



SALVINI E SOCI

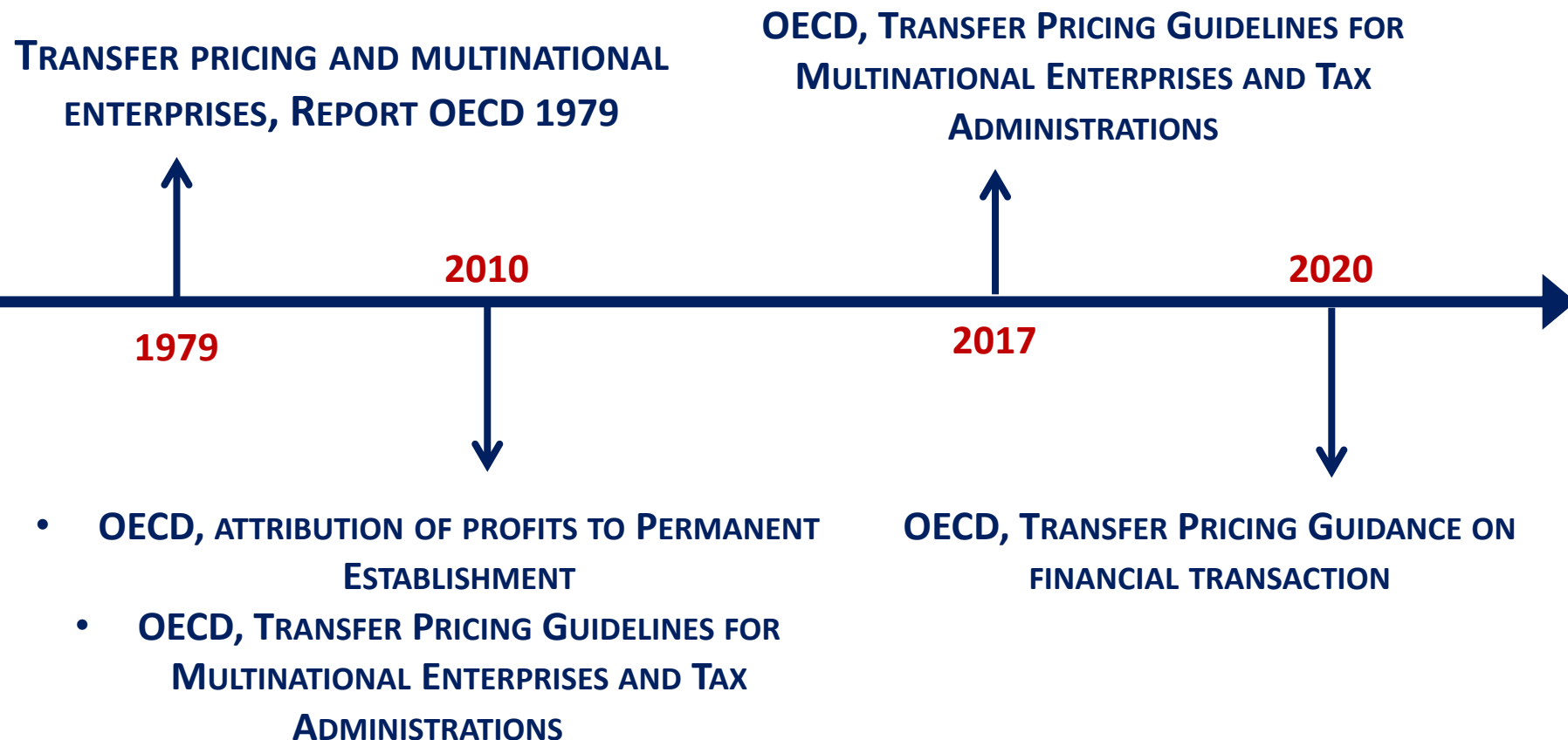
STUDIO LEGALE TRIBUTARIO
FONDATO DA F.GALLO

CICLO DI WEBINAR SUL TRANSFER PRICING
30 SETTEMBRE 2021

TRANSAZIONI FINANZIARIE INTRA-GRUPPO E TRANSFER PRICING
— REPORT OCSE 2020 E PROSPETTIVA ITALIANA —

AVV. GIANNI VIVONA, LL.M

EXCURSUS DEGLI INTERVENTI DELL'OECD:



INTRODUZIONE AL *TRANSFER PRICING GUIDANCE ON FINANCIAL TRANSACTION*

- La *Guidance* è stata pubblicata in osservanza del mandato conferito dalle *Actions* 4, 8 e 10 del progetto BEPS 2015;
- Essa è stata preceduta da un primo *Discussion Draft* (2018) che ha raccolto le osservazioni degli operatori;
- La finalità è quella di chiarire: **a)** l'applicazione dei principi contenuti nel T.P. *guidelines* 2017, definendo se e quando le condizioni di determinate transazioni finanziarie infra-gruppo siano allineate all'*ALP*; **b)** ridurre fenomeni di doppia imposizione; **c)** prevenire dispute in materia di T.P.
- In particolare:
 - la sezione **B** descrive le modalità applicative alle transazioni finanziarie dei principi della sezione d.1 del paragrafo I;
 - la sezione **C** determina le condizioni di *ALP* dei servizi di tesoreria (*infra-group loans, cash pooling and hedging*);
 - la sezione **D** concerne *financial guarantees*;
 - la sezione **E** esamina le *captive insurance companies*.
- Le prime cinque sezioni (A-E) saranno integrate nel paragrafo X delle T.P. *Guidelines* 2017.

RIQUALIFICAZIONE *DEBT TO EQUITY*

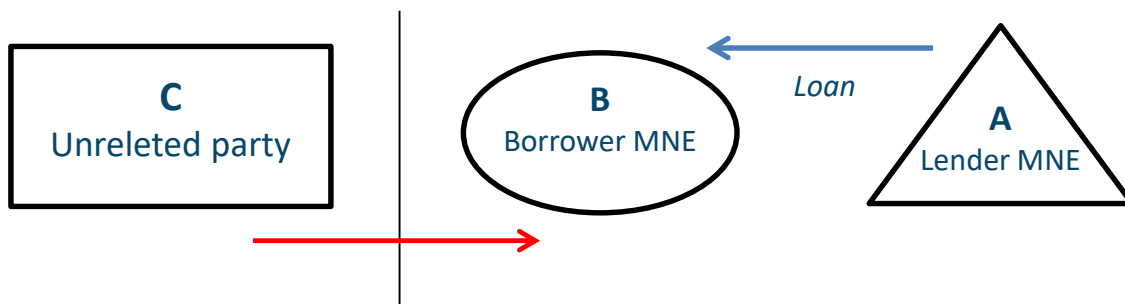
- Prima ancora di procedere alla valutazione di congruità ai fini T.P. di un *loan infra-group*, occorre inquadrare la tipologia di operazione ad esso sottesa in modo tale da definirne i profili commerciali che si rifletteranno, poi, sul piano fiscale.
- La *Guidance* intende fornire strumenti validi per determinare **se un (presunto) finanziamento possa essere considerato effettivamente come tale a fini fiscali** o, al contrario, debba essere **riqualificato** in un'altra tipologia di apporto finanziario, ad esempio un versamento in conto capitale.
- Sul punto, richiamando l'art. 9 dell'*OECD model*, si chiarisce che l'ALP non riguarda solo la congruità dei tassi di interesse, bensì anche la **corretta individuazione del rapporto sotteso al contratto di finanziamento**. Quest'ultimo infatti potrebbe essere **qualificato** come un «*contribution to equity capital*» **indipendentemente** dalla sua natura giuridica.
- Tale (ri-)qualificazione può essere operata tenendo conto dei seguenti **parametri**:
 - a) *the presence or absence of a fixed repayment date;*
 - b) *the obligation to pay interest;*
 - c) *the right to enforce payment of principal and interest;*
 - d) *the status of the funder in comparison to regular corporate creditors;*
 - e) *the existence of financial covenants and security;*
 - f) *the source of interest payments;*
 - g) *the ability of the recipient of the funds to obtain loans from unrelated lending institutions;*
 - h) *the extent to which the advance is used to acquire capital assets;*
 - i) *and the failure of the purported debtor to repay on the due date or to seek a postponement.*



SALVINI E SOCI
STUDIO LEGALE TRIBUTARIO
FONDATO DA F.GALLO

RIQUALIFICAZIONE *DEBT TO EQUITY*

ESEMPIO 10.13 DELLA GUIDANCE



- **B** necessita di risorse finanziarie
- Secondo previsioni sui flussi di cassa, **B** non sarà in grado di rimborso l'intero finanziamento
- **A** (consociata) concede finanziamento a **B**;
- **C** (terzo) non è disposto a concedere il medesimo finanziamento a **B** (stessa durata e stesso importo).

Secondo la *Guidance* la misura congrua del finanziamento dovrebbe essere quantificata **in base all'importo massimo che un *Lender* indipendente erogherebbe e, specularmente, all'importo che un *Borrower* accetterebbe** in virtù delle sue capacità di rimborso.

La parte del finanziamento eccedente tale importo dovrebbe essere **riqualificata da *debt* a *equity*** .

ES:

- **A** finanzia **B** per 100 (*debt*);
- **C** finanzierebbe **B** solo per 70 a titolo di *debt* → c'è surplus di 30;
- Le somme corrisposte da **A** a **B** dovrebbero essere (ri-)qualificate nel seguente modo:
 - 70 a titolo di *debt*
 - 30 a titolo di *equity*

RIQUALIFICAZIONE *DEBT TO EQUITY*: PROBLEMATICHE SOTTESE

10.8. *Although this guidance reflects an approach of accurate delineation of the actual transaction [...]it is acknowledged that **other approaches may be taken to address the issue of the balance of debt and equity funding of an entity under domestic legislation before pricing the interest on the debt so determined.** These approaches may include a multi-factor analysis of the characteristics of the instrument and the issuer.*

10.9. *Accordingly, this guidance **is not intended** to prevent countries from implementing approaches to address the balance of debt and equity funding of an entity and interest deductibility under domestic legislation, **nor** does it seek to mandate **accurate delineation** under Chapter I as the only approach for determining whether purported debt should be respected as debt.*



Oltre al c.d. *accurate delineation approach*, la *Guidance* apre anche ad **altri differenti approcci** per risolvere il bilanciamento *debt/equity*



Gli Stati membri hanno, quindi, **piena discrezionalità** nella scelta delle modalità di riqualificazione di un finanziamento e di definizione dei parametri di congruità del debito.



Ne consegue che l'adozione di differenti approcci può sfociare in disallineamenti capaci di generare fenomeni di **doppia imposizione** .

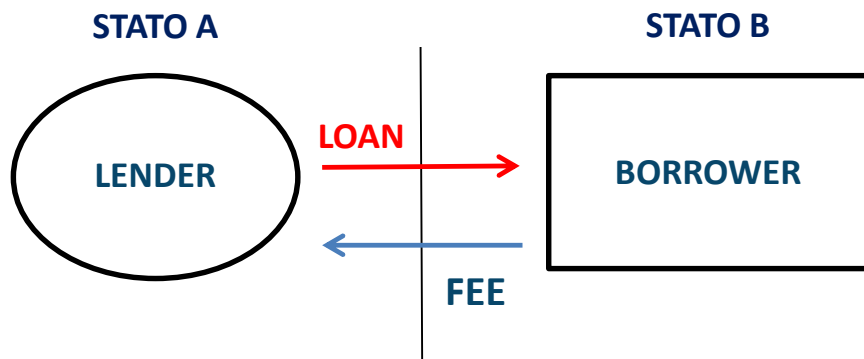
ESEMPI PRATICI

La mancanza di coordinazione e l'incertezza generata dall'OECD *Guidance* si riflette non solo sui contribuenti ma anche sulle amministrazioni finanziarie degli Stati.

Al fine di evidenziare le problematiche che potrebbero generarsi dal finanziamento infra-gruppo intercorrente tra due società residenti in due diversi Stati (**A** e **B**), si riportano a titolo esemplificativo un serie di situazioni che, ancorché solo ipotetiche, potrebbero verificarsi nella pratica:

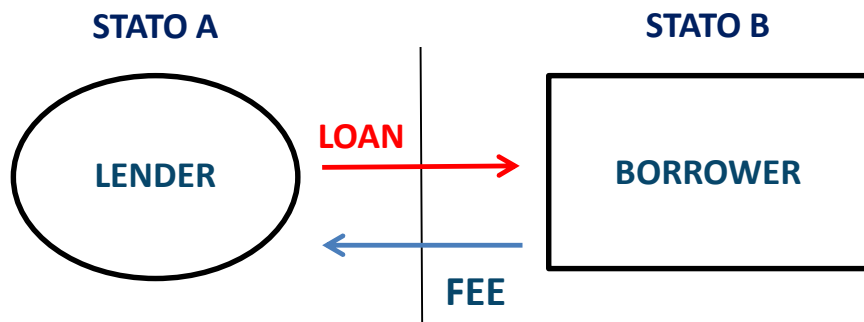
1. Lo stato **A** disconosce parte del finanziamento riqualificando una quota di *debt* in *equity*, mentre lo Stato **B** non effettua alcun rilievo;
2. Lo stato **A** disconosce parte del finanziamento riqualificando una quota di *debt* in *equity*, mentre lo Stato **B** rettifica il T.P.;
3. Caso patologico → ipotesi di arbitraggio attraverso un'autonoma e unilaterale riqualificazione *debt/equity* da parte di entrambe le società del gruppo.

ESEMPIO N. 1



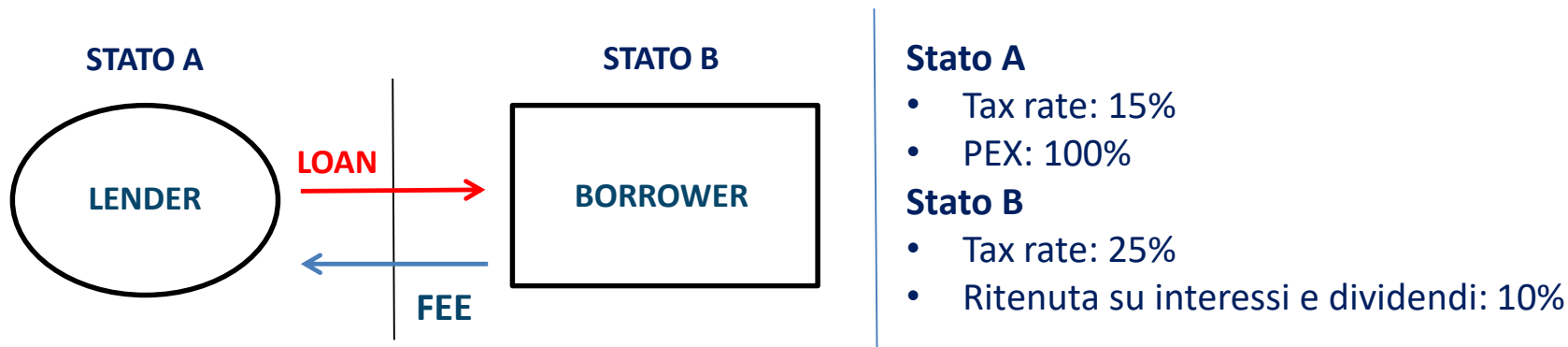
- Lender **A** concede un finanziamento al Borrower.
- Lo Stato **B**, riqualificando una quota del *loan* in apporto capitale (***debt to equity***), nega la deduzione della parte di interessi passivi riqualificati e riprende a tassazione il relativo ammontare.
- Si ravvisa un evidente fenomeno di **doppia imposizione**.
- Non è scontato l'utilizzo della **MAP** poiché lo Stato A potrebbe addurre che lo Stato B non applica la T.P. *legislation* ma una normativa domestica (c.d. **GAAR**).

ESEMPIO N. 2



- Lender **A** concede un finanziamento al Borrower.
- Lo Stato **B**, riqualificando una quota del *loan* in apporto capitale (***debt to equity***), nega la deduzione della parte di interessi passivi riqualificati e riprende a tassazione il relativo ammontare in capo al *Borrower*.
- Lo stato **A** ritenendo il tasso di interesse percepito dal *Lender* **non ALP**, lo rettifica e riprende a tassazione i maggiori interessi attivi percepiti dal *loan* erogato.
- Si ravvisa un evidente fenomeno di **doppia imposizione**.
- Non è scontato l'utilizzo della **MAP** poiché lo Stato A potrebbe addurre che lo Stato B non applica la T.P. *legislation* ma una normativa domestica (c.d. **GAAR**).

ESEMPIO N. 3



- Lender **A** concede un finanziamento al Borrower.
- Lo Stato **B**, riqualificando una quota del *loan* in apporto capitale (***debt to equity***), nega la deduzione della parte di interessi passivi riqualificati e riprende a tassazione il relativo ammontare in capo al *Borrower*.
- Lo Stato **A** ritenendo il tasso di interesse percepito dal *Lender* **non ALP**, lo rettifica e riprende a tassazione i maggiori interessi attivi percepiti dal *loan* erogato.
- Il *Lender* percepirà però la quota di dividendi (riqualificati in autonomia come *equity*) in regime di esenzione PEX 100%
- Il *Borrower* potrebbe avere interesse nel sostenere che la quota della sua obbligazione (*debt*) e il tasso di interesse siano confermi all'ALP. In tale scenario potrebbe beneficiare a pieno del *tax shield* relativamente al debito contratto poiché l'elevato *tax rate* interno rende più appetibile la deduzione degli interessi passivi.

LE CARATTERISTICHE ECONOMICAMENTE RILEVANTI DI UN'OPERAZIONE FINANZIARIA

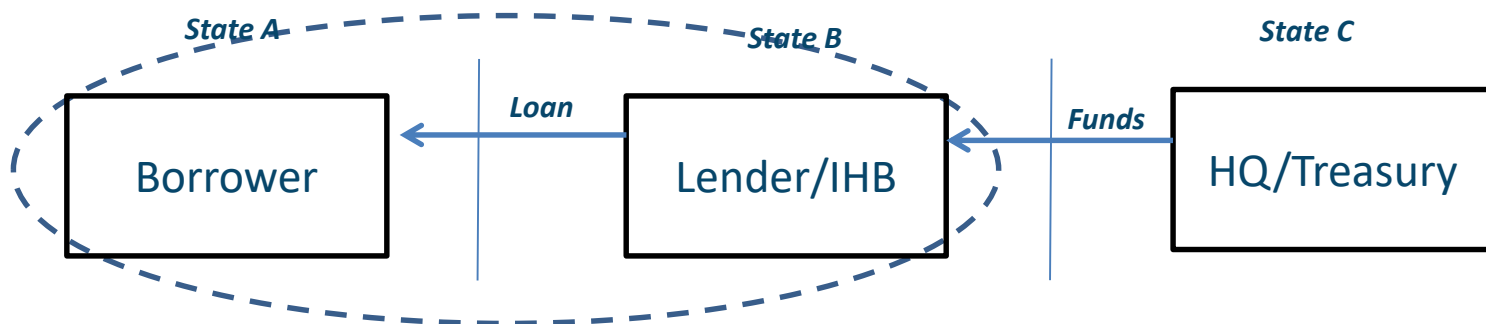
La corretta definizione di un'operazione finanziaria deve passare necessariamente per un'accurata definizione delle **caratteristiche economiche rilevanti** dell'operazione stessa. L'OECD ha individuato le seguenti:

- 1) i termini contrattuali dell'operazione;
- 2) **le funzioni svolte, gli *assets* utilizzati ed i rischi sostenuti dalle parti correlate coinvolte (c.d. *functional analysis*);**
- 3) le caratteristiche specifiche degli strumenti finanziari prescelti;
- 4) le circostanze economiche;
- 5) le strategie d'impresa.

LE CARATTERISTICHE ECONOMICAMENTE RILEVANTI DI UN'OPERAZIONE FINANZIARIA: FUNZIONE DELLA TESORERIA

Le funzioni svolte, gli assets utilizzati ed i rischi sostenuti dalle parti correlate coinvolte (c.d. *functional analysis*):

Para 10.25: “when, under accurate delineation, the lender is not exercising control over the risks associated to an advance of funds, or does not have the financial capacity to assume the risks, such risks should be allocated to the enterprise exercising control and having the financial capacity to assume the risk (...)”. Si veda anche Chapter I, para. D.1.2.1. “Analysis of risks in commercial or financial relations” nonche’ la nota a pie’ di pagina in cui si richiama il *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment* del 2010.



LE CARATTERISTICHE ECONOMICAMENTE RILEVANTI DI UN'OPERAZIONE FINANZIARIA: FUNZIONE DELLA TESORERIA



*However, in practice, there are many functions directly related to the creation and subsequent management of a loan. Therefore, for TP purpose, it will be important to identify NOT just what functions are performed but also their relative importance: **key entrepreneurial risk-taking functions** → **active decision making!!!***

L'asset finanziario e' generalmente attribuito all'entita' che svolge quelle funzioni chiavi.

LE CARATTERISTICHE ECONOMICAMENTE RILEVANTI DI UN'OPERAZIONE FINANZIARIA: FUNZIONE DELLA TESORERIA

Attività di supporto

- Amministrazione ordinaria del finanziamento
- Raccolta pagamento interessi e altri pagamenti connessi

Attività di monitoraggio del rischio

- Costante *review* sul merito di credito del debitore
- Monitorare l'esposizione debitoria complessiva del debitore
- Monitorare il *rate* dell'interesse e la posizione di rischio
- Analizzare la profittabilità dell'*IC loan* per il *lender*

Attività di gestione del rischio

- Decidere se, ed eventualmente, in che misura il *lender* debba continuare a sostenere il rischio
- Decisione sul *write-off* del *loan* a causa del *non-performing* dell'originario *loan* concesso

Etc...



CREDIT RATING

La *Guidance* dedica ampie attenzioni ai profili attinenti il **rating creditizio** del *Borrower* quale elemento imprescindibile per la determinazione del *pricing* di una transazione finanziaria, nella misura in cui quantifica il rischio del *Lender*. Rivestono significativo rilievo, in tali dinamiche, le agenzie di *rating*:

10.62 *"The creditworthiness of the borrower is one of the main factors that independent investors take into account in determining an interest rate to charge. Credit ratings can serve as a useful measure of creditworthiness and therefore help to identify potential comparables or to apply economic models in the context of related party transactions. Furthermore, in the case of intra-group loans and other financial instruments that are the subject of controlled transactions, the effect of group membership may be an economically relevant factor that affects the pricing of these instruments."*

L'OECD evidenzia che l'attribuzione del *credit rating* varia a seconda che il **Borrower** appartenga o meno ad un **MNE group** e, soprattutto, con quale grado di importanza.



SALVINI E SOCI
STUDIO LEGALE TRIBUTARIO
FONDATO DA F.GALLO

CREDIT RATING

La *Guidance* evidenzia, infatti, che il *rating* creditizio di una singola società può essere **alterato dalla mera appartenenza ad un gruppo**:

10.76 *“The effect of group membership is relevant for informing the conditions under which an MNE would have borrowed from an independent lender at arm’s length”*

Tale circostanza attribuirebbe alla singola società un beneficio implicito e passivo, rinvenibile nel fatto che la valutazione sul *rating* societario non è più condotta in maniera avulsa, bensì in ossequio al **supporto finanziario che potrebbe ricevere** da altre entità del gruppo, anche a **prescindere** da espressi vincoli giuridici (*i.e.* garanzie).

Calando quanto su esposto nella prospettiva del T.P., la società non dovrebbe essere valutata “*stand alone*” bensì in un’ottica di gruppo (valorizzando il c.d. *implicit support*).

10.76 *“In the context of intra-group loans, this incidental benefit that the MNE is assumed to receive solely by virtue of group affiliation, is referred to as implicit support. The effect of potential group support on the credit rating of an entity and any effect on that entity’s ability to borrow or the interest rate paid on those borrowings would not require any payment or comparability adjustment.”*

Ciò impatta sostanzialmente sull’innalzamento del merito creditizio che risulta così più solido.

Il **miglioramento del *credit rating*** si traduce anche nella **riduzione del *credit risk*** che, a sua volta, si traduce in una **riduzione del *interest rate*** applicato al *borrower* (*i.e.*, meno interessi passivi da corrispondere a fronte dell’indebitamento).

CREDIT RATING E RILEVANZA STRATEGICA

Considerato che l'*implicit support* può impattare sul *rating* creditizio e del *rating* dell'obbligazione finanziaria contratta, occorre individuare in che misura questo vada valorizzato.

Il concetto di **rilevanza strategica** viene elevato a vero e proprio parametro da adottare per la quantificazione del “peso” dell'*implicit support*.

All'interno di un gruppo una società può avere un diverso grado di rilevanza strategica a seconda di determinati elementi quali: **a)** la sua dimensione nel contesto di gruppo; **b)** la condivisione dello stesso nome del gruppo; **c)** il livello di integrazione nei processi produttivi, *etc.*

Ne consegue che quanto più aumenta la rilevanza strategica della società all'interno del gruppo, tanto più il relativo supporto implicito sarà forte e, di conseguenza, sarà elevato il *credit rate*.

10.78 “*The relative status of an entity within the group may help determine what impact that potential group support has on the credit rating of a debt issuer. Entities of an MNE group will be more or less likely to receive group support according to the relative importance of the entity to the MNE group as a whole and the linkages between the entity and the rest of the MNE group, either in its current form or in terms of future strategy.*”

A contrario, se una società riveste scarsa rilevanza strategica rispetto al gruppo, vanterà un basso supporto implicito, il che legittimerà una **valutazione *stand alone* del *credit rate***.

GRAZIE PER L'ATTENZIONE

- AVV. GIANNI VIVONA, LLM -

CONTATTI

ROMA

Piazza Venezia, 11

00187 Roma

roma@salviniesoci.it

Tel. (+39) 06 83753001

MILANO

Foro Buonaparte, 12

20121 Milano

milano@salviniesoci.it

Tel. (+39) 02 82990010

WWW.SALVINIESOCI.IT