się zastosowanie więcej niż jednej metody (zob. pkt 2.11).

7.32. Dla określenia relacji pomiędzy stosownymi usługami a działalnością i wynikami różnych członków grupy konieczne może być przeprowadzenie analizy funkcjonalnej takich podmiotów. Ponadto konieczne może okazać się uwzględnienie nie tylko natychmiastowego wpływu usługi, lecz także jej długoterminowego efektu, biorąc pod uwagę, że niektóre koszty właściwie nigdy nie przyniosą korzyści, które były zasadnie oczekiwane w momencie ich poniesienia. Przykładowo wydatki związane z przygotowaniem do działań marketingowych mogą *prima facie* okazać się zbyt wysokie do poniesienia przez członka grupy, zważywszy na jego zasoby w danym momencie; ustalając, czy opłata w takim przypadku odpowiada warunkom rynkowym, należy uwzględnić oczekiwane korzyści z takiej operacji oraz możliwość, że wysokość i moment poniesienia opłat w ramach niektórych ustaleń dokonywanych na warunkach rynkowych mogą zależeć od wyników tych działań. W takich przypadkach podatnik powinien być gotowy wykazać zasadność ponoszenia opłat na rzecz przedsiębiorstw powiązanych.

7.33. Jeżeli za najbardziej odpowiednią metodę w okolicznościach danego przypadku zostanie uznana metoda oparta na kosztach, analiza będzie wiązać się ze zbadaniem, czy koszty ponoszone przez usługodawcę z grupy wymagają wprowadzenia pewnych korekt dla zapewnienia wiarygodności porównania transakcji kontrolowanych i niekontrolowanych.

7.34. Gdy przedsiębiorstwo powiązane pełni wyłącznie rolę agenta lub pośrednika w świadczeniu usług, stosując metodę opartą na kosztach, należy zapewnić, że zwrot lub narzut jest odpowiedni w stosunku do pełnienia funkcji agenta, nie zaś do świadczenia usług. W takim przypadku określenie rynkowej ceny jako narzutu na kosztach usług zamiast na kosztach funkcji agencyjnej może być nie-

właściwe. Na przykład przedsiębiorstwo powiązane może ponosić koszty najmu powierzchni reklamowych na korzyść członków grupy, tj. koszty, które członkowie grupy ponieśliby bezpośrednio we własnym zakresie, gdyby działali jako podmioty niezależne. W takim przypadku odpowiednie może okazać się przeniesienie przedmiotowych kosztów na rzecz odbiorców z grupy bez narzutu i zastosowanie narzutu wyłącznie na kosztach poniesionych przez pośrednika w związku z realizowaną funkcją agenta.

B.2.3.2. Kwestie związane z uwzględnieniem elementu zysku

7.35. W zależności od metody wykorzystywanej do ustalenia rynkowej opłaty za usługi wewnątrzgrupowe może pojawić się pytanie, czy opłata musi koniecznie skutkować wygenerowaniem zysku przez dostawcę usług. W transakcji na warunkach rynkowych przedsiębiorstwo niezależne zazwyczaj dąży do określenia opłat za usługi w sposób umożliwiający wygenerowanie zysku, zamiast świadczenia usług jedynie po kosztach. Ustalając rynkowe opłaty, należy również wziąć pod uwagę ekonomiczne alternatywy dostępne dla odbiorcy usługi. Jednakże istnieją takie okoliczności (np. wskazane w dyskusji dotyczącej strategii gospodarczych w rozdziale I), gdy przedsiębiorstwo niezależne może nie realizować zysku na samym świadczeniu usług, np. gdy koszty dostawcy (przewidywane lub rzeczywiste) przewyższają cenę rynkową, lecz dostawca godzi się świadczyć usługę w celu zwiększenia swojej rentowności, być może ze względu na uzupełnienie swojego zakresu działalności. W związku z powyższym cena rynkowa nie zawsze musi skutkować zyskiem dla przedsiębiorstwa powiązanego świadczącego usługę wewnątrzgrupową.

7.36. Przykładowo może się zdarzyć, że wartość rynkowa usług wewnątrzgrupowych nie będzie wyższa od kosztów poniesionych przez dostawcę usług. Może to dotyczyć sytuacji, gdy np. usługa nie stanowi zwykłej lub powtarzalnej działalności usługodawcy, lecz jest oferowana incydentalnie, ze względu na wygodę grupy MNE. Ustalając, czy usługi wewnątrzgrupowe reprezentują tę samą relację jakości do ceny, jaką można byłoby uzyskać od przedsiębiorstwa niezależnego, w celu dokonania oceny porównywalności transakcji należy porównać funkcje i oczekiwane korzyści. Mimo wszystko grupa MNE może z różnych przyczyn zdecydować się świadczyć usługę w ramach grupy zamiast korzystać z usług podmiotu niezależnego, być może ze względu na inne korzyści z perspektywy grupy (z tytułu których odpowiednie może być pobranie rynkowego wynagrodzenia). W takim przypadku zwiększenie ceny za usługę powyżej ceny, jaka zostałaby ustalona na podstawie metody PCN, jedynie w celu zapewnienia zysku przedsiębiorstwu powiązanemu, będzie niewłaściwe. Taki wynik byłby niezgodny z zasadą ceny rynkowej. Niemniej jednak należy upewnić się, że wszystkie korzyści dla odbiorcy zostają należycie uwzględnione.

7.37. Co do zasady, administracje podatkowe i podatnicy powinni podjąć próbę ustalenia właściwej ceny rynkowej. Nie należy jednak zapominać, że mogą istnieć praktyczne przyczyny, dla których administracja podatkowa może w wyjątkowych przypadkach być skłonna zrezygnować z obliczenia i opodatkowania ceny rynkowej za świadczenie usług i zezwolić podatnikowi w odpowiednich okolicznościach na dokonanie jedynie alokacji kosztów świadczenia takich usług. Na przykład w niektórych przypadkach analiza kosztów i korzyści może wykazać, że dodatkowy dochód podatkowy, jaki zostałby uzyskany, nie będzie uzasadniał kosztów i obciążeń administracyjnych wiążących się z określeniem odpowiedniej ceny rynkowej. W takich przypadkach dokonanie obciążenia wszystkimi stosownymi kosztami zamiast ceną rynkową może zapewnić wynik zadowalający zarówno MNE, jak i administracje podatkowe. Jest mało prawdopodobne, że administracje podatkowe przyjmą takie ustępstwo, gdy świadczenie usługi stanowi podstawową działalność przedsiębiorstwa powiązanego, gdy element zysku jest stosunkowo istotny lub gdy możliwe jest zastosowanie alokacji bezpośredniej jako podstawy określenia ceny rynkowej.

C. Kilka przykładów usług wewnątrzgrupowych

7.38. Niniejsza sekcja przedstawia kilka przykładowych kwestii z zakresu cen transferowych wiążących się ze świadczeniem usług wewnątrzgrupowych. Przykłady te zostały zaprezentowane wyłącznie dla celów ilustracyjnych. Rozważając indywidualne przypadki, w celu dokonania oceny możliwości zastosowania którejkolwiek metody cen transferowych należy zbadać konkretne fakty i okoliczności.

7.39. Pierwszy przykład dotyczy działalności w zakresie faktoringu wierzytelności, gdy grupa MNE postanawia scentralizować takie działania ze względów ekonomicznych. Przykładowo rozsądnie byłoby scentralizować działalność związaną z faktoringiem wierzytelności, aby skuteczniej zarządzać płynnością, ryzykiem walutowym i ryzykiem wiążącym się z zadłużeniem, jak również w celu zapewnienia efektywności administracyjnej. Centrum faktoringu wierzytelności podejmujące taką odpowiedzialność świadczy usługi wewnątrzgrupowe, za które należy pobrać rynkową opłatę. W omawianym przypadku właściwa może okazać się metoda PCN.

7.40. Kolejnym przykładem działań, które mogą wiązać się z usługami wewnątrzgrupowymi, jest działalność produkcyjna lub montażowa. Przedmiotowa działalność może przyjąć różne formy, w tym formę powszechnie określaną jako produkcja na zlecenie. W pewnych przypadkach dotyczących produkcji na zlecenie producent może prowadzić działalność zgodnie ze szczegółowymi instrukcjami wydawanymi przez kontrahenta odnośnie do tego, co należy wytwarzać, w jakich ilościach oraz jakiej jakości. W niektórych przypadkach

kontrahent może udostępniać producentowi surowce lub komponenty. Spółka produkcyjna może mieć pewność, że pod warunkiem spełnienia wymogów jakościowych kontrahent zakupi wszystkie wyprodukowane przez nią wyroby. W takim przypadku można uznać, że spółka produkcyjna wykonuje na rzecz kontrahenta usługę o ograniczonym ryzyku, a najbardziej odpowiednią metodą cen transferowych może być metoda koszt plus, z zastrzeżeniem zasad przewidzianych w rozdziale II.

7.41. Działalność badawcza podobnie stanowi przykład działalności, która może obejmować usługi wewnątrzgrupowe. Warunki takich działań mogą zostać określone w szczegółowej umowie ze stroną zlecającą usługę powszechnie zwaną badaniami na zlecenie. Przedmiotowa działalność może wymagać zaangażowania wysoce wykwalifikowanego personelu i może znacznie różnić się zarówno pod względem jej charakteru, jak i znaczenia dla powodzenia grupy. Rzeczywiste ustalenia mogą przybierać rozmaite formy, od realizacji szczegółowych programów ustalanych przez pryncypała aż po umowy, na mocy których spółka badawcza ma swobodę działania w ramach szeroko zdefiniowanych obszarów badawczych. W tym drugim przypadku dodatkowe funkcje polegające na identyfikacji komercyjnie wartościowych obszarów oraz ocenie ryzyka niepowodzenia badań mogą stanowić krytyczny czynnik dla wyników całej grupy. Tym samym przed rozważeniem odpowiedniej metodologii w zakresie cen transferowych niezwykle istotne jest dokonanie szczegółowej analizy funkcjonalnej i dokładne zrozumienie specyficznego charakteru badań oraz sposobu wykonywania takich czynności przez spółkę. Przy wyborze najbardziej odpowiedniej metody cen transferowych użyteczne może okazać się także rozpatrzenie opcji realistycznie dostępnych z perspektywy zleceniodawcy badania. Zob. sekcja B.2 rozdziału VI.

7.42. Innym przykładem usług wewnątrzgrupowych jest administrowanie licencjami. W tym celu należy rozróżnić administrowanie i dochodzenie roszczeń w zakresie praw dotyczących dóbr niematerialnych od wykorzystywania takich praw. Ochroną licencyjną może zajmować się grupowe centrum usługowe odpowiedzialne za monitorowanie ewentualnych naruszeń licencji oraz za dochodzenie roszczeń z tytułu licencji.

D. Usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej

7.43. Niniejsza sekcja przedstawia specyficzne zalecenia dotyczące szczególnej kategorii usług wewnątrzgrupowych określanej jako usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej. Sekcja D.1 zawiera definicję usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej. Sekcja D.2 prezentuje dobrowolne, uproszczone podejście pozwalające na ustalenie rynkowych opłat za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej, jak również uproszczony test korzyści. Sekcja D.3

zawiera zalecenia dotyczące wymogów dokumentacyjnych i sprawozdawczych, które powinny zostać spełnione przez grupę MNE decydującą się przyjąć takie uproszczone podejście. Wreszcie sekcja D.4 porusza niektóre kwestie związane z nakładaniem podatku u źródła na opłaty z tytułu usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej. Podsumowując, uproszczone podejście zakłada, że cena rynkowa za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej jest ściśle powiązana z kosztami, koszty świadczenia poszczególnych kategorii takich usług są alokowane na spółki należące do grupy będące beneficjentami usług, a następnie ten sam narzut jest stosowany na wszystkich kategoriach usług. Grupy MNE, które nie decydują się na zastosowanie uproszczonego podejścia określonego w niniejszej sekcji, powinny rozstrzygać zagadnienia z zakresu cen transferowych związane z usługami wewnątrzgrupowymi o niskiej wartości dodanej zgodnie z postanowieniami sekcji A i B powyżej.

D.1. Definicja usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej

7.44. Niniejsza sekcja zawiera omówienie kwestii definicyjnych związanych z usługami wewnątrzgrupowymi o niskiej wartości dodanej dla celów zastosowania dobrowolnego, uproszczonego podejścia przedstawionego w sekcji D.2. W pierwszej kolejności zostają wskazane cechy, jakie muszą wykazywać usługi, aby możliwe było ich zakwalifikowanie jako usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej w celu zastosowania dobrowolnego, uproszczonego podejścia. Następnie zostaje zidentyfikowany szereg działań, które nie kwalifikują się jako usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej na potrzeby dobrowolnego, uproszczonego podejścia. Na końcu zostają przedstawione przykłady usług, które prawdopodobnie mają cechy umożliwiające zaliczenie ich do usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej dla celów zastosowania uproszczonego podejścia.

7.45. Dla celów uproszczonego podejścia usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej stanowią usługi świadczone przez jednego lub więcej niż jednego członka grupy MNE na rzecz jednego członka grupy lub ich większej liczby, które:

- mają charakter pomocniczy;
- nie wchodzą w zakres podstawowej działalności grupy MNE (tj. nie kreują działań generujących zyski ani nie wnoszą wkładu w ekonomicznie istotną działalność grupy MNE);
- nie wymagają wykorzystania unikalnych i wartościowych dóbr niematerialnych oraz nie prowadzą do stworzenia unikalnych i wartościowych dóbr niematerialnych;
- nie wiążą się z ponoszeniem lub kontrolą znacznego lub istotnego ryzyka przez dostawcę usług i nie generują dla niego istotnego ryzyka.

7.46. Zalecenia zawarte w niniejszej sekcji nie znajdują zastosowania w stosunku do usług, które zwykle zostałyby zaliczone do usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej, jeżeli takie usługi są świadczone na rzecz niezależnych klientów członków grupy MNE. W takich przypadkach można spodziewać się, że istnieją wiarygodne wewnętrzne dane porównawcze i mogą one zostać zastosowane w celu ustalenia ceny rynkowej za usługi wewnątrzgrupowe.

7.47. Następujące czynności nie kwalifikują się do zastosowania uproszczonego podejścia przedstawionego w niniejszej sekcji:
- usługi stanowiące podstawową działalność grupy MNE;
- usługi badawczo-rozwojowe (w tym rozwój oprogramowania, chyba że mieści się on w zakresie usług informatycznych wskazanych w pkt 7.49);
- usługi wytwarzania i produkcji;
- działania zakupowe związane z surowcami lub innymi materiałami wykorzystywanymi w procesie wytwarzania lub produkcji;
- działania sprzedażowe, marketingowe i dystrybucyjne;
- transakcje finansowe;
- wydobycie, poszukiwanie lub przetwarzanie zasobów naturalnych;
- ubezpieczenia i reasekuracja;
- usługi zarządzania wyższego szczebla korporacji (inne niż usługi nadzoru zarządczego nad usługami zakwalifikowanymi jako usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej zgodnie z definicją przewidzianą w pkt 7.45).

7.48. Fakt, że działanie nie kwalifikuje się do zastosowania uproszonego podejścia w świetle definicji wskazanej w pkt 7.45, nie oznacza, że taka czynność generuje wysokie zwroty. Działanie może mimo wszystko wnosić niską wartość, a ewentualne rynkowe opłaty za takie działanie należy ustalić zgodnie z zaleceniami zawartymi w pkt 7.1–7.42.

7.49. Poniższe podpunkty przedstawiają przykłady usług, które z wysokim prawdopodobieństwem spełniają definicję usług o niskiej wartości dodanej przewidzianą w pkt 7.45:
- rachunkowość i audyt, np. zbieranie i weryfikowanie informacji do wykorzystania w sprawozdaniach finansowych, prowadzenie ksiąg rachunkowych, sporządzanie sprawozdań finansowych, przygotowywanie lub pomoc w audytach operacyjnych i finansowych, weryfikowanie autentyczności i wiarygodności ksiąg rachunkowych oraz pomoc w przygotowywaniu budżetów poprzez zestawianie danych i zbieranie informacji;
- przetwarzanie i zarządzanie należnościami i zobowiązaniami, np. zbieranie informacji dotyczących klientów na potrzeby fakturowania oraz sprawdzanie i przetwarzanie informacji na potrzeby kontroli kredytowej;
- działania z zakresu zasobów ludzkich, takie jak:

  - obsada etatów i rekrutacje, np. procedury zatrudniania, pomoc w ocenie kandydatów oraz wyborze i zatrudnianiu personelu, wdrażanie nowych pracowników, dokonywanie oceny wyników i pomoc w określaniu ścieżek kariery, pomoc w procedurach zwalniania personelu, pomoc w programach dla redukowanego personelu;
  - szkolenia i rozwój pracowników, np. dokonywanie oceny potrzeb szkoleniowych, tworzenie wewnętrznych programów szkoleniowych i rozwojowych, tworzenie programów w zakresie umiejętności zarządzania i rozwoju kariery;
  - usługi w zakresie wynagrodzeń, np. udzielanie porad i wyznaczanie polityk w obszarze wynagrodzeń i świadczeń pracowniczych, takich jak ubezpieczenie zdrowotne i ubezpieczenie na życie, plany opcji na akcje i programy emerytalne; weryfikowanie obecności i czasu pracy, usługi płacowe, w tym przetwarzanie i zapewnianie zgodności z przepisami podatkowymi;
  - opracowywanie i monitorowanie procedur z obszaru ochrony zdrowia pracowników, standardów bezpieczeństwa i ochrony środowiska związanych z kwestiami z zakresu zatrudnienia;
- monitorowanie i zbieranie danych dotyczących standardów ochrony zdrowia, bezpieczeństwa i ochrony środowiska i innych standardów regulujących działalność gospodarczą;
- usługi informatyczne, o ile nie wchodzą one w zakres podstawowej działalności grupy, np. instalacja, utrzymywanie i aktualizacja systemów informatycznych wykorzystywanych w działalności biznesowej; wsparcie w zakresie systemu informatycznego (obejmującego systemy informatyczne wykorzystywane w związku z działaniami księgowymi, produkcyjnymi, zarządzaniem relacjami z klientami, zasobami ludzkimi i obsługą płacową czy pocztą elektroniczną); szkolenia w zakresie wykorzystania lub zastosowania systemów informatycznych oraz związanego z nimi sprzętu wykorzystywanego do zbierania, przetwarzania i prezentowania informacji; opracowywanie wytycznych w zakresie IT, świadczenie usług telekomunikacyjnych, organizowanie wsparcia informatycznego typu *helpdesk*, wdrażanie i utrzymywanie systemów w obszarze bezpieczeństwa informatycznego; wsparcie, utrzymywanie sieci informatycznych i nadzór nad nimi (sieć lokalna – LAN, sieć rozległa – WAN, Internet);
- wsparcie w komunikacji wewnętrznej i zewnętrznej oraz wsparcie w obszarze *public relations* (jednakże z wyłączeniem szczególnych działań reklamowych lub marketingowych oraz opracowywania związanych z nimi strategii);
- usługi prawne, np. ogólne usługi prawne wykonywane przez wewnętrznego prawnika, takie jak sporządzanie i dokonywanie przeglądu kontraktów, umów i innych dokumentów prawnych, konsultacje i opinie prawne, reprezentacja spółki (w sporach sądowych, przed organami arbitrażowymi, w postępowa-

niach administracyjnych), analizy prawne, jak również prawne i administracyjne prace związane z rejestrowaniem i ochroną dóbr niematerialnych;
- działania w zakresie zobowiązań podatkowych, np. zbieranie informacji i przygotowywanie deklaracji podatkowych (podatek dochodowy, podatek od sprzedaży, VAT, podatek od nieruchomości, cło i akcyza), zapłata podatku, obsługa kontroli przeprowadzanych przez administracje podatkowe oraz udzielanie porad w sprawach podatkowych;
- ogólne usługi o charakterze administracyjnym lub biurowym.

7.50. Przykłady opisane poniżej podkreślają istotny element definicji usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej – nie obejmują one usług wchodzących w zakres podstawowej działalności MNE. Usługi, które mogą pobieżnie wydawać się podobne w swej naturze (w przykładzie analiza ryzyka kredytowego), mogą lub nie stanowić usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej, w zależności od konkretnego kontekstu i okoliczności. Przykłady obrazują również kwestię, że usługi mogą nie kwalifikować się jako usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej, ponieważ w pewnych okolicznościach kreują one istotne ryzyko lub unikalne i wartościowe dobra niematerialne.

a) Spółka A, z siedzibą w kraju A, jest producentem obuwia i hurtowym dystrybutorem obuwia w regionie północno-zachodnim. Jej w pełni zależna Spółka B, z siedzibą w kraju B, jest hurtowym dystrybutorem obuwia wytwarzanego przez A na region południowo-wschodni. W ramach swojej działalności Spółka A rutynowo prowadzi analizy ryzyka kredytowego w odniesieniu do swoich klientów, w oparciu o sprawozdania nabywane od agencji sprawozdawczości kredytowej. Spółka A wykonuje na rzecz Spółki B takie same analizy ryzyka kredytowego w odniesieniu do klientów Spółki B, wykorzystując te same metody i podejście. Biorąc pod uwagę powyższe fakty i okoliczności, można zasadnie stwierdzić, że usługa świadczona przez spółkę A na rzecz Spółki B stanowi usługę wewnątrzgrupową o niskiej wartości dodanej.
b) Spółka X jest spółką zależną światowej grupy bankowości inwestycyjnej. Prowadzi analizy ryzyka kredytowego w odniesieniu do potencjalnych kontrahentów dla transakcji związanych z kontraktami dotyczącymi pochodnych instrumentów finansowych i sporządza sprawozdania kredytowe na rzecz światowej grupy bankowości inwestycyjnej. Analizy kredytowe wykonywane przez Spółkę X są wykorzystywane przez grupę w celu ustalenia cen pochodnych instrumentów finansowych oferowanych klientom grupy. Personel Spółki X rozwinął szczególną wiedzę specjalistyczną i korzysta z opracowanych wewnętrznie poufnych modeli, algorytmów i oprogramowania w obszarze analizy ryzyka kredytowego. Mając na względzie takie fakty i okoliczności, nie można stwierdzić, że usługa świadczona przez Spółkę X na rzecz światowej grupy bankowości inwestycyjnej stanowi usługę wewnątrzgrupową o niskiej wartości dodanej.

7.51. Definicja usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej odwołuje się do pomocniczego charakteru takich usług, które nie wchodzą w zakres podstawowej działalności grupy MNE. Świadczenie usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej może w istocie stanowić główną działalność gospodarczą podmiotu prawnego świadczącego usługę, np. centrum usług wspólnych, pod warunkiem że takie usługi nie dotyczą podstawowej działalności grupy. Załóżmy przykładowo, że MNE zajmuje się rozwojem, produkcją, sprzedażą i marketingiem nabiału na całym świecie. Grupa utworzyła spółkę – centrum usług wspólnych – której jedyną działalnością jest pełnienie roli globalnego centrum usług wsparcia informatycznego. Z perspektywy dostawcy usług wsparcia informatycznego świadczenie usług informatycznych stanowi główną działalność gospodarczą tej spółki. Jednakże z perspektywy usługobiorców oraz z perspektywy całej grupy przedmiotowa usługa nie stanowi podstawowej działalności gospodarczej i może zatem zostać zaliczona do usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej.

D.2. Uproszczone określenie rynkowych opłat za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej

7.52. Niniejsza subsekcja przedstawia elementy uproszczonego mechanizmu kalkulacji opłat za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej. Metoda uproszczona opiera się na założeniu, że wszystkie koszty usług o niskiej wartości dodanej poniesione w procesie wspierania działalności członków grupy MNE powinny zostać alokowane na rzecz takich członków. Wśród podstawowych korzyści stosowania uproszczonego podejścia należy wymienić: (1) zredukowanie nakładów administracyjnych związanych z testem korzyści oraz wykazywaniem rynkowego charakteru opłat; (2) zapewnienie grupom MNE większej pewności, że cena pobierana za kwalifikujące się czynności zostanie zaakceptowana przez administracje podatkowe, które przyjęłyby uproszczone podejście, jeżeli zostałyby spełnione warunki zastosowania uproszczonego podejścia wskazane w pkt 7.45; (3) zapewnienie administracjom podatkowym dedykowanej dokumentacji pozwalającej na efektywną weryfikację dopełnienia obowiązków ciążących na podatniku. Grupa MNE decydująca się przyjąć taką uproszczoną metodę powinna, w możliwie najszerszym zakresie, stosować ją w sposób spójny w ramach całej grupy we wszystkich krajach, w których prowadzi działalność.

7.53. Jeżeli administracja podatkowa nie przyjęła uproszczonego podejścia, a w konsekwencji grupa MNE przestrzega lokalnych wymogów w tej jurysdykcji, zachowywanie zgodności z lokalnymi wymogami nie zabrania grupie MNE stosować uproszczonego podejścia w innych jurysdykcjach. Ponadto nie wszystkie grupy MNE są zintegrowane pionowo i mogą zamiast tego dzielić się na podgrupy regionalne lub dywizje produktowe posiadające własne kierownictwo i struktury wsparcia. W związku z powyższym grupy MNE mogą zdecydować się przyjąć

metodę uproszczoną na szczeblu danej spółki holdingowej niższego szczebla i stosować ją w spójny sposób we wszystkich spółkach zależnych takiej spółki holdingowej niższego szczebla. Jeżeli grupa MNE dokonała wyboru i stosuje podejście uproszczone, opłaty za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej, które są lub zostały ustalone w oparciu o zalecenia przedstawione w niniejszej subsekcji, uznaje się za zgodne z zasadą ceny rynkowej. Możliwym alternatywnym podejściem do kwestii omówionych w niniejszej subsekcji jest wykorzystanie umów o podziale kosztów, będących przedmiotem rozdziału VIII.

D.2.1. Zastosowanie testu korzyści w odniesieniu do usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej

7.54. Jak omówiono w pkt 7.6, zgodnie z zasadą ceny rynkowej obowiązek zapłaty za usługę wewnątrzgrupową powstaje jedynie wówczas, gdy zostaje spełniony test korzyści, tj. działanie musi zapewnić członkowi grupy, od którego oczekiwana jest zapłata za usługę, wartość ekonomiczną lub komercyjną umożliwiającą poprawę lub utrzymanie jego pozycji komercyjnej, co z kolei ustala się, dokonując oceny, czy przedsiębiorstwo niezależne w porównywalnych okolicznościach byłoby skłonne zapłacić za dane działanie, jeżeli zostałoby zrealizowane na jego rzecz przez przedsiębiorstwo niezależne, lub czy wykonałoby takie działanie wewnętrznie na własny użytek. Jednakże ze względu na charakter usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej, o których mowa w niniejszej sekcji, ustalenie takich kwestii może być utrudnione lub może wymagać większego wysiłku, niż uzasadnia to wysokość opłaty. Administracje podatkowe powinny zatem zasadniczo wstrzymać się od weryfikacji lub kwestionowania testu korzyści, jeżeli uproszone podejście zostało zastosowane w warunkach i okolicznościach, o których mowa w niniejszej sekcji, a w szczególności zgodnie z wymogami w zakresie dokumentacji i sprawozdawczości omówionymi w sekcji D.3 poniżej.

7.55. Jakkolwiek usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej mogą przynosić korzyści wszystkim odbiorcom takich usług, mogą powstać pytania odnośnie do zakresu takich korzyści oraz tego, czy podmioty niezależne byłyby skłonne zapłacić za taką usługę lub wykonać ją samodzielnie na własny użytek. Jeżeli grupa MNE zastosowała się do zaleceń w zakresie uproszczonego podejścia dotyczącego dokumentacji i sprawozdawczości omówionego w sekcji D.3 poniżej, powinno to być wystarczającym dowodem, że test korzyści został spełniony, przy uwzględnieniu charakteru usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej. Dokonując oceny testu korzyści, administracje podatkowe powinny rozważyć korzyści wyłącznie w podziale na kategorie usług, nie zaś w oparciu o podstawę konkretnej opłaty. W związku z powyższym podatnik powinien jedynie wykazać, że wsparcie było świadczone w odniesieniu do np. przetwarzania płac, zamiast wymagania od niego, by wskazał indywidualne zrealizowane czynności podjęte w celu ponoszenia opłat.

Przy założeniu, że informacje określone w pkt 7.64 zostaną udostępnione administracji podatkowej, pojedyncza roczna faktura opisująca kategorię usług powinna być wystarczająca do uzasadnienia opłaty. Administracja podatkowa nie powinna wymagać korespondencji lub innych dowodów potwierdzających wykonanie pojedynczych działań. W kontekście usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej przynoszących korzyści wyłącznie jednemu odbiorcy z grupy MNE oczekuje się, że korzyści dla usługobiorcy będą mogły zostać wykazane oddzielnie.

D.2.2. Określenie bazy kosztowej

7.56. Pierwszy krok zastosowania uproszczonego podejścia w odniesieniu do usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej polega na obliczeniu przez grupę MNE, w ujęciu rocznym, bazy wszystkich kosztów poniesionych przez wszystkich członków grupy w toku świadczenia poszczególnych kategorii usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej. W bazie kosztowej ujmuje się bezpośrednie i pośrednie koszty świadczenia usług oraz, w stosownych przypadkach, odpowiednią część wydatków operacyjnych (np. związanych z nadzorem, ogólnych i administracyjnych). Koszty powinny zostać zebrane według kategorii usług i powinny wskazywać rachunkowe centra kosztowe ujęte w bazie kosztowej. Dla celów zastosowania pkt 7.61 w bazie kosztowej należy zidentyfikować koszty podlegające refakturowaniu. Baza kosztowa nie powinna obejmować kosztów przypisanych do działań wewnętrznych przynoszących korzyści wyłącznie spółce, która realizuje takie działania (w tym działań akcjonariusza/udziałowca wykonywanych przez spółkę będącą akcjonariuszem/udziałowcem).

7.57. W drugim kroku grupa MNE powinna zidentyfikować i wykluczyć z bazy kosztowej te koszty, które można przypisać usługom świadczonym przez jednego członka grupy wyłącznie na rzecz innego pojedynczego członka grupy. Tworząc np. bazę kosztową usług płacowych, jeżeli Spółka A należąca do grupy świadczy usługi płacowe jedynie na rzecz Spółki B należącej do grupy, stosowne koszty należy oddzielnie zidentyfikować i wyłączyć z bazy kosztowej. Jednakże jeżeli Spółka A należąca do grupy wykonuje usługi płacowe równolegle na własny użytek i na rzecz Spółki B, stosowne koszty należy pozostawić w bazie kosztowej.

7.58. Na tym etapie kalkulacji grupa MNE zidentyfikowała bazę kosztową związaną z kategoriami usług o niskiej wartości dodanej świadczonych na rzecz wielu członków grupy MNE.

D.2.3. Alokacja kosztów usług o niskiej wartości dodanej

7.59. Trzeci krok uproszczonej metody dokonywania opłat za koszty usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej polega na alokacji, między członkami

grupy, kosztów uwzględnionych w bazie kosztowej, które przynoszą korzyści wielu członkom grupy. W tym celu podatnik dokonuje wyboru jednego lub więcej kluczy alokacji w oparciu o zasady opisane poniżej. Odpowiedni klucz lub klucze alokacji będą zależeć od charakteru usług. Ten sam klucz lub klucze alokacji należy stosować w spójny sposób w stosunku do wszystkich alokacji kosztów związanych z tą samą kategorią usług. Zgodnie z zaleceniami zawartymi w pkt 7.24 klucz lub klucze alokacji wybrane w odniesieniu do kosztów w ramach każdej kategorii usług powinny w zasadny sposób odzwierciedlać poziom korzyści oczekiwanych przez każdego odbiorcę danej usługi. Zasadniczo klucz lub klucze alokacji powinny odzwierciedlać zapotrzebowanie na określone usługi. Przykładowo klucz alokacji dotyczący usług w zakresie personelu może opierać się na udziale poszczególnych spółek w całkowitej liczbie pracowników zatrudnionych w grupie, usługi informatyczne mogą opierać się na udziale w całkowitej liczbie użytkowników, usługi zarządzania flotą mogą opierać się na udziale w całkowitej liczbie pojazdów, usługi wsparcia w zakresie rachunkowości mogą opierać się na udziale w całkowitej liczbie transakcji lub udziale w całkowitych aktywach. W wielu przypadkach właściwym kluczem może być udział w całkowitych obrotach.

7.60. Przykłady kluczy alokacji podane w poprzedzającym punkcie nie są wyczerpujące. W zależności od faktów i okoliczności mogą zostać wykorzystane bardziej złożone klucze alokacji. Należy jednakże zachować równowagę pomiędzy teoretyczną złożonością a praktyczną obsługą, mając na względzie, że przedmiotowe koszty nie generują dla grupy istotnej wartości. W tym kontekście może się okazać, że wykorzystanie wielu kluczy alokacji nie będzie konieczne, jeżeli podatnik będzie mógł wyjaśnić powody, dla których stwierdził, że pojedynczy klucz pozwala na zasadne odzwierciedlenie korzyści. Dla zachowania spójności ten sam klucz lub klucze alokacji należy stosować przy ustalaniu alokacji tego samego rodzaju usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej na rzecz wszystkich odbiorców z grupy. Ponadto oczekuje się, że ten sam zasadny klucz będzie wykorzystywany z roku na rok, chyba że zaistnieje słuszny powód do wprowadzenia zmiany. Administracje podatkowe i podatnicy powinni również mieć na uwadze, że zmiana wiarygodnego klucza alokacji może rodzić znaczne trudności. Oczekuje się, że w swojej dokumentacji (zob. pkt 7.64 poniżej) podatnik opisze powody, dla których stwierdził, że klucz alokacji prowadzi do wyników zasadnie odzwierciedlających korzyści, jakie prawdopodobnie zostaną uzyskane przez każdego usługobiorcę.

D.2.4. Narzut zysku

7.61. Ustalając rynkową opłatę za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej, usługodawca należący do MNE powinien zastosować narzut zysku na wszystkich kosztach uwzględnionych w bazie kosztowej, z wyjątkiem kosztów podlegających refakturowaniu, zgodnie z postanowieniami pkt 2.93 i 7.34. Taki

sam narzut należy stosować w odniesieniu do wszystkich usług o niskiej wartości dodanej, niezależnie od kategorii takich usług. Narzut powinien wynosić 5% stosownych kosztów ustalonych zgodnie z postanowieniami sekcji D.2.2. Narzut w ramach uproszczonego podejścia nie musi zostać uzasadniony w oparciu o analizę danych porównawczych. Taki sam narzut może być stosowany w odniesieniu do usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej realizowanych przez jednego członka grupy wyłącznie na rzecz innego pojedynczego członka grupy w odniesieniu do kosztów zidentyfikowanych oddzielnie zgodnie z zaleceniami przedstawionymi w pkt 7.57. Należy zaznaczyć, że narzut wykorzystywany na potrzeby usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej nie może, bez dodatkowego uzasadnienia i analizy, zostać wykorzystany jako punkt odniesienia na potrzeby ustalenia ceny rynkowej za usługi niespełniające definicji usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej ani za podobne usługi nieobjęte dobrowolnym, uproszczonym mechanizmem.

D.2.5. Opłaty za usługi o niskiej wartości dodanej

7.62. Z zastrzeżeniem postanowień pkt 7.55, opłata za usługi na rzecz któregokolwiek członka grupy MNE decydującej się stosować podejście uproszczone będzie stanowić sumę (i) kosztów poniesionych przez innego członka grupy w związku ze świadczeniem usług specyficznie na rzecz tego członka zgodnie z drugim krokiem opisanym w pkt 7.57, powiększonych o przyjęty narzut zysku, oraz (ii) części bazy kosztowej alokowanej na tego członka grupy zgodnie z trzecim krokiem opisanym w pkt 7.59 z wykorzystaniem wybranego klucza alokacji, powiększonego o przyjęty narzut zysku. Opłata jest płatna na rzecz członka grupy, który poniósł koszty ujęte w bazie kosztowej, przy czym jeżeli przedmiotowe koszty ponosi więcej niż jeden członek grupy – w proporcji do udziału każdego z nich w kosztach ujętych w bazie kosztowej.

D.2.6. Próg istotności dotyczący zastosowania uproszczonego podejścia

7.63. Administracje podatkowe przyjmujące uproszczone podejście do usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej, o których mowa w niniejszej sekcji, mogą ustalić odpowiedni próg istotności umożliwiający im dokonywanie weryfikacji zastosowania uproszczonego podejścia w przypadkach, gdy taki próg zostanie przekroczony. Przykładowo taki próg istotności może opierać się na stałych wskaźnikach finansowych usługobiorcy (np. proporcja kosztów usług wewnątrzgrupowych w stosunku do całkowitych kosztów lub obrotu albo zysku przed uwzględnieniem opłat za usługi wewnątrzgrupowe) lub może zostać określony w oparciu o grupowy współczynnik całkowitych kosztów usług w stosunku do obrotów całej grupy MNE albo inną odpowiednią miarę. W przypadku przy-

jęcia takiego progu istotności administracja podatkowa nie będzie zobowiązana akceptować uproszczonego podejścia, jeżeli poziom opłat za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej przekroczy próg i może wymagać pełnej analizy funkcjonalnej i analizy porównywalności, w tym zastosowania testu korzyści w odniesieniu do określonych opłat za usługi.

D.3. Dokumentacja i sprawozdawczość

7.64. Grupa MNE decydująca się stosować niniejszą uproszczoną metodologię jest zobowiązana sporządzać następujące informacje i dokumentację oraz udostępniać je na żądanie administracji podatkowej któregokolwiek podmiotu z grupy dokonującego bądź otrzymującego płatności z tytułu usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej:

- opis kategorii świadczonych usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej; dane identyfikacyjne beneficjentów; powody uzasadniające, że każda kategoria usług stanowi usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej w świetle definicji określonej w sekcji D.1; uzasadnienie dla świadczenia usług w kontekście działalności prowadzonej przez MNE; opis korzyści lub oczekiwanych korzyści dla każdej kategorii usług; opis wybranych kluczy alokacji wraz z uzasadnieniem, że takie klucze alokacji prowadzą do wyników, które wiarygodnie odzwierciedlają otrzymywane korzyści oraz potwierdzenie stosowanego narzutu;
- pisemne kontrakty lub umowy w sprawie świadczenia usług oraz wszelkie zmiany do takich kontraktów i umów odzwierciedlające zgodę różnych członków grupy na przestrzeganie zasad alokacji przewidzianych w tej sekcji. Przedmiotowe pisemne kontrakty lub umowy mogą przyjąć formę sporządzonego w danym okresie dokumentu identyfikującego zaangażowane podmioty, charakter usług oraz warunki świadczenia takich usług;
- dokumentacja i kalkulacje wskazujące sposób ustalenia bazy kosztowej zgodnie z sekcją D.2.2 oraz stosowanego narzutu, zwłaszcza szczegółowy wykaz wszystkich kategorii i wysokości ujętych kosztów, w tym kosztów wszelkich usług świadczonych wyłącznie na rzecz jednego członka grupy;
- kalkulacje wskazujące zastosowanie określonych kluczy alokacji.

D.4. Pobieranie podatku u źródła od opłat za usługi wewnątrzgrupowe o niskiej wartości dodanej

7.65. Pobieranie podatków u źródła z tytułu świadczenia usług wewnątrzgrupowych o niskiej wartości dodanej może uniemożliwić usługodawcy odzyskanie całości kosztów poniesionych w związku ze świadczeniem usług. W przypadku gdy opłata za usługi obejmuje element zysku lub narzut, administracje podatkowe pobierające podatek u źródła są zachęcane do obejmowania tym podatkiem wyłącznie kwoty takiego elementu zysku lub narzutu.

UMOWY O PODZIALE KOSZTÓW

Zmiany do rozdziału VIII Wytycznych w sprawie cen transferowych

Podsumowanie

Umowy o podziale kosztów (CCA) stanowią szczególne ustalenia umowne pomiędzy przedsiębiorstwami w sprawie podziału wkładów i ryzyk związanych ze wspólnym rozwojem, wytwarzaniem lub nabywaniem dóbr niematerialnych, aktywów trwałych lub usług, przy założeniu, że według oczekiwań takie dobra niematerialne, aktywa trwałe lub usługi przyniosą korzyści dla indywidualnej działalności poszczególnych uczestników. Jeżeli wkłady wnoszone w CCA i korzyści wynikające z takich umów nie są odpowiednio wyceniane, powoduje to transfer zysków z lokalizacji, w której wartość jest tworzona poprzez wykonywanie działań gospodarczych.

Działanie 8 Planu BEPS dotyczy zagadnień z obszaru cen transferowych związanych z dobrami niematerialnymi i wymaga zarówno opracowania zasad zapobiegających erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszeniu zysku poprzez przekazywanie dóbr niematerialnych między członkami grupy bez zapewnienia rynkowego wynagrodzenia, jak również zaktualizowania zaleceń w zakresie CCA. Zalecenia zawarte w niniejszym rozdziale dotyczą tej drugiej części działania 8 i zastąpią zalecenia obecnie zawarte w rozdziale VIII Wytycznych w sprawie cen transferowych.

Niniejszy rozdział Raportu przedstawia ogólne zalecenia dotyczące ustalenia, czy warunki określone przez przedsiębiorstwa powiązane w odniesieniu do transakcji objętych CCA są zgodne z zasadą ceny rynkowej. Pod tym względem zalecenia zawarte w niniejszym rozdziale odnoszą się do niektórych możliwości

erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszenia zysku wynikających ze stosowania CCA.

Strony wykonujące działania w ramach umów o podobnych ekonomicznych cechach charakterystycznych powinny otrzymywać podobne oczekiwane zwroty, niezależnie od tego, czy ustalenia umowne w danym przypadku zostały określone mianem CCA. Niniejsze zalecenia zapewniają, że CCA nie będą mogły zostać wykorzystane do obejścia nowych zaleceń w zakresie zastosowania zasady ceny rynkowej w odniesieniu do transakcji, które wiążą się z ponoszeniem ryzyk lub dotyczących dóbr niematerialnych. Analiza CCA kieruje się ramowymi zasadami określonymi w tych zaleceniach, w celu zapewnienia, że:

- w stosunku do CCA zastosowanie znajdują te same ramy analityczne w zakresie określania faktycznej transakcji, w tym alokacji ryzyk, jak w przypadku innych rodzajów ustaleń umownych;
- w stosunku do CCA zastosowanie znajdują te same zalecenia dotyczące wyceny i ustalania cen dóbr niematerialnych, w tym dóbr niematerialnych trudnych do wyceny, jak w przypadku innych rodzajów ustaleń umownych;
- analiza CCA opiera się na faktycznych ustaleniach dokonanych przez przedsiębiorstwa powiązane, nie zaś na warunkach umownych, które nie odzwierciedlają rzeczywistości ekonomicznej;
- przedsiębiorstwo powiązane zostanie uznane za uczestnika CCA wyłącznie wówczas, gdy można racjonalnie oczekiwać, że skorzysta ono na celach działań podejmowanych w ramach CCA, jak również sprawuje ono kontrolę nad szczególnymi ryzykami ponoszonymi przez ten podmiot w ramach CCA oraz posiada zdolność finansową do ponoszenia takich ryzyk;
- wkłady wnoszone w CCA, ze szczególnym uwzględnieniem dóbr niematerialnych, nie powinny być wyznaczane po koszcie, jeśli przypuszczalnie nie będzie to stanowić wiarygodnej podstawy do określenia wartości relatywnych wkładów uczestników, ponieważ może to prowadzić do wyników niezgodnych z rynkowymi.

Podsumowując, niniejsze zalecenia zapewniają, że CCA zostaną przeanalizowane w odpowiedni sposób i będą prowadzić do wyników zgodnych ze sposobem i miejscem kreowania wartości.

Dotychczasowe postanowienia rozdziału VIII Wytycznych w sprawie cen transferowych zostają w całości usunięte i zastąpione następującym brzmieniem.

A. Wprowadzenie

8.1. Niniejszy rozdział zawiera omówienie umów o podziale kosztów (CCA) pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami powiązanymi lub ich większą liczbą. Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie ogólnych zaleceń co do ustalania, czy warunki uzgodnione przez przedsiębiorstwa powiązane w transakcjach objętych CCA są zgodne z zasadą ceny rynkowej. Analiza struktury takich ustaleń powinna opierać się na postanowieniach niniejszego rozdziału i innych postanowieniach niniejszych Wytycznych oraz na odpowiedniej dokumentacji CCA.

8.2. Sekcja B przedstawia ogólną definicję i zarys pojęcia CCA, natomiast sekcja C prezentuje zalecenia w zakresie zastosowania zasady ceny rynkowej w odniesieniu do CCA. Sekcja C obejmuje zalecenia dotyczące sposobu pomiaru wkładów wnoszonych do CCA oraz konieczności dokonania ewentualnych płatności wyrównawczych (tj. płatności między uczestnikami w celu skorygowania ich proporcjonalnych udziałów we wkładach), jak również zalecenia dotyczące traktowania wkładów i płatności wyrównawczych dla celów podatkowych. Sekcja C odnosi się także do ustalania uczestników CCA oraz kwestii związanych z przystąpieniem lub wycofaniem się uczestników i rozwiązaniem CCA. Wreszcie sekcja D zawiera omówienie propozycji dotyczących strukturyzowania i dokumentowania CCA.

B. Pojęcie CCA

B.1. Ogólne uwagi

8.3. CCA to ustalenia umowne między przedsiębiorstwami w sprawie podziału wkładów i ryzyk związanych ze wspólnym rozwojem, wytwarzaniem lub nabywaniem dóbr niematerialnych, aktywów trwałych lub usług, przy założeniu, że według oczekiwań takie dobra niematerialne, aktywa trwałe lub usługi przyniosą korzyści dla indywidualnej działalności poszczególnych uczestników. CCA stanowi porozumienie umowne, a niekoniecznie odrębny podmiot prawny lub stałą placówkę prowadzenia działalności wszystkich uczestników. CCA nie wymagają, by uczestnicy łączyli swoje operacje w celu np. wspólnego wykorzystywania wynikowych dóbr niematerialnych lub podziału przychodów lub zysków. Wprost przeciwnie uczestnicy CCA mogą korzystać ze swoich udziałów w wynikach CCA w ramach swoich indywidualnych działalności. Kwestie z zakresu cen transferowych skupiają się na handlowych lub finansowych stosunkach między

uczestnikami oraz wkładach wnoszonych przez uczestników, które kreują możliwość osiągnięcia takich wyników.

8.4. Jak wskazano w sekcji D.1 rozdziału I, określenie faktycznej zrealizowanej transakcji stanowi pierwszy etap każdej analizy cen transferowych. Punktem wyjścia przy określeniu faktycznej transakcji są porozumienia umowne. Pod tym względem nie występują żadne różnice pomiędzy analizą cen transferowych CCA a wszelkich innych rodzajów ustaleń umownych charakteryzujących się takim samym podziałem odpowiedzialności, ryzyk i oczekiwanych wyników, określonym na podstawie analizy funkcjonalnej transakcji. Zalecenia dotyczące identyfikacji innych ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych w równym stopniu znajdują zastosowanie do CCA, jak i do wszelkich innych rodzajów ustaleń umownych, w tym do oceny, czy strony podejmujące ryzyka na mocy umowy faktycznie ponoszą takie ryzyka w oparciu o ogólne ramy analizy ryzyk określone w pkt 1.60 niniejszych Wytycznych. W związku z tym strony wykonujące działania w ramach umów o podobnych ekonomicznych cechach charakterystycznych powinny otrzymywać podobne oczekiwane zwroty, niezależnie od tego, czy ustalenia umowne w danym przypadku zostały określone mianem CCA. Jednakże CCA przejawiają specyficzne cechy, które wymagają szczególnego rozpatrzenia.

8.5. Kluczową cechą CCA jest dzielenie się wkładami. Zgodnie z zasadą ceny rynkowej w momencie przystąpienia do CCA proporcjonalny udział każdego uczestnika w łącznych wkładach wnoszonych w ramach CCA musi być spójny z jego proporcjonalnym udziałem w całkowitych oczekiwanych korzyściach, jakie spodziewa się otrzymać w wyniku takiej umowy. Ponadto w przypadku CCA dotyczących rozwoju, wytwarzania lub nabywania dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych każdy uczestnik ma umownie zapewniony udział własnościowy we wszelkich dobrach niematerialnych lub aktywach trwałych będących rezultatem działań objętych CCA albo prawo do używania takich dóbr niematerialnych bądź aktywów trwałych lub wykorzystywania ich. W przypadku CCA dotyczących usług każdy uczestnik jest uprawniony na mocy umowy do otrzymywania usług wynikających z działań objętych CCA. W obu przypadkach uczestnicy mogą korzystać z udziałów, praw lub uprawnień bez uiszczania dodatkowego wynagrodzenia (innego niż wkłady i płatności wyrównawcze wskazane odpowiednio w sekcjach C.4 i C.5) na rzecz którejkolwiek ze stron za takie udziały, prawa lub uprawnienia.

8.6. Niektóre korzyści z działań będących przedmiotem CCA mogą zostać ustalone z wyprzedzeniem, natomiast inne pozostaną niepewne. Niektóre rodzaje działań objętych CCA będą przynosić bieżące korzyści, z kolei inne będą wymagać dłuższego czasu lub nie zakończą się powodzeniem. Niemniej jednak CCA zawsze wiążą się z oczekiwaną korzyścią, jaką każdy uczestnik stara się uzyskać ze swo-

jego wkładu, w tym z powiązanych praw do wymagania właściwego zarządzania CCA. Udział każdego uczestnika w rezultatach działań objętych CCA należy ustalić z góry, nawet jeżeli taki udział jest powiązany z udziałami innych uczestników, np. ponieważ tylko jeden uczestnik może posiadać prawo własności do rozwijanych dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych, lecz każdy z nich posiada określone prawa do używania dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych bądź do wykorzystywania ich na mocy ustaleń umownych (np. nieograniczone w czasie nieodpłatne licencje dotyczące terytorium, na którym dany uczestnik prowadzi działalność).

8.7. W niektórych przypadkach CCA mogą stanowić przydatne uproszczenie szeregu transakcji (ze względu na to, że konsekwencje podatkowe transakcji są ustalane zgodnie z obowiązującym prawem krajowym). W sytuacji gdy przedsiębiorstwa powiązane zarówno wykonują działania na rzecz innych członków grupy, jak i równolegle korzystają z działań realizowanych przez innych członków grupy, CCA może zapewnić mechanizm pozwalający na zastąpienie sieci odrębnych rynkowych płatności wewnątrzgrupowych sprawniejszym systemem skompensowanych płatności, w oparciu o zagregowane korzyści i zagregowane wkłady związane z wszystkimi działaniami objętymi umową (zob. również pkt 3.9–3.17 niniejszych Wytycznych). CCA dotyczące podziału działalności związanej z rozwojem dóbr niematerialnych może wyeliminować konieczność wprowadzenia kompleksowych ustaleń w zakresie wzajemnych licencji i powiązanych alokacji ryzyka i zastąpić je sprawniejszym podziałem wkładów i ryzyk, z podziałem udziałów we własności wynikowego dobra niematerialnego (wynikowych dóbr niematerialnych) zgodnie z warunkami CCA. Jednakże usprawnienie przepływów, które może być wynikiem przyjęcia CCA, nie ma wpływu na odpowiednią wycenę indywidualnych wkładów stron.

8.8. Celem zilustrowania CCA można podać przykład grupy MNE, która wytwarza produkty przez trzy przedsiębiorstwa, przy czym każde prowadzi zakład produkcji i posiada własne zespoły B+R zaangażowane w różne projekty mające poprawić procesy produkcji. Te trzy przedsiębiorstwa przystępują do CCA w celu uzyskania poprawy procesu produkcji i w rezultacie łączą swoje doświadczenie oraz dzielą się ryzykami. Ponieważ CCA przyznaje każdemu uczestnikowi prawa do wyników projektów, zastępuje ona ustalenia w zakresie wzajemnych licencji, które mogłyby zostać wprowadzone w przypadku braku CCA oraz gdyby przedsiębiorstwa rozwijały określone dobra niematerialne we własnym zakresie i udzielały sobie wzajemnie praw.

B.2. Powiązania z innymi rozdziałami

8.9. Jak wskazano w pkt 8.4, pomiędzy ramami analitycznymi w zakresie analizy cen transferowych CCA a analizą innych form stosunków umownych nie

występują żadne różnice. Zalecenia zawarte w sekcji D rozdziału I odnoszą się do analizy wszystkich transakcji między przedsiębiorstwami powiązanymi i znajdują zastosowanie przy identyfikacji ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych stosunków handlowych lub finansowych między stronami, wyrażonych w CCA. Warunki umowne CCA stanowią punkt wyjścia do określenia transakcji między stronami oraz sposobu, w jaki zamierzano dokonać alokacji odpowiedzialności, ryzyk i spodziewanych rezultatów w momencie zawarcia umowy. Jednakże, jak wskazują te zalecenia, dowody świadczące o postępowaniu stron mogą wyjaśnić lub uzupełnić aspekty umowy. Ramowe zasady dokonywania analizy ryzyka przewidziane w sekcji D.1.2.1 rozdziału I znajdują zastosowanie przy ustalaniu, czy strony ponoszą ryzyka w ramach CCA zgodnie z postanowieniami sekcji C.2 niniejszego rozdziału oraz określaniu konsekwencji związanych z zapewnieniem finansowania bez ponoszenia ryzyk lub wykonywania innych funkcji. Rozdział VI zawiera zalecenia dotyczące określania rynkowych warunków transakcji wiążących się z wykorzystywaniem lub przenoszeniem dóbr niematerialnych. Punkty 6.60–6.64 przedstawiają stosowne zalecenia dotyczące sprawowania kontroli nad ryzykiem finansowym, jeżeli finansowanie zostaje wykorzystane na potrzeby inwestycji w projekty badawczo-rozwojowe. Zalecenia określone w sekcjach D.3 i D.4 rozdziału VI w zakresie dóbr niematerialnych trudnych do wyceny mają w równym stopniu zastosowanie do CCA. Rozdział VII przedstawia zalecenia na temat kwestii, jakie pojawiają się dla celów cen transferowych przy ustalaniu, czy członek grupy MNE wyświadczył usługi na rzecz innych członków takiej grupy, a jeżeli miało to miejsce – przy ustalaniu rynkowych cen za takie usługi wewnątrzgrupowe. Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie dodatkowych zaleceń dotyczących sytuacji, w których łączone są zasoby i umiejętności, zaś uzyskiwane wynagrodzenie, w części lub w całości, wyraża uzasadnione oczekiwania co do wzajemnych korzyści. W związku z powyższym postanowienia rozdziałów VI i VII, a w istocie wszystkich pozostałych rozdziałów niniejszych Wytycznych, nadal w odpowiednim stopniu mają zastosowanie, np. przy dokonywaniu pomiaru wartości wkładu do CCA w ramach procesu ustalania proporcjonalnych udziałów we wkładach. MNE są zachęcane do przestrzegania zaleceń przewidzianych w niniejszym rozdziale w celu zapewnienia, że zawierane przez nie CCA funkcjonują zgodnie z zasadą ceny rynkowej.

B.3. Rodzaje CCA

8.10. Powszechnie spotyka się dwa rodzaje CCA, tj. umowy w sprawie wspólnego rozwoju, wytwarzania lub nabywania dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych („rozwojowe CCA") oraz umowy dotyczące nabywania usług („usługowe CCA"). Jakkolwiek każdą indywidualną CCA należy rozważyć pod kątem jej indywidualnych faktów i okoliczności, kluczowe różnice pomiędzy tymi dwoma rodzajami CCA ogólnie sprowadzają się do tego, że oczekuje się, iż rozwojowe

CCA przyniesie uczestnikom stałe, przyszłe korzyści, natomiast usługowe CCA przyniesie wyłącznie korzyści bieżące. Rozwojowe CCA, w szczególności w zakresie dóbr niematerialnych, często wiąże się z istotnymi ryzykami dotyczącymi potencjalnie niepewnych i odległych korzyści, z kolei usługowe CCA często oferuje korzyści pewniejsze i mniej ryzykowne. Powyższe rozróżnienia są przydatne, ponieważ, jak wskazano poniżej, większa złożoność rozwojowych CCA może wymagać bardziej szczegółowych zaleceń, zwłaszcza w zakresie wyceny wkładów, niż w przypadku usługowych CCA. Niemniej jednak analiza CCA nie może opierać się na ogólnikowych rozróżnieniach: w niektórych przypadkach CCA dotycząca uzyskiwania bieżących usług może także skutkować stworzeniem lub ulepszeniem dobra niematerialnego przynoszącego stałe, lecz niepewne korzyści, z kolei niektóre dobra niematerialne rozwijane w ramach CCA mogą kreować korzyści krótkoterminowe i relatywnie pewne.

8.11. W ramach rozwojowego CCA każdemu uczestnikowi przysługuje tytuł do praw w rozwijanym dobrze niematerialnym (dobrach niematerialnych) lub aktywie trwałym (aktywach trwałych). W przypadku dóbr niematerialnych takie prawa często przyjmują formę oddzielnych praw do wykorzystywania dobra niematerialnego w określonej lokalizacji geograficznej lub w zakresie szczególnego zastosowania. Uzyskane oddzielne prawa mogą stanowić faktyczną własność prawną lub, alternatywnie, może zdarzyć się, że tylko jeden uczestnik jest właścicielem prawnym majątku, przy czym inni uczestnicy posiadają określone prawa do używania takiego majątku lub wykorzystywania go. W przypadku gdy uczestnik ma takie prawa do jakiegokolwiek majątku rozwijanego w ramach CCA, nie zachodzi konieczność pobierania opłat licencyjnych lub innego dodatkowego wynagrodzenia za używanie takiego majątku stosownie do udziału, do jakiego uczestnik jest uprawniony na mocy CCA (niemniej jednak wkłady uczestnika mogą wymagać skorygowania, jeżeli nie są współmierne do oczekiwanych przez niego korzyści; zob. sekcja C.5).

C. Stosowanie zasady ceny rynkowej

C.1. Ogólne uwagi

8.12. Aby warunki CCA spełniały zasadę ceny rynkowej, wartość wkładów wnoszonych przez uczestników musi odpowiadać wkładom, jakie przedsiębiorstwa niezależne zgodziłyby się wnieść w porównywalnych okolicznościach, mając na względzie ich proporcjonalny udział w całkowitych spodziewanych korzyściach, jakie racjonalnie oczekują osiągnąć na mocy umowy. Tym, co odróżnia wkłady wnoszone do CCA od wszelkich innych wewnątrzgrupowych przeniesień majątku lub usług, jest to, że część lub całość wynagrodzenia przewidywanego przez uczestników stanowi oczekiwana wzajemna i proporcjonalna korzyść z połączenia

zasobów i umiejętności. Ponadto, w szczególności w odniesieniu do rozwojowych CCA, uczestnicy wyrażają zgodę, by dzielić się korzystnymi i niekorzystnymi konsekwencjami ryzyk wiążących się z osiąganiem spodziewanych rezultatów CCA. W efekcie istnieje różnica pomiędzy, powiedzmy, wewnątrzgrupowymi licencjami dotyczącymi dobra niematerialnego, w odniesieniu do których licencjodawca poniósł ryzyko rozwojowe we własnym zakresie i oczekuje wynagrodzenia w postaci opłat licencyjnych, które będzie otrzymywał po zakończeniu rozwoju tego dobra niematerialnego, a rozwojowymi CCA, w ramach których wszystkie strony wnoszą wkłady, dzielą się konsekwencjami zmaterializowania się ryzyka związanego z rozwojem dobra niematerialnego i uzgadniają, że poprzez takie wkłady każda z nich uzyskuje prawo do dobra niematerialnego.

8.13. Oczekiwanie wzajemnej i proporcjonalnej korzyści ma zasadnicze znaczenie dla przyjęcia przez przedsiębiorstwa niezależne ustaleń co do podziału konsekwencji materializacji ryzyk oraz połączenia zasobów i umiejętności. Niezależne przedsiębiorstwa wymagałyby, aby wartość proporcjonalnego udziału każdego uczestnika w faktycznych łącznych wkładach wnoszonych do ustaleń umownych odpowiadała proporcjonalnemu udziałowi uczestnika w całkowitych oczekiwanych korzyściach, jakie zostaną osiągnięte na mocy umowy. W celu zastosowania zasady ceny rynkowej w odniesieniu do CCA warunkiem koniecznym jest, by każda strona umowy miała uzasadnione oczekiwania korzyści. Kolejny krok polega na wyznaczeniu wartości wkładów poszczególnych uczestników we wspólną działalność, a na końcu ustaleniu, czy alokacja wkładów do CCA (skorygowanych o wszelkie płatności wyrównawcze dokonane między uczestnikami) odpowiada ich udziałom w oczekiwanych korzyściach. Należy uznać, że takie ustalenia będą prawdopodobnie wiązać się z pewnym stopniem niepewności, w szczególności w przypadku rozwojowych CCA. Istnieje możliwość, że w świetle zasady ceny rynkowej wkłady zostaną alokowane między uczestnikami CCA w sposób, który będzie skutkował zawyżeniem zysków podlegających opodatkowaniu w niektórych krajach i zaniżeniem zysków podlegających opodatkowaniu w innych. Z tego względu podatnicy powinni być gotowi uzasadnić podstawę swojego stanowiska w odniesieniu do CCA (zob. sekcja E).

C.2. Ustalanie uczestników

8.14. Ponieważ koncepcja wzajemnej korzyści ma zasadnicze znaczenie w CCA, strona nie będzie mogła zostać uznana za uczestnika, jeżeli nie będzie mogła zasadnie oczekiwać, że osiągnie korzyści z celów samej działalności objętej CCA (nie zaś jedynie z wykonywania części lub wszystkich działań będących przedmiotem umowy), np. z korzystania z jej udziału lub praw do dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych albo z wykorzystania usług zapewnianych na mocy CCA. W związku z powyższym uczestnikowi muszą zostać przydzielone

udział lub prawa do dóbr niematerialnych, aktywów trwałych lub usług będących przedmiotem CCA i musi on zasadnie oczekiwać, że będzie mógł uzyskać korzyści z takiego udziału lub takich praw. Przedsiębiorstwo, które jedynie wykonuje działalność będącą przedmiotem umowy, np. realizuje funkcje badawcze, lecz nie otrzymuje udziału w rezultatach CCA, nie zostanie uznane za uczestnika CCA, lecz za dostawcę usług na rzecz CCA. W tym zakresie takie przedsiębiorstwo powinno uzyskiwać rynkowe wynagrodzenie za świadczone usługi poza ramami CCA. Zob. pkt 8.18. Podobnie strona nie będzie uczestnikiem CCA, jeżeli nie jest zdolna w jakikolwiek sposób korzystać z rezultatów CCA w ramach własnej działalności.

8.15. Strona nie będzie również uczestnikiem CCA, jeżeli nie sprawuje kontroli nad szczególnymi ryzykami, które ponosi na mocy CCA, i nie dysponuje zdolnością finansową do ponoszenia takich ryzyk, ponieważ nie będzie uprawniona do udziału w rezultatach będących celem CCA w oparciu o funkcje rzeczywiście przez nią wykonywane. Ogólne zasady przewidziane w rozdziale I niniejszych Wytycznych dotyczące ponoszenia ryzyk znajdują zastosowanie w sytuacjach wiążących się z CCA. Każdy uczestnik wnosi określone wkłady związane z celami CCA i umownie ponosi pewne ryzyka. Zalecenia zawarte w sekcji D.1 rozdziału I w zakresie określania faktycznej transakcji znajdują zastosowanie przy analizie cen transferowych dotyczącej takich ryzyk. Oznacza to także, że strona ponosząca ryzyka na mocy CCA w oparciu o analizę opisaną w kroku 4(i) ramowych zasad analizy ryzyka wskazanych w pkt 1.60 („ponosi ryzyko w ramach CCA") musi kontrolować szczególne ryzyka, które ponosi w ramach CCA, i dysponować zdolnością finansową do ponoszenia takich ryzyk. W szczególności oznacza to, że uczestnik CCA musi posiadać (i) zdolność do podejmowania decyzji o podjęciu, rezygnacji lub odrzuceniu obarczonej ryzykiem możliwości związanej z uczestnictwem w CCA – i musi faktycznie wykonywać tę funkcję decyzyjną – oraz (ii) zdolność do podejmowania decyzji odnośnie do tego, czy i w jaki sposób należy reagować na ryzyka związane z taką możliwością, i musi faktycznie wykonywać tę funkcję decyzyjną. Choć nie jest konieczne, by strona wykonywała bieżące działania w zakresie ograniczania ryzyka w związku z działalnością objętą CCA, to w takich przypadkach musi ona posiadać zdolność do ustalania celów takich działań wykonywanych przez inną stronę, do podejmowania decyzji o powierzeniu funkcji w zakresie ograniczania ryzyka tej innej stronie, do dokonywania oceny, czy cele są odpowiednio realizowane oraz, jeżeli okaże się to konieczne, do podejmowania decyzji o zmianie ustaleń lub rozwiązaniu umów, jak również musi faktycznie dokonywać takiej oceny i podejmować takie decyzje. Zgodnie z zasadami ostrożnego zarządzania przedsiębiorstwem, zakres ryzyk związanych z taką umową wyznacza zakres wymaganej zdolności i kontroli. Zalecenia zawarte w pkt 6.60–6.64 znajdują zastosowanie przy dokonywaniu oceny, czy strona udostępniająca finansowanie posiada funkcjonalną zdolność do sprawowania kontroli

nad ryzykiem finansowym wiążącym się z jej wkładem w CCA oraz czy faktycznie wykonuje ona takie funkcje. Zob. przykłady 4 i 5 zamieszczone w aneksie do niniejszego rozdziału, ilustrujące tę zasadę.

8.16. W zakresie, w jakim poszczególne wkłady wnoszone przez uczestników CCA różnią się pod względem charakteru, np. uczestnicy prowadzą bardzo różne rodzaje działań B+R lub jedna ze stron wnosi majątek, zaś druga wnosi działania B+R, zalecenia zawarte w pkt 6.64 znajdują zastosowanie w równym stopniu. Oznacza to, że im wyższe jest ryzyko rozwojowe związane z działalnością rozwojową wykonywaną przez drugą stronę i im ściślej ryzyko ponoszone przez pierwszą stronę jest związane z takim ryzykiem rozwojowym, tym pierwsza strona będzie musiała posiadać większą zdolność do dokonywania oceny postępów w rozwoju dobra niematerialnego i konsekwencji takich postępów pod kątem możliwości uzyskania z niej oczekiwanych korzyści oraz tym ściślej będzie musiała ona powiązać swoje faktyczne podejmowanie decyzji w zakresie jej dalszych wkładów w CCA z kluczowymi postępami operacyjnymi mogącymi mieć wpływ na szczególne ryzyka, które ponosi w ramach CCA. Rozwojowe CCA, w ramach których korzyści są niepewne i odległe, będą prawdopodobnie rodzić wyższe ryzyka niż usługowe CCA przynoszące bieżące korzyści.

8.17. Jak opisano w poprzednich punktach, uczestnicy CCA nie muszą wykonywać wszystkich działań objętych CCA za pośrednictwem własnego personelu. W niektórych przypadkach uczestnicy CCA mogą dokonać zlecenia określonych funkcji wiążących się z działalnością będącą przedmiotem umowy odrębnemu podmiotowi, który nie jest uczestnikiem zgodnie ze standardem określonym w pkt 8.14 powyżej. W takich sytuacjach uczestnicy CCA powinni indywidualnie spełniać wymogi dotyczące sprawowania kontroli nad szczególnymi ryzykami ponoszonymi przez nich na mocy CCA. Przedmiotowe wymogi obejmują sprawowanie kontroli nad funkcjami zleconymi na zewnątrz przez co najmniej jednego uczestnika CCA. W okolicznościach, w których celem CCA jest rozwój dobra niematerialnego, co najmniej jeden uczestnik CCA powinien również sprawować kontrolę nad istotnymi, zleconymi na zewnątrz funkcjami związanymi z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną i wykorzystywaniem takiego dobra. Jeżeli wkład uczestnika CCA składa się z czynności innych niż kontrolowanie funkcji zleconych na zewnątrz, zalecenia zawarte w pkt 8.15 znajdują zastosowanie przy dokonywaniu oceny, czy strona ta posiada funkcjonalną zdolność do sprawowania kontroli nad szczególnymi ryzykami ponoszonymi przez nią na mocy CCA, zwłaszcza gdy takie ryzyka są ściśle związane z funkcjami zlecanymi na zewnątrz.

8.18. W przypadku zlecenia podmiotowi zewnętrznemu działalności objętej CCA należy zapewnić rynkową opłatę w celu wynagrodzenia go za usługi lub inne wkłady dokonywane na rzecz uczestników CCA. Jeżeli podmiot ten jest przed-

siębiorstwem powiązanym z jednym lub kilkoma uczestnikami CCA, rynkową opłatę należy ustalić zgodnie z ogólnymi zasadami przewidzianymi w rozdziałach I–III, w tym m.in. biorąc pod uwagę wykonywane funkcje, zaangażowane aktywa i ponoszone ryzyka oraz szczególne kwestie mające wpływ na rynkowy poziom wynagrodzenia za usługi i/lub w zakresie dóbr niematerialnych, jak to opisano w rozdziale VI i VII (w tym zaleceniami dotyczącymi dóbr niematerialnych trudnych do wyceny).

C.3. Korzyści oczekiwane z CCA

8.19. Relatywne udziały w oczekiwanych korzyściach można oszacować w oparciu o przewidywane dodatkowo generowane dochody lub oszczędności kosztowe albo inne korzyści uzyskiwane na mocy postanowień umownych przez poszczególnych uczestników. Podejście często stosowane w praktyce, przeważnie w odniesieniu do usługowych CCA, wiąże się z określeniem proporcjonalnych udziałów uczestników w oczekiwanych korzyściach za pomocą odpowiedniego klucza alokacji. Potencjalne klucze alokacji obejmują sprzedaż (obroty), zyski, wykorzystane, wytworzone lub sprzedane jednostki, liczbę pracowników itd.

8.20. W zakresie, w jakim przewiduje się, że istotna część lub wszystkie korzyści wynikające z działalności objętej CCA zostaną zrealizowane w przyszłości, a nie jedynie w roku poniesienia kosztów, co jest najbardziej typowe w przypadku rozwojowych CCA, alokacja wkładów bierze pod uwagę prognozy dotyczące udziałów uczestników w takich korzyściach. Wykorzystanie prognoz może stwarzać utrudnienia dla administracji podatkowych przy weryfikacji założeń leżących u ich podstaw oraz przy analizie przypadków, gdy prognozy istotnie różnią się od faktycznych wyników. Jeszcze większe trudności mogą powstać w przypadku, gdy działalność objęta CCA zakończy się kilka lat przed faktyczną materializacją oczekiwanych korzyści. Może okazać się właściwe, zwłaszcza gdy według oczekiwań korzyści zostaną zrealizowane w przyszłości, aby CCA przewidywały możliwość dokonania w przyszłości ewentualnych korekt proporcjonalnych udziałów we wkładach w okresie obowiązywania CCA, w celu odzwierciedlenia zmian stosownych okoliczności skutkujących zmianami w odpowiednich udziałach w korzyściach. W sytuacji gdy faktyczne udziały w korzyściach znacząco różnią się od prognoz, administracje podatkowe mogą zbadać, bez stosowania wiedzy zdobytej *post factum*, czy wykonane prognozy zostałyby uznane za akceptowalne przez niezależne przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach, biorąc pod uwagę wszystkie zdarzenia, które uczestnicy mogli byli zasadnie przewidzieć. Jeżeli korzyści oczekiwane z CCA obejmują prawo do dobra niematerialnego trudnego do wyceny od początku związanego z nim projektu rozwojowego lub jeżeli wkłady do projektu w ramach CCA obejmują istniejące już dobra niematerialne trudne do wyceny, przy wycenie wkładów poszczególnych uczestników CCA zastosowanie

znajdują zalecenia przedstawione w sekcjach D.3 i D.4 rozdziału VI w zakresie dóbr niematerialnych trudnych do wyceny.

8.21. Jeżeli ustalenia umowne dotyczą wielu działań, taką okoliczność należy wziąć pod uwagę przy wyborze metody alokacji, aby zapewnić, że wartość wkładów wnoszonych przez poszczególnych uczestników zostanie odpowiednio powiązana z relatywnymi korzyściami oczekiwanymi przez uczestników. Jedno podejście (choć nie jedyne) polega na posłużeniu się więcej niż jednym kluczem alokacji. Przykładowo jeżeli CCA obejmuje pięciu uczestników, z których jeden nie może korzystać z określonej działalności usługowej prowadzonej w ramach CCA, wówczas w przypadku braku jakiegoś sposobu potrącania lub obniżania wkładu wkłady związane z taką działalnością mogą zostać alokowane tylko czterem pozostałym uczestnikom. W powyższym przypadku alokację wkładów można przeprowadzić z zastosowaniem dwóch kluczy alokacji. Zasadność danego klucza lub kluczy alokacji zależy od właściwego charakteru działań objętych CCA oraz relacji pomiędzy kluczem alokacji (kluczami alokacji) a oczekiwanymi korzyściami. Pod tym względem przydatne mogą okazać się zalecenia zawarte w rozdziale VII dotyczące wykorzystania pośrednich metod ustalania rynkowej opłaty za usługi (pkt 7.23–7.26). Dla kontrastu wszystkie trzy przedsiębiorstwa prowadzące zakłady produkcyjne w przykładzie CCA opisanym w pkt 8.8 spodziewają się osiągnąć korzyści z różnych projektów mających poprawić procesy produkcji i mogą przyjąć klucz alokacji opierający się np. na relatywnej wielkości mocy produkcyjnych. Jeżeli jedno z przedsiębiorstw postanowi nie wdrażać rezultatów danego projektu, nie powinno mieć to wpływu na względny udział w korzyściach ani na wykorzystany klucz alokacji. Jednakże w takich okolicznościach należy dokładnie rozpatrzyć powód, dla którego przedsiębiorstwo postanowiło nie wdrażać rezultatów, czy kiedykolwiek w ogóle racjonalnie zamierzało to zrobić, czy oczekiwane korzyści należało zmienić w toku realizacji CCA oraz kiedy przedsiębiorstwo zmieniło swój zamiar.

8.22. Bez względu na metodę zastosowaną do oszacowania relatywnych udziałów uczestników w oczekiwanych korzyściach konieczne może okazać się dokonanie korekt wykorzystywanego miernika w celu uwzględnienia różnic pomiędzy relatywnymi udziałami w oczekiwanych i faktycznych korzyściach otrzymanych przez uczestników. CCA powinna wymagać dokonania ponownego, okresowego oszacowania wkładów w stosunku do zaktualizowanego udziału w korzyściach w celu ustalenia, czy przyszłe wkłady uczestników powinny zostać odpowiednio dostosowane. W związku z powyższym klucz alokacji (klucze alokacji) najbardziej istotny dla danej CCA może z biegiem czasu podlegać zmianom, co może prowadzić do korekt na przyszłość. Takie korekty mogą odzwierciedlać fakt, że strony będą wraz z upływem czasu posiadać bardziej wiarygodne informacje o przewidywalnych (lecz niepewnych) zdarzeniach lub wystąpieniu zdarzeń nieprzewidzianych.

C.4. Wartość wkładów poszczególnych uczestników

8.23. W celu ustalenia, czy CCA jest zgodna z zasadą ceny rynkowej – tj. czy proporcjonalne udziały poszczególnych uczestników w łącznych wkładach wnoszonych do CCA są zgodne z proporcjonalnymi udziałami uczestników w całkowitych oczekiwanych korzyściach – należy dokonać wyznaczenia wartości wkładów wnoszonych przez poszczególnych uczestników umowy.

8.24. Wkłady do CCA mogą przyjmować wiele form. W przypadku usługowych CCA wkłady przede wszystkim obejmują świadczenie usług. W przypadku rozwojowych CCA wkłady zazwyczaj polegają na prowadzeniu działań rozwojowych (np. B+R, marketing) i często obejmują dodatkowe wkłady mające znaczenie dla rozwojowych CCA, takie jak istniejące już aktywa trwałe lub dobra niematerialne. Niezależnie od rodzaju CCA wszystkie wkłady w postaci bieżących lub już istniejących wartości muszą zostać zidentyfikowane i odpowiednio uwzględnione zgodnie z zasadą ceny rynkowej. Ponieważ wartość relatywnych udziałów we wkładach poszczególnych uczestników powinna być zgodna z ich udziałami w oczekiwanych korzyściach, zapewnienie takiej zgodności może wymagać dokonania płatności wyrównawczych. Określenie „wkłady" użyte w niniejszym rozdziale obejmuje wkłady zarówno w postaci już istniejących, jak i bieżących wartości wnoszonych przez uczestników CCA.

8.25. Zgodnie z zasadą ceny rynkowej, wartość wkładów poszczególnych uczestników powinna odpowiadać wartości, jaka zostałaby przypisana takim wkładom przez przedsiębiorstwa niezależne w porównywalnych okolicznościach. Oznacza to, że aby zapewnić zgodność z zasadą ceny rynkowej, wkłady należy zasadniczo oszacować w oparciu o ich wartość na moment dokonywania wniesienia, mając na względzie wzajemny podział ryzyk, jak również charakter i zakres związanych z nimi oczekiwanych korzyści dla uczestników CCA. Przy ustalaniu wartości wkładów do CCA należy stosować się do zaleceń zawartych w pozostałych częściach niniejszych Wytycznych.

8.26. Dokonując wyceny wkładów, należy dokonać rozróżnienia pomiędzy wkładami w postaci wartości już istniejących a wkładami bieżącymi. Przykładowo w przypadku CCA dotyczącej rozwoju dobra niematerialnego wkład w postaci opatentowanej technologii wnoszony przez jednego z uczestników stanowi wkład w postaci wartości już istniejącej przydatnej w rozwoju dobra niematerialnego będącego celem CCA. Wartość takiej technologii należy ustalić zgodnie z zasadą ceny rynkowej, stosując zalecenia przewidziane w rozdziałach I–III i VI, w tym, w stosownych przypadkach, wykorzystując techniki wyceny określone w tym rozdziale. Bieżąca działalność B+R wykonywana w ramach rozwojowych CCA przez jedno lub więcej przedsiębiorstw powiązanych będzie stanowić wkład bieżący.

Wartość bieżących wkładów funkcjonalnych nie opiera się na potencjalnej wartości późniejszego zastosowania tej technologii, lecz na wartości wykonywanych funkcji. Potencjalną wartość późniejszego zastosowania technologii uwzględnia się poprzez wartość wkładów już istniejących oraz poprzez podział ryzyka rozwojowego w proporcji do oczekiwanego udziału w korzyściach uczestników CCA. Wartość wkładów bieżących należy określić zgodnie z zaleceniami zawartymi w rozdziałach I–III, VI i VII. Jak wskazano w pkt 6.79, wynagrodzenie opierające się na zwrocie kosztów powiększonych o niewielki narzut nie we wszystkich przypadkach będzie odzwierciedlać taką przewidywaną wartość lub rynkową cenę wkładu zespołu badawczego.

8.27. O ile wszystkie wkłady należy wyznaczać według ich wartości (z zastrzeżeniem pkt 8.28 poniżej), ze względów administracyjnych podatnikom może być łatwiej wnosić bieżące wkłady po kosztach. W szczególności może to dotyczyć rozwojowych CCA. W przypadku przyjęcia tego podejścia wkłady już istniejące powinny uwzględniać koszt alternatywny dla zobowiązania *ex ante* do wniesienia zasobów na rzecz CCA. Przykładowo porozumienie umowne (tj. CCA), w ramach którego istniejący personel B+R zostaje zaangażowany do prowadzenia prac na korzyść CCA, powinno uwzględniać koszt alternatywny związany z zamiennymi przedsięwzięciami B+R (np. bieżącą wartość rynkowego narzutu na kosztach B+R) we wkładach już istniejących, zaś działania będące wkładami bieżącymi powinny być wnoszone po kosztach (zob. przykład 1A w aneksie do niniejszego rozdziału).

8.28. Chociaż nie należy zakładać, że wartość wkładów już istniejących odpowiada kosztom, to niekiedy zdarza się, że koszty mogą zostać wykorzystane jako praktyczna miara umożliwiająca wyznaczenie relatywnej wartości wkładów bieżących. Gdy różnica pomiędzy wartością a kosztami jest względnie nieistotna, dla celów praktycznych wkłady bieżące o podobnym charakterze można w takich przypadkach dotyczących usługowych CCA wyznaczać według kosztów. Jednakże w innych okolicznościach (np. gdy wkłady wnoszone przez uczestników różnią się pod względem charakteru i obejmują zbiór różnych rodzajów usług i/lub dóbr niematerialnych lub innych aktywów) wyznaczanie wkładów bieżących według kosztów prawdopodobnie nie będzie stanowić wiarygodnej podstawy dla ustalenia wartości relatywnych wkładów uczestników i może skutkować wynikami niezgodnymi z zasadą ceny rynkowej. W przypadku rozwojowych CCA wyznaczanie wkładów bieżących po koszcie (z wyjątkiem zaleceń administracyjnych w pkt 8.27) na ogół nie będzie stanowić wiarygodnej podstawy do zastosowania zasady ceny rynkowej. Zob. przykłady 1–3 w aneksie do niniejszego rozdziału ilustrujące te zalecenia. W przypadku uznania ustaleń pomiędzy przedsiębiorstwami niezależnymi za porównywalne do ustaleń pomiędzy przedsiębiorstwami powiązanymi w ramach CCA, jeżeli ustalenia pomiędzy przedsiębiorstwami niezależnymi przewidują wnoszenie wkładów po kosztach, należy zbadać porówny-

walność wszystkich ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych transakcji w szerszym kontekście tych ustaleń, w tym wpływ szerszych uzgodnień w zakresie ekonomicznie powiązanych transakcji, które mogą zachodzić między stronami transakcji pomiędzy niezależnymi przedsiębiorstwami, jak również podział ryzyk. Szczególną uwagę należy zwrócić na kwestię, czy w ustaleniach pomiędzy niezależnymi przedsiębiorstwami są dokonywane inne płatności; przykładowo oprócz zwrotu kosztów mogą być wnoszone opłaty od etapów lub wkłady kompensacyjne.

8.29. Ponieważ wkłady opierają się na oczekiwanych korzyściach, zasadniczo oznacza to, że w sytuacji gdy dopuszcza się wycenę wkładów bieżących na zasadzie zwrotu kosztów analiza powinna początkowo opierać się na kosztach budżetowanych. Niekoniecznie oznacza to przyjęcie kosztów w stałej wysokości, gdyż ramy budżetowe mogą uwzględniać zmienność wynikającą z czynników takich jak zmieniające się poziomy popytu (np. budżetowane koszty mogą zostać wyrażone jako stała wartość procentowa faktycznej sprzedaży). Ponadto w okresie obowiązywania CCA prawdopodobnie wystąpią różnice pomiędzy kosztami budżetowanymi a kosztami rzeczywistymi. W sytuacji rynkowej warunki ustalone między stronami będą prawdopodobnie określać sposób, w jaki takie różnice powinny zostać potraktowane, ponieważ, jak wskazano w pkt 2.96, podmioty niezależne raczej nie będą posługiwać się budżetowanymi kosztami bez uzgodnienia czynników uwzględnianych przy wyznaczaniu budżetu oraz sposobu traktowania nieprzewidzianych okoliczności. Należy zwrócić uwagę na przyczyny wystąpienia znaczących różnic pomiędzy kosztami budżetowanymi a kosztami rzeczywistymi, ponieważ takie różnice mogą wskazywać na zmiany w zakresie działań, które mogą nie przynosić korzyści wszystkim uczestnikom w taki sam sposób jak działania pierwotnie mieszczące się w tym zakresie. Jednakże w ujęciu ogólnym, jeżeli koszty zostaną uznane za odpowiednią podstawę do wyznaczania wkładów bieżących, posłużenie się kosztami rzeczywistymi w tym zakresie będzie prawdopodobnie wystarczające.

8.30. Ważne, aby proces oceny uwzględniał wszystkie wkłady wnoszone przez uczestników do umowy. Dotyczy to zarówno wkładów wniesionych przez jedną lub więcej stron w chwili wejścia w życie CCA (takich jak wkłady w postaci istniejących już dóbr niematerialnych), jak również wkładów wnoszonych na bieżąco w okresie obowiązywania CCA. Należy uwzględnić nie tylko wkłady w postaci majątku lub usług wykorzystywanych wyłącznie na potrzeby działań objętych CCA, lecz także w postaci majątku lub usług (tj. dzielony majątek lub usługi) wykorzystywanych częściowo w ramach działalności objętej CCA oraz częściowo w odrębnej działalności gospodarczej uczestnika. Wycena wkładów wiążących się z dzielonym majątkiem lub usługami może być utrudniona, np. gdy uczestnik wnosi częściowe wykorzystywanie aktywów, takich jak budynki biurowe i systemy informatyczne, lub pełni funkcje nadzorcze, biurowe i administracyjne zarówno

w ramach CCA, jak i na potrzeby własnej działalności. Należy ustalić proporcję wykorzystywanych aktywów lub usług związanych z działalnością objętą CCA w komercyjnie uzasadniony sposób, mając na względzie uznane zasady rachunkowości oraz dokładny stan faktyczny, przy czym do osiągnięcia spójności, gdy są zaangażowane różne jurysdykcje, konieczne może być dokonanie korekt, jeżeli okażą się istotne. Po ustaleniu proporcji wkład należy wycenić zgodnie z zasadami przedstawionymi w kolejnych częściach niniejszego rozdziału.

8.31. W przypadku rozwojowych CCA wkłady w postaci kontroli i zarządzania CCA, działalnością objętą umową i ryzykami z niej wynikającymi będą prawdopodobnie stanowić istotne funkcje, o których mowa w pkt 6.56, związane z rozwojem, wytwarzaniem lub nabywaniem dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych i powinny podlegać wycenie zgodnie z zasadami przewidzianymi w rozdziale VI.

8.32. Następujący scenariusz ilustruje zalecenia dotyczące ustalania uczestników, udziału w korzyściach i wartości wkładów.

8.33. Spółka A z siedzibą w kraju A i Spółka B z siedzibą w kraju B są członkami grupy MNE i zawarły CCA w sprawie rozwoju dóbr niematerialnych. Spółka B jest uprawniona na mocy CCA do wykorzystywania dóbr niematerialnych w kraju B, zaś Spółka A jest uprawniona na mocy CCA do wykorzystywania dóbr niematerialnych w pozostałych częściach świata. Strony przewidują, że Spółka A zrealizuje 75% całkowitej sprzedaży, zaś Spółka B osiągnie 25% całkowitej sprzedaży oraz że ich udziały w oczekiwanych korzyściach z CCA wyniosą 75:25. Zarówno Spółka A, jak i Spółka B posiadają doświadczenie w rozwoju dóbr niematerialnych i dysponują własnym personelem ds. badań i rozwoju. Obie spółki kontrolują swoje ryzyko rozwojowe w ramach CCA na warunkach określonych w pkt 8.14–8.16. Spółka A wnosi do CCA istniejące już dobra niematerialne, które niedawno nabyła od podmiotu trzeciego. Spółka B wnosi własne techniki analityczne, które rozwinęła w celu zwiększenia efektywności i skrócenia czasu wprowadzania na rynek. Oba takie istniejące już wkłady należy wycenić zgodnie z zaleceniami przedstawionymi w rozdziałach I–III i VI. Wkłady bieżące w postaci bieżących badań będą realizowane w 80% przez Spółkę B i w 20% przez Spółkę A pod kierunkiem zespołu kierownictwa składającego się z personelu obu spółek w proporcji 90:10 na korzyść Spółki A. Te dwa rodzaje wkładów bieżących należy poddać odrębnej analizie i wycenie stosownie do zaleceń przewidzianych w rozdziałach I–III i VI. W przypadku gdy oczekiwane korzyści z CCA obejmują prawo do dobra niematerialnego trudnego do wyceny w momencie rozpoczęcia projektu rozwojowego lub gdy istniejące już dobra niematerialne trudne do wyceny stanowią część wkładów do projektu w ramach CCA, przy wycenie wkładów poszczególnych uczestników CCA zastosowanie znajdują zalecenia przedstawione w sekcjach D.3 i D.4 rozdziału VI, dotyczące dóbr niematerialnych trudnych do wyceny.

C.5. Płatności wyrównawcze

8.34. CCA zostanie uznana za zgodną z zasadą ceny rynkowej, jeżeli wartość proporcjonalnego udziału każdego uczestnika w łącznych wkładach na rzecz CCA (biorąc pod uwagę wszelkie już dokonane płatności wyrównawcze) odpowiada udziałowi uczestnika w całkowitych oczekiwanych korzyściach, jakie zostaną osiągnięte w ramach umowy. Jeżeli wartość udziału uczestnika w łącznych wkładach w ramach CCA w momencie wnoszenia wkładów nie odpowiada udziałowi tego uczestnika w oczekiwanych korzyściach wynikających z CCA, wkłady wniesione przez co najmniej jednego z uczestników są niewystarczające, zaś wkłady wniesione przez co najmniej jednego innego uczestnika są nadmierne. W takim przypadku zasada ceny rynkowej zasadniczo wymaga dokonania korekty, która na ogół przyjmuje formę korekty wkładu poprzez dokonanie lub przypisanie (dodatkowej) płatności wyrównawczej. Takie płatności wyrównawcze skutkują zwiększeniem wartości wkładów płatnika i zmniejszeniem wartości wkładów odbiorcy płatności.

8.35. Płatności wyrównawcze mogą zostać dokonane przez uczestników w celu zwiększenia wartości wkładów, gdy ich proporcjonalne wkłady są niższe niż ich proporcjonalne oczekiwane korzyści. Uczestnicy mogą spodziewać się takich korekt przy przystąpieniu do CCA lub mogą one wynikać z okresowego ponownego oszacowania ich udziałów w oczekiwanych korzyściach i/lub wartości ich wkładów (zob. pkt 8.22).

8.36. Płatności wyrównawcze mogą być wymagane również przez administracje podatkowe, jeżeli wartość proporcjonalnych wkładów uczestnika w postaci majątku lub usług w momencie wniesienia wkładu została nieprawidłowo ustalona lub jeżeli proporcjonalne oczekiwane korzyści uczestników zostały nieprawidłowo oszacowane, np. jeżeli klucz alokacji w chwili jego ustalenia lub skorygowania w celu uwzględnienia zmian okoliczności nieadekwatnie odzwierciedlał proporcjonalne oczekiwane korzyści. Korekta zwykle zostaje przeprowadzona poprzez dokonanie lub przypisanie płatności wyrównawczej od jednego lub kilku uczestników na rzecz innego za dany okres.

8.37. W przypadku rozwojowych CCA w określonym roku mogą pojawić się różnice pomiędzy proporcjonalnym udziałem uczestnika w łącznych wkładach a proporcjonalnym udziałem tego uczestnika w całkowitych oczekiwanych korzyściach. Jeżeli takie CCA w pozostałym zakresie są akceptowalne i skrupulatnie przestrzegane, mając na względzie rekomendacje przedstawione w sekcji E, administracje podatkowe powinny, co do zasady, powstrzymać się od dokonania korekty w oparciu o wyniki jednego roku podatkowego. Należy zbadać, czy proporcjonalne udziały poszczególnych uczestników w łącznych wkładach są zgodne

z proporcjonalnymi udziałami uczestników w całkowitych oczekiwanych korzyściach wynikających z umowy przez okres kilku lat (zob. pkt 3.75–3.79). Oddzielne płatności wyrównawcze mogą zostać dokonane, odpowiednio, w odniesieniu do wkładów już istniejących i w odniesieniu do wkładów bieżących. Alternatywnie, bardziej wiarygodne lub łatwiejsze administracyjnie może być dokonanie całościowej płatności wyrównawczej dotyczącej wkładów już istniejących i wkładów bieżących łącznie. Zob. przykład 4 w aneksie do niniejszego rozdziału.

8.38. W przykładzie wskazanym w pkt 8.33 uczestnicy, tj. Spółki A i B, oczekują korzyści z CCA w proporcji 75:25. W pierwszym roku wartość ich wkładów już istniejących wynosi 10 milionów w przypadku Spółki A i 6 milionów w przypadku Spółki B. W rezultacie Spółka A powinna dokonać płatności wyrównawczej netto na rzecz Spółki B w wysokości 2 milionów (tj. 4,5 miliona od Spółki A na rzecz Spółki B minus 2,5 miliona od Spółki B na rzecz Spółki A) w celu zwiększenia wkładu Spółki A do wysokości 12 milionów (75% łącznych wkładów) i obniżenia wkładu Spółki B do wysokości 4 milionów (25% łącznych wkładów).

C.6. Dokładne określanie faktycznej transakcji

8.39. Jak wskazano w pkt 8.9, ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne ustaleń zidentyfikowane w oparciu o zalecenia przedstawione w sekcji D rozdziału I mogą wskazywać, że faktyczna transakcja różni się od warunków CCA rzekomo uzgodnionych przez uczestników. Przykładowo jeden domniemany uczestnik lub ich większa liczba nie będą mogli zasadnie oczekiwać korzyści z działalności objętej CCA. Jakkolwiek zasadniczo niski udział uczestnika w oczekiwanych korzyściach nie wyklucza jego kwalifikowalności, to jeżeli w odniesieniu do uczestnika realizującego całą działalność będącą przedmiotem umowy oczekuje się, że będzie on uprawniony jedynie do niewielkiej części całkowitych oczekiwanych korzyści, może powstać pytanie, czy ustalenia dotyczące tej strony rzeczywiście sprowadzają się do łączenia zasobów i podziału ryzyk, czy jednak podział wzajemnych korzyści został skonstruowany pozornie, w celu osiągnięcia bardziej korzystnych wyników podatkowych. Występowanie znaczących płatności wyrównawczych wynikających z istotnych różnic między proporcjonalnymi udziałami stron we wkładach i korzyściach może również rodzić pytania odnośnie do tego, czy istnieją wzajemne korzyści lub czy należałoby dokładnie określić takie ustalenia, mając na względzie wszystkie ekonomicznie istotne cechy charakterystyczne, jako transakcję w zakresie finansowania.

8.40. Jak wskazano w pkt 8.33, zalecenia zawarte w rozdziale VI dotyczące dóbr niematerialnych trudnych do wyceny mogą w równym stopniu znajdować zastosowanie w sytuacjach wiążących się z CCA. Będzie to dotyczyć przypadku, gdy celem CCA jest rozwój nowego dobra niematerialnego, które jest trudne do wy-

ceny w momencie rozpoczęcia takiego projektu rozwojowego, lecz także sytuacji wiążącej się z wyceną wkładów w postaci istniejących już dóbr niematerialnych. Jeżeli ustalenia rozpatrywane w ujęciu całościowym nie wykazują komercyjnego uzasadnienia zgodnie z kryteriami przewidzianymi w sekcji D.2 rozdziału I, CCA może zostać pominięta.

C.7. Podatkowe traktowanie wkładów i płatności wyrównawczych

8.41. Wkłady, w tym wszelkie płatności wyrównawcze, wnoszone przez uczestnika na rzecz CCA, należy traktować dla celów podatkowych w ten sam sposób, jaki zostałby zastosowany zgodnie z ogólnymi zasadami systemu podatkowego (systemów podatkowych) znajdującego (znajdujących) zastosowanie do tego uczestnika, gdyby wkłady zostały wniesione poza zakresem CCA w celu prowadzenia działalności będącej przedmiotem CCA. Charakter wkładu będzie zależał od charakteru działalności realizowanej w ramach CCA i będzie decydował o sposobie jego ujęcia dla celów podatkowych.

8.42. W usługowych CCA wkład wnoszony przez uczestnika na rzecz CCA często przynosi korzyści w postaci oszczędności kosztowych (w takim przypadku działalność objęta CCA może nie generować dochodów w bezpośredni sposób). W ramach rozwojowych CCA oczekiwane korzyści przez uczestników mogą powstać dopiero po upływie pewnego czasu od wniesienia wkładów, w związku z czym w momencie dokonywania wkładów po stronie uczestników nie zostaną rozpoznane dochody z tytułu wnoszonych przez nich wkładów.

8.43. Płatności wyrównawcze należy traktować jako zwiększenie wkładu płatnika i jako zmniejszenie wkładu odbiorcy. Podobnie jak generalnie w przypadku wkładów, charakter i podatkowe traktowanie płatności wyrównawczych należy ustalić zgodnie z przepisami krajowymi, w tym z obowiązującymi umowami o unikaniu podwójnego opodatkowania.

D. Przystąpienie do CCA, wycofanie się z niej i rozwiązanie

8.44. Zmiany w składzie uczestników CCA zasadniczo powodują konieczność dokonania ponownego oszacowania proporcjonalnych udziałów uczestników we wkładach i oczekiwanych korzyściach. Podmiot, który przystąpi do funkcjonującej już CCA, może otrzymać udział w rezultatach wcześniejszych działań objętych CCA, takich jak dobra niematerialne lub aktywa trwałe już opracowane lub stanowiące prace w toku. W takich przypadkach dotychczasowi uczestnicy faktycznie dokonują przeniesienia części swoich udziałów w rezultatach wcześniejszej działalności objętej CCA na rzecz nowego uczestnika. Zgodnie z zasadą

ceny rynkowej, wszelkie takie przeniesienia dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych powinny podlegać wynagrodzeniu w oparciu o rynkową wartość przenoszonego udziału. W niniejszym rozdziale przedmiotowe wynagrodzenie jest określane mianem „płatności wejściowej".

8.45. Wysokość płatności wejściowej należy ustalić w oparciu o wartość (tj. cenę rynkową) udziału w dobrach niematerialnych i/lub aktywach trwałych nabywanego przez nowego uczestnika, biorąc pod uwagę proporcjonalny udział nowego uczestnika w całkowitych oczekiwanych korzyściach, jakie zostaną otrzymane w ramach CCA. Może się również zdarzyć, że nowy uczestnik dokona wniesienia istniejących dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych na rzecz CCA, w związku z czym właściwe może być dokonanie płatności wyrównawczych przez pozostałych uczestników z tytułu takiego wkładu. Wszelkie płatności wyrównawcze na rzecz nowego uczestnika mogą zostać skompensowane z wszelkimi wymaganymi płatnościami wejściowymi, jednakże na potrzeby administracji podatkowej należy prowadzić odpowiednią ewidencję pełnych kwot oddzielnych płatności.

8.46. Podobne kwestie mogą pojawić się przy wystąpieniu uczestnika z CCA. W szczególności uczestnik występujący z CCA może zbyć swoje udziały w ewentualnych wynikach wcześniejszej działalności objętej CCA (w tym w pracach w toku) na rzecz pozostałych uczestników. Wszelkie takie przeniesienia powinny podlegać wynagrodzeniu zgodnie z zasadą ceny rynkowej. W niniejszym rozdziale przedmiotowe wynagrodzenie jest określane mianem „płatności wyjściowej".

8.47. Zalecenia zawarte w rozdziałach I–III oraz VI znajdują pełne zastosowanie przy ustalaniu rynkowej wysokości wszelkich wymaganych płatności wejściowych, płatności wyjściowych lub płatności wyrównawczych. Może zdarzyć się, że zgodnie z zasadą ceny rynkowej takie płatności nie będą wymagane. Na przykład CCA dotycząca podziału usług administracyjnych na ogół będzie przynosić uczestnikom wyłącznie korzyści bieżące, a nie ciągłe wyniki, którym można przypisać wartość.

8.48. Płatności wejściowe i płatności wyjściowe należy traktować dla celów podatkowych w ten sam sposób, jaki zostałby zastosowany zgodnie z ogólnymi zasadami systemu podatkowego (systemów podatkowych) (w tym umów o unikaniu podwójnego opodatkowania) znajdującego (znajdujących) zastosowanie do poszczególnych uczestników, gdyby płatności zostały dokonane poza zakresem CCA jako wynagrodzenie za nabycie lub zbycie udziału w wynikach wcześniejszej działalności objętej CCA.

8.49. W przypadku rozwiązania CCA zasada ceny rynkowej wymaga, aby każdy uczestnik zachował udział w ewentualnych rezultatach działalności objętej

CCA zgodny z jego proporcjonalnym udziałem we wkładach do CCA w okresie jej obowiązywania (skorygowany o wszelkie płatności wyrównawcze faktycznie dokonane, w tym te dokonane w wyniku rozwiązania) lub otrzymał odpowiednie wynagrodzenie za wszelkie przeniesienia takiego udziału na rzecz pozostałych uczestników.

E. Rekomendacje dotyczące strukturyzowania i dokumentowania CCA

8.50. Zasadniczo CCA między stronami powiązanymi powinna spełniać następujące warunki:

a) uczestnikami powinny być wyłącznie przedsiębiorstwa, które zgodnie z oczekiwaniami osiągną wzajemne i proporcjonalne korzyści z samej działalności objętej CCA (nie zaś jedynie z wykonywania części lub całości takiej działalności). Zob. pkt 8.14;
b) umowa powinna określać charakter i zakres udziałów poszczególnych uczestników w wynikach działalności objętej CCA oraz ich oczekiwane udziały w korzyściach;
c) z wyjątkiem wkładów do CCA, odpowiednich płatności wyrównawczych i płatności wejściowych nie powinno dochodzić do innych płatności za określone udziały lub prawa do dóbr niematerialnych, aktywów trwałych lub usług nabytych na mocy CCA;
d) wartość wkładów uczestników powinna zostać ustalona zgodnie z niniejszymi Wytycznymi, a w stosownych przypadkach, w celu zapewnienia, że proporcjonalne udziały we wkładach odpowiadają proporcjonalnym udziałom w oczekiwanych korzyściach z umowy, należy dokonać płatności wyrównawczych;
e) umowa może przewidywać postanowienia dotyczące płatności wyrównawczych i/lub przyszłych zmian w alokacji wkładów po uzasadnionym czasie w celu odzwierciedlenia istotnych zmian w proporcjonalnych udziałach w oczekiwanych korzyściach wśród uczestników;
f) w momencie przystąpienia lub wycofania się uczestnika oraz w momencie rozwiązania CCA są dokonywane stosowne korekty (w tym ewentualne płatności wejściowe i płatności wyjściowe).

8.51. Standard w zakresie dokumentacji cen transferowych określony w rozdziale V wymaga, aby w dokumentacji grupowej zostały wskazane istotne umowy w zakresie usług oraz istotne umowy dotyczące dóbr niematerialnych, w tym CCA. W dokumentacji lokalnej należy przedstawić informacje na temat transakcji, w tym opis transakcji, wysokość płatności uiszczanych i otrzymywanych, identyfikację zaangażowanych podmiotów powiązanych, kopie istotnych umów wewnątrzgrupowych oraz informacje o cenach, w tym opis powodów, dla których stwierdzono, że ceny ustalone w transakcjach odpowiadają warunkom rynkowym. Oczekuje

się, że w celu spełnienia powyższych wymogów dokumentacyjnych uczestnicy CCA przygotują lub uzyskają materiały dotyczące charakteru działalności objętej umową, warunków umowy oraz jej zgodności z zasadą ceny rynkowej. Pod tym względem przyjmuje się, że każdy uczestnik powinien posiadać pełny dostęp do szczegółowych informacji o działalności, jaka będzie prowadzona w ramach CCA, tożsamości i lokalizacji pozostałych stron CCA, prognozach, w oparciu o które zostaną wniesione wkłady i zostaną określone oczekiwane korzyści, oraz budżetowanych i rzeczywistych wydatkach związanych z działalnością objętą CCA, charakteryzujących się poziomem szczegółowości współmiernym do kompleksowości CCA i jego znaczenia dla podatnika. Wszelkie takie informacje mogą okazać się istotne i przydatne dla administracji podatkowych w kontekście CCA i, jeżeli nie zostaną one ujęte w dokumentacji grupowej lub lokalnej, podatnicy powinni być gotowi przedstawić je na żądanie. Informacje istotne dla danej umowy zależą od faktów i okoliczności. Należy zaznaczyć, że informacje opisane powyżej nie stanowią ani minimalnego standardu w zakresie zachowywania zgodności, ani wyczerpującego wykazu informacji, do których żądania może być uprawniona administracja podatkowa.

8.52. Pod względem pierwotnych warunków CCA istotne i przydatne mogą być następujące informacje:

a) wykaz uczestników;
b) wykaz wszelkich innych przedsiębiorstw powiązanych, które będą zaangażowane w działalność objętą CCA lub które według oczekiwań będą korzystały z wyników działalności objętej umową lub używały ich;
c) zakres działań i poszczególnych projektów objętych CCA oraz sposób, w jaki działania objęte CCA będą zarządzane i kontrolowane;
d) okres obowiązywania umowy;
e) sposób wyznaczania proporcjonalnych udziałów uczestników w oczekiwanych korzyściach oraz wszelkie prognozy wykorzystane w celu takich ustaleń;
f) sposób, w jaki wszelkie przyszłe korzyści (takie jak dobra niematerialne) będą według oczekiwań wykorzystywane;
g) postać i wartość pierwotnych wkładów poszczególnych uczestników oraz szczegółowy opis sposobu ustalania wartości pierwotnych i bieżących wkładów (w tym wszelkich korekt wynikających z różnic między wartościami budżetowanymi a rzeczywistymi) oraz sposobu spójnego zastosowania zasad rachunkowości do wszystkich uczestników przy ustalaniu wydatków i wartości wkładów;
h) przewidywana alokacja odpowiedzialności i zadań oraz mechanizmy zarządzania i kontrolowania takich odpowiedzialności i zadań, w szczególności tych związanych z rozwojem, ulepszaniem, utrzymywaniem, ochroną lub wykorzystywaniem dóbr niematerialnych lub aktywów trwałych wykorzystywanych w działalności objętej CCA;

i) procedury dotyczące przystąpienia lub wycofania się uczestnika z CCA i rozwiązania CCA oraz wynikające z tego konsekwencje;
j) wszelkie postanowienia dotyczące płatności wyrównawczych lub dostosowywania warunków umowy w celu odzwierciedlenia zmian w warunkach gospodarczych.

8.53. W okresie obowiązywania CCA przydatne mogą okazać się następujące informacje:

a) wszelkie zmiany do umowy (np. w zakresie warunków, składu uczestników, przedmiotu działalności objętej umową) oraz konsekwencje takich zmian;
b) porównanie pomiędzy prognozami wykorzystanymi do określenia udziału w oczekiwanych korzyściach z działalności objętej CCA a rzeczywistym udziałem w korzyściach (należy jednak wziąć pod uwagę pkt 3.74);
c) roczne wydatki ponoszone w związku z prowadzeniem działalności objętej CCA, postać i wartość wkładów poszczególnych uczestników wniesionych w okresie obowiązywania CCA oraz szczegółowy opis sposobu ustalania wartości wkładów.

Aneks do rozdziału VIII – Przykłady ilustrujące zalecenia dotyczące umów o podziale kosztów

Przykład 1

1. Przykład 1 ilustruje ogólną zasadę, zgodnie z którą wkłady wycenia się według wartości (tj. w oparciu o ceny rynkowe), aby uzyskać wyniki zgodne z zasadą ceny rynkowej.

2. Spółka A i Spółka B należą do grupy MNE i postanawiają zawrzeć CCA. Spółka A świadczy usługę 1, natomiast Spółka B świadczy usługę 2. Zarówno Spółka A, jak i Spółka B „konsumują" obie usługi (tj. Spółka A uzyskuje korzyść z usługi 2 świadczonej przez Spółkę B, zaś Spółka B uzyskuje korzyść z usługi 1 świadczonej przez Spółkę A).

3. Załóżmy, że koszty i wartość usług kształtują się w następujący sposób:

Koszty świadczenia usługi 1 (koszty ponoszone przez Spółkę A)	100 na jednostkę
Wartość usługi 1 (tj. cena rynkowa, jaką Spółka A pobierałaby od Spółki B za świadczenie usługi 1)	120 na jednostkę
Koszty świadczenia usługi 2 (koszty ponoszone przez Spółkę B)	100 na jednostkę
Wartość usługi 2 (tj. cena rynkowa, jaką Spółka B pobierałaby od Spółki A za świadczenie usługi 2)	105 na jednostkę

4. W pierwszym roku i kolejnych latach Spółka A dostarcza 30 jednostek usługi 1 na rzecz grupy, zaś Spółka B dostarcza 20 jednostek usługi 2 na rzecz grupy. W ramach CCA koszty i korzyści są kalkulowane w następujący sposób:

Koszty Spółki A związane ze świadczeniem usług (30 jednostek * 100 na jednostkę)	3000	(60% całkowitych kosztów)
Koszty Spółki B związane ze świadczeniem usług (20 jednostek * 100 na jednostkę)	2000	(40% całkowitych kosztów)
Całkowity koszt dla grupy	5000	

Wartość wkładu wniesionego przez Spółkę A (30 jednostek * 120 na jednostkę)	3600	(63% całkowitych wkładów)
Wartość wkładu wniesionego przez Spółkę B (20 jednostek * 105 na jednostkę)	2100	(37% całkowitych wkładów)
Całkowita wartość wkładów wniesionych w ramach CCA	5700	

Zarówno Spółka A, jak i Spółka B konsumują po 15 jednostek usługi 1 i 10 jednostek usługi 2:		
Korzyść dla Spółki A:		
Usługa 1: 15 jednostek * 120 na jednostkę	1800	
Usługa 2: 10 jednostek * 105 na jednostkę	1050	
Razem	2850	(50% całkowitej wartości w wysokości 5700)
Korzyść dla Spółki B:		
Usługa 1: 15 jednostek * 120 na jednostkę	1800	
Usługa 2: 10 jednostek * 105 na jednostkę	1050	
Razem	2850	(50% całkowitej wartości w wysokości 5700)

5. Na mocy CCA zarówno wartość wkładu Spółki A, jak i wartość wkładu Spółki B powinny odpowiadać ich proporcjonalnym udziałom w oczekiwanych korzyściach, tj. po 50%. Ponieważ całkowita wartość wkładów w ramach CCA wynosi 5 700, każda strona musi wnieść po 2850. Wartość wkładu rzeczowego Spółki A wynosi 3 600, zaś wartość wkładu rzeczowego Spółki B wynosi 2 100. Stosownie do powyższego Spółka B powinna dokonać na rzecz Spółki A płatności wyrównawczej na kwotę 750. Będzie to skutkowało uzupełnieniem wkładu Spółki B do wysokości 2 850 i zrównoważeniem wkładu Spółki A do tej samej wysokości.

6. Jeżeli wkłady zostałyby wyznaczone po koszcie zamiast według ich wartości, to ponieważ Spółki A i B otrzymują po 50% całkowitych korzyści, byłyby one zobowiązane do wniesienia po 50% całkowitych kosztów, czyli po 2 500 każda, tj. Spółka B byłaby zobowiązana dokonać płatności wyrównawczej na rzecz Spółki A w wysokości 500 (zamiast 750).

7. W przypadku braku CCA Spółka A zakupiłaby 10 jednostek usługi 2 za cenę rynkową w wysokości 1 050, z kolei Spółka B zakupiłaby 15 jednostek usługi 1

za cenę rynkową w wysokości 1 800. Wynik netto sprowadzałby się do dokonania płatności przez Spółkę B na rzecz Spółki A w wysokości 750. Jak wykazano powyżej, wynik odpowiadający warunkom rynkowym jest osiągany w ramach CCA wyłącznie w przypadku, gdy wkłady zostają wycenione według ich wartości.

Przykład 1A

8. Stan faktyczny pozostaje taki sam jak w przykładzie 1. Zgodnie z zaleceniami zawartymi w pkt 8.27, alternatywnym sposobem pozwalającym na uzyskanie identycznych wyników jak w przykładzie 1 jest zastosowanie dwuetapowego procesu omówionego poniżej.

9. Krok 1 (wkłady podlegające wycenie według kosztów): Spółka A powinna ponieść 50% całkowitych kosztów w wysokości 5 000, czyli 2 500. Koszt wkładu rzeczowego Spółki A wynosi 3 000. Spółka B powinna ponieść 50% całkowitych kosztów w wysokości 5 000, czyli 2 500. Koszt wkładu rzeczowego Spółki B wynosi 2 000. Spółka B powinna zatem dokonać na rzecz Spółki A dodatkowej płatności w wysokości 500, stanowiącej płatność wyrównawczą związaną z wkładami bieżącymi.

10. Krok 2 (uwzględnienie dodatkowych wkładów w postaci wartości na rzecz CCA): Spółka A tworzy wartość w wysokości 20 powyżej kosztów na jednostkę. Spółka B tworzy wartość w wysokości 5 powyżej kosztów na jednostkę. Spółka A konsumuje 10 jednostek usługi 2 (wartość w wysokości 50 powyżej kosztu), zaś Spółka B konsumuje 15 jednostek usługi 1 (wartość w wysokości 300 powyżej kosztu). Stosownie do powyższego Spółka A powinna otrzymać wynagrodzenie na kwotę 250 za dodatkową wartość w wysokości 250, którą wnosi do CCA, stanowiące płatność wyrównawczą związaną z wkładami już istniejącymi.

11. Metoda dwuetapowa zapewnia podział kosztów i odrębną, dodatkową płatność na rzecz uczestnika wnoszącego do umowy dodatkowy wkład w postaci wartości. Zasadniczo dodatkowy wkład w postaci wartości może odzwierciedlać wkłady już istniejące, takie jak dobra niematerialne należące do jednego z uczestników, które mają znaczenie dla celu CCA. W związku z powyższym metoda dwuetapowa może być najbardziej użyteczna w przypadku rozwojowych CCA.

Przykład 2

12. Stan faktyczny pozostaje taki sam jak w przykładzie 1, z wyjątkiem tego, że wartość na jednostkę usługi 1 wynosi 103 (co oznacza, że zarówno usługa 1, jak i usługa 2 stanowią usługi o niskiej wartości dodanej). Załóżmy zatem, że koszty i wartość usług są kalkulowane w następujący sposób:

Koszty Spółki A związane ze świadczeniem usług (30 jednostek * 100 na jednostkę)	3000	(60% całkowitych kosztów)
Koszty Spółki B związane ze świadczeniem usług (20 jednostek * 100 na jednostkę)	2000	(40% całkowitych kosztów)
Całkowity koszt dla grupy	5000	

Wartość wkładu wniesionego przez Spółkę A (30 jednostek * 103 na jednostkę)	3090	(59,5% całkowitych wkładów)
Wartość wkładu wniesionego przez Spółkę B (20 jednostek * 105 na jednostkę)	2100	(40,5% całkowitych wkładów)
Całkowita wartość wkładów wniesionych w ramach CCA	5190	

Zarówno Spółka A, jak i Spółka B konsumują po 15 jednostek usługi 1 i 10 jednostek usługi 2:		
Korzyść dla Spółki A:		
Usługa 1: 15 jednostek * 103 na jednostkę	1545	
Usługa 2: 10 jednostek * 105 na jednostkę	1050	
Razem	2595	(50% całkowitej wartości w wysokości 5190)

Korzyść dla Spółki B:		
Usługa 1: 15 jednostek * 103 na jednostkę	1545	
Usługa 2: 10 jednostek * 105 na jednostkę	1050	
Razem	2595	(50% całkowitej wartości w wysokości 5190)

13. Na mocy CCA zarówno wartość wkładu Spółki A, jak i wartość wkładu Spółki B powinny odpowiadać ich proporcjonalnym udziałom w oczekiwanych korzyściach, tj. po 50%. Ponieważ całkowita wartość wkładów w ramach CCA wynosi 5 190, każda strona musi wnieść po 2595. Wartość wkładu rzeczowego Spółki A wynosi 3 090, zaś wartość wkładu rzeczowego Spółki B wynosi 2 100. Stosownie do powyższego Spółka B powinna dokonać na rzecz Spółki A płatności wyrównawczej na kwotę 495. Będzie to skutkowało uzupełnieniem wkładu Spółki B do wysokości 2 595 i zrównoważeniem wkładu Spółki A do tej samej wysokości.

14. W niniejszym przykładzie z uwagi na fakt, że wszystkie wkłady na rzecz CCA stanowią usługi o niskiej wartości dodanej, ze względów praktycznych wkłady mogą podlegać wycenie według kosztów, ponieważ pozwoli to na uzyskanie wyników ogólnie zgodnych z zasadą ceny rynkowej. W ramach takiego praktycznego podejścia koszt wkładu rzeczowego Spółki A wynosi 3 000, natomiast koszt wkładu rzeczowego Spółki B wynosi 2000. Każdy uczestnik powinien ponieść koszty związane z 50% całkowitych kosztów wkładów (2 500). W związku z powyższym Spółka B powinna dokonać płatności wyrównawczej na rzecz Spółki A w wysokości 500.

Przykład 3

15. Stan faktyczny pozostaje taki sam jak w przykładzie 1, z wyjątkiem tego, że wartość na jednostkę usługi 2 wynosi 120 (tj. usługa 1 i usługa 2 posiadają tę samą wartość i żadna z nich nie stanowi usług o niskiej wartości dodanej).

Koszty Spółki A związane ze świadczeniem usług (30 jednostek * 100 na jednostkę)	3000	(60% całkowitych kosztów)
Koszty Spółki B związane ze świadczeniem usług (20 jednostek * 100 na jednostkę)	2000	(40% całkowitych kosztów)
Całkowity koszt dla grupy	5000	

Wartość wkładu wniesionego przez Spółkę A (30 jednostek * 120 na jednostkę)	3600	(60% całkowitych wkładów)
Wartość wkładu wniesionego przez Spółkę B (20 jednostek * 120 na jednostkę)	2400	(40% całkowitych wkładów)
Całkowita wartość wkładów wniesionych w ramach CCA	6000	

Zarówno Spółka A, jak i Spółka B konsumują po 15 jednostek usługi 1 i 10 jednostek usługi 2:		
Korzyść dla Spółki A:		
Usługa 1: 15 jednostek * 120 na jednostkę	1800	
Usługa 2: 10 jednostek * 120 na jednostkę	1200	
Razem	3000	(50% całkowitej wartości w wysokości 6000)

Korzyść dla Spółki B:		
Usługa 1: 15 jednostek * 120 na jednostkę	1800	
Usługa 2: 10 jednostek * 120 na jednostkę	1200	
Razem	3000	(50% całkowitej wartości w wysokości 6000)

16. Na mocy CCA zarówno wartość wkładu Spółki A, jak i wartość wkładu Spółki B powinny odpowiadać ich proporcjonalnym udziałom w oczekiwanych korzyściach, tj. po 50%. Ponieważ całkowita wartość wkładów w ramach CCA wynosi 6 000, każda strona musi wnieść po 3000. Wartość wkładu rzeczowego Spółki A wynosi 3 600, zaś wartość wkładu rzeczowego Spółki B wynosi 2 400. Stosownie do powyższego Spółka B powinna dokonać na rzecz Spółki A płatności wyrównawczej na kwotę 600. Będzie to skutkowało uzupełnieniem wkładu Spółki B do wysokości 3 000 i zrównoważeniem wkładu Spółki A do tej samej wysokości. Przykład 3 pokazuje, że zasadniczo wycena wkładów według kosztów nie będzie prowadziła do rynkowego rezultatu nawet w sytuacjach, gdy rynkowy narzut na kosztach wkładów jest taki sam.

Przykład 4

17. Spółka A i Spółka B należą do grupy MNE i postanawiają dokonać rozwoju dobra niematerialnego w ramach CCA. Przewiduje się, że dobro niematerialne będzie wysoce rentowne, biorąc pod uwagę dotychczasowe dobra niematerialne Spółki B, historię jej wyników oraz jej doświadczony personel ds. badań i rozwoju. Za pośrednictwem swojego personelu Spółka A wykonuje wszystkie funkcje oczekiwane od uczestnika rozwojowego CCA, który uzyskuje niezależne prawo do korzystania z dobra niematerialnego wynikającego z umowy, w tym funkcje wymagane do sprawowania kontroli nad ryzykami ponoszonymi przez niego na mocy umowy zgodnie z zasadami określonymi w pkt 8.14–8.18. Oczekuje się, że rozwój dobra niematerialnego, o którym mowa w niniejszym przykładzie, zajmie pięć lat przed jego ewentualnym komercyjnym wykorzystaniem i, zakładając jego pomyślny rozwój, przewiduje się, że będzie ono miało wartość przez okres dziesięciu lat od jego początkowego wykorzystania.

18. Na mocy CCA Spółka A udostępni finansowanie na potrzeby rozwoju dobra niematerialnego (jej przewidywany udział w kosztach rozwojowych wynosi 100 milionów USD rocznie przez okres pięciu lat). Spółka B wniesie uprawnienia do rozwoju związane z jej istniejącymi dobrami niematerialnymi, do których Spółce A przyznane są prawa w ramach CCA, niezależnie od rezultatów związanych z celami CCA, jak również będzie realizować wszystkie działania w zakresie rozwoju, utrzymywania i wykorzystywania dobra niematerialnego. Wartość wkładów Spółki B

(obejmujących wykonywanie działań oraz wykorzystanie istniejących już dóbr niematerialnych) należy ustalić zgodnie z zaleceniami zawartymi w rozdziale VI i prawdopodobnie będzie opierać się na przewidywanej wartości dobra niematerialnego, jakie według oczekiwań zostanie stworzone w ramach CCA, pomniejszonej o wartość wkładu w postaci finansowania wnoszonego przez Spółkę A.

19. Po dokonaniu rozwoju przewiduje się, że dobro niematerialne będzie przynosić globalne zyski w wysokości 550 milionów USD rocznie (lata od 6 do 15). CCA określa, że Spółka B będzie miała wyłączne prawa do korzystania z wynikowego dobra niematerialnego w kraju B (co według przewidywań przyniesie zyski w wysokości 220 milionów USD rocznie w latach od 6 do 15), natomiast Spółka A będzie posiadać wyłączne prawa do korzystania z dobra niematerialnego w pozostałych częściach świata (co według przewidywań przyniesie zyski w wysokości 330 milionów USD rocznie).

20. Biorąc pod uwagę rozwiązania realistycznie dostępne Spółce A i Spółce B, ustalono, że wartość wkładu Spółki A odpowiada zwrotowi skorygowanemu o ryzyko z tytułu jej zaangażowania w finansowanie działalności badawczo-rozwojowej. Przyjmijmy, że określono to w wysokości 110 milionów USD rocznie (na lata od 6 do 15)[23]. Jednakże, na mocy CCA, przewidywane korzyści Spółki A wynoszą 330 milionów USD zysków rocznie w latach od 6 do 15 (zamiast 110 milionów USD). Powyższa dodatkowa przewidywana wartość praw uzyskiwanych przez Spółkę A (tj. przewidywana wartość powyżej wartości inwestycji Spółki A w postaci finansowania) odzwierciedla wkład na rzecz CCA w postaci wkładów już istniejących obejmujących dobra niematerialne oraz zaangażowania w działalność badawczo-rozwojową Spółki B. Spółka A jest zatem zobowiązana zapłacić za tę dodatkową wartość, jaką otrzymuje. W związku z powyższym Spółka A musi dokonać płatności wyrównawczej na rzecz Spółki B w celu uwzględnienia takich różnic. W rezultacie Spółka A powinna dokonać na rzecz Spółki B płatności wyrównawczej związanej z takimi wkładami w wartości bieżącej 220 milionów USD rocznie przewidywanymi w latach od 6 do 15, mając na względzie ryzyko wiążące się z takim przyszłym dochodem.

Przykład 5

21. Stan faktyczny pozostaje taki sam jak w przykładzie 4, z wyjątkiem tego, że analiza funkcjonalna wykazała, że Spółka A nie posiada zdolności do podejmowania decyzji o podjęciu lub odrzuceniu obarczonej ryzykiem możliwości w postaci jej uczestnictwa w CCA ani do podejmowania decyzji odnośnie do tego, czy i w jaki sposób należy zareagować na ryzyka związane z tą możliwością. Ponadto spółka ta nie posiada zdolności do ograniczania ryzyk ani do dokonywania oceny i podejmowania decyzji odnośnie do działań w obszarze ograniczania ryzyka prowadzonych przez inny podmiot na jej rzecz.

22. Dokonując dokładnego określenia transakcji związanych z CCA, analiza funkcjonalna wykazała zatem, że Spółka A nie kontroluje swoich szczególnych ryzyk w ramach CCA zgodnie z zaleceniami przewidzianymi w pkt 8.15, a w konsekwencji nie jest uprawniona do udziału w rezultatach stanowiących cel CCA.

BIBLIOGRAFIA

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

OECD (2014), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014*, OECD Publishing, Paris, http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en

OECD (2014), *Reports to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, OECD, Paris, www.oecd.org/tax/tax-global/report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf

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

OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD Publishing, Paris, http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2010-en

OECD (2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf

United Nations (2011), *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf

PRZYPISY KOŃCOWE

1. Brazylia w swym prawie stosuje podejście wykorzystujące stałe marże uzyskane na podstawie praktyk przyjętych w branży i uważa takie podejście za zgodne z zasadą ceny rynkowej. Brazylia będzie kontynuowała takie podejście i będzie stosowała się w tym kontekście do zaleceń zawartych w niniejszym raporcie. W sytuacjach, gdy brazylijskie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawierają art. 9 ust. 1 zgodny z konwencjami modelowymi OECD i ONZ oraz w ramach tego przepisu pojawia się kwestia podwójnego opodatkowania, Brazylia podda się procedurze wzajemnego porozumiewania się (MAP) zgodnie z minimalnym standardem działania 14.

2. Zalecenia zawarte w niniejszym rozdziale, w szczególności dotyczące ryzyka w tej sekcji, nie są specyficzne dla żadnej szczególnej branży. Chociaż podstawowe założenie, że strona obarczona ryzykami musi mieć zdolność do radzenia sobie z takimi ryzykami, ma zastosowanie do ubezpieczeń, bankowości i innych działalności w zakresie usług finansowych, to od takich regulowanych sektorów wymaga się stosowania zasad dotyczących ustaleń dla ryzyka oraz tego, w jaki sposób ryzyka są rozpoznawane, mierzone i ujawniane. Dla podmiotów regulowanych powinno się brać pod uwagę takie regulacyjne podeście do alokacji ryzyka oraz odpowiednie odniesienie do specyficznych zaleceń dotyczących cen transferowych dla działalności w zakresie usług finansowych przedstawionych w *Raporcie na temat przypisywania zysków do zakładów* (OECD, 2010).

3. Zostaną przedstawione dalsze zalecenia w zakresie ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych dla celów ustalania warunków rynkowych dla transakcji finansowych. Prace zostaną podjęte w latach 2016 i 2017.

4. Spółka A potencjalnie mogłaby być uprawniona do zwrotu niższego od zwrotu wolnego od ryzyka, jeżeli np. transakcja byłaby pominięta zgodnie z sekcją D.2.

5. Ze względu na różnice w prawie lokalnym niektóre kraje uznają, że celowe uzgodnione działania zawsze stanowią transakcje, natomiast inne, że nie. Jednakże zgodnym poglądem jest, że w każdym przypadku celowe uzgodnione działanie wiąże się z wykonywaniem funkcji, zaangażowaniem aktywów lub ponoszeniem ryzyk przez jedno przedsiębiorstwo powiązane na korzyść jednego lub kilku przedsiębiorstw powiązanych, zatem wymagane jest rynkowe wynagrodzenie. Zob. np. przykład 5 w pkt 1.170–1.173.

6. Przykładu 2 nie powinno się postrzegać jako dostarczającego kompleksowych zaleceń w zakresie cen transferowych dotyczących opłat gwarancyjnych w zakresie transakcji finansowych. Zostaną przedstawione dalsze zalecenia w zakresie opłat gwarancyjnych włącznie z identyfikacją ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych dla celów ustalania warunków rynkowych. Prace zostaną podjęte w latach 2016 i 2017.

7. OECD (2014), *Reports to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, OECD, Paris, www.oecd.org/tax/tax-global/report-to-g20-dwg-on-the-impactof-beps-in-low-income-countries.pdf.

8. OECD (2015), *Odniesienie się do wyzwań podatkowych ekonomii cyfrowej*, rozdział 6, pkt 231.

9. OECD (2014), *Reports to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, OECD, Paris, www.oecd.org/tax/tax-global/report-to-g20-dwg-on-the-impactof-beps-in-low-income-countries.pdf.

10. Zob. sekcja niniejszego Raportu poświęcona dobrom niematerialnym, pkt 6.57.

11. Zob. sekcja niniejszego Raportu poświęcona dobrom niematerialnym, sekcja D.2.6.2 rozdziału VI.

12. Zob. sekcja niniejszego Raportu poświęcona zaleceniom dotyczącym stosowania ceny rynkowej, sekcja D.8 rozdziału I.

13. Ponoszenie ryzyka odnosi się do wyników ustalenia, które z powiązanych przedsiębiorstw ponosi specyficzne ryzyko zgodnie z zaleceniami przewidzianymi w sekcji D.1.2.1 rozdziału I, przy wzięciu pod uwagę kontroli ryzyka oraz finansowej zdolności do ponoszenia ryzyka. Umowne ponoszenie ryzyka odnosi się do alokacji ryzyka w umowach zawartych pomiędzy stronami.

14. Aktywo finansowe, w rozumieniu niniejszego punktu, jest jakimkolwiek aktywem będącym gotówką, instrumentem kapitałowym, umownym prawem lub zobowiązaniem do otrzymania gotówki lub innego aktywa finansowego, lub do wymiany aktywów finansowych lub zobowiązań, lub instrumentem pochodnym. Przykłady obejmują obligacje, depozyty bankowe, akcje, udziały, kontrakty typu *forward*, *futures* i *swap.*

15. Wykorzystywanie dobra niematerialnego, w przedmiotowym rozumieniu, obejmuje zarówno przeniesienie dobra niematerialnego lub prawa na dobrach niematerialnych, jak i używanie dobra niematerialnego w działalności komercyjnej.

16. Zaangażowanie aktywów, w rozumieniu niniejszej sekcji B, obejmuje zapewnianie finansowania i/lub wnoszenie kapitału w celu rozwoju, ulepszenia, utrzymania, ochrony i wykorzystywania dóbr niematerialnych. Zob. pkt 6.59.

17. Zostaną przedstawione dalsze zalecenia w zakresie ekonomicznie istotnych cech charakterystycznych dla celów ustalania warunków rynkowych dla transakcji finansowych, obejmujące sytuacje, gdy finansowanie jest wykorzystywane na zasadzie *project finance*, w szczególności w zakresie inwestycji w rozwój dóbr niematerialnych. Prace zostaną podjęte w latach 2016 i 2017.

18. Sekcja D.2.6.2 rozdziału VI ulegnie prawdopodobnie zmianom w celu odzwierciedlenia wyników prac w zakresie stosowania metod podziału zysku transakcyjnego, w zakresie upoważnienia związanego z działaniem 10 Planu BEPS. Prace zostaną podjęte w latach 2016 i 2017.

19. W przypadku wycen finansowych opartych na projekcjach – analizy często opierają się na projekcjach przepływów pieniężnych. Miary zysku oparte na zasadzie memoriałowej, takie jak te stosowane dla celów podatkowych, mogą nie odzwierciedlać prawidłowo okresu wystąpienia przepływów pieniężnych, które mogą powodować różnice w wynikach pomiędzy podejściem opartym na zyskach a tym opartym na przepływach pieniężnych. Jednakże, mając na względzie wiele aspektów, stosowanie projekcji zysku zamiast projekcji przepływów pieniężnych może w niektórych przypadkach dawać w praktyce lepsze wyniki w kontekście cen transferowych. Należy jednakże zachować uwagę w celu zapewnienia, że zarówno miary zysku, jak i przepływów pieniężnych są stosowane w sposób konsekwentny i w odpowiednich okolicznościach. Odniesienia w niniejszym dokumencie do przepływów pieniężnych powinny w związku z tym być interpretowane szeroko, tak by obejmowały odpowiednio stosowane miary dochodu oraz przepływów pieniężnych.

20. W niektórych branżach przenoszenie dóbr niematerialnych z warunkową opłatą dotyczącą drugiego lub kolejnego zastosowania nie jest niczym nadzwyczajnym. W odniesieniu do rodzajów dóbr niematerialnych, gdzie zachodzi taka sytuacja, okres rozpoczyna się od nowa dla nowej komercjalizacji.

21. Dla celów niniejszego przykładu nie jest konieczne uzyskanie takich wyników. W przykładzie zakłada się, że w przypadku dokonywania „inwestycji" finansowej w wysokości 100 milionów USD w ciągu roku przez okres pięciu lat w projekt z tym poziomem ryzyka oczekiwany poziom zysków powinien wynosić 110 milionów USD w ciągu roku przez kolejne dziesięć lat. Odpowiada to 11-procentowej stopie zwrotu na finansowaniu.

22. Sekcja D jest jedyną częścią zaleceń w ramach niniejszego rozdziału, którą należy uważać za tę część wyników w zakresie cen transferowych dotyczących działań 8–10 Planu BEPS, która została przyjęta przez wszystkie kraje zaangażowane w projekt BEPS.

23. Dla celów niniejszego przykładu nie jest konieczne uzyskanie takich wyników. W przykładzie zakłada się, że w przypadku dokonywania „inwestycji" finansowej w wysokości 100 milionów USD w ciągu roku przez okres pięciu lat w projekt z tym poziomem ryzyka oczekiwany poziom zysków powinien wynosić 110 milionów USD w ciągu roku przez kolejne dziesięć lat. Wyniki tu wykorzystane są uwzględnione wyłącznie w celu przedstawienia zasad ilustrowanych niniejszym przykładem i nie należy stąd wyciągać żadnych wniosków dotyczących zaleceń w zakresie poziomu rynkowych zwrotów należnych uczestnikom CCA.

ORGANIZACJA WSPÓŁPRACY GOSPODARCZEJ I ROZWOJU

OECD jest wyjątkowym forum, na którym rządy współpracują w celu podjęcia wyzwań ekonomicznych, społecznych i środowiskowych związanych z globalizacją. OECD przewodzi także wysiłkom w zakresie zrozumienia i pomocy rządom w zakresie reagowania na nowe wydarzenia i wyzwania, takie jak ład korporacyjny, informacyjna gospodarka oraz wyzwania dotyczące starzenia się populacji. Organizacja zapewnia otoczenie, w którym rządy mogą wymienić się doświadczeniami w zakresie funkcjonowania polityk, poszukiwać odpowiedzi na wspólne problemy, ustalać dobre praktyki oraz pracować nad koordynacją polityk wewnętrznych i międzynarodowych.

Krajami członkowskimi OECD są: Australia, Austria, Belgia, Chile, Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Islandia, Irlandia, Izrael, Japonia, Kanada, Korea, Luksemburg, Meksyk, Niemcy, Nowa Zelandia, Norwegia, Polska, Portugalia, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Szwajcaria, Turcja, Węgry, Wielka Brytania, Włochy i USA. Unia Europejska bierze udział w pracach OECD.

Wydawnictwo OECD szeroko rozpowszechnia wyniki w zakresie statystyk zbieranych przez tę Organizację oraz badań nad kwestiami ekonomicznymi, społecznymi i środowiskowymi, a także odnośnie do konwencji, wytycznych i standardów uzgodnionych przez swych członków.

SŁOWNICZEK

Angielska wersja	Polska wersja
Accurately	Dokładnie
Align with	Dostosować do / uzgodnić z
Alignment	Dostosowanie
Anticipated, expected	Oczekiwany
Application	Zastosowanie
Arm's length	Rynkowy
Assembled workforce	Zorganizowana siła robocza
Assets used	Aktywa zaangażowane
Balancing payment	Płatność wyrównawcza
Benchmarking study	Analiza danych porównawczych
Benefit/detriment	Korzyść/uszczerbek
BEPS actions	Działania BEPS
Blue-sky	Pionierski
Brand	Marka
Buy-in payment	Płatność wejściowa
Buy-out payment	Płatność wyjściowa
Capabilities	Zdolności
Chapter	Rozdział
Characteristics	Cechy charakterystyczne
Charge	Opłata
Commercial activities	Działalność komercyjna
Commercial relations	Stosunki handlowe

Angielska wersja	Polska wersja
Commodity(-ies)	Towary notowane
Comparability	Porównywalność
Contribution	Wkład
Declared	Zakładany
Decline	Odrzucić
Deliberate concerted actions	Celowe uzgodnione działania
Delineate	Określić
Determine	Ustalić
Development	Rozwój
Development CCA	Rozwojowe CCA
Development risk	Ryzyko rozwojowe
Disregard	Pominąć
Economic circumstances	Warunki ekonomiczne
Economic owner	Właściciel ekonomiczny
Economic ownership	Własność w sensie ekonomicznym
Enhancement	Ulepszanie
Explicit transaction	Wyraźna transakcja
Exploitation	Wykorzystywanie
Express guarantee	Gwarancja wyraźna
Features	Cechy
Functional return	Zwrot za wykonywane funkcje
Functions performed	Funkcje wykonywane
Goods	Towary
Goodwill	Wartość firmy
Guidance	Zalecenia
Incidental benefits	Korzyści uboczne
Lay off	Rezygnować
Legal owner	Właściciel prawny
Legal ownership	Własność w sensie prawnym
Local file	Dokumentacja lokalna

Angielska wersja	Polska wersja
Maintenance	Utrzymanie
Marketing intangibles	Marketingowe dobra niematerialne
Master file	Dokumentacja grupowa
Multinational group	Międzynarodowa grupa
Ongoing concern value	Wartość przy założeniu kontynuacji działalności przedsiębiorstwa
Open market	Wolny rynek
Options realistically available	Opcje realistycznie dostępne
Outcome(s)	Wynik/efekt/skutek
Part	Część
Pass-through costs	Koszty podlegające refakturowaniu
Presumptive evidence	Domniemanie dowodowe
Property	Majątek
Proprietary	Własny
Protection	Ochrona
Provision of funding	Dostarczanie finansowania
Purported	Deklarowany, domniemany
Recognize	Uznać/rozpoznać
Relative shares of benefits	Relatywny podział korzyści
Return(s)	Zwrot, zwroty
Risk-adjusted return	Skorygowany o ryzyko zwrot lub zwrot skorygowany o ryzyko
Risk-free return	Zwrot wolny od ryzyka
Risks assumed	Ryzyka ponoszone
Rule of thumb	Reguła kciuka
Section	Sekcja
Services CCA	Usługowe CCA
Take on	Podjąć
Tangible asset	Aktywo trwałe
Tangible property	Dobra materialne

Angielska wersja	Polska wersja
Tested party	Strona/podmiot podlegająca(-y) badaniu
Trade dress	Wizerunek handlowy
Trade intangibles	Handlowe dobra niematerialne
Trade name	Nazwa handlowa
Trademark	Znak towarowy
Widgets	Produkty