



## **CORTE DI GIUSTIZIA UE: INDEDUCIBILITA' DELLE PERDITE DI UNA STABILE ORGANIZZAZIONE ESTERA**

(versione ITA/ENG)

03 Novembre 2022

## **CORTE DI GIUSTIZIA UE: INDEDUCIBILITA' DELLE PERDITE DI UNA STABILE ORGANIZZAZIONE ESTERA**

La [Corte di giustizia dell'Unione Europea \(di seguito "CGUE"\)](#), con la sentenza resa nella causa C-538/20 del 22 settembre scorso, ha stabilito che uno Stato membro può limitare l'utilizzo di perdite definitive di una stabile organizzazione residente in altro Stato, laddove il Paese di residenza abbia rinunciato al suo potere di tassare i risultati di tale stabile organizzazione in forza di una convenzione contro le doppie imposizioni.

### **Premessa**

Una società per azioni stabilita in Germania (di seguito "W AG") gestisce una banca operante nell'ambito della negoziazione di titoli. Nell'agosto del 2004 aveva aperto una succursale nel Regno Unito che non avendo generato alcun reddito nel corso dei primi tre anni ha deciso di chiudere nel primo semestre del 2007. Dato che tali perdite non potevano essere riportate ai fini fiscali nel Regno Unito W AG le ha incluse nella propria dichiarazione tedesca per l'anno 2007 ma l'Ufficio delle imposte competente non le ha riconosciute ai fini del calcolo dell'imposta sulle società (*Körperschaftsteuergesetz*, di seguito "KStG") e dell'imposta sull'industria e sul commercio (*Gewerbsteuergesetz*, di seguito "GStG"). W AG ha presentato ricorso presso il Tribunale tributario dell'Assia (*Hessisches Finanzgericht*) che con sentenza del 4 settembre 2018 ha accolto tale ricorso e successivamente l'Ufficio delle imposte ha presentato ricorso contro tale sentenza per cassazione alla Corte tributaria federale (*Bundesfinanzhof*).

Quest'ultima ha rilevato che sebbene la W AG sia assoggettata in Germania all'imposta sulle società per tutti i suoi redditi (art. 1, par. 1 e 2 del KStG) le perdite subite dalla sua stabile organizzazione nel Regno Unito sono escluse dalla base di calcolo dell'imposta sulle società in base all'art. XVIII, par. 2 della Convenzione contro le doppie imposizioni vigente tra Germania e Regno Unito ed allo stesso modo sono escluse anche per quanto concerne l'imposta sull'industria e sul commercio (GStG). In base a questi elementi il ricorso dovrebbe essere accolto. Tuttavia il giudice della Corte tributaria federale si è posto il problema se le perdite subite dalla stabile organizzazione nel Regno Unito non dovrebbero essere considerate al fine del calcolo dell'imposta dovuta dalla W AG in Germania in considerazione della libertà di stabilimento e, non ritenendo sufficientemente chiara la relativa giurisprudenza della Corte di giustizia europea, ha deciso di sospendere il procedimento sottoponendo alla CGUE le seguenti questioni pregiudiziali:

- Se l'art. 49 in combinazione con l'art. 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito "TFUE") debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad un regime fiscale di uno Stato membro in base al quale una società residente di quest'ultimo non può dedurre dal suo utile imponible le perdite definitive di una sua stabile organizzazione in un altro Stato membro, nel caso in cui esso abbia rinunciato al suo potere di assoggettare a tassazione i risultati di tale stabile organizzazione in virtù di una convenzione contro la doppia imposizione; in caso di risposta affermativa a questa prima questione:
- se gli stessi articoli 49 e 54 ostino anche alle disposizioni della legge tedesca relativa all'imposta sull'industria e sul commercio che vietano ad una società residente di dedurre dal proprio utile

## **EU COURT OF JUSTICE: NON-DEDUCTIBILITY OF LOSSES OF A FOREIGN PERMANENT ESTABLISHMENT**

The [Court of Justice of the European Union \(hereinafter 'CJEU'\)](#), in its judgment in Case C-538/20 of 22 September, ruled that a Member State may deny a deduction of final losses of a permanent establishment resident in another state, where the country of residence has waived its power to tax the profits of that permanent establishment under a double taxation convention.

### **Foreword**

A public limited company established in Germany (hereinafter 'W AG'), manages a German securities bank. In August 2004, it opened a branch office in the United Kingdom, which did not generate any income during the first three years and it was decided to close it in the first half of 2007. Since those losses could not be carried forward for tax purposes in the United Kingdom, W AG included them in its German tax return for 2007 but the competent tax office did not recognise them for the purposes of calculating corporation tax (*Körperschaftsteuergesetz*, hereinafter 'KStG') and trade and industry tax (*Gewerbsteuergesetz*, hereinafter 'GStG'). W AG appealed to the Hessen Tax Court (*Hessisches Finanzgericht*), which upheld this appeal in its judgment of 4 September 2018, and the Tax Office subsequently appealed against this judgment by cassation to the Federal Tax Court (*Bundesfinanzhof*).

The latter pointed out that although W AG is subject to corporation tax in Germany for all its income (Paragraph 1(1) and (2) of the KStG), the losses incurred by its permanent establishment in the United Kingdom are excluded from the basis of assessment for corporation tax pursuant to Paragraph XVIII(2) of the German/UK Double Taxation Agreement and is likewise excluded from the basis of assessment for trade and industry tax (GStG). On the basis of these elements, the appeal should be allowed. However, the Federal Tax Court judge raised the question of whether the losses incurred by the permanent establishment in the United Kingdom should not be taken into account for the calculation of the tax owed by W AG in Germany in view of the freedom of establishment and, as he did not consider the relevant ECJ ruling to be sufficiently clear, decided to suspend the proceedings by submitting the following questions to the ECJ for a preliminary ruling

- Is Article 49 in conjunction with Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU') to be interpreted as precluding a tax system of a Member State under which a company resident in that Member State may not deduct from its taxable profits the final losses of a permanent establishment in another Member State where that State has waived its power to tax the results of that permanent establishment under a double taxation convention? If the answer to the first question is in the affirmative:
  - do the same Articles 49 and 54 also preclude the provisions of the German Law on Trade and Industry Tax prohibiting a resident company from deducting from its taxable profits the final losses incurred by a permanent establishment situated in another Member State?

- imponibile le perdite definitive realizzate da una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro;
  - se in caso di chiusura della stabile organizzazione estera le perdite possano considerarsi definitive in virtù della possibilità teorica che la società apra una nuova stabile organizzazione nel medesimo Stato estero ed i suoi utili possano eventualmente essere compensati con le perdite precedenti;
  - se in caso di chiusura della stabile organizzazione estera possano considerarsi definitive anche le perdite che in base alla legge locale possano essere riportate ad un esercizio successivo;
  - se le perdite definitive transfrontaliere siano limitate nel *quantum* per effetto degli importi delle perdite che la società avrebbe potuto far valere nello Stato di ubicazione della stabile organizzazione.
- whether, in the event of the closure of the foreign permanent establishment, the losses may be considered definitive by virtue of the theoretical possibility that the company may open a new permanent establishment in the same foreign State and its profits may possibly be set off against the previous losses;
  - whether in the event of the closure of the foreign permanent establishment, losses that may be carried forward under local law to a subsequent financial year may also be considered final;
  - whether final cross-border losses are limited in *quantum* by the amounts of losses that the company could have claimed in the State of location of the permanent establishment.

### Analisi della CGUE

In merito al primo quesito la CGUE rileva che le società residenti in Germania sono assoggettate all'imposta su tutti i redditi in base all'art. 1 (par. 1 e 2) del KStG e tuttavia, in base alla Convenzione contro le doppie imposizioni, nel caso una società tedesca svolga la propria attività, industriale o commerciale, nel Regno Unito mediante una stabile organizzazione locale, gli utili imputabili a tale stabile organizzazione (e simmetricamente le perdite) sono esclusi dalla base imponibile dell'imposta sulle società dovuta in Germania.

La recente giurisprudenza della CGUE, in particolare la sentenza C-650/156 "Bevola e Jens W. Trock" del 12 giugno 2018, ha affermato che la libertà di stabilimento garantita dagli art. 49 e 54 del TFUE comprende il diritto per le società di uno Stato membro di svolgere la propria attività in un altro Stato membro per il tramite di una società figlia, di una succursale od agenzia (e tale libertà non deve essere ostacolata dalla legislazione dello Stato membro in cui è ubicata la società). In tale sentenza si afferma che le società residenti godono di un'agevolazione fiscale nella determinazione del proprio reddito imponibile consistente nel poter considerare le perdite subite da una stabile organizzazione residente. Escludere tale possibilità nel caso di perdite subite da una stabile organizzazione estera può dissuadere una società residente dall'esercitare la sua attività mediante tale stabile organizzazione e pertanto tale differenza di trattamento è ammissibile soltanto quando riguardi situazioni che non siano oggettivamente comparabili (o giustificate da un motivo d'interesse generale).

Nella precedente sentenza C-388/14 "Timac Agro Deutschland" del 17 dicembre 2015 la CGUE aveva stabilito che nel caso in cui lo Stato membro di residenza di una società abbia rinunciato, in virtù di una convenzione volta a prevenire la doppia imposizione, ad esercitare il proprio potere impositivo sui risultati di una stabile organizzazione residente in un altro Stato membro, la situazione di tale società non è comparabile a quella di una società residente avente una stabile organizzazione residente.

Tale conclusione non è stata messa in discussione dalla sentenza C-650/156 "Bevola e Jens W. Trock" del 12 giugno 2018. In questo caso la CGUE ha giudicato che la situazione di una società con una stabile organizzazione estera che abbia conseguito perdite definitive, non più deducibili in seguito alla chiusura della stessa, non era diversa da quella di una società residente con perdite imputabili ad una stabile organizzazione residente. Tuttavia in tale causa lo Stato membro di residenza della società che chiedeva il riconoscimento delle perdite definitive della sua stabile organizzazione estera non aveva rinunciato al proprio potere di assoggettare ad imposizione il reddito di tale

### Analysis of the CJEU

With regard to the first question, the CJEU notes that companies resident in Germany are subject to tax on all income pursuant to § 1 (paras. 1 and 2) of the KStG and, however, under the Double Taxation Agreement, if a German company carries on its industrial or commercial activity in the United Kingdom through a permanent establishment, profits attributable to that permanent establishment (and therefore losses) are excluded from the basis of assessment for corporation tax payable in Germany.

A recent CJEU ruling, in particular Judgment C-650/156 'Bevola and Jens W. Trock' of 12 June 2018, affirmed that the freedom of establishment guaranteed by Articles 49 and 54 TFEU includes the right for companies of one Member State to carry out their activities in another Member State through a subsidiary, branch or agency (and this freedom must not be impeded by the legislation of the Member State where the company is located). This ruling states that resident companies enjoy a tax advantage in determining their taxable income consisting of being able to take into account losses incurred by a resident permanent establishment. Excluding this possibility in the case of losses incurred by a foreign permanent establishment may dissuade a resident company from carrying on its business through that permanent establishment, and therefore such a difference in treatment is only permissible when it concerns situations that are not objectively comparable (or justified by a general interest motive).

In its previous judgment C-388/14 'Timac Agro Deutschland' of 17 December 2015, the CJEU had ruled that where the Member State of residence of a company has waived, by virtue of a double taxation convention, the exercise of its power of taxation on the profits of a permanent establishment resident in another Member State, the situation of that company is not comparable to that of a resident company with a permanent establishment.

This conclusion was not called into question by the judgment C-650/156 'Bevola and Jens W. Trock' of 12 June 2018. In that case, the CJEU held that the situation of a company with a foreign permanent establishment that had definitive losses, which were no longer deductible following the closure of the permanent establishment, was no different from that of a resident company with losses attributable to a resident permanent establishment. However, in that case, the Member State of residence of the company seeking recognition of the definitive losses of its foreign permanent establishment had not waived its power to tax the income of that establishment by virtue of the application of a double taxation convention. It had unilaterally decided not to take into account profits and

organizzazione in virtù dell'applicazione di una convenzione contro le doppie imposizioni. Esso aveva deciso unilateralmente di non prendere in considerazione gli utili e le perdite realizzate da stabili organizzazioni non residenti, sebbene avrebbe avuto il potere di farlo, e pertanto tale situazione non era comparabile con quella della sentenza C-388/14 "Timac Agro Deutschland".

### Conclusioni

Nella causa C-538/20 del 22 settembre 2022 la Repubblica federale di Germania ha rinunciato al suo potere di assoggettare gli utili realizzati da una stabile organizzazione nel Regno Unito (e simmetricamente di prendere in considerazione le sue perdite) in virtù dell'esistente convenzione contro le doppie imposizioni e di conseguenza una società residente che ha una siffatta stabile organizzazione non si trova in una situazione paragonabile ad una società residente con una stabile organizzazione in Germania.

La CGUE conclude pertanto che nel caso in oggetto non si può ravvisare alcuna restrizione alla libertà di stabilimento e che gli articoli 49 e 54 del TFUE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad un regime fiscale di uno Stato membro in base al quale una società residente di quest'ultimo non può dedurre dal suo utile imponibile le perdite definitive della sua stabile organizzazione situata in altro Stato membro nel caso in cui lo Stato membro di residenza abbia rinunciato al suo potere di assoggettare i risultati di tale stabile organizzazione in virtù di una convenzione volta a prevenire la doppia imposizione ed in considerazione di tale conclusione non occorre rispondere alle altre questioni pregiudiziali.

losses realised by non-resident permanent establishments, although it would have had the power to do so, and therefore

that situation was not comparable to that in Case C-388/14 "Timac Agro Deutschland".

### Conclusions

In Case C-538/20 of 22 September 2022, the Federal Republic of Germany waived its power to tax the profits made by a permanent establishment in the United Kingdom (and symmetrically to take into account its losses) under the existing double taxation convention, and as a result, a resident company with such a permanent establishment is not in a comparable situation to a resident company with a permanent establishment in Germany.

The CJEU therefore concludes that no restriction on the freedom of establishment can be discerned in the present case and that Articles 49 and 54 TFEU must be interpreted as not precluding a tax regime of a Member State under which a company resident in that Member State cannot deduct from its taxable profits the losses permanent establishment situated in another Member State where the Member State of residence has waived its power to tax the results of that permanent establishment by virtue of a convention for the prevention of double taxation, and in view of that conclusion there is no need to answer the other questions referred for a preliminary ruling.



**Fabrizio Ghidini**

Associate Partner

Head of International Tax Desk

**Fidinam & Partners SA**

[fabrizio.ghidini@fidinam.ch](mailto:fabrizio.ghidini@fidinam.ch)

T: +41 91 9731224

**Fidinam & Partners SA**

Via Maggio 1

6900 Lugano

[www.fidinam-and-partners.ch](http://www.fidinam-and-partners.ch)

Sebbene le informazioni contenute nell'articolo di cui sopra siano state redatte in buona fede e con la dovuta cura, non viene fornita alcuna dichiarazione o garanzia (espressa o implicita) in merito all'accuratezza, all'attualità, alla completezza, all'idoneità o meno di tali informazioni. Gli utenti non devono fare affidamento sulle informazioni contenute nel riepilogo e devono fare le proprie richieste per verificare e accertarsi di tutti gli aspetti di tali informazioni. Fidinum, i suoi clienti, funzionari, dipendenti, subappaltatori e agenti non saranno responsabili (salvo nella misura in cui non si possa escludere la responsabilità ai sensi di legge o per legge) nei confronti di qualsiasi persona per perdite, responsabilità, danni o spese derivanti da o connesse in qualsiasi modo con l'uso o l'affidamento su tali informazioni.