

LE STRATEGIE DI IMPRESA ED I BENI DI PROPRIETA' AZIENDALE

Le strategie fiscali di un'impresa devono essere costruite in coerenza, formale e sostanziale, con il modello di business del gruppo

Questo implica conoscere il **modello di business del gruppo**, ovvero:

- il settore ed i mercati in cui il gruppo opera
- i *key value drivers* della catena del valore
- la struttura organizzativa del gruppo
- la ripartizione delle funzioni, dei rischi e dei beni, materiali ed immateriali, tra le diverse unità del gruppo stesso

E' inoltre necessario conoscere:

- la **strategia** del gruppo
- gli **strumenti di misurazione** delle *performance*

La fiscalità può impattare sul modello di business, in particolare sulla struttura organizzativa e sull'allocazione di funzioni, rischi e beni ma senza imporre scelte non sostenibili. *Conditio sine qua non* è che **forma e sostanza coincidano**.

Se forma e sostanza non coincidono, la probabilità di contenzioso fiscale con esito negativo è elevata.

LE STRATEGIE DI IMPRESA ED I BENI DI PROPRIETA' AZIENDALE

Nell'ambito delle strategie fiscali di impresa possono rientrare, quindi, tenuto conto di quanto detto prima (coincidenza tra forma e sostanza), le scelte di localizzazione di attività o di singoli beni.

I fattori che influenzano la localizzazione delle attività dell'impresa sono di natura:

- **non fiscale:** vicinanza ad un determinato mercato (di approvvigionamento o di sbocco);
costo del lavoro e capacità professionali
qualità dei servizi pubblici
infrastrutture economiche

- **fiscale:** attività di produzione
centri di distribuzione
attività bancarie e finanziarie
attività assicurative
servizi centrali di gruppo

La progressiva eliminazione delle barriere relative ai capitali (controlli sui cambi e restrizioni agli investimenti interni ed esterni) ed alle tecnologie ha, negli ultimi decenni, consentito alle multinazionali discrezionalità nella localizzazione delle attività di gruppo. Questo vale, a maggior ragione, in ambito comunitario con la creazione del mercato unico e con il riconoscimento delle libertà fondamentali.

LE STRATEGIE DI IMPRESA ED I BENI DI PROPRIETA' AZIENDALE

La localizzazione del bene di impresa per essere efficiente deve assicurare:

- a livello del debitore: costo deducibile per l'importo effettivamente pagato

Residenza del creditore: paradiso fiscale o regime fiscale preferenziale

Profilo economico/patrimoniale del debitore: parametri economici e patrimoniali di deducibilità

Congruità del corrispettivo pagato: rispetto *dell'arm's length principle* determinato secondo la miglior prassi

In caso di deduzione parziale: doppia imposizione economica, con penalizzazione dei risultati e drenaggio di risorse

- a livello del creditore: minimizzazione/azzeramento delle ritenute applicabili secondo:

Normativa interna del debitore

Normativa convenzionale (rispetto *dell'arm's length principle*)

Normativa comunitaria (rispetto *dell'arm's length principle*)

In caso di applicazione di ritenuta: problema finanziario che può diventare problema economico/sostanziale

- a livello del creditore: tassazione efficiente

Principio di riconoscimento dei ricavi: competenza o cassa

Metodo applicato per evitare la doppia imposizione: esenzione o credito

Criterio di riconoscimento del credito per imposte estere: recupero delle ritenute eventualmente applicate

LE STRATEGIE DI IMPRESA ED I BENI DI PROPRIETA' AZIENDALE

Le strategie fiscali di impresa ed, in particolare, le scelte di localizzazione di attività o di singoli beni devono essere giustificate dal punto di vista economico-imprenditoriale.

Negli ultimi anni la maggioranza degli Stati, su impulso di istituzioni ed organismi internazionali, ha rafforzato in misura significativa la propria normativa e prassi con l'obiettivo di **contrastare l'elusione fiscale internazionale**. Questa attività è particolarmente sentita in questi ultimi anni per effetto della crisi economica che ha evidenziato, tra i diversi problemi, un utilizzo eccessivo di paradisi fiscali, caratterizzati dalla mancanza di cooperazione e scambio di informazioni.

Dal punto di vista sostanziale, rilevano in particolare:

- **a livello italiano:** articolo 73, c. 5 bis/917: la c.d. estero-vestizione
articolo 110, c. 7/917: il *transfer pricing*
articolo 110, c. 10/917: i costi da paradisi fiscali
articolo 167/917: la normativa CFC

- **a livello comunitario:** Codice di Condotta
Rapporto Commissione Primarolo
Codice degli aiuti
Giurisprudenza della Corte di Giustizia
Comunicazione COM (2007) 785 sull'applicazione delle misure antiabuso (II.DD.)

- **a livello internazionale:** Modello OCSE di Convenzione e commentario
Double taxation conventions and the use of conduit companies
Rapporto OCSE su Controlled foreign corporation
Rapporto OCSE su Harmful tax Competition
Transfer Pricing and Business Restructuring
Rapporto OCSE su effective place of management

LE STRATEGIE DI IMPRESA ED I BENI DI PROPRIETA' AZIENDALE

La possibilità di beneficiare di regimi fiscali più favorevoli è comportamento sempre illecito?

*“La **Corte di Giustizia** ha espressamente confermato che è perfettamente legittimo tener conto di considerazioni di ordine fiscale per decidere dove creare uno stabilimento secondario. L’obiettivo di ridurre al minimo l’onere fiscale costituisce di per sé una considerazione commerciale valida, purchè le costruzioni attuate a questo fine non comportino trasferimenti fittizi di utili” (Commissione delle Comunità Europee, COM(2007) 785 del 10.12.2007).*

*“MNEs are free to organize their business operations as they see fit. Tax administrations do not have the right to dictate to an MNE how to design its structure or where to locate its business operations. MNE groups can not be forced to have or maintain any particular level of business presence in a country. They are free to act in their own best commercial and economic interests in this regards. In making this decision, tax consideration may be a factor. Tax administration, however, have the right to determine the tax consequences of the structure put in place by an MNE.....
The **OECD** considers that as as functions, assets and/or risks are actually transferred, it can be commercially rational from an Article 9 perspective for an MNE group to restructure in order to obtain tax savings” (OCSE – Transfer pricing aspects of business restructurings: discussion draft for public comment).*

Sia a livello internazionale sia, soprattutto, a livello comunitario l’obiettivo di ottenere un risparmio di imposta è lecito e può essere sanzionato solo al verificarsi di specifiche e limitate situazioni (le cosiddette costruzioni di puro artificio).

Il tema delle strategie o della revisione delle strategie di impresa, in particolare sull’estero, è estremamente attuale e sentito e non solo relativamente alle modifiche apportate alle normative antielusione, *in primis* le normative CFC, nei vari paesi. La crisi economica ha imposto alle multinazionali un’approfondita analisi delle proprie strutture ed una eventuale riorganizzazione finalizzata ad una razionalizzazione ed una maggiore efficienza delle strutture stesse. Tra gli elementi da tenere in considerazione nell’analisi c’è anche il livello di tassazione di ogni singola struttura e del gruppo nel suo complesso.

LE STRATEGIE DI IMPRESA ED I BENI DI PROPRIETA' AZIENDALE

In ambito comunitario, in presenza di regimi fiscali di favore, eventualmente in contrasto con quanto contenuto nel “Codice di condotta” e nel “Codice degli aiuti di Stato”, quale deve essere il rapporto tra libertà di stabilimento e norme o pratiche amministrative che generano concorrenza fiscale sleale o dannosa?

“The adoption of the code of conduct and the reference to the Irish tax system at issue among those tax measures which are harmful to the single market cannot (therefore) limit nor, a fortiori, retroactively restrict the right conferred by the Treaty on all companies in compliance with Article 48 EC to set up a secondary establishment in the Member State of their choice, including in a State in which a tax system viewed as harmful to the single market is in effect.

The fact that that tax system may also be classified as State aid incompatible with the common market does not alter that analysis..... The fact that such a tax system does not comply with the rules of the Treaty cannot therefore entitle a Member State to take unilateral measures intended to counter its effects by limiting freedom of movement” (Opinion of Advocate General Lèger – Cadbury Schweppes case – punti 57 e 58)

“Se i contribuenti non sono incorsi in pratiche abusive, gli Stati Membri non possono impedire l’esercizio dei diritti della libertà di circolazione solo perché gli Stati Membri hanno una fiscalità poco elevata. Questo vale anche con riguardo a speciali regimi favorevoli nei sistemi fiscali di altri Stati Membri. Le distorsioni legate all’ubicazione delle attività imprenditoriali come conseguenza di aiuti di Stato non compatibili con il trattato CE e di concorrenza fiscale dannosa non autorizzano gli Stati Membri a prendere misure unilaterali per combatterne gli effetti lesivi limitando la libertà di circolazione; esse devono piuttosto essere risolte alla fonte mediante le appropriate procedure giudiziarie o politiche” (Commissione delle Comunità Europee, COM(2007) 785 del 10.12.2007).

Ne consegue che, in ambito comunitario, uno Stato membro non può introdurre una normativa finalizzata ad impedire l’elusione o l’abuso se essa assume, come elemento da contrastare, una norma specifica o generale adottata da un altro Stato membro (con l’unica eccezione della costruzione di puro artificio). Questo vale, evidentemente, in particolar modo per la normativa CFC.

LE STRATEGIE DI IMPRESA ED I BENI DI PROPRIETA' AZIENDALE

Le modifiche alla normativa CFC e le c.d. *passive company* (nella fattispecie, società i cui proventi derivano dalla concessione in uso di diritti immateriali).

Passive company* localizzata in uno Stato c.d. *black list: nuovo comma 5bis dell'articolo 167/917:

se *passive income* è > 50% proventi totali: **presunzione assoluta di non effettività dell'attività**, a prescindere dalla disponibilità, nello Stato *black list*, di una struttura organizzativa idonea.

(la possibilità di disapplicare la normativa CFC è esclusa – relazione al disegno di legge di conversione del D.L. n. 78/2009)

Passive company* localizzata in uno Stato non *black list (in futuro, incluso nella *white list*: nuovo comma 8bis dell'articolo 167/917:

se: *Passive company* assoggettata a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella italiana, e *passive income* è > 50% proventi totali:

presunzione relativa di non effettività dell'attività. Esimente: l'insediamento all'estero non è una costruzione di puro artificio. Obbligatoria la presentazione dell'interpello preventivo.

LE STRATEGIE DI IMPRESA ED I BENI DI PROPRIETA' AZIENDALE

Transfer Pricing and Business Restructuring: esempi in merito al “*Commercial rationale test*” svolti nel documento con riferimento a operazioni di riorganizzazione di attività nell’ambito di gruppi multinazionali

1. *Conversion of a fully-fledged distributor into a “risk-less” distributor*

- Acquisizione di un gruppo da parte di altro gruppo
- Riorganizzazione del gruppo acquisito e trasferimento degli *assets* (marchi) a società del gruppo acquirente dedicate , nell’ambito di una strategia di centralizzazione di funzioni ed *assets*
- *Post-restructuring profit potential* drammaticamente diminuiti
- Riorganizzazione “*commercially rationale*” ma problema dei “*crown-jewels*” (riorganizzazione eccessivamente penalizzante: il problema delle opzioni realisticamente disponibili)

2. *Transfer of valuable intangibles to a shell company*

- Società proprietaria marchio noto con importante struttura centrale operative cede marchio a società neocostituita
- Società cedente remunerata sulla base del *cost plus*
- Società acquirente gestita da un *trust*, senza personale dipendente; di fatto, gestita da *managers* della cedente
- Riorganizzazione non “*commercially rationale*” e, come tale, sconosciuta

3. *Transfer of intangible to a company that exercise functions*

- Transazione simile a quella descritta al punto 2) ma la società acquirente assume personale della società cedente ed assume nuovo personale
- Società acquirente ha, quindi, una struttura in grado di gestire effettivamente il marchio acquisito
- Riorganizzazione “*commercially rationale*”