Interreg
Cofinanziato dall'Unione Europea
Italia - Svizzera | Italie - Suisse | Italien - Schweiz
CROCSIT

La procedura arbitrale nell'ambito della BEPS Convention

Simone Schiavini

LL.M. in International Tax Law, avvocato, Counsel at Legance, Milano

Repubblica e Cantone Ticino | SUPSI | Università della Svizzera italiana | UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA

Introduzione

Perché l'arbitrato nelle controversie internazionali?

[redacted]

MAP – Assenza di un termine per risolvere la controversia

[redacted]

Nell'ambito di una MAP, gli Stati non sono obbligati a risolvere la controversia.

E.g., assenza di imparzialità e obiettività; mancanza di partecipazione da parte dei contribuenti; assenza di recepimento delle decisioni a causa di «rimedi domestici».

L'arbitrato obbligatorio e vincolante come soluzione ad alcuni problemi legati alle MAP

L'arbitrato obbligatorio dovrebbe risolvere le questioni legate all'assenza di (1) un obbligo di risolvere la controversia, e (2) un termine per la risoluzione della controversia.

Il quadro di riferimento: BEPS Action 14 e MLI

2015

Rapporto Action 14 — Final Report sulla risoluzione efficace delle controversie e potenziamento della MAP.

2016

Adozione del testo — conclusione dei negoziati e approvazione formale del testo della Convenzione (MLI).

2017

Firma a Parigi — prima cerimonia ufficiale di sottoscrizione collettiva.

2019

Entrata in vigore — efficacia giuridica per i trattati coperti (CTA) ratificati.

Part VI (artt. 18–26) — Principio cardine

La clausola arbitrale obbligatoria **NON costituisce un *minimum standard* BEPS**: l'attivazione concreta richiede la **scelta congiunta e simmetrica** (opt-in bilaterale) di entrambi gli Stati contraenti.

Part VI: caratteristiche e adesione

Condizione di efficacia — *Notifiche* congiunte

La copertura potenziale nasce dall'incrocio concorde degli elenchi di trattati (CTA) notificati al depositario OCSE. Ogni riserva, opzione o scelta degli Stati può escludere l'arbitrato o comprimerne l'operatività.

Mandatory and Binding Arbitration

Un controversia è obbligatoriamente decisa tramite procedimento arbitrale se le autorità fiscali non raggiungono un accordo entro un determinato periodo di tempo.

La decisione del collegio arbitrale è vincolante per le autorità fiscali, che devono recepire la decisione.

Riserve, opzioni e scelte

Diverse opzioni, scelte e riserve per gli Stati al fine di garantire loro quella 'flessibilità' necessaria per assicurare l'adozione delle disposizioni in materia di arbitrato.

Coerenza? Certezza? Efficienza?

Part VI: principali caratteristiche

Ambito soggettivo: medesimo della MAP.

Ambito oggettivo: medesimo della MAP.

Ambito temporale: Regole specifiche (Art. 36 par. 1).

Riserve, opzioni e scelte degli Stati

Le riserve e opzioni consentite agli Stati

1. Esclusioni dall'ambito di applicazione oggettivo della Part VI
2. Riservatezza
3. 'Baseball' arbitration vs Independent Opinion
4. Recepimento della decisione
5. Il rapporto con i «rimedi domestici»
6. Il termine per la conclusione della MAP

Esclusioni dall'ambito di applicazione oggettivo della Part VI

Riserve all'ambito di applicazione oggettivo della Part VI

- Gli stati possono escludere, senza alcuna limitazione, certe questioni dall'ambito di applicazione dell'arbitrato ai sensi della Part VI.

- Esempi più comuni:
  1. disposizioni domestiche o convenzionali anti abuso;
  2. evasione e frode fiscale.

Objections

- Nel caso in cui l'altro Stato non accetti le esclusioni all'ambito di applicazione oggettivo, Part VI non trova applicazione.

Riservatezza

- L'MLI prevede una serie di obblighi di riservatezza per i membri del collegio arbitrale, in relazione alle informazioni raccolte nell'ambito della procedura arbitrale.

- In aggiunta:

1. gli Stati possono richiedere (art. 23 par 5) che ciascun contribuente e i suoi consulenti **accettino per iscritto di non divulgare alcuna informazione ricevuta nel corso del procedimento arbitrale** da una delle autorità competenti o dal collegio arbitrale.
   - Sanzione: conclusione della MAP o dell'arbitrato;

2. gli Stati che <u>non</u> hanno optato per gli obblighi di riservatezza, posso optare (art. 23 par. 6) per **consentire la divulgazione delle informazioni**;

3. gli Stati di cui al punto 1. (i.e., opzione per riservatezza) possono richiedere di **non applicare la Part VI nel caso in cui l'altro Stato ha esercitato opzione per consentire la divulgazione delle informazioni**.

'Baseball' Arbitration vs Independent Opinion

'Baseball' Arbitration (art. 23 parr. 1–3) — default

- Meccanismo binario «final offer»: il collegio sceglie esclusivamente tra le due proposte finali delle autorità competenti, senza motivazione estesa.
- Incentiva posizioni realistiche.

Independent Opinion (art. 23 par. 2) — deroga

- Il collegio arbitrale adotta una decisione pienamente motivata in fatto e in diritto, con piena discrezionalità valutativa: formula una soluzione propria e indipendente.

Opzioni confliggenti

- Laddove uno Stato opti per l'approccio «Independent Opinion», quest'ultimo prevale.
- Però, se l'altro Stato si riserva il diritto di adottare l'approccio «baseball» (art. 23 par 3), le regole procedurali dell'arbitrato devono essere decise attraverso «mutual agreement».

Recepimento della decisione

Binding decision

- La decisione del collegio arbitrale è, in linea di principio, vincolante per gli Stati coinvolti.

Clausola «Time-out»

- Gli Stati possono riservarsi un periodo di 3 mesi durante il quale sono autorizzati a raggiungere una soluzione diversa dalla decisione arbitrale.
- Si applica soltanto ai CTA in cui entrambi gli Stati abbiano esercitato questa opzione.

Clausola «Time-out» e 'Baseball' Arbitration

- Gli Stati hanno la facoltà di escludere l'applicabilità della clausola «time-out» laddove la decisione sia assunta dal collegio tramite 'baseball' arbitration (art. 24 par 3).

Il rapporto con i «rimedi domestici»

- La Part VI dell'MLI <u>non</u> menziona i «rimedi domestici» eventualmente disponibili per un contribuente. Pertanto, in linea di principio, un caso potrebbe essere oggetto di arbitrato anche qualora sia già stata emessa una decisione da parte di un tribunale interno di uno Stato.

- La normativa (anche costituzionale) o la prassi amministrativa di determinati Stati, però, può **impedire alle rispettive autorità fiscali di raggiungere un accordo che si discosti da una decisione giurisdizionale interna**.

- Pertanto, gli Stati possono formulare una riserva (*ex* art. 19 par. 12) affinché le questioni non risolte nell'ambito di una MAP **<u>non</u> debbano essere sottoposte ad arbitrato** se:
  1. su tali questioni è <u>già stata emessa una decisione da un organo giurisdizionale o amministrativo</u>, nel momento in cui il caso diviene ammissibile all'arbitrato; o
  2. su tali questioni viene emessa una decisione da un organo giurisdizionale o amministrativo di ciascuno degli Stati coinvolti nel periodo intercorrente tra la richiesta di sottoposizione ad arbitrato e la decisione del collegio arbitrale.

Il termine per la conclusione della MAP

Regime ordinario OECD — 2 anni

- Decorrenza biennale ordinaria per l'accordo tra autorità competenti (in linea con art. 25 par. 5 Modello OCSE 2017).
- Prorogabile d'intesa tra gli Stati senza consenso del contribuente.

Opzione per l'estensione— 3 anni

- La riserva ex art. 19 par. 11 estende il termine per la conclusione della MAP a **3 anni** anche se formulata da un solo Stato.

Conclusioni

L'identikit della Clausola Arbitrale «standard»

Metodo	**Baseball Arbitration** Il collegio sceglie una proposta senza motivazione scritta né compromessi.
Termine MAP	**Finestra triennale** Termine biennale ordinario esteso a 36 mesi dalla maggior parte delle giurisdizioni.
Ambito oggettivo	**Esclusione GAAR, frodi e violazioni penali** Riserva ex art. 28(2)(a): violazioni penali, frodi e GAAR domestiche.
Riservatezza	**Segreto procedurale rafforzato** Decisione e memorie inaccessibili a terzi
Efficacia	**Decisione vincolante e immediata** Decisione definitiva per gli Stati; interruzione in caso di giudicato interno pendente.

Part VI: le scelte di Italia e Svizzera

Article 18 | General applicability of Part VI (Arbitration)	Part VI would apply and supersede the provisions of the agreement to the extent of incompatibility.
Article 19 | Mandatory Binding Arbitration	The two-year period in Article 19(1)(b) would be replaced with a three-year period. The rules in Article 19(12) would apply.
Article 23 | Type of Arbitration Process	Arbitration process in Article 23(1) would apply. Article 23(5) would apply.
Article 24 | Agreement on a Different Resolution	Article 24(2) would not apply.
Article 28 | Reservations on the scope	The reservation formulated by Italy would apply.
Article 35 | Entry into Effect MLI	For the purposes of the application by Italy, the reference to 'taxable periods beginning on or after 1 January of the next year beginning on or after the expiration of a period' would apply. Entry into effect depending on completion of internal procedures in each jurisdiction would apply.
Article 36 | Entry into Effect of Part VI	Part VI would apply to cases presented prior to entry into force of the Convention only to the extent that the competent authorities agree.

- Rimedi domestici
- Riservatezza
- 'Baseball' arbitration
- Time-out
- E.g. anti-abuse, dual residence

NB: l'Italia non ha ancora ratificato l'MLI

Legance



Simone Schiavini

COUNSEL

E-MAIL	sschiavini@legance.it
TELEFONO	+39 02 89 63 071
LINGUE	Italiano, inglese
UFFICIO	Milano
SITO	legance.it

○ Tributario