

Le recenti raccomandazioni dell'OCSE in tema di strumenti ibridi, pratiche fiscali dannose e modifiche ai trattati bilaterali

di Piergiorgio Valente*

1. Premessa – 2. Strumenti ibridi: le raccomandazioni dell'OCSE del 16 settembre 2014 – 3. Prospettive nella lotta alle pratiche fiscali dannose – 4. La rilevanza dello strumento multilaterale per la revisione dei trattati bilaterali – 4.1 Generalità – 4.2 *L'Action 15 del BEPS Action Plan* – 4.3 Vantaggi dello strumento multilaterale.

On 16 September 2014, as a result of the work carried out and of the consultations held in 2013, as well as in early 2014, the OECD submitted a first “package of measures” for the purpose of preventing and countering taxable base erosion through the shifting of profits (so-called “BEPS”).

Many sectors are involved, in view of the critical issues that were raised in connection with the above phenomenon. Among these we find: hybrid instruments, harmful tax practices and bilateral tax treaties.

1. PREMESSA

Gli studi OCSE in tema di erosione della base imponibile mediante il *profit shifting* (BEPS) hanno evidenziato la necessità di interventi specifi-

* *Chairman* del Comitato Fiscale della *Confédération Fiscale Européenne* (CFE). *Bureau Member* del *Taxation and Fiscal Policy Committee* del BIAC (*Business and Industry Advisory Committee to the OECD*). Docente titolare al Corso Superiore della Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza.

ci diretti a migliorare la trasparenza sul livello effettivo d'imposizione delle imprese multinazionali.

Criticità sono state individuate in settori quali quello degli strumenti ibridi, dei redditi derivanti da transazioni aventi ad oggetto “*digital goods*” e servizi, del trattamento fiscale del *debt-financing* tra parti correlate e delle altre transazioni finanziarie infragruppo, delle transazioni tra parti correlate aventi ad oggetto beni intangibili e quelle derivanti da operazioni di riorganizzazione aziendale (1).

Vi è poi l'esigenza di rendere maggiormente “effettive” le misure anti-abuso (“GAAR”, regimi CFC, disposizioni sulla *thin capitalization*, norme dirette a prevenire l'abuso delle disposizioni convenzionali), nonché di monitorare e contrastare i regimi fiscali dannosi esistenti nei Paesi membri, così come nei Paesi terzi.

Con riferimento a ciascuna delle suindicate aree critiche è stato predisposto un dettagliato piano di azione (c.d. *BEPS Action Plan*) con lo scopo principale di (2):

- identificare gli interventi necessari ad individuare e contrastare i fenomeni di *profit shifting* che comportano un'erosione della base imponibile;
- stabilire le *deadlines*, le risorse necessarie e le modalità d'implementazione dei citati interventi.

Nel documento “*OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Explanatory Statement – Deliverables 2014*”, del 16 settembre

(1) Cfr. P. VALENTE – E. FUSA – F. GHISELLI – A. TRON, *Marchi, brevetti e know-how: gestione internazionale degli intangibili*, Milano, 2013; P. VALENTE, *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”*, in *il fisco*, n. 12 del 2013; P. VALENTE, “*BEPS e transazioni finanziarie: erosione ed elusione internazionale delle basi imponibili*”, in *il fisco*, n. 6 del 2014; P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE*, in *il fisco*, n. 37 del 2013; P. VALENTE, *Digital economy: no ad un regime fiscale ad hoc*, in *Il Quotidiano Ipsosa*, 4 giugno 2014.

(2) Il piano d'azione è stato approvato dall'OCSE nel luglio 2013. Cfr. P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE*, in *il fisco*, n. 37 del 2013.

2014, si illustra il primo *set* di *reports* e raccomandazioni presentati con riferimento a sette delle quindici azioni (*Actions*) previste dal *BEPS Action Plan* (3).

Si riportano di seguito alcune considerazioni critiche con riferimento a strumenti ibridi, pratiche fiscali dannose e modifica dei trattati fiscali bilaterali, alla luce delle raccomandazioni OCSE del 16 settembre 2014.

2. STRUMENTI IBRIDI: LE RACCOMANDAZIONI DELL'OCSE DEL 16 SETTEMBRE 2014

L'importanza di adottare misure, sia a livello nazionale che internazionale, dirette a contrastare i fenomeni di doppia imposizione connessi all'uso degli strumenti ibridi è stata ribadita dall'OCSE nel documento "*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*" del 16 settembre 2014.

Le modifiche alla legislazione nazionale hanno l'obiettivo di garantire un più effettivo allineamento tra "*domestic and cross-border tax outcomes*". A tal fine, l'OCSE raccomanda di attuare disposizioni:

(3) Le sette azioni riguardano le seguenti aree:

- economia digitale (*Action 1*), con riferimento alla quale si evidenzia la necessità di un coordinamento con gli ulteriori lavori BEPS;
- strumenti ibridi (*Action 2*), i quali richiedono modifiche sia nelle legislazioni nazionali sia nel Modello OCSE, per contrastarne l'uso non appropriato;
- regimi fiscali dannosi (*Action 5*), con riferimento ai quali è necessaria una revisione dell'attuale *framework* e il rafforzamento dei requisiti di "sostanza economica" e "trasparenza";
- abuso dei trattati (*Action 6*), con riguardo al quale è opportuno assicurare che gli Stati includano, nelle proprie convenzioni contro le doppie imposizioni, clausole che prevedano un "livello minimo di protezione";
- *transfer pricing*, nel cui contesto sollevano criticità il trattamento dei beni immateriali (*Action 8*) e i requisiti documentali (*Action 13*);
- strumenti multilaterali (*Action 15*), per l'implementazione delle misure di contrasto al fenomeno dell'erosione della base imponibile.

- che assicurino il diniego dell'esenzione dei dividendi – concessa al fine di contrastare la c.d. “doppia imposizione economica” (4) – con riferimento ai pagamenti già deducibili effettuati “*under financial instruments*” (5);
- dirette ad impedire che gli strumenti ibridi vengano utilizzati allo scopo di duplicare i crediti d'imposta per ritenute applicate alla fonte (6);
- per il miglioramento dei regimi riguardanti le *Controlled Foreign Companies* e gli investimenti *offshore*, con l'obiettivo di:
 - riportare il reddito delle entità ibride “*within the charge to taxation*” nella giurisdizione dell'investitore;

(4) Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, p. 13 ss.

(5) 68. *A country that provides for a dividend exemption specifically to relieve economic double taxation on distributed profit should restrict such exemption to payments that are paid out of after-tax profits. In a wholly-domestic situation this outcome can generally be achieved by restricting the dividend exemption to payments that are characterised as dividends or distributions under domestic law. In cross-border payment situations, however, such a restriction will not be sufficient, as the domestic criteria characterising the payment and determining its tax treatment will not apply to the payer. Jurisdictions that relieve economic double taxation by offering a dividend exemption for amounts paid by a foreign payer should therefore similarly limit the benefit of the dividend exemption to payments that are paid out of after-tax profits.*

69. *The payee jurisdiction should not be required to extend relief from economic double taxation under domestic law in circumstances where the payment has not borne underlying tax. The Report therefore recommends that jurisdictions which offer an exemption for dividends do not extend that exemption to deductible payments (cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014).*

(6) 55. *Hybrid transfers are typically a particular type of collateralized loan arrangement or derivative transaction where the counterparties to the same arrangement in different jurisdictions both treat themselves as the owner of the loan collateral or subject matter of the derivative. This difference in the way the arrangement is characterised can lead to payments made under the instrument producing a mismatch in tax outcomes.*

56. *While the legal mechanisms for achieving a hybrid transfer depend on the individual tax rules of the jurisdictions involved, the most common transaction used to achieve a mismatch in tax outcomes under a hybrid transfer is a sale and repurchase arrangement (generally referred to as a repo) over an asset where the terms of the repo make it the economic equivalent to a collateralised loan (cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014).*

- imporre obblighi di *information reporting* sugli intermediari (7), in grado di consentire agli investitori *offshore* e alle Amministrazioni finanziarie coinvolte di applicare le nuove disposizioni;
- *restricting the tax transparency of reverse hybrids*, appartenenti allo stesso gruppo.

Se le suindicate raccomandazioni hanno l'obiettivo di prevenire *mismatches* connessi all'uso degli strumenti ibridi, misure si rendono necessarie per il coordinamento del trattamento fiscale applicato ai redditi da strumenti ibridi in tutti gli Stati interessati (8).

In questo caso, è opportuno che vengano adottate disposizioni nazionali che escludano:

- la deducibilità di un pagamento il quale è a sua volta deducibile in un'altra giurisdizione;
- l'esenzione dei pagamenti i quali sono deducibili da parte del *payer*;
- la deduzione di un pagamento il quale non può essere classificato quale *ordinary income* da parte del percipiente.

(7) 91. *It can be difficult for both investors and tax administrations to obtain sufficient information on what income has been accumulated in the offshore fund and how much has been allocated to a resident investor. For this reason the Report recommends the development of guidance for tax filing and information reporting requirements that would facilitate the ability of non-resident investors and tax administrations to determine the income and gains derived by the entity and amounts allocated to each investor (OCSE, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 16 settembre 2014).*

(8) 43. *The extent of a mismatch is determined by comparing the tax treatment of the payment under the laws of each jurisdiction where the mismatch arises. A D/NI mismatch generally occurs when the proportion of a payment that is deductible under the laws of one jurisdiction does not correspond to the proportion that is included in ordinary income by any other jurisdiction. A DD mismatch arises to the extent that all or part of the payment is deductible under the laws of another jurisdiction.*

44. *All the mismatch arrangements described above involve payments. The amount of a payment is measured in money. While differences in the way two jurisdictions value a payment can give rise to mismatches, differences in the valuation of money itself are not within the scope of the hybrid mismatch rule” (cfr. OCSE, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 16 settembre 2014).*

Le legislazioni nazionali dovrebbero prendere in considerazione e disciplinare due diversi tipi di pagamenti.

In primo luogo, rilevano i pagamenti effettuati in relazione a un *hybrid mismatch arrangement* (9), i quali sono deducibili secondo le disposizioni applicabili nella *payer jurisdiction* (ma che non sono inclusi nell'*ordinary income* del *payee* o di un investitore correlato). In secondo luogo, vengono considerati i pagamenti effettuati in relazione a un *hybrid mismatch arrangement* che comportano una doppia deduzione con riferimento al medesimo pagamento (*double deduction*).

Con l'obiettivo di scongiurare il rischio di doppia imposizione, è opportuno predisporre chiare linee guida per il coordinamento delle normative nei casi in cui "*more than one country seeks to apply such rules to a transaction or structure*".

A tal fine, si precisa che una giurisdizione non è necessariamente tenuta ad applicare l'*hybrid mismatch rule*, allorché altra disposizione venga applicata nell'altro Stato interessato, la quale è parimenti idonea a neutralizzare il *mismatch* determinato dallo strumento ibrido.

L'*Action 2* del *BEPS Action Plan* fa altresì riferimento alle eventuali modifiche da apportare al Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, al fine di assicurare che le entità c.d. *dual-resident* (10) non vengano utilizzate con l'obiettivo di conseguire "*the benefits of treaties unduly*".

(9) 41. *A hybrid mismatch arrangement is an arrangement that exploits a difference in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to produce a mismatch in tax outcomes where that mismatch has the effect of lowering the aggregate tax burden of the parties to the arrangement* (cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014).

(10) Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, p. 181 ss., P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2013, p. 134 ss.

Le modifiche all'art. 4(3) del Modello OCSE (11), quali parte dell'attività svolta con riferimento all'*Action 6* (12), hanno la funzione di superare alcune criticità connesse alle *dual-resident entities*, attraverso la previsione secondo cui le relative questioni sono da risolvere *on a case-by-case basis* piuttosto che sulla base dell'attuale normativa basata sul *place of effective management* (13).

Alcune criticità tuttavia permangono con riferimento a quegli schemi di pianificazione fiscale aggressiva e, quindi, ai fenomeni di evasione fiscale derivanti, ad esempio, dal fatto che una entità è residente di un determinato Stato ai sensi della legislazione nazionale di quest'ultimo, mentre, allo stesso tempo è residente di un altro Stato *under a tax treaty concluded by the first State*.

Secondo l'OCSE, la soluzione a situazioni quale quella sopra delineata non può che essere rinvenuta nella legislazione nazionale (14).

Non meno rilevanti appaiono le disposizioni convenzionali relative alle entità c.d. *trasparenti*. Il Rapporto dell'OCSE del 1999, *The Application*

(11) 3. *Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated.*

(12) *Action 6 – Prevent treaty abuse.*

Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids.

Cfr. P. VALENTE, "Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE", in *il fisco*, n. 37 del 2013.

(13) Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, p. 181 ss., P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2013, p. 134 ss.

(14) Inoltre, "the change to Art. 4(3) will not address BEPS concerns that arise from dual-residence where no treaty is involved".

of the OECD Model Tax Convention to Partnership, riporta una esaustiva analisi dell'applicazione delle disposizioni convenzionali alle *partnerships*, incluse quelle situazioni in cui è rinvenibile *a mismatch in the tax treatment of the partnership* (15).

Il suindicato Rapporto tuttavia non si occupa espressamente dell'applicazione dei trattati fiscali a entità diverse dalle *partnerships*. Con l'obiettivo di far fronte a tale lacuna, e tenendo altresì conto del fatto che molti Paesi hanno riscontrato alcune criticità nell'attuazione delle conclusioni ivi contenute, nelle raccomandazioni del 16 settembre 2014, si invitano gli Stati ad includere nel Modello OCSE una nuova disposizione la quale ha l'obiettivo di assicurare che "*income of transparent entities is treated (...) in accordance with the principles*" del Rapporto del 1999.

La suindicata previsione dovrebbe garantire non soltanto che i benefici convenzionali vengano riconosciuti in determinati casi, ma altresì che i citati benefici non possano essere riconosciuti laddove nessuno degli Stati contraenti tratti il reddito dell'entità quale *income of one of its residents*.

3. PROSPETTIVE NELLA LOTTA ALLE PRATICHE FISCALI DANNOSE

A distanza di circa quindici anni dalla pubblicazione del Rapporto *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (16), le considerazioni e le preoccupazioni in esso espresse con riferimento al *race to the bottom on the mobile tax base* non hanno perso rilevanza.

In determinati settori, ciò che assume importanza è la riduzione delle aliquote d'imposta – in alcuni ordinamenti giuridici – applicabili al reddito delle società.

(15) Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, p. 75 ss.

(16) Cfr. P. VALENTE, *Fiscalità sovranazionale*, Milano, 2008.

La circostanza secondo cui i regimi fiscali preferenziali (17) rappresentano una c.d. *pressure area* per i Governi dei Paesi a fiscalità avanzata è stata sottolineata dall'OCSE nel Rapporto BEPS del febbraio 2013 e nel successivo *BEPS Action Plan* del luglio 2013.

Con l'obiettivo di combattere le pratiche fiscali dannose (18) più efficacemente, tenendo in considerazione *transparency and substance*, l'*Action 5* del *BEPS Action Plan* richiede al *Forum on Harmful Tax Practices (Forum)* di rivedere le attività già svolte in materia con l'obiettivo di migliorare la trasparenza, anche mediante *compulsory spontaneous exchange*

(17) "In order for a regime to be considered preferential, it must offer some form of tax preference in comparison with the general principles of taxation in the relevant country. A preference offered by a regime may take a wide range of forms, including a reduction in the tax rate or tax base or preferential terms for the payment or repayment of taxes. Even a small amount of preference is sufficient for the regime to be considered preferential. The key point is that the regime must be preferential in comparison with the general principles of taxation in the relevant country, and not in comparison with principles applied in other countries. For example, where the rate of corporate tax applied to all income in a particular country is 10%, the taxation of income from mobile activities at 10% is not preferential, even though it may be lower than the rate applied in other countries" (cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, p. 22).

(18) "Four key factors and eight other factors are used to determine whether a preferential regime within the scope of the FHTP's work is potentially harmful. A reference to substantial activity is already included in the eight other factors so this is not a new concept. The eight other factors generally help to spell out, in more detail, some of the key principles and assumptions that should be considered in applying the key factors themselves.

The four key factors are:

1. The regime imposes no or low effective tax rates on income from geographically mobile financial and other service activities.
2. The regime is ring-fenced from the domestic economy.
3. The regime lacks transparency (for example, the details of the regime or its application are not apparent, or there is inadequate regulatory supervision or financial disclosure).
4. There is no effective exchange of information with respect to the regime" (cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, p. 23).

on rulings related to preferential regimes (19), nonché di introdurre il requisito della *substantial activity for any preferential regime*.

In sostanza, il *Forum* dovrebbe intervenire sotto tre diversi aspetti:

- in primo luogo, dovrebbe procedere alla finalizzazione della revisione dei regimi fiscali preferenziali presenti negli ordinamenti degli Stati membri;
- in secondo luogo, dovrebbe procedere alla definizione di una strategia per la partecipazione da parte dei Paesi non membri OCSE;
- in terzo luogo, dovrebbe procedere ad una valutazione in ordine alle modifiche necessariamente da apportare al *framework* esistente.

Con riferimento alla revisione dei regimi preferenziali esistenti a livello di ciascuno Stato membro, il documento *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, del 16 settembre 2014, evidenzia come particolare enfasi dovrebbe essere data:

- all’elaborazione di una metodologia per definire *a substantial activity requirement in the context of intangible regimes*;
- al miglioramento della trasparenza attraverso *compulsory spontaneous exchange on rulings* relativi ai regimi fiscali preferenziali.

Si rileva un generalizzato consenso degli Stati per l’adozione di misure dirette a rafforzare il requisito della *substantial activity*, mentre diversi approcci sono stati presi in considerazione con l’obiettivo comune di un “allineamento” della tassazione dei profitti alla “sostanza” delle attività svolte.

Alla data di pubblicazione del documento in commento, sono ancora in corso le discussioni in ordine all’approccio da utilizzare ai fini della verifica dei regimi fiscali preferenziali individuati (20).

(19) Per approfondimenti cfr. P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Scambio di informazioni: profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, p. 30 ss.

(20) Sono tre gli approcci in fase di discussione da parte del *Forum*: “*The first approach was a value creation approach that required taxpayers to undertake a set number of significant development activities. This approach did not have any support over the other two.*

The second approach was a transfer pricing approach that would allow a regime to provide benefits to all the income generated by the IP if the taxpayer had located a set level of important functions in the jurisdiction providing the regime, if the taxpayer is the legal owner of

Con riferimento alla trasparenza, il documento del 16 settembre 2014 dà atto dell'esistenza di un *framework* dettagliato e condiviso da tutti gli Stati membri, il quale troverà applicazione con riferimento ai citati regimi preferenziali (21).

È inoltre in corso l'attività di revisione, da parte del *Forum*, dei regimi degli *associate countries*. Tale revisione viene effettuata *on an equal footing with the review of member country regimes*, sebbene potrebbe richiedere una tempistica diversa per quanto riguarda il suo completamento (22).

the assets giving rise to the tax benefits and uses the assets giving rise to the tax benefits, and if the taxpayer bears the economic risks of the assets giving rise to the tax benefits. A few countries supported the transfer pricing approach, suggesting that it was consistent with international tax principles, and they expressed concerns with the nexus approach, including questions about its compatibility with European Union law etc. Many countries raised a number of concerns with the transfer pricing approach, which is why the work of the FHTP did not focus further on this approach.

The third approach was the nexus approach. This approach looks to whether an IP regime makes its benefits conditional on the extent of R&D activities of taxpayers receiving benefits (...)" (cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, p. 29).

(21) "(...) *The framework deals with the following four key design questions:*

1. *When does the obligation to spontaneously exchange information on rulings arise?*
2. *Who must information be exchanged with?*
3. *What information must be exchanged?*
4. *What is the legal basis for the spontaneous information exchange?"* (cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, p. 38).

(22) *"The effectiveness of information exchange very much depends on the timeliness of the information exchanged. For that reason, a country that has provided a ruling that is subject to the obligation to spontaneously exchange information under Action Item 5 must exchange the relevant information on that ruling with any affected country as quickly as possible and no later than 3 months after that in which the ruling becomes available to the competent authority of the country that has granted the ruling. The recommendation is that the relevant authorities within the country that has granted the ruling transmit that ruling to their competent authority without undue delay. Countries need to ensure they have an appropriate system in place to ensure they are in a position to do so"* (cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, p. 47).

4. LA RILEVANZA DELLO STRUMENTO MULTILATERALE PER LA REVISIONE DEI TRATTATI BILATERALI

4.1 Generalità

Le convenzioni contro le doppie imposizioni si fondano su un *set* di principi il cui obiettivo principale è l'eliminazione della doppia tassazione nelle operazioni transfrontaliere, per lo più in via bilaterale (23).

È, altresì, vero che l'elevato numero di convenzioni bilaterali rende poco agevole una loro revisione al fine di adeguarne il contenuto alle sfide poste dal fenomeno suindicato. Anche laddove si rinvenisse l'unanime consenso verso sostanziali modifiche al Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE, la trasposizione delle stesse nei singoli trattati bilaterali richiederebbe tempi e risorse rilevanti.

Per tale motivo, secondo l'OCSE, si rende necessario introdurre un meccanismo che consenta di apportare direttamente le modifiche necessarie (24): ulteriori revisioni al Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE potrebbero soltanto creare un *gap* tra il contenuto del Modello stesso e quello dei trattati bilaterali esistenti.

(23) Il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, sviluppato per la prima volta negli anni '20 dalla Lega delle Nazioni, è stato interessato, nel corso dei decenni, da una serie di aggiornamenti e revisioni ad opera dell'OCSE. A tale Modello – e alle diverse versioni succedutesi negli anni – s'ispirano i trattati bilaterali che compongono il *network* convenzionale odierno.

La globalizzazione ha esasperato l'impatto del “disallineamento” tra i diversi regimi fiscali, evidenziando come l'attuale apparato delle convenzioni può dare adito a fenomeni di erosione della base imponibile mediante il *profit shifting* (BEPS).

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, p. 25 ss.

(24) I *Leaders* del G20, i quali si sono incontrati a San Pietroburgo nel settembre 2013, hanno manifestato il loro supporto politico all'attività dell'OCSE, diretta ad adeguare l'attuale sistema fiscale internazionale alle sfide poste dalla globalizzazione.

L'obiettivo, pertanto, condiviso dai Governi ed esplicitato nell'*Action 15* del *BEPS Action Plan* (25), è quello di esplorare la possibilità di sviluppare uno strumento multilaterale, il quale dovrebbe avere il medesimo effetto di una "simultanea rinegoziazione" di migliaia di trattati fiscali bilaterali.

4.2 L'*Action 15* del *BEPS Action Plan*

L'*Action 15* del *BEPS Action Plan* invita a procedere ad un'analisi delle questioni di diritto tributario e di diritto pubblico internazionale connesse con la predisposizione di uno strumento multilaterale che consenta agli Stati di implementare le misure adottate nel contesto del progetto BEPS nelle rispettive convenzioni bilaterali (26).

(25) Cfr. P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE*, in *il fisco*, n. 37 del 2013.

(26) *Action 15 – Develop a multilateral instrument.*

Analyse the tax and public international law issues related to the development of a multilateral instrument to enable jurisdictions that wish to do so to implement measures developed in the course of the work on BEPS and amend bilateral tax treaties. On the basis of this analysis, interested Parties will develop a multilateral instrument designed to provide an innovative approach to international tax matters, reflecting the rapidly evolving nature of the global economy and the need to adapt quickly to this evolution.

Secondo quanto affermato dall'OCSE nel *BEPS Action Plan*, vi è la necessità di considerare nuove e innovative modalità di implementazione delle misure adottate nel *contest* dei lavori BEPS:

The delivery of the actions included in the Action Plan on BEPS will result in a number of outputs. Some actions will likely result in recommendations regarding domestic law provisions, as well as in changes to the Commentary to the OECD Model Tax Convention and the Transfer Pricing Guidelines. Other actions will likely result in changes to the OECD Model Tax Convention. This is for example the case for the introduction of an anti-treaty abuse provision, changes to the definition of permanent establishment, changes to transfer pricing provisions and the introduction of treaty provisions in relation to hybrid mismatch arrangements.

*Changes to the OECD Model Tax Convention are not directly effective without amendments to bilateral tax treaties. If undertaken on a purely treaty-by-treaty basis, the sheer number of treaties in effect may make such a process very lengthy, the more so where countries embark on comprehensive renegotiations of their bilateral tax treaties. A multilateral instrument to amend bilateral treaties is a promising way forward in this respect (cfr. p. 24 del *BEPS Action Plan*).*

Sulla base delle risultanze della suindicata analisi, gli Stati interessati svilupperanno uno strumento multilaterale che:

- rappresenti un approccio innovativo alle questioni fiscali internazionali;
- sia in grado di rispondere efficacemente ai cambiamenti repentini dell'economia globale.

Obiettivo dell'Action 15 è di rendere agevole l'implementazione *of the tax treaty-related BEPS measures* (27).

Trattasi di approccio nuovo, il quale non incontra precedenti nel panorama della fiscalità internazionale, sebbene sia già stato applicato in altri settori del diritto pubblico internazionale. L'esperienza acquisita in tali ultimi settori dovrebbe rappresentare una guida imprescindibile per la definizione delle questioni connesse allo sviluppo del citato strumento, nonché per l'individuazione dell'impatto che esso comporta.

È, ad ogni modo, opinione dell'OCSE quella secondo cui uno strumento multilaterale per la revisione dei trattati fiscali bilaterali *is desirable and feasible*, tant'è che le negoziazioni dovrebbero essere intavolate al più presto.

4.3 Vantaggi dello strumento multilaterale

I vantaggi connessi allo sviluppo di uno strumento multilaterale sono innumerevoli.

La negoziazione a livello multilaterale consente senz'altro di superare le complessità, in termini di tempi e modalità, di una pluralità di negoziazioni di tipo bilaterale. Considerato che queste ultime si svolgono, normalmente, lungo l'arco di qualche decennio, lo strumento multilaterale di revisione del contenuto convenzionale garantirebbe speditezza e coordinamento del processo diretto ad implementare le misure BEPS.

(27) Cfr. P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE*, in *il fisco*, n. 37 del 2013.

Ciascun trattato si presenta quale distinto ed autonomo negozio giuridico, il cui coordinamento con gli accordi omologhi non è di agevole definizione. Tale esigenza di coordinamento potrebbe risultare particolarmente compromessa se le misure adottate nel contesto del progetto BEPS dovessero essere implementate mediante la stipula di tanti protocolli di modifica quante sono le convenzioni contro le doppie imposizioni del *network* mondiale (28).

Lo strumento multilaterale di negoziazione consentirebbe invece di raggiungere “risultati sincronizzati” in grado di garantire un risparmio in termini di risorse, nonché maggiore chiarezza delle *BEPS-related international tax treaty rules* (29).

Un ulteriore vantaggio è connesso alla partecipazione dei Paesi cosiddetti “in via di sviluppo”, per i quali le difficoltà di ordine pratico connesse all’implementazione delle misure BEPS sono più rilevanti che per i Paesi sviluppati. Si rilevano maggiori complessità durante la fase di rinegoziazione, in ragione soprattutto del “non allineamento” – tra le due categorie di Paesi – sul piano dell’esperienza e dell’*expertise* necessari.

Lo strumento multilaterale offrirebbe ai Paesi c.d. “in via di sviluppo” la possibilità di beneficiare al meglio dei risultati del progetto BEPS in quanto consentirebbe a *similarly-minded developing governments* di cooperare sfruttando le esperienze comuni ai fini di una pronta definizione del processo negoziale.

Alcune questioni, inoltre, possono essere più efficacemente trattate su un piano multilaterale che a livello bilaterale.

Secondo l’OCSE, lo strumento bilaterale non è in grado di far fronte, agli alti livelli, ad *issues* quali *factor mobility and global value chains*. È

(28) Per approfondimenti sul *network* convenzionale italiano cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, p. 43 ss.

(29) “*These benefits are in addition to the simple reality that only a multilateral instrument can overcome the practical difficulties associated with trying to rapidly modify the 3000+ bilateral treaty network*” (cfr. OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*”, 16 settembre 2014, p. 16 ss.).

sempre più impellente la necessità di risolvere controversie che coinvolgono più Paesi. Malgrado le Amministrazioni finanziarie abbiano espresso un certo interesse per lo sviluppo di una *multilateral mutual agreement procedure (MAP)* per la risoluzione delle *multi-country disputes*, alcuni Paesi ne hanno rilevato i limiti in assenza di una fonte giuridica su cui fondare, appunto, una *multilateral MAP* (30).

I suindicati ostacoli giuridici alla piena implementazione di un meccanismo di risoluzione delle controversie tra Paesi di tipo multilaterale potrebbero essere facilmente superati con l'introduzione di uno strumento multilaterale di rinegoziazione dei trattati fiscali.

Secondo l'OCSE, lo strumento multilaterale può rendere più coerente e affidabile il *network* delle convenzioni contro le doppie imposizioni, assicurando, in tal modo, certezza ai traffici economici. Contrariamente a quanto avviene allorché si proceda alla modifica di migliaia di trattati bilaterali, un unico meccanismo multilaterale per l'implementazione delle misure BEPS avrebbe il vantaggio di garantire risultati coerenti e coordinati.

Ciò, in quanto consentirebbe alle delegazioni di concentrare attenzione ed *expertise* su un unico documento il quale presenterebbe stile e linguaggio ritenuti *most appropriate* da tutte le parti interessate. Un unico testo documentale, inoltre, in sostituzione di un numero elevato di testi, garantirebbe un'interpretazione unica e condivisa in tutte le giurisdizioni coinvolte (31).

(30) Secondo l'OCSE, *there is merit in developing a truly multilateral MAP if the goal is to resolve multi-country disputes. Such a provision would enable MAP consultation with the competent authority of all parties to a multilateral instrument that are concerned with a case involving a taxpayer active in many jurisdictions. To provide certainty and resolution of disputes in the post-BEPS environment, such a provision would further provide for arbitration where the competent authorities are unable to resolve the case by mutual agreement* (cfr. OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 16 settembre 2014, p. 24 ss.).

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE – C. ALAGNA – S. MATTIA, *Controversie internazionali: procedure amichevoli e gestione delle relazioni*, Milano, 2013, p. 39 ss.

(31) *“As a result, a common international understanding would develop about the meaning of the text of the provisions of the multilateral instrument.*

Aspetti fondamentali sono la flessibilità e il rispetto delle relazioni bilaterali. I benefici di una pronta implementazione:

- della coerenza interpretativa;
- della certezza giuridica;
- dell'efficienza,

possono essere garantiti solo se le peculiarità di ciascun Paese e la sovranità fiscale sono rispettate, in modo tale che l'intero processo *does not bog down or involve too few countries*. Consentire ai Paesi di disciplinare le proprie specifiche esigenze nell'ambito di un unico strumento agevola il superamento delle suindicate criticità.

Inoltre, è importante che ciascuno Stato abbia la consapevolezza che ogni altra giurisdizione intenda adottare misure di contrasto all'erosione della base imponibile. A tal fine, i Paesi contraenti potrebbero esprimere il proprio *commitment* verso *a core set of provisions* (32), da includere nello strumento multilaterale, avendo la possibilità *to opt-out, opt-in or choose* tra alternative di regolamentazione e disposizioni riguardanti le altre *issues* rientranti nell'ambito di applicazione dello strumento multilaterale (33).

By addressing a number of contested questions surrounding international tax rules in a definitive way, a multilateral instrument can restore clarity and ensure future certainty for the status of a variety of important rules that business relies upon to be able to invest with confidence cross-border” (cfr. OCSE, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 16 settembre 2014, p. 16 ss.).

(32) *“Negotiations would thereby accommodate bilateral specificities, reinforce governmental policy goals, and reassert tax sovereignty in the face of globalisation. At the same time, a level playing field will require broad participation.*

Some provisions of the treaty-based portion of the BEPS Project require broad participation in order to successfully address BEPS concerns. Thus, to ensure a level playing field and fairly shared tax burdens, flexibility and respect for bilateral relations will need to be balanced against core commitments that reflect new international standards that countries are urged to meet and for which the multilateral instrument is a facilitative tool” (cfr. OCSE, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 16 settembre 2014, p. 17 ss.).

(33) *“Parties are permitted to exclude or modify the legal effect of certain provisions, in whole or in part, through the use of explicit opt-out mechanisms foreseen by the treaty, the formulation of reservations, or the use of other mechanisms such as derogations, waivers and restrictions.*

A tale scopo, gli Stati possono ricorrere allo strumento della riserva (*opt-out mechanism*), la quale si configura quale dichiarazione unilaterale di uno Stato all'atto della sottoscrizione, ratifica, accettazione, approvazione, ecc. di uno strumento multilaterale, il cui obiettivo è quello di escludere o modificare *the legal effect of certain provisions of the Convention* (34). L'*opt-in*

According to a widely accepted definition, an exclusionary or opting-out (or contracting-out) clause is a treaty provision by which a State will be bound by rules contained in the treaty unless it expresses its intent not to be bound, within a certain period of time, by some of those provisions (cfr. OCSE, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 16 settembre 2014, p. 48 ss.).

(34) L'art. 30 della *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* (1988) prevede la possibilità per gli Stati contraenti di formulare delle riserve:

"Article 30 – Reservations:

1. *Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance or approval or at any later date, declare that it reserves the right:*
 - a. *not to provide any form of assistance in relation to the taxes of other Parties in any of the categories listed in sub-paragraph b. of paragraph 1 of Article 2, provided that it has not included any domestic tax in that category under Annex A of the Convention;*
 - b. *not to provide assistance in the recovery of any tax claim, or in the recovery of an administrative fine, for all taxes or only for taxes in one or more of the categories listed in paragraph 1 of Article 2;*
 - c. *not to provide assistance in respect of any tax claim, which is in existence at the date of entry into force of the Convention in respect of that State or, where a reservation has previously been made under sub-paragraph a. or b. above, at the date of withdrawal of such a reservation in relation to taxes in the category in question;*
 - d. *not to provide assistance in the service of documents for all taxes or only for taxes in one or more of the categories listed in paragraph 1 of Article 2;*
 - e. *not to permit the service of documents through the post as provided for in paragraph 3 of Article 17;*
 - f. *to apply paragraph 7 of Article 28 exclusively for administrative assistance related to taxable periods beginning on or after 1 January of the third year preceding the one in which the Convention, as amended by the 2010 Protocol, entered into force in respect of a Party, or where there is no taxable period, for administrative assistance related to charges to tax arising on or after 1 January of the third year preceding the one in which the Convention, as amended by the 2010 Protocol, entered into force in respect of a Party.*
2. *No other reservation may be made".*

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, p. 924 ss.; P. VALENTE – L. VINCIGUERRA, *Scambio di informazioni: profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, p. 117 ss.

(o *contracting-in mechanism*) è invece quella disposizione secondo la quale le parti di un trattato accettano gli obblighi convenzionali che, in assenza di una accettazione esplicita, non si applicherebbero loro in via automatica (35).

(35) Obiettivo di tale meccanismo è quello di consentire alle parti di impegnarsi nei confronti di *further action in pursuit of the objectives of the treaty*.

