



FCT
FORUM CEN TRANSFEROWYCH

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych (ang. Hard-to-Value Intangibles HTVI)

Opracowała: Grupa Robocza nr 13

INFORMACJE/ZASTRZEŻENIA:

WERSJA DO PUBLIKACJI, zatwierdzona podczas XVII Forum Cen Transferowych, 15 czerwca 2023 r.

Forum Cen Transferowych (FCT) stanowi zespół opiniodawczo-doradczy przy Ministrze Finansów (MF). FCT zostało powołane na podstawie Zarządzenia MF z dnia 27 kwietnia 2018 r. w sprawie utworzenia FCT (Zarządzenie). Zgodnie z Zarządzeniem, FCT przedstawia w formie pisemnej opinie, analizy, wnioski oraz propozycje dotyczące usprawnienia i uszczelnienia funkcjonowania systemu podatkowego w zakresie cen transferowych, które nie są wiążące dla MF. Ministerstwo Finansów nie ponosi zatem bezpośredniej lub pośredniej odpowiedzialności co do przekazywanej treści materiałów przygotowanych przez FCT lub grupę roboczą działającą przy FCT. W szczególności niniejszy materiał nie stanowi ani interpretacji, ani ogólnych wyjaśnień przepisów prawa podatkowego (objaśnień podatkowych) w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa. Materiał ten może natomiast zostać wykorzystany przez MF w związku z prowadzonymi pracami.

Warszawa, 15 czerwca 2023 r.

Spis treści

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych (ang. Hard-to-Value Intangibles HTVI)	1
I. Uwagi wstępne i zastrzeżenia	2
II. Podstawy prawne oraz międzynarodowe źródła interpretacji	2
III. Definicja.....	3
IV. Zakres badania rynkowości <i>ex ante</i> i <i>ex post</i>	6
V. Pojęcie HTVI w przepisach podatkowych.....	10
VI. Aktualizacja analiz i korekty cen transferowych	11
VII. Badanie porównywalności HTVI.....	11
VIII. Analiza cen transferowych, w tym wybór metody weryfikacji ceny transferowej dla HTVI.....	15
IX. Mechanizmy pozwalające zarządzić niepewnością w wycenie HTVI	17
X. Dokumentowanie wyceny HTVI	18

I. Uwagi wstępne i zastrzeżenia

Niniejszy dokument został opracowany dla stanu prawnego obowiązującego od 1 stycznia 2019 r.

Dokument przedstawia stanowisko grupy roboczej i nie powinien być odczytywany i wykorzystywany do ingerencji w istniejące już dokonane transakcje, zwłaszcza transakcje zawarte przed wydaniem niniejszego dokumentu.

II. Podstawy prawne oraz międzynarodowe źródła interpretacji

1. Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych z 15 lutego 1992 roku – w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2019 r.: znajdująca zastosowanie do dochodów z transakcji uzyskanych od 1 stycznia 2019 r. (dalej: **Ustawa CIT 2019**)

Art. 11c

2. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 21.12.2018 r. w sprawie cen transferowych w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych: przepisy obowiązujące od 1 stycznia 2019 r. (dalej: **Rozporządzenie TP 2019**) § 2 pkt 2., § 3, § 8
3. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 21.12.2018 r. w sprawie dokumentacji cen transferowych w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych: przepisy obowiązujące od 1 stycznia 2019 r. (dalej: **Rozporządzenie TPD 2019**)
4. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 21.12.2018 r. w sprawie informacji o cenach transferowych w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych (dalej: **Rozporządzenie TPR**) Załącznik do Rozporządzenia TPR pod tytułem „Objaśnienia co do sposobu sporządzania informacji o cenach transferowych” (dalej: **Załącznik do Rozporządzenia TPR**)
pkt 6.2.2 Załącznika do Rozporządzenia TPR
5. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (wersja 2017 r., dalej: **Wytyczne lub Wytyczne OECD 2017** – [OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017 | OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations | OECD iLibrary \(oecd-ilibrary.org\)](#))
Rozdział VI, Sekcja D.4 (ust. 6.186 – 6.195), Załącznik do Rozdziału VI;

6. Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles, Inclusive framework on BEPS, Action 8, June 2018, (dalej: **Raport HTVI**)
7. Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, ACTIONS 8-10: 2015 Final Reports, OECD 2015 ¹ OECD Publishing. Retrieved from http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports_9789264241244-en
8. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (wersja 2022 r.), dalej: **Wytyczne OECD 2022** – <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>

W pierwszej kolejności, jako źródła prawa należy stosować przepisy Ustawy CIT 2019 oraz Rozporządzenia TP. Wytyczne OECD i raporty OECD stanowią natomiast "zbiór dobrych praktyk" oraz punkt odniesienia służący do wyboru właściwego kierunku interpretacyjnego przepisów regulujących materię cen transferowych.

Równolegle istotnym punktem odniesienia są Objasnienia, dla celów sprawozdawczych oraz co do sposobu raportowania informacji o cenach transferowych stanowiących Załącznik do Rozporządzenia TPR.

III. Definicja

Trudne do wyceny wartości niematerialne w Rozporządzeniu TP 2019

Zgodnie z § 2 pkt 2 Rozporządzenia TP 2019:

„§ 2. Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

2) trudnych do wyceny wartościach niematerialnych - rozumie się przez to wartości niematerialne, a także prawa do tych wartości, dla których w momencie ich przenoszenia między podmiotami powiązаныmi nie istniały wiarygodne dane porównawcze oraz prognozy dotyczące przyszłych przepływów pieniężnych lub przewidywanych przychodów z tych wartości lub założenia zastosowane przy wycenie tych wartości obarczone były wysokim stopniem niepewności, co powoduje, że ostateczny rezultat ekonomiczny z przeniesienia tych wartości był trudny do określenia.”

Trudne do wyceny wartości niematerialne w Wytycznych OECD 2017

W Wytycznych OECD 2017 jest zamieszczona następująca definicja trudnych do wyceny wartości niematerialnych:

"6.189 The term hard-to-value intangibles (HTVI) covers intangibles or rights in intangibles for which, at the time of their transfer between associated enterprises, (i) no reliable comparables exist, and (ii) at the time the transactions was entered into, the projections of future cash flows or income expected to be derived from

¹ Dostosowanie wyników cen transferowych do procesu tworzenia wartości, raporty końcowe z 2015 roku dotyczące działań 8-10, red. Ewelina Stamblewska - Urbaniak, Wolters Kluwer 2019

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych

the transferred intangible, or the assumptions used in valuing the intangible are highly uncertain, making it difficult to predict the level of ultimate success of the intangible at the time of the transfer.²

6.190 Transactions involving the transfer or the use of HTVI in paragraph 6.189 may exhibit one or more of the following features:

- The intangible is only partially developed at the time of the transfer.*
- The intangible is not expected to be exploited commercially until several years following the transaction.*
- The intangible does not itself fall within the definition of HTVI in paragraph 6.189 but is integral to the development or enhancement of other intangibles which fall within that definition of HTVI.*
- The intangible is expected to be exploited in a manner that is novel at the time of the transfer and the absence of a track record of development or exploitation of similar intangibles makes projections highly uncertain.*
- The intangible, meeting the definition of HTVI under paragraph 6.189, has been transferred to an associated enterprise for a lump sum payment.*
- The intangible is either used in connection with or developed under a CCA or similar arrangements.³*

Tłumaczenie własne Grupa Robocza nr 13:

„6.189 Termin wartości niematerialne trudne do wyceny (HTVI) obejmuje wartości niematerialne lub prawa do wartości niematerialnych, dla których w momencie ich przekazania pomiędzy podmiotami powiązаныmi

- (i) nie istnieją wiarygodne dane porównawcze oraz*
- (ii) w momencie zawierania transakcji, prognozy dotyczące przyszłych przepływów pieniężnych lub przychodów, które mają być uzyskane z przekazanych wartości niematerialnych, lub założenia przyjęte do wyceny wartości niematerialnych są wysoce niepewne, co w momencie przekazania utrudnia przewidzenie ostatecznego rezultatu osiągniętego z wykorzystaniem wartości niematerialnych.*

6.190 Transakcje obejmujące przekazanie lub wykorzystanie HTVI, o których mowa w paragrafie 6.189, mogą wykazywać jedną lub więcej z następujących cech:

- W momencie przeniesienia wartości niematerialne są tylko częściowo rozwinięte⁴;*
- Oczekuje się, że wartości niematerialne będą wykorzystywane komercyjnie dopiero po kilku latach od dokonania transakcji;*
- Wartość niematerialna sama w sobie nie spełnia definicji HTVI w paragrafie 6.189, ale jest integralnie związana z rozwojem lub zwiększeniem wartości innych wartości niematerialnych, które mieszczą się w zakresie definicji HTVI;*

² Pkt 6.189 Wytyczne OECD

³ Pkt 6.190 Wytyczne OECD

⁴ Co, zdaniem Grupy, należy rozumieć, że prace dotyczące wytworzenia wartości niematerialnych nie zostały zakończone.

- *Oczekuje się, że wartości niematerialne będą wykorzystywane w sposób, który jest nowatorski w momencie przeniesienia, a brak udokumentowanego rozwoju lub wykorzystania podobnych wartości niematerialnych sprawia, że prognozy są wysoce niepewne;*
- *Wartość niematerialna, spełniająca definicję HTVI zgodnie z paragrafem 6.189, została przekazana na rzecz podmiotu powiązanego za wynagrodzeniem zryczałtowanym.*
- *Wartości niematerialne są wykorzystywane w związku z CCA (Cost Contribution Arrangement) lub podobnymi porozumieniami, albo są opracowywane w ramach CCA lub podobnych porozumień."*

Trudne do wyceny wartości niematerialne - istota

Nie każda wartość niematerialna (wartości niematerialne) stanowi trudną do wyceny wartość niematerialną (wartości niematerialne).

W niniejszych rekomendacjach pojęcie wartości niematerialne jest zgodne z pkt. 6.6. Wytycznych OECD i oznacza aktywa niestanowiące aktywów rzeczowych ani finansowych, które można posiadać lub kontrolować w celu wykorzystania w działalności gospodarczej i których wykorzystanie lub przekazanie podlegałoby wynagrodzeniu, gdyby miało miejsce w ramach transakcji między podmiotami niezależnymi w porównywalnych okolicznościach.

Poniżej wskazano przykłady wartości niematerialnych, które mogą być rozpatrywane w oparciu o definicję z pkt. 6.6. Wytycznych OECD:

- Patenty (pkt 6.19. Wytycznych OECD)
- Know-how oraz tajemnice handlowe (pkt 6.20 Wytycznych OECD);
- Znaki towarowe, nazwy handlowe, marki (pkt. 6.21 – 6.23 Wytycznych OECD);
- Prawa wynikające z umów oraz rządowych zezwoleń (pkt. 6.24 – 6.25 Wytycznych OECD);
- Licencje oraz pokrewne prawa odnoszące się do wartości niematerialnych (pkt 6.26 Wytycznych OECD).

Powyższe przykłady nie stanowią kompletnego wykazu aktywów mogących stanowić wartości niematerialne.

Głównym celem analizy cen transferowych w przypadku wartości niematerialnych powinno być określenie warunków, które zostałyby uzgodnione między podmiotami niezależnymi w porównywalnej transakcji, a nie określenie definicji księgowej lub prawnej⁵. Wartości niematerialne, uznawane dla celów cen transferowych, nie zawsze są bowiem uznawane za wartości niematerialne dla celów rachunkowych, w tym w zależności od przyjętego standardu rachunkowości.

Dla lepszej ilustracji warto posłużyć się przykładem. Możemy mieć do czynienia z sytuacją, gdy koszty związane z wewnętrznym wytworzeniem wartości niematerialnych, wynikające z wydatków m.in. na badania i rozwój oraz reklamę, zostały ujęte jako koszty okresu i nie były kapitalizowane dla celów rachunkowych, skutkiem czego takie wydatki poniesione na wytworzenie wartości niematerialnej nie zawsze znajdują odzwierciedlenie w bilansie. Wartości takie mogą być jednak wykorzystywane do generowania istotnej wartości ekonomicznej i dlatego mogą wymagać uwzględnienia dla celów cen transferowych. Przykłady kategorii wartości niematerialnych w Wytycznych OECD są opisane w punktach 6.19 do 6.26.

W celu dokładnego określenia rzeczywistej transakcji obejmującej wykorzystywanie lub przenoszenie wartości niematerialnych, analiza przypadków dotyczących wykorzystywania lub przenoszenia wartości

⁵ Pkt 6.6 Wytyczne OECD

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych

niematerialnych powinna rozpocząć się od dokładnego określenia stosunków handlowych lub finansowych pomiędzy stronami transakcji oraz ustalenia warunków i okoliczności o znaczeniu ekonomicznym, związanych z tymi stosunkami.

Analiza funkcjonalna powinna określać wykonywane funkcje, wykorzystywane aktywa i ryzyko podejmowane przez każdego z członków grupy podmiotów powiązanych. W przypadkach obejmujących wykorzystanie lub przekazanie wartości niematerialnych szczególnie ważne jest oparcie analizy funkcjonalnej na zrozumieniu globalnej działalności grupy podmiotów powiązanych i sposobu, w jaki wartości niematerialne są wykorzystywane przez tę grupę w celu zwiększenia lub stworzenia wartości w całym łańcuchu dostaw.

Przy określaniu, czy lub kiedy wartość niematerialna istnieje oraz czy została wykorzystana lub przekazana, należy zachować ostrożność. Przykładowo, nie wszystkie nakłady na badania i rozwój prowadzą do powstania lub powiększenia wartości niematerialnej i nie wszystkie działania marketingowe prowadzą do powstania lub powiększenia wartości niematerialnej⁶.

Aby wartości niematerialne zostały uznane za trudne do wyceny, zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu TP 2019 oraz Wytycznych OECD 2017, muszą zostać spełnione dwa warunki łącznie:

1. nie istnieją wiarygodne dane porównawcze w momencie ich przenoszenia oraz
2. prognozy dotyczące przyszłych wyników obarczone są wysokim stopniem niepewności.

Powyższe powoduje, że ostateczny rezultat ekonomiczny z przeniesienia tych wartości jest trudny do określenia.

Transakcje spełniające definicję HTVI mogą wykazywać ponadto pewne szczególne okoliczności wskazane w punkcie 6.190 Wytycznych OECD, które stanowią katalog otwarty i zostały wskazane powyżej.

IV. Zakres badania rynkowości *ex ante* i *ex post*

Zgodnie z § 8 Rozporządzenia TP 2019:

1. *Jeżeli cena transferowa trudnych do wyceny wartości niematerialnych została ustalona na podstawie informacji lub danych finansowych dotyczących zdarzeń przyszłych, w tym prognoz finansowych, to w celu oceny jej wartości rynkowej należy ocenić, czy informacje lub dane finansowe wzięte pod uwagę przy jej kalkulacji nie odbiegają istotnie od rzeczywistych danych i informacji finansowych.*

2. *W przypadku rozbieżności pomiędzy danymi prognozowanymi a rzeczywistymi, prowadzącej do różnicy w wysokości ceny transferowej trudnych do wyceny wartości niematerialnych, wynoszącej co najmniej 20% wartości ceny transferowej skalkulowanej w oparciu o dane prognozowane, określając wysokości dochodu (straty) podatnika w drodze oszacowania organ podatkowy nie jest związany ograniczeniem wynikającym z § 7 ust. 1 w zakresie okoliczności wymienionych w § 3 ust. 3.*

3. *W przypadku gdy transakcja kontrolowana obejmująca przeniesienie trudnych do wyceny wartości niematerialnych objęta jest decyzją w sprawie porozumienia, o której mowa w art. 20a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2018 r. poz. 800, z późn. zm.), przepisu ust. 2 nie stosuje się w okresie, którego dotyczy ta decyzja.*

Zgodnie z § 7 Rozporządzenia TP 2019:

⁶ Pkt 6.11 Wytyczne OECD

1. Przy określaniu dochodu (straty) podatnika w zakresie transakcji kontrolowanej w drodze oszacowania organ podatkowy nie bierze pod uwagę okoliczności, w tym danych porównawczych, które nie mogły być znane jej stronom w dniu jej zawarcia, a które, jeżeli byłyby znane, mogłyby powodować określenie przez strony wyższej lub niższej wartości przedmiotu takiej transakcji, z zastrzeżeniem ust. 2 i § 8 ust. 2.

2. Przy określaniu dochodu (straty) podatnika w zakresie transakcji kontrolowanej w drodze oszacowania, w przypadku gdy podmiot powiązany dokonał zmiany ceny transferowej z uwzględnieniem okoliczności, w tym danych porównawczych, które nie mogły być znane stronom transakcji kontrolowanej w dniu jej zawarcia, organ podatkowy nie jest związany ograniczeniem wynikającym z ust. 1 w zakresie tej zmiany.

Zgodnie z § 3 ust. 3 Rozporządzenia TP 2019:

W odniesieniu do transakcji kontrolowanych obejmujących trudne do wyceny wartości niematerialne badanie porównywalności uwzględnia również ocenę:

1) czy podmioty niepowiązane w porównywalnych okolicznościach:

a) dokonałyby rekalkulacji wysokości pierwotnie ustalonej ceny w oparciu o klauzulę umowną dotyczącą zmiany ceny,

b) renegocjowałyby pierwotnie ustalone warunki, w tym wysokość ceny przedmiotu transakcji,

c) przyjęłyby do rozliczenia porównywalnej transakcji płatności warunkowe;

2) czy przeprowadzając prognozę ceny transferowej na dzień zawarcia transakcji uwzględniono wszystkie możliwe do przewidzenia przez podmiot powiązany okoliczności, mające wpływ na wysokość ceny transferowej.

Innymi słowy Rozporządzenie TP przewiduje możliwość wykorzystania przez organ podatkowy wiedzy *ex post* w przypadku HTVI, w przypadku gdy rozbieżności pomiędzy danymi prognozowanymi a rzeczywistymi, prowadzące do różnicy w wysokości ceny transferowej HTVI, wynoszą co najmniej 20% wartości ceny transferowej skalkulowanej w oparciu o dane prognozowane.

W celu interpretacji powyższych przepisów warto odwołać się do Wytycznych OECD 2017 (rozdział VI, sekcja D.4).

W sytuacjach wiążących się z przenoszeniem wartości niematerialnych lub praw do wartości niematerialnych wyniki *ex post* mogą stanowić dla administracji podatkowych wskazówkę odnośnie do rynkowego charakteru ustaleń cenowych *ex ante* uzgodnionych przez przedsiębiorstwa powiązane oraz występowania niepewności w momencie dokonywania transakcji. Jeżeli pomiędzy prognozami *ex ante* a wynikami *ex post* zachodzą różnice, które nie wynikają z nieprzewidywalnych zdarzeń lub okoliczności, to takie różnice mogą wskazywać, że ustalenia cenowe uzgodnione przez przedsiębiorstwa powiązane w momencie zawarcia transakcji mogły nie uwzględniać w odpowiedni sposób istotnych zdarzeń lub okoliczności, odnośnie do których można było oczekiwać, że będą mieć wpływ na przyjętą wartość dobra niematerialnego i ustalenia cenowe.

W związku z powyższym Wytyczne OECD 2017 przedstawiają podejście zgodne z zasadą ceny rynkowej, które może zostać przyjęte przez administracje podatkowe w celu zapewnienia, że administracje podatkowe będą w stanie ustalić, w jakich sytuacjach uzgodnienia cenowe wyznaczone przez podatników są zgodne z zasadą ceny rynkowej i opierają się na odpowiedniej ocenie, czy przewidywalne zdarzenia lub okoliczności mają znaczenie dla wyceny niektórych wartości niematerialnych trudnych do wyceny oraz w jakich sytuacjach nie ma to miejsca. W ramach takiego podejścia dowód *ex post* stanowi domniemanie dowodowe świadczące o występowaniu niepewności w momencie dokonywania transakcji co do tego, czy podatnik odpowiednio uwzględnił zdarzenia lub okoliczności możliwe do przewidzenia w uzasadniony sposób w momencie dokonywania transakcji oraz co do wiarygodności

informacji wykorzystanych *ex ante* przy określaniu ceny transferowej za przenoszenie takich wartości niematerialnych lub praw do wartości niematerialnych. Domniemanie dowodowe może zostać obalone stosownie do postanowień pkt 6.193 i 6.194 Wytycznych OECD 2017 (opisanych poniżej), jeżeli możliwe będzie wykazanie, że nie ma ono wpływu na prawidłowe określenie ceny rynkowej. Przedmiotową sytuację należy odróżnić od sytuacji, w której wykorzystuje się wiedzę uzyskaną po fakcie, poprzez oszacowanie podatku w oparciu o wyniki *ex post*, bez rozważenia, czy informacje, na których opierają się wyniki *ex post*, mogły lub powinny być być zasadnie znane i uwzględnione przez przedsiębiorstwa powiązane w momencie zawarcia transakcji.

Administracja podatkowa może uznać wyniki *ex post* za domniemanie dowodowe, świadczące o poprawności ustaleń *ex ante*. Jednakże badanie dowodu *ex post* powinno opierać się na ustaleniu, że uwzględnienie takiego dowodu jest konieczne do dokonania oceny wiarygodności informacji, na podstawie których ustalono cenę *ex ante*. Jeżeli administracja podatkowa jest w stanie potwierdzić wiarygodność informacji, na podstawie których ustalono cenę *ex ante*, niezależnie od podejścia omówionego w sekcji D4, wówczas nie należy dokonywać korekt w oparciu o poziomy zysków *ex post*.

Zgodnie z Wytycznymi OECD 2017 (pkt 6.193), przedmiotowe podejście nie będzie miało zastosowania w odniesieniu do transakcji wiążących się z przenoszeniem lub wykorzystywaniem wartości niematerialnych HTVI, jeżeli zastosowanie znajduje przynajmniej jeden z następujących wyjątków:

i) Podatnik udostępni:

1. szczegółowe informacje na temat prognoz *ex ante* wykorzystanych w momencie dokonania przenoszenia w celu określenia ustaleń cenowych, w tym informacje, w jaki sposób ryzyka zostały uwzględnione w kalkulacjach w zakresie ustaleń cenowych (np. ważone prawdopodobieństwem), informacje o poprawności uwzględnienia przez niego zdarzeń i innych ryzyk możliwych do przewidzenia w uzasadniony sposób i informacje o prawdopodobieństwie ich wystąpienia **oraz**

2. wiarygodne dowody świadczące o tym, że wszelkie istotne różnice pomiędzy prognozami finansowymi a faktycznymi rezultatami wynikają z: a) nieprzewidywalnych zdarzeń lub okoliczności występujących po ustaleniu ceny, które nie mogły zostać przewidziane przez przedsiębiorstwa powiązane w momencie dokonywania transakcji, lub b) realizacji prawdopodobieństwa wystąpienia przewidywalnych rezultatów oraz że takie prawdopodobieństwo nie zostało istotnie przeszacowane lub niedoszacowane w momencie dokonania transakcji.

ii) Przenoszenie wartości niematerialnych HTVI podlega postanowieniom dwustronnego lub wielostronnego uprzedniego porozumienia cenowego obowiązującego w danym okresie pomiędzy państwami beneficjenta i podmiotu dokonującego przenoszenia.

iii) Wszelkie istotne różnice pomiędzy prognozami finansowymi a faktycznymi rezultatami, o których mowa w pkt i) 2 powyżej, nie skutkują obniżeniem lub zwiększeniem wynagrodzenia za wartości niematerialne HTVI o więcej niż 20% wynagrodzenia określonego w momencie dokonania transakcji.

iv) Od roku, w którym wartości niematerialne HTVI po raz pierwszy wygenerowały dla beneficjenta przychody od podmiotów niezależnych, upłynął pięcioletni okres komercjalizacji, w którym to okresie komercjalizacji wszelkie istotne różnice pomiędzy prognozami finansowymi a faktycznymi rezultatami, o których mowa w pkt i) 2, nie przekraczały 20% prognoz dotyczących takiego okresu⁷.

Zgodnie z Wytycznymi OECD 2017 (pkt 6.194), pierwszy wyjątek oznacza, że, pomimo iż dowody *ex post* dotyczące rezultatów finansowych dostarczają administracjom podatkowym istotnych informacji do

⁷ W niektórych branżach przenoszenie dóbr niematerialnych z warunkową opłatą dotyczącą drugiego lub kolejnego zastosowania nie jest niczym nadzwyczajnym. W odniesieniu do rodzajów wartości niematerialnych, gdzie zachodzi taka sytuacja, okres rozpoczyna się od nowa dla nowej komercjalizacji.

zbadań poprawności ustaleń cenowych *ex ante*, w okolicznościach, gdy podatnik jest w stanie w zadowalający sposób wykazać, że to, co było możliwe do przewidzenia w momencie dokonywania transakcji, zostało odzwierciedlone w założeniach cenowych oraz że zdarzenia skutkujące różnicą pomiędzy prognozami a rezultatami wynikają z wystąpienia nieprzewidywalnych zdarzeń, administracje podatkowe nie będą uprawnione do dokonania korekty ustaleń cenowych *ex ante* w oparciu o rezultaty *ex post*. Na przykład, jeżeli dowody w zakresie rezultatów finansowych wskazują, że sprzedaż produktów korzystających z przeniesionego dobra niematerialnego osiągnęła 1000 rocznie, zaś ustalenia cenowe *ex ante* opierały się na prognozach przewidujących sprzedaż w maksymalnej wysokości jedynie 100 rocznie, wówczas administracje podatkowe powinny zbadać przyczyny, dla których sprzedaż osiągnęła o tyle wyższe wolumeny. Jeżeli wyższe wolumeny wynikały np. ze znacząco wyższego popytu na produkty obejmujące wartości niematerialne, będącego skutkiem klęski żywiołowej lub innego nieoczekiwanego zdarzenia, które ewidentnie nie było możliwe do przewidzenia w momencie dokonania transakcji lub któremu prawidłowo nadano bardzo niskie prawdopodobieństwo wystąpienia, wówczas cenę *ex ante* należy uznać za odpowiadającą warunkom rynkowym, chyba że istnieją dowody inne niż rezultaty finansowe *ex post*, wskazujące, że ustalenia cenowe nie były zgodne z zasadą ceny rynkowej.

Zdaniem Grupy Roboczej przepisy Rozporządzenia TP 2019, w szczególności w zakresie brzmienia przepisów § 7 ust. 1 w związku z § 8 ust. 2, powinny być interpretowane w duchu Wytycznych OECD 2017. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, aby projektodawca świadomie dążył do niezgodności polskich przepisów z Wytycznymi OECD 2017 i do nadużywania przez organy podatkowe wiedzy na temat okoliczności, które nie mogły być znane stronom transakcji na moment jej zawarcia. Oznacza to, że w razie wystąpienia rozbieżności w wartości HTVI o co najmniej 20% (§ 8 ust. 2 Rozporządzenia TP 2019) stosowane są przepisy § 3 ust. 3 (w związku z § 8 ust. 2) Rozporządzenia TP 2019 w kontekście Wytycznych OECD 2017 (w tym pkt 6.193, 6.194, 6.188 i 6.192 oraz załącznika do Rozdziału VI tych wytycznych dodanego na mocy dokumentu Raport HTVI), nie zaś dokonywane jest szacowanie w sposób automatyczny. Biorąc bowiem pod uwagę specyfikę i trudności w zakresie wyceny HTVI, przypadki rozbieżności wyceny, o co najmniej 20%, mogą być nierzadkie.

Innymi słowy, w razie zastosowania § 8 ust. 2 Rozporządzenia TP 2019 uwzględniane są wskazówki interpretacyjne wynikające z Wytycznych OECD 2017:

- 1) wyłączenia wskazane w pkt 6.193 Wytycznych OECD 2017,
- 2) brak możliwości wykorzystania wiedzy uzyskanej po fakcie, poprzez oszacowanie podatku w oparciu o wyniki *ex post*, w sytuacji gdy informacje, na których opierają się wyniki *ex post*, nie mogły być zasadnie znane i uwzględnione przez przedsiębiorstwa powiązane w momencie zawarcia transakcji (pkt 6.188 Wytycznych OECD 2017), w tym w szczególności informacje dotyczące prawdopodobieństwa osiągnięcia wyników *ex post* (pkt 17 załącznika nr 2 do Rozdziału VI Wytycznych OECD 2022),
- 3) brak możliwości dokonania korekty w oparciu o poziom zysku *ex post*, w sytuacji gdy możliwe jest potwierdzenie wiarygodności informacji, na podstawie których ustalono cenę *ex ante* (pkt 6.192 Wytycznych OECD 2017),
- 4) obowiązek uwzględnienia prawdopodobieństwa osiągnięcia wyników *ex post*, ustalonego na moment zawarcia transakcji (pkt 6, 24 i 29 załącznika nr 2 do Rozdziału VI Wytycznych OECD 2022).

Ponadto § 8 ust. 2 Rozporządzenia TP 2019 należy interpretować w ten sposób, że różnica w cenie transferowej HTVI spowodowana rozbieżnością pomiędzy danymi prognozowanymi i rzeczywistymi nie jest kalkulowana wyłącznie w oparciu o dane rzeczywiste, lecz powinna uwzględniać także prawdopodobieństwo osiągnięcia wyników *ex post*, ustalone na moment zawarcia transakcji (pkt 6, 24 i 29 załącznika nr 2 do Rozdziału VI Wytycznych OECD 2022).

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych

Formułując rekomendacje, Grupa Robocza wnikliwie rozważyła Uwagi MF zgłoszone w trakcie prac grupy roboczej. Niezmiernie ważny jest i wymaga podkreślenia fakt, iż zdaniem MF już obecne brzmienie przepisów oraz zamysł ustawodawcy odzwierciedlają w pełni Wytyczne OECD i co najważniejsze, zdaniem MF, przepisy te należy interpretować zgodnie z Wytycznymi OECD.

Mając na celu wyeliminowanie nawet potencjalnego ryzyka przyjęcia odmiennych interpretacji oraz aby podwyższyć bezpieczeństwo stosowanych rozwiązań zgodnych z Wytycznymi OECD, po omówieniu stanowiska MF, Grupa podtrzymuje rekomendację, aby rozważyć nowelizację przepisów.

Reasumując, w celu wyeliminowania wątpliwości, Grupa Robocza poddaje pod rozagę nowelizację przepisów Rozporządzenia TP 2019 w celu ich doprecyzowania i rozbudowania w oparciu o Wytyczne OECD 2017.

V. Pojęcie HTVI w przepisach podatkowych

Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw („Ustawa MDR”) nakłada na podatników spełniających określone warunki obowiązek raportowania schematów podatkowych. Ustawa MDR posługuje się pojęciem HTVI.

Zatem, pojęcie HTVI jest stosowane zarówno na gruncie przepisów o cenach transferowych, jak również w Ustawie MDR regulującej obowiązek raportowania schematów podatkowych.

Grupa Robocza zgłasza postulat przyjęcia i stosowania jednolitej definicji oraz zapewnienia jednolitej interpretacji pojęcia HTVI w przepisach prawa podatkowego zarówno w odniesieniu do cen transferowych, jak i raportowania schematów podatkowych. Podejście takie ma na celu ujednoczenie definicji występujących w obrocie prawnym w odniesieniu do tożsamych pojęć.

W trakcie prac grupy roboczej omówiono i analizowano stanowisko MF, zgodnie z którym już w obecnym brzmieniu przepisów definicje HTVI na gruncie obu ww. regulacji są tożsame i należy je interpretować zgodnie z pkt 6.189 Wytycznych OECD. W szczególności, Przedstawiciele MF zauważają, iż *definicja zawarta w art. 86a § 1 pkt 14 Ordynacji podatkowej (MDR) stanowi transpozycję dyrektywy DAC6, która co prawda zawiera samoistną definicję HTVI, ale jej angielskojęzyczne brzmienie jest tożsame z pkt. 6.189 Wytycznych OECD.*

Grupa zwraca jednakże uwagę na różnicę w interpretacji pojęcia HTVI na gruncie przepisów o cenach transferowych oraz objaśnień wydanych w oparciu o Ustawę MDR. Dlatego też zgłasza postulat ujednoczenia stosowanych interpretacji.

VI. Aktualizacja analiz i korekty cen transferowych

Zgodnie z art. 11r Ustawa CIT 2019 analiza porównawcza oraz analiza zgodności podlegają aktualizacji nie rzadziej niż co 3 lata, chyba że zmiana otoczenia ekonomicznego w stopniu znacznie wpływającym na sporządzoną analizę uzasadnia dokonanie aktualizacji w roku zaistnienia tej zmiany.

Zdaniem Grupy w przypadku przeniesienia prawa własności do wartości niematerialnej trudnej do wyceny, w przypadku której cenę ustalono na moment jej przeniesienia na podstawie analizy porównawczej lub analizy zgodności, nie ma konieczności aktualizacji analizy na podstawie art. 11r Ustawy CIT 2019, chyba że umowa zawarta pomiędzy stronami przewiduje rekalkulację wysokości pierwotnie ustalonej ceny. Powyższe należy oceniać w zależności od faktów i okoliczności danej transakcji. Brak automatyzmu aktualizacji analizy wynika z faktu, że transakcja miała charakter jednorazowy i nie jest kontynuowana. Wynika to z faktu, że transakcja miała charakter jednorazowy i nie jest kontynuowana.

Jednocześnie w przypadku przewidzianej przez strony rekalkulacji wynagrodzenia badanie porównywalności uwzględnia również ocenę, czy podmioty niepowiązane w porównywalnych okolicznościach dokonałyby rekalkulacji wysokości pierwotnie ustalonej ceny w oparciu o klauzulę umowną dotyczącą zmiany ceny. Wówczas może dojść do konieczności aktualizacji analizy. Mechanizmy pozwalające zarządzić niepewnością wyceny HTVI, w tym klauzule umowne wprowadzające zmiany ceny, zostały omówione szerzej w Rozdziale IX Rekomendacji. Zdaniem Grupy, korekta z uwagi na klauzule umowne nie stanowi korekty cen transferowych zgodnie z art. 11e Ustawy CIT 2019.

Natomiast w przypadku transakcji dotyczących HTVI innych niż o charakterze jednorazowym, lecz kontynuowanych, aktualizacja analizy może być wymagana w zależności od faktów i okoliczności ze względu na ciągłość transakcji. W szczególności, w przypadku aktualizacji wartości HTVI, weryfikacji mogłyby podlegać istotne czynniki mające wpływ na wycenę.

Zdaniem Grupy korekta cen transferowych art. 11e Ustawa CIT 2019 co do zasady nie ma zastosowania do HTVI z uwagi na charakter i specyfikę transakcji. Nie wyklucza to możliwości uzgodnienia między stronami weryfikacji warunków, która może prowadzić do korekty warunków - szerzej omówione w punkcie IX niniejszego dokumentu, ale nie będą to korekty TP zgodne z art. 11e Ustawy CIT 2019.

VII. Badanie porównywalności HTVI

Analiza DEMPE

W przypadku analizy transakcji związanych z trudnymi do wyceny wartościami niematerialnymi Rozporządzenie TP 2019 w badaniu porównywalności nakazuje przyjąć następujące podejście:

Zgodnie z § 3 pkt 2 Rozporządzenia TP 2019:

W odniesieniu do transakcji kontrolowanych obejmujących wartości niematerialne badanie porównywalności uwzględnia również ocenę zdolności stron transakcji do pełnienia danej funkcji oraz ponoszenia danego ryzyka w zakresie:

- 1) posiadania tytułu prawnego do wartości niematerialnych, jego ochrony i utrzymania;
- 2) tworzenia wartości niematerialnych, w tym ich opracowywania;
- 3) rozwijania wartości niematerialnych, w tym ich ulepszania;
- 4) wykorzystania wartości niematerialnych.

Rozporządzenie TP 2019 implementuje zalecenia Wytycznych OECD w zakresie tzw. koncepcji DEMPE⁸, co jest akronimem utworzonym od angielskich słów development, enhancement, maintenance, protection and exploitation.

Po raz pierwszy koncepcja DEMPE została wprowadzona w ramach projektu BEPS przez OECD⁹, następnie została zaś przyjęta formalnie do Wytycznych OECD. Wytyczne OECD, uwzględniając fakt, że zastosowanie ogólnych wytycznych zawartych w rozdziałach I-III może być z wielu względów trudne, doprecyzowało sposób prowadzenia analizy, która co do zasady stanowi rozwinięcie sekcji D.1. I Rozdziału Wytycznych OECD „Identyfikacja stosunków handlowych lub finansowych”.

Po sprawdzeniu, czy wartości niematerialne spełniają kryteria dla HTVI, struktura analizy powinna opierać się na sześciu krokach:

- i) Identyfikacja HTVI wykorzystywanych lub przenoszonych w ramach transakcji oraz konkretnych, istotnych z ekonomicznego punktu widzenia ryzyk związanych z opracowaniem, udoskonaleniem, utrzymaniem, ochroną i wykorzystaniem tych wartości niematerialnych;
- ii) Identyfikacja pełnych ustaleń umownych ze szczególnym naciskiem na określenie prawnej własności HTVI na podstawie warunków ustaleń prawnych, w tym odpowiednich rejestracji, umów licencyjnych, innych odpowiednich umów oraz innych oznak własności prawnej, a także praw i obowiązków wynikających z umowy, w tym umownego przejścia ryzyka w stosunkach między przedsiębiorstwami powiązanymi;
- iii) Identyfikacja stron wykonujących funkcje (w tym szczególnie ważne funkcje, które mogą mieć istotny wpływ na budowanie wartości HTVI¹⁰), wykorzystujących aktywa i zarządzających ryzykiem związanym z opracowaniem, ulepszaniem, utrzymaniem, ochroną i wykorzystaniem HTVI za pomocą analizy funkcjonalnej, a w szczególności, identyfikacja stron kontrolujących wszelkie funkcje zlecone na zewnątrz i kontrolujących określone, istotne z ekonomicznego punktu widzenia ryzyka;
- iv) Potwierdzenie spójności pomiędzy warunkami odpowiednich ustaleń umownych a zachowaniem stron oraz ustalenie, czy strona przyjmująca na siebie znaczące ryzyko gospodarcze kontroluje to ryzyko i posiada zdolność finansową do przyjęcia ryzyka związanego z opracowaniem, ulepszeniem, utrzymaniem, ochroną i wykorzystaniem HTVI;
- v) Określenie faktycznych transakcji kontrolowanych związanych z rozwojem, ulepszeniem, utrzymywaniem, ochroną i eksploatacją HTVI w świetle ich własności prawnej, innych istotnych stosunków umownych, które wynikają z odpowiednich rejestracji i umów oraz postępowania stron, w tym ich odpowiedniego wkładu w funkcje, aktywa i ryzyko, z uwzględnieniem ram analizy funkcjonalnej i alokacji ryzyka;
- vi) Ustalenie (o ile to możliwe) ceny rynkowej dla tych transakcji zgodnie z wkładem każdej ze stron w zakresie wykonywanych funkcji, użytych aktywów i podjętego ryzyka, w szczególności z zastosowaniem rozdziału I sekcji D.2. Wytycznych OECD.

Poniżej zamieszczono charakterystykę koncepcji DEMPE.

⁸ Pkt 6.32 Wytyczne OECD

⁹ Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, ACTIONS 8-10: 2015 Final Reports, OECD 2015

¹⁰ Pkt 6.56 Wytyczne OECD

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych

Funkcja DEMPE	Opis funkcji DEMPE
Development	Opracowanie/ Rozwój Wytworzenie i/lub rozwój wartości niematerialnych to czynności, które mogą być związane na przykład z budowaniem marki, tworzeniem produktów, wprowadzaniem planów i strategii tworzenia wartości niematerialnych, opracowaniem HTVI podlegających patentom, pracami badawczo-rozwojowymi itp.
Enhancement	Ulepszenie Termin „ulepszenie” w kontekście DEMPE obejmuje kontynuowanie prac nad wcześniej wytworzonymi HTVI.
Maintenance	Utrzymanie Utrzymanie HTVI wymaga podejmowania czynności zapewniających ich użyteczność (ważność i funkcjonalność) i zachowanie potencjału do generowania zysków.
Protection	Ochrona Ochrona to funkcje zapewniające utrzymanie wartości HTVI. Polega na zabezpieczeniu praw własności intelektualnej. Przykładowo mogą to być: zgłoszenia do urzędów, uzyskania patentów, monitorowanie działań konkurencji, czynności mające na celu zwalczanie nadużyć, i inne.
Exploitation	Używanie / Wykorzystywanie W odniesieniu do wartości niematerialnych termin „wykorzystywanie” odnosi się do sposobu, w jaki HTVI są wykorzystywane do generowania zysków, przykładowo może to być oznaczanie wyrobów znakami towarowymi, udzielanie licencji, wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych itp.

Dokładne określenie transakcji kontrolowanej, a w szczególności identyfikacja HTVI, której transakcja dotyczy, stanowi pierwszy krok analizy DEMPE. Uwarunkowania prawne, kontrakty, umowy, warunki formalne itd. stanowią kolejny krok analizy wartości HTVI. W kolejnym etapie należy precyzyjnie ustalić pełnione funkcje, ponoszone ryzyka i angażowane aktywa, w szczególności istotne z punktu widzenia tworzenia wartości HTVI. Następnie należy zbadać zgodność ustalonych pomiędzy stronami warunków transakcji z ich rzeczywistym zachowaniem, biorąc pod uwagę fakty i okoliczności realizowanej transakcji.

Warunki transakcyjne, funkcje pełnione przez poszczególne podmioty oraz własność prawna mogą wynikać bezpośrednio z zapisów stosownych kontraktów, innych dokumentów prawnych lub nawet korespondencji handlowej pomiędzy stronami umowy. W przypadku braku pisemnych umów lub też gdy faktyczne postępowanie stron różni się od pisemnych warunków, przebieg transakcji musi być dokładnie określony na podstawie rzeczywistego zachowania stron. Treść ekonomiczna transakcji przeważa bowiem nad jej treścią prawną.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że częstą praktyką jest brak stosownych umów czy postanowień na piśmie. OECD zwraca jednak uwagę, że spisywanie kontraktów, postanowień stron, intencji jest jednak dobrą praktyką i takie dokumenty powinny być przygotowane przed realizacją danej transakcji¹¹.

Jednocześnie, jak zauważa OECD, ceny i warunki transakcyjne ustalone pomiędzy stronami mogą, lecz nie muszą, być zgodne z zasadą arm's length.

Analizując rynkową wartość wynagrodzenia za wkłady poszczególnych stron transakcji, należy uwzględnić szczególnie ważne funkcje, które mogą mieć istotny wpływ na budowanie wartości HTVI (z ang. „certain important functions”). Te szczególnie ważne funkcje powinny znaleźć odzwierciedlenie w udziale w zyskach w eksploatacji HTVI. Oczywiście natura tych funkcji w każdym przypadku będzie odmienna, jednak Wytyczne OECD wskazują, że zarówno dla wartości niematerialnych wytworzonych

¹¹ Pkt 6.36 Wytyczne OECD

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych

we własnym zakresie (z ang. „self-developed intangibles”), jak i dla wartości nabytych służących jako platforma do dalszego rozwoju ważne funkcje obejmują, m.in.:

- projektowanie i kontrolę programów badawczych i marketingowych,
- określanie kierunków i ustalanie priorytetów dla kreatywnych przedsięwzięć, w tym dla pionierskich badań naukowych, których efekty, zastosowanie i wdrożenie charakteryzują się dużym stopniem niepewności,
- kontrolę strategicznych decyzji dotyczących programów rozwoju wartości niematerialnych,
- zarządzanie i kontrolę budżetów,
- podejmowanie ważnych decyzji dotyczących obrony i ochrony wartości niematerialnych,
- stałą kontrolę jakości funkcji wykonywanych przez niezależne lub powiązane przedsiębiorstwa, które to funkcje mogą mieć istotny wpływ na wartość HTVI.

Analizę DEMPE ilustrują przykłady omówione w Wytycznych OECD.¹²

Analiza ryzyka dla funkcji DEMPE

Przykładowe (najczęściej występujące) rodzaje ryzyka, które mogą mieć znaczenie w analizie funkcjonalnej prowadzonej z perspektywy koncepcji DEMPE, to m.in.:¹³

- ryzyko eksploatacji, niepewność w odniesieniu do zysków generowanych przez HTVI,
- ryzyko inwestycyjne związane z rozwojem HTVI, w tym ryzyko kosztownych badań (prac badawczo-rozwojowych i marketingowych), które mogą okazać się nieskuteczne. Przy czym należy uwzględnić moment dokonania inwestycji (na przykład to, czy inwestycja jest dokonywana na wczesnym etapie, w połowie procesu rozwoju, czy na późnym etapie, będzie miało wpływ na poziom ryzyka inwestycyjnego),
- ryzyko starzenia się produktu, w tym możliwość, że postęp technologiczny wpłynie negatywnie na wartość HTVI,
- ryzyko naruszenia dóbr intelektualnych, w tym ryzyko, że obrona praw niematerialnych lub obrona przed roszczeniami innych osób o naruszenie może okazać się czasochłonna, kosztowna i/lub nieskuteczna,
- ryzyko odpowiedzialności za produkt wytworzony przy wykorzystaniu HTVI.

Istnienie i poziom tych ryzyk będzie oczywiście uzależniony od faktów i okoliczności każdego indywidualnego przypadku oraz od charakteru HTVI.

Analiza ryzyka ma znaczenie zwłaszcza dla określenia prawa do rentowności nadzwyczajnej, dla potrzeb niniejszego dokumentu, rozumianej jako znaczącej różnicy między rzeczywistą rentownością (*ex post*) oraz przewidywaną rentownością (*ex ante*). Rzeczywista rentowność (*ex post*) oraz przewidywana rentowność (*ex ante*) zazwyczaj będą się od siebie różnić. Może to wynikać z ryzyka materializującego się w inny sposób niż oczekiwano, bowiem wystąpią nieoczekiwane, niedające się przewidzieć zdarzenia (np. wycofanie produktu kontrahenta na skutek decyzji administracyjnej, spadek produkcji urządzeń na skutek katastrofy naturalnej, wpływ pandemii COVID-19 itd.). Może się też zdarzyć, że prognozy finansowe, na których opierają się obliczenia rentowności, nieprawidłowo oceniają prawdopodobieństwo materializacji jakichś ryzyk.

Nieoczekiwane, niedające się przewidzieć zdarzenia będą generować konsekwencje na gruncie cen transferowych. Należy bowiem przyjąć, że w ramach transakcji związanej z HTVI będą istniały podmioty

¹² Załącznik do Rozdziału VI Wytycznych OECD 2017 (załącznik nr 1 do Rozdziału VI Wytycznych OECD 2022)

¹³ Pkt 6.65 Wytyczne OECD

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych

w grupie, które będą miały prawo do zysków dodatkowych (wyższych niż antycypowane) lub też będą miały prawo do ponoszenia straty na transakcji. Kluczowe znaczenie ma zawsze analiza ryzyka.

Identyfikacja właściwego podmiotu z grupy odpowiadającego za funkcje DEMPE oraz biorącego na siebie ryzyka związane z transakcją (w tym m.in. wymienione wyżej ryzyka) ma kluczowe znaczenie przy określaniu ceny transakcji kontrolowanej. Analizę taką należy przeprowadzić zgodnie z koncepcją kontroli nad ryzykiem („control over risk”)¹⁴.

Koncepcja DEMPE, zgodnie z Wytycznymi OECD, ma pewne wyraźnie zaznaczone w Wytycznych implikacje (zob. pkt 6.71 Wytycznych OECD). W zależności od poziomu zaangażowania stron w transakcję przypisuje się im określony udział w zysku bądź stracie. Jeśli strona transakcji:

- wykonuje i kontroluje wszystkie funkcje (w tym funkcje opisane w pkt. 6.56 Wytycznych OECD) związane z DEMPE,
- zapewnia wszystkie aktywa, w tym finansowanie, niezbędne do rozwoju, poprawy, utrzymania, ochrony i eksploatacji wartości niematerialnej,
- przyjmuje wszystkie ryzyka związane z rozwojem, ulepszeniami, utrzymaniem, ochroną i eksploatacją wartości niematerialnych,

wówczas jest uprawniona do wszystkich oczekiwanych, *ex ante*, zysków uzyskanych z eksploatacji HTVI. W przeciwnym wypadku, każdy transfer funkcji, aktywów, ryzyka do innego podmiotu z grupy powinien być odpowiednio wyceniony zgodnie z zasadą *arm's length* i przypisany do odpowiedniej strony transakcji.

VIII. Analiza cen transferowych, w tym wybór metody weryfikacji ceny transferowej dla HTVI

HTVI posiadają szczególne cechy, które komplikują poszukiwanie danych porównawczych, a w niektórych przypadkach utrudniają ustalenie wartości HTVI w momencie transakcji. Dodatkowo, wycena HTVI w momencie zawarcia transakcji jest wysoce niepewna. Kwestia ustalenia ceny rynkowej powinna zostać rozstrzygnięta poprzez odniesienie do tego, co zrobiłyby niezależne przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach¹⁵.

Wybór metody powinien zostać dokonany po przeprowadzeniu analizy funkcjonalnej dla transakcji kontrolowanej wraz z uwzględnieniem analizy DEMPE. Ponadto należy rozważyć następujące kwestie:

- powody biznesowe realizacji danej transakcji,
- perspektywy i opcje realistycznie dostępne dla każdego podmiotu uczestniczącego w transakcji,
- przewagi konkurencyjne wynikające z wartości niematerialnych, w tym zwłaszcza względną rentowność produktów i usług lub potencjalnych produktów i usług związanych z wartościami niematerialnymi,
- oczekiwane przyszłe korzyści ekonomiczne z transakcji,
- inne czynniki porównywalności, takie jak cechy rynków lokalnych, oszczędności lokalizacji (*location savings*), siła robocza i synergia grupy (jeżeli dotyczy),
- inne istotne czynniki dla tworzenia wartości przy zastosowaniu HTVI.

¹⁴ Pkt 1.65 Wytyczne OECD

¹⁵ Pkt 6.181 Wytyczne OECD

Zastosowanie metod

W praktyce w przypadku transakcji, której przedmiot stanowi HTVI, prawdopodobnie najczęściej zastosowanie znajdą metody podziału zysku transakcyjnego albo techniki wyceny, chyba że bardziej właściwe będzie zastosowanie innej metody cen transferowych.

Zastosowanie metody podziału zysku transakcyjnego

Metody podziału zysku transakcyjnego mogą okazać się właściwe w przypadku, kiedy obie strony transakcji wnoszą w transakcję unikalne i wartościowe wkłady¹⁶. Zastosowanie metody podziału zysku transakcyjnego w przypadku polegającym na wykorzystaniu HTVI wymaga zidentyfikowania stosownych HTVI, dokonania oceny sposobu, w jaki takie dobra niematerialne przyczyniają się do wytworzenia wartości oraz dokonania oceny innych wykonywanych funkcji, ponoszonych ryzyk i zaangażowanych aktywów, które generują dochody. Sam fakt występowania i wykorzystywania unikalnych dóbr niematerialnych nie pozwala na wiarygodne zastosowanie metody podziału zysku w wiarygodny sposób¹⁷.

Należy jednak pamiętać, że w przypadkach, gdzie analiza podziału zysku transakcyjnego opiera się na prognozowanych przychodach i wydatkach, należy uwzględnić wytyczne dotyczące prognoz opisane w części D.2.6.4.1. Rozdziału VI Wytycznych OECD.

Zalecenia dotyczące zastosowania metody podziału zysku zostały ujęte w Rekomendacjach Forum Cen Transferowych opracowanych przez Grupę Roboczą nr 3 pt. Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące opisu metody podziału zysku¹⁸.

Zastosowanie technik wyceny

Jak wskazano powyżej, w uzasadnionych okolicznościach techniki wyceny są jedną z możliwych metod stosowanych do ustalania wartości HTVI.

Newralgiczne obszary technik wyceny

Wytyczne OECD wskazują na zagadnienia dotyczące technik wyceny, które powinny zostać rozważone przez podmiot wyceniający, w tym na potrzeby przeprowadzenia wyceny wartości HTVI. Jednakże nie wszystkie niżej wymienione elementy będą miały zastosowanie (ze względu na wybrany rodzaj metody wyceny lub dostępność danych) albo będą miały istotny wpływ na wartość wyceny.

Poniżej zamieszczono zestawienie zagadnień wskazanych w Wytycznych OECD, które są istotne z punktu widzenia stosowania technik wyceny.

Zagadnienie	Wytyczne OECD
Dochodowe techniki wyceny mogą okazać się przydatne w przypadku, gdy identyfikacja wiarygodnych porównywalnych transakcji kontrolowanych nie jest możliwa.	<i>pkt 6.153</i>
Techniki wyceny należy stosować w sposób zgodny z zasadą ceny rynkowej oraz zasadami ujętymi w Wytycznych OECD.	<i>pkt 6.154</i>
Analizie należy poddać przyjęte założenia i uzasadnienia zastosowane podczas przeprowadzania wycen. Wykorzystanie wycen przygotowanych w celach rachunkowych oraz ich zastosowanie na potrzeby cen transferowych może nie być właściwe.	<i>pkt 6.155</i>
W przypadku, kiedy nie są dostępne wiarygodne porównywalne transakcje kontrolowane, zastosowanie technik wyceny w sposób zgodny z Wytycznymi OECD z uwzględnieniem szczególnego stanu faktycznego, solidnych zasad i praktyk wyceny wraz	<i>pkt 6.156</i>

¹⁶ Pkt 6.209 Wytyczne OECD

¹⁷ Pkt 6.211 Wytyczne OECD

¹⁸ [rekomendacje-fct-dot-opisu-metody-podzialu-zysku.pdf \(podatki.gov.pl\)](#)

Zagadnienie	Wytyczne OECD
z odpowiednim rozważeniem zasadności założeń przyjętych do wyceny i ich zgodności z zasadą ceny rynkowej, może stanowić przydatne narzędzie w analizie cen transferowych.	
Zastosowanie grupy metod wyceny opartej na koncepcji zdyskontowanych przepływów pieniężnych wymaga określenia realistycznych i wiarygodnych prognoz finansowych oraz parametrów wyceny. Wycena powinna zostać przeprowadzona z perspektywy obu stron transakcji kontrolowanej (tzw. <i>two-sided approach</i>). Cena rynkowa będzie się zawierać w przedziale wartości określonej na podstawie wartości przedmiotu wyceny określonej z punktu widzenia obu stron transakcji kontrolowanej.	<i>pkt 6.157</i>
Stosowanie technik wyceny bazujących na koncepcji zdyskontowanych przepływów pieniężnych jest obarczone istotnym ryzykiem zmienności wartości wyceny wskutek dokonywanych zmian założeń dotyczących parametrów wyceny.	<i>pkt 6.158</i>
Wiarygodność wartości wyceny jest uzależniona od wiarygodności przyjętych założeń i szacunków.	<i>pkt 6.159</i>
Korzystanie z technik wyceny powinno wiązać się z określeniem przyjętych do wyceny założeń oraz z przedstawieniem podstaw w zakresie dokonanych wyborów na potrzeby ustalenia parametrów wyceny. Zaleca się przygotowanie analizy wrażliwości wartości wyceny w odniesieniu do zmiany założeń i parametrów.	<i>pkt 6.160</i>
Wiarygodność wyceny powinna być rozpatrywana także w oparciu o analizę celu wyceny. Analizie należy poddać wszelkie ewentualne niespójności / rozbieżności w założeniach zastosowanych dla wycen na potrzeby cen transferowych oraz dla wycen przygotowywanych w pozostałych celach.	<i>pkt 6.161</i>
Pomimo wielu wątpliwości, zastosowanie techniki wyceny jako element jednej z pięciu metod zalecanych przez OECD lub jako przydatne narzędzie może okazać się bardziej wiarygodne niż zastosowanie pozostałych metod cen transferowych, zwłaszcza w przypadku braku porównywalnych transakcji niekontrolowanych.	<i>pkt 6.162</i>
Podczas przygotowywania wycen szczególną uwagę należy zwrócić na: prawidłowość prognoz finansowych, założenia dotyczące stopy wzrostu oraz stopy dyskontowej, okres użyteczności wartości niematerialnych i wartość rezydualną oraz założenia dotyczące podatków i formę zapłaty.	<i>pkt. 6.163 – 6.180</i>

IX. Mechanizmy pozwalające zarządzić niepewnością w wycenie HTVI

W zależności od faktów i okoliczności istnieje szereg mechanizmów, które niezależne przedsiębiorstwa mogą przyjąć, aby zarządzić dużej niepewności w wycenie HTVI w momencie dokonywania transakcji. Na przykład:

- wykorzystanie przewidywanych korzyści (biorąc pod uwagę wszystkie istotne czynniki ekonomiczne) jako sposobu na ustalenie ceny na początku transakcji, z uwzględnieniem zakresu, w jakim dalszy rozwój sytuacji jest przewidywalny i możliwy do przewidzenia;
- zapewnienie ochrony przed ryzykiem związanym z niepewnością, np. poprzez umowy o krótszym okresie obowiązywania, zawarcie w warunkach umowy klauzuli dotyczących korekty cen lub przyjęcie struktury płatności obejmującej płatności warunkowe, aby zabezpieczyć się przed późniejszym rozwojem sytuacji, który może nie być wystarczająco przewidywalny. Dla powyższych celów ustalenia stron dotyczące płatności warunkowych stanowią wszelkie ustalenia cenowe, w ramach których kwota lub termin płatności zależą od zdarzeń warunkowych, w tym od osiągnięcia wcześniej ustalonych progów finansowych, takich jak sprzedaż lub zyski, lub od wcześniej ustalonych etapów rozwoju (np. opłaty licencyjne lub okresowe płatności za kamienie milowe). Przykładowo, stawka licencyjna może być ustalona tak, aby wzrastała wraz ze wzrostem sprzedaży licencjobiorcy lub też dodatkowe płatności mogą być wymagane w momencie osiągnięcia określonych celów rozwojowych. W przypadku przeniesienia HTVI na etapie, na którym nie są one gotowe do komercjalizacji, lecz wymagają dalszego rozwoju, warunki płatności przyjęte przez niezależne strony przy pierwszym

przeniesieniu mogą obejmować określenie dodatkowych kwot warunkowych, które staną się wymagalne dopiero po osiągnięciu określonych etapów rozwoju¹⁹;

- przyjęcie ryzyka nieprzewidywalnych zdarzeń, pod warunkiem renegotjacji ustaleń cenowych za porozumieniem stron w przypadku materializacji tego ryzyka. Wystąpienie zdarzeń nieprzewidywalnych przez strony w momencie zawierania transakcji lub o niskim prawdopodobieństwie wystąpienia, na podstawie których ustalono ceny, może prowadzić do renegotjacji ustaleń cenowych za porozumieniem stron, jeżeli jest to korzystne dla obu stron. Na przykład, renegotjacja może nastąpić na warunkach rynkowych, jeżeli stawka opłaty licencyjnej oparta na sprzedaży opatentowanego leku okaże się nadmiernie wygórowana ze względu na nieoczekiwane opracowanie alternatywnego, taniego sposobu leczenia. Zbyt wysoka opłata licencyjna może pozbawić licencjobiorcę motywacji do wytwarzania lub sprzedaży leku, a wówczas będzie on zainteresowany renegotjowaniem porozumienia. Może się zdarzyć, że licencjodawca ma interes w utrzymaniu leku na rynku oraz w utrzymaniu tego samego licencjobiorcy przy wytwarzaniu lub sprzedaży leku ze względu na umiejętności i wiedzę fachową licencjobiorcy lub istnienie między nimi długotrwałych stosunków współpracy. W takich okolicznościach strony mogłyby w perspektywie czasu renegotjować dla swojej wzajemnej korzyści całość lub część porozumienia i ustalić niższą stawkę opłaty licencyjnej²⁰.

X. Dokumentowanie wyceny HTVI

Jak wskazano powyżej, wycena HTVI w momencie dokonywania transakcji kontrolowanej jest co do zasady wysoce niepewna i utrudnione jest ustalenie ceny transferowej zgodnej z zasadą ceny rynkowej.

Jeżeli cena transferowa HTVI została ustalona na podstawie informacji lub danych finansowych dotyczących zdarzeń przyszłych, w tym prognoz finansowych, to w celu oceny jej wartości rynkowej należy ocenić, czy informacje lub dane finansowe wzięte pod uwagę przy jej kalkulacji nie odbiegają istotnie od rzeczywistych danych i informacji finansowych²¹. W odniesieniu do prognoz finansowych należy ocenić, czy zostały one oparte na wiarygodnych danych dostępnych stronom transakcji w momencie zawierania transakcji. Dotyczy to zwłaszcza takich kluczowych kwestii jak, przykładowo:

- założenia makroekonomiczne (np. stopa inflacji, stopa wzrostu PKB, stopy procentowe),
- założenia odnośnie do danych porównywalnych (np. stawki opłat licencyjnych),
- założenia do określenia wartości stopy dyskontowej (np. koszt kapitału własnego/dłużnego, struktura kapitałowa, stopy procentowe).

Co do kluczowych założeń rekomendowane jest poparcie przyjętych kluczowych założeń dokumentami, takimi jak np. dane instytucji statystycznych (Compustat, GUS), instytucji nadzoru (KNF) czy dane pochodzące ze źródeł naukowych (np. czasopisma naukowe, working papers) i inne.

W zależności od faktów i okoliczności i technik wyceny można również przygotować wycenę w oparciu o różne scenariusze (np. oprócz scenariusza bazowego również scenariusz optymistyczny i pesymistyczny).

W przypadku korzystania z tzw. technik wyceny należy mieć na względzie przepisy Rozporządzenia TP 2019 oraz Rozporządzenia TPD 2019.

¹⁹ Pkt 6.183 Wytyczne OECD

²⁰ Pkt 6.184 Wytyczne OECD

²¹ Rozporządzenie TP 2019, § 8.1

Rekomendacje Forum Cen Transferowych dotyczące trudnych do wyceny wartości niematerialnych

Zgodnie z Rozporządzeniem TPD 2019²², w przypadku zastosowania metody stanowiącej technikę wyceny opis analizy zgodności powinien zawierać:

- uzasadnienie wyboru zastosowanej techniki wyceny,
- opis źródeł danych wykorzystanych do wyceny,
- opis oraz uzasadnienie założeń przyjętych do wyceny, w szczególności założeń do wskaźników stosowanych w wycenie oraz opis sposobu kalkulacji tych wskaźników,
- opis oraz uzasadnienie założeń przyjętych do prognoz, opis źródła wykorzystanych danych oraz wskazanie celu prognozy – w przypadku, gdy zastosowanie techniki wyceny wymaga zastosowania prognozy,
- analizę wrażliwości wskazującą wpływ zmian poszczególnych założeń na wynik wyceny,
- uzasadnienie przyjętego punktu z przedziału wartości przedmiotu transakcji kontrolowanej.

Dodatkowo, zgodnie z Rozporządzeniem TP 2019²³, jeżeli za inną metodę została uznana technika wyceny, metodę tę stosuje się w następujący sposób:

- 1) w przypadku, gdy zastosowanie techniki wyceny wymaga oparcia analizy o prognozy – w pierwszej kolejności stosuje się prognozy sporządzone dla celów planowania finansowego;
- 2) wielkości bądź wskaźniki stosowane w ramach techniki wyceny powinny odpowiadać wartości rynkowej;
- 3) w przypadku, w którym prawidłowe zastosowanie techniki wyceny wymaga zastosowania czynnika dyskontującego:
 - a) wybór czynnika dyskontującego uwzględnia sposób, w jaki wyceniany przedmiot transakcji kontrolowanej generuje przepływy pieniężne,
 - b) wysokość czynnika dyskontującego uwzględnia poziom ryzyka biznesowego podmiotu powiązanego oraz poziom wahania przyszłych przepływów pieniężnych generowanych przez wyceniany przedmiot transakcji kontrolowanej;
- 4) analiza uwzględnia oczekiwany przez każdą ze stron transakcji kontrolowanej poziom wartości przedmiotu transakcji kontrolowanej.

© Forum Cen Transferowych, październik 2023

INFORMACJA: Rekomendacje zostały wypracowane przez Forum Cen Transferowych (FCT) stanowiące zespół opiniodawczo-doradczy przy Ministrze Finansów.

Niniejszy dokument podlegający zatwierdzeniu przez FCT został przygotowany przez Grupę Roboczą nr 13 powołaną przez FCT, w skład której wchodzi następujące osoby:

Agnieszka Baran-Jamróż, Aleksandra Chojnacka, Aneta Grzyb, Magdalena Janas, Jakub Koziński, Malwina Minta, Monika Palmowska (kierownik Grupy Roboczej nr 13), Ewelina Stamblewska-Urbaniak, Wojciech Węgrzyn, Dominika Tyczka-Szyda, przy współpracy z obserwatorami ze strony MF i KAS.

²² Rozporządzenie TPD 2019, § 2 pkt 3d

²³ Rozporządzenie TP 2019, § 15