

II

(Незаконодателни актове)

РЕШЕНИЯ

РЕШЕНИЕ (ЕС) 2018/859 НА КОМИСИЯТА

от 4 октомври 2017 година

относно държавна помощ SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN), приведена в действие от Люксембург
в полза на Amazon

(нотифицирано под номер C(2017) 6740)

(само текстът на френски език е автентичен)

(текст от значение за ЕИП)

ЕВРОПЕЙСКАТА КОМИСИЯ,

като взе предвид Договора за функционирането на Европейския съюз, и по-специално член 108, параграф 2, първа алинея от него,

като взе предвид Споразумението за Европейското икономическо пространство, и по-специално член 62, параграф 1, буква а) от него,

като покани заинтересованите страни да представят мненията си в съответствие с посочените разпоредби ⁽¹⁾ и като взе предвид техните мнения,

като има предвид, че:

1. ПРОЦЕДУРА

- (1) С писмо от 24 юни 2014 г. Комисията изпрати искане за сведения до Люксембург относно практиката на държавата, свързана с данъчните становища за Amazon. В това писмо Комисията поиска от Люксембург да потвърди, че Amazon се облага с данък в тази държава, и да уточни значимостта на дейността на групата Amazon, която се ползва с данъчно облекчение в рамките на данъчния режим за интелектуалната собственост. Освен това Комисията изиска всички данъчни становища, отнасящи се до групата Amazon, които са били в сила към момента. С електронно писмо от 18 юли 2014 г. Люксембург поиска удължаване на определения срок за отговор на писмото на Комисията от 24 юни 2014 г., като искането за удължаване беше уважено ⁽²⁾.
- (2) На 4 август 2014 г. Люксембург представи отговора си на искането на Комисията от 24 юни 2014 г., към който бяха приложени по-специално писмо от 6 ноември 2003 г. от служба „Преки данъци“ (наричана по-нататък „люксембургската данъчна администрация“) до Amazon.com, Inc. (наричано по-нататък „разглежданото данъчно становище“ или „разглежданото ДС“), писмо от 23 октомври 2003 г. от Amazon.com, Inc. и писмо от 31 октомври 2003 г., изготвено от [Съветник 1] ^(*) от името на Amazon.com, Inc., до люксембургската данъчна администрация, с които се иска данъчно становище (наричани по-нататък заедно „искането за ДС“), и годишните финансови отчети на дружеството с ограничена отговорност Amazon EU (наричано по-нататък „LuxOpCo“) ⁽³⁾, на Amazon Europe Holding Technologies SCS (наричано по-нататък „LuxSCS“) ⁽⁴⁾, на дружеството с ограничена отговорност Amazon Services Europe (наричано по-нататък „ASE“), на дружеството с ограничена отговорност Amazon Media EU (наричано по-нататък „AMEU“) и на други образувания, част от групата Amazon Люксембург.

⁽¹⁾ ОВ С 44, 6.2.2015 г., стр. 13.

⁽²⁾ Комисията прие всички искания за удължаване на срока, представени от Люксембург и от Amazon, освен ако изрично не е посочено друго.

^(*) Поверителна информация.

⁽³⁾ Наименованието „LuxOpCo“ е използвано от Amazon в исканията на дружеството за ДС от 23 октомври 2003 г. и 31 октомври 2003 г.

⁽⁴⁾ Наименованието „LuxSCS“ е използвано от Amazon в исканията на дружеството за ДС от 23 октомври 2003 г. и 31 октомври 2003 г.

- (3) На 7 октомври 2014 г. Комисията прие решение за откриване на официалната процедура по разследване, предвидена в член 108, параграф 2 от ДФЕС (наричано по-нататък „решението за откриване“), във връзка с разглежданото ДС с мотива, че все още има сериозни съмнения относно съвместимостта на тази мярка с вътрешния пазар ⁽⁵⁾. В това решение Люксембург се приканва да представи допълнителни сведения относно разглежданото ДС ⁽⁶⁾. С писма от 3 и 5 ноември 2014 г. Люксембург поиска удължаване на определения срок за отговор на решението за откриване.
- (4) С писмо от 21 ноември 2014 г. Люксембург представи мнението си относно решението за откриване. Към това писмо беше приложен по-специално доклад относно трансферните цени (наричан по-нататък „докладът относно ТЦ“), изготвен от [Съветник 2] от името на Amazon, който не е бил представен на Комисията преди това.
- (5) Решението за откриване на процедурата беше публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз* ⁽⁷⁾ на 6 февруари 2015 г. Заинтересованите страни бяха поканени да представят мненията си относно посоченото решение.
- (6) С писмо от 13 февруари 2015 г. Комисията отправи искане за допълнителни сведения до Люксембург. В това писмо Комисията поиска също така от Люксембург разрешение да се свърже пряко с Amazon, за да получи исканите сведения, ако Люксембург не разполага с тях. На 24 февруари 2015 г. Люксембург поиска удължаване на определения срок за отговор на изпратеното от Комисията искане за сведения.
- (7) С писмо от 5 март 2015 г. Amazon представи мнението си относно решението за откриване. Изброените по-долу трети страни също представиха мненията си относно решението за откриване: Oxfam на 14 януари 2015 г., Bundesarbeitskammer на 4 февруари 2015 г., Fedil на 27 февруари 2015 г., Booksellers Association (наричана по-нататък „BA“) на 3 март 2015 г., Syndicat de la librairie française (наричана по-нататък „SLF“) на 4 март 2015 г., Европейската и Международната федерация на търговците на книги (наричана по-нататък „EIBF“) на 4 март 2015 г., ATOZ S.A. на 5 март 2015 г., Computer and Communications Industry Association (наричана по-нататък „CCIA“) на 5 март 2015 г. и European Policy Information Center (наричана по-нататък „EPICENTER“) на 5 март 2015 г. Освен това на 5 март 2015 г. Федерацията на европейските издатели (наричана по-нататък „FEE“) и Синдикатът на разпространителите на културни развлечения (наричан по-нататък „SDLC“) заявиха подкрепата си за позицията на EIBF.
- (8) На 12 март 2015 г. Комисията и Люксембург проведоха среща чрез телеконференцна връзка, на която Люксембург увери Комисията, че най-късно до 17 март 2015 г. ще бъде в състояние да представи изчерпателен отговор на искането за сведения на Комисията от 13 февруари 2015 г.
- (9) С писмо от 17 март 2015 г. Люксембург отговори частично на искането за сведения на Комисията от 13 февруари 2015 г. Освен това държавата обясни, че не разполага с липсващите сведения, по-специално тези, свързани с определени договорни отношения между образуванията на Amazon в Люксембург и трети лица.
- (10) На 19 март 2015 г. Комисията изпрати на Люксембург мненията на трети страни относно решението за откриване.
- (11) С електронно писмо от 19 март 2015 г. Amazon представи измененото и преработено споразумение за поделение на разходите (наричано по-нататък „СПР“), сключено между LuxSCS и две образувания от групата Amazon в САЩ на 1 януари 2005 г. Споразумението е изменено и преработено отново на 2 юли 2009 г. (като поражда правно действие, считано от 5 януари 2009 г.), след което е изменено още веднъж, като поражда правно действие, считано от 1 януари 2014 г. ⁽⁸⁾
- (12) С размяна на електронни писма от 18, 19 и 20 март 2015 г. Комисията уведоми Люксембург, че отговорът на държавата от 17 март 2015 г. на искането за сведения на Комисията от 13 февруари 2015 г. е непълен, и зададе допълнителни въпроси, за да получи разяснения.

⁽⁵⁾ Разменена е и кореспонденция относно поверителни данни, която обаче не се споменава отделно в настоящия раздел.

⁽⁶⁾ ОВ С 44, 6.2.2015 г., стр. 30.

⁽⁷⁾ ОВ С 44, 6.2.2015 г., стр. 13.

⁽⁸⁾ Вътрешни документи на Amazon: „Amended and Restated Agreement to share Costs and Risks of Intangible Development“ (изменено и преработено споразумение за поделение на разходите и рисковете, свързани с разработването на нематериални активи), сключено и влязло в сила на 1 януари 2005 г., изменено и преработено споразумение за поделение на разходите и рисковете, свързани с разработването на нематериални активи, сключено на 2 юли 2009 г. и пораждащо правно действие от 5 януари 2009 г., и първо изменение в измененото и преработено споразумение за поделение на разходите и рисковете, свързани с разработването на нематериални активи, сключено през февруари 2014 г. и пораждащо правно действие от 1 януари 2014 г.

- (13) На 20 март 2015 г. Люксембург прие Комисията да зададе въпросите си пряко на Amazon. На 26 март 2015 г. Комисията уведоми Люксембург, че съгласно член 6а от Регламент (ЕО) № 659/1999 на Съвета ⁽⁹⁾ тя е констатирала, че към тази дата официалната процедура по разследване във връзка с разглежданото ДС е неефективна. На това основание и с разрешението на Люксембург ⁽¹⁰⁾, на 26 март 2015 г. Комисията отправи искане съгласно член 6а, параграф 6 от Регламент (ЕО) № 659/1999 до Amazon (наричано по-нататък „искането за пазарна информация“) за предоставяне на всички споразумения, сключени от Amazon от 2000 г. нататък, по силата на които правата върху интелектуалната собственост (наричана по-нататък „ИС“) на Amazon са предмет на договорни лицензи или са предоставени на разположение по друг начин (наричани по-нататък „споразуменията за ИС“), както и всяко СПР и/или споразумение за изкупуване, сключено между LuxSCS и други образувания от групата Amazon. Отправена бе и покана към Amazon да представи сведения относно дейността на LuxSCS и счетоводните отчети на дъщерните дружества на Amazon извън Люксембург, както и да разясни или отстрани противоречията в някои финансови данни. Накрая, бяха поискани сведения относно скорошните изменения в правната структура на групата Amazon в Люксембург.
- (14) С писмо от 20 април 2015 г. Люксембург поиска разяснения от Комисията относно целта на срещата ѝ с Oxfam и Eurodad, за която не е информирала Люксембург. Освен това Люксембург поиска решението за изпращане на искане за пазарна информация да не бъде публикувано.
- (15) С писмо от 4 май 2015 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 26 март 2015 г. Amazon също така потвърди, че структурата му в Люксембург е изменена през 2014 г. и че на това основание Люксембург е приел ново данъчно становище, но обясни, че изменението не е относимо за целите на разследването на Комисията.
- (16) На 8 май 2015 г. се състоя среща между Комисията, Люксембург и Amazon. След срещата Amazon представи допълнително мнение с писмо от 12 юни 2015 г. Освен това Amazon представи списък със споразумения за ИС, които нарича „споразумения M.com“, по силата на които Amazon предоставя на разположение на независими трети страни ИС, свързана с технологията на платформата си.
- (17) С писмо от 13 май 2015 г. Люксембург представи мнението си във връзка с мненията на трети страни относно решението за откриване.
- (18) С писмо от 3 юли 2015 г. Комисията припомни на Amazon, че все още не са представени някои сведения, по-специално относно споразуменията за ИС, и поиска допълнителни сведения.
- (19) С писмо от 10 юли 2015 г. (изпратено повторно на 23 юли 2015 г.) Люксембург представи декларация относно недопускане на прилагане с обратна сила на отрицателно окончателно решение на Комисията.
- (20) С писма от 24 и 31 юли 2015 г. Amazon предостави частичен отговор на искането на Комисията от 3 юли 2015 г., в който се съдържаха сведения относно споразуменията M.com. Предвид тези отговори Amazon сче, че е отговорено изцяло на искането за сведения относно споразуменията за ИС, тъй като според Amazon нито едно друго сключено от дружеството споразумение за ИС не е сравнимо с лицензионното споразумение за интелектуалната собственост, сключено между LuxSCS и LuxOpCo на 30 април 2006 г. (наричано по-нататък „лицензионното споразумение“) ⁽¹¹⁾. Amazon поиска също така удължаване на определения срок за представяне на другите сведения, поискани от Комисията.
- (21) С писмо от 31 юли 2015 г. Комисията припомни на Amazon всички изискани сведения, които още не са предоставени, по-специално изчерпателни сведения относно всички споразумения за ИС, сключени от Amazon от 2000 г. нататък. Тя поиска също така от Amazon да предостави новото данъчно становище, прието от Люксембург във връзка с дружеството през 2014 г. и споменато в писмото на Люксембург от 4 август 2014 г. и в писмото на Amazon от 4 май 2015 г.

⁽⁹⁾ Регламент (ЕО) № 659/1999 на Съвета от 22 март 1999 г. за установяване на подробни правила за прилагането на член 108 от Договора за функционирането на ЕС (ОВ L 83, 27.3.1999 г., стр. 1). Регламент (ЕО) № 659/1999 бе отменен и заменен с Регламент (ЕС) 2015/1589 на Съвета от 13 юли 2015 г. за установяване на подробни правила за прилагането на член 108 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ОВ L 248, 24.9.2015 г., стр. 9), пораждащ правно действие, считано от 14 октомври 2015 г. Позоваванията на Регламент (ЕО) № 659/1999 следва да се считат за позовавания на Регламент (ЕС) 2015/1589 и да се четат съгласно таблицата на съответствието в приложение II към последния.

⁽¹⁰⁾ Вж. съображение 13.

⁽¹¹⁾ Лицензионното споразумение бе представено от Amazon на 5 март 2015 г., приложение 4 (едновременно с изменение 1 на лицензионното споразумение за ИС в сила, считано от 1 януари 2009 г.).

- (22) С писмо от 21 август 2015 г. Amazon отговори на искането на Комисията, но без да предоставя сведения относно другите споразумения за ИС.
- (23) На 8 септември 2015 г. се състоя среща между Комисията и Amazon, за която беше съобщено на Люксембург. След срещата, с електронно писмо от 8 септември 2015 г. Комисията припомни на Amazon неудовлетвореното искане за сведения относно споразуменията за ИС.
- (24) С електронно писмо от 14 септември 2015 г. Amazon обясни, че не съществува никакво друго споразумение, по силата на което на свързани или несвързани лица е предоставена или ще се предостави на разположение същата интелектуална собственост като тази, която е обхваната от лицензионното споразумение. Същевременно Amazon информира Комисията, че е в процес на изготвяне на списък с вътрешногрупови споразумения за ИС, независимо дали засягат или не ЕС или интелектуалната собственост, обхваната в лицензионното споразумение, сключено между LuxSCS и LuxOpCo. Този списък бе предоставен на Комисията на 17 септември 2015 г.
- (25) С електронно писмо от 23 септември 2015 г. Amazon представи списък със споразумения, с които от или на трети страни с договорни лицензи са предоставени елементи на интелектуална собственост.
- (26) С електронно писмо от 29 септември 2015 г. Комисията припомни на Amazon, че все още не са предоставени споразуменията за ИС, изискани от Комисията на 26 март и 3 юли 2015 г., въз основа на списъците, предоставени от Amazon на 17 и 23 септември 2015 г. Освен това Комисията поиска от Amazon допълнителни сведения относно докладите за поделяне на разходите и клиентите на LuxOpCo за всеки уебсайт.
- (27) С електронни писма от 30 септември и 1, 2, 12, 13, 20 и 27 октомври 2015 г. Amazon предостави сведения.
- (28) На 28 октомври 2015 г. се състоя среща между Комисията, Люксембург и Amazon.
- (29) С електронно писмо от 20 ноември 2015 г. Комисията припомни на Amazon предмета на искането си за сведения от 26 март 2015 г. относно вътрешните и външните споразумения за ИС на Amazon и поиска от дружеството да представи допълнителни сведения.
- (30) На проведена на 27 ноември 2015 г. среща дружество, което поиска да остане анонимно (наричано по-нататък „дружество X“), предостави на Комисията пазарна информация, която има връзка с разследването ѝ. По време на телефонен разговор, проведен на 15 януари 2016 г., дружество X предостави допълнителни сведения относно сектора на електронната търговия в Европа. С електронно писмо от 25 януари 2016 г., чийто предмет беше протоколът от проведения телефонен разговор, дружество X предостави допълнителни сведения.
- (31) На 30 ноември 2016 г. Amazon събщи допълнителни сведения.
- (32) С електронно писмо от 1 декември 2015 г. Amazon поиска удължаване на определения срок за отговор на искането за сведения на Комисията от 20 ноември 2015 г.
- (33) На 4 декември 2015 г. Amazon предостави сведенията, поискани от Комисията с електронното писмо от 20 ноември 2015 г., и поиска удължаване на срока, за да предостави липсващите отговори.
- (34) С писма от 10 и 28 декември 2015 г. Люксембург представи мнението си след срещата на 28 октомври 2015 г.
- (35) С електронно писмо от 11 декември 2015 г. Комисията припомни на Amazon липсващите отговори на искането за сведения от 20 ноември 2015 г. и отправи до Amazon ново искане за сведения с допълнителни въпроси.
- (36) На 18 декември 2015 г. Amazon предостави допълнителни отговори на искането за сведения на Комисията от 20 ноември 2015 г.
- (37) С електронно писмо от 18 декември 2015 г. Комисията покани Люксембург да представи мнението и коментарите си относно сведенията, предоставени на Комисията от Amazon към този момент от процедурата по разследване.

- (38) На 12 и 15 януари 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 11 декември 2015 г. и поиска удължаване на срока, за да предостави липсващите сведения.
- (39) На 18 януари 2016 г. Amazon предостави допълнителни сведения.
- (40) С електронно писмо от 19 януари 2016 г. Комисията информира Amazon, че все още липсват някои отговори на въпроси, поставени в предходни искания за сведения. Освен това Комисията поиска разяснения и допълнителни сведения.
- (41) На 22 януари 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 19 декември 2015 г. На 28 януари 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 11 декември 2015 г. С писма от 5, 15, 19 и 24 февруари 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 19 януари 2016 г.
- (42) На 26 февруари 2016 г. Комисията изпрати напомняне на Amazon, с което иска от дружеството да предприеме последващи действия по въпросите, на които все още не е даден отговор и които са формулирани в исканията за сведения от 20 ноември 2015 г., 11 и 18 декември 2015 г. и 19 януари 2016 г.
- (43) На 4 и 21 март 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 11 декември 2015 г.
- (44) С електронно писмо от 11 март 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 26 февруари 2016 г.
- (45) С електронно писмо от 22 март 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 19 януари и 26 февруари 2016 г.
- (46) С електронно писмо от 8 март 2016 г. Amazon прие да се откаже от исканията за поверителност, които са били предявени преди това по отношение на Люксембург в писмо от 22 януари 2016 г. във връзка с определени предоставени сведения и се ангажира да съобщи тези сведения на Люксембург.
- (47) На 14 март 2016 г. Amazon потвърди, че последните сведения, предоставени на Комисията, са съобщени и на Люксембург.
- (48) На 1 април 2016 г. Комисията поиска от дружество X да приеме определени пазарни данни, предоставени от него, да бъдат съобщени на Люксембург. На 5 април 2016 г. дружество X се съгласи с това искане.
- (49) На 8 април 2016 г. Комисията се информира от Amazon относно сведенията, които дружеството е съобщило на Люксембург към този момент от процедурата по разследване. Комисията информира също така Amazon, че все още липсват определени сведения, посочени в искането за сведения на Комисията от 11 февруари 2015 г. Освен това Комисията отправи към Amazon искане за разяснения и допълнителни сведения.
- (50) С електронно писмо от 11 април 2016 г. Amazon уточни какви сведения са предоставени на Люксембург.
- (51) С писмо от 18 април 2016 г. Комисията запита Люксембург какви сведения е получил от Amazon и го покани да представи мнението си относно тези сведения. Освен това Комисията припомни електронното си писмо от 18 декември 2015 г., с което е приканила Люксембург да представи мнението си относно данните, съобщени от Amazon. Накрая, Комисията съобщи на Люксембург пазарните данни съгласно договореното с дружество X и поиска от Люксембург да ѝ представи мнението си.
- (52) На 22 април 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 8 април 2016 г. и поиска удължаване на определения срок за липсващите отговори.
- (53) С писмо от 2 май 2016 г. (изпратено повторно на 10 май 2016 г.) Люксембург потвърди получаването на сведенията, предоставени от Amazon към този момент от разследването, и съобщи мнението си по тях. Във връзка с пазарната информация, предоставена от дружество X, Люксембург информира Комисията, че е съобщил тази информация на Amazon, тъй като според него Amazon е в по-добра позиция да изрази мнение.

- (54) С електронно писмо от 2 май 2016 г. Amazon отговори частично и призна, че липсват отговори на въпросите, поставени в искането за сведения на Комисията от 8 април 2016 г., както е посочено в писмото от 22 април 2016 г.
- (55) С електронно писмо от 17 май 2016 г. Комисията уточни предмета на сведенията, които е поискала преди това от Amazon, и припомни, че все още липсват сведения, посочени в исканията ѝ за сведения от 11 декември 2015 г. и 8 април 2016 г.
- (56) С електронно писмо от 24 май 2016 г. Amazon отговори на електронното писмо на Комисията от 17 май 2016 г.
- (57) На 26 май 2016 г. се състоя среща между Комисията, Люксембург и Amazon. По време на тази среща и в проекта на протокола от нея Комисията постави допълнителни въпроси на Amazon. С писмо от 20 юни 2016 г. Amazon отговори на тези въпроси.
- (58) С писмо от 21 юни 2016 г. Amazon представи мнението си относно пазарната информация, съобщена от дружество X. Освен това Amazon поиска достъп до всички сведения, съобщени от дружество X, както и разкриване на името му.
- (59) На 7 юли 2016 г. Комисията съобщи на Amazon мнението си относно изменения протокол от срещата на 26 май 2016 г. Освен това Комисията поиска допълнителни сведения от Amazon.
- (60) С електронно писмо от 22 юли 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 7 юли 2016 г. В отговора си Amazon информира Комисията за ограничителното разпореждане, защитаващо документите, използвани в производството пред Федералния данъчен съд на САЩ. Поради тази причина Amazon предложи да представи редактирани документи, при условие че разполага с тях.
- (61) С електронно писмо от 27 юли 2016 г. Комисията припомни на Amazon липсващите сведения, посочени в искането ѝ за сведения от 7 юли 2016 г., и прие да получи временно редактирана версия на документите, представени в производството пред Федералния данъчен съд на САЩ. Освен това Комисията поиска разяснения и допълнителни сведения от Amazon.
- (62) С електронно писмо от 29 юли 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 7 юли 2016 г. и поиска удължаване на определения срок за липсващите отговори. С писмо от 12 август 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 7 и 27 юли 2016 г.
- (63) С електронно писмо от 19 август 2016 г. Комисията поиска от Amazon разяснения и допълнителни сведения относно отговорите на дружеството на искането за сведения от 7 юли 2016 г.
- (64) С електронно писмо от 19 август 2016 г. и повторно с писмо от 22 август 2016 г. Комисията отправи искане за сведения до Amazon, за да получи всички редактирани документи от производството пред Федералния данъчен съд на САЩ.
- (65) На 26 август 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 7 юли 2016 г. и поиска удължаване на определения срок, за да допълни отговора си.
- (66) С електронно писмо от 30 август 2016 г. Amazon информира Комисията, че искането на дружеството за достъп до документите, използвани в производството пред Федералния данъчен съд на САЩ, е уважено, и съобщи, че ще изпрати незабавно нередактираните документи.
- (67) На 9 септември 2016 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 19 август 2016 г.
- (68) На 30 септември 2016 г. Amazon представи нередактираните документи, представени в хода на производството пред Федералния данъчен съд на САЩ, както беше поискано от Комисията на 22 август 2016 г.
- (69) С електронни писма от 7 и 19 декември 2016 г. Комисията поиска от Amazon допълнителни сведения относно производството пред Федералния данъчен съд на САЩ. На 20 декември 2016 г. Amazon съобщи отговора си.

- (70) На 21 декември 2016 г. Комисията отправи искане за сведения до Amazon, на което дружеството отговори частично на 20 януари 2017 г. С електронно писмо от 2 февруари 2017 г. Комисията изпрати на Amazon допълнителни разяснения относно искането си за сведения от 21 декември 2016 г. На 6, 8 и 27 февруари и на 6 март 2017 г. Amazon предостави на Комисията допълнителни сведения и частични отговори. С електронно писмо от 13 март 2017 г. Комисията припомни на Amazon, че някои сведения все още не са представени.
- (71) На 14 март 2017 г. Комисията отправи искане за сведения до Amazon.
- (72) С електронно писмо от 24 март 2017 г. Amazon изпрати на Комисията становището на Федералния данъчен съд на САЩ от 23 март 2017 г.
- (73) С електронно писмо от 27 март 2017 г. Комисията поиска от Amazon допълнителни сведения относно становището на Федералния данъчен съд на САЩ.
- (74) На 28 март 2017 г. Amazon поиска от Комисията повече време за отговор поради процедурите след съдебното производство, които все още са били в ход в САЩ.
- (75) С електронно писмо от 4 април 2017 г. Amazon отговори частично на искането за сведения на Комисията от 14 март 2017 г.
- (76) С електронно писмо от 7 април 2017 г. Комисията информира Люксембург и Amazon, че е задължена да отхвърли искането на Amazon за пълен достъп до информацията, съобщена от дружество X.
- (77) На 11 април 2017 г. Amazon предостави друг частичен отговор на искането за сведения на Комисията от 14 март 2017 г. и поиска удължаване на определения срок, за да съобщи определени липсващи елементи от отговора си.
- (78) С електронно писмо от 12 април 2017 г. Amazon предостави частичен отговор на Комисията.
- (79) На 17 април 2017 г. Amazon представи допълнителни сведения относно процедурата след съдебното производство, която все още е била в ход в САЩ.
- (80) На 18 май 2017 г. Amazon изпрати още един частичен отговор, с който завърши отговора си на искането за сведения на Комисията от 14 март 2017 г.
- (81) С електронно писмо от 19 май 2017 г. Комисията отправи искане за сведения до Amazon.
- (82) На 29 май 2017 г. Amazon предостави допълнителни сведения на Комисията.
- (83) С електронно писмо от 7 юни 2017 г. Amazon изпрати отговора си на искането за сведения на Комисията от 19 май 2017 г.
- (84) С електронно писмо от 14 юни 2017 г. Комисията поиска от Amazon да потвърди, че всички предоставени ѝ от дружеството сведения през 2016 г. и 2017 г. са съобщени и на Люксембург, и прикани Люксембург да представи мнението си относно сведенията, представени на Комисията от Amazon към този момент от разследването. На 19 юни 2017 г. Amazon потвърди, че всички сведения, предоставени на Комисията през 2016 г. и 2017 г., са съобщени и на Люксембург. С електронно писмо от 21 юни 2017 г. Люксембург потвърди, че е получил всички документи, които са съобщени от Amazon на Комисията през 2016 г. и 2017 г., и заяви, че няма допълнително мнение относно тази информация с изключение на съобщенията на Amazon от 30 септември 2016 г. и 20 януари 2017 г.
- (85) На 22 юни 2017 г. се състоя среща между Комисията, Люксембург и Amazon.
- (86) На 6 юли 2017 г. Люксембург представи мнението си относно информацията, съобщена от Amazon на 30 септември 2016 г. и 20 януари 2017 г.
- (87) На 6 юли 2017 г. Комисията отправи искане за сведения до Amazon, на което Amazon отговори на 10 и 27 юли и на 4 и 7 август 2017 г.

- (88) С електронно писмо от 9 август 2017 г. Комисията отправи искане за сведения до Amazon, на което дружеството отговори на 7 септември 2017 г.
- (89) На 12 септември 2017 г. Люксембург потвърди с електронно писмо, че няма допълнително мнение относно информацията, съобщена от Amazon на 10 и 27 юли, на 4 и 7 август и на 7 септември 2017 г.

2. ФАКТИЧЕСКА И ПРАВНА ОБСТАНОВКА

2.1. ОПИСАНИЕ НА ПОЛУЧАТЕЛЯ НА РАЗГЛЕЖДАНОТО ДС

2.1.1. ГРУПАТА AMAZON

- (90) Групата Amazon включва в себе си дружеството Amazon.com, Inc. и всички дружества, контролирани пряко или косвено от него (наричани по-нататък заедно „Amazon“ или „групата Amazon“). Amazon е със седалище в Сиатъл, щата Вашингтон, САЩ.
- (91) Amazon управлява дейности по търговия на дребно и услуги.
- (92) Дейностите по търговия на дребно на Amazon се състоят в продажба на широка гама от продукти на клиенти посредством канала на притежаваните от групата уебсайтове, като продуктите включват книги, DVD дискове, видео, потребителска електроника, компютри, домакински принадлежности, инструменти, хардуер, мобилни телефони и т.н., както и съдържание, като цифрова музика, електронни книги, игри и т.н., които Amazon купува от доставчици с цел препродажба⁽¹²⁾. Amazon изпълнява поръчките на клиентите по няколко начина, по-специално посредством собствените си международни и северноамерикански центрове и мрежи за обработка на поръчки, посредством споразумения с подизпълнители и партньори за обработката на поръчки в някои държави и посредством цифрова доставка⁽¹³⁾.
- (93) Дейностите, свързани с услуги, на Amazon включват дейностите на групата в рамките на програмите с трети страни, наречени „Third-Party Seller Programs“ („програми с търговци трети страни“), като Marketplace и Merchants@Amazon, благодарение на които Amazon дава възможност на други (по-малки) предприятия и на физически лица (Marketplace), както и на средни или големи търговци на дребно (Merchants@Amazon) да предлагат продуктите си за продажба на уебсайтовете на Amazon. Продуктите на търговците трети страни са интегрирани на уебсайтовете на Amazon. В замяна на това участващите предприятия и физически лица плащат комисиони на Amazon⁽¹⁴⁾. Тези предприятия и търговци трети страни могат също така по желание да изпращат материалните си запаси в Amazon; Amazon ги съхранява в централите си за обработка на поръчки⁽¹⁵⁾, излага ги на всичките си уебсайтове и ги взема, опакова и доставя до адреса на клиента (т.нар. дейност „спедиция от Amazon“)⁽¹⁶⁾.
- (94) Amazon получава приходи и от други маркетингови и рекламни услуги, като рекламирането онлайн и договорите за кобрандирани кредитни карти. В миналото Amazon предлагаше услугите, функционалностите и технологиите си за електронна търговия за експлоатация на уебсайтовете на други предприятия, които продаваха продуктите на дружеството с марката и URL адреса на Amazon в рамките на програмата му „Merchant.com“. В рамките на програмата си за лицензирани магазини (с наименованието „Syndicated Stores“) Amazon предлагаше в миналото услугите, функционалностите и технологиите си за електронна търговия за експлоатация на уебсайтовете на други предприятия, които продаваха продуктите на дружеството под друго търговско наименование и с друг URL адрес⁽¹⁷⁾. И двете програми постепенно бяха прекратени⁽¹⁸⁾.
- (95) Накрая, Amazon произвежда и продава хардуер, като например устройствата Amazon Kindle, Amazon Fire и Amazon Echo.
- (96) Amazon управлява тринадесет световни уебсайта, сред които www.amazon.com, и шест европейски уебсайта: www.amazon.de, www.amazon.co.uk, www.amazon.fr, www.amazon.it и www.amazon.es (наричани по-нататък „европейските уебсайтове“) и www.amazon.nl⁽¹⁹⁾. Дейностите на Amazon са организирани в три сегмента: сегмент „Северна Америка“, международен сегмент и сегмент „Amazon Web Services“ (наричан по-нататък „AWS“)⁽²⁰⁾.

⁽¹²⁾ Годишен доклад за 2016 г. на Amazon.com, Inc., стр. 18.

⁽¹³⁾ Годишен доклад за 2016 г. на Amazon.com, Inc., стр. 3.

⁽¹⁴⁾ Годишен доклад за 2003 г. на Amazon.com, Inc., стр. 5.

⁽¹⁵⁾ Обработката на поръчки съответства на процеса, който се задейства в едно предприятие, когато получи поръчка за продукт. В него се включват съхранението, намирането на поръчания артикул, опаковането му и изпращането му (пряко или чрез посредник трета страна). [https://services.amazon.com/fulfillment-by-amazon/\[D\]s.htm/ref=asus_fba_hnav](https://services.amazon.com/fulfillment-by-amazon/[D]s.htm/ref=asus_fba_hnav).

⁽¹⁷⁾ Годишен доклад за 2002 г. на Amazon.com, Inc., стр. 2. Вж. също доклада относно ТЦ, стр. 6 и 7.

⁽¹⁸⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 81, точка 253.

⁽¹⁹⁾ Терминът „европейски уебсайтове“, използван в целия текст на настоящото решение, не включва www.amazon.nl, тъй като този уебсайт започна да функционира след периода, разглеждан в решението.

⁽²⁰⁾ Годишен доклад за 2016 г. на Amazon.com, Inc., стр. 3.

- (97) Продажбите в сегмента „Северна Америка“ се състоят основно от продажби на дребно на потребителски стоки (в това число продажбите, реализирани от търговци трети страни) и абонаменти посредством уебсайтовете, насочени към Северна Америка, като www.amazon.com, www.amazon.ca и www.amazon.com.mx. Този сегмент включва също така износната търговия от тези уебсайтове.
- (98) Продажбите в международния сегмент се състоят основно от продажби на дребно на потребителски стоки (в това число продажбите, реализирани от търговци трети страни) и абонаменти посредством международните уебсайтове, като www.amazon.com.au, www.amazon.com.br, www.amazon.cn, www.amazon.in, www.amazon.co.jp, европейските уебсайтове и www.amazon.nl. Този сегмент включва също така износната търговия от тези международни уебсайтове (в това число износна търговия от тези сайтове с местоназначение до клиенти в САЩ, Мексико и Канада) с изключение на износната търговия от северноамериканските уебсайтове на Amazon.
- (99) Сегментът „AWS“ обхваща световните продажби на компютри, пространство за съхранение, бази данни и други предложения за услуги за стартиращи предприятия, утвърдени предприятия, държавни институции и висши учебни заведения. Посредством AWS Amazon дава достъп до технологични инфраструктури, предназначени за различни видове дейности.
- (100) През 2016 г. нетните продажби на Amazon в световен план достигат близо 136 милиарда щатски долара, а нетната печалба — 2,37 милиарда щатски долара. В световен план 91 % от оборота на Amazon са от дейностите по търговия на дребно. 59 % от нетните продажби са реализирани в сегмента „Северна Америка“, 32 % в международния сегмент и 9 % в сегмента „AWS“. През 2016 г. броят на служителите на Amazon е 314 400 души на непълен или пълен работен ден ⁽²¹⁾.

2.1.2. ДЕЙНОСТИ НА AMAZON В ЕВРОПА

- (101) Преди май 2006 г. Amazon експлоатира европейските си уебсайтове посредством американско дъщерно дружество, притежавано изцяло от Amazon.com, Inc.: Amazon.com International Sales, Inc. (наричано по-нататък „AIS“). AIS управлява от свое име търговията на дребно на европейските уебсайтове на Amazon (по онова време това са www.amazon.de, www.amazon.co.uk и www.amazon.fr), а друго американско дружество от групата, а именно Amazon International Marketplace, Inc. (наричано по-нататък „AIM“), управлява от свое име дейностите, свързани с услуги, на тези уебсайтове. Самото AIM е единствен акционер в ASE, създадено през 2003 г., което встъпва като комисионер за дейностите, свързани с услуги, на европейските уебсайтове. Накрая, изцяло притежаваните от Amazon дъщерни дружества, учредени в Обединеното кралство, Германия и Франция (наричани по-нататък „европейските свързани дружества“ ⁽²²⁾), предоставят определени услуги за европейските уебсайтове, например услуги за препращане на клиенти ⁽²³⁾.
- (102) Преструктурирането на европейските дейности на Amazon, както е описано в искането за ДС, влиза в сила, считано от май 2006 г. (наричано по-нататък „преструктурирането от 2006 г.“). Структурата, изобразена на Graphique 1, е в сила през финансовите години за периода от 1 май 2006 г. до 30 юни 2014 г. (наричан по-нататък „разглежданият период“). През юли 2014 г. Amazon преструктурира дейностите си в Европа (наричано по-нататък „преструктурирането от 2014 г.“). Преструктурирането от 2014 г. и осъществяваните след него дейности на Amazon не се разглеждат в настоящото решение.

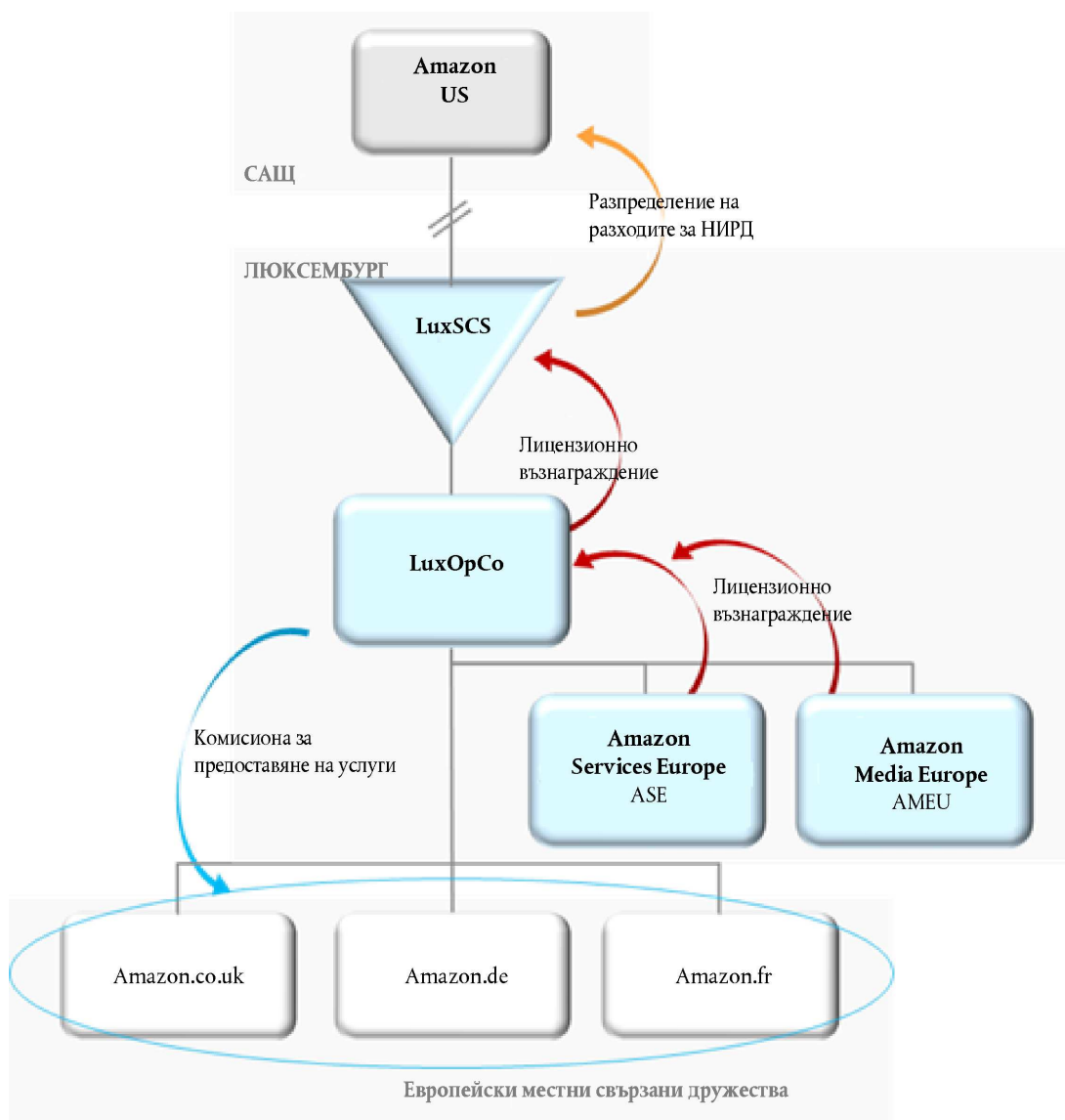
⁽²¹⁾ Годишен доклад за 2016 г. на Amazon.com, Inc., стр. 4 и 67.

⁽²²⁾ Терминът „европейски местни свързани дружества“, използван в целия текст на настоящото решение, обхваща Amazon.co.uk Ltd., Amazon.fr SARL, Amazon.fr Logistique SAS, Amazon.de GmbH и Amazon Logistik GmbH, като всички те представляват европейски местни свързани дружества към 1 май 2006 г.

⁽²³⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 12.

Фигура 1

Структура на европейските образувания на Amazon в периода 2006—2014 г.



2.1.2.1. LuxSCS

- (103) LuxSCS е люксембургско командитно дружество. Въпреки че собствениците на капитала са се променяли в рамките на разглеждания период, съдружниците на LuxSCS винаги са били дружества със седалище в САЩ ⁽²⁴⁾. При създаването на дружеството през 2004 г. съдружниците в него са Amazon Europe Holding, Inc. (основен съдружник), Amazon.com International Sales, Inc. и Amazon.com International Marketplace, Inc. През май 2006 г. ACI Holdings, Inc. и Amazon.com, Inc. заменят Amazon.com International Marketplace, Inc. като съдружници в LuxSCS. Считано от септември 2009 г., съдружниците в LuxSCS са Amazon Europe Holding, Inc. (основен съдружник), Amazon.com International Sales, Inc. и Amazon.com, Inc. ⁽²⁵⁾.
- (104) По време на разглеждания период LuxSCS е трябвало да действа единствено като дружество, притежавало нематериалните активи за дейностите на Amazon в Европа, за които дружеството LuxOpCo е отговаряло в качеството си на основен оператор ⁽²⁶⁾. Както Amazon обяснява в писмо от 20 април 2006 г. до люксембургската данъчна

⁽²⁴⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г.: приложение 6.

⁽²⁵⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г.: приложение 6.

⁽²⁶⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13: „As of the Restructuring Date, LuxSCS' principal activities will be limited to those of an intangible holding company and a participant in the ongoing development of the Intangibles through the CSA. Additionally, LuxSCS will license the Intangibles to LuxOpCo, subject to the Intangibles License, and will receive royalty payments pursuant to this license.“

администрация, дейностите на LuxSCS са се ограничавали до „чисто и просто притежание“ на нематериалните активи и акциите на LuxOpCo. „Ограниченият брой правни споразумения“, сключени от LuxSCS, са единствено онези, „необходими за функционирането на люксембургската структура“. LuxSCS е трябвало да получава от дъщерните си дружества единствено пасивни приходи (лицензионни възнаграждения и приходи от лихви) ⁽²⁷⁾. LuxSCS е предоставяло също така вътрешногрупови заеми на LuxOpCo и на други предприятия от групата ⁽²⁸⁾. LuxSCS не е имало никакво физическо присъствие, нито служители през разглеждания период.

- (105) През 2005 г. LuxSCS подписва споразумения за лицензиране и за преотстъпване на съществуващите права върху интелектуалната собственост („License and Assignment Agreement For Pre-existing Intellectual Property“, наричано по-нататък „споразумението за изкупуване“) с Amazon Technologies, Inc. (наричано по-нататък „АТИ“) ⁽²⁹⁾ и СПР с две образувания от групата Amazon, установени в САЩ: A9.com, Inc. (наричано по-нататък „А9“) и АТИ ⁽³⁰⁾. LuxSCS сключва също така споразумение за лицензиране и преотстъпване на правата върху интелектуалната собственост („Intellectual Property Assignment and License Agreement“) с Amazon.co.uk Ltd., Amazon.fr SARL и Amazon.de GmbH, по силата на което LuxSCS получава запазените марки и правата върху интелектуалната собственост на европейските уебсайтове, които тези европейски свързани дружества са притежавали до 30 април 2006 г. ⁽³¹⁾.
- (106) Благодарение на споразумението за изкупуване и на СПР LuxSCS получава правото да експлоатира определени права върху интелектуалната собственост на Amazon и техните производни (наричани по-нататък „нематериалните активи“) ⁽³²⁾, които са притежавани и разработвани от А9, АТИ и самото LuxSCS ⁽³³⁾, както и да ги преотстъпва с подлиценз. LuxSCS получава тези права за използване на нематериалните активи за целите на експлоатацията на европейските уебсайтове, както и за всякакви други цели на европейска територия ⁽³⁴⁾. В замяна на това LuxSCS е задължено да прави плащания за изкупуване (посочени в таблица 11) и да внася годишния си дял (посочен в таблица 12) от разходите, свързани с описаната в СПР програма за разработки ⁽³⁵⁾. По силата на СПР дружеството трябва да полага всички възможни усилия, за да предотврати накръняване на нематериалните активи, които са му преотстъпени под лиценз от А9 и АТИ ⁽³⁶⁾. Освен това, както е посочено в измененото и преработено СПР от 2009 г., дружеството се задължава да поеме функциите и рисковете, посочени в приложение В (наричано по-нататък „Exhibit В“) към СПР ⁽³⁷⁾.
- (107) Съгласно СПР нематериалните активи включват i) „всички и всякакви права върху интелектуалната собственост в целия свят“, на които АТИ и LuxSCS са собственици или притежават по друг начин, както и определени права върху интелектуалната собственост, притежавани от А9 ⁽³⁸⁾, ii) всички тези права върху ИС, отдалени под лиценз, прехвърлени или преотстъпени на посочените страни, и iii) производните на тази интелектуална собственост,

⁽²⁷⁾ Писмо от 20 април 2006 г. от Amazon до люксембургската данъчна администрация (изготвено от данъчния съветник на Amazon, [Съветник 1]), стр. 2: „EHT [LuxSCS], a wholly owned indirect subsidiary of Amazon.com Inc was created for the purpose of holding and developing intellectual property (by way of financial contribution only). [...] EHT [LuxSCS] has an activity limited to the mere holding of Amazon's EU intellectual property, the shares in AEU and has concluded a limited number of legal agreements necessary for the Luxembourg structure to operate (as described under point 1.2 below). EHT [LuxSCS] will only receive passive income from its subsidiaries (interest and royalties).“ В точка 1.2 от това писмо се описват споменатите в съображение 105 споразумения.

⁽²⁸⁾ Годишни финансови отчети на LuxSCS за периода 2005—2013 г. Размерът на вътрешногруповия заем, отпуснат от LuxSCS на LuxOpCo, се е увеличил през разглеждания период и през 2013 г. е възлизал на [2—2,5] милиарда евро. Друго предприятие от групата, което се е възползвало от ограничено финансиране, отпуснато от LuxSCS, е Amazon Eurasia Holding Sarl ([20—30] милиона евро през 2013 г.).

⁽²⁹⁾ „License Agreement For Pre-existing Intellectual Property“ и „Assignment Agreement For Pre-existing Intellectual Property“ (лицензионно споразумение за съществуващите права върху интелектуалната собственост и споразумение за преотстъпване на съществуващите права върху интелектуалната собственост), като и двете са сключени от LuxSCS и АТИ на 1 януари 2005 г.

⁽³⁰⁾ „Amended and restated agreement to share costs and risks of intangible development“ (изменено и преработено споразумение за споделяне на разходите и рисковете, свързани с разработването на нематериални активи, сключено от LuxSCS, АТИ и А9 на 1 януари 2005 г. Споразумението за поделяне на разходите, предшестващо СПР от 2005 г., е сключено между LuxSCS и А9 и влязло в сила на 7 юни 2004 г. СПР е изменено и преработено, като започва да поражда правно действие, считано от 5 януари 2009 г., след което отново е изменено и преработено, като започва да поражда правно действие, считано от 1 януари 2014 г.

⁽³¹⁾ „Intellectual Property Assignment and License Agreement“ (споразумение за лицензиране и преотстъпване на правата върху интелектуалната собственост), сключено от LuxSCS, Amazon.fr SARL, Amazon.de GmbH и Amazon.co.uk Ltd. на 30 април 2006 г.

⁽³²⁾ Съгласно точка 1.8 от СПР „производни“ (на английски език „Derivative works“) означава всички нови разработки, създадени от или за страна по СПР въз основа на вече съществуващ материал, съдържащ се в интелектуалната собственост на друга страна или благодарение на достъпа до тази интелектуална собственост или нейното използване („any and all new works created by or for one Party [to the CSA] from preexisting material contained within, or as a result of access to or use of another Party's intellectual property, [...]“).

⁽³³⁾ СПР, раздел 6, „License and Ownership“. Както е обяснено в точка 6.4 от СПР, освен лицензите за преотстъпване от А9 и АТИ нематериални активи по силата на СПР, LuxSCS запазва притежанието и правото на собственост върху всички нематериални активи, които е допринесло.

⁽³⁴⁾ СПР, точка 1.1.3 относно „Предмет на лиценза“ („Licensed Purpose“).

⁽³⁵⁾ СПР, раздел 4 „Development Cost Allocation“ (разпределение на разходите за разработки) и раздел 5 „Payments“ (плащания).

⁽³⁶⁾ СПР, точка 9.1.2.

⁽³⁷⁾ СПР в сила от 5 януари 2009 г., точка 2.3.

⁽³⁸⁾ Както е обяснено в раздел 1.1 от СПР, правата върху интелектуалната собственост на А9, обхванати от СПР, се ограничават до правата върху интелектуалната собственост, свързана с технологиите за търсене и навигация на електронната търговия, на които А9 е собственик или притежава по друг начин.

преотстъпени на някоя от страните по силата на СПР. Нематериалните активи съдържат по същество три категории интелектуална собственост, които са назовани i) „технология“⁽³⁹⁾, ii) „данни на клиентите“⁽⁴⁰⁾, и iii) „запазени марки“⁽⁴¹⁾. Те не обхващат имената на домейни в интернет⁽⁴²⁾.

2.1.2.2. LuxOpCo и неговите дъщерни дружества

- (108) По време на разглеждания период LuxOpCo е дъщерно дружество, изцяло притежавано от LuxSCS⁽⁴³⁾. В рамките на реструктурирането от 2006 г. е било предвидено това дружество да поеме занапред функциите, изпълнявани до този момент от AIS и AIM⁽⁴⁴⁾. Предвидено е също така дружеството да продължи да развива и усъвършенства постоянно основаващия се на софтуер бизнес модел, който стои в основата на дейностите по търговия на дребно и услуги на Amazon в Европа⁽⁴⁵⁾. Съгласно предвиденото, през този период LuxOpCo е изпълнявало функцията на централно управление на групата Amazon в Европа и е било основният оператор за дейностите по онлайн търговия на дребно и услуги на Amazon в Европа, които се осъществяват чрез канала на европейските уебсайтове⁽⁴⁶⁾. LuxOpCo е трябвало също така да управлява вземането на стратегически решения относно дейностите по търговия на дребно и услуги, осъществявани посредством европейските уебсайтове, както и основните физически елементи на дейностите по продажба на дребно⁽⁴⁷⁾. Предвидено е дружеството да определя стратегиите и насоките за представяне и продажба на продуктите на европейските уебсайтове, стратегиите за ценообразуване и мърчандайзинга на продаваните продукти или предлаганите услуги, както и някои промоции и програми за рекламиране, предлагани на европейските уебсайтове. То е трябвало също така да отговаря за стратегическите решения, свързани с подбора на търговците трети страни и на категориите продукти, както и за маркетинга по отношение на третите страни. Накрая, LuxOpCo е трябвало да управлява всички аспекти на обработката на поръчки⁽⁴⁸⁾.
- (109) В рамките на разглеждания период LuxOpCo е вписвало в отчетите си оборота както от продажбите на продукти, така и от услугите за обработка на поръчки. То е купувало от доставчици, намиращи се в различни държави, стоки, предвидени за препродажба, които след това са били препратени на крайните клиенти, осъществили покупката си на европейските уебсайтове. LuxOpCo е било официалният продавач⁽⁴⁹⁾ на материалните запаси на Amazon на европейските уебсайтове; то е било техен притежател и е поемало рисковете от загуби⁽⁵⁰⁾. То е отговаряло също така за спедираните стоки от предприятията трети страни и от физически лица директно до центровете за обработка на поръчки⁽⁵¹⁾.
- (110) LuxOpCo е изпълнявало и функции по управление на касовите средства⁽⁵²⁾ и е притежавало (пряко или косвено) акции в ASE, AMEU и европейските свързани дружества, които са предоставяли различни вътрешногрупови услуги в подкрепа на дейностите на LuxOpCo.

⁽³⁹⁾ По-специално става дума за технологията за софтуерната платформа на Amazon, оформлението на европейските уебсайтове, каталозите, функциите за търсене и навигация, логистичния процес, обработката на поръчки, обслужването на клиентите и функциите за персонализация. Вж. съображение 174 и сл. за повече подробности.

⁽⁴⁰⁾ Става дума за събирани данни относно продуктите и клиентите, по-специално отзивите на клиентите, отзивите на издателите, информацията за продуктите, имената на клиентите, историята на покупките и други данни. Както е обяснено в съобщението на Amazon от 21 август 2015 г., LuxSCS е придобило законната собственост върху данните на европейските клиенти, събрани от Amazon Int'l Sales, Inc. и Amazon Int'l Marketplace, Inc., в рамките на реструктурирането на европейските дейности. След това базата данни с клиентите е допълнена и управлявана от LuxOpCo.

⁽⁴¹⁾ Това са запазената марка, търговското наименование, стилът, логотиповете, представянето на Amazon и свързаните с тях нематериални активи.

⁽⁴²⁾ Точки 1.1, 1.4 и 1.11 от СПР гласят следното: „Notwithstanding the foregoing, the parties expressly agree that the [...] [Intangibles] does not include any World Wide Web domain names.“

⁽⁴³⁾ Както е обяснено в съобщението на Amazon от 12 юни 2015 г., LuxSCS прехвърля дела си в LuxOpCo на Amazon Europe Core S.à r.l. на 16 декември 2013 г.

⁽⁴⁴⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 12.

⁽⁴⁵⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 30.

⁽⁴⁶⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., точка 6 и вътрешен документ на Amazon: писмо от 14 април 2006 г. от Amazon до люксембургската данъчна администрация, стр. 2.

⁽⁴⁷⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 30.

⁽⁴⁸⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13.

⁽⁴⁹⁾ Официалният продавач е образуването, което притежава стоките и ги предлага за продажба и което отговаря за събирането и плащането на данъка върху добавената стойност.

⁽⁵⁰⁾ Камара на общините в Парламента на Обединеното кралство, „Report on HMRC's 2011-2012 Accounts“ (счетоводен отчет за периода 2011—2012 г. на данъчната и митническата администрация (HMRC) на Обединеното кралство) — Писмени доказателства на Amazon EU Sarl, представени от Andrew Cecil (директор по публични политики на Съюза, LuxOpCo, Люксембург), 13 ноември 2012 г.: „Amazon EU Sarl owns the inventory, earns the profits associated with the selling these products to end customers and bears the risk of any loss. From Luxembourg, Amazon EU Sarl processes and settles payments from its European customers.“ На разположение на адрес <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpublic/writev/716/m03.htm>.

⁽⁵¹⁾ Съобщение на Amazon от 22 март 2016 г., стр. 1 и 2 и приложени Е.

⁽⁵²⁾ LuxOpCo е било нагоярено с централизираното управление на касовите средства и с управлението на ликвидните средства на европейските дейности на Amazon; вж. вътрешен документ на Amazon: „Luxembourg Headquarters — Overview“, стр. 11—17; вътрешен документ на Amazon: „Pre & Post Goldcrest Balance Sheet Analysis“, стр. 1; вътрешен документ на Amazon: „Advance Tax Agreement“ (данъчно становище), писмо от Amazon, адресирано до г-н. [...], 2 април 2014 г., точка 11 и вътрешен документ на Amazon: „EU Policies and Procedures Manual“ от 1 май 2006 г., стр. 3.

- (111) През разглеждания период установените в Люксембург ASE и AMEU са съставлявали заедно с LuxOpCo данъчно консолидирана група по отношение на люксембургския данъчен режим, като LuxOpCo е играло ролята на консолидиращо дружество в рамките на тази данъчно консолидирана група ⁽⁵³⁾. Следователно по силата на люксембургското данъчно право тези установени в Люксембург дружества не са били третираны като отделни образувания, а са плащали данъците си на консолидирана основа, т.е. сякаш представляват едно-единствено данъчнозадължено лице ⁽⁵⁴⁾.
- (112) След реструктурирането от 2006 г. е било предвидено ASE да продължи да предоставя услуги на LuxOpCo ⁽⁵⁵⁾. През разглеждания период то е управлявало услугата на Amazon за търговските трети страни в Съюза, т.нар. „MarketPlace“. „MarketPlace“ дава на малки предприятия и на физически лица възможността да предлагат продуктите си посредством европейските уебсайтове на Amazon. Тази услуга им е давала възможност също така да изпращат на Amazon своите материални запаси, които са били складирани в центровете за обработка на поръчки на Amazon, и продуктите са били вземани, опаковани и доставяни навсякъде в Европа от Amazon. През разглеждания период AMEU е управлявало цифровите дейности на Amazon в Съюза (които включват например продажбата на MP3 и на електронни книги).
- (113) През 2013 г. и 2014 г. консолидираният нетен оборот на LuxOpCo е възлизал съответно на 13 612 449 784 EUR и 15 463 362 589 EUR. През финансовата 2013 година LuxOpCo е било работодател на средно 523 служители на пълно работно време (наричани по-нататък „СПРВ“), ASE — на 63 СПРВ, а AMEU — на 5 СПРВ. Служителите на LuxOpCo, ASE и AMEU са заемали по-специално стратегически ръководни постове, като задачите им са били да управляват и координират всички европейски дейности на Amazon ⁽⁵⁶⁾.
- (114) След реструктурирането през 2006 г. е било предвидено европейските свързани дружества да продължат да предоставят на LuxOpCo същите услуги за европейските уебсайтове каквито са предоставяли преди това на AIS и AIM ⁽⁵⁷⁾. Вследствие на това през разглеждания период европейските свързани дружества са предоставяли услуги по препращане на клиенти за европейските уебсайтове, като са осъществявали услуги за клиентите и за търговците, помощни услуги [като помощни услуги във връзка с маркетинга, локализацията и приспособяването, научноизследователската и развойната дейност („помощни услуги в областта на НИРД“)], както и услуги за обработка на поръчки ⁽⁵⁸⁾. Европейските свързани дружества са разработвали местно съдържание за европейските уебсайтове и са допринасяли за управлението на стоките за търговците на дребно онлайн в съответствие с поисканото от LuxOpCo. Поддръжката за обслужването на клиентите се е състояла в предоставяне на услуги за помощ на клиентите преди и след продажбата, като тези услуги са предоставяни по електронната поща, по телефона, чрез онлайн чат или посредством всякакво друго средство за комуникация, в съответствие с поисканото от LuxOpCo, с цел удовлетворяване на потребностите на клиентите. Услугите по поддръжка са се състояли от обща поддръжка и административна поддръжка. Накрая, европейските свързани дружества са допринасяли и за отправяне на искания до операторите на други местни уебсайтове да популяризират европейските уебсайтове сред клиентите си (т.нар. програма „Партньори“).
- (115) Услугите на европейските свързани дружества са били предоставяни на LuxOpCo съгласно „споразуменията за предоставяне на услуги“, сключени между всяко от свързаните дружества и LuxOpCo на 1 май 2006 г. ⁽⁵⁹⁾. Европейските свързани дружества са действали от собствено име, когато са предоставяли тези услуги за сметка на LuxOpCo, но не са поемали никакъв риск за продажбите или за материалните запаси ⁽⁶⁰⁾. Съгласно споразуменията за предоставяне на услуги европейските свързани дружества са получавали възнаграждение от LuxOpCo по метода

⁽⁵³⁾ Писмо от 14 април 2006 г. от Amazon до люксембургската данъчна администрация, стр. 2.

⁽⁵⁴⁾ В режима на данъчно консолидиране дружество майка може да бъде облагано с данък като група с едно или няколко от дъщерните си дружества. За целите на облагането с корпоративен данък това означава, че дъщерните дружества се считат за данъчно консолидирани в дружеството майка. За да може да се ползва от режима на данъчно консолидиране, дружеството майка трябва да притежава пряко или косвено дял от най-малко 95 % от акционерния капитал на дадено дъщерно дружество и както консолидиращото дружество майка, така и неговите дъщерни дружества трябва да бъдат капиталови дружества, установени в Люксембург, които са изцяло подложени на облагане с корпоративен данък. Консолидирането трябва да обхваща най-малко пет финансови години (вж. член 164а от ЗПО).

⁽⁵⁵⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 12.

⁽⁵⁶⁾ Съобщение на Amazon от 6 март 2017 г., приложение 28а.

⁽⁵⁷⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 12.

⁽⁵⁸⁾ Вж. раздел 2.3.3.3.

⁽⁵⁹⁾ Вътрешни документи на Amazon: Amended and Restated Service Agreement между LuxOpCo и Amazon.fr SARL, Amended and Restated Service Agreement между LuxOpCo и Amazon.fr Logistique SAS, Amended and Restated Service Agreement между LuxOpCo и Amazon.co.uk Ltd., Amended and Restated Service Agreement между LuxOpCo и Amazon Logistik GmbH и Amended and Restated Service Agreement между LuxOpCo и Amazon.de GmbH, всички от 1 май 2006 г.

⁽⁶⁰⁾ Вж. съображение (109).

на транзакционната нетна печалба, като показателят за печалба е надбавка върху понесените разходи⁽⁶¹⁾, което свидетелства за ролята на европейските свързани дружества по отношение на LuxOpCo⁽⁶²⁾. На практика понасяните от европейските свързани дружества разходи за предоставянето на услугите, които са извършвали за LuxOpCo, са били фактурирани на LuxOpCo с надбавка, варираща между 3 % и 8 %. През 2013 г. европейските свързани дружества регистрираха следния оборот: Amazon.co.uk Ltd: [400—500] милиона британски лири; Amazon Logistik GmbH: [100—200] милиона евро; Amazon.de GmbH: [90—100] милиона евро; Amazon.fr Logistique SAS: [100—200] милиона евро; и Amazon.fr SARL: [50—60] милиона евро.

2.1.2.3. Лицензионното споразумение

- (116) LuxOpCo сключва лицензионно споразумение с LuxSCS, което започна да поражда правно действие от 30 април 2006 г. По силата на това споразумение LuxOpCo получава неотменимо изключително право да разработва, усъвършенства и използва нематериалните активи с цел експлоатация на европейските уебсайтове и с всякаква друга цел в рамките на географската територия⁽⁶³⁾ на „европейската държава“⁽⁶⁴⁾ срещу заплащане на възнаграждение (наричано по-нататък „лицензионното възнаграждение“)⁽⁶⁵⁾. Всяко право върху интелектуална собственост, което LuxOpCo създава или продължава да развива посредством нематериалните активи⁽⁶⁶⁾ или благодарение на достъпа до тях, се прехвърля на LuxSCS⁽⁶⁷⁾. LuxOpCo е задължено по собствена инициатива и на собствен риск да предприема необходимите мерки за защита и поддръжка на нематериалните активи⁽⁶⁸⁾. В лицензионното споразумение се предвижда също така LuxOpCo да предоставя вътрешни услуги в полза на LuxSCS

⁽⁶¹⁾ Споразумения за предоставяне на услуги, точка 4.1 („Fees“): „In consideration of [EU Local Affiliate]’s performance of the Services, [LuxOpCo] shall pay [EU Local Affiliate] fees (the „Service Fees“) equal to the Applicable Costs (as defined in Exhibit 1) incurred by [EU Local Affiliate] in providing the corresponding Services, plus the Applicable Markup set forth in Exhibit 1. [...]“ Съгласно разпоредбите на приложение 1 (на английски език „Exhibit 1“) „приложимите разходи“ представляват съвкупността от всички оперативни разходи, определени в съответствие с общоприетите счетоводни принципи в САЩ и пряко или косвено свързани с услугите, с изключение на разходи за лихви, дивиденди, изплатени от европейските местни свързани дружества, свързани с валутните курсове разходи или всякакви други разходи, изключени по взаимно съгласие, ако това е сметено за необходимо. „Приложимата надбавка“ е процент от приложимите разходи, който варира между 3 % и 8 % в зависимост от характеристиките на предоставената услуга и на съответното европейско местно свързано дружество.

⁽⁶²⁾ Както е обяснено в съображенията от споразуменията за предоставяне на услуги, надбавката върху разходите се определя въз основа на „всеобхватен икономически анализ“ на ставката на възнаграждението, спазващо принципа за сделка между несвързани лица, за услугите, предоставяни на LuxOpCo от европейските местни свързани дружества.

⁽⁶³⁾ Лицензионно споразумение, точка 2.1, буква а) и точка 1.5 относно предмета на лиценза (на английски език „Licensed Purpose“). Точка 2.1, буква а) гласи: „(a) „Exclusive Intellectual Property License Grant“. Amazon EHT [LuxSCS] irrevocably grants AEU [LuxOpCo], under all Amazon EHT [LuxSCS] intellectual property rights in or comprising the Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property, whether existing now or in the future, the following sole and exclusive right and license to the Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property during the Term, solely for the Licensed Purpose, to: (i) make, use, reproduce, copy, modify, translate, integrate into or extract from a database and create derivative works of Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property; (ii) publicly perform or display, import, broadcast, transmit, distribute and communicate to the public by any means whatsoever, including but not limited to wire or wireless transmission process, using broadcasting, satellite, cable or network, license, offer to sell, and sell, rent, lease or lend originals and copies of, and otherwise commercially or non-commercially exploit any Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property (and derivative works thereof); and (iii) sublicense to Affiliates or third parties the foregoing rights, including the right to sublicense to further third parties.“

⁽⁶⁴⁾ Лицензионно споразумение, точка 1.4: „European Country“ means „(a) the economic, scientific, and political organization known as the European Union consisting, as of the Effective Time [30 April 2006], of Belgium, France, Italy, Luxembourg, Netherlands, Germany, Denmark, Greece, Ireland, United Kingdom, Spain, Portugal, Austria, Finland, Sweden, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovakia, and Slovenia, and including any and all other countries that may become members of such organization during the Term, and (b) any countries listed as „Applicant countries“ or „Other European countries“ on the Web page located at http://europa.eu.int/abc/governments/index_en.htm#, or any successors thereto or replacements thereof.“

⁽⁶⁵⁾ Вътрешен документ на Amazon: лицензионно споразумение, точка 2.5 („License Fee“) and Exhibit A.

⁽⁶⁶⁾ В лицензионното споразумение тези нематериални активи са наименувани с термина „Derivative Works“ („производни“); съгласно точка 1.3 от посоченото споразумение този термин означава всички нови разработки, създадени от или за AEU [LuxOpCo] въз основа на вече съществуващ материал, съдържащ се в интелектуалната собственост на Amazon EHT [LuxSCS], [в това число нематериалните активи] или благодарение на достъпа до тази интелектуална собственост или нейното използване („any and all new works created by or for AEU [LuxOpCo] from pre-existing material contained within, or as a result of access to or use of the Amazon EHT [Lux SCS] Intellectual Property [including the Intangibles][...]“).

⁽⁶⁷⁾ Вътрешен документ на Amazon: лицензионно споразумение, точка 2.1, буква б): „AEU [LuxOpCo] irrevocably and exclusively assigns and agrees to assign to Amazon EHT [LuxSCS], its successors, and assigns, all right, title, interest and ownership in and to any and all Derivative Works of the Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property created by or for AEU [LuxOpCo] as provided under Section 2.1(a).“

⁽⁶⁸⁾ Лицензионно споразумение, точка 9.2: „(a) AEU [LuxOpCo] shall, at its sole expense, use its best efforts to prevent, investigate, and prosecute any unauthorised use of any Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property. AEU [LuxOpCo] agrees to promptly inform Amazon EHT [LuxSCS] of any such unauthorised use that comes to the AEU [LuxOpCo]’s attention. To facilitate coordination of enforcement activities, AEU [LuxOpCo] shall consult with Amazon EHT [LuxSCS] before undertaking any actions to prevent such unauthorised use of Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property. (b) AEU [LuxOpCo] may, at its sole expense, institute and conduct suits to protect its rights under this Agreement against infringement any may retain all recoveries from any such suits.“ Вж. също лицензионното споразумение, точка 2.3 („Maintenance“) и точка 9.5 („Compliance, Data Protection“).

без каквото и да било отделно възнаграждение ⁽⁶⁹⁾. Освен това LuxOpCo се съгласява да поема всички рискове, свързани с всички дейности, които са му вменени по силата на лицензионното споразумение ⁽⁷⁰⁾. В случай че LuxOpCo придобива от трети страни права върху ИС, които дружеството използва за същата цел като нематериалните активи, то е задължено да преотстъпи тези права на LuxSCS без заплащане на лицензионно възнаграждение ⁽⁷¹⁾.

- (117) LuxOpCo, ASE, AMEU и европейските свързани дружества са използвали нематериалните активи, за да упражняват стопанската си дейност ⁽⁷²⁾.
- (118) Съгласно лицензионното споразумение LuxOpCo има право да дава на свързани дружества подлицензи върху нематериалните активи ⁽⁷³⁾. На 30 април 2006 г. LuxOpCo сключва „лицензионно споразумение за интелектуалната собственост“ (на английски език „Intellectual Property License Agreement“) както с ASE, така и с AMEU, по силата на което на двете дружества се дават неотменими неизключителни лицензи върху нематериалните активи. Тези две споразумения до голяма степен съответстват на лицензионното споразумение между LuxOpCo и LuxSCS. Съгласно тези споразумения лицензионното възнаграждение, което ASE и AMEU трябва да плащат на LuxOpCo, е определено по същия начин като лицензионното възнаграждение, което LuxOpCo трябва да плаща на LuxSCS съгласно лицензионното споразумение.
- (119) Съгласно споразуменията за предоставяне на услуги европейските свързани дружества са упълномощени да използват нематериалните активи, както и другата нематериална собственост и запазени марки, на които LuxOpCo е собственик или притежава по друг начин, доколкото това им е необходимо, за да предоставят услугите си на LuxOpCo. Цялата репутация, създадена при това ползване, е в полза единствено на LuxOpCo ⁽⁷⁴⁾. Всички права върху интелектуалната собственост и техните производни, които са създадени или придобити от европейските свързани дружества във връзка с предоставянето на тези услуги, остават собственост на LuxOpCo ⁽⁷⁵⁾.
- (120) Лицензионното споразумение е било в сила през целия живот на всички преотстъпени с подлиценз нематериални активи ⁽⁷⁶⁾ и е можело да бъде прекратено единствено в случай на промяна в контрола или съществено натрупване на тежести ⁽⁷⁷⁾ или в случай че някоя от страните не успее да поправи свое неизпълнение на задълженията в рамките на това споразумение ⁽⁷⁸⁾. Следователно LuxSCS не е било в състояние да прекрати едностранно лицензионното споразумение. Лицензионното споразумение е изменено през януари 2010 г., като започва да

⁽⁶⁹⁾ Вътрешен документ на Amazon: лицензионно споразумение, точка 3.1.

⁽⁷⁰⁾ Лицензионно споразумение, точка 7 („No Warranties“). „Each party provides its materials and services to the other pursuant to this agreement „as is,“ „with all faults“ and without warranties of any kind, express, implied, statutory or otherwise, including any implied warranties of merchantability, fitness for a particular purpose, reasonable care, workmanlike effort, results, lack of viruses, accuracy or completeness, all of which each party expressly disclaims, and each party assumes the entire risk as to the results and performance of those services and the materials. There is no warranty of title or noninfringement of any intellectual property rights or any warranty against interference with either party's or any other entity's enjoyment of information provided to it relating to this agreement.“

⁽⁷¹⁾ С наименованието „third party materials“. През февруари 2011 г. например LuxOpCo придобива пълната собственост върху групата LoveFilm, в това число върху нейната интелектуална собственост (вж. съобщението на Amazon от 4 май 2015 г.). В рамките на интеграцията след придобиването на групата [придобиване Q] Amazon решава да централизира в рамките на LuxOpCo всички „права върху цифровото съдържание“ (на английски език „digital content rights“) [...]. Точка 3.2 от лицензионното споразумение гласи: „Third Party Materials, From time to time during the Term, AEU [LuxOpCo] may license or otherwise acquire rights to or ownership of third party materials, which AEU [LuxOpCo] may use in connection with the Licensed Purpose („Third Party Materials“). If in connection with obtaining a license to Third Party Materials, AEU [LuxOpCo] acquires the right to sublicense such Third Party Materials to Amazon EHT [LuxSCS], then AEU [LuxOpCo] hereby grants to Amazon EHT [LuxSCS] a royalty free and non-exclusive right and license to use such Third Party Materials during the Term in the same manner as and for the same purposes that such Third Party Materials have been licensed to AEU [LuxOpCo]. If AEU [LuxOpCo] acquires ownership of any Third Party Materials, then AEU [LuxOpCo] hereby grants Amazon EHT [LuxSCS] a royalty free and non-exclusive right and license to use such Third Party Materials during the Term to the full extent that AEU [LuxOpCo] can use such Third Party Materials as the owner of the Third Party Material.“

⁽⁷²⁾ Съобщение на Amazon от 18 януари 2016 г.: „Both LuxOpCo and ASE rely on the Intangibles in operating their businesses. Inventory risk management, pricing, fulfillment, management and third party registration on Amazon's marketplaces, to name a few, are automated to a very large extent and the required technology is licensed from LuxSCS. As a result of this automation, these functions require limited involvement from LuxOpCo and ASE's employees beyond monitoring and management.“

⁽⁷³⁾ Лицензионно споразумение, точка 2.1, буква а) „Exclusive Intellectual Property License Grant“. Вж. бележка под линия 64.

⁽⁷⁴⁾ Споразумения за предоставяне на услуги, точка 3.1 „Use by Provider“.

⁽⁷⁵⁾ Споразумения за предоставяне на услуги, точка 3.2 „Ownership by Company“.

⁽⁷⁶⁾ Лицензионно споразумение, точка 4.1 „Term“.

⁽⁷⁷⁾ Лицензионно споразумение, точка 4.2 „Immediate Termination upon Notice for Change of Control or Substantial Encumbrance“.

⁽⁷⁸⁾ Лицензионно споразумение, точка 4.3 „Termination After Failure to Cure of Performance“.

поражда правно действие от 1 януари 2009 г.⁽⁷⁹⁾. Изменението е свързано с определението на понятието „оперативна печалба, реализирана в ЕС“ (на английски език „EU Operating Profit“), използвано за целите на изчисляването на лицензионното възнаграждение⁽⁸⁰⁾.

2.2. РАЗГЛЕЖДАНАТА МЯРКА

2.2.1. РАЗГЛЕЖДАНОТО ДС

- (121) Разглежданото ДС представлява писмо от 6 ноември 2003 г., което съдържа едно-единствено изречение и е адресирано до Amazon.com, Inc. от люксембургската данъчна администрация, като в него се посочва следното:

„След като се запознах с писмото от 31 октомври [sic] 2003 г., което ми бе изпратено от [Съветник 1], както и с писмото ви от 23 октомври [sic] 2003 г., в което се излага позицията ви относно данъчното третиране в Люксембург с оглед на бъдещите ви дейности, с удоволствие ви уведомявам, че мога да одобря съдържанието на двете писма.“

- (122) Поради закъснение в изпълнението на реорганизацията на европейските дейности на Amazon дружеството иска удължаване на срока на валидност на ДС с писмо от 5 декември 2004 г. до люксембургската данъчна администрация, която в отговор потвърждава на Amazon това удължаване с писмо от 23 декември 2004 г.⁽⁸¹⁾. Първоначално одобреният петгодишен срок на разглежданото ДС е удължен през 2010 г. и на практика ДС се прилага до юни 2014 г.⁽⁸²⁾.

2.2.2. ПИСМОТО ОТ 31 ОКТОМВРИ 2003 Г.

- (123) В писмото си от 31 октомври 2003 г., адресирано до люксембургската данъчна администрация (наричано по-нататък „писмото на Amazon от 31 октомври 2003 г.“), Amazon иска потвърждение на данъчното третиране на LuxSCS, неговите съдружници, установени в САЩ, и дивидентите, получавани от LuxOpCo в рамките на тази структура. В писмото се обяснява, че в качеството си на командитно дружество LuxSCS не може да има отделна данъчна субектност от тази на съдружниците си и че вследствие на това то не следва да се облага с корпоративен данък, нито с данък върху имуществото в Люксембург.
- (124) Въпреки данъчната прозрачност на LuxSCS, дружеството или неговите съдружници, установени в САЩ, е можело да бъдат обложени с данък в Люксембург, ако бъде счетено, че осъществяват дейностите си чрез постоянен стопански обект в Люксембург. В тази връзка в писмото се уточнява, че нито по отношение на LuxSCS, нито по отношение на съдружниците му може да се счита, че имат действително присъствие в Люксембург (офиси, персонал и т.н.), така че при липса на постоянен обект за осъществяване на стопанска дейност за LuxSCS не следва да се счита, че има отделна данъчна субектност от тази на съдружниците си, нито че упражнява стопанска дейност в Люксембург⁽⁸³⁾. По същия начин за неговите съдружници не би могло да се счита, че имат постоянен стопански обект в Люксембург.

2.2.3. ПИСМОТО ОТ 23 ОКТОМВРИ 2003 Г.

- (125) В писмото си от 23 октомври 2003 г., адресирано до люксембургската данъчна администрация (наричано по-нататък „писмото на Amazon от 23 октомври 2003 г.“), Amazon иска да се издаде данъчно становище, потвърждаващо третирането на LuxOpCo за целите на люксембургското корпоративно данъчно облагане⁽⁸⁴⁾. В това писмо Amazon обяснява предвидената корпоративна структура в Европа и иска потвърждение, че методът за определяне на трансферните цени във връзка с описаното в това писмо лицензионно споразумение осигурява на LuxOpCo „подходяща и приежлива печалба“ „с оглед политиката в областта на трансферните цени и член 56 и член 164, параграф 3 от люксембургския закон за подоходното облагане“.

⁽⁷⁹⁾ Съобщение на Люксембург от 21 ноември 2014 г., приложение 4.

⁽⁸⁰⁾ Вж. съображение (128) за определенията на термините, използвани в изчисленията на лицензионното възнаграждение. След изменението „оперативна печалба, реализирана в ЕС“ означава оборотът, реализиран в ЕС, като се приспаднат стойността на стоките, суровините и консултативите за ЕС и оперативните разходи за ЕС, както и от време на време по договаряне между страните — определени разходи по себестойност, които не са включени в оперативните разходи на AEU.

⁽⁸¹⁾ Вж. бележка под линия 84.

⁽⁸²⁾ Както е обяснено в съображение 102, европейската структура на Amazon такава, каквато е описана в искането за ДС и потвърдена в разглежданото ДС, функционира в периода от май 2006 г. до юни 2014 г. Тази структура е изменена през юни 2014 г.

⁽⁸³⁾ Както е обяснено в писмото на Amazon от 31 октомври 2003 г., стр. 4: „Notwithstanding the tax transparency of LuxSCS, it would have been subject to municipal business tax (Article 2 MBTL) on its profits if these profits are derived by a permanent establishment situated in Luxembourg from the carrying out of a „commercial activity“ as defined by Article 14-1 IFL.“

⁽⁸⁴⁾ Това писмо и писмото от 31 октомври 2003 г. са допълнени с още сведения относно преструктурирането, предоставени в писмата на Amazon от 5 декември 2004 г., 14 април 2006 г. и 20 април 2006 г. до люксембургската данъчна администрация. Люксембургската данъчна администрация потвърди на Amazon с писма от 23 декември 2004 г. и 27 април 2006 г., че: „As the changes discussed in your letter of April 14, 2006 and in the letter of April 20, 2006 by Mr. [...] from [Advisor 1] will have no effect on the taxation of your group's companies, my letter of November 6, 2003 will remain in force. So, I have no objections to the content of the letters of April 14, 2006 and April 20, 2006 respectively.“

- (126) Това писмо се позовава на „икономически анализ“, съдържащ се в приложение към него и представящ „функциите и рисковете, които трябва да поема LuxOpCo, както и естеството и значимостта на нематериалните активи, които следва да са предмет на лиценза за нематериалните активи“, договорен между LuxSCS и LuxOpCo. Въз основа на този анализ е предложен метод за определяне на трансферните цени, чрез който се определя ставката на годишното възнаграждение (наречено в писмото „лицензионно възнаграждение“), дължимо от LuxOpCO на LuxSCS за използването на нематериалните активи.
- (127) Съгласно този метод годишното лицензионно възнаграждение представлява процент от общия оборот на LuxOpCo от експлоатацията на европейските уебсайтове (наричан по-нататък „ставка на лицензионното възнаграждение“). Както е обяснено във въпросното писмо, лицензионното възнаграждение и ставката му се изчисляват по следния метод ⁽⁸⁵⁾:

- „1. да се изчисли и припише на LuxOpCo „възвръщаемост на LuxOpCo“ в размер на по-малката от следните две стойности а) [4—6] % от общите оперативни разходи, понесени от LuxOpCo за ЕС в течение на разглежданата година б) оперативната печалба, реализирана в ЕС, която може да се припише на европейските уебсайтове за същата година;
2. лицензионното възнаграждение е равно на оперативната печалба, реализирана в ЕС, минус възвръщаемостта на LuxOpCo, но не може да бъде по-малко от нула;
3. ставката на лицензионното възнаграждение за годината е равна на лицензионното възнаграждение, разделено на общия оборот, реализиран в ЕС за годината;
4. независимо от предходното, размерът на възвръщаемостта на LuxOpCo не може да бъде по-малък от 0,45 %, нито по-голям от 0,55 % от реализирания в ЕС оборот, независимо от годината;
5. а) ако възвръщаемостта на LuxOpCo, определена на първата стъпка, е по-малка от 0,45 % от реализирания в ЕС оборот, тя се коригира, така че да е равна на по-малката от следните две суми i) 0,45 % от оборота или оперативната печалба, реализирана в ЕС, и ii) оперативната печалба, реализирана в ЕС;
6. б) ако възвръщаемостта на LuxOpCo, определена на първата стъпка, е по-голяма от 0,55 % от реализирания в ЕС оборот, тя се коригира, така че да е равна на по-малката от следните две суми i) 0,55 % от оборота, реализиран в ЕС, и ii) оперативната печалба, реализирана в ЕС.“

- (128) За целите на изчисляването на ставката на лицензионното възнаграждение ⁽⁸⁶⁾:

„стойност на продадената стока, суровини и консумативи за ЕС“ означава стойността на продадените стоки, изчислена съгласно общоприетите счетоводни принципи на САЩ (т.нар. на английски език „US GAAP“), която може да се припише на експлоатацията на европейските уебсайтове от страна на LuxOpCo;

„оперативни разходи за ЕС“ означава общите разходи, понасяни от LuxOpCo, в това число вътрешногруповите разходи, с изключение на: стойността на продадената стока, суровини и консумативи за ЕС, лицензионното възнаграждение, свързаните с валутните курсове печалби и загуби и разходите за лихви, изчислени съгласно US GAAP;

„оборот, реализиран в ЕС“ означава общият нетен оборот от продажби, реализиран от LuxOpCo благодарение на европейските уебсайтове; той съответства на сбора на а) общите продажни цени на продуктите, продадени от LuxOpCo, посочени във фактурите, които са предоставени на клиентите, в това число приходите от подаръчни опаковки, транспорт и обработка, като се приспадат данъкът върху добавената стойност, намаленията и другите отстъпки, и б) общия оборот от услуги, реализиран от LuxOpCo благодарение на продажбата на продукти или услуги от несвързани страни на европейските уебсайтове, като се приспадне данъкът върху добавената стойност;

„оперативна печалба, реализирана в ЕС“ означава оборотът, реализиран в ЕС, от който се приспадат стойността на продадената стока, суровини и консумативи за ЕС и оперативните разходи за ЕС.“

⁽⁸⁵⁾ Писмо на Amazon от 23 октомври 2003 г., стр. 5.

⁽⁸⁶⁾ Писмо на Amazon от 23 октомври 2003 г., стр. 6.

2.2.4. ДОКЛАДЪТ ОТНОСНО ТРАНСФЕРНИТЕ ЦЕНИ

- (129) В отговор на решението за откриване Люксембург представи доклада относно ТЦ ⁽⁸⁷⁾. Люксембург твърди, че този доклад е „икономическият анализ“, на който се позовава Amazon в писмото си от 23 октомври 2003 г. Докладът относно ТЦ е изготвен съгласно Насоките на Организацията за икономическо сътрудничество и развитие за трансферното ценообразуване за многонационалните предприятия и данъчните администрации (наричани по-нататък „насоките на ОИСР“) ⁽⁸⁸⁾.

2.2.4.1. Функционален анализ

- (130) В раздел 3 от доклада относно ТЦ се предоставя функционален анализ на LuxSCS и на LuxOpCo.
- (131) Съгласно този функционален анализ се предвижда основните дейности на LuxSCS да бъдат ограничени до такива на дружество, притежавашо нематериални активи, и на участник в постоянното развиване на нематериалните активи в рамките на СПР ⁽⁸⁹⁾. Предвижда се също така LuxSCS да отдава под лиценз нематериалните активи на LuxOpCo при условията на лицензионното споразумение и да получава възнаграждения по силата на това споразумение.
- (132) По отношение на LuxOpCo в доклада относно ТЦ се обяснява, че „[б]лагодарение на членовете на щатния си персонал на пълно работно време, които имат управленски функции, LuxOpCo се предвижда да управлява вземането на стратегически решения, свързани с дейностите по търговия на дребно и услуги на европейските уебсайтове, както и да управлява основните физически елементи на дейностите по търговия на дребно“ ⁽⁹⁰⁾. Съгласно писмото на Amazon от 23 октомври 2003 г. в LuxOpCo е трябвало да работят „общо най-малко 25 до 30 щатни служители на пълно работно време, от които някои да заемат високопоставени ръководни постове за цяла Европа и да отговарят за вземането на стратегически решения относно европейските уебсайтове“ ⁽⁹¹⁾, а останалите щатни служители на пълно работно време (около двадесет) да изпълняват функции в областта на маркетинга, технологиите и управлението на задълженията.
- (133) В доклада относно ТЦ се обяснява също така, че „[с]лед реструктурирането се очаква основните дейности на LuxOpCo да се съсредоточат върху експлоатацията на софтуерната платформа на Amazon с цел да се осигури постоянно развитие и усъвършенстване на основаващия се на софтуер бизнес модел, който стои в основата на дейностите по търговия на дребно и услуги, осъществявани чрез канала на европейските уебсайтове. [...]“ ^(*) За постигането на тази цел ръководството на LuxOpCo ще работи за откриване на възможностите за подобряване и укрепване на дейностите по търговия на дребно и услуги чрез използване на нови и усъвършенствани характеристики и функционалности на платформата в хода на тяхното разработване. В качеството си както на търговец на дребно, така и на доставчик на услуги, LuxOpCo ще се стреми да предоставя оптимална практическа работа за клиентите във всички области, по-специално при обработката на поръчките, обработката на плащанията, решенията, свързани с мърчандайзинга, и проследяването на резултатите на продавачите трети страни [...]“ ⁽⁹²⁾.
- (134) Било е предвидено в качеството си на търговец на дребно LuxOpCo да взема решения относно стоките и ценообразуването и да управлява всички аспекти на обработването на поръчките ⁽⁹³⁾. В качеството си на оператор на дейностите по предоставяне на услуги LuxOpCo е шяло също така да „отговаря за стратегическите решения относно подбора на търговците трети страни и на категориите продукти, както и за маркетинга по отношение на търговците трети страни и преговорите с тях“ ⁽⁹⁴⁾. За целите на експлоатацията на европейските уебсайтове LuxOpCo е трябвало да използва нематериалните активи, които са му били предоставени под лиценз от LuxSCS. Било е предвидено LuxOpCo да е законният притежател на правото на собственост върху всички материални запаси ⁽⁹⁵⁾. LuxOpCo е трябвало също така да поеме всички рискове, свързани с притежанието на материалните запаси и продажбата на продукти посредством европейските уебсайтове ⁽⁹⁶⁾. Съгласно писмото на Amazon от 23 октомври 2003 г. LuxOpCo е трябвало да притежава и използва намиращите се в Люксембург сървъри, предназначени за обработка на сделки, за да обработва сделките на клиентите и на продавачите трети страни и да разрешава плащанията за тях, по-специално плащанията към търговците трети страни ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ Доклад относно ТЦ, вж. съображение 4.

⁽⁸⁸⁾ Вж. доклада относно ТЦ, раздел 4.1 „Overview of Methods“.

⁽⁸⁹⁾ В писмото на Amazon от 31 октомври 2003 г. се разяснява също така, че „LuxSCS се предвижда да запази всички и всякакви рискове, свързани с притежанието на правата върху интелектуалната собственост“.

⁽⁹⁰⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13.

⁽⁹¹⁾ Писмо на Amazon от 23 октомври 2003 г., стр. 3 и 4. На ръководните постове е трябвало да има 8 до 10 СЕПРВ, които отговарят на следните функции: генерален директор за Европа, национален директор за Люксембург, директор „Верига на доставките“ за Европа, директор „Върхови оперативни резултати“ за Европа, директор „Инженерни дейности“ за Европа, директор „Информационни технологии“, финансов директор за Европа.

^(*) Поверителна информация.

⁽⁹²⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 30.

⁽⁹³⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13.

⁽⁹⁴⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13.

⁽⁹⁵⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13.

⁽⁹⁶⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13.

⁽⁹⁷⁾ Писмо на Amazon от 23 октомври 2003 г., стр. 4.

- (135) LuxOpCo е трябвало да сключи договор с дружеството ASE, което да встъпи като комисионер за предоставянето на услуги от собствено име, но в полза на LuxOpCo, в рамките на програмите за продавачи трети страни на Amazon в Европа. ASE е трябвало да предоставя основно някои услуги за обработка на поръчки, свързани с дейностите по предоставяне на услуги.
- (136) Европейските свързани дружества, намиращи се в Германия, Франция и Обединеното кралство, е трябвало да предоставят различни услуги за европейските уебсайтове, по-специално определени услуги за клиентска поддръжка, препращане на клиенти, маркетинг и обработка на поръчки ⁽⁹⁸⁾.
- (137) Според прогнозите на ръководството на Amazon, представени за целите на доклада относно ТЦ, от LuxOpCo се е очаквало да увеличи оборота си в хода на дейността от около 3,2 милиарда евро през 2005 г. на около 8,3 милиарда евро през 2010 г. и да понесе следните разходи: съгласно прогнозите стойността на продадената стока, изчислена като процент от оборота, е трябвало да възлиза средно на около 77,5 %, а брутният марж се е движел около 22,5 %. След реструктурирането през 2006 г. LuxOpCo е трябвало да поема текущите разходи, свързани с управлението и експлоатацията на платформата на Amazon в Европа, по-специално разходите за обработка на плащанията и за събиране на вземанията, несъбираемите кредити, някои разходи за поддръжка на системата, както и разходите за възнаграждения на ръководството, на персонала, работещ по технологиите, и на други членове на персонала, натоварен със задачата да поддържа експлоатацията на платформата на Amazon в региона ⁽⁹⁹⁾. Хипотезите, на които се основават прогнозите на ръководството, не са оповестени, нито анализирани в доклада относно ТЦ ⁽¹⁰⁰⁾.

2.2.4.2. Избор на най-подходящия метод за определяне на трансферните цени

- (138) В раздел 5 от доклада относно ТЦ се разглежда въпросът за избора на най-подходящия метод за определяне на трансферните цени за целите на оценката на съответствието на ставката на лицензионното възнаграждение с принципа за сделка между несвързани лица.
- (139) За да се определят възнаграждението, което следва да се изплаща на LuxOpCo, и отговарящата на принципа на сделка между несвързани лица ставка на лицензионното възнаграждение, което LuxOpCo трябва да плаща на LuxSCS по силата на лицензионното споразумение, в доклада относно ТЦ се предлагат алтернативни методи за определяне на трансферните цени: единият се основава на метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар, а другият — на метода на разпределяне на остатъчната печалба ⁽¹⁰¹⁾.

2.2.4.3. Анализ на трансферното ценообразуване по метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар

- (140) В раздел 6.1 от доклада относно ТЦ е изчислен пазарен диапазон за лицензионното възнаграждение въз основа на метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар.
- (141) Авторите на доклада относно ТЦ най-напред са потърсили сравними сделки във вътрешната база данни с лицензионни споразумения на Amazon, а на външна агенция е било възложено да проучи лицензионни споразумения във връзка с нематериални активи, които са сходни с тези на Amazon. Откритите в резултат от проучванията сделки не са били сметени за достатъчно сравними, поради което са били отхвърлени за целите на анализа на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар.
- (142) На следващо място в доклада относно ТЦ се представя списък с относимите споразумения (изброени по-долу), които Amazon е сключило от 2000 г. нататък с търговци на дребно трети страни и с които е предоставило технологичната си платформа на разположение на тези търговци: споразумението за стратегически съюз между Rocket.zeta, Inc., Amazon.com, Inc., target.direct LLC и Target Corporation (наричано по-нататък „споразумението Target“) ⁽¹⁰²⁾, споразумението за стратегически съюз между Rock-Bound, Inc. и ToysRUs.com LLC (наричано по-нататък „споразумението ToysRUs“); споразумението за листване на продукти между Amazon.com Payments, Inc. и Circuit City Stores, Inc. (наричано по-нататък „споразумението Circuit City“); споразумението за хостване на огледален сайт между Frontier.zeta, Inc. и Borders Online LLC (наричано по-нататък „споразумението Borders“); и споразумението за хостване на огледален сайт между Amazon.com International Sales, Inc. и Waterstone's Bookseller Ltd. (наричано по-нататък „споразумението Waterstones“). Amazon нарича тези споразумения „споразуменията M.com“. След проучване на тези споразумения авторите на доклада относно ТЦ стигат до заключението, че споразумение [A] е сравнимо, докато останалите „не включват предоставянето на разположение на технологичната платформа за електронна търговия“ ⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁸⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 14.

⁽⁹⁹⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 29.

⁽¹⁰⁰⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 30.

⁽¹⁰¹⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 20 и 21.

⁽¹⁰²⁾ Вж. [...].

⁽¹⁰³⁾ Съобщение на Amazon от 28 октомври 2015 г.: „Meeting with the Case Team“, стр. 8.

- (143) В споразумението [A] Amazon приема да създаде, развие, хоства и осигурява функционирането на нов сайт на [A] и магазин на [A] на уебсайтовете на Amazon, които е трябвало да заменят съществуващия уебсайт за електронна търговия на [A]. Функционалностите, които е трябвало да съдържа уебсайтът на [A], са щели да бъдат по същество равностойни на тези, които се съдържат по принцип на уебсайтовете на Amazon. В замяна на това [A] е трябвало да плати на Amazon възнаграждение, което се състои по-специално от такси за създаване ⁽¹⁰⁴⁾, базови такси ⁽¹⁰⁵⁾ и търговски комисиони ⁽¹⁰⁶⁾.
- (144) За да може да се направи сравнение между това възнаграждение и лицензионното възнаграждение (наречено на английски език „Royalty Rate“, т.е. „ставката на лицензионното възнаграждение“ в доклада относно ТЦ), таксите за създаване са амортизирани и разпределени за всеки от четирите посочени в споразумението периода и по същия начин като годишните базови такси са преобразувани в процент от продажбите (вариращи от 3,4 % до 7,2 %). Тъй като предвидените в споразумението [A] комисиони са варирали между 4 % и 5 % от продажбите, авторите на доклада относно ТЦ първоначално са извели заключението, че имплицитната ставка на възнаграждението, предвидена в споразумението [A], е в диапазона между 8,4 % и 11,7 % от продажбите. [A] обаче се е ангажирало също така да плаща на Amazon някои такси за компенсиране както на свръхкапацитета на поръчките, така и на излишъците от материални запаси. Тези споменати в споразумението такси също са преобразувани в процент от продажбите, вариращ от 1,2 % до 0,7 %. Вследствие на това първоначално изчисленият пазарен диапазон за ставката на лицензионното възнаграждение е от 9,6 % до 12,6 % от продажбите.
- (145) Накрая, тъй като със споразумението [A] не се дава достъп на [A] до данните на клиентите на Amazon, авторите на доклада относно ТЦ са коригирали съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар, за да отчетат факта, че LuxSCS е предоставяло на LuxOpCo достъп до данните на клиентите на Amazon. Вследствие на това и с оглед на информацията в споразумение [B] е предложена корекция от 1 % нагоре, като така пазарният диапазон за ставката на лицензионното възнаграждение става между 10,6 % и 13,6 % от продажбите на LuxOpCo.

2.2.4.4. Анализ на трансферното ценообразуване по метода на разпределяне на остатъчната печалба

- (146) В раздел 6.2 от доклада относно ТЦ е представено изчисление на пазарния диапазон за лицензионното възнаграждение (наречено „ставка на лицензионното възнаграждение“ в доклада относно ТЦ) по метода на разпределяне на остатъчната печалба. Прилагайки този метод авторите на доклада относно ТЦ са направили приблизителна оценка на възвръщаемостта, свързана с „текущите функции [на LuxOpCo] в ролята му на европейско оперативно дружество“ ⁽¹⁰⁷⁾, въз основа на надбавката върху разходите, понасяни от LuxOpCo ⁽¹⁰⁸⁾.
- (147) За да определят пазарен диапазон за тази надбавка, авторите на доклада относно ТЦ са направили проучвания с цел откриване на сравними дружества, които общо са описани като дружества, натоварени с управлението и функционирането на основани на софтуер дейности. След търсене на сравними дружества в базата данни Amadeus ⁽¹⁰⁹⁾ с помощта на критерии за подбор, свързани с географската зона ⁽¹¹⁰⁾, и търсения по ключова дума в описанията на дейностите ⁽¹¹¹⁾ и в номенклатурата на икономическите дейности, съчетани с ръчно сортиране, бяха определени седем дружества, за които се счита, че са сравними с Amazon ⁽¹¹²⁾.
- (148) На тази основа терминът „надбавка върху нетните разходи“ (на английски език „net cost plus mark-up“) е посочен в доклада относно ТЦ като показателя за печалба, позволяващ да се определи възнаграждението, съответстващо на принципа за сделка между несвързани лица, за предвидените за LuxOpCo функции, което е определено като равностойността на оперативната печалба, разделена на сбора от стойността на продадената стока и оперативните разходи ⁽¹¹³⁾. Въз основа на базата данни за седемте сравними сделки е изчислен средният интерквартилен размах за три години (от 1999 г. до 2001 г.): долният квартил е 2,3 %; медианата е 4,2 %, а горният квартил е 6,7 %. Таблицата с резултатите показва, че данните са изразени като проценти от нетните продажби ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ 7 милиона щатски долара за първата година от споразумението и 8 милиона щатски долара за втората година; вж.: вътрешен документ на Amazon: споразумение между Amazon и [A], стр. 155.

⁽¹⁰⁵⁾ От 7 милиона щатски долара за втората година от споразумението до 35 милиона щатски долара за петата година; вж.: вътрешен документ на Amazon: споразумение между Amazon и [A], стр. 155.

⁽¹⁰⁶⁾ Първоначално 5 %, а след това 4 % за четвъртата и следващите години; вж.: вътрешен документ на Amazon: споразумение между Amazon и [A], стр. 157.

⁽¹⁰⁷⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 30.

⁽¹⁰⁸⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 28.

⁽¹⁰⁹⁾ Базата данни Amadeus съдържа финансова информация за публичните и частните дружества в цяла Европа. Тя се ръководи Bureau van Dijk (или BvD) — доставчик на информация относно предприятията и на икономически анализи.

⁽¹¹⁰⁾ Данъчният съветник е ограничил проучването до следните държави: Австрия, Белгия, Германия, Гърция, Дания, Испания, Италия, Люксембург, Нидерландия, Норвегия, Португалия, Финландия, Франция, Швейцария и Швеция.

⁽¹¹¹⁾ Използвани са следните ключови думи: Computational, Design, Marketing, Merchandising, Programming, Promotion, Services, Web Design.

⁽¹¹²⁾ Algorgiel, Askill, Decade, Seresco SA, Société de Gestion de Terminaux Informatiques, Solutec и Sydelis.

⁽¹¹³⁾ Доклад относно ТЦ, приложение V.

⁽¹¹⁴⁾ Доклад относно ТЦ, приложение V, стр. 46.

- (149) Вследствие на това надбавка от [4—6] % е избрана и приложена спрямо оперативните разходи на LuxOpCo, за да се определи „текущата рентабилност, която може да се припише на функциите на LuxOpCo“⁽¹¹⁵⁾. След това тази възвръщаемост е приспадната от оперативната печалба на LuxOpCo. В доклада относно ТЦ е счетено, че така получената разлика между тази възвръщаемост и счетоводната печалба на LuxOpCo, т.е. остатъчната печалба, може изцяло да се припише на използването на нематериалните активи, предоставени под лиценз от LuxSCS.
- (150) Накрая, в доклада относно ТЦ прогнозната остатъчна печалба за всяка година е разделена на прогнозните нетни продажби на LuxOpCo, за да се получи приблизителна представа за ставката на лицензионното възнаграждение. На тази основа авторите на доклада относно ТЦ са извели заключението, че „ставка на лицензионно възнаграждение между 10,1 и 12,3 процента от нетния оборот, приложена върху LuxOpCo от LuxSCS, би отговаряла на критерия за спелка между несвързани лица в съответствие с насоките на ОИСП“⁽¹¹⁶⁾.
- (151) Изчисленията в доклада относно ТЦ са обобщени и показани в таблица 1⁽¹¹⁷⁾. Графи 1—3 са добавени от Комисията с цел разяснение на изчисленията.

Таблица 1

Изчисления, посочени в доклада относно ТЦ, вж. стр. 32 от доклада относно ТЦ (графи 1—3 са добавени от Комисията)

(Млн. евро)

1	2	3	4	5	6	7	8	9
			2005	2006	2007	2008	2009	2010
a	Оборот		3 154,2	4 299,9	5 073,9	5 987,1	7 064,7	8 336,3
б	Стойност на продадената стока, суровини и консумативи		2 446,9	3 332,7	3 932,6	4 640,5	5 475,8	6 461,4
в	Брутна печалба	a – б	707,3	967,2	1 141,3	1 346,6	1 588,9	1 874,9
г	Оперативни разходи		89,9	106,0	121,7	143,7	171,2	204,2
д	Междуфирмени (co.uk, .de, .fr)		279,4	338,4	395,6	456,2	524,1	602,7
е	Разходи — комисионер, Люксембург		2,8	3,4	4,1	4,9	5,9	7,0
ж	Оперативни разходи (от които междуфирмени)	г + д + е	372,1	447,8	521,4	604,8	701,2	813,9
з	Оценка на нетната оперативна печалба (на нетната загуба) преди стандартна възвръщаемост	в – ж	335,2	519,4	619,9	741,8	887,7	1 061,0
и	Стандартна възвръщаемост, причислена на LuxASE		0,14	0,17	0,20	0,24	0,29	0,35
й	Стандартна възвръщаемост, причислена на LuxOpCo	[4 – 6] % × g	16,8	20,2	23,5	27,2	31,6	36,6
к	Оценка на остатъчната печалба, платима на LuxSCS	з – и – й	318,3	499,1	596,2	714,3	855,8	1 024,0
л	Действителна ставка на лицензионното възнаграждение (в % от оборота)	к/а	10,1 %	11,6 %	11,8 %	11,9 %	12,1 %	12,3 %

2.2.4.5. Приравняване на двата анализа на трансферните цени

- (152) След като са обобщили резултатите от анализа на трансферната цена в лицензионното споразумение по метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар и по метода на разпределяне на остатъчната печалба, авторите на доклада относно ТЦ са счели, че резултатите са близки и показват пазарен диапазон за ставката на лицензионното възнаграждение, дължимо от LuxOpCo на LuxSCS по силата на лицензионното споразумение, между 10,1 % и 12,3 % от продажбите на LuxOpCo.

⁽¹¹⁵⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 31.

⁽¹¹⁶⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 31.

⁽¹¹⁷⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 32.

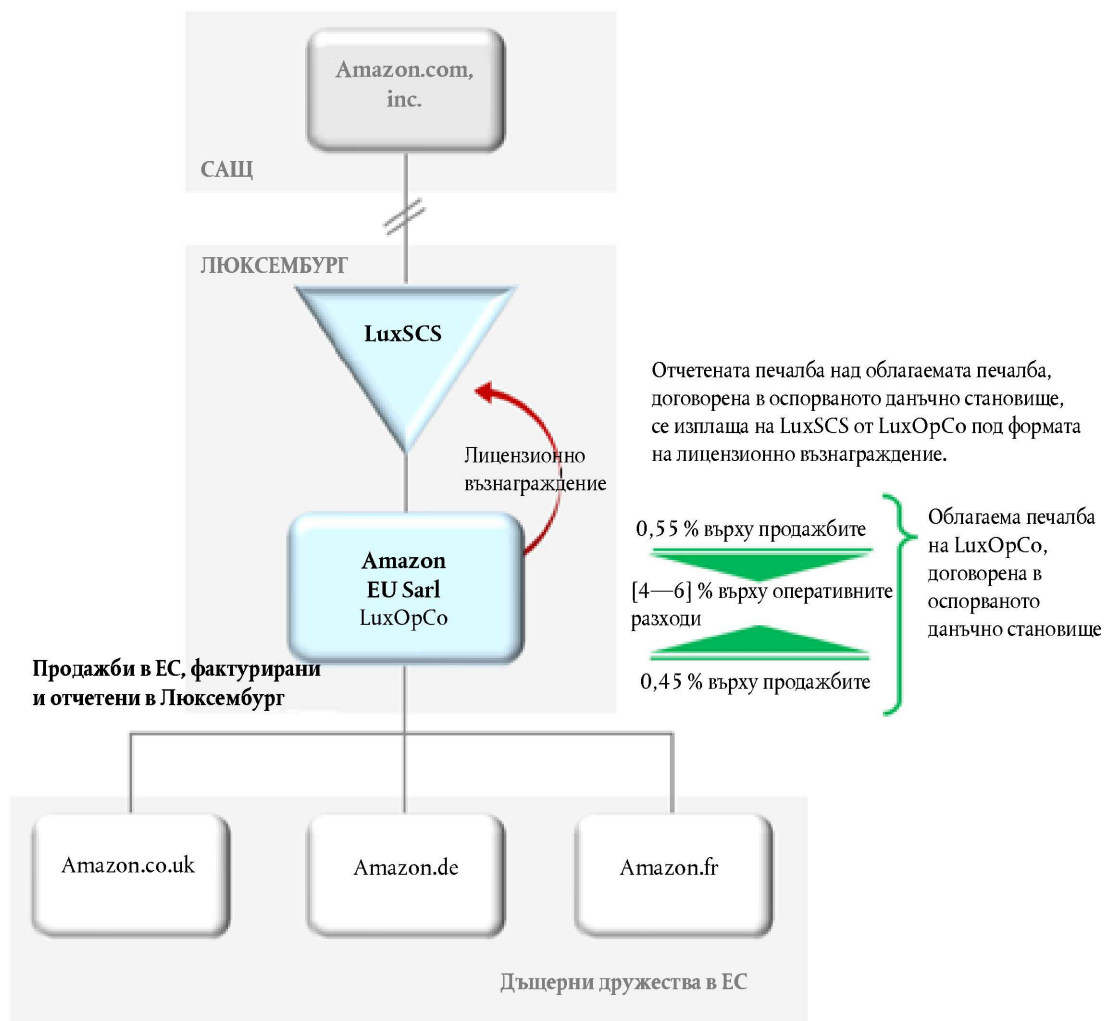
- (153) В доклада относно ТЦ се извежда и заключението, че „макар да е основателно да се заключи, че изборът на ставка за лицензионното възнаграждение в диапазона на ставките, получени по тези два метода, би бил в съответствие с принципа за сделка между несвързани лица, е възможно да съществуват леки разлики по отношение на бъдещите нематериални активи, прехвърлени по силата на споразумение [A], които биха довели до леки разлики в резултатите, получени по единия и по другия метод. [...] основателно е да се заключи [...], че вероятността анализът на разпределянето на остатъчната печалба да предизвика неточни преценки е по-малка, поради което този метод може да се счита за по-надежден измерител за ставката на възнаграждението, която отговаря на принципа за сделка между несвързани лица“⁽¹¹⁸⁾.

2.2.5. ПОСЛЕДИЦИ ОТ РАЗПЛЕЖДАНОТО ДС

- (154) С разглежданото ДС люксембургската данъчна администрация е одобрила съдържанието на писмата на Amazon от 23 и 31 октомври 2003 г. По-специално тя е потвърдила, че методът за определяне на трансферните цени за целите на определянето на ставката на годишното лицензионно възнаграждение, което LuxOpCo трябва да плаща на LuxSCS по силата на лицензионното споразумение, която на свой ред определя годишните облагаеми доходи на LuxOpCo в Люксембург, е в съответствие с принципа за сделка между несвързани лица. Това споразумение е обобщено на фигура 2:

Фигура 2

Структура на европейските образувания на Amazon в периода 2006—2014 г., включително споразумението за плащане на лицензионно възнаграждение



⁽¹¹⁸⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 34.

- (155) При попълването на годишните си данъчни декларации LuxOpCo се е позовавало на разглежданото ДС през разглеждания период, за да определи годишния размер на дължимия корпоративен данък. LuxSCS и съдружниците му, установени в САЩ, също са се позовавали на разглежданото ДС, доколкото в него се потвърждава, че нито LuxSCS, нито съдружниците му не се облагат в Люксембург с корпоративен данък, с местен търговски данък или — по отношение само на посочените съдружници — с данъци върху дяловете им в LuxSCS ⁽¹¹⁹⁾.
- (156) В таблица 2 е показано отражението на разглежданото ДС върху изчисляването на данъчната основа на LuxOpCo в Люксембург и размера на възнаграждението (лицензионното възнаграждение), което следва да се изплаща на LuxSCS от 2006 г. нататък. Комисията припомня, че LuxOpCo играе ролята на консолидиращо дружество в данъчно консолидираната група, в която освен него влизат ASE и AMEU, и че следователно тези дружества се третираат като едно-единствено данъчнозадължено лице за целите на люксембургското данъчно облагане. Затова в таблица 2 са представени данни на консолидирана основа и не се прави никакво разграничение между LuxOpCo, ASE и AMEU в следващите раздели.

Таблица 2

Изчисление на данъчната основа на LuxOpCo и на плащанията на лицензионното възнаграждение за периода 2006—2013 г.

(В млн евро)

Данъчно консолидирана група в Люксембург	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Общ оборот	1 979,4	3 545,7	4 298,6	5 605,4	7 628,8	10 086,3	13 312,1	[15 000 — 15 500]
Нетна стойност на продадената стока, суровини и консумативи	1 610,8	2 828,3	3 406,1	4 421,6	6 084,4	8 078,0	10 486,6	[11 500 — 12 000]
Общо оперативни разходи	262,5	476,8	530,0	637,6	918,3	1 461,7	2 252,9	[3 000 — 3 500]
от които:								
Разходи, приложими спрямо маржа	262,5	439,9	493,6	597,0	801,9	1 313,1	2 041,7	[2 500 — 3 000]
от които:								
LuxOpCo — оперативни разходи	78,6	162,6	203,6	258,4	317,7	483,1	662,7	[800 — 900]
LuxOpCo — вътрешногрупови	183,8	277,3	290,0	338,6	484,1	830,1	1 379,0	[1 500 — 2 000]
Разходи, изключени от маржа (управление и ограничени единици акции)	0,0	36,9	36,4	40,6	116,4	148,5	211,2	[200 — 300]
Получена оперативна печалба	106,1	240,5	362,6	546,2	626,1	546,6	572,7	[600 — 700]
Изчислена обща възвръщаемост за данъчно консолидираната група в Люксембург в размер на [4—6] % от коригираните оперативни разходи	11,8	19,8	22,2	26,9	36,1	59,1	91,9	[100 — 200]
Анализ горна/долна граница								
Горна граница на печалбата (0,55 % от оборота)	10,9	19,5	23,6	30,8	42,0	55,5	73,2	[80 — 90]
Долна граница на печалбата (0,45 % от оборота)	8,9	16,0	19,3	25,2	34,3	45,4	59,9	[60 — 70]
Консолидирана печалба Люксембург — по горна/долна граница и възвръщаемост	10,9	19,5	22,2	26,9	36,1	55,5	73,2	[80 — 90]
Плащане на лицензионно възнаграждение (данъчно консолидирана група на LuxSCS)	95,2	221,0	340,4	519,3	590,0	491,1	499,4	[500 — 600]

⁽¹¹⁹⁾ Поради третирането на LuxSCS като прозрачно от данъчна гледна точка образувание в Люксембург възнагражденията, изплащани на LuxSCS от LuxOpCo, не се считат за облагаем доход на LuxSCS в Люксембург, а за облагаем доход на неговите съдружници в САЩ. Освен това от 1 януари 2004 г. Люксембург не облага с данък при източника възнагражденията за нематериални активи, изплащани на получатели, които не са местни лица. Вследствие на това Люксембург не е облагал с никакъв данък печалбата на LuxSCS. За сметка на това, тъй като САЩ не считат LuxSCS за прозрачно от данъчна гледна точка образувание, а по-скоро за отделно образувание, установено в Люксембург, облагането с данък на съдружниците на LuxSCS в САЩ може да се отсрочва безкрайно, стига никаква част от печалбата на LuxSCS да не се връща в САЩ. Следователно различното данъчно третиране на LuxSCS в Люксембург (прозрачно от данъчна гледна точка образувание) и в САЩ (непрозрачно от данъчна гледна точка образувание) се дължи на т.нар. „несъответствия при хибридни образувания“, т.е. разлика в данъчните правни уредби на Люксембург и САЩ във връзка с характеризирането на образуванието.

- (157) Според изчислението на лицензионното възнаграждение, което следва да се изплаща на LuxSCS⁽¹²⁰⁾, базата на разходите, използвана за определяне на данъчната основа на LuxOpCo за целите на люксембургското данъчно облагане, е равна на сбора на оперативните разходи и на разходите, понесени от европейските свързани дружества, които след това се възстановяват от LuxOpCo (наименувани в таблица 2 с термина „LuxOpCo — вътрешно-групови“). Стойността на продадената стока и някои други разходи, наименувани с термина „Разходи, изключени от надбавката (управление и ограничени единици акции)“ в таблица 2, не се вземат под внимание при изчисляването на облагаемата печалба на LuxOpCo. Последната категория разходи включва следното: i) считано от 2008 г., разходите, понесени от американските свързани дружества на Amazon.com, Inc. за поддържащите услуги⁽¹²¹⁾, които не са били предвидени към датата на разглежданото ДС; ii) считано от 2010 г., разходите, които Amazon.com фактурира на LuxOpCo за акциите, предоставени на служителите на LuxOpCo и на някои от преките и непреките му европейски дъщерни дружества като възнаграждение под формата на акции⁽¹²²⁾. Amazon твърди, че тези разходи не изменят по никакъв начин функциите и рисковете на LuxOpCo.
- (158) Прилагането на надбавката от [4—6] % към сбора на оперативните разходи на LuxOpCo и вътрешногруповите разходи дава общата прогнозна възвръщаемост на данъчно консолидираната група в Люксембург. Този резултат след това се сравнява с горната и долната граница (съответно 0,55 % и 0,45 % от оборота). В случаите, в които общата прогнозна възвръщаемост е била над 0,55 % от оборота (както е било през 2006 г., 2007 г., 2011 г., 2012 г. и 2013 г.), прилагането на горната граница е било определящо за преценяване на облагаемия доход на LuxOpCo в Люксембург, който е наименуван в таблица 2 с термина „Консолидирана печалба Люксембург — по горна/долна граница и възвръщаемост“.
- (159) Накрая, консолидираната печалба в Люксембург (наименувана с термина „възвръщаемост на LuxOpCo“ в искането за ДС) се приспада от оперативната печалба (наименувана с термина „оперативна печалба, реализирана в ЕС“ в посоченото искане), за да се определи лицензионното възнаграждение, дължимо на LuxSCS.

2.3. ДОПЪЛНИТЕЛНА ИНФОРМАЦИЯ, ПРЕДОСТАВЕНА В ХОДА НА ОФИЦИАЛНАТА ПРОЦЕДУРА ПО РАЗСЛЕДВАНЕ

- (160) По време на разследването Amazon предостави сведения относно европейския пазар на търговия на дребно онлайн, относно бизнес модела си като цяло и по-специално относно европейските си дейности, относно лицензионните си споразумения за интелектуалната собственост, сключени с несвързани образувания, и относно новата си корпоративна и данъчна структура в Люксембург, влязла в сила от юни 2014 г. Тази информация допълва сведенията, които вече бяха представени в точки 2.1 и 2.2.

2.3.1. ИНФОРМАЦИЯ ОТНОСНО ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАЗАР НА ТЪРГОВИЯ НА ДРЕБНО ОНЛАЙН

- (161) Европейският пазар на търговия на дребно онлайн е предмет на доклад, чието разработване е поръчано от Amazon на дружеството за консултантска дейност [Съветник 3] (наричан по-нататък „докладът [Съветник 3]“) ⁽¹²³⁾. В този доклад се съдържа анализ на икономическите тенденции в сектора на електронната търговия в Европа. В него понятието „търговия на дребно онлайн“ е описано като търговия онлайн на физически стоки от търговци на дребно онлайн, т.е. от оператори, които купуват стоките, интегрират ги в материалните си запаси и ги продават онлайн ⁽¹²⁴⁾.
- (162) Според този доклад дейностите на търговците на дребно онлайн приличат повече на дейностите на физическите търговци на дребно, отколкото на тези на доставчиците на цифрови услуги ⁽¹²⁵⁾. Основната разлика между физическите търговци на дребно и търговците на дребно онлайн се състои в използвания канал за дистрибуция ⁽¹²⁶⁾. От проучването става ясно също така, че от структурна гледна точка търговците на дребно

⁽¹²⁰⁾ Както е обяснено в съображение 127.

⁽¹²¹⁾ Тези поддържащи услуги включват по-специално обща администрация, връзки с обществеността и в рамките на групата, счетоводство и опит, съставяне на бюджета, правна и данъчна помощ, както и обучение и усъвършенстване на персонала.

⁽¹²²⁾ Съобщение на Amazon от 21 август 2015 г., стр. 7 и 8.

⁽¹²³⁾ Доклад [Съветник 3]: „E-commerce in Europe between 2006 and 2013: dynamics and economics“, 11 май 2017 г. Както е посочено на стр. 7: „Online retail is a segment of the e-commerce sector. Online retail focusses on online sales of physical goods by online retailers, i.e., operators purchasing goods, holding them in their inventory and selling these goods online.“

⁽¹²⁴⁾ Доклад [Съветник 3], 11 май 2017 г., предисловие, стр. 7.

⁽¹²⁵⁾ Доклад [Съветник 3], 11 май 2017 г., точки 18 и 67, стр. 8 и 30.

⁽¹²⁶⁾ Доклад [Съветник 3], точка 18. Както е обяснено в точка 20 от доклада [Съветник 3], „[t]he main difference between traditional retailers and online retailers lies in the product distribution channel used: Online retailers sell their products through a website and deliver them to customers using advanced information systems and complex logistics infrastructure without physical stores. Their cost structure reflects the investments in the IT and in shipping and logistics infrastructure and technology; Traditional physical retailers distribute their products in stores, and bear the costs of renting the physical outlets, which are not borne by online retailers.“

онлайн са по-нерентабилни от доставчиците на цифрови услуги, тъй като разходите им са променливи по същество. Доставчиците на цифрови услуги имат по-статична структура на разходите от тази на търговците на дребно, което позволява да се постигнат икономии от мащаба и по-значими маржове, след като предприятието е достигнало критична големина⁽¹²⁷⁾. При търговците на дребно, било то физически или онлайн, въздействието на икономите от мащаба върху рентабилността е ограничено, тъй като по-голямата част от разходите са променливи. Разликите в стойността на продадените стоки, отстъпките и логистичните разходи, които представляват значителна част от общите разходи, са тясно свързани с обемите на продажбите⁽¹²⁸⁾. Съчетанието между този фактор и силната конкуренция в сектора на търговията на дребно онлайн води до отрицателни средни маржове на ЕВІТ на европейския пазар на търговията на дребно онлайн. В периода 2006—2013 г. отношението между средния марж на ЕВІТ и продажбите е било -0,5 %.

- (163) От съдържащия се в доклада [Съветник 3] анализ на динамиката на пазара в петте европейски държави с най-голямо население⁽¹²⁹⁾ става ясно, че *„сегментът на търговията на дребно онлайн се характеризира със силен растеж и конкуренция в периода 2006—2013 г.“*⁽¹³⁰⁾. По-специално *„[с]илната конкуренция е накарала търговците на дребно онлайн да правят големи инвестиции, за да поддържат растежа на сегмента на пазара и да вървят в крак с конкуренцията, което е оказвало натиск върху маржовете, а в някои случаи те дори са били отрицателни. Търговците на дребно онлайн са били готови да пожертват краткосрочната си рентабилност с надеждата, че направените инвестиции ще доведат до печалби в дългосрочен план“*⁽¹³¹⁾. В заключенията на доклада се посочва, че за да се постигне успех на силно конкурентните европейски пазари на търговия на дребно, следва да се вземат под внимание местните характеристики, присъщи на тези пазари⁽¹³²⁾.

2.3.2. ИНФОРМАЦИЯ ОТНОСНО БИЗНЕС МОДЕЛА НА AMAZON

2.3.2.1. „Трите стълба“ на бизнес модела на Amazon

- (164) Според Amazon⁽¹³³⁾ основните двигатели на дейността му по търговия на дребно са асортиментът (предлаганите продукти/стоки⁽¹³⁴⁾), цената и удобството при ползване (улеснена функционалност, бърза и надеждна доставка, своевременно поддръжка на клиентите, пълно и документирано съдържание и защитена среда за осъществяването на сделките)⁽¹³⁵⁾, като на първо място е асортиментът, на второ — цената и на трето — удобството при ползване⁽¹³⁶⁾. Тези елементи представляват т.нар. от Amazon „три стълба“⁽¹³⁷⁾ и отразяват традиционните цели на търговията на дребно⁽¹³⁸⁾. Според Amazon зачитането на трите стълба е определящо и изисква проява на оригиналност и новаторство при предлагането на продуктите, технологиите, търговската линия, географията и т.н.⁽¹³⁹⁾, което изисква основно човешка намеса. Трите двигателя на дейността трябва да бъдат приспособени спрямо всеки местен пазар, на който присъства Amazon⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹²⁷⁾ Доклад [Съветник 3], 11 май 2017 г., точки 24 и 25, стр. 11.

⁽¹²⁸⁾ Доклад [Съветник 3], 11 май 2017 г., точка 29, стр. 13.

⁽¹²⁹⁾ В доклада се посочва, че става въпрос за Обединеното кралство, Германия, Франция, Испания и Италия.

⁽¹³⁰⁾ Доклад [Съветник 3], 11 май 2017 г., точка 11, стр. 5.

⁽¹³¹⁾ Доклад [Съветник 3], 11 май 2017 г., точка 12, стр. 5.

⁽¹³²⁾ Доклад [Съветник 3], 11 май 2017 г., точка 77, стр. 33—34.

⁽¹³³⁾ Вж. годишния доклад за 2016 г. на Amazon.com, Inc., стр. 3: *„We serve consumers through our retail websites and focus on selection, price, and convenience“*.

⁽¹³⁴⁾ Amazon предлага богат асортимент от консумативи и трайни стоки, по-специално електроника и общи стоки, както и аудиовизуални продукти, които се предлагат във физическа или цифрова форма, като книги, музика, филми, игри и софтуер; Годишен доклад за 2016 г. на Amazon.com, Inc., стр. 68.

⁽¹³⁵⁾ Удобството при ползване се основава на постоянни иновации в разработването на софтуера, търговските методи и управлението; вж. годишния доклад за 2006 г. на Amazon.com, Inc., стр. 4. Това се потвърждава и от изявленията на служители на Amazon — вж. електронното писмо на [вицепрезидента на отдел „Product Management – Retail“ в Amazon Corporate LLC, САЩ] от 16 юни 2008 г. в показанията на [вицепрезидента на отдел „International Retail“ в Amazon Corporate LLC, САЩ, бивш директор на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург], доказателство 25: *„We need to continue to focus on the retail basics: driving down COGS, driving fast track in-stock, category expansion, selection expansion within categories.“* и Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg] [вицепрезидент на отдел „Sales International“ в Amazon Corporate LLC, САЩ, бивш директор на отдел „Дейности с трети страни в Европа“ (като „Marketplace“) в LuxOpCo, Люксембург], 4 ноември 2014 г., точка 826:17-18: *„You know, we are a very physical business at the end of the day.“*

⁽¹³⁶⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 3 ноември 2014 г., точка 427:18-23.

⁽¹³⁷⁾ Amazon Final Transcripts: [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 4 ноември 2014 г., точка 588:25, точка 589:1-4.

⁽¹³⁸⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 18, точка 35 и Amazon Final Transcripts: [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 3 ноември 2014 г., точка 427:18-23. Amazon Final Transcripts: [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 3 ноември 2014 г., точка 427:18-23.

⁽¹³⁹⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 19, точки 39—41.

⁽¹⁴⁰⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 28, точка 71.

- (165) Асортимент: Amazon счита, че асортиментът представлява един от трите ключови двигателя за успеха на дружеството. Служителите на Amazon го описват като стремеж да се предлага на клиентите всичко, което те биха искали да купят, а за целта е необходимо да се определят потребителските вкусове и предпочитания на клиентите на даден пазар, да се привлекат подходящите доставчици и да се следи продуктите да бъдат в наличност⁽¹⁴¹⁾. Според Amazon съществува много тясна корелация между асортимента и оборота⁽¹⁴²⁾. Amazon се старее да предлага възможно най-богат асортимент и постоянно да увеличава броя на предлаганите продукти⁽¹⁴³⁾. Дружеството постоянно разширява асортимента си, тъй като колкото по-богат е той, толкова по-доволни ще бъдат клиентите⁽¹⁴⁴⁾.
- (166) Предвид факта, че предпочитанията имат местен характер и предпочитанията към категории продукти и търговци вариат според територията⁽¹⁴⁵⁾, асортиментът също е съобразен с местната специфика, тъй като вкусовете и културата се различават в зависимост от местоположението⁽¹⁴⁶⁾. Достатъчно е да се направи сравнение между най-продаваните продукти на Amazon, за да се констатира, че те са различни за всяка държава⁽¹⁴⁷⁾. Целта и първостепенната отговорност на национално равнище е да се развива дейност, която основно е насочена към търговията на дребно, и да се създаде асортимент, който е относим спрямо клиента⁽¹⁴⁸⁾. Разработването на такъв асортимент се осъществява чрез лични преговори (между хора)⁽¹⁴⁹⁾.
- (167) В Amazon асортиментът се изгражда по три начина: i) чрез придобиване на предприятия, ii) чрез сключване на партньорски споразумения с доставчици и iii) чрез програми с трети страни, като Marketplace. В САЩ например Amazon стартира дейността си в сектора на инструментите чрез купуването на съществуващо предприятие, което вече е продавало инструменти, като по този начин Amazon получава достъп до вече съществуващи търговски взаимоотношения и до асортимента, който иска да добави към дейността си по търговия на дребно⁽¹⁵⁰⁾. Партньорските отношения с доставчици изискват конкретно познаване на пазара и установяване на отношения, основаващи се на доверие, с доставчиците⁽¹⁵¹⁾. Щом бъде установено партньорство с доставчик, местните ръководители на връзките с търговци трябва да поддържат това партньорство, като зачитат условията на доставчика и поддържат познанията си за местния пазар. Amazon използва програмата си Marketplace, за да предлага на други търговци на дребно, които дори може да са негови преки конкуренти, да използват платформата му за електронна търговия. Amazon създава екипа за техническо управление на профилите, който служи като звено за контакт по технически въпроси, които възникват у търговците, участващи в програмата Marketplace, след като продуктите им бъдат качени на уебсайтовете на Amazon. Освен това Amazon развива технологията
-
- ⁽¹⁴¹⁾ Асортиментът включва също така подходящите аксесоари. Предлагането на добри аксесоари е много важно за Amazon, по-специално за да реализира положителен марж върху продажбите си на електроника. Вж. показания на [вицепрезидента и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 200, точки 24 и 25, стр. 201, точки 1—7: „I mean, in general, it is life critical for a successful electronic retailer to sell accessories with the device for the simple reason you make no margin on the device or low margin, and you make higher margin on the accessories, with the exception of few others that have managed to make high margin on devices, but the usual stuff is, the money is made on the accessory and it's critical“. Proposer le produit avec un assortiment adéquat d'accessoires adaptés ne peut pas uniquement découler d'un algorithme, mais nécessite une intervention humaine (locale), voir déposition [вицепрезидента и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 201, стр. 203, точки 8—11, точки 9—17, стр. 204, точки 3—14: [...].
- ⁽¹⁴²⁾ Вж. показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 21, точки 11 и 12: „You need to have something to sell, right?"; вж. също Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 918:10-18: „One would say that if you don't have a product, you can't sell it. [...] The more you add selection, the more your capacity to generate revenue increases.“.
- ⁽¹⁴³⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 18, точка 36.
- ⁽¹⁴⁴⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 3 ноември 2014 г., точка 420:3-4.
- ⁽¹⁴⁵⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 30, точка 78.
- ⁽¹⁴⁶⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 42, точки 15—20.
- ⁽¹⁴⁷⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 73, точки 20—25, стр. 74, точки 2—6. Изразената значимост на локализацията се потвърждава в изявленията на служители на Amazon: показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 95, точки 5 и 6: „Retail is a very local thing, [...]“; Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 909:10-17: „[...] important for us to understand is not what is selling somewhere else; it's what local customer needs and wants.“.
- ⁽¹⁴⁸⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 43, точки 19—21. Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 961:17-23.
- ⁽¹⁴⁹⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 25, точки 19—20.
- ⁽¹⁵⁰⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 761:19-24.
- ⁽¹⁵¹⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 762:1-7, точка 763:9-10; показания [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 17 януари 2013 г., стр. 23, точки 23—25, стр. 24, точки 1—7: [...].

си така, че да дава възможност на потенциални търговци да се присъединят към програмата Marketplace на самообслужване, като от периода 2010—2012 г. присъединяванията на самообслужване са станали по-значими за тази програма ⁽¹⁵²⁾.

- (168) Цена: според Amazon цената е вторият най-важен двигател на неговата дейност в Европа. Amazon се старее да поддържа възможно най-ниски цени ⁽¹⁵³⁾. До 2009 г. Amazon използва основно ръчно ценообразуване ⁽¹⁵⁴⁾, но оттогава насам цените се определят от алгоритъм.
- (169) Удобство при ползване: според Amazon третият двигател на дейността му е удобството при ползване. В него се съчетават няколко цели за улесняване и подобряване на практическата работа на клиентите, като i) подпомагане на клиентите при намиране на това, което търсят, като същевременно им се предоставя пълна информация относно продуктите, и ii) доставка на закупените продукти възможно най-бързо и надеждно ⁽¹⁵⁵⁾.

2.3.2.2. Усилия в областта на онлайн маркетинга

- (170) В допълнение към асортимента, цената и удобството при ползване, усилията в областта на маркетинга онлайн на Amazon също играят основна роля за генериране на трафик към уебсайтовете на Amazon и увеличаване на продажбите на дребно ⁽¹⁵⁶⁾.
- (171) Преди 2003 г. Amazon си е сътрудничило с международни рекламни агенции, които да подпомагат маркетинговите му усилия. Това се променя през 2003 г., когато то започва да осъществява собствени усилия в областта на маркетинга онлайн. Един от основните инструменти на маркетинга онлайн на Amazon е неговата програма „Партньори“ ⁽¹⁵⁷⁾, която е ключова инициатива за генериране на трафик ⁽¹⁵⁸⁾. Amazon е разработило програмата „Партньори“, за да установи маркетингови партньорства с т.нар. „партньорски уебсайтове“, които рекламират Amazon или неговите продукти, за да насочват интернет трафик към уебсайтовете на Amazon ⁽¹⁵⁹⁾.
- (172) След приключване на разработването на технологията за програмата „Партньори“ тя е трябвало да бъде внедрена в съответните местни партньорски уебсайтове във всяка държава. Вследствие на това изпълнението на програмата „Партньори“ е можело да се осъществява единствено на местно равнище ⁽¹⁶⁰⁾. За тази цел екипът по програмата „Партньори“ на Amazon е бил съставен от екип, отговарящ за софтуера, и екип, отговарящ за набирането (т.е. за развиването на дейността). Докато екипът, отговарящ за софтуера, се е намирал изцяло в Сиатъл, екипите по набиране са били разположени на местно равнище в държавите, в които е имало уебсайт на Amazon ⁽¹⁶¹⁾, като Германия, Обединеното кралство и Япония ⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁵²⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 800: 19-23.

⁽¹⁵³⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 19, точка 38.

⁽¹⁵⁴⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 61, точка 182: Към 2005 г. технологията за ценообразуване на Amazon е била недостатъчна с оглед на оперативната му нужда да предлага конкурентни цени и е зависела до голяма степен от човешка намеса.

⁽¹⁵⁵⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 18 и 19, точка 37.

⁽¹⁵⁶⁾ Вж. Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и финансов директор в Amazon Corporate LLC, САЩ], 17 ноември 2014 г., точка 2883:6-18, стр. 78: „Yes. It's — I think the emphasis, though, should be on, you know, when we do marketing, this is back during this time frame, and until very recently, that the biggest portion of our marketing was to drive very specific customer transactions. And so it says increase customer traffic to our websites, that would certainly be the largest piece and the way we do that is, you know, specifically by we have an associates program, we also use various online marketing and it's to drive — if someone searches on a Samsung TV, it's to try to drive them to our, you know, detail page to buy on that transaction. That's what we're attempting to do“.

⁽¹⁵⁷⁾ Тази програма се оказва от първостепенно значение за Amazon. Вж. Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на отдел „Product Management-Retail“ и бивш вице президент/генерален директор на отдел „Worldwide Operations“ в Amazon Corporate LLC, САЩ], 14 ноември 2014 г., точка 2755:1-7: [...]. Amazon заделя значителни суми за тази програма — Вж. таблица 7.

⁽¹⁵⁸⁾ Вж. показания [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 17 януари 2013 г., стр. 175, точки 1—3. Маркетинговата организация е била централна функция за насочването на трафика към уебсайтовете на Amazon. Вж. също показания [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 17 януари 2013 г., стр. 174: точки 10—12; показания [Senior Vice President Product Management — Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 36: точки 1—3; Amazon Final Transcripts, [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 907:1-2: [...]; и Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на отдел „Technology-Software Development“ в Amazon Web Services, Inc., САЩ] 7 ноември 2014 г., точка 1532:7-8: Програмата „Партньори“ е генерирала на Amazon „доста добър приток на клиенти [...]“.

⁽¹⁵⁹⁾ Показания [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 17 януари 2013 г., стр. 69: точки 24 и 25, стр. 70: точки 1—6.

⁽¹⁶⁰⁾ Показания [Senior Vice President Product Management — Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 117, точки 6—12: [...].

⁽¹⁶¹⁾ Показания [Senior Vice President Product Management — Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 73, точка 25, стр. 74, точки 1—7.

⁽¹⁶²⁾ Показания [Senior Vice President Product Management — Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 182, точки 1—4.

- (173) Подборът на най-интересните от гледна точка на програмата „Партньори“ местни партньорски уебсайтове (такива, които да рекламират продуктите на Amazon), т.е. тези, които имат потенциала да увеличат значително трафика към уебсайтовете на Amazon, изисква познаване на местния пазар⁽¹⁶³⁾. Поради тази причина мрежата от партньорски уебсайтове се създава от местните екипи на Amazon. Това включва набирането на местни уебсайтове (по-специално уебсайтовете в ЕС), определянето на възнаграждението на партньорите и контролирането на случаите на измами. Процесът започва с мащабните участници, като Google, и стига до специализирани уебсайтове, които имат малко посетители. Всички споразумения се договарят на местно равнище, тъй като местните условия трябва да бъдат взети под внимание за оптимизирането на търсещите машини дори когато става въпрос за световни уебсайтове като Google⁽¹⁶⁴⁾.

2.3.2.3. Технология

- (174) Amazon се описва като технологично предприятие, което „подхожда към търговията на дребно като към инженерна задача“⁽¹⁶⁵⁾. В този смисъл технологията представлява значима част от неговата дейност. Тя позволява на Amazon да предлага конкурентни цени, да насочва предложения за продукти към определени клиенти, да обработва плащанията, да управлява материалните запаси и да осъществява спедиция на продуктите до клиентите. Тя е необходима също така за поддържане на мащаба на дейностите, доколкото бизнес стратегията на Amazon се основава на постоянно разширяване⁽¹⁶⁶⁾.
- (175) Технологията на Amazon не е статична, а постоянно се развива и усъвършенства. Ако Amazon не бе актуализирало и поддържало технологията си, то не би било в състояние да предостави „всеобхватната удовлетвореност при търговията на дребно онлайн, на която се дължи търговският му успех“⁽¹⁶⁷⁾. В допълнение към поддържането и усъвършенстването на съществуващата технология екипите на Amazon разработват софтуер, който поддържа новите функционалности, добавяни през годините⁽¹⁶⁸⁾. Както посочва Amazon, тези усилия са жизненоважни за неговата дейност, тъй като „[...] постоянно развиване на софтуер и иновациите са абсолютните необходими, за да се предотврати морално остаряване на технологията на Amazon и провалът на търговските му дейности“⁽¹⁶⁹⁾. Amazon се стреми да осигурява надеждност, наличност, бързина и гъвкавост на операциите си⁽¹⁷⁰⁾.
- (176) Amazon разчита както на софтуерна, така и на хардуерна технология⁽¹⁷¹⁾. Неговата софтуерна инфраструктура се основава на т.нар. „насочена към услуги архитектура“, която по същество се състои от поредица от функции („услуги“) в софтуера, които са способни да общуват помежду си. Отделните услуги в насочената към услуги архитектура на Amazon си сътрудничат, за да предоставят различни видове функционалности за търговия на дребно както във вътрешен план, така и към клиентите⁽¹⁷²⁾. Това гарантира, наред с другото, по-лесна поддръжка на различните софтуерни компоненти и по-висока степен на иновации.

⁽¹⁶³⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 105, точка 25, стр. 106, точки 1—15: [...], показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 107, точки 2—5: [...].

⁽¹⁶⁴⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 102, точки 4—14. Вж. също показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 41: точки 22—25: [...].

⁽¹⁶⁵⁾ Съобщение на Amazon от 22 юли 2016 г., стр. 1.

⁽¹⁶⁶⁾ Вж. съобщението на Amazon от 22 юли 2016 г., озаглавено „Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business“, стр. 4. Amazon дава следния пример: „By way of illustration, a very large brick-and-mortar retailer might have tens of thousands products for sale: in contrast, Amazon's European websites offered nearly 3,7 million distinct products for sale in 2005 and around [20-30] million in 2013. A very successful brick-and-mortar retailer might process tens of thousands transactions each year: in 2005, Amazon's European websites processed nearly 71 million distinct orders, and that number grew to over [1-1,5] billion in 2013. It would simply not be possible to employ a sufficient number of individuals, for example, to determine the price on millions of unique products – let alone to decide what the in-stock levels should be for those products or individually to process every customer order.“

⁽¹⁶⁷⁾ Вж. съобщението на Amazon от 22 юли 2016 г., озаглавено „Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business“, стр. 4.

⁽¹⁶⁸⁾ Вж. съобщението на Amazon от 22 юли 2016 г., озаглавено „Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business“, стр. 3. Дален е следният пример: „While some functionality, such as, for example, identity, which allows customers to log on the website, or Item Master Service, which maintains a catalogue of all products sold on Amazon, has been provided since the very first days of Amazon's operations, the underlying technology would have been rewritten entirely (and continuously) over the years. [...] the identity technology used by Amazon in 2010 had little to do with the identity technology used prior to 2005 – the 2005 service has been disassembled and rewritten as a number of smaller, more manageable services that together provide the identity functionality, to adapt the technology to the evolution of the scope of Amazon's operations.“

⁽¹⁶⁹⁾ Вж. съобщението на Amazon от 22 юли 2016 г., озаглавено „Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business“, стр. 4.

⁽¹⁷⁰⁾ Вж. съобщението на Amazon от 22 юли 2016 г., озаглавено „Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business“, стр. 1.

⁽¹⁷¹⁾ Хардуерната технология е съставена от физическо оборудване, по-специално сървърите.

⁽¹⁷²⁾ Вж. съобщението на Amazon от 22 юли 2016 г., озаглавено „Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business“, стр. 2 и 3.

(177) Основните компоненти на софтуерната технология на Amazon са описани в букви а)—з):

- а) софтуерната платформа: софтуерният код, разработен от Amazon с цел експлоатация на уебсайтовете си, се състои от сложни софтуерни инструменти, които управляват различните характеристики на уебсайтовете, като търсенето и навигацията, обработването на поръчките и персонализацията. Софтуерните инструменти в основата на платформата представляват интегрирана система, която се усъвършенства, консолидира и изменя постоянно. Основните характеристики обхващат бързината на изпълнението, мащабността на функциите и гъвкавостта при отговаряне на нуждите на потребителите;
- б) оформлението на уебсайта: дизайнът създава неповторимо „представяне“ на уебсайта;
- в) каталожният софтуер: каталогът е съставен от цялата информация за продуктите, продавани от Amazon на неговите уебсайтове. Каталогът на Amazon се отличава по количеството информация относно продуктите, която може да се получи чрез запитване към други услуги, като информация за наличностите и данни за ценообразуването;
- г) софтуерът за търсене и навигация: софтуерните инструменти в основата на функциите за търсене и навигация на уебсайтовете позволяват гъвкава и логична организация и сортиране на значителното количество информация, съдържаща се в продуктовете каталози. Разработчиците на навигацията на сайтовете използват тези инструменти, за да организират данните така, че да се постигне максимална вероятност клиентите да намерят това, което търсят;
- д) логистичният софтуер: в процеса по логистика се използва софтуер, разработен от Amazon с цел управление на материалните запаси, веригата на доставките, логистиката и попълването на материалните запаси;
- е) софтуерът за обработка на поръчки: за обработката на поръчките се използва софтуер, разработен от Amazon с цел изпълнение на определени функции, по-специално комуникацията с центровете за обработка на поръчки на Amazon, за да се потвърди наличността на продуктите, да се валидира спедицията, да се изчисли датата на доставка и да се предадат заявките за подаръчни опаковки и други заявени желания на клиентите;
- ж) софтуерът за обслужване на клиенти: екипите за обслужване на клиенти използват софтуер, разработен от Amazon с цел проследяване на поръчките на клиентите и бързо и ефикасно реагиране на голямото им многообразие;
- з) софтуерът за персонализация: Amazon е разработвало и продължава да разработва софтуерни инструменти, позволяващи на базите данни на дружеството да съхраняват, организират и извеждат големи обеми данни относно предпочитанията и историята на покупките на всеки клиент. Тази функция осигурява по-висока удовлетвореност на потребителите и води до по-голяма вероятност от осъществяване на многократни покупки.

2.3.3. ДОПЪЛНИТЕЛНА ИНФОРМАЦИЯ ЗА LUXORCO

2.3.3.1. *Организационна структура на LuxOpCo*

- (178) В съобщенията си от 18 декември 2015 г. и 15 януари 2016 г. Amazon представи общ преглед на организационната структура на LuxOpCo към края на 2013 г., като беше включено описание на различните клонове на предприятието.
- (179) Организационната структура на LuxOpCo е показана в организационната диаграма на Graphique 3. Броят на служителите (СЕПРВ ⁽¹⁷³⁾), работещи във всеки от екипите на LuxOpCo, е посочен в скоби. Например към края на 2013 г. в екипа по локализиране и превод, който впоследствие е прехвърлен в [друго дружество на Amazon] и е наименуван „екип по разработване и превод на софтуер“, са били заети [60—70] СЕПРВ.

Фигура 3

Организационна диаграма на LuxOpCo в края на 2013 г.

[...]

- (180) Съгласно кадровата политика на предприятието в Люксембург, която е обявена в наръчника на политиките и процедурите за ЕС ⁽¹⁷⁴⁾, всички постове и отговорности с общоевропейско измерение, т.е. обхващащи повече от две европейски държави, трябва да бъдат базирани в Люксембург, по-специално онези, които се намират над определено ниво. Вследствие на това директорите на всички образувания, действащи в Люксембург (LuxOpCo, ASE и AMEU), трябва да бъдат наети в тази държава, като тези образувания не могат да бъдат ръководени от лица, наети другаде в Европа или в САЩ. Базираните в Люксембург служители на Amazon, които отговарят за функциите, свързани с търговията на дребно, операциите, партньорите и седалището, като правни въпроси, финансови въпроси, счетоводство, данъчно облагане, каса, човешки ресурси и връзки с обществеността, трябва да бъдат наети от LuxOpCo. ASE наема вицепрезидента на клона „Европейски продажби“ и всички служители,

⁽¹⁷³⁾ „Еквивалент на пълно работно време“ (ЕПРВ) отговаря на часовете, изработени от служител, нает на пълно работно време.

⁽¹⁷⁴⁾ Съобщение на Amazon от 20 януари 2017 г., стр. 2—4; вътрешен документ на Amazon: „EU Policies and Procedures Manual“ от 1 май 2006 г.

отговарящи за дейностите „Marketplace“, „Merchants@“ и „Enterprise Solutions“ (например ръководителите за техническо обслужване на профили или ръководителя на взаимоотношенията за дейността „Enterprise Solutions“). Ръководителят на взаимоотношенията за дейността „Enterprise Solutions“ заема пост с общоевропейско измерение, базиран в Люксембург. Ръководителите за техническо обслужване на профили, които упражняват отговорности на равнището на Съюза, са базирани в Люксембург, докато останалите, които отговарят за търговците в дадена държава, са базирани в нея.

- (181) Горепосочената политика е отразена в разпределението на постове и заемашите ги лица между европейските образувания на Amazon, както е видно от списъка със служителите на Amazon от 1997 г. насам⁽¹⁷⁵⁾. Служителите на Amazon, които упражняват функциите на директор или вицепрезидент с отговорности с общоевропейско измерение, са наети от LuxOpCo [...] или от ASE [...], докато служителите, заемаш по-ниски постове или отговарящи за пазара на една-единствена държава, са наети от европейските свързани дружества.

2.3.3.2. Финансова информация за LuxOpCo

- (182) Отчетите за доходите и счетоводните баланси на LuxOpCo така, както са представени във финансовите отчети на дружеството за финансовите години от 2006 г. до 2013 г., са възпроизведени в таблица 3.

Таблица 3

Финансова информация за LuxOpCo за периода 2006—2013 г.

(В млн. евро)

Отчет за доходите на LuxOpCo	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Оборот	непри- ложимо	непри- ложимо	непри- ложимо	непри- ложимо	непри- ложимо	9 130,1	11 892,9	[13 500 – 14 000]
Стойност на продадената стока, суровини и консумативи	непри- ложимо	непри- ложимо	непри- ложимо	непри- ложимо	непри- ложимо	7 078,4	9 171,9	[10 000 – 10 500]
Нетен оборот	1 930,1	3 426,7	4 031,6	5 191,1	7 042,1	2 051,7	2 721,0	[3 000 – 3 500]
Разходи за персонал	2,2	5,1	7,5	11,4	14,0	23,4	40,7	[60 – 70]
Корекции на стойността на активите	4,0	14,9	16,1	15,9	31,8	81,8	254,4	[200 – 300]
Други оперативни приходи	91,3	128,6	211,7	286,6	451,0	724,6	1 183,1	[1 500 – 2 000]
от които:								
Лицензионно възнаграждение, получено от ASE	78,6	126,1	196,2	285,6	449,8	694,3	1 072,3	[1 500 – 2 000]
Лицензионно възнаграждение, получено от AMEU		2,5	7,5	0,0	0,0	21,9	95,9	[100 – 200]
Други оперативни разходи (външни)	1 979,5	3 546,8	4 188,5	5 416,5	7 418,2	2 647,3	3 726,2	[4 500 – 5 000]
от които:								
Стойност на продадената стока, суровини и консумативи		2 608,4	3 058,4	3 952,6	5 458,1			
Лицензионно възнаграждение, изплатено на LuxSCS	95,2	257,9	341,4	519,3	590,0	491,1	499,4	[500 – 600]
Вземания по лихви и други подобни приходи	10,9	22,7	29,7	19,2	23,8	65,4	131,1	[40 – 50]
Задължения по лихви и други подобни разходи	30,4	16,5	35,5	38,3	33,1	60,5	80,0	[70-80]
	(19,5)	6,2	(5,7)	(19,1)	(9,3)	4,9	51,1	[30 – 40]
Данък върху доходите и други подобни разходи	4,6	(1,6)	6,7	4,2	5,5	8,2	2,2	[0 – 10]
Печалба (загуба) за финансовата година	11,6	(3,7)	18,8	10,6	14,4	20,4	(68,3)	[20 – 30]

⁽¹⁷⁵⁾ Съобщение на Amazon от 6 март 2017 г., приложение 28а.

Счетоводен баланс на LuxOpCo	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Активи								
Дълготрайни активи	190	209	275	304	547	915	1 361	[1 500 – 2 000]
Нематериални активи	0	0	0	0	0	2	121	[100 – 200]
Дълготрайни материални активи	6	5	1	1	3	5	8	[0-10]
Финансови активи	184	203	274	303	544	908	1 232	[1 500-2 000]
Текущи активи	887	1 171	1 518	2 396	3 255	4 113	4 851	[5 000-5 500]
Материални запаси	185	227	245	384	591	990	1 350	[1 500-2 000]
Длъжници	152	255	266	320	511	798	916	[1 000 – 1 500]
Прехвърлими ценни книжа	99	112	376	1 049	1 348	1 182	924	[800-900]
Салда по банкови сметки, по пощенски джиро сметки, в чекове и касови наличности	451	577	632	644	805	1 143	1 661	[1 500-2 000]
Предварителни плащания	0	0	1	1	5	3	16	[10-20]
Общо активи	1 077	1 380	1 794	2 702	3 807	5 031	6 228	[7 000 – 7 500]
Пасиви								
Собствен капитал и резерви	35	41	73	89	117	185	109	[100 – 200]
Неподчинени дългове	1 011	1 302	1 676	2 521	3 553	4 636	5 817	[6 500 – 7 000]
Търговски кредитори	397	597	779	1 136	1 661	2 187	2 910	[3 000 – 3 500]
Суми, дължими на дъщерните дружества	550	632	833	1 285	1 712	2 109	2 460	[2 500-3 000]
Данъчни и социалноосигурителни задължения	2	6	5	3	1	116	121	[100-200]
Други кредитори и изискуеми вземания	61	68	59	96	179	224	327	[100-200]
Доходи за бъдещи периоди	31	37	46	92	137	210	301	[300-400]
Общо пасиви	1 077	1 380	1 794	2 702	3 807	5 031	6 228	[7 000-7 500]

(183) LuxOpCo отговаряше за управлението на паричните средства на групата в Европа⁽¹⁷⁶⁾. Сумите, дължими на свързаните дружества, включват заем, отпуснат от LuxSCS на LuxOpCo в рамките на споразумение за кредит⁽¹⁷⁷⁾, което Amazon определя като „насрещна операция“ (на английски език „Back-to-back Activity“)⁽¹⁷⁸⁾. Между 2006 г. и 2016 г. LuxOpCo е използвало средствата, получени от споразумението за кредит, за да осъществява придобивания (по-специално [придобиване Q, R, S и T], наред с останалите) или за да отпусна заем на дъщерните си дружества или да дава възможност за увеличаване на собствения им капитал с цел да финансират капиталовите си разходи [примери за използването на заеми от дъщерните дружества на LuxOpCo]⁽¹⁷⁹⁾. Сумата, дължима от LuxOpCo на LuxSCS, е нараснала от 387 милиона евро през 2006 г. на [2 000—2 500] милиона евро през 2013 г.⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Съобщение на Amazon от 8 февруари 2017 г., стр. 1 и 2 и показания на [директора на отдел „International Tax and Tax Policy“, Amazon Corporate LLC, САЩ], 24 април 2014 г., стр. 200, точки 23—201, точка 3: [...].

⁽¹⁷⁷⁾ Съгласно съобщението на Amazon от 8 февруари 2017 г., стр. 1—3 LuxSCS и LuxOpCo са сключили споразумение за кредит на 29 декември 2006 г. с цел управление на паричните средства. Впоследствие споразумението е изменено и преработено на 1 март 2007 г., 1 януари 2009 г., 1 април 2011 г. и 1 януари 2012 г.

⁽¹⁷⁸⁾ „Back-to-back-activity: EHT [LuxSCS] will lend its funds to AEU [LuxOpCo] on an interest-bearing basis, and AEU [LuxOpCo] will invest the funds.“ et „[...] all of the financing transactions existing between EHT [LuxSCS] and AEU [LuxOpCo] will be merged into one single debt instrument, which will have the characteristics of a Credit Facility.“ Вж. съобщението на Amazon от 5 март 2015 г., приложение 22, стр. 7.

⁽¹⁷⁹⁾ Съобщение на Amazon от 8 февруари 2017 г., стр. 2.

⁽¹⁸⁰⁾ Годишни отчети на LuxOpCo за периода 2006—2013 г.

(184) Разбивката на корекциите на стойността и провизиите за краткотрайните активи е представена в таблица 4.

Таблица 4

Корекции на стойността и провизии за краткотрайните активи на LuxOpCo

(В хиляди евро)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Корекция на стойността на текущите активи	непри- ложимо	8 043	12 556	15 343	170 176	54 908	80 858	[70 000 – 80 000]	[40 000 – 50 000]
от които:									
Материални запаси					12 694	45 664	68 251	[60 000 – 70 000]	
Длъжници					4 382	9 244	12 607	[10 000 – 20 000]	
Провизии за корекция на стойността:									
Материални запаси	16 525	19 340	25 127	35 482	48 320	91 060	152 543	[200 000 – 300 000]	[200 000 – 300 000]
Несъбираеми кредити	6 022	11 019	13 739	9 019	11 739	1 653	16 042	[10 000 – 20 000]	[20 000 – 30 000]

(185) Amazon предостави подробно изложение на основните компоненти на оборота, реализиран от LuxOpCo в Съюза, което е възпроизведено в таблица 5.

Таблица 5

Компоненти на оборота на LuxOpCo

(В млн. евро)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Нетни приходи от продажби	1 798,9	3 152,7	3 849,4	5 019,6	6 751,5	8 741,0	11 166,3	[12 000 – 12 500]
Marketplace	71,0	158,1	216,2	302,5	467,0	721,9	1 105,8	[1 500 – 2 000]
Digital	0,0	23,2	28,7	26,6	58,9	146,2	369,5	[500-600]
Спедиция от Amazon	0,0	0,1	0,4	4,2	53,6	80,5	175,6	[400-500]
Абонаменти за Prime	0,0	0,4	5,8	25,8	60,4	77,3	113,2	[100-200]
Префактуриране на транспортните разходи	74,8	135,1	125,9	124,9	117,8	160,2	208,9	[100 – 200]
Подаръчни опаковки	2,9	4,4	4,6	5,4	11,7	14,6	24,4	[20-30]
Допълнителни приходи	30,1	71,7	67,6	96,4	107,9	144,5	148,5	[100-200]
	1 977,7	3 545,7	4 298,7	5 605,4	7 628,8	10 086,3	13 312,1	[15 000 – 15 500]

(186) Amazon предостави подробна разбивка на оперативните разходи на LuxOpCo, която е възпроизведена в таблица 6.

Таблица 6

Подробна разбивка на оперативните разходи на LuxOpCo

(В млн. евро)

Външни оперативни разходи на LuxOpCo	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Строителни разходи	1,2	2,4	4,3	3,6	3,9	8,0	8,9	[10-20]
Стойност на продадената стока, суровини и консумативи	1 486,6	2 608,4	3 058,4	3 952,6	5 458,1	0,0	0,0	[20-30]
Разходи за консултантски услуги, съдебни разноски и други	1,5	4,3	5,6	4,9	8,8	16,2	21,2	[30-40]
Служители	2,5	2,4	3,2	3,3	4,7	11,7	25,2	[20-30]
Обработка на поръчки	3,1	6,0	8,1	10,1	15,2	25,2	42,9	[60-70]
Междуфирмени разходи	267,2	544,3	665,3	870,6	1 127,4	976,3	1 591,3	[2 000-2 500]
Маркетинг	47,3	63,7	85,6	123,9	155,0	259,5	386,6	[400-500]
Други	0,6	- 0,3	11,3	2,0	- 7,4	- 4,6	- 6,6	- [0 - 10]
Несъбираеми кредити и разходи за кредитни карти	24,7	46,0	47,5	49,0	60,4	57,6	55,9	[60-70]
Лицензионни възнаграждения	0,0	0,3	2,0	29,9	66,1	0,0	0,5	[0-10]
Транспорт	145,0	269,2	297,2	366,6	525,9	794,3	1 065,9	[1 000-1 500]
Общо	1 979,5	3 546,8	4 188,5	5 416,5	7 418,2	2 144,1	3 191,8	[4 000 - 4 500]

(187) Що се отнася до разходите за маркетинг, Amazon предостави разбивка и на тази категория разходи за LuxOpCo, която е възпроизведена в таблица 7.

Таблица 7

Подробна разбивка на разходите за маркетинг на LuxOpCo

(В млн. евро)

Разходи за маркетинг на LuxOpCo	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Рекламно позициониране	0,0	0,9	- 0,1	0,0	0,0	19,7	57,5	[60-70]
Партньори	29,7	42,9	57,1	71,0	77,7	101,8	136,1	[100-200]
Сътр., търговци	- 0,4	0,0	0,0	- 2,3	- 4,5	- 8,9	- 14,4	- [20 - 30]
Съхранение на DVD	3,8	0,5	- 0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	[0 - 10]
Лицензионни такси за DVD носителите	0,4	0,2	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[0 - 10]
Такси върху DVD носителите		0,3	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	[0 - 10]
Редакционно съдържание	1,1	1,1	1,1	1,4	1,2	1,4	2,1	[0 - 10]
Безплатни образци		0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[0 - 10]
Онлайн реклама		0,0	0,0	0,1	0,2	2,6	9,4	[20-30]
Промоции	0,1	0,2	0,1	0,2	0,2	10,2	18,6	[10-20]
Търсене	0,0	0,2	0,5	0,5	0,7	2,3	0,7	[0 - 10]
Спонсорирани връзки	12,6	17,2	26,9	52,9	79,5	130,4	176,2	[200-300]
Рекламни разходи synd.		0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,3	[0-10]
Syndicated Stores		0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[0 - 10]
Други	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[0 - 10]
Общо	47,3	63,7	85,6	123,9	155,0	259,5	386,6	[400-500]

(188) Amazon предостави разбивка на вътрешногруповите разходи, която е обобщена в таблица 8.

Таблица 8

Разбивка на вътрешногруповите разходи

	(В млн. евро)							
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Реклама	0,1	0,1		- 0,1	- 0,9	25,8	39,6	[30-40]
Разходи за разработка на приложения							1,4	[0-10]
Обслужване на клиенти	10,9	18,5	17,7	22,2	54,7	47,7	74,6	[100-200]
Център за данни	14,0	24,4	27,8	27,7	35,1	67,7	107,4	[100-200]
Център за обработка на поръчки	106,6	175,0	188,3	228,1	313,1	576,3	973,0	[1 000-1 500]
Маркетинг	27,9	50,1	24,2	28,3				
Експлоатация	0,1	0,0	0,0	0,2	0,2	0,2	0,2	[0 – 10]
Споделен център за обслужване						2,0	6,2	[10-20]
Услуги за поддръжка	0,2	- 0,2	31,9	32,1	80,9	107,9	172,3	[200-300]
	159,8	268,0	289,9	338,4	483,1	827,6	1 374,7	[1 500 – 2 000]

2.3.3.3. Връзка между LuxOpCo и европейските свързани дружества

(189) Както е обяснено в съображения 114 и 115, европейските свързани дружества предоставят определени вътрешногрупови услуги на LuxOpCo срещу възнаграждение, което покрива приложимите им разходи и надбавка върху тях. С изключение на някои разлики, свързани с характеристиките на услугите, които трябва да бъдат предоставяни от европейските свързани дружества, и надбавката върху приложимите разходи ⁽¹⁸¹⁾, споразуменията за предоставяне на услуги са до голяма степен еднакви ⁽¹⁸²⁾.

(190) Съгласно споразуменията за предоставяне на услуги европейските свързани дружества предоставят от време на време и доколкото е възможно общи услуги на LuxOpCo при поискване от негова страна. Тези услуги трябва да бъдат предоставени съгласно стандартите и насоките за предоставяне на услуги, осигурени от LuxOpCo ⁽¹⁸³⁾. Освен общите услуги, петте европейски свързани дружества, намиращи се във Франция, Германия и Обединеното кралство, предоставят и различни други услуги: Amazon.fr SARL ⁽¹⁸⁴⁾ и Amazon.de GmbH ⁽¹⁸⁵⁾ предоставят услуги за клиентите и за търговците, както и услуги по поддръжка, Amazon.fr Logistique SAS ⁽¹⁸⁶⁾ и Amazon Logistik GmbH ⁽¹⁸⁷⁾ предоставят услуги за обработка на поръчки и Amazon.co.uk Ltd. ⁽¹⁸⁸⁾ предоставя услуги за обработка на поръчки, услуги за клиентите и за търговците и услуги по поддръжка. Тези услуги се предоставят и по искане на LuxOpCo.

⁽¹⁸¹⁾ Определение на приложимите разходи е предоставено в бележка под линия 61.

⁽¹⁸²⁾ Всички споразумения за предоставяне на услуги съдържат еднакви разпоредби относно използването на нематериалните активи (раздел 3), възнаграждението (раздел 4), статута и отговорностите на страните (раздел 5), поверителността (раздел 6), условията на споразумението и условията за неговото прекратяване (раздел 7), непреодолимата сила (раздел 8) и общите разпоредби (раздел 9). Определението на приложимите разходи, посочени в „Exhibit 1“, е едно и също във всички споразумения за предоставяне на услуги.

⁽¹⁸³⁾ Споразумения за предоставяне на услуги, точка 2.1 („General“)

⁽¹⁸⁴⁾ Споразумение за предоставяне на услуги между Amazon.fr Sarl и LuxOpCo, точка 2.2 („Fulfillment Services“) и точка 2.3 („Customer and Merchant Services“).

⁽¹⁸⁵⁾ Споразумение за предоставяне на услуги между Amazon.de GmbH и LuxOpCo, точка 2.2 („Customer and Merchant Services“) и точка 2.3 („Support Services“).

⁽¹⁸⁶⁾ Споразумение за предоставяне на услуги между Amazon.fr Logistique SAS и LuxOpCo, точка 2.2 („Fulfillment Services“).

⁽¹⁸⁷⁾ Споразумение за предоставяне на услуги между Amazon Logistik GmbH и LuxOpCo, точка 2.2 („Fulfillment Services“).

⁽¹⁸⁸⁾ Споразумение за предоставяне на услуги между Amazon.co.uk Ltd. и LuxOpCo, точка 2.2 („Fulfillment Services“), точка 2.3 („Customer and Merchant Services“) и точка 2.4 („Support Services“).

- (191) Европейските свързани дружества функционират като независими изпълнители ⁽¹⁸⁹⁾ и отговарят за ефективното организиране на квалифициран персонал, способен да отговаря на търговските и техническите изисквания на услугите, както и за поддържането на съоръженията и оборудването, необходими за предоставяне на тези услуги ⁽¹⁹⁰⁾. Европейските свързани дружества не отговарят нито за продажбите, нито за материалните запаси ⁽¹⁹¹⁾. Както е обяснено в съображения 108 и 109, LuxOpCo взема стратегическите решения относно стоките и цените (които са жизненоважни за успеха на дейностите на LuxOpCo ⁽¹⁹²⁾), записва продажбите и свързаните с тях разходи (вж. Таблица 3) и поема рисковете, свързани с материалните запаси.
- (192) Европейските свързани дружества се ползват с различна надбавка върху приложимите разходи за предлаганите услуги. Тази надбавка е определена в документите, озаглавени „exhibit 1“, които са приложени към споразуменията за предоставяне на услуги, като „приложима надбавка“ ⁽¹⁹³⁾.

2.3.4. ДОПЪЛНИТЕЛНА ИНФОРМАЦИЯ ЗА LUXSCS

2.3.4.1. Финансова информация за LuxSCS

- (193) Балансите и отчетите за доходите на LuxSCS за финансовите 2005—2013 години са представени в таблица 9.

⁽¹⁸⁹⁾ Споразумения за предоставяне на услуги, точка 5.1 („No Agency“).

⁽¹⁹⁰⁾ Споразумения за предоставяне на услуги, точка 5.2 („Provider Obligations“).

⁽¹⁹¹⁾ Споразумения за предоставяне на услуги, точка 5 („Status and Liabilities of the Parties“).

⁽¹⁹²⁾ Както е обяснено в точка 2.3.2.1, Amazon посочва асортимента, цената и удобството при ползване като основните двигатели на дейността си по търговия на дребно онлайн.

⁽¹⁹³⁾ Приложимата надбавка за Amazon.fr Sarl е [3—3,5] % за услугите за клиенти и търговци и [5—10] % за услугите по поддръжка. Приложимата надбавка за Amazon.de GmbH е [3—3,5] % за услугите за клиенти и търговци и [4—4,5] % за услугите по поддръжка. Приложимата надбавка за Amazon.fr Logistique SAS е [5—10] % за услугите за обработка на поръчки. Приложимата надбавка за Amazon Logistik GmbH е [5—10] % за услугите за обработка на поръчки. Приложимата надбавка за Amazon.co.uk Ltd. е [3—3,5] % за услугите за обработка на поръчки, [3—3,5] % за услугите за клиенти и търговци и [4—4,5] % за услугите по поддръжка.

Таблица 9

Баланс и отчет за доходите на LuxSCS

(В хиляди евро)

Баланс на LuxSCS									
	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
КАПИТАЛ									
Записан капитал	1	4	4	4	4	4	4	4	[0—10]
Премии от емисии на акции	116 204	417 587	417 587	417 587	417 587	417 587	464 363	549 035	[500 000—600 000]
Преоценъчен резерв								690	[400—500]
Печалба (загуба) за бъдещи периоди и за финансовата година	- 149 362	- 191 242	-26 127	275 480	684 473	1 125 172	1 426 951	1 544 845	[1 500 000 — 2 000 000]
ЗАДЪЛЖЕНИЯ									
Суми, дължими на свързаните дружества	33 185	171 406	25 525	26 292	28 013	37 549	65 931	138 006	[100 000—200 000]
Други задължения и начисления	0	13 540	49	1 095	208	629	327	515	[1 000—10 000]
Общо пасиви	28	411 294	417 037	720 457	1 130 285	1 580 941	1 957 577	2 233 094	[2 000 000—2 500 000]
АКТИВИ									
Дялове в свързаните предприятия	25	24 184	24 184	24 184	25 909	42 176	104 652	130 152	[100 000—200 000]
Нематериални активи (придобити) и репутация							18 978	116 101	[90 000—100 000]
Суми, дължими от свързаните дружества	0	387 053	392 810	696 227	1 104 283	1 538 640	1 833 863	1 986 763	[2 000 000—2 500 000]
Други изискуеми задължения и парични средства	3	57	42	47	93	125	84	79	[300—400]
Общо активи	28	411 294	417 037	720 457	1 130 285	1 580 941	1 957 577	2 233 094	[2 000 000—2 500 000]
(В хиляди евро)									
Доходи на LuxSCS									
	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
ПРИХОДИ									
Други оперативни приходи	0	78 598	274 558	390 593	519 316	582 731	491 107	493 317	[500 000 — 600 000]
Вземания по лихви и други подобни доходи	681	25 178	27 312	30 035	32 373	28 282	44 064	56 026	[40 000 — 50 000]

(В хиляди евро)

Доходи на LuxSCS									
	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
РАЗХОДИ									
Други разходи и други оперативни разходи	147 259	135 211	132 461	114 338	105 133	166 143	230 355	409 977	[400 000 — 500 000]
Корекции на стойността							1 826	18 557	[20 000 — 30 000]
Задължения по лихви и други подобни разходи	524	10 445	4 294	4 683	2 363	4 171	1 211	2 915	[600 — 700]
Печалба за финансовата година	-147 101	- 41 881	165 115	301 607	444 193	440 699	301 779	117 894	[100 000 — 200 000]

(194) В таблица 10 е представена разбивка на „Други разходи и други оперативни разходи“, понесени от LuxSCS през разглеждания период.

Таблица 10

Други разходи и други оперативни разходи, понесени от LuxSCS за периода 2006—2013 г.

(В хиляди евро)

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Описание	Контрагент								
Счетоводни такси	Външен	2	3						
Банкови такси	Външен	1	2	1	1	1	0	0	[0—10]
Разходи за кореспонденция	Външен		0						
Лицензи на домейни	Външен						285		
Правни разходи — общи оперативни разходи	Външен	111	232	537	617	875			
Външни услуги	Външен					0			
Друга печалба/загуба	Други	0	0	-2	0				
Вътрешногрупово — продажба на материални запаси	Amazon.de GmbH	1 468							
	LuxOpCo	2 205							
	Amazon.co.uk Ltd	522							
Плащания за изкупуване	Amazon Technologies, A9.com и Audible	68 271	42 274	27 209	9 439	39 957	26 803	56 975	[1 000 — 10 000]
Споразумение за поделяне на разходите	Amazon Technologies, A9.com и Audible	62 630	89 956	86 593	95 076	125 310	202 286	351 497	[400 000 — 500 000]

- (195) Както е видно от таблица 10, външните разходи, понесени от LuxSCS, са основно вътрешногрупови разходи по споразумението за изкупуване и СПР. В допълнение към плащанията за изкупуване, посочени в таблица 11, и годишните плащания по СПР, посочени в таблица 12, LuxSCS е извършило и други плащания за изкупуване, дължими за определени придобивания на права върху ИС на трети страни от Amazon САЩ, което след това преотстъпва тези права върху ИС под лиценз на LuxSCS по силата на СПР. Тези разходи, заедно с плащанията за изкупуване и плащанията по СПР, са наречени „разходи за изкупуване и разходи по СПР“. LuxSCS е понесло също така разходи, свързани с вътрешногруповата продажба на материални запаси вследствие на реструктурирането на европейските дейности на Amazon през 2006 г. Накрая, LuxSCS е понесло външни разходи, свързани с лицензи за домейни, правни, счетоводни и банкови такси ⁽¹⁹⁴⁾.
- (196) Както е видно също така от таблица 10, понесените от LuxSCS разходи не включват никакво префактуриране на разходи, понесени от LuxOpCo за целите на разработването, усъвършенстването и управлението на нематериалните активи, нито префактуриране на разходите, понесени от LuxOpCo във връзка с експлоатацията на дейността по търговия на дребно или услуги онлайн в Съюза, като несъбираеми кредити, обезценяване на материалните запаси, маркетингови разходи и т.н. LuxSCS не е понесло също така никакви разходи за възнаграждение на едноличния управител.

2.3.4.2. Допълнителна информация за споразумението за изкупуване и СПР

- (197) В замяна на нематериалните активи, получени по силата на споразумението за изкупуване, LuxSCS прие да извършва годишни плащания за изкупуване в полза на АТИ. През разглеждания период LuxSCS извърши следните плащания за изкупуване в полза на АТИ (вж. Таблица 11) ⁽¹⁹⁵⁾.

Таблица 11

Плащания за изкупуване

(В млн. евро)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Плащания за изкупуване (в щатски долари)	82,68	54,95	28,26	11,04	2,28	1,08
Плащания за изкупуване (равностойност в евро)	68,34	42,27	19,15	8,45	2,40	0,79

- (198) В замяна на правата върху нематериалните активи, получени по силата на СПР, LuxSCS е приело да покрие част от разходите за НИРД в рамките на програмата за разработки ⁽¹⁹⁶⁾, т.е. „разходите за разработки“ ⁽¹⁹⁷⁾ (които включват и „разходите за разработки на подизпълнителя“) ⁽¹⁹⁸⁾. Според Amazon тези разходи обхващат разходите, свързани с разработването на продуктите, технологията, обработката на поръчки и нематериални активи за маркетинг ⁽¹⁹⁹⁾, както и общите и административните разходи, свързани с покупката на права върху ИС и понесени от А9 и АТИ ⁽²⁰⁰⁾.

⁽¹⁹⁴⁾ Съобщение на Amazon от 7 юни 2017 г., стр. 3: „These fees relate to (i) the share of Luxembourg costs allocated to LuxSCS and to (ii) disbursements in relation to the legal protection of the Intangibles owned by LuxSCS such as patent application fees and related disbursements, trademark application fees and related disbursements and fees and disbursements in relation to domain names and IP searches.“

⁽¹⁹⁵⁾ Плащането за изкупуване е извършено на седем вноски. Първата вноска е платена през 2005 г. и възлиза на 73,22 милиона щатски долара (52,35 милиона евро)

⁽¹⁹⁶⁾ В точка 1.10 от СПР „Development Program“ означава „the activities of a Party within the scope and principles set forth under Section 2“. Както е посочено в раздел 2, точка 2.1 от СПР, страните се споразумяват за следното: „all research, development, marketing and other activities relating to the Licensed Purpose after the Effective Date are included within the scope of the Development Program. Such activities may include, but are not limited to, all development activities related to maintaining, improving, enhancing, or extending the Amazon Intellectual Property, A9 Intellectual Property and EHT Intellectual Property [together the Intangibles]. All such activities shall be included in the Development Program except to the extent specifically excluded by mutual, written agreement of the Parties.“

⁽¹⁹⁷⁾ В точка 1.9 от СПР „Development Costs“ означава „the costs incurred pursuant to Section 3 related to the performance of activities by a Party under the Development Program, including but not limited to any and all costs incurred by a Party in the course of developing Derivative Works“. Разходите за разработване се определят в съответствие с точка 3.3.

⁽¹⁹⁸⁾ Както е посочено в точка 3.2 „Subcontractor’s Development Costs“ от СПР: „Development Costs incurred by a person that participates at a Party’s request in the development or improvement of the Amazon Intellectual Property, A 9 Intellectual Property and EHT Intellectual Property [together the Intangibles] (a „Subcontractor“) shall be considered Development Costs of that Party if the Party contracting for such work with such Subcontractor (a) materially participates in the management or control of the Subcontractor, and (b) retains ownership, or receives material rights to use, any intangible property developed by the Subcontractor.“

⁽¹⁹⁹⁾ Като запазените марки, търговските наименования, имената на домейни, стилът, логотиповете и представянето на Amazon.

⁽²⁰⁰⁾ Съобщение на Amazon от 21 август 2015 г., приложение 12: CSA Annual Summary Reports.

- (199) Частта от разходите за разработки, която е трябвало да покрие LuxSCS по силата на СПР, се е определяла от дела на оборота на Amazon, генериран в Европа, в световния оборот на цялата група за дадена година ⁽²⁰¹⁾. През 2012 г. например 28,6 % от световния оборот на Amazon е реализиран в Европа. Следователно 28,6 % от разходите за разработки на нематериални активи, понесени през 2012 г., са били разпределени на LuxSCS ⁽²⁰²⁾.
- (200) Според информацията в обобщените годишни доклади по СПР ⁽²⁰³⁾ LuxSCS само по себе си не е понесло пряко никакви разходи за разработки през разглеждания период. То е допринасяло финансово за разработването на обхванатите в СПР нематериални активи единствено чрез годишните си плащания по СПР. В таблица 12 са показани финансовите вноски на LuxSCS към групата за поделяне на разходите по силата на СПР (това са т.нар. „плащания по СПР“) ⁽²⁰⁴⁾.

Таблица 12

Годишни плащания от страна на LuxSCS по силата на СПР

(млн. евро)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Общо
Плащания от страна на LuxSCS по силата на СПР	63	90	87	95	125	202	351	[400 — 500]	[1 000 — 1 500]

- (201) Годишните обобщени доклади по СПР ⁽²⁰⁵⁾ съдържат също така разходите за разработки, понесени от центровете за разработки на Amazon, които са разпръснати из целия свят, включително и в Европа. Тези центрове упражняват дейности по разработване по договор за А9 и АТ1, които им плащат възнаграждение по себестойност плюс [5—10] % ⁽²⁰⁶⁾.
- (202) СПР е било сключено за целия живот на нематериалните активи и е можело да се изменя или прекратява единствено по взаимно съгласие на страните ⁽²⁰⁷⁾, в случай на промяна в контрола или съществено натрупване на тежести ⁽²⁰⁸⁾ или в случай че някоя от страните не успее да поправи свое неизпълнение на задълженията си по СПР ⁽²⁰⁹⁾. Следователно LuxSCS не е можело да прекрати едностранно СПР.
- (203) СПР е изменяно два пъти по време на разглеждания период ⁽²¹⁰⁾. Първото изменение, подписано през юли 2009 г. и влязло в сила на 5 януари 2009 г., е имало за цел приваждане на споразумението в съответствие с наредбата на министерството на финансите на САЩ („US Treasury Regulation“) относно обвързаните с условия споразумения за поделяне на разходите. Вследствие на това списък с функциите и рисковете на страните по СПР ⁽²¹¹⁾ е включен в това споразумение ⁽²¹²⁾. Този списък е възпроизведен в таблица 13.

Таблица 13

Функции и рискове на LuxSCS във връзка със СПР

№	Функции на LuxSCS	Рискове, поемани от LuxSCS
1	[LuxSCS] провежда на европейска територия програмата за разработки пряко или косвено посредством дъщерните си дружества и поделя резултатите от дейността си с [А9 и АТ1].	Всички търговски рискове, свързани с европейската територия, в това число, но не само кредитният риск, рискът, свързан със събирането на вземанията, пазарният риск, рискът от загуби, рисковете, свързани с управлението на работна ръка, способна да продава стоки и да предоставя услуги ефективно и своевременно на европейска територия.

⁽²⁰¹⁾ СПР, раздел 4 и „exhibit D“ (в сила от 5 януари 2009 г.).

⁽²⁰²⁾ Съобщение на Amazon от 21 август 2015 г., приложение 12: CSA Annual Summary Reports.

⁽²⁰³⁾ Съгласно раздел 4 от СПР („Development Cost Allocation“) трябва да се изготви годишен доклад за поделянето на разходите („Annual Cost Sharing Report“), за да се определят годишните плащания за поделяне на разходите, които трябва да направи всяка от страните по СПР. Годишните доклади за поделянето на разходите за периода 2005—2014 г. са предоставени от Amazon в съобщението му от 21 август 2015 г.

⁽²⁰⁴⁾ Изчислени съгласно раздел 4 („Development Cost Allocation“) и раздел 5 („Payments“) от СПР.

⁽²⁰⁵⁾ СПР, раздел 4.1: „As soon as practical after each Year End, the Parties shall each prepare necessary financial statements and forecasts, and shall jointly reconcile and consolidate such statements and forecasts into an „Annual Cost Sharing Report,“ containing the information required by this Section 4 and signed by the Parties [...]“. В раздел 4 се определя разпределението на разходите за разработки.

⁽²⁰⁶⁾ Съобщение на Amazon от 27 февруари 2017 г., стр. 4—5.

⁽²⁰⁷⁾ СПР, точка 8.1 („Initial Period“).

⁽²⁰⁸⁾ СПР, точка 8.2 („Immediate Termination upon Notice for Change in Control or Substantial Encumbrance“).

⁽²⁰⁹⁾ СПР, точка 8.3 („Termination After Failure to Cure for Failure of Performance“).

⁽²¹⁰⁾ Съобщение на Amazon от 4 май 2015 г., приложение 2.

⁽²¹¹⁾ СПР в сила от 5 януари 2009 г., точка 2.3: „In connection with this Agreement, each Party shall undertake the functions and risks specified in Exhibit B hereto.“

⁽²¹²⁾ СПР в сила от 5 януари 2009 г., „exhibit B“, „Functions and Risks“. В тази връзка „exhibit B“ гласи следното: „[t]his list is representative of the functions and risks to be undertaken by the Parties. The Parties do not represent that this is the exclusive statement of functions and risks, and the omission of any function or risk does not imply that the Party does not perform such function or bear such risk.“

№	Функции на LuxSCS	Рискове, поемани от LuxSCS
2	[LuxSCS] осъществява дейности по продажби и маркетинг на европейска територия ⁽¹⁾	Рисковете, свързани с рисковете по програмата за разработки, сред които рискът от неуспешно или забавено разработване на продуктите или предоставяне на услугите на европейска територия.
3	[LuxSCS] осъществява дейности по стратегическо планиране на потребностите на клиентите и продуктите изисквания, свързани с програмата за разработки в съответната си територия.	Свързани с продуктите пазарни рискове на европейска територия и въздействието върху успеха на научноизследователската програма ⁽²⁾ , в това число: <ul style="list-style-type: none"> — рисковете, свързани с успеха при набирането, задържането и мотивирането на служителите; — точното и своевременно предвиждане на изискванията на пазара и на развиващите се стандарти в сектора; — точното определяне на новите продукти или услуги; — своевременното завършване или въвеждане на нови продукти или предлагането на дизайни.
4	[LuxSCS] осъществява дейности по бюджетиране и планиране, свързани с програмата за разработки.	Правните и нормативните рискове, свързани с експлоатацията на предприятието онлайн.
5	[LuxSCS] управлява стратегическите придобивания на технологии, които са относими спрямо програмата за разработки.	Рисковете, свързани с развиването и разпознаемостта на търговските марки на европейска територия.
6	[LuxSCS] изпълнява функциите по контрол и осигуряване на качеството.	Рисковете, свързани със стратегическия персонал, с контрола на качеството и с безопасността и надеждността на продуктите (сред които рискове в областта на гаранциите и наказателната отговорност) на европейска територия.
7	[LuxSCS] подбира, наема и наблюдава работата на служителите, изпълнителите и подизпълнителите по договори с цел изпълнение на горепосочените дейности.	Свързаните с придобивания рискове, сред които способността за успешно и своевременно интегриране на всяка придобита технология.

⁽¹⁾ В СПР понятието „European Territory“ означава „all the countries included within the meaning of the term „European Country“ as defined in Section 1.12 hereof“. В раздел 1.12 се дава следното определение за „European Country“: „(a) the economic, scientific, and political organization known as the European Union consisting, as of the Effective Date, of Belgium, France, Italy, Luxembourg, Netherlands, Germany, Denmark, Greece, Ireland, United Kingdom, Spain, Portugal, Austria, Finland, Sweden, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovakia, and Slovenia, and including any and all other countries that may become members of such organization during the Term, and (b) any countries listed as „Applicant countries“ or „Other European countries“ on the Web page located at <http://europa.eu.int/labc/governments/indexen.htm#>, or any successors thereto or replacements thereof“.

⁽²⁾ Терминът „научноизследователска програма“ изглежда не е определен в СПР. Тълкуването на този термин е, че той се отнася и за програмата за разработки.

(204) С второто изменение, подписано през февруари 2014 г. и влязло в сила на 1 януари 2014 г., се променя използваният метод за определяне на дела от разходите за разработки, който трябва да бъде понесен от LuxSCS по силата на СПР. Вследствие на това процентът на дела от разходите за LuxSCS се определя като съотношение на brutната печалба на Amazon, която може да се припише на Европа, спрямо световната brutна печалба на групата за дадена година.

2.3.4.3. Други разходи, понасяни от LuxSCS във връзка с нематериалните активи

(205) По отношение на маркетинговите нематериални активи, използвани от LuxOpCo в дейността на Amazon по търговия на дребно в Европа, Amazon обясни, че те „са включвали правата върху маркетинговите нематериални активи на Amazon на местно европейско равнище и върху неговите маркетингови нематериални активи на световно равнище. LuxSCS е понасяло маркетинговите разходи по два начина. На първо място, то е възстановявало пряко или косвено маркетинговите разходи на европейските оперативни дружества. На второ място,

плащанията за поделене на разходите са включвали разпределяне на маркетинговите разходи, свързани с разработването на маркетинговите нематериални активи на световно равнище, които LuxSCS е имало право да ползва в Европа. По отношение на първата категория маркетингови разходи LuxSCS не е правило разграничение между разходите за маркетингови нематериални активи на световно равнище и разходите, които са свързани единствено с маркетингови нематериални активи на местно равнище, предвид факта, че всички тези разходи е трябвало да бъдат понесени от LuxSCS⁽²¹³⁾.

- (206) Въпреки това след искане за разяснение от страна на Комисията Amazon уточни, че „[ф]инансовите сметки [на LuxSCS] не съдържат никаква позиция, която да отразява пряко възстановяването на маркетинговите разходи. [...] маркетинговите разходи се възстановяват по-скоро чрез намаляване на размера на възнагражденията, плащани на LuxSCS, но това намаляване не може да се идентифицира пряко по друг начин във финансовите сметки“⁽²¹⁴⁾.

2.3.4.4. Сведения относно съдебното производство пред Федералния данъчен съд на САЩ

- (207) През ноември 2012 г. данъчната администрация на САЩ (на английски език „Internal Revenue Service“ или „IRS“) изпраща на Amazon в САЩ законово известие за компенсация на недостиг (на английски език „Statutory Notice of Deficiency“) ⁽²¹⁵⁾ относно федералния подоходен данък, дължим от Amazon за финансовите години 2005 г. и 2006 г. По-специално IRS оспорва трансферната стойност на вече съществуващите нематериални активи, а именно плащанията за изкупуване, извършени от LuxSCS в полза на ATI, и размера на разходите за разработки, платени от LuxSCS по силата на СПР ⁽²¹⁶⁾. В тази връзка е образувано съдебно производство между Amazon и IRS пред Федералния данъчен съд на САЩ ⁽²¹⁷⁾. Успоредно с производството пред Федералния данъчен съд на САЩ IRS е издала призовки и е снела показания под клетва от множество служители на Amazon ⁽²¹⁸⁾.
- (208) По-специално в данъчните си декларации, представени пред администрацията на САЩ, Amazon е декларирало плащанията за изкупуване, извършени от LuxSCS по силата на споразумението за изкупуване, за да получи правото да ползва вече съществуващата ИС (около 217 милиона щатски долара), и плащанията по силата на СПР, извършени от LuxSCS (около 116 милиона щатски долара през 2005 г. и 77 милиона щатски долара през 2006 г.). IRS е оспорила както сумата на плащанията за изкупуване, така и стойността на плащанията, извършени по силата на СПР. Въз основа на експертен доклад от 2011 г. IRS е изчислила правилната сума на плащанията за изкупуване за ИС на около 3,6 милиарда щатски долара. В хода на съдебното производство IRS коригира тази сума на 3,468 милиарда щатски долара. За да достигнат до тази сума, експертите на IRS са използвали метода на дисконтираните парични потоци, който са приложили спрямо очакваните парични потоци от европейската дейност. Използваните допускания при изчисленията се различават осезаемо от тези на Amazon. Експертите на IRS са счели, че ИС на Amazon е с неограничен живот, докато Amazon счита, че тя е с кратък живот. Що се отнася до плащанията по силата на СПР, IRS е счела, че 100 % от разходите, записани в разходния център „Technology and Content“, е трябвало да бъдат включени в групата на плащанията за поделене по силата на СПР.
- (209) На 23 март 2017 г. Федералният данъчен съд на САЩ се произнася със становище, с което отхвърля на практика всички корекции на IRS. Той отхвърля по-специално изчислението на IRS и признава, че полезният живот на нематериалните активи на Amazon е ограничен. Той счита също така, че IRS не е спазила нормативните изисквания относно подоходното облагане, които налагат изчислението на ИС да се ограничи до вече съществуващите активи към момента на сключване на споразумението за изкупуване и да се използват признати методи за изчисляване. Федералният данъчен съд на САЩ приема доводите на Amazon, според които разходите, вписани във вътрешен план в разходния център „Technology and Content“, не представляват изцяло разходи за разработки. По-скоро става въпрос за смесени разходи, тъй като съдържат и доста значителен дял разходи, които нямат връзка с дейностите за разработване на ИС. В заключение Федералният данъчен съд на САЩ счита, че изискваните от IRS корекции на плащанията за изкупуване и плащанията по силата на СПР са произволни и неправомерни, както и че използваните от IRS методи за определяне на тези корекции не са подходящи. Той потвърждава същевременно с

⁽²¹³⁾ Съобщение на Amazon от 27 февруари 2017 г.

⁽²¹⁴⁾ Съобщение на Amazon от 12 април 2017 г.

⁽²¹⁵⁾ Известието за компенсация на недостиг представлява официално писмо, с което IRS информира данъчнозадължено лице за наличието на просрочени данъци, както и за евентуални санкции и лихви. В известието се съдържа обяснение на данъчните корекции, как са изчислени и вариантите, които се предлагат на данъчнозадълженото лице. По-специално, ако данъчнозадълженото лице оспори оценката, то може да представи жалба пред Федералния данъчен съд на САЩ.

⁽²¹⁶⁾ Паметна записка на IRS (ответник) от съдебното производство, стр. 1 [документ 661-1957].

⁽²¹⁷⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 6—7.

⁽²¹⁸⁾ IRS е упълномощена да издава призовки за всяко лице, притежаващо информация, „която би могла да представлява интерес“ за разследването ѝ. Тези правомощия дават възможност на IRS да задължи лице да се яви на определено място и да представи книга и документи или да свидетелства под клетва; вж.: <https://www.irs.gov/pub/irs-wd/0950044.pdf>.

някои корекции, че използваният от Amazon метод за изчисление на плащанията за изкупуване и за разпределяне на разходите за „Technology and Content“ в групата на разходите за поделяне е подходящ ⁽²¹⁹⁾.

- (210) За да определи правилните плащания за изкупуване, Федералният данъчен съд на САЩ е посочил, че Amazon и IRS са приели да приложат метода на съпоставимите неконтролирани сделки на свободния пазар ⁽²²⁰⁾ и че споразумението M.com, сключено от Amazon с [A], е сделката, която се доближава най-много до предоставянето на лицензи от Amazon US на LuxSCS за вече съществуващата ИС на Amazon. Федералният данъчен съд на САЩ признава обаче, че в случая на споразумение [A] Amazon е предоставяло различни спомагателни услуги на [A], които не е предоставяло на LuxSCS. Освен това той посочва, че в споразумението цените са определени цялостно, без да се присвоява конкретно възнаграждение за предоставянето на всяка услуга или ИС поотделно. Този метод не позволява да се използва глобален процент на комисиона, предвиден в споразумението [A], като референтна стойност за изчисляването на ставките на възнагражденията в случая на ИС, която се предоставя на разположение на LuxSCS от Amazon US. Подробен икономически анализ на споразумението [A] е наличен едва за изменението му през юли 2006 г. Предвид непълнотата на документите относно споразумение [A], са разгледани останалите 15 споразумения M.com, както и евентуално наличният подробен икономически анализ в основата на структурата на таксите, за да се достигне до базова ставка на възнаграждението за технологията в размер на [3—3,5] % от продажбите. Освен това се посочва, че [описание на корелацията между процента на комисионата и обема на продажбите] ⁽²²¹⁾, е приложена намаляваща корекция на обема, за да се получи ставка на възнаграждението за технологията от [3—3,5] %. Ставката на възнаграждението за вече съществуващите маркетингови нематериални активи на Amazon е изчислена приблизително на [1—1,5] % въз основа на сравнение с четири лицензионни споразумения между несвързани с Amazon трети страни. Пазарната стойност на плащането за изкупуване, което е извършено за придобиване на данните на клиентите, е изчислена на [100—200] милиона щатски долара.
- (211) За да разбере по-добре функциите на LuxSCS и на неговите дъщерни дружества в Европа по отношение на разработването, усъвършенстването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи, Комисията поиска сведенията, предоставени в рамките на съдебното производство пред Федералния данъчен съд на САЩ във връзка с плащанията, извършени от LuxSCS в рамките на споразумението за изкупуване и СПР. Amazon предостави на Комисията всички сведения, използвани и представени в рамките на производството пред Федералния данъчен съд на САЩ.

2.3.4.5. Плащания за изкупуване за други права върху ИС, придобити от LuxSCS

- (212) В рамките на разглеждания период LuxSCS е получило неколккратно права върху ИС от свързани дружества и от трети страни, които обаче то никога не е придобило по собствена инициатива.
- (213) В някои случаи дружество, което притежава ИС, или интелектуална собственост сама по себе си са били придобити от Amazon.com, Inc., след което ИС е била прехвърлена от Amazon.com, Inc. на Amazon Technologies, Inc. Такава ИС се обхваща в СПР, което е включвало всички ИС, прехвърлени или преотстъпени на АТИ от трета страна ⁽²²²⁾, след което разходите за тези придобивания са били включвани в групата на разходите като плащания за изкупуване ⁽²²³⁾. Вследствие на това няколко плащания за изкупуване, извършени от LuxSCS за ИС, не са предмет на конкретно споразумение, а представляват плащания, осъществени във връзка със СПР. Примери в тази връзка са плащанията за изкупуване за [придобиване U и R] ⁽²²⁴⁾ и [придобиване T].

⁽²¹⁹⁾ В решението на Федералния данъчен съд на САЩ не се съдържа окончателно околичествяване на корекциите на плащанията за изкупуване и плащанията по силата на СПР, които LuxSCS трябва да плати на САЩ.

⁽²²⁰⁾ Методът на съпоставимите неконтролирани сделки на свободния пазар е използван в САЩ метод за трансферно ценообразуване, който е аналогичен на предвидения в насоките на ОИСП метод на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар.

⁽²²¹⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на „Technology – Software Development“, Amazon Corporate LLC, САЩ, бивш вице-президент на Kindle, Amazon Corporate LLC, САЩ], 18 ноември 2014 г., точка 3549: 10-25; точка 3550: 1-10, „Volume impacted deal pricing pretty significantly. You can look at the – you can go through the various contracts across the M.coms and you will find that the larger ones, such as [C] and [A], they have a lower commission rate than the smaller ones such as [D] and [E] and [F], and so that was a reality of what the market forces would require, [...] And so the expectation that became predominant across all of the players in this market segment was that the bigger the sales volume, the lower the commission rate would be, and that found its way into, for example, [A] Amendment 3 is where we went from a single commission structure to a tiered base structure because [A] saw that their sales were doing very well and they predicted them to do very well over the course of the remainder of the agreement and they didn't want to be spending that much because they thought it wasn't competitive with their alternatives. And you saw the same thing in the [C] deal [...]“

⁽²²²⁾ СПР, точка 1.4 („Amazon Intellectual Property“)

⁽²²³⁾ Съобщение на Amazon от 19 февруари 2016 г.

⁽²²⁴⁾ 33 435 000 EUR, изразходени пряко през 2010 г.

- (214) В други случаи дружеството, притежавашо ИС, е било придобито от друго образувание на Amazon и неговата ИС е била прехвърлена впоследствие на АТІ. Такъв е случаят, в който LuxOpCo купува групата [придобиване Q], която притежава ИС не само под формата на права върху цифровото съдържание, но и под формата на технология. Свързаната с технологията част от ИС на [придобиване Q] е била продадена на АТІ, което след това я прехвърля в СПР под формата на вноска срещу плащане за изкупуване от LuxSCS.
- (215) Първоначално всички плащания за изкупуване са били включени в разходите за текущата финансова година. През 2011 г. LuxSCS започва да записва като свои активи някои придобивания, като ги вписва като нематериални активи ([придобиване Q] ⁽²²⁵⁾, [придобиване T] ⁽²²⁶⁾ през 2011 г., [придобиване U] ⁽²²⁷⁾ през 2012 г.) или като дълготрайни активи ([придобиване V] ⁽²²⁸⁾ през 2013 г.) ⁽²²⁹⁾.

2.3.4.6. Писмени решения на единствения управител на LuxSCS и протоколи от общите събрания на LuxSCS

- (216) Amazon потвърди, че служителите на групата Amazon, които участват в разработването и поддръжката на нематериалните активи, не са служители нито на LuxSCS, нито на образуванията, които са част от LuxSCS ⁽²³⁰⁾. За да разбере по-добре дейностите на LuxSCS, Комисията прикани Amazon да ѝ предостави писмените решения на ръководството на LuxSCS, както и протоколите от общите събрания на LuxSCS. Обобщена информация за съдържанието на писмените решения на едноличния управител на LuxSCS (Amazon Europe Holding, Inc.) и на протоколите от общите събрания на съдружниците на LuxSCS за периода 2004—2013 г. е представена в таблица 14.

Таблица 14

Протоколи на SCS за периода 2004—2013 г.

Дата	Вид на решението	Обобщение
7.6.2004 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], пълномощник)	Одобряване на всички необходими действия, свързани с мерките след сформирането; утвърждаване на откриването на банкова сметка в [банка]; одобряване на сключването на споразумение за създаване на седалище с [дружество за услуги]; създаване на LuxOpCo.
14.1.2005 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], вицепрезидент)	Утвърждаване на две споразумения за поделяне на разходите и едно споразумение за изкупуване; приемане на изменения в устава на LuxSCS, за да се допусне приемането на определени специфични права на акциите върху дивидентите и други разпределения и приемането на специфични премийни резерви от емисии на акции; увеличаване на акционерния капитал на LuxSCS с вноската от всички активи и пасиви от страна на ACI Holdings Limited, дружество в Гибралтар („ACI“); одобряване на назначението на [...] за допълнителен управител на LuxOpCo и на изменение на корпоративния предмет на LuxOpCo; предоставяне на запис на заповед на Amazon.com International Sales, Inc.; отпускане на заем на LuxOpCo.
17.1.2005 г.	Протокол от извънредното общо събрание ([...], председател, [...], секретар, [...], преброител)	Приемане на нов устав, за да се допусне приемането на определени специфични права на акциите върху дивидентите и други разпределения; увеличаване на акционерния капитал.
7.6.2005 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], вицепрезидент)	Преместване на централното управление на LuxSCS

⁽²²⁵⁾ От общата сума 42 928 054 USD, платена от LuxSCS за технологията на [придобиване Q], 22 928 054 USD са пренесени в активите под формата на нематериални активи.

⁽²²⁶⁾ 23 010 000 EUR, платени от LuxSCS за [придобиване T], са вписани като нематериални активи.

⁽²²⁷⁾ Върху общата сума 70 милиона щатски долара, платена от LuxSCS за [придобиване U], 84 милиона евро са пренесени в активите под формата на репутация, а 0,7 милиона евро — под формата на маркетингови нематериални активи.

⁽²²⁸⁾ [0—10 милиона] евро.

⁽²²⁹⁾ Съобщение на Amazon от 12 януари 2016 г.

⁽²³⁰⁾ Съобщение на Amazon от 19 март 2015 г., притурка.

Дата	Вид на решението	Обобщение
22.6.2005 г.	Протокол от общото събрание ([...], председател, [...], секретар, [...], преброител)	Отказ от правата на известяване; одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2004 г.; освобождаване от отговорност на едноличния управител Amazon Europe Holding, Inc. за приключената на 31 декември 2004 г. финансова година.
22.6.2005 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], вицепрезидент)	Приключване на финансовия отчет на LuxSCS към 31 декември 2004 г. и решение за представяне на този финансов отчет на съдружниците на LuxSCS за одобрение; освобождаване от отговорност на едноличния управител на LuxSCS за приключената на 31 декември 2004 г. финансова година;
6.2.2006 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], действащ за сметка на трети лица)	Приемане на увеличаване на акционерния капитал на LuxSCS с непарична вноска на акции, притежавани от Amazon.com, Inc. в Amazon.fr Holdings SAS на стойност 1 017 240 USD, срещу ограничени акции в LuxSCS; одобряване на сключването на едно или няколко споразумения за прехвърляне на акции с оглед придобиване на 100 % от акциите на Amazon.co.uk Ltd. и Amazon.de GmbH, притежавани от Amazon.com, Inc., и на 95,8 % от акциите на Amazon.fr Holdings SAS, притежавани от Amazon.com, Inc., срещу запис на заповед за сума на главницата 194 672 760,00 USD; приемане на увеличаване на акционерния капитал с вноска от всички активи и пасиви от страна на ACI Holdings срещу ограничени акции в LuxSCS.
6.2.2006 г.	Протокол от извънредното общо събрание на LuxSCS ([...], председател, [...], секретар, [...], преброител)	Увеличаване на акционерния капитал на LuxSCS; решение за приемане на записването и плащането от страна на Amazon.com, Inc. на нови ограничени акции чрез непарична вноска; увеличаване на акционерния капитал на LuxSCS; записване и плащане от страна на ACI Holdings Limited на нови ограничени акции чрез непарична вноска; обезсилване на 900 ограничени акции в LuxSCS; нов акционерен състав на LuxSCS.
7.2.2006 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], действащ за сметка на трети лица)	Одобряване на сключването на споразумение за прехвърляне на акции с цел продажба на 100 % от акциите на Amazon.de GmbH и 8 724 191 акции (т.е. 93,1471 %) на Amazon.co.uk Ltd. срещу запис на заповед на стойност 136 828 362 EUR; предложение за внасяне на 6,8529 % от акциите на Amazon.co.uk Ltd и 100 % от акциите на Amazon.fr Holdings SAS в LuxOpCo; отпускане на заем на LuxOpCo.
18.4.2006 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], действащ за сметка на трети лица)	Решение за разделяне на три на запис на заповед, издаден от LuxSCS на 6 февруари 2006 г. със сума на главницата 194 672 760 USD в полза на Amazon.com, Inc.; увеличаване на акционерния капитал на LuxSCS с непарична вноска на ACI под формата на записи на заповед за UK и DE срещу емитиране на ограничени акции на LuxSCS.
19.4.2006 г.	Протокол от извънредното общо събрание на LuxSCS ([...], председател, [...], секретар, [...], преброител)	Увеличаване на акционерния капитал на LuxSCS; решение за приемане на записването и плащането от страна на Amazon.com, Inc. на нови ограничени акции чрез непарична вноска; нов състав на LuxSCS; изменение на устава.

Дата	Вид на решението	Обобщение
28.4.2006 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], вицепрезидент)	Утвърждаване на оставката на [...] като управител на LuxOpCo и на назначенията на [...] и [...] за управители на LuxOpCo; приемане на увеличаване на акционерния капитал на [LuxSCS] с вноса от всички активи и пасиви от страна на ACI Holdings Limited, дружество в Гибралтар („ACIH“), срещу ограничени акции в LuxSCS; одобряване на преотстъпването на определени права върху ИС на Amazon.co.uk Ltd., Amazon.fr Holdings SAS и Amazon.de GmbH; одобряване на придобиването на дейността по търговия на дребно в Европа на Amazon.com Int'l Sales, Inc. и на произтичащото от това прехвърляне към LuxOpCo; одобряване на лицензионните споразумения за ИС с LuxOpCo; сливане на някои съдружници с ограничена отговорност на LuxSCS; заем, отпуснат на LuxOpCo.
28.4.2006 г.	Протокол от извънредното общо събрание на LuxSCS ([...], председател, [...], секретар, [...], преброител)	Увеличаване на акционерния капитал; решение за приемане на записването и плащането от страна на ACI Holdings Limited на всички 3 750 ограничени акции; обезсилване на 1 993 акции; нов акционерен състав на LuxSCS; изменение на устава.
9.5.2006 г.	Протокол от общото събрание на LuxSCS ([...], председател, [...], секретар, [...], преброител)	Отказ от правата на известяване; изменение в устава на LuxSCS след сливането на Amazon.com Int'l Marketplace, Inc. с Amazon Int'l Sales.
27.6.2006 г.	Протокол от извънредното общо събрание на LuxSCS ([...], председател, [...], секретар, [...], преброител)	Намаляване на личните премийни резерви от емисии на акции на ACI Holdings, на които е поставен таван след изчисляването на окончателната вноса от 28 април 2006 г.
22.5.2007 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], вицепрезидент, [...], вицепрезидент, [...], ковчезник и директор)	Приключване на годишния финансов отчет на LuxSCS към 31 декември 2005 г. и решение за представяне на годишния финансов отчет на едноличния съдружник на LuxSCS за одобрение и за освобождаване от отговорност на едноличния управител на LuxSCS за приключената на 31 декември 2005 г. финансова година.
22.5.2007 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], вицепрезидент, [...], вицепрезидент, [...], вицепрезидент, ковчезник и директор)	Одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2005 г. и разпределяне на резултата; освобождаване от отговорност на управителите за приключената на 31 декември 2005 г. финансова година.
25.4.2008 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], вицепрезидент)	Приключване на годишния финансов отчет на LuxSCS към 31 декември 2006 г. и решение за представяне на този годишен финансов отчет на съдружниците на LuxSCS за одобрение; решение за освобождаване от отговорност на едноличния управител на LuxSCS за приключената на 31 декември 2006 г. финансова година;
25.4.2008 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], вицепрезидент, [...], вицепрезидент, [...], вицепрезидент, ковчезник и директор)	Одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2006 г. и разпределяне на резултата и решението за представяне на този годишен финансов отчет на съдружниците на LuxSCS за одобрение; освобождаване от отговорност на едноличния управител за приключената на 31 декември 2006 г. финансова година.

Дата	Вид на решението	Обобщение
18.6.2008 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], вицепрезидент)	Одобряване на годишния финансов отчет на LuxOpCo към 31 декември 2006 г. и изменение и приемане на неговите политики за делегиране на подписите; одобряване на годишния финансов отчет на Amazon Eurasia Holdings Sarl („АЕН“) към 31 декември 2006 г. и изменение и приемане на неговите политики за делегиране на подписите;
23.3.2009 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], вицепрезидент)	Решение за внасяне на общата сума 25 000 EUR в АЕН срещу емитиране на нови акции от АЕН.
25.6.2009 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], вицепрезидент, [...], президент, [...] вицепрезидент, ковчежник и директор)	Одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2008 г. и разпределяне на резултата; освобождаване от отговорност на едноличния управител за приключената на 31 декември 2008 г. финансова година.
25.6.2009 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Приключване на годишния финансов отчет на LuxSCS към 31 декември 2009 г. и решение за представяне на този годишен финансов отчет на съдружниците на LuxSCS за одобрение; предложение за освобождаване от отговорност на едноличния управител на LuxSCS за приключената на 31 декември 2008 г. финансова година; одобряване на годишния финансов отчет на LuxOpCo към 31 декември 2008 г.; одобряване на годишния финансов отчет на АЕН към 31 декември 2008 г.; предложение за увеличаване на акционерния капитал на АЕН чрез парична вноска.
6.7.2009 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент, [...], вицепрезидент, [...] вицепрезидент, ковчежник и директор)	Одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2008 г. и разпределяне на резултата; освобождаване от отговорност на едноличния управител за приключената на 31 декември 2008 г. финансова година.
31.8.2009 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Свикване на извънредно общо събрание на LuxSCS за 1 септември 2009 г. относно: Отказ от правата на известяване; изменение на устава на LuxSCS след ликвидацията на ACI Holdings Limited и произтичащото от това прехвърляне на неговите 3 750 ограничени акции, притежавани в LuxSCS, на неговото дружество майка Amazon.com Int'l Sales, Inc.
11.9.2009 г.	Протокол от общото събрание на LuxSCS ([...], председател, [...], секретар, [...], преброител)	Отказ от правата на известяване; изменение на устава на LuxSCS след ликвидацията на ACI Holdings Limited и произтичащото от това прехвърляне на неговите 3 750 ограничени акции, притежавани в LuxSCS, на неговото дружество майка Amazon.com Int'l Sales, Inc.
7.12.2009 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Решение за увеличаване на акционерния капитал на АЕН чрез парична вноска.
22.12.2009 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], президент, [...] вицепрезидент, [...], вицепрезидент и ковчежник)	Одобряване на разпределянето на междинен дивидент на LuxSCS.
22.12.2009 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Разпределяне на междинен дивидент на съдружниците на LuxSCS.

Дата	Вид на решението	Обобщение
30.4.2010 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Одобряване на годишния финансов отчет на LuxOpCo към 31 декември 2009 г.; одобряване на годишния финансов отчет на АЕН към 31 декември 2009 г.
28.5.2010 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Приключване на годишния финансов отчет на LuxSCS към 31 декември 2009 г. и решение за представянето му на съдружниците на LuxSCS за одобрение и за освобождаване от отговорност на едноличния управител на LuxSCS за приключената на 31 декември 2009 г. финансова година; утвърждаване на промяната на адреса на управление на съдружниците и на едноличния управител на LuxSCS.
14.6.2010 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], президент, [...] вицепрезидент, [...] вицепрезидент и ковчежник)	Одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2009 г. и разпределяне на резултата; освобождаване от отговорност на едноличния управител за приключената на 31 декември 2009 г. финансова година.
5.7.2010 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Утвърждаване на авансовите акционерни парични вноски, направени от LuxSCS в полза на АЕН; одобряване на увеличаването на акционерния капитал на АЕН чрез непарична вноска на вземания.
13.12.2010 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Утвърждаване на авансовите акционерни парични вноски, направени от LuxSCS в полза на АЕН; предложение за увеличаване на акционерния капитал на АЕН чрез непарична вноска на вземания; упълномощаване на [...], [...] и [...] да действат от името на LuxSCS в тази връзка.
7.4.2011 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], президент, [...] вицепрезидент)	Одобряване на преотстъпването на равностойността в евро на 41 млн. британски лири в специален резерв на LuxSCS след вноската на Amazon.com Int'l Sales, Inc. под формата на 3 115 акции, притежавани във Video Island Entertainment Ltd.
7.4.2011 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], президент)	Решение за отправяне на препоръка до съдружниците на LuxSCS за преотстъпването на равностойността в евро на 41 млн. британски лири в специален резерв на LuxSCS след вноската на Amazon.com Int'l Sales, Inc. под формата на 3 115 акции, притежавани във Video Island Entertainment Ltd.; одобряване на вноската от страна на LuxSCS в изцяло притежаваното от него дъщерно дружество LuxOpCo на 3 115 акции, притежавани във Video Island Entertainment Ltd.
23.5.2011 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], президент, [...] вицепрезидент, [...] вицепрезидент и ковчежник)	Одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2010 г. и разпределяне на резултата; освобождаване от отговорност на едноличния управител за приключената на 31 декември 2010 г. финансова година.
23.5.2011 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Приключване на годишния финансов отчет на LuxSCS към 31 декември 2010 г. и решение за представяне на този годишен финансов отчет на съдружниците на LuxSCS за одобрение; предложение за освобождаване от отговорност на едноличния управител на LuxSCS за приключената на 31 декември 2010 г. финансова година.
1.7.2011 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Утвърждаване на авансова акционерна парична вноска, направена от LuxSCS в полза на АЕН; одобряване в качеството на единствен акционер на увеличаването на акционерния капитал на АЕН чрез непарична вноска на вземания.

Дата	Вид на решението	Обобщение
25.1.2012 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Утвърждаване на оставката на [...] като управител на LuxOpCo и одобряване от АЕН на освобождаването от отговорност; утвърждаване на назначението на [...] за нов управител на LuxOpCo и АЕН; одобряване на изменението на политиката за делегиране на подписите на LuxOpCo и АЕН; утвърждаване на авансовата акционерна парична вноска, направена от единствения акционер в полза на LuxSCS; одобряване на увеличаването на акционерния капитал на АЕН чрез непарична вноска на вземане; утвърждаване на сключването от страна на LuxSCS на изменено и преработено споразумение за кредит; утвърждаване на сключването от страна на LuxSCS на споразумение за преотстъпване на ИС от 28 март 2011 г. с [придобиване Q].
23.4.2012 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Приключване на годишния финансов отчет на LuxSCS към 31 декември 2011 г. и освобождаване от отговорност на едноличния управител на LuxSCS за приключената на 31 декември 2011 г. финансова година; одобряване в качеството на акционер на LuxOpCo на годишния финансов отчет към 31 декември 2011 г.; одобряване в качеството на акционер на АЕН на годишния финансов отчет към 31 декември 2011 г.
27.4.2012 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS ([...], президент, [...], вицепрезидент, [...], вицепрезидент и ковчежник)	Одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2011 г. и разпределяне на резултата; освобождаване от отговорност на едноличния управител за приключената на 31 декември 2011 г. финансова година.
27.8.2012 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS ([...], президент)	Одобряване на оставката на [...] като управител на LuxOpCo и АЕН; одобряване на назначенията на [...] и [...] за нови управители на LuxOpCo и АЕН и на изменението на политиката за делегиране на подписите на LuxOpCo и АЕН; утвърждаване на авансовата акционерна парична вноска, направена от LuxSCS в полза на АЕН; одобряване на увеличаване на акционерния капитал на АЕН чрез непарична вноска.
12.12.2012 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS (представяван от [...] по силата на делегиране на правомощия)	Утвърждаване на назначението на [...] за нов управител на LuxOpCo и АЕН; одобряване на изменението на политиката за делегиране на подписите на LuxOpCo и АЕН; одобряване на оставката на [...] като управител на LuxOpCo и АЕН.
2.4.2013 г.	Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS (представяван от [...] по силата на делегиране на правомощия)	Приключване на годишния финансов отчет на LuxSCS към 31 декември 2012 г. и освобождаване от отговорност на едноличния управител на LuxSCS; одобряване в качеството на акционер на АЕН на годишния финансов отчет към 31 декември 2012 г.; одобряване в качеството на акционер на LuxOpCo на годишния финансов отчет към 31 декември 2012 г.; утвърждаване на сключването от LuxSCS на договор за покупка на активи с цел придобиване на определени активи от [придобиване W1] и [придобиване W2]; одобряване на приемането от LuxSCS на изменение в споразумение за преотстъпване на ИС с Elkotob.com LLC.
8.4.2013 г.	Писмено решение на съдружниците на LuxSCS (представявани от [...] по силата на делегиране на правомощия, [...], вицепрезидент, [...], вицепрезидент и ковчежник)	Одобряване на годишния финансов отчет към 31 декември 2012 г. и разпределяне на резултата; освобождаване от отговорност на едноличния управител за приключената на 31 декември 2012 г. финансова година.

- (217) Както е видно от таблица 14, писмените решения на едноличния управител на LuxSCS и протоколите от общите събрания на LuxSCS от създаването на дружеството през 2004 г. до 2013 г. показват, че едноличният управител и съдружниците на LuxSCS са се ограничавали най-вече до разглеждане на въпроси, свързани с проследяване на инвестициите им в качеството им на съдружници на LuxSCS, като изменения в акционерния капитал, внасяне на капитал, отпускане на заеми на свързани дружества и други финансови решения, свързани с LuxSCS и неговите дъщерни дружества. Решенията, които се съдържат в писмените решения и протоколите, са били свързани също така с назначения на управители в дъщерните дружества, освобождавания от отговорност на тези лица или техни оставки, изменения в устава и одобряване на финансовите отчети.
- (218) От 46-те писмени решения и протоколи, обобщени в таблица 14, само следните четири писмени решения засягат нематериалните активи.
- На 14 януари 2005 г. едноличният управител на LuxSCS одобрява и утвърждава сключването от страна на LuxSCS на споразумение за изкупуване и две споразумения за поделяне на разходите (едно от които е СПР) през декември 2004 г. и януари 2005 г.
 - На 28 април 2006 г. в рамките на реорганизацията на дейностите по търговия на дребно в Европа едноличният управител на LuxSCS одобрява преотстъпването на редакционното съдържание, запазените марки и имената на домейни на Amazon.co.uk Ltd, Amazon.fr Holding SAS и Amazon.de GmbH на LuxSCS, както и подписването на лицензионното споразумение с LuxOpCo. Едноличният управител е упълномощен също така да изпълнява тези споразумения.
 - На 25 януари 2012 г. едноличният управител на LuxSCS одобрява и утвърждава споразумението за преотстъпване на ИС, сключено между LuxSCS и [придобиване Q] и влязло в сила на 29 март 2011 г. Едноличният управител е упълномощен също така да изпълнява споразумението за преотстъпване на ИС.
 - На 2 април 2013 г. е докладвано, че LuxSCS и АТІ са сключили договор за покупка на активи от 1 март 2013 г. с цел придобиване на определени активи от трета страна, сред които софтуерни кодове и всички свързани с тях права върху ИС. Едноличният управител на LuxSCS утвърждава договора за покупка на активи и издаването на лицензи на LuxOpCo.

2.3.5. ИНФОРМАЦИЯ ЗА ЛИЦЕНЗИОННИ СПОРАЗУМЕНИЯ ВЪРХУ ИНТЕЛЕКТУАЛНАТА СОБСТВЕНОСТ МЕЖДУ ОБРАЗУВАНИЯ ОТ ГРУПАТА AMAZON И НЕСВЪРЗАНИ ОБРАЗУВАНИЯ

2.3.5.1. Споразуменията M.com

- (219) В допълнение към споразуменията M.com, изброени в съображение 142, Amazon сключва единадесет допълнителни споразумения M.com в периода 2004—2006 г. с Bombay Company, DVF, Bebe, Marks & Spencer, Sears Canada, Hobby Hub, Benefit Cosmetic, Timex.com, Mothercare UK и Devanlay US ⁽²³¹⁾.
- (220) Amazon обясни, че партньорите в рамките на M.com не са имали достъп до самата технология на Amazon. По-скоро Amazon е използвало технологията си, за да им предоставя информационни услуги и услуги за електронна търговия ⁽²³²⁾. Както обяснява Amazon, в съответствие със споразуменията M.com „Amazon приема да предостави технологии, свързани с електронната търговия, за да даде възможност на трети страни да експлоатират собствените си уебсайтове за търговия на дребно. Клиентите на M.com, като [A], са получили единствено технологията и не са ползвали, нито получили никакво право върху запазените и търговските марки, данните на клиентите на Amazon или какъвто и да било друг нематериален актив на Amazon“ ⁽²³³⁾. Освен това Amazon

⁽²³¹⁾ Съобщение на Amazon от 12 юни 2015 г., петък.

⁽²³²⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на „Technology – Software Development“, Amazon Corporate LLC, САЩ, бивш вице-президент на Kindle, Amazon Corporate LLC, САЩ], 18 ноември 2014 г., точка 3602: 3-25; точка 3603:1, „Q. M.com or enterprise solutions, in that program Amazon took all of the technologies that it had developed for its own website business [...] and made them available to third-party retailers? [...] Is that correct? A. That's a reasonable description. Q: Okay. And these third parties [...] then used this technology to build and operate their own eCommerce system and website; is that correct? A: That's not quite correct. It was Amazon, my team specifically that took those technologies and assembled them, extended them, customised them and operated the technology day to day on behalf of that retailer. What the retailer would be doing is they would be managing their pricing, their promotions, their merchandising, their marketing, these elements [...] we would be their IT and eCommerce department, but they would be what gets referred to as the merchandising and pricing and marketing department.“

⁽²³³⁾ Съобщение на Amazon от 12 юни 2015 г., петък.

обясни, че вместо да определя цената индивидуално на всеки елемент от предложението си, е възприело всеобхватен подход за ценообразуване в споразуменията M.com⁽²³⁴⁾. Споразуменията M.com от дата след тази на разглежданото ДС съдържат разпоредби, в които се уточнява, че всяка страна получава единствено неизключителен, ограничен лиценз върху ИС на своя партньор, който може да използва само за целите на изпълнението на споразумението.

- (221) Amazon подчерта, че съществуват съществени разлики между споразуменията M.com и лицензионното споразумение между LuxSCS и LuxOpCo предвид факта, че „по силата на споразумението между LuxOpCo и LuxSCS, LuxOpCo се е ползвало с пълен достъп до данните на клиентите, които наброяват милиони. Подобен достъп до данни не е предвиден в останалите споразумения M.com. Освен това в споразумението между LuxSCS и LuxOpCo са включени запазени марки и долейни, които не фигурират в останалите споразумения M.com“⁽²³⁵⁾. Amazon обясни, че никога не дава на трети страни лицензи върху данните на клиентите⁽²³⁶⁾.
- (222) Изброените в доклада относно ТЦ споразумения M.com са описани по-подробно в съображения 223—229.
- (223) Съгласно споразумението [A] Amazon приема да създаде, развие, хоства и осигурява функционирането на нов уебсайт на [A], както и магазин на [A] на уебсайтовете на Amazon, които имат за цел да заменят съществуващия уебсайт за електронна търговия на [A]. [A] е определяло цените на продуктите, предлагани за продажба както на сайта на [A], така и в магазина на [A], като е действало като официален продавач⁽²³⁷⁾. Amazon е отговаряло за спедицията и обработката на пакетите до крайните клиенти, както и за предоставянето на услуги на клиентите. [A] и Amazon не са си разменяли никаква собственост или права върху ИС, освен ако не е изрично посочено в споразумението. Правата на ползване на ИС на Amazon, които се считат за разумно необходими за гарантиране на изпълнението на договорните задължения на страните, са обхванати в неизключителен, ограничен и непрехвърлим лиценз, даден от Amazon на [A]⁽²³⁸⁾. Подобни лицензи за използването на ИС на [A] са били предоставени от [A] на Amazon⁽²³⁹⁾. От датата на стартиране данните на клиентите, получени благодарение на двата онлайн магазина, са били съвместна собственост на страните. Данните, събрани преди датата на стартиране, остават изключителна собственост на събралата ги страна⁽²⁴⁰⁾.
- (224) Според приетата структура на възнагражденията [A] е трябвало да плати такси за създаване (15 милиона щатски долара) и базови такси (започващи от 7 милиона щатски долара и стигащи до 35 милиона щатски долара за периода 2001—2006 г.). Освен това [A] е трябвало да плаща променливи такси на единица, които са посочени в таблица 15, и други такси, наречени „свързани такси“ (започващи от 0,05 USD и стигащи до 13,75 USD на продадена единица), които са били за опаковане и свръхразмери на продаваните артикули. Накрая, [A] е трябвало да плаща на Amazon процент от продажбите като комисиона, както е посочено в таблица 16.

Таблица 15

Променливи такси, плащани от [A]⁽²⁴¹⁾

(USD)

Такси за променливи единици (USD/единица)	Година 1	Година 2	Година 3	Година 4	Година 5	Година 6
Сортируеми	2,36	2,36	2,10	1,87	1,78	1,78
Транспортируеми	3,83	3,83	3,57	3,27	3,13	3,13

⁽²³⁴⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на „Technology – Software Development“, Amazon Corporate LLC, САЩ, бивш вице-президент на Kindle, Amazon Corporate LLC, САЩ], 18 ноември 2014 г., точка 3540: 24 и 25, точка 3541: 1-25, точка 3542: 1-25; „Q: [...] And given that these deals involved services and technology, how did Amazon price them? A: Well, the way we priced these deals was essentially looking at them as a holistic bundle [...]“

⁽²³⁵⁾ Съобщения на Amazon от 31 юли 2015 г. и 15 януари 2016 г.

⁽²³⁶⁾ Съобщения на Amazon от 12 юни 2015 г. и 15 януари 2016 г.

⁽²³⁷⁾ Споразумение [A], раздел 4.4 („Pricing“).

⁽²³⁸⁾ Точка 14.4.1.1 („Trademarks“) от споразумението [A] гласи следното: „ACI hereby grants to [A], during the Term, a limited, non-exclusive, non-transferable (except in accordance with Section 22.7) license, which [A] may sublicense only to its Affiliates to use within the Territory such ACI Content and Trademarks supplied by ACI hereunder: (a) only within the Territory; (b) only as is reasonably necessary to perform its obligations under this Agreement; and (c) only for the purposes contemplated under this Agreement.“ Точка 14.4.1.2 („Limited License“) от споразумението [A] гласи следното: „ACI grants to [A], for a term ending on the earlier of: (a) August 31, 2006; or (b) twelve (12) months following any termination of the Term by [A] pursuant to Section 13.2, or six (6) months following any termination of the Term by [A] pursuant to Section 13.3.2, a limited, temporary, non-exclusive, non-transferable (except in accordance with Section 22.7) license to use the ACI Intellectual Property (excluding Trademarks, URLs and domain names of ACI and its Affiliates), solely as necessary to permit [A] to continue the operation, maintenance and support of the [A] Site (or any successor Web Site, whether hosted by [A] directly or by a Third Party) in the form such exists as of the effective date of any termination of this Agreement as provided above.“

⁽²³⁹⁾ Споразумение [A], раздел 14.4.2 ([A]).

⁽²⁴⁰⁾ Споразумение [A], раздел 11 („Customer Information and Other Data“).

⁽²⁴¹⁾ Exhibit S към споразумение [A].

(USD)

Такси за променливи единици (USD/единица)	Година 1	Година 2	Година 3	Година 4	Година 5	Година 6
Несортируеми или нетранспортируеми	4,83	4,83	4,81	4,48	4,28	4,28
Единици за дропшипинг	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75
Единици за дропшипинг с поздравителна картичка [...]	0,75	Безплатна поздравителна картичка				
Върнати от клиентите стоки	Същите като таксите за променливи единици за всеки продукт [...], върнат обратно до Amazon или неговите дъщерни дружества					
Върнати от търговците стоки	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00

Таблица 16

Комисиони върху продажбите, плащани от [A]

(%)

	Година 1	Година 2	Година 3	Година 4	Година 5	Година 6
Комисиона върху продажбата на продукти (различни от каталожните продукти [...])	5,0	5,0	4,5	4,0	4,0	4,0
Допълнителна комисиона върху продажбата на текстилни изделия	2,5	2,5	3,0	3,5	3,5	3,5
Комисиона върху продажбата на продукти (каталожни продукти [...])	2,0	2,5	2,5	2,5	3,0	3,0

- (225) От своя страна Amazon е трябвало да плаща на [A] комисиона за препращане (на английски език „referral fee“) за продуктите на Amazon, които са предлагани за продажба на уебсайта на [A]. Това възнаграждение е възлизало на 5 % от продажбите през 2001 г. и 2002 г., на 4,5 % през 2003 г. и на 4 % за периода 2004—2006 г.
- (226) Първоначалният петгодишен срок на споразумението [A] впоследствие е продължен до 31 август 2011 г., като на тази дата са прекратени търговските отношения между Amazon и [A] ⁽²⁴²⁾.
- (227) Споразумението [G] е обхващало по-специално разработването, хостването и поддържането на функционирането на една част от уебсайта на Amazon, която е била кобрандирана между двете марки с цел продажба на продукти, подбирани и доставяни от [G]. След стартирането на кобрандирания магазин [G] се ангажира да прекрати експлоатацията на своя уебсайт и да пренасочва целия трафик от уебсайта си към кобрандирания магазин. Amazon е определяло цените на продуктите, продавани в кобрандирания магазин. То е купувало продуктите от [G] и ги е препродавало на крайните клиенти ⁽²⁴³⁾. [G] е било собственик на всички продавани единици в центровете за дистрибуция на Amazon и е поемало риска от загуби, свързан с тези материални запаси. [G] и Amazon не са си разменяли никаква собственост или права върху ИС, освен ако не е изрично посочено в споразумението. Правата върху ИС, които се считат за разумно необходими за гарантиране на изпълнението на договорните задължения на страните, са обхванати в неизключителен, непрехвърлим лиценз, даден от Amazon на [G] и от [G] на Amazon ⁽²⁴⁴⁾. [G] е трябвало да плаща ⁽²⁴⁵⁾ такси за създаване в размер на 19,5 милиона щатски долара в течение на първата година, годишни базови такси, достигнали до 70 милиона щатски долара през 2004 г., възнаграждение за обработка на поръчки от 1,7 USD до 4,5 USD на единица и комисиона, възлизаща на 4 % от продажбите в началото и нараснала постепенно на 6 % през годините.

⁽²⁴²⁾ Съобщение на Amazon от 15 януари 2016 г., петък.

⁽²⁴³⁾ Споразумение [G], раздел 5.5 („Pricing of Selected Product Units“) и раздел 9.1 („Sale of Selected Product Units to Customers Through the ACT Site: Procedure“).

⁽²⁴⁴⁾ Споразумение [G], раздел 16 („Proprietary Rights and Licenses, Restrictions“).

⁽²⁴⁵⁾ Споразумение [G], раздел 13 („Compensation“).

- (228) Съгласно споразумения [Н] и [В] Amazon се съгласява да създаде нови уеб сайтове за електронна търговия (*огледални сайтове*), които да заместят съществуващите сайтове на [Н] и [В]. Amazon отговаря за създаването, хостинга и управлението на сайта за електронна търговия⁽²⁴⁶⁾. Той също така се ангажира да следи за това наличната информация и ефективността на огледалните сайтове да са по същество идентични с тази на уеб сайта на Amazon. В замяна на това, Amazon получава данни за наличните клиенти на [В] и [Н] и има възможността да включва продуктите на Amazon на огледалните сайтове. Amazon плаща такси за препращане между 5 % и 6 % от стойността на продажбите съответно на двата контрагента. [Н] и [В] са споделяли с Amazon всички данни за потребителите отпреди стартирането на огледалните сайтове⁽²⁴⁷⁾. По това време и двете страни са били съсобственици на информацията за клиентите, получена чрез огледалните сайтове. Договорите са предвиждали всяка от страните да предостави на другата ограничен, неизключителен, непрехвърляем лиценз за използване на тяхната интелектуална собственост (ИС), според необходимото за изпълнение на задълженията по споразумението⁽²⁴⁸⁾.
- (229) Съгласно споразумението [П] Amazon не е предоставил платформа за онлайн търговия на [П], но е приел продуктите [П] да се предлагат за продажба и да се интегрират в търсачките и навигацията в уеб сайта на Amazon. [П] е трябвало да плаща между 8 % и 9 % от продажбите, генерирани чрез уеб сайта на Amazon.

2.3.5.2. Други лицензионни споразумения върху интелектуалната собственост между групата Amazon и несвързани образувания

- (230) Amazon е представил всички лицензионни споразумения с трети страни от 2000 г. насам. Нито едно от тези споразумения не е свързано с прехвърляне на ИС, сравнимо с предвиденото в лицензионното споразумение. Представените споразумения не обхващат никакво прехвърляне на регистрираната търговска марка, технологията на платформата за електронна търговия или клиентската база данни на Amazon. Те се отнасят или до лицензирането на регистриран патент, или до цифрово съдържание.
- (231) Според Amazon тези договори „нямат нищо общо с оценката, направена в ДС от 2003 г. по отношение на правилата за държавните помощи: [а)] тези споразумения биха могли да се използват единствено за целите на анализа по метода на сравнителните неконтролирани цени на свободния пазар, а ДС от 2003 г. основателно базира своя анализ на метода за остатъчно разпределение на печалбата; [б)] Във всички случаи повечето споразумения, сключени по време на периода на изпълнение на ДС от 2003 г. (от 2006 г. до средата на 2014 г.), не включват всички компоненти на ИС, които се установяват в ИС, включени в лицензионното споразумение между LuxSCS и LuxOpCo („Нематериални активи“); [в)] освен това, единствените споразумения, които имат някакви прилики със споразумението между LuxOpCo и LuxSCS са след издаването на ДС от 2003 г., които не могат да бъдат взети под внимание при оценката на ДС от 2003 г. по отношение на правилата за държавните помощи, тъй като те не биха могли да бъдат използвани за извършване на анализа на трансферното ценообразуване по това време“⁽²⁴⁹⁾.

2.3.6. ОПИСАНИЕ НА НОВАТА КОРПОРАТИВНА И ДАНЪЧНА СТРУКТУРА НА AMAZON В ЛЮКСЕМБУРГ, ПОТВЪРДЕНА С ДАНЪЧНОТО СТАНОВИЩЕ ОТ 2014 Г.

- (232) През май 2014 г. Amazon получава ново данъчно решение от люксембургската данъчна администрация, отнасящо се за промени в неговата търговска и данъчна структура в Люксембург. Според новата търговска структура ролята на LuxSCS [...]. Основната промяна, допринесена за тази структура, е създаването на ново дружество [...], което е включено в съществуващата структура между [...].
- (233) Като част от новата търговска структура, организацията на вече съществуваща платформа в LuxOpCo [...] ⁽²⁵⁰⁾. В резултат на това [60–70] служители, които преди това са работили в екипите за локализиране и превод на LuxOpCo, са интегрирани в екипа за разработка и превод на софтуер [...] ⁽²⁵¹⁾. Що се отнася до лицензионното споразумение, [...] днес плаща на LuxSCS лицензионно споразумение ⁽²⁵²⁾ в замяна на правото да се използват нематериалните активи за целите на функционирането на платформа за електронна търговия в Европа ⁽²⁵³⁾.

⁽²⁴⁶⁾ Споразумение [Н], раздел 2.1 („Mirror Site: Development“) и споразумение [В], раздел 2.1 („Mirror Site: Development“).

⁽²⁴⁷⁾ Споразумение [Н], раздел 5.2 („Existing Customer Information Delivery“) и споразумение [В], раздел 5.2 („Existing Customer Information Delivery“).

⁽²⁴⁸⁾ Споразумение [Н], раздел 9.2 („Licenses“) и споразумение [В], раздел 10.2 („Licenses“).

⁽²⁴⁹⁾ Съобщение на Amazon от 12 юни 2015 г., петък.

⁽²⁵⁰⁾ Съобщение на Amazon от 15 януари 2016 г., петък.

⁽²⁵¹⁾ Съобщение на Amazon от 22 януари 2016 г., петък.

⁽²⁵²⁾ [...] ще плаща на [...] лицензионно възнаграждение. Въпреки това, ако след заплащане на лицензионното възнаграждение, което е в размер на [...], лицензионното възнаграждение ще бъде коригирано [...].

⁽²⁵³⁾ Както е предвидено в лицензионното споразумение, точка 9.7 (Binding effect. Assignment), всяка страна има право да прехвърли своите права и задължения съгласно настоящото споразумение без съгласието на другата страна, при условие че бенефициентът е свързано с него дружество.

- (234) Основната дейност на [...] се състои от [...]. Основната услуга, предоставяна от [...], е [...]. [...] управлява също и [...]. И накрая, [...] предоставя и отговаря за [...]. [...] на свой ред ще получи лицензионни възнаграждения [...] ⁽²⁵⁴⁾, [...] ⁽²⁵⁵⁾ и [...] ⁽²⁵⁶⁾ от [...].
- (235) В искането за ДС от 14 май 2014 г. лицензионното възнаграждение за SEO, дължимо от LuxOpCo, се счита за много ниско в сравнение със средното лицензионно възнаграждение, начислявано на търговци на трети страни ⁽²⁵⁷⁾. За да се обоснове фактът, че [...] желае да предостави на LuxOpCo отстъпка от лицензионното възнаграждение за SEO, се изтъкват следните причини:
- (1) По-ниското лицензионно възнаграждение SEO „*взема предвид ситуацията и финансовата перспектива [описание на ситуацията и стратегията на Amazon за пазара на дребно]*“ ⁽²⁵⁸⁾.
 - (2) [Описание на търговската стратегия на Amazon]. Като [...] изисква такса за SEO от [4–6] %, за да покрие разходите за доставка на услугата на платформата, [прогнозите на Amazon], това би било в ущърб на [...] и в двата случая. Освен това отстъпката [...], която се изисква да бъде отпусната, ще бъде ограничена с [...]. Като се има предвид, че разпределението на разходите за технологии и платформи представлява приблизително [4–6] % от приходите, които LuxOpCo се очаква да реализира от дейността за търговия на дребно през 2014 г., [...]. По тази причина лицензионното възнаграждение за SEO, по-ниско от [4–6] % би изглеждало по-добро решение за LuxOpCo, отколкото инвестицията в технологията и платформата ⁽²⁵⁹⁾.
- (236) При новата корпоративна структура ролята на ASE остава непроменена. ASE ще продължи да експлоатира и управлява европейските дейности, свързани с програмата „Marketplace“. Вместо да плаща на LuxOpCo лицензионно възнаграждение за всички нематериални активи, които подлицензира, сега плаща лицензионно възнаграждение от [...].
- (237) Ролята на европейските местни филиали също остава непроменена в новата търговска структура.

2.4. ОПИСАНИЕ НА ПРИЛОЖИМАТА НАЦИОНАЛНА ПРАВНА УРЕДБА

- (238) Обичайните правила за корпоративния данък в Люксембург са изложени в изменения Закон от 4 декември 1967 г. относно данъка върху доходите (ЗДЦ).
- (239) Член 18, параграф 1 от Данъчния закон предвижда метода, използван за определяне на годишната печалба на данъчнозадълженото лице: „*Печалбата се състои от разликата между нетните активи, инвестирани в края и нетните активи, инвестирани в началото на финансовата година, плюс личните отчисления, направени през годината и минус дяловите вноски, направени през финансовата година.*“
- (240) Член 159 от ЗДЦ предвижда, че местните данъчнозадължени лица подлежат на облагане с данък върху всичките си печалби ⁽²⁶⁰⁾. Член 160 от ЗДЦ предвижда, че чуждестранните корпорации се облагат с данък върху местните доходи ⁽²⁶¹⁾, както е определено в член 156 от ЗДЦ ⁽²⁶²⁾. От 2011 г. всички дружества, които подлежат на данъчно облагане в Люксембург, имат облагаем доход при нормалната данъчна ставка от 28,80 % ⁽²⁶³⁾.

⁽²⁵⁴⁾ Лицензионно възнаграждение от [...].

⁽²⁵⁵⁾ Такса, дължима от [...].

⁽²⁵⁶⁾ За предоставянето на споделени услуги [...] ще получи възвръщаемост на разходите си от [1–10] % до [1–10] %.

⁽²⁵⁷⁾ Съгласно съображение 39а, заявката за АРР от 2014 г. [...].

⁽²⁵⁸⁾ Искане за ДС от 2014 г., 2 април 2014 г., точка 39а, стр. 11.

⁽²⁵⁹⁾ Искане за ДС от 2014 г., 2 април 2014 г., точка 39с, стр. 11.

⁽²⁶⁰⁾ Член 159, параграф 1 от ЗДЦ предвижда, че: „*За местни данъчнозадължени лица, подлежащи на облагане с корпоративен данък, се считат изброените по-долу колективни образувания, ако тяхното седалище или централно управление се намират на територията на Великото херцогство.*“ Член 159, параграф 2 от ЗДЦ предвижда, че: „*Корпоративният данък обхваща всички доходи на данъчнозадължените лица.*“

⁽²⁶¹⁾ Член 160 от за ЗДЦ предвижда, че: „*На корпоративен данък върху местните си доходи по списъла на член 156 подлежат колективните образувания по член 159, които нямат нито седалище, нито централно управление на територията на Великото херцогство.*“

⁽²⁶²⁾ Член 156 от ЗДЦ предвижда, че: „*За местни доходи на чуждестранни данъчнозадължени лица се считат: 1. търговска печалба по списъла на членове 14 и 15: а) когато реализирана пряко или косвено от обект на стопанска дейност или от постоянен представител във Великото херцогство, освен когато постоянният представител е търговец на едро, представител или независим търговски представител.*“

⁽²⁶³⁾ Люксембургският корпоративен данък върху доходите се състои от 21 % корпоративен данък (КДЦ), а за дружествата, установени в гр. Люксембург, общински данък върху доходите със ставка от 6,75 %. Освен това данъчната ставка от 21 % се увеличава с 5 % от вноската за фондовете за трудова заетост, чието изчисление се основава на КДЦ. През 2012 г. данъкът „солидарност“ се увеличи от 5 % на 7 %, считано от фискалната 2013 година. С промените, въведени за финансовата 2013 година, средният процент на данъка върху доходите за гр. Люксембург се е увеличил от 28,80 % на 29,22 %. Освен това люксембургските дружества подлежат на облагане с годишен данък върху имуществото, удържан на 1 януари всяка година и представляващ 0,5 % от нетните им активи в световен мащаб.

- (241) Преди влизането в сила на член 56а от ЗДЦ през януари 2017 г. беше прието, че принципът на сделката между несвързани лица е залегнал в люксембургското данъчно право в член 164, параграф 3 от ЗДЦ, който предвижда следното: „Скритото разпределение на печалбата трябва да бъде включено в облагаемия доход. Има скрито разпределение на печалбата, когато даден съдружник, член или заинтересована страна получава преки или непреки ползи от дружество или асоциация, с каквито обикновено няма как да се облагодетелства, без да има такъв статут“⁽²⁶⁴⁾. Съгласно преобладаващото тълкуване на член 164, параграф 3 от ЗДЦ, съществуващо от 1967 г., възнаграждението, получавано в сделките между дружества от една и съща група, трябва да бъде такова, каквото би било договорено от независими дружества, търгуващи при съпоставими обстоятелства в съответствие с принципа на сделката между несвързани лица. Това се потвърждава от обяснението, предоставено от Люксембург в точка 64 от неговите коментари относно решението за откриване на процедура: „Принципът на сделката между несвързани лица по отношение на данъчно задължените дружества, установени във Великото херцогство Люксембург, е уреден в член 164, параграф 3 и член 18 от измененния Закон от 4 декември 1967 г. относно данъка върху доходите (ЗДЦ), макар и там да не е изрично упоменато понятието „принцип на сделката между несвързани лица“. То обаче служи като основа за тези разпоредби.“ Люксембург също така обяснява, че нито член 18, нито член 164, параграф 3 от ЗДЦ въвеждат разграничение между международни и национални сделки, нито между мултинационални и групи, присъстващи само на националната територия. Следователно правилата и практиките на Люксембург относно трансферното ценообразуване отразяват насоките на ОИСР, въпреки че член 164, параграф 3 от него не се позовава конкретно на тях.⁽²⁶⁵⁾
- (242) Това дългогодишно тълкуване на член 164, параграф 3 от ЗДЦ е кодифицирано от люксембургските данъчни органи в няколко циркулярни писма, а именно ЗДЦ 164/2 от 28 януари 2011 г. и 164/2а от 8 април 2011 г. („циркулярни писма“), които се тълкуват прилагането на принципа на сделката между несвързани лица при сделки за финансиране в рамките на групата. В допълнение към конкретните насоки за прилагането на принципа на сделката между несвързани лица за тези сделки, циркулярните документи съдържат общо описание на принципа на сделката между несвързани лица, както е определен в насоките на ОИСР, които те транспонират в националното законодателство. По-специално циркулярните документи дават следните общи насоки за предоставянето на вътрешногрупови услуги: „Има извършена вътрешногрупова услуга [...], ако при сравнителни обстоятелства дадено независимо дружество е било готово да плати на друго независимо дружество за извършване на тази дейност или ако е извършена от самото дружество“⁽²⁶⁶⁾. Освен това в циркулярно писмо се посочва, че като общо правило периодът на валидност на данъчно становище не е по-дълъг от пет години, освен ако не се променят фактите и обстоятелствата или ако законите изисквания, на които се основава, се променят, или ако се измени една от основните характеристики на дадена сделка.
- (243) От 1 януари 2017 г., нов член 56а от ЗДЦ изрично формализира принципа на сделката между несвързани лица в данъчното законодателство на Люксембург. От същата тази дата гореспоменатите циркуляри са заменени с циркулярно писмо на директора „Данъчни вноски по ЗДЦ“ 56/1 – 56а/1 от 27 декември 2016 г.

2.5. НАСОКИ ОТНОСНО ТРАНСФЕРНИТЕ ЦЕНИ

2.5.1. РАМКата НА ОИСР ОТНОСНО ТРАНСФЕРНОТО ЦЕНООБРАЗУВАНЕ

- (244) Организацията за икономическо сътрудничество и развитие („ОИСР“) е разработила редица незадължителни ръководства относно международното данъчно облагане. Поради необвързващия си характер, данъчните администрации на държавите членки на ОИСР, сред които е и Люксембург⁽²⁶⁷⁾, се насърчават просто да следват рамката на ОИСР⁽²⁶⁸⁾. Тя обаче служи като ръководство и оказва явно влияние върху данъчните практики на държавите членки на ОИСР (и дори и на нечленуващите в нея). Нещо повече, в редица държави членки на ОИСР, на документите с насоки, представляващи част от тази рамка, е дадена силата на закон или служат като отправна точка за целите на тълкуването на националното данъчно законодателство. Ето защо, когато Комисията се позовава на рамката на ОИСР в настоящото решение, тя го прави, защото тази рамка е резултат от експертни обсъждания в контекста на ОИСР и се основава на техники, насочени към преодоляването на общи предизвикателства в международното данъчно облагане.

⁽²⁶⁴⁾ Прилагането на член 164, параграф 3 от ЗДЦ към дружествата за финансиране е изяснено от люксембургските данъчни органи в циркулярни документи 164/2 от 28 януари 2011 г. и 164/2а от 8 април 2011 г., които са заменени с циркулярно писмо на директора „Данъчни вноски по ЗДЦ“ 56/1 – 56а/1 от 27 декември 2016 г. относно данъчното третиране на дружествата, извършващи сделки за финансиране в рамките на групата.

⁽²⁶⁵⁾ Вж. съображение 294.

⁽²⁶⁶⁾ Циркулярно писмо относно ЗДЦ 164/2, 28 януари 2011 г., стр. 2.

⁽²⁶⁷⁾ Люксембург е член на ОИСР от 7 декември 1961 г.

⁽²⁶⁸⁾ Вж. например насоките на ОИСР от 1995 г., предговор, параграф 16: „Държавите членки се насърчават да следват тези насоки в своите практики за трансферно ценообразуване, а данъчнозадължените лица се насърчават да спазват тези принципи при оценката на съответствието на тяхното трансферно ценообразуване с принципа на сделката между несвързани лица [...]“.

2.5.2. ПРИНЦИПЪТ НА ПЪЛНАТА КОНКУРЕНЦИЯ ЗА ЦЕЛИТЕ НА МЕЖДУНАРОДНОТО ДАНЪЧНО ОБЛАГАНЕ

- (245) Когато независимите фирми участват в пазарни сделки една с друга, условията на сделките, включително цената на прехвърлените стоки или предоставените услуги, обикновено се управляват от външни пазарни механизми. Когато дружества, включени в мултинационална група, извършват сделки с дружества от същата група („асоциирани дружества в рамките на група“), техните търговски и финансови взаимоотношения не се определят задължително от външни пазарни механизми, но в някои случаи могат да бъдат повлияни от общия интерес да се намали възможно най-много дължимият от групата данък.
- (246) Моделът на данъчна конвенция на ОИСР за доходите и имуществото („модел на данъчна конвенция на ОИСР“) ⁽²⁶⁹⁾, която е в основата на многобройните двустранни данъчни договори, сключени от страните членки на ОИСР и във все по-голям брой страни, които не са членки на ОИСР, съдържа разпоредби за подходящия метод за разпределяне на печалбата между мултинационалните дружества. В тази връзка член 9, параграф 1 от Модела на данъчна конвенция на ОИСР гласи следното: „[Когато] между двете [свързани] предприятия в техните търговски или финансови отношения се приемат или налагат условия, различни от условията, които биха били приети между независими предприятия, печалбите, които при липсата на тези условия биха били реализирани от едно от тези предприятия, но не се реализират поради тези условия, могат да бъдат включени в печалбите на това предприятие и съответно обложени“. Тази разпоредба се счита за меродавен „принципа на сделката между несвързани лица“ за целите на международното данъчно облагане.
- (247) Съгласно принципа на сделката между несвързани лица националните данъчни администрации трябва да приемат трансферни цени ⁽²⁷⁰⁾, договорени между свързани дружества в рамките на група за техните вътрешногрупови сделки, само ако съответстват на това, което би било договорено в контекста на сделките на свободния пазар, т.е. сделките между независими търговски дружества при съпоставими обстоятелства в съответствие с принципа на сделката между несвързани лица. Както е обяснено в насоките на ОИСР: „този принцип е теоретично валиден, тъй като осигурява възможно най-добро приближение до функционирането на свободния пазар в случай на прехвърляне на стоки и услуги между асоциирани предприятия. Въпреки че не винаги е лесно да се приложи на практика, при различните членове на мултинационални дружества той обикновено до нива на приходите, приемливи за данъчните администрации. Принципът отразява икономическата реалност на конкретната ситуация на данъчнозадълженото лице, което извършва сделки с асоциирани дружества, като отчита нормалното функциониране на пазара“ ⁽²⁷¹⁾. Това е същността на принципа на сделката между несвързани лица. Поради тази причина държавите членки на ОИСР са се споразумели, че за целите на данъчното облагане, печалбите на асоциираните предприятия могат да бъдат коригирани, когато това е необходимо, за да се спазва принципът на сделката между несвързани лица. С други думи, държавите членки на ОИСР считат, че дадена корекция на трансферните цени е оправдана, когато условията, регулиращи търговските и финансовите отношения, наблюдавани в рамките на вътрешногруповата сделка, са различни от тези, които се очаква да се наблюдават при съпоставими сделки на свободния пазар.
- (248) Когато за корекция на печалбата се позовава на търговските и финансовите условия, които биха преобладавали при съпоставими сделки на свободния пазар, принципът на сделката между несвързани лица приема подхода, препоръчан от ОИСР, състоящ се в това, че за данъчни цели членовете на група от предприятия се третират като отделни предприятия, а не като неразделни подгрупи на едно единно предприятие („метод на отделното предприятие“) ⁽²⁷²⁾.

⁽²⁶⁹⁾ Най-новият вариант на този модел е публикуван от ОИСР на 15 юли 2014 г.

⁽²⁷⁰⁾ В този контекст „трансферни цени“ са цените, на които дадено дружество прехвърля материални, нематериални активи или предоставя услуги на асоциирани предприятия. Насоки на ОИСР от 1995 г., 2010 г. и 2017 г., предговор, параграф 11.

⁽²⁷¹⁾ Вж. насоките на ОИСР от 1995 г., параграф 1.13. Вж. насоките на ОИСР от 2010 г. и 2017 г., параграф 1.14.

⁽²⁷²⁾ Методът на отделното предприятие е обяснен в предговора към насоките на ОИСР, параграф 6: „За да се приложи методът на отделното предприятие към вътрешните сделки на групата, отделните членове на групата се облагат, като се тръгва от идеята, че при своите вътрешногрупови сделки те оперират на принципа на сделката между несвързани лица. Връзките между членовете на дадена мултинационална група могат да ил позволяват обаче да установят в своите отношения в рамките на групата специални условия, които се различават от тези, които биха били приложили, ако членовете на групата действат като самостоятелни предприятия, опериращи на свободния пазар. За да се осигури правилното прилагане на метода на отделното предприятие, държавите членки на ОИСР са се споразумели да възприемат принципа на равнопоставеност, който трябва да елиминира влиянието на специалните условия върху равнището на печалбата.“ Вж. също насоките на ОИСР от 2010 г., параграф 1.6.

- (249) ОИСР предоставя на данъчните администрации и многонационалните предприятия насоки относно прилагането на принципа на сделката между несвързани лица при трансферното ценообразуване, чиито последни изменения бяха публикувани през 2017 г. („насоките на ОИСР от 2017 г.“) ⁽²⁷³⁾. Предходни варианти на насоките са приети от Съвета на ОИСР на 22 юли 2010 г. („насоките на ОИСР от 2010 г.“ ⁽²⁷⁴⁾) и на 13 юли 1995 г. („насоките на ОИСР от 1995 г.“) ⁽²⁷⁵⁾. Последните преразглеждания и разяснения на насоките на ОИСР, дадени в насоките на ОИСР 2017, се основават, но не само ⁽²⁷⁶⁾, на окончателния доклад на ОИСР относно действия 8–10, *Привеждане в съответствие на трансферните цени, изчислени върху създаването на стойност* („Окончателен доклад от проекта за борба със свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби (BEPS), Действия 8–10“) ⁽²⁷⁷⁾, публикуван като част от плана за действие относно намаляването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби („проект BEPS“). Окончателният доклад BEPS по действия 8–10 съдържа изменения и пояснения относно насоките на ОИСР като цяло и нематериалните активи ⁽²⁷⁸⁾ и споразуменията за разпределение на разходите ⁽²⁷⁹⁾ в частност.

2.5.3. МЕТОДИТЕ НА ОИСР ЗА ОПРЕДЕЛЯНЕ НА ТРАНСФЕРНИТЕ ЦЕНИ

- (250) В насоките на ОИСР се описват пет метода за определяне на пазарните цени при вътрешногруповите сделки: i) метод на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар; ii) метод на надхвърлените разходи; iii) метод на занижените пазарни цени; iv) метод на транзакционната нетна печалба („МТНП“) и v) транзакционен метод на разпределената печалба. По принцип следва да се прилага най-подходящият за дадените обстоятелства метод за определяне на трансферната цена ⁽²⁸⁰⁾. В трудни случаи обаче, когато нито един метод не е убедителен, гъвкавият подход позволява съвместното използване на данните, получени по няколко метода ⁽²⁸¹⁾. Многонационалните групи от предприятия имат пълна свобода да използват методи, различни от посочените в тези насоки, при условие че определените цени отговарят на принципа на сделката между несвързани лица ⁽²⁸²⁾.
- (251) Прави се разграничение между традиционни транзакционни методи (първите три метода) и методи, базирани на транзакционна печалба (последните два метода) ⁽²⁸³⁾. Традиционните транзакционни методи се считат за най-прякото средство за да се определи дали търговските или финансовите условия на дадена сделка между асоциирани предприятия са условия на сделка между несвързани лица. Въз основа на това насоките на ОИСР дават

⁽²⁷³⁾ Насоки за трансферно ценообразуване на ОИСР от 2017 г. за многонационални дружества и данъчни администрации, публикувани на 10 юли 2017 г. Последващите изменения и допълнения към коментарите и принципите, свързани с модела на данъчна конвенция на ОИСР, които не волят до промяна във формулировката ѝ, се считат за приложими при тълкуването на нейните членове. Това е така, защото коментарите и насоките на ОИСР, включително насоките на ОИСР за трансферното ценообразуване от 1995 г. и 2010 г., се разглеждат като ползващи се с международен консенсус относно прилагането на принципите, определени в модела на данъчна конвенция на ОИСР. Вж. също коментарите относно Модела на данъчна конвенция на ОИСР, 2010 г., параграф 35.

⁽²⁷⁴⁾ Насоки за трансферно ценообразуване на ОИСР за многонационални дружества и данъчна администрация, 22 юли 2010 г.

⁽²⁷⁵⁾ Насоки за трансферно ценообразуване на ОИСР за многонационални дружества и данъчна администрация, 13 юли 1995 г. Тези насоки се основават на доклада на ОИСР от 1979 г., озаглавен „Трансферно ценообразуване и многонационални дружества“.

⁽²⁷⁶⁾ Насоките на ОИСР от 2017 г. отразяват промените и поясненията, приети в докладите BEPS от 2015 г. за действия 8–10 („Привеждане в съответствие на трансферните цени, изчислени върху създаването на стойност“), действие 13 (Документация за трансферното ценообразуване и декларация по държави). Те включват и насоките за режимите за закрила, приети през 2013 г., в които се приема, че добре разработените режими за закрила могат да намалят тежестта по отношение на спазване на данъчното законодателство и да осигурят по-голяма правна сигурност за данъчнозадължените лица. И накрая, това издание включва и промени с оглед съответствие с тези, които са направени другаде в насоките на ОИСР.

⁽²⁷⁷⁾ Докладът е публикуван на 5 октомври 2015 г. и приет от Съвета на ОИСР на 23 юли 2016 г.

⁽²⁷⁸⁾ ОИСР (2015 г.), „Привеждане в съответствие на трансферното ценообразуване, изчислено върху създаването на стойност, Действия 8-10: Окончателни доклади 2015 г.“, Проект за борба със свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби, Преразглеждане на глава VI от насоките за трансферно ценообразуване.

⁽²⁷⁹⁾ ОИСР (2015 г.), „Привеждане в съответствие на трансферното ценообразуване, изчислено върху създаването на стойност, Действия 8-10: Окончателни доклади 2015 г.“, Проект за борба със свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби, Преразглеждане на глава VIII от насоките за трансферно ценообразуване.

⁽²⁸⁰⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., глава II; насоки на ОИСР от 2010 г. и 2017 г., част II.

⁽²⁸¹⁾ Параграф 1.69 от насоките на ОИСР от 1995 г. гласи, че „в такива случаи се полагат усилия, за да се стигне до съответстващо на принципа на сделката между несвързани лица заключение, което е задоволително за всички заинтересовани страни, като се вземат предвид конкретните обстоятелства, всички налични данни и относителната надеждност на различните разглеждани методи“.

⁽²⁸²⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., параграф 1.68; насоки на ОИСР от 2010 г. и 2017 г., параграф 2.9. В това отношение насоките на ОИСР за 2010 г. и 2017 г. в параграф 2.9 посочват, че „тези алтернативни методи не трябва да заменят приетите от ОИСР, когато те са по-подходящи при дадените обстоятелства“.

⁽²⁸³⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., глави II и III; насоки на ОИСР от 2010 г. и 2017 г., части II и III.

специално предимство на традиционните транзакционни методи, като например методът на сравнимите неконтролирани цени на свободния пазар, пред транзакционните методи, а именно метода на МТНП и метода на разпределение на печалбата ⁽²⁸⁴⁾.

(252) Методът на сравнимите неконтролирани цени на свободния пазар, МТНП и методът за разпределяне на печалбата са от значение за настоящото решение и следователно са описани по-подробно в съображения от 253 до 256.

(253) Методът на сравнимите цени на свободния пазар се счита за пряк метод за изчисляване на трансферните цени ⁽²⁸⁵⁾. Той сравнява договорената цена и други договорени условия за трансфер на стоки или услуги в рамките на вътрешногрупова сделка с цената и другите договорени условия за прехвърляне на стоки или услуги при сравними сделки на свободния пазар. (т.е. сделки между несвързани дружества), реализирани при съпоставими обстоятелства ⁽²⁸⁶⁾.

(254) МТНП и методът за разпределение на печалбата често се описват като „косвени методи“. Тези методи изчисляват цената на сделките в рамките на групата, като определят каква би била нетната оперативна печалба на неконтролирания пазар (оперативна печалба) за дадена дейност, като се изчисли нетната печалба, която би реализирало неинтегрирано предприятие, извършващо идентична или подобна дейност ⁽²⁸⁷⁾.

(255) МТНП се състои в това да се разгледа маржа на нетната печалба ⁽²⁸⁸⁾ спрямо подходяща основа (например разходи, продажби или активи) ⁽²⁸⁹⁾, наречена „показател за нетната печалба“ или „показател за печалбата“ и свързана с разглежданата вътрешногрупова сделка (или сделките, които трябва да бъдат агрегирани). Показателят за нетната печалба следва да бъде установен чрез позоваване на показателя за нетната печалба на независими страни при съпоставими сделки на свободния пазар. При прилагане на МТНП е необходимо за контролираната сделка да се избере тествана страна, т.е. страната по сделката, за която се тества финансов показател. Този избор трябва да бъде съвместим с извършения функционален анализ (включително поетите рискове и използваните активи) на двете страни по разглежданата(ите) вътрешногрупова(и) сделка(и). Като правило при прилагане на МТНП проверяваната страна е тази, за която методът може да се приложи по най-надеждния начин и за която могат да бъдат намерени най-надеждните сравними условия. Използването на МТНП често се свързва с параграф 3.18 от насоките на ОИСР от 2010 г., според който „тестваната страна“ трябва по принцип да бъде дружеството с по-опростена функция по

⁽²⁸⁴⁾ Параграф 3.49 от насоките на ОИСР от 1995 г. гласи следното: „Традиционните транзакционни методи са за предпочитане пред методите, базирани на транзакционна печалба, когато се определя дали трансферната цена е цена, сформирани на принципа на сделката между несвързани лица, т.е. дали има или не специални условия, които са повлияли на разпределението на печалбата между свързаните предприятия. Към днешна дата опитът показва, че в повечето случаи е възможно да се прилагат традиционните транзакционни методи.“ Параграф 2.3 от насоките на ОИСР от 2010 г. и 2017 г. гласи следното: „Освен това, като се вземат предвид критериите, посочени в параграф 2.2, когато методът на сравнимите неконтролирани цени на свободния пазар и друг метод на трансферно ценообразуване могат да се прилагат с една и съща степен на надеждност, методът на сравнимите неконтролирани цени на свободния пазар е за предпочитане.“

⁽²⁸⁵⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., параграф 2.7. „Когато е възможно да се идентифицират сравними сделки на свободния пазар, методът на сравнимите неконтролирани цени на свободния пазар е най-непосредственият и надежден начин за прилагане на принципа на сделката между несвързани лица. В следствие на това, в конкретния случай този метод трябва да бъде предпочитан пред всеки друг.“ Вж. също насоките на ОИСР от 2010 г., параграф 2.14 и насоките на ОИСР от 2017 г., параграф 2.15.

⁽²⁸⁶⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., параграф 2.7. „В съответствие с принципите, изложени в глава I, дадена сделка на свободния пазар е сравнима с контролирана сделка (т.е. сравнима сделка на свободния пазар) с оглед прилагане на метода на сравнимите неконтролирани цени на свободния пазар, ако е изпълнено едно от следните две условия: а) няма разлика между сравняваните сделки или между дружествата, които извършват тези сделки, която има вероятност да окаже значително въздействие върху цената на свободния пазар; или б) могат да се направят достатъчно надеждни корекции за отстраняване на материалните ефекти от тези разлики.“ Вж. също насоките на ОИСР от 2010 г., параграф 2.14 и насоките на ОИСР от 2017 г., параграф 2.15.

⁽²⁸⁷⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., параграф 3.2; насоки на ОИСР от 2010 г., параграф 2.58 и насоки на ОИСР от 2017 г., параграф 2.64.

⁽²⁸⁸⁾ Както е обяснено в параграф 2.80 от насоките на ОИСР за 2010 г., от изчисляването на показателя за печалба следва да се изключат неоперативни елементи като финансови приходи и разходи и данъците върху печалбата. Изключителните и еднократни елементи също трябва да бъдат изключени.

⁽²⁸⁹⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., 2010 г. и 2017 г., речник на термините.

отношение на разглежданата вътрешногрупова сделка ⁽²⁹⁰⁾. Следователно МТНП се счита за подходящ метод за тестване на определеното съгласно принципа на сделката между несвързани лица възнаграждение на несвързаната страна, която не прави уникален принос и не създава стойност във връзка с разглежданата(ите) вътрешногрупова(и) сделка(и) ⁽²⁹¹⁾.

- (256) Методът за разпределение на печалбата е другият „непък метод“ за определяне на приблизително транзакционно ценообразуване на сделката между несвързани лица на вътрешногруповата сделка. Този метод се състои в определяне на комбинираната печалба (или загуба), която се разпределя между асоциираните дружества, които са страни по вътрешногруповите сделки, а след това разпределянето на тези печалби между асоциираните дружества въз основа на икономически стабилна основа, близка до разпределението на печалбата, каквото би се очаквало при споразумение, сключено на неконтролирания пазар и което би било отразено в такова споразумение ⁽²⁹²⁾. Насоките на ОИСП описват два подхода към разпределението на комбинираните печалби между асоциираните предприятия: анализ на приноса и анализ на остатъчната печалба. Анализът на приноса разпределя комбинираната печалба въз основа на относителната стойност на изпълняваните функции (като се вземат предвид използваните активи и поетите рискове) от всяка от страните по вътрешногруповите сделки. Анализът на остатъчната печалба разделя разпределението на печалбата на две фази. На първата фаза на всяко дружество се разпределя текуща (или нормално реализирана) печалба, според вида функции, които изпълнява и рисковете, които поема дружеството въз основа на сравнение на реализираните пазарни доходи с подобни сделки между независими дружества. С други думи, първата фаза е по същество прилага МТНП. Във втората фаза остатъчната печалба, останала след разпределението през първата фаза, се разпределя между страните по начин, който се доближава до начина, по който печалбата би била разпределена между независими предприятия на базата на принципа на сделката между несвързани лица. Методът на разпределяне на печалбата обикновено се счита за надежден, когато и двете страни по сделката в рамките на групата правят уникален принос и добавят голяма стойност в тази сделка, тъй като независимите страни могат да разделят печалбата от сделката пропорционално на техния принос ⁽²⁹³⁾.

2.5.3.1. Пазарен диапазон

- (257) Насоките на ОИСП определят приемлив резултат в условията на неконтролирания пазар чрез сравнителен анализ на редица резултати, а не на конкретен резултат ⁽²⁹⁴⁾. На практика под „размах“ се разбира интерквартилен размах ⁽²⁹⁵⁾.

⁽²⁹⁰⁾ В параграф 3.18 от насоките на ОИСП от 2010 г. се дава следната препоръка: „Когато се прилага метод на увеличената стойност, на пазарните цени или на транзакционната нетна печалба, както е посочено в глава II, трябва да се избере онази страна по сделката, за която се изпитва финансов показател (надценка върху разходите, брутна печалба или показател за нетна печалба). Изборът на тествана страна трябва да бъде съвместим с функционалния анализ на сделката. Като правило тестваната страна е тази, за която може по най-достоверен начин да се приложи метод на трансферно ценообразуване и за която могат да бъдат намерени най-достоверните сравнителни страни; най-често е тази, чийто функционален анализ е най-малко сложен.“ Вж. също насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 6.198: „За целите на анализа на трансферното ценообразуване, когато най-подходящият метод за трансферно ценообразуване е цената за препродажба, метода на увеличената стойност или метода на транзакционната нетна печалба, страната по сделката с по-ниската степен на сложност често се приема за тествана страна. В много случаи цените на принципа на сделката между несвързани лица или делът на печалбата, разпределен на тестваната страна, могат да бъдат определени без да е необходимо да се оценяват нематериалните активи, използвани във връзка с сделката. Тази ситуация обикновено възниква само когато нетестваната страна използва нематериални активи.“

⁽²⁹¹⁾ Както е посочено в насоките на ОИСП от 1995 г., параграф 6.26: „Когато става въпрос за нематериални активи с висока стойност, може да бъде трудно да се установят подобни сделки между независими дружества. В резултат на това може да е трудно да се прилагат традиционни транзакционни методи и методът на транзакционната нетна печалба, особено когато и двете страни по сделката притежават ценни нематериални активи или уникални активи, използвани в сделката, които отличават тази сделка от тези на потенциалните конкуренти. В такива случаи може да е релевантен методът на разпределение на печалбата, въпреки че може да създаде практически проблеми.“ Както е обяснено по-подробно в насоките на ОИСП от 2010 г., параграф 2.59: „Метод на транзакционната нетна печалба вероятно няма да бъде надежден, ако двете страни по дадена сделка имат уникален и ценностен принос [...]. В този случай, много по-подходящ би бил методът на разделяне на печалбата [...]. Независимо от това, едностранният метод (традиционен транзакционен метод или метода на транзакционната нетна печалба) може да се прилага в случаите, когато едната от страните прави целия уникален принос по контролираната сделка, а другата страна не прави никакъв принос.“

⁽²⁹²⁾ Насоки на ОИСП от 1995, 2010 и 2017 г., речник на термините.

⁽²⁹³⁾ Насоки на ОИСП от 1995 г., параграф 3.7; насоки на ОИСП от 2010 г., параграфи 2.109 и 2.115.

⁽²⁹⁴⁾ Насоки на ОИСП от 1995 г., параграфи 1.45—1.48; насоки на ОИСП от 2010 г. и 2017 г., параграфи 3.55—3.62.

⁽²⁹⁵⁾ В поредица от данни квартилите са всяка от трите стойности, класирани във възходящ ред, които разделят серията на четири равни части. С други думи, 25 % от данните са в 25-ия перцентил (наричан също и „долен квартил“); 50 % са по-ниски или равни на втория квартил (т.е. медианата на серията) и 75 % са по-ниски или равни на 75-ия перцентил (наричан също и „горен квартил“).

- (258) Насоките на ОИСР обаче показват, че това е възможно само когато размахът включва резултати със сравнително висока и еквивалентна степен на надеждност, а пък при наличие на грешки в съпоставимостта може да е целесъобразно да се използват измервания на централната тенденция (напр. медиана, средна или средно претеглена стойност и т.н.), за да се определи най-подходящата точка в размаха ⁽²⁹⁶⁾.

2.5.3.2. Специални съображения относно прилагането на принципа на пълната конкуренция за нематериалните активи

- (259) Глава VI от насоките на ОИСР предвижда конкретни насоки за прилагането на принципа на сделката между независими лица по отношение на нематериалните активи. Глава VI е въведена в насоките на ОИСР от 1995 г. и е актуализирана за последен път в насоките на ОИСР от 2017 г. въз основа на окончателния доклад от проекта за борба със свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби, Действия 8-10 ⁽²⁹⁷⁾.
- (260) В тази глава се посочва, че за да се приложи принципът на сделката между независими лица по отношение на нематериален актив, трябва да се вземе предвид както прехвърлителят, така и приобретателят. От гледна точка на прехвърлителя е целесъобразно да се търси цената, на която сравнимо независимо дружество би била склонно да прехвърли актива при съпоставими обстоятелства. От гледна точка на приобретателя следва да се прецени дали сравнимо независимо дружество би било склонно да плати такава цена ⁽²⁹⁸⁾.
- (261) Един независим приобретател ще се съгласи да плати въпросната цена само ако ползата, която може основателно да очаква да извлече от използването на нематериалния актив, е задоволителна в сравнение с останалите реалистични алтернативи. От съществено значение е да се определи образуването или субектите, участващи във вътрешногруповите сделки, включващи нематериални активи, които имат право да задържат (изцяло или частично) печалбата от тези активи, за да реализират доход на принципа на сделката между независими лица. При всички случаи законната собственост върху нематериалния актив не е определяща за анализа дали печалбата е на базата на сделката между независими лица ⁽²⁹⁹⁾.

2.5.3.3. Специални съображения относно прилагането на принципа на пълната конкуренция за акционерните дейности и вътрешногруповите услуги с ниска добавена стойност

- (262) Глава VII от насоките на ОИСР предвижда конкретни насоки за прилагането на принципа на сделката между независими лица по отношение на вътрешногруповите услуги. Тя е въведена в насоките на ОИСР от 1995 г. и е актуализирана за последен път в насоките на ОИСР от 2017 г. въз основа на окончателния доклад от проекта за борба със свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби, Действия 8–10 ⁽³⁰⁰⁾.
- (263) Мултинационалната група може да предприеме мерки, за да предостави на своите членове определени вътрешногрупови услуги, включително финансови или административни услуги. Тези услуги могат да бъдат предоставяни от дружеството майка или друг член на групата, които могат първоначално да поемат разходите за тяхното предоставяне. Когато се предполага, че са били предоставени вътрешногруповите услуги, е необходимо да се определи дали възнаграждението, които трябва да плати платено от предприятието бенефициер за тези услуги, ако има такива, е в съответствие с принципа на сделката между несвързани лица ⁽³⁰¹⁾. Както е обяснено в насоките на ОИСР, „за да се определи цената вътрешногруповите услуги на принципа на сделката между несвързани лица, те трябва да се разгледат както от гледна точка на доставчика на услуги, така и от гледна точка на получателя ил. В това отношение факторите, които трябва да бъдат взети предвид, включват стойността на услугата за

⁽²⁹⁶⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., параграф 1.48; насоки на ОИСР от 2010 г. и 2017 г., параграф 3.62.

⁽²⁹⁷⁾ Насоки на ОИСР от 2017 г., глава VI и окончателен доклад от проекта за борба със свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби, Действия 8-10, стр. 67—128.

⁽²⁹⁸⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г. и 2010 г., параграф 6.14; насоки на ОИСР от 2017 г., параграф 6.112.

⁽²⁹⁹⁾ Този елемент се потвърждава в насоките на ОИСР от 2017 г., параграф 6.42: „Определянето на законната собственост и договорните споразумения на разглежданите активи е важна първа стъпка в анализа, но това определяне е отделен процес от въпроса за това дали печалбата е на базата на сделката между независими лица. За целите на определянето на трансферните цени законната собственост върху даден нематериален актив сама по себе си не дава право в крайна сметка да се задържат приходите, получени от групата на мултинационални дружества, от експлоатацията на този актив, така че тези приходи могат първоначално да бъдат събирани от законния му собственик поради неговото законно правно или договорно право да експлоатира въпросния нематериален актив. Приходите, които в крайна сметка се задържат от законния собственик или се приписват на него, зависят от изпълняваните от него функции, използваните от него активи и рисковете, които поема, както и от приноса на всеки от другите членове на групата, като се вземат предвид функциите, които изпълняват, активите, които използват и рисковете, които поемат.“

⁽³⁰⁰⁾ Насоки на ОИСР от 2017 г., глава VII и окончателен доклад от проекта за борба със свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби, Действия 8-10, стр. 155—176.

⁽³⁰¹⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., 2010 г. и 2017 г., параграф 7.2.

бенефициера и сумата, която сравнително независимо дружество би било склонно да плати за тази услуга при съпоставими обстоятелства, а също и разходите за доставчика на услугата“⁽³⁰²⁾.

- (264) При всички случаи не всички дейности в рамките на групата изискват плащането на възнаграждение от бенефициера. Дъщерните дружества не трябва да плащат за вътрешногруповата дейност, извършвана от дружество в качеството му на акционер, и само поради участието му в капитала на един или повече други членове на групата (дейност на акционер)⁽³⁰³⁾.
- (265) Съвместният форум по трансферното ценообразуване (наричан по-нататък „СФТЦ“) е експертна група, създадена от Комисията през октомври 2002 г., за да я подпомага и съветва по въпросите на трансферното ценообразуване. В състава му влизат експерти по трансферно ценообразуване от публичния и частния сектор. През февруари 2010 г. бе публикуван доклад за оценката на СФТЦ относно прилагането на принципа на сделката между несвързани лица, както е определен в насоките на ОИСР, за дадена категория услуги, предоставяни между асоциирани предприятия, описани като „вътрешногрупови услуги с ниска добавена стойност“ („доклад на СФТЦ от 2010 г.“)⁽³⁰⁴⁾.
- (266) Както е обяснено в приложение 1 към доклада на СФТЦ от 2010 г., услугите с ниска добавена стойност могат да включват, наред с другото, правните услуги и счетоводните услуги. В доклада на СФТЦ от 2010 г. се казва, че когато се счита, че са били предоставени такива услуги с ниска добавена стойност, методът на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар е най-подходящият за определяне на цената на тези услуги. Въпреки това при липса на подходящи съпоставими сделки на свободния пазар, базираният на разходите метод за изчисляване на трансферните цени е най-често наблюдаваният метод за определяне на цената на тези услуги⁽³⁰⁵⁾.
- (267) При прилагане на подход, основан на разходите, трябва да се определи съответната разходна база за конкретната услуга. Тогава следва да се обмисли каква надценка, ако има такава, да се приложи към тези разходи. В това отношение докладът на СФТЦ за 2010 г. първо се позовава на параграфи 7.33 и 7.36 от насоките на ОИСР от 1995 г., в които се посочва, че върху разходната база не винаги трябва да се прилага надценка⁽³⁰⁶⁾.
- (268) Въз основа на опита на националните данъчни администрации, в доклада на СФТЦ от 2010 г. е направено заключението, че подходящата надценка за услуги с ниска добавена стойност обикновено е в диапазона от 3 % до 10 %, най-често около 5 %. Въпреки това, когато фактите и обстоятелствата на конкретната сделка оправдават различна надценка, това трябва да се вземе предвид.

2.6. ОПИСАНИЕ НА ОСНОВНИТЕ СЧЕТОВОДНИ И ФИНАНСОВИ ТЕРМИНИ, ИЗПОЛЗВАНИ В РЕШЕНИЕТО

- (269) Финансовите показатели и счетоводните концепции, които обикновено се използват в настоящото решение, са описани накратко по-долу.
- (270) Като цяло отчетът за приходите и разходите отчита първо дохода, който бизнесът получава от обичайната си дейност, обикновено от продажбата на стоки и услуги на клиенти. Тази статия се нарича „продажби“, „оборот“ или „продукти“.
- (271) Статията „разходи за стоки, суровини и консумативи“ представлява най-вече стойността на използваните материали за производството на стоки (суровини) или покупната цена на стоки, които са препродадени, ако дружеството не преработва продаваните стоки. За да се изчисли брутната печалба, разходите за стоки, суровини и консумативи се приспадат от продажбите.

⁽³⁰²⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., 2010 г. и 2017 г., параграф 7.29.

⁽³⁰³⁾ Насоки на ОИСР от 1995, 2010 и 2017 г., параграфи 7.9 и 7.10.

⁽³⁰⁴⁾ Съвместен форум на ЕС по трансферното ценообразуване, доклад на СФТЦ; Насоки относно вътрешногруповите услуги с ниска добавена стойност, заседание на 4 февруари 2010 г., на разположение на адрес https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/jtrf_020_rev3_2009.pdf.

⁽³⁰⁵⁾ Доклад на СФТЦ от 2010 г., точки 59 и 60.

⁽³⁰⁶⁾ Доклад на СФТЦ от 2010 г., точка 62.

- (272) Оперативните разходи обхващат най-вече разходите за заплати ⁽³⁰⁷⁾, за енергия и други административни и свързани с продажбите разходи. В случая на LuxOpCo, лицензионните възнаграждения, платени на LuxSCS, се класифицират като „други оперативни разходи“, но не се включват в оперативните разходи, въз основа на които се изчислява оперативната печалба съгласно разглежданото ДС ⁽³⁰⁸⁾.
- (273) Таблица 17 съдържа опростен преглед на отчет за приходите и разходите ⁽³⁰⁹⁾.

Таблица 17

Опростен отчет за доходите

Продажби (или оборот или приходи)
— Стойност на продадената стока, суровини и консумативи
Брутна печалба
— Оперативни разходи (OpEx)
Печалба преди лихви и данъци (EBITDA)
Печалба преди лихви и данъци (EBIT) или оперативна печалба
— <i>Лихви и амортизация</i>
Облагаем доход
— Данъци
Нетна печалба

- (274) Резултатът от дейността и рентабилността често се измерват посредством коефициенти, които се представят като „маржове“ или „напценки“. Маржовете се използват и за сравнения с подобни по отношение на трансферното ценообразуване.
- (275) При изчисляване на трансферните цени брутните печалби могат да бъдат изчислени чрез разделяне на брутната печалба на продажбите (или разходите за стоки, суровини и консумативи) и нетните маржове, като се раздели оперативната печалба на продажбите (или общите разходи, т.е. сумата на разходите за суровини, суровини и консумативи и оперативни разходи), особено при използване на метода на транзакционната нетна печалба. Следователно, когато се използва методът на транзакционната нетна печалба, числителят на показателя за печалба ще бъде оперативната печалба.

3. ОСНОВАНИЯ ЗА ОТКРИВАНЕ НА ПРОЦЕДУРАТА

- (276) В своето решение за откриване на процедурата ⁽³¹⁰⁾ Комисията обяснява, че има сериозни съмнения относно съвместимостта на разглежданото ДС с вътрешния пазар. По-специално тя изразява редица съмнения относно това дали методът на трансферно ценообразуване, одобрен от въпросното ДС, е довел до това LuxSCS да плаща на LuxOpCo лицензионно възнаграждение, формирано на принципа на сделка между несвързани лица.
- (277) Първо, Комисията изразява съжаление, че разглежданото ДС изглежда е било предоставено при липса на доклад за трансферните цени. След това тя посочва, че това решение е взето в рамките на единадесет работни дни след получаване на първото писмо, представляващо молбата за ДС.
- (278) Второ, Комисията критикува факта, че методът на трансферно ценообразуване, одобрен в разглежданото ДС, изглежда не се основава на нито един от общоприетите методи за трансферно ценообразуване, определени в насоките на ОИРС.

⁽³⁰⁷⁾ За по-голяма изчерпателност се посочва, че когато са пряко свързана с производството, частта от разходите за труд може да бъде включена в цената на стоките, суровините и консумативите.

⁽³⁰⁸⁾ Вж. съображение (38) от решението за откриване.

⁽³⁰⁹⁾ В Таблица 17 се използва съкращението EBITDA – съкращение за „earnings before interest, taxes, depreciation and amortisation“ (печалба преди лихви, данъци, обезценка и амортизация).

⁽³¹⁰⁾ Решение на Комисията от 7 октомври 2014 г. относно откриване на процедурата, предвидена в член 108, параграф 2 от Договора за функционирането на Европейския съюз, C(2014) 7156 final.

- (279) Трето, Комисията критикува факта, че в противоречие с препоръките в параграф 6.16 от насоките на ОИСР от 1995 г. и 2010 г. плащането на лицензионното възнаграждение, одобрено от ДС, не е свързано с производство, продажби или печалба. Вместо това възнаграждението се изчислява като остатъчната печалба от вътрешногруповите сделки на LuxOpCo, определена чрез приспадане на текущата рентабилност, която се дължи на действителните печалби на LuxOpCo.
- (280) Четвърто, Комисията се пита дали е правилно да се счита, че LuxOpCo изпълнява по-малко сложни функции от LuxSCS. Въз основа на описанието на функциите, изпълнявани от LuxOpCo и свързаните с тях рискове, изглежда, че въпросните функции и рискове са по-сложни от тези на LuxSCS. Специфичните функции, свързани с нематериалните активи на Amazon, за които LuxSCS твърди, че получава възнаграждение, не са описани в заявлението за ДС, нито от люксембургската данъчна администрация във въпросното ДС. Освен това, въпреки че в заявлението за ДС е посочено, че Lux SCS поема всички рискове, свързани със собствеността върху правата върху интелектуалната собственост, рисковете, свързани с притежаването на нематериални активи, не са конкретизирани, по-специално по отношение на предприемаческите рискове, поети от LuxOpCo.
- (281) Пето, при марж от [4–6] % от оперативните разходи, Комисията счете, че гарантираното от ДС възнаграждение за функциите, изпълнявани от LuxOpCo, е относително ниско, като се има предвид по-специално фактът, че функциите на LuxOpCo са представени като критични и стратегически бизнес решения, концентриращи бизнес риска на целия европейски пазар. В допълнение, не е обяснено прилагането на под и таван ⁽³¹¹⁾ за определяне на възнаграждението LuxOpCo на принципа на сделката между несвързани лица, което всъщност има приоритет пред метода на трансферното ценообразуване въз основа на оперативните разходи. В крайна сметка Комисията постави под въпрос дали е оправдан изборът на косвен метод за изчисляване на трансферните цени, за да се определи възнаграждението на LuxOpCo.
- (282) Шесто, Комисията отбеляза, че въпреки че въпросното ДС е било предоставено през 2003 г., то все така е в сила и през 2014 г. Тя изразява съмнения дали е правилно да се приеме, че възнаграждението, прието в ДС, все още е спазва принципа на сделката между несвързани лица повече от десет години по-късно, без никакво преразглеждане или задължение да се информира администрацията в случай, че критичните елементи междуременно са се развили.
- (283) С оглед на тези критики Комисията стига до временното заключение, че въпросното ДС е предоставило селективно предимство на Amazon, тъй като е довело до заплащане на лицензионни такси от LuxSCS и възнаграждение за LuxOpCo, което се отклонява от принципа на сделката между несвързани лица. При изпълнени всички други условия на член 107, параграф 1 от ДФЕС и при липса на какъво и да било мотив, обосноваваща съвместимостта на тази помощ съгласно член 107, параграф 2 или параграф 3 от ДФЕС, Комисията стигна до предварителното заключение, че оспорваните данъчни становища са представлявали държавна помощ, която е несъвместима с вътрешния пазар.

4. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГ

- (284) Коментарите Люксембург относно решението за откриване на процедура се отнасят, от една страна, до предполагаемите процесуални нарушения при предварителното разследване на Комисията, второ, до предполагаемите правни дефекти на решението за откриване на процедура и трето, относно съмненията, изразени от Комисията в решението за откриване на процедура.

4.1. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГ ОТНОСНО ТВЪРДЯНИТЕ ПРОЦЕДУРНИ НАРУШЕНИЯ

- (285) Люксембург заяви, че решението за откриване на процедура е прието в извънредно кратък срок и въз основа на недостатъчна информация. Той счита, че Комисията не е изчерпала възможностите си да събере необходимата информация, за да разгледа мярката по време на предварителното разследване.
- (286) Първо, Люксембург твърди, че Комисията не е спазила принципа на лоялно сътрудничество и безпристрастност, по-специално като не е откликнала на предложенията му за провеждане на срещи за обсъждане на предоставената информация преди вземането на решението за откриване на официалната процедура по разследване.
- (287) Второ, Люксембург счита, че Комисията не е приложила нито буквата, нито духа на член 12, параграф 2 от Регламент (ЕС) 2015/1589 ⁽³¹²⁾, който предвижда, че ако Комисията прецени, че отговорът на нейните искания за информация е недостатъчен или непълен, тя трябва да повтори искането си или евентуално да издаде разпореждане за предоставяне на информация.

⁽³¹¹⁾ Съответно 0,45 % и 0,55 % от европейския оборот, както е показано на фигура 1.

⁽³¹²⁾ Предишен член 10, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 659/1999.

- (288) Освен това Люксембург се позовава на случаите, предвидени в член 5, параграф 2 и член 12, параграф 3 от Регламент (ЕС) 2015/1589. Той посочва, че в настоящия случай не му е било изпратено никакво напомняне или разпореждане за предоставяне на информация.

4.2. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГ ОТНОСНО ТВЪРДЯНИТЕ ГРЕШКИ ПРИ ПРИЛАГАНЕ НА ПРАВОТО В РЕШЕНИЕТО ЗА ОТКРИВАНЕ

- (289) Люксембург счита, че решението за откриване на процедура е опорочено от множество правни дефекти.
- (290) Първо, Люксембург смята, че решението се намесва в суверенните му правомощия по отношение на прякото данъчно облагане. Той счита, че Комисията е превишила своята власт в областта на държавната помощ, като е развила и след това е наложила своето собствено тълкуване на принципа на сделката между несвързани лица. По този начин Комисията всъщност се стреми да хармонизира правилата за пряко данъчно облагане в нарушение на членове 113 и 115 от ДФЕС, тъй като Съюзът може да хармонизира материално данъчното право само чрез законодателни мерки, приети единодушно.
- (291) Люксембург обръща специално внимание на спецификата и сложността на трансферното ценообразуване. Според насоките на ОИСР националните данъчни органи се нуждаят от свобода на преценка при тълкуването на данъчните правила в конкретен случай и да решат дали използваният метод на трансферно ценообразуване води до дена на принципа на сделката между несвързани лица. Люксембург твърди, че националните данъчни органи биха могли да осигурят правна сигурност чрез ДС само ако разполагат с необходимото пространство за маневриране по този въпрос, без да бъдат незабавно застрашени от това, че впоследствие решението им е обявено за противоречашо на правилата за държавните помощи. Люксембург заявява, че е получил потвърждение, че практиката му по отношение на ДС е правилна и че е спазил Кодекса за поведение в областта на данъчното облагане на предприятията⁽³¹³⁾ и насоките на ОИСР⁽³¹⁴⁾.
- (292) Второ, Люксембург твърди, че прецедентите, на които се позовава Комисията в решението за откриване на процедура, се различават от разглежданото ДС, доколкото се отнасят до системи, съдържащи елементи, водещи до предоставяне на предимство, независимо от конкретната ситуация на данъчнозадължените лица. Предимствата, предлагани от тези системи, са достъпни само за определени категории дружества, докато въпросното ДС не засяга цялата данъчна система, а приложението ѝ към конкретния случай на Amazon.
- (293) Трето, Люксембург твърди, че решението за откриване на процедура не съдържа анализ на селективността и по-конкретно не идентифицира референтния данъчен режим или групата на референтните данъчнозадължени лица, спрямо които следва да се сравнява данъчното третиране на Amazon. В резултат на това не е имало никакви изключения от референтния данъчен режим, прилаган за Amazon, нито е предоставено никакво предимство.
- (294) Що се отнася до правилната референтна рамка, Люксембург счита, че става дума за националното данъчно законодателство, и по-специално член 164, параграф 3 и член 18 от ЗДЦ. Въпреки че член 164, параграф 3 от ЗДЦ не се позовава конкретно на насоките на ОИСР, люксембургските правила и практики относно трансферното ценообразуване отразяват тези принципи. Люксембург счита, че националните правила за трансферно ценообразуване са били използвани, за да се гарантира, че корпоративните групи и независимите дружества са третирани по един и същ начин. Той отбелязва също, че нито член 18, нито член 164, параграф 3 от ЗДЦ въвеждат разграничение между международни сделки и национални сделки, нито между мултинационални дружества и групи, присъстващи само на националната територия. Люксембург настоява разглежданото ДС да бъде оценено в светлината на приложимата регулаторна рамка и икономическите условия, съществуващи към момента на издаването му, а именно през 2003 г.⁽³¹⁵⁾ Люксембург посочва, че през 2003 г. насоките на ОИСР за 2010 г. не съществуват и че в люксембургското законодателство не е направено позоваване на насоките на ОИСР от 1995 г.

⁽³¹³⁾ В съобщението си от 21 ноември 2014 г. в параграф 43 Люксембург се позовава на доклада от групата „Кодекс за поведение“ („данъчно облагане на предприятията“), представен на Съвета на 27 май 2011 г.: „Що се отнася до данъчната мярка на Люксембург относно дружествата, ангажирани с финансови дейности дейности в рамките на групата, групата „Кодекс за поведение“ разгледа описанието, договорено на заседанието на 17 февруари 2011 г. Великото херцогство Люксембург информира групата, че циркулярно писмо 164/2 от 28 януари 2011 г. определя условията, при които се съставят данъчни становища, потвърждаващи възнаграждението по сделките. [...] Въз основа на тази информация групата се съгласи, че вече не е необходимо тази мярка да се оценява съгласно критериите на Кодекса за поведение“.

⁽³¹⁴⁾ Съобщение на Люксембург от 21 ноември 2014 г., приложение 44. „На своето заседание на 6 декември 2011 г. форумът на ОИСР относно вредните данъчни практики се съгласи, че следните 10 системи не трябва да бъдат подлагани на нови проучвания на очаквания данъчен анализ на вътрешногруповото финансиране в Люксембург“.

⁽³¹⁵⁾ В съобщението си от 21 ноември 2014 г. в точка 73 Люксембург се позовава на решението на Комисията от 2 октомври 2013 г. по дело SA.32225: Компенсация за отчуждаване за Nedalco в Bergen op Zoom.

- (295) Четвърто, Люксембург смята, че Комисията не е определила каквато и да било категория предприятия, която би била облагодетелствана от мярката. Позовавайки се на делото Autogrill⁽³¹⁶⁾, Люксембург заявява, че за да бъде изпълнено условието за селективност, следва да се определи категория предприятия, които са единствените, които се ползват от въпросната мярка. Що се отнася до групата на референтните данъчнозадължени лица, Люксембург смята, че само данъчнозадължени лица, които са обект на правилата за трансферно ценообразуване и практиката на ДС, са в сравнима правна и фактическа ситуация.

4.3. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГ ОТНОСНО СЪМНЕНИЯТА, ИЗРАЗЕНИ В РЕШЕНИЕТО ЗА ОТКРИВАНЕ

- (296) Люксембург също така реагира конкретно на съмненията, изразени от Комисията в решението за откриване на процедура по отношение на съвместимостта на разглежданото ДС с принципа на сделката между несвързани лица.
- (297) Първо, в отговор на критиките на Комисията, че въпросното ДС е одобрено само за 11 работни дни, Люксембург твърди, че процесът е продължил много по-дълго. По-специално били са проведени срещи с представители на Amazon на 9 и 11 септември 2003 г., а данъчните власти внимателно са проучили метода, писмата от 23 и 31 октомври 2003 г. и доклада за трансферното ценообразуване, представен от данъчния консултант на Amazon.
- (298) Второ, Люксембург изтъкна, че опасенията на Комисията, че въпросното ДС е била предоставено при отсъствие на необходимия икономически анализ, са неоснователни. Изготвен е доклад относно трансферните цени в подкрепа на метода за определяне на трансферните цени, посочен в искането за ДС. Той включва стандартни елементи като функционален анализ на двете страни по сделката, LuxOpCo и LuxSCS, описание на основната сделка и съответните права върху интелектуалната собственост, както и избор на ценови методи за сделката, трансферното ценообразуване и оценка на цената на принципа на сделката между несвързани лица.
- (299) Люксембург обяснява, че когато въпросният ДС е бил одобрен през 2003 г., дейностите на Amazon са били съвсем скоростни и бързо разрастващи се, като се е давал явен приоритет на инвестициите и дългосрочната спрямо краткосрочната рентабилност. През 2003 г. Amazon реализира загуби и се очаква, че в близко бъдеще Amazon ще продължи да инвестира силно в технологиите. Като се има предвид, че дейността в областта на електронната търговия е дейност с ниски маржове в условията на ожесточена конкуренция, стратегията на Amazon е да се отличи чрез технологични иновации. В резултат на това нематериалните активи са счестени за основните източници на създаване на стойност за бизнеса на Amazon. Технологиата, необходима за процесите, е много усъвършенствана и непрекъснато се подобрява със значителни инвестиции от Lux SCS.
- (300) Според функционалния анализ, включен в доклада относно ТЦ LuxSCS се занимава с текущата поддръжка и развитие на нематериалните активи; Като използва лицензираните от LuxSCS нематериални активи, LuxOpCo управлява, оперира и развива дейността за търговия на дребно и услуги чрез уеб сайтовете в Съюза. Според Люксембург икономическият живот на нематериалните активи е ограничен и изисква непрекъснати подобрения и значителни инвестиции. Люксембург добавя, че дружеството LuxOpCo не е притежавало и не притежава нематериални активи. Съгласно лицензионното споразумение за ИС всеки производствен нематериален актив, разработен от LuxOpCo, е законно използван и притежаван от Lux SCS.
- (301) Люксембург заявява, че въпросното ДС е одобрило метод за трансферно ценообразуване, основаващ се на МТНП за определяне на размера на лицензионните вознаграждения, изплатени от LuxOpCo на Lux SCS. МТНП е метод за изчисляване на трансферните цени, който съответства на регулаторната практика на Люксембург и на административната практика, свързана с трансферното ценообразуване. Обикновено се прилага за ДС в Люксембург и се приема от насоките на ОИСР от 1995 г. Приемането на МТНП от люксембургската данъчна администрация отразява функционалния анализ, включен в доклада за трансферното ценообразуване: Lux SCS притежава, поддържа и развива най-стратегическите елементи, а именно нематериалните активи, които трудно могат да бъдат оценени. Освен това Люксембург твърди, че съгласно лицензионното споразумение LuxOpCo има само ограничени права и отговорности по отношение на нематериалните активи и не притежава собствена интелектуална собственост. В резултат на това LuxSCS има жизнеспособни алтернативи да използва нематериалните си активи, за да създаде успешен бизнес; LuxOpCo, от друга страна, няма такива алтернативи. Поради това LuxOpCo се счита за дружеството с по-опростени функции в сравнение с Lux SCS и следователно е правилно избрано за тествана страна. Люксембург също така твърди, че тъй като електронната търговия има ниски маржове, изборът на алтернативни методи би могъл да изложи LuxOpCo на риск от загуба. Изборът на МТНП гарантира на LuxOpCo

⁽³¹⁶⁾ Решение по дело T-219/10 Autogrill España/Комисия, ECLI:EU:T:2014:939, точки 44 и 45.

очаквани ползи, които са едновременно по-стабилни и съответстващи на профила му. Той също така гарантира, че резултатите на LuxOpCo ще се увеличат с нарастването на бизнеса в Люксембург и в ЕС и ще осигури законна предсказуемост на възнагражденията на LuxOpCo. Други методи биха довели до по-нестабилни резултати. В светлината на горепосоченото Люксембург твърди, че не може да се твърди, че въпросното ДС приема „най-малкия възможен резултат“ за LuxOpCo.

- (302) Трето, в отговор на съмненията, изразени от Комисията в решението за откриване на процедурата, че лицензионните възнаграждения, платени от LuxOpCo на LuxSCS, не са свързани с производство, продажби или печалби, Люксембург потвърждава, че всъщност лицензионното възнаграждение е било изчислено като остатъчна печалба. Люксембург счита, че такъв резултат обаче е присъщ на МТНП и следователно е в съответствие с функционалните и рисковите анализи.
- (303) Четвърто, Люксембург счита, че действителното финансово изпълнение на LuxOpCo, получено по време на всяка година от разглеждания период, е напълно в съответствие с принципа на сделката между несвързани лица. Смята се, че възнаграждението на LuxOpCo на принципа на сделката между несвързани лица е в интервала между [2–2,5] % и [5–10] %, със средна стойност от [4–4,5] %, както е посочено в сравнителния анализ на доклада относно ТЦ.
- (304) Пето, що се отнася до изразените съмнения относно релеванността на пода и тавана на възнагражденията на LuxOpCo, Люксембург твърди, че тъй като Amazon е имал загуби през 2003 г. и че сравняваните дружества в сравнителния анализ също са реализирали загуби, подът гарантира положително и нараствашо възнаграждение в съответствие с развитието на дейностите. Освен това тези под и таван насърчават LuxOpCo да управлява ефективно своите дейности. Без тези под и таван LuxOpCo би могъл просто да увеличи разходите си, за да увеличи резултата си. Като се има предвид, че маржът, получен от LuxOpCo за периода 2006—2013 г. е бил средно [3,5–4] % и тъй като всяка година е в ограниченията на този интерквартилен размах, Люксембург заключава, че подовете и таваните не са надвишени и нямат реално и практическо въздействие.
- (305) Люксембург добави, че данъчната основа не е била ограничена и е нараснала в съответствие с разширяването и инвестициите на Amazon в Съюза. Маржът на възнаграждението е приложен към всички оперативни разходи на LuxOpCo, а не само към разходите, направени от LuxOpCo в Люксембург. По този начин маржът е прилаган на по-широка основа, отколкото единствено на оперативни разходи, направени от LuxOpCo в Люксембург (например тази база включва разходите, направени от други дъщерни дружества в Съюза, които впоследствие са фактурирани на LuxOpCo). Ако се изчисли на базата на възнаграждението на LuxOpCo само по отношение на люксембургските оперативни разходи, маржът на LuxOpCo ще е средно [10–15] %. Данните, предоставени от Люксембург в подкрепа на този аргумент, са възпроизведени в таблица 18.

Таблица 18

Облагаемият доход на LuxOpCo, изразен във връзка с неговите оперативни разходи в Люксембург (без разходите, фактурирани от дъщерните дружества на Съюза) а) и неговите оперативни разходи, включително разходите, фактурирани от дъщерните дружества на Съюза б)

Финансова година	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	(%)
									Общо (2006—2013 г.)
а)	13,8	12,0	10,9	10,4	11,4	11,5	11,0	[10 — 15]	[10 — 15]
б)	4,1	4,4	4,2	4,2	3,9	3,8	3,2	[2,5 — 3]	[3,5 — 4]

- (306) Шесто, що се отнася до продължителността на въпросното ДС, Люксембург обяснява, че първоначално е предвидено, че то ще е валидно за период от пет години, считано от датата, на която Amazon започва да развива дейности в Люксембург, дейности, които действително са започнали през 2006 г.⁽³¹⁷⁾. В резултат на това в

⁽³¹⁷⁾ С писмо от 5 декември 2004 г. Amazon информира Люксембург, че реструктурирането ще бъде изцяло извършено през 2006 г. и във връзка с това е поискал въпросното ДС да бъде приложима за първите пет години на дейността, считано от тази дата. На 23 декември 2004 г. Люксембург потвърждава, че посоченият срок няма да засегне споразумението от 6 ноември 2003 г., при условие че останалите условия на заявлението от 23 октомври 2003 г. се запазват.

началото разглежданото ДС е било приложимо до 2011 г. Люксембург също така обяснява, че в съответствие със своята административна практика по това време ДС по отношение на трансферното ценообразуване обикновено се променя само в случай на значителна промяна в бизнес модела или пазарните условия. През 2011 г. бизнесът и оперативният модел на LuxOpCo не са се променили, така че методиката за трансферно ценообразуване все още се е считала за подходяща, така че е преценено ДС да се удължи за още пет години. Люксембург добавя, че след кризата през 2008 г. възнагражденията за съставими дейности (онлайн продажби на дребно) са подложени на значителен натиск, а оперативните печалби за бизнеса на Amazon постоянно намаляват. В светлината на тези елементи Люксембург смята, че преразглеждането на оценката би довело вероятно до намаляване на възнаграждението на LuxOpCo.

4.4. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГ ОТНОСНО СПОРАЗУМЕНИЯТА M.COM, ВЪТРЕШНОГРУПОВИТЕ ЛИЦЕНЗИОННИ СПОРАЗУМЕНИЯ, ЛИЦЕНЗИОННИТЕ СПОРАЗУМЕНИЯ ЗА ИС И ОСТАНАЛИТЕ ДАННИ

- (307) Люксембург коментира споразуменията с M.com, вътрешногруповите лицензионни споразумения и лицензионните споразумения за ИС, сключени от трети лица с азиатската група, и предоставя допълнителна финансова и правна информация за LuxOpCo, LuxSCS, AMEU и ASE, като например доклади на външни оценители или доклади по отношение на трансферното ценообразуване във връзка със сделките за придобиване на ИС, както и протоколи от срещи на борда на директорите и общи събрания на акционерите на LuxOpCo.
- (308) Люксембург заявява, че правилата за трансферното ценообразуване са приложими без разлика за всички групи дружества, национални или международни, и че Amazon не е третиран по-благоприятно от други групи, тъй като последователно са прилагани правилата си за трансферно ценообразуване.
- (309) Люксембург оспори релеванността на споразуменията на M.com в този случай. С изключение на споразумението [A], всички те са били сключени след издаването на ДС в Люксембург. След като прегледа споразуменията с M.com, Люксембург заяви, че споделя мнението на Amazon, че тези споразумения отразяват различен бизнес модел от този, който е бил създаден между LuxSCS и LuxOpCo. В резултат на това тези споразумения, включително тези между Amazon и Borders, Circuit City, [A], ToysRUs и Waterstones, не могат да се използват за целите на прилагането на метода на сравнимите неконтролирани цени на свободния пазар.
- (310) Освен това Люксембург заявява, че споразуменията в рамките на групата на Amazon също не са подходящи за прилагането на метода на сравнимите неконтролирани цени на свободния пазар, тъй като подобни вътрешногрупови споразумения по дефиниция не са сключени на свободния пазар.

4.5. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГ ОТНОСНО СЪОБЩАВАНЕТО ОТ СТРАНА НА AMAZON НА ДОКУМЕНТИ, СВЪРЗАНИ С ПРОИЗВОДСТВОТО ПРЕД ФЕДЕРАЛНИЯ ДАНЪЧЕН СЪД НА САЩ

- (311) На 6 юли 2017 г. Люксембург представи своите коментари относно предоставената от Amazon информация на Комисията относно използваните и създадени документи за исковите производства пред Федералния данъчен съд на Съединените щати.
- (312) В своите коментари Люксембург твърди, че споделя забележките и заключенията на Amazon и изтъква, че *изкупуването* на LuxSCS включва само самите нематериални активи, а не всички други активи, функции и рискове, свързани с дейностите на Amazon.
- (313) Според Люксембург Федералният данъчен съд на САЩ е установил, че [4,5–5] % от брутните продажби на стоки (*gross merchandise sales, GMS*) биха представлявали подходяща ставка, определена на принципа на сделката между несвързани лица, за нематериалните активи използвани за европейските дейности на Amazon, въз основа на най-важните референтни стойности.
- (314) Люксембург посочва, че LuxSCS е получило лицензионни възнаграждения от LuxOpCo, равняващи се на [3–3,5] % от GMS, което е по-ниско ставка, определена от Федералния данъчен съд на САЩ на принципа на сделката между несвързани лица. Следователно, ако последната ставка е била приложена, LuxOpCo е щяло да дължи лицензионни възнаграждения на LuxSCS, което би намалило облагаемия му доход в Люксембург.

- (315) В резултат на това Люксембург счита, че данъчната основа на LuxOpCo не е била неоправдано намалена, както предполага Комисията в нейното решение за откриване на процедура, което означава, че въпросното ДС не е предоставило изборително предимство на LuxOpCo.

5. МНЕНИЯ НА ЗАИНТЕРЕСОВАНИТЕ СТРАНИ

5.1. МНЕНИЕ НА AMAZON

5.1.1. МНЕНИЕ НА AMAZON ОТНОСНО ТВЪРДЯНИТЕ ГРЕШКИ ПРИ ПРИЛАГАНЕ НА ПРАВОТО

- (316) Amazon твърди, че в своето решение за откриване на процедурата Комисията не е определила правилно референтната рамка и не е доказала изборителността на мярката. Според Amazon въпросното ДС следва да бъде разглеждано в светлината на специфично правило на националното право и/или административна практика, а не по отношение на системата за корпоративен данък като цяло⁽³¹⁸⁾. Поради това правилната референтна рамка за оценка на разглежданото ДС е принципът на сделката между несвързани лица, както е определено в член 164, параграф 3 и член 18 от ЗДД, както и съответната административната практика, прилагаща въпросните разпоредби⁽³¹⁹⁾.
- (317) Според Amazon възниква проблем в областта на държавните помощи само ако разглежданото ДС се отклонява от нормалното тълкуване и прилагане на принципа на сделката между несвързани лица в Люксембург. Amazon заявява, че широкото използване на метода за разпределение на остатъчната печалба, разкрит в базата данни LuxLeaks от Международния консорциум на разследващите журналисти, показва, че разглежданото ДС не се отклонява от административната практика на люксембургската данъчна администрация⁽³²⁰⁾.
- (318) Amazon твърди също така, че Комисията не е доказала изборителността на мярката, и се позовава на решения по дела, в които се споменават свойствени характеристики на неизборителните мерки⁽³²¹⁾.

5.1.2. МНЕНИЕ НА AMAZON ОТНОСНО СЪМНЕНИЯТА, ИЗРАЗЕНИ В РЕШЕНИЕТО ЗА ОТКРИВАНЕ

- (319) Мнението на Amazon относно съмненията, изразени в решението за откриване на процедура, до голяма степен съпада с това на Люксембург, доколкото там също се посочва, че искането за предварително ДС е било придружено от доклад за трансферното ценообразуване и че това искане е било подложено на задълбочен анализ.
- (320) Amazon освен това твърди, че избраният метод за изчисляване на трансферните цени, а именно методът на разпределение на остатъчната печалба, не само е в съответствие с насоките на ОИСП, но и с люксембургските административни разпоредби и практики, свързани с изчисляването на трансферна цена⁽³²²⁾. Amazon дава обяснението, че нематериалните активи, които LuxSCS предоставя на LuxOpCo съгласно лицензионното споразумение, се състоят от цялата интелектуална собственост, правата на собственост и други нематериални активи, притежавани и разработени от LuxSCS съгласно споразумение с дружества, свързани с Amazon, или предоставени с лиценз от дружества, свързани с Amazon, или юридически лица, свързани по друг начин с LuxSCS⁽³²³⁾. Освен това Amazon

⁽³¹⁸⁾ Amazon се позовава на следните случаи на държавна помощ, в които според него определена данъчна разпоредба служи като референтна рамка: Решение 2011/282/ЕС на Комисията от 12 януари 2011 г. относно данъчната амортизация на финансовата репутация за придобиване на дялови участия в чуждестранни дружества № С 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) приведено в действие от Испания (ОВ L 135, 21.5.2011 г., стр. 1); Решение 2007/256/ЕО на Комисията от 20 декември 2006 г. относно режима за помощи, който се прилага във Франция съгласно член 39 СА от Общия кодекс за данъците – Държавна помощ С 46/2004 (ex NN 65/2004) (нотифицирано под номер С(2006) 6629) (ОВ L 112, 30.4.2007 г., стр. 41), съображение 86; решението по дело С–6/12, Р Оу, точки 22—31; решението по съединени дела С–78/08—С–80/08 Paint Graphos, точка 50.

⁽³¹⁹⁾ Преди се позоваване на Решение 2011/282/ЕС и Решение 2011/276/ЕС на Комисията от 26 май 2010 г. относно държавна помощ под формата на данъчно споразумение, приведена в действие от Белгия в полза на дружество Umicore S.A. (предишно „Union Minière S.A.“) (Държавна помощ С 76/2003 (ex NN 69/2003) (ОВ L 122, 11.5.2011 г., стр. 76), и по-специално съображения 204 и 223.

⁽³²⁰⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., приложение 2.

⁽³²¹⁾ По-специално съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., точки 43—45 и 49; Amazon се позовава на решението по съединени дела С–106/09 Р и С–107/99 Р Комисия/Government of Gibraltar и Обединено кралство, точки 72 и 73 и цитираната съдебна практика, на решението по дело С–6/12, Р Оу, точки 17—19, на решението по дело Т–219/10, Autogrill, точка 29 и на решението по дело С–88/03, Португалия/Комисия, точка 54 и цитираната съдебна практика.

⁽³²²⁾ Amazon илюстрира този аргумент, като се позовава на предварителните данъчни становища (ДС), издадени от Люксембург и публикувани от Международния консорциум на разследващите журналисти (ICJ). Сред тези становища Amazon определя 97, за които счита, че се основават на метода за разпределение на остатъчната печалба и които в контекста на споразуменията за финансиране разпределят неуникални доходи, а именно фиксиран финансов марж, на люксембургско дружество, а остатъчната печалба – на притежателя на финансовия инструмент.

⁽³²³⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., точка 97.

обяснява ролята на LuxSCS по отношение на LuxOpCo и заявява, че тъй като LuxOpCo е оперативна дружество, което няма свои собствени уникални ресурси, а LuxSCS притежава, поддържа и развива уникални и трудно оценени източници на стойност, LuxOpCo е дружеството с по-опростени функции в това взаимоотношение. В резултат на това в метода на разпределение на остатъчната печалба методът на транзакционната нетна печалба („МТНП“) се използва главно за определяне на дохода от неуникалния принос на дружеството LuxOpCo, което е определено като „тествана страна“. Вследствие на това остатъчната печалба се разпределя изцяло на дружеството LuxSCS, така че да се отчете фактът, че неговият принос е от съществено значение за европейските дейности ⁽³²⁴⁾.

- (321) Amazon добавя, че приносът на LuxSCS, поради който е получило доходи по метода за трансферно ценообразуване, одобрен от въпросното ДС, се състои не само от предоставянето на подлицензи върху нематериалните активи, но и от поетите рискове, свързани с операциите на LuxOpCo ⁽³²⁵⁾. Като държи нематериални активи и финансира тяхното развитие LuxSCS поема значителни рискове, тъй като е трябвало да извършва плащания съгласно Споразумения за разпределяне на разходи (СРР). Рискът, поет от LuxSCS, произтича от присъщата несигурност при финансирането на развитието на научноизследователската и развойната дейност (НИРД). Ако дейностите по НИРД не генерират нематериални активи, които могат да бъдат успешно експлоатирани, за страните по СРР ще има значителни загуби. LuxSCS има капацитета да контролира оперативните рискове, свързани с нематериалните активи, тъй като контролира и развива тези активи в рамките на участието си в СРР. Следователно не е необходимо LuxSCS да има собствен персонал. Освен това, в случай че LuxOpCo понесе загуби, нематериалните активи могат да бъдат отстъпени под лиценз на друго дружество, така че контролът върху експлоатацията на нематериалните активи всъщност се поема от LuxSCS. И накрая, като собственик на ценни нематериални активи, LuxSCS има финансовия капацитет да поема рисковете, ако те се материализират. Освен това LuxSCS може да разчита на паричния поток от очакваните приходи от такси, за да финансира бъдещи инвестиции за поддръжане и подобряване на нематериалните активи.
- (322) Amazon добавя, че прилагането на метода на сравнимите неконтролирани цени (метод на СНЦ) за определяне на фиксирано лицензионно възнаграждение би довело до по-волатилни резултати, излагайки LuxOpCo на риска от загуби, поради което този метод не е избран. При всички случаи люксембургската данъчна администрация трябва да започне проверката на съответствието на трансферното ценообразуване на базата на метода, избран от данъчно задълженото лице.
- (323) Amazon припомня, че прилагането на методика за трансферно ценообразуване обикновено води до набор от стойности, които имат еднаква надеждност. Трансферното ценообразуване не е точна наука, така че анализът на трансферната цена ще генерира по своето естество диапазон от резултати, съответстващи на принципа на сделката между несвързани лица, и ще доведе до една пазарна цена, а не до пазарната цена. Освен това по отношение на насоките на ОИСР Amazon твърди, че изчисляването на трансферната цена изисква да се направи преценка. Ето защо определена свобода на преценката е от съществено значение, за да може корпоративната данъчна система да остане управляема.
- (324) Amazon представи проучване за последваща оценка на управленските услуги, което е поръчала през 2014 г. и което сравнява европейски компании, извършващи дейности, сходни с тези на междуфирмените управленски на услуги на Amazon („проучването от 2014 г.“) ⁽³²⁶⁾. В проучването от 2014 г. се анализират сравними компании, най-общо определяни като дружества, извършващи дейности на централен офис и консултантски дейности в областта на управлението. Чрез търсене в базата данни на Amadeus с използване на критерии за подбор, свързани с географския район ⁽³²⁷⁾, независимост на даденото дружество, адекватни финансови данни и избрани по ключова дума сфери на дейност, ⁽³²⁸⁾ са определени единадесет дружества ⁽³²⁹⁾, които данъчният съветник е счел за достатъчно съпоставими с LuxOpCo. Анализът на финансовите данни на избраните дружества за 2010—2012 г. е довел до следния интерквартилен размах на показателя за нивото на печалбата (дефиниран като оперативна печалба ⁽³³⁰⁾ разделена на общите разходи: 1,8 % до 12 %, със средна стойност (медиана) 7 %. Amazon смята, че

⁽³²⁴⁾ Съобщение на Amazon от 18 януари 2016 г., стр. 6.

⁽³²⁵⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., точка 9.

⁽³²⁶⁾ [Съветник 4], „Benchmark Company Search for European Management Companies for 2010-2012“, 5 февруари 2014 г. Мнение на Amazon относно решението за откриване, приложение 11.

⁽³²⁷⁾ Данъчният съветник е ограничил проучването до следните държави: Австрия, Белгия, Германия, Гърция, Дания, Ирландия, Испания, Италия, Люксембург, Нидерландия, Обединеното кралство, Португалия, Финландия, Франция и Швеция.

⁽³²⁸⁾ Използвани са следните ключови думи: *management services, business management consultancy services, strategic consulting services, organisational planning services and other related services*. В същото време данъчният съветник е изключил дружества, предоставящи несвързани услуги (одит, актюерски, рекламни, брокерски, комуникационни, строителни, проектиране и разработване, производство, ИТ, недвижими имоти и транспорт), дружества, работещи като съвместни предприятия или с различна сфера на дейност (комунални услуги и енергетика), както и дружества, за които качествените данни са недостатъчни.

⁽³²⁹⁾ Adix, Axholmen Ab, Becitizen, Consilia Business Management Spa, Icm Intercultural Management Associates, Implement Mр Ab, Nike Consulting Spa, Nsa S.P.A., Pambianco Strategie Di Impresa Srl, Rhapsodies Conseil, X-Pm Transition Partners.

⁽³³⁰⁾ Общите приходи минус общите разходи, като общите разходи се равняват на общата стойност на продадените стоки плюс общите оперативни разходи.

проучването от 2014 г. потвърждава, че възнаграждението на LuxOpCo, одобрено от въпросното ДС, е било на принципа за сделка между несвързани лица, тъй като маржът на LuxOpCo като процент от оперативните разходи, генерирани само в Люксембург, остава в този диапазон през целия разглеждан период ⁽³³¹⁾.

- (325) Освен това Amazon защитава продължителността на въпросното ДС. За да подкрепи аргумента, че след финансовата криза през 2008 г. преразглеждането на ДС най-вероятно е шло да доведе до намаляване на възнагражденията на LuxOpCo, Amazon предоставя последващ доклад относно трансферното ценообразуване, който е поръчан от Amazon през 2012 г. („последващ доклад относно ТЦ от 2017 г. 2012 г.“) ⁽³³²⁾ и който представя финансовите резултати на дружествата, използвани за целите на сравнителните изследвания и анализи, съдържащи се в доклада. Три от първоначалната група от сравними дружества, използвана в доклада относно ТЦ, вече не съществуват през следващите години, а други три не се считат за сравними или данните им се считат за недостатъчни. Създадени две нови групи от дружества: една на базата на данни за периода 2004—2006 г. и една на базата на данни за периода 2008—2010 г. Анализът за различните финансови години дава долен квартал за възвръщаемостта на разходите (определена като оперативна печалба спрямо общите разходи) между 1,1 и 4,2 %; среден квартал от 3,1 до 5,5 %; и горен квартал от 4,6 до 8,5 %. Въз основа на тези резултати Amazon твърди, че възнаграждението на LuxOpCo е останало в рамките на пазарния диапазон през целия разглеждан период.
- (326) Накрая Amazon твърди, че дори Комисията да стигне до заключението, че въпросното ДС представлява държавна помощ, няма правно основание за възстановяване от Amazon на тази предполагаема помощ. Първо, Amazon счита, че подобно възстановяване би било синоним на неравноправно третиране, тъй като тя би била единствената компания, което трябва да изплати твърдяната неправомерна помощ, докато според нея множество данъкоплатци са се възползвали от това третиране по силата на люксембургския данъчен режим. Второ, Amazon добавя, че е имала законни очаквания, че въпросното ДС е правомерно и може да се позовава на него. По-специално Amazon не би могъл да предвиди, че Комисията, следвайки безпрецедентен иновационен подход ⁽³³³⁾, ще счете разглежданото ДС за държавна помощ. И накрая, Amazon посочва, че периодът от десет години, считано от предоставянето на твърдяната помощ, е изтекъл. Amazon твърди, че разглежданото ДС е индивидуална мярка. Следователно датата, на която е приет правно обвързващият акт, с който националните органи са решили да се отпусне помощта, е от решаващо значение за определяне на датата на нейното предоставяне. Според Amazon разглежданото ДС е било предоставено на 6 ноември 2003 г. и са изминали повече от 10 години между датата на предоставяне и датата, на която Комисията е издала първото си искане за информация – 24 юни 2014 г., така че не може да разпорежда възстановяване.

5.2. EPICENTER

- (327) EPICENTER ⁽³³⁴⁾ (Информационен център за европейски политики) счита, че в решението за откриване на процедура не е взета предвид подходящата свобода на преценка, присъща на практиката на трансферното ценообразуване. EPICENTER счита, че Комисията е превишила законите си правомощия в областта на прякото данъчно облагане чрез прибавяне до правилата за държавна помощ за справяне с вредната данъчна конкуренция. По този начин тя самата се занимава с необходима правна и регулаторна сигурност. Според EPICENTER ролята на Комисията трябва не толкова да предписва привилегирован подход, колкото да гарантира, че конкретните ДС са в съответствие с приложимите принципи на съответните държави членки или на ОИСР. Следователно отправната точка, на която следва да се базира степента на селективност на всяко споразумение, е общата правна уредба, приложима във всяка държава членка.

5.3. COMPUTER AND COMMUNICATIONS INDUSTRY ASSOCIATION (CCIA)

- (328) Макар и CCIA да призовава за ефективен контрол върху държавните помощи, смята, че текущите разследвания се фокусират върху политически удобни цели. Асоциацията счита, че използването на правилата за държавна помощ в този случай ще доведе до правна несигурност и влошаване на бизнес климата в Европа. CCIA изразява загриженост относно прилагането на критерия за разумен независим икономически оператор и призовава

⁽³³¹⁾ Съобщение на Amazon от 18 януари 2016 г., стр. 6.

⁽³³²⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., приложение 14: [Съветник 2], „[Advisor 2] roll-forward analysis“.

⁽³³³⁾ Amazon се позовава на делото France Telecom (Решение 2006/621/ЕО на Комисията от 2 август 2004 г. относно държавната помощ, приведена в действие от Франция в полза на France Télécom (ОВ L 257, 20.9.2006 г., стр. 11), съображение 263, в което Комисията се въздържа искане за възстановяване въз основа на иновационния характер на мярката.

⁽³³⁴⁾ EPICENTER се представя като самостоятелна инициатива, обединяваща шест водещи мозъчни тръста в Европейския съюз. Целта на центъра е да допринесе с информация за дебата относно европейските политики и да популяризира принципите на свободното общество, като обедини икономическата експертиза на своите членове.

стриктното прилагане на националните правила за трансферното ценообразуване да бъде отправната точка за оценка на селективността на дадена мярка. ССІА също така твърди, че прилагането на принципа на сделката между несвързани лица обикновено води до пазарен диапазон, а не до конкретна пазарна цена.

5.4. ATOZ

- (329) Основният въпрос, повдигнат от ATOZ, се отнася до правното основание за оценката на Комисията. Според ATOZ данъчното законодателство в Люксембург не съдържа никакви разпоредби относно прилагането на принципа на сделката между несвързани лица при приемането на ДС. Поради това ATOZ твърди, че не е правилно да се вземат предвид правилата за трансферно ценообразуване на ОИСП, въведени по това време в люксембургското право. ATOZ е на мнение, че подходът, възприет от Комисията, ще доведе, наред с друго, до правна несигурност в мултинационалните компании.

5.5. FEDIL

- (330) Според Fedil разследванията за неправомерни държавни помощи могат да подкопаят правната сигурност, която ДС предвиждат да предоставят на данъкоплатците. Fedil счита, че оценката на мярката следва да се основава на люксембургското законодателство и административна практика в онзи период, които най-общо не се позовават на насоките на ОИСП за трансферно ценообразуване. Според Fedil Комисията счита, че има само една истина при определянето на трансферната цена, което още от самото начало прави невъзможно за дружествата да се ползват с правна сигурност.

5.6. OXFAM

- (331) Oxfam изрази подкрепата си за разследването на Комисията, като я насърчи да засили правомощията си за разследване, по-специално защото има по-добри възможности от националните власти да прецени по структурен начин практиките на държавите членки по отношение на предварителните данъчни становища (ДС). Oxfam призова Комисията да направи необходимото за налагането на подходящи санкции при потвърдено наличие на селективно предимство и за постепенното премахване на вредните данъчни практики.

5.7. THE BOOKSELLERS ASSOCIATION OF THE UNITED KINGDOM & IRELAND LTD (BA)

- (332) Според BA данъчният режим, предоставен на Amazon от люксембургските власти, му дава несправедливо предимство, което не може да се ползва от независими търговци на книги в Обединеното кралство. BA изтъква, че като насочва всичките си европейски продажби към своя централен офис в Люксембург, Amazon се възползва от значително намаляване на данъчната тежест както по отношение на ДДС, така и на корпоративния данък. Ето защо BA настоява Комисията да се заеме с данъчните споразумения, които нарушават лоялната конкуренция.

5.8. EUROPEAN AND INTERNATIONAL BOOKSELLER FEDERATION (EIBF), SYNDICAT DE LA LIBRAIRIE FRANÇAISE (SLF), ФЕДЕРАЦИЯ НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ИЗДАТЕЛИ (FEE) И СИНДИКАТ НА РАЗПРОСТРАНЯВАТЕЛИТЕ НА КУЛТУРНИ РАЗВЛЕЧЕНИЯ (SDLC)

- (333) EIBF защитава прилагането на еднакви условия за всички продавачи на книги на дребно и поради това приветства разследването на Комисията относно данъчните практики на Amazon. EIBF потвърждава подкрепата си за свободен и отворен пазар, който е от полза за потребителите.
- (334) SLF, FEE и SDLC отбелязват съгласието си със становището на EIBF относно решението за откриване на процедура.

5.9. BUNDESARBEITSKAMMER

- (335) Австрийската Bundesarbeitskammer (Федерална камара на труда) подкрепя аргументите на Комисията в решението за откриване на процедура и твърди, че споразумения и правни структури от този тип обикновено намаляват платения данък в световен мащаб.

6. ИНФОРМАЦИЯ, СЪОБЩЕНА ОТ ДРУЖЕСТВО Х

- (336) Дружеството Х, което е конкурент на Amazon, извършва дейност по онлайн търговия на дребно на пазара на Съюза и не желае да разкрива своята самоличност, предостави пазарна информация на Комисията в контекста на разследването.

- (337) Според дружеството X оценките за относителната тежест на различните елементи на разходите в тази индустрия обикновено показват 50 % за обслужване на клиентите, 30 % за технологии и 20 % за физическа структура и логистика. Макар че е от съществено значение още в началната фаза на стартиране на дейността в областта на електронната търговия да е налична солидна компютърна платформа, ключовите елементи, които ще превърнат дружеството в успешен и устойчив оператор за електронна търговия, са клиентската база, и маркетингът. Следователно основните активи, гарантиращи разширяването на този пазар, са солидна база данни с клиенти и финансов капацитет за значителни инвестиции в маркетинга. Комбинацията от тези фактори създава ефектите от мащаба, необходими за компенсиране на структура на високи фиксирани разходи, изисквана от операциите за онлайн търговия на дребно.
- (338) Според дружеството X при оператор, извършващ онлайн продажби на дребно, инвестициите в технологии представляват 4 до 5 % от оборота в поддържащата фаза и от 5 до 8 % във фазата на иновации. Amazon се възползва от съществуващата си технология, която му дава предимство пред конкурентите в Европа. Технологията непрекъснато се подобрява и се адаптира към нуждите на клиентите. Amazon е много агресивен в инвестирането в технологии. Именно тези значителни инвестиции са му позволили да развие своята платформа, която днес представлява трудно постижимо конкурентно предимство. Дружеството X е инвестирало досега общо от 30 до 35 милиона евро, за да развие платформата си. И въпреки това делът му на вътрешния пазар е по-малък от този на Amazon, при това в съотношение от около 1 към 6.
- (339) Въпреки че инвестициите на Amazon в логистиката на вътрешния пазар на дружеството X са значителни, способността да се предприемат значителни инвестиции в маркетинга, включително безплатна доставка и да се намалят цените на продуктите, е много по-важна за успеха на Amazon.
- (340) Ако дружествата искат да постигнат определен ръст и да се конкурират на пазара на електронна търговия, те трябва да изградят директен канал за запазване на клиентската база, от която се нуждаят, за да спечелят пазарен дял и да се съревновават с конкурентите в своята сфера на дейност. Да се разчита изцяло на Amazon не е в съответствие със стратегията на дружество, което иска да бъде лидер в сектора на електронната търговия. Но пък за да се конкурира с Amazon, се изискват значителни инвестиции в изграждането на клиентска база, а в повечето случаи в технологиите и свързаните с тях процеси.
- (341) Малките търговци на дребно, които продават продукти чрез Marketplace, платформата на трета страна от Amazon, не притежават личните/транзакционните данни на клиенти, произхождащи от сделки, които са сключили съгласно условията на споразумението с Amazon. Amazon съхранява и събира данни за клиентите. В частност, на търговците е забранено да правят нови оферти или промоции (напр. бюлетини) на клиентите.
- (342) Въпреки че не винаги е необходимо, повечето търговци на дребно, които искат да постигнат определена значимост и да разработят оферти с уникална стойност, трябва да направят значителни инвестиции в технологиите и операциите. Те биха могли да решат да използват платформата на Amazon, но в такъв случай няма да заемат значителен сегмент от веригата на стойността и ще зависят от пряк конкурент.
- (343) В сектора на електронната търговия маркетингът изисква значителни инвестиции. Дружествата за електронна търговия обикновено инвестират около 30–35 % от брунтата си печалба в маркетинга, в зависимост от ръста, който могат да достигнат на пазара (само по себе си се разбира, че колкото повече се разраства дружеството, толкова по-нисък е процентът, който трябва да заделя за маркетинг). Дружество, следващо по-агресивна маркетингова стратегия, ще инвестира до 2 или 3 пъти повече, като по този начин ще има значителни загуби, които изискват солидна финансова стабилност. Amazon Prime е един от водещите маркетингови инструменти на Amazon; това търговско решение предлага безплатна доставка за повечето продукти, закупени от Amazon.

7. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГСКИТЕ ОРГАНИ ОТНОСНО МНЕНИЯТА НА ТРЕТИТЕ СТРАНИ И ИНФОРМАЦИЯТА, СЪОБЩЕНА ОТ ДРУЖЕСТВО X

7.1. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГСКИТЕ ОРГАНИ ОТНОСНО МНЕНИЯТА НА ТРЕТИТЕ СТРАНИ

- (344) С писмо от 20 април 2015 г. люксембургските власти отбелязват съгласието си със становищата на Amazon, FEDIL, CCIA, ATOZ и EPICENTER, като същевременно считат, че другите становища, свързани с решението за откриване на процедура, са неотнормирани към случая.

- (345) Люксембургските власти отбелязват по-специално, че коментарите на Oxfam не се отнасят до конкретния случай на Amazon и вместо това са формулирани по общ начин. Те считат, че ВА не е взела отношение по информацията, съдържаща се в решението за откриване, а по въпроси, които не са свързани с настоящото разследване. Те твърдят, че становището на EIBF и нейните членове не предоставя никаква нова и относима към случая информация. И накрая, люксембургските власти са установили, че констатациите на Bundesarbeitskammer са неоснователни и неточни.

7.2. МНЕНИЕ НА ЛЮКСЕМБУРГСКИТЕ ОРГАНИ ОТНОСНО ИНФОРМАЦИЯТА, СЪОБЩЕНА ОТ ДРУЖЕСТВО Х

- (346) На 2 май 2016 г. люксембургските власти представиха своите коментари относно информацията, предоставена от дружеството Х. Те заявиха, че като пазарен оператор Amazon е в по-добра позиция да коментира тази информация. Така че люксембургските власти са предоставили на Amazon неупотребима версия на информацията, получена от дружеството Х, и очакват Amazon да вземе отношение по нея.

8. ДОПЪЛНИТЕЛНИ СЪОБЩЕНИЯ ОТ AMAZON

8.1. СЪОБЩЕНИЯ, СВЪРЗАНИ СЪС СЪОТВЕТСТВИЕТО НА ВЪЗНАГРАЖДЕНИЕТО НА LUXSCS И LUXOPCO С ПРИНЦИПА ЗА СДЕЛКА МЕЖДУ НЕСВЪРЗАНИ ЛИЦА

- (347) В съобщението си от 18 януари 2016 г. Amazon предостави допълнителна информация в подкрепа на твърдението, че възнагражденията на LuxSCS и LuxOpCo, одобрени от съответното ДС, са в съответствие с принцип на сделката между несвързани лица.
- (348) На първо място, по отношение на методика за трансферно ценообразуване, използвана за изчисляване на възнагражденията на LuxSCS и LuxOpCo, Amazon обяснява, че методът на разпределение на остатъчната печалба е избран, тъй като на свободния пазар не е намерена сравнима и достатъчно надеждна сделка, за да се приложи методът на сравнимите неконтролирани цени. Ако беше приложен по-малко надеждният метод на сравнимите неконтролирани цени, това би довело до по-високи годишни лицензионни възнаграждения. Amazon също така обяснява, че на първия етап на метода за разпределение на остатъчната печалба, докладът относно ТЦ прилага МТНП за изчисляване на определеното съгласно принципа на сделката между несвързани лица възнаграждение на LuxOpCo като тествана страна. Дружеството LuxOpCo е определено като тествана страна, защото изпълнява неуникални функции в сравнение с дружеството LuxSCS, което притежава уникалните ключови елементи на стойността за европейските дейности. Във втората стъпка на метода на разпределение на остатъчната печалба всяка остатъчна печалба или загуба се разпределя между страните според функциите и рисковете, които поемат. Логично, колкото по-уникални са функциите и рисковете на дадена страна, толкова по-голямо е възнаграждението, което тя има право да получи съгласно метода на разпределение на остатъчната печалба. Докладът относно ТЦ разпределя остатъчната печалба на LuxSCS предвид уникалните функции и значителните рискове, които поема LuxSCS в сравнение с LuxOpCo.
- (349) На второ място, по отношение на икономическата обосновка, на която почива на методиката за трансферно ценообразуване, Amazon обяснява, че LuxSCS иска да насърчи своите изпълнители да действат по начин, който допринася за успеха на цялостната стратегия на Amazon. По този начин, ако Amazon сключи лицензионно споразумение с трета страна, би било разумно и необходимо да се гарантира, че лицензополучателят има капацитета да направи всички необходими инвестиции и е заинтересован да ги направи, както и да осигури подходящи стимули, за да следва стратегията на Amazon имаща за цел увеличаване на асортимента и предлагане на най-добрите цени.
- (350) Според Amazon методът на лицензионни възнаграждения гарантира, че LuxOpCo е печеливша и не рискува да реализира загуби. Този риск е бил доста реален, тъй като по времето на искането за въпросното ДС пазарът за онлайн търговия на дребно все още не бил развит и онлайн търговците на дребно са реализирали загуби, както и поради факта, че дружеството LuxOpCo е извършвало дейност на пазар, характерен със силна конкуренция и ниски маржове. В тази връзка възнаграждението лицензополучателя на баата на неговите разходи ще насърчи стратегията за растеж, а не краткосрочната стратегия за печалба.

- (351) Приетата схема на възнаграждение на LuxSCS се базира на структура, която предвижда волатилността на европейската дейност. Ако е била определена сума, съответстваща на фиксиран процент от продажбите, LuxOpCo щеше да реализира загуби в продължение на няколко години ⁽³³⁵⁾. В тази връзка Amazon се позовава на нивата на възнагражденията, чийто разчет е направен в доклада относно ТЦ ⁽³³⁶⁾. Според Amazon това би застрашило способността на LuxOpCo да реализира печалба по устойчив начин. В тази връзка Amazon отбелязва също така, че LuxOpCo не разполага с финансов капацитет да понесе такива загуби ⁽³³⁷⁾.
- (352) На трето място, що се отнася до избора на показател за нивото на печалба, след като разгледа доклада относно ТЦ, предоставен от люксембургските власти в отговор на решението за откриване на процедура, Комисията поиска от Люксембург и от Amazon да уточнят дали приложимият марж за определяне на възнаграждението на LuxOpCo при спазване на принципа на спелката между несвързани лица е изчислен въз основа на стойността на стоките и оперативните разходи, както е посочено в описанието на финансовия анализ в доклада относно ТЦ, или на базата на „нетните годишни продажбите“ ⁽³³⁸⁾. Amazon обяснява, че резултатите, постигнати от LuxOpCo, се основават на марж от [4-6] %, приложен към оперативните разходи, с изключение на разходите за стоки, суровини и консумативи ⁽³³⁹⁾. Amazon потвърждава, че диапазонът, отчетен в доклада за трансферното ценообразуване (от 2,3 % до 6,7 %, със средна стойност от 4,3 %), включва разходите за стоки, суровини и консумативите, поети от съставими дружества. Посоченият процент на годишните нетни продажби, включен в таблицата, представлява резултатите от проверката на съставими дружества, показва, че сумите са претеглени средни стойности въз основа на годишните продажби за дадена година.
- (353) По отношение на изключването на разходите на LuxOpCo за стоки, суровини и консумативи, Amazon обяснява, че разходите за стоки, суровини и консумативи, направени от съставими дружества, са ограничени, докато в случая на LuxOpCo, оценката на тези разходи и била значителна. Ако тези разходи бяха включени в маржа, резултатът би бил изкривен ⁽³⁴⁰⁾. Във всички случаи, според Amazon, ако разходите за стоките, суровините и консумативите бяха изключени от изчисляването на показателя за ниво на печалба на съставимите дружества, посочени в доклада относно ТЦ, полученият марж би бил между 3,7 % и 7,6 %, със средна стойност от 4,9 %. Amazon представи таблица, включваща седемте компании, взети като отправна точка в доклада относно ТЦ, за които също маржът на оперативните разходи е изчислен, като са изключени разходите за стоки, суровини и консумативи. Съобщават се данни само за пет от седемте дружества. Макар и маржовете върху оперативните разходни маржове да не са значително по-високи от маржа на общите разходи за четири от петте дружества, за които се съобщават данни ⁽³⁴¹⁾, за едно от дружествата, маржът на оперативните разходи е бил около пет пъти по-голям от маржа на общите разходи ⁽³⁴²⁾. На тази база докладът относно ТЦ прилага марж от [4-6] % към финансовите прогнози, предоставени от Amazon, за да се определи релевантната текуща рентабилност на LuxOpCo. По-конкретно възвръщаемостта на LuxOpCo се изчислява чрез умножаване на сумата от оперативните разходи на LuxOpCo и разходите, които се очаква да бъдат поети от европейските свързани дружества, при което в базата за изчисление не се включват разходите за стоки, суровини и консумативи (препратка към таблица 2, която възпроизвежда това изчисление, както е показано в доклада относно ТЦ ⁽³⁴³⁾).
- (354) Четвърто, Комисията отбелязва, че в доклада относно ТЦ не се споменава механизмът за долна (под) и горна граница (таван), описан в заявлението за ДС. Когато по време на срещата на 28 октомври 2015 г. Комисията пита за този пропуск, Amazon обяснява, че механизмът за горна и долна граница не изважда възнаграждението на LuxOpCo от пазарния диапазон. Маржът на печалбата, получена от LuxOpCo през периода, е бил средно [3,5-4] % и всяка година е в интерквартилен размах от 2,3 до 6,7 % ⁽³⁴⁴⁾. На тази среща Amazon посочва също така, че може да се приеме, че използването само на метода на сравнимите неконтролирани цени би довело до предребудени и нестабилни резултати.

⁽³³⁵⁾ Съобщение на Amazon от 18 януари 2016 г., стр. 8. Както е посочено в това съобщение, „[...] it is highly highly unlikely that Lux SCS would have been able to find an independent entity capable or willing enter into a licensing agreement if doing so entailed that the business risk would be supported by that independent entity. Accordingly, Lux SCS was ready to take the risks in relation to the Intangibles, so as to enable LuxOpCo to gain more easily market shares: in the longer term growing revenue for LuxOpCo would mean more revenue for Lux SCS, as licensor. In practical terms, this meant entering into a contractual agreement where the royalty methodology is based on the licensee's being profitable and earning a return on its costs, rather than an arrangement that would create a risk of the licensee being loss making.“

⁽³³⁶⁾ Съобщение на Amazon от 18 януари 2016 г., стр. 11.

⁽³³⁷⁾ Съобщение на Amazon от 18 януари 2016 г. Както Amazon обясни също така: „Considering those circumstances, it was indeed rational for both parties to agree on a remuneration on the basis that the risks were borne by the licensor and the licensee received a return on costs, as this would incentivize the licensee to grow as quickly as possible, both in terms of geographies and product lines, and to maximize selection (rather than concentrate only on higher margin product lines).“

⁽³³⁸⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 50.

⁽³³⁹⁾ Съобщение на Amazon от 15 февруари 2016 г., приложение Н.

⁽³⁴⁰⁾ Съобщение на Amazon от 15 февруари 2016 г., стр. 4.

⁽³⁴¹⁾ Предприятията Algorgiel, Decade, Seresco SA и Société de Gestion de Terminaux Informatiques.

⁽³⁴²⁾ Предприятието Solutec.

⁽³⁴³⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 32.

⁽³⁴⁴⁾ В съобщението си от 18 януари 2016 г., стр. 11 Amazon обяснява също така, че „[...] it was logical that the royalty contained a floor based on a percentage of royalties, which incentivized the licensee to maximize revenues (and share in the upside of doing so). The corollary to that was a cap on the licensee's remuneration (based on a higher percentage of revenues) to ensure that the costs of the licensee were efficiently managed and did not increase too far out of line with revenue growth.“

8.2. СЪОБЩЕНИЕ ОТНОСНО ИНФОРМАЦИЯТА, СЪОБЩЕНА ОТ ДРУЖЕСТВО Х

- (355) Amazon изразява съмнение, че дружество Х действително е съпоставимо с LuxOpCo. Освен това Amazon твърди, че информацията, предоставена от дружество Х, не трябва да се взема под внимание при оценката на въпросното ДС, тъй като нито Amazon, нито люксембургските власти са разполагали с тази информация нито по време на подаването на заявлението за ДС през 2003 г., нито по време на искането за удължаване срока на това ДС през 2011 г.
- (356) Във всички случаи Amazon счита, че предоставената от дружеството Х информация не подкрепя заключението, че ДС от 2003 г. е довело до предоставяне на държавна помощ на LuxOpCo. По-конкретно, LuxOpCo се съгласява с дружеството Х, че електронната търговия е дейност, която предлага ниски маржове на печалба. Всъщност дружеството LuxOpCo не би могло да оцелее или да се разшири на пазара без нематериалните активи, прехвърлени му с лиценз от LuxSCS.
- (357) Amazon твърди, че неговият бизнес модел се основава на технологични иновации, включително инструменти за търсене и навигация, обработка на поръчки, каталожни функции, обслужване на клиенти и инструменти за управление и анализ на данни.
- (358) Amazon смята, че клиентските данни, които LuxSCS прехвърля с лиценз на LuxOpCo, са ключов елемент от маркетинга и че решението Prime на Amazon не се ограничава до услугата за безплатна доставка, тъй като обхваща различни услуги и изисква сложна базисна технология.
- (359) Според Amazon, удовлетвореността на клиентите се дължи основно на технологията и клиентските данни, които са предоставени на LuxOpCo като нематериален актив.
- (360) Консолидирането и развитието на клиентската база и марката се основават предимно на нематериалните активи. Според Amazon дружеството Х е потвърдило, че нематериалните активи, които се развиват и подобряват постоянно, са от съществено значение за успеха на дейностите, свързани с електронна търговия, като тези на LuxOpCo, което затвърждава статута му на тествана страна, поради по-големия принос на LuxSCS.
- (361) Amazon счита, че методът за изчисляване на лицензионното възнаграждение, одобрен от въпросното ДС, запазва дългосрочната жизнеспособност на LuxOpCo, тъй като размерът на лицензионните възнаграждения не е прекомерно висок и позволява на LuxOpCo да получи възвръщаемост на разходите си. Освен това методът насърчава LuxOpCo да създаде стойност от експлоатацията на нематериални активи, като развие дейността възможно най-много, като увеличи максимално асортимента и продължава да предлага по-благоприятни цени, а също и насърчава LuxSCS да продължи да инвестира дългосрочно в нематериални активи.
- (362) Накрая, Amazon стига до заключението, че твърденията на дружество Х относно процента от оборота, който трябва да се инвестира от дадено дружество за електронна търговия (4 % до 8 % от продажбите), потвърждават, че размерът на лицензионните възнаграждения, изплатени от LuxOpCo на LuxSCS, който е средно [5–10] % от продажбите на LuxOpCo между 2006 г. и 2014 г. или [3–3,5] % от brutните продажби на стоки и който обхваща пълен набор от нематериални активи, може да се счита за съответстващ на принцип на сделката между несвързани лица и не се отклонява явно от достоверно приближение до пазарноориентирания резултат.

8.3. СЪОБЩЕНИЕ ОТНОСНО СЪСРЕДОТОЧЕНАТА ВЪРХУ ТЕХНОЛОГИЯТА ДЕЙНОСТ ПО ТЪРГОВИЯ НА ДРЕБНО ОНЛАЙН НА AMAZON

- (363) Amazon твърди, че има за цел да „бъде най-ориентираната към клиента компания в света – клиентът да може да намери и открие всичко, което би искал да купи онлайн, а компанията да се стреми да му осигури най-ниските възможни цени“⁽³⁴⁵⁾. Мисията в центъра на дейността на Amazon е да предлага най-широк избор на продукти на най-ниските цени и по най-удобния начин, а реализирането ѝ се базира основно на технологията.
- (364) Amazon представя себе си като „[...] технологична компания, която подхожда към търговията на дребно чисто технически“⁽³⁴⁶⁾, а технологията осигурява интерфейс между Amazon и нейните клиенти, като същевременно е в центъра на всеки бизнес процес. Технологията на Amazon позволява да предлага конкурентни цени, да предлага на потенциалните клиенти продукти, за които е вероятно да ги заинтересуват, да обработва плащания, да управлява стоките запаси и да доставя продуктите до клиентите. Мащабът на дейностите на Amazon изисква те

⁽³⁴⁵⁾ Вж.: <http://www.amazon.com/Careers-Homepage/b?ie=UTF8&node=239364011>.

⁽³⁴⁶⁾ Съобщение на Amazon от 22 юли 2016 г.: Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business, стр. 1.

да бъдат управлявани с висока степен на автоматизация в управлението на запасите, ценообразуването и изпълнението на поръчките. Amazon не може да наеме достатъчно хора, за да определя цените или количествата на милиони различни продукти.

- (365) Amazon твърди, че за да се избегне неудовлетворението на клиентите, офертата за електронна търговия трябва да е на налична по всяко време с много кратко време за реакция. Като се има предвид постоянното ѝ разширяване, технологичната инфраструктура трябва да бъде модулна и гъвкава. Така че софтуерът на Amazon има архитектура ориентирана към услугите. Функциите, изисквани от търговската дейност на Amazon, се разработват като компоненти, които могат да бъдат комбинирани така, че да си взаимодействат и съдействат. Такава архитектура има много предимства, като например индивидуализирана оптимизация, и възможност да се осигурява поддръжка на определен софтуер. Освен това тя улеснява стартирането на нови услуги и подобрения. Ако Amazon се въздържа от поддръжане и актуализиране на основната си технология, клиентите ще забележат, тъй като опитът на Amazon в електронната търговия ще се промени и търговската му дейност ще забави темпа си.
- (366) Уебсайтовете и мобилните приложения на Amazon включват няколко функции, включително получаване и поддръжане на информация за самоличността на клиентите, създаване и поддръжане на каталог, създаване и показване на уеб страници и страници за мобилни приложения, функции за търсене и навигация, подготовка и подаване на поръчки, обработка на плащания, взаимодействие с центровете за обработка, обратна връзка с клиентите, както и персонализиране и онлайн общности.
- (367) Другите технологични инструменти включват инструменти за администриране на уеб сайтове, хранилище за конфигурации, инструменти за експлоатация и анализ на уеб сайтове, софтуер за управление на доставчици, софтуер за управление на стокови запаси, софтуер за каталози и ценови софтуер. Що се отнася до последния, Amazon твърди, че 99 % от цените се определят чрез автоматизиран процес, въпреки че могат да се задават и ръчно, макар и по изключение. Всички ръчни промени на цените в Европа трябва да бъдат одобрени от европейския мениджър по ценообразуването на LuxOpCo.
- (368) Amazon има и маркетингов софтуер, чиято цел е да генерира трафик към уеб сайтовете на Amazon, вътрешни и външни маркетингови техники, като маркетинг на търсачките (базиран на сътрудничество с търсачки като Google), инструменти за оптимизиране на търсачките, инструменти за платена реклама и инструменти за електронна поща.
- (369) Към това трябва да се добави и софтуерът за обработка на поръчки, особено за European Fulfilment Network (EFN), софтуера за вземане и опаковане и софтуера за обслужване на клиенти.
- (370) Amazon разработва вътрешнофирмено водещия софтуер за своята дейност по електронна търговия на дребно. Amazon твърди, че дейностите, свързани с технологични разработки, се наблюдават от екипи, установени в Съединените щати. Дейностите по тестване и корекция на грешки на уеб сайтовете и софтуерните инструменти се извършват изцяло в САЩ. Повече от [60–65] % от [30 000–40 000] служителите, чиято работа е свързана с научноизследователската и развойна дейност, се намират в Съединените щати. От [1 000–10 000] служители в областта на НИРД в Европа [100–200] са установени в Люксембург.
- (371) И накрая, Amazon твърди, че всеки аспект от традиционната търговия на дребно е преработен, за да стане по-ефективен, по-евтин и по-адаптиран към нуждите на клиентите. На фона на обширната среда за електронна търговия, базираният на технологиите потребителски опит отличава Amazon от конкурентите и укрепва позиционирането на неговия бранд. Дори леките закъснения при поръчките или незначително забавяне при обработката имат неблагоприятно въздействие върху потребителския опит, подкопават имиджа на бранда на Amazon и причиняват загуби от продажби, тъй като клиентите се отказват от покупка.
- (372) Amazon твърди, че полезният живот на нематериалните активи, свързани с неговата търговска марка, е 10 до 15 години, считано от 1 януари 2005 г. Считано от същата дата, полезният живот на клиентската база данни се оценява на 6 до 10 години, в сравнение с две до пет години за технологията.

8.4. СЪОБЩЕНИЯ ОТНОСНО КРИТИЧНИТЕ ЗАПЛАХИ ЗА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ДЕЙНОСТИ НА AMAZON

- (373) В съобщението си от 27 февруари 2017 г. Amazon представи следните три критични заплахи за европейските си дейности.
- (374) Конкуренцията: загубата на дейност в полза на конкурентите е най-голямата заплaha за Amazon, тъй като секторът на електронната търговия е много конкурентен. Конкуренцията разчита в голяма степен на иновациите, а конкурентите, които не са иновативни, напускат пазара. Amazon е изправен пред различни видове натиск и конкуренти на различни пазари, а присъщите на конкуренцията рискове имат своите местни особености.

- (375) Приемане от страна на клиентите на нови продукти, услуги и технологии: Разрастването и разширяването на Amazon в нови категории и географски региони са свързани с риска клиентите да не приемат новите оферти или новите продукти. Amazon поема също и риск от срив на уеб сайтовете, което може да бъде много скъпо за бизнеса му.
- (376) И накрая, местните икономически и политически условия и промените в правните рамки представляват риск, дори заплахата за европейските дейности на Amazon. Ниските нива на използване на интернет и кредитни карти са големи предизвикателства за Amazon, които пречат на разширяването на дейността. Публичните регулации биха могли да направят бизнес модела на Amazon неприложим.

8.5. СЪОБЩЕНИЯ НА AMAZON ОТ 29 МАЙ 2017 Г.

- (377) На 29 май 2017 г. Amazon представи своите коментари относно процедурата на Федералния данъчен съд на САЩ и нов доклад за трансферното ценообразуване.
- (378) Според Amazon в решението на Федералния данъчен съд на САЩ е приложен методът на сравнимите неконтролирани цени, което е довело до лицензионно възнаграждение за нематериалните активи по принципа на сделка между несвързани лица, възлизащо на [4, 5–5] % от brutните продажби на стоки ⁽³⁴⁷⁾.
- (379) Amazon твърди, че придобиването от LuxSCS на права, свързани с технологията, търговската марка и данните за клиентите, е признато от всички страни по исковото съдебно производство в САЩ. Ето защо Amazon счита ставката [4,5–5] % за референтна стойност за лицензионно възнаграждение за сделка между несвързани лица, което трябва да бъде платено на LuxSCS. Освен това, според Amazon, тази референтна стойност следва да се счита за минимална стойност, като се има предвид, че това лицензионно възнаграждение не отчита нито репутацията, нито подобренията, направени след 2005/2006 г. в рамките на CPP по отношение на получените от LuxOpCo нематериални активи.
- (380) Поради това Amazon твърди, че агрегираната ставка на лицензионните възнаграждения, получени от LuxSCS през периода 2006—2014 г., в действителност е по-ниска от ставката, определена от Федералния данъчен съд на Съединените щати, а именно [3–3,5] % от brutните продажби на стоки. Съгласно коментарите на Amazon относно решението на Федералния данъчен съд на САЩ дружеството LuxSCS е получило от LuxOpCo ниска ставка на лицензионно възнаграждение и поради това счита, че ДС от 2003 г. не би могло да предостави никаква полза за LuxOpCo.
- (381) Amazon смята, че по време на исковото съдебно производство в САЩ е направен изчерпателен преглед на изпитани и доказани фактически доказателства, включително експертни заключения. Решението на Федералния данъчен съд на САЩ потвърди предишните съобщения на Amazon, и по-специално твърденията, че технологията е ключов елемент на стойността в дейността на Amazon, който изисква постоянни инвестиции и иновации; интегрирането на европейските дейности на Amazon отговаря на оперативните нужди; и накрая, европейската среда за електронна търговия през разглеждания период е била обект на силна конкуренция и се е характеризирала с ниски маржове.
- (382) Amazon възлага на [Съветник 1] нов доклад за трансферното ценообразуване, който има за цел последваща проверка дали лицензионното възнаграждение, платено от LuxOpCo на LuxSCS съгласно разглежданото ДС е в съответствие с принцип на сделката между несвързани лица („последващ доклад относно ТЦ от 2017 г.“) ⁽³⁴⁸⁾. В този доклад нивото на лицензионно възнагражденията се разглежда въз основа на два метода на трансферно ценообразуване: метода на сравнимите неконтролирани цени и МТНП;
- (383) По отношение на метода на сравнимите неконтролирани цени лицензионните възнаграждения, плащани от LuxOpCo на LuxSCS през разглеждания период, са сравнени с лицензионните възнаграждения, определени в доклада относно ТЦ и в становището на Федералния данъчен съд на Съединените щати. В доклада за последваща оценка на ТЦ от 2017 г. се твърди, че лицензионното възнаграждение, действително платено от LuxOpCo на LuxSCS, е по-ниско от диапазона на ставката за лицензионно възнаграждение, определен в доклада относно ТЦ

⁽³⁴⁷⁾ Както е посочено на стр. 5 от настоящото съобщение, това изчисление е направено от [Съветник 1] в последващия доклад относно ТЦ от 2017 г. Под brutни продажби на стоки се разбира общите продажби, направени чрез уеб сайтовете на Amazon, т.е. както продажбите, направени от Amazon под негово име, така и тези, направени от трети страни чрез Marketplace.

⁽³⁴⁸⁾ Съобщение на Amazon от 29 май 2017 г.: [Съветник 1] и [Съветник 1]: „Economic analysis of the Transfer Pricing approach adopted in the 2003 ATC“, 25 май 2017 г.

при позоваване на споразумението [A] ⁽³⁴⁹⁾. Amazon добавя, че лицензионното възнаграждение, платено от LuxOpCo на LuxSCS, е по-ниско от ставката за лицензионно възнаграждение от [4,5–5] %, определена в становището на Федералния данъчен съд на САЩ на базата на метода на сравнимите неконтролирани цени ⁽³⁵⁰⁾. В тази връзка уточнява, че в това становище е определена агрегирана ставка на лицензионното възнаграждение по отношение на brutните продажби на стоки, която служи като „начална (стартова) ставка за лицензионно възнаграждение за нематериалните активи на принципа на сделка между несвързани лица към 1 май 2006 г.“ ⁽³⁵¹⁾.

- (384) Докладът относно ТЦ от 2017 г. допълнително показва, че следва да се направят няколко корекции в посока нагоре за лицензионното възнаграждение, платено от LuxOpCo на LuxSCS, предвид разликите между лицензионното споразумение и първоначалното споразумение за изкупуване. В това отношение в доклада се посочва, че „конкретното прехвърляне на съществуващи нематериални активи между американските контрагенти и LuxSCS“ е различно от лицензионното споразумение, тъй като LuxOpCo е трябвало да плати лицензионно възнаграждение не само за стойността на правата на интелектуална собственост, съществуващи към момента на сключването на лицензионното споразумение, но също и за „всички подобрения и разработки, чиито разходи се поемат единствено от LuxSCS“ ⁽³⁵²⁾. Корекциите в посока нагоре би трябвало да се направят така, че да се вземе предвид редицата нематериални активи, предоставени на LuxOpCo, които не са били предмет на становището на Федералния данъчен съд на САЩ, временните разлики и механизма за горна и долна граница (таван и под), прилаган към лицензионното възнаграждение, платими от LuxSCS, което „служи за стекчаване на рисковете и за да осигури на LuxOpCo стабилен поток от приходи, съответстващ на функционалния му и рисков профил“ ⁽³⁵³⁾. Не се счита за нужно да се правят никакви корекции надолу, тъй като не е бил взет под внимание приносът на LuxOpCo за разработването, подобряването и поддръжката на нематериалните активи ⁽³⁵⁴⁾.
- (385) Анализът на последващия доклад относно ТЦ от 2017 г., основаващ се на метода на сравнимите неконтролирани цени, заключава, че общата сума, платена от LuxOpCo на LuxSCS през разглеждания период, е „разумна и съответстваща на икономическата реалност“.
- (386) За анализа, базиран на МТНП, последващия доклад относно ТЦ от 2017 г. започва с функционален анализ ⁽³⁵⁵⁾, имащ за цел да установи коя страна по лицензионното споразумение трябва да бъде тествана страна, т.е. страната с най-малка стопанска значимост на изпълняваните функции.
- (387) Функционалният анализ на LuxOpCo е направен въз основа на ролята на дружеството в европейската верига на стойността през юни 2014 г., тъй като се счита, че предвид постепенното увеличаване на персонала на LuxOpCo през разглеждания период функционалният профил на дружеството към юни 2014 г. ще отразява максималния принос за създаването на стойност от LuxOpCo през разглеждания период. Според последващия доклад относно ТЦ от 2017 г. дружеството LuxOpCo е разчитало в голяма степен на инструменти и технологии за управление на свързаните с него оперативни рискове, така че нито е управлявало, нито е поемало автономно никакви значителни рискове. Освен това дружеството не си е създавало нужда от оборотен капитал, който да надхвърля този на функцията му на управляващо дружество. Основните дейности на LuxOpCo са се състояли в това да контролира управлението на покупките, продажбите, маркетинга и дистрибуцията на продукти на трети страни чрез европейски уеб сайтове. Тези дейности зависят до голяма степен от нематериалните активи, лицензирани на

⁽³⁴⁹⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 25 до 28, лицензионно възнаграждение в диапазона [10–15] % до [10–15] % е счтено за съответстващо на принципа за сделка между несвързани лица. Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 12: „LuxOpCo's aggregate royalty payments to LuxSCS over the period under review are approximately [5–10] % of net sales (or [3–3.5] % of GMS). This figure is well below the range of royalty rates indicated by the CUP analysis in the [Advisor 2] Report, which are based on the agreement between Amazon and [A] and include adjustments to account for other intangibles (customer referrals) licensed by LuxSCS to LuxOpCo but not made available by Amazon to [A].“

⁽³⁵⁰⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 13: „The tax court relied on Amazon's uncontrolled transactions with its M.com business partners for website technology, external trademark comparables for marketing intangibles, and Amazon's uncontrolled transactions for customer referral fees under the Associates and Syndicated Stores programs for customer information.“

⁽³⁵¹⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 12–13: Съгласно таблица 1 ставката на лицензионните възнаграждения е агрегирана стойност от следните ставки за лицензионни възнаграждения: Технология [3–3,5] %, нематериални маркетингови активи [1–1,5] % и данни за клиентите [0,5–1] % от brutните продажбина стоки. Плащането за изкупуване на клиентски данни, което е определено от Федералния данъчен съд на САЩ, е преобразувано от [Съветник 1] в ставка за лицензионно възнаграждение, пропорционална на съответната стойност за технологията и нематериалните маркетингови активи.

⁽³⁵²⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 12–13.

⁽³⁵³⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 15–16.

⁽³⁵⁴⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 13: „The license of the Intangibles from LuxSCS to LuxOpCo is different, as the license comes with a commitment by LuxSCS to maintain, update, and enhance those intangibles through ongoing investments under the CSA. Although it is recognized that there is a decay of intangibles over time, these intangibles are replaced by new intangibles from the ongoing investments under the CSA and therefore, no downward adjustment to the royalty paid by LuxOpCo to LuxSCS is necessary.“

⁽³⁵⁵⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 16. От друга страна последващият доклад относно ТЦ от 2017 г. изглежда пренебрегва функционалният анализ при прилагането на метода на сравнимите неконтролирани цени, въпреки че този анализ се счита за определящ фактор при анализа на съпоставимостта; вж. насоките на ОИСП от 1995 г., параграф 1.20.

LuxOpCo, които включват ценообразуване на стоки, управление на запасите, поддръжка на дейностите на центровете за обработка на поръчките, обработка на онлайн плащания, откриване на измами, обслужване на клиенти, логистика и реклама. През разглеждания период дружеството LuxOpCo не е притежавало или разработвало никой от нематериалните активи, нито е инвестирало в тяхното развитие. Напротив, LuxOpCo е притежавало само стандартни активи от оборудване на предприятието и материални запаси, свързани с европейския бизнес на Amazon в Европа. През разглеждания период дружеството LuxOpCo и било изложено на различни стратегически, финансови, оперативни и други рискове като част от ежедневните си дейности. Повечето от рисковете са пряко или непряко свързани с технологията, която стои в основата на предлагането на Amazon, или цялостната му стратегия за разширяване на дейността към нови категории продукти и услуги. С оглед ефективно управление и контрол на тези рискове Amazon прилага строги управленски политики на групово ниво. И накрая, в един технологичен бизнес сектор, дружеството LuxOpCo нито е управлявало, нито самостоятелно е поемало значителни оперативни рискове, а вместо това е използвало технология за управление или поемане на свързани оперативни рискове.

- (388) Що се отнася до LuxSCS, последващият доклад относно ТЦ от 2017 г. отразява само факта, че дружеството притежава нематериалните активи в резултат на участието му в CPP.
- (389) Въз основа на този функционален анализ в последващия доклад относно ТЦ от 2017 г. се заключава, че LuxOpCo е пример за сегмент от веригата на стойността, който не притежава права върху интелектуална собственост, нито управлява или контролира такива права: функционалният му профил е сравним с този на „управляващо дружество“, което контролира логистиката, обработката на поръчките и запасите, свързани с европейските дейности за онлайн търговия на дребно, като същевременно се сблъсква с ограничени рискове и притежава само текущи материални активи ⁽³⁵⁶⁾. В резултат на това, тъй като притежава нематериалните активи по силата на участието си в CPP, LuxSCS се счита за дружеството с най-сложния функционален анализ. Последващият доклад относно ТЦ от 2017 г. обяснява в този смисъл, че „функционалният анализ и фактическият контекст показват, че дейностите на LuxOpCo са до голяма степен зависими и вторични от икономически значими нематериални активи, които не са собственост на дружеството и до които то е имало достъп съгласно лицензионното споразумение, а правата на LuxSCS върху нематериалните активи произтичат от участието му в CPP с определени дружества от групата преди и по време на отчетния период.“ ⁽³⁵⁷⁾
- (390) В последващия доклад относно ТЦ от 2017 г. се обяснява, че даден надежден финансов показател трябва да отчита приноса на LuxOpCo за цялата верига на стойността. В доклада LuxOpCo е представено като страната, която „[...] не е вземала никаква автономни решения кои продукти да продава, какви цени да се прилага към продуктите или какъв начин да ги популяризира, тъй като тези функции са интегрирани в технологични инструменти, получени съгласно лицензионния договор“ ⁽³⁵⁸⁾, така че не се счита за подходящо да се приложи показател за нетната печалба на база реализираните продажби ⁽³⁵⁹⁾. Последващият доклад относно ТЦ от 2017 г. счита, че оперативните разходи са най-надеждният показател за нивото на печалбата за измерване на стойността на изпълняваните функции, поетите рискове и активите, използвани от LuxOpCo. В доклада се прилага показател за нивото на печалбата, който се изчислява, като оперативните разходи се разделят на оперативната печалба (загуба) ⁽³⁶⁰⁾.
- (391) Докладът актуализира икономическите анализи от 2003 г. и 2014 г., като определя референтни стойности за печалбата за дейности, сравними с тези на LuxOpCo, и прави нов анализ за определяне на референтните стойности. От този анализ става ясно, че през всичките години на периода между 2006 г. и юни 2014 г. лицензионното възнаграждение на LuxOpCo е било в рамките на интерквартилния размах на базата на референтните стойности за бата, получени за дейности, сравними с тези на LuxOpCo. Последващият доклад относно ТЦ от 2017 г. накрая заключава, че това лицензионно възнаграждение е в съответствие с принцип на сделката между несвързани лица.

9. ОЦЕНКА НА РАЗГЛЕЖДАНАТА МЯРКА

9.1. НАЛИЧИЕ НА ПОМОЩ

- (392) В съответствие с член 107, параграф 1 от ДФЕС всяка помощ, предоставена от държава членка или чрез ресурси на държава членка под каквато и да било форма, която нарушава или заплашва да наруши конкуренцията чрез поставяне в по-благоприятно положение на определени предприятия или производството на някои стоки, доколкото засяга търговията между държавите членки, е несъвместима с вътрешния пазар.

⁽³⁵⁶⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 32.

⁽³⁵⁷⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 30.

⁽³⁵⁸⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 33.

⁽³⁵⁹⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 33.

⁽³⁶⁰⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 33.

- (393) Съгласно установената съдебна практика, за да се определи, че е налице „помощ“ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС, се изисква да бъдат изпълнени всички предвидени в тази разпоредба условия. Първо, трябва да съществува намеса от страна на държавата или чрез нейни ресурси. Второ, тази намеса трябва да е в състояние да наруши търговията между държавите членки. Трето, тя трябва да предоставя изборително предимство на своя получател. Четвърто, тя трябва да нарушава или заплашва да наруши конкуренцията ⁽³⁶¹⁾.
- (394) Що се отнася до първото условие, предвидено в член 107, параграф 1 от ДФЕС, разглежданото ДС е издадено от люксембургската данъчна администрация, която е държавен орган на Люксембург. Това становище включва одобрението от тази администрация на споразумение за трансферно ценообразуване, което позволява на LuxOpCo да изчислява годишния корпоративен данък, който е трябвало да плати в Люксембург през отчетния период. След това LuxOpCo подава своята годишна декларация за корпоративен данък върху доходите въз основа на това споразумение, която люксембургската данъчна администрация одобрява на свой ред като съответстващи на дължимия в Люксембург корпоративен данък върху дохода. Следователно разглежданата мярка е относима към Люксембург.
- (395) Що се отнася до финансирането на мярката с ресурси на държавата, в съответствие с установената практика на Съда на Европейския съюз мярка, с която публичните органи предоставят освобождаване от данъчно облагане, което, макар и да не се изразява в прехвърляне на държавни ресурси, поставя даденото дружество в по-благоприятно финансово положение от другите данъчно задължени лица, може да съставлява държавна помощ ⁽³⁶²⁾. Както е видно от раздели 9.2 и 9.3, разглежданото ДС води до намаляване на корпоративния данък, дължим от LuxOpCo в Люксембург, в сравнение с това, което трябва да бъде платено от данъчно задължените дружества в подобна ситуация. Тъй като води до това Люксембург да се откаже от данъчните приходи, които иначе би имал право да събере от LuxOpCo, разглежданото ДС трябва да се счита за причина за загуба на държавни ресурси.
- (396) Що се отнася до второто условие, предвидено в член 107, параграф 1 от ДФЕС, LuxOpCo е част от Amazon Group, група от мултинационални компании, действащи в няколко държави членки. LuxOpCo използва онлайн търговията на дребно и услугите на Amazon чрез уеб сайтовете на Съюза. Стоките и услугите, за които се отнася тази дейност, се търгуват между държавите членки, така че всяка намеса на държавата в полза на Amazon може да засегне търговията в рамките на Съюза. ⁽³⁶³⁾. Освен това, като предостави благоприятно данъчно третиране на Amazon, Люксембург потенциално отклонява инвестициите от държави членки, които не могат или няма да предложат такова благоприятно данъчно третиране на дружества, принадлежащи към мултинационална група. Тъй като разглежданото ДС засилва позицията на своя бенефициер в сравнение с тази на други предприятия, които се конкурират във вътрешната за Съюза търговия, то трябва да се счита за засягащо тази търговия ⁽³⁶⁴⁾.
- (397) Що се отнася до четвъртото условие, предвидено в член 107, параграф 1 от ДФЕС, се счита, че дадена мярка, предоставена от държавата, нарушава или заплашва да наруши конкуренцията, когато би могла да засили конкурентната позиция на дадено предприятие по отношение на други конкурентни предприятия ⁽³⁶⁵⁾. Доколкото разглежданото ДС освобождава LuxOpCo от корпоративния данък върху дохода, който обикновено би трябвало да плати, помощта, предоставена с това становище, представлява оперативна помощ, тъй като освобождава LuxOpCo от разход, който обикновено би трябвало да поеме в хода на ежедневното управление или обичайните си дейности. Съгласно установената практика на Съда на Европейския съюз оперативната помощ нарушава конкуренцията ⁽³⁶⁶⁾. Следователно всяка помощ, предоставена на Amazon, трябва да се счита за нарушаваща или заплашваща да наруши конкуренцията, тъй като укрепва финансовото положение на Amazon на пазарите, на които Amazon оперира. По-конкретно в случая Amazon извършва дейности по онлайн търговия на дребно, конкуриращи се както с други онлайн търговци на дребно, така и с физически обекти в Люксембург и в целия Европейски съюз. Докладът [Съветник 3], предоставен от Amazon, описва онлайн търговията на дребно като дейност, характеризираща се с интензивна конкуренция и ниски маржове на печалба. Като освобождава Amazon от данъчно задължение, което иначе би трябвало да поеме и което конкурентните дружества трябва да поемат, разглежданото ДС освобождава финансови ресурси на Amazon, които той може да използва, за да инвестира в своите стопански дейности, което влияе на условията, при които може да предлага своите продукти и услуги на потребителите и по този начин нарушава конкуренцията на пазара. Следователно четвъртото условие, посочено в член 107, параграф 1 от ДФЕС, също е изпълнено.

⁽³⁶¹⁾ Решение по съединени дела C-20/15 P Комисия/World Duty Free, ECLI:EU:C:2016:981, точка 53 и цитираната съдебна практика.

⁽³⁶²⁾ Вж. решението по съединени дела C-106/09 P и C-107/09 P Комисия/Government of Gibraltar и Обединено кралство, ECLI:EU:C:2011:732, точка 72 и цитираната съдебна практика.

⁽³⁶³⁾ Решение по дело C-494/06 P Комисия/Италия и Wam, ECLI:EU:C:2009:272, точка 54 и цитираната съдебна практика. Вж. също решението по дело C-66/02 Италия/Комисия, ECLI:EU:C:2005:768, точка 112.

⁽³⁶⁴⁾ Решение по дело C-126/01 GEMO SA, ECLI:EU:C:2003:622, точка 41 и цитираната съдебна практика.

⁽³⁶⁵⁾ Решение по дело 730/79 Phillip Morris, EU:C:1980:209, точка 11. Решение по съединени дела T-298/97, T-312/97 и др. Alzetta, ECLI:EU:T:2000:151, точка 80.

⁽³⁶⁶⁾ Решение по дело C-172/03 Heiser, ECLI:EU:C:2005:130, точка 55. Вж. също решенията по дело C-271/13 P Rousse Industry/Комисия, ECLI:EU:C:2014:175, точка 44; съединени дела C-71/09 P, C-73/09 P и C-76/09 P Comitato „Venezia vuole vivere“/Комисия, ECLI:EU:C:2011:368, точка 136; дело C-156/98 Германия/Комисия, ECLI:EU:C:2000:467, точка 30 и цитираната съдебна практика.

- (398) Що се отнася до третото условие, предвидено в член 107, параграф 1 от ДФЕС, целта на данъчното становище (ДС) е предварително да установи прилагането на обичайната данъчна система към конкретен случай с оглед на конкретните факти и обстоятелства. Въпреки това, както всяка друга фискална мярка, предоставянето на данъчно становище трябва да е в съответствие с правилата за държавната помощ. Когато в данъчно становище се стига до резултат, който не отразява по надежден начин резултата от нормалното прилагане на обичайната данъчна система, без обосновка, това становище може да предоставя изборително предимство на адресата, доколкото това изборително третиране намалява данъчните задължения на това данъчно задължено лице в държавата членка, в сравнение с предприятия, намиращи се в сходно фактическо и правно положение. В раздели 9.2 и 9.3 Комисията доказва, че разглежданото ДС предоставя селективно предимство на Amazon чрез намаляване на корпоративния данък, който трябва да плати в Люксембург в сравнение с данъка, платим от данъчно задължените дружества в подобно фактическо и правно положение.
- (399) В раздел 9.2 Комисията привежда доказателства, че разглежданото ДС предоставя икономическо предимство на Amazon. ДС предоставя такова предимство, като одобрява методика за трансферно ценообразуване, която дава резултат, който се отклонява от надеждно приближение на базовия пазарен резултат, като по този начин намалява данъчната основа на LuxOpCo за целите на изчисляването на корпоративния данък, който трябва да плати. В раздел 9.3.1, Комисията прави извода, че това предимство е изборително, тъй като се предоставя само на Amazon. Съгласно установената съдебна практика, в случай на индивидуална мярка за помощ, каквато е разглежданото ДС, „установяването на икономическото предимство по принцип позволява да се приеме неговата селективност“⁽³⁶⁷⁾, без да е необходим тристепенният анализ, разработен от Съда на ЕС за фискални схеми за помощ⁽³⁶⁸⁾.
- (400) Независимо от това, с цел изчерпателност, Комисията ще приложи тристепенния анализ и по отношение на разглежданото ДС, за да докаже че то е така изборително и въз основа на този анализ. В раздел 9.3.2.1 Комисията представя доказателства, че предимството, предоставено от разглежданото ДС, е от селективен характер, тъй като облагодетелства Amazon в сравнение с други данъчнозадължени дружества, подлежащи на облагане с корпоративен данък в Люксембург и чиято облагаема печалба съответства на определените от пазара цени, договорени при пълна равнопоставеност. В раздел 9.3.2.2 Комисията отново доказва, че предимството, предоставено от разглежданото ДС, е от селективен характер, тъй като облагодетелства Amazon в сравнение с други данъчнозадължени дружества, принадлежащи към мултинационална група, които сключват сделки в рамките на групата и които съгласно член 164, параграф 3 от LIR (Закон за подоходното данъчно облагане) трябва да определят цените на техните вътрешногрупови сделки по такъв начин, че да съответстват на цените, договорени от независими и несвързани страни в условията на свободна конкуренция на пазара.

9.2. ПРЕДИМСТВО

- (401) Когато приетата от държавата мярка подобрява нетното финансово състояние на дадено предприятие, е налично предимство по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС⁽³⁶⁹⁾. За да се установи наличието на предимство, трябва да разгледа въздействието на самата мярка⁽³⁷⁰⁾. Що се отнася до фискалните мерки, предимство може да бъде предоставено, като се намалява по различни начини данъчната тежест за едно предприятие, и по-специално като се намалява облагаемата данъчна основа или размерът на дължимия данък⁽³⁷¹⁾.
- (402) Разглежданото ДС одобрява методика, основана на трансферни цени, която позволява на LuxOpCo да оценява своята облагаема печалба за целите на изчисляването на корпоративния данък на годишна база, печалба, която на свой ред определя корпоративния данък, който е трябвало да плати в Люксембург през разглеждания период. Съдът на Европейските общности по-рано беше постановил, че „че за да се разгледа дали определянето на облагаем доход [...] предоставя предимство [на бенефициера], посоченият [режим] следва, [...], да се сравни с режима на общоприложимото право, основан на разликата между приходите и разходите на предприятие, което упражнява дейността си в условия на свободна конкуренция“⁽³⁷²⁾. Следователно ДС, което позволява на данъчнозадължено лице да използва трансферни цени при сделки в рамките на група, които цени не приличат на цени, които биха били платени в условията на свободна конкуренция между независими и несвързани предприятия, договарящи се при сходни обстоятелства на принципа на сделката между несвързани лица, предоставя изборително предимство на данъчнозадълженото предприятие, тъй като води до намаляване на неговия облагаем доход и следователно на облагаемата му основа в рамките на общата система за корпоративен данък. Принципът, по силата на който сделките между дружества от една и съща група следва да бъдат възнаграждавани, както ако бяха договорени от независими дружества, търгуващи при сравними обстоятелства в пазарни условия, обикновено се нарича „принцип на сделката между несвързани лица“.

⁽³⁶⁷⁾ Решение по дело C-15/14 P Комисия/MOL, ECLI:EU:C:2015:362, точка 60. Вж. също решението по съединени дела C-20/15 P и C-21/15 P Комисия/World Duty Free, ECLI:EU:C:2016:981, точка 55 и решението по дело C-270/15 P Белгия/Комисия, ECLI:EU:C:2016:489, точка 49.

⁽³⁶⁸⁾ Решение по дело C-211/15 P Orange/Комисия, ECLI:EU:C:2016:798, точки 53 и 54.

⁽³⁶⁹⁾ Дело C-143/99 Adria-Wien Pipeline и Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, ECLI:EU:C:2001:598, точка 41.

⁽³⁷⁰⁾ Дело 173/73 Италия/Комисия, ECLI:EU:C:1974:71, точка 13.

⁽³⁷¹⁾ Вж. решенията по дело C-66/02 Италия/Комисия, ECLI:EU:C:2005:768, точка 78; дело C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze и др., ECLI:EU:C:2006:8, точка 132; и дело C-522/13 Ministerio de Defensa и Navantia, ECLI:EU:C:2014:2262, точки 21—31.

⁽³⁷²⁾ Вж. решенията по съединени дела C-182/03 и C-217/03 Белгия и Forum 187 ASBL/Комисия, ECLI:EU:C:2005:266, точка 95.

- (403) Принципът на сделката между несвързани лица има за цел като цяло да гарантира, че цените на сделките между свързани предприятия (контролирани сделки) се определят за данъчни цели при същите условия като сравнимите сделки между независими предприятия (сделки на свободния пазар). Когато в своите вътрешногрупови сделки две свързани дружества са обвързани със съгласувани или наложени условия, които се различават от тези, договорени между независими дружества за съпоставими сделки на свободния пазар, ще бъдат направени подходящи корекции на трансферните цени с оглед неутрализиране на различията, за да се гарантира, че асоциираните (групови) предприятия не се третират по-благоприятно от неинтегрираните (автономни) предприятия за целите на данъчното облагане ⁽³⁷³⁾. По този начин печалбите, които асоциираните предприятия реализират от техните вътрешногрупови сделки, се определят и накрая се третират, без да бъдат облагодетелствани, в сравнение с тези, получени от сделки, сключени от независими дружества при условия на пазарна конкуренция. Всъщност това са цените, които фактурират независимите предприятия на пазара или, както посочва Съдът на ЕС, предприятията, чийто облагаем доход се определя от „разликата между приходите и разходите на предприятие, работещо в условията на свободна конкуренция“ ⁽³⁷⁴⁾. Ако даден орган позволява на свързани дружества в дадена група да фактурират при своите вътрешногрупови сделки цени, които са под пазарните цени, на тези дружества се предоставя икономическо предимство под формата на намаляване на тяхната данъчна основа.
- (404) В отговор на довода на Люксембург и на Amazon, че оценката, която Комисията извършва на споразумението за трансферна цена, възприето от оспорваното данъчно становище, задължително следва да бъде ограничена, тъй като определянето на трансферните цени не е точна наука ⁽³⁷⁵⁾, Комисията припомня, че елементът на приближение при трансферното ценообразуване трябва да бъде разглеждан в контекста на неговата цел. Целта на трансферното ценообразуване е да се направи разумно изчисление на резултат съгласно принципа на сделката между свързани лица въз основа на надеждна информация ⁽³⁷⁶⁾. Тази цел би била невъзможна, ако елементът на приближение, присъщ на трансферното ценообразуване, може да бъде използван, за да оправдае методика за трансферно ценообразуване, която води до резултат, който се отклонява от надеждното приближение на пазарноориентирания резултат.
- (405) Същото се отнася за довода на Люксембург, според който при извършването на тази преценка Комисията погрешно се поставя на мястото на люксембургската данъчна администрация за тълкуването на националното данъчно законодателство ⁽³⁷⁷⁾ и ако беше приет, това би освободило данъчните мерки най-общо и данъчните становища относно трансферното ценообразуване в частност, от обхвата на контрола на спазването на правилата за държавните помощи. Съдът на ЕС отдавна е приел, че мерките, свързани с прякото данъчно облагане, които поставят определени предприятия в по-благоприятно финансово положение от предприятията в сходно фактическо и правно положение, могат да представляват държавна помощ по същия начин като преките субсидии ⁽³⁷⁸⁾. Съгласно Съда на ЕС всяка мярка, приета от държавите-членки в областта на прякото данъчно облагане, трябва да спазва разпоредбите на Договора относно държавните помощи, които ги обвързват и се ползват с приоритет пред тези на националното им законодателство ⁽³⁷⁹⁾. Такъв е случаят с данъчните становища относно трансферното ценообразуване под формата на предварителни споразумения за трансферно ценообразуване, тъй като те одобряват методите за оценка на данъчната основа и следователно облагаемият доход за отделни дружества. Всяко намаляване на данъчната основа, произтичащо от прилагането на такъв метод, предоставя предимство.
- (406) Следователно, за да се установи дали разглежданото ДС предоставя икономическо предимство, Комисията трябва да докаже, че одобрявания от нея метод за трансферно ценообразуване води до резултат, който се отклонява от надеждното приближение на пазарноориентирания резултат, което води до намаляване на облагаемата основа на LuxOpCo за целите на изчисляването на корпоративния данък. Комисията счита, че разглежданото ДС води до такъв резултат.

⁽³⁷³⁾ Фактът, че трансферното ценообразуване поставя акцент върху ценообразуването на вътрешногруповите сделки, е ясно изразен в точка 1.6 от насоките на ОИСП за трансферното ценообразуване от 2010 г.: „Принципът на сделката между несвързани лица възприема подхода на третиране на членовете на мултинационална група като отделни субекти, а не като неразделни подгрупи на едно единно предприятие. По този начин вниманието се насочва към естеството на сделките между членовете на мултинационалната група и дали условията на тези контролирани сделки се различават от условията, които биха били получени в сравними неконтролирани сделки. Този анализ на контролираните и неконтролираните сделки, който се нарича „анализ на съпоставимостта“, лежи в основата на прилагането на принципа на сделката между несвързани лица.“ Тази насоченост към сделките се посочва отново в точка 1.33 от насоките на ОИСП за трансферното ценообразуване от 2010 г., където се пояснява, че „прилагането на принципа на сделката между несвързани лица като цяло се основава на сравнение на условията в контролирана сделка с условията в сделки между независими предприятия. [...]“.

⁽³⁷⁴⁾ Вж. решенията по съединени дела C-182/03 и C-217/03 Белгия и Forgem 187 ASBL/Комисия, ECLI:EU:C:2005:266, точка 95.

⁽³⁷⁵⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., точка 27.

⁽³⁷⁶⁾ Насоки на ОИСП от 2010 г., параграф 1.13.

⁽³⁷⁷⁾ Съобщение на Люксембург от 21 ноември 2014 г., точки 38—40.

⁽³⁷⁸⁾ Дело 173/73 Италия/Комисия, ECLI:EU:C:1974:71.

⁽³⁷⁹⁾ Вж. съединени дела C-182/03 и C-217/03 Белгия и Forgem 187 ASBL/Комисия, ECLI:EU:C:2006:416, точка 81; съединени дела C-106/09 Р и C-107/09 Р Комисия/Government of Gibraltar и Обединено кралство, ECLI:EU:C:2011:732; дело C-417/10 3M Italia, ECLI:EU:C:2012:184, точка 25 и определението по дело C-529/10 Saffilo, ECLI:EU:C:2012:188, точка 18.

- (407) На първо място, Комисията счита, че методът на трансферно ценообразуване се основава на неправилното и недоказано предположение, че LuxSCS изпълнява уникални функции и създава добавена стойност във връзка с нематериалните активи, докато LuxOpCo ще упражнява само „текущи“ управленски функции. Според предоставената на Комисията информация, LuxOpCo изпълнява уникални функции и създава добавена стойност, като използва активите и поема по същество всички рискове, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи. LuxOpCo също изпълнява функциите, използва активите и по същество поема всички рискове, които са от стратегическо и критично значение за генерирането на печалби от дейности на Amazon, свързани с търговия на дребно и онлайн услуги в Европа. От друга страна дружеството LuxSCS не е изпълнявало никакви уникални функции и не е създавало добавена стойност във връзка с нематериалните активи на Amazon или неговите европейски дейности, а най-много е поемало някои ограничени общи административни функции, необходими за запазване на законната собственост върху нематериалните активи ⁽³⁸⁰⁾. Като одобрява метод за трансферно ценообразуване, който определя възнаграждение на LuxOpCo само за изпълняваните от него предполагаеми рутинни функции и който разпределя всички печалби на LuxOpCo, надхвърлящи това възнаграждение, на LuxSCS под формата на лицензионно възнаграждение, разглежданото ДС води до резултат, който се отклонява от надеждно приближение на базовия пазарен резултат, като по този начин предоставя на LuxOpCo икономическо предимство под формата на намаляване на неговата данъчна основа за целите на изчисляването корпоративния данък. Съображенията са разгледани в точка 9.2.1.
- (408) Освен това, като съображения при условията на евентуалност и без да се засяга заключението, изложено в предходното съображение, Комисията стига до заключението, че дори ако люксембургските данъчни власти са имали право да приемат неточното и неоснователно твърдение, че дружеството LuxSCS е изпълнявало уникални и създаващи стойност функции по отношение на нематериалните активи, което Комисията отхвърля, методът на трансферно ценообразуване, одобрен от разглежданото ДС, все пак се основава на неподходящи методически решения, които водят до резултат, който се отклонява от надеждно приближение на базовия пазарен резултат, като по този начин предоставя на LuxOpCo икономическо предимство под формата на намаляване на неговата данъчна основа за целите на изчисляването корпоративния данък. Съображенията при условията на евентуалност са разгледани в точка 9.2.2.

9.2.1. ОСНОВНА КОНСТАТАЦИЯ ЗА НАЛИЧИЕ НА ИКОНОМИЧЕСКО ПРЕДИМСТВО

- (409) Тъй като принципът на сделката между несвързани лица цели основно да отрази икономическата реалност на специфичното положение на контролираното данъчно задължено лице и да прилага като сравнителна стойност условията, прилагани при сравними сделки между независими страни, първата стъпка в анализа на трансферното ценообразуване е да се определят търговските и финансовите взаимоотношения между данъчно задълженото лице, поискала данъчно становище относно трансферното ценообразуване, и дружествата от групата, с които е свързано в анализирания(ите) сделка(и). Както потвърждава докладът относно ТЦ, вътрешногруповата сделка, при която цената се определя от разглежданото ДС, е лицензионното споразумение, сключено между LuxSCS и LuxOpCo.
- (410) След като идентифицира въпросната вътрешногрупова сделка, вторият етап от анализа на трансферното ценообразуване е сравнението на условията на въпросната сделка с тези на сравними сделки между независими дружества (анализ на сравнимостта), така че да може да се определи цена за вътрешногруповата сделка. При сделките между две независими дружества тази цена ще съответства на функциите, изпълнявани от всяко дружество (като се вземат предвид използваните активи и поетите рискове). Следователно, за да се определи дали сделките между асоциирани предприятия и сделките между независими предприятия са съпоставими или дали асоциираните или независимите предприятия са сравними, трябва да се направи функционален анализ. Целта на този функционален анализ е да се идентифицират и сравнят икономически значимите дейности и отговорности, използваните активи и рисковете, поети от страните по сделката или сделките, за които е определена цена ⁽³⁸¹⁾.
- (411) Комисията счита, че методът за трансферно ценообразуване, одобрен от ДС, не води до надеждно сближаване на пазарноориентирания резултат, тъй като се основава на грешен функционален анализ. Разглежданото ДС одобрява методика за трансферно ценообразуване, която предполага, че трансферната цена, приложена за лицензионното споразумение – т.е. годишната сума, дължима от LuxOpCo на LuxSCS за лиценза върху нематериалните активи – се определя като остатъчната печалба, генерирана от LuxOpCo извън определеното съгласно принципа на сделката между несвързани лица възнаграждение за предполагаемите „текущи“ функции, изпълнявани от това дружество.

⁽³⁸⁰⁾ Вж. съображение 429.

⁽³⁸¹⁾ вж. насоките на ОИСР от 1995 г., параграф 1.20. Вж. също насоките на ОИСР от 2010 г., параграф 1.42 и насоките на ОИСР от 2017 г., параграф 1.51.

Докладът относно ТЦ, на който се основава методът за трансферно ценообразуване, обаче не разглежда как изпълняваните функции, използваните активи и рисковете, поети от LuxSCS, оправдават разпределянето на цялата остатъчна печалба на LuxOpCo на LuxSCS под формата на заплащане на лицензионно възнаграждение⁽³⁸²⁾. Следователно разглежданото ДС се основава на неточното и недоказано твърдение, че LuxSCS изпълнява уникални и създаващи стойност функции във връзка с нематериалните активи, докато LuxOpCo упражнява само „текущи“ управленски функции, свързани с онлайн продажбите на Amazon в Европа.

- (412) Според Amazon LuxSCS притежава, поддържа и развива уникални и трудноизмерими елементи на стойността под формата на нематериални активи, чийто принос е от съществено значение за дейността по продажба на дребно в Европа. За сметка на това, LuxOpCo не притежава, управлява или контролира права върху интелектуална собственост: функционалният му профил е сравним с този на управляващо дружество, което контролира покупките, продажбите, маркетинга и дистрибуцията на продукти на клиентите чрез европейски уеб сайтове⁽³⁸³⁾. Въз основа на доклада [Съветник 3] Amazon твърди още, че онлайн търговията на дребно е подобна на физическата търговия на дребно и че за търговците на дребно, независимо дали с онлайн или физически магазини, по-голямата част от разходите са променливи. В резултат на това въздействието на икономите от мащаба върху рентабилността е ограничено. Тези фактори, съчетани с интензивна конкуренция в сектора на онлайн търговията на дребно, биха оправдали разпределянето на ограничена доходност на LuxOpCo, подобно на одобрената от въпросното ДС.
- (413) Комисията не е съгласна с този функционален анализ, както е обяснено подробно в раздели 9.2.1.1 и 9.2.1.2.
- (414) Ако за целите на издаването на ДС беше направен надлежен, отговарящ на изискванията функционален анализ, люксембургската данъчна администрация би трябвало да заключи, че LuxSCS няма никакви уникални и създаващи стойност функции във връзка с нематериалните активи, за които притежава само законно право на собственост по силата на споразумението за изкупуване и на CPP. По-специално, LuxSCS не извършва или контролира дейности, свързани с разработването, управлението, защитата и експлоатацията на нематериалните активи, а възлага тези функции на LuxOpCo съгласно лицензионното споразумение, без никакви резерви относно надзора, който LuxSCS упражнява върху дейността на LuxOpCo в това отношение. LuxSCS няма служители, които да могат да контролират тези функции, нито поема разходите, свързани с изпълнението на тези функции.
- (415) Именно LuxOpCo изпълнява уникални и създаващи стойност функции във връзка с нематериалните активи, използва всички активи, свързани с тези функции и по същество поема всички свързани с тях рискове. Освен това именно LuxOpCo е дружеството, което, с подкрепата на европейските свързани дружества, изпълнява уникални и създаващи стойност функции в дейностите по онлайн търговия на дребно и услуги на Amazon в Европа, които са стратегически и от съществено значение за генерирането на печалби от тези дейности, и което използва всички активи, свързани с тези функции и по същество поема всички свързани с тях рискове.

9.2.1.1. Функционален анализ на LuxSCS

- (416) Amazon твърди, че „LuxSCS е оправомощено да взема решения и да участва в CPP, разполага със собствени финансови средства и е в състояние да поеме своите рискове. Чрез притежаването на нематериалните активи и финансирането на тяхното развитие (или понякога тяхното придобиване) LuxSCS изиграва жизненоважна роля за контрола върху разработването, поддръжката и защитата на нематериалните активи [...]“⁽³⁸⁴⁾.
- (417) Комисията не оспорва факта, че LuxSCS, като страна по споразумението за изкупуване и CPP, е законният собственик на правата да експлоатира, да продължи разработването и усъвършенстването на нематериалните активи за целите на дейностите по търговия на дребно и услуги на Amazon в Европа. Нито пък оспорва, че по силата на договор с A9 и ATI в рамките на CPP LuxSCS е натоварено да изпълнява редица функции и да поема

⁽³⁸²⁾ Докладът относно ТЦ неправилно посочва, че остатъчната печалба „may be considered to be attributable to the Intangibles licensed by LuxOpCo from LuxSCS“

⁽³⁸³⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 21 и 32.

⁽³⁸⁴⁾ Съобщение на Amazon от 7 юни 2017 г.

редица рискове, свързани с нематериалните активи. При все това, в резултат на лицензионното споразумение му е предоставен изключителен и неотменим лиценз за тези функции и рискове, които ефективно се упражняват и поемат от LuxOpCo през целия полезен живот на нематериалните активи ⁽³⁸⁵⁾.

- (418) Нищо в предоставените на Комисията данни не доказва, че дружеството LuxSCS е упражнявало или имало възможност да упражнява активни и съществени функции във връзка с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи, които оправдава това да му бъдат разпределени почти всички печалби, генерирани от LuxOpCo, в контекста на търговията на дребно и услугите на Amazon в Европа [съображения от 419 до 429]. Не би могло да се счита, че дружеството LuxSCS е възложило тези функции на друга страна и не е имало възможността да контролира или да осъществява надзор по упражняването на тези функции [съображения от 427 до 428]. Освен това LuxSCS не използва ценни активи в тези дейности, а просто пасивно държи нематериалните активи като техен законен собственик [съображения от 430 до 434]. И накрая, LuxSCS не е поемало свързаните с това рискове – и няма капацитет – нито ги е контролирало [съображения от 436 до 445].

9.2.1.1.1. Функции, изпълнявани от LuxSCS

- (419) LuxSCS е законният собственик на нематериалните активи и ги лицензира на договорна основа. При все това, съгласно лицензионното споразумение LuxSCS предоставя на LuxOpCo неотменим и изключителен лиценз за икономическа експлоатация на нематериални активи в Европа и право да продължи да развива, подобрява и управлява нематериалните активи за целия им полезен живот ⁽³⁸⁶⁾, без никаква резерва по отношение на управлението или надзор, упражняван от LuxSCS върху дейността на LuxOpCo в тази връзка. Съгласно това споразумение на LuxOpCo е възложена и отговорността да сключва и да управлява подлицензиите с свързани дружества на групата ⁽³⁸⁷⁾ и са му е предоставени всички права за предотвратяване на нарушения на интелектуалната собственост, свързани с нематериалните активи ⁽³⁸⁸⁾. И накрая, LuxOpCo е носело отговорността за спазването на всички приложими закони и разпоредби, включително тези, свързани с износа и зачитането на неприкосновеността на личния живот, които могат да се прилагат при нематериалните му активи ⁽³⁸⁹⁾.
- (420) Следователно в резултат на този изключителен лиценз LuxSCS вече не е оправомощена да експлоатира нематериалните активи икономически в контекста на европейските дейности на Amazon и следователно не може да упражнява никаква активна и критична функция, свързана с тяхното развитие, подобряване, управление или експлоатация в това отношение ⁽³⁹⁰⁾. По този начин нематериалните активи и всички техни производни със сигурност са останали законна собственост на LuxSCS през разглеждания период ⁽³⁹¹⁾, но активните и критични функции, свързани с посочените по-горе нематериални активи, са били упражнявани от LuxOpCo.
- (421) Въпреки че LuxSCS е оправомощено да изпълнява такива функции, не е имало капацитет да ги изпълнява, управлява или контролира през разглеждания период. То не е имало служители, както се потвърждава от разглежданото ДС, което е одобрило заключението на писмото на Amazon от 31 октомври 2003 г., че твърде ограниченият характер на дейностите на LuxSCS не позволява да се заключи, че дружеството LuxSCS е

⁽³⁸⁵⁾ Следователно Amazon неправилно твърди, че контролът върху експлоатацията на нематериалните активи е фактическа отговорност на LuxSCS, тъй като тези активи могат да бъдат лицензирани на друго дружество в случай че LuxOpCo понесе загуби. Вж. съображение (321).

⁽³⁸⁶⁾ Лицензионно споразумение, точки 1.5 (Licensed Purpose), 2.1, буква а) (Exclusive Intellectual Property License Grant), 2.1, буква б) (Derivative Works), 2.3 (Maintenance), 4.1 (Term) и 9.2 (Preventing Infringement).

⁽³⁸⁷⁾ Лицензионно споразумение, точка 2.1, буква а) („Exclusive Intellectual Property License Grant“).

⁽³⁸⁸⁾ Лицензионно споразумение, точка 9.2 („Preventing Infringement“). В своето съобщение от 7 юни 2017 г. Amazon потвърди това тълкуване на точка 9.2, вж. стр. 2.

⁽³⁸⁹⁾ Лицензионно споразумение, точка 9.5 („Compliance, Data Protection“).

⁽³⁹⁰⁾ Предметът на лиценза, посочен в лицензионното споразумение, е идентичен с този на CPP по отношение на лицензите, получени от LuxSCS. Вж. точка 1.13, буква а) от СПР.

⁽³⁹¹⁾ Тъй като производствените произведения не са били предоставени на LuxSCS по силата на споразумението, LuxSCS е получило неотменим, изключителен и безвъзмезден световен лиценз за такива производни произведения, включително право на подлицензирането им, за целия полезен живот на нематериалните активи. Всяко прехвърляне на производни произведения или лицензия към тях обаче е лицензирано едновременно на дружеството LuxOpCo, на което лицензионното споразумение е предоставило неотменим и изключителен лиценз за нематериалните активи и всички други права на интелектуална собственост, притежавани от тях. LuxSCS на европейската територия. Лицензионно споразумение, точка 1.5 („Licensed Purpose“), точка 2.1, буква а) („Exclusive Intellectual Property License Grant“), точка 2.1, буква б) („Derivative Works“).

упражнявало „търговска дейност“⁽³⁹²⁾ или е имало данъчно запълнено присъствие в Люксембург⁽³⁹³⁾. В действителност, както потвърждават докладът относно ТЦ и писмото на Amazon от 20 април 2006 г. до люксембургската данъчна администрация, LuxSCS не е трябвало да извършва друга дейност през разглеждания период, освен „*просто притежание*“ на нематериалните активи и дяловете в дъщерните си дружества⁽³⁹⁴⁾ и събирането на пасивни доходи под формата на лицензионни възнаграждения и лихви от тези дъщерни дружества⁽³⁹⁵⁾.

- (422) При липса на служители единственият начин, по който тези функции биха могли да се извършват от самото дружество LuxSCS, е те да се поемат от едноличния управител или от общите събрания. Но от решенията на едноличния управител или от протоколите от общите събрания, обобщени в таблица 14, не произтича че LuxSCS играе активна и съществена роля в процеса на вземане на решения във връзка с посочените по-горе функции по отношение на нематериалните активи или че тези функции са предмет на ефективен контрол или надзор по време на разглеждания период. Напротив, приетите решения се състоят предимно от административни задачи и дейности на акционерите, а именно одобряване на счетоводните отчети, събиране на дивиденди, одобряване на увеличения на капитала и финансиране на дъщерни дружества и, в някои случаи, одобряване на назначаването на директори на LuxOpCo и други дъщерни дружества на LuxSCS. Освен това пълното отсъствие на представители на LuxSCS в Управителния съвет по интелектуална собственост (IP Steering Committee), който е основният дискуссионен форум за управление на нематериалните активи в Европа⁽³⁹⁶⁾, потвърждава, че през разглеждания период дружеството LuxSCS не е играло активна роля по отношение на гореспоменатите функции и свързаните с тях рискове⁽³⁹⁷⁾.
- (423) Дори решенията за сключване на споразумението за изкупуване и CPP очевидно не са взети от LuxSCS, а представляват само просто ратифициране от едноличния управител на решение, взето от дружествата от групата Amazon в САЩ. Същото важи и за решението за сключване на лицензионното споразумение с LuxOpCo, тъй като в решението се посочва, че едноличният управител е решил да одобри и изпълни това споразумение от името на LuxSCS в рамките за реструктурирането през 2006 г. на европейските дейности на Amazon⁽³⁹⁸⁾, която вече е било решено от групата Amazon. Във всички случаи такива решения не са активни решения, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи, а решения за прилагане на „ограничен брой правни споразумения, необходими за функционирането на люксембургската структура“⁽³⁹⁹⁾.
- (424) Фактът, че дружеството LuxSCS не е имало законно право да изпълнява такива функции съгласно лицензионното споразумение и че не е имало капацитета да ги изпълнява, означава също и че през разглеждания период то всъщност не е изпълнявало никоя от функциите, които възложени му съгласно CPP⁽⁴⁰⁰⁾. С други думи, LuxSCS не е участвало в разработването на нематериалните активи, нито в свързаните с тях дейности по съставяне на бюджет

⁽³⁹²⁾ Вж. съображение 124.

⁽³⁹³⁾ Съображение 124. Вж. съобщението на Amazon от 31 октомври 2003 г. Вж. също финансовите отчети на LuxSCS и „EU Policies and Procedures Manual“, където се посочва, че LuxSCS „*must never have any employees*“. В своето съобщение от 19 март 2015 г. Amazon заявява, че служителите на групата Amazon, участващи в разработването и поддръжката на нематериални активи, не са наети от LuxSCS или от дружества, принадлежащи към LuxSCS.

⁽³⁹⁴⁾ През разглеждания период дружеството LuxSCS също е имало дялово участие в Amazon Eurasia Holdings Sarl.

⁽³⁹⁵⁾ Вж. съображение 104 и бележката под линия на стр. 27.

⁽³⁹⁶⁾ Вж. съображения 454–455.

⁽³⁹⁷⁾ Amazon всъщност потвърждава, че „*нито [LuxSCS], нито неговият генерален партньор, Amazon Europe Holding Inc., са имали активна роля в Управителния съвет по интелектуална собственост*“. Вж. съобщението на Amazon от 7 юни 2017 г., стр. 1. Както е обяснено в съображение 103, през разглеждания период дружеството Amazon Europe Holding Inc. е действало също като едноличен мениджър на LuxSCS.

⁽³⁹⁸⁾ Писмено решение на едноличния управител на LuxSCS от 28 април 2006 г., Вж. таблица 14.

⁽³⁹⁹⁾ Вж. съображения 104 и 218.

⁽⁴⁰⁰⁾ CPP, точка 1.13 („Licensed Purpose“), точка 2.3 и „Exhibit B“ и точка 9.12 („Preventing Infringement“). Вж. също CPP, стр. 1: „*the Parties desire to pool their respective resources from the Effective Date forward, for the purpose of further developing and otherwise enhancing the value of the Amazon Intellectual Property [Intangibles owned by ATI], A9 Intellectual Property [Intangibles owned by A9] and EHT Intellectual Property [Intangibles owned by LuxSCS] (as defined below), and to share the costs and risks of developing and using all such intellectual property rights developed by any Party on the basis of [D]s anticipated to be derived from such intellectual property rights.*“

и планиране (функции 1 и 4, цитирани в таблица 13, възпроизвеждащи функциите, посочени в Приложение Б на CPP). LuxSCS не е участвало също и в дейностите по продажбите и маркетинга, стратегическото планиране и контрола и осигуряване на качеството (функции 2, 3 и 6, посочени в таблица 13).

- (425) Освен това дружеството LuxSCS не е играло активна роля в управлението на придобиването на стратегически технологии (функция 5, цитирана в таблица 13) ⁽⁴⁰¹⁾, въпреки че някои от тези придобивания са били направени на базата на CPP. Всъщност, според предоставената от Amazon информация относно решенията на LuxSCS по отношение на други сделки за придобиване, сключени от 2005 г. насам, едноличният управител на LuxSCS приема само приноса на придобитите технологии срещу плащане за изкупуване ⁽⁴⁰²⁾. Поради това тези решения не са нищо друго освен административно реорганизиране на дейностите, а не активно управление с добавено стойност на придобитата технология.
- (426) И накрая, въпреки че CPP споменава (в Exhibit B) като последна функция способността да „*подбира, наема и контролира служители, изпълнители и подизпълнители за извършване на някои от гореизброените дейности*“ (функция 7, цитирана в таблица 13), нищо не показва, че LuxSCS е делегирало ефективно дори една от функциите, които са му възложени в рамките на CPP, на друга страна, действаща съгласно инструкциите и под контрола (т.е. като подизпълнител) на LuxSCS ⁽⁴⁰³⁾. Нито решенията на едноличния управител, нито протоколите от заседанията на генералната дирекция показват, че са вземани активни решения по този въпрос. Освен това в годишните обобщени доклади относно CPP не се отчитат никакви разходи, направени пряко от LuxSCS за разработването на нематериални активи, които биха могли да бъдат предмет на споразумението за разпределяне на разходите ⁽⁴⁰⁴⁾, като например комисиони, платени за извършване на дейности, възложени на външни изпълнители. Само образуванията A9 и АТІ и управляваните от тях центрове за договорни разработки отчитат разходи за развойна дейност ⁽⁴⁰⁵⁾. Тези разходи за развойна дейност съответстват на функциите, изпълнявани от тези дружества или от тяхно име (и на поетите от тях рискове) през разглеждания период. Следователно тези функции не могат да се считат за изпълнявани от LuxSCS ⁽⁴⁰⁶⁾.
- (427) Следователно нито една от функциите за разработване или други функции, свързани с нематериалните активи, изпълнявани от А9, АТІ и техните подизпълнители съгласно споразумението за изкупуване и CPP (или някой от рисковете, свързани с тези функции) не могат да бъдат взети предвид като принос на LuxSCS към лицензионното споразумение, сключено между LuxSCS и LuxOpCo. Вместо това тези функции трябва да се разглеждат като принос на А9 и АТІ съгласно споразумението за изкупуване и CPP ⁽⁴⁰⁷⁾. Тези споразумения, по които според Федералния данъчен съд на Съединените щати при условия на пазарна конкуренция са получени възнаграждения плащания за изкупуване и плащания по CPP, не са засегнати от това решение, като се има предвид, че те не са обхванати от разглежданото ДС. Следователно тези функции, изпълнявани от А9 и АТІ и техните подизпълнители, не са от значение за оценката на възнаграждението, дължимо от LuxOpCo на LuxSCS съгласно лицензионното споразумение, което е предмет на разглежданото ДС.
- (428) Във всички случаи, дори и да се приеме, че дружеството LuxSCS е възложило своите функции за развойна дейност и рисковете, поети съгласно CPP, на подизпълнител по смисъла на това споразумение ⁽⁴⁰⁸⁾ – нещо, което не може

⁽⁴⁰¹⁾ Вж. съображение 213 относно придобиването на [придобиване U, Q, R и T].

⁽⁴⁰²⁾ Вж. съображения 212—214 и 218.

⁽⁴⁰³⁾ Вж. бележка под линия 199.

⁽⁴⁰⁴⁾ Вж. съображение 200.

⁽⁴⁰⁵⁾ Вж. съображение 201.

⁽⁴⁰⁶⁾ Както е обяснено в бележка под линия 403, страните са сключили CPP, за да споделят своите индивидуални разходи и рискове и да се възползват от съвместното разработване на своите нематериални активи.

⁽⁴⁰⁷⁾ Както показват сметките на LuxSCS, няма данни, че А9, АТІ или други дружества от групата Amazon са получавали възнаграждение за научноизследователска и развойна дейност и управление на нематериални активи или други услуги извън обхвата на CPP (вж таблица 9). Следователно се приема, че общото възнаграждение, предоставено на А9 и АТІ за всички изпълнени функции в полза на LuxSCS е определено от CPP.

⁽⁴⁰⁸⁾ Вж. бележка под линия 199.

да направи – то не би имало капацитета да контролира изпълнението на тези функции, още по-малко да контролира упражняването на тези функции и свързаните с тях рискове, при липса на работници и служители⁽⁴⁰⁹⁾. При типична сделка между несвързани лица лицензодателят, който възлага на подизпълнители на определени функции, свързани с правата на интелектуална собственост, той обикновено гарантира изпълнението на лицензионното споразумение, като осигурява внимателен мониторинг⁽⁴¹⁰⁾. Освен това, дори ако функциите, изпълнявани от LuxSCS в рамките на CPP, трябва да се считат за възложени на подизпълнители на свързано дружество от групата, в случая LuxOpCo, дружеството LuxOpCo би имало право на определеното съгласно принципа на сделката между несвързани лица възнаграждение за предоставените услуги или под формата на комисиона за предоставените услуги, или, в случая на LuxOpCo, под формата на намаление на ставката на лицензионното възнаграждение⁽⁴¹¹⁾. Противно на това, което твърди Amazon⁽⁴¹²⁾, лицензионното възнаграждение, такова, каквото е одобрено от разглежданото ДС, не е било намалено въз основа на функциите на LuxOpCo във връзка с нематериалните активи, тъй като LuxSCS не е поело никакви преки разходи, свързани с тези дейности, с изключение на някои ограничени външни разходи, които очевидно са свързани с поддържането на законната им собственост върху нематериалните активи, което се е осъществявало под контрола на LuxOpCo⁽⁴¹³⁾.

- (429) През разглеждания период единствените функции, които действително биха могли да се считат за упражнени от дружеството LuxSCS, са свързани с поддържането на законната му собственост върху нематериалните активи, макар и тези функции да са били упражнявани под контрола на LuxOpCo⁽⁴¹⁴⁾. Съгласно подробната разбивка на другите оперативни разходи на LuxSCS, описани в таблица 10, последният е поел някои външни разходи, свързани с тази дейност, както и счетоводни и съдебни такси, които представляват общи оперативни разходи⁽⁴¹⁵⁾. Amazon обяснява, че тези разходи са били свързани с (i) разпределението на разходите на Люксембург на LuxSCS, (ii) плащанията, свързани с правната защита на нематериалните активи, притежавани от LuxSCS, като патентни такси и свързаните с тях плащания, такси за подаване на заявки за търговски марки и свързаните с тях плащания и (iii) плащания, свързани с име на домейн и IP адрес⁽⁴¹⁶⁾. Само тези разходи биха могли да се считат за релевантни за възнагражденията на LuxSCS съгласно лицензионното споразумение, тъй като изглежда, че отговарят на функциите, които може действително да са били извършвани от LuxSCS през разглеждания период.

⁽⁴⁰⁹⁾ Насоки на ОИСП от 2010 г., параграф 9.24: „Ако не е необходимо да се поемат функциите на мониторинг и ежедневно управление за упражняване на контрол на риска (тези функции могат да бъдат възложени на външни изпълнители), все пак е необходимо да може да се оцени резултатът от функциите на мониторинга и управлението, извършвани от доставчика на услуги (степенна на необходимия контрол и оценката на резултатите зависи от естеството на риска).“ Както е посочено в окончателния доклад от проекта за борба със свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби, действия 8–10, стр. 63: „Ако дадено асоциирано предприятие, което е договорно задължено да поеме риска, не упражнява контрол върху риска и няма финансов капацитет да поеме риска, ралката, предложена в раздела „Принципи, свързани с прилагането на принципа на сделката между несвързани лица“ определя, че рискът ще бъде разпределен на друг член на групата от мултинационални предприятия, който не упражнява този контрол и няма финансов капацитет да поеме риска. Това изискване за контрол се използва в тази глава, за да се идентифицират страните, които носят рисковете, свързани с нематериалните активи, но и да се определи кой член на групата мултинационални предприятия действително контролира упражняването на функциите, възложени на външни изпълнители, като част от разработването, подобряването, поддръжката, защитата и експлоатацията на въпросните нематериални активи.“ Вж. също насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 1.65: „Контролът върху риска включва първите два елемента на управление на риска, дефинирани в параграф 1.61, а имено: (i) способността да се вземе решение за приемане, избягване или отхвърляне на рисковата възможност и действителното упражняване на тази функция за вземане на решения, (ii) способността да вземе решение за справяне с рисковете, свързани с тази възможност, и съгласно какви правила, както и ефективното упражняване на тази функция за вземане на решения. За да контролира рисковете, не е нужно дадена страна да извършва ежедневно слекчаване на риска, както е описано в (iii). Както се вижда от прилера от параграф 1.63, това ежедневно слекчаване на риска може да бъде възложено на външни изпълнители. В случай на възлагане на външни подизпълнители на тези ежедневни дейности за слекчаване на риска, контролът на риска изисква капацитет да се определят целите на дейностите, възложени на външни изпълнители, да се реши да се прибере до доставчика на услуги с функции за слекчаване на риска, да се прецени дали целите са надлежно изпълнени, а при необходимост решава да се излени или прекрати договорът със съответния доставчик на услуги, както и да се извърши тази оценка и това вземане на решение. Съгласно това определение за контрол дадена страна трябва както да има капацитета, така и ефективно да изпълнява функцията, както е посочено по-горе, да упражнява контрол на риска.“

⁽⁴¹⁰⁾ Насоки на ОИСП от 2017 г., параграф 6.53: „В случай на сделка по възлагане на външни подизпълнители между независими предприятия, в най-общия случай се констатира, че образуването, изпълняващо функции от илето на законния собственик на нематериален актив, свързано с разработването, подобряването, поддържането, защитата или експлоатацията на този актив, оперира под контрола на този собственик (вж. параграф 1.65). [...]“

⁽⁴¹¹⁾ Вж. параграф 6.14 от насоките на ОИСП от 1995 г. и от 2010 г. „За да се определи пазарната цена на сделката в случай на прехвърляне на нематериални активи, за целите на съпоставимостта трябва да се разгледа както прехвърлителят, така и приобретателят. [...] Като се има предвид, че лицензополучателят ще трябва да направи инвестиции или други разходи, за да използва лиценза, трябва да се определи дали дадено независимо предприятие е склонно да плати цената на лиценза за определена сума, като се има предвид рентабилността на лиценза. очакваните допълнителни инвестиции и други разходи, които вероятно ще трябва да поеме.“ Параграф 6.18 също така предвижда: „Освен това е важно да се има предвид стойността на услугите, като техническа помощ и обучение на служителите, които могат да бъдат предоставени от изобретателя във връзка с прехвърлянето. Също така, може да е необходимо да се обмислят ползите, предоставени от лицензополучателя на прехвърлителя под формата на подобрения на продукти или процеси“. Вж. също насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 6.112.

⁽⁴¹²⁾ Вж. съображение 206.

⁽⁴¹³⁾ Както е обяснено в съображение 429.

⁽⁴¹⁴⁾ Както е посочено в лицензионното споразумение, в точки 2.3 (maintenance), 9.2 (preventing infringement) и 9.5 (compliance, data protection), LuxOpCo изцяло отговаря за поддръжката и защитата на нематериалните активи.

⁽⁴¹⁵⁾ Вж. съобщението на Amazon от 21 август 2015 г., приложение 5.

⁽⁴¹⁶⁾ Съобщение на Amazon от 7 юни 2017 г.

9.2.1.1.2. **Активи, използвани от LuxSCS**

- (430) За целите на трансферното ценообразуване дадена страна по вътрешногрупова сделка може да получи разпределен доход върху актив само доколкото упражнява контрол върху неговото използване и върху риска или рисковете, свързани с това използване. Следователно собственикът на даден актив трябва да го използва ефективно. Така че във всеки функционален анализ определящият фактор не са активите, държани пасивно от една или друга от страните по анализирания вътрешногрупова сделка, а действително използваните активи⁽⁴¹⁷⁾. Само законната собственост върху даден актив, без той да се използва за изпълнение на каквато и да е функция или за поемане на някакъв риск, не води до възнаграждение, надхвърлящо стойността на самия актив⁽⁴¹⁸⁾. Самата законна собственост върху актив или лиценз върху самия актив не означава, че неговият собственик ефективно развива, подобрява, управлява или експлоатира този актив.
- (431) По отношение на нематериалните активи Amazon твърди, че LuxSCS „използва“ тези активи, като ги лицензира на LuxOpCo. Съгласно лицензионното споразумение обаче LuxSCS предоставя на LuxOpCo изключителен и неотменим лиценз за икономическа експлоатация на нематериалните активи в Европа и право да продължи да разработва, управлява и експлоатира нематериалните активи за целия им полезен живот за целите на осъществяването на дейностите на Amazon в търговията на дребно и услугите в Европа, без никакви резерви по отношение на възможността LuxSCS да продължи да използва нематериалните активи или да управлява и контролира тяхното използване.
- (432) При всички случаи, тъй като дружеството LuxSCS в действителност не е използвало нематериалните активи, нито е имало капацитет за това, както е обяснено в съображения от 421 до 427, тези активи не могат да се считат за използвани от LuxSCS във връзка с изпълнението на лицензионното споразумение за целите на трансферното ценообразуване.
- (433) Не може да се счита, че LuxSCS е направило разходи, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи⁽⁴¹⁹⁾. Както е посочено в таблица 10, през разглеждания период

⁽⁴¹⁷⁾ Фактът, че се набляга върху използването на даден нематериален актив се вижда ясно от параграф 6.71 от насоките на ОИСП 2017, който гласи: „По същество, ако законният собственик на нематериален актив:

- упражнява и контролира всички функции [...], свързани с разработването, подобряването, поддръжката, защитата и експлоатацията на този нематериален актив;
- предоставя всички активи, включително средства, необходими за разработването, подобряването, поддръжката, защитата и експлоатацията на въпросния нематериален актив и
- поема всички рискове, свързани с разработването, подобряването, поддръжката, защитата и експлоатацията на въпросния нематериален актив,

той има право да получава всички очаквани приходи, ех анте, които следва да се получат от съответната група мултинационални предприятия вследствие на експлоатацията на този нематериален актив. При условие че един или повече членове на тази група от мултинационални предприятия, различни от законния собственик, изпълняват функции, използват активи или поемат рискове, свързани с разработването, подобряването, поддръжката, защитата или експлоатацията на въпросния нематериален актив, тези предприятия трябва да получат за своя принос компенсация на базата на възнаграждение, определено съгласно принципа на сделката между несвързани лица. Това възнаграждение може, в зависимост от фактите и обстоятелствата, да представлява цялата или значителна част от очаквания доход от експлоатацията на въпросния нематериален актив.“ Вж. също и насоките на ОИСП от 1995 г., параграфи 1.20 и 1.22 и насоките на ОИСП от 2010 г., параграфи 1.42 и 1.44, които ясно подчертават „използването“ на активите.

⁽⁴¹⁸⁾ Както е обяснено в насоките на ОИСП от 1995 г., параграф 2.26, „Ако не може да се докаже, че даденото дружество поема реален риск или изпълнява икономическа функция във веригата, която е увеличила стойността на продуктите, всеки елемент от цената, за който се твърди, че се дължи на дейностите на това дружество, следва по принцип да се разпределят на друго дружество от мултинационалната група, тъй като обикновено независимите предприятия няма да позволят на такова дружество да участва в печалбата от сделката.“ Вж. също насоките на ОИСП от 2010 г., параграф 2.33 и насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 2.39. Както е описано подробно в насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 6.59, „Членовете на мултинационална група предприятия, които използват активи за разработване, подобряване, поддръжане и защита на нематериален актив, докато един или повече други членове изпълняват всички от разглежданите функции. При оценката на подходящата очаквана възвръщаемост от подобно финансиране при такива обстоятелства следва да се вземе предвид, че в контекста на сделки между несвързани лица страната, която осигурява средства, но не контролира рисковете, или не изпълнява друга функция, свързана с финансираната дейност или въпросния актив, като цяло не се възползва от очакваната възвръщаемост, еквивалентна на тази на инвеститор, чието положение е сходно, но упражнява и контролира важни функции и контролира значителни рискове, свързани с финансираната дейност. [...]“.

⁽⁴¹⁹⁾ Вж. насоките на ОИСП от 1995 г. и 2010 г., параграф 6.27: „За да се определи дали условията на дадена сделка, включваща нематериални активи, съответстват на принципа на сделката между несвързани лица, с оглед определяне на сравнимостта или евентуално относителната стойност на вноските на всяка от страните може да се разгледат сумата, естеството и въздействието на разходите, направени от дружеството, което е разработило или експлоатирило нематериалния актив [...]“.

дружеството LuxSCS не е направило други – освен външните разходи и разноските, посочени в съображение 429, които изглежда са свързани със запазването на законната собственост върху нематериални активи, както и някои еднократни разходи, свързани с продажбата на материални запаси между дружествата в резултат на реструктурирането през 2016 г., а също и разходите, направени по споразумението за изкупуване и CPP. Освен това разходите, направени от дружеството LuxSCS, са финансирани от основния му източник на приходи, а именно възнаграденията, които е получило от LuxOpCo⁽⁴²⁰⁾.

- (434) Освен това LuxSCS няма други активи, които биха могли да се считат за допринасящи за разработването, подобряването, управлението или експлоатацията на нематериалните активи⁽⁴²¹⁾. Нематериалните активи, получени вследствие от придобиването на права върху интелектуална собственост, са отчитани в актива на баланса на LuxSCS от 2011 г. насам, но както е обяснено в съображение 425, тези придобивания са били управлявани и контролирани не от LuxSCS, а от дружествата от групата Amazon в САЩ и от LuxOpCo⁽⁴²²⁾. Другите активи, представени в неговия счетоводен баланс, се държат главно на качеството му на единствен акционер на LuxOpCo и на друго дружество от групата – Amazon Eurasia Holdings Sarl, Люксембург. Те не са свързани с лицензионното споразумение, което е предмет на ДС и настоящото решение.
- (435) И накрая, LuxSCS наистина е отпуснало заеми на LuxOpCo от печалбите, натрупани от лицензионни възнаградения, изплатени от LuxOpCo съгласно лицензионното споразумение⁽⁴²³⁾, но отпускането на заеми не е ценен принос за разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи. Както е обяснено в съображение 183 и в бележките под линия от 177 до 179, размерът на тези заеми изглежда нараства успоредно с превишението на изплатените лицензионни възнаградения⁽⁴²⁴⁾, тъй като LuxOpCo запазва частта от лицензионните възнаградения, която не е била използвана за разходите за встъпителна вноска и по CPP, които трябва да бъдат изплатени на А9 и АП1 съгласно CPP⁽⁴²⁵⁾.

9.2.1.1.3. Рискове, поети от LuxSCS

- (436) За да се определи дали дадена страна по вътрешногрупова сделка е поела икономически значими рискове, за отправна точка трябва да се вземе договорното разпределение на рисковете между страните по тази сделка. Въпреки това, страна, която договорно поема такива рискове, трябва да може, от една страна, да ги контролира⁽⁴²⁶⁾ и от друга страна, да ги поеме финансово (финансов капацитет)⁽⁴²⁷⁾. В този контекст контрол означава способността за вземане на решение за поемане на риска и дали да се поеме управлението му или не⁽⁴²⁸⁾. Следователно е наложително да се определи какво е участието на страните по сделката в управлението на тези рискове и по-специално коя/кои страна(и) упражнява(т) контролни функции и функции за намаляване на рискове, коя/кои страна(и) поема(т) печалбите или загубите, свързани с рисковете, и коя/кои страна(и) има(т) финансовия

⁽⁴²⁰⁾ Вж. таблица 9.

⁽⁴²¹⁾ Вж. таблица 9.

⁽⁴²²⁾ Вж. таблица 9 и съображение 474.

⁽⁴²³⁾ През 2006 г. LuxSCS отпуска назаем средства само в размер на своя записан капитал, като сумите, отпуснати назаем на дружествата от групата, са се увеличили според натрупаните печалби благодарение на възнаграденията, получени от LuxOpCo.

⁽⁴²⁴⁾ Неизплатеният размер на кредитното улеснение за периода 2006—2013 г. се е увеличил с [1 500 – 2 000] милиона евро (вж. съображение 183), докато плащанията на лицензионни възнаградения, дължими от LuxOpCo на LuxSCS, надвишават плащанията, дължими от LuxSCS на Amazon US за същия период с [1 500 – 2 000] милиона евро ([3 000–3 500] милиона евро – [1 500 – 2 000] милиона евро, вж. съответно таблици 2 и 10).

⁽⁴²⁵⁾ Вж. бележки под линия 177 и 179 за обяснение на взаимозависимостта между лицензионните възнаграденията и отпускането на кредити.

⁽⁴²⁶⁾ Насоки на ОИСР от 2010 г., параграфи 9.23 и 9.26. Вж. също насоките на ОИСР от 1995 г., параграфи 1.25—1.27 и насоките на ОИСР от 2017 г., параграфи 1.61, 1.65 и 1.70.

⁽⁴²⁷⁾ Насоки на ОИСР от 2010 г., параграф 9.29. Вж. също насоките на ОИСР от 1995 г., параграф 1.26 и насоките на ОИСР от 2017 г., параграф 1.64.

⁽⁴²⁸⁾ Насоки на ОИСР от 2010 г., параграф 9.23. Вж. също насоките на ОИСР от 1995 г., параграф 1.25 и насоките на ОИСР от 2017 г., параграфи 1.61 и 1.65.

капацитет да поеме(ат) тези рискове⁽⁴²⁹⁾. Когато разпределението на риска, представено в договорните споразумения в рамките на групата, не отразява основната икономическа действителност, при определяне на трансферната цена трябва да се вземе предвид действителното поведение на страните, а не договорните споразумения⁽⁴³⁰⁾.

- (437) Amazon твърди, че LuxSCS поема рисковете, свързани с разработването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи въз основа на договорните споразумения, сключени със свързани дружества от групата, а именно споразумението за изкупуване, CPP и лицензионното споразумение, както и тези, свързани със собствеността му върху нематериалните активи⁽⁴³¹⁾. Това твърдение обаче трябва да бъде отхвърлено по няколко причини.
- (438) Първо, дружеството LuxSCS всъщност е прехвърлило рисковете, свързани с горепосочените функции, на LuxOpCo. Съгласно лицензионното споразумение LuxSCS не само е предоставило на LuxOpCo изключителен и неотменим лиценз за икономическа експлоатация на нематериалните активи в Европа и право да продължи да разработва, управлява и защитава нематериалните активи за целия им полезен живот за целите на осъществяването на дейностите на Amazon в търговията на дребно и услугите в Европа⁽⁴³²⁾, но и LuxOpCo по договор поема и всички рискове, присвоени на LuxSCS съгласно CPP⁽⁴³³⁾.
- (439) Второ, що се отнася до CPP, шом в приложение Б (Exhibit B) се споменават няколко риска, присвоени на LuxSCS (таблица 13), тези рискове са присъщи на изпълнението на възложените му задължения, както е посочено в същото това приложение. Тъй като дружеството LuxSCS не изпълнява ефективно никоя от функциите, които са му възложени в рамките на CPP [както е посочено в съображенията от 424 до 427], не може да се счита, че действително е поело някакъв риск, свързан с тези функции. Освен това няма доказателства, че подобно разделение на риска е икономически обосновано. Тъй като дружеството LuxOpCo е поело всички функции, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериални активи в Европа чрез своя изключителен лиценз, LuxSCS няма да може да управлява и контролират рисковете, свързани с тези дейности⁽⁴³⁴⁾.
- (440) Трето, няма доказателства, които да потвърждават, че дружеството LuxSCS е взело активни решения относно възлагането на своите функции за управление на риска съгласно CPP на външни изпълнители или че би могло да контролира и осъществява надзор на тези възложени на външни изпълнители функции случая, в случай че всъщност е имало такива⁽⁴³⁵⁾. По същия начин нито един от рисковете, свързани с нематериални активи, поети от

⁽⁴²⁹⁾ Съгласно насоките на ОИСР от 2010 г., параграф 1.49, „При разглеждането на икономическия характер на посоченото разпределение на рисковете е необходимо да се разгледат и последиците от това разпределение в контекста на сделки между несвързани лица. При сделките между несвързани лица обикновено има смисъл на страните да бъде разпределен по-голям дял от тези рискове, над които те имат относително по-голям контрол.“ Същото изискване е представено в параграф 1.27 от насоките на ОИСР от 1995 г. и гласи, както следва: „Да предположим, че дружество А сключи договори за производство на определени стоки и да ги доставя до дружество Б и че нивото на производство и доставка е определено от дружество Б. В подобен случай е малко вероятно дружество А да се съгласи да поеме значителен риск за запасите, тъй като, за разлика от дружество Б, не контролира нивото на запасите. Разбира се, съществува голям брой рискове, включително общите рискове, свързани с индустриалните и търговските цикли, върху които по принцип никоя от страните няма реален контрол и които в условията на пазарна конкуренция биха могли да бъдат приписани която и да е страна по сделката. Необходим е анализ, за да се определи на практика каква част от риска се поема от всяка страна е.“ Вж. също насоките на ОИСР от 2017 г., параграфи 1.59—1.60.

⁽⁴³⁰⁾ Насоките на ОИСР от 1995 г. отразяват това съображение в параграф 1.26, който гласи следното: „[По отношение на] договорните условия е възможно да се установи дали посоченото разпределение на рисковете съответства на икономическия характер на сделката. В това отношение обикновено поведението на страните е най-подходящият елемент за определяне на действителното разпределение на рисковете.“ Освен това параграф 1.39 предвижда следното: „Договорите, сключени в рамките на многонационална група, могат лесно да бъдат преразгледани, прекратени, разширени или приключени в съответствие с цялостната стратегия на групата и тези промени могат да бъдат дори със задна дата. В такъв случай данъчната администрация, прилагаща принципа на сделката между несвързани лица, ще трябва да търси реалността, която се крие зад договорното споразумение.“ Вж. също насоките на ОИСР от 2010 г., параграфи 1.67 и 9.14. Насоки на ОИСР от 2017 г., параграф 1.88.

⁽⁴³¹⁾ Вж. съображение 321.

⁽⁴³²⁾ Лицензионно споразумение, точка 1.5 („Licensed Purpose“), точка 2.1, буква а („Exclusive Intellectual Property License Grant“), точка 2.1, буква б („Derivative Works“), точка 2.3 („Maintenance“), точка 4.1 („Term“) и точка 9.2 („Preventing Infringement“).

⁽⁴³³⁾ Вж. съображение 116 и таблица 13 (Функции и рискове). Както е обяснено в съображение 116, LuxOpCo е приело съгласно условията на изключителния си лиценз да изпълнява всички функции, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи в Европа, както и да поеме всички рискове, свързани с тези дейности.

⁽⁴³⁴⁾ Вж. също насоките на ОИСР от 2010 г., глава IX, Реорганизации на предприятията, Пример (Б): Прехвърляне на ценни нематериални активи на „кухо“ дружество, и по-специално заключението в параграф 9.192: „Като се вземат предвид всички факти и обстоятелства, се стига до заключението, че има несъответствие между формата на сделката и съществуването на нейния икономически характер. По-конкретно, фактите показват, че дружеството Z действително няма капацитета да поеме рисковете, възложени му по споразумението, тъй като е квалифицирано и структурирано от страните. Освен това споразумението не изглежда оправдано по оперативни причини. В подобен случай параграф 1.65 упълномощава данъчната администрация да не признава структурата, приета от страните.“

⁽⁴³⁵⁾ Пример за това е илюстриран в параграф 9.25 от насоките на ОИСР от 2010 г. и в параграф 1.70 от насоките на ОИСР от 2017 г., в които се цитира случаят на инвеститор, който наема управител на фонд, на когото възлага да прави инвестиции от негово име.

A9, АТІ или техните подизпълнители съгласно CPP, не би могъл да се вземе предвид като риск, поет от LuxSCS в лицензионното споразумение, сключен между LuxSCS и LuxOpCo, както е обяснено в съображения 426 и 427, другите страни по CPP не действат като представител на LuxSCS, а от свое име и в свой интерес, за да получат очакваните ползи от CPP. Тези рискове трябва да се вземат предвид като принос на тези страни в CPP и не могат да повлияят на предвиденото в лицензионното споразумение лицензионното възнаграждение от LuxOpCo за LuxSCS.

- (441) Четвърто, фактът, че дружеството LuxSCS не е поело никакви рискове, свързани с нематериалните активи, се подкрепя и от факта, че нито решенията на едноличния управител на LuxSCS, нито протоколите от общите събрания споменават критични решения относно управлението на риска, осигурявано от LuxSCS по отношение на рисковете, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериални активи⁽⁴³⁶⁾. Във всеки случай е LuxSCS нямало служители, които да са упражнявали такива функции по управление на риска през разглеждания период. Поради това LuxSCS не разполага с оперативния капацитет да поеме рисковете, които са му били възложени по договор⁽⁴³⁷⁾.
- (442) Освен това Amazon изтъква, че LuxSCS е поело търговските рискове, свързани с европейските дейности по търговия на дребно на Amazon, тъй като онлайн търговията на дребно разчита в голяма степен на технологиите (елемент от нематериалните активи)⁽⁴³⁸⁾, които LuxSCS предоставя на LuxOpCo съгласно лицензионното споразумение. Това твърдение не се подкрепя от договорното разпределение на риска, предвидено в лицензионното споразумение, което предвижда, че LuxSCS не поема никакъв риск, свързан с експлоатацията на нематериалните активи. По-скоро именно LuxOpCo – дружеството, на което е предоставен изключителен и неотменим лиценз за нематериалните активи – носи отговорността за вземането на стратегическите решения, свързани с европейските дейности по търговия на дребно на Amazon и съгласно възложеното по договора всъщност взема тези решения⁽⁴³⁹⁾. Затова не може да се счита, че LuxSCS е поело значителни оперативни рискове, свързани с използването на нематериалните активи за целите на осъществяването на тези дейности. Например като се има предвид, че дружеството LuxSCS не е обработвало директно клиентски плащания, то не е поемало никакъв риск, свързан с потребителски кредити или риск от съмнителни вземания, не е съхранявало никакви стоково-материални запаси, така че не носи никакъв риск, свързан със складирането и съхранението, а тъй като не продавало продукти, не е поемало никакъв риск по договорни гаранции или риск от отговорност за вреди от дефект на продадените продукти. В обобщение, LuxSCS не е упражнявало никаква функция, свързана с тези рискове, и не е упражнявало контрол върху тези функции през разглеждания период.
- (443) Amazon също така твърди⁽⁴⁴⁰⁾, че LuxSCS е поело свързани с разработването на нематериалните активи финансови рискове, които произтичат по-специално от задължението му по CPP да изплати своя дял от разходите за развойна дейност, който се изчислява като съотношение между приходите на Amazon, генерирани в Европа, и приходите на Amazon в световен мащаб⁽⁴⁴¹⁾. Поради договорните клаузи, предвидени в лицензионното споразумение, обяснени в съображение (438), единственият установен риск, който е трябвало да бъде поет от LuxSCS, е свързан с това да изпълни задължението си по CPP да заплати на Amazon US разходите по изкупуване и разходите по CPP. LuxSCS със сигурност няма да може да плати тези разходи в случай че LuxOpCo изпадне в несъстоятелност или не бъде в състояние да плати на LuxSCS лицензионни възнаграждения в размер, достатъчен за покриване на тези разходи, но този риск по отношение на договора изглежда е бил поет от LuxSCS само защото е „необходит за функционирането на люксембургската структура“⁽⁴⁴²⁾. Това не съответства на икономическата реалност. Ако договорното споразумение, и по-специално методът на изчисляване на лицензионното

⁽⁴³⁶⁾ Вж. таблица 14.

⁽⁴³⁷⁾ Вижте бележката под линия 409, която възпроизвежда параграф 9.24 от насоките на ОИСП от 2010 г.

⁽⁴³⁸⁾ Вж. съображение 363 и сл. „Constant development of the Intangibles is critical to Amazon European business' success (or failure). As such, by developing and controlling the Intangibles Lux SCS takes on significant business risk“, вж. съобщението на Amazon от 18 януари 2016 г., стр. 4.

⁽⁴³⁹⁾ Лицензионно споразумение, точка 1.5 („Licensed Purpose“).

⁽⁴⁴⁰⁾ Съобщение на Amazon от 7 юни 2017 г., стр. 2—3.

⁽⁴⁴¹⁾ Вж. съображение 199. От 1 януари 2014 г. дялът на разходите за развойна дейност, който се поема от LuxSCS, се определя въз основа на дела на брутната печалба на европейските дейности спрямо брутната печалба на Amazon в световен мащаб (вж. съображение 204).

⁽⁴⁴²⁾ Вж. съображение 104.

възнаграждение, съответства на икономическата реалност и на действителното разпределение на рисковете между страните ⁽⁴⁴³⁾, LuxSCS би получило възнаграждение, покриващо само неговите ограничени функции ⁽⁴⁴⁴⁾ и нямаше да понесе никакъв риск от загуби ⁽⁴⁴⁵⁾. Както беше обяснено в предходното съображение, LuxSCS не е вземало активно решение да ограничи или управлява този специфичен риск и няма контрол над този риск. Във всички случаи ако LuxOpCo беше изпаднало в несъстоятелност или е било трайно неспособно да плати на LuxSCS лицензионните възнаграждения, които му дължи съгласно лицензионното споразумение, LuxSCS би могло в този конкретен хипотетичен случай да прекрати лицензионното споразумение и да лицензира нематериалните активи на друга свързана или независима страна, като по този начин ограничи договорния риск ⁽⁴⁴⁶⁾.

(444) Освен това през разглеждания период LuxSCS не изпълнява никакви функции, свързани с двата основни параметъра, използвани за изчисляване на разходите по изкупуване и разходите по CPP и не упражнява контрол върху тези параметри, а още повече, че не е имало такъв капацитет. Размерът на тези плащания се определя, от една страна, от равнището на разходите, направени в контекста на споразумението за изкупуване и разработването на нематериалните активи (разходи за развойна дейност), а от друга – от нивото на продажбите в Европа ⁽⁴⁴⁷⁾. АП и А9 определят и контролират разходите за развойна дейност, а LuxOpCo контролира нивото на продажбите в Европа. Що се отнася до дружеството LuxOpCo, именно то е вземало всички стратегически решения, свързани с европейските дейности по търговия на дребно на Amazon ⁽⁴⁴⁸⁾, и които са имали отражение върху равнището на приходите, генерирани в Европа. По този начин само LuxOpCo би могло да повлияе на способността си да плати лицензионно възнаграждение на LuxSCS, което се определя от нивото на печалба, генерирана от извършването на дейности по търговия на дребно на Amazon в Европа.

(445) Освен това LuxSCS е нямало финансов капацитет за финансиране на разходите по изкупуване и разходите по CPP от свое име, тъй като е можело да финансира тези разходи само със средства, получени от LuxOpCo под формата на лицензионни възнаграждения ⁽⁴⁴⁹⁾. Плащанията, действително направени от LuxOpCo на LuxSCS в тази връзка, изглеждат са достатъчни, за да покрият плащанията, които трябва да бъдат направени от LuxSCS, включително разходите по изкупуване и разходите по CPP, въпреки че свързаните с приходите на LuxSCS ликвидните средства, надхвърлящи разходите по изкупуване и разходите по CPP, са били запазени и управлявани от LuxOpCo ⁽⁴⁵⁰⁾. Първоначалният капитал на LuxSCS (около [400–500] милиона евро) не е релевантен в този контекст. Както е обяснено в съображение 443, в рамките на споразумение между несвързани лица не се очаква LuxSCS да поеме загуби, така че капиталът му няма да бъде изложен на риск. Първоначалният капитал не само не е достатъчен за покриване на разходите по изкупуване и разходите по CPP, които възлизат на [1 000 – 1 500] милиона евро за периода 2006—2013 г. ⁽⁴⁵¹⁾, но и капиталът е предоставен на LuxSCS от неговите съдружници през 2005 г., т.е. преди LuxOpCo да започне да извършва дейност и да плаща възнаграждения на LuxSCS и преди съответния период, обхванат от ДС и това решение. Във всеки случай

⁽⁴⁴³⁾ Вж. съображение 436, което показва, че при определянето на трансферните цени действителното поведение на страните има предимство пред договорните споразумения.

⁽⁴⁴⁴⁾ Вж. съображение 429.

⁽⁴⁴⁵⁾ Тъй като дружеството LuxOpCo управлява и поема рисковете, свързани с нематериалните активи и управлението на дейността на Amazon в Европа (вж. раздел 9.2.1.2), то трябва да приеме положителните и отрицателните резултати от дейността си, а оттам и загубите, които биха могли да възникнат, ако не генерира достатъчно печалби, за да плати пазарно лицензионно възнаграждение за нематериалните активи. В раздел 9.2.1.4 Комисията представя метод за определяне на възнаграждение в полза на LuxSCS, който по-добре отразява икономическата действителност на въпросната сделка.

⁽⁴⁴⁶⁾ Лицензионно споразумение, точка 4.3: „Termination After Failure to Cure for Failure of Performance. If either party fails to perform any of its covenants contained in this Agreement and fails to cure such default within sixty (60) days after receiving a notice from the non-defaulting party, the non-defaulting party may terminate this Agreement immediately by giving written notice to the defaulting party.“

⁽⁴⁴⁷⁾ Както се посочва в насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 6.63: „Размерът и видът на дейностите, които ще бъдат необходими за контролиране на финансовия риск, свързан с финансиране, ще зависят от нивото на инвестиционния риск за източника на финансиране, като се вземе предвид паричната сума и инвестицията, за която се използва това финансиране. В съответствие с определението за контрол, посочено в параграфи 1.65 и 1.66 от тези насоки, упражняването на контрол върху специфичен финансов риск включва възможността да се вземат съответните решения, свързани с рисковата възможност, в този случай предоставянето на финансиране, както и ефективното упражняване на тези функции за вземане на решения. Освен това страната, която контролира финансовия риск, извършва дейностите, посочени в параграфи 1.65 и 1.66 във връзка с ежедневните дейности за намаляване на риска, свързани с тези рискове, когато те се възлагат на външни подизпълнители и са свързани с всяка необходима подготвителна работа за улесняване вземането на решения, ако не извършва сама тези дейности.“

⁽⁴⁴⁸⁾ Например служителите на LuxOpCo в EU Retail Pricing Committee отговарят за определянето на ценовите насоки и одобряването на всички цени на дребно на европейски уеб сайтове. Вж. вътрешния документ на Amazon: „EU Policies and Procedures Manual“ от 1 май 2006 г., стр. 5.

⁽⁴⁴⁹⁾ Както е обяснено в съображение 104, единственият приход, предоставен на LuxSCS, е от лицензионни възнаграждения и лихви, платени от неговите дъщерни дружества.

⁽⁴⁵⁰⁾ Вж. съображение 183 и бележка под линия 177.

⁽⁴⁵¹⁾ Вж. таблица 12.

дружеството LuxSCS не е изпълнявало ефективно критични функции или не е поемало значителни рискове, свързани с разработването, подобряването, управлението или експлоатацията на нематериалните активи, независимо дали във връзка с дейностите на АТІ и А9 в рамките на СРР или с развойната дейност, извършвана от LuxOpCo.

- (446) Поради това не може да се счита, че LuxSCS ефективно поема рисковете, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи, и не е разполагало с финансов капацитет да поема такива рискове.

9.2.1.1.4. Заключение от функционалния анализ на LuxSCS

- (447) Функционалният анализ на LuxSCS показва, че през разглеждания период дружеството не е имало право да извършва уникални и създаващи стойност функции, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериални активи, не е упражнявало или възлагало такива функции и не е имало такъв капацитет. По-нататък се доказва, че през този период дружеството LuxSCS не е използвало активи, свързани с тези дейности, а просто е държало собствеността и лиценза на нематериалните активи в рамките на СРР, както и че не е поемало или ефективно контролирало рисковете, свързани с тези дейности, нито е разполагало с оперативен и финансов капацитет за това. В действителност може най-много да се счита, че LuxSCS е изпълнявало определени функции, необходими за запазване на законната си собственост върху нематериалните активи, както е посочено в съображение 428.

9.2.1.2. Функционален анализ на LuxOpCo

- (448) В раздел 9.2.1.2.1 Комисията разглежда функциите, изпълнявани от LuxOpCo по отношение на нематериалните активи. В раздел 9.2.1.2.2 се оценяват функциите, изпълнявани от LuxOpCo във връзка с упражняването на дейностите на Amazon в търговията на дребно и услугите в Европа. В раздел 9.2.1.2.3 се оценяват активите, използвани от LuxOpCo при изпълнението на тези два типа функции. В раздел 9.2.1.2.4 се направи оценка на рисковете, поети от LuxOpCo при изпълнението на тези два типа функции.

9.2.1.2.1. Функции, изпълнявани от LuxOpCo по отношение на нематериалните активи

- (449) Amazon заявява, че дружеството „LuxOpCo не е допринесло за създаването, придобиването, управлението, разполагането или стратегическото разпределение на [нематериалните активи] през разглеждания период“⁽⁴⁵²⁾. Въз основа на данните, разгледани от Комисията, това искане е трябвало да бъде отхвърлено. LuxOpCo не само, че по силата на лицензионното споразумение е било натоварено да изпълнява уникални и създаващи стойност функции, свързани с нематериалните активи, но действителните функции, изпълнявани от него през разглеждания период, са надхвърляли простата експлоатация на активите и са включвали разработването, усъвършенстването и

⁽⁴⁵²⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 30.

управлението на технологиите чрез независими европейски технологични и търговски иновации, създаването и управлението на данни за клиентите и разработването и поддържането на запазената търговска марка на Amazon в Европа.

- (450) Както е обяснено в съображение 419, LuxSCS е предоставило на LuxOpCo изключителен и неотменим лиценз за икономическа експлоатация на нематериалните активи и всички други права на интелектуална собственост, притежавани от LuxSCS ⁽⁴⁵³⁾ в Европа, а също и правото да продължи да разработва, подобрява ⁽⁴⁵⁴⁾, поддържа ⁽⁴⁵⁵⁾ и осигурява ⁽⁴⁵⁶⁾ защита на материалните активи за срока на техния полезен живот ⁽⁴⁵⁷⁾. LuxSCS остава собственик на нематериалните активи и производните им, създадени от LuxOpCo, както и неговите подлицензи ⁽⁴⁵⁸⁾. Освен това на LuxOpCo е предоставено изключителното и неотменимо право да решава дали и на кого могат да бъдат подлицензирани нематериалните активи ⁽⁴⁵⁹⁾. В тази връзка LuxOpCo е управлявало споразумения за подлицензиране, сключени по-специално с AMEU и ASE.
- (451) През разглеждания период LuxOpCo активно изпълнява посочените по-горе функции, както по принцип, така и по отношение на всеки от трите компонента на нематериалните активи, а именно технологията, клиентските данни и регистрираната търговска марка, както е обяснено по-подробно в съображения от 452 до 472.

⁽⁴⁵³⁾ Лицензионно споразумение, точка 1.2: „Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property“ means: (a) any and all intellectual property rights throughout the world, owned or otherwise held by Amazon EHT [LuxSCS] whether existing under intellectual property, unfair competition or trade secret laws, or under statute or at common law or equity, including but not limited to: (i) copyrights and author's rights (including but not limited to reviews and editorial content), trade secrets, trademarks, patents, inventions, designs, logos, and trade dress, look and feel, „moral rights,“ mask works, rights of personality, publicity or privacy, rights in associate or vendor information, rights in customer information (including but not limited to customer lists and customer data), and any other intellectual property and proprietary rights (including but not limited to rights in databases, marketing strategies and marketing surveys); (ii) any application or right to apply for any of the rights referred to in this clause; and (iii) any and all renewals, extensions, future equivalents and restorations thereof, now or hereafter in force and effect; (b) any and all intellectual property licensed, transferred or assigned to Amazon EHT [LuxSCS] by any third party or Affiliate; and (c) any and all Derivative Works assigned to Amazon EHT [LuxSCS] pursuant to Section 2.1(b).“

⁽⁴⁵⁴⁾ В съответствие с точка 2.1 (a) от лицензионното споразумение на LuxOpCo безвъзмездно е предоставен изключителен лиценз „solely for the Licensed Purpose, to: (i) make, use, reproduce, copy, modify, translate, integrate into or extract from a database and create derivative works of Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property; (ii) publicly perform or display, import, broadcast, transmit, distribute and communicate to the public by any means whatsoever, including but not limited to wire or wireless transmission process, using broadcasting, satellite, cable or network, license, offer to sell, and sell, rent, lease or lend originals and copies of, and otherwise commercially or non-commercially exploit any Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property (and derivative works thereof)“. Определението на „Предмет на лиценза“ („Licensed Purpose“) е представено в точка 1.5: „(a) operating any and all World Wide Web sites accessed via the European Country code top level domains (including but not limited to .de, .uk, and .fr) for the sale of goods or services where any person or entity (including but not limited to Amazon.com, Inc. or any of its Affiliates) is the seller of record for such goods or services, (b) using Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property for the purposes of providing World Wide Web services to any third party or Affiliate that contracts for such services with respect to a World Wide Web site that utilizes a European Country code top level domain, and (c) using Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property within the European Country geographic territory for any other purpose.“ Целта на лиценза е идентична с тази, определена за лицензионните такси, получени от LuxSCS по CPP (CPP, точка 1.13).

⁽⁴⁵⁵⁾ Лицензионно споразумение, точка 2.3: „Maintenance. AEU shall abide by regulations and practices in force or use in any European Country in order to safeguard Amazon EHT's [LuxSCS]'s rights in the Amazon EHT [LuxSC] Intellectual Property. AEU [LuxOpCo] shall take all necessary actions to maintain such rights.“

⁽⁴⁵⁶⁾ Лицензионно споразумение, точка 9.2: „Preventing Infringement. (a) AEU [LuxOpCo] shall, at its sole expense, use its best efforts to prevent, investigate, and prosecute any unauthorized use of any Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property. AEU [LuxOpCo] agrees to promptly inform Amazon EHT of any such unauthorized use that comes to the AEU's [LuxOpCo's] attention. To facilitate coordination of enforcement activities, AEU [LuxOpCo] shall consult with Amazon EHT [LuxSCS] before undertaking any actions to prevent such unauthorized use of Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property. (b) AEU [LuxOpCo] may, at its sole expense, institute and conduct suits to protect its rights under this Agreement against infringement and may retain all recoveries from any such suits.“ аВ писмото си от 7 юни 2017 г. Amazon потвърждава активната роля на LuxOpCo за осигуряване на защитата на нематериалните активи в Европа: „[...] в съответствие с лицензионното споразумение LuxOpCo е трябвало да положи всички усилия, за да предотврати неотторизирано използване на лицензираните нематериални активи, да разследва такова използване и да преследва извършителите, както и да привлече към съдебна отговорност и да завежда дела, за да защити правата си по лицензионното споразумение от каквото и да било нарушение.“

⁽⁴⁵⁷⁾ Лицензионно споразумение, точка 4.1: „Term. Subject to all necessary government approvals, this Agreement is effective as of the Effective Time and continues in effect for the life of all copyrights or author's rights and patents related to the Amazon EHT Intellectual Property licensed under Section 2.1 of this Agreement and until all proprietary and confidential information and know-how related to Amazon EHT Intellectual Property enters the public domain („Term)“. Параграфи 4.2–4.3 предвиждат, че споразумението може да бъде прекратено само в случай на (i) значителна промяна на контрола или натрупване на тежести или (ii) когато някоя от страните не е в състояние да отстрани дадено нарушение.

⁽⁴⁵⁸⁾ Лицензионно споразумение, точка 2.1, буква а) („Exclusive Intellectual Property License Grant“), точка 2.1, буква б) („Derivative Works“) и точка 2.4 („Ownership“).

⁽⁴⁵⁹⁾ Лицензионно споразумение, точка 2.1, буква б) („Derivative works“).

а) Управителен комитет по ИС (IP Steering Committee)

- (452) По принцип докладите от заседанията на ръководството на LuxOpCo сочат наличието на дейности, пряко свързани с разработването, поддръжката и управлението на нематериалните активи, включително създаването на „EU IP Steering Committee“⁽⁴⁶⁰⁾, чиято роля е „да предоставя технически и търговски насоки и стратегическа подкрепа при вземането на решения за развитието на всички видове и разновидности интелектуалната собственост, притежавана от дружеството – майка на дружеството Amazon Europe Holding SCS Technologies“ или сключването на няколко лицензионни споразумения с трети страни⁽⁴⁶¹⁾.
- (453) „EU Policies and Procedures Manual“ на Amazon определя целта на IP Steering Committee (Управителен комитет за интелектуална собственост в ЕС), както следва: „Създаден е IP Steering Committee, който предоставя технически и търговски насоки за разработването и внедряването на интелектуалната собственост на Amazon в Европа“. По-нататък се посочва, че „съветът се събира [...], за да преразгледа портфейла на интелектуалната собственост на Amazon, бизнес стратегията на дружеството, свързана с развитието и разгръщането на интелектуална собственост и всякакви други въпроси, свързани с интелектуалната собственост, които счита за подходящи.“ Съгласно това ръководство, на всяко заседание на IP Steering Committee трябва да присъстват следните представители: „членовете на съвета, включително: вицепрезидентът, отговарящ за услугите, предоставяни в ЕС; правният директор за ЕС (служител на Amazon EU Ltd); консултантът по интелектуална собственост на Amazon (TBD), вицепрезидентът за европейските дейности. Съветът може да включва допълнителни членове, установени в Люксембург или другаде, включително служители, представляващи центъра за развитие в ЕС“⁽⁴⁶²⁾. IP Steering Committee се събира поне веднъж годишно, за да обменя възгледи, обсъжда и взема решения относно управлението и защитата на интелектуалната собственост в Европа.
- (454) Amazon настоява, че „IP Steering Committee е консултативен орган [...]“. Той не взема решения относно разработването или подобряването на нематериалните активи“ и следователно значението на този съвет не трябва да се надценява. Въпреки това фактът, че съветът е консултативен орган, не означава, че неговите препоръки нямат въздействие върху разработването, поддръжането и управлението на нематериалните активи. Всъщност, според самия Amazon, дейността на IP Steering Committee е, както следва: „i) да прави препоръки относно искове за защита на нематериалните активи (и при това и изключителните права на LuxOpCo, произтичащи от лицензионното споразумение между LuxSCS и LuxOpCo); ii) да прави преглед на състоянието на европейските съдебни производства относно нематериалните активи; и iii) да предоставя обучение на европейските служители относно използването на технологията и други нематериални активи“⁽⁴⁶³⁾.
- (455) Така че IP Steering Committee всъщност е бил форум, на който се срещат ръководителите на LuxOpCo и на ASE, отговарящи за търговската дейност и технологиите, за да обсъдят и препоръчат правни действия относно нематериалните активи в Европа, представени им от юристите на Amazon, специализирани в интелектуалната собственост. Действителните решения относно разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи са вземани от членовете на LuxOpCo и ESA в този комитет, в качеството им отговарящи за вземането на решения относно търговията на дребно и услугите на Amazon в Европа⁽⁴⁶⁴⁾.

б) Технология

- (456) Технологията, лицензирана на LuxOpCo от LuxSCS съгласно лицензионното споразумение, е съществуващата технология на Amazon US, която се актуализира редовно. Въпреки това самото наличие на добре функционираща технологична рамка в САЩ не означава, че същата технология ще работи толкова добре в Европа. Поради наличието на различни категории продукти в САЩ и Европа, няколко функции на софтуера на Amazon, използвани в САЩ, лицензирани на LuxSCS в рамките на CPP и предоставени изключително на LuxOpCo чрез

⁽⁴⁶⁰⁾ Протокол от заседанието на ръководството на LuxOpCo от 21 юни 2005 г.

⁽⁴⁶¹⁾ Протоколи от заседанията на ръководството на LuxOpCo от 29 януари 2013 г., 3 юни 2013 г. и 9 декември 2014 г.

⁽⁴⁶²⁾ „EU Policies and Procedures Manual“ в сила от 1 май 2006 г., стр. 21.

⁽⁴⁶³⁾ Съобщение на Amazon от 7 юни 2017 г. Протоколите на IP Steering Committee бяха предоставени на Комисията със съобщения на Amazon от 22 юли 2016 г. и 11 април 2017 г.

⁽⁴⁶⁴⁾ Amazon Final Transcripts, [вицепрезидент, отговарящ за интелектуалната собственост, отдел „Правни въпроси“, Amazon Corporate LLC, САЩ], 20 ноември 2014 г., точка 4270: 13-25: „Q. [...] the IP steering committee meetings. Was there a procedure for those? [...] A. We would meet annually. I would come in and do a presentation of intellectual property changes, some of the disputes that were ongoing. We would do a review of the foreign filing recommendations, so that would be where we would file an application in the United States, our recommendation as far as whether we should file that outside of the United State, principally – well in Europe for each of those, and we would have a recommendation of yes or no. We would go through these with the business leaders, the technology leaders, and they would approve or reject the ideas or our recommendations.“

подлицензи съгласно лицензионното споразумение, не могат да бъдат внедрени в Европа във вида, в който са ⁽⁴⁶⁵⁾. За управлението на европейски сайтове е необходим различен софтуер ⁽⁴⁶⁶⁾ и тъй като уеб сайтовете на Amazon са се различавали един от друг, е било необходимо разработването на софтуер на географска основа ⁽⁴⁶⁷⁾. За осъществяването на европейските бизнес дейности на Amazon е било необходимо да пропължи да разработва, подобрява и управлява технологията, както и всички функции, извършвани от LuxOpCo с подкрепата на дъщерните му дружества през разглеждания период ⁽⁴⁶⁸⁾.

- (457) При учредяването си LuxOpCo получава необходимите технологични ресурси за провеждане на научноизследователска и развойна дейност, по-специално отнасящи се до поддръжката на европейските уеб сайтове ⁽⁴⁶⁹⁾. Те включват разработването на каталози, технологията превод и местните адаптации ⁽⁴⁷⁰⁾. Тези ресурси са предоставени от екипи от дизайнери, които преди това са били в свързани европейски дружества, и новоназначени служители ⁽⁴⁷¹⁾.
- (458) През разглеждания период повече от [60–70] души, предимно служители на LuxOpCo, в Люксембург, са изпълнявали технологични задачи ⁽⁴⁷²⁾. Техните функции в дружеството включват: инженер по разработка на софтуер, системен инженер, инженер по ИТ поддръжка, архитект на решения, технически програмен мениджър и мениджър по техническата поддръжка. Тези служители са предоставили на Amazon възможността да направи местните адаптации на технологичната платформа и да разработи програми в полза на европейските уеб сайтове.
- (459) Специализираният екип – екипът за локализация и превод – е изпълнявал ключови технологични функции като приспособяване на европейските уеб сайтове към местните предпочитания (функция, наречена „локализация и превод“) ⁽⁴⁷³⁾ или предоставяне на обратна информация за резултатите от уеб сайтовете с огледа по-нататъшно развитие и подобряване на платформата на Amazon. В края на 2013 г. този екип е имал [60–70] служители ⁽⁴⁷⁴⁾. След това екипът е бил прехвърлен на [друго дружество на Amazon] и е променил името си на „екип за разработка и превод на софтуер“, което показва, че неговата дейност е била разработването на софтуер.
- (460) [10–20] допълнителни служители са били назначени като „Technical Program Manager“ (технически програмен мениджър) ([0–10] в LuxOpCo и [0–10] в ASE), чиято роля е била да превеждат, тоест да конвертират описанието на даден инструмент, който местен екип за търговия на дребно желае да добави към уеб сайта си в

⁽⁴⁶⁵⁾ Показания [вицепрезидент на отдел „Product Management-Retail“ и бивш вице-президент/генерален директор на отдел „Worldwide Operations“ в Amazon Corporate LLC, САЩ], 15 юли 2014 г., стр. 117, точки 8–13. Вж. също показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 29, точки 9–16: [...], Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 823: 1-13 и 17-21: [...].

⁽⁴⁶⁶⁾ Вж. също паметната записка на Amazon след съдебното производство, стр. 20, точки 43–46; вж. също показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 113, точки 23–25, стр. 114, точки 1–2: [...].

⁽⁴⁶⁷⁾ Показания [вицепрезидент на отдел „Product Management-Retail“ и бивш вице-президент/генерален директор на отдел „Worldwide Operations“ в Amazon Corporate LLC, САЩ], 15 юли 2014 г., стр. 74, точки 8–13, стр. 77, точки 14–29.

⁽⁴⁶⁸⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 824: 12-25, точка 825: 1-6; „When Amazon decides to launch a program or a product category in Europe that’s already been launched in the US, isn’t it true that Amazon would start with the technology framework in place in the US and then modify that for the local specifications? A. As much as possible, yes, I think it made a lot of sense and, you know, that’s what we did is that if the framework had been built that was – you know, that we could leverage, it made really good economic sense to leverage that framework and evolve that framework to deal with the local nature of these markets. At the same time, right, again, it’s not because you’ve got a framework that, you know, might work in the US It’s like if we don’t have the selection we can have whatever framework to do, fulfillment by Amazon or jewelry in that country without the local selection and the low prices there’s not that much that will otherwise happen.“ За някои продукти опитът, придобит на американския пазар, може да бъде полезен в Европа, както в случая с Kindle, тъй като американските клиенти се адаптират по-бързо към новите технологии, но това не може да бъде обобщено, американците предпочитат различни марки (вж. показанията [Заместник-председател и ръководител на германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., 93, точки 9–25). Пускането на Kindle в Европа обаче беше широкомащабна инициатива, която позволи на местните екипи да гарантират спазването на правата върху съдържанието и да продават Kindle във всяка страна (вж. паметна записка на Amazon, стр. 109, точка 345).

⁽⁴⁶⁹⁾ Показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 112, точки 9–20.

⁽⁴⁷⁰⁾ Показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 112, точки 24–25, стр. 113, точки 1–7, стр. 114, точка 25, стр. 115, точки 1–2.

⁽⁴⁷¹⁾ Показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 113, точки 13–19.

⁽⁴⁷²⁾ Съобщение на Amazon от 6 март 2017 г., приложение 28а: списък на служителите на Amazon от 1997 г. насам, брой на лицата, назначени в Люксембург с класификация на търговските длъжности, започващи с буквата T.

⁽⁴⁷³⁾ За локализацията и превода екипът е използвал софтуер за превод, разработен от служители на Amazon в Европа в сътрудничество с екип в САЩ. Вж. Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 830: 9-12 и 17-21, точка 831: 2-5.

⁽⁴⁷⁴⁾ Съобщение на Amazon от 22 януари 2016 г., стр. 3.

техническо описание на софтуера, който да бъде разработен от разработчик на софтуер ⁽⁴⁷⁵⁾. След разработването на софтуера мениджърите на техническата програма участват в нейното изпълнение, заедно с оперативните екипи на LuxOpCo и свързани европейски дружества. Чрез този процес технологията, използвана от LuxOpCo, непрекъснато се развива и адаптира към местния пазар ⁽⁴⁷⁶⁾.

- (461) Amazon заявява, че на глобално ниво по-голямата част от нейните служители в областта на технологиите (около [60–65] %) са в САЩ, а останалите работят в международни центрове за развитие. В сравнение с тези дейности, техническите ресурси, базирани в LuxOpCo, са доста ограничени ⁽⁴⁷⁷⁾. Комисията не оспорва, че технологията се разработва непрекъснато в Съединените щати или в международните центрове за развитие на Amazon, но припомня, че изпълнение проекти по научноизследователската и развойна дейност, възложени им от АТИ, на тези центрове се заплаща възнаграждение, равняващо се на себестойността + [0–10] %. Това възнаграждение, равняващо се на себестойността + [0–10] %, предполага, че Amazon не прилага висока добавена стойност за процеса на кодиране. В резултат на това уникалната стойност на новата технология изглежда е по-скоро резултат от местното ноу-хау, определянето на новите бизнес потребности и техния превод в софтуера, а не действително кодиране. Наличието на мениджъри на технически програми в LuxOpCo показва, че функционалните и технически спецификации на инструментите и адаптите, които се изискват в Европа, са разработени в близост до местните пазари ⁽⁴⁷⁸⁾ – там, където е местното ноу-хау и където се определят местните нужди и изисквания.
- (462) Освен това дружеството LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества са разработили специална технология за европейските дейности за търговия на дребно и услуги. Пример за този тип технология е EFN. EFN е разработена в Европа ⁽⁴⁷⁹⁾ през 2007–2008 г. и стартирана през 2009 г. от специализиран екип на LuxOpCo ⁽⁴⁸⁰⁾. Създаването на EFN има за цел да реши проблема, свързан с наличието на множество уеб сайтове, свързани с централите за обработка на национални поръчки, разположени в различни страни, чрез определяне на официален продавач в Люксембург, обединяване на стоките запаси и осигуряване на доставка до клиентите на паневропейска основа ⁽⁴⁸¹⁾. Благодарение на EFN всички центрове за обработка на европейски поръчки са свързани в реализирана мрежа. EFN позволява на клиенти от всяка страна от ЕС да купуват продукти от всеки национален сайт на Amazon в Европа. Съвместното складиране на запасите от всички европейски зони, в които присъства Amazon е позволило да се разшири асортиментът. Освен това така Amazon успява да намали риска от изчерпване

⁽⁴⁷⁵⁾ Amazon Final Transcripts [първи вицепрезидент на „Worldwide Application Software“, бивш вицепрезидент/генерален директор на „North America Media and Video“], 21 ноември 2014 г., точка 4633: 4-17: „A technical program manager typically comes from a technical background. [...] They oftentimes were software development engineers and in some cases still wrote software actively. Their function as technical program manager was to translate, you know, a functional specification, a very business- and product-focused document, translate it into technical terms that a software developer could then code against.“; показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 16, точки 16–19: „So, I tell them what to do and then somebody does it and he comes back and he shows me what he did and I tell him this is what I wanted you to do or not.“; и Amazon Final Transcripts [първи вицепрезидент на „Worldwide Application Software“, бивш вицепрезидент/генерален директор на „North America Media and Video“], 21 ноември 2014 г., точка 4620: 17-19: „Q: And a functional specification, you describe what you want consumers to experience. A: Yes“.

⁽⁴⁷⁶⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 59, точки 10–25, стр. 60, точки 2–5: [...].

⁽⁴⁷⁷⁾ Съобщение на Amazon от 22 юли 2016 г., озаглавено „Amazon’s Technology-Centric E-tailing-Business“, стр. 12 и съображение 370.

⁽⁴⁷⁸⁾ Писмо на Amazon от 4 април 2017 г., стр. 6: „Generally, the Vice-President for Retail business (first [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], then [vice-président de la branche Vente au détail en Europe, responsable de toutes les activités de vente au détail en Europe, au sein de LuxOpCo, Luxembourg, ancien directeur responsable du marché français au sein d’Amazon.fr SAS, Clichy, France]) was collecting and prioritizing the requests from local staff for purposes of channelling the information to the technology teams managed from the US, including in relation to the EFN-related requests. [...] [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], at the time he was responsible for the European marketplace business, had a similar coordination role (with a small Luxembourg team) with respect to getting US technology teams working on EFN tools for the marketplace business and then supporting local staff and third party sellers regarding the use of the newly developed technology“.

⁽⁴⁷⁹⁾ Amazon Final Transcripts, [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 4 ноември 2014 г., точка 603: 2-4: „It was developed in Europe with the help of central technology teams but mainly in Europe“.

⁽⁴⁸⁰⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 118, точки 315 и 317. Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 99, точки 20–22, и показания [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 7 май 2014 г., стр. 63, точки 16–22.

⁽⁴⁸¹⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 118–119, точки 316 и 318. Вж. също Amazon Final Transcripts, [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 4 ноември 2014 г., точка 602: 21-25, точка 603: 1-2: „Yes, same considerations, plus the fact that finally we – after so many years, we launched two new countries in Europe; that’s Italy and Spain. And we were able to launch those countries because of the work that was done on the technology and the logistics, programs called EFN, European Fulfillment Network, which did not exist before.“

на някои запаси, а също и да ускори доставките си ⁽⁴⁸²⁾. Това намалява времето за доставка до клиентите, както и разходите за логистика, разходите за придобиване на стоки от доставчиците и цените, при същевременно разширяване на асортимента. В Европа никой от конкурентите на Amazon не е разполагал с решение, подобно на EFN ⁽⁴⁸³⁾.

- (463) EFN включва предимства на много нива. По отношение на технологиите са въведени нови функции ⁽⁴⁸⁴⁾ [описание на характеристиките на EFN] ⁽⁴⁸⁵⁾ ⁽⁴⁸⁶⁾ ⁽⁴⁸⁷⁾, внасящи допълнителни подобрения – толкова много функции, каквито преди това не е имало в глобалната мрежа ⁽⁴⁸⁸⁾. Проведени са тестове за EFN в европейска среда, с европейски данни, като например категорията бебешки продукти ⁽⁴⁸⁹⁾. Освен това EFN спомага за оптимизиране на разходите за доставки чрез подобряване на подбора на доставчици и централизирано управление на продуктовата категория. Обработката на поръчките се улеснява от централизираното планиране на стоките запаси във всички държави от ЕС, а по отношение на продажбите EFN улеснява експресната доставка до клиентите, разширяването на доставките на тежки товари в напълно състояние до Съединените щати извън националните граници, а също и опростява процедурите за връщане на стоки. EFN технологията е спомогнала за премахване на експортните мита за трансграничните вътрешноевропейски пратки, което води до значителни спестявания; Освен това EFN позволява обединяването на стоките запаси, така че клиентите, които правят покупки от даден уеб сайт, да могат да виждат стоките, налични в центровете за обработка, разположени извън националните граници ⁽⁴⁹⁰⁾. За да се даде възможност на клиентите да пазаруват в цяла Европа, различните каталози е трябвало да се обединят, което също е изисквало преводаческа дейност, която преди това нито е била планирана, нито организирана ⁽⁴⁹¹⁾. И накрая, EFN дава възможност за придобиване на стоките запаси в европейски мащаб и създаването на „European Seller Network“ (европейска мрежа на продавачите), в която търговците на платформата Marketplace могат да бъдат регистрирани на други европейски уеб сайтове и да продават техните продукти в цяла Европа ⁽⁴⁹²⁾. EFN е важен двигател на дейността. През 2014 г. [5 – 10] % от всички продажби, реализирани във Франция, и повече от [15–20] % от продажбите в Италия и Испания са реализирани чрез EFN ⁽⁴⁹³⁾.
- (464) И накрая, европейските свързани дружества също играят роля в разработването на нови технологии. Като пример, свързано германско дружество е разработило гаранцията за най-ниската цена ⁽⁴⁹⁴⁾, Packstation ⁽⁴⁹⁵⁾ и график за планиране, за да се улесни доставката на обемисти потребителски стоки, като перални машини например ⁽⁴⁹⁶⁾. Освен това, преди да се пусне Amazon Prime, базираният в САЩ екип „Prime“ е събирал информация от екипи на местно ниво, като например екипи от центровете за обработка на поръчките и местен превоз, тъй като местните екипи разбират сложността на въвеждането на Prime в Обединеното кралство в сравнение със Съединените щати, Германия или други страни ⁽⁴⁹⁷⁾.
- (465) В обобщение, през разглеждания период дружеството LuxOpCo е направило значителни технологични разработки и подобрения, които освен това са били управлявани и контролирани от него. През разглеждания период дружеството не само е използвало технология за управление на европейски обекти, но е допринесло активно за нейното разработване, подобрение и управление.

⁽⁴⁸²⁾ Показания [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 7 май 2014 г., доказателство 46, стр. 4.

⁽⁴⁸³⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 119, точки 319–321.

⁽⁴⁸⁴⁾ Приложение C–2284–P към съобщението на Amazon от 30 септември 2016 г.

⁽⁴⁸⁵⁾ [Описание на технологията на Amazon].

⁽⁴⁸⁶⁾ [Описание на технологията на Amazon].

⁽⁴⁸⁷⁾ [Описание на технологията на Amazon].

⁽⁴⁸⁸⁾ Показания [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 7 май 2014 г., доказателство 46, стр. 10.

⁽⁴⁸⁹⁾ Вътрешен документ на Amazon: EFN 2013, OP1, стр. 7.

⁽⁴⁹⁰⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 120–121, точки 323–330.

⁽⁴⁹¹⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 3 ноември 2014 г., точка 493: 24–25, точка 494: 1–5.

⁽⁴⁹²⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 120–121, точки 323–330.

⁽⁴⁹³⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 897: 15–25, точка 898: 1–4.

⁽⁴⁹⁴⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 984: 6–15.

⁽⁴⁹⁵⁾ Packstation е мрежа от автоматични пощенски станции, управлявана от DHL Germany, която дава възможност на получателя да получи пратката в удобно за него време. Вж. показанията на [вицепрезидента и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 125, точки 22–25, стр. 126, точки 2–25, стр. 127, точки 2–6: „So that’s why we invented with DHL, something called PAC station, which only three years ago turned into Amazon, in to Abox, Amazon Box. Which also gets implemented in New York. We have Amazon Abox in New York“.

⁽⁴⁹⁶⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 57, точки 9–25, стр. 58, точки 1–25, стр. 59, точки 2–9: [...].

⁽⁴⁹⁷⁾ Amazon Final Transcripts: [Директор на отдел „Финанси“ на Amazon Instant Video Limited, Лондон, Обединено кралство, бивш ръководен кадър и директор на отдел „Финанси“ на Amazon.co.uk, Лондон, Обединено кралство], 5 ноември 2014 г., точка 1130: 10–17.

в) Данни на клиентите

- (466) Събирането на информация от клиенти е ключов елемент за онлайн търговията на дребно на Amazon⁽⁴⁹⁸⁾. Тази операция увеличава коефициента на конверсия [на посетителите на сайта в купувачи]⁽⁴⁹⁹⁾, ускорява процеса на закупуване и намалява допълнителните разходи по отстраняване на фактори а нереализиране на сделките⁽⁵⁰⁰⁾, като укрепва и вероятността за последваща покупка, например като предлага на клиента нова, персонална оферта всеки път, когато влезе в европейските уеб сайтове на Amazon. Дружеството X също счита, че клиентските данни са ключов елемент за онлайн търговците на дребно⁽⁵⁰¹⁾.
- (467) Както е показано в таблица 19, броят на клиентите на Amazon в трите интернет домейна на Съюза се е увеличил от 17 милиона през 2005 г. на [70–80] милиона през 2014 г.

Таблица 19

Брой на уникалните клиенти по обекти и години

	(В милиони)									
	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Amazon.co.uk	8,3	9,9	11,9	14,0	17,3	20,2	24,1	27,5	[30—40]	[30—40]
Amazon.de	7,3	8,5	10,3	12,3	14,8	17,5	20,3	23,6	[20—30]	[20—30]
Amazon.fr	1,4	1,9	2,5	3,2	4,3	5,5	7,0	8,7	[10—20]	[10—20]

- (468) Преди реструктурирането през 2006 г. данните за клиентите с събирани от AIS и AIM⁽⁵⁰²⁾. По време на реструктурирането LuxSCS е получило правата върху данните, събирани от европейските уеб сайтове⁽⁵⁰³⁾. Въпреки това, макар и данните за клиентите на европейските уеб сайтове да са юридическа собственост на LuxSCS, дружеството LuxOpCo активно е събирало тези данни⁽⁵⁰⁴⁾ като услуга за LuxSCS⁽⁵⁰⁵⁾. LuxOpCo е отговаряло единствено за събирането на данни за клиентите в Европа и отговаряло за поддръжката на базата данни и за спазване на приложимите закони за защита на данните⁽⁵⁰⁶⁾. Освен това LuxOpCo използва данните за клиентите за осъществяване на европейските дейности на Amazon. По този начин през разглеждания период именно LuxOpCo е изпълнявало активни и критични функции, свързани с разработването, подобряването и управлението на данните за клиентите.

⁽⁴⁹⁸⁾ Вижте гледната точка на дружеството X в съображения от 338 до 342.

⁽⁴⁹⁹⁾ В електронната търговия коефициентът на конверсия е съотношението на продажбите спрямо броя на посетителите.

⁽⁵⁰⁰⁾ Това са преките и косвени разходи, свързани с изпълнението на поръчка, например времето, което клиентът отделя за проучване.

⁽⁵⁰¹⁾ Вж. съображения 337—342.

⁽⁵⁰²⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 26. Според доклада относно ТЦ преди реструктурирането дружеството AIS е управлявало клоната „търговия на дребно“ за европейските уеб сайтове на Amazon, а AIM е управлявало програмите „продавачи трети страни“, предлагани чрез европейските уебсайтове.

⁽⁵⁰³⁾ Лицензионно споразумение за съществуващи права на интелектуална собственост между LuxSCS и Amazon Technologies, представено от Amazon на 12 януари 2016 г.

⁽⁵⁰⁴⁾ Лицензионно споразумение, точка 1.2: „Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property“ means: (a) any and all intellectual property rights throughout the world, owned or otherwise held by Amazon EHT [LuxSCS] [...] (including but not limited to customer lists and customer data [...]); раздел 2.1, буква а): „Amazon EHT [LuxSCS] irrevocably grants AEU [LuxOpCo], under all Amazon EHT [LuxSCS] intellectual property rights in or comprising the Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property, whether existing now or in the future, the following sole and exclusive right and license to the Amazon EHT [LuxSCS] Intellectual Property“.

⁽⁵⁰⁵⁾ Съобщение на Amazon от 21 август 2015 г., стр. 2: „Under the License Agreement, ownership of customer data for all EU sites lies with Lux SCS. As a service to Lux SCS, these data are collected by LuxOpCo for the retail activities“.

⁽⁵⁰⁶⁾ Лицензионно споразумение, точка 2.3 („Maintenance“) и точка 9.5 („Compliance, Data Protection“). По-специално, LuxOpCo отговаря за: а) ограничаване на достъпа до данни, б) обработка на данните в съответствие с приложимото законодателство, в) използване на данните само за разрешени цели, г) документацията, д) да гарантира, че са налице подходящи оперативни и технологични процеси и процедури за предотвратяване на неоторизиран достъп, загуба, унищожаване, кражба, използване или разкриване на лични данни.

г) Запазена марка

- (469) Що се отнася до регистрираната търговска марка докладът относно ТЦ показва, че марката Amazon е добре известна и че добрата разпознаваемост на марката на световно равнище е основен актив за привличане на клиенти ⁽⁵⁰⁷⁾, но служители на Amazon са заявили, че марката не е в центъра на бизнес модела на Amazon ⁽⁵⁰⁸⁾.
- (470) Информацията, предоставена от Amazon, показва, че стойността на нейната търговска марка е от второстепенно значение за успешното реализиране на трите ключови движещи сили на нейните европейски дейности за търговия на дребно, а именно асортимент, цена и лекота на ползване ⁽⁵⁰⁹⁾. Това означава, че марката има стойност само ако е свързана с качествен асортимент на изгодна цена и с голяма лекота на използване ⁽⁵¹⁰⁾, тъй като клиентите се насърчават да правят покупки на уеб сайта на Amazon, стига техните очаквания да бъдат удовлетворени от надеждна услуга по отношение на асортимент, цена и лекота на използване ⁽⁵¹¹⁾. Всяко разочарование бързо води до загуба на клиенти, тъй като те лесно могат да преминат от един конкурент на друг. Това доказва, че марката и репутацията на Amazon разчитат в голяма степен на последователното предоставяне на изключително задоволително обслужване на клиентите. Следователно трябва да се има предвид, че стойността на марката Amazon в Европа се генерира на нивото на LuxOpCo и европейските свързани дружества ⁽⁵¹²⁾. Тя не е придобита на ниво LuxSCS чрез лицензионното споразумение или на ниво A9 и ATI чрез CPP, тъй като именно дружеството LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества са тези, които вземат всички стратегически решения, необходими за асортимента, цената и лекотата на използване в Европа, както е обяснено в съображения от 478 до 499.
- (471) Във всеки случай стойността на марката Amazon не се формира само от Amazon.com ⁽⁵¹³⁾. Всичките Amazon.co.uk, Amazon.de, Amazon.co.uk и др. се разглеждат като местни марки ⁽⁵¹⁴⁾ и дават своя принос за стойността на търговската марка в Европа. Освен това, макар и Amazon да е известен продавач на книги и

⁽⁵⁰⁷⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 6—7 и 36.

⁽⁵⁰⁸⁾ Amazon Final Transcripts [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 4 ноември 2014 г., точка 617: 20-25, точка 618: 1-3.

⁽⁵⁰⁹⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 75, точки 229—230; вж. също Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 975: 18-25, точка 976: 1-6: „So brand name — I keep hearing that question from journalists. That’s why I’m — I think a brand name doesn’t really help you, right. A brand name is a name. I mean what really matters to customers is not the name, it’s what you do, right. And you have to have the relevant selection. You have to have the relevant services, right, you have to pay attention to the customer. You have to pay attention to the product that you’re selling, right, because every product comes with different characteristics and one thing might be more important here, might be more important there. The brand name itself I think has only become important because we filled it with life.“; показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 146, точки 13—25: „Why doesn’t brand help you build your business? A. Not at all. Q. Why not I said? A. What helps build your business is not a name, right? You need, you need something behind that name. I mean, Amazon is a name until you fill it with the individual product that is relevant to the customer and build to services. I’ve been talking about and do all that stuff. I mean, it’s, it’s not enough to just say we’re an online store. I mean, you need to bring it alive, right? So that’s what’s driving it“.

⁽⁵¹⁰⁾ Amazon Final Transcripts [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 4 ноември 2014 г., точка 727:25, точка 728:1-8, точка 625:4-7, точка 685:5-9. Amazon Final Transcripts [вицепрезидент и финансов директор в Amazon Corporate LLC, САЩ], 17 ноември 2014 г., точка 2848:22-25: „They don’t really care where they get it from. They just want to get it at the right price, they want it to be convenient. They want to get it quickly. And so those are the attributes that matter to customers.“; точка 2852:11-17: „At the end of the day, you know, I don’t think a customer really cares once they have that item that they want and in their home or wherever, where that item came from. The item is the item. What they wanted is they wanted to get it quickly, they wanted to make sure it was at the right price, it was convenient and those are the attributes“.

⁽⁵¹¹⁾ Вж. раздел 2.3.2.1.

⁽⁵¹²⁾ Amazon Final Transcripts [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 976: 5-17.

⁽⁵¹³⁾ Вж. Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 905: 1-10: „So did the brand name help? You know, I think that it wasn’t helping in the sense of building selection and trying to get vendors to come on board locally. [...]“.

⁽⁵¹⁴⁾ Вж. Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 810: 6-21: „Similar, yeah, with the local — yeah, so what’s important to me like, you know, and the reason IP exists is that what’s really important for UK seller or UK customer is that Amazon.co.uk where the customer knows in the UK, the brand name, the customer knows in the UK Amazon.co.uk that’s what the customer types to go and visit our site, www.Amazon — you get it — Amazon.uk, whatever it is. As it is Amazon.fr, Amazon.de, Amazon.it because they are local brands — local brand names, you know, for each of these countries. I think that’s very important. Q. Okay. A. If you ask my dad, he knows Amazon.fr, you know, not Amazon.com because that’s what he types, you know, to go to the France site to buy products in his local market.“ Вж. също Amazon Final Transcripts [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 976: 5-17, където се обяснява, че в Германия Amazon.de още от самото начало е искал да бъде възприеман като немски магазин, който наема германски служители, обработва поръчки в Германия и предлага немски клиентски услуги. Ето защо в Германия Amazon.de се е произнасял и произнася винаги на немски език, а не на английски език.

медийни носители, при навлизането му на европейския пазар тази репутация не му помага да пусне други категории продукти⁽⁵¹⁵⁾ или за дейностите на Amazon като подизпълнител⁽⁵¹⁶⁾. Трябвало е да се положат допълнителни усилия от местни екипи, които да информират клиентите, че Amazon пуска нова продуктова категория – промяна, която клиентите осъзнават само с течение на времето⁽⁵¹⁷⁾.

- (472) Amazon също така твърди, че маркетинговите му дейности са силно зависими от технологиите. Според Amazon маркетинговите му дейности включват главно спонсорирани връзки, програмата за партньори и имейл маркетинга. Въпреки това, както е обяснено в съображение 173, набирането на локални партньорски уеб сайтове за партньорската програма на Amazon се осъществява от местни екипи. В Европа именно LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества са отговаряли за онлайн маркетинга на Amazon, като са използвали локалното си ноу-хау, например като идентифицират партньорски уеб сайтове, които са от значение за техните по търговия на дребно на местните пазари⁽⁵¹⁸⁾. LuxOpCo наема за тази цел мениджър „Marketing in Traffic“ на равнището на Съюза. Европейските дъщерни дружества имат свои договори и комисиони за партньори, които се различават по отношение на състава на групата партньори и структурата на комисионите от американската група⁽⁵¹⁹⁾.

9.2.1.2.2. Функции, изпълнявани от LuxOpCo в рамките на дейностите по търговия на дребно и услуги на Amazon в Европа

- (473) Според доклада относно ТЦ дружеството LuxOpCo е трябвало да има ролята на централен офис и да е основното дружество, отговарящо за търговията на дребно и услугите на Amazon в Европа⁽⁵²⁰⁾. Следователно то е носело отговорността за вземането на стратегически решения за търговската дейност на Amazon в Европа и за управлението на основните физически компоненти на тези дейности.
- (474) Протоколите от събранията на ръководството на LuxOpCo включват решения, свързани с дейността на LuxOpCo като централен офиси, както и вземането на стратегически решения, като например придобиването на определени дружества (по-специално [придобиването на X⁽⁵²¹⁾, Q⁽⁵²²⁾, Y⁽⁵²³⁾, R⁽⁵²⁴⁾, Z⁽⁵²⁵⁾]), включително техните права върху интелектуална собственост, създаването на съвместни предприятия с трети страни⁽⁵²⁶⁾, частичната продажба на дейности или активи на LuxOpCo на други дружества, като например [придобиване Q]⁽⁵²⁷⁾ или [друго дружество на Amazon]⁽⁵²⁸⁾, или предоставяне на гаранции на свързани лица⁽⁵²⁹⁾.
- (475) В Европа всички стратегически функции, свързани с търговията на дребно и онлайн услугите на Amazon през разглеждания период, включително самата търговия на дребно, дейностите по отношение на трети страни, логистиката, поддръжката на клиентите, човешките ресурси и финансите, са били поверени на LuxOpCo. То е основната фигура, тъй като е вземало стратегически решения и е отговаряло за управлението на всички дейности в Европа⁽⁵³⁰⁾. Освен това дружеството LuxOpCo е вземало всички стратегически решения относно артикулите и

⁽⁵¹⁵⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 1001: 8-18: [...].

⁽⁵¹⁶⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 772: 8-25: „Yeah, it did not. You know, the brand name, you know, Amazon was clearly a good name in books [...]“.

⁽⁵¹⁷⁾ Това се отнася най-вече за Европа, където е по-трудно да се обясни на клиентите, че Amazon не е просто продавач на книги. Вж. показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 42, точки 8—25, стр. 43, точки 1—14.

⁽⁵¹⁸⁾ Показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 41, точки 14—21: [...]; показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 106, точки 20—25, стр. 107, точки 2—9: [...].

⁽⁵¹⁹⁾ Показания [първи вице президент по „Business Development“, Amazon Corporate LLC, САЩ], 16 юли 2014 г., стр. 117, точки 1—7.

⁽⁵²⁰⁾ Вж. съображение 132.

⁽⁵²¹⁾ Протокол от заседанието на ръководството на LuxOpCo от 9 април 2007 г.

⁽⁵²²⁾ Протоколи от заседанията на ръководството на LuxOpCo от 12 април и 13 декември 2010 г.

⁽⁵²³⁾ Протокол от заседанието на ръководството на LuxOpCo от 17 август 2010 г.

⁽⁵²⁴⁾ Протокол от заседанието на ръководството на LuxOpCo от 23 август 2010 г.

⁽⁵²⁵⁾ Протокол от заседанието на ръководството на LuxOpCo от 22 юли 2011 г.

⁽⁵²⁶⁾ Протоколи от заседанията на ръководството на LuxOpCo от 21 август 2007 г. и 12 октомври 2009 г.

⁽⁵²⁷⁾ Протокол от заседанието на ръководството на LuxOpCo от 9 януари 2008 г.

⁽⁵²⁸⁾ Протоколи от заседанията на ръководството на LuxOpCo от 29 януари 2013 г. и 29 януари 2014 г.

⁽⁵²⁹⁾ Наред с другото, вж. по-специално вътрешния документ на Amazon: протоколи от заседанията на ръководството на LuxOpCo от 24 юли 2008 г., 18 март 2010 г., 17 януари 2011 г. и 7 април 2011 г.

⁽⁵³⁰⁾ Камера на общините в Парламента на Обединеното кралство: устна информация, съобщена пред комисията за контрол на публичните сметки в понеделник, 12 ноември 2012 г.: показания на Cecil: „All the strategic functions for our business in Europe are based in Luxembourg. That could be our retail business, our third-party-business, our transportation teams, our customer service, HR, finance-“. На разположение на следния адрес: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpublic/716/121112.htm>.

ценообразуването (които са имали отражение на продажбите), регистрирало е продажбите и е действало като договаряща страна по отношение на потребителите. LuxOpCo също така е поемало съответните разходи (вж. таблица 6) и рисковете, свързани с продажбите и стоките запаси ⁽⁵³¹⁾.

(476) Служителите на най-високи постове в групата Amazon, отговарящи за стратегическото вземане на решения и координацията на търговията на дребно и услугите в Европа, са били назначена от LuxOpCo. В дружеството са били назначени повече от [500–600] в еквивалент на пълна заетост (ЕПЗ), които осигуряват общоевропейско и стратегическо управление на дейностите за търговия на дребно в Европа, координацията на европейските свързани дружества ⁽⁵³²⁾, както и адаптирането и по-нататъшното развитие на нематериалните активи за европейския пазар. В рамките на тези дейности LuxOpCo е подпомагано от европейски свързани дружества, които са действали като доставчици на услуги ⁽⁵³³⁾. Тези свързани дружества са предоставяли определени услуги за поддръжка по отношение на, наред с друго, маркетинг, обработка на поръчки и поддръжка на клиенти, но не а отговаряли за продажбите или за стоките запаси, тъй като тези рискове са се поемали от LuxOpCo ⁽⁵³⁴⁾.

(477) В подкрепа на твърдението си, че LuxOpCo има само рутинни управленски функции, Amazon заявява, че „технологията е в основата на нейния бизнес модел. Всеки аспект от традиционната търговия на дребно е преработен, за да бъде по-ефикасен, на по-ниска цена и най-важното, да обслужва по-добре нуждите на потребителите“ ⁽⁵³⁵⁾. Освен това Amazon заявява, че „предвид мащаба на дейностите на Amazon, би било невъзможно тези дейности да се управляват без много висока степен на автоматизация, за да се гарантират функции като управление на запасите, ценообразуване и обработка на поръчките“ ⁽⁵³⁶⁾. Макар и нематериалните активи да са необходими ресурси за бизнеса на Amazon в Европа ⁽⁵³⁷⁾, те не са продукт или самоцел, а изискват допълнително мобилизиране на усилия ⁽⁵³⁸⁾ и ноу-хау, за да се генерират приходи ⁽⁵³⁹⁾. Както е обяснено в съображения от 164 до 169, ключовите двигатели на онлайн търговията на дребно на Amazon са асортиментът на продуктите, цената и лекотата на използване. Нематериалните активи улесняват успешното прилагане на тези три „стълба“ ⁽⁵⁴⁰⁾.

⁽⁵³¹⁾ Камера на общините в Парламента на Обединеното кралство: счетоводен отчет за периода 2011—2012 г. на данъчната и митническата администрация (HMRC) на Обединеното кралство — писмени доказателства на Amazon EU Sarl [LuxOpCo], представени от Andrew Cecil, 13 ноември 2012 г.: „Amazon EU Sarl [LuxOpCo] owns the inventory, earns the profits associated with the selling these products to end customers and bears the risk of any loss. From Luxembourg, Amazon EU Sarl processes and settles payments from its European customers.“ На разположение на следния адрес: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/writev/716/m03.htm>.

⁽⁵³²⁾ Вж. Graphique 3 и съображение 180.

⁽⁵³³⁾ Камера на общините в Парламента на Обединеното кралство: счетоводен отчет за периода 2011—2012 г. на данъчната и митническата администрация (HMRC) на Обединеното кралство — писмени доказателства на Amazon EU Sarl, представени от Andrew Cecil, 13 ноември 2012 г.: „Fulfilment and customer service centres located in the UK are operated by Amazon.co.uk Ltd, a UK company. Amazon.co.uk Ltd earns a margin on its operating costs for providing services performed in the UK to group companies, primarily to Amazon EU Sarl. The services provided include fulfilment and logistics services; customer support services; accountancy, tax, legal, human resources, localisation and similar back office services; merchandising and marketing support services; and purchasing assistance.“ На разположение на следния адрес: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/writev/716/m03.htm>.

⁽⁵³⁴⁾ Камера на общините в Парламента на Обединеното кралство: устна информация, съобщена пред комисията за контрол на публичните сметки в понеделник, 12 ноември 2012 г.: показания на Cecil: „The inventory of goods that are in our fulfilment centres across Europe belongs to Amazon EU Sarl [LuxOpCo] and does not belong to the local entities that we may have across Europe.“; „Amazon.co.uk is a service company in the UK providing services to Amazon EU Sarl [LuxOpCo] for which it receives payment.“ На разположение на следния адрес: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/716/121112.htm>. Вж. също: Камера на общините в Парламента на Обединеното кралство: счетоводен отчет за периода 2011—2012 г. на данъчната и митническата администрация (HMRC) на Обединеното кралство — писмени доказателства на Amazon EU Sarl [LuxOpCo], представени от Andrew Cecil, 13 ноември 2012 г.: „Fulfilment and customer service centres located in the UK are operated by Amazon.co.uk Ltd, a UK company. Amazon.co.uk Ltd earns a margin on its operating costs for providing services performed in the UK to group companies, primarily to Amazon EU Sarl [LuxOpCo]. The services provided include fulfilment and logistics services; customer support services; accountancy, tax, legal, human resources, localisation and similar back office services; merchandising and marketing support services; and purchasing assistance.“ На разположение на следния адрес: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/writev/716/m03.htm>.

⁽⁵³⁵⁾ Вж. съобщението на Amazon от 22 юли 2016 г. „Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business“.

⁽⁵³⁶⁾ Вж. съобщението на Amazon от 22 юли 2016 г. „Amazon's Technology-Centric E-tailing-Business“.

⁽⁵³⁷⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 34, точка 91.

⁽⁵³⁸⁾ Вж. показания [директор на отдел „International Tax and Tax Policy“, Amazon Corporate LLC, САЩ], 24 април 2014 г., стр. 129, точки 18—25, стр. 130, точка 2, 6-15: [...].

⁽⁵³⁹⁾ Вж. показания [директор на отдел „International Tax and Tax Policy“, Amazon Corporate LLC, САЩ], 24 април 2014 г., стр. 126, точки 9—25, стр. 127, точки 2—25, стр. 129, точки 2—5: [...].

⁽⁵⁴⁰⁾ Вж. електронно писмо от [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US] от 16 юни 2008 г. (вж.: показания [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg] — доказателство 25). [...] показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 61, точки 8—25, стр. 62, точка 2: [...] и показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 32, точки 14—25, стр. 33, точки 2—25, стр. 34, точки 2—12: [...].

(478) През разглеждания период дружеството LuxOpCo е вземало самостоятелно, с подкрепата на европейски свързани дружества, всички релевантни стратегически решения относно асортимента на продуктите, цените и лекотата на използване в Европа⁽⁵⁴¹⁾. За всеки от тези ключови двигатели от ключово значение и с решаващ принос за генерирането на приходи в Европа чрез бизнес модела на Amazon е било специфичното ноу-хау на LuxOpCo и европейските местни свързани дружества.

а) Асортимент

(479) Както е обяснено в съображение 165, има тясна връзка между асортимента и оборота, генериран от продажбите на дребно. Разработването и поддържането на възможно най-широк асортимент за всички търговци на дребно е от решаващо значение за успеха на Amazon в Европа⁽⁵⁴²⁾, доказано и от проучванията за удовлетвореност, проведени вътрешно от Amazon, които показват, че [...], което се предлага на потребителите е най-важният елемент за германските ([60–70] %) ⁽⁵⁴³⁾ и френските ([50–60] %) клиенти ⁽⁵⁴⁴⁾.

(480) Решението относно категориите продукти, които ще се продават в даден регион или страна, се прави въз основа на познания за пазара, продуктите и местните потребители ⁽⁵⁴⁵⁾. Само технологията не е достатъчна; определянето на асортимента изисква човешка намеса ⁽⁵⁴⁶⁾. Уникалното и определящо ноу-хау на местните екипи на дребно на Amazon се състои в това да се разбере какво искат да купят потребителите и да се изберат подходящите продавачи, за да осигурят изчерпателен продуктов асортимент ⁽⁵⁴⁷⁾. В Европа асортиментът се съставя от LuxOpCo с подкрепата на неговите европейски свързани дружества ⁽⁵⁴⁸⁾.

⁽⁵⁴¹⁾ Показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 41—106, точки 1121—1525, стр. 107, точки 1—3: [...].

⁽⁵⁴²⁾ Показания [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 7 май 2014 г., стр. 163, точка 25, стр. 164, точки 1—8.

⁽⁵⁴³⁾ Вътрешен документ на Amazon: „Amazon Who Is Our Customer DE Customers Report May 2016“, стр. 6.

⁽⁵⁴⁴⁾ Вътрешен документ на Amazon: „Amazon Who Is Our Customer FR Customers Report June 2016“, стр. 5.

⁽⁵⁴⁵⁾ Вж. показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 227, точки 10—12: [...]; показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 228, точки 2—8: [...]; и показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 228, точки 9—21: [...].

⁽⁵⁴⁶⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 1002: 2-12: „So even within a category, there is no magic key that you can just use to turn and everything works in the category. It's calling vendors. It's sitting down with the people. The majority have local organizations. You need to convince them that this is a good thing in their local context, that you're going to drive sales and efficiencies, that you're going to not only cannibalize their business, but create incremental opportunity of growth for them. It's a very local game“.

⁽⁵⁴⁷⁾ Вижте [e-mail от [вицепрезидента на финансовото подразделение на Amazon Corporate LLC, САЩ] до [вицепрезидента и главен финансов директор на Amazon Corporate LLC, САЩ], 2 май 2006 г.: „Even though we've established Luxembourg as our European headquarters, we will continue to maintain our European country offices and operations facilities in their current locations throughout Europe. It's important that we maintain our local presence in these countries, as we want each site to reflect the tastes and preferences of our customers in these locations.“; Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 909:10-17: „Brands are relevant on a national level. Some customers shop some brands in some countries and other brands in other countries, right, so what would be important for us to understand is not what is selling somewhere else, it's what local customer needs and wants. And we had established a list of priority brands we'd have to look to go after and start with that.“; и Amazon Final Transcripts: [Директор на отдел „Финанси“ на Amazon Instant Video Limited, Лондон, Обединено кралство, бивш ръководен кацър и директор на отдел „Финанси“ на Amazon.co.uk, Лондон, Обединено кралство], 5 ноември 2014 г., точка 1100: 5-10: „Philips, for example, back at this period were very, very small in the UK, quite powerful in Germany. Panasonic, again, on this list, small in the UK, very strong in Germany. So different focus from customers, different focus from competition. So, yeah, they would look different“.

⁽⁵⁴⁸⁾ Мнение на Amazon относно решението за откриване, съображение 101. Вж. също доклада относно ТЦ, стр. 13 и показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 209, точки 20—25, стр. 210, точки 2—18: „Germans know how to purchase food for hundreds of years, right? They're not waiting for online store to sell, you know, there's supermarket for them. They're all well fed. They all know how to feed their families. So, if you entered the segment, the selection is one of the most attractive points, because if you picture your store where you buy your noodles, for example, then this store would only have like ten, 50 different kinds of noodles, but I can tell you here in Europe we have 6 000 different kind of noodles. So, when I tasked my team to launch consumer products food, I said please, go build the biggest noodle shelf in Germany, so at least in one area customers can be sure whenever they think about noodles, I go to Amazon because they have all the noodles. They have the organic noodle, they have the Italian handmade, they have the fresh, they have the dry, they have the Japanese rice noodle. They have the import. You know, there's a thousand kinds of noodles.“; и показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 227, точки 16—25: „People know how to buy shoes, apparel, everything, so it only makes sense to bring something where I believe I can win the customer. I can win the customer with having a larger selection or better customer service, more convenience, that's, that's my main goal, right? And that's different by country, because it's depending on size, on topics and all that stuff and that's more important than the pure when did you launch the tools category.“

(481) За да развива успешна дейност в Европа, Amazon трябва да придобие специализиран опит, за да отговори на специфичните и местни нужди на потребителите – опит, придобит чрез големи инвестиции в „полеви екипи“ във всяка страна, и да разчита на тях⁽⁵⁴⁹⁾. В Германия, Франция и Обединеното кралство LuxOpCo разчита на местна работна сила, която помага на дружеството да адаптира офертата на Amazon за потребителите в тези страни⁽⁵⁵⁰⁾. В Германия първоначално са били наети между 100 и 200 служители, които да осигурят този асортимент. След това техният брой е значително увеличен⁽⁵⁵¹⁾. Броят на френските служители на Amazon нараства по-бързо от оборота – от 297 служители през 2004 г. до 5 273 служители през 2012 г., увеличение със 17,8 пъти, докато през същия период продажбите във Франция са се увеличили само с 13,4 пъти⁽⁵⁵²⁾. В Обединеното кралство в сектора на търговията на дребно са работили 260 служители. Вътрешните планове, разработени от Amazon по това време, включват увеличаване на броя на служителите от [200–300] на [400–500] за 2015 г.⁽⁵⁵³⁾. Всички тези служители са били наети от европейски свързани дружества.

(482) Натрупаният от Amazon опит в изграждането на онлайн пазара на дребно във Франция демонстрира значението на присъствието на местно ниво. Amazon навлиза на този пазар през 2000 г., не благодарение на придобиването на съществуващ онлайн търговец на дребно, но и разчитайки изцяло на собствената си марка и технология. По това време във Франция онлайн търговията на дребно е доминирана от местни участници на пазара, които добре познават френските потребители и ситуацията на този пазар⁽⁵⁵⁴⁾. Освен това Minitel, обществена услуга – предшественик на интернет, все още се използва широко във Франция и има висок пазарен дял в онлайн търговията на дребно. Първоначално сайтът Amazon.fr предлага книги, компактдискове и DVD дискове. По различни причини дейността на Amazon във Франция не е достигнала първоначалните очаквания на компанията. Освен това Amazon.fr се сблъсква със значителни регулаторни предизвикателства⁽⁵⁵⁵⁾, което възпрепятства навлизането на Amazon на френския пазар. През 2004 г. Amazon.fr все още е малко дружество поради наличието на ограничения за ценова отстъпка и ниския процент на навлизане на онлайн пазара⁽⁵⁵⁶⁾. На практика дружеството Amazon.fr прехвърля всички свои местни служители на Amazon.co.uk и е принудено от френските регулаторни органи да представи социален план, обосноваващ това прехвърляне⁽⁵⁵⁷⁾ и намаляването на персонала от 70 на 18 души⁽⁵⁵⁸⁾. На този етап Amazon планира да закрие уебсайта си във Франция и да сложи край на дейностите си в тази страна.⁽⁵⁵⁹⁾ Положението на Amazon.fr се възстановява в резултат на инвестиции в програма за

⁽⁵⁴⁹⁾ Експертен доклад на [президент и основател на Interactive Media in Retail Group, Лондон, Обединеното кралство], 6 юни 2014 г. (доклад, поискан от Amazon), стр. 3.

⁽⁵⁵⁰⁾ Експертен доклад на [президент и основател на Interactive Media in Retail Group, английската асоциация за търговия на дребно и електронна търговия, Лондон, Обединеното кралство], 6 юни 2014 г., стр. 36, параграфи 77–78.

⁽⁵⁵¹⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 39, точки 21–25: стр. 40, точки 2–3: „I mean it's, when a management is acquiring selection is the core task of this company here, right? I mean, you can't, operating a website, a store with nothing in it is meaningless, right, so all we do here is when the management – so at that time, it was anything between 100 and 200. Today it would be much more. Q. One hundred to 200 buyers or 100 to 200 employees? Buyers? A. No, buyers. Q. Or employees? A. Selection, people that manipulate selection“.

⁽⁵⁵²⁾ Експертен доклад на [президент и основател на Interactive Media in Retail Group, английската асоциация за търговия на дребно и електронна търговия, Лондон, Обединеното кралство], 6 юни 2014 г., стр. 36, параграфи 77–78.

⁽⁵⁵³⁾ Броят на мениджърите по продажбите, които отговарят за разширяването на продуктовата гама и подобряването на клаузите например се е увеличил от [35–40] % на [45–50] %: Показания [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 7 май 2014 г., показания — доказателство 23, стр. 5.

⁽⁵⁵⁴⁾ През 2005 г. от първите 15 дружества за електронна търговия, работещи във Франция, 11 са френски (експертен доклад на [президент и основател на Interactive Media in Retail Group, английската асоциация за търговия на дребно и електронна търговия, Лондон, Обединеното кралство], 6 юни 2014 г., стр. 30, точка 66).

⁽⁵⁵⁵⁾ Както и в Германия, френското законодателство ограничаваше възможността на Amazon да прилага своята обичайна стратегия за ценова конкуренция. Във Франция издателите са задължени да спазват фиксирана цена на дребно, а търговците на дребно не могат да начисляват повече от пет процента надценка. Поради това регулиране, ако общата цена, включително доставката, надвишава цената в магазина, е малко вероятно потенциалният клиент да купи продукта онлайн.

⁽⁵⁵⁶⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 880:16-18: 21-25, точка 881:1-16.

⁽⁵⁵⁷⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 879: 21-25, точка 880:16-18. Както е посочено в социалния план, „Amazon France [was] not generating sufficient revenue from its operations to support its cost structure and be a viable going concern.“ Вж. също вътрешния документ на Amazon: „Collective Redundancy Program for Amazon.fr SARL“.

⁽⁵⁵⁸⁾ „Collective Redundancy Program for Amazon.fr SARL“, стр. 12.

⁽⁵⁵⁹⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 881: 20-24: „Honestly, there was a fair chance that it wouldn't.“ Показания [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 7 май 2014 г., стр. 160, точки 16–18: „[...] we are very disappointed with France, how hard [it] was to get customers to come shop at Amazon“.

развитие на асортимента, разработена от новонаети френски служители, запознати с функционирането на местния пазар⁽⁵⁶⁰⁾. Локализираните усилия на тези служители допринасят за разширяването на диапазона на новите фамилии продукти. Местните служители са наясно с местните вкусове и успяват да установят и поддържат връзки с доставчиците⁽⁵⁶¹⁾, да договарят лицензионни споразумения с националните носители на авторски права и организации⁽⁵⁶²⁾ и да определят цени за местния пазар. С други думи, Amazon е трябвало да развие познанията си за местния пазар, като назначи френски служители, за да направи своите продукти и услуги по-привлекателни за френските потребители.

(483) Както е обяснено в съображение 167, Amazon съставя своя асортимент: i) чрез придобиване на други търговци на дребно на пазара, (ii) чрез формиране на партньорства с доставчици, и (iii) чрез създаване на програми за трети страни, като например Marketplace. И в трите случая ролята на LuxOpCo, с подкрепата на неговите европейски свързани дружества, е от решаващо значение за успеха на бизнеса на Amazon в Европа.

(484) Придобивания: За да се ориентира на немския и британския пазар и да учреди образувания, които по-късно ще станат европейски свързани дружества, Amazon придобива местните играчи въз основа на познанията си за местния пазар и данните за клиентите⁽⁵⁶³⁾. В Германия през 1998 г. Amazon придобива Telebuch/ABC Bücherdienst – дружество, което вече е имало около 100 000 клиенти, център за обработка на поръчки и екип за обслужване на клиенти, съставен от германски служители⁽⁵⁶⁴⁾. В Обединеното кралство Amazon купува bookpages.co.uk с цел „бързо да предложи на европейските потребители същата комбинация от асортимент, услуга и стойност [...]“⁽⁵⁶⁵⁾. В прессъобщението на Amazon, в което се обявяват придобиванията, се казва: „Надяваме се, че дружествата за онлайн търговия на дребно Bookpages и Telebuch се превръщат в основни елементи на нейното разширяване на европейския пазар“⁽⁵⁶⁶⁾. С други думи, Amazon започва да придобива познания за местния пазар на дребно, каквито не е имал преди, за да улесни започването на собствена дейност за търговия на дребно в Европа.

(485) Партньорство с доставчици: за да привлече потребителите, LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества е трябвало да изберат доставчици от марките, търсени от местните потребители, и да сключат партньорства с тях. Чрез своята организация за търговци на дребно LuxOpCo съставя стратегии и използва най-добри практики за избор и стартиране на нови фамилии продукти, за партньорства с доставчици и определя стандартни условия за доставчиците⁽⁵⁶⁷⁾. Местните мениджъри, отговарящи за продавачите, които са наети от европейските свързани дружества, избират и набират продавачи за европейските уеб сайтове, като разширяват асортимента на Amazon⁽⁵⁶⁸⁾. През разглеждания период LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества са стартирали [10–20] нови фамилии продукти в Германия и Обединеното кралство, а във Франция – [10–20] нови

⁽⁵⁶⁰⁾ Служител на Amazon е заявил, че дейностите на Amazon във Франция е нямало как да се осъществят при липсата на програма за развитие на асортимента. Вж. Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 918: 19–22: „I think it wouldn't exist“.

⁽⁵⁶¹⁾ Експертен доклад на [президент и основател на Interactive Media in Retail Group, английската асоциация за търговия на дребно и електронна търговия, Лондон, Обединеното кралство], 6 юни 2014 г., стр. 40, точка 87: „As was the case for its earlier launches, the localized efforts of Amazon's employees were crucial in expanding into new product categories. Local employees were familiar with local tastes and had to establish and maintain relationships and work with vendors, negotiate licensing contracts with country copyright owners and organizations, determine local pricing, and more. Amazon [D]ed from having a local workforce who had country specific expertise“.

⁽⁵⁶²⁾ Експертен доклад на [президент и основател на Interactive Media in Retail Group, английската асоциация за търговия на дребно и електронна търговия, Лондон, Обединеното кралство], 6 юни 2014 г., стр. 40, точка 87: „Amazon must source certain products, including media products and digital content, on a country-by-country basis.“ и показания [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 7 май 2014 г., стр. 35, точки 22–25, „[...] Europe has different laws depending upon the media type and the copyright type. So digital gets way more complicated by – by country basis“.

⁽⁵⁶³⁾ Показания [Baker Foundation Professor of Business Administration в Harvard Business School, САЩ], 18 август 2014 г., [Baker Foundation Professor of Business Administration в Harvard Business School, САЩ] Exhibit 7, стр. 11.

⁽⁵⁶⁴⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 11, точки 5–15: „[...] to me it's much smarter to start a German operation if you have German, knowledgeable people of the German market and not learn everything from scratch.“

⁽⁵⁶⁵⁾ <http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=97664&p=irol-newsArticle&ID=233853>, 7.6.2017.

⁽⁵⁶⁶⁾ Amazon.com Acquires Three Leading Internet Companies <http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=176060&p=irol-newsArticle&ID=502989>.

⁽⁵⁶⁷⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 802:1-6; Amazon Final Transcripts: [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 3 ноември 2014 г., точка 476:1-13.

⁽⁵⁶⁸⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 823:1-10: „[...] a lot of the successes ended up being driven by what we did on a local basis.“

фамилии продукти. Понякога е било необходимо да се водят няколкогодишни преговори, за да може даден доставчик да се съгласи да продава продуктите си чрез уеб сайт на Amazon⁽⁵⁶⁹⁾. Освен това, благодарение на създаването, управлението и функционирането на EFN, LuxOpCo гарантира на своите европейски клиенти общ асортимент на европейско ниво⁽⁵⁷⁰⁾.

- (486) Програми с трети страни: в началото програмата Marketplace не е била позната в Европа⁽⁵⁷¹⁾. За да осигури стартирането и поддръжката си, LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества предоставят необходимото ноу-хау и стратегически решения, за да направят успешни програмата на Amazon и неговата технология⁽⁵⁷²⁾. Те създават местни екипи за набиране в Германия, Франция и Обединеното кралство, които могат да говорят езика на тези страни, да търсят продавачи и да събират информация за продажбите, за да идентифицират и да се свържат с потенциални продавачи за Marketplace и да ги убедят да се присъединят. Екипите за набиране не само продават услугата „Marketplace“, но и благодарение на техните запълбочени познания за платформата, помагат на потенциалните продавачи на трети страни да пуснат своите оферти на уеб сайтовете на Amazon в Съюза⁽⁵⁷³⁾.
- (487) В допълнение към екипа за набиране в Люксембург към LuxOpCo са създадени технически екипи (екипи за оптимизация на търсенето – SEO). Тези екипи са съставени от специалисти по ИТ, за да разработят ИТ инструменти или да предоставят необходимите ресурси за разработването на такива инструменти, за да се улесни стартирането на оферти на нови продавачи на уеб сайтове в ЕС. Работата на екипите за SEO започва през 2006 г. и се разраства във времето, особено когато към Marketplace трябва да се интегрират големи продавачи, предлагачи обширни каталози, съдържащи няколко хиляди позиции⁽⁵⁷⁴⁾. В допълнение към екипите за SEO, през 2013 г. за LuxOpCo работят [10–20] софтуерни разработчици, натоварени с разработването на програмата за трети страни (Marketplace)⁽⁵⁷⁵⁾. И накрая, ТАМ, посочено в съображение 167, е създадено в рамките на LuxOpCo, за да работи на немски, френски и английски език⁽⁵⁷⁶⁾.
- (488) Amazon обяснява във вътрешния си план как ще се разшири Marketplace до [...] благодарение на развитието на търговски организации в Люксембург, Германия, Франция и Обединеното кралство и посочва, че за целите на стимулиране на продажбите ще бъдат интегрирани и италиански и испански езици⁽⁵⁷⁷⁾. Създаването на първоначална мрежа от доставчици на трети страни като основа за по-автоматизирана, технологична, самообслужваща се и базирана върху технологични решения среда, изисква човешка намеса въз основа на познанията на

⁽⁵⁶⁹⁾ Служител на Amazon обяснява, че е трябва да преговаря [0–10] години в Германия, за да постигне партньорство с [доставчик] (показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutz Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 26, точки 17–25, стр. 27, точка 1) и че е отнело няколко години, за да установи партньорство с [доставчик] Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 981: 6-10). Във Франция Amazon установява, че доставчици като [доставчик] и [доставчик] са доста склонни да продават стоките си чрез Amazon, като изискват [...], и е отнело много време за постигане на постоянно партньорство (Amazon Final Transcripts: [Вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 894:19-25;1-9). В Обединеното кралство служител на Amazon съобщава за дълги и горчиви преговори с продавачи като [доставчик] за сключването на споразумения (Amazon Final Transcripts: [Директор на отдел „Финанси“ на Amazon Instant Video Limited, Лондон, Обединено кралство, бивш ръководен кадър и директор на отдел „Финанси“ на Amazon.co.uk, Лондон, Обединено кралство], 5 ноември 2014 г., точка 1100:16-25, точка 1101: 1-3). Освен това множество доставчици предпочитат подход, който позволява на клиентите да откриват конкретно техните продукти, което е трудно да се приложи за компания „всичко онлайн“ като Amazon. Поради това ограничение доставчиците [...] (Amazon Final Transcripts: [Директор на отдел „Финанси“ на Amazon Instant Video Limited, Лондон, Обединено кралство, бивш ръководен кадър и директор на отдел „Финанси“ на Amazon.co.uk, Лондон, Обединено кралство], 5 ноември 2014 г., точка 1101: 21-25, точка 1102: 1).

⁽⁵⁷⁰⁾ Вътрешен документ на Amazon: „European Fulfillment Network (EFN)“, стр. 1: [...].

⁽⁵⁷¹⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 772: 8-25: „Yeah, it did not. You know, the brand name, you know, Amazon was clearly a good name in books, but you know, my recruiters would call sellers I remember them telling me, look, you know, I have to tell them we're like eBay in order for the sellers to understand that actually, you know, we had an e-marketplace and, you know, pitch them and explain to them you know, which categories they might be able to list.“

⁽⁵⁷²⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 123, точки 2–25, стр. 124, точки 2–9.

⁽⁵⁷³⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 771: 14-25, точка 776: 11-15 и 24-25, точка 777: 1-25, точка 778: 4-9, точка 779: 12-21: работата на екипите за набиране с потенциални продавачи се описва като жизненоважна, защото в действителност тези екипи са свършили по-голямата част от работата с продавачите, необходима за пускането и добавянето на нови продукти към уеб сайта.

⁽⁵⁷⁴⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 780: 5-25, точка 781: 1-24. Вж. също Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 827: 18-23: „[...] the team in Luxembourg, the onboarding team played a really big role of, like, you know, working and building. So either adding tools, as I talked about, you know, they build a lot of tools, you know, in the process or working with the technology teams that were building“.

⁽⁵⁷⁵⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 829: 24-25, точка 830: 1-12.

⁽⁵⁷⁶⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 782: 3-17.

⁽⁵⁷⁷⁾ Вътрешен документ на Amazon: „3 Year Plan: International Merchant Services“, юли 2009 г., стр. 28.

местния пазар, което се вижда от стартирането на бизнеса на Amazon в Италия и Испания, където служителите на LuxOpCo е трябвало да се обаждат на потенциалните доставчици на Marketplace, за да изградят партньорства⁽⁵⁷⁸⁾. Amazon също така признава, че продавачите от Marketplace са били в обхвата на местните и европейските разпоредби и затова са били необходими конкретни насоки, за да се спазват тези разпоредби. Указанията, дадени на продавачите на Marketplace, се основават на ноу-хау, придобито чрез проекта EFN⁽⁵⁷⁹⁾.

- (489) През 2009 г. само [25–30] % от brutните търговски продажби идват от продавачи трети страни, които преди това са се присъединили към самостоятелната програма Marketplace⁽⁵⁸⁰⁾. През 2012 г. продажбите на трети страни възлизат малко повече от [40–45] % от продажбите на Amazon в Европа⁽⁵⁸¹⁾,

б) Цени

- (490) Amazon посочва, че ценообразуването е силно автоматизирано и че с няколко изключения LuxOpCo не е трябвало да игнорира цените, определяни автоматично от ценовия алгоритъм⁽⁵⁸²⁾. Комисията признава, че Amazon използва такъв алгоритъм в своите дейности за търговия на дребно. Този алгоритъм обаче не е нищо повече от инструмент за прилагане на дадена ценова политика, която в Европа се определя от LuxOpCo.

- (491) Без индивидуална помощ, базирана на познанията за местния пазар, осигурявана от европейските свързани дружества, алгоритъмът за изчисляване на цените няма да работи ефективно⁽⁵⁸³⁾. Цените на продуктите, предлагани на уеб сайтовете на Amazon, са местни цени и всяка страна следва различен подход към ценообразуването⁽⁵⁸⁴⁾. Това се дължи на наличието на специфични местни конкуренти и уникална конкурентна среда, както и на наличието на ценови ограничения: Различните доставчици определят различни цени на отделните територии, а местните закони и разпоредби също се различават (напр. прилагането на фиксирани цени)⁽⁵⁸⁵⁾. Основната цел на алгоритъма за изчисляване на цените на Amazon е [...]. Като се има предвид постоянното развитие на цените на пазара, Amazon [...] трябва внимателно да следи цените [...]⁽⁵⁸⁶⁾. В Европа за това отговаря LuxOpCo с подкрепата на своите европейски свързани дружества.

- (492) Ръководството за политиката и процедурите на Amazon в ЕС допълнително изяснява ролята на LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества по отношение на ценообразуването⁽⁵⁸⁷⁾. В него се обяснява, че за определянето на ценови насоки за продуктите, които Amazon предлага на своите европейски уеб сайтове отговаря единствено съветът за цените на дребно в рамките на Съюза. Този съвет се състои само от служители на LuxOpCo, а именно вицепрезидентът на подразделението „Финанси“ за Европа (*Vice President of Finance, Europe*), директорът на подразделението „Правни въпроси“ в Европа (*European Legal Director*) и вицепрезидентите на подразделението „Търговия на дребно“ (*European Retail Vice Presidents*). Този съвет отговаря за одобряването на всички цени на дребно на европейските уеб сайтове, както и за всички свързани с тях въпроси, като например отстъпки за доставчици. Неговите решения не могат да бъдат заобикаляни от служители, които не работят за LuxOpCo, които

⁽⁵⁷⁸⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 803: 11-25: „[...] new countries like Spain, Italy [...] We're still in this process of calling sellers and building the ecosystems.“

⁽⁵⁷⁹⁾ Вътрешен документ на Amazon: „3 Year Plan: International Merchant Services“, юли 2009 г., стр. 29.

⁽⁵⁸⁰⁾ Вътрешен документ на Amazon: „3 Year Plan: International Merchant Services“, юли 2009 г., стр. 2.

⁽⁵⁸¹⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 803: 24-25.

⁽⁵⁸²⁾ Вж. съображение 168 и съобщението на Amazon от 29 май 2017 г., последващ доклад относно ТЦ от 2010 г., стр. 24—25.

⁽⁵⁸³⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 808: 1-13: „So clearly we learned in the U.S. that low prices are really important. That's very clear. At the same time, you know, how we implement low prices in the UK or low prices in Germany is very different because obviously the competitiveness of our site in the UK is defined by local retailers and local competition. So the learnings of what might happen with low prices would probably, you know, have learned from the US, maybe, maybe not. But in terms of the actual implementation and how we deal with the local nature of our retail business or third-party business, that I think has to be implemented locally.“

⁽⁵⁸⁴⁾ Показания [Senior Vice President Product Management – Retail, Amazon Corporate LLC, US], 18 септември 2014 г., стр. 41, точки 9 и 10. Вж. също Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клона „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 909:22-25; точка 910: 1-2: „Pricing is totally local. Pricing is driven at Amazon by our willingness to be the best value for customers in the country you operate, and to be the best value for customers in the country you operate, you essentially match your competition prices and your competitors are local“.

⁽⁵⁸⁵⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 31, точка 79.

⁽⁵⁸⁶⁾ Доклад Redline от срещата между Комисията, Amazon и Люксембург от 26 май 2016 г., стр. 3.

⁽⁵⁸⁷⁾ Вътрешен документ на Amazon: „EU Policies and Procedures Manual“ от 1 май 2006 г., стр. 5.

(включително и първите вицепрезиденти) трябва да получат разрешение за всяка корекция на цените ⁽⁵⁸⁸⁾. LuxOpCo също така използва европейски специалист по тарифи, който трябва да одобрява цените, особено когато те се отклоняват от определените от алгоритъма ⁽⁵⁸⁹⁾. Тъй като инструментът за ценообразуване изпълнява решенията на комитета относно ценовата политика и правилата за определяне на тарифите, не е изненадващо, че цената на артикулите, получена при използването му, изисква само ограничена по-нататъшна намеса от страна на LuxOpCo. И накрая, има екип отговарящ за осигуряването на [...] в световен мащаб. Този екип на LuxOpCo, базиран в Люксембург, следи отблизо цените [...], следи световните цени, включително в САЩ ⁽⁵⁹⁰⁾.

- (493) Влиянието на LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества върху решенията за ценообразуване се отразява и в ценовите промоции, предлагани на уеб сайтовете в Съюза. Например през първите години в Германия Amazon.de изобрети „гарантията за ниска цена“, за да насърчи изпращане на отзиви за цените от клиентите на Amazon в замяна на отстъпка от покупките им ⁽⁵⁹¹⁾. Освен това, тъй като цените на книгите в Германия и Франция са фиксирани, Amazon.de създава система за безплатна доставка ⁽⁵⁹²⁾. Изглежда, че тази система, еквивалентна на непряка отстъпка от цената на книгите, оказва значително влияние върху продажбите на книги в Германия ⁽⁵⁹³⁾ и Франция ⁽⁵⁹⁴⁾. В Обединеното кралство някои видове чести промоционални цени на пазара, като [...], в голяма степен затрудняват поддържането на явна [...] конкурентна позиция [...]. Amazon.co.uk е трябвало да разчита на своите местни служители, за да намират такива промоции и да определят начин за ефективна конкуренция ⁽⁵⁹⁵⁾.

в) Удобство при ползване

- (494) Според вътрешните данни на Amazon, получени от проучване на клиентите, германските клиенти освен това оценяват [...] ([50–60] %), [...] ([50–60] %), [...] ([50–60] %) и [...] [50–60] % ⁽⁵⁹⁶⁾, докато френските клиенти също оценяват [...] [50–60] %, [...] ([40–50] %) и политиката на Amazon относно [...] ([40–50] %) ⁽⁵⁹⁷⁾.
- (495) LuxOpCo, с помощта на своите европейски свързани дружества, отговаря за това да съблюдава дали клиентите намират това, което търсят на европейските уебсайтове ⁽⁵⁹⁸⁾. Клиентът ще бъде загубен без човешка намеса ⁽⁵⁹⁹⁾.

⁽⁵⁸⁸⁾ Вътрешен документ на Amazon: „EU Policies and Procedures Manual“ от 1 май 2006 г., стр. 5.

⁽⁵⁸⁹⁾ Съобщение на Amazon от 14 март 2017 г. с дата 4 април 2017 г.

⁽⁵⁹⁰⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President Sales International, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Third Party Business (such as Marketplace), LuxOpCo, Luxembourg], 4 ноември 2014 г., точка 831: 5-10.

⁽⁵⁹¹⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 984: 5-25.

⁽⁵⁹²⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 50, точки 6—13.

⁽⁵⁹³⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 52, точки 8—15.

⁽⁵⁹⁴⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на клоната „Търговия на дребно в Европа“, отговарящ за всички дейности по търговия на дребно в Европа в LuxOpCo, Люксембург, бивш директор, отговарящ за френския пазар в Amazon.fr SAS, Клиши, Франция], 5 ноември 2014 г., точка 939:23-25; точка 940: 1-2.

⁽⁵⁹⁵⁾ Amazon Final Transcripts: [Директор на отдел „Финанси“ на Amazon Instant Video Limited, Лондон, Обединено кралство, бивш ръководен кадър и директор на отдел „Финанси“ на Amazon.co.uk, Лондон, Обединено кралство], 5 ноември 2014 г., точка 1104: 6-25, точка 1105: 1-2.

⁽⁵⁹⁶⁾ Вътрешен документ на Amazon: „Amazon Who Is Our Customer DE Customers Report May 2016“, стр. 6. Вж. също показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 49, точки 18—25: за германските клиенти на Amazon фактът, че „Amazon работи“, т.е. спазва обещанията си, е по-важен от цената, за разлика от мнението на американските клиенти, които смятат, че цената е най-важният елемент. „If you ask a German customer today why do you love Amazon, they would say because it works, and you can find many studies showing you exactly that and price would come somewhere ranked third, a second, third at best, depending on the category. Where in the U.S., people would say Amazon has great prices, right?“. Вж. също показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 151, точки 10—14: реклама от Amazon в Германия никога не подчертава цената, защото тя е по-маловажна. „In the U.S. at that time you would show a commercial based on price, right, Amazon attractive prices. And I said that in Germany that would be meaningless, because our largest category would not have attractive prices [...]“.

⁽⁵⁹⁷⁾ Вътрешен документ на Amazon: „Amazon Who Is Our Customer FR Customers Report June 2016“, стр. 5 и 6.

⁽⁵⁹⁸⁾ Amazon Final Transcripts [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 1046: 1-6: „So my – part of my team’s job is to make sure that the customer finds the relevant content on the website. That would mean we would be adding pictures and product description. We would work on customer reviews and – that are visible changes on the website“.

⁽⁵⁹⁹⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 34, точки 12—23. „To translate a legal text by Google, you need an individual to put it in correct wording again and that’s the same thing that we do on our website, that we present to our customer, and consistency of presentation is very important in my store because, you know, the detail pages need to look the same. The language, you can’t call color, color on this page and something else on the next page, so you need to have people that make sure you use consistent German terminology, otherwise the customer is completely lost.“

LuxOpCo е разполагало с екип „локализация и превод“ от [60-70] СТРВ, натоварени с проверката и адаптирането на машинния превод към местните стандарти ⁽⁶⁰⁰⁾ и с обединяването на различните европейски каталози с цел създаването и управлението на EFN, с улесняване на търсенето от потребителите в европейски мащаб ⁽⁶⁰¹⁾ и с разширяване на асортимента ⁽⁶⁰²⁾. Amazon използва екипи, натоварени с контрола на съдържанието, които проверяват неговото качество, гарантирайки, че уебсайтът съхранява представянето на информацията в подкрепа на популателния опит на клиентите ⁽⁶⁰³⁾. Важно е също отделът за помощ на клиентите да говори местния език и да разбира местните предпочитания ⁽⁶⁰⁴⁾, като факта, че германските клиенти очакват бързо изпращане на поръчките артикули ⁽⁶⁰⁵⁾.

- (496) Под лесна употреба се разбира също евтина, бърза и предвидима доставка. Бързината, лесната употреба и обслужването повишават удовлетвореността на клиента и, следователно, представляват фактори на растежа ⁽⁶⁰⁶⁾. Подобно на разходите за логистика, поети от Amazon, така и бързината, надеждността и точността на изпращането на артикули варират в различните страни ⁽⁶⁰⁷⁾, необходимо е да се разполага с логистично ноу-хау на местно ниво. За Европа ⁽⁶⁰⁸⁾, това ноу-хау се притежава и разработва от LuxOpCo и неговите европейски свързани дружества.
- (497) Функционирането на центровете за обработка на поръчките е различно според това дали те се намират в Европа или в САЩ ⁽⁶⁰⁹⁾ и дори варира в различните европейски държави ⁽⁶¹⁰⁾. Концепцията и методите, също както и нормите, които трябва да се спазват, се различават ⁽⁶¹¹⁾. В началото, за Amazon не беше лесно да намерят мениджъри запознати с функционирането на центровете за обработка на поръчките в Европа ⁽⁶¹²⁾.
- (498) За целите на планирането и инвестирането, LuxOpCo работи в тясно сътрудничество с екипите за обработка на поръчките и с екипите за продажба на дребно на европейските свързани дружества, които предоставят най-важната информация, а именно, очакваните обеми и видовете продукти или продуктовете семейства, които трябва

⁽⁶⁰⁰⁾ Amazon Final Transcripts [Vice President eCommerce platform], 24 октомври 2014 г., точка 215: 8-23: [...].

⁽⁶⁰¹⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 3 ноември 2014 г., точка 493: точка 8-25: 1-5: [...].

⁽⁶⁰²⁾ Amazon Final Transcripts: [Vice President International Retail, Amazon Corporate LLC, US, former Head of European Retail Business, responsible for all retail operations in Europe, LuxOpCo, Luxembourg], 3 ноември 2014 г., точка 503: 24 и 25, 504:1—25: [...].

⁽⁶⁰³⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 35, точки 5—18: [...].

⁽⁶⁰⁴⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 5 ноември 2014 г., точка 976: 6-17: „And to a certain extent, you can hear, we phonetically used the U.S. expression of the brand name so we're not saying Amazon.de but we say Amazon.de, because we didn't want customers in Germany for a minute to think about that this is a U.S. store, right. It's a German store with German people, fulfilled out of Germany, where you reach German customer service. You work with all the things that you're familiar in Germany. You find all the product that is relevant to you in Germany, and that is very, very different from France, UK, from the U.S.“

⁽⁶⁰⁵⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 49, точки 7—18.

⁽⁶⁰⁶⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 148, точки 16—20.

⁽⁶⁰⁷⁾ Паметна записка на Amazon след съдебното производство, стр. 31, точка 80. Вж. също показания [вицепрезидент на отдел „Product Management-Retail“ и бивш вице президент/генерален директор на отдел „Worldwide Operations“ в Amazon Corporate LLC, САЩ], 15 юли 2014 г., стр. 25, точки 18—23: „So because the networks are different, you would want to have supply chain people that understand the individual network. Supply chain people in the US for the US network; supply chain people to understand the European network; supply chain people to understand the European network.“

⁽⁶⁰⁸⁾ Amazon Final Transcripts [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 04 ноември 2014 г., точка 588: 11-20: „Yes. There isn't and there wasn't a European transportation carrier, so we had to deal with Royal Mail in the UK, Deutsche Post in Germany, and with LaPoste in France. At that time we had to deal with Royal Mail, and Deutsche Post or LaPoste. There was not much alternative. Some small couriers were starting to grow, but we had to negotiate with the quality of service, the type of the support, and the type of delivery with the three big players in those three countries.“

⁽⁶⁰⁹⁾ Показания [вицепрезидент на отдел „Product Management-Retail“ и бивш вице президент/генерален директор на отдел „Worldwide Operations“ в Amazon Corporate LLC, САЩ], 15 юли 2014 г., стр. 37, точки 2—7, стр. 55, точки 22—25, стр. 126, точки 24—25, стр. 127, точки 1—8: „The physical process in the UK and Germany had been designed by, principally by a German team. And that process just was totally different from the one that was principally Crisplant-based.“

⁽⁶¹⁰⁾ Показания [вицепрезидент на отдел „Product Management-Retail“ и бивш вице президент/генерален директор на отдел „Worldwide Operations“ в Amazon Corporate LLC, САЩ], 15 юли 2014 г., стр. 56, точки 13—15: „So they were — those two were very different, even though the physical processes was the same in both plants.“

⁽⁶¹¹⁾ Показания [вицепрезидент на отдел „Product Management-Retail“ и бивш вице президент/генерален директор на отдел „Worldwide Operations“ в Amazon Corporate LLC, САЩ], 15 юли 2014 г., стр. 54, точки 20—23.

⁽⁶¹²⁾ Показания [вицепрезидент на отдел „Product Management-Retail“ и бивш вице президент/генерален директор на отдел „Worldwide Operations“ в Amazon Corporate LLC, САЩ], 15 юли 2014 г., стр. 58, точки 9—12.

да се добавят към асортимента и в центровете за обработка на поръчките ⁽⁶¹³⁾. Данните, събрани от европейските свързани дружества, също оказват влияние върху капиталовите инвестиции в полза на центровете за обработка на поръчките и изчислението на разходите и маржовете ⁽⁶¹⁴⁾. Тази информация е получена единствено на базата на познаването на местния пазар, както и на отношенията с местните продавачи ⁽⁶¹⁵⁾ и големите търговци.

- (499) Накрая, лесната употреба, за потребителите, минава и през отдел за помощ на клиентите, който говори техния език и разбира култура им (като, например, склонността да се връща значителна част от закупените продукти). В Обединеното кралство [описание на особеностите на британския пазар]. Следователно, Amazon.co.uk [...] трябва да се адаптира към офертите на конкурентите, като доставка в самия ден или през определен интервал от време ⁽⁶¹⁶⁾. В Германия [описание на особеностите на германския пазар]. По този начин Amazon.de се сблъсква с [...], то трябваше да разработи система, позволяваща на своите центрове за обработка на поръчки в Германия да [...] ⁽⁶¹⁷⁾.

9.2.1.2.3. Активи, използвани от LuxOrCo

- (500) LuxOrCo използва значителни активи, за да поеме функциите, описани в раздели 9.2.1.2.1 и 9.2.1.2.2.

- (501) LuxOrCo притежава и управлява целия асортимент на Amazon в Европа, което е необходимо, за да може да упражнява дейностите по продажба на дребно на Amazon в Европа. По време на разглеждания период, материалните запаси, вписани в баланса му, са представлявали до [1,5-2] милиарда евро. Освен това LuxOrCo е притежавало всички дялове на ASE, AMEU и европейските свързани дружества, на които то отпуска финансирането с цел осъществяването на инвестиции за развитието на инфраструктурите, които са необходими за упражняването на дейностите по продажба на дребно, като построяване и оборудване на центрове за обработка на поръчки и увеличаване на капацитета на европейския център за данни ⁽⁶¹⁸⁾. Изкупуването на LoveFilm Group му позволи също да придобие някои нематериални активи, необходими за упражняването на една част от неговите дейности, свързани с услуги, по-конкретно видео стрийминг.

- (502) Структурата на разходите на LuxOrCo показва, че значителни активи са използвани за поемане на разходите, свързани с разработването, подобряването и управлението на нематериалните активи в рамките на изпълняваните функции ⁽⁶¹⁹⁾. Комисията анализира направените от LuxOrCo разходи или тези, които дават основание за кръстосано фактуриране, за да определи тяхната потенциална целесъобразност за разработването на нематериалните активи. По отношение на технологията, разходите включват разходите за служителите на позиции, свързани с тази технология. Те включват също разходите за сървърите, намиращи се в Люксембург и в Ирландия,

⁽⁶¹³⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 64, точка 25, стр. 65, точки 2—10: „So, I did not decide the color of the walls or which equipment to put into the operations. What I delivered, the most relevant input factor, which was the expected number of articles, ASINs that we're planning to sell. That's what determines the size and the equipment, but then operations figures out the layout of the building and when and where to build it, so I do not pick the land. I do not build the building, but I tell them I'm gonna sell washing machines, which makes a huge difference in the shelving than selling books“.

⁽⁶¹⁴⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 110, точки 22—25, стр. 111, точки 2—9: „[...] I would deliver forecasts based on what selection growth and additions I would expect and then they would determine how many square meters, [...]“; стр. 176, точки 19—25, стр. 177, точки 2—4, стр. 178, точки 2—7: „[...] I'm setting the biggest guidance by saying we going to sell washing machines or books and then everything follows that strain, and the cost and the margin calculation would be highly determined on that input“.

⁽⁶¹⁵⁾ В Германия, Amazon.de поиска от своя екип за продажба на дребно да определи задно с доставчиците най-ефикасният начин за изпращане и получаване на техните артикули. Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 166, точки 2—25, стр. 137, точки 16—23: „So, this is the team that I, for example, sent to the inbox to make their life more efficient because I have the relation to the vendor and can change the vendor behaviour [...]“ и „So, this would be people from, from my retail team that would be on the dock engineering the inbound, right? Like, if you sign up vendors you want to, you want to teach them how to deliver so that our fulfillment center can efficiently handle the product“.

⁽⁶¹⁶⁾ Amazon Final Transcripts: [Директор на отдел „Финанси“ на Amazon Instant Video Limited, Лондон, Обединено кралство, бивш ръководен кадър и директор на отдел „Финанси“ на Amazon.co.uk, Лондон, Обединено кралство], 5 ноември 2014 г., точка 1108: 25, точка 1109: 1-19.

⁽⁶¹⁷⁾ Показания [вицепрезидент и директор, отговарящ за германския пазар в Amazon Deutschland Services GmbH, Мюнхен, Германия], 13 юни 2014 г., стр. 88, точки 13—25, стр. 89, точки 2—13: „That's just a small piece of innovation. No, innovation is not always inventing Kindle. Innovation is make a process work for specific customer behavior that is existing“.

⁽⁶¹⁸⁾ Съобщение на Amazon от 8 февруари 2017, т. 2, относно финансирането на LuxOrCo и неговата цел и съображение 183.

⁽⁶¹⁹⁾ Доколкото едната или другата функции са били делегирани на европейските свързани дружества, те са получавали възнаграждение по метода на превизиените разходи. По този начин LuxOrCo е поел разходите, свързани с тези функции.

които позволяват на европейските уебсайтове да функционират. Разходните категории „Разходи за разработка на приложения“ и „Център за данни“ фигуриращи в таблица 8 също допринасят за компонента „технология“ на нематериалните активи.

- (503) По отношение на запазената марка, LuxOpCo е направил високи разходи за директен маркетинг ⁽⁶²⁰⁾, както това се удостоверява от таблица 7, сред които разходи за промоции, състоящи се в безплатна доставка, която е осъществена за сметка на рентабилността на LuxOpCo. Такива промоции благоприятстват печалбите и увеличават степента на удовлетвореност на клиентите и, следователно, увеличават стойността на марката Amazon в Европа. Програмата „Amazon Prime“ действително е приложена за европейските пазари от LuxOpCo, също е квалифицирана от дружество X като ключова маркетингова стратегия ⁽⁶²¹⁾. Сравнение на транспортните разходи, направени от LuxOpCo ⁽⁶²²⁾ и на тези, префактурирани към клиентите ⁽⁶²³⁾ показва, че само една малка част има отражение върху потребителите. И накрая, дружество X счита, че разходите за доставка на поръчаните артикули, които също са направени от LuxOpCo, подсилват марката Amazon ⁽⁶²⁴⁾.
- (504) Amazon признава ⁽⁶²⁵⁾, че една част от маркетинговите разходи на европейските оперативни дружества са се ползвали от неговите маркетингови нематериални активи на световно ниво. При все това то признава, че тъй като LuxSCS притежава правата върху всички запазени марки, които то използва в рамките на дейностите по продажба на дребно на Amazon, то възстановява пряко или косвено разходите направени от европейските оперативни дружества. При все това LuxOpCo не е фактурирало пряко на LuxSCS нито един от тези разходи. Освен това не може да се счита, че възстановяването на маркетинговите разходи е осъществено непряко чрез намаление на задълженията изплатени от LuxOpCo на LuxSCS. През разглеждания период не е наблюдавано никакво отклонение в полза на LuxOpCo по отношение на метода на изчисление на задълженията така както той е бил обезпечен от разглеждания ДС ⁽⁶²⁶⁾. При липсата на каквото и да е идентифицируемо възстановяване от LuxSCS в полза на LuxOpCo, разходите, ползващи се от нематериални маркетингови активи направени в Европа – както други разходи за разработване на права за интелектуална собственост фигуриращи в таблица 6 и в таблица 8 – трябва да бъдат считани като направени от LuxOpCo. Също така, фактът, че в съответствие с прилагането на разглеждания ДС, LuxOpCo може да задържи достатъчно финансови средства, за да покрие разходите си с марж на печалбата, също не трябва да се счита за каквото и да било възстановяване на разходи от LuxSCS. Последното не реализира оборот благодарение на свързаните или независимите страни ⁽⁶²⁷⁾ и при липсата на разглежданото ДС няма да може да осъществи и най-малкото плащане в полза на LuxOpCo (или на Amazon US) използвайки собствените си ресурси. LuxOpCo получава приходите, генерирани от продажбите и услугите и, следователно, е в състояние да поеме разходите, направени в рамките на своята дейност.
- (505) В обобщение, нито един от разходите направени от LuxOpCo в рамките на неговите функции, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериални активи, не може да бъде счетен като направен от името на LuxSCS. Ако случат е бил такъв, тези разходи е трябвало да бъдат префактурирани на LuxSCS и включени в разходния център по силата на СПР като вноска на LuxSCS към него. Напротив, структурата на разходите предполага, че LuxSCS действително е действало като доставчик на услуги по отношение на LuxOpCo като е притежавал нематериалните активи за сметка на последното. По този начин, LuxOpCo е била

⁽⁶²⁰⁾ До [400-500] милиона евро през 2013.

⁽⁶²¹⁾ Вж. съображение 343.

⁽⁶²²⁾ Вж. таблица 6.

⁽⁶²³⁾ Вж. таблица 5: префактуриране на транспортните разходи и абонамент Prime. Въпреки, че Prime предлага по-обширна гама от услуги отколкото обикновената безплатна, за целите на анализа на разходните категории, ползващи се от нематериални активи, предпазливо се счита, че приходите от абонаменти Prime са покривали изцяло само разходите за транспорт.

⁽⁶²⁴⁾ Вж. съображение 339.

⁽⁶²⁵⁾ Вж. съображения 205 и 206.

⁽⁶²⁶⁾ Вж. съображение 428, както и таблица 3 и таблица 6. Параграфи от 6.36 до 6.39 от насоките на ОИСП от 1995 и 2010 се отнасят до положения, при които дадено дружество не притежава марките или търговските наименования, които рекламира. При тези обстоятелства, капацитетът на едно дружество да поделит бъдещата печалба от маркетинговите дейности зависи от естеството на правата, които то притежава върху тези марки или търговски имена. В този смисъл рекламните и промоционални разходи могат да играят важна роля за запазването на стойността на марката. Следният пример е даден в параграф 6.36 с илюстративен характер: „Но когато дистрибуторът действително поема разходите за своите маркетингови дейности (разглежданите разходи не се възстановяват от собственика на марката или на търговското име), проблемът, който възниква е да се разбере в каква степен дистрибуторът може да се ползва от част от потенциалните печалби, свързани с тези дейности. Обикновено, при сделките с несвързани лица, заинтересоваността на страна, която не е собственик на нематериалния търговски илот, ще бъде преди всичко функция от естеството на правата на тази страна. Например, даден дистрибутор може да бъде заинтересован от печалбите, произтичащи от направените от него инвестиции, за да повиши цената на дадена търговска марка по отношение на оборота и пазарните дялове, ако е сключил дългосрочен договор за ексклузивна дистрибуция на продукта на марката. Тогава заинтересоваността на дистрибутора от печалбите трябва да се определи на базата на това какво би получил един независим дистрибутор при подобни обстоятелства. В някои случаи, даден дистрибутор би могъл да направи преколерни маркетингови разходи по отношение на тези, които независим дистрибутор със сходен статут би трябвало да направи за своите собствени дейности по дистрибуцията. При подобен случай, даден независим дистрибутор ще може да получи от собственика на марката допълнителен доход, вероятно чрез намаление на покупната цена на продукта или чрез намаление на процента на дължимата сума.“ Вж. също насоките на ОИСП от 2017 г., приложението към глава VI: „Примери, илюстриращи насоките отнасящи се до нематериалните активи“, пример 10.

⁽⁶²⁷⁾ Както се обяснява в съображение 434, единствените съществени приходи на LuxSCS са платените дължими суми от LuxOpCo.

образуването, което действително е осъществявало дейностите във връзка с нематериалните активи от свое име и на собствен риск, докато плащанията за изкупуване на LuxSCS и по силата на СПР в полза на образуванията на Amazon установени в САЩ, се покривали от дължимите суми изплатени от LuxOpCo, които съставлявали основния източник на приходи на LuxSCS. Следователно LuxOpCo действително е направило съответните разходи, свързани с икономическата експлоатация на нематериални активи, както и с тяхното разработване, подобряване и управление, както и свързаните с тях рискове.

9.2.1.2.4. Рискове, понесени от LuxOpCo

- (506) Amazon твърди, че „[в]един технологично ориентиран сектор, позволяващ високо автоматизирани процеси, LuxOpCo разчитало в голяма степен на технологиите за управление или поемане на бизнес рисковете“⁽⁶²⁸⁾, без да подкрепя това твърдение с конкретни примери.
- (507) В действителност, LuxOpCo е поемал както договорно⁽⁶²⁹⁾ така и на практика, рисковете свързан с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи. LuxOpCo е контролирал управлявал също всички съответстващи търговски и предприемачески рискове свързани с дейностите по продажба на дребно и предоставяне на услуги, упражнявани от Amazon в Европа, сред които кредитния риск, рискът свързан с взиманията, рискът от управление на материалните запаси⁽⁶³⁰⁾, пазарният риск, рискът от загуба или още рискове, свързани с поддръжката на работна ръка, способна да продава артикулите и да предоставя услугите ефикасно и в рамките на исканото време.
- (508) Във всеки случай, твърдението на Amazon не може да бъде прието по следните причини.
- (509) Първо, рисковете „поети“ от LuxOpCo не се дължат на използването на технология. Те се дължат на посочването на LuxOpCo за европейско седалище и за компания отговорна за дейностите по продажба на дребно и по предоставяне на услуги на Amazon в Европа. LuxOpCo е поел други рискове, свързани с нематериалните активи в резултат на договорните си споразумения с LuxSCS (чрез лицензионното споразумение) и на действителното си поведение в рамките на тези споразумения⁽⁶³¹⁾. По отношение на нематериалните активи, LuxOpCo гарантирало, на практика, управлението и контрола на рисковете, които LuxSCS поемало окончателно договорно по силата на СПР (вж. Таблица 13)⁽⁶³²⁾.
- (510) Второ, технологията би могла много добре да представлява полезно средство за смекчаване и оптимизиране на някои рискове до ниво, което е стирктно необходимо за упражняването на дейност в Съюза. Например, технология за управление на материалните запаси би позволила на LuxOpCo да поддържа материалните запаси на нива достатъчни за посрещане на търсенето, като същевременно минимизира риска от това някои продукти да не са на разположение или да станат непродваеми. При всички случаи, рискът от управлението на материални запаси присъщ на упражняването на търговия на дребно и не може да бъде напълно елиминиран, дори при използването на усъвършенстван софтуер. По същия начин, LuxOpCo поема риска присъщ за продажбата и риска от лоши дългове, както това се потвърждава от факта, че то формира резерви и поема корекциите на стойността за материалните запаси и лошите дългове⁽⁶³³⁾. По време на своето разследване, Комисията не установи нито един механизъм, който да показва, че някое образуване възстановява на а LuxOpCo загубите, свързани с материалните запаси и с лошите дългове.

⁽⁶²⁸⁾ Съобщение на Amazon от 29 май 2017 г., последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 29.

⁽⁶²⁹⁾ Лицензионно споразумение, точка 7 („No warranties“).

⁽⁶³⁰⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 14. Както е посочено в последващия доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 23: „A key aspect of the European business was the effective management of the inventory which is comprised of millions of individual items purchased from third-party vendors for resale“.

⁽⁶³¹⁾ Както се посочва в насоките на ОИСП от 2010 г., параграф 9.12: „[...] дадена данъчна администрация е принудена да оспори разпределението на риска, което е посочено между свързаните предприятия, ако то не съответства на икономическото естество на сделката. Следователно, за разглеждането на разпределението на риска между свързани предприятия и неговите последици върху трансферното ценообразуване, важно е да се анализират не само договорните разпоредби, но и следните допълнителни въпроси:

— Ако поведението на свързаните дружества спазва договорното разпределение на рисковете [...].

— Ако разпределението на рисковете в контролираната сделка съответства на принципа за сделка между несвързани лица ([...]), и

— Какви са последиците от разпределението на рисковете ([...])“.

⁽⁶³²⁾ СПР в сила от 5 януари 2009, параграф 2.3 и доказателство В (Functions and Risks).

⁽⁶³³⁾ Вж. таблица 4 за подробен преглед на корекциите на стойността и формираните резерви във връзка с текущите активи на LuxOpCo.

- (511) Трето, дори ако LuxOpCo е разчитало в известна степен на технологията за целите на управлението на търговските рискове, това е произтекло единствено от стратегическо решение от негова страна, тъй като то е в състояние да управлява и контролира резултата от тези автоматични процеси, като потенциално ограничава своите търговски рискове.
- (512) Amazon препраща също така към декларация фигурираща в последващия доклад относно ТЦ от 2017 г., според която LuxOpCo на практика не е контролирало стратегическите, финансови и оперативни рискове, пред които се е изправяло в ежедневните си операции, „стриктни политики на управление са били прилагани на ниво група през разглеждания период“⁽⁶³⁴⁾. При все това, Amazon не предостави конкретна информация относно политиките на групата за управление на рисковете в подкрепа на това твърдение, и никаква конкретна стратегия за управление на рисковете не е спомената в годишния формуляр K-10, депозиран от него пред Комисията по ценните книжа и борсите на САЩ (*Securities and Exchanges Commission*) през 2013.
- (513) При всички положения, дори такива политики да са били внедрени на ниво група през разглеждания период, LuxOpCo винаги би носило отговорност за решенията за стратегическо управление, които е взимало в рамките на упражняването на дейностите на Amazon в Европа, както и за кономическите последици от тези решения. Освен това, макар да не е необичайно действия, отнасящи се до група от дружества да са централизирани в дружеството майка или в център за услуги на групата⁽⁶³⁵⁾, фактът, че дъщерните дружества от тази група могат да получават някои инструкции от холдинговото дружество или от други предприятия от групата, в резултат на такава политика или стратегия, не означава, че въпросните дъщерни дружества не трябва повече да бъдат разглеждани като правни субекти отделни от тяхното дружество майка, нито че вече не носят отговорност за решенията, които взимат⁽⁶³⁶⁾. Фактът, че Amazon е предоставяло на LuxOpCo вътрешногрупови услуги по отношение на управлението на понесените от него рискове, би бил потенциално относим само за целите на определяне на трансферните цени на тези услуги⁽⁶³⁷⁾.
- (514) Според Amazon, основните критични рискове, свързани с операциите, упражнявани в Европа са, на първо място, рискът от загуба на икономическа дейност в полза на конкурентите. Тези рискове варират в зависимост от местните пазари. Следователно, за Amazon е от ключово значение да продължава да прави нововъведения, за да не му се наложи да напусне пазара, както е случая с няколко от неговите конкуренти във Франция и Обединеното кралство⁽⁶³⁸⁾. Вторият критичен риск, посочен от Amazon е когато клиентите не се адаптират към новите оферти. Разработването на семейство продукти, въвеждането на нови услуги и стартирането на нова дейност водят до риск потребителите да не харесат новите продукти. Подобно развитие, освен риска от прекратяване на услугата, включва и невъзможност за изпълнение на задълженията и други качествени проблеми⁽⁶³⁹⁾. Както Amazon посочи в своя формуляр K-10 от 2013⁽⁶⁴⁰⁾, рисковете, свързани с постоянната необходимост за Amazon да се разширява, за да бъде конкурентно, по-конкретно, „са източници на значителни ограничения за нашето управление, персонал, дейности, системи, технически резултати финансови ресурси, както и за вътрешните функции по финансов контрол и отчетност, които изпълняваме.“ Трети критичен риск, определен от Amazon се отнася до местната икономическа и политическа ситуация, както и до промените в правната рамка. Като пример, Amazon посочва националната разпоредба относно електронната търговия и други услуги или относно електронните устройства⁽⁶⁴¹⁾.
- (515) Всички тези критични рискове се управляват на местно ниво, като основно отговорно лице в Европа е LuxOpCo. Както е обяснено в отчета [Advisor 3], необходимо е да се вземат под внимание местните особености на съответния пазар, за да се получат добри резултати на конкурентните европейски пазари⁽⁶⁴²⁾. Местните екипи и мениджърите са в състояние да определят бъдещото поведение на конкурентите, те са в най-добра позиция да идентифицират нуждите и предпочитанията на потребителите и са по-близо до местните власти, следователно са най-много в състояние да изразят опасения по отношение на новите разпоредби и т.н. Значението на местните екипи и мениджъри е подкрепено и от показанията предоставени от служителите на Amazon в рамките на данъчната процедура в САЩ. Например рискът, че Marketplace няма да се развие, когато стартира в Европа, беше смекчен от приноса на LuxOpCo и познанията му за местния пазар, благодарение на подкрепата, предоставена от европейските свързани дружества. Всичко това потвърждава, че заключението, според което LuxSCS, без своите служители, не разполага с необходимия оперативен капацитет да управлява и контролира тези рискове.

⁽⁶³⁴⁾ Последващ доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 29.

⁽⁶³⁵⁾ Насоки на ОИСР от 1995 г., 2010 г. и 2017 г., параграф 7.14.

⁽⁶³⁶⁾ Вж. бележка под линия 272.

⁽⁶³⁷⁾ Въпросът дали за предоставянето на тези услуги се дължи възнаграждение от едно дружество, свързано с групата, на друго, ще зависи от анализа на специфичните факти и обстоятелства, по-специално, от въпроса дали тези вътрешногрупови услуги по „управление на рисковете“ представляват, като такива, предимство (или очаквано предимство) за LuxOpCo. Насоки на ОИСР от 1995 г., 2010 г. и 2017 г., параграф 7.29.

⁽⁶³⁸⁾ Съобщение на Amazon от 27 февруари 2017 г., стр. 12.

⁽⁶³⁹⁾ Съобщение на Amazon от 27 февруари 2017 г., стр. 13.

⁽⁶⁴⁰⁾ Съобщение на Amazon от 27 февруари 2017 г., приложение 32-9.

⁽⁶⁴¹⁾ Съобщение на Amazon от 27 февруари 2017 г., стр. 13.

⁽⁶⁴²⁾ Както е обяснено в съображение 163.

- (516) Другите рискове, посочени във формуляра К-10 от 2013 на Amazon, също се управляват и контролират от LuxOpCo. Така например, LuxOpCo поема репутационния риск по отношение на дейностите, упражнявани в Европа. В случай на недостъпност на уебсайтовете, европейските свързани дружества търсят помощта на LuxOpCo. Невъзможността да се удовлетвори търсенето и да се спазят сроковете за доставка по време на периода на новогодишните празници, което, в краткосрочен план, води до връщането на доставените прекалено късно артикули, а в по-дългосрочен план, до загуба на обем продажби и потенциални пазарни дялове, засяга основно самия продавач, т.е. LuxOpCo. LuxOpCo поема също разходите и рисковете, свързани с продажбите, лошите дългове и материалните запаси, както и разходите, свързани с връщането на повредените артикули.
- (517) Формуляр К-10 от 2013, освен това, квалифицира рисковете, свързани с нарушенията на нематериалните активи като критични рискови фактори ⁽⁶⁴³⁾, дори и ако те изглеждат по-незначителни в сравнение с рисковете, свързани с необходимостта на Amazon да развива своите дейности, за да остане конкурентно. По силата на лицензионното споразумение, LuxOpCo е контролирало и управлявало и тези рискове, като е било оправомощено да действа на собствен риск и по своя инициатива, за да защити нематериалните активи ⁽⁶⁴⁴⁾. Както се обяснява в съображение 419, LuxOpCo поемала сама отговорността за това съображение, въпреки, че, по силата на СПР, LuxSCS е трябвало да упражнява тази функция ⁽⁶⁴⁵⁾.

9.2.1.2.5. Заключение от функционалния анализ на LuxOpCo

- (518) Функционалният анализ на LuxOpCo показва, че по време на разглеждания период, то упражнявало активни и критични функции по отношение на разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериални активи, както и по отношение на функцията на централно управление и упражняването на дейности по продажба на дребно и по предоставяне на услуги от Amazon в Европа. LuxOpCo е използвало своя лиценз по отношение на нематериалните активи за целите на упражняването на дейностите по продажба на дребно и по предоставяне на услуги от Amazon в Европа е поемало окончателно разходите, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на тези активи. То е използвало също серия от материални активи и, най-общо, е поемало окончателно разходите, свързани с дейностите по продажба на дребно и по предоставяне на услуги от Amazon в Европа. Накрая, LuxOpCo е поемало и контролирало съществените рискове, свързани с нематериалните активи, както и всички търговски и предприемачески рискове, свързани с дейностите по продажба на дребно и по предоставяне на услуги от Amazon в Европа.

9.2.1.3. Избор на най-подходящия метод за определяне на трансферните цени

- (519) След като вътрешногруповата сделка е определена и е осъществен функционален анализ на двете страни по сделката, следващият етап на всеки анализ на трансферните цени се състои в избора на подходящ метод за трансферно ценообразуване, който да позволи да се установи пазарната цена за определената вътрешногруповата сделка. За да се гарантира, че трансферната цена достига до надеждно приближение до дадена договорена цена на пазара според принципа за сделка между несвързани лица, необходимо да се избере най-надеждния метод в зависимост от обстоятелствата по случая ⁽⁶⁴⁶⁾.
- (520) Както е обяснено в съображения 250—256, в насоките на ОИСР се описват пет метода, позволяващи определяне на пазарните цени за вътрешногруповите сделки. Тези принципи акцентират върху традиционните методи, основаващи се на сделките, такива като методът на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар, в сравнение с методите, базирани върху транзакционните печалби, като МТНП и методът на разделената остатъчна печалба, за да се определи дали трансферните цени съответстват на принципа за сделка между несвързани лица ⁽⁶⁴⁷⁾. По-специално, параграф 2.14 от насоките на ОИСР от 2010 и параграф 2.7 от принципите на ОИСР от 1995 гласят следното: „[к]огато е възможно да се идентифицират съпоставими сделки на свободния пазар, методът на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар представлява най-прякото най-надеждно средство за изпълнение на принципа за сделка между несвързани лица. В следствие на това, в конкретния случай този метод трябва да бъде предпочитан пред всеки друг.“ По този начин, за да може да се избере подходящ метод за трансферна цена, необходимо е да се види дали на свободния пазар има съпоставими сделки, които да могат да бъдат използвани за определяне на цената на разглежданата вътрешногруповата сделка.

⁽⁶⁴³⁾ Тези рискове, обаче, не бяха определени като основна заплата в съобщението на Amazon от 27 февруари 2017.

⁽⁶⁴⁴⁾ Лицензионно споразумение, точка 9.2 („Preventing Infringement“).

⁽⁶⁴⁵⁾ СПР, точка 9.12 („Preventing Infringement“).

⁽⁶⁴⁶⁾ Вж. параграф 2.2 от насоките на ОИСР от 2010 г.: „[и]зборът на метод за трансферна цена визира винаги напътването на най-подходящия метод в конкретен случай.“ Вж. параграф 1.42 от насоките на ОИСР от 1995 г.

⁽⁶⁴⁷⁾ Вж. също параграфи 3.49 и 3.50 от насоките на ОИСР от 1995 г. Това предпочитание към традиционните транзакционни методи се поддържа в параграф 2.3 от насоките на ОИСР от 2010.

9.2.1.3.1. Методът на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар

- (521) Amazon твърди, че с изключение на споразумението [A], нито едно от споразуменията за ИС, които е сключило с несвързани изпълнители, а именно споразуменията M.com, не представлява директно съпоставима сделка на пазара за целите на определянето цената на лицензионното споразумение ⁽⁶⁴⁸⁾. Комисията се съгласява, че нито едно от споразуменията за ИС, сключени от Amazon с несвързани страни, такива каквито ѝ бяха представени по време на разследването, по-конкретно споразуменията M.com, не представлява достатъчно съпоставима сделка на свободния пазар, за да се приложи метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар. Освен това, споразумението [A] не представлява за Комисията пряко съпоставима сделка.
- (522) Насоките на ОИСП формулират пет критерия на съпоставимост, които трябва да бъдат спазвани, за да могат контролираните сделки и сделките на свободния пазар да бъдат считани за съпоставими, а именно i) характеристиките на прехвърлената стока или на предоставената услуга, ii) функциите, упражнявани от страните (предвид използваните активи и поетите рискове), iii) договорните разпоредби, iv) икономическите обстоятелства на страните, и v) преследваните от компаниите икономически стратегии ⁽⁶⁴⁹⁾. Споразуменията M.com, сред които споразумение [A], явно не отговарят на нито един от тези пет критерия.
- (523) По отношение на първия и третия критерии, а именно характеристиките на стоките или услугите и договорните разпоредби, LuxOpCo е получило изключителен и неотменим лиценз за експлоатацията на материалните активи в Европа, както и правото да продължава да разработва, подобрява и управлява нематериалните активи по време на целия им полезен живот по силата на лицензионното споразумение ⁽⁶⁵⁰⁾. Обратното, нито едно от споразуменията, сключени от Amazon US не се отнася до подобен лиценз и не засяга същото ИС ⁽⁶⁵¹⁾. Както е обяснено в съображение 220, характеристиките на споразуменията M.com са много по-различни от тези на лицензионното споразумение. Лицензионното споразумение придава на LuxOpCo права, които му разрешават да експлоатира, да продължава да разработва, подобрява и управлява нематериалните активи (сред които технологиите) в рамките на своите дейности, свързани с европейските уебсайтове на Amazon. Обратното, по силата на споразуменията M.com, Amazon US е предоставило на партньорите M.com само неизключителен лиценз за използване на своя ИС в рамките на предоставянето на компютърни и търговски услуги онлайн, за да използват собствените им уебсайтове за продажба на дребно и за да може Amazon US да изпълнява задълженията си към тях ⁽⁶⁵²⁾. Следователно, тези лицензи не дават на партньорите M.com право да продължат да разработват и подобряват ИС на Amazon в рамките на дейностите им, което би било подобно на правото, което е предоставено на LuxOpCo по силата на лицензионното споразумение. Освен това, подобни задължения, визиращи поддържането и защитата на ИС, така както са обявени в лицензионното споразумение, н фигурират в споразуменията M.com. И накрая, в нито едно от петте споразумения M.com посочени в доклада относно ТЦ и в нито едно от 11 допълнителни споразумения M.com, съобщени на Комисията от Amazon, несвързаните страни по договора не получават достъп до софтуера или до базовите алгоритми, използвани от платформата за електронна търговия на Amazon.
- (524) Споразуменията M.com също задължават Amazon US да упражнява множество дейности отвъд предоставянето на лицензи за ИС. Дори и ако, според Amazon, споменатите споразумения покриват достъпа до някои права на ИС,

⁽⁶⁴⁸⁾ Съобщение на Amazon от 4 май 2015 г., стр. 3—4 и съобщение на Amazon от 31 юли 2015 г., стр. 2—3.

⁽⁶⁴⁹⁾ Вж. насоките на ОИСП от 1995 г., глава I, раздел С и насоките на ОИСП от 2010 г., глава I, раздел D.1.2. В параграф 1.17 от насоките на ОИСП от 1995 г. се дава следната насока в тази връзка: „Както беше посочено по-горе, при тези сравнения трябва да се вземат под внимание евентуалните значителни разлики между сравняваните транзакции или компании. За да се определи действителната степен на съпоставимост, а след това да се осъществят необходимите корекции на съпоставимостта за установяването на условия (или на гата условия) на сделка между несвързани лица, трябва да се сравнят характеристиките на сделките или на компанията, които биха повлияли на условията на сделките между несвързани лица. Характеристиките, които биха могли да бъдат важни включват характеристиките на прехвърлените стоки или услуги, функциите, изпълнявани от страните (като се вземат под внимание използваните активи и поетите рискове), договорните клаузи, икономическото положение на страните и преследваните от тях индустриални стратегии. [...]“. Тези пет „характеристики“ обикновено се наричат петте фактора на съпоставимостта. Вж. също параграф 1.36 от насоките на ОИСП от 2010 г. и от 2017 г.

⁽⁶⁵⁰⁾ Вж. раздел 2.1.2.3.

⁽⁶⁵¹⁾ Насоки на ОИСП от 1995 г., параграф 1.19: „Характеристиките, които може да е важно да бъдат взети под внимание са следните: [...] в случая на нематериални активи, формата на сделката (например, предоставяне на лиценз или продажба), видът актив (например, патент, фабрична марка или ноу-хау), срокът и степента на защита и очакваното предимство от употребата на въпросния актив“.

⁽⁶⁵²⁾ Вж. съображение 220, което цитира причините представени от Amazon, за да обясни по какво ИС, преотстъпена под лиценз в рамките на споразуменията на M.com, се различава от нематериалните активи, преотстъпени под лиценз в рамките на лицензионното споразумение. Вж. също съображение 223 относно споразумение [A]. Както е обяснено по-подробно в съобщението на Amazon от 31 юли 2015 г.: „Customer data is never licensed out to third parties. Moreover, third-party use under license of the Amazon trademarks and the Amazon logo in Europe is limited to marketing and similar materials that have been approved in advance by LuxOpCo. These limited licenses are revocable, royalty-free, non-transferable and non-assignable.“

договорите имат по-широк обхват, защото обхващат услугите, предоставяни от Amazon US на партньорите M.com, като хостинг и поддръжка на уебсайтове за електронна търговия, изпращането или обработката на колетите, организацията на продажбите и т.н. Освен това, ако предоставянето на услугите в рамките на споразуменията M.com се осигурява основно от Amazon US, който е едновременно лицензодател и ползвател на нематериалните активи, в случай на лицензионно споразумение, LuxOpCo, в качеството си на титуляр на лиценза, е дружеството, което ползва нематериалните активи и осигурява разработването, поддръжката, хостинга и управлението на европейските уебсайтове. LuxSCS, което предоставя лиценза върху нематериалните активи по силата на лицензионното споразумение, няма нито един служител и, следователно, няма капацитета да упражнява функции, подобни на тези упражнявани от Amazon US по силата на споразуменията M.com.

- (525) Що се отнася по-специално до споразумение [A], правата върху нематериалните активи, покрити от това споразумение не само н са сравними с изключителния и неотменим лиценз, предоставен от LuxSCS до LuxOpCo по силата на лицензионното споразумение, но споразумението [A] засяга също множество допълнителни услуги, които не се предоставят от LuxSCS по силата на лицензионното споразумение. Споразумението [A] покрива много услуги, по-специално развитието, хостинга и поддръжката на уебсайт за електронна търговия. Фактът, че наречено [...] ⁽⁶⁵³⁾ показва също така по-обширния обхват на това търговско отношение. Докладът относно ТЦ не отчита тези разлики, нито въвежда корекции в съпоставимостта, освен що се отнася до предоставяне на данни за клиентите.
- (526) Що се отнася до втория критерий, а именно, функционалният анализ, Комисията вече установи, че LuxSCS не е упражнявало никаква функция, увеличаваща стойността на нематериалните активи. По-специално, LuxSCS не е било натоварено с разработването, подобряването, управлението или експлоатацията на нематериалните активи и не е упражнявало никаква маркетингова дейност. По силата на споразуменията M.com, Amazon US не само е било създателят и разработчикът на ИС, използвана в рамките на сделката, но също така е предоставяло многобройни услуги, по-конкретно услуги по електронна търговия, които се предоставят от LuxOpCo, а не от LuxSCS, по силата на лицензионното споразумение.
- (527) Относно четвъртия критерий, икономическите обстоятелства, Комисията наблюдава, че по-голямата част от споразуменията M.com се отнасят до територията на САЩ засягат значително по-слаби обеми на продажбите.
- (528) Що с касае до петия критерий, икономическите стратегии на компаниите, споразуменията M.com са сключени с утвърдени търговци на дребно физически лица, с цел да се приведе в готовност заместваща дистрибуционна мрежа. В случая на лицензионното споразумение, целта на LuxOpCo е била да внедри на европейския пазар за електронна търговия своя уникална дистрибуционна мрежа, която предполага използването на нематериалните активи ⁽⁶⁵⁴⁾.
- (529) В обобщение, нито едно от споразуменията за ИС, сключени между Amazon и трети, независими лица, включително споразуменията M.com най-общо и споразумението [A] в частност, не представлява съпоставима сделка на свободния пазар, на базата на която възнаграждението, изплатено на LuxSCS по силата на лицензионното споразумение, може да бъде оценено чрез прилагане на метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар. Прилагането на метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар се основава на сравнение между условията на сделка между свързани предприятия и тези на сделка между независими предприятия ⁽⁶⁵⁵⁾. За да може едно такова сравнение да има значение, е необходимо характеристиките на взетите под внимание ситуации да са достатъчно съпоставими. Това означава, че нито една от евентуалните разлики между съпоставените ситуации не би могла да повлияе значително на разглеждания от методологична гледна точка елемент (например, цената или маржа), или че могат да бъдат осъществени разумно надеждни поправки (или „корекции на съпоставимостта“), за да се елиминира влиянието на такива разлики. Както е обяснено в съображения от 522 до 528, лицензионното споразумение и споразуменията M.com се различават до степен, която би повлияла значително условията на сделката, ако бъдат взети под внимание петте критерия за съпоставимост. Освен това, Комисията счита, че не може да бъде направена никаква достатъчно надеждна корекция за отстраняване на материалните последици от тези разлики ⁽⁶⁵⁶⁾.

⁽⁶⁵³⁾ Същото се отнася и до споразумението [G], докато други споразумения се наричат [...] в случая на [H] и [B], [...] в случая на [I].

⁽⁶⁵⁴⁾ Както обяснено в съображение 309, Люксембург също достигна до заключение, че тези споразумения, сред които споразумение [A], не могат да бъдат използвани за целите на анализа според метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар, предвид това, че това споразумение отразява модел на компания, който се отклонява от модела установен между LuxSCS и LuxOpCo.

⁽⁶⁵⁵⁾ Вж. съображение 253.

⁽⁶⁵⁶⁾ Вж. насоките на ОИСП от 1995 г., параграф 1.15 и насоките на ОИСП от 2010 г. и 2017 г., параграф 1.33.

- (530) По-специално, Amazon твърди, че прехвърлянето на базови технологии по силата на споразумението [A] може да бъде отделено от другите услуги и биха могли да бъдат направени разумно надеждни поправки за отстраняването на разликите между споразумението и лицензионното споразумение⁽⁶⁵⁷⁾. Все пак, според показанията на служител на Amazon⁽⁶⁵⁸⁾, Amazon е имало цялостна визия за фиксирането на цената по споразуменията M.com и не се е опитало да определи отделно цената на различните услуги, които се доставяли от Amazon US⁽⁶⁵⁹⁾. Също така, при липсата на ясно идентифицирани корекции за материалните услуги, предоставяни от Amazon US по силата на споразумение [A] (такива като създаване, разработване, поддръжка и хостинг на уебсайтове, осигурявани от екипа на Amazon US), изглежда неосъществимо определянето на частта от възнаграждението на Amazon US съответстваща на обикновения достъп до неговите нематериални активи.
- (531) Дори, ако се предположи, че би било възможно да се прехвърлят базови технологии, възнаграждението отнасящо се до това прехвърляне по силата на споразумение[A] трябва да бъде значително по-ниско от изчисленото в доклада относно ТЦ. В този доклад, изчислението е получено чрез добавянето на няколко дължими суми, предвидени в споразумение [A], а именно, тези отнасящи се до материалните елементи на споразумението, като корекция за увеличение на разходите за заплати на Amazon. С цел да се определи имплицитното възнаграждение, няколко корекции бяха добавени към проектните и базови разходи и към комисионните от продажби, дължими от [A], а именно разходи, предназначени да компенсират свръхкапацитета за поръчки или свръх материалните запаси. Тези разходи са свързани с физическото управление на дейност по търговия на дребно. Те не са свързани с нематериалните активи, прехвърлени по силата на това споразумение. Докладът относно ТЦ не съдържа никакъв аргумент, който да обоснове тяхното включване в анализа на ставката на дължима сума спазваща принципа на сделка между несвързани лица, за нематериалните активи⁽⁶⁶⁰⁾. Освен това, при изчислението на имплицитното задължение, докладът относно ТЦ не взима под внимание отрицателната връзка между нивото на комисионните такси и продажбите, към които ще се приложат посочените разходи. По-точно, комисионната такса, договорена в споразумението [A] трябва да намалява всяка година (от 5 % до 4 %) едновременно с увеличението на нивото на предвидените продажби, които трябва да генерира [A] съгласно споразумението (те трябва да преминават от първоначален обем от 350 милиона щатски долара към 750 милиона щатски долара). Това означава икономии за сметка на мащаба и/или печалба от пазарна мощ за получателя на услугата⁽⁶⁶¹⁾. Обратното, докладът относно ТЦ е включил в своето изчисление единствено комисионните ставки, намаляващи до 4 % годишно, както това е предвидено в споразумението [A], без да се задава въпроса дали тези ставки ще бъдат обосновани, с оглед на значително по-високите нива на продажби, очаквани в Европа (от 3,2 милиарда евро през първата година след реструктурирането до 8,3 милиарда евро към 2010 година).
- (532) Прилагането на метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар, така както е посочен в доклада относно ТЦ, а също даде преувеличен резултат, което изложи „LuxOpCo на риска да понесе загуби“⁽⁶⁶²⁾. Това означава, че приходите, генерирани от LuxOpCo благодарение на използването на нематериалните активи, ще бъдат потенциално недостатъчни не само, за да се плати на LuxSCS дължимото определено на базата на метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар, но също така, за възнаграждението на всички останали функции, упражнявани от LuxOpCo. Комисията посочва, че е малко вероятно несвързан титуляр на лиценз да приеме метод на определяне на възнаграждението му, който вероятно ще му причини структурни загуби⁽⁶⁶³⁾. Тя посочва също така, че употребата на метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар на базата на споразумението [A] е бил отхвърлен в доклада относно ТЦ с мотива, че анализът за подялба на остатъчната печалба е преценен като „като по-малко в състояние да доведе до пристрастни оценки“⁽⁶⁶⁴⁾.

⁽⁶⁵⁷⁾ Съобщение на Amazon от 29 май 2017 г., стр. 5.

⁽⁶⁵⁸⁾ Amazon Final Transcripts: [вицепрезидент на „Technology – Software Development“, Amazon Corporate LLC, САЩ, бивш вице-президент на Kindle, Amazon Corporate LLC, САЩ], показания в съдебното производство от 18 ноември 2014 г., параграфи 3541-3540: 24-25, параграфи 3541:1-25, параграфи 3542: 1-25: „Q: [...] And given that these deals involved services and technology, how did Amazon price them? A: Well, the way we priced these deals was essentially looking at them as a wholistic bundle [...]“.

⁽⁶⁵⁹⁾ Както е обяснено в съображение 210, това впоследствие е било признато от Федералния данъчен съд на САЩ.

⁽⁶⁶⁰⁾ Вж. съображение 144.

⁽⁶⁶¹⁾ Вж. последните показания на Amazon в съдебното производство от 18 ноември 2014 г., [вицепрезидент на „Technology – Software Development“, Amazon Corporate LLC, САЩ, бивш вице-президент на Kindle, Amazon Corporate LLC, САЩ], стр. 3549:9—3550:1, точка 3549: 10-25; точки 3550: 1-10: „Volume impacted deal pricing pretty significantly. You can look at the — you can go through the various contracts across the M.coms and you will find that the larger ones, such as [C] and [A], they have a lower commission rate than the smaller ones such as [D] and [E] and [F], and so that was a reality of what the market forces would require, [...] And so the expectation that became predominant across all of the players in this market segment was that the bigger the sales volume, the lower the commission rate would be, and that found its way into, for example, [A] Amendment 3 is where we went from a single commission structure to a tiered base structure because [A] saw that their sales were doing very well and they predicted them to do very well over the course of the remainder of the agreement and they didn't want to be spending that much because they thought it wasn't competitive with their alternatives. And you saw the same thing in the [C] deal [...]“.

⁽⁶⁶²⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., точка 129, стр. 41.

⁽⁶⁶³⁾ Вж. съображение 322. Както е посочено в насоките на ОИСП от 1995 г., параграф 1.53: „Фактът, че нерентабилна компания сключва сделки с членове бенефициенти от своята многонационална група, навежда данъкоплатеца или данъчната администрация на мисълта, че се налага преглед на трансферната цена. [Нерентабилната] компания не може да бъде адекватно възнаградена от многонационалната компания, от която е част, предвид предимствата, които последната извлича от нейните дейности.“ Вж. също насоките на ОИСП от 2010 г., параграф 1.71 и насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 1.130.

⁽⁶⁶⁴⁾ Вж. съображение 153.

- (533) В последното си съобщение, Amazon твърди, че една съпоставима цена на свободния пазар може да бъде определена за лицензионното споразумение на базата на ставка на лицензионното възнаграждение от [4,5-5] % върху brutните продажби на стоки⁽⁶⁶⁵⁾. За да подкрепи този аргумент, Amazon се основава на своето тълкуване становището на Федералния данъчен съд на САЩ. При все това, както е обяснено в съображение 210 и в бележката под линия 352, ставката на лицензионното споразумение от [4,5-5] % не е определена от Федералния данъчен съд на САЩ, а е изчислена от Amazon за целите на настоящето решение. При всички случаи, Комисията не счита, че такава ставка на лицензионно възнаграждение, определена за изчисление на фиксираната цена на споразумението за изкупуване, представлява надеждна съпоставима стойност за прилагане на метода на съпоставимата неконтролирана цена на свободния пазар с цел определяне на възнаграждение за сделка между несвързани лица за лицензионното споразумение.
- (534) С предварителен характер, Комисията посочва, че споразумението за изкупуване е сключено през 2005 и че данъчната администрация на Люксембург се е запознала с неговото съществуване с писмо от Amazon от 20 април 2006. Ако Amazon и Люксембург считат, че стойността на плащането за изкупуване по силата на това споразумение представлява надеждна съпоставима стойност, тази информация би трябвало да бъде взета под внимание от данъчната администрация на Люксембург, когато е потвърдила разглежданото ДС през декември 2006 г.
- (535) Комисията отбелязва също, че Федералният данъчен съд на САЩ е направил корекции в стойността на плащането за изкупуване въз основа на сравнение със споразуменията M.com, а именно споразумението [A]⁽⁶⁶⁶⁾. Въпреки, че Федералният данъчен съд на САЩ успя да отдели прехвърлянето на базова технология от другите услуги, обхванати от това споразумение⁽⁶⁶⁷⁾, остава фактът, че нито един от петте фактора за съпоставимост, изброени и анализирани в съображения от 522 до 528 не е удовлетворен, когато лицензионното споразумение се сравни със споразуменията M.com, сред които е споразумението [A]. Същите основания, посочени в тези съображения, имат предимство в случай на използване на споразумението за изкупуване като съпоставимо за определяне на цените в лицензионното споразумение.
- (536) Важно е да се посочи, че плащанията за изкупуване се отнасят до еднократно прехвърляне на права върху вече съществуващи нематериални активи. Те не взимат под внимание функциите, свързани с продължаването на разработването, подобрието и управлението на нематериалните активи и на свързаните с тях рискове, които бяха обявени в СПР и упражнявани от LuxOpCo. Тези функции създават не само стойност за LuxOpCo, но също и за страните по договора на LuxSCS по СПР: АТ1 и А9.
- (537) Федералният данъчен съд на САЩ сравни споразумението [A] сключено между Amazon US и [A] със споразумението за изкупуване, сключено между Amazon US и всички дейности в Люксембург, без да прави разлика между LuxSCS и LuxOpCo, предвид това, че те се считат за едно образувание от американска данъчна гледна точка. Като такава, споразумението [A] е преценено като съпоставимо на лицензионно споразумение, сключено между създател на ИС (Amazon US) и ползвател на ИС (търговските дейности в Европа като цяло). Лицензионното споразумение не представлява такова уреждане, защото то се е отнасяло до притежател на ИС, което, де факто, е пасив (LuxSCS), който предоставя подлиценз върху нематериалните активи на свързана страна (LuxOpCo), за да може тя да гарантира разработката, подобряването, управлението и експлоатацията по време на разглеждания период. В следствие на това, ако стойността на плащането за изкупуване е трябвало да бъде използвана като съпоставима неконтролирана цена на свободния пазар, тя би била подходяща единствено за определяне на възнаграждението на LuxSCS в полза на LuxOpCo за упражняваните от LuxOpCo функции (както сее вземат под внимание използваните активи и поетия риск) в рамките на лицензионното споразумение. Както е посочено в раздел 9.2.1.1, LuxSCS не е направило или добавило никакъв уникален или ценен принос към разработването, поддръжката и подобряването на нематериалните активи, както, между впрочем, е посочено в СПР, а прехвърлило тези функции на LuxOpCo, титулярът на лиценза⁽⁶⁶⁸⁾. По този начин, LuxSCS е могло да претендира за печалбите предоставени съгласно СПР (законната собственост върху нематериалните активи и свързаните и произхождащи от тях работи) само защото LuxOpCo е упражнявало функциите и е поемало рисковете, предвидени от това споразумение (както е обяснено в раздел 9.2.1.2).
- (538) Това показват условията на лицензионното споразумение, по силата на които LuxOpCo получава изключителния и неотменим лиценз за всички съществуващи и бъдещи права на LuxSCS върху нематериалните активи за

⁽⁶⁶⁵⁾ Съобщение на Amazon от 29 май 2017 г.

⁽⁶⁶⁶⁾ Вж. съображение 210.

⁽⁶⁶⁷⁾ Както е обяснено в споразумение 210, Данъчният федерален съд на САЩ признава, че по силата на споразумение [A], Amazon предоставя различни спомагателни услуги на [A], услуги, които не са били свързани с нематериалните активи.

⁽⁶⁶⁸⁾ В последващия доклад относно ТЦ от 2017 г. погрешно се извежда заключението, че „the license of the Intangibles from LuxSCS to LuxOpCo [...] comes with a commitment by LuxSCS to maintain, update, and enhance those intangibles through ongoing investments under the CSA“. Както е обяснено в раздел 2.1.2.3, LuxOpCo поема този ангажимент („commitment“) за своя сметка, предвид това, че му е предоставен неотменим и изключителен лиценз за разработване, подобряване и експлоатиране на нематериалните активи, притежавани от LuxSCS.

неопределен период от време, както и функционалния анализ, осъществен в раздели 9.2.1.1 и 9.2.1.2. Ако лицензионно споразумение подобно на отношението между лицензодателят и лицензополучателят в споразумение [A] може да бъде сключено между независими и свързани страни според принципа за сделка между несвързани лица, то подлицензионно споразумение съпоставимо с лицензионно споразумение е трудно да се възприеме между независими страни.

9.2.1.3.2. Методът на разделения печалба и МТНП

- (539) Предвид това, че няма пряко съпоставимо на лицензионния договор ⁽⁶⁶⁹⁾, методът на транзакционната печалба е най-подходящия метод за трансферна цена за определяне трансферната цена на конкретната вътрешногрупова сделка. Както е обяснено в съображение 251, два транзакционни метода за трансферна цена са описани в принципите на ОСИР: МТНП и методът на разделения печалба. Методът на разделения печалба препраща към два подхода: данъчният анализ и остатъчният анализ. Последният често се нарича „анализ на разделянето на остатъчната печалба“.
- (540) Докладът относно ТЦ би изчислил интервала на сделка между несвързани лица за лицензионно споразумение на базата на метода на разпределената остатъчна печалба ⁽⁶⁷⁰⁾. По-внимателен преглед на тази оценка показва, все пак, че действително прилагания метод на трансферна цена е МТНП. На първо време, МТНП е използван за определяне на възнаграждението за сделка между несвързани лица, равняваща се на [4-6] % от оперативните разходи на LuxOpCo за предполагаемите му общи задължения, докато, на по-късен етап, 100 % от оставащата печалба е била предоставена на LuxSCS като лицензионно възнаграждение за ползването на нематериалните активи от LuxOpCo. Прибягването към метода на разделения остатъчна печалба предполага, че остатъчната печалба, след възнаграждението за „текущите функции“ за вътрешногруповите сделки, се поделва между страните по контролираните сделки, за да се възнагради техния уникален и ценен принос ⁽⁶⁷¹⁾. В този случай, обаче, 100 % от остатъчните печалби са били приписани на LuxSCS без никакво обосноваване в доклада относно ТЦ, предвид това, че този доклад не определя как вноските (като се вземат предвид упражняваните функции, използваните активи и поетите рискове) на LuxSCS биха могли да обосноват това, че цялата остатъчна печалба е била приписаната последното. Докладът просто посочва, че остатъчните печалби „*may be considered to be attributable to the Intangibles licensed by LuxOpCo from LuxSCS*“ (може да се счита, че имат качеството да бъдат приписани към материалните активи дадени под лиценз на LuxOpCo от LuxSCS) ⁽⁶⁷²⁾.
- (541) Липсата на разделяне на остатъчната печалба между LuxSCS и LuxOpCo при оценката на трансферната цена от доклада относно ТЦ, посочва, че само една от тези страни по лицензионното споразумение е била счтена за предоставяща ценен и уникален принос, по-конкретно LuxSCS. Това означава, че в действителност, е бил прилаган едностранен метод за трансферна цена, т.е.: МТНП, за да се определи интервала на сделката между несвързани лица ⁽⁶⁷³⁾. Това беше потвърдено от Люксембург ⁽⁶⁷⁴⁾.
- (542) В светлината на функционалния анализ, осъществен в раздели 9.2.1.1 и 9.2.1.2, Комисията признава, че само една от страните по лицензионното споразумение има уникален и ценностен принос и, следователно, МТНП е най-подходящият метод за определяне на трансферните цени за оценка на възнаграждението, което трябва да се изплати по силата на лицензионното споразумение. Въпреки това, както е показано по-горе, страната, която изпълнява уникални и ценни функции по тази сделка е LuxOpCo, а не LuxSCS. На това основание, проверяваната страната, за прилагането на МТНП е трябвало да бъде LuxSCS, а не LuxOpCo, както е обяснено в раздел 9.2.1.4.

⁽⁶⁶⁹⁾ Вж. съображение 529.

⁽⁶⁷⁰⁾ Вж. съображение 153.

⁽⁶⁷¹⁾ Вж. съображение 256.

⁽⁶⁷²⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 31.

⁽⁶⁷³⁾ Вж. също последващия доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 19: „*For the party that does not make a unique and valuable contribution, like any other one-sided method, the TNMM tends to mathematically give the same effect as a residual profit split method as only a remuneration for the routine functions can be allocated and no residual profit can be attributed to that party. The TNMM is under the circumstances of the case, the most appropriate method for an ex-post analysis of the outcomes of the royalty transaction given that other available methods do not provide a more reliable basis for testing the transaction.*“

⁽⁶⁷⁴⁾ Както е обяснено в съображение 301, в своите забележки по решението за откриване, Люксембург е уточнил, че разглежданото ДС одобрява метод за определяне на трансферна цена, базиран на МТНП. Приемането на МТНП, според люксембургската данъчна администрация, като подходящ метод за трансферна цена в случая, е взимал под внимание функционалния анализ, включен в доклада отнасящ се до трансферната цена.

9.2.1.4. Прилагането на МТНП в настоящия случай

- (543) Както се обяснява в съображение 255, прилагането на МТНП изисква, на първо място, избор на проверявана страна и, на второ място, избор на подходящ показател за нивото на печалбата, който разглежда печалбите, които трябва да се генерират на базата на функциите, упражнявани от проверяваната страна по контролираната сделка, като се вземат под внимание активите, които тя ползва и поетите рискове.

9.2.1.4.1. Проверяваната страна следва да бъде LuxSCS

- (544) За прилагане на МТНП е необходимо да се избере „проверявана страна“ на базата на функционалния анализ (включващ използваните активи и поетите рискове) на всички страни по вътрешногруповата сделка ⁽⁶⁷⁵⁾. Като правило проверяваната страна е тази, за която може по най-достоверен начин да се приложи МТНП и за която могат да бъдат намерени най-достоверните сравними елементи; най-често това ще е тази страна, която упражнява най-малко сложните функции ⁽⁶⁷⁶⁾. МТНП се счита за подходящ метод за проверка на възнаграждението по сделка между несвързани лица на страната, която няма никакъв уникален и ценностен принос във връзка със сделката, която е предмет на анализа на трансферната цена ⁽⁶⁷⁷⁾.
- (545) В случай на метода за определяне на трансферни цени, възприет от разглежданото ДС, LuxOpCo се посочва като проверявана страна при прилагането на МТНП. Докладът относно ТЦ мотивира този избор като прави заключение, че LuxOpCo упражнява най-малко сложните функции в своите отношения с LuxSCS, предвид това, че за разлика от LuxSCS, то не притежава ценни права върху ИС и не се излага на значителни търговски рискове при упражняването на текущите си дейности ⁽⁶⁷⁸⁾.
- (546) Тази обосновка показва объркване между сложността на притежаваните активи и сложността на функциите, упражнявани от страните по вътрешногруповата сделка, чиято цена е установена. Както се обяснява в съображение (430), нищо не позволява да се твърди, че дадено свързано дружество принадлежащо към група, което предоставя под лиценз нематериален актив на друго дружество от групата, упражнява по-сложни функции от това дружество поради единствената причина, че то притежава законната собственост върху комплексен актив. За целите на определянето на трансферните цени, законната собственост на даден нематериален актив не придава, сама по себе си, никакво право за съхранение *in fine* на оборота в резултата на експлоатацията на този актив. Възнаграждението на дадена страна по вътрешногруповата сделка зависи, от една страна, от функциите, които тя упражнява, от активите, които използва и от рисковете, които поема и, от друга страна, от другите направени от другите свързани страни, като се вземат предвид функциите, които те упражняват, активите, които използват и рисковете, които поемат ⁽⁶⁷⁹⁾. Както се обяснява в раздел 9.2.1.1.3, всеки риск, който би могъл да бъде договорно вменен на LuxSCS, което, в действителност, е било много ограничено предвид лицензионното споразумение, не съответства на действителното поведение на страните.
- (547) В конкретния случай, данъчната администрация на Люксембург е трябвало да отхвърли твърдението на Amazon според което обикновената законна собственост върху нематериални активи представлява сама по себе си „уникален принос“ ⁽⁶⁸⁰⁾, за който LuxSCS трябва да получава възнаграждение, състоящо се практически от всички

⁽⁶⁷⁵⁾ Необходимо е да се избира проверявана страна само ако се използва метода на превишените разходи, метода на занижените пазарни цени или МТНП — виж параграф 3.18 от насоките на ОИСР от 2010 и от 2017. Това изискване фигурира и в параграфи 2.38, 3.26 и 3.43 от насоките на ОИСР от 1995.

⁽⁶⁷⁶⁾ Вж. също параграфи 2.59 и 9.79 от насоките на ОИСР от 2010 г.

⁽⁶⁷⁷⁾ Насоки на ОИСР от 2010 г., параграф 2.59: „Метод на транзакционната нетна печалба вероятно няма да бъде надежден, ако двете страни по дадена сделка имат уникален и ценностен принос[...]. В този случай, много по-подходящ би бил методът на разделяне на печалбата [...]. При все това, едностранен метод (транзакционен метод или метод на транзакционната нетна печалба) може да бъде приложен в случай, че една от страните има цялото уникално участие в контролираната сделка докато другата страна няма никакъв уникален принос“. Вж. също насоките на ОИСР от 2017 г., параграф 2.65.

⁽⁶⁷⁸⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 30—31.

⁽⁶⁷⁹⁾ Както се посочва в насоките на ОИСР от 2017 г., параграф 6.42: „[...] По този начин, в случай на вътрешно разработен нематериален актив, ако законният собственик не упражнява никаква функция, не използва никакви активи и не поема никакъв риск ако действа единствено като образувание титულър, законният собственик няма да има право *in fine* на никаква част от приходите извлечени от групата многонационални компании, от експлоатацията на разглеждания материален актив, извън евентуално възнаграждение за сделка между несвързани лица, съответстващо на притежаваното.“

⁽⁶⁸⁰⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., точка 91, стр. 30.

ползи, извлечени от всички търговски дейности на LuxOpCo. Тя е трябвало, по-скоро, да изисква функционален анализ, показващ, че LuxSCS упражнява уникални и ценностни функции, свързан с този актив, като такъв анализ липсваше напълно от доклада относно ТЦ. Ако се оспорва това, че LuxOpCo не би трябвало да се ползва от изключителното и неотменно право да използва нематериалните активи и да ги предоставя чрез под лиценз без да възстановява на LuxSCS разходите, свързан със споразумението за изкупуване и със СПР, които последното е направило, въпросът дали LuxSCS би трябвало да получи възнаграждение над тази сума, зависи от функциите, упражнявани съответно от LuxSCS и от LuxOpCo по отношение на нематериалните активи.

(548) Въпреки, че LuxSCS е било законен собственик на нематериалните активи по време на разглеждания период, функционалният анализ, осъществен в раздел 9.2.1.1 показва, че то не е упражнявало никаква активна и основна функция по отношение на тяхното разработване, подобряване, поддръжка и експлоатация, което би оправдало предоставянето на почти цялата печалба генерирана от LuxOpCo в рамките на дейностите по продажба на дребно и по предоставяне на услуги на Amazon в Европа. LuxSCS се ограничава до това да притежава материалните активи за нуждите на европейските дейности, упражнявани чрез европейските уебсайтове (т.е. търговските дейности, упражнявани от LuxOpCo). От функционалния анализ, осъществен в раздел 9.2.1.2 следва, че всички действителен законен права, свързани с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериални активи на европейска територия се приписват с изключителен и неотменим характер на LuxOpCo за целия срок на полезния им живот.⁽⁶⁸¹⁾ Освен това, LuxOpCo, с подкрепата на европейските свързан и дружества⁽⁶⁸²⁾, е дружеството, което в действителност е изпълнявало всичко необходими функции, използвало е необходимите активи и е поемало необходимите рискове, свързани не само с експлоатацията на нематериалните активи, но също и с тяхното разработване, управление, поддръжка и експлоатация. LuxOpCo е упражнявало също функции, свързани със седалище или серия от уникални и ценностни функции, представляващи интерес за ключовите ценностни елементи от дейността на Amazon, в именно асортимент, цена и лесно ползване. Всичко това произтича от условията на лицензионното споразумение, както и от функционалния анализ, фигуриращ в доклада относно ТЦ, който посочва, че единствените функции, упражнявани от LuxSCS са били пасивни, като инвестиционно дружество на нематериални активи управляващо ИС, чийто притежател се явява⁽⁶⁸³⁾.

(549) Докато искането за ДС и доклада относно ТЦ обясняваха, че LuxSCS се предполага да действа като дружество, притежаващо нематериални активи, а LuxOpCo като основен оператор за европейските дейности⁽⁶⁸⁴⁾, данъчната администрация на Люксембург не взима под внимание нито една от тези функции, когато разглежда тази молба и приема предложението за метода за определяне на трансферни цени. Администрацията предпочита да се основава на неточно твърдение, неподкрепено от Amazon според което LuxSCS е трябвало да изпълнява уникални и ценностни функции по отношение на нематериалните активи, докато LuxOpCo е упражнявало само текущите функции по управление, водещи до ограничени рискове⁽⁶⁸⁵⁾. При все това, в светлината на функционалния анализ, осъществен в раздели 9.2.1.1 и 9.2.1.2, LuxSCS, а не LuxOpCo е по-малко сложното образувание. Следователно, LuxSCS е трябвало да бъде избрано като проверявана страна за прилагането на МТНП за целите на определянето на цената на лицензионното споразумение.

⁽⁶⁸¹⁾ Както е посочено в насоките на ОИСР от 2017 г., параграф 6.89: „Във рамките на сделки, отнасящи се до прехвърляне на нематериални активи или на права върху нематериални активи, е необходимо да се идентифицира с точност естеството на нематериалните активи или правата върху нематериалните активи, които се прехвърлят между свързаните дружества. Когато прехвърлени права са предмет на ограничения, е важно, също така, да се определи естеството на тези ограничения и целия обхват на прехвърлените права. В това отношение е необходимо е да се отбележи, че приетите за сделките квалификации по никакъв начин не са определящи за анализа на трансферните цени. По този начин, в случай на прехвърляне на изключително право за експлоатация на патент в държава X, решението на данъкоплатеца да квалифицира тази сделка било то като продажба на всички права по патента в държава X, или като предоставяне на постоянен изключителен лиценз за част от лицензионните права за целия свят, не повлиява определянето на цената за сделка между несвързани страни ако, в единия или в другия случай, сделката, чиято цена е установена е прехвърляне на изключителни права за експлоатация на патента в държава X по време на оставащия му полезен живот. Следователно, функционалният анализ трябва да позволява да се определи с точност естеството на прехвърлените права върху нематериални активи.“

⁽⁶⁸²⁾ Както се посочва в съображения 189—192, европейските свързани дружества предоставят именно услуги по поддръжка на LuxOpCo и получават възнаграждение за тези услуги според метода на превишените разходи.

⁽⁶⁸³⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13.

⁽⁶⁸⁴⁾ Доклад относно ТЦ, стр. 13 и 30.

⁽⁶⁸⁵⁾ Комисията посочва, че тези слабости, които вече са разкрити в доклада относно ТЦ и са възприети в разглежданото ДС, са възпроизведени както в проучване от 2014 [вж. съображение 324] така и в последващия доклад относно ТЦ от 2017 [вж. съображения 386 — 387]. В последния, функциите на LuxOpCo са представени като имащи ограничена стойност и текущо естество. Те квалифицират, също така, като слаби, рискове, поети от LuxOpCo. По отношение на активите, последващия доклад относно ТЦ от 2017 също посочва ясно, че LuxOpCo „does not own, manage or control any IP rights“. В това отношение, докладът пропуска, че LuxOpCo е бил титуляра на изключителен и неотменим лиценз върху нематериалните активи за цялата продължителност на техния полезен живот на европейския пазар и че, по силата на права, които са му предоставени чрез лицензионното споразумение, то продължава да разработва, подобрява и управлява нематериалните активи за собствена сметка и на свой риск. Както вече е установено в раздел 9.2.1.2, става въпрос за неточно описание и за явна промяна на функциите, активите и рисковете на LuxOpCo. Вж. последващия доклад относно ТЦ от 2017 г., стр. 31—32.

9.2.1.4.2. Показателят за печалба

- (550) Изборът на показателят за печалбата при прилагането на МТНП трябва да отразява стойността на функциите, упражнявани от проверяваната страна в контролираната сделка, като се вземат под внимание активите, които тя използва и рисковете, които поема ⁽⁶⁸⁶⁾; той трябва да се основава на обективни данни и да може да бъде измерен по достатъчно надежден и логичен начин. Когато МТНП бъде приложен, нетната печалба обикновено се уравнива в зависимост от разходите за продукция и дейностите по услугите, продажбите за дейностите по продажба и активите за дейностите с голям интензитет на активи ⁽⁶⁸⁷⁾. Предвид това, че LuxSCS не регистрира никаква продажба и не поема никакъв риск свързан с нематериалните активи, пряко изложените разходи се считат за най-слабия показател на стойността на ограничените функции, упражнявани от него (като се вземат под внимание неговите активи и рискове). Следователно, съответният показател за нивото на печалба в конкретния случай, е марж на общите разглеждани разходи.
- (551) Що се отнася до определянето на разходна база, към която трябва да се приложи марж, в случая, LuxSCS не е упражнявало никаква функция с добавена стойност свързана с разработването, подобряването, управлението или експлоатацията на нематериалните активи, не е използвало актив и не е поемало истински рискове в това отношение. То упражнява единствено междинна функция, прехвърляйки на LuxOpCo направените разходи във връзка със споразумението за изкупуване и СПР и прехвърляне на част от лицензионните възнаграждения (възнаграждение за лиценз) получена от LuxOpCo по силата на лиценз на А9 и на АТІ до тези разходи. Освен това, LuxSCS не е можело да претендира за печалбата по СПР, защото LuxOpCo е упражнявало функциите и е поемало рисковете, които са били възложени на LuxSCS по силата на това споразумение през разглеждания период ⁽⁶⁸⁸⁾ чрез лицензионно споразумение. Всяко възнаграждение, получено от LuxSCS в изпълнение на лицензионното споразумение, следователно, е трябвало да отразява факта, че тези вноски са били направени от LuxOpCo ⁽⁶⁸⁹⁾.
- (552) Противно на твърденията на Amazon ⁽⁶⁹⁰⁾, лицензионното възнаграждение, такова каквото е възприето от разглежданото ДС, не е било намалено въз основа на функциите по разработка, подобряване, управление и експлоатация на нематериалните активи, упражнявани от LuxOpCo ⁽⁶⁹¹⁾. Точка 3.1 от лицензионното споразумение, съгласно което LuxOpCo предоставя вътрешни услуги на LuxSCS, изрично предвижда следното: *„the parties agree that the License Fee set forth in exhibit A shall be the sole consideration for the licenses granted and services provided under this*

⁽⁶⁸⁶⁾ В тази връзка вж. параграф 2.87 от насоките на ОИСП от 2010 г., в който се посочва следното: *„Знаменателят трябва да се ориентира по съответните показатели на стойността на функциите на проверяваната страна в разглежданата сделка, като се вземат предвид нейните активи и рискове.“* Вж. също насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 2.93.

⁽⁶⁸⁷⁾ Документ на секретариата на ОИСП относно методите за определяне на трансферните цени, юли 2010 г., параграф 17.

⁽⁶⁸⁸⁾ Както е посочено в насоките на ОИСП от 1995 г., параграф 8.8: *„Това, което различава приноса към СПР на обикновена вътрешногрупова сделка за стоки или услуги е, че, изцяло или частично, търсената от участниците компенсация е очакваното от всеки един предприятие на обединяването на ресурсите и уменията. Независимите компании, действително сключват споразумения за разпределяне на разходите и на рисковете, когато съществува обща необходимост, на която те могат да отговорят във взаимен интерес. Например, независими страни, опериращи при условията на сделка между несвързани лица, биха желали да споделят рисковете (по-конкретно за проучванията в областта на върховите технологии), за да напалят до минимум загубите, които могат да произтекат от дадена дейност, или биха желали да осъществят подялба на разходите или съвместно развитие, за да направят икономии, евентуално икономии за сметка на тащаба или за да подобрят ефективността и продуктивността, ако е необходимо, като извлекат полза от силните страни и опита на всяка една от тях.“* Вж. също насоките на ОИСП от 2010 г., параграф 8.8 и насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 8.12.

⁽⁶⁸⁹⁾ В съобщенията от 28 октомври 2015 озаглавени „Role of European Entities“, т. 2 и „Meeting with the Case Team“, т. 4, Amazon потвърждава, че LuxSCS поддържа и разработва материалните активи като осъществява значителни инвестиции („significant investments“). Или, така както беше обяснено от Комисията в раздел 9.2.1.1, LuxSCS в действителност не упражнява никаква функция с добавена стойност имаща отношение към разработването на нематериалните активи. Връщайки се отново на СПР, изглежда, че Amazon намеква, че дейностите по разработката, упражнявани в САЩ от А9 и АТІ трябва да бъдат считани за функции на LuxSCS, походящи за оценката на разглежданата сделка. При все това, както е изложено в съображение 427, А9 и АТІ са упражнявали посочените функции за собствена сметка и, както става ясно от годишните доклади, съставени по силата на СПР, самото LuxSCS не допринася за разработването и привеждането в изпълнение на СПР. Ако то е упражнявало една или няколко от предоставените ѝ в СПР функции, тази дейност е трябвало да бъде отразена в обединяването на разходите. А9 и АТІ също получават възнаграждение за функциите, които изпълняват във връзка с нематериалните активи, чрез разходи за развитие.

⁽⁶⁹⁰⁾ Вж. съображение 206.

⁽⁶⁹¹⁾ Както е обяснено в параграф 6.18 от насоките на ОИСП от 1995 г. и от 2010 г.: *„Освен това е важно да се има предвид стойността на услугите, като техническа помощ и обучение на служителите, които могат да бъдат предоставени от изобретателя във връзка с прехвърлянето. Може да бъде необходимо да се вземат под внимание и предимствата, предоставяни от лицензополучателя на цедената под формата на подобрение на продуктите или на процедурите.“* Вж. също насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 6.75: *„Обявените в този раздел Б принципи, трябва да бъдат прилагани в различни ситуации, свързани с развитието, подобряването, поддръжката, защитата и експлоатацията на нематериалните активи. Основно съображение във всеки случай е това че свързаните компании, допринасящи за разработването, подобряването, поддръжката, защитата или експлоатацията на нематериални активи, чийто законен собственик е друг член от разглежданата група от многонационални компании, трябва да получават възнаграждение за сделка между несвързани лица за функциите, които упражняват, рисковете, които поемат и активите, които използват. [...]“*

Agreement“⁽⁶⁹²⁾. В действителност, LuxSCS не е поемало преки или косвени разходи, свързани с нематериалните активи, с изключение на някои ограничени разходи, които са свързани с администрирането на законната собственост върху нематериалните активи.

- (553) Следователно, разходите за изкупуване и свързани със СПР, би трябвало да бъдат изключени от разходната база като отразени разходи, т.е. към тях не би трябвало да се прилага никакъв марж при определянето на възнаграждението за сделка между несвързани лица на LuxSCS в рамките на лицензионното споразумение. Предвид това, че LuxSCS не извършва никаква функция, не използва никакви активи или не поема никакъв риск във връзка с разработването, подобряването, управлението и експлоатацията на нематериалните активи, една независима страна, обикновено, не би изплатила на LuxSCS никаква разлика върху своите разходи⁽⁶⁹³⁾. По същия начин, разходите, свързани с вътрешногруповата продажба на материални запаси през 2006 би трябвало също да бъдат изключени от разходната база, защото изглежда, че става въпрос за единичен разход, който не е свързан с предоставянето на нематериални активи, а с реструктурирането на европейските активи, когато LuxSCS е реорганизирано дейностите на своите филиали. В това отношение, може да се говори за дейност на акционера, която не трябва да бъде предмет на никакъв марж⁽⁶⁹⁴⁾.
- (554) Що се отнася до функциите на LuxSCS, упражнявани по време на разглеждания период, общите административни услуги, описани в съображение 429 са поверени навън и не крият значителни рискове. Тези услуги могат да бъдат определени в зависимост от разходите, които пряко генерират⁽⁶⁹⁵⁾. Тези разходи са били свързани с частта от люксембургските разходи, приписани на LuxSCS за администрирането на законната му собственост върху нематериалните активи, като някои разходи, необходими за запазването на тази законна собственост. Въпреки, че не беше предоставено никакво доказателство, за да се покаже, че LuxSCS действително е взело активни и съществени решения, свързани със защитата на нематериалните активи в Европа, отговорността за които действително е прехвърлена на LuxOpCo, Комисията, при все това, може да приеме, че тези разходи са включени в разходната база за прилагане на МТНП, доколкото те представляват ефективни функции, упражнявани от LuxSCS. Тогава тези разходи биха се появили като свързани със запазването на законната собственост на LuxSCS върху нематериалните активи в Европа.
- (555) Следователно, освен префактурирането на отразените разходи, свързани със споразумението за изкупуване и със СПР (или разходите за изкупуване и свързани със СПР), LuxSCS би трябвало да бъде възнаградено с разлика върху разходната основа, състояща се единствено от разходите направени за договорени външни услуги за запазване на законната му собственост върху нематериалните активи, както е описано в съображение 429, доколкото тези разходи в действителност представляват реално извършени функции от името на LuxSCS. Това ниво на възнаграждение гарантира резултат при условията на сделка между несвързани страни, защото отразява правилно приноса на LuxSCS към лицензионното споразумение.

9.2.1.4.3. Определянето на подходящ марж

- (556) Определянето на подходящ марж, който да се приложи към избрания показател за печалба, обикновено изисква анализ на съпоставимостта. Подобен анализ предполага сравнение на контролираната сделка с една или няколко съпоставими сделки на свободния пазар. Сделките се считат за съпоставими, ако нито една от разликите между тях не би могла да повлияе значително на разглеждания от методологична гледна точка фактор (например, цената или маржа), или че могат да бъдат осъществени разумно надеждни поправки, за да се елиминира влиянието на такива разлики⁽⁶⁹⁶⁾.

⁽⁶⁹²⁾ Както беше изложено от Комисията в раздел 2.5 по-горе, както законодателството на Люксембург, така и рамката на ОИСП уточняват, че всяка вътрешногрупова услуга, предоставяна от LuxOpCo би трябвало да позволява на последното не само да префактурира разходите на LuxSCS, но също така и да получава възнаграждение за сделка между несвързани лица в допълнение към направените разходи.

⁽⁶⁹³⁾ При прилагането на МТНП, когато LuxSCS е проверяваната страна, параграф 7.36 от насоките на ОИСП от 1995 и от 2010 може да служи за ориентир: той уточнява, че „[К]огато една свързана компания действа само като агент или като посредник при предоставянето на услуги, при прилагане на метода на превишените разходи, необходимо е възвращаемостта или маржа да бъдат на ниво, което подхожда на функциите на агент, а не на самата доставка на услугите. В подобен случай, не винаги има основание да се определя цена за сделка между несвързани страни, като се приложи марж към себестойността на услугите, а по-скоро, трябва да се приложи марж към разходите, присъщи на самата функция агент [...]”. Например, дадена свързана компания може да поеме разходи, свързани с наемането на рекламни пространства за статка на членовете на групата, разходи, които членовете на групата биха поели пряко, ако бяха независими. В подобен случай, би могло да бъде целесъобразно тези разходи да бъдат прехвърлени на бенефициентите на групата без прилагането на марж и с прилагане на марж само по отношение на разходите направени от посредника за упражняването на функциите му на агент.“ Вж. също насоките на ОИСП от 2017 г., параграф 7.34. Вж. съображения 242 и 263.

⁽⁶⁹⁴⁾ Вж. съображение 264.

⁽⁶⁹⁵⁾ Вж. съображение 429.

⁽⁶⁹⁶⁾ Насоки на ОИСП от 1995 г., 2010 г. и 2017 г., речник на термините.

- (557) В случая не е възможно да се направи надежден анализ на съпоставимостта. Сравнителните елементи, предоставени в доклада относно ТЦ не са подходящи в това отношение, защото са свързани с дружества, които са били активни при обработката на данни, други компютърни дейности, проучвания на пазара и на общественото мнение, дейности по бизнес консултация, управление и реклама, а нито една от тези услуги не се предоставя от LuxSCS. За да бъде осъществен надежден анализ на съпоставимостта в случая, е необходимо да се идентифицират подходящите сравнителни елементи на свободния пазар, които предоставят услуги подобни на общите административни услуги, предоставяни от LuxSCS по силата на лицензионното споразумение. При все това, между независими страни е трудно възможно споразумение за подлиценз, сравнимо с лицензионно споразумение. За това е необходима идентификация на независими дружества, които са придобили актив и са предприели за изпълнение някои функции, поели са известни рискове във връзка със субекта, който им е продал актива, които са прехвърлили тези функции и рискове на друго независимо дружество и са останали с ограничени административни функции, предназначени да защитят правото им на собственост по лиценза за ИС. За да бъдат сделките съпоставими, независимите дружества би трябвало също да извършват дейностите си при подобни икономически условия и според търговски стратегии подобни на тези преследвани от страните по лицензионното споразумение ⁽⁶⁹⁷⁾. И накрая, трябва да бъде нанесена корекция при всяко съпоставимо, включително при анализа на трансферната цена, за да се изключат отразени разходи, направени от тези сравними на разходната база, към която не би трябвало да се прилага маржа ⁽⁶⁹⁸⁾. Подобни сравними просто не съществуват. От този момент нататък, не е възможно да се направи анализ на съпоставимостта в конкретния случай без да бъдат направени значителни и потенциално случайни корекции, които биха променили надеждността на този анализ. Следователно, Комисията се въздържа от всякакъв анализ на съпоставимостта, който визира определянето на нивото на приложимия марж към действително упражняваните от LuxSCS функции.
- (558) Вместо това, Комисията се базира на заключението, съдържащо се в доклада на СФТЦ за 2010, според което националните данъчни администрации на САЩ, участващи в СФТЦ, са наблюдавали марж между 3 и 10 % за вътрешногрупови услуги с ниска добавена стойност. Според този доклад, най-често наблюдавания марж е бил от 5 % върху разходите за предоставяне на подобни услуги. Както е изложено в съображение 258, когато се води, че даден пазарен диапазон е съставен от резултатите на равностепенна надеждност, отбелязва се използването на мярката „централна тенденция“, например средната, за да се определи най-подходящата точка на диапазона ⁽⁶⁹⁹⁾. Следователно, Комисията преценява, че е необходимо да се приложи марж от 5 % към външните разходи направени от LuxSCS за запазване на законната му собственост върху нематериалните активи, както е описано в съображение 429. По този начин се определя възнаграждение за упражняването от LuxSCS на услугите по силата на лицензионното споразумение, доколкото тези разходи наистина съответстват на функциите, които са били упражнявани от името на LuxSCS.

9.2.1.5. Заключение относно основната констатация за наличие на икономическо предимство

- (559) В светлината на предходния анализ, възнаграждението при условията на сделка между несвързани страни, за LuxSCS, по силата на лицензионното споразумение (лицензионно възнаграждение) се равнява на сумата от разходите за изкупуване и по силата на СПР, поети от LuxSCS във връзка с нематериалните активи, без марж, увеличени с всички необходими разходи, поети пряко от LuxSCS, както е описано в съображение 429, към които трябва да бъде приложен марж от 5 % доколкото тези разходи могат да бъдат счестени като съответстващи на действително упражнени от LuxSCS функции.
- (560) Това ниво на възнаграждение е подходящо за икономическата действителност на контролираната сделка, защото функциите, упражнявани от страните са правилно възнаградени, като се вземат под внимание използваните активи и поетите рискове. То съответства на това, независима страна, в ситуация, подобна на тази на LuxOpCo, да бъде склонна да плати за правата и задълженията поети по силата на лицензионно споразумение. Това ниво на възнаграждение дава на LuxSCS достатъчно средства, за да покрие своите задължения за плащане по силата на споразумението за изкупуване и на СПР, както и разходите, направени при упражняването на своите евентуални административни функции по време на дадения период. Посоченото възнаграждение ще му бъде гарантирано изцяло на годишна база, независимо от икономическите резултати на LuxOpCo (включително периодите, през които последното е регистрирало загуби). Подобно ниво на възнаграждение отразява правилно факта, че LuxOpCo разработва, подобрява управлява и експлоатира нематериалните активи във връзка с дейностите по продажба на

⁽⁶⁹⁷⁾ Вж. съображение 522 и бележка под линия 650.

⁽⁶⁹⁸⁾ Насоки на ОИСР от 2017 г., параграф 2.100: „Ако е в съответствие с принципа на сделките между несвързани лица да се отразяват разходи без марж, втори въпрос се отнася до последиците върху съпоставимостта и върху определянето на диапазона при сделките между несвързани лица. Тъй като трябва да бъде сравнено това, което е сравнимо, ако отразените разходи без марж се изключват от знаменателя на показателя за нетна печалба на данъкоплатеца, същите категории разходи трябва да бъдат изключени и от знаменателя на показателя на нетната печалба на сравнителното. На практика, проблеми със съпоставимостта могат да възникнат, когато се разполага с ограничена информация за разбивката на разходите на сравнителните.“

⁽⁶⁹⁹⁾ Вж. съображение 258.

дрбно и по предоставяне на услуги на Amazon в Европа, това че то взима всякакви необходими стратегически решения във връзка със своите дейности и че поема и контролира свързаните с тях рискове, докато LuxSCS не упражнява никаква функция с добавена стойност по отношение на нематериалните активи или с тези дейности.

- (561) Считайки, че това ниво на възнаграждение е по-ниско от нивото на възнаграждение на LuxSCS, произтичащо от метода на определяне на трансферните цени, възприет от разглежданото ДС, което предвижда да му предостави цялата остатъчна печалба, генерирана от LuxOpCo надвишаваща текущото възнаграждение за предполагаемите текущи функции, Комисията прави заключение, че разглежданото ДС е предоставило икономическо предимство на LuxOpCo под формата на намаление на облагаемата му база за целите на изчислението на люксембургския корпоративен данък, по отношение на оборота на дружествата, чиято облагаема печалба съответства на цените договорени според принципа за сделка между несвързани лица.

9.2.2. КОНСТАТАЦИЯ ЗА НАЛИЧИЕ НА ИКОНОМИЧЕСКО ПРЕДИМСТВО ПРИ УСЛОВИЯТА НА ЕВЕНТУАЛНОСТ

- (562) Заедно с оценката изложена в раздел 9.2.1, Комисията счита, че дори Люксембург да е приел с пълно право неподкрепената и неточна презумпция, според която LuxOpCo е упражнявало уникални и ценни функции по отношение на нематериалните активи, нещо което Комисията отхвърля, методът за определяне на трансферните цени възприет от разглежданото ДС, въпреки всичко придава икономическо предимство на LuxOpCo, предвид това, че почива на грешни методологически избори, които водят до намаление на облагаемия доход на това дружество.
- (563) По-специално, Комисията разкрива следните грешни методологически избори на базата на разглеждания ДС, които водят до облагаема печалба за LuxOpCo отклоняваща се от надеждно доближаване до резултата, базиращ се на пазара съгласно принципа за сделка между несвързани лица: i) Погрешно се счита, че LuxOpCo не изпълнява „текущи“ функции, причина поради която остатъчната печалба се приписва изцяло на LuxSCS; ii) показателят за печалби за целите на метода за определяне на трансферните цени, възприети от разглежданото ДС, би трябвало да се опира върху общите разходи, а не върху оперативните разходи; и iii) няма никаква икономическа обосновка по отношение на включването на таван в метода за определяне на трансферните цени. Всеки един от грешните методологични избори води, независимо един от друг, до заключението, според което методът за определяне на трансферните цени, възприет от разглежданото ДС, произвежда резултат, който се отклонява от надеждната оценка на резултат, съгласно принципа за сделка между несвързани лица.
- (564) Оценката, направена в този раздел няма за цел да определи точно възнаграждение за LuxOpCo. Поради причини, изложени в раздел 9.2.1, Комисията счита, че данъчната администрация на Люксембург не е трябвало да приема метода на определяне на трансферни цени, базиран на недоказаната и неточна презумпция, според която LuxSCS е упражнявало уникални и ценностни функции по отношение на нематериалните активи. Настоящата оценка има за предмет по-скоро да покаже, че дори и люксембургската администрация да е приела с пълно право тази презумпция, нещо, което Комисията оспорва, разглежданото ДС все пак придава икономическо предимство на LuxOpCo, предвид това, че методът за определяне на трансферните цени, който възприема, почива на трите грешни методологически избора, посочени по-горе, които водят до намаление на облагаемия доход на LuxOpCo по отношение на компаниите, чиято облагаема печалба отразява цените, договорени при условията на сделка между свързани лица на пазара.

9.2.2.1. *Погрешно се счита, че LuxOpCo изпълнява само „общии“ управленски функции*

- (565) Както е обяснено в раздел 9.2.1.2, LuxOpCo, е далеч от изпълнението по време на разглеждания период, на „текущи“ функции по управлението, поемало е цяла серия от уникални и ценни функции по отношение на нематериалните активи и е упражнявало търговските дейности на Amazon в Европа.
- (566) Въпреки това, дори и данъчната администрация на Люксембург да е приела пълноправно недоказаната и неточна презумпция, според която LuxSCS е упражнявало уникални и ценни функции по отношение на нематериалните активи, фактът, че LuxOpCo е поемало и такива функции означава, че не е било подходящо да се възприема метод за определяне на трансферни цени, предвиждащ приписването на LuxSCS на цялата остатъчна печалба, реализирана от LuxOpCo, надвишавайки [4-6] % от неговите оперативни разходи.

- (567) Както е обяснено в съображение 256, когато двете страни по вътрешногруповата сделка имат уникален и ценен принос към посочената сделка, метода на разпределената печалба обикновено е считан за най-подходящия метод, който се отнася до трансферните цени. В действителност, при подобен случай, независимите страни обикновено би трябвало да си разпределят генерираната от тази сделка печалба пропорционално на съответния им принос. Както това е изложено по-обширно в същото съображение, насоките на ОИСР по отношение на трансферните цени, описват два метода на разпределяне на комбинирани печалби между свързани компании, а именно анализа на приноса и остатъчния анализ. Когато и двете страни имат уникален и ценен принос и когато няма по-малко сложни сделки, чиято цена трябва да бъде определена отделно, е по-подходящо да се прилага анализа на приноса за целите на приписването на комбинирани печалби; остатъчен анализ би бил подходящ, когато има по-малко сложни сделки⁽⁷⁰⁰⁾. Анализът на приноса се състои в подялба на комбинирани печалби в зависимост от относителната стойност на упражняваните функции (като се вземат под внимание използваните активи и поетите рискове) от всяка една от страните по вътрешногруповата сделка, чиято цена е установена. В следствие на това, ако и LuxSCS и LuxOpCo, в конкретния случай, се считат за упражняващи уникални и ценни функции по отношение на нематериалните активи, подходящо е да се предпочете този метод пред метода на остатъчния анализ, като в този случай дадена страна се възнаграждава също за своите текущи функции върху възнаградението, което получава за уникалния и ценен принос, който има към сделката.
- (568) Прилагането на анализа на приноса в конкретния случай би довело, в случая на LuxOpCo до възнаграждение, съответстващо на всички функции, които то изпълнява (такива каквито са описани в раздели 9.2.1.2.1 и 9.2.1.2.2), на активите, които използва (така както са описани в раздел 9.2.1.2.3) и на рисковете, които поема (такива, каквито са описани в раздел 9.2.1.2.4), възнаграждение, което би било по-високо от това, произтичащо от метода на определяне на трансферни цени, възприет в разглежданото ДС, тъй като това споразумение почива на неправилната презумпция според която LuxSCS изпълнява единствено „текущи“ функции по управление. В следствие на това, възприемайки този метод за определяне на трансферни цени, разглежданото ДС придава икономическо предимство на LuxOpCo, тъй като той води до намаляване на облагаемия доход на LuxOpCo по отношение на дружествата, чиято облагаема печалба отразява цените, договорени при условията на сделка между несвързани лица.

9.2.2.2. Изборът на оперативните разходи като показател за печалба не е подходящ

- (569) Дори ако данъчната администрация на Люксембург е приела, недоказаната и неточна презумпция, според която LuxSCS е упражнявало уникални и ценни функции във връзка с нематериалните активи, и дори ако след това е преценила, че LuxOpCo е упражнявало само текущи функции по управление, изборът на показателя за успеха, който се основава на оперативните разходи в метода за определяне на трансферни цени, възприет от разглежданото ДС, не е подходящ.
- (570) Както е обяснено в съображение 550, изборът на показател за печалбата за целите на прилагането на МТНП трябва да отразява стойността на функциите, упражнявани от проверяваната страна по контролираната сделка, като се вземат предвид активите, използвани от нея и рисковете, които поемат, той трябва да се основава на обективни данни и да може да бъде измерен по достатъчно надежден и логичен начин.
- (571) Ако разглежданото ДС възприема метод на определяне на трансферните цени, предвиждащ марж върху оперативните разходи като показател за нивото на печалбата, както предлага Amazon в своето писмо от 23 октомври 2003, докладът относно ТЦ действително определя марж върху общите разходи като показател за печалбата за независимите дружества, считани като съпоставими за целите на прилагането на метода на разпределена остатъчна печалба. Приканено да даде обяснения по това явно противоречие, както и по друга липса на логична връзка от доклада относно ТЦ, произтичаща от търсенето на елементи за сравнение като процент от печалбите, а не като процент от общите разходи⁽⁷⁰¹⁾, Amazon потвърждава, че анализа на елементите за сравняване действително е довел до марж, състоящ се от процента на общите разходи по-скоро, отколкото марж състоящ с от процент от продажбите или от оперативните разходи. То заяви, че въпреки тази липса на логичност, резултатът е бил по същество същия, дружествата, използвани като елементи за сравнение не са декларирали високи суми, които се отнасят до разходите за стоки, суровини и консумативи, а техните оперативни разходи представляват основния елемент на общите им разходи⁽⁷⁰²⁾.

⁽⁷⁰⁰⁾ Вж. насоките на ОИСР от 2010 г., параграф 2.1.21.

⁽⁷⁰¹⁾ Вж. съображение 148.

⁽⁷⁰²⁾ Вж. съображение 353.

- (572) Този аргумент веднага влиза в противоречие с избора на съпоставими дружества, осъществен в доклада относно ТЦ, тъй като LuxOpCo декларира високи суми по отношение на разходите за стоки, суровини и консумативи. В действителност присъщо е за бизнес модела на LuxOpCo, в качеството му на предприятие за продажба на дребно, разходите за стоки, суровини и консумативи да представляват най-важния компонент от общите му разходи⁽⁷⁰³⁾. Фактът, че се избират дружества, които, противно на LuxOpCo, не декларират висока сума на разходите за стоки, суровини и консумативи, показва, че съпоставимите дружества са зле подбрани, тъй като не притежават някои от характеристиките, типични за функционалния профил на LuxOpCo. При всички случаи, няколко от дружествата, подбрани за анализа на съпоставимите дружества декларират de facto в доклада относно ТЦ, високи суми за стоки, суровини и консумативи⁽⁷⁰⁴⁾.
- (573) Предвид това, че общите разходи представляват по-широка база от оперативните разходи, ако резултатът от търсенето на съпоставими дружества в доклада относно ТЦ е бил приложен към общите разходи на LuxOpCo, а не към неговите оперативни разходи, годишният облагаем доход, който би произтеклъл би бил по-висок от посоченото в разглежданото ДС възнаграждение. В действителност, оперативните разходи не включват разходите, свързани със суровините и разходите за стоки, суровини и консумативи, които представляват основния променлив елемент на разходите на LuxOpCo. Тази разлика се появява в таблица 20.

Таблица 20

Сравнение на печалбата на LuxOpCo, определена съгласно разглежданото ДС и изчислено по същия начин като показателя за печалбата, използван за съпоставимите субекти в доклада относно трансферните цени

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	(В млн. евро)
									Общо
Печалба, причислена на LuxOpCo, съгласно оспорваното данъчно становище	11	20	22	27	36	55	73	[80-90]	[300-400]
Печалба на LuxOpCo при [4—6] % от общите разходи (без горна/долна граница)	84	147	177	228	315	429	573	[600-700]	[2 500-3 000]

- (574) От търсенето в доклада относно ТЦ на съпоставими дружества, се оказва, че един марж върху общите разходи, ще доведе до възнаграждение за LuxOpCo, което съответства на принципа за сделка между несвързани лица. В следствие на това, възприемайки метода за определяне на трансферни цени, базиран на марж върху оперативните разходи, разглежданото ДС придава икономическо предимство на LuxOpCo доколкото намалява по неподходящ начин неговия годишен облагаем доход.

9.2.2.3. Включването на горна граница в метода за определяне на трансферни цени не е подходящо

- (575) Комисията счита също, че включването на таван в метода за определяне на трансферни цени за целите на определянето на облагаемата основа на LuxOpCo дава резултат, който се отклонява от една надеждна приблизителна стойност на резултат, базиран на пазара. По-специално, според това споразумение, възнаграждението на LuxOpCo не може да надвишава 0,55 % от годишните им продажби. Де факто, по време на данъчните години 2006, 2007, 2011, 2012 и 2013, данъчната администрация на Люксембург действително е приела данъчните декларации на LuxOpCo, в които неговия облагаем доход е бил определен от таван от 0,55 % от неговите годишни печалби, вместо да се установи на [4-6] % от оперативните му разходи.
- (576) Комисията отбелязва преди всичко, че ТЦ не оправдава включването на тази горна граница. Също така, нито едно от последващите проучвания по отношение на трансферните цени, съобщени от Amazon в рамките на разследването, не оправдава подобно включване от гледна точка на трансферните цени.

⁽⁷⁰³⁾ Вж. таблица 3: като се вземе предвид резултатът на LuxOpCo за 2006 до 2013 г., който показва, че разходите за стоки, суровини и консумативи системно представляват около [70-75] % от общите разходи на LuxOpCo.

⁽⁷⁰⁴⁾ Доклад относно ТЦ, приложение V.

- (577) Люксембург и Amazon твърдят, че подобна горна граница е необходима, за да се насърчи LuxOpCo да управлява дейността си по рентабилен начин ⁽⁷⁰⁵⁾. Освен това, начинът ѝ на прилагане според тях никога не е довеждал до това облагаемият доход на LuxOpCo да излезе извън пазарния диапазон ⁽⁷⁰⁶⁾. Комисията не може да приеме този довод. Освен фактът, че горната граница никога не е била определяна въз основа на анализ на съпоставимостта, погрешното приложение на маржа за оперативните разходи отколкото за общите разходи е довело до неоправдано намаляване на данъчната основа на LuxOpCo. Следователно допълнителното ѝ намаление през финансовите години 2006, 2007, 2011, 2012 и 2013 не може да се помести в интервал на резултати от сделка между несвързани лица.
- (578) Като следствие от това, включването на горна граница в метода за определяне на трансферни цени, възприет от разглежданото ДС, предоставя икономическо предимство на LuxOpCo, доколкото произвежда резултат, който се отдалечава от надеждна приблизителност на резултат, съответстващ на принципа на пълната конкуренция и води до намаляване на облагаемия му доход.

9.2.2.4. **Заключение относно констатацията за наличие на икономическо предимство при условията на евентуалност**

- (579) Наличието на споменатите по-горе методологични несъответствия, от които произтича разглежданото ДС, означава, че дори люксембургските данъчни органи да са имали основание да приемат недоказаната и неточна презумпция, според която LuxSCS упражнявало самостоятелни и стойностни функции, свързани с нематериалните активи, въпросното ДС предоставя икономическо предимство на LuxOpCo, тъй като произвежда резултат, който се отдалечава от надеждна приблизителност до печалба, основана на пазара, което води до намаляване на облагаемия доход на LuxOpCo и отгук - на корпоративния данък, който дължи в Люксембург, по отношение на предприятията, чиято облагаема печалба отразява цените, договорени при условията на сделка между несвързани лица.

9.3. ИЗБИРАТЕЛНОСТ

- (580) Съгласно постоянната съдебна практика „преценката на [условието за избирателност] изисква да се установи дали в рамките на даден правен режим разглежданата национална мярка може да постави в по-благоприятно положение „определени предприятия или производството на някои стоки“ в сравнение с други, които от гледна точка на преследваните от този правен режим цели се оказват в сходно фактическо и правно положение и по този начин са обект на диференцирано третиране, което по същество може да се квалифицира като дискриминационно“ ⁽⁷⁰⁷⁾.
- (581) Установено е разграничение между условията, свързани с предимството и тези, които се отнасят до избирателността, за да се гарантира, че не всички държавни мерки, предоставящи предимство (т.е. тези, които подобряват нетното финансово състояние на дадено предприятие), представляват държавна помощ, а само тези, които предоставят подобно предимство избирателно на определени предприятия, на определени категории предприятия или на определени икономически сектори. Отгук следва, че мерките с общ обхват, които предоставят предимство, но не са в полза на определени предприятия или на производството на определени стоки, не представляват държавна помощ, тъй като не са избирателни по своя характер ⁽⁷⁰⁸⁾. Ето защо един от ключовите аспекти за преценка на избирателността се състои в това да се определи дали разглежданата мярка е с общ обхват или, напротив, се прилага единствено за определени предприятия или за определени икономически сектори на дадена държава членка.

⁽⁷⁰⁵⁾ Освен това, Люксембург и Amazon посочват, че въвеждането на долна граница има за цел да защити LuxOpCo, тъй като подобни дружества са регистрирали загуби през 2003 г. и че механизмът на горната граница гарантира положителна възвращаемост. Отвъд факта, че въпросът за долната граница никога не е бил релевантен (само за горната граница е такъв) и че нуждата от долна граница има малко връзка с горната, този довод в никакъв случай не е много убедителен. В действителност, методът на изчисление на лицензионното възнаграждение (т.е. рентабилността на LuxOpCo) предвижда, че ако рентабилността на LuxOpCo е под 0,45 % от продажбите в Съюза, тя трябва да бъде коригирана, за да стане равна на 0,45 % от дохода или от оперативната печалба в Съюза, в зависимост от това кое е по-ниско. Съответно, в случай че оборотът е положителен, но LuxOpCo отчита загуби, т.е. ако оперативният резултат в Съюза е отрицателен, прилагането на механизма, определян като „долна граница“ от Amazon и Люксембург води до избор на по-ниската стойност, която в конкретния случай е отрицателната оперативна печалба в Съюза. Ето защо LuxOpCo не е защитено от загуби посредством механизма за определяне на цените на лицензионното възнаграждение, предвиден в разглежданото ДС. Въсъщност, както лицензионното възнаграждение, т.е. възнаграждението на LuxSCS, съгласно метода за изчисление на лицензионното възнаграждение никога не трябва да е по-ниско от нула, следователно е равно на нула, докато потенциалните загуби са понесени от LuxOpCo.

⁽⁷⁰⁶⁾ Вж. съображения 304 и 354.

⁽⁷⁰⁷⁾ Решение по съединени дела Комисия/World Duty Free Group и др., C-20/15 P и C-21/15 P, EU:C:2016:981, точка 54 и цитираната съдебна практика.

⁽⁷⁰⁸⁾ Решения по съединени дела Комисия/World Duty Free Group и др., C-20/15 P и C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, точка 56 и по дело P Оу, C6/12, EU:C:2013:525, точка 18.

- (582) В този контекст Съдът на ЕС установява разграничение между индивидуалната помощ и схемите за помощ и посочва, че изискването за избирателност е различно в зависимост от въпросната категория помощи. Според Съда, „изискването за избирателност е различно според това дали разглежданата мярка е предвидена като обща схема за помощ или като индивидуална помощ. В последния случай идентифицирането на икономическото предимство позволява по принцип да се предположи неговата избирателност. Обратно, когато се разглежда общ режим на помощи, е необходимо да се установи дали, въпреки констатацията, че предоставя предимство на общо основание, въпросната мярка прави това изключително в полза на определени предприятия или определени области на дейност“⁽⁷⁰⁹⁾. С други думи, идентифицирането в дадена държава членка на група предприятия или на определени икономически сектори, които се ползват с въпросната мярка с изключение на икономически оператори, които се намират в сходно фактическо и правно положение, е релевантно в контекста на преценката на избирателността на схемите, които могат, най-малкото потенциално, да имат общ обхват. За сметка на това, в случая на индивидуални помощи, с които се ползва едно-единствено предприятие поради специфичното му положение, подобен анализ не е необходим.

9.3.1. ОСНОВНА КОНСТАТАЦИЯ ОТНОСНО ИЗБИРАТЕЛНОСТТА

- (583) Разглежданото ДС е индивидуална мярка. Неин единствен бенефициер е Amazon.com Inc. и засяга единствено данъчното положение на LuxOpCo и на LuxSCS. Само LuxOpCo може да я използва за определяне на облагаемия си доход и на корпоративния си дълг в Люксембург и всяко намаление на облагаемия му доход произтича индивидуално от печалбата му.
- (584) Тъй като разглежданото ДС е индивидуална мярка, Комисията може да предположи, че тя е с избирателен характер, защото в раздел 9.2 е доказано, че въпросното решение предоставя предимство на LuxOpCo, доколкото се възприема метод за определяне на трансферните цени, чийто резултат се отдалечава от надеждна приблизителност на печалба, основана на пазара, което води до намаляване на данъчната основа на LuxOpCo и отгук - на размера на корпоративния данък, който дължи в Люксембург.

9.3.2. КОНСТАТАЦИИ ОТНОСНО ИЗБИРАТЕЛНОСТТА ПРИ УСЛОВИЯТА НА ЕВЕНТУАЛНОСТ

- (585) Макар от избирателността на разглеждания ДС да може да се приеме с мотива, че става дума за индивидуална мярка, предоставяща предимство на LuxOpCo, с цел изчерпателност Комисията е разгледала дали ДС е избирателно по отношение на триетапния анализ, приложим за схемите за помощи, определен от Съда на ЕС⁽⁷¹⁰⁾.
- (586) За да квалифицира национална данъчна мярка като избирателна в резултат от този анализ, Комисията трябва, на първо място, да установи приложимата в съответната държава членка обща или обичайна система на данъчно облагане („референтната система“) и на второ място, да докаже, че разглежданата данъчна мярка дерогира посочената обща система, доколкото въвежда диференциация между оператори, които от гледна точка на преследваната от тази обща система цел се намират в сходно фактическо и правно положение⁽⁷¹¹⁾. Данъчна мярка, която представлява изключение от прилагането на референтната система, може да бъде обоснована, ако съответната държава членка успее да докаже, че тази мярка произтича пряко от основните или ръководните принципи на нейната данъчна система⁽⁷¹²⁾. Ако случат е такъв, то данъчната мярка не е избирателна. Тежестта на доказване на този последен етап е върху държавата членка.

9.3.2.1. По-благоприятно третиране в сравнение с всички данъчно задължени лица, облагани с корпоративен данък

- (587) Разглежданото ДС е издадено в полза на Amazon, за да може люксембургското му дъщерно дружество LuxOpCo да изчисли годишната си облагаема печалба за целите на изчисляването на корпоративния си дълг в съответствие с обичайните правила за корпоративен данък върху печалбата в Люксембург. Ето защо Комисията счита, че в конкретния случай референтната система се състои от посочените правила, а именно общата схема за корпоративен данък в Люксембург. Следователно в светлината на тази схема трябва да се определи дали ДС представлява дерогация, която води до благоприятно третиране по отношение на други предприятия в сходно фактическо и правно положение.

⁽⁷⁰⁹⁾ Решение по дело Комисия/MOL, C-15/14 P, ECLI:EU:C:2015:362, точка 60. Вж. също решенията по съединени дела Комисия/World Duty Free Group и др., C-20/15 P et C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, точка 55, по дело Orange/Комисия, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, точки 53 и 54 и по дело C-270/15 P, Белгия/Комисия, ECLI:EU:C:2016:489, точка 49.

⁽⁷¹⁰⁾ Решение по съединени дела Paint Graphos и др., C-78/08—C-80/08, ECLI:EU:C:2009:417.

⁽⁷¹¹⁾ Решение по съединени дела Комисия/World Duty Free Group и др., C-20/15 P и C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, точка 57 и цитираната съдебна практика.

⁽⁷¹²⁾ Решение по съединени дела Paint Graphos и др., C-78/08—C-80/08, ECLI:EU:C:2009:417, точка 65.

- (588) От съдебната практика следва, че отговорът на въпроса дали предприятията са в сходно фактическо и правно положение за целите на анализа на избирателността зависи от целта на референтната система ⁽⁷¹³⁾. Целта на общата схема за корпоративен данък в Люксембург е да се облагат всички облагаеми печалби в Люксембург. Съгласно посочената схема, всички данъкоплатци, които са местни лица, се облагат с данък върху печалбите си в световен мащаб ⁽⁷¹⁴⁾, а чуждестранните данъкоплатци се облагат за местните си доходи в Люксембург. За целите на определянето на облагаемата печалба в съответствие с тази схема печалбите, които фигурират в търговските сметки на данъкоплатците, се използват като отправна точка, без да се засягат корекциите и приспаданията, наложени от люксембургското данъчно законодателство. Накрая, схемата предвижда, че облагаемият доход на всички местни и чуждестранни данъкоплатци подлежи на еднакви данъчни ставки ⁽⁷¹⁵⁾.
- (589) С оглед на тази цел всички данъчнозадължени лица, облагани с корпоративен данък, независимо дали действат самостоятелно на пазара или са част от многонационална група от дружества, се намират в подобно фактическо и правно положение по отношение на определянето на данъка, който те дължат в Люксембург. Люксембургският данъчен кодекс определя кои образувания в Люксембург се облагат с корпоративен данък и по-специално „всяко образувание, което подлежи на пряко подоходно облагане.“ Нито формата на предприятието, нито структурата му не представляват определящ критерий за облагането с корпоративен данък в Люксембург. По принцип, люксембургският корпоративен данък се събира в съответствие с подхода за отделно образувание, т.е. на равнището на различните образувания, а не на равнището на групата и разглежданото ДС засяга единствено облагаемата печалба на LuxOpCo, така че всяко намаляване на облагаемия доход се основава индивидуално на печалбата на това дружество. Макар да е вярно, че люксембургското данъчно законодателство предвижда специални разпоредби, приложими за групите (например разпоредбите относно групата за данъчно консолидиране, прилагани от LuxOpCo, ASE и AMEU) ⁽⁷¹⁶⁾, те имат за цел да поставят в равностойно положение както неинтегрираните дружества, така и интегрираните компании, вместо да предоставят по-благоприятно третиране на групите ⁽⁷¹⁷⁾. Следователно, макар да може да се установи, че данъчното третиране на LuxOpCo в резултат на разглежданото ДС предоставя на този данъкоплатец благоприятно третиране, за каквото не могат да претендират други данъчнозадължени дружества, може да се направи изводът, че разглежданото ДС дерогира посочената система.
- (590) Люксембург и Amazon твърдят, че за да се определи дали LuxOpCo се ползва от избирателно предимство в резултат на разглежданото ДС, данъчното му третиране от люксембургските данъчни органи трябва да се сравнява само с това на други данъчнозадължени лица, облагани с корпоративен данък в Люксембург, които принадлежат към многонационална група. Те твърдят, че разглежданото ДС се отнася до трансферните цени и че дружествата, принадлежащи към многонационални групи, се намират в различно фактическо и правно положение от независимите дружества, като само тези групи трябва да определят цената на трансграничните вътрешногрупови сделки. С този довод Люксембург и Amazon подкрепят референтна система, ограничена до член 164, параграф 3 от ЗПО, т.е. разпоредбата на люксембургското данъчно законодателство, за която се счита, че установява принципа на сделка между несвързани лица за целите на ценообразуване на трансгранични вътрешногрупови сделки през разглеждания период.
- (591) Комисията не споделя мнението, че референтната система трябва да бъде толкова ограничена в конкретния случай.
- (592) Първо, дружествата от многонационална група не трябва систематично да използват трансферното ценообразуване, за да определят своя облагаем доход. Когато дружество от дадена група търгува с несвързани компании (независими самостоятелни дружества или дружества от друга многонационална група), печалбата, която то получава при тези сделки, отразява договорените цени в съответствие с принципа на сделка между несвързани лица, както в случая на независими дружества, които търгуват помежду си. Само когато едно дружество, което е част от група, извършва сделки със свързани дружества, то трябва да изчисли цените, на които фактурира тези вътрешногрупови сделки. Въпреки това фактът, че дружество, принадлежащо към група, може да извършва сделки

⁽⁷¹³⁾ Решение по съединени дела Комисия/Government of Gibraltar и Обединено кралство, C-106/09 P и C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, точка 75. Вж. също решението по съединени дела Комисия/World Duty Free Group и др., C-20/15 P и C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, точка 54.

⁽⁷¹⁴⁾ Вж. съображение 240.

⁽⁷¹⁵⁾ Вж. съображение 240. Например разходите за лихви върху активи, генериращи освободени приходи или директорски възнаграждения, които не са част от ежедневното управление на дружеството.

⁽⁷¹⁶⁾ Член 164а от ЗПО. Вж. също бележка под линия 54. Данъчната консолидация на група за данъчно консолидиране приравнява групата от дружества с един-единствен (неинтегриран) данъкоплатец.

⁽⁷¹⁷⁾ Данъчната консолидация приравнява група от дружества с един-единствен данъкоплатец. Това е средство за премахване на неблагоприятните последици за корпоративните групи по отношение на отделните дружества, що се отнася до облагането на доходите. Интегрирането не е мярка за помощ, ако след интегрирането група от дружества не бъде третирана по-благоприятно от отделното дружество.

със свързани дружества, а в такъв случай, че трябва да прибегне до трансферно ценообразуване, не означава, че дружествата, които са част от група, се намират в различно фактическо и правно положение от това на други данъчнозадължени лица, облагани с корпоративен данък в Люксембург.

- (593) Второ, печалбата от сделки между несвързани дружества и доходите от вътрешногрупови сделки между свързани дружества се облагат по същия начин и при една и съща корпоративна данъчна ставка в Люксембург. Фактът, че дадена печалба произтича от вътрешногрупова сделка, попадаща в обхвата на член 164, параграф 3 от ЗПО, не означава, че тя подлежи на специални освобождавания или че води до прилагането на различна данъчна ставка. В резултат на това неизбежно различният начин за изчисляване на облагаемата печалба в случая на контролирани сделки и сделки на свободния пазар не влияе върху избора на референтна система в конкретния случай. Тъй като печалбата на всички данъкоплатци се облага по един и същ начин, без да се прави разграничение по отношение на произхода им, в съответствие с люксембургската корпоративна данъчна система всички данъкоплатци трябва да се считат за в подобно фактическо и правно положение.
- (594) Трето, всички данъчнозадължени лица, облагани с корпоративен данък, без значение дали са независими на пазара или са част от многонационална група, се облагат въз основа на един и същ правопоращащ факт, а именно - реализирането на печалба, и при едни и същи ставки в съответствие с люксембургската корпоративна данъчна система. Като ограничава референтната система само до дружества, принадлежащи към многонационална група, между дружествата от групата и автономните дружества се въвежда изкуствено разграничение, основаващо се на тяхната структура, който елемент люксембургската корпоративна данъчна система обикновено не взема предвид, за да облага печалбите на дружества, които попадат под данъчната юрисдикция на Люксембург.
- (595) Четвърто, съгласно член 164, параграф 3 от ЗПО печалбите от вътрешногрупови сделки се определят по същия начин като приходите от сделки между дружества, които не са свързани: докато последните зависят от цените, договаряни на пазара, първите зависят от справедливите пазарни цени, така че и в двата случая облаганата печалба в крайна сметка се определя (пряко или непряко) от пазара. В тази светлина член 164, параграф 3 от ЗПО не е повече или по-малко от средство за гарантиране, че дружествата, които са част от група, от данъчна гледна точка се държат по един и същ начин като независими дружества при сходни обстоятелства по отношение на ценообразуването и определянето на реда и условията на вътрешногруповите сделки, така че частта от облагаемата им печалба, която е резултат от такива сделки, да може да бъде обложена по същия начин и със същата данъчна ставка съгласно общата схема за корпоративен данък върху доходите. Следователно член 164, параграф 3 от ЗПО има за цел да приведе в съответствие данъчното третиране на сделките, сключени между свързани дружества от една група с тези на сделките, сключени между независими дружества, така че последните да не бъдат третирани по-благоприятно от вторите в рамките на люксембургската корпоративна данъчна система.
- (596) Пето, като приема довода, че референтната система трябва да бъде ограничена до дружества, принадлежащи към многонационална група, поради простата причина, че член 164, параграф 3 от ЗПО се отнася само до тях, държавите членки се насърчават да приемат данъчни мерки, които очебийно благоприятстват многонационалните дружества в ущърб на независимите дружества. Дружествата, принадлежащи към многонационална група могат да упражняват и на практика упражняват същите дейности като независими дружества и тези два вида дружества могат да се конкурират помежду си и в действителност се конкурират помежду си. Тъй като и двата вида дружества се облагат с общия облагаем доход при една и съща корпоративна данъчна ставка по силата на люксембургската корпоративна данъчна система, всяка мярка, позволяваща на първата категория да намали данъчната си основа, към която посочената ставка се прилага, предоставя по-благоприятно данъчно третиране по отношение на втората категория под формата на намаляване на корпоративния дълг, което нарушава конкуренцията и засяга търговията между държавите членки.
- (597) Накрая, Комисията не споделя мнението на Люксембург и на Amazon, че в предишни решения е потвърдила, че референтната система трябва да бъде ограничена до интегрираните дружества. Комисията припомня, *in limine*, че не е обвързана от практиката си на вземане на решения и че всяка потенциална мярка за помощ трябва да се преценява въз основа на нейните собствени характеристики по отношение на обективните критерии на член 107, параграф 1 ДФЕС, така че ако се докаже противоречива практика на вземане на решения, това не може да засегне

правомерността на направените в настоящото решение констатации ⁽⁷¹⁸⁾. При всички случаи в посочените решения националните данъчни схеми, представляващи помощ, са били създадени по такъв начин, че вече са правили разграничение между различни категории интегрирани дружества ⁽⁷¹⁹⁾. За установяване на избирателността на посочените системи е било напълно излишно да се сравнява третирането на бенефициерите и това на независимите самостоятелни дружества. Това обаче не означава, че посочените системи не са избирателни и от тази гледна точка.

(598) Amazon също така твърди, че за да се установи избирателност в конкретния случай, Комисията трябва да сравни третирането на LuxOpCo по силата на разглежданото ДС с практиката на люксембургската данъчна администрация по отношение на ДС като цяло и по-специално, с 97-те решения, посочени от Amazon, за които се твърди, че подкрепят метода на разделената печалба ⁽⁷²⁰⁾. Комисията отхвърля този довод, тъй като това би означавало, че референтната система се състои от въпросната практика, ограничена до подкатегория на ДС, а не от разпоредбите на люксембургското данъчно законодателство. Ако този довод бъде приет, той би позволил на данъчната администрация на дадена държава членка систематично да се отклонява от данъчното си законодателство по такъв начин, че систематично да осигурява благоприятно данъчно третиране на определена категория данъкоплатци, а именно тези, които са поискали и получили въпросния тип ДС ⁽⁷²¹⁾. Във всеки случай Комисията отбелязва, че никое от 97-те ДС, споменати от Amazon, всъщност не включва метода на разделената печалба или МТНП като метод за определяне на трансферните цени, одобрен във въпросното ДС. От тези 97 решения 78 се отнасят до данъчното третиране на заеми за разпределение на печалбата и 6 — до третирането на заеми, проследяващи доходите от портфейла, т.е. два хибридни финансови инструменти. Ето защо Комисията счита, че нито едно от 97-те ДС, споменати от Amazon, не може да бъде сравнено с разглежданото ДС.

(599) В светлината на изложените по-горе съображения Комисията заключава, че приложимата референтна система е люксембургската корпоративна данъчна система, а не член 164, параграф 3 от ЗПО. Както Комисията доказва в раздел 9.2, разглежданото ДС подкрепя метода за трансферно ценообразуване, при който се получава облагаема печалба за LuxOpCo, която се отклонява от разумно приближение до пазарен резултат, съответстващ на принципа на сделка между несвързани лица, който води до намаляване на облагаемата му основа за целите на корпоративния данък. Независимите дружества, дружествата, принадлежащи към многонационална група, която извършва сделки изключително с несвързани страни, и дружествата, принадлежащи към многонационална група, които прилагат трансферни цени при сделки в рамките на групата, за сметка на това всички се облагат на нивото на печалбата в Люксембург, което по принцип е отражение на договорените цени на пазара. Следователно може да се каже, че разглежданото ДС дерогира общата схема за корпоративен данък в Люксембург, тъй като той предоставя благоприятно данъчно третиране за LuxOpCo, за което други данъчнозадължени лица, подлежащи на облагане с корпоративен данък в Люксембург, не могат да претендират, чиято облагаема печалба отразява цените, договорени при сделка между несвързани лица. Ето защо може да се приеме, че посоченото ДС предоставя на LuxOpCo избирателно предимство в рамките на общата схема за корпоративен данък в Люксембург.

9.3.2.2. По-благоприятно третиране в сравнение с облагани с корпоративен данък данъчнозадължени лица, принадлежащи към многонационална група от дружества

(600) Без да се засяга заключението в предходното съображение, Комисията счита още, че дори ако референтната система е ограничена до член 164, параграф 3 от ЗПО и ако само дружества, принадлежащи към многонационална група могат да се считат за намиращи се в подобно фактическо и правно положение, както твърдят Люксембург и Amazon, разглежданото ДС трябва да се приеме за поставящо в по-благоприятно положение LuxOpCo по отношение на тези данъкоплатци.

⁽⁷¹⁸⁾ Решение по дело *Todaro Nunziatina & C.*, C-138/09, ECLI:EU:C:2010:291, точка 21.

⁽⁷¹⁹⁾ Например в решението на Комисията от 16 октомври 2002 г. относно схемата за държавна помощ С 49/2001 (ex NN 46/2000) - Координационните центрове - изпълнявани от Люксембург (ОВ L 170, 9.7.2003 г., стр. 20), съображение 53, данъчното предимство се прилага единствено към „координационен център, който е местно капиталово дружество с многонационален характер и чиято дейност се ограничава до предоставянето на услуги изключително запазени за фирми или предприятия от една и съща международна чуждестранна група“. По подобен начин в решението на Комисията от 13 май 2003 г. относно схемата за държавна помощ, приведена в действие от Франция в полза на централните управления и логистичните центрове (ОВ L 23, 28.1.2004 г., стр. 1), съображение 66: „ползата от схемата е ограничена изключително до централните управления и логистичните центрове, които предоставят услугите си предимно на асоциирани дружества със седалище извън Франция“. Накрая, в решението на Комисията от 24 юни 2003 г. относно схемата за помощи, прилагана от Белгия под формата на схема за предварително събиране на данък, приложима за *US Foreign Sales Corporations* (ОВ L 23, 28.1.2004 г., стр. 14), съображение 57: „схемата за предварително събиране на данък, приложима за дейностите, извършвани в Белгия от FSC, представлява специална схема, приложима единствено за FSC - клонове и дъщерни дружества“.

⁽⁷²⁰⁾ Съобщение на Amazon от 5 март 2015 г., приложение 2.

⁽⁷²¹⁾ Комисията вече е установила, че подобна практика представлява държавна помощ в Решение (ЕС) 2016/1699 на Комисията от 11 януари 2016 г. относно схемата за държавна помощ под формата на освобождаване на допълнителната печалба SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN), прилагана от Белгия (ОВ L 260, 27.9.2016 г., стр. 61).

- (601) През периода, през който е било в сила разглежданото ДС, се приема, че член 164, параграф 3 от ЗПО установява принципа на сделка между несвързани лица в люксембургското данъчно законодателство. Съгласно тази разпоредба дружествата, принадлежащи към многонационална група, която извършва сделки със свързани дружества, трябва да изчисляват своите трансферни цени в съответствие с този принцип. Както Комисията доказва в раздел 9.2, методът за определяне на трансферните цени, възприет от разглежданото ДС, дава на LuxOpCo облагаем доход, който не отразява цените, договорени съгласно принципа на пълната конкуренция на пазара. Следователно той води до намаляване на корпоративния данък на LuxOpCo в Люксембург в сравнение с дружествата, принадлежащи към многонационална група, които изчисляват своите трансферни цени в съответствие с член 164, параграф 3 от ЗПО.
- (602) В светлината на гореизложените съображения Комисията стига до извода, че предимството, определено в раздел 9.2, е изборително, тъй като е в полза на Amazon в сравнение с други данъкоплатци, принадлежащи към дадена многонационална група, които извършват вътрешногрупови сделки и, съгласно член 164, параграф 3 от ЗПО, те трябва да изчислят цените на своите вътрешногрупови сделки по начин, който да отразява цените, договорени от независими страни при условия на сделка между несвързани лица.

9.3.3. ЛИПСА НА ОБОСНОВКА

- (603) Нито Люксембург, нито Amazon са изтъкнали възможна обосновка за благоприятното третиране, предоставено на LuxOpCo от разглежданото ДС. В това отношение Комисията припомня, че държавата членка трябва да представи подобна обосновка.
- (604) При всички случаи Комисията не е могла да установи каквито и да е основания за обосноваване на преференциалното третиране, с което се ползва LuxOpCo, поради въпросната мярка, която може да се счита за пряко следствие от вътрешните, учредителните или ръководните принципи на референтната система или присъщите механизми, необходими за функционирането и ефективността на системата ⁽⁷²²⁾, независимо дали референтната система е общата схема за корпоративен данък в Люксембург, както е установила Комисията, или член 164, параграф 3 от ЗПО, както се препоръчва от Люксембург и Amazon.

9.3.4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ ОТНОСНО ИЗБИРАТЕЛНОСТТА

- (605) От гореизложените съображения следва, че предимството, посочено в раздел 9.2, предоставено на LuxOpCo посредством разглежданото ДС, е с изборителен характер.

9.4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ ОТНОСНО НАЛИЧИЕТО НА ПОМОЩ

- (606) Тъй като разглежданото ДС отговаря на всички условия, предвидени в член 107, параграф 1 от ДФЕС, то трябва да се разглежда като държавна помощ по смисъла на посочената разпоредба. Въпросната мярка има за последица намаляването на таксите, които LuxOpCo нормално би трябвало да понесе при извършване на дейността си, поради което трябва да се счита, че тя предоставя оперативна помощ на LuxOpCo.

9.5. ПОЛУЧАТЕЛ НА ПОМОЩТА

- (607) Комисията счита, че разглежданото ДС предоставя на LuxOpCo изборително предимство по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС, тъй като води до намаляване на облагаемата печалба на това образувание и като следствие от това - на неговия корпоративен дълг в Люксембург. Комисията отбелязва обаче, че LuxOpCo е част от група от многонационални дружества, а именно групата Amazon.
- (608) За целите на прилагането на правилата относно държавните помощи може да се счита, че няколко отделни правни субекта образуват една стопанска единица. Именно тази стопанска единица се разглежда като предприятието, което се е ползвало от мярката за помощ. Както вече е посочено от Съда на ЕС, „[п]онятието за предприятие в контекста на правото в областта на конкуренцията трябва да се разбира като обозначаващо една стопанска единица [...], дори и от юридическа гледна точка тази стопанска единица да е съставена от няколко физически или юридически лица“ ⁽⁷²³⁾. За да определи дали няколко образувания формират една икономическа единица,

⁽⁷²²⁾ Решение по съединени дела Paint Graphos и др., C-78/08—C-80/08, ECLI:EU:C:2009:417, точка 69.

⁽⁷²³⁾ Решение по дело Hydrotherm, 170/83, ECLI:EU:C:1984:271, точка 11. Вж. също решението по дело Pollmeier Malchow/Комисия, T-137/02, ECLI:EU:T:2004:304, точка 50.

Съдът проверява за наличието на контролен дял или функционални, икономически или органични връзки ⁽⁷²⁴⁾. В конкретния случай LuxOpCo е било изцяло контролирано от LuxSCS през разглеждания период, което от своя страна е контролирано от дружества от групата Amazon, разположени в САЩ ⁽⁷²⁵⁾. Още повече, както е видно от искането за ДС, групата Amazon, контролирана от Amazon.com, Inc., е взела решението да установи LuxOpCo в Люксембург.

- (609) Освен това, трансферното ценообразуване по своята същност засяга най-малко две дружества от групата, тъй като намаляването на печалбата на едното увеличава печалбата на другата страна по сделката. В конкретния случай изчисляването на облагаемата печалба на LuxOpCo в Люксембург засяга лицензионното възнаграждение, платено на LuxSCS, тъй като размерът на възнаграждението е равен на всяка печалба, реализирана от LuxOpCo, надвишаваща [4-6]% от оперативните му разходи или 0,55 % от неговия оборот, както е прието от люксембургските данъчни органи в разглежданото ДС. Следователно намаляването на данъчния дълг на LuxOpCo в Люксембург облагодетелства не само това дружество, а и LuxSCS. Освен това, тъй като печалбата, относима към LuxSCS, не е била обложена с данък в Люксембург, а в най-добрия случай е била предмет на отложено данъчно облагане, ако и когато е била разпределена на неговите партньори със седалище в САЩ ⁽⁷²⁶⁾, разглежданото ДС предоставя помощ на групата Amazon като цяло.
- (610) Следователно всяко благоприятно данъчно третиране, предоставено на LuxOpCo от люксембургските данъчни органи, е в полза не само на последното, а и на цялата група Amazon, като ѝ предоставя допълнителни финансови ресурси. Ето защо, независимо от факта, че посочената група е организирана в различни юридически лица и че разглежданото ДС се отнася до данъчното третиране на LuxOpCo и LuxSCS, групата трябва да се разглежда като една-единствена икономическа единица, която се ползва от разглежданата мярка за помощ ⁽⁷²⁷⁾.

9.6. НЕСЪВМЕСТИМОСТ НА ПОМОЩТА

- (611) Държавната помощ се счита за съвместима с вътрешния пазар, ако попада в една от категориите, посочени в член 107, параграф 2 от ДФЕС ⁽⁷²⁸⁾, и може да бъде счетена за съвместима с международния пазар, ако Комисията установи, че помощта попада в една от категориите, посочени в член 107, параграф 3 от ДФЕС. При все това държавата членка, която предоставя помощта, носи тежестта на доказване, че предоставената от нея държавна помощ е съвместима с вътрешния пазар по силата на член 107, параграфи 2 или 3 от ДФЕС.
- (612) Люксембург не е посочил нито едно от основанията за съвместимост, предвидени в тези разпоредби за държавна помощ, която е предоставил посредством разглежданото ДС.
- (613) В допълнение, както е посочено в съображение 606, помощта, предоставена посредством разглежданото ДС, представлява оперативна помощ. По принцип такава помощ не може да се счита за съвместима с вътрешния пазар по силата на член 107, параграф 3 от ДФЕС, тъй като тя не подпомага развитието на определени дейности или определени икономически региони, както и поради факта, че разглежданите данъчни предимства не са ограничени във времето, постепенно намаляващи или пропорционални на това, което е необходимо, за да се отстрани конкретна пазарна неефективност на въпросните региони.
- (614) Следователно държавната помощ, предоставена от Люксембург на LuxOpCo и на групата Amazon, е несъвместима с вътрешния пазар.

⁽⁷²⁴⁾ Решения по дело Acea Electrabel Produzione SpA/Комисия, С-480/09 P, ECLI:EU:C:2010:787, точки 47—55 и по дело Cassa di Risparmio di Firenze SpA и др., С-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, точка 112.

⁽⁷²⁵⁾ Корпоративната структура на групата Amazon е разяснена по-подробно на фигура 1.

⁽⁷²⁶⁾ Вж. бележка под линия 119. Данъчният кодекс на САЩ предвижда, че местните дружества подлежат на облагане върху световния им доход, включително приходите от чужбина и, в противоречие с практиките на други държави, за доходите на техните дъщерни дружества. Като цяло, обаче, данъкът върху доходите на чуждестранните дъщерни дружества се отлага, докато бъде разпределен под формата на дивидент или по друг начин на американските акционери. Ако и когато печалбата или част от печалбата на LuxSCS се разпредели между американските партньори, те се облагат с данък в съответствие със схемата за облагане на световния доход като всяко друго обичайно разпределение на печалбата след облагане с данъци, извършено от американско дружество под чуждестранен контрол.

⁽⁷²⁷⁾ Вж. по аналогия решението по дело Intermills, 323/82, ECLI:EU:C:1984:345, точка 11. Вж. също решението по съединени дела Белгия и Fogim 187 ASBL/Комисия, С-182/03 и С-217/03, ECLI:EU:C:2005:266, точка 102: „Комисията правилно е приела, че правилата за определяне на облагаемия доход предоставят предимство за координационните центрове и групите, на които те принадлежат“.

⁽⁷²⁸⁾ Дерогаиите, предвидени в член 107, параграф 2 от ДФЕС, се отнасят до помощи от социално естество, предоставени на отделни потребители, помощи за компенсиране на щети, причинени от природни бедствия или други извънредни събития, и помощи, предоставени на икономиката на някои региони на Федерална република Германия, като нито една от тези категории не е засегната в конкретния случай.

9.7. НЕПРАВОМЕРЕН ХАРАКТЕР НА ПОМОЩТА

- (615) Съгласно член 108, параграф 3 от ДФЕС държавите членки са задължени да информират Комисията относно плановете за предоставянето на помощ и не могат да започнат прилагането на предложените мерки, докато Комисията не приеме окончателно решение относно въпросните плановете.
- (616) Комисията посочва, че Люксембург не я е уведомил относно плана за предоставяне на разглежданата мярка за помощ. Следователно разглежданото ДС представлява неправомерна помощ, приведена в действие в нарушение на член 108, параграф 3 от ДФЕС.

10. ВЪЗСТАНОВЯВАНЕ

10.1. ЗАДЪЛЖЕНИЕ ЗА ВЪЗСТАНОВЯВАНЕ

- (617) По силата на член 16, параграф 1 от Регламент (ЕС) 2015/1589 Комисията е длъжна да разпорежи възстановяването на всяка неправомерна и несъвместима помощ. В посочената разпоредба се предвижда също така, че съответната държава членка трябва да вземе всички необходими мерки за възстановяване на неправомерна и несъвместима помощ. Съгласно член 16, параграф 2 от Регламент (ЕС) 2015/1589 помощта, която трябва да се възстанови, включва лихва, дължима от датата, на която неправомерната помощ е била на разположение на бенефициера до датата на нейното възстановяване. В Регламент (ЕО) № 794/2004 на Комисията ⁽⁷²⁹⁾ се описва подробно методът за изчисляване на лихвата, приложима спрямо възстановяването на държавна помощ. Накрая, съгласно член 16, параграф 3 от Регламент (ЕС) 2015/1589 „възстановяването се извършва незабавно и в съответствие с процедурите по националното законодателство на съответната държава членка, при условие че те позволяват незабавното и ефективно изпълнение на решението на Комисията“.

10.2. НОВА ПОМОЩ

- (618) Съгласно член 17 от Регламент (ЕС) 2015/1589 правомощията на Комисията за възстановяване на помощ подлежат на давностен срок от десет години. Давностният срок започва да тече в деня, в който неправомерната помощ е предоставена на бенефициера, било като индивидуална помощ или като помощ по схема за помощ. Всяко действие, предприето от Комисията или от дадена държава членка, която действа по искане на Комисията, по отношение на неправомерната помощ, прекъсва давностния срок. От всяко прекъсване тече нов срок. Давностният срок спира да тече, докато решението на Комисията е предмет на производство пред Съда на Европейския съюз. И накрая, всяка помощ, по отношение на която давностният срок е изтекъл, се счита за съществуваща помощ.
- (619) Amazon твърди, че всяка помощ, предоставена чрез разглежданото ДС, представлява съществуваща помощ с мотива, че разглежданото ДС представлява индивидуална мярка, предоставена му повече от десет години, преди Комисията да започне разследване по отношение на държавните помощи по посоченото ДС. Вярно е, че разглежданото ДС е било прието повече от десет години преди Комисията да започне разследването си, а именно на 6 ноември 2003 г. Въпреки това, противно на твърденията на Amazon, това не означава, че всяка помощ, предоставена по разглежданото ДС, представлява съществуваща помощ, която не може да бъде възстановена.
- (620) В конкретния случай помощта, произтичаща от разглежданото ДС, е предоставена на годишна база на датата, на която LuxOpCo е трябвало да плати корпоративния си данък в Люксембург. Всъщност, целта на ДС е била да позволи на LuxOpCo да определи за даден период годишния си корпоративен данъчен дълг в Люксембург. То възприема метод за трансферно ценообразуване, който позволява на LuxOpCo да изчисли своите трансферни цени, които след това определят годишната му облагаема печалба. След това то декларира печалбата си в своята годишна данъчна декларация за корпоративен данък, която Люксембург е приемал всяка година през разглеждания период. Следователно помощта по разглежданото ДС е предоставяна всяка година, когато декларацията е била приемана от люксембургските данъчни органи ⁽⁷³⁰⁾.

⁽⁷²⁹⁾ Регламент (ЕО) № 794/2004 на Комисията от 21 април 2004 г. за за прилагането на Регламент (ЕС) 2015/1589 на Съвета за установяване на подробни правила за прилагането на член 108 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ОВ L 140, 30.4.2004 г., стр. 1).

⁽⁷³⁰⁾ Решение по съединени дела Белгия и Fogum 187 ASBL/Комисия, C-182/03 и C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416. Общият съд е приложил същите мотиви в решение по съединени дела France Télécom/Комисия, T-427/04 и T-17/05, ECLI:EC: T: 2009: 474, в които France Télécom се е ползвало от освобождаване и Комисията е приела, че помощта е отпускана ежегодно, а именно: облагаемата и освободената разлика в облагането се изчислява на годишна база и зависи, наред с другото, от равнището на данъчните ставки, гласувани всяка година от местните власти. Общият съд признава, че това заключение е правилно.

- (621) В конкретния случай това означава, че само помощ, предоставена преди 24 юни 2004 г., представлява съществуваща помощ, тъй като давностният срок, предвиден в член 17 от Регламент (ЕС) 2015/1589, е бил прекъснат на 24 юни 2014 г., когато Комисията е изпратила на Люксембург писмо с искане за информация относно всички ДС, предоставени на Amazon⁽⁷³¹⁾. Както посочва Amazon, разглежданото ДС е било получено през 2003 г., но LuxOpCo не използва метода за трансферно ценообразуване преди 2006 г., възприет от посоченото ДС, за да определи годишния си корпоративен дълг в Люксембург. Следователно ДС не се използва за изчисляване на годишната облагаема печалба на LuxOpCo, а люксембургските данъчни органи не са приемали данъчна декларация въз основа на това изчисление през фискалните години, предшестващи 24 юни 2004 г. При всички случаи Комисията припомня, че в писмо от 23 декември 2004 г. люксембургските данъчни органи потвърждават удължаването на срока на валидността на метода за трансферно ценообразуване, потвърден в разглежданото ДС, в следствие от забавяне на изпълнението на реорганизацията на европейските дейности на Amazon, поради което първоначално е поискано разглежданото ДС.
- (622) Следователно всяка помощ, предоставена на LuxOpCo и на групата Amazon посредством разглежданото ДС, представлява нова помощ.

10.3. НИТО ЕДИН ОБЩ ПРИНЦИП НА ПРАВОТО НЕ СЕ ПРОТИВОПОСТАВЯ НА ВЪЗСТАНОВЯВАНЕТО.

- (623) Член 16, параграф 1 от Регламент (ЕС) 2015/1589 гласи, че Комисията не изисква възстановяване на помощта, ако това противоречи на общ принцип на правото на Съюза.
- (624) Люксембург изтъква довода, че принципите на правната сигурност и защита на оправданите правни очаквания възпрепятстват възстановяването в конкретния случай, от една страна, защото Комисията прилага със задна дата предполагаемо нов подход към трансферното ценообразуване и второ, тъй като групата „Кодекс за поведение“ (Данъчно облагане на предприятия)⁽⁷³²⁾ и Форумът на ОИСР относно вредните данъчни практики са я уверили,⁽⁷³³⁾ че практиката ѝ по отношение на предварителните данъчни решения, основани на член 164, параграф 3 от ЗПО и на циркулярното писмо, съответства на Кодекса за поведение на ОИСР и на Принципите за трансферно ценообразуване на ОИСР.
- (625) Принципът на правната сигурност е общ принцип на правото на Съюза, според който правилата и правните последици от тези правила трябва да бъдат предвидими. Съгласно съдебната практика принципът на правната сигурност се отнася до това Комисията да не забавя неограничено упражняването на правомощията си⁽⁷³⁴⁾. Съдът на ЕС заявява също така, че единствените основания, поради които в изключителни случаи може да се изтъкне този принцип, са явно неправомерно бездействие на Комисията или очевидно неизпълнение на задължението ѝ за полагане на грижа при упражняването на контролните ѝ правомощия⁽⁷³⁵⁾. Когато обаче дадена мярка е била предоставена без да бъде нотифицирана, самото забавяне от страна на Комисията да разпореда събирането на тази помощ, не е достатъчно само по себе си да опорочи това решение за възстановяване с незаконосъобразност в светлината на принципа на правната сигурност⁽⁷³⁶⁾. В конкретния случай, тъй като Люксембург така и не е уведомил Комисията за разглежданото ДС, и то не е било публично достъпно по друг начин, Комисията е научила за неговото съществуване едва когато Люксембург е отговорил на искането ѝ за информация на 4 август 2014 г.
- (626) Право да се позове на принципа на защита на оправданите правни очаквания има всеки правен субект, „у когото институцията [на Съюза] е породила основателни надежди“⁽⁷³⁷⁾. Сериозни ограничения се отнасят обаче до позоваването на този принцип, както е прието от Съда на ЕС. Първо, Съдът е установил, че никой не може да се позове на този принцип, когато липсват „конкретни уверения, предоставени му от администрацията“⁽⁷³⁸⁾. Второ,

⁽⁷³¹⁾ Вж. съображение 1.

⁽⁷³²⁾ Мнение на Люксембург относно решението за откриване, точки 42—43.

⁽⁷³³⁾ Мнение на Люксембург относно решението за откриване, точка 44.

⁽⁷³⁴⁾ Решение по дело Falck и Acciaierie di Bolzano/Комисия, C-74/00, ECLI:EU:C:2002:524, точка 140.

⁽⁷³⁵⁾ Решение по дело Комисия/Salzgitter, C-408/04 P, ECLI:EU:C:2008:236, точки 100—107.

⁽⁷³⁶⁾ Пак там, точка 106.

⁽⁷³⁷⁾ Посоченото по-горе решение по дело Forum 187, точка 147; решение по дело Van den Bergh en Jurgens и Van Dijk Food Products Lorik/Комисия, Rec. [1987 г.], стр. 1155, точка 44.

⁽⁷³⁸⁾ Пак там.

държавите членки не могат да се позоват на този принцип, при положение че са пропуснали да уведомят Комисията за мярката за помощ⁽⁷³⁹⁾. Трето, твърдението за неизпълнение от страна на Комисията е ирелевантно, когато тя не е била уведомена за мярка за помощ⁽⁷⁴⁰⁾, така че нейното мълчание не може да се тълкува като мълчаливо разрешаване на мярката, което може да доведе до основателни надежди⁽⁷⁴¹⁾. Следователно, тъй като Комисията никога не е предоставила на Люксембург конкретни уверения, че разглежданото ДС не представлява помощ и тъй като Люксембург никога не е уведомявал Комисията за разглежданото ДС, Люксембург не може да се позове на принципа на защита на оправданите правни очаквания.

- (627) Комисията отхвърля последващото твърдение на Люксембург, че в този случай е възприела нов подход, за да установи наличието на помощ.
- (628) Първо, в отговор на довод, представен от държава членка, че прякото данъчно облагане е въпрос на данъчен суверенитет, Съдът изрично е одобрил в решение от 1974 г.⁽⁷⁴²⁾, прилагането на правилата за държавна помощ в областта на прякото данъчно облагане. Тъй като ДС е само едно тълкуване на данъчните правила в конкретна ситуация, на което данъкоплатецът може да разчита, за да определи данъчната тежест в дадена държава членка, правилата за държавна помощ задължително се прилагат за ДС, както изрично е посочила Комисията в своето съобщение от 1998 г. относно прилагането на правилата за държавна помощ за мерките, свързани с прякото данъчно облагане на предприятията („Съобщението от 1998 г.“)⁽⁷⁴³⁾.
- (629) Второ, между 2002 г. и 2004 г. Комисията приема редица решения, в които стига до заключението, че няколко данъчни схеми в различни държави членки представляват държавна помощ на основание, че са одобрили метод за определяне на облагаемия доход на определени категории предприятия, който се отклонява от разумно приближение до пазарен резултат или е в полза на определени дружества от многонационални групи съгласно общите правила за данъчно облагане на дружествата⁽⁷⁴⁴⁾. В решението от 2006 г. Съдът изрично подкрепя довода, според който методът за определяне на облагаем доход, който води до резултат, отклоняващ се от принципа на пълната конкуренция, води до отпускане на държавна помощ на бенефициера или бенефициерите⁽⁷⁴⁵⁾.

⁽⁷³⁹⁾ Решение по съединени дела Territorio Histórico de Vizcaya – Diputación Foral de Vizcaya и др./Комисия, С–471/09 Р—С–473/09 Р, ECLI:EU:C:2011:521, точка 64: „В това отношение следва да се припомни, че държава членка, чиито органи са предоставили помощ в нарушение на процесуалните правила, предвидени в член 88 ЕО, не може да се позове на оправданите правни очаквания на получателя, за да се отклони от задължението за вземане на необходимите мерки за изпълнение на решение на Комисията, с което се разпорежда възстановяването на помощта. Допускането на такава възможност на практика би лишило разпоредбите на членове 87 ЕО и 88 ЕО от всякакво полезно действие, доколкото би позволило на националните власти, основавайки се на собственото си неправолтерно поведение, да направят неефективни решенията, приети от Комисията в съответствие с разпоредбите на Договора за ЕО“. В същия смисъл вж. решенията по съединени дела Diputación Foral de Vizcaya и др./Комисия, С–465/09—С–470/09, ECLI:EU:C:2011:372, точка 150 и по дело Италия/Комисия, С–372/97, ECLI:EU:C:2003:275, точка 112.

⁽⁷⁴⁰⁾ Посоченото по-горе решение по дело Territorio Histórico de Vizcaya, точка 68. Вж. също съединени дела Demesa и Territorio Histórico de Álava/Комисия, С–183/02 Р и С–187/02 Р, ECLI:EU:C:2004:701, точка 52.

⁽⁷⁴¹⁾ Посоченото по-горе решение по дело Territorio Histórico de Vizcaya, точка 76.

⁽⁷⁴²⁾ Решение по дело 173-73, Италия/Комисия, ECLI:EU:C:1974:71, точка 13.

⁽⁷⁴³⁾ Известие на Комисията за прилагане на правилата за държавна помощ по отношение на мерките за пряко данъчно облагане на дружества (ОВ С 384, 10.12.1998 г., стр. 3), точка 22: „Ако в ежедневната практика данъчните разпоредби трябва да бъдат тълкувани, те не могат да позволят дискреционно третиране на предприятията. Всяко решение на администрацията, което се отклонява от общите данъчни разпоредби в полза на отделни предприятия, води по принцип до презумпцията за държавна помощ и трябва да се анализира подробно. Доколкото административните решения просто съдържат тълкуване на общите правила, те не дават основание за презумпцията за помощ. От друга страна, непрозрачността на взетите от властите решения и възможността за маневриране, с която понякога разполагат, подкрепят презумпцията, че такъв е поне техният ефект в някои случаи. Това не нарушава възможностите на държавите членки да осигурят на техните данъкоплатци правна сигурност и предсказуемост относно прилагането на общите данъчни разпоредби.“

⁽⁷⁴⁴⁾ Вж. например Решение 2003/81/ЕО на Комисията от 22 август 2002 г. относно схема за държавни помощи, която Кралство Испания прилага спрямо „координационни центрове в Biscaya“ С 48/2001 (ex NN 43/2000) (ОВ L 31, 6.2.2003 г., стр. 26); Решение 2003/512/ЕО на Комисията от 5 септември 2002 г. относно схема за помощ, изпълнена от Германия в полза на центрове за контрол и координация (ОВ L 177, 16.7.2003 г., стр. 17); Решение 2003/501/ЕО на Комисията от 16 октомври 2002 г. относно схемата за държавна помощ С 49/2001 (ex NN 46/2000) — Кординационни центрове, приведена в действие от Люксембург (ОВ L 170, 9.7.2003 г., стр. 20), Решение 2003/755/ЕО на Комисията от 17 февруари 2003 г. относно схемата за помощ, приведена в действие от Белгия за координационните центрове, установени в Белгия (ОВ L 282, 30.10.2003 г., стр. 25); Решение 2003/515/ЕО на Комисията от 17 февруари 2003 г. относно схемата за помощ, приведена в действие от Нидерландия за международни финансови дейности (ОВ L 180, 18.7.2003 г., стр. 52). Решение 2004/76/ЕО на Комисията от 13 май 2003 г. относно схемата за държавна помощ, приведена в действие от Франция за централните управления и логистични центрове (ОВ L 23, 28.1.2004 г., стр. 1); и Решение 2004/77/ЕО на Комисията от 24 юни 2003 г. относно схемата за помощи, приведена в действие от Белгия под формата на схема за предварително събиране на данък, приложима за US Foreign Sales Corporations (ОВ L 23, 28.1.2004 г., стр. 14).

⁽⁷⁴⁵⁾ Решение по съединени дела Белгия и Forum 187 ASBL/Комисия, С–182/03 и С–217/03, ECLI:EU:C:2006:416.

- (630) След това Люксембург твърди, че Съветът по икономически и финансови въпроси на своето заседание на 27 май 2011 г. изрично е потвърдил, че след приемането на циркулярните писма не е било необходимо да се оценява люксембургската практика на ДС съгласно критериите на Кодекса за поведение⁽⁷⁴⁶⁾ и че споразумението, постигнато на заседание на групата на „Кодекса за поведение“, според което *„не е необходимо да се оценява [данъчната мярка на Люксембург относно дружествата, ангажирани с финансови дейности дейности в рамките на групата] съгласно критериите на Кодекса за поведение“*, представлява ясна увереност относно легитимността на общата практика на Люксембург за издаване на ДС. Тези доводи обаче не могат да бъдат приети като подкрепящи твърдения за нарушение на принципите на правната сигурност или на защита на оправданите правни очаквания.
- (631) Първо, Кодексът за поведение и правилата за държавните помощи имат различни цели: докато първият има за цел да се бори с вредната данъчна конкуренция между държавите членки, вторите имат за цел да отстранят нарушенията на конкуренцията, произтичащи от благоприятното третиране, предоставено от държавите членки на определени предприятия, по-специално под формата на данъчни отстъпки.
- (632) Второ, Кодексът за поведение не е правно обвързващ инструмент. Това е форум, в който държавите членки могат да обсъждат мерки, които имат или могат да окажат значително въздействие върху географското местоположение на предприятията в Съюза. Докато групата „Кодекс за поведение“ разполага с определена свобода на преценка, то Комисията няма никакво право на преценка, за да определи дали дадена данъчна мярка следва да се счита за държавна помощ, тъй като понятието за държавна помощ е обективно.
- (633) Трето, Кодексът за поведение е приет от Съвета по икономически и финансови въпроси⁽⁷⁴⁷⁾, а не от Комисията, така че той не може да обвърже Комисията, когато упражнява правомощията си в областта на държавната помощ.
- (634) Четвърто, Кодексът за поведение е разгледал циркулярните писма за вътрешногруповото финансиране като цяло, докато настоящото решение се отнася до конкретно ДС в полза на определено дружество, което не е свързано с вътрешногруповото финансиране. Дори да се приеме, че циркулярните писма не водят до вредна данъчна конкуренция, това не означава, че същото важи и за индивидуално ДС за трансферно ценообразуване, предоставено на Amazon.
- (635) Следователно споразумение, постигнато на заседание на групата „Кодекс за поведение“, не може нито да обвързва Комисията, нито да ограничава действията ѝ при упражняване на правомощията, които ѝ предоставя Договорът в областта на държавните помощи⁽⁷⁴⁸⁾. Същото важи и за споразуменията, сключени на 6 декември 2011 г. в рамките на форума на ОИСР, според които *„[...] не е необходимо да се разглеждат допълнително следващите 10 схемни [...] Люксембург — задълбочен данъчен анализ на вътрешногруповото финансиране“*. ОИСР не е институция на Съюза, нито Съюзът е член на тази организация⁽⁷⁴⁹⁾, а нейните заключения, които не са обвързващи, не могат да обвържат институциите на Съюза. В допълнение, далеч от предоставянето на каквато и да е конкретна увереност, форумът на ОИСР се въздържа от по-нататъшно проучване на данъчния анализ на вътрешногруповото финансиране от страна на Люксембург. Ето защо е невъзможно да се направят каквито и да било заключения или предположения от това изявление по отношение на прилагането на правилата за държавните помощи към разглежданото ДС, което е индивидуално ДС за трансферни цени, без връзка с вътрешногруповото финансиране.

⁽⁷⁴⁶⁾ Мнение на Люксембург относно решението за откриване, точка 43. Люксембург цитира параграф 19 от доклада на групата „Кодекс за поведение“ (данъчно облагане на предприятията), адресиран до Съвета по икономически и финансови въпроси, който гласи следното: *„Що се отнася до данъчната мярка на Люксембург относно дружествата, ангажирани с финансови дейности дейности в рамките на групата, групата „Кодекс за поведение“ разгледа описанието, договорено на заседанието на 17 февруари 2011 г. Великото херцогство Люксембург информира групата, че циркулярното писмо 164/2 от 28 януари 2011 г. определя условията, при които се сключват предварително уредени данъчни споразумения, потвърждаващи възнаграждението от сделките. На заседанието на 11 април 2011 г. Великото херцогство Люксембург информира групата, че в циркулярното писмо 164/2а от 8 април 2011 г. се посочва, че очакваните потвърждения, извършени преди влизането в сила на циркулярното писмо 164/2 вече няма да са валидни след 31 декември 2011 г. Въз основа на тази информация групата се съгласи, че вече не е необходимо тази мярка да се оценява съгласно критериите на Кодекса за поведение“* [свободен превод, предоставен от Люксембург].

⁽⁷⁴⁷⁾ Заключения на Съвета по икономически и финансови въпроси от 1 декември 1997 г. относно фискалната политика (ОВ С 2, 6.1.1998 г., стр. 1). Вж. също документите на разположение на адрес http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/#code_conduct.

⁽⁷⁴⁸⁾ Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат Léger по делото Белгия и Forum 187 ASBL/Комисия, C-217/03, ECLI:EU:C:2006:89, точка 376.

⁽⁷⁴⁹⁾ В Допълнителния протокол № 1 към Конвенцията на ОИСР от 14 декември 1960 г. страните по Конвенцията се споразумяват Европейската комисия да участва в работата на ОИСР. Представители на Европейската комисия участват съвместно с членовете на ОИСР в дискусиите по работната програма на организацията и участват в работата на цялата организация и различните ѝ органи. При все това, макар участието ѝ да надхвърля участието на наблюдател, Европейската комисия няма право на глас и не участва официално в приемането на законодателни актове, които са внесени в Съвета за приемане.

- (636) Amazon също така се позовава на принципа на защита на оправданите правни очаквания и твърди, че разследването на Комисията се основава на безпрецедентно тълкуване на правилата за държавна помощ⁽⁷⁵⁰⁾. В съображение 626 Комисията вече е установила защо това твърдение е неоснователно. За да може да се приеме твърдението за нарушение на принципа на защита на оправданите правни очаквания, тези правни очаквания трябва да се породят от предварително действие на Комисията под формата на точни уверения⁽⁷⁵¹⁾. Следователно оправданите правни очаквания трябва да се основават на миналото поведение на Комисията, например, вече прието решение относно същата схема за помощ или идентична схема. Amazon не се позовава на подобен акт, приет от Комисията, и дори твърди, че „прилагането на правилата за държавните помощи към индивидуалните данъчни режими относно трансферното ценообразуване никога не е било предмет на изявления на Комисията“⁽⁷⁵²⁾. В това отношение Комисията припомня, че понятието за държавна помощ е обективно понятие, така че дори да няма решения преди 2015 г., които да посочват, че индивидуалните ДС представляват държавни помощи, не може да се заключи, че последните не представляват държавна помощ. При всички случаи Комисията е приела редица решения, с които схеми, отклоняващи се от принципа на пълната конкуренция, се обявяват за държавни помощи⁽⁷⁵³⁾, и няколко решения, с които индивидуални данъчни мерки се обявяват за държавна помощ⁽⁷⁵⁴⁾.
- (637) Amazon също така се позовава на принципа на равно третиране, като твърди, че е единственото от много предприятия, ползващи се със същото данъчно третиране, което да бъде задължено да изплати неправомерната помощ⁽⁷⁵⁵⁾. Съдът на Съюза вече е установил, че ползването с държавна помощ от други предприятия, дори конкуренти, не засяга квалификацията на дадена мярка като помощ⁽⁷⁵⁶⁾. Тъй като възстановяването е логично следствие от наличието на неправомерна помощ, това трябва да се прилага още повече за изплащането на неправомерна държавна помощ.
- (638) В заключение нито един общ принцип на правото не се противопоставя на разглежданото възстановяване.

10.4. НАЧИН НА ВЪЗСТАНОВЯВАНЕ

- (639) Задължението на дадена държава да премахне неправомерната помощ, считана от Комисията за несъвместима с вътрешния пазар, има за цел да възстанови предишното конкурентно положение на пазара. В този контекст Съдът на ЕС е заявил, че целта е постигната, когато получателят на помощта е изплатил сумите, платени като неправомерна помощ, като по този начин е загубил предимството, с което се е ползвал на пазара спрямо своите конкуренти, и когато положението, съществувало преди плащането на помощта, е възстановено.
- (640) С никоя разпоредба от правото на Европейския съюз от Комисията не се изисква да определя точната количествена стойност на помощта, която да бъде възстановена, когато нарежда възстановяването на помощ, която е определена като несъвместима с вътрешния пазар⁽⁷⁵⁷⁾. Вместо това е достатъчно в решението на Комисията да се съдържат указания, позволяващи на адресата сам да определи този размер без прекомерни затруднения⁽⁷⁵⁸⁾. Правото на Съюза изисква единствено предоставената неправомерна помощ да бъде върната, за да се възстанови съществуващото преди това положение, и възстановяването да се извърши в съответствие с правилата на националното право⁽⁷⁵⁹⁾. Следователно Комисията може да се ограничи до установяване на задължението за връщане на въпросните помощи и да остави на националните органи грижата да изчислят точния размер на подлежащите на възстановяване помощи⁽⁷⁶⁰⁾.

⁽⁷⁵⁰⁾ Вж. съображение 326.

⁽⁷⁵¹⁾ Решение по дело Mehobas Dordtselaap/Комисия, T-290/97, ECLI:EU:T:2000:8, точка 59 и решение по съединени дела Белгия и Forum 187 ASBL/Комисия, C-182/03 и C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, точка 147.

⁽⁷⁵²⁾ Мнение на Amazon относно решението за откриване, точка 178.

⁽⁷⁵³⁾ Вж. бележка под линия 742.

⁽⁷⁵⁴⁾ Вж. например решение 1999/718/ЕО на Комисията от 24 февруари 1999 г. относно държавна помощ, приведена в действие от Испания в полза на Daewoo Electronics Manufacturing España SA (Demesa) (OB L 292, 13.11.1999 г., стр. 1), Решение 2000/735/ЕО на Комисията от 21 април 1999 г. относно третирането на „договора за лизинг на технология“ между Philips и Rabobank от нидерландската данъчна администрация (OB L 297, 24.11.2000 г., стр. 13), Решение 2000/795/ЕО на Комисията от 22 декември 1999 г. относно държавна помощ, приведена в действие от Испания в полза на Ramondín SA и на Ramondín Cápsulas SA (OB L 318, 16.12.2000 г., стр. 36), Решение 2005/709/ЕО на Комисията от 2 август 2004 г. относно държавна помощ, приведена в действие от Франция в полза на France Télécom (OB L 269, 14.10.2005 г., стр. 30), Решение 2008/551/ЕО на Комисията от 11 декември 2007 г. относно държавна помощ C 12/07 (ex N 799/06), планирана от Словашката република за дружество Glunz&Jensen s.r.o. (OB L 178, 5.7.2008 г., стр. 38), Решение 2008/734/ЕО на Комисията от 4 юни 2008 г. относно държавна помощ C 57/07 (ex N 843/06), планирана от Словашката република за Alas Slovakia, s.r.o. (OB L 248, 17.9.2008 г., стр. 19) и Решение 2011/276/ЕС.

⁽⁷⁵⁵⁾ Вж. съображение 326.

⁽⁷⁵⁶⁾ Решение по дело T-214/95 Het Vlaamse Gewest (Région flamande)/Комисия, ECLI:EU:T:1998:77, точка 54.

⁽⁷⁵⁷⁾ Макар да е в контекста на „невъзможност за възстановяване“, а не на „затруднение при количественото определяне на размера на помощта“.

⁽⁷⁵⁸⁾ Вж. решението по дело Комисия/Франция, C-441/06, ECLI:EU:C:2007:616, точка 29 и цитираната съдебна практика.

⁽⁷⁵⁹⁾ Вж. решението по съединени дела Франция и France Télécom/Комисия, T-427/04 и T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, точка 297.

⁽⁷⁶⁰⁾ Вж. решението по съединени дела Франция и France Télécom/Комисия, T-427/04 и T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, точка 299.

- (641) В случай на неправомерна държавна помощ под формата на данъчни мерки, сумата, подлежаща на възстановяване, трябва да бъде изчислена въз основа на сравнение между действително платения данък и сумата, която е трябвало да бъде платена в съответствие с общоприложимото правило. Както е посочено в съображение 542, лицензионното възнаграждение, платено от LuxOpCo на LuxSCS, следвало да бъде определено на базата на МТНП, в която LuxSCS се счита за най-малко сложната единица на лицензионното споразумение, и възнаграждението, което LuxOpCo трябва да плати на LuxSCS следвало да се определи, като се знае, че LuxSCS е тестваната част ⁽⁷⁶¹⁾.
- (642) Лицензионното възнаграждение на LuxSCS трябва да отразява факта, че то действа като посредник по отношение на нематериалните активи: то е просто притежателят на законната собственост и лицензодателят на посочените активи, притежавани от АТІ и А9, но предава на LuxOpCo правата за разработване, подобряване, управление и експлоатация на нематериалните активи за целите на управлението от страна на LuxOpCo на търговията на дребно на Amazon в Европа. То също така трябва да отразява факта, че LuxSCS само по себе си изпълнява само ограничени функции под формата на общи административни услуги, предназначени да запазят законната му собственост върху нематериални активи, които всъщност се предоставят от външни доставчици на услуги от името на LuxSCS [вж. съображение (429)].
- (643) По отношение на определянето на подходящата разходна база, за която трябва да се приложи марж, Комисията отбелязва, че LuxSCS не осъществява никакви продажби и не поема рискове, свързани с нематериални активи. Следователно това е възнаграждение въз основа на разходите, като маржът се прилага само за външните разходи, които се поемат за действителните му функции, но без марж върху разходите за изкупуване и разходи по СПР, които в действителност се предават само от LuxSCS на А9 и на АТІ, което трябва да се използва за определяне на възнаграждението на LuxSCS ⁽⁷⁶²⁾.
- (644) Що се отнася до маржа, който трябва да се приложи към разходите, поети от LuxSCS, за които се предполага, че отразяват функциите, свързани с необходимостта от запазване на собствеността върху нематериални активи под контрола на LuxOpCo, Комисията счита, въз основа на опита, залегнал в доклада на СФТЦ от 2010 г., че подходящият марж е от 5 % за услуги с ниска добавена стойност, като тези, предоставени от LuxSCS във връзка с нематериалните активи ⁽⁷⁶³⁾. Въпреки това, когато фактите и обстоятелствата на конкретната сделка обосновават различен марж, то той трябва да се вземе предвид ⁽⁷⁶⁴⁾. Ето защо люксембургските данъчни органи се приканват да представят и мотивират в рамките на два месеца от уведомяването за настоящото решение окончателното ниво на маржа, като го сравнят със сравними сделки с независими доставчици на услуги.. Ако Люксембург не отговори на тази покана, Комисията ще възприеме марж от 5 % върху външните разходи, направени пряко от LuxSCS за поддържане на собствеността върху нематериалните активи, при условие че тези разходи отразяват функциите, изпълнявани от името на LuxSCS.
- (645) С оглед на гореизложените съображения сумата, която трябва да бъде възстановена, следва да бъде определена: i) като се отчете счетоводната печалба на LuxOpCo през всяка от годините, през които разглежданото ДС е било използвано за определяне на корпоративния дълг; ii) като се приспадне от тази сума сумата на разходите за изкупуване и разходите по СПР, разходите за външни услуги, поети за LuxSCS, и съответния марж върху разходите за тези услуги, при условие че тези разходи отразяват действителните функции, изпълнявани от LuxSCS ⁽⁷⁶⁵⁾; iii) като се прилагат към получената сума обичайните правила за корпоративен данък върху печалбата в Люксембург, включително нормалният корпоративен данък, общинският данък, допълнителните такси и данъкът върху имущество; iv) като от така получената сума се приспадне размерът на данъка, действително платен от LuxOpCo за всяка година, през която разглежданото ДС е било в сила.
- (646) Разликата между букви iii) и iv) представлява размерът на помощта, която трябва да бъде възстановена, с цел да се премахне изборителното предимство, предоставено от Люксембург посредством разглежданото ДС.

⁽⁷⁶¹⁾ Вж. съображение 549.

⁽⁷⁶²⁾ Вж. съображения 551 и 552.

⁽⁷⁶³⁾ Вж. съображение 558.

⁽⁷⁶⁴⁾ Доклад на СФТЦ от 2010 г., точка 63.

⁽⁷⁶⁵⁾ Съображение 429. Както е посочено в насоките на ОИСР от 1995 г., параграф 7.33: „[...] В случая на сделка при нормални пазарни условия независимо предприятие обикновено се стреми да фактурира услугите си така, че да реализира печалба, а не просто да предоставя услугите си на тяхната себестойност [...]“. Така LuxSCS щял да получи не само марж за разходите, а и възстановяването на тези разходи.

10.5. ОБРАЗУВАНИЕ, ОТ КОЕТО ТРЯБВА ДА БЪДЕ ВЪЗСТАНОВЕНА ПОМОЩТА

- (647) В светлината на констатациите, направени в съображения 607-610, Комисията счита, че Люксембург трябва първо да възстанови от LuxOpCo неправомерната и несъвместима помощ, предоставена посредством разглежданото ДС. Ако се окаже, че LuxOpCo не може да погаси общата сума на получената помощ посредством разглежданото ДС, Люксембург следва да възстанови всяка оставаща сума от групата Amazon и/или неговите правоприменици, или от дружества от посочената група, тъй като това е образуването, което контролира групата Amazon - единствената стопанска единица, която се възползва от помощта (вж. раздел 9.5). По този начин се премахва неправомерното предимство, предоставено от разглежданото ДС и предишното положение на пазара се възвръща чрез възстановяването ⁽⁷⁶⁶⁾.

11. ДОКАЗАТЕЛСТВА, НА КОИТО СЕ ОСНОВАВА КОМИСИЯТА ПРИ КОНСТАТИРАНЕ НА НАЛИЧИЕТО НА ПОМОЩ

- (648) Люксембург твърди, че част от информацията, на която Комисията се е позовала по време на официалната процедура по разследване, не е била достъпна за люксембургските данъчни органи към датата на приемане на разглежданото ДС и че, в резултат на това, Комисията се е възползвала от ретроспективното познаване на фактите, когато е разгледала посоченото ДС.
- (649) Комисията отбелязва, че доводите, на които тя основава констатацията си за наличието на предимство, са били налични по това време. Това включва по-специално функционалния анализ, съдържащ се в искането за ДС и в доклада относно ТЦ. В тези документи LuxSCS е изрично описано като непритежаващо нито служители, нито физическо присъствие, а основните му дейности са описани като ограничени до тези на дружество с портфейл от нематериални активи и договаряща страна на СПР, на което то е трябвало да направи чисто финансов принос. За сметка на това, LuxOpCo е описано като действащо европейско седалище, като поема рискове и управлява вземането на стратегически решения и ключовите физически компоненти на търговията на дребно на Amazon в Европа. Тези описания е трябвало да подтикнат люксембургските данъчни органи да поставят под въпрос неточното и неоснователно предположение, че LuxSCS ще изпълнява самостоятелни и стойностни функции във връзка с нематериалните активи, което е в основата на одобрения метод за трансферно ценообразуване в разглежданото ДС.
- (650) При всички случаи, както е изложено в съображение 620, датата, на която е предоставена помощ на данъчнозадължено лице, при положение, в което дадено ДС одобрява метод за определяне на неговия облагаем доход, съответства на всяка година, в която данъкоплатецът използва посоченото ДС, за да определи годишния си корпоративен дълг и когато данъчната администрация приема декларация, в която облагаемият доход се определя въз основа на посочения метод. Следователно всяка информация, която впоследствие поставя под въпрос определящите предположения, на които се основава посоченото ДС, трябвало да доведе до преразглеждане на ДС или до отхвърлянето от данъчните власти на Люксембург на данъчна декларация, основана на метода на трансферно ценообразуване, одобрен в ДС, в продължение на повече от осем години, през който LuxOpCo го използва, за да определя люксембургския си корпоративен дълг.

12. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

- (651) В заключение Комисията установява, че Люксембург, в нарушение на член 107, параграф 1 от ДФЕС и член 108, параграф 3 от ДФЕС, е предоставил неправомерно държавна помощ, несъвместима с вътрешния пазар, на LuxOpCo и на групата Amazon посредством разглежданото ДС и ежегодно е приемал декларация за корпоративен данък въз основа на посоченото ДС. От Люксембург се изисква да възстанови посочената помощ в съответствие с член 16 от Регламент (ЕС) 2015/1589 от LuxOpCo и ако последното не възстанови пълния размер на помощта - да възстанови останалата част от групата Amazon, един от неговите правоприменици или дружества от групата.

⁽⁷⁶⁶⁾ Както е посочено в раздел 9.5 и по-конкретно в съображение 607, люксембургските данъчни органи са предоставили на LuxOpCo благоприятно данъчно третиране. Поради тази причина то е първият бенефициер, от който Люксембург трябва да си възстанови помощта. Ако възстановяването от този бенефициер не премахне неправомерното предимство, то трябва да бъде разширено до групата Amazon, тъй като цялата група представлява една-единствена икономическа единица, която се ползва от помощта. В тази връзка вж. решението по съединени дела T-415/05, T-416/05 и T-423/05 Гърция/Белгия, ECLI:EU:T:2010:386, точка 126.

ПРИЕ НАСТОЯЩОТО РЕШЕНИЕ:

Член 1

Данъчното становище от 6 ноември 2003 г., с което Великото херцогство Люксембург одобрява метод за трансферно ценообразуване, предложен от Amazon.com, Inc., позволяващо на Amazon EU S.à.r.l. да определя корпоративния си дълг в Люксембург от 2006 г. до 2014 г., от една страна, и последващото приемане на годишната данъчна декларация за корпоративен данък въз основа на посоченото решение, от друга страна, представляват незаконно предоставена от Люксембург държавна помощ в нарушение на член 108, параграф 3 от Договора за функционирането на Европейския съюз и е несъвместима с вътрешния пазар по смисъла на член 107, параграф 1 от посочения договор.

Член 2

1. Люксембург е длъжен да възстанови от Amazon EU S.à.r.l. несъвместимата и неправомерната помощ, посочена в член 1.
2. Всяка невъзстановима сума от Amazon EU S.à.r.l. в края на възстановяването, описано в параграф 1, се възстановява от групата Amazon или от един от нейните правоприменици.
3. Помощите, които подлежат на възстановяване, включват лихвите, които текат от датата, на която са били предоставени на разположение на бенефициерите, до датата на тяхното действително възстановяване.
4. Лихвите се изчисляват с натрупване съгласно глава V от Регламент (ЕО) № 794/2004.

Член 3

1. Възстановяването на помощта, посочена в член 1, се извършва незабавно и ефективно.
2. Люксембург гарантира, че настоящото решение ще бъде изпълнено в срок от четири месеца от датата, на която е уведомен за него.

Член 4

1. В срок от два месеца след уведомяването за настоящото решение Люксембург предоставя на Комисията информация относно метода, използван за изчисляването на точния размер на помощта.
2. Люксембург информира редовно Комисията за напредъка по националните мерки, предприети за изпълнение на настоящото решение, до пълното възстановяване на помощта, посочена в член 1. При искане от Комисията той незабавно представя информация относно вече предприетите и планираните мерки за изпълнение на настоящото решение.

Член 5

Адресат на настоящото решение е Великото херцогство Люксембург.

Съставено в Брюксел на 4 октомври 2017 година.

За Комисията
Margrethe VESTAGER
Член на Комисията