

WYTYCZNE W ZAKRESIE CEN TRANSFEROWYCH DLA TRANSAKCJI FINANSOWYCH

Izabela Wójcik, Magdalena Danielewicz



Wolters Kluwer

WYTYCZNE W ZAKRESIE CEN TRANSFEROWYCH DLA TRANSAKCJI FINANSOWYCH

Izabela Wójcik, Magdalena Danielewicz



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2021

Stan prawny na 1 czerwca 2021 r.

Recenzent

Dr hab. Adam Mariański, prof. UŁ

Wydawca

Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący

Kinga Zajac

Opracowanie redakcyjne

Trzy kropki Joanna Maź

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

W publikacji powołano się na dokument OECD, oryginalnie opublikowany pod tytułem: OECD (2020), Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8–10, OECD, Paris, <http://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm>.

Treści zawarte w niniejszej publikacji oraz ich tłumaczenie nie zostało stworzone przez OECD i nie powinno być traktowane jako oficjalne tłumaczenie OECD. OECD nie ponosi odpowiedzialności za treści lub błędy w tym tłumaczeniu.

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2021

ISBN 978-83-8246-279-1

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	11
----------------------------	-----------

Wstęp	13
--------------------	-----------

Rozdział 1

Określenie substancji ekonomicznej transakcji kontrolowanej	17
--	-----------

1.1. Wpływ czynników zewnętrznych na potrzeby finansowe przedsiębiorstwa	24
1.2. Analiza ekonomicznie istotnych czynników porównywalności transakcji	25
1.2.1. Warunki umowne transakcji	26
1.2.2. Analiza funkcjonalna	27
1.2.3. Cechy charakterystyczne transakcji finansowej	30
1.2.4. Warunki ekonomiczne	32
1.2.5. Strategie biznesowe	33
1.3. Recharakteryzacja transakcji	36
1.4. Wyroki sądowe dotyczące recharakteryzacji	42

Rozdział 2

Centrum finansowe grupy kapitałowej	49
--	-----------

2.1. Centrum finansowe wykonujące funkcje rutynowe	54
2.2. Centrum finansowe wykonujące funkcje nierutynowe	54

Rozdział 3

Pożyczka w kontekście cen transferowych	56
--	-----------

3.1. Perspektywa pożyczkodawcy i pożyczkobiorcy	57
---	----

3.2. Metody ustalenia rynkowego poziomu oprocentowania pożyczek wewnątrzgrupowych	60
3.2.1. Metoda porównywalnej ceny niekontrolowanej	60
3.2.2. Wycena transakcji według kosztu funduszy	62
3.2.3. Wykorzystanie swapów ryzyka kredytowego w wycenie pożyczki	63
3.2.4. Wycena pożyczki z zastosowaniem modeli ekonomicznych	64
3.2.5. Oferty banków	64
3.2.6. Inne metody	66
3.3. Ratingi kredytowe i ich wpływ na cenę transakcji finansowej	66
3.3.1. Wykorzystanie ratingu kredytowego na potrzeby cen transferowych	68
3.3.2. Poziom inwestycyjny i poziom spekulacyjny ratingu	71
3.3.3. Rating kredytowy transakcji o charakterze dłużnym	72
3.3.4. Rating kredytowy przedsiębiorstwa	72
3.3.5. Członkostwo w grupie kapitałowej a rating kredytowy przedsiębiorstwa – domniemane wsparcie wynikające z przynależności przedsiębiorstwa do grupy (ang. <i>implicit support</i>)	73
3.3.6. Dodatkowe porozumienia umowne między pożyczkodawcą a pożyczkobiorcą i ich wpływ na rating	77
3.3.7. Modele ustalania ratingu kredytowego	78
3.4. <i>Safe harbours</i> dotyczące pożyczek w polskich przepisach	81
3.5. Maksymalne oprocentowanie pożyczek według polskich przepisów	87
3.6. Gdzie znaleźć dane porównawcze o oprocentowaniu pożyczek?	87
3.6.1. Dane statystyczne publikowane przez NBP	87
3.6.2. Bazy danych porównawczych	92
3.6.3. Przykład praktycznego wykorzystania bazy danych Bloomberg	93
3.6.4. Przykład praktycznego wykorzystania bazy danych Royalty Range	106
3.7. Przygotowanie analizy porównawczej	111
3.8. Analiza zgodności	113

3.9. Wybrane orzecznictwo dotyczące pożyczek	115
3.10. Dokumentacja podatkowa	119
3.11. Aktualizacja dokumentacji podatkowej i analizy cen transferowych	126

Rozdział 4

Transakcje typu cash pooling	128
4.1. Ogólne informacje na temat transakcji typu cash pooling	128
4.1.1. Cash pooling fizyczny	132
4.1.2. Cash pooling wirtualny	137
4.2. Poprawne określenie rzeczywistości zawartej transakcji typu cash pooling (ang. <i>accurate delineation of the actual</i> <i>transaction</i>)	142
4.3. Określanie ceny rynkowej transakcji typu cash pooling	150
4.3.1. Wynagrodzenie za pełnienie funkcji cash pool lidera	152
4.3.2. Wynagrodzenie uczestników transakcji typu cash pooling	158
4.3.3. Poręczenia występujące w transakcji typu cash pooling	160
4.3.4. Wskazówki praktyczne wyceny transakcji cash poolingu	163
4.4. Ważniejsze wyroki międzynarodowe w zakresie transakcji typu cash pooling	172

Rozdział 5

Transakcje typu hedge	182
5.1. Ogólne informacje na temat transakcji typu hedge	182
5.2. Poprawne określenie rzeczywistości zawartej transakcji typu hedge	183
5.3. Określanie ceny rynkowej transakcji typu hedge	185

Rozdział 6

Poręczenia finansowe	189
6.1. Ogólne informacje na temat transakcji poręczeń finansowych i gwarancji	189
6.2. Poprawne określenie rzeczywistości zawartej transakcji poręczenia finansowego	197

6.2.1. Korzyść ekonomiczna (ang. <i>economic benefit</i>) uzyskana z tytułu posiadania poręczenia finansowego	197
6.2.2. Wpływ poręczenia na uzyskanie korzystniejszych warunków pożyczki	198
6.2.3. Dostęp do większej kwoty pożyczki w wyniku posiadanego poręczenia	200
6.2.4. Efekt przynależności do grupy (ang. <i>effect of group membership</i>) i wpływ tego efektu na poręczenia wewnątrzgrupowe	201
6.2.5. Zdolność finansowa poręczyciela do poniesienia ryzyka kredytowego pożyczkobiorcy	209
6.3. Określenie ceny rynkowej opłaty za poręczenie	210
6.3.1. Metoda porównywalnej ceny niekontrolowanej (ang. <i>comparable uncontrolled price method – CUP</i>)	210
6.3.2. Wycena uzysku z tytułu poręczenia dla pożyczkobiorcy (ang. <i>yield approach</i>)	214
6.3.3. Wycena wartości dodatkowego ryzyka ponoszonego przez poręczyciela, wycena wartości przyszłego kosztu poręczyciela (ang. <i>cost approach</i>)	216
6.3.4. Oszacowanie prawdopodobieństwa niewykonania zobowiązania przez pożyczkobiorcę (ang. <i>valuation of expected loss approach</i>)	217
6.3.5. Metoda wyceny wartości dokapitalizowania pożyczkobiorcy (ang. <i>capital support method</i>)	218
6.4. Ważniejsze wyroki międzynarodowe w zakresie transakcji poręczeń	218

Rozdział 7

Ubezpieczenia wewnątrzgrupowe (ang. <i>captive insurance</i>)	221
7.1. Definicja i uzasadnienie potrzeby posiadania ubezpieczenia i reasekuracji	221
7.2. Poprawne określenie rzeczywiście zawartej transakcji ubezpieczenia wewnątrzgrupowego i reasekuracji	223
7.2.1. Założenie przejęcia ryzyka (ang. <i>assumption of risk</i>) i dywersyfikacja ryzyka	225
7.2.2. Przejęcie ekonomicznie istotnych ryzyk (ang. <i>the assumption of the economically significant risk</i>) ...	228

7.2.3. Outsourcing funkcji ubezpieczeniowych	230
7.2.4. Reasekuracja funkcji ubezpieczeniowej w grupie podmiotów powiązanych – fronting	230
7.3. Określenie ceny rynkowej za usługi ubezpieczenia wewnątrzgrupowego i reasekuracji	231
7.3.1. Wycena wartości składek za ubezpieczenie	232
7.3.2. Zastosowanie wskaźników i zwrot z kapitału	233
7.3.3. Efekt synergii powstającej w grupie (ang. <i>group synergy</i>)	236
7.3.4. Sprzedaż agencyjna usług ubezpieczeniowych	237
7.4. Ważniejsze wyroki międzynarodowe w zakresie ubezpieczeń wewnątrzgrupowych	239

Rozdział 8

Stopa zwrotu wolna od ryzyka (ang. *risk-free rate*)

i stopa zwrotu skorygowana o ponoszone ryzyko

(ang. *risk-adjusted rate of return*)

247

8.1. Określenie stopy zwrotu wolnej od ryzyka

(ang. *risk-free rate of return*)

247

8.2. Określenie stopy zwrotu skorygowanej o ponoszone ryzyko

(ang. *risk-adjusted rate of return*)

250

Rozdział 9

Dyrektywa ATAD a transakcje finansowe zawierane

w grupie kapitałowej

254

Definicje

261

Bibliografia

265

Wykaz tabel i rysunków

267

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- dyrektywa ATAD** – dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z 12.07.2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz.Urz. UE L 193, s. 1, ze zm.)
- dyrektywa ATAD 2** – dyrektywa Rady (UE) 2017/952 z 29.05.2017 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2016/1164 w zakresie rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych dotyczących państw trzecich (Dz.Urz. UE L 144, s. 1)
- k.c.** – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
- Modelowa Konwencja OECD pr. bank.** – Modelowa Konwencja OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku, wersja skrócona z 21.11.2017 r.
– ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1896 ze zm.)
- u.p.d.o.p.** – ustawa z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 ze zm.)

Dokumenty

- raport OECD** – raport OECD dotyczący przypisywania zysku do zakładów (ang. *Report on the attribution of profits to permanent establishments*), 22.07.2010 r., <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf> (dostęp: 1.06.2021 r.)
- Wytyczne OECD z 2017 r.** – Wytyczne OECD w sprawie cen transferowych dla przedsiębiorstw wielonarodowych i administracji

Wytyczne OECD z 2020 r.

- podatkowych (ang. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*), Paryż 10.07.2017 r., <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm> (dostęp: 1.06.2021 r.)
- Wytyczne OECD w zakresie cen transferowych w transakcjach finansowych (ang. *OECD Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS: Actions 4, 8–10*, Paryż luty 2020 r., <https://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm> (dostęp: 1.06.2021 r.)

Czasopisma, publikatory

- | | |
|------------|--|
| Dz.U. | – Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej |
| Dz.Urz. | – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej |
| Dz.Urz. MF | – Dziennik Urzędowy Ministra Finansów |
| M.P. | – Monitor Polski |
| Prz. Pod. | – Przegląd Podatkowy |

Inne

- | | |
|------|--|
| BGK | – Bank Gospodarstwa Krajowego |
| CAPM | – model wyceny aktywów kapitałowych (ang. <i>capital asset pricing model</i>) |
| CDS | – swap ryzyka kredytowego (ang. <i>credit default swap</i>) |
| FCT | – Forum Cen Transferowych |
| KRS | – Krajowy Rejestr Sądowy |
| MNEs | – przedsiębiorstwa wielonarodowe (ang. <i>Multinational Enterprises</i>) |
| NBP | – Narodowy Bank Polski |
| NSA | – Naczelny Sąd Administracyjny |

WSTĘP

Działalność w grupie MNEs wymaga podejmowania decyzji dotyczących finansów, takich jak np.: zapewnianie środków pieniężnych na potrzeby bieżącej działalności grupy, finansowanie fuzji lub przejęć, udostępnianie pożyczek członkom grupy. Przedmiotem transakcji finansowej może być instrument kapitałowy, prawo lub zobowiązanie do otrzymania/wypłaty środków pieniężnych lub innego składnika aktywów finansowych, wymiana aktywów finansowych lub zobowiązań finansowych albo instrument pochodny.

W kontekście transakcji wewnątrzgrupowych najpowszechniejszymi transakcjami finansowymi są: pożyczki wewnątrzgrupowe, poręczenia jednostki dominującej, konsolidacja środków pieniężnych, instrumenty pochodne oraz inne usługi skarbowe (np. zarządzanie ryzykiem walutowym, faktoring, umowy nettingu, ubezpieczenia grupowe, zarządzanie aktywami finansowymi).

Transakcje finansowe w ostatnich latach cieszą się coraz większym zainteresowaniem organów podatkowych. Wpływ na to ma kilka czynników. Przede wszystkim kwoty zaangażowane w tych transakcjach są istotne, co powoduje, że ewentualne ryzyko podatkowe staje się wyższe. Ponadto transakcje te są powszechnie spotykane w ramach grup kapitałowych. Fakt, że pieniądź jest mobilny i łatwo zamienny, powoduje niekiedy również trudność przy określaniu rzeczywistego charakteru i cech niektórych instrumentów finansowych. Transakcje finansowe generujące płatności odsetkowe mogą stanowić także okazję do erozji podstawy opodatkowania. Ten aspekt jest szczególnie istotny w grupach przedsiębiorstw wielonarodowych, które mogą generować nadmierne zadłużenie

w krajach o wysokiej stawce opodatkowania, po to, aby odliczać tam odsetki. Zmniejsza to zyski podlegające opodatkowaniu w jurysdykcji pożyczkobiorcy i może – w zależności od sytuacji pożyczkodawcy – zmniejszyć ogólne zobowiązania podatkowe MNEs. Z drugiej strony MNEs kształtują swoje transakcje w ten sposób, aby przychód podatkowy powstawał w państwach o niskiej lub wręcz zerowej stawce podatkowej, bez względu na to, czy podmiot z tego kraju posiada zdolność finansową do udzielenia finansowania.

Powyższe czynniki niewątpliwie wpłynęły na uwzględnienie zagadnień związanych z transakcjami finansowymi w procesie uszczelnienia podatków. W aspekcie międzynarodowym proces ten został zapoczątkowany przez OECD w tzw. planie działań BEPS (ang. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*), opublikowanym 19.07.2013 r., zawierającym 15 działań, jakie powinny podjąć państwa, aby zapobiec nieuczciwemu unikaniu opodatkowania i przenoszeniu zysków do krajów o niskim poziomie opodatkowania. Działania BEPS zostały przyjęte przez OECD w 2015 r. Zagadnieniu cen transferowych poświęcono działania 8–10. Natomiast dla transakcji finansowych szczególne znaczenie ma działanie 4, dotyczące ograniczenia prawa do odliczania kosztów odsetek oraz innych płatności finansowych.

Odzwierciedleniem działań BEPS są Wytyczne OECD z 2017 r. Natomiast Wytyczne OECD z 2020 r. stanowią kontynuację działań BEPS 4 oraz 8–10. Dokument ten ma kluczowe znaczenie, bowiem będzie w dalszej kolejności podstawą aktualizacji Wytycznych OECD z 2017 r. (zostanie uwzględniony jako nowy rozdział 10 Wytycznych, dotyczący wyłącznie transakcji finansowych).

Należy zaznaczyć, że Wytyczne OECD nie stanowią przepisów prawa międzynarodowego, które Polska jest zobowiązana stosować. Nie są zatem wiążące dla polskich podatników. Niemniej jednak stanowią pakiet rekomendacji i zaleceń do zastosowania zarówno przez MNEs działające w danym kraju, jak i administrację podatkową. Praktyka wskazuje, że Wytyczne OECD z 2017 r. są co do zasady stosowane przez polską administrację podatkową, o ile polskie przepisy nie stanowią inaczej. Wynika to z faktu, iż z jednej strony Wytyczne OECD z 2017 r. tworzą

zespół rekomendacji dla wykładni art. 9 Modelowej Konwencji OECD (w którym zawarto definicję ALP – zasady ceny rynkowej), która natomiast stanowi podstawę dla umów bilateralnych zawieranych przez Polskę z innymi krajami. Z drugiej strony Wytyczne te są odzwierciedlane w przepisach polskiego porządku prawnego, tj. ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych (rozdział 1a, oddział 2 „Zasada ceny rynkowej”). Z tego względu istotne jest przeanalizowanie i realizowanie zaleceń OECD, w szczególności dotyczących transakcji finansowych. Działanie podatników zgodne z Wytycznymi OECD może istotnie zminimalizować ryzyko ewentualnego sporu z organami podatkowymi w zakresie uznania transakcji za nierynkową.

Autorki niniejszego opracowania opierając się na Wytycznych OECD z 2020 r., omówiły najważniejsze kwestie poruszane w tym dokumencie, jak również przedstawiły inne istotne aspekty związane z zawieraniem transakcji finansowych przez podmioty powiązane, wynikające z polskich regulacji o cenach transferowych oraz praktycznych doświadczeń.

Publikacja ma ograniczone zastosowanie do transakcji zawieranych przez profesjonalne instytucje finansowe (np. banki), z uwagi na dodatkowe wymogi i ograniczenia regulacyjne, które są zobowiązane przestrzegać te instytucje w zakresie transakcji finansowych.

W książce przyjęto stan prawny na 1.06.2021 r.

Rozdział 1

OKREŚLENIE SUBSTANCJI EKONOMICZNEJ TRANSAKЦИИ KONTROLOWANEJ

Niekwestionowaną zasadą w obszarze cen transferowych jest zasada rynkowości transakcji (ang. *arm's lenght principle*), rozumiana jako konieczność ustalenia wynagrodzenia w transakcji na warunkach rynkowych.

Warunkiem koniecznym do ustalenia rynkowego poziomu ceny jest ustalenie faktycznego charakteru transakcji (tzw. ustalenie substancji ekonomicznej transakcji). Co więcej, określenie substancji ekonomicznej transakcji kontrolowanej, obejmujące analizę istotnych warunków transakcji, jest niezbędnym elementem poprzedzającym właściwą wy cenę transakcji. Najpierw bowiem należy ustalić, z jaką transakcją mamy *de facto* do czynienia, a w dalszej kolejności na tej podstawie można ustalić cenę tej transakcji.

Kwestia właściwego określenia substancji ekonomicznej jest również przedmiotem rozważań Wytycznych OECD z 2020 r. w odniesieniu m.in. do transakcji udzielania pożyczek¹.

¹ Wiele wytycznych, które mają na celu wsparcie analizy wykonanej w celu poprawnego określenia rzeczywiście zawartej transakcji, można znaleźć w: 1) Wytycznych OECD z 2017 r. w rozdziale 1, w szczególności w: pkt 1.36, dotyczącym ekonomicznie istotnych cech porównywalności i pkt 1.60, w zakresie analizy ryzyka (w tym dalsze wyjaśnienia zawarte w pkt 1.61–1.106), a także w sekcji D.2, która porusza tematykę recharakteryzacji i odrzucenia transakcji; 2) Wytycznych OECD z 2020 r. w sekcjach: B.1–B.3 m.in. dla transakcji pożyczki, C.2.2 dla transakcji typu cash pooling, C.3 dla transakcji hedgingu, D.1 dla transakcji poręczenia, E.1–E.2 dla transakcji ubezpieczenia wewnątrzgrupowego.

Należy zauważyć, że poszczególne etapy weryfikacji rzeczywistego charakteru tego typu transakcji obejmują:

1. **Etap 1** (analiza jakościowa transakcji – weryfikacja substancji ekonomicznej transakcji kontrolowanej – ustalenie rzeczywistej transakcji).

Wytyczne OECD z 2020 r. szczegółowo odnoszą się do określenia rzeczywistego charakteru transakcji dotyczącej udzielenia finansowania. Zgodnie ze stanowiskiem OECD² ustalając substancję ekonomiczną transakcji polegającej na udzieleniu finansowania, w zależności od okoliczności danego przypadku, należy wziąć pod uwagę następujące czynniki:

- 1) obecność lub brak ustalonej daty spłaty długu – w przypadku braku daty spłaty długu (lub istnienia wieloletniego finansowania, z bliżej nieokreśloną datą spłaty tego finansowania) możliwe jest uznanie, że pożyczka stanowi wpłatę na kapitał;
- 2) obowiązek zapłaty odsetek – czy istnieje obowiązek zapłaty odsetek? Jeśli tak, to w jakich terminach są one płatne? Brak odsetek może sugerować, że mamy do czynienia z wpłatą na kapitał. W przypadku wpłaty na kapitał podmiot udzielający finansowania nie jest zainteresowany wypłatą odsetek, lecz jego głównym celem jest to, aby nastąpił zwrot na kapitale, czyli żeby firma była rentowna;
- 3) istnienie prawa do egzekwowania zapłaty kwoty głównej i odsetek – czy podmiot udzielający finansowania ma takie prawo? Czy podmiot udzielając finansowania, w ogóle jest zainteresowany spłatą kwoty głównej i odsetek, czy wręcz odwrotnie, woli, aby finansowanie nie było w ogóle spłacone – czyli, żeby obciążało wynik podatkowy pożyczkobiorcy – co może oznaczać, że celem finansowania były głównie kwestie podatkowe. W takiej sytuacji brak jest zasadności ekonomicznej zaciągnięcia tego zobowiązania, co oznacza w efekcie, że koszt nie był poniesiony w celu osiągnięcia przychodu;
- 4) status podmiotu finansującego w porównaniu do instytucji kredytowych – czy podmiot udzielający finansowania zachowuje się jak bank? Czy zarządza finansami grupy MNEs? Czy ma zdolność finansową do takiej działalności? Jeśli nie ma zdolności finansowej

² Wytyczne OECD z 2020 r., pkt 10.12.

(np. odpowiedniego kapitału) lub nie ma zdolności operacyjnej (w postaci odpowiednio wykształconych kadr, np. menedżerów w zakresie finansów przedsiębiorstw lub zespołu prawnego), wówczas można domniemywać, że finansowanie jest wpłatą na kapitał przekazaną przez inny podmiot z grupy;

- 5) istnienie zapisów w umowach określających zasady udzielenia finansowania – czy w ogóle istnieje umowa? Jeśli tak, to czy znajduje się w niej podstawowe zasady finansowania? Umowa jest punktem wyjściowym analizy;
- 6) obecność zabezpieczeń/poręczeń dla udzielonego finansowania – warto jest również zweryfikować istnienie polityk wewnątrzgrupowych w odniesieniu do zabezpieczenia finansowania oraz historycznego zachowania stron, tj. czy w przypadku poprzednich finansowań (przede wszystkim od podmiotów niepowiązanych) podmiot starał się zabezpieczyć finansowanie – jeśli tak, może to oznaczać, że również i w badanej transakcji powinno wystąpić takie zabezpieczenie, a w konsekwencji tańsze finansowanie;
- 7) źródło płatności odsetek – co jest celem finansowania? Działalność bieżąca, operacyjna, czy może inwestycyjna? Z czego będą płacone odsetki? Czy podmiot otrzymujący finansowanie ma w ogóle możliwość w przyszłości poniesienia tego kosztu? Czy może mamy do czynienia z sytuacją, że cały zysk pożyczkobiorcy pochłonie koszty finansowania? – jeśli tak, możemy domniemywać, że mamy do czynienia z wpłatą na kapitał, gdyż podmioty niezależne raczej rzadko doprowadzają do sytuacji, gdy ich cały zysk przeznaczany jest na spłatę zobowiązań. Taka sytuacja co do zasady występuje bowiem w sytuacjach nadzwyczajnych, np. finansowanie spółki w kryzysie finansowym lub ratowanie spółki przed upadłością;
- 8) zdolność pożyczkobiorcy do uzyskania pożyczek od niepowiązanych instytucji pożyczkowych – czy pożyczkobiorca byłby w stanie zaciągnąć pożyczkę w niepowiązanym banku?;
- 9) stopień, w jakim uzyskane finansowanie jest wykorzystywane na nabycie innego przedsiębiorstwa – czy celem finansowania jest np. połączenie z innym podmiotem lub przejęcie? Wówczas należałoby wziąć pod uwagę zmianę warunków ekonomicznych wynikającą z takiego przejęcia/połączenia. Czy taka zmiana poprawia zdolność kredytową pożyczkobiorcy?;

- 10) fakt braku spłaty przez dłużnika zobowiązania w określonym terminie płatności lub staranie się dłużnika o odroczenie terminu płatności (wydłużenie terminów spłaty) – czy pożyczkodawca jest zainteresowany możliwościami spłaty długu przez pożyczkobiorcę? W warunkach rynkowych pożyczkodawca będzie monitorował działalność pożyczkobiorcy względem możliwości spłaty przez niego zaciągniętego zadłużenia.

Rozszerzenie analizy pierwszego etapu znajduje się w podrozdziałach 1.1–1.2.

2. **Etap 2** (analiza wartościowa transakcji – weryfikacja substancji ekonomicznej transakcji kontrolowanej).

Na tym etapie należy zweryfikować w szczególności, czy stosunek zadłużenia do kapitału nie odbiega istotnie od wskaźników notowanych przez podmioty niepowiązane działające w tej samej branży co podmiot badany należący do MNEs.

W celu ustalenia wartości wskaźnika można:

- 1) w pierwszej kolejności ustalić profil funkcjonalny pożyczkobiorcy (podmiotu badanego), tj. czy mamy do czynienia z przedsiębiorcą usługowym, produkcyjnym lub dystrybucyjnym oraz czy podmiot ten nie pełni funkcji finansowych (skarbowych) w grupie MNEs. Ta kwestia będzie rzutowała na to, czy podmiot zaciąga finansowanie dla własnych celów, czy do celów finansowania innych podmiotów w grupie MNEs. Podmioty pełniące usługi finansowe w grupie MNEs przeważnie są bardziej zadłużone niż inne podmioty niepełniące takich funkcji – co również ma miejsce w podmiotach niepowiązanych pełniących funkcje finansowe/bankowe;
- 2) w następnej kolejności należy ustalić wskaźniki zadłużenia podmiotu badanego, w tym celu można obliczyć dwa wskaźniki z poniższych (możliwe jest również zastosowanie innych, bardziej właściwych wskaźników w danych okolicznościach):
 - a) wskaźnik ogólnego zadłużenia to wskaźnik finansowy stanowiący stosunek kapitałów obcych (zobowiązań) do aktywów. Im większa jest wartość tego wskaźnika, tym wyższe ryzyko

ponosi pożyczkodawca (przeważnie oznacza to w konsekwencji wyższe odsetki od pożyczki). W związku z czym przyjmuje się, że wartość tego wskaźnika powyżej 0,67 wskazuje na nadmierne ryzyko kredytowe pożyczkobiorcy³. Niski poziom wskaźnika świadczy o samodzielności finansowej podmiotu badanego,

$$\text{Wskaźnik ogólnego zadłużenia} = \frac{\text{zobowiązania ogółem}}{\text{aktywa ogółem}}$$

- b) wskaźnik zadłużenia kapitałów własnych, który informuje o poziomie pokrycia zobowiązań kapitałami własnymi. Zgodnie z normą w przypadku przekroczenia przez ten wskaźnik poziomu 1,0 przedsiębiorstwo uważa się za silnie zadłużone (dotyczy dużych firm)⁴.

$$\frac{\text{Wskaźnik zadłużenia kapitałów własnych}}{\text{kapitałów własnych}} = \frac{\text{zobowiązania ogółem}}{\text{kapitał własny}}$$

Ustalone w ten sposób wskaźniki należy przede wszystkim odnieść do przejętych norm wskazanych powyżej. Warto również odnaleźć podmioty porównywalne, działające w tych samych lub przynajmniej podobnych warunkach do podmiotu badanego, operujące w tej samej branży. Branża oraz warunki ekonomiczne (etapy rozwoju przedsiębiorstwa) mają tutaj bardzo istotne znaczenie, gdyż z jednej strony możemy mieć podmioty mocno lewarowane, kapitałochłonne, np. działające w branży produkcyjnej, finansowej lub start-upy, a z drugiej strony podmioty usługowe niewymagające istotnego zadłużenia. Podmioty porównywalne z podmiotem badanym można ustalić w oparciu o profesjonalne systemy do wyszukiwania danych porównawczych, takie jak Orbis (lub TP Catalyst), Infocredit, ale również za pomocą danych zawartych w systemie

³ Podana wartość wskaźnika (0,67) jest najczęściej przedstawianą normą opisywaną w różnych źródłach, dla przykładu opracowanie analizy wskaźników przygotowane przez UMCS w Lublinie (dostęp: 1.06.2021 r.). Ze względu na specyfikę branży należy jednak wykonać dodatkową analizę opisaną w kolejnym etapie 3.

⁴ Dla mniejszych firm norma wynosi 1,6. W tym przypadku również wskazane jest wykonanie analizy opisaną w kolejnym etapie 3.

KRS na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości⁵. Pomocne mogą być też sektorowe wskaźniki finansowe opracowywane przez Stowarzyszenia Księgowych w Polsce i publikowane w czasopiśmie „Rachunkowość”⁶. W tym ostatnim przypadku należałoby również obliczyć wskaźniki dla podmiotu badanego, które są publikowane w danym opracowaniu. Istnieją także inne bazy danych KRS zawarte w płatnych serwisach, takich jak Legalis i LEX, z których można pobrać dane do wykonania analizy.

3. **Etap 3** (ustalenie wartości niedostatecznej kapitalizacji pożyczkobiorcy).

Zgodnie z Wytycznymi OECD z 2020 r. określenie substancji ekonomicznej obejmującej udzielenie finansowania odnosi się również pośrednio do tzw. niedostatecznej kapitalizacji, która stanowi graniczny próg dla określenia wysokości kosztów podatkowych dla finansowania dłużnego danej firmy.

Pojęcie niedostatecznej kapitalizacji w najszerszym ujęciu oznacza sytuację, w której spółka kapitałowa lub inna osoba prawna finansowana jest z kapitału obcego, pochodzącego z pożyczek i kredytów (zwanego również kapitałem wierzycielskim) udzielanych przez jej udziałowców (akcjonariuszy), w stopniu znacznie przekraczającym finansowanie kapitałami własnymi (w szczególności kapitałem zakładowym), w związku z czym kapitał zakładowy ograniczony zostaje do minimum określonego w ustawie⁷. W większym znaczeniu niedostateczna kapitalizacja (a raczej: ukryta kapitalizacja) oznacza, iż wartość zadłużenia spółki przekracza przejęty w danym ustawodawstwie wskaźnik (ang. *debt to equity ratio*), który wyznacza bezpieczną granicę zadłużenia spółki w odniesieniu do wartości kapitału zakładowego⁸.

⁵ Zob. <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/krajowy-rejestr-sadowy> (dostęp: 1.06.2021 r.).

⁶ Zob. <https://rachunkowosc.com.pl> (dostęp: 1.06.2021 r.).

⁷ Z. Kukulski, *Unormowania w zakresie ograniczenia niedostatecznej kapitalizacji w państwach OECD*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2000/3–4, s. 18; R. Ciołek, *Niedostateczna kapitalizacja*, Prz. Pod. 1999/3, s. 1.

⁸ A. Sobiech, *Stanowisko Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie przepisów o niedostatecznej kapitalizacji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004/1, s. 47.

W zakresie problematyki niedostatecznej kapitalizacji należy wskazać na istotną zmianę polskich przepisów podatkowych, która miała miejsce w 2018 r.

Do końca 2017 r. przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych przewidujące ograniczenia w zaliczaniu poniesionych kosztów finansowania dłużnego do kosztów podatkowych (niedostateczna kapitalizacja) dotyczyły podatników korzystających z finansowania dłużnego od podmiotów powiązanych. Rok 2018 był rewolucją w tym zakresie, co wynikało z implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektywy ATAD.

Obowiązujące od 1.01.2018 r. ograniczenia w zakresie niedostatecznej kapitalizacji (art. 15c u.p.d.o.p.) wprowadzają mechanizm limitowania zaliczanych do kosztów podatkowych, kosztów finansowania dłużnego, który jest wyznaczany przez dwa podstawowe wskaźniki:

- 1) limit 3 mln zł nadwyżki kosztów finansowania dłużnego oraz
- 2) limit nadwyżki kosztów finansowania dłużnego – oparty o 30% wskaźnika EBITDA, który został zdefiniowany w art. 15c ust. 1 u.p.d.o.p.

Najistotniejsze jest jednak to, że zgodnie z przedmiotową regulacją nie ma znaczenia, czy finansowanie o charakterze dłużnym zostało udzielone przez podmioty powiązane, czy też niepowiązane.

Nowy mechanizm niedostatecznej kapitalizacji wprowadzony do polskich przepisów podatkowych ma generalny cel, tj. ograniczenie zjawiska finansowania dłużnego do akceptowanego w ocenie ustawodawcy poziomu. W kontekście cen transferowych zastosowanie ograniczeń wynikających z art. 15c u.p.d.o.p. i w konsekwencji niezaliczenie części odsetek udzielonego finansowania do kosztu uzyskania przychodu nie powinno jednak automatycznie skutkować przyjęciem tezy, iż część finansowania nie ma charakteru pożyczki (lecz jest wpłatą na kapitał). Takie same konsekwencje ustawodawca przyjął bowiem dla finansowania udzielonego zarówno przez podmiot powiązany, jak i podmiot niepowiązany (w przypadku podmiotów niepowiązanych nie stosujemy przepisów o cenach transferowych).

W przypadku transakcji z podmiotami powiązаныmi dla celów określenia, czy mamy do czynienia z wpłatą na kapitał, czy z finansowaniem dłużnym, znajduję przede wszystkim zastosowanie wytyczne umieszczone w pierwszej części tego rozdziału (etap 1 i 2) – czyli ustalenie substancji ekonomicznej przez analizę jakościową i wartościową transakcji kontrolowanej.

W poniższych podrozdziałach przedstawiono kolejne etapy badania substancji ekonomicznej transakcji, które mają na celu ustalenie ekonomicznie istotnych cech transakcji w celu identyfikacji porównywalnych transakcji zawartych pomiędzy podmiotami niezależnymi.

1.1. Wpływ czynników zewnętrznych na potrzeby finansowe przedsiębiorstwa

Podobnie jak w przypadku każdej transakcji kontrolowanej określenie substancji ekonomicznej transakcji finansowej wymaga m.in. przeprowadzenia analizy czynników wpływających na funkcjonowanie przedsiębiorstwa w sektorze, w którym działa dana grupa kapitałowa.

W szczególności należy wziąć pod uwagę:

- 1) w jakim punkcie cyklu gospodarczego znajduje się przedsiębiorstwo lub jego produkty/usługi – przedsiębiorstwa wchodzące na rynek, rozpoczynające działalność albo wprowadzające na rynek nowy produkt co do zasady będą potrzebowały zwiększonego finansowania na tym etapie działalności;
- 2) wpływ przepisów rządowych na sposób prowadzenia działalności w danym kraju – w tym kontekście należy zwrócić uwagę przykładowo na szczególne zasady obowiązujące przedsiębiorstwa działające w branży regulowanej (np. banki), które podlegają wytycznym Komisji Nadzoru Finansowego oraz wymogom Komitetu Bazylejskiego w zakresie wymogów kapitałowych;
- 3) dostępność zasobów finansowych w danej branży – grupy kapitałowe działające w różnych sektorach mogą mieć różne potrzeby finansowe w zakresie kwoty lub typu finansowania (ze względu na różne poziomy kapitałochłonności). Przykładowo spółki z branży

leasingowej czy faktoringowej potrzebują stałego, długoterminowego finansowania w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Z tego powodu najczęściej tego typu podmioty są członkami grup finansowych, gdzie podmiotem dominującym jest bank udzielający finansowania. Podobne stałe potrzeby w zakresie finansowania występują w grupach działających w branży deweloperskiej i sektorze nieruchomości.

Na kształtowanie polityki finansowej przedsiębiorstwa może mieć wpływ również strategia grupy kapitałowej. W szczególności, według Wytycznych OECD z 2020 r. (pkt 10.16), pomocne mogą być odpowiedzi na poniższe pytania:

1. Jak grupa MNE określa priorytety w zakresie potrzeb finansowych w ramach prowadzonych projektów?
2. Czy dany podmiot jest strategicznie istotny dla grupy kapitałowej?
3. Czy grupa kapitałowa zmierza do osiągnięcia określonego ratingu kredytowego lub współczynnika zadłużenia do kapitału?
4. Czy grupa kapitałowa przyjmuje strategię w zakresie finansowania odmienną od sektora, w którym funkcjonuje?

1.2. Analiza ekonomicznie istotnych czynników porównywalności transakcji

Określenie charakteru finansowej transakcji kontrolowanej wymaga dokonania analizy ekonomicznie istotnych czynników transakcji (stanowiących jednocześnie czynniki porównywalności transakcji), obejmujących:

- 1) badanie warunków zawartej umowy pomiędzy stronami transakcji;
- 2) analizę funkcjonalną, tj. analizę pełnionych funkcji, angażowanych aktywów i podejmowanych ryzyk;
- 3) cechy charakterystyczne instrumentów finansowych;
- 4) warunki ekonomiczne;
- 5) strategię biznesową realizowaną przez strony.

Czynniki te zostały szczegółowo omówione poniżej.

1.2.1. Warunki umowne transakcji

Badanie istotnych ekonomicznie czynników transakcji kontrolowanej rozpoczyna się analizą zawartej umowy pisemnej. Co do zasady umowa określa podstawowe warunki transakcji i obowiązki stron. W przypadku transakcji finansowej umowa wskazuje w szczególności: wartość transakcji (obejmującą np. kapitał pożyczki, wysokość udzielonej gwarancji, sumę ubezpieczenia), sposób kalkulacji wynagrodzenia bądź jego wysokość, okres, na jaki została zawarta transakcja, zabezpieczenie transakcji (o ile istnieje).

Jednakże same zapisy umów nie zawsze dostarczają niezbędnych danych albo mogą nie odpowiadać rzeczywistemu zachowaniu stron transakcji. Dodatkowo należy wziąć również pod uwagę fakt, że o ile w przypadku transakcji zawieranych pomiędzy podmiotami niepowiązanymi umowa pisemna reguluje co do zasady wszystkie aspekty związane z transakcją, o tyle w przypadku transakcji kontrolowanej ustalenia umowne mogą nie być tak szczegółowe. Tym samym może zaistnieć potrzeba skorzystania z innych dokumentów i informacji. Dodatkowo poza analizą pisemnej umowy niezbędne jest również zweryfikowanie faktycznego przebiegu transakcji (tj. czy pisemne zapisy umowy odpowiadają faktycznemu zachowaniu stron).

Podczas analizy warunków umownych transakcji należy w szczególności zwrócić uwagę na:

- 1) wynagrodzenie za uzyskanie finansowania, które zazwyczaj stanowią odsetki, jakie należy zapłacić – odsetki mogą być stałe, zmienne lub kapitalizowane, płacone w okresach miesięcznych, kwartalnych, raz w roku, z góry, po spłacie pożyczki lub na żądanie, mogą również stanowić udział w zysku;
- 2) obowiązek spłaty zobowiązania oraz konsekwencje braku spłaty;
- 3) okres, na który zostało udzielone finansowanie: czy jest to finansowanie krótkoterminowe, długoterminowe; czy na czas określony, nieokreślony; czy jest możliwość dokonania/żądania wcześniejszej spłaty; czy finansowanie jest odnawialne lub też może być automatycznie przedłużone;

- 4) czy transakcja jest zabezpieczona (np. gwarancją, zastawem, wekslem) lub niezabezpieczona – ten czynnik będzie miał wpływ na ryzyko braku spłaty zobowiązania wynikającego z transakcji;
- 5) walutę transakcji;
- 6) status (podporządkowanie lub uprzywilejowanie) pożyczkodawcy w stosunku do innych pożyczkodawców;
- 7) możliwość konwersji zobowiązania (np. z długu na kapitał własny).

Powyższe kwestie będą rzutowały na wartość wynagrodzenia, czyli odsetki.

1.2.2. Analiza funkcjonalna

Głównym celem analizy funkcjonalnej jest określenie, która ze stron wykonuje funkcje mające wpływ na tworzenie wartości badanej transakcji – poprzez badanie funkcji pełnionych przez strony transakcji, angażowanych aktywów oraz podejmowanie ryzyk. Ponadto należy mieć na uwadze to, że o ile w przypadku danej transakcji finansowej może występować wiele różnych funkcji wykonywanych przez strony, o tyle z punktu widzenia analizy cen transferowych szczególne znaczenie mają tzw. funkcje KERT (ang. *Key Entrepreneurial Risk Taking Functions*), tj. funkcje ekonomicznie istotne. W przypadku pożyczki funkcjami KERT są funkcje związane z wytworzeniem aktywa finansowego oraz te, które wymagają aktywnego procesu decyzyjnego związanego z akceptacją i zarządzaniem ryzykiem związanym z tym aktywem. Ekonomiczna własność aktywa finansowego (a tym samym zyski związane z tym aktywem) jest co do zasady przypisana podmiotowi, który te funkcje wykonuje.

W umowach pożyczki typowymi funkcjami wykonywanymi przez pożyczkodawcę są:

- analiza i ocena ryzyka kredytowego w związku z udzieleniem pożyczki,
- ocena możliwości finansowania inwestycji,
- określenie warunków pożyczki,
- udzielenie pożyczki i opracowanie dokumentacji związanej z pożyczką,
- monitorowanie spłat pożyczki i okresowe przeglądy pożyczki.