

**Guida ai prezzi di trasferimento per le
transazioni finanziarie, pubblicata
dall'OCSE l'11 Febbraio 2020.**

Un'occasione per fare il punto della
situazione sul trattamento fiscale dei
prezzi di trasferimento in Svizzera.

Marco Moschen
Vicedirettore

Fidinam & Partners SA
Via Maggio 1
6900 Lugano
www.fidinam.com

ABSTRACT

Il trattamento fiscale dei prezzi di trasferimento infragruppo ha assunto negli ultimi anni una rilevanza sempre crescente, soprattutto sotto la spinta propulsiva dell'*Inclusive Framework on BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)* dell'OCSE/G20 e a seguito dei recenti sviluppi normativi, domestici e internazionali, a favore della trasparenza e dello scambio di informazioni. La Svizzera non è esclusa da questa dinamica e anzi, alla luce della recente riforma fiscale e sul finanziamento dell'AVS (RFFA), si trova a competere sui mercati globali con maggiore intensità anche dal punto di vista fiscale. In quest'ottica è fondamentale conoscere come in Svizzera è affrontato il tema e questo contributo si propone di farlo passando in rassegna e commentando l'attuale normativa, nonché le pratiche dell'Amministrazione federale delle contribuzioni, ma soprattutto la giurisprudenza del Tribunale federale in merito.

Considerati gli sforzi anche normativi e la volontà politica ed economica di porre la Svizzera al centro del mercato internazionale dei capitali, era inevitabile svolgere questo esercizio di analisi dopo la pubblicazione da parte dell'OCSE della *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions. Inclusive Framework on BEPS: Actions 4, 8-10*. Questo rapporto introduce indicazioni innovative sul rispetto del principio di piena concorrenza nelle transazioni finanziarie infragruppo ed una parte, analizzata nel presente scritto, costituisce il nuovo Capitolo X delle Linee Guida sui prezzi di trasferimento dell'OCSE.

SOMMARIO

1. INTRODUZIONE.....	3
2. IL TRATTAMENTO FISCALE DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO IN SVIZZERA.....	4
2.1 Basi legali e prassi dell'AFC.....	4
2.2 Il confronto internazionale.....	5
2.3 La giurisprudenza svizzera	7
3. LA GUIDA AI PREZZI DI TRASFERIMENTO PER LE TRANSAZIONI FINANZIARIE11	
3.1 Determinare se un finanziamento debba essere effettivamente trattato in quanto tale ai fini fiscali	11
3.2 Identificazioni delle relazioni economiche e commerciali, nonché delle caratteristiche rilevanti della transazione finanziaria	12
3.3 Funzioni di tesoreria	13
3.3.1 Finanziamenti infragruppo.....	13
3.3.2 La determinazione del tasso d'interesse di piena concorrenza dei finanziamenti infragruppo	15
3.3.3 Cash pooling	16
3.3.4 Hedging	17
3.4 Garanzie finanziarie.....	17
3.5 Assicurazioni captive	18
4. CONCLUSIONI.....	19

1. INTRODUZIONE

L'11 febbraio 2020 l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha pubblicato la *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions. Inclusive Framework on BEPS: Actions 4, 8-10*¹ (di seguito la "Guida"). Le sezioni da A a E di tale report, vanno a formare il Capitolo X delle Linee Guida sui Prezzi di Trasferimento dell'OCSE² (di seguito le "Linee Guida"), mentre la Sezione F è aggiunta alla Sezione D 1.2.1 del Capitolo I delle Linee Guida.

L'importanza di questa pubblicazione non è trascurabile se si considera che, grazie ad essa, per la prima volta le Linee Guida contengono indicazioni sugli aspetti relativi ai prezzi di trasferimento delle transazioni finanziarie, cosa che aiuterà nell'interpretazione del *dealing at arm's length principle*, quindi ad evitare dispute sui prezzi di trasferimento e casi di doppia imposizione.

L'iter che ha preceduto la pubblicazione testimonia quanto il tema sia delicato. La necessità di avere il supporto delle indicazioni ora contenute nella Guida era stata espressa infatti già nei report sulle *Action 4* e *8-10* del *BEPS Action Plan* del 2015. A seguito di ciò il Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE, al fine di raccogliere i commenti degli operatori, aveva pubblicato una *discussion draft*³ (che ancora non rappresentava una posizione consensuale del Comitato sul tema) nel

2018, che ha portato alla versione finale solo quest'anno.

La Sezione B della Guida si concentra sull'importanza dell'accurata delineazione della transazione effettiva oggetto di analisi, così come già espresso nel Capitolo I delle Linee Guida e, a tal proposito, su quanto sia fondamentale, prima di procedere a considerazioni relative ad operazioni finanziarie poste in essere da un'impresa multinazionale (di seguito "MNE"), definire il confine effettivo tra capitale proprio e di terzi dell'impresa stessa, ovvero determinare l'eventuale sussistenza di quello che in Svizzera definiamo capitale proprio occulto.

Le Sezioni dalla C alla E affrontano le problematiche di definizione dei prezzi delle transazioni finanziarie, in particolare, la Sezione C fornisce indicazioni sul rispetto delle condizioni di piena concorrenza (*arm's length*) in attività di tesoreria, prestiti infragruppo, cash pooling e copertura dei rischi.

La Sezione D si concentra sulle garanzie finanziarie, mentre la Sezione E sulle *captive insurance*.

Infine la Sezione F fornisce indicazioni sulla determinazione di tassi di interessi per operazioni prive di rischio (*risk-free*) ed operazioni che includono un rischio intrinseco (*risk-adjusted*).

¹ <http://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm> consultato il 09.07.2020

² <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational->

<enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm> consultato il 09.07.2020

³ <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/BEPS-actions-8-10-transfer-pricing-financial-transactions-discussion-draft-2018.pdf> consultato il 09.07.2020

Prima di analizzare nel dettaglio le argomentazioni trattate nella Guida, per capirne l'importanza e l'applicazione in Svizzera, è doveroso fare il punto sul trattamento generale, nella stessa Svizzera, dei prezzi di trasferimento che non rispettano il principio di piena concorrenza. Come vedremo nei paragrafi successivi infatti, le basi legali in merito sono carenti e generiche e la prassi dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) non pubblica. In un quadro simile assume particolare rilevanza la giurisprudenza, che pur essendo essa stessa abbastanza limitata nel numero di casi giudicati ad oggi, negli ultimi anni si è espressa dando indicazioni importanti, che verranno evidenziate di seguito e che si ritiene i contribuenti debbano implementare proattivamente, per non farsi cogliere impreparati.

2. IL TRATTAMENTO FISCALE DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO IN SVIZZERA

2.1 Basi legali e prassi dell'AFC

In Svizzera, a livello di diritto interno, il principio di piena concorrenza, assimilabile al principio del *dealing at arm's length*, è ancorato all'art. 58 cpv. 1 della Legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD)⁴ e all'art. 24 cpv. 1 della Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID)⁵, nella

misura in cui tali leggi impongono di includere nell'utile netto imponibile le prestazioni valutabili in denaro, costi non giustificati dall'uso commerciale e ricavi non accreditati⁶.

Le prestazioni valutabili in denaro sono, a determinate condizioni, imponibili anche ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. b della Legge federale sull'imposta preventiva (LIP) ed art. 20 della relativa Ordinanza sull'imposta preventiva (OIPrev).

Con riferimento a norme specifiche, che affrontano temi relativi a prezzi di trasferimento transfrontalieri, è da citare la Legge federale sullo scambio automatico internazionale delle rendicontazioni Paese per Paese di gruppi di imprese multinazionali (LSRPP)⁷ e la relativa Ordinanza⁸.

A livello di leggi ed atti domestici con forza di legge questo è quanto in merito alla regolamentazione dei prezzi di trasferimento.

Naturalmente, se si fa riferimento al diritto internazionale, nel rapporto con paesi con cui la Svizzera ha sottoscritto convenzioni intese ad evitare le doppie imposizioni, gli articoli mutuati dall'art. 9 e dall'art. 7 del Modello di Convenzione OCSE⁹ (o disposizioni equivalenti) in esse contenuti, rimandano al principio di piena concorrenza e sono chiaramente vincolanti ma, in linea con le finalità delle convenzioni,

⁴ <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19900329/index.html> consultato il 09.07.2020

⁵ [https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19900333/index.html#:~:text=RS%20642.14%20Legge%20federale%20del,Cantoni%20e%20dei%20Comuni%20\(LAID\)](https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19900333/index.html#:~:text=RS%20642.14%20Legge%20federale%20del,Cantoni%20e%20dei%20Comuni%20(LAID)) consultato il 09.07.2020

⁶ Si noti in tal senso anche la risposta del Consiglio Federale alla mozione 13.3948

⁷ <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20162186/index.html> consultato il 09.07.2020

⁸ <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20171498/index.html> consultato il 09.07.2020

⁹ https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page37 consultato l'11.07.2020

non ci informano sulle disposizioni domestiche dei paesi contraenti.

Per quanto concerne la prassi dell'AFC, con lettera del 4 marzo 1997 la stessa ha incaricato le amministrazioni cantonali di rispettare genericamente le raccomandazioni della prima versione del 1995 delle Linee Guida.

Le medesime indicazioni, di far riferimento genericamente al principio del *dealing at arm's length*, sono state mantenute nella Circolare n. 4 dell'AFC sulla "Tassazione delle società di servizi" del 19 marzo 2004. Nella Circolare n. 9 dell'AFC sulla "Prova della giustificazione economica dei costi nell'ambito di affari conclusi estero su estero", del 22 giugno 2005, si faceva sempre riferimento all'impegno ad applicare le Linee Guida del 1995, quando si specificava che costi sostenuti a favore di azionisti e/o di soci, o di persone a questi vicine, devono corrispondere a quelli risultanti da un adeguato raffronto con terze persone effettive. Questa Circolare tuttavia è appena stata abrogata e sostituita dalla Circolare n.49 del 13 luglio 2020, intitolata "Prova della giustificazione economica dei costi negli affari estero-estero", che mantiene i principi summenzionati ed espressi nella Circolare che sostituisce, ma rimandando ora alle Linee Guida del 2017.

Altrimenti, e questo è interessante nell'ottica dell'analisi che ci apprestiamo a fare sulla pubblicazione della Guida da parte dell'OCSE, è necessario leggere con attenzione per trovare dei riferimenti, non espliciti come nei casi succitati, che richiama l'applicazione del principio di piena concorrenza:

¹⁰<https://www.estv.admin.ch/estv/it/home/direkte-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/rundschreiben.htm> consultato il 09.07.2020

nelle Lettere-circolari dell'AFC sui tassi di interessi fiscalmente riconosciuti su anticipi o prestiti in franchi svizzeri e valuta estera, dove è scritto che è possibile far valere tassi d'interesse più alti (sui finanziamenti da azionisti o persone vicine) di quelli indicati nella Lettera-circolare, sulla base del confronto con terze persone¹⁰; nella Circolare n.6 dell'AFC sul Capitale proprio occulto, datata 6 giugno 1997, dove è scritto che rimane riservata la prova che nel caso concreto il rapporto d'indebitamento sia conforme alle condizioni di mercato¹¹.

2.2 Il confronto internazionale

Per comprendere la posizione relativa della Svizzera, è utile osservare cosa avviene all'estero, esercizio che in realtà è indispensabile, al di là di fini comparativi, se si considera che eventuali aggiustamenti fiscali operati da un paese sui prezzi di trasferimento applicati nei rapporti con un paese altro, obbligano a chinarsi sulla normativa fiscale di quest'ultimo a riguardo, per valutare problemi di doppia imposizione.

Passiamo quindi in rassegna, sinteticamente, cosa è stato posto in essere internamente, in termini di norme e prassi, da paesi con cui le imprese svizzere hanno relazioni non trascurabili.

In considerazione delle relazioni commerciali, è interessante notare come la Germania abbia integrato gran parte dei principi dell'OCSE sui prezzi di

¹¹<https://www.estv.admin.ch/estv/it/home/direkte-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/kreisschreiben.htm> consultato il 09.07.2020

trasferimento in una legge formale¹², mentre l'amministrazione fiscale ha pubblicato delle circolari in merito, per rendere pubblica la propria interpretazione¹³, oltre ad un Glossario sui prezzi di trasferimento¹⁴.

L'Italia ha ripreso il principio di piena concorrenza agli articoli 9¹⁵ e 110¹⁶ del Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR) ed è stato emesso il Decreto del 14 maggio 2018 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, il cui titolo è esplicativo: Linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'articolo 110, comma 7, del Testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 del dicembre 1986, n. 917, in materia di prezzi di trasferimento¹⁷.

La Francia ha ripreso l'art. 9 del Modello di Convenzione fiscale OCSE nell'art. 57 del

*Code Général des Impôts (CGI)*¹⁸ e il principio di piena concorrenza nell'art. 223 *quinquies B CGI*¹⁹.

L'Articolo L13 AA del *Livre des procédures fiscales*²⁰ inoltre obbliga le persone giuridiche con sede in Francia e che soddisfano determinate condizioni, elencate nello stesso articolo, a tenere a disposizione dell'amministrazione della documentazione che permetta di giustificare la politica di prezzi di trasferimento praticata.

Nel *Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts* del Ministero competente è stata dedicata una sezione intera ai prezzi di trasferimento, dove si spiega come a livello dell'amministrazione, in applicazione del suddetto art. 57 *CGI*, si definiscono, determinano, controllano i prezzi di trasferimento, quale documentazione è richiesta e le procedure seguite²¹.

¹² Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz) § 1 Berichtigung von Einkünften https://www.gesetze-im-internet.de/astg/_1.html consultato il 09.07.2020

¹³ Si veda ad esempio: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Ssteuerrecht/Allgemeine_Informationen/2016-12-22-verwaltungsgrundsaeetze-betriebsstaettengewinnaufteilung.pdf;jsessionid=6557D48E28A9C06FDE7CE4E547D80232.delivery1-replication?blob=publicationFile&v=3 consultato il 09.07.2020

¹⁴ https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Ssteuerrecht/Allgemeine_Informationen/2014-05-19-Glossar-Verrechnungspreise.html;jsessionid=34759ED4089640F36592F18604910413.delivery1-replication consultato il 09.07.2020

¹⁵ <https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getAttoNormativoDetail.do?ACTION=getArticolo&id=%7b31D694E8-4398-4030-873B-FEAF5A6647F9%7d&codiceOrdinamento=200000900000000&articolo=Articolo%209> consultato il 09.07.2020

¹⁶ <https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getArticoloDetailFromResultList.do?id=%7bD22751AD-72C0-4CB1-ACF1-E7B4C079EA88%7d&codiceOrdinamento=200011000000000&idAttoNormativo=%7b31D694E8-4398-4030-873B-FEAF5A6647F9%7d> consultato il 09.07.2020

¹⁷ <https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getAttoNormativoDetail.do?ACTION=getArticolo&id={OFF08074-BAF2-4C09-B286-B4DDD4542687}&codiceOrdinamento=050000000000000&articolo=Preambolo> consultato il 09.07.2020

¹⁸ https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=448AEA968F00A3F0DB06CFF586BCF20B.tplgfr33s_3?idArticle=LEGIARTI000029355359&cidTexte=LEGITEXT000006069577&dateTexte=20200408 consultato il 09.07.2020

¹⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000029041904&cidTexte=LEGITEXT000006069577> consultato il 09.07.2020

²⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000036432380&cidTexte=LEGITEXT000006069583&dateTexte=20180101> consultato il 09.07.2020

²¹ <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/5513-PGP> consultato il 09.07.2020

Con riferimento ad altri paesi che spesso fanno parte delle strutture di gruppo in cui sono inserite imprese svizzere e con cui queste ultime hanno sovente rapporti finanziari, non si può non citare il Lussemburgo, che ha ripreso il principio di piena concorrenza nell'art. 56 della *Loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.)*. L'art. 56bis L.I.R. elenca invece le prescrizioni da seguire nella fissazione dei prezzi di trasferimento e nell'analisi necessaria a tale scopo²². Suddetti articoli sono richiamati in una Circolare del 27 dicembre 2016 avente per oggetto il trattamento fiscale di società esercenti transazioni di finanziamento infragruppo²³.

In Olanda il principio di piena concorrenza è richiamato all'art. 8b della legge interna sulla tassazione degli utili²⁴. Il Segretariato di Stato per le Finanze ha inoltre emesso il decreto n. 2018/6865 del 22 aprile 2018 sull'applicazione del principio del *dealing at arm's length* e delle Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento²⁵.

Nel Regno Unito, la Parte 4 del *Taxation (International and Other Provisions) Act 2010*²⁶ è dedicata ai prezzi di trasferimento ed in essa sono richiamati i prezzi di trasferimento. L'amministrazione fiscale (HMRC) ha inoltre pubblicato un manuale su questioni di fiscalità internazionale, di cui diverse sezioni sono dedicate ai prezzi di trasferimento²⁷.

²² <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/legislation/LIR/LIR2020.pdf> consultato il 09.07.2020

²³ <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/legislation/legi16/circulairelir561-56bis1-27122016.pdf>

²⁴ <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002672/2016-01-01> consultato il 09.07.2020

²⁵ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2018-26874.html> consultato il 09.07.2020

In Irlanda, il Capitolo 5 del *Finance Bill 2019* ha emendato il *Tax Consolidation Act 1997* inserendo una parte (la 35°) dedicata ai prezzi di trasferimento in cui sono richiamati i principi OCSE.²⁸

La parte 35A-01-01 del *Tax and Duty Manual* richiama suddetta legge esplicitando l'approccio dell'amministrazione nel monitoraggio della sua applicazione.²⁹ Nello stesso manuale sono incluse delle linee guida sul trattamento fiscale dei servizi infragruppo a basso valore aggiunto.

Questa panoramica ci permette di costatare come, anche nel confronto internazionale, la Svizzera sia ancora ad uno stato embrionale nello sviluppo della normativa in tema di prezzi di trasferimento, avendo solo un generico richiamo al principio di piena concorrenza nell'art. 58 LIFD (ed art. 24 LAID), mentre quasi nulla è pubblicato in merito all'approccio seguito dall'AFC.

Alla luce di ciò, diventa fondamentale capire come si è espressa ad oggi la giurisprudenza.

2.3 La giurisprudenza svizzera

Come specificato nei paragrafi precedenti, i prezzi di trasferimento non conformi al principio di piena concorrenza, rappresentano prestazioni valutabili in denaro imponibili non solo ai sensi dell'art.

²⁶ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/8/part/4> consultato il 09.07.2020

²⁷ <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual> consultato il 09.07.2020

²⁸ <https://assets.gov.ie/37023/f1235ce2a7804dd889b4631778c1fa5b.pdf> consultato il 09.07.2020

²⁹ <https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/tdm/income-tax-capital-gains-tax-corporation-tax/part-35a/35a-01-01.pdf> consultato il 09.07.2020

58 LIFD (e corrispondenti articoli delle leggi tributarie cantonali sulle imposte dirette), ma anche, a determinate condizioni, ai sensi dell'art. 4 LIP e relativa Ordinanza (OIPrev).

È notorio che la lettera di suddetti articoli poco ci dice in realtà sulle prestazioni valutabili in denaro, ragion per cui è toccato alla giurisprudenza colmare tali lacune ed è storia ed attualità come, in merito all'imposta preventiva, tale giurisprudenza si sia sviluppata a tal punto da sollevare quella parte di opinione pubblica e politica che riteneva, ed in parte ancora ritiene, che la giurisprudenza sia andata oltre le finalità originarie del legislatore. Ben inteso anche a seguito dei cambiamenti nel frattempo occorsi a livello internazionale. Tanto è vero che il legislatore è già intervenuto³⁰, avamprogetti sono tuttora pendenti³¹, così come iniziative³² e dibattiti al fine di "correggere" gli sviluppi della giurisprudenza.

Con questa esperienza, in tema di prezzi di trasferimento, cerchiamo di capire subito, ora che la giurisprudenza in merito è ancora contenuta, ma già significativa, quali sono i punti fondamentali delle pronunce del Tribunale Federale (TF) che devono guidare il contribuente.

Le Linee Guida sviluppate dall'OCSE nel cotesto dei prezzi di trasferimento sono state elaborate al fine di supportare le amministrazioni fiscali dei paesi membri nelle loro pratiche interne in materia. Per quanto non costituiscano diritto

internazionale, di cui sarebbe possibile invocare la violazione in un ricorso in materia di diritto pubblico, tali principi costituiscono comunque uno strumento per aiutare ad implementare il principio di piena concorrenza e l'applicazione dell'art. 58 LIFD³³.

Il TF, pronunciandosi in tal senso, stabilisce che, per determinare se ha avuto luogo una violazione dell'art. 58 LIFD nell'applicazione di specifici prezzi di trasferimento transfrontalieri infragruppo, le Linee Guida sono uno strumento adatto, di cui si avvale per arrivare a sentenza.

Tali considerazioni possono apparire ad una prima lettura banali, in realtà la loro rilevanza è fondamentale, in quanto è solo dopo tali pronunce³⁴ che il contribuente ha certezza che le Linee Guida sono uno strumento riconosciuto legalmente per fissare i propri prezzi di trasferimento transfrontalieri, non essendovi prima di quel momento altri atti con forza di legge che vi facessero esplicito riferimento. Non solo, allo stato attuale risulta l'unico strumento di supporto riconosciuto per rispettare il principio di piena concorrenza nelle transazioni infragruppo, ragion per cui è consigliabile che le imprese svizzere, che già non lo fanno, rivedano i propri prezzi di trasferimento alla luce delle Linee Guida. Anche perché:

Il TF, nelle sentenze citate al punto precedente, ricorda che in ambito di prestazioni valutabili in denaro, l'onere della prova è da ripartirsi come segue: le autorità fiscali devono apportare le prove

³⁰ Si pensi, solo ad esempio, al nuovo testo dell'art. 20 cpv. 3 LIP sulla notifica sostitutiva e dell'art. 23 LIP sulla perdita del diritto al rimborso, in vigore dal 1° gennaio 2019

³¹ <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/60863.pdf> consultato il 09.07.2020

³² Solo ad esempio

<https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche->

curia-vista/geschaefte?AffairId=20190428 consultato il 09.07.2020

³³ Sentenza 2C_1073/2018, 2C_1089/2018 consid. 11.2 e 2C_291/2013, 2C_292/2013 consid. 4.2.

³⁴ Di simile tenore contenute anche in altre sentenze temporalmente vicine: 2C_11/2018, 2C_343/2019, 2C_495/2017, 2C_512/2017

che la società abbia fornito una prestazione e che non abbia ottenuto una contropartita, o che tale sia insufficiente. Se le prove apportate dall'autorità fiscale forniscono sufficienti indizi circa l'esistenza di una tale sproporzione, spetta al contribuente dimostrare l'esattezza delle sue tesi contrarie³⁵.

A tal proposito il TF ricorda la collaborazione dovuta dal contribuente, che deve fare tutto il necessario per consentire una tassazione completa ed esatta³⁶. In particolare, il dovere di collaborazione del contribuente, secondo giurisprudenza, è particolarmente qualificato nelle relazioni internazionali, soprattutto in presenza di prestazioni realizzate dalla Svizzera verso un paese con il quale non è in vigore una convenzione contro le doppie imposizioni o qualora la clausola sullo scambio di informazioni (dell'eventuale convenzione) non corrisponda agli standard attuali dell'OCSE in materia ed in particolare qualora tale paese favorisca la creazione di domicili fittizi³⁷.

Nella pratica ciò significa che, qualora il contribuente non abbia proattivamente fissato i propri prezzi di trasferimento conformemente ai principi delle Linee Guida, non ne abbia dato dimostrazione documentale all'amministrazione fiscale e/o verosimilmente non sia stato in grado di ricostruire tale fissazione dei prezzi ex post, a procedura avviata, all'amministrazione fiscale ed alle istanze seguenti:

È sufficiente fornire una stima del valore venale dei beni o servizi scambiati che sia conforme ai principi del diritto federale, chiariti dalla giurisprudenza, che in proposito ha legittimato il riferimento alle

Linee Guida OCSE. Se tale stima risulta conforme a suddetti principi, cosa che il TF rivede liberamente, la stessa deve essere accettata, a meno che non risulti manifestamente insostenibile³⁸.

Questo passaggio è cruciale, perché una stima non "manifestamente insostenibile", quindi da accettare, può non essere necessariamente accurata.

A tal proposito, solo a titolo di esempio, tra le fattispecie oggetto delle stesse sentenze succitate, il caso giudicato nella 2C_343/2019, vede una società con sede in Svizzera, A SA, detenere una partecipazione del 99% in una società di capitali con sede alle Seychelles, A Ltd.

In base alla sentenza, A SA ha remunerato eccessivamente A Ltd per i servizi prestati da quest'ultima, risultati effettivamente a basso valore aggiunto, considerando anche l'assenza di funzioni rilevanti, e quindi di rischi, in capo ad A Ltd. In ragione di ciò il TF ha confermato la ripresa operata dall'amministrazione fiscale cantonale, che ha adottato il metodo del costo maggiorato (o *cost plus*), applicando una maggiorazione del 5%. Si potrebbe argomentare ad esempio sulla base di che analisi di *benchmark* l'amministrazione fiscale ha fissato tale percentuale del 5%, o su che base di costi è stata applicata tale maggiorazione, ecc.

Il caso trattato nella sentenza 2C_1073/2018 vede giudicare, tra le altre prestazioni contestate, la remunerazione per consulenza in investimenti prestata da A SA, con sede in Svizzera, alla società figlia C Ltd con sede a Guernsey. Il TF conferma la ripresa stabilita dall'istanza precedente, in base alla quale si riteneva che A SA

³⁵ 2C_11/2018 consid. 6.2

³⁶ Art. 126 LIDF

³⁷ 2C_1073/2018 consid. 11.4

³⁸ 2C_11/2018 consid. 7.5

dovesse ricevere da C Ltd, quale remunerazione per i servizi summenzionati, anche una parte della commissione sulle performance che i clienti di C Ltd pagavano a quest'ultima sugli investimenti consigliati da A SA, così come la ricevevano altri consulenti in investimenti terzi di C Ltd. Per fissare la remunerazione (quindi la ripresa fiscale) di piena concorrenza che sarebbe spettata ad A SA, l'istanza precedente ha preso in considerazione le commissioni pagate da C Ltd ai summenzionati consulenti terzi, pari rispettivamente al 70%, 50%, 40% delle commissioni incassate da C Ltd a carico dei suoi clienti. Ha poi fissato la retrocessione di spettanza di A SA, per comparazione, al 70%, giustificando tale scelta sulla base dei contratti sottoscritti da A SA per i servizi prestati, che avrebbero dimostrato come l'attività di A SA fosse più complessa di quella delegata agli altri consulenti terzi, cosa che avrebbe giustificato la scelta del tasso più alto tra i comparabili. A fronte delle contestazioni di A SA, che giudicava arbitrario il metodo di stima operato dall'istanza precedente, basato sul solo criterio della lettura e interpretazione di contratti, il TF ha risposto sentenziando che non vedeva dove risiedesse l'insostenibilità del metodo operato dall'istanza precedente, confermando quindi la ripresa.

Le Linee Guida da prendere in considerazione, sembrerebbero quelle disponibili nei periodi fiscali oggetto di accertamento³⁹, quindi non le più recenti disponibili nel momento in cui l'accertamento è effettuato.

Anche questa posizione del TF non è scontata, il dibattito infatti sull'opportunità

di prendere in considerazione l'ultima versione delle Linee Guida disponibile nel periodo fiscale in cui la prestazione è concessa, piuttosto che l'ultima versione disponibile nel momento in cui la transazione è analizzata, non è trascurabile⁴⁰.

Prezzi di trasferimento non conformi al principio di piena concorrenza possono sfociare in disposizioni a carattere penale. È questo il caso delle sentenze 2C_11/2018 e 2C_1073/2018, 2C_1089/2018, dove l'elemento discriminante appare essere l'evidente, manifesta, sproporzione tra i prezzi di trasferimento applicati e quelli di piena concorrenza stimati.

Una sproporzione manifesta tra prestazione e controprestazione porge il fianco a contestazioni circa l'impossibilità da parte degli organi societari di non averne consapevolezza, quindi di aver agito intenzionalmente, nel tentativo, realizzato o meno, di sottrazione d'imposta.

Contestare la consapevolezza degli organi, quindi l'elemento soggettivo, risulterebbe naturalmente più difficile nell'eventualità in cui i prezzi di trasferimento fossero stati stabiliti a tempo debito sulla base di un'analisi e con metodi conformi alle Linee Guida dell'OCSE.

Risulta evidente da quanto fin qui illustrato che l'impresa che opera transazioni di gruppo transfrontaliere e che non voglia incorrere in contestazioni sui prezzi di trasferimento in sede di accertamento fiscale, non può ignorare e anzi, dovrebbe rivedere i propri prezzi di trasferimento sulla base delle Linee Guida OCSE.

³⁹ Sentenza 2C_343/2019 secondo cui: « *Au vu des périodes fiscales litigieuses, ce sont les Principes OCDE publiés en 2010 (la dernière version publiée date de 2017) qui doivent être pris en consideration en l'espèce.* »

⁴⁰ J. HAGELIN, Retroactive Application of the OECD Transfer Pricing Guidelines for Interpretation in Transfer Pricing Issues, International Transfer Pricing Journal, 2018, Volume 25, No 6.

In tal senso, considerando il ruolo che giocano le imprese svizzere nelle operazioni finanziarie di gruppi multinazionali e la volontà, anche politica, di rendere la Svizzera ancora più attrattiva sul mercato dei capitali, è di fondamentale importanza considerare la recente pubblicazione dell'OCSE della *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions. Inclusive Framework on BEPS: Actions 4, 8-10*. La parte di essa che va a formare il nuovo Capitolo X delle Linee Guida viene analizzata nei seguenti paragrafi.

3. LA GUIDA AI PREZZI DI TRASFERIMENTO PER LE TRANSAZIONI FINANZIARIE

3.1 Determinare se un finanziamento debba essere effettivamente trattato in quanto tale ai fini fiscali

La sezione B.1. della Guida, argomenta come ci si debba avvalere dell'accurata delineazione della transazione effettiva, concetto che attraversa trasversalmente la Guida, per determinare in via preliminare l'effettivo rapporto tra capitale proprio e posizioni debitorie della multinazionale oggetto di analisi. In sostanza la Guida pone l'attenzione sul fatto che suddetto rapporto, in una società debitrice che è parte di un gruppo multinazionale, possa differire da quello che la società presenterebbe se fosse un'entità indipendente operante alle stesse, o similari, condizioni. Una situazione simile potrebbe condizionare l'ammontare di interessi a carico della società debitrice e quindi influire sugli utili conseguiti in una determinata giurisdizione⁴¹.

In sostanza la Guida sottolinea, citando l'art. 9 del Modello di Convenzione dell'OCSE, come sia necessario distinguere tra finanziamenti effettivi e finanziamenti che sono tali solo formalmente, ma nella sostanza rappresentano altri tipi di pagamento, in particolare apporti di capitale⁴². La remunerazione di questi ultimi naturalmente non potrebbe essere qualificata come interesse, ma piuttosto come una distribuzione dissimulata di utili.

La Guida propone i seguenti indicatori al fine di distinguere tra finanziamenti effettivi e non: la previsione o meno di una data fissa di estinzione del finanziamento; l'obbligo di pagare gli interessi maturati; il diritto di imporre il pagamento degli interessi e ammortamenti; lo status del finanziatore rispetto a quello di abituali creditori aziendali; l'esistenza di garanzie; la fonte del pagamento degli interessi; la capacità del debitore di ottenere finanziamenti da istituti di credito terzi; l'eventuale incapacità del debitore di estinguere il finanziamento alla data di scadenza o di ottenere una proroga.

È sorprendente e confortante constatare come suddetti indicatori siano quasi sovrapponibili a quelli stabiliti dal TF per determinare la concessione di una prestazione valutabile in denaro sotto forma di "prestito dissimulato"⁴³. L'analisi in quest'ultimo caso è effettuata dal punto di vista di chi concede il prestito e ciò è in linea con uno dei principi cardine della Guida, che prevede che l'analisi per determinare il rispetto del principio di piena concorrenza sia effettuata dal punto di vista di entrambe le controparti della transazione, non solo

⁴¹ OECD (2020), *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8-10*, Section B.1, § 10.4

⁴² OECD (nota 41), Section B.1, § 10.5

⁴³ Sentenza 2C_961/2010, 2C_962/2010, consid. 3.2.

quindi, in questo caso, dal punto di vista della società debitrice.

I concetti espressi in questa sezione della Guida, sono noti in Svizzera non tanto e solo per la giurisprudenza del TF succitata, quanto per l'applicazione della Circolare n.6 dell'AFC sul Capitale proprio occulto delle società di capitali e delle società cooperative (art. 65 e 75 LIFD), datata 6 giugno 1997. In sintesi, il metodo previsto dalla Circolare n.6 per determinare la presenza di capitale proprio occulto, consiste nel considerare che una società possa ottenere autonomamente dei fondi di terzi proporzionalmente al valore venale dei propri attivi (assegnando ad ogni classe di attivi una percentuale, che applicata al valore venale degli stessi risulta nell'importo massimo ipoteticamente ottenibile sul mercato dei crediti). Ogni finanziamento che supera suddetta proporzione è considerato capitale proprio occulto, a condizione naturalmente che provenga (anche indirettamente) da azionisti o persone a loro vicine.

È abbastanza immediato constatare come l'approccio della Circolare n.6 sia molto distante da quello proposto dalla Guida. Non solo perché a differenza della Guida, come vedremo meglio anche nei paragrafi successivi, la Circolare n.6 non prende in considerazione le caratteristiche della singola transazione finanziaria, ma nemmeno quelle del debitore, tanto meno quelle del creditore, del settore economico, delle condizioni del determinato momento congiunturale, ecc. La Circolare n.6 prevede un metodo, valido indistintamente a prescindere dal tipo di finanziamento, per tutte le società (c'è un'eccezione per le società "finanziarie"), per tutti i settori, in qualunque momento.

Non si può trascurare tuttavia come la Guida, in modo abbastanza anomalo,

specifici che le indicazioni in essa contenute nella sezione B.1 non impediscono ai paesi di applicare metodi diversi, in accordo con la propria normativa domestica, per determinare il rapporto tra *equity* e debiti e la deducibilità dei relativi interessi passivi. Così come non si può trascurare che la Circolare n. 6 lasci una riserva per il confronto con le effettive condizioni di mercato. Alla luce di ciò è verosimile aspettarsi che, in un caso concreto, qualora l'indebitamento di una società svizzera risulti conforme alle disposizioni della Circolare n.6, non ci siano contestazioni da parte delle amministrazioni fiscali, mentre nel caso in cui il contribuente sostenesse la giustificazione di rapporti di indebitamento diversi, spetterebbe allo stesso contribuente dimostrare la bontà della sua tesi, in conformità ai principi OCSE.

3.2 Identificazioni delle relazioni economiche e commerciali, nonché delle caratteristiche rilevanti della transazione finanziaria

Come per ogni transazione, anche per le transazioni finanziarie, una accurata delineazione richiede un'analisi dei fattori che condizionano la performance dell'attività nel settore industriale in cui il gruppo multinazionale opera. Ogni settore è infatti differente, i fattori da considerare sono quindi il punto in cui ci si trova in un determinato ciclo economico, di business o di prodotto e gli effetti di regolamentazioni governative o la disponibilità di risorse finanziarie in una determinata industria.

In questo senso le Sezioni B.2. e B.3. della Guida pongono l'accento sulla necessità di identificare le relazioni commerciali o finanziarie tra le parti e le condizioni e circostanze economiche che condizionano tali relazioni. Questa operazione implica:

- Un esame dei termini contrattuali;
- Un'analisi funzionale;
- L'identificazione degli *assets* utilizzati;
- Un'analisi dei rischi;
- Un esame delle caratteristiche degli strumenti finanziari;
- La verifica delle condizioni economiche delle parti e del mercato e
- Le strategie perseguite.

Particolare enfasi è posta sulla necessità di considerare che imprese indipendenti (da usare quale modello per valutare le transazioni infragruppo), nel valutare l'opportunità di operare una determinata transazione finanziaria, prendono in considerazione tutte le altre opzioni realisticamente disponibili (investimenti alternativi, ad esempio) e decidono per l'opzione in esame unicamente se questa risulta la migliore nel perseguimento dei loro obiettivi commerciali.

Un principio fondamentale sottolineato nella Guida è che nel valutare le opzioni realisticamente disponibili, è necessario considerare la prospettiva di ognuna delle parti coinvolte nella transazione e non sono quella, ad esempio, dell'impresa con sede nel paese dell'amministrazione fiscale che effettua un accertamento.

Con riferimento all'analisi delle funzioni e dei rischi, importante è rilevare come la Guida indichi che, qualora da suddetta analisi emergesse che in capo ad una società che eroga un finanziamento non sussistono le funzioni di controllo di tale operazione, ma che queste sono riconducibili, insieme quindi ai rischi, ad un'altra società del gruppo, sarebbe quest'ultima a dover essere (quasi per

trasparenza) remunerata adeguatamente per il rischio assunto, lasciando al finanziatore che ha erogato formalmente il prestito unicamente un ritorno *risk-free*.⁴⁴

3.3 Funzioni di tesoreria

La Sezione C della Guida si occupa, come da titolo, della trattazione delle operazioni cosiddette di tesoreria. Tuttavia viene chiarito che la funzione di tesoreria può essere molto diversa da gruppo a gruppo aziendale. Per intenderci si può passare da una strutturazione che prevede una completa decentralizzazione della funzione, nel caso in cui ogni società del gruppo si occupi autonomamente dei propri servizi di tesoreria, passando per soluzioni intermedie che prevedono alcune operazioni di routine centralizzate presso una singola società del gruppo, fino alla centralizzazione completa della funzione, che prevede non solo tutta l'operatività in capo ad un soggetto, ma anche i relativi rischi finanziari.

Chiaramente le strutture tipo sopradescritte devono prevedere una remunerazione diversa della funzione, per questo, prima di analizzare le singole operazioni di tesoreria, è necessario analizzare come il gruppo multinazionale si è strutturato in proposito.

3.3.1 Finanziamenti infragruppo

Come abbiamo anticipato, anche in caso di finanziamento entrambe le prospettive, del debitore e del creditore potenziale, devono essere prese in considerazione e possono non essere allineate.

Il potenziale finanziatore che agisce come un soggetto indipendente, nel valutare se il finanziamento rappresenta una buona opportunità commerciale, effettuerà un

⁴⁴ OECD (nota 41), B.3.2, § 10.25

credit assessment del potenziale debitore, per quantificare i rischi dell'operazione e valutare i metodi di monitoraggio e gestione dei rischi stessi. Prenderà in considerazione investimenti alternativi, il tutto anche considerando i potenziali cambiamenti economici nel periodo previsto del finanziamento, quindi, ad esempio, un cambiamento nei tassi d'interesse di riferimento ed oscillazioni valutarie.

Il potenziale debitore indipendente cercherà d'altro canto di ottimizzare il proprio costo medio ponderato del capitale e di avere l'opportuna liquidità per perseguire i propri obiettivi di breve e lungo termine. Valuterà quindi le alternative più efficaci dal punto di vista dei costi e le medesime potenziali variazioni economiche considerate dal finanziatore.

Secondo la Guida, il merito creditizio della società che intende ricevere un finanziamento è uno dei principali fattori che gli investitori indipendenti prendono in considerazione nel determinare il tasso di interesse da applicare. I *rating* creditizi sono considerati un'utile misura del merito creditizio e quindi aiutano a identificare potenziali *comparables* (soggetti e/o transazioni comparabili a quelli/a di cui si vuole analizzare i prezzi di trasferimento) o ad applicare modelli economici nel contesto di transazioni tra soggetti non indipendenti. Inoltre, nel caso di finanziamenti infragruppo, il cosiddetto supporto implicito (*group membership*) ovvero l'effetto di appartenere ad un gruppo, viene considerato un fattore determinante nella formazione del prezzo delle transazioni finanziarie.

I *rating* creditizi possono riferirsi all'intero gruppo multinazionale, alla singola società appartenente al gruppo, o alla singola emissione di debito. In linea con l'approccio generale di accurata delineazione della singola transazione infragruppo, per le operazioni finanziarie, secondo la Guida e quando disponibili, è più appropriato avvalersi dei *rating* relativi alle singole emissioni di debito per definire il prezzo della transazione finanziaria controllata, piuttosto che ai *rating* di gruppo o delle singole società⁴⁵. Se i *rating* delle singole emissioni non sono disponibili, gerarchicamente sono da preferirsi i *rating* della singola multinazionale (*stand-alone rating*) e residualmente i *rating* di gruppo.

Bisogna ammettere tuttavia che, sul punto, la Guida è in parte contraddittoria e lascia spazio, nella pratica, a problemi applicativi. Ammette infatti che *rating* pubblici rilasciati da agenzie indipendenti sono normalmente disponibili solo per i gruppi e, come abbiamo detto, il *rating* di gruppo dovrebbe essere potenzialmente l'ultima scelta. Inoltre spiega come i *rating* sulla singola multinazionale si possano calcolare avvalendosi di strumenti finanziari pubblicamente disponibili. Allerta tuttavia sul fatto che la metodologia applicata da suddetti strumenti può differire in modo non trascurabile da quella utilizzata dalle agenzie di *rating* indipendenti e che tali differenze debbano essere prese in considerazione. Come fare ciò nella pratica non è al momento chiarito dall'OCSE.

È importante quindi motivare e documentare la metodologia di selezione del *rating* operata per la determinazione del prezzo delle transazioni finanziarie, privilegiando le metodologie di calcolo adottate dalle note agenzie di *rating*

⁴⁵ OECD (nota 41), Section C.1.1.2.2., § 10.70

considerate autorevoli sui mercati internazionali.

3.3.2 La determinazione del tasso d'interesse di piena concorrenza dei finanziamenti infragruppo

La selezione del metodo più appropriato per determinare il prezzo di un finanziamento infragruppo dovrebbe essere coerente con la transazione analizzata e delineata in particolare grazie all'analisi funzionale, come ci ricorda la Guida.

Una volta stabilito il *rating* creditizio dell'emissione o del mutuatario e tenuto conto di tutti i termini, condizioni e fattori di comparabilità, considerata l'ampiezza dei mercati del credito e la disponibilità di informazioni sulle transazioni che vi hanno luogo, la Guida considera il metodo *Comparable uncontrolled price* (CUP) quale il più appropriato da utilizzare. Tale metodo consiste nel comparare il finanziamento oggetto di analisi con i dati di mercato disponibili su finanziamenti ottenuti da mutuatari terzi, con il medesimo *rating* creditizio e a termini, condizioni ed altri fattori di comparabilità simili a quelli del finanziamento controllato. Si otterrà verosimilmente una forchetta di tassi di interesse di piena concorrenza applicabili, per quanto tale forchetta dovrebbe risultare abbastanza ristretta considerando l'alta concorrenza su mercati.

Altrimenti si può ricorrere a transazioni alternative quali *comparables*, ad esempio emissioni obbligazionarie, prendendo in considerazione la necessità di operare aggiustamenti di comparabilità per compensare le differenze nelle transazioni confrontate.

In mancanza di transazioni comparabili, la Guida prevede la possibilità di utilizzare altri metodi. Tra questi, il cosiddetto *Cost of funds*, ovvero il costo sostenuto dal finanziatore per il reperimento dei fondi, la gestione del finanziamento, a cui sono da aggiungersi un premio per il rischio e un margine di profitto.

Altro metodo che la Guida prevede tra quelli utilizzabili è l'utilizzo dei *credit default swap* (CDS). Si tratta di strumenti derivati utilizzati per coprirsi dal rischio di insolvenza di un debitore. In questo caso è lo *spread* tra i CDS che dovrebbe essere utilizzato per stimare il premio per il rischio relativo ad un finanziamento. La Guida allerta tuttavia sull'utilizzo di tale metodo in considerazione dell'alta volatilità di tali strumenti e da come i loro valori possano essere condizionati da fattori esogeni, quali ad esempio la scarsa liquidità del mercato, che condizionerebbero il risultato ottenuto con il loro utilizzo.

Ulteriore metodo previsto dalla Guida prevede l'avvalersi di modelli economici, che costruiscono il tasso di interesse partendo da una remunerazione prevista per transazioni *risk-free*, a cui aggiungere premi per i rischi caratteristici della transazione controllata (i.e. fallimento, liquidità, inflazione, ecc.). La bontà di tali modelli naturalmente dipende dalle assunzioni sottostanti adottate, che ovviamente, se non appropriate, possono distorcere il risultato. Tali metodi sono quindi da prendere in considerazione solo quale estrema ratio.

Per concludere, la Guida esclude che siano accettabili, al fine di determinare il tasso di interesse di piena concorrenza, prese di posizione scritte da banche indipendenti, che riporterebbero il tasso che tale istituto di credito applicherebbe in caso di

finanziamento comparabile. Chiaramente si fa riferimento in questo caso a dichiarazioni che non rappresentano offerte vincolanti.

In Svizzera l'AFC pubblica con frequenza annuale una Lettera-circolare sui tassi di interesse fiscalmente riconosciuti su anticipi o prestiti in franchi svizzeri e una per le valute estere, specificando nelle stesse i tassi ammessi sui finanziamenti che vedono come controparte azionisti o soggetti vicini. Una distinzione, sui tassi di interessi applicabili, è fatta unicamente tra interessi attivi e passivi e, per i tassi di interesse passivi, tra quelli riconducibili a crediti di esercizio e immobiliari. Per questi ultimi si distingue tra crediti destinati a case d'abitazione e agricoltura e crediti per l'industria. Per gli interessi passivi sono previste delle soglie di valore, oltre le quali il tasso applicabile differisce da quello in soglia, mentre per gli interessi attivi, se la società si avvale di fondi di terzi, è necessario conseguire un margine sul costo di detti fondi. Per il resto tutte le società sono tenute, sulla base di queste Lettere-circolari a remunerare le transazioni finanziarie descritte allo stesso modo, a prescindere da analisi funzionali, dei rischi e ad altri principi del *dealing at arm's length* previsti dall'OCSE. Come anticipato tuttavia, le stesse Lettere-circolari prevedono genericamente che resti riservata l'applicazione di tassi di interesse diversi, sulla base del confronto con terze persone. È verosimile dunque aspettarsi che, in un caso pratico, qualora i tassi di interesse effettivamente applicati risultassero conformi alle Lettere-circolari dell'AFC, nessuna contestazione verrebbe sollevata, mentre nell'eventualità che il contribuente ritenesse corretto applicare tassi differenti, spetterebbe a quest'ultimo dimostrare il rispetto del principio di piena concorrenza, ora con l'ausilio della Guida.

3.3.3 Cash pooling

Ai fini della Guida è da considerarsi *cash pooling* un accordo che preveda il *pooling* dei saldi di liquidità dei partecipanti, in capo al *pool leader*, ai fini di ottimizzare la gestione della stessa liquidità in un'ottica di breve termine.

Il *cash pooling* è normalmente posto in essere all'interno di un gruppo e non tra società indipendenti, ragion per cui l'applicazione dei principi di piena concorrenza risulta ostica. In quest'ottica la Guida non fornisce indicazioni stringenti circa la determinazione della remunerazione dei partecipanti, ma sottolinea aspetti a cui è necessario porre attenzione.

Innanzitutto nessun soggetto parteciperebbe, se non ottenesse condizioni migliori di quelle offerte dal mercato per una gestione indipendente della liquidità (i.e. riduzione degli interessi pagati o incremento di quelli ricevuti).

Secondariamente è necessario ricostruire la struttura del *pooling*, a questo proposito la Guida suggerisce di tenere a disposizione la relativa documentazione, che includa tutti i membri, le funzioni, i rischi e le remunerazioni. Ciò è particolarmente necessario per comprendere il ruolo effettivo del *pool leader*, che può essere di mero coordinamento o agenzia, quale semplice centro di compensazione della liquidità di gruppo, o può accentrare su di sé anche i rischi intrinseci della funzione, quali ad esempio il rischio di liquidità, di valuta, ecc. Naturalmente a dipendenza del caso la remunerazione sarà differente e non potrà prescindere da tali considerazioni.

Un ulteriore elemento fondamentale da considerare è il monitoraggio dell'effettiva impostazione di breve termine delle

transazioni: può essere il caso che le posizioni debitorie e creditorie effettive assumano un carattere strutturale, diventando assimilabili a finanziamenti piuttosto che a gestione della liquidità di breve termine. Si pone il problema pratico di determinare dopo quale lasso temporale un accordo di *cash pooling* smetta di essere tale per diventare qualcosa di diverso, come un deposito a termine o un finanziamento. La Guida non risponde puntualmente a tale domanda.

Infine è bene considerare quale utilizzo viene fatto dei trasferimenti operati all'interno del *cash pooling*: alcune transazioni, come l'acquisto di partecipazioni, di attivi immobiliari, il pagamento di dividendo, non sono accettabili e verosimilmente sfocerebbero in una riqualficazione in finanziamento a lungo termine.

3.3.4 Hedging

Le operazioni di *hedging* di cui si occupa la sezione C.3. della Guida consistono in operazioni di copertura dei rischi, tipicamente oscillazioni di cambio, degli interessi, dei prezzi di materie prime.

Tali operazioni all'interno di un gruppo possono essere centralizzate in capo ad un'unica società. Al fine di determinare correttamente la remunerazione di tale funzione, la Guida spiega come sia necessario esplicitare chiaramente chi fa cosa all'interno del gruppo, quindi innanzitutto chi sono gli effettivi beneficiari delle operazioni di copertura e chi svolge tali operazioni. Tra questi ultimi è poi necessario verificare se il soggetto incaricato delle operazioni svolge solo una funzione di supporto, ad esempio di selezione, allestimento e gestione della

contrattualistica, che successivamente viene sottoscritta in nome del beneficiario effettivo della copertura o se ad esempio il soggetto incaricato accentra su di sé effettivamente anche i rischi coperti. Nel primo caso la remunerazione sarà tipica di un fornitore di servizi, mentre nel secondo caso sarà necessario prevedere un premio per il rischio e un margine di profitto. La Guida tuttavia non fornisce particolari indicazioni sui metodi di calcolo di una remunerazione di piena concorrenza, lasciando libera iniziativa ai contribuenti, quindi maggior spazio a potenziali controversie.

3.4 Garanzie finanziarie

La Sezione D della Guida si occupa delle fattispecie che vedono una MNE appartenente ad un gruppo fungere da garante in favore di un altro soggetto dello stesso gruppo. Le casistiche pratiche possono essere le più diverse, tuttavia ai fini della Guida si considera l'opzione in cui un garante si impegna con un atto legalmente vincolante ad assumersi un'obbligazione specifica del garantito, qualora quest'ultimo non risulti in grado di farvi fronte. La situazione più tipica è quella in cui una società del gruppo fornisce una garanzia su un prestito contratto da un'altra società dello stesso gruppo con un prestatore terzo⁴⁶.

Usualmente, un'operazione simile è posta in essere in quanto la garanzia permette al garantito di ottenere un prestito a tassi più favorevoli, sfruttando il merito creditizio migliore del garante.

Se dalla delineazione accurata della transazione testata risulta che la garanzia è effettiva, è necessario chinarsi sulla questione a sapere come remunerare il

⁴⁶ OECD (nota 41), Section D., § 10.155

garante a prezzi di piena concorrenza per il servizio fornito.

Il metodo prescelto dalla Guida è ancora il CUP⁴⁷. Tuttavia la Guida esplicita la consapevolezza che il reperimento di dati su transazioni comparabili non risulti semplice, basti pensare al fatto che è raro che un soggetto indipendente fornisca una garanzia su un prestito bancario in favore di un terzo.

Per questo la Guida propone metodi alternativi, tra cui il più valido è considerato il cosiddetto *Yeld approach*. Tale metodo consiste nell'attribuire un prezzo alla fornitura della garanzia sulla base della differenza tra il tasso di interesse che il mutuatario avrebbe ottenuto senza la garanzia, ma tenendo conto del supporto implicito di gruppo, e il tasso di interesse applicato con la garanzia. La remunerazione del garante (*guarantee fee*) deve situarsi in una forchetta di prezzo pari a tale differenza.

Il benefit del supporto implicito è pari alla differenza tra il tasso di interesse che il mutuatario avrebbe ottenuto quale società indipendente, non appartenente al gruppo (su base *stand-alone*), e il tasso conseguibile come società del gruppo.

La Guida elenca altri metodi, nello specifico il *Cost approach*, il *Valuation of expected loss approach* e il *Capital support method*. I risultati di tali metodi dipendono strettamente tuttavia da assunzioni di modellizzazione fatte a priori, che potrebbero condurre a risultati distorti e prestare quindi il fianco a contestazioni. Il loro utilizzo andrebbe quindi valutato solo in via residuale.

Infine non ci si può esimere dal notare che in tale sezione la Guida ipotizzi come la

prestazione di una garanzia possa risultare non solo nell'ottenimento da parte del garantito di un tasso di interesse migliore, ma anche di un finanziamento superiore, in termini di ammontare prestato. Questa eventualità e l'analisi accurata della transazione specifica, potrebbe portare a concludere che il maggior importo ottenuto dal mutuatario sia in realtà da riquilificare come prestito in favore del garante, seguito da un apporto in capitale dal garante al mutuatario, con conseguente riquilificazione della porzione di *guarantee fee* riconducibile a tale frazione del prestito in prestazione valutabile in denaro⁴⁸.

3.5 Assicurazioni captive

Un assicuratore *captive* è una società appartenente ad un gruppo che fornisce servizi assicurativi ai membri del gruppo stesso.

Prima di affrontare il tema della remunerazione di piena concorrenza di servizi simili prestati all'interno di un gruppo, l'accurata delineazione dell'operazione testata nonché un'analisi funzionale devono sgombrare ogni dubbio circa il fatto che la fattispecie esaminata sia effettivamente di tipo assicurativo propriamente detto. Tale attività presuppone infatti una diversificazione del rischio e una dotazione di capitali che non tutti i gruppi multinazionali sono strutturati per implementare.

Chiarito ciò la Guida si sofferma sui metodi di stima dei premi assicurativi. Il metodo prescelto è sempre il CUP, che può prevedere comparabili esterni o interni. È possibile incontrare difficoltà nel definire la necessità di aggiustamenti di comparabilità, per questo ci si può avvalere in alternativa di un'analisi attuariale. Su

⁴⁷ OECD (nota 41), Section D.2.1., § 10.170

⁴⁸ OECD (nota 41), Section D.2.1., § 10.161

questa base l'assicuratore definirà il prezzo dei propri premi cercando di coprire le perdite dovute ai rimborsi a cui gli assicurati hanno diritto per il verificarsi dell'evento assicurato, i costi di gestione e garantendosi un margine di ritorno sul capitale.

Altri metodi sono previsti dalla Guida, come la possibilità di basarsi sul *combined ratio* dell'assicuratore, tuttavia di difficile applicazione pratica.

4. CONCLUSIONI

I prezzi di trasferimento transfrontalieri sono un tema non trascurabile. Ne è testimonianza il prolifico dibattito internazionale della dottrina, le pubblicazioni dell'OCSE, nonché gli sviluppi delle normative domestiche dei paesi che ci circondano e con cui la Svizzera intrattiene rapporti economici.

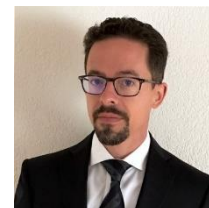
Tutte le imprese svizzere che intrattengono relazioni economiche con imprese estere, non qualificabili come soggetti terzi, devono confrontarsi con la materia. Tuttavia, allo stato attuale, l'adeguamento legislativo e la divulgazione delle posizioni dell'AFC sembrano in fase embrionale, per questo motivo particolare attenzione va posta alla giurisprudenza, che ha già dato alcune indicazioni importanti. Prima su tutte, ha legittimato le Linee Guida dell'OCSE sui Prezzi di Trasferimento quale strumento per coadiuvare l'implementazione del principio di piena concorrenza ancorato all'art. 58 LIFD.

È consigliabile quindi che tutti i contribuenti interessati rivedano le proprie politiche sui prezzi di trasferimento ed implementino una base documentale a sostegno delle stesse, sulla base dei principi OCSE. Questo

permetterebbe di tutelarsi in sede di accertamento fiscale, non solo da potenziali recuperi d'imposta gravosi, ma anche da contestazioni di natura penale.

La recente pubblicazione della Guida sulle transazioni finanziarie dell'OCSE, è uno strumento innovativo che colma, pur non completamente, delle lacune nelle Linee Guida sui Prezzi di Trasferimento dell'OCSE e fornisce delle indicazioni imprescindibili, che

non potranno essere ignorate e anzi saranno di riferimento per le amministrazioni fiscali domestiche e, a maggior ragione, per le imprese svizzere che pongono in essere operazioni finanziarie transfrontaliere con parti correlate.



MARCO MOSCHEN

Vicedirettore

marco.moschen@fidinam.ch