

Quotidiano del Fisco

23.11.2018

La società all'estero per la «Ico» non configura un'esterovestizione

di di Marco Tupponi

Una Initial Coin Offer (Ico), detta anche «token generating event» è, in estrema sintesi, un metodo di raccolta di fondi nel corso del quale gli investitori ottengono dei token (un genere di buoni digitali) basati su Distributed Ledger Technology (Dlt), per esempio, blockchain, ovvero una banca dati elettronica, decentralizzata, costituita e gestita da un indefinito numero di computer indipendenti.

Nel quadro di una Ico, gli investitori versano mezzi finanziari (generalmente sotto forma di criptovalute) all'organizzatore delle Ico. In cambio, si ottengono «coin» e/o «token» basati sulla tecnologia blockchain, creati e salvati a livello decentralizzato su una nuova blockchain sviluppata in questo contesto oppure, mediante un cosiddetto smart contract, su una blockchain esistente.

Relativamente agli aspetti tributari è innanzitutto necessario un inquadramento giuridico del token generato. A tal fine, il contribuente si comporterà secondo le norme di diritto italiano.

In Italia è giuridicamente possibile lanciare una Ico ma, per quanto concerne la regolamentazione delle stesse, la normativa è tutt'altro che organica; quindi un operatore potrebbe pensare di costituire una società ad hoc in Stati vicini all'Italia come la Svizzera o Malta che, durante il presente anno 2018 hanno emanato regolamentazioni specifiche sull'argomento.

In particolare la Svizzera ha emanato il 16 febbraio 2018, tramite il proprio organo Finma (Autorità Federale di Vigilanza sui Mercati finanziari), una guida pratica che chiarisce in che modo gestirà le richieste di assoggettamento relative alle Initial Coin Offering sulla base del diritto dei mercati finanziari vigente in Svizzera. Nel documento, la Finma definisce le informazioni minime necessarie per il trattamento di tali richieste e i principi in base ai quali fornirà una risposta. In questo modo, la Finma crea trasparenza per i partecipanti interessati al mercato.

E Malta, addirittura, il 4 luglio 2018 ha approvato tre nuove leggi che offrono un ambiente operativo sicuro per le società che lavorano nel settore «blockchain». Malta è la prima giurisdizione al mondo a offrire certezza legale in questo settore. Le tre leggi maltesi sono: il Virtual Financial Assets Act (Vfa), per regolamentare le Ico; la legge per l'Innovazione Digitale (Mdia) che istituisce un organo che presiederà allo sviluppo e alla vigilanza delle imprese che si basano sulla blockchain; l'Innovative Technology Arrangements and Services Act che riguarda la regolamentazione degli accordi in materia di tecnologie innovative designate.

Ebbene cosa accade fiscalmente se un'impresa italiana apre sul territorio maltese una società per gestire Ico e blockchain?

Questi i problemi che devono essere valutati:

- **esterovestizione (articolo 73 comma 3 del Tuir):** si ricorda che con questa norma si tende ad attrarre fiscalmente in Italia società o enti stranieri residenti all'estero, laddove detengano, nel territorio nazionale, almeno uno tra i seguenti tre elementi: sede legale, sede dell'amministrazione, oggetto principale dell'attività;
- **rispetto di tutte le normative vigenti nel Paese in cui si stabilisce la sede legale;**
- **rispetto delle normative di ogni singolo Paese in cui viene acquistato il token.**

A proposito dell'esterovestizione il criterio dell'oggetto principale dell'attività ha natura residuale ed è regolato dai commi 4 e 5 dell' articolo 73 del Tuir, che stabiliscono che per oggetto principale si intende «l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto» e che, in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle forme di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, si deve aver riguardo «all'attività effettivamente esercitata».

Quindi, per identificare la nozione di attività principale è indispensabile fare riferimento a tutti gli atti produttivi e negoziali, oltre che ai rapporti economici, che lo stesso ente pone in essere con i terzi, e per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l'oggetto sociale.

Ciò che conta non è dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, ma la circostanza che occorra o non occorra una presenza di personale in loco per la gestione della attività dell'ente.

Ma se, come ho detto all'inizio di questo articolo, una Ico presuppone un distributed ledger technology, ovvero una banca dati elettronica, decentralizzata, costituita e gestita da un indefinito numero di computer indipendenti, è questa che costituisce l'oggetto principale dell'attività ed è proprio per la caratteristica tipica di questo tipo di attività che non occorre la presenza in loco di chicchessia per la gestione dell'ente.

Non si può parlare in tale ipotesi di esterovestizione, anche se in un Paese straniero (ipotizziamo la Svizzera o Malta) ci sono solo computer che emettono Ico senza personale perché il programma ha già reso indipendente i computer utilizzati.

Ecco quindi che, nel caso di una costituzione di società estera finalizzata a una Ico e correlata all'emissione di token gestita tramite meccanismi informatici, l'operatore nazionale – al fine di evitare ipotesi di esterovestizione – dovrà semplicemente dimostrare che la società estera è per così dire «autogestita» utilizzando gli strumenti informatici pre-programmati senza che nessuno debba recarsi all'estero per gestire alcunché.

In questa ipotesi, per escludere l'esterovestizione, si fa leva sul criterio residuale, dell'oggetto principale dell'attività in base all'articolo 73 Tuir.

Capisco che questa possa essere una nuova frontiera ma progredendo gli strumenti informatici l'adeguamento dei concetti tributari è necessario e per così dire fisiologico.

Quindi lo stesso operatore nazionale potrà mantenere l'attività di direzione strategica in Italia senza che questa attività possa far scattare l'attrazione fiscale in quanto è la macchina (sono i computer) che gestiscono la new Co estera.

Ribadisco che se questo assunto, da un punto di visto tecnico-informatico è vero, porsi il problema dell'esterovestizione, in questa ipotesi, è privo di senso.

È inoltre da sottolineare che le norme fiscali italiane devono essere interpretate e

applicate secondo la giurisprudenza della corte di Giustizia europea, in modo da non impedire le libertà sancite dai Trattati dell'Unione, in particolare, la libertà di stabilimento (che vale quindi anche per Malta, paese membro Ue).

La Corte di giustizia europea ha chiarito che la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro (si pensi a Malta) per fruire di una legislazione organica che sull'argomento in Italia manca, non costituisce abuso della libertà di stabilimento e che la misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa solo se concerne specificatamente le costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica; come abbiamo cercato di dimostrare, nell'ipotesi da noi presa in considerazione della costituzione di una New.Co. per rendere operativo un distributed ledger technology, l'attività su descritta è, a pieno titolo e di per sé stessa, attività economica oggettiva senza bisogno che nella sede della società estera ci siano soggetti a gestirla.

Per approfondire: Paradisi fiscali e casi di localizzazione delle società nei paesi a fiscalità privilegiata, a cura di Marco Tupponi