

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ТРАНСФЕРТНОГО ЦІНОУТВОРЕННЯ: ЗІСТАВНІСТЬ ОПЕРАЦІЙ ДЛЯ ЦІЛЕЙ ПРОВЕДЕННЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ДІАПАЗОНУ РЕНТАБЕЛЬНОСТІ

PROBLEM ASPECTS OF TRANSFER PRICING: COMPARABILITY OF TRANSACTIONS FOR THE PURPOSES OF CONDUCTING A PROFITABILITY RANGE STUDY

Смичок Є.М., д.ю.н.,

доцент кафедри податкового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Брояков С.В. доктор філософії,

асистент кафедри податкового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена комплексному аналізу проблемних аспектів визначення зіставності операцій у контексті трансфертного ціноутворення для встановлення дотримання принципу «втягнутої руки». Автори акцентують на правовій невизначеності, що виникає при застосуванні на практиці критеріїв зіставності, визначених ст. 39 Податкового кодексу України. Особливу увагу приділено таким питанням, як оцінка ролі нематеріальних активів (зокрема торговельних марок), включення збиткових компаній до вибірки, значення організаційно-правової форми, відмінності між даними на момент формування документації з трансфертного ціноутворення та на момент перевірки платника податків, а також тлумачення критерію пов'язаності осіб. Підкреслюється, що чинне законодавство встановлює обмеження для аналізу пов'язаності осіб виключно на рівні корпоративної участі (понад 20 %), тоді як контролюючі органи часто протиправно поширюють цей критерій та враховують пов'язаність на рівні фізичних осіб. Автори зазначають, що наявність нематеріальних активів не може автоматично бути підставою для виключення компанії з аналізу списку зіставних операцій, якщо їх цінність і комерційне використання не доведено, та звертають увагу на відсутність відповідного регулювання в податковому законодавстві. Розглянуто проблему часової неузгодженості інформації, коли платник податків оперує даними на момент формування документації, тоді як контролюючий орган має доступ до ширшого обсягу інформації під час перевірки. Така асиметрія знаходиться у конфлікті з принципами правової визначеності та справедливості, у зв'язку з чим підлягає вирішенню на користь платника податків. В цьому аспекті автори досліджують питання змін переліків організаційно-правових форм, яке надалі змінює адміністративну практику правозастосування до попередніх податкових (звітних) періодів, зміни видів діяльності порівнюваних зіставних операцій юридичних осіб, а також наявності додаткових видів діяльності, проблематику наповнення баз даних та інформаційних джерел у зв'язку з різними податковими періодами та нестандартними фінансовими роками, які можуть застосовуватися в іноземних юрисдикціях, а також – останню судову практику щодо застосування у зв'язку зі складанням документації з трансфертного ціноутворення джерел інформації, які включено до рекомендованого переліку після виконання платником податків власного обов'язку.

Ключові слова: трансфертне ціноутворення, контрольовані операції, діапазон рентабельності, зіставні операції, податкове адміністрування.

The article is devoted to a comprehensive analysis of problematic aspects of determining the comparability of transactions in the context of transfer pricing for the purpose of establishing compliance with the arm's length principle. The authors emphasize the legal uncertainty that arises in the practical application of the comparability criteria defined in Article 39 of the Tax Code of Ukraine. Particular attention is devoted to issues such as the assessment of the role of intangible assets (including trademarks), the inclusion of loss-making companies in the sample, the significance of the legal form of entities, differences between the data available at the time of preparing transfer pricing documentation and at the time of a tax audit, as well as the interpretation of the related-party criteria. It is stressed that the current legislation establishes limitations for the assessment of relatedness exclusively at the level of corporate participation (over 20%), whereas tax authorities often unlawfully extend this criterion and consider relatedness at the level of individuals. The authors note that the mere existence of intangible assets cannot automatically serve as grounds for excluding a company from the list of comparable transactions, if their value and commercial use have not been proven, and draw attention to the absence of relevant regulation in the tax legislation. The article examines the issue of temporal inconsistency of information, where the taxpayer relies on data available at the time of preparing the documentation, while the tax authority has access to a broader range of information during a tax audit. Such asymmetry is in conflict with the principles of legal certainty and fairness and, therefore, should be resolved in favor of the taxpayer. In this context, the authors analyze issues related to changes in the lists of legal forms, which subsequently alter the administrative law enforcement practice for previous tax (reporting) periods; changes in the types of activities of comparable legal entities; the existence of additional activities. Furthermore, the problem of database and information source completeness is explored, particularly in connection with different tax periods and non-standard fiscal years that may apply in foreign jurisdictions, as well as recent judicial practice concerning the use of information sources included in the recommended list only after the taxpayer has fulfilled their obligations in preparing transfer pricing documentation.

Key words: transfer pricing, controlled transactions, arm's length principle, comparable transactions, tax administration.

Забезпечення податкового комплаєнсу в аспекті трансфертного ціноутворення є одним з найбільш проблемних запитів бізнесу. Правильний вибір методів аналізу контрольованих операцій на дотримання принципу «втягнутої руки» та формування вибірки компаній та операцій є визначальними для розрахунку сум податкових зобов'язань. Неоднакове тлумачення норм податкового законодавства часто призводить до конфлікту між контролюючим органом та платником податків.

Послідовне застосування законодавства у цій категорії правовідносин є умовою з одного боку прозорості та юридичної визначеності для бізнесу, що визначає готовність здійснення комерційних відносин з резидентами України,

з іншого боку – є умовою превенції податкових ухилень і виведення капіталу за кордон. Ця стаття розглядає ряд окремих практичних проблем.

І. Пов'язаність компаній та дослідження діапазону рентабельності. Взаємодія з контролюючим органом демонструє, що першим предметом дослідження є встановлення фактичних та/або юридичних зв'язків між компаніями. Відповідно, аналізуються критерії «пов'язаних осіб» за пп. 14.1.159 п. 14.1. ст. 14 Податкового кодексу України (далі – ПК України) [1]. Очевидно, що наявність формальних чи неформальних зв'язків між компаніями, відносин управління та контролю передбачає можливість внутрішнього узгодження договірної ціни. Однак, жодним норма-

тивним актом не було заборонено чи обмежено структурування бізнесу в Україні. Щобільше, інвестиційна логіка часто зумовлює вкладання капіталу в конкретний сектор економіки, який є відомим інвестору (в тому числі інституційному).

Критерій «пов'язаності осіб» в аспекті зіставності для цілей проведення дослідження діапазону рентабельності в широкому розумінні за пп. 14.1.159 п. 14.1. ст. 14 ПК України, як це відбувається практично, не підлягає застосуванню. Пп. 3 пп. 39.3.2.9. пп. 39.3.2. п. 39.3 ст. 39 ПК України при розрахунках показників фінансової діяльності встановлює такі одночасні умови застосування інформації про «зіставних юридичних осіб»:

«... якщо зіставна юридична особа не володіє прямо та/або опосередковано корпоративними правами іншої юридичної особи з часткою такої участі більше 20 відсотків або не має як учасника (акціонера) юридичну особу з часткою прямої (опосередкованої) участі більше 20 відсотків» [1].

Тлумачення вказаної норми прямо встановлює, що для визначення зіставності ключовою є відсутність пов'язаності між юридичними особами, а не будь-якої іншої ознаки пов'язаності. Отже, для того щоб юридична особа відповідала критеріям зіставності вона: а) не повинна прямо та/або опосередковано володіти корпоративними правами іншої юридичної особи (в частці більше 20%); б) корпоративними правами такої співставної юридичної особи не повинні прямо та/або опосередковано володіти інші юридичні особи (в частці більше 20 %).

Спеціальне правило щодо визначення прийнятності інформації про зіставних юридичних осіб, не вступає в суперечність із загальними положеннями податкового законодавства. Відповідно, мова йде навіть не про колізію в нормативному регулюванні, а про необхідність застосування чітко визначеного і конкретного правила поведінки – застосування спеціальної норми. ПК України не встановлює обов'язок для платника податків при визначенні співставності юридичних осіб, при розрахунку діапазону рентабельності відповідно до принципу «втягнутої руки», враховувати критерій пов'язаності на рівні фізичних осіб.

Таким чином, використання інформації про зіставних юридичних осіб для розрахунку діапазону рентабельності відповідно до принципу «втягнутої руки» не передбачає дослідження пов'язаності осіб на рівні фізичних осіб.

II. Наявність на балансі компаній торговельних марок (прав на використання позначень). Критерій наявності торговельної марки в практиці використовується контролюючим органом у якості аргументації для виключення компанії з переліку зіставних. Однак, такої обставини, як наявність торговельної марки, що виключає компанію для цілей зіставності, не передбачено податковим законодавством України. Більше того, наявність торговельної марки у юридичної особи є звичайною бізнес-практикою.

Слід звернутися також на п. 3.43 «А.5. Визначення або відхилення потенційних об'єктів порівняння» розділу III Настанов Організації економічного співробітництва та розвитку з трансфертного ціноутворення для міжнародних компаній та податкового адміністрування у редакції 2022 року (далі – Настанови ОЕСР), якими передбачено:

«Критерії, пов'язані з нематеріальними активами, такі як співвідношення чистої вартості нематеріальних активів до загальної вартості чистих активів або співвідношення витрат на науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи (R&D) до обсягів реалізації, якщо такі дані доступні, можуть бути використані, наприклад, для виключення компаній, які мають цінні нематеріальні активи або значні за обсягом науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи, у випадку коли досліджувана сторона не використовує цінні нематеріальні активи та не бере участі у значних науково-дослідних та дослідно-конструкторських роботах» [3, с. 161].

Саме тлумачення Настанов ОЕСР виступає основою для застосування критерію «нематеріальних активів», до яких, зокрема, відносяться і торговельні марки. Однак, їх дослівне тлумачення передбачає наявність не будь-яких, а саме «цінних нематеріальних активів» як підставу для виключення компанії з категорії зіставних. Таку «цінність» нематеріального активу повинен встановити і довести контролюючий орган. Щобільше, сама по собі «цінність» нематеріального активу не є визначальною. Нематеріальний актив, зокрема і торговельна марка, повинен бути комерціалізований та дійсно використовуватися у господарській діяльності компанії, наприклад, при проєктуванні чи продажу продукції. Наявність матеріального активу суто на балансі компанії, наявність логотипу, фірмового найменування чи іншого позначення не може бути підставою для виключення компанії з аналізу зіставних операцій.

Більше того, відповідне положення, навіть за умови наявності відповідного фактичного складу, тобто наявності дійсно цінного нематеріального активу, «може», а не «обов'язково» враховується при залученні або відхиленні потенційних ознак порівнюваності керуючись текстом Настанов ОЕСР. Варто також врахувати, Настанови ОЕСР є актом рекомендаційного характеру («м'якого права») та не встановлюють імперативних до застосування правил.

III. Специфіка організаційно-правової форми та її значення для цілей визначення зіставності при дослідженні діапазону рентабельності. Постановою Кабінету міністрів України від 4 липня 2017 р. № 480 «Про затвердження переліку організаційно-правових форм» затверджено відповідний перелік для цілей застосування пп. 39.2.1.2¹ пп. 39.2.1 п. 39.2 ст. 39 ПК України [3]. Однак, практика взаємодії з контролюючим органом демонструє проблематику. Подальше внесення змін до вказаної постанови призвело до зміненої адміністративної практики. Нові норми виступають підставою для поглибленої перевірки операцій з юридичними особами відповідної організаційно-правової форми, і переважно – для виключення юридичних осіб з переліку зіставних.

Як приклад, у 2018-2019 рр. така організаційно-правова форма польських компаній як SP.ZO.O. S.K. не передбачала жодних юридичних наслідків для цілей трансфертного ціноутворення, і була включена до редакції Переліку організаційно-правових форм, яка набрала чинності з 01.01.2020 р. Щобільше, якби на момент проведення дослідження така організаційно-правова форма була б включена в чинну редакцію Переліку організаційно-правових форм, норми ПК України не містять правила чи критерію, який визначає необхідність виключення компанії зі співставних за ознакою включення організаційно-правової форми до даного Переліку організаційно-правових форм [3].

IV. Додаткові види діяльності компанії, з якими проводиться зіставлення контрольованих операцій. Дослідження діяльності компаній для цілей зіставності операцій має важливе значення. Непоодинокими є випадки, коли компанії в реєстраційних даних вказують максимально можливий перелік видів економічної діяльності для уникнення будь-яких питань з обліку та класифікації операцій, статистики. Крім того, стандартною бізнес-практикою є розширення господарської діяльності, в тому числі шляхом відкриття нових напрямів діяльності та комерціалізації поточних активів.

Варто зазначити, що між моментом проведення контрольованої операції, збирання інформації щодо операцій, формування документації з трансфертного ціноутворення та подання її до контролюючого органу, а також проведення контролюючим органом перевірки наданої інформації, проходить значний проміжок часу. Відповідний аспект має сильний прив'язку до фактичних обставин. Непоодинокими є випадки, коли додаткові види діяль-

ності додаються у відповідних базах даних, інформаційних сервісах та веб-сайтах, відповідно до змін в діяльності компанії.

Таким чином, інформація може відрізнитися на момент проведення операції, момент підготовки документації з трансфертного ціноутворення і момент з якого контролюючий орган починає працювати з цією документацією. Очевидно, така категорія протиріч повинна вирішуватися на користь платника податків, оскільки він не має можливості і не зобов'язаний передбачати зміни в діяльності незалежних від нього суб'єктів.

Крім того, поширеною склалась практика виключення операцій юридичних осіб з переліку зіставних, якщо вони мають додаткові види діяльності супутнього характеру – які прямо пов'язані з основними. Така логіка суперечить реальності господарських відносин. Цілком природним та економічно послідовним розширенням господарської діяльності є використання наявного обладнання чи доповнення циклів виробництва. Описане не повинно обумовлювати виключення юридичної особи з переліку зіставних для цілей оцінки відповідності контрольованих операцій принципу витягнутої руки.

V. Збиткові компанії у виборці. Включення збиткових компаній для цілей зіставлення фінансових показників має чітко детерміновані податковим законодавством критерії. Керуючись положеннями пп. 2) пп. 39.3.2.9. пп. 39.3.2. п. 39.3 ст. 39 ПК України:

«Інформація про зіставних юридичних осіб для розрахунку фінансових показників, зазначених у підпункті 39.3.2.5 цього підпункту, використовується у разі одночасного дотримання таких умов: ... 2) якщо зіставна юридична особа не має збитків за даними бухгалтерської (фінансової) звітності більш ніж в одному звітному періоді у періодах, які використовуються для розрахунку відповідних фінансових показників» [1].

Тобто, операції юридичної особи будуть вважатися зіставними для цілей оцінки дотримання принципу «витягнутої руки» за умови, що така компанія була збитковою лише в одному податковому періоді. Якщо компанія була збитковою у двох та більше податкових періодах – інформація про таку компанію не використовується для оцінки дотримання принципу «витягнутої руки».

Утім, практика показує, що до оцінки також включаються інші податкові періоди, які безпосередньо не використовувалися для розрахунку відповідних фінансових показників. Таке розширене дослідження привносить невизначеність для платника податків і прямо виключається податковим законодавством.

VI. Період дослідження контрольованих операцій та фінансових показників. Це питання доповнює проблематику попереднього. Враховуючи, що іноземні юрисдикції мають різні податкові періоди, можуть передбачати право компанії самостійно визначати фінансовий рік за який подавати звітність, строки проведення аудиторських перевірок.

У зв'язку з наведеним, у рік проведення дослідження операцій часто може не бути інформації в базах даних, інформаційних ресурсах та на веб-сайтах, що обумовлює різний обсяг інформації яким оперує платник податків та контролюючий орган. Як правило на момент проведення перевірки контролюючим органом, він оперує більшим переліком інформації та повним переліком даних, порівняно з платником податків, що зумовлює ним висновок як і щодо обраного методу дослідження контрольованих операцій, так і висновки з застосування обраного методу платником податків.

Відповідно до пп. 39.3.2.8. пп. 39.3.2. п. 39.3. ст. 39 ПК України:

«Під час визначення діапазону рентабельності використовується: ... – інформація про зіставних юридичних осіб на підставі даних бухгалтерського обліку та фінансової

звітності, відображених за національними положеннями (стандартами) бухгалтерського обліку або міжнародними стандартами фінансової звітності, згідно з підпунктом "б" підпункту 39.5.3.1 підпункту 39.5.3 пункту 39.5 цієї статті за звітний (податковий) період (рік), у якому здійснена контрольована операція, або за декілька податкових періодів (років)» [1].

Тобто, у платника податків наявна рівнозначна альтернатива: взяти за основу звітний податковий період, або взяти за основу декілька податкових періодів, в тому числі й тих, що передували звітному.

Таким чином, для суб'єкта господарювання обрати декілька податкових періодів є більш безпечним методом. Як правило, платники податків для зіставлення операцій беруть три податкових періоди. Хоча взяти один календарний рік та три календарних роки для цілей зіставлення операцій є в рівній мірі правильним, обрання більш широкого періоду є безпечним з описаної вище логіки, наявності даних для формування висновків.

VII. Бази даних та метод чистої рентабельності витрат для аналізу здійснення операцій. Практика показує, що контролюючий орган тяжіє до застосування методу порівняльної неконтрольованої ціни і дискваліфікації інших методів.

Демонструє описану проблематику також нещодавня судова практика. 11 вересня 2025 року Верховний Суд прийняв рішення у справі № 120/8569/24 [4]. Описана справа ще раз підтверджує проблематику, яка описана в попередніх питаннях. Через розвив у часі між моментом складання документації та перевірки платника податків контролюючий орган володіє значно більшим переліком інформації.

Публікація продуктів Argus Media Ltd та Refinitiv Holdings Ltd здійснена лише на 30 грудня 2020 року на сайті Державної податкової служби України у Рекомендованому (невиключному) переліку джерел інформації для отримання котирувальних цін згідно з підпунктом 39.3.3.4 підпунктом 39.3.3 пункту 39.3 статті 39 ПК України. Консультації до застосування цих продуктів не надавалися станом на відповідний період (2015-2017 роки), до 2020-2021 років ці бази даних не використовувалися, що було встановлено судом [4]. Інформація про методологію «Argus» отримана податковим органом лише у 2023 році, що забороняє використання такої інформації для зіставлення контрольованих операцій з умовами неконтрольованих операцій [4].

Навіть не враховуючи аргументацію щодо методології отримання цін інформаційних агентств, очевидною є проблема формування вибірки інформації. Так, контролюючий орган діє за нормами права та адміністративною практикою «сьогоднішнього дня». Як демонструє описана справа, фактично контролюючий орган оперує інформацію, яку він рекомендував застосовувати через три календарних роки після здійснення операцій платником податків. Вказане очевидно обумовлює неможливість платником податків передбачити правомірність власної діяльності та обрати допустимий метод оцінки контрольованих операцій на дотримання принципу «витягнутої руки».

У висновку до чого відмічаємо наступне. Поточна практика взаємодії платника податків з контролюючим органом показує високий рівень конфліктності. Однією з основних проблем є спроба обґрунтування правомірності рішення контролюючого органу, через фактичні обставини, які використовувалися ним для ідентифікації і детального аналізу контрольованої операції (внутрішня адміністративна практика та методика), утім не мають правового значення для правової кваліфікації відносин і не створюють юридичних наслідків. Наведена проблематика пов'язана з дослідженням контролюючим органом пов'язаності на рівні фізичних осіб для цілей зіставності

операцій, що прямо не передбачається нормами податкового законодавства, використання торговельних марок та інших нематеріальних активів як дистинктивно критерію та додаткових видів господарської діяльності. Застосування описаних критеріїв для виключення компаній з оцінки зіставності суперечить нормам законодавства. Крім того, істотним є розрив у часі між моментом формування документації з трансфертного ціноутворення і проведення податкової перевірки. У зв'язку зі змінами в регулюванні, контролюючий орган на рівні адміністра-

тивної практики починає керуватися новими нормами. Щобільше, такий розрив у часі обумовлює різницю між інформацією, якою оперує контролюючий орган і платник податків. Різні наповнення баз даних та інформаційних джерел у різних податкових періодах зумовлює різні можливості платника податків та контролюючого органу для оцінки операцій. Така асиметрія знаходиться у конфлікті з принципами правової визначеності та справедливості, у зв'язку з чим підлягає вирішенню на користь платника податків.

ЛІТЕРАТУРА

1. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>
2. Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. 2022, OECD Publishing, Paris. URL: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>
3. Про затвердження переліку організаційно-правових форм: постанова Кабінету міністрів України від від 4 липня 2017 р. № 480. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/480-2017-п#Text>
4. Постанова Верховного Суду у справі № 120/8569/24 від 11 вересня 2025 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/130178653>

Дата першого надходження рукопису до видання: 23.09.2025
 Дата прийнятого до друку рукопису після рецензування: 25.10.2025
 Дата публікації: 29.10.2025