

Causa C-707/20**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

30 dicembre 2020

Giudice del rinvio:

Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) (Regno Unito)

Data della decisione di rinvio:

29 dicembre 2020

Ricorrente:

Gallaher Limited

Resistenti:

The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs

Oggetto del procedimento principale

La questione primaria nel procedimento principale è se, a seguito di una serie di cessioni di beni immateriali (azioni e proprietà intellettuale) all'interno di un gruppo di società, le cui controllate sono stabilite nel Regno Unito (all'epoca uno Stato membro), in un altro Stato membro e in Stati terzi, il prelievo fiscale immediato all'uscita applicato a una controllata stabilita nel Regno Unito, in quanto cedente di tali attività, in un caso direttamente alla sua controllante in un altro Stato membro e, nel secondo caso, a una società consorella interamente controllata dalla sua società madre stabilita nell'Unione, debba comprendere, ai sensi del diritto dell'Unione, un'opzione per differire il pagamento di tale prelievo, alla quale la controllata con sede nel Regno Unito avrebbe avuto diritto se anche le altre società del gruppo fossero state stabilite nel Regno Unito, al fine di fornire un rimedio proporzionato, in tal modo giustificandola, alla restrizione alla libertà di stabilimento, nonché, potenzialmente, alla libera circolazione dei capitali. Qualora sussista un siffatto diritto al differimento, il giudice del rinvio chiede chiarimenti su come si debba determinare la natura e l'applicazione di tale diritto.

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali – Imposta sulle plusvalenze applicata su un trasferimento intragruppo di azioni e marchi al di fuori della competenza fiscale di uno Stato membro – Diritto di differire il pagamento per le controllate nazionali all'interno di gruppi nazionali, ma non in caso di trasferimenti all'interno di gruppi stranieri

La domanda è presentata sulla base dell'articolo 267 TFUE.

Questioni pregiudiziali

- 1) Se si possa invocare l'articolo 63 TFUE in relazione a una normativa nazionale, quale le Group Transfer Rules (norme sui trasferimenti infragruppo), che si applica solo ai gruppi di società.
- 2) Anche qualora non si possa invocare più in generale l'articolo 63 TFUE in relazione alle Group Transfer Rules (norme sui trasferimenti infragruppo), se lo si possa tuttavia invocare:
 - a) in relazione ai movimenti di capitale da una controllante residente in uno Stato membro dell'Unione verso una controllata residente in Svizzera, qualora la controllante detenga il 100% delle partecipazioni sia nella controllata residente in Svizzera sia nella controllata residente nel Regno Unito alla quale viene imposto il prelievo fiscale;
 - b) in relazione a un movimento di capitali da una società interamente controllata residente nel Regno Unito verso una società interamente controllata residente in Svizzera della stessa controllante residente in uno Stato membro dell'Unione, dato che le due società sono consorelle e non hanno una relazione controllante-controllata.
- 3) Se una normativa quale le Group Transfer Rules (norme sui trasferimenti infragruppo), che impone un prelievo fiscale immediato su un trasferimento di attività da una società residente nel Regno Unito a una società consorella residente in Svizzera (che non svolge un'attività commerciale nel Regno Unito attraverso una stabile organizzazione), ove entrambe le società siano interamente controllate da una controllante comune, residente in un altro Stato membro, in circostanze in cui un siffatto trasferimento sarebbe effettuato in regime di neutralità fiscale qualora anche la società consorella fosse residente nel Regno Unito (o esercitasse un'attività commerciale nel Regno Unito attraverso una stabile organizzazione), costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento della controllante di cui all'articolo 49 TFUE o, eventualmente, una restrizione alla libera circolazione dei capitali di cui all'articolo 63 TFUE.
- 4) Supponendo che sia possibile invocare l'articolo 63 TFUE:

- a) se il trasferimento dei marchi e delle attività connesse da parte della società GL alla società JTISA, per un corrispettivo che doveva riflettere il valore di mercato dei marchi, abbia costituito un movimento di capitali ai fini dell'articolo 63 TFUE;
- b) se i movimenti di capitale effettuati dalla società JTIH a favore della società JTISA, la sua controllata residente in Svizzera, abbiano costituito investimenti diretti ai fini dell'articolo 64 TFUE;
- c) atteso che l'articolo 64 TFUE si applica solo a determinati tipi di movimenti di capitali, se il medesimo articolo 64 possa applicarsi in circostanze in cui i movimenti di capitali possono essere qualificati sia come investimenti diretti (cui si fa riferimento nell'articolo 64 TFUE) sia come un altro tipo di movimento di capitali non previsto dall'articolo 64 TFUE.
- 5) Qualora si sia verificata una restrizione, essendo pacifico che essa era in linea di principio giustificata da motivi imperativi di interesse generale (vale a dire la necessità di preservare l'equilibrata ripartizione dei diritti impositivi), se la restrizione fosse necessaria e proporzionata ai sensi della giurisprudenza della CGUE, in particolare in situazioni in cui il contribuente in questione ha realizzato, per la cessione delle attività, introiti corrispondenti al pieno valore di mercato delle attività.
- 6) Qualora si sia verificata una violazione della libertà di stabilimento e/o del diritto alla libera circolazione dei capitali:
- a) se il diritto dell'Unione richieda che la normativa nazionale sia interpretata o disapplicata in modo tale da offrire alla GL l'opzione di differire il pagamento dell'imposta;
- b) in caso affermativo, se il diritto dell'Unione richieda che la normativa nazionale sia interpretata o disapplicata in modo da consentire alla GL l'opzione del differimento del pagamento dell'imposta fino alla cessione delle attività al di fuori del sottogruppo di cui la società residente nell'altro Stato membro è controllante (ossia «sulla base del realizzo») o se l'opzione del pagamento rateale dell'imposta (ossia «sulla base della rateizzazione») sia idonea a fornire un rimedio proporzionato;
- c) qualora, in linea di principio, l'opzione del pagamento rateale dell'imposta possa costituire un rimedio proporzionato:
- i. se ciò si verifichi solo nel caso in cui il diritto nazionale preveda l'opzione al momento della cessione delle attività, oppure se sia compatibile con il diritto dell'Unione che una siffatta opzione sia fornita a titolo di rimedio a posteriori (vale a dire che il giudice nazionale fornisca tale opzione a posteriori applicando un'interpretazione conforme o disapplicando la normativa);

- ii. se il diritto dell'Unione imponga ai giudici nazionali di fornire un rimedio che interferisca il meno possibile con la libertà del diritto dell'Unione in materia, o se sia sufficiente che i giudici nazionali forniscano un rimedio che sia proporzionato ma si discosti il meno possibile dal diritto nazionale vigente;
- iii. quale sia il periodo di rateizzazione necessario; e
- iv. se sia contrario al diritto dell'Unione un rimedio che comporti un piano di rateizzazione i cui i pagamenti scadono prima della data in cui le questioni tra le parti sono decise in via definitiva, ossia se le scadenze delle rate debbano essere future.

Disposizioni del diritto dell'Unione europea fatte valere

Articolo 49 TFUE (libertà di stabilimento) nonché articoli 63 e 64 TFUE (libera circolazione dei capitali)

Disposizioni nazionali fatte valere

A differenza dei regimi di altri Stati membri, in base ai quali i risultati fiscali devono essere consolidati al livello di società controllante residente nazionale («principi di unità fiscale/consolidamento fiscale»), il regime fiscale del Regno Unito deriva da una definizione di gruppo¹ che comprende tutte le società, ovunque residenti, di proprietà e sotto il controllo comune di una società capogruppo. Vengono poi applicate diverse norme fiscali alle società appartenenti al gruppo e soggette all'imposta sulle società. Ognuna di queste società, tuttavia, mantiene la propria «identità» fiscale indipendente ed è soggetta a imposizione e accertamento sulla base dei propri profitti individuali. I trasferimenti intragruppo tra società stabilite nel Regno Unito sono considerati fiscalmente neutri ai sensi della legislazione nazionale, indipendentemente dall'utile effettivamente realizzato². In conformità delle convenzioni sulle doppie imposizioni del Regno Unito, si applica un «prelievo all'uscita» nazionale quando gli elementi patrimoniali imponibili lasciano la giurisdizione fiscale del Regno Unito.

L'articolo 59D del Taxes Management Act 1970 (legge del 1970 in materia di gestione delle imposte) prevede che l'imposta sulle società sia pagabile 9 mesi dopo la fine del rispettivo periodo contabile e, ai sensi dell'articolo 87A, a partire da quel momento sono applicabili gli interessi.

¹ Articolo 170 del Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (legge del 1992 sulla tassazione dei redditi imponibili) e capo 8 della parte 8 del Corporation Tax Act 2009 (legge del 2009 in materia di imposta sulle società).

² Articolo 171 del Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (legge del 1992 sulla tassazione dei redditi imponibili) e articolo 775 del Corporation Tax Act 2009 (legge del 2009 in materia di imposta sulle società).

L'articolo 2 dell'European Communities Act 1972 (legge del 1972 sulle Comunità europee) richiede che l'intera legislazione nazionale venga interpretata in modo da renderla conforme al diritto dell'Unione (un'«interpretazione conforme») o, qualora ciò non fosse possibile, che venga disapplicata.

Breve illustrazione dei fatti e del procedimento principale

- 1 La società Japan Tobacco Inc. (in prosieguo: il «Gruppo GT») consiste di un gruppo globale di società strutturato attraverso diverse società intermedie controllanti e consorelle controllate stabilite in vari paesi, sia Stati membri che paesi terzi.
- 2 Nel 2011 una controllata residente nel Regno Unito (la Gallaher Ltd; in prosieguo la «GL») di una controllante (intermedia) residente nei Paesi Bassi (la JT International Holding BV; in prosieguo la «JTIH») ha venduto al valore di mercato la proprietà intellettuale, in particolare marchi, a una delle sue consorelle residenti in Svizzera (la società JT International SA; in prosieguo la «JTISA»). Il prezzo della vendita è stato fornito alla consorella svizzera dalla controllante olandese mediante un prestito. Il prezzo della vendita ricevuto dalla consorella del Regno Unito è stato pagato alla controllante olandese, tra l'altro sotto forma di dividendi, attraverso la catena di società intermedie controllanti-controllate stabilite nel Regno Unito.
- 3 In sostanza, nel 2014, la controllata residente nel Regno Unito ha trasferito la totalità delle azioni possedute in una delle sue controllate alla controllante (intermedia) residente nei Paesi Bassi (in prosieguo: la «cessione del 2011»).
- 4 Si riconosce che, fondamentalmente, alla base dei trasferimenti delle attività in questione vi fossero ragioni commerciali diverse dall'elusione fiscale, vale a dire la massimizzazione del valore dei marchi e la semplificazione della struttura del gruppo.
- 5 L'HMRC è responsabile della gestione e del prelievo dell'imposta sulle società nel Regno Unito. Ai sensi della normativa in materia di prelievo all'uscita sul reddito e sui profitti realizzati sui trasferimenti di attività al di fuori della giurisdizione fiscale del Regno Unito, l'HMRC ha emesso decisioni contenenti la definizione di alcune questioni, il 6 febbraio 2018 per quanto riguarda i marchi, e il 17 luglio 2018 per quanto riguarda le azioni, stabilendo l'importo delle plusvalenze e degli utili imponibili – immediatamente esigibili – maturati a carico della GL nei relativi periodi contabili. La GL ha presentato ricorso avverso le suddette decisioni dinanzi al First-tier Tribunal (Tax Chamber) [Tribunale di primo grado (sezione tributaria)], il quale ha ritenuto che la decisione relativa all'imposta sul trasferimento delle azioni violasse il diritto dell'Unione, il che non accadeva invece per la decisione relativa all'imposta sul trasferimento dei marchi. La GL e l'HMRC hanno entrambe presentato ricorso avverso tale sentenza, rispettivamente in relazione all'imposta sul trasferimento dei marchi e delle azioni, dinanzi all'Upper Tribunal (Tax & Chancery Chamber) [Tribunale

superiore (sezione tributaria e del pubblico registro e della cancelleria)], il giudice del rinvio.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

Restrizione della libera circolazione dei capitali e/o della libertà di stabilimento

- 6 Per quanto riguarda la cessione delle azioni nel 2014, è pacifico tra le parti che la controllante stabilita nell'Unione, la JTIH, ha esercitato la sua libertà di stabilimento, che esiste una differenza di trattamento tra tale società del gruppo con sede in un altro Stato membro e una società nazionale del gruppo e che, pertanto, tale libertà è stata limitata.
- 7 Per quanto riguarda la cessione dei marchi nel 2011, l'HMRC sostiene che l'unica libertà applicabile è la libertà di stabilimento, per cui un esame indipendente della legislazione pertinente alla luce della libera circolazione dei capitali non sarebbe giustificato³. Esso asserisce che la libertà di stabilimento della controllante stabilita nell'Unione non è limitata in quanto la residenza o la nazionalità di una controllante comune è irrilevante; il prelievo in questione sorge in caso di cessione di un'attività da parte di una controllata residente nel Regno Unito a una consorella residente in un paese terzo. La GL sostiene che il prelievo all'uscita rende meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento della sua controllante residente in un altro Stato membro. La GL asserisce, in subordine, che anche il diritto alla libera circolazione dei capitali della controllante residente nei Paesi Bassi è stato limitato in modo sproporzionato. A sostegno di tale tesi, essa afferma che, ai fini della libera circolazione dei capitali, non è necessario che entrambe le partecipazioni di controllo rilevanti di una controllante stabilita nell'Unione siano ubicate in Stati membri. L'HMRC sostiene che non vi è alcuna restrizione alla libera circolazione dei capitali perché la società controllata nel Regno Unito non è stata trattata meno favorevolmente a causa del fatto che la sua controllante indiretta era basata nei Paesi Bassi. Il prelievo fiscale all'uscita sarebbe sorto esattamente nello stesso modo se la controllante con sede nei Paesi Bassi avesse avuto la nazionalità o fosse stata residente nel Regno Unito. L'HMRC sostiene inoltre che la vendita di elementi patrimoniali commerciali, come i marchi, non costituisce un movimento di capitali ai sensi dell'articolo 63 TFUE, nonostante non sia elencata nella nomenclatura dei movimenti di capitali⁴ come investimento diretto.

³ Sentenze [del 12 settembre 2006], Cadbury Schweppes pic/IRC, C-196/04, punto 32; [del 13 marzo 2007], [Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04], punto 33; e [del 13 novembre 2012], Test Claimants in the FII Group Litigation («FII 2»), C-35/11.

⁴ Allegato I della Direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato (GU 1988 L 178, pag. 5).

Sulla giustificazione di una eventuale restrizione

- 8 L'HMRC sostiene che un'eventuale restrizione è proporzionata e giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare la necessità di una ripartizione equilibrata dei poteri impositivi. Essa sostiene che la presente causa può essere distinta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di imposte all'uscita per il fatto che, a livello della singola operazione imponibile, le plusvalenze sono state effettivamente realizzate dal cessionario in quanto ha ricevuto l'intero valore di mercato delle azioni, per cui non si pone il problema del flusso di cassa che giustificherebbe il differimento di un prelievo all'uscita. Inoltre, non vi è stata alcuna ristrutturazione, ma solo «una semplice cessione di un elemento patrimoniale da un'entità ad un'altra». La GL sostiene che, a livello di gruppo, non è stata «realizzata in modo significativo» (ossia attraverso il complesso assetto finanziario intragruppo di prestiti che hanno fornito il prezzo per il contratto di vendita) alcuna plusvalenza, cosicché si applica la ratio dei flussi di cassa alla base della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla necessità di includere un'opzione di differimento.

Rimedio

- 9 Le parti sono inoltre in disaccordo su quale debba essere il rimedio adeguato qualora l'imposizione del prelievo all'uscita costituisca una restrizione ingiustificata, sebbene il quantum del prelievo non sia contestato dalle parti. Poiché un rimedio proporzionato è un rimedio che interferisce il meno possibile con il diritto nazionale, l'HMRC sostiene che il pagamento dovrebbe essere differito sulla base di una rateizzazione. La GL ritiene in sostanza che un rimedio proporzionato sia quello che interferisce il meno possibile con il diritto dell'Unione, cioè che sia il meno restrittivo possibile della libertà violata, e quindi il pagamento dovrebbe essere differito sulla base del realizzo. L'HMRC sostiene che il differimento sulla base del realizzo pregiudicherebbe l'efficacia del prelievo all'uscita in quanto l'attività sottostante non rientrerebbe più nella sua giurisdizione fiscale. L'HMRC afferma che un periodo di differimento rateizzato in cinque anni, con interessi applicati secondo il regime nazionale ordinario, sarebbe proporzionato. Nel caso di specie, a causa dell'effetto sospensivo del procedimento nazionale, il prelievo sarebbe allora immediatamente esigibile, poiché sono trascorsi più di cinque anni dal verificarsi del fatto generatore dell'imposta. A tal proposito, la GL sostiene che, per poter costituire un rimedio efficace, il periodo di un eventuale differimento deve essere futuro e, quindi, iniziare a decorrere dalla data della sentenza definitiva nel procedimento principale.

Breve esposizione della motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 10 La questione nel procedimento nazionale è se l'imposizione di un prelievo fiscale in relazione alla cessione di azioni e marchi, senza diritto di differire il pagamento

dell'imposta, sia compatibile con il diritto dell'Unione – più precisamente, con la libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE in relazione a entrambe le cessioni, nonché con il diritto alla libera circolazione dei capitali di cui all'articolo 63 TFUE con riferimento alla cessione dei marchi. In caso di contrasto con il diritto dell'Unione, il giudice del rinvio chiede se il rimedio debba essere il pagamento dell'imposta sulla base di una rateizzazione o del realizzo.

- 11 Il giudice del rinvio ritiene che non vi sia alcuna causa che riguardi direttamente la normativa che stabilisce la neutralità del trattamento fiscalmente dei trasferimenti di attività intragruppo, nel caso in cui la società contribuente abbia realizzato l'intero valore di mercato con il trasferimento. Il caso di specie solleva una serie di combinazioni fattuali in cui è ragionevolmente possibile avere opinioni diverse su questioni sostanziali di diritto dell'Unione che sono cruciali per la decisione e che sono probabilmente applicabili al di là dei fatti particolari del caso in questione. Le questioni da 1) a 4) riguardano esclusivamente il trasferimento dei marchi, principalmente in relazione alla libera circolazione dei capitali e anche all'interazione tra tale libera circolazione e la libertà di stabilimento (questione 3). Le questioni 5) e 6) riguardano la proporzionalità del prelievo all'uscita in relazione ad entrambi i trasferimenti di attività.
- 12 La novità relativa alla cessione dei marchi nel 2011 risiede nella situazione che vede coinvolte tre parti, in cui la controllante afferma che la sua libertà di costituire una controllata in un altro Stato membro è limitata dal prelievo all'uscita applicato a un trasferimento tra tale controllata e una delle consorelle di quest'ultima, qualora entrambe le consorelle siano interamente partecipate dalla controllante. Secondo l'approccio basato sul confronto dei fatti operato nella sentenza C-418/07, il prelievo all'uscita immediato in base al diritto nazionale renderebbe, come minimo, meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento di una controllante residente in un altro Stato membro. Si sostiene che al caso di specie sia applicabile la sentenza [del 13 marzo 2007], «**Thin Cap**», C-524/04, in cui la Corte ha ritenuto che la libertà di stabilimento fosse ostacolata dai limiti alla deducibilità degli interessi tanto nel caso in cui 1) i prestiti fossero stati concessi dalla controllante stabilita nell'Unione di una controllata stabilita nel Regno Unito, quanto nel caso in cui 2) i prestiti fossero stati concessi da un'altra controllata della controllante stabilita nell'Unione. Tuttavia, sulla base della stessa giurisprudenza, si potrebbe ritenere che la situazione di fatto di una partecipazione azionaria di controllo non determina quale libertà si applichi, ma se le disposizioni legislative in esame abbiano ad oggetto le relazioni all'interno di un gruppo; la legislazione avente ad oggetto i gruppi riguarda la libertà di stabilimento, non la libera circolazione dei capitali.
- 13 Quanto alla questione se i «marchi» costituiscano «capitale» ai fini di tale libertà di circolazione, essi potrebbero essere considerati come «attività costituite» secondo l'interpretazione della Corte nella sentenza [del 17 settembre 2009], C-182/08⁵ o come relativi alla vendita di un elemento patrimoniale commerciale

⁵ Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG/Finanzamt München II, punti 42 e 43.

piuttosto che a un'operazione finanziaria (sentenza [del 31 gennaio 1984] nelle cause riunite C-286/82 e C-26/83) ⁶.

- 14 Per quanto riguarda la proporzionalità del prelievo all'uscita, è stato sostenuto che, tra l'altro, le sentenze [del 28 novembre 2011] C-371/10, «**National Grid**», [del 23 gennaio 2014] C-164/12, «**DMC**» e [del 21 maggio 2015] C-657/13, «**LabTec**» stabiliscono che è proporzionato che uno Stato membro determini l'importo dell'imposta nel momento del trasferimento delle attività al di fuori della sua rete fiscale, ma l'imposizione immediata di un prelievo fiscale all'uscita senza possibilità di differimento è sproporzionata. Si può tuttavia sostenere che la giustificazione del differimento nella giurisprudenza esistente, vale a dire gli svantaggi in termini di flusso di cassa per la società contribuente, non si applica nel caso di specie, in quanto le attività sono state realizzate al loro valore di mercato.

⁶ Luisi e Carbone/Ministero del Tesoro, punti da 20 a 22.