
A N N A L E S
UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA
LUBLIN – POLONIA

VOL. L, 1

SECTIO H

2016

Szkola Główna Handlowa w Warszawie. Kolegium Zarządzania i Finansów

MARCIN JAMROŻY

mjamro@sgh.waw.pl

*Podatkowa polityka cen transferowych w zakresie dóbr
niematerialnych w kontekście BEPS*

Transfer Pricing Tax Policy Concerning Intangibles in the Context of BEPS

Słowa kluczowe: ceny transferowe; wycena wartości niematerialnych i prawnych; zasada dystansu

Keywords: transfer pricing; valuation of intangible assets; arm's length principle

Kod JEL: H25

Wstęp

Przeciwdziałanie erozji podstawy opodatkowania stało się na tyle istotne, że w 2012 r. liderzy grupy G20 wyrazili opinię o potrzebie podjęcia wspólnych działań mających na celu zwalczanie zjawiska przerzucania dochodów przez międzynarodowe koncerny [*G20 Leaders Declaration*, 2012, pkt 48]. Odniesiono się przy tym pozytywnie do wysiłków podejmowanych przez OECD (Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju), która w lipcu 2013 r. opublikowała Raport OECD pt. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS¹) z listą konkretnych 15 działań obejmujących zróżnicowane obszary. OECD zaleca m.in.: opodatkowanie kontrolowanych podmiotów zagranicznych (tzw. *CFC rules*), zapobieganie nadużyciom w wykorzystaniu udogodnień traktatowych (tzw. *treaty shopping*), uszczelnienie

¹ *Base Erosion Profit Shifting* – erozja podstawy opodatkowania oraz przenoszenie zysków [zob. OECD, 2014a].

opodatkowania handlu elektronicznego, zapobieganie sztuczemu unikaniu powstania tzw. zakładów zagranicznych czy też zapobieganie nadużyciom w odliczaniu od podstawy opodatkowania kosztów odsetek i innych kosztów finansowania². Efektem prac ma być spójny, przejrzysty i dopasowany do rzeczywistej natury procesów gospodarczych powszechny standard opodatkowania.

Dobrom niematerialnym poświęcone jest Działanie nr 8, które ma na celu stworzenie reguł zapobiegających przerzucaniu zysków w związku z przenoszeniem dóbr niematerialnych pomiędzy przedsiębiorstwami powiązаныmi. Realizacja tego celu zawiera się w czterech punktach: (I) przyjęcie szerokiej i wyraźnie zarysowanej/określonej definicji dóbr niematerialnych; (II) zapewnienie, aby w następstwie transakcji podmiotów powiązanych dochodziło do opodatkowania dochodu w miejscu faktycznego powstania wartości przypisywanej poszczególnym składnikom; (III) opracowanie zasad odnośnie do kosztów transferowych lub specjalnych środków dla dóbr niematerialnych ciężkich do wyceny; (IV) uaktualnienie Wytycznych w zakresie porozumień o repartycji kosztów [OECD, 2013]. W efekcie OECD przystąpiła do zmiany Wytycznych w sprawie cen transferowych dla międzynarodowych przedsiębiorstw i administracji podatkowych [OECD, 2010, dalej: Wytyczne OECD]. Jeszcze w 2014 r. opublikowano dokument *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* [OECD, 2014b, dalej: Nowe Wytyczne OECD], zawierający zmienioną treść rozdziału 6 Wytycznych poświęconego zasadom ustalania cen transferowych w transakcjach dotyczących dóbr niematerialnych³, a także zmiany w treści rozdziału 1 i 2 Wytycznych. Tylko część zmian przedstawionych w tym dokumencie jest ostateczna. Prace w ramach Działania nr 8 nie są w pełni zakończone, zaś część kwestii wymaga koordynacji z rozwiązaniami wdrażanymi w ramach innych Działań BEPS. Końcowym efektem prac w ramach BEPS jest opublikowanie 5 października 2015 r. końcowych 13 raportów zawierających zalecenia skierowane do państw członkowskich OECD, Grupy G20 oraz państw rozwijających się.

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie propozycji zmian w zakresie cen transferowych dóbr niematerialnych w związku z Działaniem nr 8 BEPS. Specjalne środki zaproponowane przez OECD obejmują w szczególności wytyczne, w jaki sposób należy zrewidować ocenę podatkową transakcji pomiędzy przedsiębiorstwami powiązаныmi, dotyczących wartości niematerialnych i prawnych. Pojęcie dóbr niematerialnych odnosi się do składników niebędących aktywami materialnymi ani finansowymi, które mogą być przedmiotem własności lub kontroli w ramach działalności gospodarczej i których transfer między podmiotami niezależnymi nastąpiłby

² W listopadzie 2014 r. w Brisbane (Australia) został przygotowany raport *Base Erosion and Profits Shifting (BEPS) Automatic Exchange of Information (AEOI) OECD/G20*, w którym przedstawiono postępy poszczególnych państw w zakresie wprowadzania działań uszczelniających system podatkowy, ze szczególnym uwzględnieniem wymiany informacji podatkowej.

³ Do tematyki dóbr niematerialnych nawiązuje również: rozdział 7 – poświęcony usługom świadczonym wewnątrz grup koncernów, rozdział 8 – omawiający porozumienia o repartycji kosztów oraz rozdział 9 – poświęcony restrukturyzacji przedsiębiorstw.

za wynagrodzeniem [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.6]. Analizując ceny transferowe, należy przede wszystkim zastanowić się nad tym, czy i jakie wynagrodzenie przyjąłby niezależne strony w porównywalnej transakcji. Kluczowym zagadnieniem jest bowiem właściwa alokacja dochodów pomiędzy stronami transakcji stosownie do zasady *arm's length*. Kwestia, na ile należy dopasować standard *arm's length* do zmieniających się uwarunkowań rynkowych, stanowi główny cel analizy.

1. Zasada *arm's length*

Z podatkowego punktu widzenia za ceny transferowe uważa się ceny (wewnętrzne), po których przedsiębiorca dostarcza towary albo wartości niematerialne lub prawne, względnie świadczy usługi dla podmiotów powiązanych lub na rzecz zakładu zagranicznego [Krasnodębski, 1998, s. 1]. Umówione ceny decydują o przychodach i kosztach poszczególnych jednostek wchodzących w skład przedsiębiorstwa (koncernu) międzynarodowego, a w konsekwencji o tym, jak rozkłada się terytorialnie dochód przedsiębiorstwa (jako całości) i w jakiej wysokości zostanie opodatkowany. Ceny transferowe nie mają natomiast wpływu na łączny dochód przed opodatkowaniem przedsiębiorstwa międzynarodowego, pozostający na niezmienionej wysokości niezależnie od ustaleń cenowych we wzajemnych rozliczeniach. Polityka „odpowiednich” cen transferowych może stanowić instrument osiągnięcia korzyści podatkowych w przedsiębiorstwie międzynarodowym [Jamroży, 2013, s. 207].

Kryterium stosowanym w stosunkach międzynarodowych dla badania warunków ustalonych między podmiotami powiązаныmi i wynikających z nich cen jest zasada *arm's length*⁴. Ceny transferowe nie powinny różnić się od cen wyznaczanych przez mechanizm wolnorynkowy. Państwo, na którego obszarze jurysdykcji dochodzi do zmniejszania dochodów podatkowych, dokonuje (tzw. pierwotnej) korekty dochodu w taki sposób, aby w transakcjach pomiędzy podmiotami powiązаныmi nie znajdowały odzwierciedlenia warunki wynikające z powiązań. Korekcie podlega, najogólniej, dochód przerzucany na podmiot powiązany na skutek wykonania na jego rzecz świadczenia na warunkach odbiegających od rynkowych⁵.

W dotychczasowych Wytycznych OECD wskazano już, że w przypadku dóbr niematerialnych realizacja zasady *arm's length* może okazać się szczególnie trudna.

⁴ W polskiej literaturze zasada ta jest nazywana także zasadą ceny rynkowej, zasadą cen wolnorynkowych czy też zasadą długości ramienia.

⁵ W polskim prawie podatkowym pierwotna korekta dochodu znalazła ustawową regulację w art. 11 ust. 1–3 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (dalej: u.p.d.p.) oraz odpowiednio art. 25 ust. 1–3 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej: u.p.d.f.). Dopelnieniem regulacji materii ustawowej jest rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 września 2009 r. w sprawie sposobu i trybu określania dochodów osób prawnych w drodze oszacowania oraz sposobu i trybu eliminowania podwójnego opodatkowania osób prawnych w przypadku korekty zysków podmiotów powiązanych (Dz. U., nr 160, poz. 1268). Odpowiednie rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 września 2009 r. dotyczy również osób fizycznych.

Przyczynia się do tego unikatowość wielu dóbr niematerialnych, a także fakt, że w niektórych przypadkach przedsiębiorstwa powiązane mogą, z uzasadnionych ekonomicznie względów, zawierać transakcje, których nie podjęłyby się podmioty niezależne [zob. Wytyczne OECD, pkt 6.13 i n.]. Oprócz klasycznych form transferu praw do dóbr niematerialnych (sprzedaż lub udzielenie licencji), prawa do użytkowania dóbr niematerialnych mogą stanowić również uzupełnienie transferów dóbr materialnych. W takim przypadku badanie rynkowości transakcji może wymagać odrębnej wyceny jej składowych. Analogiczne postępowanie należy rozważyć w przypadku jednoczesnych transferów różnych zasobów niematerialnych w ramach jednego kontraktu [zob. Wytyczne OECD, pkt 6.18]. Analiza rynkowości transakcji wymaga uwzględnienia perspektywy zarówno kupującego, jak i sprzedawcy, uwzględniając w szczególności użyteczność dobra. Ograniczenie analizy tylko do jednej strony transakcji może wypaczyć jej rezultat, np. gdy uzgodniona cena odpowiada cenie właściwej przy założeniu maksymalnie intensywnej eksploatacji dobra [zob. Wytyczne OECD, pkt 6.15].

W Nowych Wytycznych OECD dodatkowo wyjaśniono procedurę ustalania ceny zgodnej z zasadą *arm's length*, zalecając, aby w analizie porównywalności i analizie funkcjonalnej dla dóbr niematerialnych dokonano identyfikacji konkretnych zasobów, ustalenia ich właścicieli i wkładu poszczególnych podmiotów w ich stworzenie, rozwój, utrzymanie, ochronę oraz ich wykorzystanie, a także charakteru transakcji dotyczącej dóbr niematerialnych [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.4]. Na etapie identyfikacji zasobów należy brać pod uwagę istniejące powiązania między zasobami różnych typów (zarówno materialnymi, jak i niematerialnymi) i jak te relacje przyczyniają się do generowania wartości dodanej [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.12].

2. Metody wyceny i analiza porównywalności

Dokonując wyceny transferu między podmiotami powiązаныmi, organy podatkowe powinny stosować metody zapewniające ustalenie cen w sposób najbardziej adekwatny do warunków panujących w danym czasie na danym rynku, dopuszczalne przez prawo podatkowe. Przy stosowaniu metod ustalania wartości rynkowej niezbędna jest oczywiście gruntowna analiza stanu faktycznego związanego z ceną transferu. Praktyczne stosowanie zasady *arm's length* opiera się na uwzględnianiu kilku ważnych czynników, przede wszystkim: cech charakterystycznych (właściwości) przedmiotu transakcji, cech podmiotów transakcji (czyli w szczególności funkcji spełnianych przez strony transakcji z uwzględnieniem zaangażowania kapitałowego i ponoszonego ryzyka, a także stosowanej strategii gospodarczej), warunków umownych, uwarunkowań ekonomicznych transakcji oraz realizowanej strategii handlowej. Znaczenie każdego z wymienionych czynników zależy od rodzaju analizowanej transakcji i stosowanej metody szacunku [Jamroży (red.), 2014, s. 59 i n.].

Metoda porównywalnej ceny niekontrolowanej stanowi co do zasady metodę najbardziej pożądaną, jednak możliwość zidentyfikowania porównywalnych

transakcji niekontrolowanych w przypadku dóbr niematerialnych może być poważną przeszkodą w jej stosowaniu. Do relewantnych czynników cenotwórczych charakterystycznych dla dóbr niematerialnych, które należy uwzględnić w analizie porównywalności, należą w szczególności: wyłączność praw i związane z tym ewentualnie uprawnienie dalszego ich sublicencjonowania, zasięg geograficzny praw i ewentualne ograniczenia eksportowe, czas trwania ochrony bądź czas ich faktycznej użyteczności, możliwość wprowadzania zmian i ulepszeń, konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów [zob. Wytyczne OECD, pkt 6.20 i n.]. Ponadto, poszukując transakcji porównywalnych do transakcji wiązanych dóbr materialnych i niematerialnych, należy brać pod uwagę wartość dodaną generowaną przez składnik niematerialny. W Wytycznych OECD dopuszczono posiłkowanie się analizą wydatków na wytworzenie danych dóbr, ale należy mieć na uwadze, że nie zawsze istnieje bezpośredni związek między kosztami a wartością [zob. Wytyczne OECD, pkt 6.27]. W przypadku licencjonowania dóbr niematerialnych, oprócz standardowych porównań wewnętrznych i zewnętrznych, można wykorzystać oferty przedstawiane przez podmiot stronom niezależnym lub oferty konkurujących licencjodawców.

Pozostałe metody tradycyjne, tj. metoda ceny odprzedaży oraz metoda rozsądnej marży (koszt plus), mają ograniczone zastosowanie. Metoda ceny odprzedaży może zostać wykorzystana np. w sytuacji, gdy licencjodawca dokonuje dalszego sublicencjonowania praw do wartości niematerialnej. Metoda rozsądnej marży może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do dóbr na wczesnym etapie rozwoju, ewentualnie w przypadku niematerialnych dóbr produkcyjnych niestanowiących innowacji, np. w sytuacji, gdy licencjodawca decyduje się na zakup licencji na technologię powszechnie wykorzystywaną w danej branży, dochodząc do wniosku, że samodzielne jej opracowanie byłoby nieopłacalne [Kosieradzki, Piekarczyk, 2015, s. 170]. Z kolei przy zastosowaniu metody marży transakcyjnej netto korzystanie z zewnętrznych danych porównawczych skutkuje na ogół większą potrzebą korekt niż w przypadku metod tradycyjnych, a dla dóbr niematerialnych nawet niewielkie różnice odbijają się na porównywalności transakcji [Bakker, 2014, s. 251].

W Nowych Wytycznych OECD przy wycenie dóbr niematerialnych zalecane jest nadal opieranie się na transakcjach porównywalnych. Metodą pierwszego wyboru pozostaje metoda porównywalnej ceny niekontrolowanej [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.143]. Poszukując transakcji porównywalnych, należy uwzględniać ryzyko deprecjacji wartości zasobu, ryzyko naruszenia prawa do zasobu przez osoby trzecie itp. [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.125]. Wyszczególniono dodatkowo analizę ryzyka związanego z zasobem niematerialnym.

W przypadku braku transakcji porównywalnych OECD rekomenduje nadal jako najlepsze rozwiązanie metodę podziału zysku, która uwzględnia m.in.: przyczyny zawarcia transakcji, perspektywy i opcje realnie dostępne dla stron transakcji, przewagi konkurencyjne powiązane z danym zasobem itd. [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.136]. Metoda ta, w opinii A. Bakker, pozwala na najlepsze uchwycenie wartości dodanej przez licencjodawcę, gdy ten rozwija licencjonowane dobro i dostosowuje

je do wymogów nowego rynku [Bakker, 2014, s. 252]. Ustaleniu ceny zgodnej z zasadą *arm's length* mogą równie skutecznie służyć, zdaniem OECD, dochodowe metody wyceny wykorzystujące zdyskontowaną wartość przyszłych przepływów pieniężnych z tytułu korzystania z danego dobra [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.150]. Zdaniem OECD poprawność wyceny z zastosowaniem tego typu metod jest w dużej mierze zależna od poprawności przyjętych założeń i prognoz. Dotyczy to m.in.: struktury przewidywanych przepływów pieniężnych, przewidywanej stopy wzrostu dochodu, przyjętej stopy dyskontowej (średni ważony koszt kapitału nie musi być zawsze najlepszym wyborem), okresu przydatności zasobu, jego szacowanej wartości terminalnej, przewidywanych obciążeń podatkowych, formy zapłaty (np. wynagrodzenie w formie odsetek od sprzedaży, zamiast pewnej stałej kwoty, rzutuje niepewność przewidywanej struktury przyszłych przepływów pieniężnych). Zaakceptowanie przez administrację podatkową wyceny z wykorzystaniem metod dochodowych wymaga tego, aby podatnik był w stanie uzasadnić szacunki wraz z przyjętymi założeniami. Rekomendowaną praktyką jest uwzględnienie w dokumentacji cen transferowych analizy wrażliwości pokazującej wpływ odchyień poszczególnych zmiennych na wartość dobra niematerialnego [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.156 i n.]. Ryzyko nadmiernego odejścia od ugruntowanej w międzynarodowym prawie podatkowym zasady *arm's length* jest jednym z najpoważniejszych zarzutów podnoszonych przez krytyków Nowych Wytycznych OECD [zob. np. PwC, 2015].

Należy przy tym podkreślić, że wszystkie pięć głównych metod wyceny może znaleźć zastosowanie wobec dóbr niematerialnych. Wiarygodność metod takich, jak metoda ceny odprzedaży czy metoda marży transakcyjnej netto jest na ogół niedostateczna w przypadku sprzedaży lub licencjonowania dóbr niematerialnych, chociaż można je wykorzystać do wyceny pomocniczej (np. wyceny pewnych funkcji) [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.138] bądź wyceny transakcji, w których dobra niematerialne są powiązane ze sprzedawanymi towarami lub świadczonymi usługami [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.195]. OECD nie rekomenduje stosowania metod opartych na koszcie wytworzenia [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.139–6.140], choć stosowanie takiego podejścia może być akceptowalne, np. wobec standardowych dóbr wykorzystywanych w grupie, takich jak software do obsługi transakcji między podmiotami grupy. Na wycenę takiego typowego systemu informatycznego można spojrzeć z perspektywy kosztu i czasu potrzebnego na jego odtworzenie. Natomiast OECD kategorycznie odrzuca metodę alternatywną w postaci tzw. reguły kciuka [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 2.10].

3. Szczególne okoliczności wpływające na wycenę dóbr niematerialnych

Trudniejsze przypadki dotyczą sytuacji, gdy nie tylko nie da się zidentyfikować transakcji porównywalnych, ale również nie jest możliwe wiarygodne oszacowanie przyszłych korzyści związanych z dobrem. Administracja podatkowa, badając

rynkowość przyjętego wynagrodzenia, powinna uwzględnić decyzje, jakie podjęłyby podmioty niezależne, w tym służące zabezpieczeniu przed ryzykiem, np. przez zawarcie kontraktów terminowych, klauzul umożliwiających zmianę cen czy też zastrzeżenie prawa do renegotjacji jego postanowień [Bullen, 2011, s. 203]. Im wyższy w momencie zawierania transakcji poziom niepewności odnośnie do przyszłych korzyści związanych z dobrem, tym silniejsze jest dążenie podmiotów niezależnych do uwzględnienia w kontrakcie odpowiednich klauzul lub ograniczenia czasu obowiązywania kontraktu.

Co do zasad, tytuł prawny do danego dobra niematerialnego nie implikuje, że to właścicielowi należy przypisać cały dochód związany z dobrem, w szczególności gdy nie wykonuje i nie kontroluje wszystkich istotnych funkcji związanych z wytworzeniem, rozwojem, utrzymaniem, ochroną i wykorzystaniem dobra oraz nie ponosi całości ryzyka związanego z wymienionymi funkcjami. Potencjalnie problematyczna jest sytuacja, gdy działalność marketingowa jest wykonywana przez podmiot niebędący właścicielem marki. W takiej sytuacji należy rozważyć przede wszystkim, czy podmiot taki należy traktować jako podmiot zewnętrzny świadczący usługi promocji, a w takiej sytuacji uznaje się, że usługodawcy nie przypisuje się udziału w dochodzie przypisywanemu danemu zasobowi niematerialnemu. Przykładowo w sytuacji, gdy dystrybutor wykonuje działalność marketingową, a całość poniesionych nakładów zwraca mu właściciel dobra niematerialnego, to dystrybutor ma prawo tylko do wynagrodzenia z tytułu dystrybucji. Jeżeli jednak dystrybutor ponosi nakłady marketingowe, to powinien mieć udział w dochodzie związanym z zasobem niematerialnym – w jakiej proporcji, to zależy od szczegółowych ustaleń między stronami [zob. Wytyczne OECD, pkt 6.36].

Analizując transakcje dotyczące dóbr niematerialnych, należy brać pod uwagę specyficzne cechy rynku, efekt synergii, a także oszczędności związane z lokalizacją oraz kapitał ludzki [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 6.30–6.31]. Nowe Wytyczne zalecają badanie, czy w związku z lokalizacją przedsiębiorstwa powiązane oszczędności szczególne oszczędności (kosztowe). Ewentualny podział takich korzyści między podmiotami grupy powinien być ustalony zgodnie z zasadą *arm's length*. Jeśli w wycenie danej transakcji odzwierciedlenie znalazły już wiarygodne dane porównywalne z tego samego rynku, to korekta ze względu na lokalizację jest zbędna. W przypadku transakcji o niższym poziomie porównywalności zasadne może być dokonanie korekt związanych z wpływem lokalizacji, z uwzględnieniem analizy funkcji, podziału ryzyka, wykorzystania aktywów itd. [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 1.80 i n.].

Istnienie doświadczonej, wysoko wykwalifikowanej kadry (kapitału ludzkiego) powinno zostać uwzględnione w analizie porównywalności. W niektórych transakcjach (głównie restrukturyzacyjnych) poza transferem składników majątku przedsiębiorstwa dochodzi również do transferu kapitału ludzkiego. W takim przypadku nabywca może uzyskać istotną korzyść w postaci oszczędności czasowych i kosztowych związanych z wyszkoleniem nowych pracowników. Jest to tym bardziej ważne, jeśli przejście (lub nawet okresowe oddelegowanie) pracowników do innego

podmiotu grupy wiąże się z transferem know-how [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 1.94 i n.].

W świetle Nowych Wytycznych można również mówić o pewnych standardowych korzyściach integracji w ramach grupy, wynikających z jej natury, oraz o korzyściach nadzwyczajnych, wynikających z celowych zorganizowanych działań grupy. Przykładem pozytywnego efektu synergii są zintegrowane zakupy dla całej grupy dzięki uzyskiwaniu lepszej ceny od kontrahentów niepowiązanych. Nadzwyczajne korzyści powinny znaleźć odzwierciedlenie w wycenie transakcji i analizie porównywalności. Identyfikacja nadzwyczajnych korzyści jest możliwa tylko przez szczegółową analizę porównywalności i pełnionych funkcji [zob. Nowe Wytyczne OECD, pkt 1.100 i n.].

Przedmiotem dalszych prac OECD pozostaje kwestia wyceny unikatowych dóbr niematerialnych, w przypadku których przyszłe korzyści są trudne do oszacowania. Podmioty powiązane powinny w szczególności uwzględniać formę i treść kontraktu, jaki zawarłyby na ich miejscu podmioty niezależne, dążąc do ograniczenia ryzyka związanego z transakcją. Problemem jest asymetria informacji między podatnikiem a organami podatkowymi. Proponowanym, dość kontrowersyjnym rozwiązaniem tego problemu jest przyznanie organom podatkowym prawa, aby w ramach oceny *ex post* mogły uwzględnić wszelkie faktyczne skutki finansowe transakcji i na nich oprzeć ewentualną korektę jej wyceny. Zabezpieczeniem przed arbitralnym działaniem organów podatkowych może być sporządzanie przez podatnika analizy *ex ante* ze szczególnym uwzględnieniem kalkulacji ryzyka związanego z zasobem [Public Discussion Draft, 2015].

Podsumowanie

Szansę, aby pojedyncze państwa mogły samodzielnie i skutecznie zabezpieczyć się przed erozją podstaw opodatkowania w związku z transakcjami międzynarodowymi, w tym wykorzystywaniem dóbr niematerialnych, są relatywnie niewielkie. Aktualnie nie ma dobrej alternatywy wobec propozycji ujętych w Działaniu nr 8 BEPS. Nie wydają się właściwe radykalne zmiany w postaci odrzucenia reżimu opartego na *arm's length*, lecz – w ocenie autora – ewolucja stosowanych już instrumentów i skuteczniejsze ich wykorzystywanie we współpracy międzynarodowej. Z pewnością istnieje potrzeba lepszego dopasowania standardu *arm's length* do aktualnych realiów rynkowych i poprawy operacyjności metod szacunku. Wszystkie pięć głównych metod wyceny może znaleźć zastosowanie przy wycenie dóbr niematerialnych, przy czym metodą pierwszego wyboru powinna pozostać metoda porównywalnej ceny niekontrolowanej. OECD podtrzymuje opinię o szerokim zastosowaniu metody podziału zysku w przypadku dóbr niematerialnych w przypadku niemożności identyfikacji transakcji porównywalnych, ale przy tym duży nacisk kładzie na analizę funkcjonalną, z uwzględnieniem podziału ryzyka i zaangażowanych aktywów. W nieodległej przyszłości można spodziewać się opracowania przez

OECD bardziej szczegółowych zasad stosowania metody podziału zysków m.in. przy transferze dóbr częściowo gotowych, podziału zysku między właściciela prawnego zasobu a podmioty wykonujące związane z nim funkcje czy w kwestii wykorzystania unikatowych dóbr niematerialnych o szczególnej wartości w globalnych łańcuchach wartości. Działaniem mogącym mieć, przynajmniej pośrednio, pozytywny wpływ na kwestie związane z cenami transferowymi jest rozwój sprawozdawczości finansowej w kontekście wypracowania powszechnych standardów pozwalających na sprawniejsze uchwycenie (zmian) stanu zasobów niematerialnych.

Bibliografia

- Bakker A., *Intangibles: a Legal, Accounting and Tax Perspectives*, [w:] W. Nykiel, A. Zalański (eds.), *Tax Aspects of Research and Development within the European Union*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Bullen A., *Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and Restructuring Controlled Transactions in Transfer Pricing*, IBFD Publications, Amsterdam 2011.
- G20 Leaders Declaration, 18–19 June 2013, <http://g20watch.edu.au/sites/default/files/docs/2012%20Los%20Cabos%20declaration.pdf> [data dostępu: 10.08.2015].
- Jamroży M., *Prowadzenie działalności gospodarczej za granicą – optymalizacja opodatkowania z perspektywy polskiego przedsiębiorcy*, JustLuk, Warszawa 2013.
- Jamroży M. (red.), *Dokumentacja podatkowa cen transferowych*, ODDK, Gdańsk 2014.
- Kosieradzki T., Piekarczyk R., *Ceny transferowe. Mechanizmy ustalania i zarządzanie ryzykiem*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Krasnołębski R., *Opodatkowanie podmiotów powiązanych – w umowach zagranicznych*, „Glosa” 1998, nr 5.
- OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf [data dostępu: 10.08.2015].
- OECD, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014a, DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264219250-en>.
- OECD, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 16 September 2014b, DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264219212-en>, www.oecd-ilibrary.org/taxation/guidance-on-transfer-pricing-aspects-of-intangibles_9789264219212-en [data dostępu: 10.08.2015].
- OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, 16 August 2010, DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2010-en>, www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations_20769717 [data dostępu: 10.08.2015].
- Public Discussion Draft, *BEPS Action 8: Hard-to-Value Intangibles*, 4 June 2015 – 18 June 2015, www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-beps-action-8-hard-to-value-intangibles.pdf [data dostępu: 10.08.2015].
- PwC, *Comments on the Public Discussion Draft on Arm's Length Pricing of Intangibles when Valuation is Highly Uncertain at the Time of the Transaction and Special Considerations for Hard-to-Value Intangibles*, 4 June 2015, www.pwc.com/en_GX/gx/tax/tax-policy-administration/beeps/assets/pwc-beeps-action-8-on-hard-to-value-intangibles.pdf [data dostępu: 10.08.2015].
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 września 2009 r. w sprawie sposobu i trybu określania dochodów osób fizycznych w drodze oszacowania oraz sposobu i trybu eliminowania podwójnego opodatkowania osób fizycznych w przypadku korekty zysków podmiotów powiązanych (Dz. U., nr 160, poz. 1267).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 września 2009 r. w sprawie sposobu i trybu określania dochodów osób prawnych w drodze oszacowania oraz sposobu i trybu eliminowania podwójnego

opodatkowania osób prawnych w przypadku korekty zysków podmiotów powiązanych (Dz. U., nr 160, poz. 1268).

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 361 ze zm.).

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 851 ze zm.).

Transfer Pricing Tax Policy Concerning Intangibles in the Context of BEPS

This paper aims to present the recent tax developments of transfer pricing in connection with BEPS Action 8. Special measures proposed by the OECD providing guidance as to how tax assessment of transactions concerning intangibles between associated enterprises should be reconsidered. One of the crucial issues is the appropriate allocation of profits in accordance with the arm's length principle. The focus is laid on the creation of value at transfer or the use of intangibles and on the developing transfer pricing rules for hard-to-value intangibles.

Podatkowa polityka cen transferowych w zakresie dóbr niematerialnych w kontekście BEPS

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie ostatnich propozycji zmian w zakresie cen transferowych w związku z działaniem nr 8 BEPS. Specjalne środki zaproponowane przez OECD obejmują wytyczne, w jaki sposób należy zrewidować ocenę podatkową transakcji pomiędzy przedsiębiorstwami powiązаныmi, dotyczące wartości niematerialnych i prawnych. Jednym z kluczowych zagadnień jest właściwa alokacja dochodów stosownie do zasady *arm's length*. Punkt ciężkości ogniskuje się na tworzeniu wartości przy transferze lub użytkowaniu wartości niematerialnych i prawnych oraz na rozwoju regulacji w zakresie cen transferowych dla dóbr niematerialnych trudnych do wyceny.