

## **Wartości niematerialne w kalkulacji cen transferowych – uwagi na tle projektu BEPS**

### **Intangible assets in the calculation of transfer pricing – background considerations the BEPS project**

#### **Streszczenie**

Zasady dotyczące cen transferowych, które są stosowane do celów podatkowych, dotyczą ustalania warunków (w szczególności ceny) dla transakcji zawieranych w ramach grup kapitałowych, skutkujących alokacją zysków do poszczególnych członków grupy. Nowe wytyczne OECD dotyczące cen transferowych dla przedsiębiorstw wielonarodowych i administracji podatkowych dostarczają wskazówek interpretacyjnych do określania warunków rynkowych dla transakcji obejmujących wykorzystywanie lub transfer wartości niematerialnych. W artykule omówiono kluczowe aspekty wartości niematerialnych w kontekście cen transferowych i ich wpływ na ryzyko biznesowe.

**Słowa kluczowe:** ceny transferowe, BEPS, wartości niematerialne

#### **Abstract**

Transfer pricing rules, which are used for tax purposes, are concerned with determining the conditions (including the price) for transactions within an capital groups resulting in the allocation of profits to group members. New OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational

Enterprises and Tax Administrations provide guidance specially tailored to determining arm's length conditions for transactions that involve the use or transfer of intangibles. This article deals with the crucial aspects of intangibles in a transfer pricing context, and its impact on business risk.

**Keywords:** transfer pricing, BEPS, intangible assets

## 1. Uwagi wprowadzające

Ostatnie dekady charakteryzują się postępującą integracją ekonomiczną gospodarek narodowych i umiędzynarodowieniem działalności przedsiębiorstw, co w sferze opodatkowania skutkuje wzrostem znaczenia międzynarodowego prawa podatkowego. Zasadniczym wyzwaniem dla międzynarodowego reżimu podatkowego, którego konstrukcja opiera się na konwencjach modelowych OECD<sup>1</sup> i ONZ<sup>2</sup>, jest fakt, iż został on ukształtowany w ubiegłym wieku, w czasach, w których międzynarodowa aktywność biznesowa z reguły wymagała „lokowania” znacznych aktywów o charakterze materialnym na rynku zagranicznym. Takie założenia aksjologiczne międzynarodowego prawa podatkowego skutkują erozją bazy podatkowej, ułatwiając alokację dochodów między podmiotami powiązаныmi operującymi w różnych państwach, przy wykorzystaniu aktywów „miękkich”, o niematerialnym charakterze. Jednym z wielu instrumentów wykorzystywanych przez międzynarodowe grupy przedsiębiorstw do optymalizacji ich wyniku podatkowego są tzw. ceny transferowe (*transfer pricing*), czyli ceny, „po których przedsiębiorstwo przekazuje towary oraz dobra niematerialne lub świadczy usługi powiązany przedsiębiorstwom”<sup>3</sup>. Z czysto biznesowej perspektywy ceny transferowe są uważane za część systemu kontroli zarządzania przedsiębiorstwem wielonarodowym o dwóch głównych

<sup>1</sup> Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed Version 2017, <http://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm> [dostęp: 08.10.2018].

<sup>2</sup> United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. 2017 Update, [www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT\\_2017.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf).

<sup>3</sup> M. Kaniewska-Środecka, *Zarządzanie ryzykiem cen transferowych*, Legalis 2018.

celach: zachowaniu spójności celu całej grupy i stworzeniu systemu do pomiaru i oceny jej efektywności<sup>4</sup>.

Systemowym aksjomatem mającym przeciwdziałać tego typu praktykom jest zasada rynkowości – nazywana również zasadą wolnego rynku, zasadą długości ramienia lub zasadą pełnej konkurencyjności, która ma swoje źródło w art. 9 Konwencji Modelowej OECD<sup>5</sup>, w świetle którego jeżeli między dwoma przedsiębiorstwami w zakresie ich stosunków handlowych lub finansowych zostaną umówione lub narzucone warunki, które różnią się od warunków, które ustaliłyby między sobą niezależne przedsiębiorstwa, wówczas zyski, które osiągnęłyby jedno z przedsiębiorstw bez tych warunków, ale z powodu tych warunków ich nie osiągnęło, mogą być uznane za zyski tego przedsiębiorstwa i odpowiednio opodatkowane.

Istotny wpływ na stosowanie standardu ceny rynkowej mają Wytyczne OECD w sprawie cen transferowych<sup>6</sup> (dalej: Wytyczne OECD), w świetle których kwestią podstawową jest „analiza porównywalności”; jej zastosowanie opiera się na porównaniu warunków transakcji pomiędzy podmiotami kontrolowanymi z warunkami, które zostałyby uzgodnione, gdyby strony transakcji były niezależne i podejmowały porównywalną transakcję w porównywalnych okolicznościach. Zastosowanie zasady długości ramienia powinno zapewniać, aby „wynik analizy cen transferowych dla celów podatkowych odpowiadał przypisaniu zysku operacyjnego do tej działalności gospodarczej, która wygenerowała ten zysk”<sup>7</sup>. Istnieją dwa kluczowe aspekty tej analizy: 1) identyfikacja relacji handlowych lub finansowych między powiązаныmi przedsiębiorstwami oraz warunków i istotnych ekonomicznie okoliczności związanych

<sup>4</sup> M. Cools, *Cross-Border Transfer Pricing: A Corporate Governance Perspective*, Finance & Bien Commun 2005, nr 3, s. 65-69, <https://www.cairn.info/revue-finance-et-bien-commun-2005-3-page-65.htm#>, [dostęp: 08.10.2018].

<sup>5</sup> F. Majdowski, *Sola scriptura czy w drodze wykładni – zasada rynkowości jako quasi-ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania? cz. 1*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 7, Lex 2018.

<sup>6</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>. [dostęp: 08.10.2018].

<sup>7</sup> M. Laskowska, *Granice stosowania zasady arm'slength w polskim prawodawstwie*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 9, s. 27.

z tymi relacjami, tak aby kontrolowana transakcja została dokładnie opisana, 2) porównanie warunków i ekonomicznie istotnych okoliczności kontrolowanej transakcji z warunkami i ekonomicznie istotnymi okolicznościami porównywalnych transakcji między niezależnymi przedsiębiorstwami<sup>8</sup>.

Typowy proces identyfikacji relacji handlowych lub finansowych między powiązаныmi przedsiębiorstwami a istotnymi z ekonomicznego punktu widzenia okolicznościami związanymi z tymi relacjami wymaga w szczególności charakterystyki sektora gospodarki, w którym działalność prowadzą podmioty powiązane, i czynników wpływających na wydajność (produktywność) przedsiębiorstw działających w tym sektorze. Tu zasadnicze znaczenie ma analiza reakcji grupy podmiotów powiązanych na czynniki warunkujące wyniki w danym sektorze, tj. stosowane strategie biznesowe, łańcuch dostaw i kluczowe funkcje, wykorzystane aktywa materialne i zakładane istotne ryzyka<sup>9</sup>.

W analizie cen transferowych istotne ekonomicznie cechy lub czynniki porównywalności stosowane powinny być w dwóch oddzielnych, ale powiązanych fazach. Pierwsza faza dotyczy procesu dokładnego określania kontrolowanej transakcji i obejmuje ustalenie jej charakterystyki, w tym warunków, funkcji pełnionych przez jej strony, wykorzystanych aktywów i ryzyka ciężącego na podmiotach powiązanych, a także charakteru produktów lub usług będących przedmiotem transakcji. Stopień, w jakim poszczególne z tych elementów transakcji są „istotne ekonomicznie, zależy od zakresu, w jakim zostałyby one uwzględnione przez niezależne przedsiębiorstwa przy ocenie warunków tej samej transakcji, gdyby to one były jej stronami”<sup>10</sup>. W drugim etapie istotne z ekonomicznego punktu widzenia cechy transakcji są stosowane w analizie cen transferowych w procesie porównywania między transakcjami kontrolowanymi a niekontrolowanymi, w celu ustalenia zakresu zastosowania zasady długości ramienia dla transakcji kontrolowanej.

<sup>8</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 1.33.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pkt 1.34.

<sup>10</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 1.37.

W ramach podjętego przez OECD projektu BEPS<sup>11</sup> zdiagnozowano, iż istniejące międzynarodowe standardy dotyczące zasad cen transferowych są podatne na ich niewłaściwie zastosowanie przez przedsiębiorstwa powiązane, co może prowadzić do niezgodnej z rzeczywistością gospodarczą alokacji dochodów podatkowych między państwami w skali międzynarodowej. Jednym z efektów prac prowadzonych w ramach projektu BEPS była dokonana w 2017 r. aktualizacja Wytycznych OECD, a wśród wielu istotnych zmian na szczególną uwagę zasługują wytyczne zakładające konieczność uwzględnienia specyfiki wartości niematerialnych (*intangibles*) wykorzystywanych w procesach biznesowych w kalkulacji cen transferowych pomiędzy podmiotami powiązаныmi.

## **2. Kwalifikacja wartości niematerialnych w kontekście cen transferowych**

Punktem wyjścia w procesie analizy cen transferowych związanych z wykorzystywaniem wartości niematerialnych przez podmioty powiązane jest zdefiniowanie terminu „niematerialny” dla celów charakterystyki danej transakcji. W świetle Wytycznych OECD pojęcie „niematerialny” oznacza „coś, co nie jest aktywem fizycznym ani aktywem finansowym, które może być własnością lub być kontrolowane dla wykorzystania w działalności komercyjnej, oraz którego wykorzystanie lub transfer zostałoby wynagrodzone, gdyby miało miejsce w transakcji między niezależnymi podmiotami w porównywalnych okolicznościach”<sup>12</sup>. OECD promuje zatem podejście interpretacyjne, w którym główny nacisk w kalkulacji cen transferowych powinien być położony na badanie zastosowania wartości niematerialnych w kontekście warunków transakcji, które zostałyby uzgodnione między niezależnymi podmiotami dla porównywalnej transakcji, a nie automatycznym stosowaniu definicji legalnych czy metod stosowanych w rachunkowości. Wartości niematerialne, które mogą mieć zasadnicze znaczenie w kontekście cen transferowych, nie zawsze są bowiem ujmowane jako wartości

---

<sup>11</sup> Erozja podstawy opodatkowania i transfer zysków (Base Erosion and Profit Shifting, BEPS)

<sup>12</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt. 6.6.

niematerialne dla celów księgowych<sup>13</sup>. Jako ilustrację szerokiego katalogu wartości, które mogą zostać zakwalifikowane jako niematerialne dla celów kalkulacji cen transferowych, Wytyczne OECD wskazują patenty, *know-how*, tajemnice handlowe, znaki towarowe, nazwę handlową (firmę), licencje czy wartość renomy przedsiębiorstwa.

Według T. Miyatake wartość niematerialna bierze się nie z fizycznych właściwości, ale „wkładu intelektualnego”, i może być komercyjnie wykorzystana w procesach biznesowych<sup>14</sup>. Wytyczne OECD zawierają ogólną kategoryzację na wartości niematerialne o charakterze marketingowym i handlowym. Wartości niematerialne o charakterze marketingowym obejmują działania marketingowe, pomoc w komercyjnym wykorzystaniu produktu lub usługi i/lub mające ważną wartość promocyjną dla danego produktu. W zależności od kontekstu niematerialne wartości marketingowe mogą obejmować np. znaki towarowe, nazwy handlowe, bazy klientów, relacje z klientami oraz zastrzeżone dane rynkowe i dotyczące klientów, które są używane lub pomagają w marketingu i sprzedaży towarów lub usług klientom. Wartości niematerialne o handlowym charakterze obejmują wartości niekwalifikujące się do poprzedniej kategorii. Rozróżnienie to nie ma węzłowego znaczenia kwalifikacyjnego, a raczej pomocniczy w stosunku do szerokiej definicji wartości niematerialnych przyjętej w Wytycznych OECD<sup>15</sup>.

Z punktu widzenia kategoryzacji danego elementu transakcji jako wartości niematerialnej pewnych wskazówek dostarczać mogą wprost przepisy prawne bądź treść umowy odnośnie formy i zakresu ochrony takiego elementu, które mogą wpływać na jego wartość i dochody przedsiębiorstwa, których uzyskanie można mu przypisać; warunek takiej ochrony nie jest jednak konieczny dla uznania danego elementu za wartość niematerialną dla celów ustalania zakresu zastosowania zasady ceny rynkowej. Również kwestia zdolności do bycia samodzielnym

<sup>13</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt. 6.7.

<sup>14</sup> T. Miyatake, *Transfer pricing and intangibles, General Report*, „Cahiers de Droit Fiscal International” 2007, nr 92a, s. 22–24.

<sup>15</sup> G.O. Gomez, *Transfer Pricing in the Digital Economy*, [w:] I. Kerschner, M. Somare (red.), *Taxation in a Global Digital Economy*, LindeVerlag, Wien 2017, s. 287.

przedmiotem (niepowiązany z innym aktywem) obrotu danego dobra nie stanowi takiego warunku<sup>16</sup>.

Z ekonomicznego punktu widzenia istotne znaczenie ma natomiast odróżnienie wartości niematerialnych od ogólnych warunków rynkowych czy lokalnej specyfiki rynku. Cechy lokalnego rynku, takie jak poziom rozporządzalny dochodów gospodarstw domowych na tym rynku, jego wielkość czy poziom konkurencji nie spełniają bowiem warunku bycia własnością lub przedmiotem kontroli przedsiębiorstwa, nie mogą być zatem kwalifikowane jako wartości niematerialne dla celów cen transferowych<sup>17</sup>.

W analizie cen transferowych dotyczącej wartości niematerialnych Wytyczne OECD duże znaczenie przywiązują do identyfikacji istotnych wartości niematerialnych w świetle ich specyfiki. Analiza funkcjonalna powinna skutkować przede wszystkim identyfikacją określonych wartości niematerialnych oraz obejmować charakterystykę sposobu, w jaki przyczyniają się do tworzenia wartości w ramach ocenianej transakcji, istotnych funkcji i ryzyka ponoszonego przez strony transakcji w związku z rozwojem, ulepszeniem, konserwacją, ochroną i wykorzystywaniem wartości niematerialnych, a także sposobu, w jaki „wchodzą w interakcje” z innymi wartościami niematerialnymi, rzeczowymi aktywami i działalnością gospodarczą w procesie tworzenia wartości dla przedsiębiorstwa<sup>18</sup>. Zaprezentowane w Wytycznych OECD szerokie ujęcie definicyjne wartości niematerialnych dla celów kalkulacji cen transferowych może generować dodatkowe ryzyko podatkowe po stronie przedsiębiorstw z uwagi na wątpliwości w zakresie właściwego szacowania wynagrodzenia, które poszczególne przedsiębiorstwa z grupy powinny wykazywać z tytułu wykorzystywania w relacjach biznesowych wartości niematerialnych, w szczególności tych które nie są identyfikowane na gruncie przepisów o rachunkowości<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 6.8.

<sup>17</sup> ECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 6.9.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pkt 6.12.

<sup>19</sup> G.O. Gomez, *op. cit.*, s. 288.

### 3. Zasada ceny rynkowej w odniesieniu do wartości niematerialnych

Punktem wyjścia dla każdej analizy cen transferowych w kontekście transakcji z wykorzystaniem wartości niematerialnych muszą być regulacje prawne i postanowienia umowne mające zastosowanie do badanej transakcji, w tym odnoszące się do kwestii praw własności. Źródłem dla ustalenia warunków kontraktowych danej transakcji są przy tym zarówno teksty kontraktów, jak i publicznie dostępne rejestry (np. rejestr patentów lub zastrzeżonych znaków towarowych) czy korespondencja między stronami transakcji. Z treści kontraktów należy odtworzyć zakres obowiązków i praw przedsiębiorstw powiązanych w odniesieniu do wartości niematerialnych, a w szczególności, który podmiot (podmioty) zapewnia finansowanie, prowadzi prace badawczo-rozwojowe oraz wykonuje funkcje niezbędne do wykorzystania wartości niematerialnych, takie jak produkcja, marketing i dystrybucja<sup>20</sup>.

W kontekście wartości niematerialnych wyróżnia się trzy kategorie własności: prawną, ekonomiczną i kontraktową. Własność prawna to własność, która jest prawnie chroniona przed naruszeniem praw własności intelektualnej. Własność ekonomiczna zależy od uwarunkowań ekonomicznych transakcji i może być określana jako możliwość udziału przedsiębiorstwa w zysku wynikającym z wykorzystywania wartości niematerialnych do celów komercyjnych. Własność kontraktowa może z kolei obejmować (częściowe) przeniesienie praw do wartości niematerialnych, np. poprzez umowę licencyjną<sup>21</sup>.

W raporcie generalnym IFA z 2007 r. dotyczącym cen transferowych w kontekście wartości niematerialnych na podstawie analiz praktyk krajowych stwierdzono, iż dla celów zastosowania zasady ceny rynkowej w relacjach między podmiotami powiązаныmi „własność ekonomiczna jest ważniejsza niż własność prawna”; jeżeli wartość niematerialna nie jest prawnie chroniona, przeważa własność ekonomiczna (tj. strona, która ponosi największą część kosztów rozwoju); również w sytuacji, gdy

<sup>20</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 6.35.

<sup>21</sup> M. Lagarden, *Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?*, "International Transfer Pricing Journal" 2014, nr 5, s. 335-338.



własność prawna (lub własność na mocy umowy) jest niezgodna z treścią ekonomiczną transakcji, w kalkulacji cen transferowych przeważać powinna ta ostatnia<sup>22</sup>.

Jeżeli w odniesieniu do badanej transakcji nie istnieją żadne pisemne warunki bądź też stan faktyczny, w tym zachowanie stron, różnią się od warunków pisemnych porozumienia, rzeczywista struktura transakcji powinna zostać ustalona na podstawie ustalonych faktów i zachowania stron<sup>23</sup>. Wytyczne OECD potwierdzają zatem dominującą w interpretacji regulacji międzynarodowego prawa podatkowego doktrynę „treść przed formą”, za zasadniczą uznając kwestię metody określenia zgodnego z postulatem zasady ceny rynkowej wynagrodzenia dla członków danej grupy przedsiębiorstw powiązanych, z uwzględnieniem ich funkcji, zaangażowanych aktywów i ponoszonego ryzyka, a także kwestii praw własności do wartości niematerialnych i faktycznego zachowania stron<sup>24</sup>. Podejście interpretacyjne oparte na doktrynie „treść przed formą” w stosunku do kalkulacji wartości niematerialnych nie jest jednakże samo w sobie pozbawione elementów problematycznych. Pojawiają się chociażby wątpliwości co do zakresu znaczenia „formy” i „treści” transakcji – czy należy rozważać ich postać prawną (formalną), czy raczej substrat ekonomiczny<sup>25</sup>.

W określaniu cen rynkowych dla transakcji pomiędzy przedsiębiorstwami powiązаныmi analizie należy poddać wkłady poszczególnych członków grupy związane z tworzeniem wartości niematerialnej. Zasada ceny rynkowej wymaga, aby wszyscy członkowie grupy otrzymali odpowiednią rekompensatę (wynagrodzenie) za wszelkie funkcje, które pełnią, aktywa, z których korzystają, i ryzyko, które przejmują w związku z rozwojem, ulepszaniem, utrzymaniem, ochroną i wykorzystywaniem dóbr niematerialnych. Dlatego konieczne jest określenie, poprzez zastosowanie analizy funkcjonalnej, którzy członkowie sprawują kontrolę nad

<sup>22</sup> T. Miyatake, *Transfer pricing and intangibles...*, s. 25.

<sup>23</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 6.36.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pkt 6.46.

<sup>25</sup> S.A. Rocha, L.E. Schoueri, *The future of transfer pricing*, „Cahiers de Droit Fiscal International” 2017, vol. 102b, s. 37.

rozwojem, ulepszaniem, utrzymaniem i ochroną dóbr niematerialnych, którzy członkowie zapewniają finansowanie i inne aktywa, a którzy biorą na siebie ryzyko związane z wartościami niematerialnymi<sup>26</sup>.

Zasadniczym problemem interpretacyjnym w kalkulacji cen transferowych jest fakt, iż warunki uzgadniane między podmiotami powiązаныmi różnią się od tych występujących w niezależnych przedsiębiorstwach ze względu na odmienną percepcję biznesową, co do strategii generowania dochodu związanego z wartościami niematerialnymi

Mimo to w świetle Wytycznych OECD każdy członek grupy powinien uzyskiwać kalkulowaną według cen rynkowych rekompensatę z tytułu pełnionych funkcji w grupie. W sprawach dotyczących wartości niematerialnych obejmuje to funkcje związane z rozwojem, ulepszaniem, utrzymaniem, ochroną i eksploatacją takich wartości, stąd właściwe przyporządkowanie tych funkcji ma zasadnicze znaczenie dla określenia warunków rynkowych dla kontrolowanych transakcji<sup>27</sup>.

Jako przykład potencjalnych problemów z określeniem adekwatnej stopy zwrotu wskazuje się sytuację, gdy działalność marketingowa jest wykonywana przez podmiot niebędący właścicielem danej marki. W takiej sytuacji M. Jamroży proponuje przeprowadzenie badania, czy podmiot taki należy traktować jako podmiot zewnętrzny świadczący usługi promocji, i w przypadku wyniku pozytywnego usługodawcy nie powinno przypisywać się udziału w dochodzie wygenerowanym z wykorzystaniem (dzięki) danych aktywów niematerialnych<sup>28</sup>. Jako preferowane metody kalkulacji cen transferowych wskazuje się przy tym metodę porównywalnej ceny niekontrolowanej oraz metodę podziału zysków. Pierwsza polega na porównaniu ceny ustalonej w transakcjach między podmiotami powiązаныmi z ceną stosowaną w porównywalnych transakcjach przez podmioty niezależne i na tej podstawie określeniu wartości rynkowej przedmiotu transakcji zawartej między podmiotami

---

<sup>26</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines*, pkt 6.48.

<sup>27</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 6.50.

<sup>28</sup> M. Jamroży, *Podatkowa polityka cen transferowych w zakresie dóbr niematerialnych w kontekście BEPS*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*” 2016, vol. L, nr 1, s. 493.

powiązanymi; druga zakłada określenie właściwego podziału zysku między podmiotami powiązanymi uzyskanego ze sprzedaży towarów i usług podmiotom zależnym oraz wytworzonych uprzednio wspólnie przez podmioty powiązane – zgodnego z zasadami podziału zysku, jaki ustaliłyby we wzajemnych stosunkach podmioty niezależne<sup>29</sup>. Preferencja tych metod wynika z faktu, iż w wielu przypadkach trudno jednoznacznie zidentyfikować związek między kosztami wytworzenia (rozwoju) wartości niematerialnych a wartością, którą osiągają po wytworzeniu<sup>30</sup>.

W świetle Wytycznych OECD określenie odpowiedniej wartości wkładu w rozwój, ulepszenia, utrzymanie, ochronę i eksploatację wartości niematerialnych uzależnionej jest od konkretnego stanu faktycznego w rozpatrywanym przypadku. Zatem przedsiębiorstwo, które tylko finansuje badania i rozwój, powinno mieć niższą spodziewaną stopę zwrotu niż to, które zarówno finansuje, jak i kontroluje badania i rozwój, a z kolei wyższą, gdy „fizycznie” taką aktywność prowadzi<sup>31</sup>. Kwestią o węzłowym znaczeniu dla kalkulacji cen transferowych są również ograniczenia związane z licencjami i podobnymi umowami o korzystanie z dóbr niematerialnych, a szczególnej analizie należy poddać, czy beneficjent otrzymuje prawo do wykorzystania uzyskanych wartości niematerialnych do celów dalszych prac badawczo-rozwojowych<sup>32</sup>.

Oprócz właściwej kalkulacji wynagrodzenia z tytułu pełnionych funkcji, w kontekście wartości niematerialnych istotna jest również analiza, czy członkowie grupy, którzy wykorzystują swoje aktywa dla rozwoju, ulepszania, utrzymywania, ochrony i eksploatacji wartości niematerialnych, otrzymują odpowiednie wynagrodzenie z tego tytułu<sup>33</sup>. W przypadku trudności z dokonaniem wyceny wartości

<sup>29</sup> R. Burchart, *Problemy związane z ustalaniem cen transferowych w przedsiębiorstwach powiązanych*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych / Szkoła Główna Handlowa” 2016, nr 40, s. 172.

<sup>30</sup> G.O. Gomez, *op. cit.*, s. 296.

<sup>31</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 6.55.

<sup>32</sup> M. Pankiv, *Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures*, „International Transfer Pricing Journal” 2016, nr 6, s. 467.

<sup>33</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 6.59.

niematerialnych w czasie transakcji (*hard-to-value intangibles*) ich wartość rynkową powinno się określać poprzez odniesienie, w jaki sposób niezależne przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach uwzględniłyby takie trudne do wyceny wartości niematerialne przy kalkulacji ceny zawieranej transakcji<sup>34</sup>.

Dla właściwego zastosowania zasady ceny rynkowej do kontrolowanej transakcji między podmiotami powiązаныmi ekonomicznie relewantna jest identyfikacja ryzyka, które poszczególni członkowie (członek) grupy ponoszą w kontekście ocenianej transakcji. Wytyczne OECD eksponują przy tym, iż podejmowanie ryzyka i finansowanie są integralnie powiązane w tym sensie, że finansowanie często zbiega się z podejmowaniem określonych rodzajów ryzyka. Natura i zakres zakładanego ryzyka jest jednak różne w zależności od ekonomicznie istotnych cech transakcji<sup>35</sup>. Poszczególne rodzaje ryzyka, które mogą mieć znaczenie w analizie funkcjonalnej transakcji obejmujących wartości niematerialne, to m.in.: 1) ryzyko związane z rozwojem wartości niematerialnych, w tym ryzyko, iż prace badawcze bądź działania marketingowe okażą się nieskuteczne, z uwzględnieniem momentu dokonania inwestycji w cyklu projektu, 2) ryzyko naruszenia, w tym ryzyko obrony prawa niematerialnego lub obrony przed roszczeniami innych osób o naruszenie, 3) ryzyko eksploatacji związane z szacowaną stopą zwrotu generowaną przez wartości niematerialne<sup>36</sup>.

Podkreśla się przy tym, iż kluczowym czynnikiem przy ustalaniu, której stronie transakcji wewnątrzgrupowej przypisywać wyniki takiej transakcji (zarówno pozytywne, jak i negatywne), jest „kontrola ryzyka” – zatem podmiot, który posiada odpowiednie zasoby do zarządzania ryzykiem i ma kluczowe kompetencje decyzyjne, powinien być uznany za ponoszący (największe) ryzyko<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> S.A. Rocha, L.E. Schoueri, *op. cit.*, s. 39.

<sup>35</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines...*, pkt 6.60.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pkt 6.62.

<sup>37</sup> D. Wright, H. Keates, J. Lewis, L. Auten, *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, „International Transfer Pricing Journal” 2016, nr 2, s. 103.

## 4. Podsumowanie

W świetle zaktualizowanych w 2017 roku Wytycznych OECD w sprawie cen transferowych dotyczących dóbr niematerialnych, kalkulacja cen transferowych w odniesieniu do struktur biznesowych opartych na własności intelektualnej powinna prowadzona z uwzględnieniem zdolności finansowych każdej firmy w uczestniczącej w takiej strukturze do ponoszenia ryzyka związanego z operacjami, w których wartości niematerialne są wykorzystywane bądź mają istotne znaczenie ekonomiczne. Preferowana przez OECD reguła interpretacyjna „treść przed formą” w stosunku do kalkulacji cen transferowych transakcji między podmiotami powiązаныmi, zawierających element wartości niematerialnych, prowadzić może do zwiększenia niepewności prawnej w odniesieniu do takich transakcji, gdzie ustalenia kontraktowe między stronami, a nawet przepisy prawa w zakresie własności intelektualnej, mają drugorzędne znaczenie w zderzeniu z ustaloną przez organy podatkowe „własnością ekonomiczną” takich wartości, w szczególności wobec niematerialnych elementów aktywności biznesowej, które nie są formalnie klasyfikowane na podstawie przepisów prawa jako wartości niematerialne i prawne.

## BIBLIOGRAFIA

### Literatura

1. Burchart R, *Problemy związane z ustalaniem cen transferowych w przedsiębiorstwach powiązanych*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2016, nr 40
2. Cools M., *Cross-Border Transfer Pricing: A Corporate Governance Perspective*, “Finance & Bien Commun” 2005, nr 3
3. Gomez GO, *Transfer Pricing in the Digital Economy*, [w:] I. Kerschner, M. Somare (red.), *Taxation in a Global Digital Economy*, LindeVerlag, Wien 2017
4. Jamróży M, *Podatkowa polityka cen transferowych w zakresie dóbr niematerialnych w kontekście BEPS*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2016, vol. L, nr 1

5. Kaniewska-Środecka M, *Zarządzanie ryzykiem cen transferowych*, Legalis 2018
6. Lagarden M., *Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?*, *International Transfer Pricing Journal* 2014, nr 5
7. Laskowska M, *Granice stosowania zasady arm'slength w polskim prawodawstwie*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 9
8. Majdowski F, *Sola scriptura czy w drodze wykładni – zasada rynkowości jako quasi-ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania?*, cz. 1, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 7
9. Miyatake T, *Transfer pricing and intangibles. General Report*, “Cahiers de Droit Fiscal International” 2007, nr 92a
10. Pankiv M, *Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures*, “International Transfer Pricing Journal” 2016, nr 6
11. Rocha SA, Schoueri LE, *The future of transfer pricing*, “Cahiers de Droit Fiscal International” 2017, vol. 102b
12. Wright D, Keates H, Lewis J, Auten L, *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, “International Transfer Pricing Journal” 2016, nr 2.

## **Dokumenty instytucji międzynarodowych**

1. OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, France, 2017
3. OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, France, 2015
4. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed Version 2017
5. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 Update