

**La crise économique et financière et les nouveautés de
la fiscalité italienne: quelles opportunités pour les
investisseurs français en Italie?**

Paris, 30.3.2010

Agenda

- ! The economic crisis: what has to be done
 - Use of tax losses (Federico Baridon)
 - Management of receivables (Federico Baridon)

 - Italian subsidiaries in the crisis (Fabio Aramini)
 - French parents in the crisis (Fabio Aramini)

 - What to do in case things go really wrong? (Federico Baridon)

- ! Tax audit trends (Fabio Aramini)
 - Abuse of law doctrine
 - Transfer pricing
 - Tax issues and criminal implications
 - Tax issues and “quasi-criminal” implications

- ! Other significant recent changes in the Italian tax legislation (Fabio Aramini)
 - New CFC rule: some examples
 - Other tax news

The economic crisis, what has to be done

The economic crisis, what has to be done

- ! Use of tax losses
- ! Tax aspects of the management of receivables
- ! Italian subsidiaries in the crisis
- ! French parents in the crisis
- ! What to do if things go really wrong?

L'utilisation des pertes fiscales

Période de formation de la perte	Condition	Période d'utilisation de la perte
Au cours des 3 premières années de vie de la société	Nouvelle activité	Sans limitation de durée
Au cours des 3 premières années de vie de la société	Pas de nouvelle activité	5 années fiscales suivantes
Au delà des 3 premières années de vie de la société	/	5 années fiscales suivantes

L'utilisation des pertes fiscales (cont.)

! Règles d'utilisation des pertes fiscales:

- Si des pertes limitées et illimitées coexistent, il est généralement permis d'utiliser les pertes limitées en premier
- Le report à nouveau est indiqué dans la déclaration des revenus de l'année de formation
- La perte fiscale doit être intégralement utilisée pour compenser tout le revenu imposable des années suivantes à partir de la première
- Une utilisation partielle est cependant admise afin de récupérer d'éventuels crédits d'impôts, retenues à la source ou acomptes d'impôt
- En cas de redressement les pertes fiscales encore disponibles peuvent être utilisées en compensation (communication écrite à l'Administration)

Limites d'utilisation des pertes fiscales

- ! L'utilisation des pertes fiscales est interdite si les deux conditions suivantes sont simultanément vérifiées:
- ! a) une participation majoritaire (droit de vote en ass. ordinaire) dans la société est transférée à des tiers, même temporairement (également en cas d'intégration de la participation entraînant une majorité, et en cas du transfert de droits réels autres que le droit de propriété, ex. usufruit)
- ! b) au cours de l'année fiscale du transfert de la société, dans les deux années antérieures ou suivant la date du transfert, l'activité principale est modifiée par rapport à l'année de formation des pertes (l'analyse porte donc sur 5 ans). Activité principale = celle qui génère la plus grande partie du chiffre d'affaires

Limites d'utilisation des pertes fiscales (cont.)

- ! Toutefois, la limite d'utilisation des pertes n'est pas applicable si les deux conditions suivantes sont remplies:
- ! a) au cours des deux années précédant la date de transfert de la participation, le nombre d'employés a été au moins égal à 10
- ! b) au cours de l'année précédant la date de transfert de la participation, le montant des revenus et du coût du travail est $>$ à 40% de la moyenne de ces montants dans les deux années précédentes

Limites d'utilisation des pertes fiscales (cont.)

- ! Sociétés qualifiées de « non actives » et donc assujetties à une imposition forfaitaire: elles peuvent reporter les pertes si le revenu effectif est > au revenu forfaitaire et seulement pour le montant excédant celui-ci
- ! Les pertes fiscales des sociétés participant à une fusion ou à une scission sont assujetties à des limites objectives (montant du patrimoine net comptable) et subjectives (test de « vitalité » basé sur les revenus typiques et le coût du travail)
- ! S'agissant de normes anti-abus, il est possible de demander confirmation par voie de ruling qu'elles ne sont applicables

Aspects fiscaux
de la gestion des créances

- ! Principes légaux et fiscaux d'évaluation des créances commerciales
- ! Effets fiscaux de la cession des créances
- ! Effets fiscaux des pertes sur créances

Principes d'évaluation des créances commerciales

- † Principes légaux: Art. 2426 du Code Civil: “*Les créances sont évaluées selon leur valeur de réalisation présumée*”
- † Principes fiscaux (pour les entités autres que les banques et les intermédiaires financiers): rectification de la valeur des créances commerciales en fonction de la valeur de réalisation présumée: Art. 106 DPR 917/86: déduction d'une provision pour un montant annuel égal à 0,5% de la valeur nominale ou de la valeur d'achat des créances non assurées, avec une limite totale égale à 5% de leur valeur. Les créances garanties sont incluses dans la base de calcul à condition que cette garantie ne comporte pas de coût pour le créancier
- † Les pertes sur créances réalisées sont déductibles pour le montant excédant les provisions comptabilisées

Effets fiscaux de la cession des créances

- ! Cession avec recours (« *recourse* »):
 - Le cédant est responsable de la solvabilité du débiteur
 - Les créances cédées sont incluses dans la base de calcul de la provision annuelle (0,5% par an jusqu'à 5%) du cédant et du cessionnaire
 - La perte de cession n'est pas déductible

- ! Cession sans recours (« *non recourse* »):
 - Le cédant est responsable de la seule existence de la créance
 - Seul le cessionnaire peut inclure la valeur de ces créances dans la base de calcul des provisions
 - La perte de cession est déductible à condition qu'il existe des "éléments certains et précis"

Effets fiscaux de la cession des créances (cont.)

- La perte sur cession de la créance commerciale est déductible à condition qu'il existe des "éléments certains et précis", ou si le débiteur est soumis à des procédures collectives (sauf: *amministrazione controllata* et *accordo ristrutturazione dei debiti*)
- Question Parlementaire 5-00570 du 5.11.2008:
 - La cession de créances n'entraîne pas automatiquement la déduction de la perte, même en cas de cession sans recours dans le cadre d'une opération non abusive
 - Obligation d'apporter la preuve d'éléments certains et précis: (i) démonstration de comment et pourquoi la créance est devenue définitivement irrécupérable (ii) exclusion de toute évaluation subjective ou présomptive
- Principes conformes aux interprétations de la Cour de Cassation et de l'Administration

Effets fiscaux de la cession des créances (cont.)

- / La doctrine a critiqué ce principe, car la cession des créances est déjà incluse dans la liste des opérations potentiellement abusives (art. 37bis DPR 600/73)

- / Instructions de la Guardia di Finanza de 2008:
 - Existence de raisons économiques valables
 - Prix normal
 - Éléments contractuels permettant la rétrocession en cas de non encaissement ou la transformation d'une cession sans recours en une cession avec recours

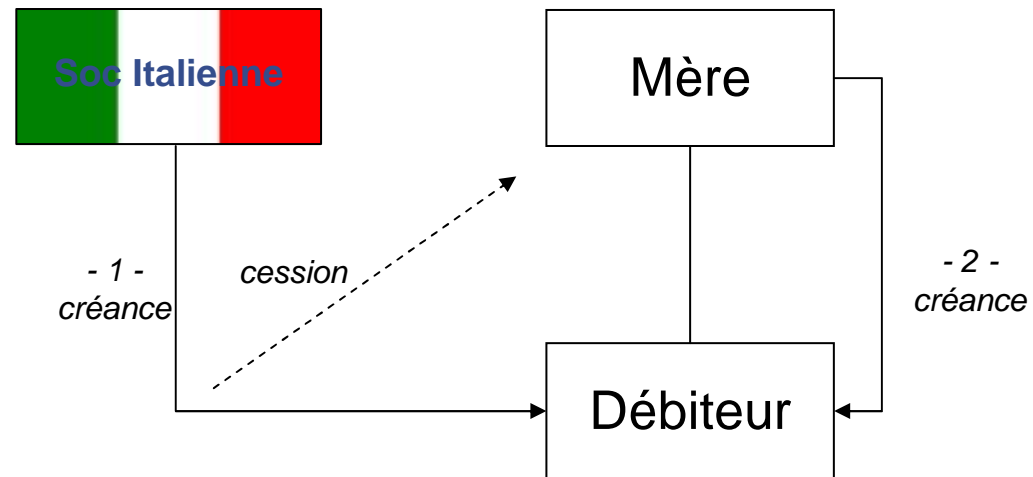
Effets fiscaux de la cession des créances (cont.)

- ! En cas de cession sans recours de créances non échues, l'Administration considère que, si les intérêts ne sont pas prévus séparément, la valeur fiscale des créances cédées doit être actualisée sur la base des intérêts implicites jusqu'à la date d'échéance de la créance
- ! En cas de cession sans recours de créances envers une filiale, effectuée conjointement avec la cession de la filiale, la perte sur créances est assimilée à un apport des associés dans la filiale, qui augmente la valeur fiscale de celle-ci mais n'est pas déductible autrement.

Cession des créances à la société mère du débiteur

- ! Si les conditions sont , le cédant peut déduire la perte sur créances
- ! La société mère du débiteur renonce à sa créance envers sa filiale et comptabilise l'augmentation du coût de sa participation
- ! La société filiale n'est pas imposable (art. 88(4) TUIR). L'opération est exclue du champ d'application de la norme anti-abus, compte tenu de l'objectif de recapitalisation de la filiale (RM 152/2002)
- ! Manque de symétrie entre le régime fiscal du cédant et celui du débiteur; technique souvent utilisée pour les reprises d'actifs au sein des procédures collectives

Cession des créances
à la société mère du débiteur (cont.)



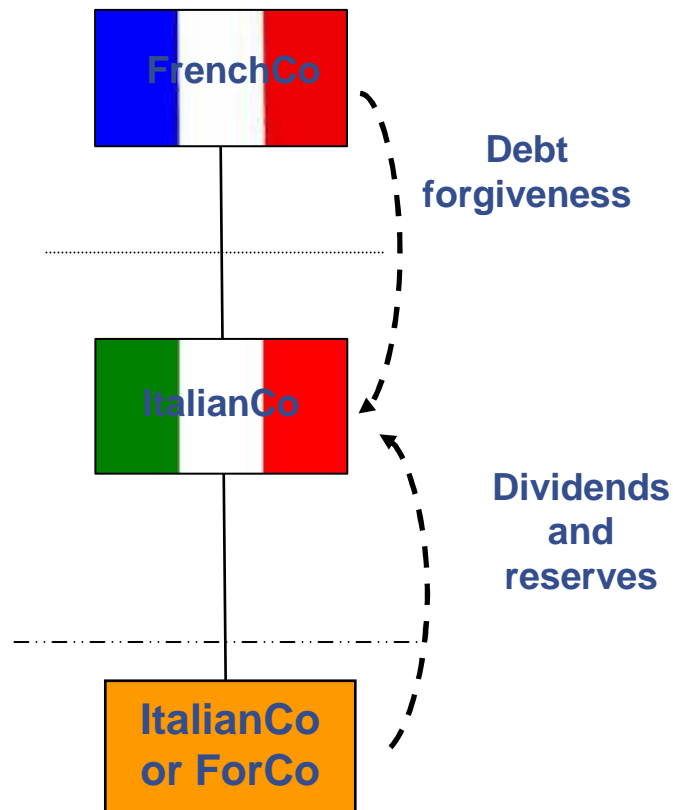
Pertes sur créances et abandon de créances

- Déduction fiscale de la perte, même condition que pour la cession des créances: nécessité d'éléments certains et précis, sauf si le débiteur est soumis à des procédures collectives, avec l'exception: *amministrazione controllata* et *accordo ristrutturazione dei debiti*. *Concordato preventivo*: la créance ne peut être remboursée pour une valeur inférieure à 40%, donc même proportion pour la perte
- Abandon des créances: la perte est déductible si elle est inévitable et elle se base sur un choix objectif (ex. montant important des frais légaux par rapport à la valeur de la créance + éléments prouvant l'inexistence d'actif). La perte doit être délibérée par le CDA (Cassation n. 11329/2001)
- La perte doit être comptabilisée dans l'année fiscale au cours de laquelle les éléments certains et précis sont obtenus; elle devient non déductible si elle est renvoyée à une année fiscale différente

Pertes sur créances et abandon de créances (cont.)

- ! Preuves admises pour les pertes sur créances étrangères:
 - Déclaration de la part de SACE (institut des assurances sur crédit à l'exportation)
 - Déclaration fournie par le CDA du créancier
 - Acte de transaction

Italian subsidiaries in the crisis Equity boosters: debt forgiveness



▪Facts

- ItalianCo need to increase its capital due to the presence of losses
- Instead of capital injection, FrenchCo forgives the existing credit towards ItalianCo or ItalianCo accounts for dividends on an accrual basis

Italian tax aspects

- FrenchCo being the current shareholder of ItalianCo **no taxable** income is created under Italian tax law
- CIT @ 1.375% but on a **cash basis**

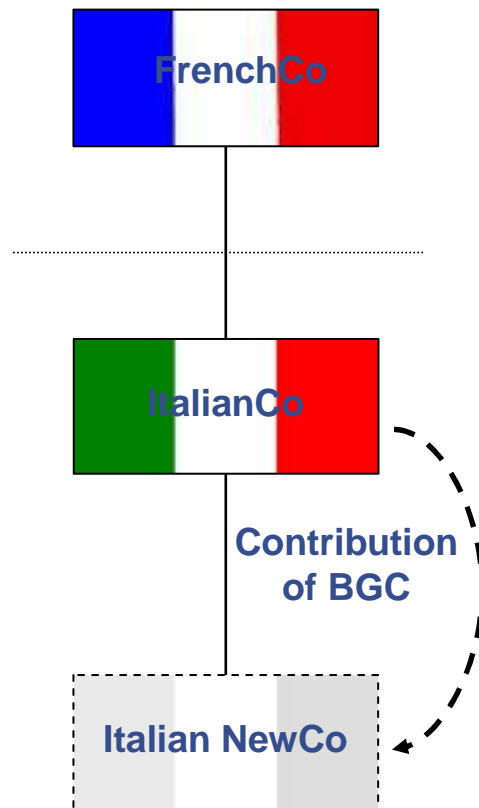
French tax aspects

Subject to a valid business purpose, debt forgiveness is deductible in France according to the following principles:

- Commercial debt: fully deductible
- Financial debt: deductible up to the net negative equity of the Italian subsidiary

Italian subsidiaries in the crisis

Equity boosters: tax free contribution of Business Going Concern



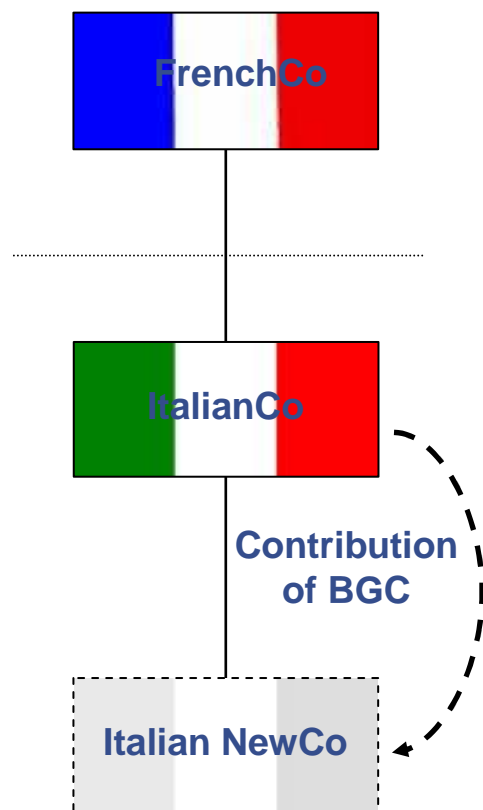
■ Facts

- ItalianCo needs to increase its capital due to the presence of losses
- ItalianCo equity equal to 50 but FMV equal to 100
- Instead of capital injection, ItalianCo contributes the BGC into an Italian SRL (Italian NewCo) and accounts values are stepped up

! Italian commercial law aspects

- Need of a **sworn appraisal** by an independent expert in most cases
- NewCo being an Srl, the independent expert is chosen by ItalianCo

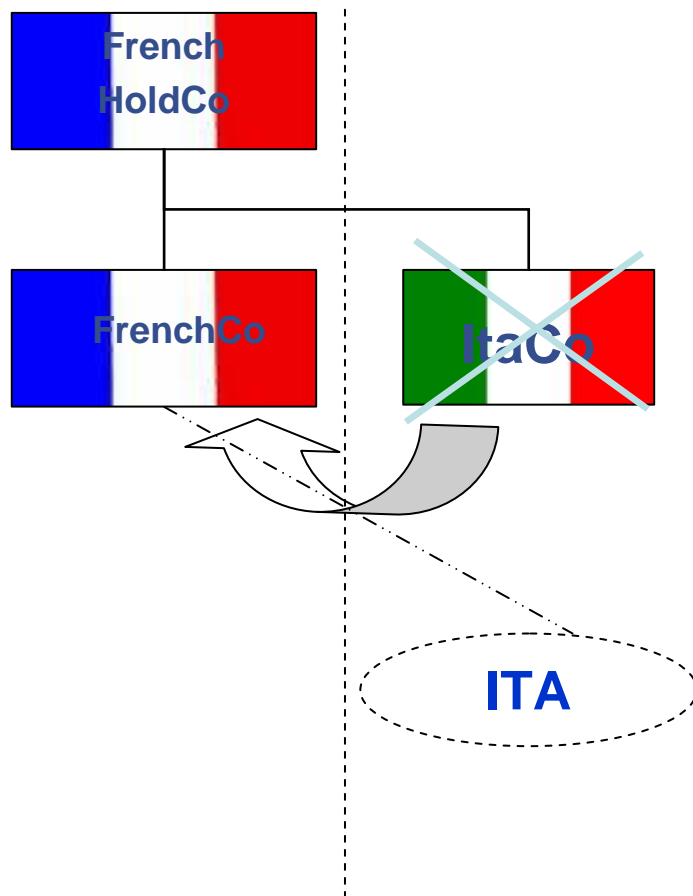
Italian subsidiaries in the crisis
Equity boosters: tax free contribution of BGC (cont.)



- **Italian tax law aspects**
 - The contribution of the BGC is tax free for both ItalianCo and Italian NewCo
 - Depreciation in Italian NewCo only for business purposes
 - Possibility to step up value by applying for a substitute tax of 12/14/16%
 - Anti avoidance?
 - **Does not work under IAS/IFRS** unless impact on future cash flow → OPI 1
 - Difficult to prove in case of *per se* contribution of BGC
- ! Possible alternatives → Upstream/side merger/demerger if holding/sister companies exist
- ! **No French tax consequences**

Italian subsidiaries in the crisis

Non equity strategies: conversion of the Italian subsidiary into a PE → intra EU merger



■ Facts

- ItaCo has a negative net equity
- Instead of capital injection, ItaCo is merged into FrenchCo, thus leaving a PE in Italy

! Italian commercial law aspects

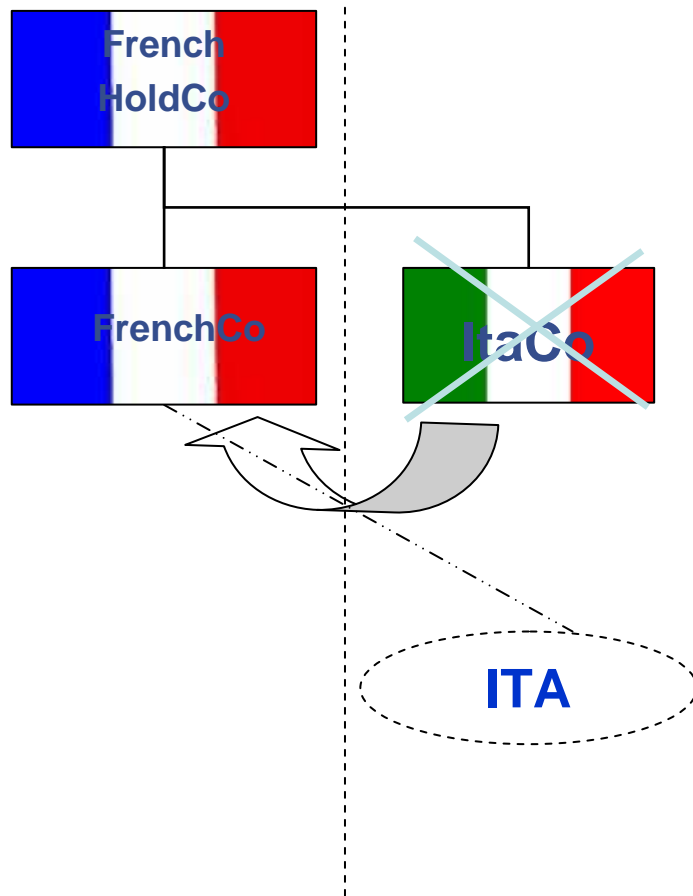
- As a rule, **no minimum capital requirements** for PEs
- Directive 2005/56/CE

! Italian tax law aspects

- As a rule, the merger is **neutral** under Italian tax law

Italian subsidiaries in the crisis

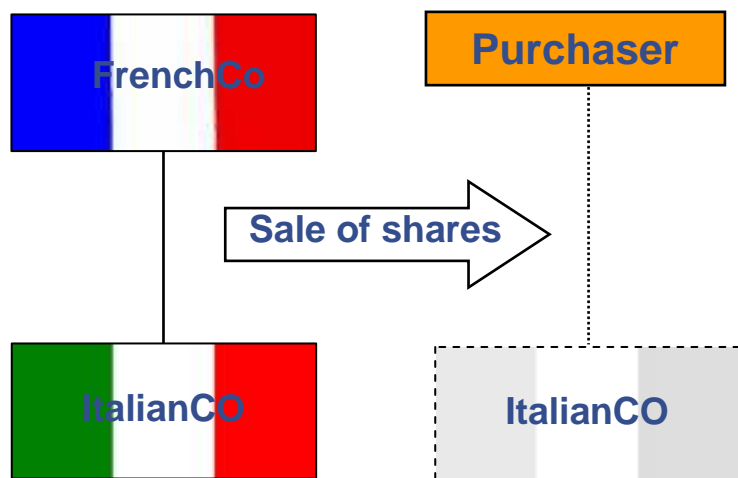
Non equity strategies: conversion of the Italian subsidiary into a PE → intra EU merger (cont.)



- Possible alternative → Transfer of legal seat abroad
- **French tax aspects**
 - As a rule, the merger is neutral under tax law
 - NB: no partial demerger under French law

French parents in the crisis

Cash repatriation techniques: reduction of capital gain exposure by means of step-up



■ **Facts**

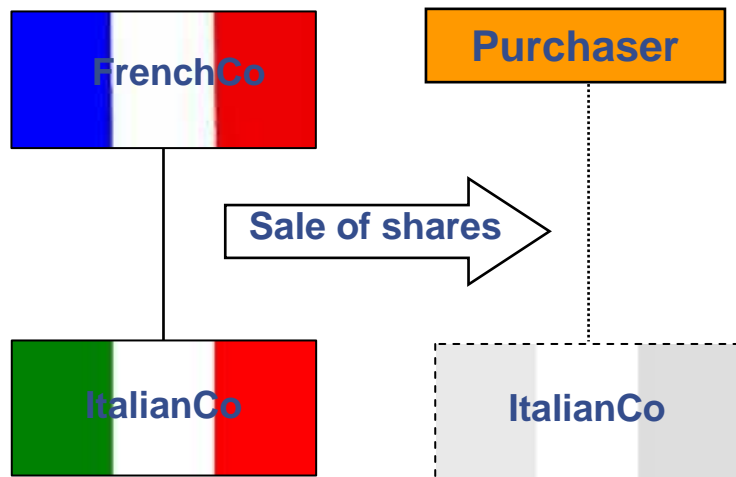
- FrenchCo needs cash
- In order to get cash, FrenchCo sells the shares held into ItalianCO to another Group (e.g., treasury) company

■ **Italian tax law aspects**

- Capital gain normally subject to tax at
 - 49.72% at 27.5% CIT rate = 13.67%
- Non residents normally sheltered against Italian tax under Art. 13(4) DTT
- **Exception** under par 8(b), of the Protocol of the Italy – France DTT

French parents in the crisis

Cash repatriation techniques: reduction of capital gain exposure by means of step-up (cont.)



▪ Italian tax law aspects

▪ **Step up** allowed for Italian non listed companies

- Substitute tax at 4% of the sale value
- Possibility to pay in 3 yearly instalments plus 3% interest
- Sworn Appraisal needed by end of October 2010
- Possibility to claim back substitute tax paid for previous step up subject to time constraints

- Possible alternatives → Cash contribution followed by share buy-back → Anti avoidance? → Could stand under EU law

▪ French tax aspects

- Sale of ItalianCo generally exempt under French tax law – Recapture of 5% of the capital gain, i.e. effective taxation at 1.67%
- No possibility to credit the Italian tax paid

Que faire si les choses tournent vraiment mal ?

**Le planning fiscal dans le contexte
des procédures collectives**

- ! Selon le degré de gravité de la crise, l'issue pourra alternativement être:
- la faillite (liquidation judiciaire), avec un possible “concordat de faillite”
 - un “concordat préventif” ou un accord de restructuration des dettes

**Le planning fiscal dans le contexte
des procédures collectives (cont.)**

- ! Après avoir vérifié la faisabilité du point de vue juridique, le repreneur devra déterminer les conséquences de ce choix du point de vue fiscal et identifier les éventuelles possibilités de planning fiscal
- ! Le choix entre “Share deal” vs “Asset deal” représente également une alternative dans le contexte des procédures collectives

Share deal vs. asset deal

- ! Asset deal (achats des actifs à une procédure collective ou bien reprise de l'actif et du passif au sein d'un concordat): plus simple et moins de risque
- ! Share deal (souscription du capital de la société défailante): présente certains avantages fiscaux

Asset deal

- ! X achète le fonds de commerce de la société insolvable Y, ou
- ! X assume le concordat (actif et passif de la société insolvable Y)

Asset deal (cont.)

! Situation fiscale de Y:

- les pertes fiscales ne sont pas utilisées
- la réduction des dettes n'est pas imposable

! Situation fiscale de X:

- la valeur d'achat est répartie entre les éléments de l'actif sur une base "équitable"
- la société mère de X peut racheter des créances envers Y (prix inférieur au nominal) et ensuite renoncer à celles-ci en faveur de X – pas d'imposition pour X

Share deal

- ! X achète les créances envers la société insolvable Y + le capital de Y, ou
- ! X souscrit une augmentation de capital dans la société insolvable Y pour garantir le concordat

Share deal (cont.)

! Situation fiscale de Y:

- pertes fiscales en principe utilisables si Y continue d'exercer la même activité – la durée de la faillite constitue une même année fiscale
- pas d'imposition sur l'abandon de créances des associés ou sur la réduction des dettes en cas de concordat

! Situation fiscale de X:

- pas de revenu imposable
- coût fiscal de Y = coût d'achat des créances

Effets fiscaux des accords de restructuration des dettes

! Situation fiscale de Y:

- pertes fiscales en principe utilisables si Y continue d'exercer la même activité
- imposition pleine pour la réduction des dettes, contrairement à la même opération effectuée dans le cadre d'un concordat. Pour les sujets IAS, même effet pour les prolongements de durée des dettes
- neutralité fiscale pour la réduction des dettes envers les associés, avec un risque en termes de règles anti-abus

! Situation fiscale de X:

- les pertes sur créances ne sont pas automatiquement déductibles, mais la déductibilité devrait pouvoir être supportée sur la base de la relation de l'expert, du contrôle judiciaire, du nombre de créanciers adhérents

**Les transactions sur les dettes
pour impôts et charges sociales**

- ! Transactions entre les redevables et l'Administration fiscale et/ou la Sécurité Sociale. Sur initiative du redevable, présentée simultanément au Tribunal, Agence Fiscale ou des Contributions et à l'Agence de Recouvrement
- ! La transaction fait partie des procédures collectives de "Concordato Preventivo" (art..) et des Accords de restructuration (art. 182 bis Legge Fallimentare)
- ! Objet de la transaction: (i) impôts administrés par les Agences Fiscales (ii) contributions (iii) accessoires (iv) inscrits ou non dans les rôles (v) sauf les impôts qui constituent des ressources propres à l'UE

Différences entre la transaction en concordat et en accord de restructuration

! Concordat:

- s'il est approuvé par le tribunal, les dettes fiscales suivent le sort des autres dettes
- pas d'imposition du montant de réduction de la dette fiscale

! Accord de restructuration:

- si l'administration n'accepte pas la proposition, le montant et l'échéance des dettes fiscales restent les mêmes
- pleine imposition du montant de réduction de la dette fiscale, sauf sur les dettes pour impôts non déductibles (IRES et IRAP)

Objet de la transaction

- ! **Impôts administrés par les Agences Fiscales:** impôts directs et indirects d'Etat, y compris l'IRAP qui est géré au niveau régional. Ne comprend pas les impôts locaux (ICI, TOSAP, TARSU, ecc.)
- ! **Contributions:** ce sont les contributions sociales typiques gérées par: INPS, INPDAP, INADEL.
- ! **Accessoires:** intérêts et pénalités
- ! **Inscrits ou non dans les rôles:** la transaction peut concerner des dettes fiscales en voie de définition (impôt de l'exercice en cours à la date de la demande)
- ! Pas de transactions en matière de TVA, mais possibilité de déali de paiement

Éléments de la proposition

- ! Créances privilégiées:
 - impôts sur le revenu (IRPEF, IRES, IRAP)
 - TVA (y compris les intérêts et pénalités)
 - impôts indirects
 - contributions sociales

- ! Intérêts et pénalités n'ont pas la nature de créance privilégiée sauf pour la TVA

Éléments de la proposition (cont.)

! Créances privilégiées:

- délais de paiement, pourcentage et garanties non inférieures à celles qui sont offertes aux créanciers de la classe immédiatement inférieure, et en tout cas non inférieures aux créanciers avec position juridique et intérêts homogènes

! Créances chirographaires:

- traitement analogue; s'il existe plusieurs classes, on applique la plus favorable

Différence avec la transaction en matière civile

- ! Ne nécessite pas l'existence d'un litige
- ! N'implique pas forcément des concessions réciproques
- ! Indisponibilité de l'objet de la transaction (l'obligation fiscale est indisponible)

Aspects problématiques de cet accord

! Une limite constitutionnelle:

- art. 53 de la Constitution définit l'impôt comme une obligation de répartition des charges publiques, principe d'ordre supérieur à la tutelle d'intérêts de caractère privé
- Le directeur du bureau fiscal a un pouvoir discrétionnaire absolu
- Possible effet de limiter le pouvoir d'imposition pour les années encore ouvertes

! Une limite communautaire :

- impôts constituant les ressources propres de l'UE

Solutions semblables (plus claires du point de vue constitutionnel)

- ! Adhésion au redressement (*Accertamento con adesione* L. 218/1997): intervient à un moment où la demande reste incomplète dans l'*année* et *quantum*
- ! Conciliation Judiciaire (DPR 546/92 art. 48): intervient au moment où la demande est complète mais non définie
- ! Dans les deux cas il existe un automatisme dans la détermination des pénalités, des intérêts et des délais de paiement.

Tax audit trends

Tax audit trends: competence and time

- ! Starting 1.1.09, **new specialized tax office** devoted to the control of companies with a turnover of 100 m or more → *Direzioni Regionali delle Entrate*

- ! Time of assessments
 - Following 1y end in case of turnover of 300 m or more
 - “*Tutoraggio*”
 - Actual and not only formal check of the tax returns
 - Compliance with advance rulings
 - Reduction to 100 m starting from January 2012
 - Every 2ys in case of turnover equal to 25 m or more
 - Every 4ys in case of turnover b/w 5 m and 25 m

Tax audit trends: basis for assessments

- ! At the beginning... tax audits **were** possible only relying on law
- ! Following.. tax audits have **become** possible relying on narrow principles developed by the Courts
 - **The non-profitable conduct doctrine**
 - Non proportionate directors' fees
 - Purchase of second-hand cars to re-sell them at loss
 - **The fictitious interposition doctrine**
 - Use of foreign pure conduit companies
 - **The lack of *cause of the contract***
 - Contracts that have no other than fiscal reasons

Tax audit trends: abuse of law doctrine

- ! Now a new principle... **abuse of law** as a constitutional principle
 - Being a constitutional principle **it applies to all taxes!**
- ! Definition
 - Tax savings or tax refunds
 - Obtained by circumventing tax law
 - Lack of any business purpose
- ! Reference to the lack of business purpose only
 - Danger to disregard legitimate tax savings!
- ! Burden of proof
- ! Criminal law implication? → Article 15? → Absence of the aim of tax evasion?

Tax audit trends: transfer pricing documentation

- ! Transfer pricing in a **cross border** context
 - Profit split difficult to accept
 - Safe harbors for IP: 2% - 2-5% - 5%
 - Transfer pricing documentation
 - Draft files (and opinions)
 - Burden of proof → Lower Court of Milan on a TESCM case

- ! Transfer pricing in a **domestic** context?

- ! Criminal law implications?

Tax audit trends: I/C services

! Quantitative analysis

- Mark-up: 5-10% normally accepted
- Definition of cost

! Qualitative analysis first!

- Circular letter No. 1/08 of the tax police → Benefit / shareholder / duplicative test

! Other

- PE
- Withholding tax issues
- Employees
 - Residence
 - Jurisdiction to tax

Tax audits and criminal implications: some practical considerations

- ! The **statute of limitations** is 6ys for crimes committed starting from December 8, 2005
 - The statute of limitation can be interrupted by several procedural acts (e.g., “*atto di accertamento*”, “*verbale di constatazione*”)
 - In case of interruption, the statute of limitation is increased of 1.5ys

- ! The **payment of the tax** before the first hearing of the criminal trial, represents a mitigating circumstance of the tax crime
 - The Criminal Judge will reduce the penalties up to a **half** of the original figure

Tax audits and “quasi-criminal” implications

- ! Companies are liable for some types of **criminal offences** made by directors and/or employees with representative or management powers

- ! **Penalties**
 - Administrative penalties
 - Business restrictions (generally) for **3m/2y** (but may be permanent)
 - Stop of the business or appointment of a judicial manager
 - Suspension of licenses necessary to carry on the business
 - Prohibition to deal with the tax administration
 - Impossibility to claim for facilities, grants, subsidies or withdrawal
 - Impossibility to advertise goods and services
 - Confiscation of the profits stemming from the criminal offense
 - Publication of the judgment

Tax audits and “quasi-criminal” implications (cont.)

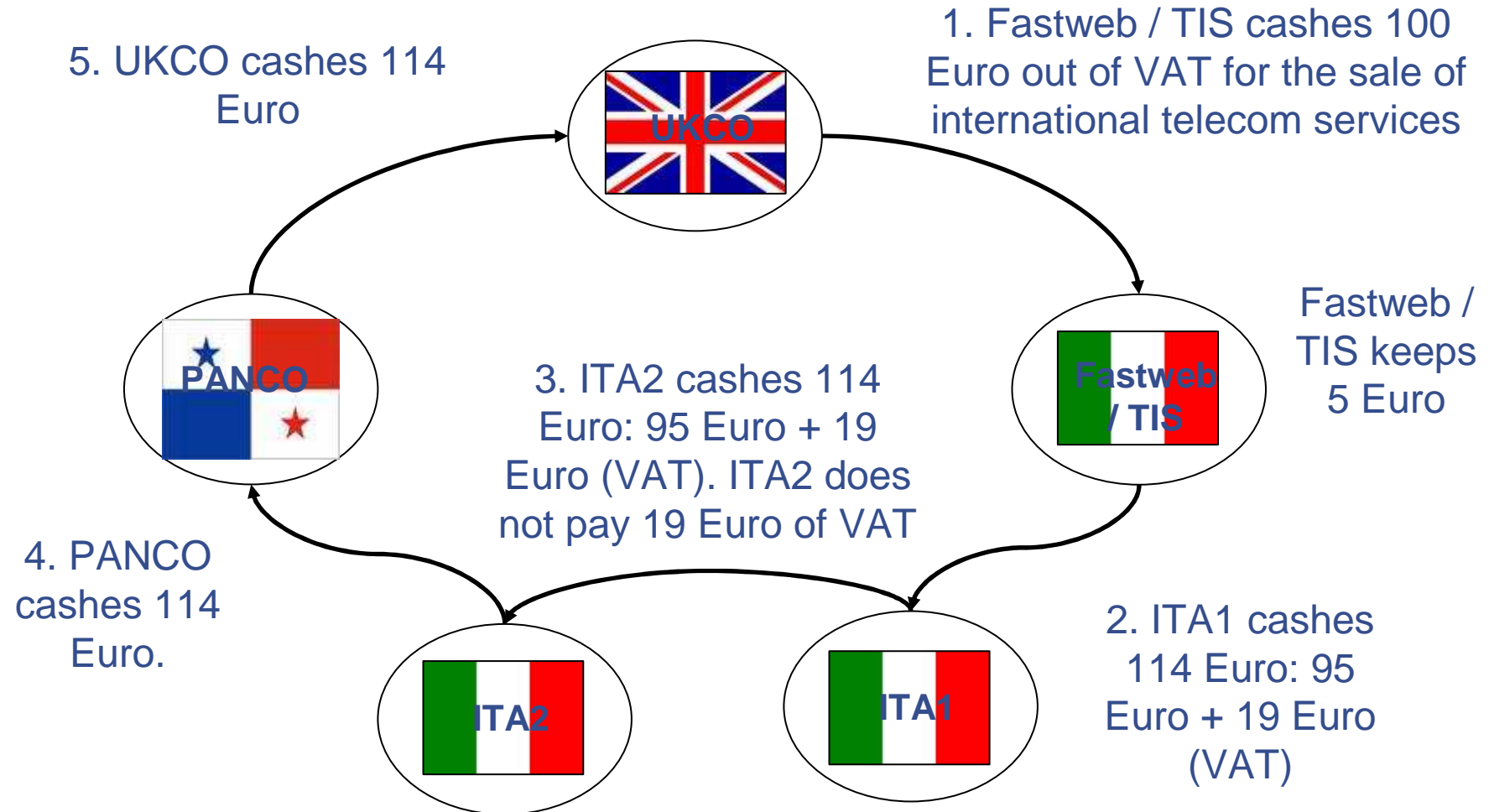
- ! **5ys** from the date of the crime offense
 - Possible application of business restrictions in advance → max **1y**

- ! Possibility to avoid or reduce penalties in case of implementation of appropriate **business models** aimed at preventing criminal offenses

- ! Normally not applicable to taxes
 - Fraud towards the State or public body
 - Dividend washing

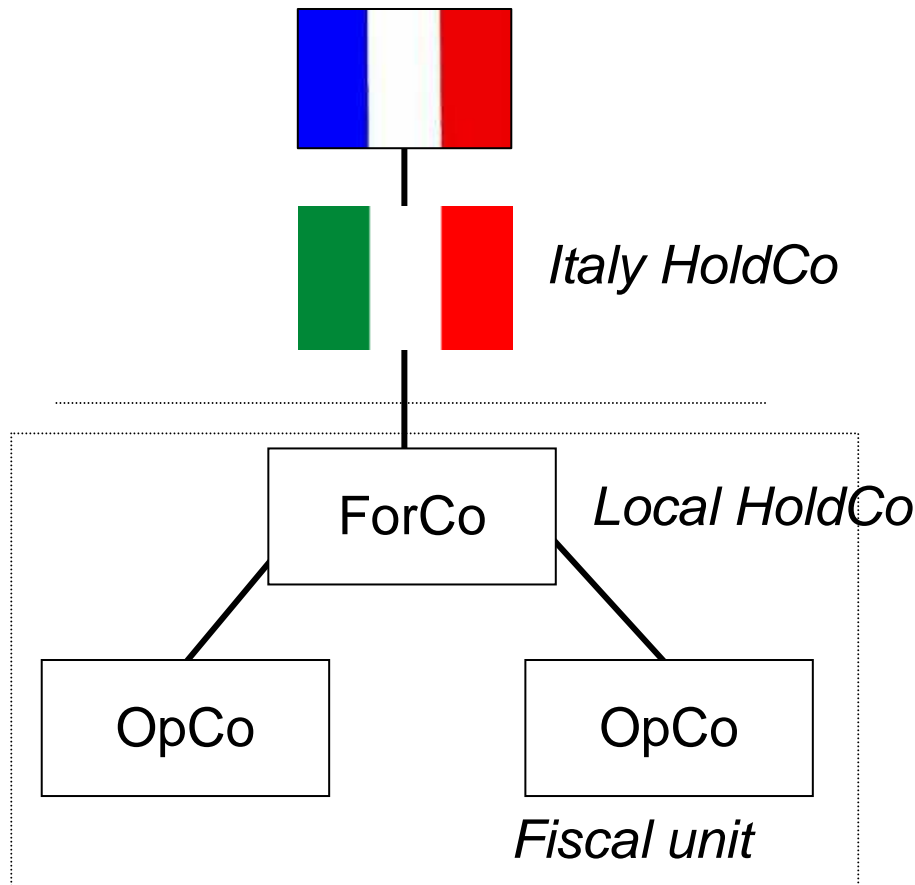
- ! The Fastweb and Telecom Italia Sparkle cases → 365 m Euro
 - Anti-money laundering

The “Phuncards” case: Fastweb and Telecom Italia Sparkle



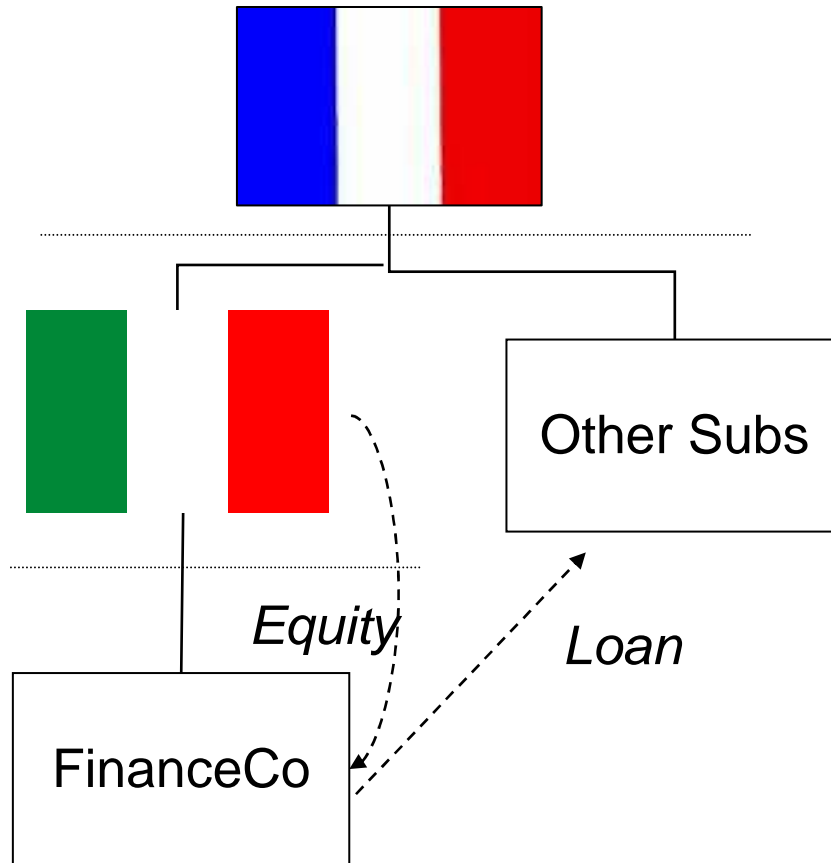
Other significant recent changes in the Italian tax legislation

The Italian new CFC legislation applicable from 2010: some examples



- ForCo income, the local HoldCo, is made only of dividends
- ForCo is created for the sole purpose of claiming the local fiscal unit
- ForCo not CFC under old legislation unless located in black list countries
- Under new legislation ForCo is CFC if effective tax rate of the dividends is less than half of the Italian one
- Under Italian tax law dividends are taxed @ 1.375%
- In case dividends are fully exempt in ForCo new CFC rules should apply

The Italian new CFC legislation applicable from 2010: some examples



- FinanceCo income is made only of interest received
- FinanceCo not CFC under old legislation unless located in black list countries
- Under new legislation FinanceCo is CFC if effective tax rate of the interest is less than half of the Italian one
- Under Italian tax law interest are fully subject to tax at 27.5%
- FinanceCo should be CFC under new rules if interest is taxed less than half of 27.5%
- The same in case of IPCo

Other tax news

- ! Tremonti tax incentive
- ! Mandatory communication of transaction with back list countries

Contact details

! In case of questions please contact

Fabio Aramini, LL.M., partner, Rome office

fabio.aramini@cms-aacs.com

Office (direct): +39 0647815328

Mobile: +39 3351234099

Federico Baridon, partner, Milan office

federico.baridon@cms-aacs.com

Office (direct): +39 0248011171

Mobile: +39 3348824592