



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

INNOVAZIONE E DIRITTO

QUARTERLY REVIEW OF TAX AND ECONOMIC LAW

2

2018

La Convenzione multilaterale Beps: i principali impatti sui Trattati bilaterali

a cura di Clelia Buccico

*Professore associato di Diritto tributario presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" (già Seconda Università degli Studi di Napoli) e
Presidente della Fondazione ODCEC Napoli*

ABSTRACT

The Multilateral Convention has the objective of developing a multilateral instrument to modify bilateral agreements, with a view to speeding up and facilitating the implementation of BEPS measures developed to deal with elusive phenomena. This is necessary given the current international tax system based on the development of conventional bilateral models whose provisions are "outdated" or not suitable to counter the planning schemes implemented by multinational companies to achieve an undue competitive advantage.

SINTESI

La Convenzione multilaterale ha l'obiettivo di sviluppare uno strumento multilaterale per modificare gli accordi bilaterali, al fine di velocizzare e facilitare la realizzazione delle misure BEPS messe a punto per affrontare i fenomeni elusivi. Ciò si rende necessario visto l'attuale sistema fiscale internazionale basato sullo sviluppo di modelli convenzionali bilaterali le cui disposizioni sono "superate" o poco idonee a contrastare gli schemi di pianificazione attuati dalle imprese multinazionali per raggiungere un indebito vantaggio competitivo.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La Convenzione multilaterale – 3. Gli obiettivi – 4. I meccanismi di applicazione – 5. Le tematiche affrontate – 6. La posizione italiana – 7. L'entrata in vigore ed effetti – 8. Conclusioni

1. Premessa

La crescita economica è stata notevolmente limitata dall'interazione tra gli ordinamenti fiscali che hanno determinato effetti di doppia imposizione limitando i diritti dei contribuenti. Allo stesso tempo, però, proprio l'interazione tra gli ordinamenti tributari ha dato luogo a notevoli vantaggi fiscali per le multinazionali operanti in Stati diversi eliminando o riducendo il livello d'imposizione sul reddito, con modalità non conformi agli obiettivi delle norme e dei principi di fiscalità internazionale.

La diretta conseguenza di tale fenomeno è stata l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti che rappresentano un significativo rischio per il gettito

degli Stati, la loro sovranità e l'equità fiscale.

L'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti distorcono così la concorrenza, perché i *business* che implementano strategie fiscali all'estero guadagnano un vantaggio competitivo rispetto a quelli che operano solamente nel mercato interno.

I grandi gruppi multinazionali possono avvantaggiarsi di sistemi di pianificazione fiscale internazionale che consentono di abbattere la base imponibile attraverso metodi talvolta apertamente elusivi, talvolta formalmente coerenti con le normative fiscali locali ma, elusivi nella sostanza dei fatti; in questo modo, l'anomalia, che si genera, è quella di rendere la tassazione a carico delle PMI (*i.e.*, Piccole medie imprese) più gravosa rispetto a quella subita dai grandi Gruppi multinazionali.

Di base il problema è che gli ordinamenti nazionali non riescono a tenere il passo con la globalizzazione delle aziende, lasciando spazi che possono essere utilizzati per ridurre l'imposizione gravante sulle stesse.

Molte delle norme esistenti proteggono le multinazionali dal pagare le doppie imposizioni ma, troppo spesso permettono loro di non pagare affatto tasse. Tali norme, così, non riflettono adeguatamente l'integrazione economica di oggi attraverso i confini, il valore della proprietà intellettuale o le nuove tecnologie di comunicazione. Queste lacune, che consentono alle multinazionali di eliminare o ridurre la tassazione sul reddito, danno loro un vantaggio concorrenziale sleale rispetto alle imprese più piccole. Danneggiano gli investimenti, la crescita e l'occupazione e possono lasciare i cittadini medi a pagare più del dovuto.

Se è vero che la pianificazione fiscale da un lato va inquadrata in una legittima scelta gestionale dell'impresa per ottenere una riduzione del carico fiscale riducendo i costi transattivi e gestionali, ovvero eliminando i rischi di riprese fiscali, dall'altro consente di trasferire i profitti in Paesi in cui il regime fiscale è più favorevole. Così nel tentativo di ottenere un indebito vantaggio competitivo si è sottratta base imponibile cioè si è ridotto il gettito fiscale per gli Stati fondamentale per la crescita ed i servizi pubblici, distorcendo la concorrenza tra gli operatori economici e generando ingiustizia sociale.

L'OCSE ha così avviato un processo di consultazione tra i suoi Membri, il G20, i Paesi in via di sviluppo, i rappresentanti delle imprese, del mondo del lavoro ed accademico che ha portato all'elaborazione di un pacchetto di azioni finalizzate alla realizzazione di una sostanziale riforma delle regole in tema di imposizione internazionale.

Nasce così il c.d. Piano d'Azione BEPS.¹

L'acronimo BEPS definisce due situazioni che sono oggetto di tale piano d'azione:

- lo spostamento artificioso dei profitti verso giurisdizioni con tassazioni basse o nulle, il c.d. *profit shifting*;
- l'adozione di pratiche elusive al fine di ridurre la base imponibile, il c.d. *base erosion*.

La presenza di tali congiunture compromette l'integrità dei sistemi fiscali internazionali.²

I principi fondamentali del progetto BEPS rispondono alla necessità di assicurare che l'imposizione avvenga nel luogo in cui effettivamente il contribuente svolge la propria attività economica, di creare equità³ all'interno dei sistemi fiscali in modo

¹ Il punto di partenza del progetto BEPS è stato, di fatto, la stima dell'imponibile che a livello globale sfugge alla tassazione, semplicemente sfruttando le vie di fuga verso Paesi a bassa imposizione che, secondo l'OCSE, si colloca in una forbice tra 100 e 240 miliardi di dollari, vale a dire tra il 4 e il 10% del gettito mondiale delle imposte sulle società, cfr. <http://www.oecd.org/tax/beps/first-meeting-of-the-new-inclusive-framework-to-tackle-base-erosion-and-profit-shifting-marks-a-new-era-in-international-tax-co-operation.htm>.

² Gli studi dell'OCSE hanno cercato di misurare l'impatto sul gettito fiscale del fenomeno BEPS evidenziando una riduzione notevole di risorse nelle economie nazionali, che potrebbero essere sfruttate per sostenere la crescita soprattutto nei paesi maggiormente oppressi dalla crisi, migliorare i sistemi previdenziali nei paesi in via di sviluppo ecc. Secondo le stime degli esperti impiegati nell'ambito del progetto BEPS, le perdite di gettito globale relativo all'imposizione societaria sarebbero comprese tra i 90 e 200 milioni di euro (OECD/G20 *Base erosion and Profit Shifting Project, Measuring and Monitoring* - Final Report 2015).

³ L'equità fiscale rappresenta un passo molto lungo, pieno di ostacoli e in cui l'integrazione tra i sistemi fiscali è solo il primo tassello per prevenire il fenomeno BEPS. Una serie così articolata di azioni potrebbe concepire una manovra fiscale troppo complessa e poco comprensibile per i contribuenti, il che potrebbe andare contro i diritti fondamentali dell'uomo. L'impiego di tali misure deve avvenire sia a livello di ordinamento interno che sul piano internazionale convenzionale, in maniera coordinata e tenendo conto degli obblighi di monitoraggio e del principio di trasparenza al fine di garantire un allineamento tra l'identificazione dei redditi e il luogo in cui tassarli e assicurare la completezza di informazioni necessarie alle Amministrazioni fiscali per l'applicazione dei sistemi tributari. È importante che ciascuno Stato operi in maniera coordinata e non attraverso misure unilaterali di contrasto agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, poiché potrebbe portare ad un

da riportare fiducia tra i contribuenti e permettere a tutte le imprese di operare nelle medesime condizioni, di fornire strumenti adeguati ai governi per crescere l'efficienza delle proprie politiche fiscali e limitare l'utilizzo da parte degli Stati di misure unilaterali che possano nuocere ai principi fiscali internazionali.

Il Piano di Azione illustra 15 azioni ritenute fondamentali per raggiungere concretamente le finalità del Progetto BEPS.

Le azioni da 2 a 14 sono articolate su tre pilastri:

- a) dare coerenza ai regimi fiscali nazionali in materia di attività transnazionali;⁴
- b) rafforzare i requisiti sostanziali alla base degli standard internazionali vigenti, perseguendo un riallineamento della tassazione (e dei regimi impositivi) con la localizzazione sostanziale delle attività produttive e la creazione del valore;
- c) aumentare la trasparenza, lo scambio di informazioni e migliorare le condizioni di certezza del diritto sia per il mondo delle imprese che per i governi.

Due ulteriori azioni a carattere trasversale completano la strategia e rappresentano la base su cui poggiano i tre pilastri: si tratta della prima azione in tema di economia digitale e dell'ultima (l'azione 15) sull'impiego di uno strumento convenzionale di tipo multilaterale.

Quanto alle modalità di attuazione delle misure contenute nel pacchetto BEPS, alcune di queste sono immediatamente applicabili mentre altre richiederanno un processo di revisione delle normative a livello nazionale e dei trattati bilaterali, che tra l'altro rientra nella prospettiva stabilita nell'azione 15 in cui si cerca di aumentare l'impiego di strumenti multilaterali al fine di evitare che ogni singolo Stato debba stipulare di volta in volta nuovi trattati.

effetto di indebolimento dei principi fiscali internazionali.

⁴ Rientrano nel primo pilastro: Action 2 – *Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*; Action 3 – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*; 2 Action 4 – *Limiting Base Erosion via Interest Deductions and Other Financial Payments* e l' Action 5 – *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*. Rientrano del secondo pilastro: Action 6 – *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*; Action 7 – *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status* e le Actions 8-10 – *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*. Rientrano nel terzo pilastro: Action 11 – *Measuring and Monitoring BEPS*; Action 12 – *Mandatory Disclosure Rules*; Action 13 – *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting* e l' Action 14 – *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*.

In particolare l’Azione 15 – *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, c.d. Convenzione multilaterale – il cui negoziato si è concluso il 24 novembre 2016⁵ fra oltre 100 giurisdizioni, si prefigge di sviluppare uno strumento multilaterale per modificare gli accordi bilaterali, con l’obiettivo di velocizzare e facilitare la realizzazione delle misure BEPS messe a punto per affrontare i fenomeni elusivi.⁶

Ciò si rende necessario visto l’attuale sistema fiscale internazionale basato sullo sviluppo di modelli convenzionali bilaterali le cui disposizioni sono “superate” o poco idonee a contrastare gli schemi di pianificazione attuati dalle imprese multinazionali per raggiungere un indebito vantaggio competitivo.

2. La Convenzione multilaterale

Come noto, questo è il primo trattato multilaterale del suo genere e permette a ciascun Paese di trasporre i risultati del progetto BEPS nel suo *network* di trattati fiscali bilaterali. È stato sviluppato attraverso negoziati che hanno coinvolto, come detto, più di cento Paesi e giurisdizioni. Si ricorda che il progetto BEPS intende colmare le lacune rinvenibili nelle attuali regole fiscali internazionali puntando a stabilire regole omogenee, trasparenti e condivise a livello internazionale, al fine di contrastare l’erosione della base imponibile e lo spostamento di profitti in giurisdizioni con bassa pressione fiscale dove le imprese hanno scarsa o molto limitata attività economica.

La firma di questa Convenzione multilaterale rappresenta davvero una svolta nella storia dei trattati fiscali, oltre ad evitare ai firmatari l’onere assai gravoso di rinnovare singolarmente i trattati bilaterali, la nuova Convenzione contribuirà a garantire maggiore sicurezza e prevedibilità per le imprese e, nel complesso, un migliore contesto fiscale internazionale. L’OCSE è il depositario della Convenzione

⁵ Iniziato nel febbraio del 2015.

⁶ È infatti necessario prefigurare metodologie che permettano di adeguare i regimi fiscali tempestivamente in risposta alla rapida evoluzione che caratterizza l’economia globale. Il rapporto evidenzia che, per quanto l’ambito non fosse quello della tassazione, esistono comunque vari precedenti, nell’ambito del diritto internazionale, di modifiche di trattati bilaterali attraverso strumenti multilaterali.

multilaterale e sostiene i governi nel processo di firma, ratifica e attuazione.

La nuova Convenzione (risultato dell'*Action 15 - Multilateral Instrument* del progetto BEPS) intende adeguare il *network* esistente di trattati fiscali bilaterali i quali, seppure basati su una serie di principi comuni predisposti per eliminare la doppia tassazione, sono spesso "datati" e necessitano di un'ampia attività di aggiornamento. Infatti, il nuovo contesto economico internazionale globalizzato ha amplificato l'effetto dei vuoti normativi e delle differenze nei sistemi fiscali dei diversi Paesi e di conseguenza alcune caratteristiche dell'attuale sistema consentono gli arbitraggi e le pratiche elusive identificate nel BEPS e impongono la necessità di apportare adeguate correzioni. Non a caso il sostegno al Piano BEPS da parte dei *leader* del G20 ha fornito un *endorsement* politico senza precedenti per adattare l'attuale sistema fiscale internazionale alle sfide della globalizzazione.

Oltre a ciò, la natura e la dimensione dell'attuale sistema di trattati fiscali bilaterali rende gli aggiornamenti particolarmente complessi e i problemi sempre più rilevanti e diffusi che insorgono nel frattempo non possono essere affrontati tempestivamente su scala globale. Infatti, quand'anche una modifica del Modello OCSE trovasse un ampio consenso, sarebbero sempre necessari tempi lunghi e il dispendio di molte risorse per introdurre tale variazione nella maggior parte dei trattati. Conseguentemente, l'attuale *network* non è ben sincronizzato con i modelli di trattato e questo è in evidente contraddizione con gli obiettivi politici di rafforzamento dell'attuale sistema mediante la soluzione dei problemi BEPS che passa, in parte, attraverso la modifica del *network* dei trattati bilaterali. Proprio per questi motivi, è stato adottato un approccio innovativo per definire un nuovo strumento multilaterale che produca gli stessi effetti di una simultanea rinegoziazione di migliaia di trattati bilaterali.

Il primo passo, in vista del pieno raggiungimento di tali risultati si è avuto con la firma della Convenzione multilaterale il 7 giugno 2017,⁷ da parte di 67 Paesi, tra cui

⁷ Con la firma di Parigi del 7 giugno 2017 (approvata il 21 novembre 2017) da parte di 67 Paesi, oltre ad altri nove che hanno già manifestato l'intenzione di aderire - ma con l'assenza degli Stati Uniti d'America - ha preso avvio tale strumento nella forma della Convenzione multilaterale di recepimento delle raccomandazioni BEPS, che consentirà di modificare con un unico strumento le oltre 3 mila convenzioni contro le doppie imposizioni già esistenti, senza la necessità di ricorrere a

l'Italia (agli stati era stata data la possibilità di aderirvi dal primo gennaio 2017). Ad oggi la convenzione risulta sottoscritta da 83 paesi (c.d. giurisdizioni aderenti o firmatari).

La nuova Convenzione, pur con i limiti di un accordo politico internazionale, firmato, per ora, in assenza degli USA, è il primo trattato multilaterale di questo genere ed è stato definito dall'OCSE "una pietra miliare nell'agenda della tassazione internazionale".⁸

3. Gli obiettivi

Per comprendere bene gli obiettivi della Convenzione multilaterale dobbiamo risalire al 16 settembre 2014, quando l'OCSE ha pubblicato un rapporto avente ad oggetto:

(i) l'analisi delle principali normative e *tax issues* relative allo sviluppo di uno strumento multilaterale per l'implementazione delle misure introdotte nel corso dei lavori BEPS e

(ii) le eventuali modifiche dei trattati bilaterali, al fine di affrontare in maniera innovativa ed efficace le attuali tematiche di fiscalità internazionale.

Le indicazioni contenute nel suindicato rapporto sono state ribadite nel *Final*

negoziazioni bilaterali tra i singoli Stati.

In data 7 giugno 2017, si è svolta a Parigi la cerimonia ufficiale per la sottoscrizione della Convenzione multilaterale al fine di implementare le misure di contrasto all'elusione fiscale internazionale e al trasferimento di utili verso Paesi caratterizzati da una fiscalità vantaggiosa.

I Paesi firmatari della Convenzione sono 78: Andorra; Argentina; Armenia; Austria; Barbados; Belgium; Bulgaria; Burkina Faso; Cameroon; Canada; Chile; China (People's Republic of); Colombia; Costa Rica; Côte d'Ivoire; Croatia; Curaçao Cyprus; Czech Republic; Denmark; Egypt; Fiji; Finland; France; Gabon; Georgia Germany Greece Guernsey; Hong Kong (China); Hungary; Iceland; India; Indonesia; Ireland; Isle of Man; Israel Italy Jamaica Japan; Jersey; Korea Kuwait; Latvia; Liechtenstein; Lithuania; Luxembourg; Malaysia; Malta; Mauritius; Mexico; Monaco; Netherlands; New Zealand; Nigeria; Norway; Pakistan; Panama; Poland; Portugal; Romania; Russia; San Marino; Senegal; Serbia Seychelles; Singapore; Slovak Republic; Slovenia; South Africa; Spain; Sweden; Switzerland; Tunisia; Turkey; United Kingdom; Uruguay.

Gli ultimi Paesi ad aver sottoscritto la Convenzione in data 24 gennaio 2018 sono stati: Barbados, Costa d'Avorio, Giamaica, Malaysia, Panama e Tunisia.

Le seguenti 6 giurisdizioni hanno espresso la loro intenzione di firmare la Convenzione: Algeria; Estonia; Kazakhstan; Lebanon; Oman; Swaziland.

⁸ C. BILLARDI, *Il Multilateralismo nel BEPS e la sua interazione con le convenzioni per evitare la doppia imposizione*, in *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, a cura di F. Amatucci, R. Cordeiro Guerra, Roma, 2016, pag. 341.

Report sul tema, pubblicato il 5 ottobre 2015.

Il *Final Report* ha poi individuato nella *Convenzione multilaterale*⁹ lo strumento per operare in modo celere il recepimento delle predette modifiche sia in sede di normativa domestica che (soprattutto) convenzionale, poiché, in tal modo, si eviterebbe la necessità di stipulare un numero indefinito di accordi bilaterali, ciascuno dei quali dovrebbe essere negoziato ed oggetto di una legge che ne autorizzi la ratifica e l'esecuzione.¹⁰

In particolare, la Convenzione multilaterale BEPS:

- contiene misure per l'attuazione delle disposizioni relative alle Convenzioni internazionali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti in Paesi a bassa fiscalità;
- integra e modifica diverse Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi, senza che sia necessario dover rinegoziare, di volta in volta, il singolo accordo bilaterale;
- vuole dare esecuzione concreta al pacchetto di misure anti-evasione sviluppato nell'ambito del progetto BEPS.

Un ulteriore obiettivo è connesso alla partecipazione dei Paesi c.d. in via di sviluppo, per i quali le difficoltà di ordine pratico relative all'implementazione delle misure BEPS sono più rilevanti rispetto a quelle per i Paesi sviluppati.

La Convenzione è basata su alcuni principi chiave: in primo luogo, essa si applica in relazione ai trattati che entrambi gli Stati contraenti hanno notificato all'OCSE a tal fine; i c.d. *standards* minimi del BEPS si applicano automaticamente, con poche eccezioni, a tutti i trattati che siano stati notificati e quando tali *standards* possono essere soddisfatti con diverse soluzioni le parti devono tentare di identificarne una che le soddisfi reciprocamente; in relazione, poi, alle disposizioni che non costituiscono *standards* minimi, ciascun Paese contraente può esprimere una riserva che ne impedisca l'applicazione; inoltre, in alcuni casi, la Convenzione

⁹ R. RIZZARDI, "Con la convenzione multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati", in *Corr. Trib.*, 2017, pag. 223.

¹⁰ OECD (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

prevede opzioni alternative che risulteranno applicabili solo se entrambi i contraenti scelgono espressamente di farlo. Conseguentemente, le sue disposizioni possono essere classificate in tre grandi categorie:

1) quelle che costituiscono il livello minimo necessario di *align* dei trattati, cioè il c.d. *minimum standard*;

2) quelle che saranno applicabili dai contraenti dopo le necessarie ratifiche, e sempre che non siano state espresse riserve sul punto, senza necessità di una esplicita scelta;

3) infine, quelle che non sono applicabili senza l'espressione di una specifica volontà delle parti.

Queste distinzioni di massima ci fanno capire come la Convenzione rappresenti un punto di equilibrio raggiunto tra l'esigenza di risultare efficace e l'opportunità di essere uno strumento flessibile, in tal modo attraente per il maggior numero possibile di Paesi, nonostante le differenze politiche, culturali e di sistema fiscale.

La Convenzione multilaterale non è una convenzione contro le doppie imposizioni, ma è finalizzata a modificare quelle esistenti.

Il suo scopo principale non è, infatti, quello di regolamentare o risolvere le problematiche o i conflitti di natura fiscale transazionale aventi ad oggetto più di due Stati, bensì, come evidenziato nel suo preambolo, quello di:

- assicurare un'attuazione rapida, coordinata e coerente delle misure relative alle convenzioni fiscali adottate nel quadro del progetto BEPS in un contesto multilaterale;

- garantire che gli accordi esistenti per evitare la doppia imposizione sui redditi siano interpretati al fine di eliminare la doppia imposizione sulle imposte oggetto di tali accordi, senza creare opportunità di non imposizione o di una imposizione ridotta mediante evasione o elusione fiscale (ivi incluse strategie di *treaty-shopping* finalizzate ad ottenere i benefici previsti da tali accordi a beneficio indiretto di residenti in giurisdizione terze);

- creare un meccanismo efficace per l'attuazione coordinata ed efficiente delle modifiche concordate nella rete degli accordi esistenti per evitare la doppia

imposizione sui redditi senza che sia necessario rinegoziare bilateralmente ciascun accordo di questo tipo.

Le disposizioni contenute nella Convenzione multilaterale si affiancano alle convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore, modificandoli e integrandoli, pur senza richiamare i singoli articoli delle stesse.

4. I meccanismi di applicazione

In realtà l'attuazione non è automatica perché, giustamente, sono state lasciate aperte varie opzioni agli Stati

In primis, uno Stato può scegliere a quali accordi applicare il Convenzione multilaterale. Si delinea così la nozione di "Accordo fiscale coperto" o "*Covered Tax Agreements*", ne consegue che, nonostante sia previsto che la Convenzione si applichi al più alto numero possibile di accordi esistenti, ogni singolo Stato firmatario può scegliere a quali giurisdizioni estendere o meno il Convenzione multilaterale, includendone alcuni ed escludendone altri.

La conseguenza di tale libertà di scelta farà sì che i suoi effetti si estenderanno solo alle convenzioni bilaterali espressamente segnalate all'OCSE come Accordi fiscali coperti e per i quali gli Stati contraenti dovranno notificare, sempre all'OCSE, che è il depositario del trattato multilaterale, le convenzioni bilaterali che essi intendono fare rientrare nell'ambito di applicazione del trattato multilaterale stesso.

Gli Stati possono poi scegliere anche le disposizioni che si intendono modificare con la conseguenza che le norme dei singoli trattati coperti saranno così modificate nei limiti in cui la Convenzione multilaterale risulterà con loro compatibile.

Bisogna precisare, infatti, che quasi tutte le disposizioni sostanziali contenute nella Convenzione contengono: una clausola recante la misura BEPS; una clausola di compatibilità; una clausola di riserva; una clausola di notifica.

La Convenzione, come visto, contiene delle disposizioni che sono definite come *standard* minimo dal quale non sono possibili deviazioni. Ciò significa che il contenuto della disposizione è inderogabile e l'esclusione della sua applicazione è possibile solo in circostanze limitate, come ad esempio quando un accordo esistente soddisfa già i requisiti minimi richiesti.¹¹

La Convenzione però prevede che, freme restando il raggiungimento dello

¹¹ Il riferimento è ad esempio, il preambolo che stabilisce l'intento del trattato di eliminare la doppia imposizione, ma anche di evitare la doppia non imposizione; la clausola del *Principal Purpose Test* (PPT) per prevenire l'abuso del trattato di cui all'Action 6 e l'impegno delle parti di applicare almeno una procedura amichevole (*Mutual Agreement Procedure*) per la risoluzione delle controversie di cui all'Action 14.

standard minimo questo può essere conseguito optando per differenti tipologie di disposizioni o soluzioni prevedendo, infatti, alternative o disposizioni opzionali che trovano generalmente attuazione solo se entrambe le Giurisdizioni contraenti di un Accordo coperto decidono di applicarle scegliendo la medesima opzione.¹²

In ogni caso, quindi al di là dello *standard* minimo, gli Stati possono effettuare opzioni per escludere una disposizione o parte di essa in relazione a tutti o ad alcuni degli Accordi coperti.¹³

Tali opzioni rientrano nelle c.d. riserve e la Convenzione all'art. 28 ne prevede due tipologie: quelle espressamente autorizzate; quelle relative alla procedura arbitrale.

Le prime danno la possibilità ad uno Stato di escludere interamente o, in taluni casi, parzialmente le disposizioni sostanziali contenute nella Convenzione multilaterale, che eccedono il c.d. *minimum standard*.¹⁴

12 Rientrano in questa seconda categoria le regole sui redditi relativi alle entità trasparenti, sulla concessione dei benefici del trattato alle entità con doppia residenza, sulle transazioni relative al trasferimento dei dividendi, sugli utili attribuibili alle stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze e sulla elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione.

13 Si annoverano in questa terza categoria le opzioni sull'applicazione dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione, sulla disposizione semplificata della limitazione dei benefici e sul consenso all'introduzione di un arbitrato obbligatorio e vincolante.

¹⁴ Art. 28 – Riserve

1. Fatto salvo il paragrafo 2, non possono essere formulate riserve alla presente Convenzione salvo quelle espressamente consentite dai seguenti paragrafi:

- a) paragrafo 5 dell'Articolo 3 (Entità trasparenti);
- b) paragrafo 3 dell'Articolo 4 (Entità con doppia residenza);
- c) paragrafi 8 e 9 dell'Articolo 5 (Applicazione dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione);
- d) paragrafo 4 dell'Articolo 6 (Scopo di un Accordo fiscale coperto);
- e) paragrafi 15 e 16 dell'Articolo 7 (Prevenzione dell'abuso dei trattati);
- f) paragrafo 3 dell'Articolo 8 (Transazioni relative al trasferimento dei dividendi);
- g) paragrafo 6 dell'Articolo 9 (Utili di capitale da alienazione di azioni o partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili);
- h) paragrafo 5 dell'Articolo 10 (Clausola antiabuso per le stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze);
- i) paragrafo 3 dell'Articolo 11 (Applicazione di Accordi fiscali per limitare il diritto di una Parte di assoggettare ad imposta i propri residenti);
- j) paragrafo 4 dell'Articolo 12 (Elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso *commissionnaire arrangements* e strategie simili);
- k) paragrafo 6 dell'Articolo 13 (Elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività);
- l) paragrafo 3 dell'Articolo 14 (Suddivisione (*splitting-up*) di contratti);
- m) paragrafo 2 dell'Articolo 15 (Definizione di una persona strettamente correlata a un'impresa);
- n) paragrafo 5 dell'Articolo 16 (Procedura amichevole);

La conseguenza è che la Convenzione multilaterale opera nella sua interezza se viene sottoscritto senza riserve; se ci sono riserve, tuttavia, lo Stato firmatario potrà escludere singole disposizioni dall'ambito di applicazione. Le riserve devono, in ogni caso, essere riferite a tutti gli Accordi coperti dello Stato che le appone.

Tale impostazione crea non pochi problemi per la comprensione del meccanismo di funzionamento della Convenzione, così l'OCSE ha, elaborato una serie di strumenti informativi per agevolarne il meccanismo di funzionamento e per facilitarne il coordinamento degli strumenti di flessibilità. Si tratta del c.d. *matching database*.

In particolare, il *matching database*,¹⁵ incrociando le informazioni provvisorie comunicate dai diversi Paesi in fase di sottoscrizione del Convenzione multilaterale, genera automaticamente un *report* che riporta l'articolato del Convenzione multilaterale concretamente efficace tra i diversi Paesi, individuando anche eventuali problematiche derivanti da fenomeni di *mismatching* delle notifiche. Seguendo la logica del Convenzione, quale strumento che interviene a modificare i trattati bilaterali, il *software* prende in esame, di volta in volta, una coppia di Paesi, che l'utente è libero di selezionare in base alle proprie esigenze, fornendo una serie di informazioni molto dettagliate.¹⁶

Il *software* fa sì che l'introduzione di una riserva da parte di uno Stato blocca l'applicazione della disposizione, a prescindere dal fatto che l'altro Stato abbia o meno introdotto una riserva a propria

- o) paragrafo 3 dell'Articolo 17 (Rettifiche corrispondenti);
- p) paragrafi 11 e 12 dell'Articolo 19 (Arbitrato obbligatorio e vincolante);
- q) paragrafi 2, 3, 6 e 7 dell'Articolo 23 (Tipologia di processo arbitrale);
- r) paragrafo 3 dell'Articolo 24 (Accordo su una diversa risoluzione);
- s) paragrafo 4 dell'Articolo 26 (Compatibilità);
- t) paragrafi 6 e 7 dell'Articolo 35 (Efficacia); e
- u) paragrafo 2 dell'Articolo 36 (Efficacia della parte VI).

¹⁵ [Http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm](http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm).

¹⁶ Pur consentendo una notevole semplificazione, almeno a livello pratico, il *matching database* incontra un limite nella mancanza della possibilità di confrontare più di due Paesi per volta: per esprimerci con un'immagine, con questo strumento si vedono i dettagli degli alberi ma si perde lo sguardo sulla foresta.

Una parziale soluzione al problema potrebbe derivare dalla elaborazione di matrici basate sulla logica di funzionamento di riserve ed opzioni, che segue (con grande approssimazione) l'algebra booleana.

Questo tipo di algebra è fondata su variabili che possono assumere solo due valori e sono per questo dette binarie (ad esempio: 1 e 0; vero e falso; ...), legate tra loro da connettivi logici, quali ad esempio la congiunzione ("et" che corrisponde ad una moltiplicazione) o la disgiunzione debole ("vel" che corrisponde ad una addizione). È possibile rappresentare schematicamente la relazione tra le variabili mediante le c.d. tavole di verità.

volta; se invece gli Stati contraenti hanno scelto o meno di applicare la medesima opzione le riserve operano bilateralmente.

Per meglio capirci, ogni parte contraente può apporre riserve in modo unilaterale, mentre l'effetto della riserva si applica simmetricamente. Così, se una parte utilizza una riserva per escludere una disposizione della Convenzione multilaterale, tale disposizione non trova applicazione tra la parte riservata e tutte le altre parti della Convenzione, non producendo alcun effetto sugli Accordi coperti.

Le riserve, invece, relative alla procedura arbitrale operano nell'ambito della facoltà lasciata agli Stati di optare per l'applicazione di una procedura di composizione obbligatoria delle controversie.

In questo contesto, l'art. 28, par. 2, consente la facoltà di apporre riserve senza prevedere una lista tassativa e gli Stati possono selezionare i casi a cui applicare la procedura arbitrale, conformemente alle proprie politiche interne relative all'arbitrato. Su questo ci soffermeremo più avanti.

Per evitare, poi, che possano sorgere conflitti di applicazione tra le disposizioni contenute negli Accordi fiscali coperti e le previsioni della Convenzione multilaterale, viene sancito che queste ultime si applichino sulla base di clausole di compatibilità. In particolare le previsioni della Convenzione multilaterale:

- 1) si applicano "in luogo" di una previsione già esistente nell'Accordo fiscale coperto e non trova applicazione nell'ipotesi in cui la previsione non esiste;
- 2) "si applicano a" o "modificano" una previsione già esistente nell'Accordo fiscale coperto, senza tuttavia sostituirla;
- 3) si applicano "al posto o in assenza" di una previsione già esistente nell'Accordo fiscale coperto. In caso di incompatibilità prevale la disposizione della Convenzione multilaterale.

Per completezza di analisi si evidenzia che il testo ufficiale della Convenzione multilaterale è solo in inglese e in francese e, anche essendo state predisposte dall'OCSE le traduzioni in arabo, cinese, tedesco, italiano, spagnolo, queste sono solo per finalità informative. Ne consegue che, indipendentemente dalla lingua ufficiale dell'Accordo fiscale coperto, le modifiche/integrazioni ufficialmente apportate dalla Convenzione multilaterale sono solo in lingua inglese e francese,

con possibili difficoltà di adattamento per tutti quegli Accordi fiscali coperti la cui lingua ufficiale non è l'inglese o il francese.

5. Le tematiche affrontate

Da quanto sin qui detto emerge come la Convenzione multilaterale BEPS:

- contiene misure per l'attuazione delle disposizioni relative alle Convenzioni internazionali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti in Paesi a bassa fiscalità;
- integra e modifica numerose Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi, senza necessariamente dover rinegoziare, di volta in volta, il singolo accordo bilaterale;
- vuole dare esecuzione concreta al pacchetto di misure anti-evasione sviluppato nell'ambito del progetto BEPS.

La Convenzione copre quattro tematiche fondamentali che corrispondono ad altrettante *Actions* del pacchetto BEPS:

1) i disallineamenti da trattamenti ibridi (*hybrid mismatches*), cioè l'*Action 2*, incluso il trattamento delle entità trasparenti o con doppia residenza ed i metodi per eliminare la doppia imposizione;

2) l'abuso dei trattati, cioè l'*Action 6*, inclusi il *Principal Purpose Test*, come pure le clausole di *Limitation on benefits* o quelle anti-abuso per le stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze;

3) le modifiche alla definizione di stabile organizzazione, cioè l'*Action 7* ai fini del contrasto dell'elusione dello *status* di stabile organizzazione;

4) il miglioramento della risoluzione delle controversie, cioè l'*Action 14*, con le modifiche alle procedure amichevoli e l'impegno per un meccanismo di arbitrato obbligatorio e vincolante.

Per quanto concerne il primo punto, bisogna ricordare che i meccanismi di disallineamento da ibridi sfruttano le differenze nel trattamento fiscale di un'entità o di uno strumento in base alle leggi di due o più giurisdizioni fiscali per ottenere la doppia non-imposizione fiscale, inclusa il differimento a lungo termine della

tassazione.

La Convenzione, a tal proposito, sancisce agli artt. 3, 4 e 5 due ipotesi che possono dare origine a fenomeni di *hybrid mismatch*: il regime fiscale delle società trasparenti e i casi di doppia residenza per quanto riguarda i soggetti diversi dalle persone fisiche.

In particolare dispone che i redditi derivanti da, o mediante, un'entità o uno strumento o accordo (*arrangement*) trattato in tutto o in parte come fiscalmente trasparente ai sensi della legislazione fiscale di una delle Giurisdizioni contraenti, sono considerati come redditi di un residente di una Giurisdizione contraente, ma soltanto nella misura in cui i redditi sono trattati, ai fini dell'imposizione da parte di tale Giurisdizione contraente, come i redditi di un residente di tale Giurisdizione contraente.

Nei casi di doppia residenza viene poi previsto che, se, in applicazione delle disposizioni di un Accordo fiscale coperto, un soggetto diverso da una persona fisica è residente in più di una Giurisdizione contraente, le autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti fanno del loro meglio per determinare in via di amichevole composizione la Giurisdizione contraente di cui tale soggetto deve essere considerato residente ai fini dell'Accordo fiscale coperto, tenuto conto della sede di direzione effettiva, del luogo in cui è stato registrato o comunque costituito, nonché di ogni altro fattore rilevante. In assenza di tale accordo, tale soggetto non avrà diritto ad alcuno sgravio o esenzione fiscale prevista dall'Accordo fiscale coperto, salvo nella misura in cui ciò sia stato convenuto dalle autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti, con le modalità da loro concordate.

In relazione all'applicazione dei metodi per eliminare la doppia imposizione, sono disciplinate tre opzioni con le quali evitare il rischio della doppia non tassazione che può insorgere quando lo Stato di residenza applica il metodo dell'esenzione a redditi che non sono stati tassati nello Stato della fonte.

In particolare la prima opzione stabilisce che se, in applicazione delle disposizioni di un Accordo fiscale coperto, un soggetto diverso da una persona fisica è residente in più di una Giurisdizione contraente, le autorità competenti delle

Giurisdizioni contraenti fanno del loro meglio per determinare in via di amichevole composizione la Giurisdizione contraente di cui tale soggetto deve essere considerato residente ai fini dell'Accordo fiscale coperto, tenuto conto della sede di direzione effettiva, del luogo in cui è stato registrato o comunque costituito, nonché di ogni altro fattore rilevante. In assenza di tale accordo, tale soggetto non avrà diritto ad alcuno sgravio o esenzione fiscale prevista dall'Accordo fiscale coperto, salvo nella misura in cui ciò sia stato convenuto dalle autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti, con le modalità da loro concordate.

La seconda opzione, invece, stabilisce che le disposizioni di un Accordo fiscale coperto che altrimenti esenterebbero il reddito percepito da un residente di una Giurisdizione contraente dall'imposizione in detta Giurisdizione contraente al fine di eliminare la doppia imposizione in quanto tale reddito è considerato come un dividendo da detta Giurisdizione contraente non si applicano qualora tale reddito dia diritto ad una detrazione al fine di determinare gli utili imponibili di un residente dell'altra Giurisdizione contraente secondo la legislazione di detta altra Giurisdizione contraente. In tal caso, la prima di dette Giurisdizioni contraenti accorda una detrazione dall'imposta sul reddito di detto residente pari all'ammontare dell'imposta sul reddito pagata in detta altra Giurisdizione contraente. Tale detrazione, tuttavia, non può eccedere la quota di imposta, calcolata prima della detrazione, attribuibile al predetto reddito imponibile in detta altra Giurisdizione contraente.

L'ultima opzione, infine, stabilisce che:

a) qualora un residente di una Giurisdizione contraente percepisca un reddito o possieda un patrimonio imponibile nell'altra Giurisdizione contraente ai sensi delle disposizioni di un Accordo fiscale coperto (salvo nella misura in cui tali disposizioni consentono l'imposizione da parte di detta altra Giurisdizione contraente soltanto in quanto il reddito è anche un reddito percepito da un residente di detta altra Giurisdizione contraente), la prima di dette Giurisdizioni contraenti accorda:

i) una detrazione dall'imposta sul reddito di detto residente, di ammontare pari all'imposta sul reddito pagata nell'altra Giurisdizione contraente;

ii) una detrazione dall'imposta sul patrimonio di detto residente, di ammontare pari all'imposta patrimoniale pagata nell'altra Giurisdizione contraente.

Tale detrazione, tuttavia, non può eccedere la quota di imposta sul reddito o sul patrimonio, calcolata prima della detrazione, attribuibile ai redditi o al patrimonio imponibili in detta altra Giurisdizione contraente.

b) qualora, ai sensi di una disposizione dell'Accordo fiscale coperto, il reddito percepito o il patrimonio posseduto da un residente di una Giurisdizione contraente sia esente da imposta in detta Giurisdizione contraente, tale Giurisdizione contraente può tuttavia, nel calcolare l'ammontare dell'imposta sui rimanenti redditi o patrimonio di detto residente, prendere in considerazione il reddito o il patrimonio esentati.

Gli articoli dal 6 all'11 disciplinano poi l'abuso dei Trattati e delle relative misure di contrasto.

In particolare, è previsto che le parti adottino nel preambolo dei trattati bilaterali una formulazione specifica che esprima l'intenzione degli Stati contraenti di eliminare la doppia imposizione senza consentire o favorire pratiche elusive o aggressive.

Inoltre viene disciplinata l'adozione del *Principal Purpose Test* (PPT) in base alla quale dovranno essere negati i benefici convenzionali quando sia ragionevole concludere che l'ottenimento di tali benefici è uno degli obiettivi principali per cui è stata conclusa una determinata operazione.

Ci sono solo pochi casi in cui tale regola può non applicarsi, il primo è quando i Paesi contraenti scelgono di applicare una clausola piena di *Limitation on Benefits*, come pure una regola che affronti il *conduit financing*: in questo caso le parti contraenti sono richieste di raggiungere una soluzione di reciproca soddisfazione che raggiunga il minimo *standard* BEPS; il secondo caso è quando il trattato già contenga una idonea clausola di PPT. Infine, in aggiunta al PPT, se tutte e due i Paesi concordano e lo richiedono, può essere adottata anche una "disposizione semplificata sulla limitazione dei benefici".

Un'altra fattispecie regolata dalla Convenzione riguarda il periodo minimo di

detenzione di una partecipazione per l'ottenimento dei benefici in sede di distribuzione dei dividendi. Infine, viene dettata una regola generale anti-abuso per le stabili organizzazioni situate in Stati terzi.

Un altro intervento, disciplinato dagli articoli da 12 a 15, riguarda le disposizioni per contrastare l'aggiornamento artificiale dello *status* di stabile organizzazione

Le modifiche riguardano in primo luogo l'elusione dello *status* di stabile organizzazione mediante *commissionnaire arrangements* o simili strategie contrattuali.

Per quanto attiene all'attività di commissionario nella conclusione di contratti, l'OCSE propone la soluzione per cui un'impresa è da considerare stabile organizzazione di un'altra se, per conto di questa, in uno Stato membro, conclude abitualmente contratti o abitualmente la sua attività principale porta alla loro conclusione da parte dall'impresa non residente senza modifiche sostanziali, e questi negozi sono:

- a) in nome dell'impresa, oppure
- b) per il trasferimento, o concessione in uso, di beni che l'impresa possiede o ha il diritto di utilizzare,¹⁷ oppure
- c) per la fornitura di servizi da parte dell'impresa.

Potrà configurarsi, pertanto, una stabile organizzazione personale con riferimento alle attività caratterizzate dagli elementi sopra indicati,¹⁸ condotte dal soggetto che agisce quale agente dipendente dell'impresa.

In ultima analisi, la nozione di agente dipendente è dunque delineata attribuendo rilievo ad aspetti di natura sostanziale con riguardo alla relazione tra il soggetto e l'impresa, così da individuare efficacemente anche fattispecie che ad una prima

¹⁷ Nel paragrafo 32.8 del Commentario si chiarisce il significato di contratti conclusi per il trasferimento di beni o concessione in uso di beni: il commissionario agisce per conto dell'impresa non residente e conclude con il cliente finale contratti in nome proprio, che non creano diritti e obblighi tra l'impresa non residente e il cliente, tuttavia i contratti sono portati a esecuzione dall'impresa non residente (che dispone dei beni o presta i servizi) piuttosto che dall'agente-commissionario.

¹⁸ Come evidenzia il par. 97 del commentario al par. 5 dell'art. 5, l'analisi della sussistenza dei vari elementi caratterizzanti l'attività e il ruolo del soggetto dovrà tuttavia essere condotta avendo riguardo alla particolare attività di impresa e alle circostanze di natura commerciali riscontrabili nel caso di specie.

analisi non consentirebbero di qualificare il soggetto quale stabile organizzazione personale dell'impresa.

Infine viene evidenziato come il carattere di indipendenza sia da escludere in quelle ipotesi in cui il soggetto agente agisca esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di uno o più imprese alle quali è strettamente collegato.¹⁹ In questo senso occorrerà fare riferimento anche alla proporzione tra le attività prestate e il volume complessivo di affari del soggetto. Risulta inoltre incompatibile con il requisito di indipendenza, la circostanza secondo cui il soggetto agisce per un lungo periodo o comunque per un periodo considerevole per conto di un'unica impresa.

Altro punto importante è l'elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso le esenzioni previste per specifiche attività preparatorie e ausiliarie.

Al riguardo la Convenzione multilaterale dispone due opzioni per le Parti, prescrivendo che si può scegliere di applicare una delle opzioni o, riservarsi il diritto, di non applicarne nessuna.²⁰

La prima prevede che deve valutarsi caso per caso se nella sede fissa d'affari sono svolte attività preparatorie o ausiliarie, il che significa che solo se le attività abbiano effettivamente natura preparatoria o ausiliaria ci sarà esenzione.

La seconda ipotesi, invece, prevede che ci sarà l'esenzione automatica per quelle attività espressamente indicate nel testo dell'originaria convenzione, a condizione però che tali attività siano intrinsecamente preparatorie o ausiliarie.

Viene comunque prevista l'adozione di una *anti-fragmentation rule* che non riconosce l'esenzione anche a specifiche attività quando le attività esercitate dall'impresa nel loro complesso oltrepassino il contenuto della natura preparatoria o ausiliaria.

Viene anche prevista, sempre in via opzionale, e, quindi, non si applica se uno

¹⁹ Nella prima bozza di *Discussion Draft* era stato previsto che il requisito di indipendenza dell'agente sarebbe venuto meno se questi avesse operato esclusivamente (o quasi esclusivamente) per un solo *principal* o per un solo gruppo di imprese tra di loro associate.

²⁰ In base a quanto previsto dall'art. 13, comma 6, lett. a).

solo dei contraenti esprime una riserva sulla sua introduzione, una regola per contrastare la pratica della suddivisione dei contratti (*splitting-up*) per non eccedere le soglie temporali oltre le quali normalmente le convenzioni configurano la fattispecie della stabile organizzazione per attività di costruzione, installazione o supervisione. Si può così aggregare il tempo utilizzato per esercitare diverse attività connesse al medesimo progetto per determinare se si è oltrepassato il tempo limite.

L'ultima parte della Convenzione, artt. 16-26, riguarda le modalità per la risoluzione delle controversie legate ai trattati e la disciplina dell'arbitrato obbligatorio.

Con riferimento alle procedure amichevoli l'art. 16 fornisce una disposizione che, in luogo o in assenza di disposizioni dell'Accordo fiscale coperto, prevede l'impegno delle Giurisdizioni contraenti, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale, a fare del loro meglio per risolvere mediante procedura amichevole i casi in cui l'applicazione di una convenzione possa causare doppie imposizioni a carico dei contribuenti.

Si prevede che le Giurisdizioni contraenti debbano essere coinvolte dai contribuenti entro tre anni dalla prima notifica di una misura che comporti un'imposizione non conforme alle disposizioni di un trattato. Primo obiettivo della norma in esame è stato dunque quello di regolare l'accesso alla procedura amichevole.

La norma continua a non prevedere un obbligo di risoluzione della controversia, ma, come detto, sancisce il mero impegno degli Stati a fare del proprio meglio per eliminare l'eventuale doppia imposizione che dovesse risultare. Si tratta, dunque, di un mero obbligo di mezzi.

Un obbligo di risultato è, invece, previsto all'art. 17 in tema di aggiustamenti corrispondenti dove si stabilisce che, in caso di rettifiche da *transfer pricing*, lo Stato che non ha mosso alcuna contestazione all'impresa residente nel suo territorio, "effettua una rettifica appropriata dell'ammontare dell'imposta ivi applicata su tali utili". Quest'ultima disposizione, salve le numerose riserve che gli

Stati possono apporvi, rappresenta una più efficace forma di tutela.

Sulla base dell'art. 18, secondo paragrafo, l'istituto si applica a condizione di reciprocità.

Infine la Convenzione prevede la possibilità di optare per la previsione di un meccanismo di arbitrato obbligatorio e vincolante.

Tale meccanismo si applicherà solo se ambedue i contraenti di un trattato avranno esercitato questa opzione e l'avranno notificata di conseguenza al Depositario OCSE.²¹

Secondo quanto disciplinato dall'art. 20 il collegio arbitrale è composto da tre membri, persone fisiche, con competenze o esperienza in materia di fiscalità internazionale.

Ciascuna autorità competente designa un membro del collegio entro 60 giorni dalla data della richiesta d'arbitrato e i due membri del collegio così designati nominano, entro 60 giorni dall'ultima designazione, un terzo membro che assume le funzioni di Presidente del collegio arbitrale. Il Presidente non deve avere la nazionalità né essere residente di una delle due Giurisdizioni contraenti.

Ogni membro nominato nel collegio arbitrale deve essere imparziale e indipendente rispetto alle autorità competenti, alle amministrazioni fiscali e ai ministeri delle finanze delle Giurisdizioni contraenti e a tutte le persone direttamente interessate dal caso (nonché dei loro consulenti) al momento dell'accettazione della nomina, deve mantenere la propria imparzialità e indipendenza durante tutto il processo e deve evitare successivamente, per un periodo di tempo ragionevole, qualsiasi condotta che possa pregiudicare l'aspetto di imparzialità e indipendenza degli arbitri rispetto al processo.

Nel caso in cui l'autorità competente di una Giurisdizione contraente non nomini un membro del collegio arbitrale, un membro viene designato per conto di tale autorità competente dal funzionario più alto in grado del Centro per le Politiche e

²¹ Già alla firma del 7 giugno 2017, venticinque Stati, tra cui Giappone, Germania, Francia, Regno Unito, Italia, Spagna, Canada e Australia, hanno adottato la procedura arbitrale obbligatoria e vincolante, determinando così la progressiva introduzione dell'arbitrato in oltre 150 dei trattati esistenti.

l'Amministrazione Fiscale dell'OCSE che non abbia la nazionalità di alcuna delle due Giurisdizioni contraenti.

Se i due membri del collegio arbitrale inizialmente designati non nominano il Presidente il Presidente viene designato dal funzionario più alto in grado del Centro per le Politiche e l'Amministrazione Fiscale dell'OCSE che non abbia la nazionalità di alcuna delle due Giurisdizioni contraenti.

In base all'art. 22, poi, la procedura arbitrale riguardante un caso si conclude se, in qualsiasi momento dopo la presentazione di una richiesta di arbitrato e prima che il collegio arbitrale abbia comunicato la propria decisione alle autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti:

a) le autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti raggiungono un accordo amichevole per risolvere il caso; o

b) la persona che ha sottoposto il caso ritira la richiesta di arbitrato o la richiesta di procedura amichevole.

Secondo quanto prescritto dall'art. 23 l'autorità competente di ciascuna Giurisdizione contraente può anche sottoporre all'esame del collegio arbitrale un documento a supporto della propria posizione (*position paper*). Ciascuna autorità competente che sottopone una proposta di risoluzione o un documento a supporto della propria posizione (*position paper*) ne fornisce una copia all'altra autorità competente entro la data in cui devono essere presentati la proposta di risoluzione ed il documento di posizione (*position paper*). Ciascuna autorità competente può anche sottoporre al collegio arbitrale, entro una data stabilita di comune accordo, una memoria di replica alla proposta di risoluzione e al documento di posizione (*position paper*) presentati dall'altra autorità competente. Copia di ciascuna memoria di replica viene fornita all'altra autorità competente entro la data in cui deve essere presentata la memoria di replica.

Il collegio arbitrale sceglie quale propria decisione una delle proposte di risoluzione del caso sottoposte dalle autorità competenti in relazione a ciascuna questione ed a ciascuna questione soglia, e non è tenuto ad includere una motivazione o qualsiasi altra spiegazione della decisione. La decisione arbitrale è

adottata a maggioranza semplice dei membri del collegio. La decisione arbitrale non ha valore di precedente.

Si precisa che, come in altri strumenti di diritto dell'Unione europea, una decisione arbitrale non è vincolante per le Giurisdizioni contraenti e non è attuata se le autorità competenti delle medesime Giurisdizioni contraenti concordano una diversa risoluzione di tutte le questioni non risolte entro i tre mesi di calendario successivi alla comunicazione alle stesse della decisione arbitrale.

Anche per l'arbitrato la Convenzione multilaterale ha previsto, poi, delle riserve, di cui si è già dato accenno.

In particolare una Parte si può riservare il diritto di:

a) non sottoporre una questione ad arbitrato se una decisione su tale questione è stata già resa in sede giudiziaria o da un tribunale amministrativo di una delle due Giurisdizioni contraenti;

b) far terminare il processo arbitrale se, in qualsiasi momento successivo alla presentazione di una richiesta di arbitrato e prima che il collegio arbitrale abbia comunicato la propria decisione alle autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti, sia resa in sede giudiziaria una decisione concernente la questione.²²

6. La posizione italiana

²² In base all'art. 28 par.2 (a) "una Parte che sceglie, ai sensi dell'Articolo 18 (Opzione per l'applicazione della parte VI), di applicare la parte VI (Arbitrato) può formulare una o più riserve con riferimento all'ambito di applicazione dei casi che possono essere sottoposti ad arbitrato ai sensi delle disposizioni della parte VI. Per una Parte che sceglie, ai sensi dell'Articolo 18 (Opzione per l'applicazione della parte VI), di applicare la parte VI successivamente alla data in cui è divenuta Parte della presente Convenzione, le riserve ai sensi del presente sottoparagrafo sono formulate contestualmente alla notifica di detta Parte al Depositario".

In base, poi, all' art. 28 par. 2 (b), "Le riserve formulate ai sensi del sottoparagrafo a) sono soggette ad accettazione. Una riserva formulata ai sensi del sottoparagrafo a) si considera accettata da una Parte se essa non ha notificato al Depositario una obiezione alla riserva entro il termine di un periodo di dodici mesi di calendario che inizia alla data della notifica della riserva da parte del Depositario o entro la data in cui essa deposita il suo strumento di ratifica, accettazione o approvazione, a seconda dell'ultima di tali date. Per una Parte che sceglie, ai sensi dell'Articolo 18 (Opzione per l'applicazione della parte VI), di applicare la parte VI (Arbitrato) successivamente alla data in cui è divenuta Parte della presente Convenzione, le obiezioni alle riserve formulate in precedenza dalle altre Parti ai sensi del sottoparagrafo a) possono essere formulate contestualmente alla notifica di detta prima Parte al Depositario ai sensi dell'Articolo 18 (Opzione per l'applicazione della Parte VI). Se una Parte solleva una obiezione a una riserva formulata ai sensi del sottoparagrafo a), la totalità della parte VI (Arbitrato) non si applica tra la Parte che ha sollevato l'obiezione e la Parte che ha formulato la riserva."

Al momento della firma, l'Italia ha fornito un elenco provvisorio delle riserve e delle notifiche previste, ai sensi degli artt. 28 (7) e 29 (4) dello strumento multilaterale.

Di seguito si elencano le principali scelte che sono state comunicate all'OCSE in quanto Depositario.

In primo luogo, è stata notificata la lista di tutti gli accordi bilaterali stipulati dall'Italia in modo da assoggettarli alla copertura della Convenzione multilaterale ai sensi dell'art. 2; poi la medesima lista di tutti i trattati in vigore è stata notificata ai sensi dell'art. 6 (5), unitamente al testo del preambolo in essi rinvenibile, al fine di renderli coerenti con le regole minime richieste in merito all'abuso dei trattati.

Tra le convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, 84 sono gli Accordi fiscali coperti a cui si è scelto di rendere applicabile la Convenzione multilaterale

La scelta, invece, di non includere alcune convenzioni²³ si giustifica con l'obiettivo di una futura rinegoziazione bilaterale, o al fatto che dopo il BEPS la convenzione sia stata già rinegoziata.²⁴

Ricordiamo che l'esclusione dagli Accordi in modo unilaterale impedisce l'applicazione della Convenzione multilaterale; tuttavia, è sempre possibile aggiungere ulteriori convenzioni contro le doppie imposizioni, anche dopo il deposito della ratifica.

L'Italia si è riservata il diritto di non applicare le previsioni dell'art. 3 sulle entità trasparenti e quelle dell'art. 4 sulle entità *dual resident*.

Non ha esercitato alcuna opzione per i metodi per eliminare la doppia tassazione, in attuazione dell'art. 5 che dispone che una parte contraente possa optare per l'applicazione di tre diverse opzioni oppure possa scegliere di non applicare alcuna opzione.

Tale previsione, eccezione al meccanismo di funzionamento delle opzioni, non è

²³ Albania, Algeria, Bielorussia, Cile, Congo, Cuba, Ecuador, Etiopia, Ghana, Iran, Kirghizistan, Libia, Macedonia, Montenegro, Mozambico, Oman, Panama, Siria, Tagikistan, Taiwan, Trinidad e Tobago, Uzbekistan, Venezuela.

²⁴ Es. Cile.

applicabile a condizione di reciprocità, ne consegue che le opzioni manifestate dalle altre giurisdizioni aderenti avranno efficacia nei confronti dell'Italia.

Altra riserva di non applicazione ha riguardato le norme antiabuso. L'Italia, in particolare, si è riservata di non applicare il *Principal Purpose Test* per gli accordi che già contengono una disposizione simile, e di non applicare la c.d. *simplified limitation on benefits provision* convenzione con gli USA, in quanto un'analogha disposizione è già prescritta.

Sono stati individuate poi le convenzioni per le quali non occorre riserva ai sensi dell'art. 7 (15) (b) in quanto già contengono disposizioni che negano tutti i benefici che sarebbero altrimenti concessi, se lo scopo principale o uno degli scopi principali di qualsiasi transazione è l'ottenimento di tali benefici.

L'Italia si è anche riservata di non applicare: l'art. 8 sulle transazioni relative al trasferimento dei dividendi; l'art. 9 sugli utili di capitale da alienazione di azioni o partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili.

In questo caso la riserva è però solo parziale in quanto, comunque, l'Italia ha scelto di applicare la regola dell'art. 9, paragrafo 4, agli Accordi fiscali coperti, secondo la quale "gli utili ricavati da un residente di una Giurisdizione contraente dall'alienazione di azioni o partecipazioni comparabili, quali le partecipazioni in una società di persone (*partnership*) o in un *trust*, sono imponibili nell'altra Giurisdizione contraente se, in qualsiasi momento nel corso dei 365 giorni che precedono l'alienazione, tali azioni o partecipazioni hanno derivato oltre il 50 per cento del loro valore direttamente o indirettamente da beni immobili (*real property*) situati in detta altra Giurisdizione".

E' stato a tal fine anche comunicato l'elenco delle convenzioni che invece già prevedono che gli utili ricavati dall'alienazione di azioni o di altri diritti di partecipazione sono imponibili nell'altra giurisdizione a condizione che tali azioni o diritti abbiano derivato più di una certa quota del loro valore da beni immobili ivi situati o a condizione che più di una certa quota della proprietà della entità sia costituita da tali beni immobili.

Per la stabile organizzazione, è fatta riserva di non applicazione dell'art. 10

sulla clausola anti-abuso per le stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze e dell'art. 12 sull'elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso *commissionnaire arrangements* e strategie simili.

In merito invece all'elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività, viene notificata la scelta dell'opzione tale per cui il termine "stabile organizzazione" non include:

- a) le attività specificamente elencate come attività che non costituiscono una stabile organizzazione;
- b) qualsiasi altra attività;
- c) l'esercizio combinato delle predette attività, ma solo a condizione che tale attività, ovvero l'attività complessiva della sede fissa di affari, abbia carattere preparatorio o ausiliario.

Come richiesto, vengono notificati i trattati che contengono una disposizione correlata a tale scelta, indicandone la collocazione che per l'Italia è l'art. 5, in genere al paragrafo 3, del testo dei trattati bilaterali in conformità al Modello OCSE.²⁵

La Convenzione multilaterale indubbiamente dimostra di condividere, almeno parzialmente la posizione italiana e di restringere la precedente posizione cercando di definire più puntualmente gli elementi da prendere in considerazione per valutare l'esistenza di una stabile organizzazione.

Nonostante questo avvicinamento tra le due posizioni l'Italia ha apposto una riserva a tale modifica. Questa riserva si giustifica, probabilmente, per la volontà dell'Italia di non discostarsi comunque dalla propria giurisprudenza consolidata e per la volontà di lasciare ai giudici nazionali la più ampia libertà di azione non vincolando il loro ragionamento al rispetto di indici diversi da quelli forniti dalla Cassazione. Un simile atteggiamento non pare del tutto criticabile, ma anzi condivisibile.

La Cassazione in tema di stabile organizzazione personale nonostante le modifiche suggerite dalla Convenzione multilaterale, risulta ben più stringente della posizione OCSE. Per quanto riguarda in particolare la conclusione di contratti e,

²⁵ Viene in tal caso segnalato tutto il *network* degli 84 trattati bilaterali.

quindi, la nozione di stabile organizzazione personale, la Corte²⁶ ha affermato che il potere di concludere contratti non si riferisce soltanto al caso di un effettivo potere di svolgere trattative e di determinare il contenuto del contratto, ma anche a quello “in cui l’agente, pur avendo un potere di rappresentanza, deve uniformarsi a ordini e direttive della società” e ciò in quanto “l’ipotesi di effettiva partecipazione alle trattative, senza poteri rappresentativi, e quella di rappresentanza devono considerarsi alternative”. Questa posizione poneva l’Italia in contrasto con il Modello OCSE il cui Commentario riteneva che la partecipazione alle trattative non fosse sufficiente per configurare la stabile organizzazione personale tanto che la Cassazione abitualmente riteneva questo chiarimento *tamquam non esset* affermandosi che nessuna rilevanza può essere riconosciuta a tale modifica “in quanto, a parte il valore non normativo del Commentario”, essa “ha costituito oggetto di riserva espressa da parte del Governo italiano, secondo la quale nell’interpretazione del Modello di convenzione l’Italia non può disattendere quella data dai propri giudici nazionali” (Cass., sent. 30 ottobre 2015, n.43809, Cass., sent. 8 ottobre 2014, n.41947; Cass., sent. 28 luglio 2010, n.29724.). Per la Cassazione resta fermo che la mera partecipazione alle trattative è sempre in grado di rappresentare un collegamento con l’ordinamento tale da giustificare il prelievo tributario.

L’Italia si è poi riservata di non applicare il primo paragrafo del comma 1 dell’art. 16 sulla procedura amichevole della Convenzione multilaterale, in quanto ha deciso di soddisfare il *minimum standard* per il miglioramento della risoluzione delle controversie ai sensi del pacchetto BEPS OCSE/G20 assicurando che ai sensi di ciascuno dei suoi Accordi fiscali coperti (diversi da un Accordo fiscale coperto che consente ad una persona di sottoporre un caso all’autorità competente di una delle due Giurisdizioni contraenti), qualora una persona ritenga che le misure adottate da una o da entrambe le Giurisdizioni contraenti comportano o comporteranno per tale persona un’imposizione non conforme alle disposizioni dell’Accordo fiscale coperto, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale di tali

²⁶ In particolare Cass., sent. 9 aprile 2010, n. 8488.

Giurisdizioni contraenti, detta persona può sottoporre il caso all'autorità competente della Giurisdizione contraente di cui la persona è residente oppure, se il caso sottoposto da tale persona rientra nell'ambito di una disposizione di un Accordo fiscale coperto relativa alla non discriminazione in base alla nazionalità, della Giurisdizione contraente di cui tale persona ha la nazionalità; e l'autorità competente di detta Giurisdizione contraente effettua una notifica bilaterale o un processo di consultazione con l'autorità competente dell'altra Giurisdizione contraente per i casi in cui l'autorità competente alla quale è stato sottoposto il caso di procedura amichevole non consideri fondato il reclamo del contribuente.

L'Italia ha, invece, optato per l'applicazione dell'arbitrato obbligatorio e vincolante.

L'Italia ha aderito, però, alla riserva prevista dall'articolo 24, comma 2, secondo cui non deroga alle disposizioni previste dall'articolo 19, paragrafo 4, della stessa Convenzione multilaterale la decisione arbitrale non è vincolante per le Giurisdizioni contraenti di un Accordo fiscale coperto, qualora le rispettive autorità competenti concordino una diversa risoluzione di tutte le questioni non risolte, entro i tre mesi di calendario successivi alla comunicazione alle stesse della decisione arbitrale.

Infine, l'Italia ha anche notificato che si riserva il diritto di applicare tale procedura arbitrale ai casi presentati ad una competente autorità prima che la Convenzione sia divenuta efficace, solo a condizione che vi sia un accordo di tutte e due le Giurisdizioni contraenti sullo specifico caso.

7. L'entrata in vigore ed effetti

La Convenzione è entrata ufficialmente in vigore il primo luglio 2018 avendo la Slovenia depositato lo strumento di ratifica il 22 marzo 2018, preceduta dall'Austria (22 settembre 2017), Isola di Man (19 ottobre 2017), Jersey (15 dicembre 2017) e Polonia (23 gennaio 2018). In base all'art. 34 della stessa, infatti, l'entrata in vigore si ha per effetto del deposito della ratifica da parte di almeno cinque giurisdizioni aderenti, decorsi tre mesi dall'ultimo deposito di ratifica, accettazione o approvazione.

La sua entrata in vigore porterà il Convenzione multilaterale all'esistenza legale²⁷ solo in queste cinque giurisdizioni e avrà effetto come segue:

- a partire dal 1° gennaio 2019, in relazione alle ritenute alla fonte sulle somme pagate o accreditate a non residenti, e
- per i periodi imponibili che iniziano dopo tale data (ossia dopo la scadenza di un periodo di sei mesi dalla sua entrata in vigore), rispetto a tutte le altre imposte.

La Convenzione multilaterale entrerà in vigore per ulteriori giurisdizioni il primo giorno dopo un periodo di tre mesi dalla presentazione dei rispettivi strumenti di ratifica. Una volta ratificato, lo Strumento Multilaterale riguarderà solo i trattati sulla doppia imposizione conclusi con altre giurisdizioni che hanno ratificato la Convenzione e che hanno incluso anche quel trattato nell'elenco degli "Accordi fiscali coperti" o "*Covered Tax Agreements*".²⁸

Per meglio chiarire, ciascuna giurisdizione aderente, oltre le cinque che hanno reso possibile l'entrata in vigore della Convenzione multilaterale, deve aver ratificato la Convenzione bilaterale nel proprio ordinamento giuridico con effetto multilaterale, nei confronti di tutti gli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione e

²⁷ Infatti per quanto riguarda l'efficacia delle disposizioni contenute nella Convenzione multilaterale, l'art. 35 stabilisce che esse producono effetto:

per le imposte prelevate con ritenute alla fonte, quando il fatto generatore di tali imposte si verifica a decorrere dal primo giorno dell'anno solare successivo che inizia a decorrere dall'ultima delle date in cui entra in vigore per ciascuno dei due Stati;

per le altre imposte prelevate con riferimento ai periodi d'imposta che iniziano alla, o successivamente alla, conclusione di un periodo di sei mesi di calendario (o di un periodo più breve se vi è una volontà in tal senso delle parti) a decorrere dall'ultima delle date in cui la presente Convenzione entra in vigore per ciascuna dei due Stati.

Per quanto riguarda le ritenute, come evidenzia il paragrafo 32 delle Note esplicative alla Convenzione multilaterale, se la Convenzione entra in vigore per lo Stato A il 1° marzo 2018 e per lo Stato B il 1° marzo 2019, essa avrà efficacia per i pagamenti avvenuti dal 1° gennaio 2020.

²⁸ Ai sensi della Convenzione, "l'espressione "Accordo fiscale coperto" designa un accordo per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito (che tale accordo si applichi o meno ad altre imposte):

i) in vigore tra due o più:

A) Parti; e/o

B) giurisdizioni o territori che sono parti di un accordo di cui sopra e delle cui relazioni internazionali è responsabile una Parte; e

ii) rispetto al quale ciascuna di tali Parti ha effettuato una notifica al Depositario che indica tale accordo nonché qualsiasi strumento di modifica o di accompagnamento ad esso relativo (identificati da titolo, nome delle parti, data della firma, e, se applicabile al momento della notifica, data di entrata in vigore) come un accordo che desidera sia coperto dalla presente Convenzione".

con i quali è in vigore un Trattato contro le Doppie Imposizioni e aver depositato lo strumento di ratifica presso l'OCSE.

La Convenzione multilaterale, cioè, modifica solo gli accordi fiscali, in vigore tra due o più Parti,²⁹ rispetto ai quali ciascuna ha effettuato la notifica al Depositario (c.d. *Covered Tax Agreements* o "CTA").

La Convenzione multilaterale, una volta entrata in vigore, recepita e depositata, diverrà una legge di diritto interno, da rispettare esattamente come le singole convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore.³⁰

A tal proposito è bene chiarire se il trattato multilaterale sia *self-executing*, cioè direttamente applicabile e vincolante per i contribuenti, ovvero richieda una ratifica per ciascun Convenzione bilaterale notificata dai Paesi firmatari.³¹

Il tema è rilevante perché la convenzione multilaterale è un trattato di diritto internazionale pubblico che deve essere ratificato dagli Stati firmatari (art. 27, comma 2) e che, a differenza del Modello OCSE e del suo commentario, non rappresenta uno strumento per l'interpretazione delle convenzioni bilaterali esistenti, essendo finalizzato a creare norme giuridiche operanti a livello internazionale e negli ordinamenti degli Stati contraenti.

Sulla base dei lavori preparatori svolti in sede OCSE, del testo dell'art. 1 e tenuto conto della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 ed anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, si può ritenere confermata la natura *self-executing* dello strumento, potendo occorrere uno specifico protocollo integrativo esclusivamente con riferimento ai casi in cui il trattato bilaterale da modificare si discosti in maniera significativa dal Modello

²⁹ In base all'art. 2 lett. b) della Convenzione Il termine "Parte" designa:

i) uno Stato per il quale la presente Convenzione è in vigore, ai sensi dell'Articolo 34 (Entrata in vigore); oppure

ii) una giurisdizione che ha firmato la presente Convenzione ai sensi del sottoparagrafo b) o c) del paragrafo 1 dell'Articolo 27 (Firma e ratifica, accettazione o approvazione) e per la quale la presente Convenzione è in vigore in conformità all'Articolo 34 (Entrata in vigore).

³⁰ In tal senso, la Convenzione multilaterale differisce sostanzialmente dal Modello OCSE e dal suo commentario che, invece, rappresentano una guida per la negoziazione dei trattati bilaterali e un ausilio per la loro interpretazione.

³¹ Vedasi A. CRAZZOLARA, *Il Trattato Multilaterale BEPS è self-executing?*, in *Rivista di diritto tributario, on-line*, 24 maggio 2017.

OCSE.

L'art.1 infatti rubricato *Scope of the Convention* sancisce che "This Convention modifies all Covered Tax Agreements as defined in subparagraph a) of paragraph 1 of Article 2 (Interpretation of Terms)" (La presente Convenzione modifica tutti gli accordi fiscali coperti come definiti nella lettera a) del paragrafo 1 dell'articolo 2 (Interpretazione dei termini)).

Secondo l'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 il testo è l'elemento primario per l'interpretazione dei trattati internazionali. Dunque, sembrerebbe che il significato dell'articolo 1 di cui sopra debba essere proprio quello che il trattato multilaterale abbia come effetto quello di modificare direttamente le convenzioni bilaterali notificate all'OCSE secondo le modalità indicate dagli Stati firmatari.

Una Convenzione bilaterale verrebbe automaticamente modificata ove entrambi gli Stati contraenti l'avessero notificata come Accordo fiscale coperto.

In caso contrario, se cioè non considerassimo la Convenzione *self-executing* perché le *compatibility clauses* sarebbero estremamente generiche, peccando di precisione e chiarezza violando il principio della determinatezza, spesso valorizzato al fine di valutare la natura *self-executing* delle norme internazionali pattizie, allora dovrebbe essere stipulato per ogni singola convenzione bilaterale un protocollo di modifica, il quale dovrebbe poi essere ratificato. In alternativa, potrebbero essere gli Stati contraenti a porre rimedio alla predetta indeterminatezza attraverso apposite norme di adattamento dell'ordinamento nazionale al trattato multilaterale.

Rimane il fatto che la notifica di un Accordo fiscale coperto è possibile anche dopo il deposito dello strumento di ratifica del trattato multilaterale.³² Ne consegue che uno Stato firmatario del trattato multilaterale finché non abbia raggiunto un accordo con l'altro Stato contraente sull'esatto testo delle modifiche da apportare ad una determinata Convenzione, potrebbe esimersi dal notificare quella

³² Cfr. art. 29, comma 5, primo periodo: "A Party may extend at any time the list of agreements notified under clause ii) of subparagraph a) of paragraph 1 of Article 2 (Interpretation of Terms) by means of a notification addressed to the Depository").

Convenzione come Accordo fiscale coperto: in altri termini potrebbe notificare la Convenzione solo dopo il perfezionamento dell'accordo con l'altro Stato contraente. A tale proposito vi sarebbe anche la possibilità di stipulare un nuovo trattato bilaterale tra le parti contrattuali comprensivo delle disposizioni del trattato multilaterale per le quali gli Stati contraenti si sono impegnati. Anche in tale caso sarebbe necessaria la notifica al depositario del trattato multilaterale. Agendo così però si violerebbe l'obiettivo di speditezza perseguito dalla Convenzione multilaterale.

Si ritiene, al contrario, che la critica di vaghezza rivolta alle *compatibility clause* non colpisca nel segno e che, pertanto, la necessità di uno specifico protocollo integrativo si presenti esclusivamente con riferimento ai casi in cui la convenzione bilaterale da modificare si discosti in maniera significativa dal Modello OCSE (qui inteso come inclusivo delle clausole pattizie alternative e supplementari proposte nel relativo Commentario).

8. Conclusioni

La Convenzione multilaterale rappresenta, dunque, uno strumento altamente innovativo nel panorama internazionale.

Superando le difficoltà delle rinegoziazioni bilaterali, agevolando l'uniformità dei criteri di interpretazione, divenendo strumento di supporto per i Paesi in via di sviluppo che hanno oggettivamente difficoltà di ordine pratico connesse all'implementazione delle misure BEPS e offrendogli la possibilità di beneficiare al meglio, in coordinamento con i Paesi sviluppati, dei risultati del Progetto BEPS. La Convenzione multilaterale garantisce anche il principio della certezza del diritto e, avvalendosi dell'enorme mole di lavoro delle azioni condotte in sede BEPS, interviene su molte questioni importanti del diritto tributario internazionale con soluzioni mirate.

Quindi se da un lato gli obiettivi della Convenzione sono evidenti e lodevoli, dubbi restano per il loro effettivo raggiungimento.

Il riferimento è *in primis* alle riserve che se da un lato rappresentano un "punto

di forza” per gli Stati che vedranno così ampliato il loro margine di intervento, sono al contempo un “punto di debolezza” in quanto depotenzieranno l’immediatezza dell’applicazione del Convenzione multilaterale. Anche se questa impostazione si giustifica per il fatto di assicurare, comunque, agli Stati una riserva di sovranità.

Si aggiunga poi l’ampia flessibilità, rappresentata dalla possibilità di escludere talune convenzioni bilaterali, di esprimere oltre alle riserve di cui prima, anche opzioni; la possibilità di subordinare l’effettiva applicazione di talune disposizioni a un procedimento di reciproca notifica (al di fuori del c.d. *minimum standard*), con l’effetto di un ridimensionamento degli impatti che concretamente tale strumento sarà in grado di determinare. Ridimensionamento reso ancor più accentuato se si considera anche l’astensione di talune importanti giurisdizioni, in *primis* gli Stati Uniti.

Infine, pur riconoscendo il notevole sforzo dell’OCSE, che ha messo a disposizione un valido *database*, la concreta applicazione della Convenzione multilaterale appare complessa e presuppone necessariamente un’analisi caso per caso.

Si aggiunga che le stesse imprese saranno poste di fronte a problematiche di ordine economico e giuridico. Di ordine economico per gli aggravii che potrebbero derivare dalla maggiore tassazione alla fonte che la Convenzione multilaterale prevede nella ridefinizione di alcune ipotesi di stabile organizzazione e per le plusvalenze su partecipazioni il cui valore deriva principalmente da beni immobili; di ordine giuridico, considerata l’assenza di coordinamento con la normativa UE, la giurisprudenza e la norma interna.

Infine bisogna evidenziare che l’approccio della Convenzione multilaterale è per casi, piuttosto che per principi non ponendo così le basi per la realizzazione di un vero e proprio diritto tributario internazionale consuetudinario. Occasione ormai mancata.