

Co łączy sektory intensywnie korzystające z praw własności intelektualnej z przemysłem wydobywczym?

Miejsce nadwyżek zysku (w tym nieoczekiwanych) w analizie DEMPE dotyczącej wartości niematerialnych*

Svitlana Buriak*, Rutger Hafkenscheid**

W tym artykule poruszamy jedną z najchętniej w ostatnim czasie omawianych, a jednocześnie budzącą największe kontrowersje, kwestię luki w zakresie cen transferowych: jak zakłócenia na rynku, dominująca siła rynkowa oraz warunki ekonomiczne, które nie wpisują się w normalny cykl gospodarczy, powinny wpływać na analizę cen transferowych w transakcjach kontrolowanych?

W czasie ostatnich kryzysów gospodarczych wywołanych pandemią COVID-19 oraz kryzysu bezpieczeństwa energetycznego, będącego konsekwencją rosyjskiej inwazji na Ukrainę, stało się jasne, że zyski przedsiębiorstw mogą nie zawsze być bezpośrednim wynikiem decyzji inwestorów lub – w kontekście cen transferowych – sprawowanych funkcji, wykorzystanych aktywów lub podjętego ryzyka, lecz skutkiem okoliczności zewnętrznych. Tego typu czynniki zewnętrzne mogą obejmować szybko postępujące zakłócenia w równowadze podaży i popytu w przypadku niektórych towarów lub usług, takich jak na przykład oprogramowanie czy zasoby energetyczne. Jednakże niektóre siły zewnętrzne nie są związane z etapem cyklu gospodarczego – między innymi siła rynkowa lub zaburzona konkurencja, tj. oligopol, monopol lub monopson na rynku.

W tym artykule podnosimy, że zdolność niektórych sektorów gospodarki do uzyskiwania nadprogramowych zysków nie jest jedynie kwestią szczęścia ani nieprzewidywalnych zdarzeń. W rzeczywistości posiadanie pewnych ograniczonych zasobów lub sztucznie ograniczanych aktywów przesądza o zdolności do generowania nadwyżek (rezydualnych) zysków. Wskazujemy na podobieństwo pomiędzy zasobami naturalnymi generującymi renty ekonomiczne a aktywami z gatunku własności intelektualnej, których niedobór urzeczywistnia się dzięki rozwiniętemu systemowi ochrony praw własności intelektualnej (w szczególności patentowej), aby wykazać ich wspólną cechę jako aktywów generujących renty. Ponownie kwestionujemy słuszność koncepcji tworzenia wartości, argumentując, że nie uwzględnia ona poziomu konkurencji, siły i kontroli rynkowej oraz niedoborów na rynku, które stanowią główne czynniki pozwalające przedsiębiorstwom generować wysokie zyski.

* Niniejszy artykuł powstał pod pieczęcią Amsterdamskiego Centrum ds. Cen Transferowych i Alokacji Dochodów. Więcej informacji na temat Centrum można znaleźć na stronie: <https://actl.uva.nl/actp-project/actp-project.html>.

Wreszcie poddajemy w wątpliwość zasadność stosowania mainstreamowej koncepcji DEMPE dla celów alokacji zysków z wartości niematerialnych, ponieważ przypisuje ona zbyt dużą wagę stadium rozwoju wartości niematerialnych i prawnych. W myśl założenia, że ochrona praw własności intelektualnej może wywołać na rynku sztuczny niedobór produktów chronionych tymi prawami, co zaburza konkurencję i umożliwia właścicielom tych praw wypracowywanie większych zysków, jurysdykcja rynkowa powinna mieć prawo do udziału w zysku rezydualnym, ponieważ za jej sprawą reżim ochrony własności intelektualnej może funkcjonować.

Słowa kluczowe: nieoczekiwany zysk, kryzys gospodarczy, ceny transferowe, renta ekonomiczna, zysk rezydualny, własność intelektualna, DEMPE, tworzenie wartości, wychwytywanie wartości, opodatkowanie międzynarodowe, alokacja dochodów

Kody klasyfikacji JEL: K33, K34, L1

- * Dr • adiunkt w Centrum Prawa Podatkowego w Amsterdamie oraz współdyrektorka Amsterdamskiego Centrum ds. Cen Transferowych i Alokacji Dochodów (Uniwersytet w Amsterdamie), prawniczka ds. wsparcia w zakresie cen transferowych w Loyens & Loeff (Amsterdam) oraz pracowniczka naukowa w Instytucie Austriackiego i Międzynarodowego Prawa Podatkowego (Uniwersytet Ekonomiczny w Wiedniu) • ✉ s.buriak@uva.nl, svitlana.buriak@loyensloeff.com • ORCID: 0000-0001-7375-8187
- * Przewodniczący jednostki szkoleniowej dla wykładowców w Amsterdamskim Centrum ds. Cen Transferowych i Alokacji Dochodów na Uniwersytecie w Amsterdamie, partner w firmie Huygens Quantitative Tax Consulting w Amsterdamie • ✉ r.p.f.m.hafkenscheid@uva.nl, rutger.hafkenscheid@huygenstax.com • ORCID: 0009-0009-3281-9866

COVID-19 i rosyjska inwazja na Ukrainę: nieoczekiwane zyski sektora technologicznego i własności intelektualnej, energetyki oraz innych branż – wierzchołek góry lodowej?

Ostatnie trzy lata obfitowały w wydarzenia bezprecedensowe i nieprzewidziane – od wybuchu globalnej pandemii na początku 2020 r. po rosyjską inwazję wojskową na Ukrainę i pełnowymiarową wojnę w środku Europy. Wydarzenia te zakłóciły normalne funkcjonowanie gospodarki i miały wpływ na jej różne sektory.

W niektórych branżach najpierw kryzys gospodarczy wywołany pandemią COVID-19, a następnie sankcje gospodarcze wobec Rosji i kryzys bezpieczeństwa energetycznego spowodowały znaczne zakłócenia w działalności gospodarczej oraz doprowadziły do restrukturyzacji przedsiębiorstw, jak również do strat, a nawet niewykonania zobowiązań. Na przykład największy wzrost prawdopodobieństwa niewykonania zobowiązań w czasie pandemii odnotowano w przypadku usług świadczonych w ramach zawodów regu-

lowanych (+117%), handlu detalicznego (+145%), hoteli, restauracji i obiektów rekreacyjnych (+155%), linii lotniczych (+174%) oraz transportu drogowego i kolejowego (+178%) (Vodovic, 2022). Kryzys energetyczny dotknął najbardziej energochłonne gałęzie przemysłu, wśród których znów znalazły się sektor lotnictwa i żegluga handlowej, ale także przemysł chemiczny, metali podstawowych, transportu drogowego, cementowy, betonowy i ceglany, rolnictwo itd. (Hieminga, van Sante, 2022; zob. Hollinger, White, Speed, Dunai, 2022).

Jednocześnie w trakcie każdego kryzysu niektóre branże czerpią korzyści i odnotowują nadzwyczajne zyski. I tak podczas pandemii COVID-19 szacowany nieoczekiwany zysk w sektorze technologii wyniósł 100 mld USD (HFS, 2022). Inne badania przeprowadzone przez TaxJustice UK wykazały, że same tylko sześć przedsiębiorstw działających w branżach farmaceutycznej i nieruchomości oraz w górnictwie, które poddano analizie, zwiększyło swój zysk o łącznie 16 mld USD. Ich nadzwyczajne zyski wywołały dyskusję na temat konieczności wprowadzenia podatku od nieoczekiwanych zysków (Topham, 2021).

W odpowiedzi na takie wezwania do wprowadzenia specjalnego podatku od zysków uzyska-

nych w trakcie pandemii COVID-19 Tritax Group, wiodący podmiot zarządzający funduszem nieruchomości logistycznych, stwierdził, co następuje: „Wzrost naszych zysków w 2020 roku jest bezpośrednim wynikiem realizowania długoterminowej strategii oraz wykorzystania środków, które zgromadziliśmy i zainwestowaliśmy w rozwój działalności. Nadal inwestujemy, aby z zyskiem dalej się rozwijać przy akompaniamencie długoterminowych zmian strukturalnych na brytyjskim rynku logistycznym, które dokonują się od wielu lat poprzedzających pandemię COVID-19; nie są one bezpośrednim następstwem tej pandemii” (Topham, 2021). W ten sposób przedstawiciele grupy starali się argumentować, że ich niebotyczne zyski stanowiły konsekwencję długoterminowych inwestycji i podejmowania strategicznych decyzji. Jednak dane finansowe spółki Tritax Big Box REIC zarządzanej przez Tritax pokazują, że odnotowali zwrot z kapitału zaangażowanego w poprzednim okresie finansowym na poziomie około 20,08% (MarketWatch, Tritax Big Box REIC), co może wskazywać na nieoczekiwane i nadmierne zyski.

W czasie I i II wojny światowej Stany Zjednoczone stosowały już podatek od nadzwyczajnych niebotycznych zysków wojennych. Jedną z metod ustalania, czy spółka wygenerowała nadzwyczajne zyski, było obliczanie zwrotu z zainwestowanego kapitału (ROIC) – zwrot w wysokości 8% uznano za normalny, natomiast wszystko powyżej tej stopy podlegało opodatkowaniu podatkiem od nieoczekiwanych zysków (Magalhães i Christians, 2020, s. 1).

Co ciekawe, w 2021 r. dwadzieścia największych firm o najwyższym ROIC stanowiło podmioty z branży technologicznej i opieki zdrowotnej oraz firmy B2C i intensywnie korzystające z praw własności intelektualnej. Na przykład wskaźnik ROIC firmy HP Inc w 2021 r. wyniósł 192%, podczas gdy roczne przychody osiągnęły poziom 63,5 mld USD. Przychody NortonLifeLock Inc. (2,75 mld USD) w 2021 r. były 250 razy niższe niż przychody Walmartu w tym samym roku (559,15 mld USD), ale ROIC pierwszego wyniósł 170%, podczas gdy drugiego – tylko 11,1%. ROIC spółki Moderna Inc. w 2021 r. wyniósł 49,1%, a spółki Apple Inc. – 49,0% (Badanie Sure Dividend za rok 2021).

W 2022 r. największe zyski z kryzysu energetycznego naturalnie stały się udziałem sektora energetycznego, ponieważ spadek podaży zasobów energetycznych doprowadził do wywindowania ich zysków. W ramach zastosowania środka nadzwyczajnego Unia Europejska zgodziła się na przyjęcie podatku od nieoczekiwanych rekordowych zysków przedsiębiorstw energetycznych. Rozporządzenie Rady Europejskiej z dnia 6 października 2022 r. w sprawie interwencji w sytuacji nadzwyczajnej w celu rozwiązania problemu wysokich cen energii stanowi, że „nadwyżki zysku wytworzone przez unijne przedsiębiorstwa i stałe zakłady z działalności w sektorze ropy naftowej, gazu ziemnego, węgla i rafinacji” podlegają tymczasowym zasadom opodatkowania.

Nieoczekiwane zyski w sektorach energetycznych i intensywnie korzystających z praw własności intelektualnej w różnych okresach mogą się wydawać przypadkiem zainicjowanym przez zdarzenia zewnętrzne. Można je wytłumaczyć faktem, że pandemia rzeczywiście skłoniła wielu ludzi do przejścia na korzystanie z cyfrowych środków komunikacji, podczas gdy kryzys energetyczny był skutkiem gwałtownej zmiany w zakresie podaży zasobów energetycznych. Co jednak, jeśli niektóre branże mają większą niż inne skłonność i zdolność do przechwytywania nadprogramowo wysokich zysków? Co łączy te gałęzie przemysłu, które wydają się należeć do zupełnie innych światów – kapitałochłonny przemysł wydobywczy, który działa stacjonarnie, a nie online, oraz sektory ochrony zdrowia i technologiczny intensywnie korzystające z praw własności intelektualnej?

Elementem łączącym sektor energetyczny z przemysłem intensywnie korzystającym z praw własności intelektualnej (patentów, znaków towarowych, wzorów przemysłowych itp.) jest typ kluczowego strategicznego składnika aktywów będącego w posiadaniu wiodących firm, który daje im możliwość kontrolowania dostępu do przemysłu. Zasoby naturalne, takie jak ropa naftowa i gaz, oraz prawa własności intelektualnej należą do tej samej kategorii aktywów – generujących renty. Oznacza to, że w pewnych warunkach rynkowych, tj. gdy podaż składnika aktywów generu-

jącego rentę jest ograniczona w porównaniu z popytem na ten składnik aktywów, mogą powstać renty ekonomiczne (Baunsgaard, Vernon, 2022, s. 2). Renta ekonomiczna jest zwrotem powyżej nakładów wymaganych do zrekompensowania kosztów poniesionych na sprawowanie wszelkich funkcji, wykorzystanie aktywów i podjęcie ryzyka w normalnych warunkach rynkowych (Devereux, Auerbach, Oosterhuis, Schoen, Vella, 2019, s. 23). Strathford definiuje rentę ekonomiczną jako „premię ekonomiczną uzyskiwaną dzięki kontroli aktywów niemożliwych do szybkiego powielenia w dużych ilościach, której wysokość przekracza proporcjonalną rekompensatę za pracę odbiorcy” (Stratford, 2020).

A zatem głównym warunkiem uzyskania rent gospodarczych przez przedsiębiorstwo jest posiadanie lub kontrolowanie składnika aktywów, który jest w niedoborze na rynku lub w przypadku którego konkurencja w zakresie jego podaży jest ograniczona w wyniku pewnych interwencji w wolny rynek, np. interwencji regulacyjnych (zob. Schwerhoff, Edenhofer, Fleurbaey, 2020, s. 412; Shay, 2021, sekcja 3.2). Niedobór jest najważniejszym czynnikiem napędzającym zyski w gospodarce kapitalistycznej: „Coś jest cenne, ponieważ tego brakuje. Im więcej się tego pojawia, tym staje się tańsze” (Lemley, 2015, s. 460). Niedobór może oznaczać ograniczone ilości produktu na rynku lub ograniczoną liczbę dostawców składnika aktywów generującego rentę, tj. naturalne monopole, monopolistyczne siły rynkowe (w tym uzyskane poprzez zachowania antykonkurencyjne) (Hebous, Prihardini i Vernon, 2022; Beer, Mooij, Hebous, Keem, Liu, 2020).

Niedobory zasobów naturalnych i zdolność przedsiębiorstw je eksploatujących do uzyskiwania z tego tytułu nadmiernych zysków były bardziej oczywiste dla organów regulacyjnych, a wobec tego podlegają one dodatkowym krajowym mechanizmom podatkowym, takim jak podatek od należności licencyjnych od przychodów brutto z zasobów naturalnych albo specyficzne dla konkretnych sektorów podatki od nadzwyczajnych, nadmiernych i nietypowych zysków lub superzysków (zob. Boadway, Keen, 2010, s. 29). W związku

z tym, gdy nastąpił kryzys energetyczny, wdrożenie podatku od nieoczekiwanych zysków w sektorze energetycznym spotkało się z większą akceptacją i łatwiej było ten zabieg przeprowadzić niż w czasie pandemii COVID-19 w przypadku podatku od nieoczekiwanych zysków w sektorach technologii i intensywnie korzystających z praw własności intelektualnej. Jednakże należy podkreślić, że nadzwyczajne zyski uzyskiwane zarówno w czasie kryzysu energetycznego, jak i globalnej pandemii stanowiły zaledwie wierzchołek góry lodowej – i to wierzchołek, który w tak oczywisty sposób zaczął kłuć w oczy, że trudno było go zignorować i przymknąć na niego oko.

Nieoczekiwane zyski stanowią jedynie część rent gospodarczych, które mogą być przechwytywane przez duże przedsiębiorstwa międzynarodowe nie tylko w wyniku nieprzewidzianych zdarzeń, ale w każdym momencie, gdy zaistnieją pewne bariery dla konkurencji na rynku. Ponadto, jak stwierdzają Boadway i Keen (2010, s. 29), „sektor zasobów w żadnym wypadku nie jest jedynym, w którym mogą pojawić się renty”. W branżach kapitałochłonnych bariery dla konkurencji powstają w wyniku wysokich wymogów kapitałowych i kosztów utopionych (np. środki trwałe), które *ex post* prowadzą do korzyści skali, a to z kolei ogranicza możliwości wejścia na rynek nowych producentów (Wright, Zou, 2018, s. 341, 347). Ale dlaczego prawa własności intelektualnej również są uważane za aktywa generujące renty?

We współczesnej gospodarce prawa własności intelektualnej, przede wszystkim w zakresie patentów, stały się głównym środkiem pozwalającym na uzyskiwanie monopolistycznej pozycji na rynku i ograniczanie konkurencji¹. Prawa własności inte-

¹ Co ciekawe, monopolizacja komercjalizacji wynalazków jest reliktem feudalnego społeczeństwa, w którym król miał wyłączne prawo do udzielania jednostkom lub cechom licencji na prowadzenie działalności w określonym sektorze przemysłowym. To, czy król był skłonny wydać patent na jakiś wynalazek, zależało od tego, czy spodziewał się, że zaszkodzi on jego osobistym interesom, w związku z czym w przypadku wielu wynalazków odmawiał przyznania licencji, a tym samym zakazywał wynalazcy jego komercjalizacji. Dopiero po chwalebnej rewo-

lektualnej, a dokładniej ich silna ochrona prawna, mogą tworzyć sztuczną barierę wejścia na rynek, a tym samym niedobór, dzięki któremu ich właściciele mogą uzyskiwać nadmierne zyski w postaci rent ekonomicznych. Nowoczesna forma rent ekonomicznych w przemyśle technologicznym i innych gałęziach intensywnie korzystających z praw własności intelektualnej nazywana jest rentą intelektualną, wiedzową lub techno-naukową (Rikap, 2022, s. 439–440; Durand, Milberg, 2020). Dla firm technologicznych najważniejszą sprawą jest zadbanie o to, by ich technologia i inne prawa własności intelektualnej były silnie chronione patentami i znakami towarowymi. Pomaga im to zabezpieczyć swoje prawa własności intelektualnej. Jednocześnie jednak silna ochrona prawna ogranicza dostęp innych konkurentów do branży, w wyniku czego tworzą się sztuczne niedobory i łatwiej o monopolizację rynku. Monopol z kolei pozwala takim przedsiębiorstwom dyktować klientom ceny znacznie przekraczające koszty produkcji i zdobywać olbrzymie majątki nie tylko wskutek pełnienia przez dany podmiot pewnych funkcji, ale także dlatego, że czerpie on korzyści z istnienia systemów ochrony własności intelektualnej i potencjalnego monopolu rynkowego. W efekcie przedsiębiorstwa intensywnie korzystające z praw własności intelektualnej mogą gromadzić różne rodzaje rent ekonomicznych: legalne renty od praw własności intelektualnej, renty różnicujące wartości niematerialne i prawne oraz renty monopolistyczne.

lucji w Anglii (w 1688 r.) patenty zaczęły chronić przed potęgą króla zamiast chronić potęgę króla. Powszechnie uważano, że nowy system patentowy pobudzał do innowacyjności, a także zapoczątkował rewolucję przemysłową, a tym samym i kapitalizm (zob. Acemoglu, Robison, 2012). Jednak nigdy nie dowiemy się, co by się wydarzyło, gdyby system feudalny ze swoją monopolizacją nie istniał, a więc i wynalazcy nie musieliby błagać króla o przyznanie im patentu. Logicznie rzecz ujmując, po upadku systemu feudalnego nowi królowie (tj. właściciele patentów) nie chcieli już pozbyć się systemu monopolizującego ich prawa własności intelektualnej. Autorzy są zdania, że innowacyjność leży w ludzkiej naturze i nie potrzebuje pobudzania za pomocą monopolizacji jej komercjalizacji. My, ludzie, zawsze będziemy tworzyć innowacje, niezależnie od finansowych zachęt.

Fakty są takie, że posiadacz praw własności intelektualnej jest nowym właścicielem ziemskim współczesnego kapitalizmu. We wspólnym sprawozdaniu Wspólne Centrum Badawcze KE oraz Dyrekcja ds. Nauki, Technologii i Innowacji OECD wykazały, że sztuczny monopol prawny jest bardzo rozwinięty, a zaledwie około 2000 korporacji posiada 60% patentów przyznanych przez pięć wiodących urzędów patentowych na świecie (Dernis, Gkotsis, Grassano, Nakazato, Squicciarini, van Beuzekom, Vezzani, 2019). I choć społeczna wartość tak silnej ochrony patentowej nie zawsze przynosi korzyści płynące ze zwiększonej innowacyjności (Lemley, 2015), a nawet może hamować postęp, na przykład w obszarze zdrowia publicznego, jak miało to miejsce w czasie pandemii (WHO Watch Team, 2022), nie jest to kwestia, na którą autorzy niniejszego artykułu chcieliby zwrócić uwagę czytelnika. Jako że opodatkowanie międzynarodowe dotyczy zysków i ich podziału transgranicznego, z powyższej dyskusji wyłania się kilka kluczowych i rozstrzygających wniosków:

- Prawa własności intelektualnej są źródłem rent ekonomicznych, tj. zysków powyżej normalnego poziomu, i można je przyrównać do zasobów naturalnych.
- Ogólnie rzecz biorąc, niedobór jest głównym czynnikiem napędzającym zysk; niedobór produktów chronionych prawami własności intelektualnej, głównie patentami, jest sztuczny i możliwy do uzyskania dzięki silnej ochronie tych praw (zob. Cui, Hashimzade, 2019, s. 3 i nast.).
- Nieoczekiwane zyski mogą być nierozzerwalnie związane z cyklicznym składnikiem zysku stanowiącym część rent ekonomicznych (Baunsgaard, Vernon, 2022, s. 2).
- Zdolność do przechwytywania rent ekonomicznych nie zależy wyłącznie od zaistnienia nieprzewidywalnych zdarzeń zakłócających rynek; renty ekonomiczne pojawiają się także, gdy powstają bariery dla konkurencji na rynku lub gdy na siły popytu i podaży wpływają inne czynniki.
- Wysokie zyski w sektorach korzystających z praw własności intelektualnej można wy-

tłumaczyć nie tylko wartością działalności prowadzonej przez właściciela tych praw, ale także ochroną prawną gwarantowaną jego własności przez państwo (np. tak jak nieruchomościom).

Renty ekonomiczne i zyski rezydualne: to samo czy coś innego?

W zakresie cen transferowych zasadniczo nie istnieją odrębne kategorie rent ekonomicznych czy też nieoczekiwanych zysków. Podatek dochodowy od osób prawnych jest pobierany od zysków księgowych uznawanych za przychód do opodatkowania pomniejszony o koszty jego uzyskania (Buriak, 2023). Renty ekonomiczne nie są wyraźnie zdefiniowane w systemie rachunkowości. Zysk ekonomiczny (lub też czysty zysk) może nie być dokładnie taki jak zysk księgowy, ponieważ, by wyodrębnić zysk ekonomiczny, koszty alternatywne należy odliczyć od zysków określonych w ramach rachunkowości finansowej (Lemley, 1986, s. 677).

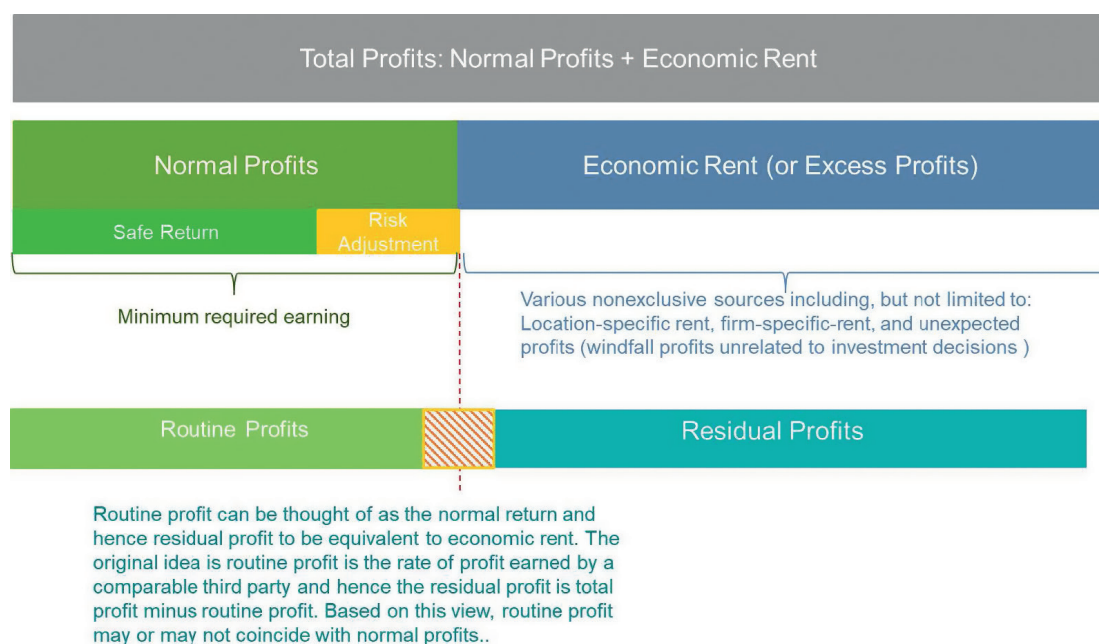
Co więcej w kontekście cen transferowych trudno uznać, że zyski przedsiębiorstw mogą wynikać z jakichkolwiek czynników zewnętrznych, tak jak w przypadku nieoczekiwanych zysków wynikających z bezprecedensowych zdarzeń lub nietypowych zysków uzyskiwanych dzięki istnieniu monopolu. Zamiast tego w obszarze cen transferowych alokacja zysków opiera się na założeniu, że zysk z działalności gospodarczej jest zwrotem uzyskanym z faktu wypełnienia pewnych funkcji, wykorzystania aktywów lub podjęcia ryzyka przez samo przedsiębiorstwo (patrz sekcja *Co system dystrybucji praw podatkowych oparty na wychwytywaniu wartości oznaczałby dla wartości niematerialnych i prawnych generujących renty oraz DEM-PE?*). Wszelkie nietypowe zyski są postrzegane jako wynagrodzenie za podejmowanie przedsięwzięcia ryzyka oraz wypełnianie funkcji związanych ze sprawowaniem kontroli nad ryzykiem biznesowym.

Jednakże najbardziej zbliżoną kategorią do pojęcia rent ekonomicznych są zyski rezydualne.

W niektórych przypadkach w ramach opodatkowania międzynarodowego koncepcja renty ekonomicznej zdaje się być niejawnie traktowana na równi z pojęciem zysków rezydualnych. Na przykład Pierwszy Filar OECD przewiduje, że jurysdykcja rynkowa jest uprawniona do części zakładanego zysku rezydualnego przedsiębiorstwa, obliczanego jako różnica między globalnym skorygowanym zyskiem grupy przedsiębiorstw przed opodatkowaniem a zakładaną standardową wysokością zysków (OECD, 2020, s. 16). Z kolei zakładany standardowy zysk definiowany jest w sposób ilościowy – stanowi 10% globalnych przychodów korporacyjnych grupy (OECD, 2020, s. 16). Przyjmuje się, że część przypisana jurysdykcji rynkowej stanowi zwrot z wkładu tej jurysdykcji w postaci zarówno popytu na wartość wytworzoną przez przedsiębiorstwo, jak i konsumpcji tej wartości. Wobec tego z uwagi na stosowaną metodologię określania zysku standardowego i rezydualnego grupy przedsiębiorstw kategorie te wydają się zbliżone do zysku normalnego i ekonomicznego. Ponadto we Wniosku uznaje się, że nie tylko własne funkcje, aktywa i ryzyko jednostki gospodarczej mogą przyczyniać się do generowania zysków, ale także pewne czynniki zewnętrzne, takie jak popyt w jurysdykcji rynkowej.

Heboues i in. (2022, s. 13) zaznaczają w nocie dotyczącej polityki MFW, że „Pierwszy Filar prezentuje przykład pojęcia nadmiernego zysku definiowanego jako zysk przekraczający 10% przychodów”. Sugerują oni również, że „zyski rezydualne można koncepcyjnie uznać za równe rentom ekonomicznym, choć w ogólnym ujęciu nie muszą być równe. Względne znaczenie różnych źródeł i całkowita wielkość renty ekonomicznej są specyficzne dla konkretnego projektu” (2022, s. 13). Beer i in. (2020) stwierdzają, że „standardowy zysk jest zasadniczo równoważny z normalnym zwrotem, natomiast zysk rezydualny jest równoważny rentie ekonomicznej”. Poniższy wykres sporządzony przez Hebousa i in. ilustruje potencjalny związek między zyskiem standardowym i normalnym oraz między rentami ekonomicznymi (nadmiernymi zyskami) a zyskami rezydualnymi.

Rysunek 1. Podział łącznych zysków: systematyka zysków



Źródło: Heboues i in., 2022, s. 7.

Ogólnie rzecz biorąc, takie podejście do rozumienia systematyki zysków, w tym standardowych i rezydualnych, można było wykorzystać do stworzenia spójnego i koncepcyjnego podejścia do sposobu, w jaki należy dokonywać przydziału nieoczekiwanych zysków i innych rodzajów rent ekonomicznych, których źródłem są czynniki nieprodukcyjne. Jedyne „ale” jest takie, że zasady obowiązujące dla cen transferowych określone w ramach *Wytycznych OECD* lub *Podręcznika w sprawie cen transferowych ONZ* przypisują zupełnie inne znaczenie kategorii zysków rezydualnych.

Trzy na pięć metod ustalania cen transferowych zatwierdzonych przez *Wytyczne OECD* mają charakter jednostronny. Oznacza to, że w celu zastosowania tych metod jedna mniej skomplikowana strona transakcji kontrolowanej jest wyznaczana na stronę testową. Biorąc pod uwagę jej mniej złożony profil w porównaniu z drugą stroną transakcji, określa się ją mianem podmiotu standardowego. Choć oznaczenie „standardowy” zasadniczo powinno oznaczać, że dostępne są podmioty porównywalne do celów analizy porównawczej

tego podmiotu², jednakże bycie „standardowym” wiąże się tu jedynie z brakiem prawa do wysokich zysków.

Niemniej jednak metodologia przewiduje, że należy w pierwszej kolejności ustalić zyski strony testowanej. Zysk pozostały po jego obliczeniu definiowany jest jako „zysk rezydualny”, do którego uprawniony jest drugi, bardziej złożony podmiot w transakcji kontrolowanej. W związku z tym pojęcie „zysków rezydualnych” na mocy przepisów dotyczących cen transferowych zwykle³ różni się od tego stosowanego w ramach Pierwszego Filaru OECD. Zysk rezydualny obejmuje zarówno zwroty normalne z funkcji, aktywów i ryzyka bardziej złożonego podmiotu, jak i wszelkie potencjalne nadwyżki dochodów (np. z monopolizacji rynku i innych zakłóceń rynkowych, eksploatacji ograniczonych zasobów naturalnych, korzystania z niedoboru własności intelektualnej, rent specy-

² Zobacz na przykład *Luksemburg i inni przeciwko Komisji (Amazon)* (2021), T-816/17 i T-318/18, GC Decyzja, para. 225.

³ Przepisy krajowe mogą obierać różne podejścia, np. system nadmiernego zysku w Belgii.

ficznych dla lokalizacji, korzyści z integracji i synergii, efektów sieciowych itp.). W związku z tym stosowanie jednostronnych metod ustalania cen transferowych skutkuje arbitralnymi wynikami, gdy tylko jedna strona transakcji kontrolowanej ma sposobność czerpać wszelkie te korzyści, jakie grupa przedsiębiorstw może stwarzać dla siebie, optymalizując globalne działania biznesowe, zwiększając udział w rynku czy uzyskując zyski z innych czynników nieprodukcyjnych.

Ponadto, jak stwierdzono powyżej, w systemie opodatkowania międzynarodowego nie obowiązuje jednolita definicja zysków rezydualnych. Różnice uwidaczniają się nie tylko w ramach Pierwszego Filaru OECD i Wytycznych OECD, ale także w rozumieniu Drugiego Filaru OECD, a nawet w ramach różnych metod ustalania cen transferowych – metod jednostronnych i metody podziału zysku rezydualnego. W istocie w przypadku tej ostatniej podejmuje się próbę ustalenia standardowej kwoty wynagrodzenia obu stron i podzielenia zysków rezydualnych. A zatem – w przeciwieństwie do metod jednostronnych – metodologia ta jest ściśle powiązana z przedstawioną powyżej systematyką przychodów z działalności gospodarczej i ich podziałem na zyski normalne i renty ekonomiczne.

Zdaniem autorów charakter zysków rezydualnych może, w uproszczeniu, sugerować istnienie pewnych czynników innych niż własne funkcje, aktywa czy ryzyko przedsiębiorstwa, które w taki czy inny sposób mogą wpływać na zyski i straty podmiotu. Na szczęście dwa kryzysy gospodarcze, o których mowa w pierwszej części artykułu, zwróciły uwagę decydentów politycznych na tę kwestię – nieoczekiwane zyski mogą „spaść z nieba”. Znów zaznaczamy, że stanowią one jedynie wierzchołek góry lodowej w dyskusji o tym, jakie czynniki przyczyniają się do generowania zysków, oprócz „pełnionych funkcji, wykorzystywanych aktywów i podejmowanego ryzyka”, jak te funkcje należy traktować przy transgranicznej alokacji zysków i jaka jest względna wartość tych nowych czynników.

Biorąc pod uwagę powyższe, autorzy chcieliby wskazać kluczowy wniosek, który będzie sta-

nowił kolejny punkt wyjścia w bieżącej dyskusji: Dochód z działalności gospodarczej nie jest jedynie wynikiem tworzenia wartości przez przedsiębiorstwo. W pewnym zakresie jest wynikiem ciężkiej pracy, częściowo szczęścia polegającego na znalezieniu się we właściwym miejscu o właściwym czasie, a po części jest efektem walki o władzę, w której zwycięzca bierze wszystko (czy to w rezultacie oddziaływania czynników losowych, czy korzystania ze strategicznych umiejętności).

Ceny transferowe w realiach po BEPS: zyski powinny podlegać opodatkowaniu tam, gdzie powstaje wartość

W związku z realizacją projektu dotyczącego erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysków (BEPS) OECD i Unia Europejska przyjęły nowy paradygmat rozdziału praw podatkowych pomiędzy krajami, tj. „zyski powinny podlegać opodatkowaniu tam, gdzie powstaje wartość”. Tłem tego nowego paradygmatu było spostrzeżenie, że przedsiębiorstwa międzynarodowe wykorzystywały planowanie w zakresie cen transferowych do przenoszenia zysków z krajów, w których ich obecność polegała na prowadzeniu działalności wykonywanej przez ludzi, do krajów, w których były obecne jedynie z prawnego punktu widzenia, np. poprzez przeniesienie własności aktywów generujących dochód na podmioty znajdujące się w rajach podatkowych, w których nieprowadzona była niemal żadna działalność wykonywana przez człowieka. Oczywiście myśl była taka, że własność (i eksploatacja) aktywów generujących dochód nie tworzy wartości, a w związku z tym nie należy przypisywać takiej własności żadnych praw podatkowych lub należy przypisać je w ograniczonym zakresie. Jeśli chodzi o projekt BEPS, rzeczywiście przekonujące jest twierdzenie, że nie należy przyznawać żadnych praw podatkowych podmiotom znajdującym się w rajach podatkowych, a powiązanie chęci zlekceważenia praw tych jurysdykcji do nakładania opodatkowania z koncepcją tworzenia wartości wydaje się ku-

szące. Wszakże *communis opinio* głosi, że prawne ustrukturyzowanie działalności samo w sobie nie wnosi do niej wartości, a zatem struktura prawna nie powinna rzutować na podział zysku.

Autorzy uważają jednak, że paradygmat tworzenia wartości służy jedynie wykluczeniu jurysdykcji nakładających niskie podatki z podziału praw podatkowych, a „tworzenie wartości” nie jest dobrym narzędziem podziału praw podatkowych pomiędzy „normalnymi” jurysdykcjami (zob. Jimenez, 2020). Celem OECD i UE jest, aby „żadne prawa do opodatkowania nie były przyznawane jurysdykcjom, które nie przyczyniają się znacząco do generowania tych zysków”, co oznacza negatywną korelację między tworzeniem wartości a dystrybucją praw do opodatkowania. Definiowanie zjawiska w ujęciu negatywnym nie jest jednak tym samym, co definiowanie go w ujęciu pozytywnym. Twierdzenie, że pewne zwierzę nie jest krową, niewiele mówi o tym, jakie jest to zwierzę. Choć stosunkowo łatwo jest rozpoznać sytuacje, w których członek przedsiębiorstwa międzynarodowego nie przyczynia się do generowania przez przedsiębiorstwo zysków, a zatem część zysku nie powinna być mu przypisywana (w rozumieniu UE i OECD: nie tworzy wartości), znacznie trudniej jest dostrzec pozytywny wkład członka grupy w uzyskiwanie zysku przez przedsiębiorstwo międzynarodowe, a tym samym w tworzenie wartości. Ani OECD, ani UE nie próbowały nawet podać definicji tego zjawiska. Oznacza to, że termin może stać się słowem pozbawionym znaczenia, ponieważ każdy będzie przypisywał mu własne wedle uznania.

Nawet wśród badaczy zajmujących się zagadnieniem zarządzania nie ma zgody w zakresie tego, czym jest tworzenie wartości lub jak można wartość stworzyć (Lepak, Smith, Taylor, 2007, s. 181–182). Po pierwsze, „wartość” jest pojęciem niesprecyzowanym. Lepak, Smith i Taylor wyróżniają (Buriak, 2023) dwa aspekty wartości: obiektywny (nazywany również wartością wymienną) oraz subiektywny (określany też mianem wartości użytkowej) (Buriak, 2023). Obiektywny aspekt wartości można wyznaczyć kwotą zapłaconą sprzedawcy przez użytkownika za wartość użytkową danego produktu lub danej usługi. Subiek-

tywny aspekt wartości odnosi się do konkretnej cechy produktu lub usługi, jaką użytkownicy dostrzegają, ponieważ mają pewne potrzeby, takie jak szybkość lub jakość wykonania jakiegoś zadania czy też estetyka bądź cechy użytkowe nowego produktu albo nowej usługi (Buriak, 2023). W kontekście podziału praw do opodatkowania oraz cen transferowych oczywiste jest, że wartość powinna odnosić się do obiektywnego (pieniężnego) aspektu definicji wartości. Jednakże, kiedy posługujemy się koncepcją tworzenia wartości w kontekście cen transferowych, napotykamy problem z tą definicją, który naprowadza nas na Paragraf 22: zgodnie z definicją wartość jest kwotą zapłaconą sprzedawcy przez użytkownika, tj. ceną, którą jest on skłonny zapłacić, podczas gdy, ustalając cenę transferową, powinniśmy oprzeć naszą analizę na wkładzie w tworzenie wartości. Oznacza to, że aby określić wartość towaru lub usługi, trzeba znać cenę, a żeby ustalić cenę, trzeba najpierw znać wartość – koło się zamyka.

Po drugie, „tworzenie” sugeruje, że przy powstawaniu wartości zawsze istnieje wyraźny związek przyczynowo-skutkowy. W rzeczywistości związek między przyczyną a skutkiem, między działaniem a rezultatem, jest znacznie mniej jednoznaczny niż ludziom się wydaje. Laureat Nagrody Nobla Kahneman wykazał, że ludzie mają słabe rozeznanie w relacji przyczyny ze skutkiem. Ulegamy prostym narracjom, które wyjaśniają logikę powstania określonego rezultatu, a pomijamy alternatywne powody jego zaistnienia, które mają skomplikowany lub przypadkowy charakter. Kahneman (2011) nazywa to WYSIATI: „istnieje tylko to, co widzisz”. Kiedy już poznamy wynik (w naszym przypadku zysk firmy), uznajemy, że prowadząca do niego seria wydarzeń (przyczyna) realizowała się według jedyne go możliwego scenariusza rozwoju wypadków. Ignorujemy alternatywne scenariusze, według których wydarzenia równie dobrze mogły się potoczyć inaczej, i mamy skłonność przypisywać rezultat działaniom ludzkim, które naszym zdaniem nieuchronnie prowadzą do powstania takiego efektu, a nie innego. Innymi słowy, nie doceniamy wpływu czynników zewnętrznych na sukces lub porażkę (tj. szczęścia

i pecha) oraz przeceniamy moc sprawczą czynników wewnętrznych, takich jak działanie człowieka⁴. Zjawisko to już w XVIII wieku skłoniło Bernoulliego, ojca współczesnej statystyki, do stwierdzenia, że „nie należy oceniać ludzkich działań na podstawie ich efektu”⁵. Niedawno przeprowadzone przez Mauboussina (2012) badania wykazały, że w wielu aspektach w biznesie (i w życiu w ogóle) szczęście znacznie mocniej oddziałuje na sukces i porażkę niż umiejętności. Opisuje on także metody oddzielania wpływu szczęścia od mocy sprawczej umiejętności, ukazując jednocześnie, że zrobienie tego, jak należy, wymaga nie lada wysiłku. Fakt, że tak trudno dostrzec różnicę między wpływem umiejętności a siłą oddziaływania szczęścia na rezultaty niektórych działań (np. „tworzenia” wartości przez firmę), dyskwalifikuje „tworzenie wartości” jako wiarygodne narzędzie podziału praw podatkowych. Jednak podejście OECD, w którym przywiązuje się tak dużą

⁴ Prowadzi to czasami ludzi do absurdalnego podziwiania innych osób, które odniosły sukces społeczny bądź finansowy, jaki można przypisać przypadkowym efektem sieciowym. Przykładami są influencerzy na Instagramie z milionami obserwujących, którzy słyną z... czego tak właściwie? Czerpią korzyści z faktu, że znaleźli się ludzie, którzy zaczęli ich obserwować, a następnie, dzięki algorytmom Instagrama, zaczęło ich obserwować więcej osób, a zatem algorytmy nadały im wyższą rangę i tak to się kręci. Książka Mauboussina (2012, przypis 45) pokazuje na podstawie eksperymentu z wykorzystaniem losowania kulek, że nawet influencerzy mający niewielkie szanse (umiejętności) mogą stać się sławni w wyniku losowych efektów sieciowych.

⁵ Mlodinow, 2008. W swojej książce *Czarny Łabędź* amerykański filozof Nassim Taleb pisze, że nawet akademicki sukces jest w dużej mierze loterią z uwagi na tak zwany efekt Matthew. Wywołuje go fakt, że wielu naukowców powołuje się na pewne artykuły, nie zapoznając się z ich oryginalną treścią. Czytają oni jakiś artykuł i wybierają własne cytaty z jego źródeł. Kolejni naukowcy ponownie czerpią informacje z tamtych artykułów i ten (często przypadkowo rozpoczęty) cyrk cytowań podkręca akademicką reputację danej osoby. Gdy badacz taką reputację zdobędzie, przykuwa ona więcej uwagi, a to z kolei znów przyczynia się do zwiększenia liczby cytowań jego prac. To samo dotyczy się wielu firm, które prosperują dzięki efektom sieciowym, na przykład w branży rozrywkowej, technologii czy mediów społecznościowych.

wagę do funkcjonalności i DEMPE przy podziale praw podatkowych w przypadku wartości niematerialnych, całkowicie ignoruje fakt, że szczęście (lub jak stwierdzono wcześniej: siła rynkowa) ma znacznie większy wpływ na wartość przedsiębiorstwa niż działania ludzkie⁶.

Ostatnim, a być może najbardziej fundamentalnym, powodem, by zrezygnować z uznawania „tworzenia wartości” za główną zasadę podziału praw podatkowych, jest to, że nie pasuje ona do stosowanego na całym świecie sposobu nakładania opodatkowania na zyski. Systemów opodatkowania zysków nie obchodzi przyczyna tworzenia wartości, lecz tylko jej wynik; zysk podlega opodatkowaniu niezależnie od tego, skąd się wziął lub w jaki sposób powstał, tj. czy to dzięki umiejętnościom czy uśmiechowi losu. Podatek dochodowy jest powiązany z osobą, która jest w stanie p o c h w y c i ć wartość, a nie z tym, kto ją stworzył. Systemu podatkowego nie interesuje, czy zysk jest wynikiem łutu szczęścia, skorzystania z umiejętności, czy uzyskania władzy rynkowej. Po prostu opodatkowuje on wynik. Skoro systemy podatkowe na całym świecie nakładają opodatkowanie na zyski, bazując na w y c h w y t y w a n i u wartości, dlaczego nagle sposób podziału praw podatkowych między różnymi członkami przedsiębiorstwa międzynarodowego miałby opierać się na p o w s t a w a n i u wartości? Logiczniej byłoby rozdzielać prawa podatkowe na podstawie wychwytywania zamiast tworzenia wartości.

Powstaje wobec tego pytanie: co powoduje, że dana osoba lub firma przechwytuje wartość? Jak

⁶ Stwierdzając, że działanie ludzkie w mniejszym stopniu wpływa na „wartość”, autorzy pragną podkreślić, iż wartość pieniężna, która jest z natury „konceptem ludzką”, powstaje w ramach relacji między ludźmi, a nie tylko przez samo działanie człowieka. A zatem wartość pieniężna ma jedynie znaczenie socjologiczne, a nie samoistne. Ktoś na bezludnej wyspie może stworzyć „wartość użytkową”, ale nie stworzy „wartości pieniężnej”. To właśnie relacja między ludźmi, tj. wymiana międzyludzka, nadaje wynalazkowi wartość pieniężną. O tym, jak wielka jest wartość pieniężna takiego wynalazku, przesądza niedobór, a w przypadku wartości niematerialnych niedobór jest w dużej mierze wynikiem przysługującej mu ochrony, a nie cech samego wynalazku.

stwierdzono powyżej, w systemie kapitalistycznym uchwycenie wartości jest wynikiem posiadania praw własnościowych, sprawowania władzy i funkcjonowania otaczającego podmioty systemu prawnego, który chroni tę własność i władzę. Bez systemu prawnego nie ma ochrony własności i władzy, bez ochrony nie ma (sztucznego) niedoboru, bez niedoboru nie ma możliwości uchwycenia wartości pieniężnej. A zatem system oparty na wychwytywaniu wartości wiązałby podział praw podatkowych z przyczyną generowania rent ekonomicznych i niedoborów, a nie (jedynie) z działalnością człowieka.

Co system dystrybucji praw podatkowych oparty na wychwytywaniu wartości oznaczałby dla wartości niematerialnych i prawnych generujących renty oraz DEMPE?

Czytelnik mógłby pomyśleć, że „przecież system dystrybucji praw oparty na wychwytywaniu wartości doprowadziłby BEPS do punktu wyjścia”, ponieważ przyznawałby istotne prawa podatkowe na podstawie własności prawnej. A czyż to znów nie pozwoliłoby przedsiębiorstwom wielonarodowym na planowanie cen transferowych w drodze przenoszenia praw własności aktywów generujących dochody do rajów podatkowych? Z pewnością autorzy niniejszego artykułu tego nie popierają. Zamiast tego argumentujemy, że należy uznać ochronę (na przykład intelektualnych) praw własności za znaczące źródło dochodów. Autorzy uważają, że samo posiadanie praw własności intelektualnej nie przyczynia się do osiągania zysków z tej własności, lecz raczej jest to zasługa ochrony, z jakiej korzysta właściciel tych praw w kraju, w którym są one wykorzystywane.

System prawny w jurysdykcji, w której chronione są prawa własności intelektualnej, zapewnia ekskluzywność nadającą takim prawom ich wartość pieniężną, ponieważ to system prawny, w którym przedsiębiorstwo międzynarodowe

prowadzi działalność, pozwala mu na uchwycenie wartości. Jeśli Apple sprzedaje swoje produkty w Niemczech, może liczyć na to, że niemiecki system prawny ochroni prawa własności intelektualnej spółki, a to z kolei pozwala firmie Apple uchwycić wartość swoich wynalazków⁷. Gdyby taka ochrona prawna nie obowiązywała, produkty Apple'a mogłyby być kopiowane lub sprzedawane z pominięciem sieci dystrybucyjnej firmy, a jej konkurenci mogliby dopuszczać się nadużyć względem marki Apple, dzięki czemu czerpaliby korzyści z reputacji firmy lub tę reputację by psuli. Z technicznego punktu widzenia możliwe jest kopiowanie produktów Apple i technicznie rzecz biorąc powinno być możliwe obejście sieci dystrybucyjnej Apple'a, np. w celu sprzedaży aplikacji w App Store, jednak nie jest to dozwolone prawnie, ponieważ patenty, które posiada Apple, nie zezwalają na kopiowanie, oraz ze względu na warunki prawne, jakie Apple narzuca odnośnie do sprzedaży aplikacji w swoim App Store – a zatem to ochrona zapewniana przez niemiecki system prawny tworzy sztuczny niedobór i to ona umożliwia spółce Apple przechwytywanie wartości.

Nie zatem sama wyjątkowość produktów marki Apple, nie wynalazki tej firmy czy organizacja sieci dystrybucyjnej lub logo Apple'a (wyłącznie) generują wartość, ale także system prawny, który kapitalistyczny świat zbudował wokół ochrony wszystkiego tego, co pozwala Apple'owi na uchwycenie wartości. Ta ochrona prawna zapew-

⁷ Co ciekawe, wynalazki Apple w mniejszym stopniu wychodzą spod rąk pracowników firmy niż wskazywałby na to jej mityczny status. W trakcie swojego istnienia Apple przejęło mnóstwo patentów od innych – przedsiębiorstwo nie stworzyło tych wynalazków samodzielnie. Zbierając je, firma tworzyła (sztuczny) niedobór, który umożliwił jej czerpanie z tego tytułu korzyści ponad miarę. A zatem i tym razem to prawny system ochrony patentowej, a nie działania ludzkie związane z samym wynalazkiem, pozwoliły Apple na uchwycenie wartości. Mazzucato (2018) obala mit, że wynalazki Apple'a powstały na skutek osobistej odkrywczości. Wykazuje ona, że 90% rozwiązań technicznych zastosowanych w iPhone zostało wymyślone lub sfinansowane przez instytucje rządowe.

nia sztuczny niedobór w imieniu firmy Apple, zabraniając innym kopiowania tego, co robi Apple.

Inny przykład sztucznego niedoboru, który tworzy system prawny, można znaleźć w przemyśle farmaceutycznym. Mazzucato (2018) argumentuje, że firmy farmaceutyczne wykorzystują system patentowy głównie w celu monopolizacji komercjalizacji istniejących leków, a nie opracowywania nowych. Aż 67% „nowych” patentów zatwierdzonych przez amerykańską Agencję ds. Żywności i Leków w latach 1993–2004 wydano dla kongenerów, czyli wariantów leków już istniejących, które pomogły skomercjalizować istniejące leki, a nie wynaleźć nowe (Mazzucato, 2018, rozdz. 3, rys. 7). Ponadto powszechną praktyką firm farmaceutycznych jest wykupywanie mniejszych startupów po tym, jak zaproponują oni innowację (często dzięki finansowaniu badań i rozwoju przez państwo), a następnie komercjalizacja patentów za pośrednictwem własnych istniejących sieci dystrybucyjnych. To że wartość patentów wywodzi się z monopolizacji i związanych z nią niedoborów, które tworzy ochrona prawna, a nie z samej innowacji, wynika również z faktu, że ceny detaliczne leków w Stanach Zjednoczonych są znacznie wyższe niż w Europie. Amerykański system prawny zapewnia silniejszą ochronę prawną niż system europejski, jako że Europejczyków bardziej interesuje zdrowie publiczne niż ochrona własności.

Rola funkcjonalności w wytycznych OECD w sprawie cen transferowych

W swoim sprawozdaniu na temat Działania 8–10 BEPS OECD oparła mechanizm dystrybucji praw do opodatkowania na funkcjonalności. Zgodnie z wytycznymi wartość w przedsiębiorstwie tworzą osoby, które pełnią funkcje decyzyjne i kontrolne w odniesieniu do (ryzyka płynącego z) działalności przedsiębiorstwa. Ideę funkcjonalności jako kluczowego czynnika „tworzenia wartości” ogólnie wprowadza rozdział I Wytycznych, a następnie szczegóły dotyczące „tworzenia wartości”

własności niematerialnych podane są w ramach słynnych funkcji DEMPE opisanych w rozdziale VI. DEMPE jest akronimem angielskich słów *development* (rozwój), *enhancement* (ulepszanie), *maintenance* (utrzymywanie), *protection* (ochrona) i *exploitation* (wykorzystywanie). Z założenia koncepcja funkcji DEMPE ma również zapobiegać przenoszeniu przez przedsiębiorstwa międzynarodowe zysków uzyskiwanych dzięki wartościom niematerialnym do rajów podatkowych w drodze zwykłego przeniesienia ich własności prawnej. W tym celu OECD łączy potencjał generowania zysków z tych wartości niematerialnych ze związanymi z nimi działaniami człowieka. Działania ludzkie sklasyfikowane są w ramach kategorii składających się na DEMPE.

Należy zauważyć, że „ochrona” stanowi jedną z tych kategorii, co sugerowałoby, że czynnik ten jest uwzględniany przy określaniu czynników tworzących wartość. Jest to jednak mylące, ponieważ to nie ochrona jako taka jest, zgodnie z wytycznymi, czynnikiem decydującym, ale funkcja przedsiębiorstwa, w ramach której decyduje się o nałożeniu takiej ochrony. A zatem wytyczne zakładają, że to działania ludzkie należy uznawać za czynnik, który przesądza o pochwyceniu wartości. Jest to kompletne nieporozumienie: decyzja o skorzystaniu z ochrony jest bezwartościowa, jeśli nie istnieje system prawny, który faktycznie własność intelektualną chroni.

To samo dotyczy się rozwoju, ulepszania oraz utrzymywania wartości niematerialnych. Są to działania człowieka, które można zebrać pod pojęciem „innowacja”. Ludzie tworzyli innowacje na przestrzeni całej historii ludzkości. Koło, nawadnianie ziemi, pług, siekiera, proch, wiatrak, druk książkowy – dzięki wszystkim tym wynalazkom ludzkość gromadziła nieopisane bogactwo⁸. To, co odróżnia wcześniejsze wynalazki

⁸ A w wielu przypadkach doświadczała też niedoli. Siekiera może posłużyć do zabicia człowieka, proch umożliwił Europejczykom zniewolenie narodów Indii Wschodnich i Zachodnich, wiatraki można wykorzystać do torturowania ludzi, a druk ułatwił populistom szerzenie ich toksycznych pomysłów, które niekiedy kończyły się wojną.

od tych późniejszych, to fakt, że wykorzystywanie dawnych wynalazków nie było monopolizowane, więc można je było kopiować i swobodnie wykorzystywać. To monopolizacja późniejszych (opatentowanych) wynalazków umożliwiła jednostkom uchwycenie ich (pieniężnej) wartości⁹. Innymi słowy, to właśnie (sztuczny) niedobór, który powstaje dzięki istnieniu systemu prawnego otaczającego firmę, pozwala na wychwytywanie wartości, a nie sam wynalazek. A przy tym ludzka działalność pracowników przedsiębiorstw międzynarodowych polegająca na opracowywaniu wynalazków jest już wynagradzana na zasadach rynkowych, tj. poprzez wypłatę pensji o (pozornie) rynkowej wysokości osobom pracującym nad tymi wynalazkami.

Co ciekawe, wytyczne OECD uznają „wyłączność” jedynie za czynnik porównywalności, a nie za cechę fundamentalną dla podziału praw podatkowych¹⁰. Autorzy uważają to za daleko idące niedoceniając ekonomicznego znaczenia zdolności ochrony wartości niematerialnych do wywoływania efektu niedoboru.

W jaki sposób należy przydzielać wychwytywanie wartości niematerialnych i prawnych?

Jak wspomniano powyżej, wychwytywanie wartości stanowi podstawę każdego systemu opodatkowania zysków na całym (kapitalistycznym) świecie

⁹ Nawiasem mówiąc, taka monopolizacja dotyczy nie tylko wartości niematerialnych, które są wyraźnie chronione prawem własności intelektualnej, ale także tajemnic handlowych lub innych tajemnic przedsiębiorstwa, które jako takie nie podlegają ochronie patentowej. Tajemnica będzie obowiązywać tylko przy wsparciu jakiejś ochrony prawnej na przykład w formie drakońskich kar dla pracowników, którzy naruszają swoje obowiązki w zakresie nieujawniania informacji. Takie kary byłyby bezwartościowe, gdyby nie miały oparcia w prawidłowo funkcjonującym systemie prawnym.

¹⁰ Zob. pkt D.2.1.1. Wytycznych OECD w sprawie cen transferowych, w których poświęca się temu zagadnieniu zaledwie 150 słów.

cie i dlatego autorzy uważają, że to właśnie wychwytywanie wartości – a nie wadliwa koncepcja tworzenia wartości – powinno stanowić decydujący czynnik w podziale praw podatkowych między jurysdykcje, w których działa przedsiębiorstwo międzynarodowe. Ponieważ ochrona prawna umożliwia wychwytywanie wartości, to według autorów niniejszego tekstu właśnie według klucza ochrony, z jakiej przedsiębiorstwo międzynarodowe korzysta w państwie, w którym prowadzi swoją działalność, należy dokonywać alokacji, a nie na podstawie działań ludzkich odzwierciedlonych w funkcjach DEMPE.

Nie oznacza to, że te funkcje stałyby się nieistotne dla podziału zysku. Byłyby one wynagradzane z zastosowaniem rozsądnej marży w stosunku do kosztów ich sprawowania – podobnie jak każda inna działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo międzynarodowe, taka jak produkcja, dystrybucja czy logistyka. Zysk rezydualny pozostały po wynagrodzeniu wszystkich funkcji (np. DEMPE, produkcja, dystrybucja itp.) wynika z władzy rynkowej (renty ekonomiczne) lub ochrony zapewnianej przez dobrze funkcjonujący system prawny, w ramach którego przedsiębiorstwo międzynarodowe prowadzi działalność. Pozostała część powinna zatem zostać przydzielona na podstawie ochrony, która umożliwia przedsiębiorstwu międzynarodowemu uchwycenie wartości ze swojej pozycji.

Autorzy uważają, że cena, jaką przedsiębiorstwo międzynarodowe otrzymuje za produkt lub usługę sprzedawaną na rynku, na którym korzysta ono z ochrony prawnej, odzwierciedla wartość takiej ochrony i dlatego powinna stanowić podstawę podziału zysku rezydualnego. W istocie, jeżeli „wartość” jest definiowana jako „wartość wymienna” lub „wartość pieniężna” produktu bądź usługi (jak opisano w sekcji pt. *Ceny transferowe w realiach po BEPS*), wówczas powstaje ona w drodze optymalizacji wartości pieniężnej w stosunku do rynku. Wobec tego autorzy są zdania, że zewnętrzna cena rynkowa otrzymywana przez przedsiębiorstwo międzynarodowe jest najlepszym wskaźnikiem dla celów podziału zysków rezydualnych.

Czy system dystrybucji oparty na przechwytywaniu wartości jest kompatybilny z zasadą ceny rynkowej?

Niektórzy ludzie będą twierdzić, że taki podział praw podatkowych nie współgra z zasadą ceny rynkowej, lecz jest formą globalnej receptury podziału. Autorzy nie zgadzają się z tym twierdzeniem z pięciu powodów.

Po pierwsze, stosowanie zasady ceny rynkowej przynosi najlepsze rezultaty w przypadku zachowania pełnej zgodności z cenami płaconymi na rynku. Proponowany system stosuje się do tego założenia dzięki wykorzystaniu zewnętrznej ceny rynkowej otrzymywanej przez przedsiębiorstwo międzynarodowe jako wskaźnika służącego dokonaniu podziału zysków rezydualnych.

Po drugie, podział praw do opodatkowania oparty na funkcjach DEMPE opiera się na błędnej koncepcji tworzenia wartości. DEMPE nie uwzględnia siły rynkowej ani uchwycenia wartości wynikającej z ochrony prawnej wartości niematerialnych, a to właśnie one są źródłem nadmiernego zysku. Autorzy powtarzają, że wychwytywanie, a nie tworzenie, wartości stanowi podstawę opodatkowania zysków; zyski podlegają opodatkowaniu niezależnie od tego, z jakiej przyczyny powstały (co je „stworzyło”), a wobec tego podział praw podatkowych powinien na tym się opierać. Proponowany system jest kompatybilny z przechwytywaniem wartości. Zatem nawet gdyby nie był kompatybilny z zasadą ceny rynkowej, analiza DEMPE również by nie była, ponieważ opiera się na koncepcji tworzenia wartości, która nie jest zgodna ze sposobem funkcjonowania opodatkowania zysków i przecenia wkład działań człowieka w czerpanie korzyści z wartości niematerialnych i prawnych. Rygorystyczne stosowanie zasady ceny rynkowej w połączeniu z wychwytywaniem wartości wymagałoby podziału praw do opodatkowania w oparciu o własność prawną, co w konsekwencji stworzyłoby możliwości erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysków (BEPS). Proponowany system zapobiega powstawaniu takich możliwości.

Po trzecie, to rozwiązanie jest kompatybilne także z systemem kapitalistycznym jako całością, ponieważ przydziela prawa podatkowe również jurysdykcjom, dzięki którym kapitalizm funkcjonuje w konsekwencji tego, że chronią one przechwytywanie wartości. Możliwość opodatkowania części zysku rezydualnego, którego źródłem jest nadwyżka zysku, jaką przedsiębiorstwo międzynarodowe osiąga za sprawą ochrony, pokrywa koszty utrzymania ustroju prawnego, który umożliwia przechwytywanie wartości, a zatem systemu kapitalistycznego jako całości.

Po czwarte, proponowany system mógłby zostać zakwalifikowany jako metoda podziału zysków transakcyjnych, tj. metoda podziału zysków rezydualnych, którą wytyczne uznają za akceptowalną metodę ustalania cen transferowych (OECD, 2022, rozdz. II, cz. III, sekcja C). Autorzy przyznają, że zgodnie z definicją zawartą w bieżących wytycznych ochrona wartości niematerialnych nie stanowi wartości niematerialnej ani prawnej, a zatem sama w sobie nie jest przyczynkiem do zastosowania metody podziału zysków rezydualnych, jednak nie widzą oni żadnych koncepcyjnych powodów, by ochrony takiej do definicji nie włączyć. Jak autorzy stwierdzają powyżej, podejście funkcjonalne przyjęte w wytycznych jest koncepcyjnie wadliwe, ponieważ nie uznaje wpływu (sztucznego) niedoboru stworzonego przez ochronę prawną, przecenia siłę sprawczą działań ludzkich i jest sprzeczne z założeniem, że zasadniczo podatki dochodowe nakładane są na przechwytywanie wartości, a nie na jej tworzenie (Hafkenschied, 2017, s. 19–24).

Po piąte, projekt Pierwszego Filaru stałby się nieaktualny, ponieważ system faktycznie rozdzielałby prawa podatkowe pomiędzy jurysdykcje rynkowe. Nie dokonywałoby się to na podstawie niejasnego pojęcia „sprawiedliwości”, lecz raczej na bazie założenia, że podatek dochodowy powinien być nakładany na wychwytywanie wartości (co proponowany system czyni), a taki system powinien wspierać i wzmacniać prawny system ochrony wartości niematerialnych, umożliwiając jurysdykcji nakładanie podatków w celu zrekompensowania swojego wkładu w funkcjonowa-

nie takiego systemu prawnego, który pozwala na uchwycenie wartości.

Wnioski

Ostatnie kryzysy gospodarcze niekorzystnie odbiły się na gospodarce i działalności biznesowej w wielu krajach. Jednakże w czasie pandemii COVID-19 branże technologiczna i farmaceutyczna uzyskały znaczne, nieoczekiwane zyski, a z kolei sektor energetyczny poprawił swoją sytuację finansową w czasie kryzysu energetycznego w 2022 r. Fakty te wyraźnie pokazały, że zyski biznesowe mogą być wynikiem zdarzeń zewnętrznych, a nie tylko podejmowania przez przedsiębiorstwo decyzji strategicznych i działań we własnym zakresie. Wręcz przeciwnie, nieoczekiwane zyski mogą „spaść z nieba”.

Autorzy uważają jednak, że nieoczekiwane zyski to zaledwie wierzchołek góry lodowej: nadwyżki zysków – przekraczające normalny poziom zwrotu ze sprawowanych funkcji, wykorzystanych aktywów i podjętego ryzyka – mogą powstać na skutek dowolnego rodzaju zakłóceń na rynku, które wpływają na popyt i podaż produktów, których dostępność jest (sztucznie) ograniczona. Kryzys energetyczny był rezultatem nagłego wzrostu niedoboru naturalnych zasobów energetycznych, podczas gdy pandemia COVID-19 zwiększyła zapotrzebowanie między innymi na rozwiązania technologiczne, których (sztuczny) niedobór utrzymuje się ze względu na silny globalny system ochrony prawnej własności intelektualnej.

Co ciekawe, zarówno zasoby naturalne, jak i prawa własności intelektualnej należą do grupy aktywów generujących renty ekonomiczne. W gospodarce kapitalistycznej renta ekonomiczna jest rozumiana jako „dochód z tytułu prawa własności, posiadania lub kontrolowania ograniczonych aktywów oraz uzyskiwany w warunkach braku lub uszczupionej konkurencji” (Christophers, 2021). Dawniej głównym źródłem rent ekonomicznych była własność gruntów. We współczesnej gospodarce opartej na wiedzy i konsumpcji masowej, aktywa podlegające prawom własności

intelektualnej stanowią podstawowe źródło potęgi rentierskiej, rent ekonomicznych oraz wartości do uchwycenia. System prawnej ochrony innowacji, w szczególności patentowej, tworzy sztuczny niedobór oraz wywołuje ograniczoną w porównaniu z popytem podaż opatentowanych aktywów, z czego ich właściciele czerpią nadprogramowe zyski. Jest to cecha, która sprawia, że posiadanie praw własności intelektualnej jest porównywalne z sytuacją w przemyśle energetycznym i kontrolą nad zasobami energii.

Obecnie obowiązujące przepisy dotyczące cen transferowych generalnie w pełni nie uznają czynników zewnętrznych, takich jak kryzysy gospodarcze, niedobory lub siły monopolistyczne, za czynniki generujące zyski. Zamiast tego wartości niematerialne, które nie posiadają porównywalnych odpowiedników, są uważane za unikatowe, a zatem za bardzo wartościowe, przy czym pomija się fakt, że ich wyjątkowość i ograniczoną podaż można podtrzymać tylko dzięki interwencji regulacyjnej w wolny rynek. Liczne badania potwierdzają, że strategie nastawione na pozyskiwanie rent w rzeczywistości hamują wzrost i rozwój gospodarczy, zwłaszcza gdy system patentowy skutecznie chroni interesy tylko kilku bogatych krajów (Stratford, 2020). W tym względzie przepisy dotyczące cen transferowych, które zwykle przypisują wszelkie zyski rezydualne jedynie nielicznym podmiotom w łańcuchu wartości danego sektora, opierając się na założeniu, że niektóre funkcje są unikatowe, tylko zachęcają do realizowania strategii pozyskiwania rent oraz przyczyniają się do globalnej nierówności w zakresie alokacji dochodów.

Od czasu projektu BEPS wiele uwagi poświęcono paradygmatowi „tworzenia wartości”, w szczególności w odniesieniu do rozdziału praw podatkowych w gospodarce cyfrowej, a także sposobom tworzenia wartości przez przedsiębiorstwo. Autorzy doszli do wniosku, że paradygmat tworzenia wartości służy jedynie wykluczaniu jurysdykcji nakładających niskie podatki z przydziału praw podatkowych, lecz nie jest dobrym narzędziem podziału praw podatkowych pomiędzy „normalnymi” jurysdykcjami. Po wezbranej fali krytyki

w dużej mierze odeszło się od paradygmatu tworzenia wartości, jednak nie zaproponowano jak dotąd alternatywnego rozwiązania w zakresie budowy obiektywnego systemu alokacji zysków.

Autorzy niniejszego artykułu poparli pogląd, że przypisanie ekonomicznego znaczenia kategoriom zysków standardowych i rezydualnych powinno przydać spójności obecnym międzynarodowym przepisom podatkowym i pozwolić na uzyskanie obiektywniejszej odpowiedzi na pytanie, jakie czynniki rzeczywiście pozwalają przedsiębiorstwom międzynarodowym osiągać zyski. Pojęcia zysków rezydualnych i standardowych należy postrzegać jako koncepcyjnie najbliższe rentom ekonomicznym i normalnym zyskom. Dostosowanie pojęcia zysków rezydualnych do kategorii rent ekonomicznych skłoniłoby ustawodawcę do rozważenia źródła tych ostatnich, w tym różnych czynników umożliwiających uzyskanie (wartości) rent ekonomicznych.

Bibliografia

- Acemoglu, C., Robinson, J.A. (2012). *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*. [Dlaczego narody upadają. Rodowód władzy, dobrobytu i ubóstwa], Crown Business.
- Baunsgaard, M.T., Vernon, N. (2022). *Taxing Windfall Profits in the Energy Sector* [Opodatkowanie nieoczekiwanych zysków w sektorze energetycznym]. Międzynarodowy Fundusz Walutowy.
- Beer, S., De Mooij, R.A., Hebous, S., Keen, M.M., Liu, M.L. (2020). *Exploring residual profit allocation* [Badanie alokacji zysku rezydualnego]. Międzynarodowy Fundusz Walutowy.
- Boadway, R., Keen, M. (2010). Theoretical perspectives on resource tax design. W: *The taxation of petroleum and minerals* [Teoretyczne spojrzenie na konstrukcję podatku od zasobów. W kontekście opodatkowania ropy naftowej i minerałów] (s. 29–90). Routledge.
- Buriak, S. (2023). *International Taxation of Business Income in Globalised and Digitalised Economy: Non-equity modes of internationalisation of scale-without-mass businesses and economic rents as residual profits* [Międzynarodowe opodatkowanie dochodów z działalności gospodarczej w zglobalizowanej i zdigitalizowanej gospodarce: niekapitałowe formy umiędzynarodowienia przedsiębiorstw w ramach zjawiska „skali bez masy” oraz renty ekonomiczne jako zyski rezydualne]. IBFD Doctoral Series. [w przygotowaniu].
- Christophers, B. (2021). Class, assets and work in rentier capitalism [Klasa, aktywa i praca w kapitalizmie rentierskim]. *Historical Materialism*, 29(2), s. 3.
- Cui, W., Hashimzade, N. (2019). The digital services tax as a tax on location-specific rent [Podatek od usług cyfrowych jako podatek od czynszu specyficznego dla lokalizacji]. *Dostępne w SSRN 3488812*.
- Dernis, H., Gkotsis, P., Grassano, N., Nakazato, S., Squicciarini, M., van Beuzekom, B., Vezzani, A. (2019). *World corporate top R&D investors: Shaping the future of technologies and of AI* [Czołowe podmioty korporacyjne inwestujące w badania i rozwój na świecie: kształtowanie przyszłości technologii i sztucznej inteligencji] (nr JRC117068). Joint Research Centre (Sevilla).
- Devereux, M.P. i in. (2019). Residual profit allocation by income [Alokacja zysku rezydualnego według dochodu]. *WP 19/01, CBT Oxford*.
- Durand, C., Milberg, W. (2020). Intellectual monopoly in global value chains [Monopol intelektualny w globalnych łańcuchach wartości]. *Review of International Political Economy*, 27(2), s. 404.
- Hafkenscheid, R.P.F.M. (2017). The BEPS Report on Risk Allocation: Not so Functional [Raport BEPS dotyczący podziału ryzyka: nie tak funkcjonalny]. *International Transfer Pricing Journal*, Jan/Feb 2017, s. 19–24.
- Hebous, S., Prihardini, D., Vernon, N. (2022). *Excess Profit Taxes: Historical Perspective and Contemporary Relevance* [Podatki od nadwyżek zysku: perspektywa historyczna i znaczenie współczesne]. Międzynarodowy Fundusz Walutowy.
- Hieminga, G., van Sante, M. (2022). The sectors most affected by soaring energy prices [Sektory najbardziej dotknięte gwałtownym wzrostem cen energii], <https://think.ing.com/articles/the-sectors-most-affected-by-soaring-energy-prices> (6.01.2023).

Opierając się na przykładzie aktywów objętych prawami własności intelektualnej, autorzy wykazują, że ich niedobór, a co za tym idzie zdolność uzyskiwania z tego tytułu nietypowych zysków (rent ekonomicznych), wynika z prawnej ochrony, jaką są objęte na rynku. Koncepcja DEMPE opracowana również w ramach projektu BEPS przypisuje największą wartość rozwojowi i ulepszaniu własności intelektualnej zgodnie z dominującym przekonaniem, że zysk osiągany jest w wyniku sprawowania istotnych funkcji przez ludzi. Ochrona wartości niematerialnych i prawnych rzeczywiście zabezpiecza ich wartość. Jednak w tej analizie „ochrona” rozumiana jest jako funkcja państwa, a nie biznesowa. Analiza DEMPE, która uwzględniłaby siłę rynkową i zdolność ochrony wartości niematerialnych do wywoływania efektu ich niedoboru, powinna wynagradzać jurysdykcje rynkowe za ich wkład w system prawny umożliwiający wychwytywanie wartości.

- Hollinger, P., White, S., Speed, M., Dunai, M. (2022). Will the energy crisis crush European industry?, [Czy kryzys energetyczny zrujnuje przemysł europejski?] *Financial Times*, <https://www.ft.com/content/75ed449d-e9fd-41de-96bd-c92d316651da> (06.01.2023).
- Jiménez, A.M. (2020). Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties? [Tworzenie wartości: drogowskaz dla interpretacji traktatów podatkowych?]. *Bull. Intl. Taxn.*, 74(4/5).
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*. [Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym], Penguin Pockets.
- Lemley, M.A. (2015). IP in a World without Scarcity [Własność intelektualna w świecie bez niedoborów]. *NyUL Rev.*, 90, s. 460.
- Lepak, D.P., Smith, K.G., Taylor, M.S., (2007). Value creation and value capture: A multilevel perspective [Tworzenie wartości i przechwytywanie wartości: perspektywa wielopoziomowa]. *Academy of management review*, 32(1), s. 180.
- Magalhães, T.D., Christians, A. (2020). Rethinking tax for the digital economy after COVID-19 [Rewizja koncepcji podatku pod kątem gospodarki cyfrowej po pandemii COVID-19]. *Harv. Bus. L. Rev. Online*, 11, s. 1.
- Mauboussin, M.J. (2012). *The success equation: Untangling skill and luck in business, sports, and investing* [Równanie sukcesu: rozważania na temat umiejętności i szczęścia w biznesie, sporcie i inwestowaniu]. Harvard Business Review Press.
- Mazzucato, M. (2018). *The Entrepreneurial State, Debunking Public versus Private Sector Myths* [Przedsiębiorcze państwo. Obalić mit o relacji sektora publicznego i prywatnego]. Penguin Books.
- Mlodinow, L. (2008). *The Drunkard's Walk, How Randomness Rules Our Lives* [Spacer pijanego; jak losowość rządzi naszym życiem]. Penguin Books.
- Phelps, E.S. (1986). *Profits Theory and Profits Taxation* [Teoria zysków i opodatkowanie zysków]. Międzynarodowy Fundusz Walutowy.
- Rikap, C. (2022). Amazon: A story of accumulation through intellectual rentiership and predation [Amazon: historia akumulacji poprzez intelektualną rentierskość i drapieżność]. *Competition & Change*, 26(3-4), s. 436.
- Schwerhoff, G., Edenhofer, O., Fleurbaey, M. (2020). Taxation of economic rents [Opodatkowanie rent gospodarczych]. *Journal of Economic Surveys*, 34(2), 398.
- Shay, S.E. (2021). The Deceptive Allure of Taxing „Residual Profits” [Zwodniczy powab opodatkowania „zysków rezydualnych”]. *Bull. Intl. Taxn.*, 75(11/12).
- Stratford, B. (2020). The threat of rent extraction in a resource-constrained future [Zagrożenie płynące z zawłaszczania rent ekonomicznych w przyszłości na znaczonych ograniczeniami zasobów]. *Ecological economics*, 169 (106524), 1.
- Topham, G. (2021). Fresh calls for a windfall tax on companies that prospered during Covid [Nowe wezwania do wprowadzenia podatku od nieoczekiwanych zysków uzyskanych przez firmy, które odnosiły sukcesy podczas pandemii Covid]. *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/politics/2021/sep/20/fresh-calls-for-windfall-tax-on-companies-that-prospered-during-covid> (06.01.2023).
- Vodovic, L. (2022). Industries Most and Least Impacted by COVID-19 from a Probability of Default Perspective – January 2022 Update [Branże najbardziej i najmniej dotknięte pandemią COVID-19 z perspektywy prawdopodobieństwa niewykonania zobowiązań – aktualizacja ze stycznia 2022 r.]. *S&P Global*, <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/blog/industries-most-and-least-impacted-by-covid-19-from-a-probability-of-default-perspective-january-2022-update> (06.01.2023).
- Wright, J., Zhu, B. (2018). Monopoly rents and foreign direct investment in fixed assets [Renty monopolowe i bezpośrednie inwestycje zagraniczne w środki trwałe]. *International Studies Quarterly*, 62(2), 341.

Inne źródła:

- HFS (2022). Tech sector got COVID-19 ‘windfall’ of \$100 billion [Sektor technologiczny wygenerował „nieoczekiwany” zysk w wysokości 100 miliardów USD w trakcie pandemii COVID-19]. HFS Research, <https://www.hfsresearch.com/news/tech-sector-got-covid-19-windfall-of-100-billion-hfs-research/> (06.01.2023).
- Luksemburg i inni przeciwko Komisji (Amazon) (2021). T-816/17 i T-318/18, Decyzja GC
- MarketWatch, Tritax Big Box REIC, <https://www.marketwatch.com/investing/stock/4zq/company-profile?countrycode=de&iso=xfra> (06.01.2023).
- OECD (2020). Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint.
- OECD (2022). Wytyczne OECD w sprawie cen transferowych dla przedsiębiorstw wielonarodowych oraz administracji podatkowych. Paris: OECD.
- WHO Watch Team (2022). Private monopolies hinder progress on public health: intellectual property at the 75th World Health Assembly [Prywatne monopole utrudniają postęp w dziedzinie zdrowia publicznego: własność intelektualna na 75. Światowym Zgromadzeniu Zdrowia]. *PeoplesDispatch*, <https://peoplesdispatch.org/2022/06/12/private-monopolies-hinder-progress-on-public-health-intellectual-property-at-the-75th-world-health-assembly/> (06.01.2023).

Abstract

What Do IP-intensive Businesses Have in Common with the Extractive Industry?

The place of excess (incl. windfall) profits in the DEMPE analysis for Intangible assets

In this article, we touch upon one of the most topical and debatable loopholes in transfer pricing: how market distortions, dominant market power and economic conditions that do not fit the normal economic cycle should affect a transfer pricing analysis of controlled transactions?

During the most recent economic crises triggered by the COVID-19 pandemic and the energy security crisis as consequences of the Russian invasion of Ukraine, it became clear that business profits may not always be a direct result of investors' decisions, or in transfer pricing terms – of functions performed, assets used, or risks assumed, but, instead, a consequence of external circumstances. Such external circumstances may include rapid distortions in the supply and demand equilibrium for certain goods or services, such as digital software or energy resources. Yet, some external factors are not connected to a stage of the economic cycle, among which there are the market power or distorted competition, i.e. oligopoly, monopoly, or a monopsony position in the market.

In this article, we observe that the ability of some sectors of the economy to capture abnormal returns is not a matter of luck or unpredictable events only. Instead, the ownership of certain scarce resources or artificially scarce assets determines the ability to generate excess (residual) returns. We build a parallel between the natural resources that produce economic rents and intellectual property assets, the scarcity of which is enabled by the strong system of legal protection of IP rights (in particular, patents) to demonstrate their common characteristic as rent-generating assets. We once again challenge the validity of the concept of value creation, arguing that it does not account for the level of competition, market power and control and scarcity in the market, which are the main preconditions for a company to generate high profits.

Finally, we challenge the mainstream concept of DEMPE for the allocation of profits from intangibles for the fact that it attributes too much value to the stage of development of intangibles. Based on the understanding that IP protection may induce artificial scarcity of IP protected products in the market, which distorts competition and enables the IP owner to receive higher returns, the market jurisdiction should be entitled to a share of the residual profit for the facilitation of the IP protection regime.

Keywords: windfall profit, economic crisis, transfer pricing, economic rent, residual profit, intellectual property, DEMPE, value creation, value capture, International taxation, income allocation

JEL Classification: K33, K34, L1

Otrzymany: 9 stycznia 2023 r.
Zrewidowany: 22 stycznia 2023 r.
Zaakceptowany: 23 lutego 2023 r.
Opublikowany: 31 lipca 2023 r.



Centrum Analiz i Studiów Podatkowych
Centre for Analyses and Studies of Taxation

· WYDAWCA ·

CENTRUM ANALIZ I STUDIÓW PODATKOWYCH SGH · Warszawa 02-554 · Al. Niepodległości 162
DOMINIK J. GAJEWSKI (redaktor naczelny) · GRZEGORZ GOŁĘBIEWSKI · ADAM OLCZYK (sekretarz redakcji)

· KONTAKT ·

analysesandstudies@sgh.waw.pl · analysesandstudies.sgh.waw.pl · casp.sgh.waw.pl