

**Zadeva C-538/20****Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)  
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

21. oktober 2020

**Predložitveno sodišče:**

Bundesfinanzhof (Nemčija)

**Datum predložitvene odločbe:**

6. november 2019

**Tožena stranka in revident:**

Finanzamt B (finančni urad B, Nemčija)

**Tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku:**

W AG

**Predmet postopka v glavni stvari**

Pravica do ustanavljanja – člen 43 ES – Davek od dohodkov pravnih oseb – Davek na dohodek iz poslovne dejavnosti – Družba rezidentka – Stalna poslovna enota nerezidentka – Zaprtje – Izgube – Upoštevanje izgub stalne poslovne enote nerezidentke – Dokončne izgube – Možnost odprtja nove stalne poslovne enote – Prejšnja možnost prenosa davčne izgube – Upoštevni predpisi o ugotavljanju dobička

**Predmet in pravna podlaga za predlog**

Razlaga prava Unije, člen 267 PDEU

**Vprašanja za predhodno odločanje**

1. Ali je treba člen 43 v povezavi s členom 48 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (zdaj člen 49 v povezavi s členom 54 Pogodbe o delovanju Evropske unije) razlagati tako, da nasprotuje zakonodaji države članice, ki

- družbi rezidentki preprečuje, da od svojega obdavčljivega dobička odbije izgube, ki jih je imela stalna poslovna enota v drugi državi članici, če je ta družba na eni strani izčrpala vse možnosti za odbitek teh izgub, ki jih ponuja zakonodaja države članice, v kateri je ta stalna poslovna enota, in na drugi strani prenehala prejemati kakršne koli prihodke od te stalne poslovne enote, tako da navedenih izgub nikakor ni več mogoče upoštevati v navedeni državi članici („dokončne“ izgube), tudi takrat, kadar gre pri zadevni zakonodaji za oprostitev dobičkov in izgub na podlagi bilateralnega sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki sta ga sklenili obe državi članici?
2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen: Ali je treba člen 43 v povezavi s členom 48 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (zdaj člen 49 v povezavi s členom 54 Pogodbe o delovanju Evropske unije) razlagati tako, da nasprotuje tudi določbam nemškega Gewerbesteuergesetz (zakon o davku na dohodek iz poslovne dejavnosti), ki družbi rezidentki preprečujejo, da od svojega obdavčljivega donosa iz poslovne dejavnosti odbije „dokončne“ izgube stalne poslovne enote v drugi državi članici, kot so opisane v prvem vprašanju?
  3. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen: Ali lahko v primeru zaprtja stalne poslovne enote v drugi državi članici obstajajo „dokončne“ izgube, kot so opisane v prvem vprašanju, čeprav obstaja vsaj teoretična možnost, da družba ponovno odpre stalno poslovno enoto v zadevni državi članici, katere dobiček bi se lahko morebiti poračunal s prejšnjimi izgubami?
  4. Če je odgovor na prvo in tretje vprašanje pritrdilen: Ali je mogoče tudi tiste izgube stalne poslovne enote, ki jih je bilo mogoče v skladu z zakonodajo države, na ozemlju katere je stalna poslovna enota, prenesti vsaj enkrat v naslednje davčno obdobje, šteti za „dokončne“ izgube, kot so opisane v prvem vprašanju, in ki jih mora upoštevati država rezidentstva matične družbe?
  5. Če je odgovor na prvo in tretje vprašanje pritrdilen: Ali je obveznost upoštevanja čezmejnih „dokončnih“ izgub omejena na višino izgube, ki bi jo družba lahko uveljavljala v zadevni državi članici, v kateri je stalna poslovna enota, če upoštevanje izgub v tej državi ne bi bilo izključeno?

### **Navedene določbe prava Skupnosti**

Člen 43 ES (zdaj člen 49 PDEU)

Člen 48 ES (zdaj člen 54 PDEU)

## **Navedeni nacionalni predpisi**

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (ustava Zvezne republike Nemčije, v nadaljevanju: GG) (v prečiščeni različici, objavljeni v Bundesgesetzblatt, del III, št. 100-1, nazadnje spremenjena s členi 1 in 2, drugi stavek, Gesetz vom 29. September 2020 (zakon z dne 29. septembra 2020) (BGBl. I str. 2048)), zlasti člen 28(2), tretji stavek, člen 72(2), člen 105(2), člen 106(6), prvi, drugi in četrti stavek

Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung vom 26. November 1964 (Konvencija med Zvezno republiko Nemčijo in Združenim kraljestvom Velika Britanija in Severna Irska o izogibanju dvojnega obdavčevanja in preprečevanju davčnega izogibanja z dne 26. novembra 1964) (BGBl. 1966 II, str. 359) (kakor je bila spremenjena s protokolom z dne 23. marca 1970 (BGBl. 1971 II, str. 46)), zlasti člen III(1), prvi in drugi stavek, člen XVIII(2)(a), prvi in drugi stavek, in člen XVIII(2)(b)

Einkommensteuergesetz (zakon o dohodnini, v nadaljevanju: EStG) (v različici, ki se uporablja za davčno obdobje 2007), zlasti člen 4(1)

Körperschaftsteuergesetz (zakon o davku od dohodkov pravnih oseb, v nadaljevanju: KStG) (v različici, ki se uporablja za davčno obdobje 2007), zlasti člen 1(1), točka 1, člen 8 (1) in (2)

Gewerbsteuergesetz (zakon o davku na dohodek iz poslovne dejavnosti, v nadaljevanju: GewStG) (v različici, ki se uporablja za davčno obdobje 2007), zlasti člen 1, člen 2(1), prvi in tretji stavek, člen 2(2), prvi stavek, člen 5(1), prvi stavek, člen 7, prvi stavek, člena 8 in 9, člen 10a, prvi, drugi, šesti in sedmi stavek, člen 11(1), prvi in drugi stavek, člen 14, člen 16(4)

Abgabenordnung (davčni zakonik, v nadaljevanju: AO) (v različici, objavljeni 1. oktobra 2002 (BGBl. I str. 3866; 2003 I str. 61), ki je bila nazadnje spremenjena s členom 7 Gesetz vom 12. August 2020 (zakon z dne 12. avgusta 2020) (BGBl. I str. 1879)), zlasti člen 3(2)

## **Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka**

- 1 Tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku je delniška družba. Glavni sedež in kraj posloводства je v Nemčiji. Podružnica v Združenem kraljestvu, odprta avgusta 2004, je bila zaprta z izgubo v prvem polletju leta 2007.
- 2 Tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku ima poslovno leto, ki je drugačno od koledarskega in se konča 30. junija. Zaradi zaprtja ni bilo mogoče prenesti izgub podružnice v Združenem kraljestvu iz poslovnih let 2004/2005, 2005/2006 in 2006/2007 v naslednja obdobja. Tožeča stranka in nasprotna stranka

v revizijskem postopku zato zahteva, da se te izgube, ki jih je izračunala v skladu z nemškimi določbami o ugotavljanju dobička, upoštevajo v Nemčiji kot dokončne izgube v davčnem obdobju 2007 pri izračunu dohodka, ki je upošteven za ugotavljanje davka od dohodkov pravnih oseb in davka na dohodek iz poslovne dejavnosti (obdavčljiv dohodek oziroma donos iz poslovne dejavnosti). Finančni urad to zavrača.

- 3 Tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku je zoper to odločbo vložila tožbo. Na prvi stopnji je uspela.
- 4 Predložitveno sodišče mora odločiti o reviziji, ki jo je finančni urad vložil zoper sodbo, izdano na prvi stopnji. Bundesministerium der Finanzen (zvezno ministrstvo za finance, Nemčija), ki se je pridružilo postopku, vsebinsko podpira stališče finančnega urada.

### **Kratka predstavitev obrazložitve predloga**

- 5 V skladu z nemškim pravom je upoštevanje izgub podružnice, ki ga zahteva tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku, izključeno. Izgube, nastale v Združenem kraljestvu, so na podlagi zadevne konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja že v izhodišču izključene iz davčne osnove za davek od dohodkov pravnih oseb in torej niso del donosa iz poslovne dejavnosti, ki je odvisen od dobička, ki se ugotavlja v skladu z določbami zakona o davku od dohodkov pravnih oseb.
- 6 Člen III(1), prvi stavek, Sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja-Velika Britanija 1964/1970 določa, da so industrijski in poslovni dobički podjetja na enem od ozemelj obdavčljivi le na tem ozemlju, razen če podjetje na drugem ozemlju izvaja industrijske ali poslovne dejavnosti preko stalnih poslovnih enot s sedežem na tem ozemlju. Če podjetje izvaja industrijske ali poslovne dejavnosti preko stalnih poslovnih enot na drugem ozemlju, se dobički na drugem ozemlju lahko obdavčijo, vendar samo če jih je mogoče pripisati tem stalnim poslovnim enotam (člen III(1), drugi stavek, Sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja-Velika Britanija 1964/1970). V skladu s členom XVIII(2)(a), prvi stavek, Sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja-Velika Britanija 1964/1970 se v primeru osebe s sedežem v Nemčiji iz davčne osnove za nemški davek izvzamejo prihodki, ki izvirajo iz Združenega kraljestva (Velika Britanija), in premoženje, ki leži v Veliki Britaniji, ki se v skladu s tem sporazumom lahko obdavčijo v Veliki Britaniji, razen če velja člen XVIII(2)(b) Sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja-Velika Britanija 1964/1970 – kar seveda v obravnavanem primeru ne učinkuje. Vendar Nemčija ohrani pravico, da tako izvzete prihodke in premoženje upošteva pri določitvi davčne stopnje (člen XVIII(2)(a), drugi stavek, Sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja-Velika Britanija 1964/1970).
- 7 Čeprav so v členu III(1), prvi stavek, Sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja-Velika Britanija 1964/1970 izrecno navedeni le industrijski in

poslovni dobički, so v skladu s členom XVIII(2)(a), prvi stavek, Sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja-Velika Britanija 1964/1970 iz osnove za odmero davka od dohodkov pravnih oseb izvzeti tudi negativni dohodki – tako v tem sporu obravnavane izgube – v državi, katere rezident je davčni zavezanec. V skladu z ustaljeno sodno prakso je, da čeprav se pojem prihodkov, uporabljen v pravilu o porazdelitvi iz konvencije, nanaša na neto znesek, je treba tudi izgube izvzeti iz osnove za odmero nemškega davka (tako imenovana teorija simetrije).

- 8 Za tožečo stranko kot neomejeno zavezanko za plačilo davka od dohodkov pravnih oseb, pri kateri je treba v skladu s členom 8(2) v povezavi s členom 1(1), točka 1, KStG vse prihodke obravnavati kot prihodke iz poslovne dejavnosti, je izhodišče za določitev donosa iz poslovne dejavnosti torej dobiček, ki ga je treba za leto 2007 določiti v skladu z določbami zakona o davku od dohodkov pravnih oseb. Dohodki – tudi negativni –, ki jih je treba na podlagi sporazuma o izogibanju dvojnega obdavčevanja izvzeti iz osnove za odmero davka od dohodkov pravnih oseb, že v izhodišču niso del donosa iz poslovne dejavnosti v smislu člena 7, prvi stavek, GewStG. Sklicevanje na določbo člena 9, točka 3, GewStG, v skladu s katerim je treba osnovo za odmero davka na dohodek iz poslovne dejavnosti domačega podjetja zmanjšati za del donosa iz poslovne dejavnosti, ki pripade na stalno poslovno enoto, ki ni v domači državi, ni potrebno v primerih oprostitev obdavčitve v skladu s konvencijo.
- 9 Zahtevano upoštevanje izgub podružnice bi bilo mogoče po pravu Unije zahtevati z vidika pravice do ustanavljanja (člen 43 ES, zdaj člen 49 PDEU), če
  - je položaj tožeče stranke in nasprotne stranke v revizijskem postopku (čezmejni položaj) objektivno primerljiv s položajem družbe, katere podružnica je v Nemčiji (povsem notranji položaj), in če
  - omejitev pravice do ustanavljanja ni upravičena (dokončne izgube).
- 10 Predložitveno sodišče se glede tega sklicuje na te sodbe Sodišča:
  - z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C- 446/03, EU:C:2005:763);
  - z dne 15. maja 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278);
  - z dne 17. decembra 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829);
  - z dne 12. julija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424).

### ***Objektivna primerljivost***

#### *Davek od dohodkov pravnih oseb (prvo vprašanje)*

- 11 V obravnavanem primeru se čezmejni položaj razlikuje od povsem notranjega položaja zlasti glede tega, da na podlagi konvencije o izogibanju dvojnega

obdavčevanja zadevne izgube že v izhodišču ne spadajo v davčno pristojnost Zvezne republike Nemčije.

- 12 Vendar je treba v skladu s sodbo Sodišča z dne 12. julija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), objektivno primerljivost presojati glede na cilj zadevnih nacionalnih določb. Zgolj uporaba različnih davčnih sistemov za družbo rezidentko glede na to, ali ima stalno poslovno enoto rezidentko ali stalno poslovno enoto nerezidentko, ni odločilna.
- 13 Cilj konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja je med drugim preprečevanje dvojnega upoštevanja izgub. V zvezi s tem se položaj družbe, ki je neomejeno davčno zavezana in ki ima podružnico nerezidentko s dokončnimi izgubami, ne razlikuje od položaja družbe, ki je neomejeno davčno zavezana in katere domača podružnica je utrpela take izgube.
- 14 Vprašanje je, ali se kaj spremeni glede na to, ali različno obravnavanje (neupoštevanje izgub) izhaja iz enostranske določbe nacionalnega prava, kot v zadevi, v kateri je bila izdana sodba Sodišča z dne 12. julija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), ali iz dvostranskega sporazuma, kot v obravnavani zadevi. V zvezi s tem je v sodni praksi in literaturi opozorjeno, da je namen konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja tudi meddržavna razdelitev davčnih pristojnosti. V zvezi z izgubami, ki so predmet obravnavane zadeve, naj bi se Nemčija s konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja odpovedala izvrševanju svoje pravice do obdavčenja.
- 15 Glede cilja konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja je treba na splošno opozoriti, da so države pogodbenice za doseg cilja preprečevanja dvojnega obdavčevanja izbrale metodo oprostitev za dohodke stalne poslovne enote, ki daje pravico do obdavčenja le eni od držav pogodbenic, in sicer državi, v kateri je stalna poslovna enota.
- 16 Drugače kot pri metodi odbitka, v kateri obe državi pogodbenici ohranjata svojo davčno pristojnost in se država rezidentstva zaveže le, da bo od svojega davka odbila davek, ki ga je treba plačati v državi vira, se država članica rezidentstva v okviru metode oprostitve popolnoma odpove svoji pravici do obdavčenja, ki temelji na njeni suverenosti. Ta odpoved je celovita in ni odvisna od dejanskega obdavčenja v državi vira. Velja torej tudi takrat, kadar država vira dohodkov ne obdavči.
- 17 Metoda oprostitve temelji na predstavi, da ima država vira dohodkov „boljšo“ pravico do obdavčenja; država, ki uporabi oprostitev, se torej umakne. Z gospodarskega vidika je namen metode oprostitve zagotoviti enakost konkurence med vlagatelji iz različnih držav v državi vira (nevtralnost uvoženega kapitala).
- 18 Cilj obdavčitve glede na plačilno zmožnost, na katero se sklicuje sodba Sodišča z dne 12. julija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), je splošno in abstraktno načelo obdavčenja. S tem načelom metodi oprostitve iz

konvencije ni mogoče pripisati dodatnega cilja, ki ni že izražen v konkretnih ciljnih preprečevanja dvojnega obdavčevanja in dvojnega upoštevanja izgub.

*Davek na dohodek iz poslovne dejavnosti (drugo vprašanje)*

- 19 Prav tako se čezmejni položaj, kar zadeva davek na dohodek iz poslovne dejavnosti, v obravnavanem primeru razlikuje od povsem notranjega položaja zlasti glede tega, da zadevne izgube na podlagi konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja že v izhodišču ne spadajo v davčno pristojnost Zvezne republike Nemčije. Davek na dohodek iz poslovne dejavnosti tako kot davek od dohodkov pravnih oseb spada na področje uporabe konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja. Zaradi sklicevanja na pravila o izračunu dobička, ki veljajo za davek od dohodkov pravnih oseb, dohodki, čeprav negativni, ki jih je treba izključiti iz osnove za odmero davka od dohodkov pravnih oseb na podlagi konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, že v izhodišču niso del osnove za odmero davka na dohodek iz poslovne dejavnosti.
- 20 Zato ni nobenega razloga za to, da se ne bi preneslo zahteve prava Unije in njihove prednosti pri uporabi tudi na področje davka na dohodek iz poslovne dejavnosti.
- 21 Glede cilja davka na dohodek iz poslovne dejavnosti je treba ugotoviti, da je ta davek občinski davek, vezan na lokacijo podjetja, ki se plača poleg dohodnine oz. davka od dohodkov pravnih oseb.
- 22 Zgodovinsko temelji davek na dohodek iz poslovne dejavnosti na načelu ekvivalentnosti. Njegov namen je kompenzirati posebne stroške občin, ki jih povzročajo industrija, trgovina in obrt, kot so komunalna ureditev gradbenih zemljišč, gradnja prometnih površin, upravljanje lokalnega potniškega prometa, gradnja in vzdrževanje cest, bolnišnic, kulturnih in drugih občinskih ustanov.
- 23 Osnova za odmero davka na dohodek iz poslovne dejavnosti je dobiček iz obrtne, industrijske ali trgovske dejavnosti, ki se določi v skladu z določbami zakona o dohodnini ali zakona o davku od dohodkov pravnih oseb. Vendar se ta znesek poveča zaradi nekaterih pribitkov in zmanjša zaradi nekaterih olajšav, tako da pride do odstopanja od dobička, določenega v skladu z določbami zakona o dohodnini in zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, ter s tem tudi do odstopanja od zahteve glede plačilne zmožnosti subjekta.
- 24 Kot argument proti upoštevanju dokončnih izgub v okviru davka na dohodek iz poslovne dejavnosti se zlasti navaja, da je ta davek strukturno povezan z ozemljem države (teritorialno načelo) in da je vezan na lokacijo podjetja.
- 25 Drugače kot davek od dohodkov pravnih oseb, ki temelji na načelu svetovnega dohodka, naj davek na dohodek iz poslovne dejavnosti ne bi zahteval simetrične zaščite konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja.

- 26 Poleg tega naj v Veliki Britaniji ne bi bilo nobenega stvarnega davka, ki bi bil primerljiv z nemškim davkom na dohodek iz poslovne dejavnosti. Izključitev odbitka izgub iz naslova davka na dohodek iz poslovne dejavnosti naj bi temeljila predvsem na dejstvu, da država vira Velika Britanija že v izhodišču ne dopušča odbitka izgub glede davka na dohodek iz poslovne dejavnosti. Nemčija naj na podlagi prava Unije ne bi bila dolžna nositi posledic te odločitve države vira. To naj bi izhajalo iz sodbe Sodišča z dne 23. oktobra 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (C-157/07, EU:C:2008:588).

### ***Dokončne izgube***

#### *Dokončnost*

- *Možnost odprtja nove stalne poslovne enote (tretje vprašanje)*

- 27 Predložitveno sodišče je do zdaj menilo, da so izgube, ki jih je utrpela tuja stalna poslovna enota, dokončne v smislu sodne prakse Sodišča, kadar iz dejanskih razlogov izgub, ki so nastale v državi vira, ni več mogoče upoštevati ali če je njihov odbitek teoretično še vedno mogoč v tej državi, vendar je iz dejanskih razlogov tako rekoč izključen in bi bilo mogoče poznejšemu odbitku, ki bi bil proti pričakovanju vendarle izveden, v domači državi procesnoppravno retroaktivno slediti.
- 28 Iz tega sledi, da je treba v obravnavanem primeru pritrditi obstoju dokončnih izgub. Tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku je s tem, da je odpustila delavce in prenesla najemno pogodbo o najetih prostorih, naredila vse, da je končala dejavnost v Veliki Britaniji in prepričala sodišče, da v prihodnosti predvidoma ne bo ustvarila nobenega prihodka in, *a fortiori*, iz podružnice v Veliki Britaniji nobenega dobička, od katerega bi bilo mogoče odbiti izgube, ki so nastale do zaprtja.
- 29 V skladu z najnovejšo sodno prakso Sodišča, in sicer s sodbama:
- z dne 19. junija 2019, *Memira Holding* (C-607/17, EU:C:2019:510, točka 25 in naslednje), in
  - z dne 19. junija 2019, *Holmen* (C-608/17, EU:C:2019:511, točka 37 in naslednje),
- 30 pa se postavlja vprašanje,
- ali poleg tega ni treba preveriti, ali bi bilo v skladu z veljavnim pravom države, v kateri je stalna poslovna enota, mogoče izkoristiti izgube preko tretjih oseb, na primer s prenosom stalne poslovne enote v kapitalsko družbo in sledečo prodajo poslovnega deleža, in



- ali že teoretična možnost, da lahko družba v zadevni državi članici kadar koli ponovno odpre stalno poslovno enoto, od katere dobičkov se lahko po potrebi odbijejo prejšnje izgube, sama po sebi ne nasprotuje temu, da bi bilo izgube mogoče opredeliti kot dokončne.

– *Prejšnja možnost prenosa davčne izgube (četrto vprašanje)*

- 31 Tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku poleg izgub, zabeleženih v davčnem obdobju zaprtja stalne poslovne enote (davčno obdobje 2007, poslovno leto 2006/2007), zahteva tudi upoštevanje izgub, nastalih v prejšnjih davčnih obdobjih (2005 in 2006, poslovni leti 2004/2005 in 2005/2006), za katere je treba domnevati, da se lahko na podlagi britanskega davčnega prava prenesejo v naslednja davčna obdobja.
- 32 Zvezno ministrstvo za finance meni, da izgube, ki bi jo bilo mogoče prenesti, vendar ni bila prenešena v naslednje davčno obdobje, ni več mogoče šteti za dokončno izgubo.
- 33 Glede tega se sklicuje na to sodbo Sodišča:
- z dne 3. februarja 2015, Komisija/Združeno kraljestvo (C-172/13, EU:C:2015:50).
- 34 Stališče zveznega ministrstva za finance se ujema s stališčem generalne pravobranilke Kokott v teh sklepnih predlogih:
- z dne 10. januarja 2019, Memira Holding (C-607/17, ECLI:EU:C:2019:8, točka 57 in naslednje);
  - z dne 10. januarja 2019, Holmen (C-608/17, EU:C:2019:9, točka 50 in naslednje).

*Upoštevni predpisi o ugotavljanju dobička (peto vprašanje)*

- 35 Tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku je izgube, ki naj bi jih utrpela britanska podružnica, ugotovila na podlagi nemških predpisov o ugotavljanju dobička.
- 36 To ustreza dosednji sodni praksi predložitvenega sodišča in Sodišča. V skladu s to sodno prakso so merodajna domača pravila v zvezi z izračunom dobičkov, saj je treba obveznost, ki jo določa pravo Unije, da se izjemoma upoštevajo čezmejne izgube, izpeljati iz zahteve po enakem obravnavanju družb, ki delujejo zgolj na ozemlju domače države, in družb, ki imajo stalne poslovne enote tudi v drugih državah članicah.
- 37 Predložitveno sodišče se v zvezi s tem sklicuje na to sodbo Sodišča:
- z dne 21. februarja 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84).

- 38 Vendar se postavlja vprašanje, ali obveznost upoštevanja čezmejnih izgub ni omejena na višino izgub, ki bi jo družba lahko uveljavljala v zadevni državi, v kateri je stalna poslovna enota, če upoštevanje izgube tam ne bi bilo izključeno.
- 39 Če bi se namreč izgube lahko upoštevale v državi, v kateri je stalna poslovna enota, država rezidentstva matične družbe zaradi enakega obravnavanja ne bi bila dolžna dovoliti, da se razlika do (višjega) zneska izgub, ki izhaja iz njenih pravil o izračunu dobička, odbije.
- 40 Dvomiti je mogoče o tem, da pravica do ustanavljanja državo rezidentstva matične družbe zavezuje, da družbo v primeru obstoja dokončnih izgub postavi v ugodnejši položaj, kot bi bila, če bi se izgube lahko uveljavljale v državi, v kateri je stalna poslovna enota.
- 41 V primeru, ko so izgube, ki jih je treba upoštevati, omejene z zneskom izgub, ki izhaja iz britanskih pravil o izračunu dobička, bi moral biti spor vrnjen v razsojanje Finanzgericht (davčno sodišče), tako da to lahko v skladu z britanskim davčnim pravom sprejme potrebne ugotovitve glede izračuna dobička.