

II

(Nezakonodajni akti)

SKLEPI

SKLEP KOMISIJE (EU) 2019/1352

z dne 2. aprila 2019

o državni pomoči SA.44896, ki jo je Združeno kraljestvo izvedlo v zvezi z nadzorovanimi tujimi družbami z izjemo pri financiranju skupin*(notificirano pod dokumentarno številko C(2019) 2526)***(Besedilo v angleškem jeziku je edino verodostojno)****(Besedilo velja za EGP)**

EVROPSKA KOMISIJA JE –

ob upoštevanju Pogodbe o delovanju Evropske unije in zlasti prvega pododstavka člena 108(2) Pogodbe,

ob upoštevanju Sporazuma o Evropskem gospodarskem prostoru in zlasti člena 62(1)(a) Sporazuma,

po pozivu vsem zainteresiranim stranem, naj predložijo svoje pripombe v skladu z navedenima določbama ⁽¹⁾, in ob upoštevanju teh pripomb,

ob upoštevanju naslednjega:

1. POSTOPEK

- (1) Komisija je z dopisom z dne 26. aprila 2013 organe Združenega kraljestva (v nadaljnjem besedilu: ZK) pozvala, naj zagotovijo informacije o reformi svojih pravil o nadzorovanih tujih družbah, ki je začela veljati 1. januarja 2013. Organi ZK so informacije predložili 14. junija 2013, po nadaljnjih zahtevah za informacije pa so dodatne informacije ⁽²⁾ zagotovili 10. aprila 2014, 10. julija 2014, 24. julija 2015 in 1. februarja 2017.
- (2) Komisija je z dopisom z dne 26. oktobra 2017 Združeno kraljestvo obvestila o svoji odločitvi, da bo v zvezi z izjemo pri financiranju skupin, določeno v pravilih o nadzorovanih tujih družbah, začela postopek iz člena 108(2) Pogodbe (v nadaljnjem besedilu: sklep o začetku postopka).
- (3) Sklep o začetku postopka je bil 24. novembra 2017 objavljen v *Uradnem listu Evropske unije*. Komisija je v sklepu o začetku postopka zainteresirane strani pozvala, naj predložijo svoje pripombe k sklepu o začetku postopka.
- (4) Organi ZK so po podaljšanju roka za predložitev pripomb svoje pripombe k sklepu o začetku postopka predložili 15. januarja 2018.
- (5) Med 19. decembrom 2017 in 2. januarjem 2018 je pripombe k sklepu o začetku postopka predložilo osem zainteresiranih strani. Pripombe so bile posredovane organom ZK. Organi ZK so 23. februarja 2018 predložili pripombe glede pripomb zainteresiranih strani.

⁽¹⁾ UL C 400, 24.11.2017, str. 10.⁽²⁾ Dodatne zahteve za informacije so bile poslane z dopisi z dne 11. marca 2014, 4. junija 2015 in 19. decembra 2016.

- (6) Službe Komisije in organi ZK so se sestali 7. februarja 2018. Po navedenem sestanku je Združeno kraljestvo 22. marca 2018 predložilo dodatne pripombe. Službe Komisije in organi ZK so se znova sestali 31. maja 2018, nakar so organi ZK 3. julija 2018 predložili dodatne pripombe, nato pa so se 13. julija 2018 znova sestali s službami Komisije.

2. OPIS SCHEME

2.1 Sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK in pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah

2.1.1 Uvod in ozadje

- (7) Na podlagi zakonodaje ZK o davku od dohodkov pravnih oseb se družbam obdavči dobiček, ki izhaja iz dejavnosti in sredstev v ZK. Ta zakonodaja se uporablja za družbe rezidentke ZK in družbe nerezidentke ZK, ki poslujejo v ZK prek stalne poslovne enote v ZK.
- (8) ZK je reformiralo svoj sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb, da bi ga bolj približalo teritorialnemu sistemu obdavčitve dohodkov pravnih oseb ⁽³⁾, ki je osredotočen na obdavčitev dobička od dejavnosti in sredstev v ZK, ne na dohodek davčnega zavezanca na svetovni ravni ⁽⁴⁾.
- (9) Pretežno teritorialna narava sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK pomeni, da dobiček družbe, ki nastane zunaj ZK, na splošno v ZK ni obdavčen. V skladu s tem je na podlagi pravil ZK o oprostitvi razdelitev dobička davka oproščen dobiček tujih družb, ki je razdeljen nazaj v ZK. Podobno je s pravili o oprostitvi dobička tujih podružnic zagotovljeno, da je dobiček, ki ga je mogoče pripisati tujim stalnim poslovnim enotam, oproščen davka od dohodkov pravnih oseb v ZK. Te značilnosti bi lahko družbe ZK spodbudile k temu, da ustanovijo hčerinsko družbo (nadzorovano tujo družbo) v jurisdikciji z nizkimi davki in umetno preusmerjajo dobiček iz ZK na nadzorovano tujo družbo. Namen pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah je zaščititi davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb v ZK z odpravo davčne ugodnosti, ki izhaja iz teh ureditev, tako da se družbi rezidentki ZK, ki nadzoruje nadzorovano tujo družbo, naloži dajatev za nadzorovano tujo družbo ⁽⁵⁾.
- (10) Medtem ko je cilj sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK obdavčiti dobiček, ki izhaja iz dejavnosti in sredstev v ZK, je torej cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah zaščititi davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb v ZK. Ta cilj se ne uresničuje z naložitvijo splošnega davčnega bremena ZK za nekatere vrste dobička nizko obdavčenih tujih hčerinskih družb družb ZK, ampak z naložitvijo dajatve za nadzorovane tuje družbe po enaki stopnji, kot je stopnja davka od dohodkov pravnih oseb v ZK, samo na tisti dobiček nadzorovane tuje družbe, ki je bil umetno preusmerjen iz ZK. V zvezi s tem je treba opozoriti, da je bil navedeni cilj sedanje ureditve za nadzorovane tuje družbe določiti in naložiti dajatev, tako da bi bila dejavnost in dobiček v ZK pošteno obdavčena, pa tudi zagotoviti, da ne bi bil obdavčen dobiček, ki izhaja iz dejanskih gospodarskih dejavnosti nadzorovane tuje družbe ⁽⁶⁾. Glede na navedeni cilj so se organi ZK odločili za sedanja pravila o nadzorovanih tujih družbah namesto za ureditev, s katero bi bil obdavčen ves dobiček ali celotni vir prihodkov nizko obdavčenih nadzorovanih tujih družb, saj to ne bi bilo „ustrezno usmerjeno“ na obdavčitev dejavnosti in dobička v ZK ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Pravila o oprostitvi razdelitev dobička so bila uvedena z zakonom o finančah iz leta 2009, oprostitev dobička tujih podružnic pa je bila uvedena z zakonom o finančah iz leta 2011.

⁽⁴⁾ Glej <https://www.gov.uk/government/publications/the-corporation-tax-road-map>.

⁽⁵⁾ V okviru ureditve ZK za nadzorovane tuje družbe je vsaka družba, ki je rezidentka druge države, ne ZK, in ki jo nadzoruje ena ali več oseb iz ZK, nadzorovana tuja družba. Nadzor s strani rezidentov ZK običajno izvajajo družbe, vendar pa se za določitev, ali je tuja hčerinska družba nadzorovana tuja družba, lahko upoštevajo tudi deleži posameznikov ali skrbnikov. Nadzor je lahko pravni, ekonomski ali računovodski. Lahko je neposreden ali posreden; če družba rezidentka ZK nadzoruje družbo A, ki ni rezidentka ZK, ta pa nadzoruje družbo B, ki prav tako ni rezidentka ZK, sta družbi A in B nadzorovani tuji družbi. S členom 371RG zakona TIOPA je bila opredelitev nadzora razširjena, tako da se pri ugotavljanju, ali je tuja družba nadzorovana tuja družba, upoštevajo deleži družbenikov nerezidentov.

⁽⁶⁾ HM Treasury, *Consultation on Controlled Foreign Companies (CFC) reform* (Posvetovanje o reformi nadzorovanih tujih družb), junij 2011, točka 1.1.2.

⁽⁷⁾ Prav tam, točka 2.4.

- (11) Sedanja ureditev ZK za nadzorovane tuje družbe je sprejel parlament ZK kot del zakona o finančah iz leta 2012 ⁽⁸⁾. V zakone o davkih je vključena kot del 9A zakona o obdavčevanju (mednarodne in druge določbe) iz leta 2010 (v nadaljnjem besedilu: del 9A zakona TIOPA), ki vsebuje 22 poglavij. Sedanja ureditev se uporablja za obračunska obdobja, ki so se začela 1. januarja 2013 ali po tem datumu ⁽⁹⁾. Januarja 2019 je bilo uvedenih več sprememb (oddelek 2.3).
- (12) Poleg okvira za nadzorovane tuje družbe, določenega v delu 9A zakona TIOPA, je ZK objavilo obsežne smernice v zvezi s pravili o nadzorovanih tujih družbah. Navedene smernice vključujejo uvod k pravilom, splošni pregled, smernice o uporabi in razlagi posameznih pravil po posameznih poglavjih ter vrsto praktičnih primerov ⁽¹⁰⁾.

2.1.2 Sedanja ureditev ZK za nadzorovane tuje družbe

- (13) V skladu s ciljem, navedenim v uvodni izjavi 10, je s sedanjimi pravili ZK o nadzorovanih tujih družbah družbi rezidentki ZK naložena dajatev za nadzorovano tujo družbo za del dobička nadzorovane tuje družbe ali celotni dobiček nadzorovane tuje družbe. Dajatev za nadzorovano tujo družbo se plača za obdavčljivi dobiček nadzorovane tuje družbe, od katerega se odšteje odbitni davek nadzorovane tuje družbe (tj. davek, plačan v državi rezidentstva nadzorovane tuje družbe). Za katero koli obračunsko obdobje je obdavčljivi dobiček nadzorovane tuje družbe njen predpostavljeni obdavčljivi celotni dobiček, ki preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo (glej uvodne izjave 23 do 25) ⁽¹¹⁾. Dajatev je naložena vsem družbam rezidentkam ZK, ki imajo vsaj 25-odstotni delež v nadzorovani tuji družbi (v nadaljnjem besedilu: obdavčljivi subjekti). Dajatev za nadzorovano tujo družbo se obračuna po isti stopnji, kot velja za davek od dohodkov pravnih oseb v ZK, in zaračuna, kot da bi bila znesek davka od dohodkov pravnih oseb, zaračunanega obdavčljivemu subjektu za zadevno obračunsko obdobje davka od dohodkov pravnih oseb.
- (14) S pragom za dajatev za nadzorovano tujo družbo so določeni okoliščine in obseg, v katerem je predpostavljeni obdavčljivi celotni dobiček nadzorovane tuje družbe obdavčljivi dobiček.
- (15) V skladu s ciljem pravil o nadzorovanih tujih družbah – ki je preučiti, ali nadzorovana tuja družba ustvarja dobiček iz sredstev ali dejavnosti v ZK, ki ga ustvari družba, ki ni niti rezidentka niti nima stalne poslovne enote v ZK – se z ureditvijo za nadzorovane tuje družbe okvirno oceni, ali je dobiček nadzorovane tuje družbe povezan s sredstvi in tveganji, ki se upravljajo in nadzorujejo v ZK, ter se na tej podlagi šteje za *umetno preusmerjen*. Zato je treba preučiti, ali se katera koli od „funkcij osebja, pristojnega za odločanje“ ⁽¹²⁾, ki je pomembna za prevzemanje tveganj ali ekonomsko lastništvo sredstev, s katerimi se ustvarja dobiček nadzorovane tuje družbe, dejansko izvaja v ZK, tako da družba, ki *realizira* dobiček, ni družba, ki *ustvarja* navedeni dobiček ⁽¹³⁾.
- (16) Glede na posvetovanje, ki so ga britanski organi opravili pred sprejetem pravil o nadzorovanih tujih družbah, je bil namen teh pravil tudi zagotoviti skladnost s pravom Unije, tako da se ne posega v svobodo ustanavljanja, ki jo imajo davčni zavezanci, ter da se vzpostavi potrebno ravnotežje za oblikovanje ureditve, s katero je zaščiten davčna osnova davka od dohodkov pravnih oseb v ZK in ki se lahko uporablja v praksi, pri čemer upravna bremena in bremena glede skladnosti ostanejo čim manjša.

⁽⁸⁾ Razprave za sedanja pravila o nadzorovanih tujih družbah so se pojavile zaradi številnih multinacionalnih podjetij, ki so svoj sedež preselila iz ZK: v Corporate Tax Roadmap (Kažipot za davek od dohodkov pravnih oseb) iz leta 2010 je bilo navedeno, da je „[č]as [...], da se ta trend obrne“, tako da se davčni sistem ZK znova vzpostavi kot pomembno sredstvo. Vlada ZK je reformo pravil o nadzorovanih tujih družbah opredelila zlasti kot „prednostno nalogo našega multinacionalnega poslovanja in ključni korak v načrtih vlade za obnovo konkurenčnosti“.

⁽⁹⁾ Pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah so obstajala že pred letom 2013, vendar so temeljila na povsem drugačnem konceptu. Stare določbe o nadzorovanih tujih družbah niso vsebovale izjeme za financiranje znotraj mednarodnih skupin.

⁽¹⁰⁾ HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM190000, <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm190000>.

⁽¹¹⁾ Izraz „predpostavljeni obdavčljivi celotni dobiček“ je termin, ki se v bistvu nanaša na to, kakšen bi bil celotni obdavčljivi dobiček v ZK na podlagi pravil ZK o davku od dohodkov pravnih oseb, če bi bila nadzorovana tuja družba rezidentka ZK.

⁽¹²⁾ Pri podjetjih v finančnem sektorju je opredelitev ključnih funkcij za prevzemanje tveganja v podjetju (v nadaljnjem besedilu: KERT) osrednjega pomena za to analizo.

⁽¹³⁾ Člen 371DA(3)(f) zakona TIOPA.

- (17) Organi ZK so si tudi prizadevali povečati davčno konkurenčnost ZK⁽¹⁴⁾. To je bil navedeni cilj pravil o nadzorovanih tujih družbah, ki „so skupaj z znižanjem stopnje davka od dohodkov pravnih oseb na 22 % leta 2014 in uvedbo posebne ureditve za obdavčitev intelektualne lastnine [...] še en korak k cilju [vlade ZK], da ustvari najkonkurenčnejši sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb v skupini G20“⁽¹⁵⁾.
- (18) V poglavju 2 dela 9A zakona TIOPA so navedeni koraki za določitev, ali je treba za dobiček (ali del dobička), ki ga je ustvarila tuja družba, ko je ugotovljeno, da je to nadzorovana tuja družba, naložiti plačilo dajatve za nadzorovano tujo družbo. Obveznost plačila dajatve za nadzorovano tujo družbo tako nastane, če:
- se ne uporablja nobena od oprostitev na ravni subjekta nadzorovane tuje družbe (glej uvodno izjavo 19),
 - obstaja „imetenik deleža“ v ZK ali, povedano drugače, družba rezidentka ZK, ki ima (skupaj s povezanimi družbami) najmanj 25-odstotni delež v nadzorovani tuji družbi, ter
 - ima nadzorovana tuja družba „obdavčljivi dobiček“, kot je naveden v določbah, ki tvorijo prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo.
- (19) Cilj omejitve upravnih bremen in obremenitve zaradi zagotavljanja skladnosti je razviden iz zasnove pravil o nadzorovanih tujih družbah, ki je osredotočena na položaje, ki objektivno pomenijo največje tveganje za državno blagajno ZK. Ta cilj se dosega z določitvijo nekaterih vnaprejšnjih izključitev, kadar se tveganje za umetno preusmeritev dobička šteje za majhno, tj. kadar bi ocena vsakega posameznega primera verjetno pokazala, da ni umetnega konstrukta ali preusmeritve. To so tako imenovane oprostitve na ravni subjekta, ki so vključene v poglavja 10 do 14 dela 9A zakona TIOPA:
- *oprostitev izvezetega obdobja* je vključena v poglavje 10 dela 9A zakona TIOPA in vključuje začasno (običajno 12-mesečno) oprostitve za nadzorovane tuje družbe, ki so prvič pod nadzorom ZK,
 - *oprostitev izključenih ozemelj* je vključena v poglavje 11 dela 9A zakona TIOPA, z njo pa so oproščene nadzorovane tuje družbe, ki pomenijo predvidljivo, majhno tveganje umetne preusmeritve zaradi svojega ozemlja rezidentstva in vrste ustvarjenega dobička,
 - *oprostitev majhnega dobička*, pravilo *de minimis*, je vključena v poglavje 12 dela 9A zakona TIOPA, z njo pa so oproščene nadzorovane tuje družbe z nizkimi ravni dobička v obračunskem obdobju (običajno največ 500 000 GBP, od tega je največ 50 000 GBP netrgovalnega dobička),
 - *oprostitev nizke stopnje dobička* je vključena v poglavje 13 dela 9A zakona TIOPA, z njo pa so oproščene nadzorovane tuje družbe, pri katerih dobiček znaša največ 10 % odhodkov iz poslovanja. Oprostitev se nanaša na nadzorovane tuje družbe, ki opravljajo funkcije z razmeroma nizko dodano vrednostjo,
 - *davčna oprostitve* je vključena v poglavje 14 dela 9A zakona TIOPA, z njo pa so oproščene nadzorovane tuje družbe, ki plačujejo običajno do visoko stopnjo dejanskega davka na svojem ozemlju rezidentstva (najmanj 75 % davka, ki bi ga bilo treba plačati, če bi bil njihov dobiček obdavčen v ZK in izmerjen v skladu s pravili ZK).
- (20) V oprostitvah na ravni subjekta se upošteva dejstvo, da bo večina tujih hčerinskih družb ustanovljena iz dejanskih poslovnih razlogov. V praksi to pomeni, da družbam ZK v večini primerov ne bo treba uporabiti pravil o nadzorovanih tujih družbah, če izpolnjujejo pogoje za eno od oprostitev na ravni subjekta. Uporaba podrobnih določb o obračunavanju dajatve, ki tvorijo prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo, in potreba po opredelitvi obdavčljivega dobička nadzorovane tuje družbe sta torej omejeni na položaje, v katerih se ne uporablja nobena od oprostitev na ravni subjekta.
- (21) Če se ne uporablja nobena od oprostitev na ravni subjekta, je s pravili ZK o nadzorovanih tujih družbah „obdavčljivi dobiček“ nadzorovane tuje družbe pripisan „imeteniku deleža“ v ZK. Ta dobiček se opredeli z uporabo meril in pogojev iz poglavij 3 do 8 dela 9A zakona TIOPA, ki skupaj tvorijo „prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo“⁽¹⁶⁾.
- (22) Navedena poglavja so bistvenega pomena za delovanje ureditve za nadzorovane tuje družbe. Delovala naj bi kot ciljno usmerjeni preizkus za oceno, ali predpostavljeni celotni dobiček nadzorovane tuje družbe preseže prag in posledično postane „obdavčljivi dobiček“.

⁽¹⁴⁾ Glej HM Treasury, *Consultation on Controlled Foreign Companies (CFC) reform* (Posvetovanje o reformi nadzorovanih tujih družb), junij 2011.

⁽¹⁵⁾ Spodnji dom parlamenta ZK, parlamentarni odbor za javne predloge zakonov, razprava o predlogu finančnega zakona, 19. junij 2012, PBC (predlog zakona 001) 2012–2013, str. 466 (izjava državnega podsekretarja za državno blagajno pri ministrstvu za finance).

⁽¹⁶⁾ Poglavje 9 zakona TIOPA določa neobvezno alternativno pravilo za nekatere dobičke, ki so običajno zajeti s pravili o pragu za dajatev za nadzorovano tujo družbo iz poglavja 5, vendar pa formalno ni del praga za dajatev za nadzorovane tuje družbe.

- (23) Prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo se začne z začetnim sitom v poglavju 3 dela 9A zakona TIOPA, ki vsebuje splošne preizkuse za ugotovitev, ali je treba sploh uporabiti katero od podrobnejših pravil za prag iz poglavij 4 do 9 dela 9A zakona TIOPA ⁽¹⁷⁾.
- (24) Kar zadeva posamezna poglavja o obračunavanju dajatve, je poglavje 4 dela 9A zakona TIOPA (v nadaljnjem besedilu: poglavje 4) splošna določba in se uporablja za vse nadzorovane tuje družbe ne glede na vrsto dobička, ki ga ustvarijo, razen za nadzorovane tuje družbe, ki ustvarjajo izključno dobiček iz nepremičninske dejavnosti ⁽¹⁸⁾ ali netrgovalni finančni dobiček. Poglavje 5 dela 9A zakona TIOPA (v nadaljnjem besedilu: poglavje 5) v povezavi s poglavjem 9 dela 9A zakona TIOPA (v nadaljnjem besedilu: poglavje 9) se nanaša na nadzorovane tuje družbe, ki ustvarjajo netrgovalni finančni dobiček. Poglavje 6 dela 9A zakona TIOPA (v nadaljnjem besedilu: poglavje 6) se nanaša na nadzorovane tuje družbe, ki ustvarjajo trgovalni finančni dobiček ⁽¹⁹⁾.
- (25) Namen praga za dajatev za nadzorovano tujo družbo je opredeliti okoliščine, v katerih je bil dobiček ZK umetno preusmerjen, kar na splošno pomeni, da „obstaja precejšnje neskladje med ključnimi poslovnimi dejavnostmi, ki se izvajajo v ZK, in dobičkom iz teh dejavnosti, ki je razporejen zunaj ZK“ ⁽²⁰⁾. To je najbolj očitno v poglavju 4 ⁽²¹⁾. Na njegovi podlagi predpostavljeni celotni dobiček nadzorovane tuje družbe iz sredstev, ki so v njeni zakoniti lasti, in tveganj, ki so ji pogodbeno dodeljena, postane obdavčljivi dobiček, če in kolikor se navedena sredstva in tveganja upravljajo iz ZK ⁽²²⁾. Zato je treba preučiti, ali se katera koli od funkcij osebja, pristojnega za odločanje, ki je pomembna za prevzemanje tveganj ali ekonomsko lastništvo sredstev, s katerimi se ustvarja dobiček nadzorovane tuje družbe, dejansko izvaja v ZK ⁽²³⁾. Delež funkcij osebja, pristojnega za odločanje, v ZK v primerjavi z deležem funkcij osebja, pristojnega za odločanje, ki se ne izvajajo v ZK, je kot tak bistveno merilo pri opredelitvi obdavčljivega dobička, ki je uporabljeno ne samo v splošnih določbah o obračunavanju dajatve (poglavje 4), ampak tudi na primer v poglavju 5 (netrgovalni finančni dobiček) ⁽²⁴⁾.

⁽¹⁷⁾ Namen tega sita je izključiti nadzorovane tuje družbe, za katere je kljub temu, da ne spadajo v nobeno od oprostitev na ravni subjekta, malo verjetno, da bodo razmeroma preprosto ustvarile (precejšen) umetno preusmerjen dobiček, da bi stroški upravljanja ureditve za nadzorovane tuje družbe ostali čim nižji. Pogoji so razmeroma preprosti in sledijo pristopu na podlagi tveganja, da se olajša samoocena, brez kakršnih koli posebnih zahtev za dokumentacijo. Tu je razvidno osnovno načelo, da do umetne preusmeritve pride, kadar so sredstva in tveganja ločena od osnovne dejavnosti, na kateri temeljijo navedena sredstva skupine. Tako pri dobičku iz poslovanja nadzorovani tuji družbi ni treba opredeliti prisotnosti obdavčljivega dobička, če nima sredstev in ne nosi tveganj, ki se upravljajo ali nadzorujejo iz dejavnosti v ZK. Prav tako se netrgovalni finančni dobiček, če na primer v navedeno kategorijo spada 5 % dobička nadzorovane tuje družbe ali manj (5-odstotni varni pristan), šteje za stranski glede na dobiček iz poslovanja in je na podlagi poglavja 3 dela 9A zakona TIOPA izključen iz poglavja 5.

⁽¹⁸⁾ Člen 371CA(1) do (11) zakona TIOPA. Dobiček iz nepremičninske dejavnosti je popolnoma izključen s področja uporabe praga za dajatev za nadzorovano tujo družbo in iz opredelitve računovodskega dobička za namene oprostitev na ravni subjekta iz poglavij 10 do 14, glej HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM248550.

⁽¹⁹⁾ Poglavje 7 dela 9A zakona TIOPA se nanaša na nadzorovane tuje družbe, ki dobiček ustvarjajo z dejavnostmi lastnih zavarovalnic. Poglavje 8 dela 9A zakona TIOPA se nazadnje nanaša na nadzorovane tuje družbe, ki ustvarjajo dobiček, nastal nekaterim hčerinskim družbam reguliranih finančnih družb. Poglavja 15 do 22 dela 9A zakona TIOPA vsebujejo različna operativna in upravna pravila, kot so pravila za preprečevanje dvojne obdavčitve, pravila o nadzoru, opredelitve pojmov in različna druga pravila, pomembna za to, da davčni organi ZK ustrezno uporabljajo pravila o nadzorovanih tujih družbah.

⁽²⁰⁾ HMRC, *CFC reform: response to consultation* (Reforma nadzorovanih tujih družb: odgovor na posvetovanje), december 2011, povzetek, ključne točke.

⁽²¹⁾ Člen 371DA zakona TIOPA, glej tudi HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM200100: „[P]oglavje 4 določa mehanizem za opredelitev obsega, v katerem kakršen koli predpostavljeni celotni dobiček nadzorovane tuje družbe [...] preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo (v nadaljnjem besedilu: dobiček iz poglavja 4) in se torej morebiti obdavči z dajatvijo za nadzorovano tujo družbo zaradi posebnih dejavnosti v ZK, ki so nadzorovani tuji družbi omogočile, da je ustvarila navedeni dobiček.“

⁽²²⁾ HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM200100 in INTM197200: „[...] poglavje 4 [se bo] uporabljalo za tuje dobičke iz poslovanja, ki bodo vključeni na področje uporabe dajatve za nadzorovano tujo družbo [...], kadar nadzorovana tuja družba preusmerja dobiček iz ZK z ločitvijo sredstev in tveganj od osnovne dejavnosti, na kateri temeljijo navedena sredstva skupine ali ki je nujno povezana z njeno izpostavljenostjo temu tveganju.“

⁽²³⁾ Člen 371DA(3)(f) zakona TIOPA. Glej tudi HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM200300.

⁽²⁴⁾ V HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM203310, je navedeno, da „[p]oglavje 5 tako kot poglavje 4 opredeljuje netrgovalni finančni dobiček iz sredstev, ki so v lasti nadzorovane tuje družbe, in dobiček iz tveganj, dodeljenih nadzorovani tuji družbi, v položajih, v katerih se ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanje, izvajajo v ZK,“ in na tej podlagi poglavje 5 vključuje številne postopne preizkuse iz poglavja 4.

- (26) Vendar je v pravilih ZK o nadzorovanih tujih družbah priznано, da v primeru finančnih dobičkov opiranje izključno na preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanja, morda ne bo vedno zagotovilo zadostne zaščite davčne osnove ZK. Zato poglavja 5 do 9 vsebujejo dodatne preizkuse za netrgovalni finančni dobiček in druge vrste pasivnega dobička. Dobiček nadzorovane tuje družbe je lahko obdavčen z dajatvijo za nadzorovano tujo družbo na podlagi več kot enega poglavja o obračunavanju dajatve, vendar pa je lahko z dajatvijo za nadzorovano tujo družbo obdavčen samo enkrat ⁽²⁵⁾.

2.1.3 Dajatev za nadzorovano tujo družbo za netrgovalni finančni dobiček

- (27) Netrgovalni finančni dobiček vključuje vse finančne dobičke, ki niso trgovačni finančni dobički. Trgovačni finančni dobiček je obravnavan v poglavju 6. Netrgovalni finančni dobiček lahko vključuje finančni dobiček od posojil med družbami v skupini in finančni dobiček od zunanjih posojil (vključno z depoziti), če ne izvira iz dejavnosti trgovanja ⁽²⁶⁾.
- (28) Preizkus v zvezi s pragom za dajatev za nadzorovano tujo družbo za netrgovalni finančni dobiček je v poglavju 5 ali alternativno – ob upoštevanju izbire in nekaterih pogojev – poglavju 9 ⁽²⁷⁾. Poglavje 5 vsebuje dva splošna preizkusa in dva preizkusa, ki sta posebej usmerjena na nekatere primere zlorabe, ki niso zajeti z navedenima splošnima preizkusoma. Poglavje 5 vsebuje preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanje, s katerim se preuči obstoj dejavnosti v ZK in ki večinoma temelji na preizkusu funkcij osebja, pristojnega za odločanje, iz poglavja 4. Vendar se poglavje 5 ne opira izključno na navedeni preizkus, saj je ustvarjanje finančnega dobička večinoma kapitalsko intenzivna dejavnost, za katero morda ne bo vedno potrebna prisotnost funkcij osebja, pristojnega za odločanje.
- (29) Preizkusa v poglavju 5 za opredelitev obdavčljivega dobička za netrgovalni finančni dobiček sta torej naslednja:
- prvič, za netrgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe se šteje, da preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo, če izvira iz sredstev in tveganj, v zvezi s katerimi se katere koli ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanje ⁽²⁸⁾, izvajajo v ZK (člen 371EB zakona TIOPA). V skladu s splošno logiko pravil o nadzorovanih tujih družbah je logika uporabe dajatve za nadzorovano tujo družbo v tem primeru ta, da bi ZK moralo imeti možnost obdavčiti dobiček, ustvarjen zaradi dejavnosti, ki so bile izvedene v ZK ⁽²⁹⁾,
 - drugič, z alternativnim preizkusom se preuči, kako so bili posojila ali depoziti, s katerimi je bil ustvarjen netrgovalni finančni dobiček, financirani. Posledično in ne glede na lokacijo funkcij osebja, pristojnega za odločanje, se za netrgovalni finančni dobiček šteje, da preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo,

⁽²⁵⁾ Uporaba preizkusa iz poglavja 4 za nekatere trgovalne finančne dobičke nadzorovane tuje družbe lahko na primer privede do ugotovitve, da na podlagi poglavja 4 noben dobiček ne preseže praga za dajatev za nadzorovano tujo družbo. Vendar pa navedena ugotovitev ne izključuje možnosti, da lahko del tega trgovalnega finančnega dobička ali ta celotni trgovačni finančni dobiček preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo – in tako postane obdavčljivi dobiček – na podlagi poglavja 6.

⁽²⁶⁾ Tuja hčerinska družba, ki je vključena v eno ali več stranskih finančnih transakcij med družbami v skupini, bo morala uporabiti preizkuse iz poglavja 5, da bi ugotovila, ali se uporablja dajatev za nadzorovano tujo družbo, medtem ko bo morala hčerinska družba, vključena v dejavnosti aktivnega upravljanja kapitala skupine, uporabiti bodisi splošno poglavje 4 bodisi poglavje 6, ki se nanaša posebej na trgovalne finančne dobičke.

⁽²⁷⁾ Nadzorovana tuja družba, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček in druge vrste dobička, bo morda morala uporabiti tudi druga poglavja o obračunavanju dajatve, nadzorovana tuja družba, ki ustvarja izključno netrgovalni finančni dobiček, pa je obravnavana izključno v poglavjih 5 in 9.

⁽²⁸⁾ Ta preizkus je dejansko zelo podoben preizkusu, ki se uporablja na podlagi poglavja 4, da se oceni umetna preusmeritev „drugih dobičkov“ nadzorovane tuje družbe, predvsem dobička iz običajnega poslovanja. Zlasti se preizkus, ali je netrgovalni finančni dobiček iz sredstev, ki so v lasti nadzorovane tuje družbe, in tveganj, dodeljenih nadzorovani tuji družbi, povezan z ustreznimi funkcijami osebja, pristojnega za odločanje, ki se izvajajo v ZK, sklicuje na načela iz odobrenega pristopa OECD, kot so določena v poročilu o pripisovanju dobička stalnim poslovnim enotam iz leta 2010. Zajema torej tudi izraz funkcije KERT, ki se uporablja za podjetja v sektorju finančnih podjetij.

⁽²⁹⁾ Če torej nadzorovana tuja družba ustvari dohodek od obresti iz posojil, pri čemer se ustrezne odločevalske in nadzorne funkcije, povezane z odobritvijo in upravljanjem posojila in plačil obresti, izvajajo v ZK, bo torej dohodek od obresti zajet s pravili o nadzorovanih tujih družbah in obdavčen v ZK.

kolikor se financira iz ustreznih denarnih sredstev v ZK (člen 371EC zakona TIOPA). Ustrezna denarna sredstva v ZK so katera koli denarna ali druga sredstva, ki predstavljajo ali (neposredno ali posredno) izhajajo iz „povezanega kapitala ZK“ ⁽³⁰⁾. Logika uporabe dajatve za nadzorovano tujo družbo v tem primeru je, da se pasivni prihodki iz povezanega kapitala ZK ne bi smeli izogniti obdavčitvi v ZK zaradi preprostega prispevka nadzorovani tuji družbi.

- (30) Preizkusa sta alternativni, kar pomeni, da se za netrgovalni finančni dobiček šteje, da preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo, če je uspešno opravljen bodisi prvi bodisi drugi preizkus. Poglavje 5 vsebuje še dva alternativna preizkusa, ki sta usmerjena posebej na opredeljene vrste davčno motiviranih ureditev. Če netrgovalni finančni dobiček spada pod navedena posebna preizkusa, se bo dajatev za nadzorovano tujo družbo uporabila, tudi če ni funkcije osebja, pristojnega za odločanje, ki se izvaja v ZK, ali povezanega kapitala ZK ⁽³¹⁾.

2.1.4 Dajatev za nadzorovano tujo družbo za trgovalni finančni dobiček

- (31) Za trgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe, običajno dobiček iz aktivnih bančnih ali zavarovalnih dejavnosti, se šteje, da preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo ne samo, če uspešno opravi splošni preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanje, iz poglavja 4, ampak tudi, če uspešno opravi posebni preizkus iz poglavja 6 ⁽³²⁾.
- (32) Pri preizkusu iz poglavja 6 se ne razlikuje med trgovalnim finančnim dobičkom iz finančnih transakcij med družbami v skupini in dobičkom iz transakcij z nepovezanimi podjetji. Multinacionalne skupine finančne funkcije pogosto centralizirajo v družbah za upravljanje kapitala. Operacije takih družb lahko pomenijo finančno trgovanje, tako da bi dobiček iz tega trgovanja spadal pod poglavji 4 in 6 (trgovalni finančni dobiček) in ne pod poglavji 5 in 9 (netrgovalni finančni dobiček) ⁽³³⁾. Če pa je nadzorovana tuja družba družba za upravljanje kapitala skupine ⁽³⁴⁾, se lahko odloči, da se njen trgovalni finančni dobiček obravnava, kot da bi bil netrgovalni finančni dobiček (tako da obvesti uradnika davčne in carinske uprave Združenega kraljestva) ⁽³⁵⁾. V primeru take odločitve se bo uporabljalo poglavje 5 za določitev, ali je dobiček, „ki se šteje za“ netrgovalni finančni dobiček, zavezan dajatvi za nadzorovano tujo družbo in ima obdavčljivi subjekt pravico vložiti zahtevek za oprostitev na podlagi poglavja 9.

2.2 Sporni ukrep: izjema pri financiranju skupin

- (33) Ali in v kakšnem obsegu se dajatev za nadzorovano tujo družbo naloži na netrgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe, se ne določi zgolj na podlagi preizkusov iz poglavja 5. Na podlagi poglavja 9 se lahko za nadzorovano tujo družbo, ki ustvari netrgovalni finančni dobiček, ki izpolnjuje merila iz poglavja 5, uporabi delna (75-odstotna) ali popolna (do 100-odstotna) oprostitev za določitev dajatve za nadzorovano tujo družbo za netrgovalni finančni dobiček, ki izhaja iz posojila tuji družbi v skupini. V tem sklepu se ta določba navaja kot „izjema pri financiranju skupin“ ali „sporni ukrep“.

⁽³⁰⁾ Povezani kapital ZK je opredeljen kot vsak neposredni ali posredni, formalni ali neformalni prispevek kapitala povezane družbe ZK v nadzorovano tujo družbo in kakršen koli znesek dobička nadzorovane tuje družbe, ki je bil za katero koli predhodno obračunsko obdobje opredeljen kot „umetno preusmerjeni dobiček“ in se zdaj uporablja za financiranje nadaljnjih posojil nadzorovane tuje družbe.

⁽³¹⁾ S tema dodatnima posebnima preizkusoma se preuči, ali netrgovalni finančni dobiček izhaja iz ureditev namesto dividend za družbe rezidentke ZK ali ureditve v zvezi s finančnimi najemi v ZK.

⁽³²⁾ V skladu s posebnim preizkusom iz poglavja 6 trgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo, če se financira s presežnim kapitalom iz prispevkov povezanega kapitala ZK. Medtem ko se pri pragu za netrgovalni finančni dobiček iz poglavja 5 za alternativni preizkus uporablja širše merilo kakršnega koli financiranja iz povezanega kapitala ZK, posebni preizkus iz poglavja 6 za trgovalni finančni dobiček temelji na „presežnem prostem kapitalu“ nadzorovane tuje družbe, tj. kapitalu, ki presega kapital, za katerega bi bilo mogoče razumno pričakovati, da ga ima, če ne bi bila hčerinska družba v 51-odstotni lasti druge družbe (člen 371FA zakona TIOPA). Samo v primeru financiranja s presežnim kapitalom iz povezanega kapitala ZK bo predpostavljeni dobiček presegel ta prag in postal zavezan dajatvi za nadzorovano tujo družbo.

⁽³³⁾ Taka družba bo dejansko delovala podobno kot banka za bančno poslovanje s prebivalstvom: zanjo bodo značilni velik obseg transakcij, veliko število prilivov in odlivov, varovanje pred tveganjem. Dejavnost strukturnih posojil se bo večinoma financirala iz depozitov skupine, dobiček pa bo realiziran na podlagi marže med posojilnimi dejavnostmi in sprejemanjem depozitov.

⁽³⁴⁾ Za določitev, ali je nadzorovana tuja družba „družba za upravljanje kapitala skupine“, se uporablja člen 316(5) do (11) zakona TIOPA.

⁽³⁵⁾ Člen 371CE(2) zakona TIOPA.

- (34) Izjema pri financiranju skupin se uporablja samo za dobičke, zajete s poglavjem 5. Deluje tako, da so določbe o obračunavanju dajatve iz poglavja 5 nadomeščene z mehaničnim pravilom, s katerim je dajatev za nadzorovano tujo družbo določena na znesek, ki je enak 25 % netrgovalnega finančnega dobička, ki izhaja iz upravičenih posojilnih razmerij ⁽³⁶⁾ (delna (75-odstotna) oprostitve), ali 0 % v nekaterih okoliščinah (popolna oprostitve). Privzeto pravilo je delna oprostitve. Če se zadevno posojilo financira iz tako imenovanih „upravičenih virov“ ⁽³⁷⁾, bo dobiček nadzorovane tuje družbe upravičen do oprostitve v višini do 100 % zadevnega netrgovalnega finančnega dobička. Poleg tega je lahko preostali del zadevnega netrgovalnega finančnega dobička, ki bo – odvisno od tega, ali je oprostitve delna ali popolna – še vedno presegel prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo, vseeno popolnoma oproščen dajatve za nadzorovano tujo družbo na podlagi tako imenovanega pravila „ujemanja obresti“ ⁽³⁸⁾.
- (35) V smernicah HMRC ⁽³⁹⁾ je v uvodnih pripombah k poglavju 9 navedeno, da so bile „[o]prostitve za netrgovalni finančni dobiček iz poglavja 9 [...] uvedene za rešitev težkih vprašanj, ki se pojavljajo zaradi zamenljivosti denarja v multinacionalni skupini“ ⁽⁴⁰⁾. Organi ZK so pojasnili, da 25-odstotna stopnja vključitve (75-odstotna oprostitve) temelji na predpostavki, da se – ob neobstoju davčnih preudarkov – v celoti lastniško financirana nadzorovana tuja družba, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček, financira iz ZK z večjim deležem dolga in manjšim deležem lastniškega kapitala, rezultat česar je dodatni finančni dobiček na ravni matične družbe v ZK ⁽⁴¹⁾. Stopnja oprostitve je bila med pripravo reforme ureditve za nadzorovane tuje družbe obravnavana s predstavniki podjetij v ZK. Iz zapisnika posvetovanja je razvidno, da je bila sprva predvidena 50-odstotna oprostitve (in posledično 10-odstotna efektivna davčna stopnja). Predstavniki podjetij so vztrajali pri višji 75-odstotni oprostitvi in posledični 2–6-odstotni efektivni davčni stopnji ⁽⁴²⁾.
- (36) Sporni ukrep se uporablja samo za netrgovalni finančni dobiček, ki ga nadzorovana tuja družba pridobi iz posojil tujim družbam v skupini, ki jih nadzoruje ista družba rezidentka ZK, kot nadzoruje nadzorovano tujo družbo. Ta posojilna razmerja se imenujejo „upravičena posojilna razmerja“ ⁽⁴³⁾. Izjema pri financiranju skupin predstavlja nadomestek za povezavo financiranja upravičenega posojilnega razmerja z ZK, tako da multinacionalnim skupinam ni treba izslediti natančnega vira ali zgodovine finančnih ureditev skupine in obsega, v katerem jih nosi ZK ⁽⁴⁴⁾.
- (37) Z vložitvijo zahtevka na podlagi poglavja 9 v napovedi davka od dohodkov pravnih oseb se lahko vsi morebiti obdavčljivi subjekti z nadzorovano tujo družbo, ki je ustvarila netrgovalni finančni dobiček iz posojila, ki je predmet upravičenega posojilnega razmerja, odločijo, da bodo uporabili posebna pravila iz poglavja 9 namesto splošnih pravil iz poglavja 5, če nadzorovana tuja družba uspešno opravi preizkus prostorov podjetja. Navedeni

⁽³⁶⁾ Glej uvodno izjavo 36.

⁽³⁷⁾ Upravičeni viri so tista posojila nadzorovane tuje družbe, ki niso neposredno ali posredno povezana z denarnimi sredstvi širše skupine in vključujejo dobičke nadzorovane tuje družbe, izhajajoče iz danih posojil zadevnim članom skupine nadzorovane tuje družbe, ki se uporabijo zgolj za namene poslovanja skupine nadzorovane tuje družbe na zadevnem ozemlju, ali denarna ali druga sredstva, ki jih prejme nadzorovana tuja družba v zvezi z delnicami, ki jih ima v člani skupine nadzorovane tuje družbe ali jih izda za te člane (glej člen 371IB zakona TIOPA).

⁽³⁸⁾ Člen 371IE zakona TIOPA. Na podlagi pravila ujemanja obresti se vsaka dajatev za nadzorovano tujo družbo, ki ostane po uporabi delne ali popolne oprostitve, omeji na višino neto odhodka za obresti v ZK v okviru skupine v ZK. Ta omejitev preprečuje dajatev za nadzorovano tujo družbo, kadar imajo člani skupine iz ZK skupno neto dohodke iz financiranja, ki so enaki ali večji od njihovih neto odbitkov za financiranje (HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM216100).

⁽³⁹⁾ Urad vlade ZK, pristojen za pobiranje davkov, je znan kot *Her Majesty's Revenue and Customs* (davčna in carinska uprava Združenega kraljestva, v nadaljnjem besedilu: HMRC).

⁽⁴⁰⁾ HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM216100.

⁽⁴¹⁾ Dopis ZK z dne 15. januarja 2018, točka 58.

⁽⁴²⁾ Točka 6 zapisnika sestanka delovne skupine za denarna sredstva nadzorovanih tujih družb z dne 4. februarja 2011.

⁽⁴³⁾ V členu 371IG zakona TIOPA so predstavljena pravila za sledenje za ugotovitev, kdaj posojilo, ki ga zagotovi nadzorovana tuja družba, pomeni upravičeno posojilno razmerje, pri čemer so obravnavani položaji, v katerih stranka, ki prvotno prejme posojilo, uporabi denarna sredstva za to, da sama zagotovi posojilo (pravilo „končnega dolžnika“). Glej tudi HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM217100.

⁽⁴⁴⁾ Glej HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM216100. Poleg tega je bilo navedeno tudi, da je namen vključitve te oprostitve, da bi se za financiranje znotraj skupine uporabljala fiksna, nizka davčna stopnja, ki bi v večini primerov „do leta 2014 privedla do 5,75-odstotne efektivne stopnje davka od dohodkov pravnih oseb v ZK na dobiček, ustvarjen v tujini s financiranjem znotraj skupine“. HMRC, Posvetovanje o reformi nadzorovanih tujih družb, junij 2011, točka 1.10.

preizkus je uspešno opravljen, če ima nadzorovana tuja družba na ozemlju, na katerem je rezidentka za davčne namene, na voljo prostore, ki so zasedeni in se uporabljajo (ali naj bi bili zasedeni in se uporabljali) z razumno stopnjo stalnosti ter iz katerih se v celoti ali v glavnem opravljajo dejavnosti nadzorovane tuje družbe na navedenem ozemlju ⁽⁴⁵⁾.

2.3 Spremembe pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah

- (38) Združeno kraljestvo je 6. julija 2018 napovedalo, da bo finančni zakon 2018–2019 vključeval spremembe pravil o nadzorovanih tujih družbah, da bi se prenesla Direktiva Sveta (EU) 2016/1164 ⁽⁴⁶⁾ (v nadaljnjem besedilu: direktiva proti izogibanju davkom). Navedene spremembe se nanašajo na, prvič, opredelitev nadzora, ki zadeva vse dobičke, zavezane dajatvi za nadzorovano tujo družbo, in, drugič, prisotnost funkcij osebja, pristojnega za odločanje, v ZK za namen uporabe izjeme pri financiranju skupin za netrgovalni finančni dobiček. Prva sprememba je torej splošnejša, vendar pa se druga nanaša posebej na področje uporabe spornega ukrepa.
- (39) Z drugo spremembo je omejen dostop do izjeme pri financiranju skupin, tako da obdavčljivi subjekti ne bodo več mogli zahtevati oprostitve na podlagi poglavja 9 za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij namesto uporabe poglavja 5, če netrgovalni finančni dobiček izhaja iz sredstev in tveganj, v zvezi s katerimi se ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanje, izvajajo v ZK. Navedeni spremembi sta bili sprejeti v okviru zakona o financah iz leta 2019 v členu 20 (Nadzorovane tuje družbe: oprostitve finančne družbe in nadzor nad njo), odstavek 2, veljati pa sta začeli 1. januarja 2019 ⁽⁴⁷⁾.

2.4 Mednarodno ozadje in ozadje EU

- (40) Številne države so uvedle pravila o nadzorovanih tujih družbah, da bi davčnim zavezancem preprečile, da bi se izognili davkom ali jih odložili s prenosom dobička na nizko obdavčene tuje hčerinske družbe. Z vsemi pravili o nadzorovanih tujih družbah so dobički nekaterih subjektov nerezidentov v nekaterih okoliščinah obdavčeni na ravni delničarjev - davčnih rezidentov subjekta nerezidenta. Vendar pa se lahko natančna pravila uporabe v različnih državah zelo razlikujejo ⁽⁴⁸⁾, ker morajo biti pravila in merila, s katerimi so določeni ti elementi, usklajena z domačim sistemom obdavčitve dohodkov pravnih oseb, katerega del so, in izražati cilje davčne politike zadevne države.

2.4.1 Smernice OECD (projekt BEPS)

- (41) Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj (v nadaljnjem besedilu: OECD) v svojem „Akcijskem načrtu za preprečevanje erozije davčne osnove in preusmerjanja dobička“ ⁽⁴⁹⁾ navaja, da so bila v številnih državah uvedena pravila o nadzorovanih tujih družbah, da bi se obravnaval eden od virov zaskrbljenosti v zvezi erozijo davčne osnove in preusmerjanjem dobička (Base Erosion and Profit Shifting, v nadaljnjem besedilu: BEPS), zlasti možnost ustanavljanja povezanih nerezidenčnih davčnih zavezancev in preusmerjanja dobička rezidenčnega podjetja prek nerezidenčnega povezanega podjetja. V končnem poročilu o ukrepu 3 BEPS v zvezi z uporabo pravil o nadzorovanih tujih družbah so predstavljena priporočila za države članice OECD in države, ki niso članice OECD, glede oblikovanja učinkovitih pravil o nadzorovanih tujih družbah ⁽⁵⁰⁾. Poročilo je bilo pripravljeno za zagotovitev, da bodo jurisdikcije, ki se odločijo uporabljati pravila o nadzorovanih tujih družbah, to lahko storile tako, da bodo davčnim zavezancem učinkovito preprečile prenos dobička v tuje hčerinske družbe in s tem izognitev obdavčitvi. V poročilu so pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah navedena kot primer pravil, v katerih se uporabljajo koncepti, ki jih je razvila OECD, da bi se opredelile funkcije osebja skupine, pristojnega za odločanje, povezane s posameznim sredstvom, za določitev področja uporabe pravil ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁵⁾ Člen 371DG zakona TIOPA. HMRC je objavil dodatne smernice o uporabi preizkusa v posebnem okviru poglavja 9 in netrgovalnega finančnega dobička (HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM216650).

⁽⁴⁶⁾ Direktiva Sveta (EU) 2016/1164 z dne 12. julija 2016 o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom, ki neposredno vplivajo na delovanje notranjega trga (UL L 193, 19.7.2016, str. 1).

⁽⁴⁷⁾ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/1/pdfs/ukpga_20190001_en.pdf.

⁽⁴⁸⁾ To se na primer nanaša na opredelitev nadzora, nizkega davka in prenesenega dobička, pa tudi na upravne določbe o izračunu dobička nadzorovane tuje družbe in preprečevanju dvojne obdavčitve.

⁽⁴⁹⁾ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Akcijski načrt za preprečevanje erozije davčne osnove in preusmerjanja dobička), OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

⁽⁵⁰⁾ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report* (Oblikovanje učinkovitih pravil o nadzorovanih tujih družbah, ukrep 3 – končno poročilo iz leta 2015), Projekt OECD/G20 za preprečevanje erozije davčne osnove in preusmerjanja dobička, OECD Publishing, Pariz, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>.

⁽⁵¹⁾ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report* (Oblikovanje učinkovitih pravil o nadzorovanih tujih družbah, ukrep 3 – končno poročilo iz leta 2015), točka 85, sprotna opomba 12. Poročilo ne vsebuje nobenega sklicevanja na posebne oprostitve v pravilih o nadzorovanih tujih družbah za dohodke iz financiranja znotraj skupine.

2.4.2 Direktiva proti izogibanju davkom

- (42) Na ravni Unije je Svet 12. julija 2016 sprejel direktivo proti izogibanju davkom ⁽⁵²⁾. Uvodne izjave navedene direktive se izrecno sklicujejo na končna poročila o 15 ukrepih OECD za preprečevanje erozije davčne osnove in preusmerjanja dobička ter sklepe Sveta z dne 8. decembra 2015, v katerih je poudarjena potreba po skupnih, a prilagodljivih rešitvah na ravni Unije, skladnih s sklepi OECD o preprečevanju erozije davčne osnove in preusmerjanja dobička. V uvodnih izjavah je navedeno tudi:

„Učinek pravil o nadzorovanih tujih družbah je, da se dohodek nizko obdavčene nadzorovane hčerinske družbe ponovno pripiše njeni matični družbi. Matična družba se nato obdavči za ta pripisani dohodek v državi, kjer je rezidentka za davčne namene. Glede na prednostne naloge politike zadevne države se lahko pravila o nadzorovanih tujih družbah uporabljajo za celotno nizko obdavčeno odvisno družbo, posebne kategorije dohodka ali pa samo za dohodek, ki je bil umetno preusmerjen v odvisno družbo.“

- (43) Dejansko pravilo o nadzorovanih tujih družbah je določeno v členu 7 direktive proti izogibanju davkom, državam članicam pa omogoča, da izbirajo med dvema različnima vrstama pravil o nadzorovanih tujih družbah. Standardno pravilo, pri katerem so navedene vrste dobička, ki bi – če so nizko obdavčene – morale biti obdavčene na podlagi pravila o nadzorovanih tujih družbah, je vključeno v odstavke 1, 2(a) in 3 člena 7. Alternativno pravilo, ki temelji na preizkusu funkcij osebja, pristojnega za odločanje, je vključeno v odstavke 1, 2 (b) in 4 člena 7, pri čemer je navedeno, da se dobiček nadzorovane tuje družbe, ki izhaja iz funkcij osebja, pristojnega za odločanje, ki se izvajajo v državi članici nadzora, obdavči z dajatvijo za nadzorovano tujo družbo ⁽⁵³⁾.
- (44) Najpomembnejši deli člena 7 se glasijo:

„Člen 7

Pravila o nadzorovanih tujih družbah

1. Država članica davčnega zavezanca obravnava subjekt [...] kot nadzorovano tujo družbo, kadar so izpolnjeni naslednji pogoji: [...]

2. Kadar se subjekt [...] obravnava kot nadzorovana tuja družba v skladu z odstavkom 1, država članica davčnega zavezanca vključi v davčno osnovo:

(a) nerazdeljeni dohodek subjekta ali dohodek stalne poslovne enote, ki izhaja iz naslednjih kategorij:

(i) obresti ali drugega dohodka iz finančnih sredstev;

[...]

Ta točka se ne uporablja, če ustrezna dejstva in okoliščine potrjujejo, da nadzorovana tuja družba opravlja pomembno gospodarsko dejavnost, za katero ima na voljo osebje, opremo, sredstva in prostore.

[...]

ali

(b) nerazdeljeni dohodek subjekta ali stalne poslovne enote, ki izhaja iz nepristnih ureditev, vzpostavljenih poglavitno z namenom pridobitve davčne ugodnosti.

Za namene te točke se šteje, da je shema ali niz shem nepristen, kolikor subjekt ali stalna poslovna enota ne bi imela sredstev ali ne bi prevzela tveganj, ki ustvarjajo njegov oziroma njen celotni dohodek ali del njegovega oziroma njenega dohodka, če ne bi bila pod nadzorom družbe, ki izvaja funkcije osebja, pristojnega za odločanje, ki so povezane s temi sredstvi in tveganji, te funkcije pa imajo ključno vlogo pri ustvarjanju dohodka nadzorovane družbe.

3. Kadar je v skladu s pravili države članice davčna osnova za davčnega zavezanca izračunana na podlagi točke (a) odstavka 2, se lahko država članica odloči, da subjekta ali stalne poslovne enote ne bo obravnavala kot nadzorovano tujo družbo iz odstavka 1, če ena tretjina ali manj dohodka, ki ga prejme subjekt ali stalna poslovna enota, spada v kategorije iz točke (a) odstavka 2.

⁽⁵²⁾ Direktiva Sveta (EU) 2016/1164. V skladu s členom 11 Direktive so morale države članice določbe Direktive prenesti v svojo zakonodajo in jih začeti uporabljati s 1. januarjem 2019.

⁽⁵³⁾ V členu 8 direktive proti izogibanju davkom je nadalje ponazorjen izračun dobička nadzorovane tuje družbe.

Kadar je v skladu s pravili države članice davčna osnova za davčnega zavezanca izračunana na podlagi točke (a) odstavka 2, se lahko država članica odloči, da finančnih podjetij ne bo obravnavala kot nadzorovane tuje družbe, če ena tretjina ali manj dohodka subjekta iz kategorij iz točke (a) odstavka 2 izhaja iz transakcij z davčnim zavezancem ali njegovimi povezanimi podjetji.

[...]"

2.5 Področje uporabe izjeme

- (45) Izjema pri financiranju skupin velja od 1. januarja 2013. Davčni zavezanci, ki lahko izkoristijo izjemo pri financiranju skupin, so zavezanci za davek od dohodkov pravnih oseb – ali obdavčljivi subjekti –, rezidenti ZK, ki nadzorujejo nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, in so v svoji napovedi davka od dohodkov pravnih oseb vložili zahtevek za uporabo poglavja 9 za izračun dajatve za nadzorovano tujo družbo v zvezi s tem dobičkom namesto izračuna te dajatve na podlagi pravil iz poglavja 5. Navedeni davčni zavezanci so del multinacionalne skupine, ki vključuje vsaj obdavčljivi subjekt rezident ZK, nadzorovano tujo družbo in tujo hčerinsko družbo, ki se financira na podlagi upravičenega posojilnega razmerja in ki jo prav tako nadzoruje navedeni obdavčljivi subjekt. Kot je navedeno v uvodni izjavi 38, se ta izjema od 1. januarja 2019 ne uporablja več za netrgovalni finančni dobiček, če so ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanje, v ZK.
- (46) Obvezni postopek predhodne odobritve ali vnaprejšnje potrditve ne obstaja. Za pravilno razlago davčne zakonodaje v zvezi s pravili o nadzorovanih tujih družbah je na voljo tudi storitev ZK za neobvezno potrditev. Komisija je zahtevala in prejela seznam neobveznih potrditev, povezanih s spremenjenimi določbami o nadzorovanih tujih družbah, ki so jih organi ZK izdali od uvedbe spremenjenih pravil o nadzorovanih tujih družbah do 31. marca 2014. Te so vključevale primere, v katerih je obdavčljivi subjekt zaprosil za neobvezno potrditev za zahtevek na podlagi poglavja 9, s katerim je zaprosil bodisi za delno bodisi za popolno oprostitev, in tudi vprašanja glede razlage, ki so vključevala druge vidike pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah, kot je uporaba oprostitve na ravni subjekta. Tako kot vse neobvezne potrditve, ki jih izda HMRC, zagotavljajo nasvete v primeru dejanske negotovosti pri razlagi posamezne pravne določbe.

3. RAZLOGI ZA ZAČETEK POSTOPKA

- (47) Komisija se je odločila začeti formalni postopek preiskave, ker je predhodno menila, da izjema pri financiranju skupin pomeni državno pomoč v smislu člena 107(1) Pogodbe, in je imela pomisleke glede tega, ali jo je mogoče šteti za združljivo z notranjim trgov.
- (48) Komisija je izrazila predhodno stališče, da izjema pri financiranju skupin pomeni *shemo* pomoči v smislu člena 1 (d) Uredbe Sveta (EU) 2015/1589 ⁽⁵⁴⁾, ker so v skladu z njo družbe iz ZK v multinacionalnih skupinah oproščene dajatve za nadzorovano tujo družbo, ki bi bila sicer obračunana od določenega netrgovalnega finančnega dobička, ki ga ustvarijo nadzorovane tuje družbe, ki jih nadzorujejo, ne da bi bili potrebni nadaljnji izvedbeni ukrepi.
- (49) Komisija je sprejela predhodno stališče, da sporni ukrep omogoča selektivno prednost. Menila je, da izjema pri financiranju skupin pomeni odstopanje od pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah (ki jih je Komisija v tej zadevi štela za referenčni sistem), saj je bil z njo določen netrgovalni finančni dobiček oproščen dajatve za nadzorovano tujo družbo.

⁽⁵⁴⁾ Z Uredbo Sveta (EU) 2015/1589 z dne 13. julija 2015 o določitvi podrobnih pravil za uporabo člena 108 Pogodbe o delovanju Evropske unije (UL L 248, 24.9.2015, str. 9) je bila z učinkom od 14. oktobra 2015 razveljavljena in nadomeščena Uredba Sveta (ES) št. 659/1999 z dne 22. marca 1999 o določitvi podrobnih pravil za uporabo člena 93 Pogodbe ES (UL L 83, 27.3.1999, str. 1). Vsako sklicevanje na Uredbo (ES) št. 659/1999 se lahko razlaga kot sklicevanje na Uredbo (EU) 2015/1589 in bi ga bilo treba brati v skladu s korelacijsko tabelo iz Priloge II k zadnjenavedeni uredbi.

- (50) Komisija je tudi predhodno menila, da je prednost, dodeljena s spornim ukrepom, selektivna, ker je bila na voljo samo subjektom, ki izvajajo finančne transakcije, v katere so vključeni povezani tuji dolžniki, ni pa bila na voljo subjektom, ki izvajajo druge finančne transakcije, v katere so vključeni bodisi povezani dolžniki iz ZK bodisi tretji dolžniki iz ZK ali tujine, čeprav se zdi, da so glede na cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah vsi v primerljivem pravnem in dejanskem položaju.
- (51) Komisija je nadalje predhodno menila, da izjeme pri financiranju skupin ni mogoče utemeljiti z naravo ali splošno shemo pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah, saj po njenem mnenju netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja ne pomeni manjšega tveganja za umetno preusmeritev dobička v primerjavi z drugimi vrstami netrgovalnega finančnega dobička glede na cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah. Komisija je menila, da se sporni ukrep ne zdi nujen za uresničevanje logičnega ali legitimnega cilja, tudi če bi bil nujen, pa po njenem mnenju ni sorazmeren.
- (52) Ker so bili vsi drugi pogoji iz člena 107(1) Pogodbe izpolnjeni, je Komisija predhodno sklenila, da izjema pri financiranju skupin pomeni državno pomoč. Ker organi ZK niso predložili nobenih argumentov za dokaz, da bi se lahko uporabljala katera od izjem iz člena 107(2) ali (3) Pogodbe, in glede na to, da ukrep pomeni pomoč za tekoče poslovanje, je Komisija imela pomisleke glede tega, ali je mogoče ukrep šteti za združljiv z notranjim trgov. Zato se je odločila, da bo v zvezi s spornim ukrepom začela postopek iz člena 108(2) Pogodbe.

4. PRIPOMBE ZDRUŽENEGA KRALJESTVA

- (53) Organi ZK se ne strinjajo s pomisleki, ki jih je Komisija izrazila v sklepu o začetku postopka. V dopisu z odgovorom na sklep o začetku postopka z dne 15. januarja 2018 navajajo štiri argumente v podporo svojemu stališču, da izjema pri financiranju skupin ne pomeni pomoči v smislu člena 107(1) Pogodbe:
- (a) izjema pri financiranju skupin ne daje prednosti nobenemu podjetju ali pomeni prednosti. Namenjena je določitvi meja za davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb, saj je z njo opredeljen umetno preusmerjen dobiček, ne pa zagotovljena oprostitvev od že določene davčne osnove;
 - (b) ustrezni referenčni sistem bi moral biti sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK ⁽⁵⁵⁾;
 - (c) izjema pri financiranju skupin ni odstopanje od referenčnega sistema, saj ne razlikuje med gospodarskimi subjekti, ki so glede na cilje referenčnega sistema v dejansko in pravno primerljivem položaju;
 - (d) če izjema pri financiranju skupin dejansko pomeni odstopanje od referenčnega sistema, je to odstopanje mogoče utemeljiti s temeljnimi in usmerjevalnimi načeli navedenega referenčnega sistema.

Organi ZK so predložili dodatne utemeljitve v poznejšem dopisu z dne 22. marca 2018, pripombe glede prispevkov zainteresiranih strani v dopisu z dne 23. februarja 2018 in dodatno pojasnilo glede uporabe pravil o nadzorovanih tujih družbah za finančne dobičke v dopisu z dne 3. julija 2018.

4.1 Pripombe glede obstoja prednosti

- (54) Organi ZK trdijo, da se z izjemo pri financiranju skupin ne izboljšuje finančni položaj podjetja s tem, da mu olajša dajatve, ki bi bile običajno vključene v njegov proračun, ali zmanjša davek, ki bi ga običajno morale plačati, zato z njo podjetju ni dodeljena selektivna prednost. Opozarjajo, da je z reformo davka od dohodkov pravnih oseb iz leta 2013 davčni sistem postal bolj teritorialen, kar pomeni, da dobiček družbe nerezidentke običajno ni obdavčen v ZK (razen če obstaja stalna poslovna enota) in da družba rezidentka ZK običajno ne plača davka od dobička svojih hčerinskih družb (ne)rezidentk ZK. Ureditev za nadzorovane tuje družbe je izjema od teh splošnih načel. Njen namen je, da se družbi rezidentki ZK naloži plačilo davka od dobička njenih hčerinskih družb nerezidentk, če je bil navedeni dobiček umetno preusmerjen iz ZK.

⁽⁵⁵⁾ Organi ZK vseeno opozarjajo, da bo tudi v primeru ožjega referenčnega sistema, tj. ureditve ZK za nadzorovane tuje družbe, rezultat ocene državne pomoči enak, če bodo cilji pravilno opredeljeni.

- (55) Organi ZK trdijo, da ker je namen ureditve za nadzorovane tuje družbe zaščititi davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb v ZK, je to, kar je mišljeno z umetnim preusmerjanjem iz ZK, nujno odvisno od tega, kaj bi bilo po mnenju ZK treba vključiti v navedeno osnovo, dokler je opredelitev v skladu s pravom Unije.
- (56) Organi ZK navajajo, da je v poglavju 5 skupaj s poglavjem 9 opredeljeno področje uporabe ureditve za nadzorovane tuje družbe z opredelitvijo, kateri netrgovalni finančni dobiček je treba šteti za umetno preusmerjen. V poglavju 5 so določena začetna sita za opredelitev netrgovalnega finančnega dobička, ki je bil morebiti umetno preusmerjen, s poglavjem 9 pa je zagotovljeno, da ni na področje uporabe dajatve vključen noben dobiček, če na podlagi dodatnih meril ni razumno sklepati, da je bil umetno preusmerjen.
- (57) Dobiček, ki spada pod izjemo pri financiranju skupin, se torej po navedbah organov ZK ne šteje za umetno preusmerjeni dobiček. To pomeni, da se uporabljajo splošna načela sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb in da dobiček, ki ga je ustvarila hčerinska družba nerezidentka, ne bi smel biti obdavčen. Neobdavčitev navedenega dobička torej ne pomeni prednosti.
- (58) Organi ZK tudi opozarjajo, da je Splošno sodišče v zadevi Sanierungsklausel ⁽⁵⁶⁾ razsodilo, da izjema od določbe proti izogibanju davkom, ki ni skladna s ciljem navedene določbe, pomeni odstopanje. Vendar po mnenju organov ZK izjema pri financiranju skupin ne pomeni take izjeme, saj ne določa, da se ureditev za nadzorovane tuje družbe ne uporablja za nekatere gospodarske subjekte, ampak določa, ali in v kakšnem obsegu je mogoče za dobiček, ki izhaja iz posojil znotraj skupine, šteti, da je bil umetno preusmerjen iz ZK. Izjema je po mnenju organov ZK torej v skladu s ciljem ureditve za nadzorovane tuje družbe.

4.2 Pripombe glede selektivnosti

4.2.1 Referenčni sistem bi moral biti sistem ZK za obdavčitev dohodkov pravnih oseb

- (59) Organi ZK se ne strinjajo s stališčem Komisije v sklepu o začetku postopka, da je referenčni sistem ureditev ZK za nadzorovane tuje družbe, in kot pravilni referenčni sistem navajajo sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK. Trdijo, da je mogoče namen in zasnovo ureditve za nadzorovane tuje družbe razumeti samo v okviru splošnega pristopa ZK k obdavčitvi dobička pravnih oseb.
- (60) Organi ZK navajajo, da je razumevanje opredelitve dobička pravnih oseb, vključno z obravnavo različnih postavk prihodkov in odhodkov ter časom njihovega priznanja v okviru širšega sistema ZK za obdavčitev dohodkov pravnih oseb, bistveno za razumevanje posebnih priložnosti za zlorabe, pred katerimi naj bi varovala ureditev za nadzorovane tuje družbe.
- (61) Organi ZK poudarjajo, da je ureditev za nadzorovane tuje družbe le eden od številnih ukrepov proti izogibanju davkom, ki so namenjeni zaščiti davčne osnove ZK, ter da pristop, sprejet v sistemu ZK za obdavčitev dohodkov pravnih oseb v ZK, k določitvi cene poslov znotraj skupine in njegovi širši ukrepi za zaščito davčne osnove, kot so pravila o „davku od preusmerjenega dobička“ in „hibridnem neskladju“, zagotavljajo pomemben kontekst za razumevanje ureditve za nadzorovane tuje družbe kot dela obrambe ZK pred umetnim preusmerjanjem dobička.
- (62) Po mnenju organov ZK presoja teh širših političnih preudarkov, na katerih temelji sistem ZK za obdavčitev dohodkov pravnih oseb, pomaga razumeti podrobno zasnovo pravil o nadzorovanih tujih družbah – namreč potrebo po uporabi ureditvi, s katero se dosegajo sorazmerni rezultati za različne vrste družb v sistemu obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK, obenem pa tudi upošteva pravo Unije o temeljnih svoboščinah ⁽⁵⁷⁾.
- (63) Če bi bila ureditev za nadzorovane tuje družbe opredeljena kot referenčni sistem, organi ZK trdijo, da je treba cilj navedene ureditve opredeliti glede na ureditev obdavčitve dohodkov pravnih oseb, v katerem se izvaja. V tem primeru je mogoče sam cilj ureditve za nadzorovane tuje družbe opisati kot „zaščita davčne osnove davka od dohodkov pravnih oseb v ZK s tem, da se poskušajo opredeliti in na področje uporabe davka ZK vključiti dobički, za katere je razumno domnevati, da so bili umetno preusmerjeni iz ZK, z uporabnim sklopom pravil, ki so v skladu z evropskim pravom“ ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Sodba Heitkamp BauHolding GmbH/Evropska komisija, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60, in sodba GFKL Financial Services AG/Evropska komisija, T-620/11, ECLI:EU:T:2016:59.

⁽⁵⁷⁾ Organi ZK predstavljajo alternativne pristope, ki so bili obravnavani med izvajanjem reforme pravil o nadzorovanih tujih družbah, k sedanjim pravilom o nadzorovanih tujih družbah, sprejetim leta 2013. Organi ZK nadalje pojasnjujejo, zakaj ni bila izbrana nobena od teh alternativnih možnosti (dopis ZK z dne 22. marca 2018, oddelek 4).

⁽⁵⁸⁾ Dopis ZK z dne 15. januarja 2018 v odgovor na sklep Evropske komisije o začetku postopka, točka 106.

4.2.2 Izjema pri financiranju skupin ni odstopanje

- (64) Organi ZK menijo, da izjema pri financiranju skupin iz poglavja 9 ne zagotavlja prednosti, ki je *prima facie* selektivna, saj ne razlikuje med gospodarskimi subjekti, ki so glede na cilje referenčnega sistema v primerljivem pravnem in dejanskem položaju.
- (65) Organi ZK primerjajo položaj, zjet z izjemo pri financiranju skupin – nadzorovana tuja družba, ki prejema netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja –, s položaji, ki z navedeno izjemo niso zajeti in v katerih nadzorovane tuje družbe prejemajo netrgovalni finančni dobiček iz posojanja povezanim osebam v ZK ali tretjim osebam.
- (66) Organi ZK menijo, da so te tri vrste pasivnega posojanja – tj. upravičena posojilna razmerja, posojanje povezanim osebam v ZK (ki ga organi ZK imenujejo „posojila družbe družbenikom“) in posojanje tretjim osebam (ki ga organi ZK imenujejo „hranilniki“) – bistveno različni položaji, v katerih nastajajo različne priložnosti za izogibanje davkom in različna tveganja umetnega preusmerjanja, zato niso dejansko in pravno primerljivi.
- (67) Organi ZK menijo, da posojila družbe družbenikom in hranilniki očitno niso poslovno utemeljeni in pomenijo očitno znak umetnega preusmerjanja ⁽⁵⁹⁾. Položaj je manj očitno pri upravičenem posojilnem razmerju, pri katerem lahko v okviru finančnih družb, ki se ukvarjajo s posojanjem tujim družbam v skupini, obstaja jasnejša poslovna utemeljitev in je lahko težje objektivno dokazati, da ureditev vključuje umetno preusmeritev dobička. Na tej podlagi ZK trdi, da tri vrste posojanja niso dejansko in pravno primerljive ⁽⁶⁰⁾.
- (68) Poleg tega organi ZK opozarjajo, da je Komisija v preteklih odločbah v zvezi z nizozemsko shemo Groepsrentebox ⁽⁶¹⁾ in madžarsko davčno shemo za obresti znotraj skupine ⁽⁶²⁾ priznala, da obstajajo razlike med obrestmi iz povezanih družb skupine in tretjih družb ⁽⁶³⁾.
- (69) Organi ZK se ne strinjajo s stališčem Komisije, da se običajno šteje, da največje tveganje za davčno motivirane strukture, zlasti kadar zadeva finančne ureditve, ki izkoriščajo arbitražo med dolžniškim in lastniškim kapitalom, obstaja v razmerjih med družbami. Trdijo, da izjema pri financiranju skupin izraža odločitev politike ZK, da ne obravnava umetnega preusmerjanja tujega dobička. Različno obravnavanje, ki ga je opredelila Komisija, naj bi bilo torej neločljivo povezano s ciljem pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah. Organi ZK opozarjajo, da se ureditev za nadzorovane tuje družbe nanaša samo na umetno preusmerjanje dobička iz ZK, ne na umetno preusmerjanje obresti tuje družbe znotraj skupine, pri katerem ZK ni oškodovano.

4.2.3 Utemeljitev s temeljnimi in usmerjevalnimi načeli referenčnega sistema

- (70) Organi ZK trdijo, da je izjema pri financiranju skupin, če pomeni odstopanje, utemeljena s temeljnimi in usmerjevalnimi načeli sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb in ureditve za nadzorovane tuje družbe, tj. preprečevanjem umetnega preusmerjanja dobička iz ZK s sistemom, ki je zanesljiv, uporaben in združljiv s pravom Unije.

⁽⁵⁹⁾ V primeru posojanja družbe družbenikom lahko družba skupine - rezidentka ZK od svojega dobička odbije odhodke za obresti na to posojilo, medtem ko dohodki od obresti na naložbo niso obdavčeni (ali so nizko obdavčeni) na ravni nadzorovane tuje družbe. V tem primeru ZK meni, da kombinacija neobdavčitve netrgovalnega finančnega dobička na ravni nadzorovane tuje družbe in odbitek obresti v ZK pomeni grožnjo za državno blagajno ZK. ZK meni, da ni veljavnega poslovnega razloga za strukturiranje financiranja iz družbe rezidentke ZK prek nadzorovane tuje družbe namesto neposrednega posojila drugi družbi iz ZK. Namen in učinek finančne ureditve naj bi torej bila, da se dohodki od obresti umetno preusmerijo iz ZK in da se s tem pridobi davčna ugodnost v ZK. Prav tako sta v primeru hranilnikov verjetnost, da bodo dobički dejansko umetno preusmerjeni, in učinek na davčno osnovo ZK po mnenju organov ZK precejšnja.

⁽⁶⁰⁾ Dopis ZK z dne 3. julija 2018, Priloga, točka 3.

⁽⁶¹⁾ Odločba Komisije 2009/809/ES z dne 8. julija 2009 o shemi Groepsrentebox, ki jo namerava uvesti Nizozemska (C 4/07 (ex N 465/06)) (UL L 288, 4.11.2009, str. 26).

⁽⁶²⁾ Odločba Komisije 2010/95/ES z dne 28. oktobra 2009 o državni pomoči C 10/07 (ex NN 13/07) Madžarske za davčne olajšave za obresti znotraj skupine (UL L 42, 17.2.2010, str. 3).

⁽⁶³⁾ Dopis ZK z dne 15. januarja 2018, točka 119.

- (71) Organi ZK poudarjajo, da poglavje 9 temelji na mehaničnem preizkusu, s katerim je vzpostavljeno primerno ravnotežje med ustreznim obravnavanjem samo primerov visokega tveganja med različnimi davčnimi zavezanci in hkratnim zagotavljanjem, da ni čezmerne vključitve dobička, ki ne bi bila združljiva s sodno prakso Unije o temeljnih svoboščinah. Organi ZK trdijo, da se v skladu s sodno prakso Evropskega sodišča o svobodi ustanavljanja, zlasti zadevo Cadbury Schweppes ⁽⁶⁴⁾, v zvezi s tujimi hčerinskimi družbami z dejanskimi gospodarskimi dejavnostmi ne sme naložiti nikakršna dajatev za nadzorovano tujo družbo. Navajajo, da so bili mehanični preizkusi in fiksni deleži določeni na ravneh, ki zagotavljajo, da ni čezmerne vključitve dobičkov. Menijo, da je to ravnotežje očitno v skladu z mednarodno sprejeto prakso in zlasti poročilom o ukrepu 3 BEPS.
- (72) Organi ZK trdijo, da je v poglavjih 5 in 9 izražen ta pristop z uporabo posebnih meril za razlikovanje med tveganjem in učinkom različnih ureditev na davčno osnovo ZK ter z uporabo mehaničnega pristopa k obvladovanju tveganj za izogibanje davkom med različnimi davčnimi zavezanci. Z uporabo tega pristopa se dobijo razumni približki umetno preusmerjenega dobička v ureditvah, pri katerih je to težko ugotoviti ali v katerih so potrebne subjektivne presoje na podlagi ustreznih nasprotnih dejstev; po mnenju organov ZK to ustrezno ravnotežje zagotavlja 75-odstotna oprostitvev/25-odstotna stopnja vključitve pri izjemi pri financiranju skupin.

5. PRIPOMBE ZAIINTERESIRANIH STRANI

- (73) Pripombe je predložilo osem zainteresiranih strani. Pravniška zbornica Law Society of England and Wales je pripombe predložila 19. decembra 2017. Partnerstvo z omejeno odgovornostjo Joseph Hage Aaronson LLP je pripombe predložilo 21. decembra 2017. Štiri zainteresirane strani, ki so zaprosile za anonimnost, so pripombe predložile 22. decembra 2017. Istega dne je pripombe predložilo partnerstvo z omejeno odgovornostjo Ernst & Young LLP. Nazadnje je 2. januarja 2018 pripombe glede sklepa o začetku postopka predložila družba Vodafone Group plc. Zainteresirane strani so bodisi podjetja, ki so v preteklih letih uporabljala izjemo pri financiranju skupin, bodisi svetovalna podjetja na področju davkov, ki strankam iz ZK svetujejo glede mednarodnih davčnih vprašanj, vključno z uporabo spornega ukrepa, v enem primeru pa je to nacionalna organizacija iz ZK, ki zastopa pravnike iz ZK.
- (74) V večini pripomb zainteresiranih strani so v bistvu ponovljeni argumenti, ki so jih navedli organi ZK. Kjer so zainteresirane strani navedle nove argumente, ki jih organi ZK niso, so ti novi argumenti povzeti v tem oddelku.

5.1 Pripombe glede izbire referenčnega sistema

- (75) Več zainteresiranih strani se strinja s stališčem ZK, da je referenčni sistem sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK kot celota, saj so pravila o nadzorovanih tujih družbah sestavni in nujni del določb ZK o obdavčitvi dohodkov pravnih oseb, ki se uporabljajo za vse skupine podjetij s tujimi hčerinskimi družbami.
- (76) Joseph Hage Aaronson LLP zatrjuje, da so pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah pravilni referenčni sistem, vendar trdi, da obsega več medsebojno prepletenih ciljev – preprečevanje izogibanja davkom, omejitev njegovega področja uporabe na nepristne dejavnosti v tujini in zagotovitev obvladljive ureditve. Poglavji 5 in 9 se uporabljata skupaj, pri čemer se medsebojno uravnotežujeta za doseg te medsebojno prepletenih ciljev. Nekatere zainteresirane strani trdijo, da če bi bila ureditev za nadzorovane tuje družbe pravilni referenčni sistem, bi bilo merilo ali običajno pravilo, ki opredeljuje umetno preusmerjeni dobiček, poglavje 4. Sporni ukrep potem ne bi mogel biti opredeljen kot odstopanje od navedenega sistema, ker je delna oprostitvev zahtevnejša od splošnih pravil iz poglavja 4, saj vodi do davka ZK v več primerih, v katerih dobiček iz poslovanja nadzorovane tuje družbe na podlagi poglavja 4 ne bi bil zavezan dajatvi za nadzorovano tujo družbo, namreč kadar v ZK ni funkcij osebja, pristojnega za odločanje, ali kadar je delež funkcij osebja, pristojnega za odločanje, v ZK manjši od 50 % vseh ustreznih funkcij osebja, pristojnega za odločanje.
- (77) Ena zainteresirana stran navaja, da je Sodišče odločilo, da zakonodajna tehnika ne more vplivati na oceno selektivnosti ⁽⁶⁵⁾. Zgolj dejstvo, da zakonodajna tehnika ZK obsega široko razprostrtje mreže in nato zožitev področja uporabe zakonodaje s posebnimi določbami, v katerih je pojasnjeno, kaj se šteje za sprejemljivo, ne pomeni, da je široko pravilo skupna ali običajna ureditev.

⁽⁶⁴⁾ Sodba Cadbury Schweppes plc in Cadbury Schweppes Overseas Ltd./Commissioners of Inland Revenue, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.

⁽⁶⁵⁾ Sodba Komisija/Government of Gibraltar in Združeno kraljestvo, združeni zadevi C-106/09 P in C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732.

- (78) Več zainteresiranih strani navaja, da izjema pri financiranju skupin ne odstopa od ciljev ureditve za nadzorovane tuje družbe, ampak zagotavlja skladnost s sodno prakso Sodišča o svobodi ustanavljanja, zlasti s sodbo Cadbury Schweppes. V skladu z njo se lahko z ureditvijo za nadzorovane tuje družbe dajatev za nadzorovano tujo družbo naloži samo v primeru popolnoma umetnega konstrukta, s katerim naj bi se zaobšla davčna zakonodaja ZK, in ne v primeru ureditve, s katero naj bi se zaobšla tuja davčna zakonodaja. Zainteresirane strani menijo, da je to cilj izjeme pri financiranju skupin.

5.2 Pripombe glede odstopanja

- (79) Po mnenju več zainteresiranih strani so v enakem pravnem in dejanskem položaju samo družbe ZK z nadzorovanimi tujimi družbami, ki ustvarjajo isto kategorijo netrgovalnega finančnega dobička. Položaja, ki nista zajeta z izjemo pri financiranju skupin, tj. posojanje povezanim osebam v ZK ali posojanje tretjim osebam, se očitno razlikujeta od položajev, ki vključujejo upravičena posojilna razmerja. Po eni strani so posojila nadzorovane tuje družbe družbi skupine, ki je rezidentka ZK, očitni primer erozije davčne osnove ZK; po drugi strani se s pasivnimi posojili za tretjo osebo ali depoziti pri njej ne financirajo dejanske poslovne operacije.
- (80) Nasprotno pa ima lahko v položaju, ki bi bil morebiti lahko zajet z izjemo pri financiranju skupin in v katerem nadzorovane tuje družbe družb ZK prejmejo netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, nadzorovana tuja družba lokalno vsebino in jasnejšo poslovno utemeljitev, na primer financiranje dejanskih dejavnosti tujih družb v skupini. Cilj preizkusov pri izjemi pri financiranju skupin je opredeliti in izključiti položaj, ki bi v skladu s sodbo Cadbury Schweppes moral biti oproščen dajatve za nadzorovano tujo družbo.
- (81) Nazadnje, zainteresirane strani trdijo, da se s posojanjem tretjim osebam ustvarja presežni dobiček za skupino kot celoto, ki bo večinoma umetno preusmerjen, medtem ko je posojanje tujim povezanim osebam stvar razdelitve sredstev znotraj skupine za financiranje dejanskih dejavnosti operativnih družb v tujini.

5.3 Pripombe glede utemeljitve

- (82) Zainteresirane strani tudi navajajo, da je mogoče izjemo pri financiranju skupin utemeljiti s potrebo po uporabnih pravilih. Nekatere od njih navajajo argumente o sorazmernosti razmerja med dolžniškim in lastniškim kapitalom v višini 1: 3, ki podpira raven delne oprostitve (75 %), pri čemer trdijo, da ga ni mogoče primerjati s tem, kar bi bila razumna stopnja podkapitalizacije. Druge opredeljujejo 25-odstotno vključitev/75-odstotno oprostitve kot pragmatično rešitev v okoliščinah, kjer ni izvedljivo od družb zahtevati, naj opredelijo ali natančno izsledijo vir vsakega posameznega zneska kapitala. To bi pomenilo veliko breme pri izpolnjevanju zahteve.
- (83) Ena od zainteresiranih strani opozarja, da so nekateri davčni zavezanci morda uporabili upravno preprostejša pravila iz poglavja 9, ne da bi preverili, ali so ugodnejša od uporabe pravil iz poglavja 5, tako da so navedeni davčni zavezanci od uporabe poglavja 9 v resnici pridobili malo ali nič.

6. OCENA DRŽAVNE POMOČI

6.1 Obstoj pomoči

- (84) Člen 107(1) Pogodbe določa, da je vsaka pomoč, ki jo dodeli država članica, ali kakršna koli vrsta pomoči iz državnih sredstev, ki izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco z dajanjem prednosti posameznim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga, nezdružljiva z notranjim trgov, kolikor prizadene trgovino med državami članicami.
- (85) V skladu z ustaljeno sodno prakso morajo biti za opredelitev ukrepa kot pomoči v smislu člena 107(1) Pogodbe izpolnjeni vsi pogoji iz navedene določbe ⁽⁶⁶⁾. Splošno sprejeto je torej, da mora za opredelitev ukrepa kot državne pomoči, prvič, obstajati posredovanje iz državnih sredstev, ki ga mora biti mogoče pripisati državi, drugič, posredovanje mora biti tako, da lahko vpliva na trgovino med državami članicami, tretjič, s posredovanjem mora biti podjetju dodeljena selektivna prednost in, četrtič, posredovanje mora izkrivljati ali bi lahko izkrivljalo konkurenco ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Glej sodbo Komisija/Deutsche Post, C-399/08 P, ECLI:EU:C:2010:481, točka 38 in navedena sodna praksa.

⁽⁶⁷⁾ Glej sodbo Komisija/Deutsche Post, C-399/08 P, ECLI:EU:C:2010:481, točka 39 in navedena sodna praksa.

- (86) Kar zadeva prvi pogoj za ugotovitev državne pomoči, je podlaga za izjemo pri financiranju skupin poglavje 9 dela 9A zakona TIOPA, tj. zakonodajni akt, ki nujno prihaja od države. Izjemo pri financiranju skupin je torej mogoče pripisati ZK.
- (87) Kar zadeva financiranje ukrepa iz državnih sredstev, je Sodišče doslej dosledno odločalo, da ukrep, s katerim javni organi nekaterim podjetjem odobrijo davčno oprostitev, ki, čeprav ne vključuje pozitivnega prenosa državnih sredstev, ta podjetja postavlja v ugodnejši finančni položaj kot druge davčne zavezance, pomeni državno pomoč ⁽⁶⁸⁾. Kot je pojasnjeno v oddelku 2.2 in v nadaljevanju v oddelku 6.3, je posledica izjeme pri financiranju skupin zmanjšanje obveznosti plačila davka od dohodkov pravnih oseb v ZK za podjetja, ki so uporabila sporni ukrep, z zmanjšanjem dajatve za nadzorovano tujo družbo, ki bi se sicer uporabljala na podlagi običajne uporabe pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah. Posledično so zaradi izjeme pri financiranju skupin izgubljena državna sredstva, saj vsako znižanje davka od dohodkov pravnih oseb v ZK za podjetja, ki imajo korist od spornega ukrepa, povzroči izgubo davčnih prihodkov, ki bi sicer bili na voljo ZK.
- (88) Kar zadeva drugi pogoj za ugotovitev državne pomoči, so podjetja, ki imajo korist od spornega ukrepa, družbe rezidentke ZK, ki so del multinacionalne skupine, delujoče v več jurisdikcijah, ki bi lahko vključevale druge države članice, tako da lahko kakršna koli prednost v korist navedenih podjetij vpliva na trgovino znotraj Unije. Poleg tega so s spornim ukrepom večje prednosti na voljo davčnim zavezancem ZK, ki so del multinacionalnih skupin s sedežem v ZK, kot davčnim zavezancem ZK, ki so del multinacionalnih skupin s sedežem v drugih državah članicah. Izjema pri financiranju skupin je namreč na voljo samo za obresti, pridobljene od tuje družbe v skupini, če zadevno tujo družbo v skupini nadzorujejo iste družbe rezidentke ZK, kot nadzorujejo nadzorovano tujo družbo. Ni pa na voljo, če obresti izhajajo od tuje družbe v skupini, ki jo nadzorujejo družbe, ki so rezidentke druge države članice. Povedano drugače, negativni učinek izjeme pri financiranju skupin na trgovino znotraj Unije je dvojen. Prvič, multinacionalne skupine s sedežem v ZK lahko premestijo finančne funkcije skupine (ki zajemajo predvsem funkcije osebja, pristojnega za odločanje) iz tujine v ZK, da bi izkoristile znižano davčno stopnjo, ki jo ponuja izjema pri financiranju skupin. In drugič, tuje multinacionalne skupine s finančnimi dejavnostmi skupine v ZK bi lahko bile spodbujene k prestrukturiranju v multinacionalno skupino s sedežem v ZK, tako da bi svojo osrednjo holdinško družbo preselile v ZK, da bi povečale ugodnost izjeme pri financiranju skupin. Sporni ukrep torej lahko vpliva na odločitve multinacionalnih skupin glede lokacije finančnih funkcij skupin in njihovega sedeža v Uniji ter tako vpliva na trgovino znotraj Unije.
- (89) Prav tako se za ukrep, ki ga odobri država, šteje, da izkrivlja ali bi lahko izkrivljal konkurenco, kadar lahko izboljša konkurenčni položaj upravičenca v primerjavi z drugimi konkurenčnimi podjetji ⁽⁶⁹⁾. Kolikor sporni ukrep podjetja, ki so upravičena do njega, razbremeni bremena, ki bi ga sicer morala nositi, tako da se z njim zmanjša obveznost plačila davka od dohodkov pravnih oseb, ki bi ga sicer morala plačati na podlagi običajnega sistema obdavčitve dobička pravnih oseb v ZK, ukrep izkrivlja ali bi lahko izkrivljal konkurenco, saj se z njem okrepi finančni položaj navedenih podjetij. Zato je v tej zadevi izpolnjen tudi četrti pogoj za ugotovitev državne pomoči.

6.2 Obstoje sheme

- (90) Komisija meni, da sporni ukrep pomeni shemo pomoči v smislu člena 1(d) Uredbe (EU) 2015/1589. Z navedeno določbo je shema pomoči opredeljena kot „vsak akt, na podlagi katerega je mogoče brez nadaljnjih izvedbenih ukrepov dodeliti individualno pomoč podjetjem, opredeljenim v aktu na splošen in abstrakten način [...]“.
- (91) V navedeni opredelitvi so določena tri merila za to, da ukrep pomeni shemo pomoči: (i) biti mora akt, na podlagi katerega je mogoče dodeliti individualno pomoč; (ii) za tako dodelitev ne smejo biti potrebni nadaljnji izvedbeni ukrepi in (iii) morebitni upravičenci do pomoči morajo biti opredeljeni splošno in abstraktno.

⁽⁶⁸⁾ Glej sodbo Komisija/Government of Gibraltar in Združeno kraljestvo, združeni zadevi C-106/09 P in C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, točka 72 in navedena sodna praksa.

⁽⁶⁹⁾ Glej sodbo Phillip Morris, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, točka 11, in sodbo Alzetta, združene zadeve T-298/97, T-312/97 itd., ECLI:EU:T:2000:151, točka 80.

- (92) Kar zadeva prvo merilo, je izjema pri financiranju skupin odobrena na podlagi zakona TIOPA, ki je splošen zakon, izjema pri financiranju skupin pa je njegov sestavni del.
- (93) Kar zadeva drugo merilo, Komisija ugotavlja, da za izjemo pri financiranju skupin niso potrebni nobeni nadaljnji izvedbeni ukrepi, ker je uporaba izjeme pri financiranju skupin na voljo vsem multinacionalnim skupinam, ki izpolnjujejo pogoje, preprosto tako, da se odločijo za njeno uporabo, in ker za uporabo ni potrebna nobena dodatna odobritev ali ukrep organov ZK ⁽⁷⁰⁾.
- (94) Kar zadeva tretje merilo, so v aktu, na podlagi katerega je odobrena izjema pri financiranju skupin, morebitni upravičenci opredeljeni splošno in abstraktno. Poglavje 9, ki je pravna podlaga za uporabo izjeme, se uporablja splošno in abstraktno za netrgovalni finančni dobiček iz posojil družbam v skupini, ki niso iz ZK, vendar so pod nadzorom ZK.
- (95) Skratka, izjema pri financiranju skupin izpolnjuje merila iz člena 1(d) Uredbe (EU) 2015/1589, da se opredeli kot shema pomoči. V skladu s sodno prakso Sodišča lahko Komisija v primeru sheme pomoči preuči le splošne značilnosti zadevne sheme, ne da bi ji bilo treba preučiti vsak posamezen primer, v katerem je bila shema uporabljena ⁽⁷¹⁾.

6.3 Prednost

- (96) Kadar se z ukrepom države izboljša neto finančni položaj podjetja, obstaja prednost v smislu člena 107(1) Pogodbe ⁽⁷²⁾. Pri ugotavljanju obstoja prednosti je treba upoštevati učinek samega ukrepa ⁽⁷³⁾. Kar zadeva davčne ukrepe, se lahko prednost dodeli z različnimi načini zmanjšanja davčnega bremena podjetja in zlasti z znižanjem davčne osnove ali zneska dolgovane davka ⁽⁷⁴⁾.
- (97) Na podlagi spornega ukrepa lahko družba rezidentka ZK, ki je zavezana dajatvi za nadzorovano tujo družbo na podlagi poglavja 5, zahteva, naj se dajatev za nadzorovano tujo družbo določi na 25 % netrgovalnega finančnega dobička nadzorovane tuje družbe (delna 75-odstotna oprostitve) ali celo na nižji delež vse do 0 % (popolna oprostitve), če je netrgovalni finančni dobiček financiran iz „upravičenih virov“ ali če se uporablja pravilo „ujemanja obresti“. Izjema pri financiranju skupin se lahko zahteva samo v zvezi z določeno kategorijo netrgovalnega finančnega dobička, in sicer dobička, ki izhaja iz upravičenega posojilnega razmerja.
- (98) Zato bo s spornim ukrepom vedno dodeljena prednost, če bi bilo na podlagi poglavja 5 več kot 25 % netrgovalnega finančnega dobička nadzorovane tuje družbe, ustvarjenega iz upravičenega posojilnega razmerja, zavezanega dajatvi za nadzorovano tujo družbo, in je z njim lahko dodeljena prednost, če bi bilo na podlagi poglavja 5 manj kot 25 % zadevnega netrgovalnega finančnega dobička zavezanega dajatvi za nadzorovano tujo družbo, odvisno od tega, ali je popolna oprostitve na voljo na podlagi pravila „upravičenih virov“ ali pravila „ujemanja obresti“.
- (99) Dejstvo, da je z uporabo spornega ukrepa namesto določb poglavja 5 zagotovljena prednost, je priznано tudi v smernicah HMRC, ko je pojasnjeno, ali naj se vloži zahtevek za uporabo spornega ukrepa ali ne: „Če posojilo izhaja iz upravičenega posojilnega razmerja, bo s poglavjem 9 družbi zagotovljen ugodnejši rezultat kot z dajatvijo za nadzorovano tujo družbo na podlagi poglavja 5, razen če je z uporabo člena 371EB zakona TIOPA iz leta 2010 vsaj 75 % dobička v zvezi s posojilom oproščenih dajatve za nadzorovano tujo družbo. [...] Pri velikih strukturnih posojilih pričakujemo, da bo večina funkcij osebja, pristojnega za odločanje, če ne vse, locirana v ZK“ ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁰⁾ Potrditve je mogoče pridobiti na podlagi postopka za neobvezno potrditev, s katerim lahko HMRC družbi rezidentki ZK zagotovi, da bodo za njeno konkretno dejansko stanje uporabljena pravila o nadzorovanih tujih družbah, s čimer odpravi dvome, preden družba rezidentka ZK izpolni davčno napoved na podlagi samoocene (glej tudi uvodno izjavo 46). Zahteva za tako potrditev je prostovoljna. Ni pogoj za uporabo ukrepa in ne pomeni izvedbenega ukrepa v smislu člena 1(d) Uredbe (EU) 2015/1589.

⁽⁷¹⁾ Glej sodbe Belgija in Forum 187 ASBL/Komisija, združeni zadevi C-182/03 in C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, točka 82; Nemčija/Komisija, 248/84, ECLI:EU:C:1987:437, točka 18, in Belgija/Komisija, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, točka 48.

⁽⁷²⁾ Sodba Adria-Wien Pipeline in Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, točka 41.

⁽⁷³⁾ Sodba Italija/Komisija, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, točka 13.

⁽⁷⁴⁾ Glej sodbe Italija/Komisija, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, točka 78; Cassa di Risparmio di Firenze in drugi, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, točka 132, ter Ministerio de Defensa in Navantia, C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262, točke 21 do 31.

⁽⁷⁵⁾ HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM203410. Člen 371EB zakona TIOPA, na katerega se nanašajo smernice, je določba v poglavju 5, ki vsebuje preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanje, in s katero je predpisana dajatev za nadzorovano tujo družbo, če njen netrgovalni finančni dobiček izhaja iz ustreznih funkcij osebja, pristojnega za odločanje, lociranih v ZK.

- (100) Poleg tega dejstvo, da vložitev zahtevka na podlagi poglavja 9 ni obvezna, pomeni, da je v popolni diskreciji obdavčljivega subjekta, ali bo uporabil pravila o določitvi dajatve za nadzorovano tujo družbo na podlagi poglavja 5 oziroma ali bo vložil zahtevek za delno (75-odstotno) ali popolno oprostitvev. Družbe rezidentke ZK bodo zahtevek na podlagi poglavja 9 vložile samo, če je ta možnost ugodnejša od same uporabe poglavja 5. Čeprav ni mogoče popolnoma izključiti, da ta podjetja upoštevajo razloge upravne poenostavitve, bodo družbe rezidentke ZK zahtevek na podlagi poglavja 9 na splošno vložile, če se bo s tem znižala dajatev za nadzorovano tujo družbo, sicer dolgovano na podlagi poglavja 5.
- (101) Na splošno bodo upravičenci do spornega ukrepa torej prejeli prednost v primerjavi s položajem, ko se ukrep ne uporabi.

6.4 Selektivnost

- (102) Za določitev, ali je z davčnim ukrepom dodeljena selektivna prednost, je treba, prvič, opredeliti „običajno“ ali splošno davčno ureditev, ki se uporablja v zadevni državi članici, znano kot (davčni) referenčni sistem, in nato preučiti delovanje navedene ureditve glede na njen cilj ⁽⁷⁶⁾. Drugič, treba je oceniti, ali ukrep odstopa od referenčnega sistema, s tem da različno obravnava gospodarske subjekte, ki so glede na cilj referenčnega sistema v primerljivem pravnem in dejanskem položaju. Če tako odstopanje obstaja, se bo ukrep štel za *prima facie* selektiven. Tretjič, če se ukrep šteje za odstopanje od referenčnega sistema, je lahko vseeno utemeljen z naravo in splošno strukturo referenčnega sistema. V zvezi s tem je zadevna država članica tista, ki mora dokazati, da sporni ukrep izhaja neposredno iz temeljnih ali usmerjevalnih načel referenčnega sistema, izhajajočih iz mehanizmov, ki so lastni sistemu ter potrebni za njegovo delovanje in učinkovitost. Če je odstopanje od referenčnega sistema utemeljeno s temi razlogi, se ukrep ne šteje za selektiven.

6.4.1 Referenčni sistem

- (103) Komisija je v sklepu o začetku postopka menila, da je ustrezni referenčni sistem ureditev ZK za nadzorovane tuje družbe. Cilj ureditve ZK za nadzorovane tuje družbe je bil opisan kot zagotovitev obdavčitve dobička, ki je umetno preusmerjen iz ZK v povezane subjekte nerezidente, ki jih nadzoruje ZK ⁽⁷⁷⁾. Komisija je na navedeni podlagi predhodno ugotovila, da bi odstopanje, ki vodi do *prima facie* selektivne obravnave, obstajalo, če bi bile nekatere družbe rezidentke ZK oproščene davka, ko bi (netrgovalni finančni) dobiček umetno preusmerile na nadzorovano tujo družbo, ki jo nadzorujejo, medtem ko splošno pravilo določa, da bo družbam rezidentkam ZK obdavčen (netrgovalni finančni) dobiček, umetno preusmerjen na nadzorovano tujo družbo, ki jo nadzorujejo, čeprav so glede na cilj referenčnega sistema (tj. zagotoviti obdavčitev dobička v ZK, umetno preusmerjenega na subjekt nerezident pod nadzorom ZK) oboje v primerljivem pravnem in dejanskem položaju.
- (104) Organi ZK in nekatere zainteresirane strani so kot ustrezni referenčni sistem opredelili splošni sistem ZK za obdavčitev dohodkov pravnih oseb, pri čemer so trdili, da je mogoče namen in zasnovano ureditev za nadzorovane tuje družbe pravilno razumeti samo v okviru splošnega pristopa ZK k obdavčitvi dobička pravnih oseb. Čeprav se Komisija strinja s temi argumenti in priznava pomembnost cilja sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK v okviru cilja pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah, vztraja pri stališču, da so referenčni sistem za analizo spornega ukrepa kot državne pomoči pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah.
- (105) ZK trdi, da ima „večinoma teritorialno ureditev obdavčitve dohodkov pravnih oseb, ki je zasnovana za obdavčitev dobička, ki ga je mogoče pripisati dejavnostim in sredstvom v ZK“ ⁽⁷⁸⁾. Njen cilj je torej davčnim zavezancem rezidentom ZK ali davčnim zavezancem nerezidentom ZK s stalno poslovno enoto v ZK obdavčiti dobiček, ki izhaja iz dejavnosti in sredstev v ZK. Obdavčitev dobička davčnih zavezancev nerezidentov ZK brez stalne poslovne enote v ZK načeloma ne spada v cilj splošnega sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK. Vendar pa to ne velja nujno za tuje dobičke, ki so bili *umetno preusmerjeni* iz ZK, čeprav jih je mogoče pripisati dejavnostim in sredstvom v ZK. Dejansko bi bilo mogoče za pravila, s katerimi se doseže zadnjenavedeno, reči,

⁽⁷⁶⁾ Sodba Finanzamt B/A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, točki 35 in 36.

⁽⁷⁷⁾ Glej uvodno izjavo 61 sklepa o začetku postopka. Komisija je v sprotni opombi 52 sklepa o začetku postopka navedla alternativni, ožji referenčni sistem, ki ga sestavljajo poglavja 3, 5 in 9 zakona TIOPA. Pri tem ožjem referenčnem sistemu ne vztraja.

⁽⁷⁸⁾ Dopis ZK z dne 22. marca 2018.

da so nujna posledica večinoma teritorialnega davčnega sistema, kot je sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK, in ureditev ZK za nadzorovane tuje družbe je prav tovrstno pravilo. Kot pravilno navajajo organi ZK, je z ureditvijo ZK za nadzorovane tuje družbe v povezavi z vrsto drugih pravil proti zlorabam zaščiten sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK. Cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah je zaščititi davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb v ZK in s tem zagotoviti, da se s sistemom obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK doseže njegov cilj. Ta cilj se doseže tako, da se obdavči dobiček iz dejavnosti in sredstev v ZK, za katerega se šteje, da je bil *umetno preusmerjen* iz ZK na povezane subjekte nerezidente. Cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah namreč izhaja iz logične in nujne razširitve cilja splošnega sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK ter je zanj mogoče šteti, da tvori to logično in nujno razširitev navedenega cilja.

- (106) Organi ZK so upravičeno navedli te dejavnike, vendar pa to ne pomeni, da je treba referenčni sistem za oceno spornega ukrepa, ki se nanaša na oprostitev dajatve za nadzorovano tujo družbo, razširiti na celotni sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK. Komisija meni, da so pravila o nadzorovanih tujih družbah poseben sklop pravil. So del splošnega sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK, vendar imajo svoj cilj. Ta izvira iz cilja splošnega sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK in mu je tudi namenjen, vendar pa je dovolj ločen, da sam tvori referenčni sistem.
- (107) Referenčni sistem v okviru davčnih ukrepov ali dajatev obsega sklop pravil, ki skupaj tvorijo običajna ali splošna pravila za obdavčitev ali navedene dajatve v zadevni državi članici, pri čemer zajemajo vsa podjetja, za katera bi se lahko uporabljal davek ali dajatev. Pravila o nadzorovanih tujih družbah so tista, ki skupaj določajo predmet ali obdavčljivo podlago za dajatev za nadzorovano tujo družbo, tako da je torej treba preizkus primerljivosti izvesti v okviru teh pravil ⁽⁷⁹⁾.
- (108) Kar zadeva druge argumente, ki jih navajajo ZK in zainteresirane strani, načeloma ni mogoče reči, da je cilj davčnega sistema skladnost s katero koli veljavno zakonodajo Unije. Skladnost je preprosto pogoj, ki velja za vso zakonodajo vseh držav članic. Po mnenju Komisije potreba po uporabnih pravilih o nadzorovanih tujih družbah ni toliko cilj referenčnega sistema, vendar bi lahko pojasnila mehanizem, ki je lasten referenčnemu sistemu ter potreben za njegovo delovanje in učinkovitost.

6.4.1.1 Splošno pravilo na podlagi referenčnega sistema; določitev dajatve za nadzorovano tujo družbo

- (109) Komisija uvodoma priznava, da je predvsem zakonodajalec ZK tisti, ki mora določiti potrebo po pravilih o preprečevanju zlorab in njihov obseg, da se zaščiti davčna osnova ZK ⁽⁸⁰⁾. Obenem pa bi moralo ZK ob odločitvi, da bo uvedlo pravilo o preprečevanju zlorab, navedeno pravilo uporabljati enako za vse gospodarske subjekte. V zvezi z zakonodajo o državni pomoči to pomeni, da se položaja, ki sta glede na cilj pravila o preprečevanju zlorab pravno in dejansko primerljiva, ne bi smela obravnavati različno ⁽⁸¹⁾.

6.4.1.2 Zakonodajna tehnika kot taka ne določa odstopanja

- (110) ZK in več zainteresiranih strani je navedlo, da je treba poglavji 5 in 9 brati skupaj za opredelitev, kaj ZK šteje za umetno preusmerjen netrgovalni finančni dobiček. Poudarjajo, da dejstvo, da je poglavje 9 ločeno od poglavja 5 in se omenja kot „izjema“, samo po sebi ne pomeni, da za namene državne pomoči poglavje 9 pomeni odstopanje od „običajne obravnave“, določene v poglavju 5. Komisija se delno strinja s tem stališčem. Vendar pa ugotovitev odstopanja v tej zadevi temelji na vsebinski analizi primerljivosti glede tega, ali se položaji, ki so glede

⁽⁷⁹⁾ Sodba Finanzamt B/A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, točka 37.

⁽⁸⁰⁾ Vendar mora ZK spoštovati meje, ki jih je določilo Sodišče, kadar lahko pravilo o preprečevanju zlorab omejuje svobodo ustanavljanja v EU.

⁽⁸¹⁾ Preizkus primerljivosti ni samostojen preizkus. Vedno ga je treba izvesti glede na cilj referenčnega sistema, ki dejansko pomeni merilo in je torej bistvenega pomena (glej sodbo Dirk Andres/Evropska komisija, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505, zlasti točki 86 in 89).

na cilj referenčnega sistema pravno in dejansko podobni, obravnavajo različno. Kot je Sodišče poudarilo v sodbi A-Brauerei⁽⁸²⁾, „čeprav za namene dokazovanja selektivnosti davčnega ukrepa uporabljena zakonodajna tehnika ni odločilna, tako da ni vedno nujno, da ta selektivnost pomeni odstopanje od skupne davčne ureditve, je okoliščina, kot je v primeru ukrepa iz postopka v glavni stvari, da ima takšno naravo, upoštevna za to dokazovanje, če iz nje izhaja, da se razlikuje med dvema kategorijama gospodarskih subjektov in da sta *a priori* različno obravnavani, in sicer tako, da se za eno uporablja ukrep, ki pomeni odstopanje, za drugo pa še naprej velja skupna davčna ureditev, čeprav sta ti kategoriji v primerljivem položaju z vidika cilja, ki se uresničuje z navedeno ureditvijo (sodbi z dne 21. decembra 2016, Komisija/World Duty Free Group in drugi, C-20/15 P in C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, točka 77, in z dne 28. junija 2018, Andres (stečajni upravitelj družbe Heitkamp BauHolding)/Komisija, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505, točka 93)“.

- (111) V tej zadevi to pomeni oceno, ali so s spornim ukrepom nekateri gospodarski subjekti izključeni iz obdavčitve z dajatvijo za nadzorovano tujo družbo za dobiček, ki bi sicer bil zajet z dajatvijo na podlagi splošnih meril za umetno preusmeritev, določenih v pravilih ZK o nadzorovanih tujih družbah, s čimer so družbe, ki so glede na cilj pravil o nadzorovanih tujih družbah v primerljivem dejanskem in pravnem položaju, obravnavane različno.
- (112) Treba je torej preučiti splošna merila, na podlagi katerih se oceni, kdaj se dobiček nadzorovane tuje družbe na podlagi pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah šteje za umetno preusmerjen, pri čemer je treba upoštevati vrsto in raven tveganj, ki se obvladujejo s temi pravili, strukturo in logiko teh pravil ter orodja, uporabljena za obvladovanje teh tveganj⁽⁸³⁾.

6.4.1.3 Metodologija in logika pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah

- (113) Pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah vključujejo različne preizkuse, ki se bodisi splošno uporabljajo za vse vrste dobička bodisi so ciljno usmerjena na določene vrste dobička, ki ga ustvari nadzorovana tuja družba, da bi se opredelil in kvantificiral predpostavljeni celotni dobiček nadzorovane tuje družbe, ki preseže prag za dajatev za nadzorovano tujo družbo in tako postane obdavčljivi dobiček. Po navedbah ZK se v teh preizkusih in pogojih uporablja razlikovanje na podlagi vrste dejavnosti, na kateri temelji dobiček, da bi se upoštevalo tveganje izgube davčnih prihodkov v državni blagajni ZK v primeru različnih ureditev, s katerimi se ustvarja dobiček. Njihov cilj je zagotoviti upravno obvladljivost uporabe preizkusa v zvezi s preprečevanjem zlorab za širok obseg različnih ureditev za veliko število različnih davčnih zavezancev ter s tem zavarovati učinkovitost in uspešnost pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah.
- (114) Komisija se strinja, da je lahko področje uporabe pravila, katerega cilj je zaščititi sistem obdavčitve dohodkov pravnih oseb pred izgubo davčnih prihodkov zaradi umetne preusmeritve dobičkov, usmerjeno na položaje, ki objektivno pomenijo največje tveganje za tako izgubo davčnih prihodkov, da se zagotovijo učinkovitost, obvladljivost in uspešnost navedenega pravila.
- (115) Navedena logika se dejansko kaže v zasnovi pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah. Najprej je uporabljena zelo široka mreža – vsi dobički tujih hčerinskih družb, ki se nadzorujejo iz ZK –, nato pa so izključeni različni položaji, v katerih je po mnenju zakonodajalca ZK tveganje izgube davčnih prihodkov objektivno majhno. V smernicah HMRC v zvezi s pravili ZK o nadzorovanih tujih družbah je v zvezi s tem navedeno: „[Č]e se za nadzorovano tujo družbo uporablja ena od oprostitiv za nadzorovano tujo družbo, ni treba preučiti, ali ima kakšen obdavčljivi dobiček ali ne,“ ter da bodo v praksi „skupine zlahka ugotovile, da bodo skoraj vse njihove tuje hčerinske družbe zunaj področja uporabe nove ureditve za nadzorovane tuje družbe ali izvzete iz nje“. Ta pristop je izražen v splošnih oprostitvah na ravni vstopa v poglavju 3 ter tudi v oprostitvah na ravni subjekta v poglavjih 10 do 14. Samo če se ne uporablja nobena od teh oprostitiv, je treba opredeliti in kvantificirati obdavčljivi dobiček nadzorovane tuje družbe.

⁽⁸²⁾ Sodba Finanzamt B/A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, točka 33.

⁽⁸³⁾ Glej uvodno izjavo 61 sklepa o začetku postopka.

- (116) Poglavje 3 je prvotni del določb o obračunavanju dajatve za nadzorovane tuje družbe. Vsebuje preizkuse, ki jih družbe rezidentke ZK uporabijo za nadzorovano tujo družbo, ki jo nadzorujejo, da bi ugotovile, ali je treba uporabiti katero od podrobnejših določb o obračunavanju dajatve iz poglavij 4 do 8. V zvezi z netrgovalnim finančnim dobičkom je na primer v poglavju 3 določeno, da lahko družbe rezidentke ZK spregledajo pravila iz poglavja 5 (in s tem tudi iz poglavja 9), če je netrgovalni finančni dobiček, ki ga ustvari nadzorovana tuja družba, stranski v razmerju do njenih drugih poslov in spada v okvir 5-odstotnega varnega pristana ⁽⁸⁴⁾.
- (117) Podobno poglavja 10 do 14 vsebujejo oprostitev na ravni subjekta (glej uvodni izjavi 19 in 20), kot so oprostitev izključenih ozemelj, oprostitev nizkega dobička in oprostitev nizke stopnje dobička, s katerimi je dobiček nadzorovane tuje družbe izključen s področja uporabe pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah, če je mogoče razumno predpostavljati, da obstaja majhno tveganje, da je bil dobiček take nadzorovane tuje družbe umetno preusmerjen, ali če splošneje obstaja majhno tveganje za izgubo davčnih prihodkov za državno blagajno ZK. Ta predpostavka se dejansko zdi razumna v zvezi z nadzorovanimi tujimi družbami, ki ustvarijo malo dobička, realizirajo nizko stopnjo dobička ali so obdavčene z razmeroma visoko učinkovito davčno stopnjo.
- (118) Skratka, namen pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah z oprostitvami na ravni vstopa in ravni subjekta je zagotoviti, da je uporaba pravil omejena na položaje, ki pomenijo veliko tveganje za državno blagajno ZK in pri katerih obstaja velika verjetnost umetnega preusmerjanja.

6.4.1.4 Uporabljena orodja: določbe o obračunavanju dajatve

- (119) Če se ne uporablja nobena od oprostitev na ravni subjekta iz poglavij 10 do 14 in nobena od oprostitev na ravni vstopa iz poglavja 3, je treba uporabiti poglavja o obračunavanju dajatve, ki se začnejo s poglavjem 4 (Dobiček, ki ga je mogoče pripisati dejavnostim v ZK). Kot je bilo že navedeno, se poglavje 4 uporablja za vse dobičke, razen če nadzorovana tuja družba ustvarja izključno netrgovalni finančni dobiček ali dobiček iz nepremičninskih dejavnosti ⁽⁸⁵⁾. Splošni pristop za opredelitev in kvantificiranje umetno preusmerjenih dobičkov v poglavju 4 temelji na konceptu funkcij osebja, pristojnega za odločanje. Gre za pripisovanje, ki temelji na enaki logiki in načelih, kot se uporabljajo na podlagi odobrenega pristopa OECD za določitev dobička, ki se pripiše stalni poslovni enoti. Z njim so opredeljene ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanje, ki so locirane v ZK, in tiste funkcije, ki so locirane v kraju nadzorovane tuje družbe ali drugje zunaj ZK. Po tem je treba določiti obseg, v katerem je treba ustrezne dobičke nadzorovane tuje družbe pripisati funkcijam osebja, pristojnega za odločanje, lociranim v ZK ⁽⁸⁶⁾. Ta analiza se v različnih različicah zahteva tudi v drugih poglavjih o obračunavanju dajatve.

⁽⁸⁴⁾ Glej člen 371 CC zakona TIOPA.

⁽⁸⁵⁾ Če nadzorovana tuja družba ustvarja izključno netrgovalni finančni dobiček, se zanj uporabljata izključno poglavji 5 in 9, ki prav tako vsebuje preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanje, le da je nekoliko drugačen. Če nadzorovana tuja družba ustvarja izključno dobiček iz nepremičninskih dejavnosti, ni zajeta s pravili o nadzorovanih tujih družbah, saj takega dobička zaradi njegove narave ni mogoče preusmeriti iz ZK.

⁽⁸⁶⁾ Glej člen 371 DB zakona TIOPA. Pravila o nadzorovanih tujih družbah, ki temeljijo na pripisu dobička funkcijam osebja, pristojnega za odločanje, so priznana v mednarodnih predpisih in predpisih EU v zvezi z določbami o nadzorovanih tujih družbah. V končnem poročilu OECD o ukrepu 3 BEPS iz leta 2015 v zvezi z učinkovito zasnovo pravil o nadzorovanih tujih družbah je na primer poudarjeno, da se številne evropske jurisdikcije opirajo ali delno opirajo na vsebinski preizkus, pri katerem se analizira, ali se nadzorovana tuja družba ukvarja s pomembnimi dejavnostmi, pri čemer se uporabljajo različna merila, zlasti ali je bil dohodek nadzorovane tuje družbe ločen od osnovne vsebine, vključno z ljudmi, prostori, sredstvi in tveganji. V poročilu je poudarjeno, da je ne glede na uporabljene preizkuse temeljno vprašanje v zvezi z vsebino, „ali je bila nadzorovana tuja družba sposobna sama ustvariti dohodek“ – v skladu s ciljem preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje. Pri razpravi o dobri praksi za oblikovanje analize vsebine je v poročilu priporočen preizkus, s katerim bi se preučile vse „pomembne funkcije, ki jih opravljajo subjekti v skupini“, da se določi, ali je nadzorovana tuja družba subjekt, ki bi najverjetneje imel lastna posebna sredstva ali prevzel posebna tveganja, če subjekti ne bi bili povezani. V poročilu so pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah opredeljena kot primer tega preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje, pri čemer je navedeno, da so bili v pravilih ZK o nadzorovanih tujih družbah „uporabljeni koncepti in smernice, ki jih je v zvezi s členom 7 razvila OECD, da bi se v opredelile funkcije osebja, pristojnega za odločanje, v skupini, povezane z vsakim sredstvom, da se lahko določi, ali nadzorovana tuja družba izvaja navedene funkcije“. Na evropski ravni je v preambuli k Direktivi (EU) 2016/1164, opozorjeno, da je „ustrezen odziv na pomisleke v zvezi z erozijo davčne osnove in preusmerjanjem dobička“ ta, da „države članice, ki svoja pravila o nadzorovanih tujih družbah omejujejo na dohodek, umetno preusmerjen v hčerinsko družbo, natančno določijo okoliščine, v katerih se večina funkcij odločanja, ki so ustvarile preusmerjeni dohodek na ravni nadzorovane hčerinske družbe, izvaja v državi članici davčnega zavezanca“.

V smernicah HMRC k zakonodaji je poudarjena pomembna vloga preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje, ki je opisan kot „bistvenega pomena za analizo“, ali je treba dobiček pripisati ZK ⁽⁸⁷⁾.

- (120) Pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah vsebujejo nadaljnje določbe o obračunavanju dajatve v poglavjih 5 do 8, ki se lahko uporabljajo poleg poglavja 4. Te določbe se uporabljajo izključno za nekatere vrste dobička, za katere je mogoča vzporedna uporaba splošnega poglavja 4 in posebnega poglavja o obračunavanju dajatve. Tako je mogoče, da je na podlagi poglavja 4 obdavčljiv samo del dobička nadzorovane tuje družbe, vendar pa to ne izključuje, da se lahko preostali del obdavči na podlagi poglavja 6 ⁽⁸⁸⁾. Prav tako je mogoče, da dajatev za nadzorovano tujo družbo ne more nastati na podlagi poglavja 4, vseeno pa se lahko uporabi na podlagi poglavij 5 do 8. Dajatev za nadzorovano tujo družbo je torej lahko višja po uporabi nadaljnjih poglavij o obračunavanju dajatve, vendar pa ne more biti nižja od dajatve, ki bi se uporabila na podlagi poglavja 4 ⁽⁸⁹⁾.
- (121) Ena od posebnih določb o obračunavanju dajatve je poglavje 5, ki se nanaša na netrgovalni finančni dobiček. Tako kot v poglavju 4 je tudi v poglavju 5 uporabljena analiza funkcij osebja, pristojnega za odločanje, za oceno, ali bi bilo treba uporabiti dajatev za nadzorovano tujo družbo; v njem sta opredeljena netrgovalni finančni dobiček iz sredstev, ki so v lasti nadzorovane tuje družbe, in dobiček iz tveganj, dodeljenih nadzorovani tuji družbi, v položajih, v katerih se ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanje, izvajajo v ZK. Vendar pa se analiza funkcij osebja, pristojnega za odločanje, razlikuje od poglavja 4 v dveh bistvenih točkah.
- (122) Prvič, preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanje, določen v poglavju 5, je „lažji“ od preizkusa, določenega v poglavju 4, ker ga je lažje uspešno opraviti, tako da lahko uporaba analize funkcij osebja, pristojnega za odločanje, iz poglavja 5 privede do dajatve za nadzorovano tujo družbo, medtem ko na podlagi analize funkcij osebja, pristojnega za odločanje, iz poglavja 4 take dajatve v enakih okoliščinah ne bi bilo treba plačati. Poglavje 5 namreč v zvezi z analizo funkcij osebja, pristojnega za odločanje, za opredelitev in kvantificiranje umetno preusmerjenega dobička neposredno napotuje nazaj na poglavje 4, vendar z manj koraki ⁽⁹⁰⁾.
- (123) Poleg tega poglavje 5 vključuje drugi preizkus, na podlagi katerega je mogoče določiti dajatev za nadzorovano tujo družbo, tudi če funkcije osebja, pristojnega za odločanje, niso locirane v ZK, kar je edinstveno za netrgovalni finančni dobiček. Z drugim preizkusom, ki lahko sproži uporabo dajatve za nadzorovano tujo družbo, se preuči, kako so bila posojila, ki ustvarjajo netrgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe, financirana, pri čemer se dajatev za nadzorovano tujo družbo za netrgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe naloži, če zadevna posojila izhajajo iz povezanega kapitala ZK. Organi ZK so pojasnili, da poglavje 5 ta drugi preizkus vsebuje, ker za netrgovalni finančni dobiček morda ne bo vedno potrebna prisotnost bistvenih funkcij osebja, pristojnega za odločanje, tako da z opiranjem izključno na preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanje, davčna osnova davka od dohodkov pravnih oseb v ZK ne bi bila zadostno zaščitena pred umetnim preusmerjenjem v primeru netrgovalnega finančnega dobička.

6.4.2 Izjema pri financiranju skupin je odstopanje

- (124) V skladu z ustaljeno sodno prakso je ukrep *prima facie* selektiven, če vodi do različnega obravnavanja podjetij, ki so glede na cilj referenčnega sistema v primerljivem pravnem in dejanskem položaju ⁽⁹¹⁾. V tej zadevi je vprašanje, ali so z izjemo pri financiranju skupin nekatere družbe oproščene dajatve za nadzorovano tujo družbo, ki bi jo

⁽⁸⁷⁾ HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM200200.

⁽⁸⁸⁾ Glej na primer HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM210200.

⁽⁸⁹⁾ Čeprav je res, da se poglavje 4 ne uporablja za nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja izključno netrgovalni finančni dobiček, v primeru česar se uporablja samo poglavje 5, to ne vpliva na to ugotovitev, ker je v poglavju 5 v veliki meri ponovljen preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanje, iz poglavja 4, kot je pojasnjen v uvodnih izjavah 121 in 122.

⁽⁹⁰⁾ Preizkus funkcij osebja, pristojnega za odločanje, na podlagi poglavja 4 se izvede po metodi z osmimi koraki (člen 371DB(1) zakona TIOPA). Poglavje 5 napotuje nazaj na poglavje 4 in zahteva, da se izvedejo nekateri koraki iz poglavja 4; zlasti koraki 1 do 5 in 7, da se določi obseg, v katerem se za netrgovalni finančni dobiček uporablja poglavje 5. Koraka 6 in 8 se ne izvedeta, ker po mnenju zakonodajalca ZK za netrgovalni finančni dobiček nista pomembna.

⁽⁹¹⁾ Sodba Sodišča z dne 15. novembra 2011, Komisija in Španija/Government of Gibraltar in Združeno kraljestvo, C-106/09 P in C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, točka 75. Glej tudi sodbo Sodišča (veliki senat) z dne 21. decembra 2016, Evropska komisija/World Duty Free Group SA in drugi, C-20/15 P in C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, točka 54.

druge družbe morale plačati na podlagi običajnega sistema pravil o nadzorovanih tujih družbah, čeprav sta glede na cilj referenčnega sistema, tj. pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah, oba položaja pravno in dejansko primerljiva.

- (125) Z izjemo pri financiranju skupin je zagotovljena oprostitvev dajatve za nadzorovano tujo družbo za določeno kategorijo netrgovalnega finančnega dobička ⁽⁹²⁾. V okviru pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah so merila za določitev, ali in v kakšnem obsegu je treba plačati dajatev za nadzorovano tujo družbo, če nadzorovana tuja družba ustvari tak dobiček, vključena v poglavji 5 in 9. Poglavje 5 vsebuje pravila in merila, ki se uporabljajo za ves netrgovalni finančni dobiček, ne glede na to, ali je prejet od povezanega dolžnika (posojilo v skupini) ali nepovezanega dolžnika (npr. banke), in ne glede na to, ali je prejet od dolžnika v ZK ali tujega dolžnika. Poglavje 9 vsebuje posebna pravila (izjema pri financiranju skupin) za netrgovalni finančni dobiček, prejet iz posojil tujim družbam v skupini, tj. „upravičenih posojilnih razmerij“ ⁽⁹³⁾; z navedenim poglavjem je navedeni dobiček tudi (delno) oproščen dajatve za nadzorovano tujo družbo, ki bi jo bilo sicer treba plačati na podlagi poglavja 5. Komisija je v sklepu o začetku postopka začasno menila, da je z izjemo pri financiranju skupin nekaterim družbam z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, dodeljena *prima facie* selektivna prednost pred družbami z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja druge oblike netrgovalnega finančnega dobička, čeprav so glede na referenčni sistem oboje v primerljivem dejanskem in pravnem položaju.
- (126) Organi ZK so navedli dva argumenta glede tega, zakaj položaj z obdavčljivim subjektom, ki nadzoruje nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, ni primerljiv s položajem obdavčljivega subjekta, ki nadzoruje nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja drug netrgovalni finančni dobiček ⁽⁹⁴⁾. Prvi argument organov ZK je, da je netrgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe, ki ni netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, sam po sebi umetno preusmerjen, medtem ko tega ni mogoče reči za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja ⁽⁹⁵⁾. Drugi argument je, da ima obveznost upoštevanja svoboščin iz Pogodbe za vsako od obeh kategorij drugačne posledice ⁽⁹⁶⁾.

6.4.2.1 Primerljivost oproščene nadzorovane tuje družbe v skladu s poglavjem 9 pravil o nadzorovanih tujih družbah z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja drug netrgovalni finančni dobiček

- (127) Kar zadeva prvi argument, ZK trdi, da nadzorovane tuje družbe, ki odobrijo posojila povezanim osebam rezidentkam ZK – imenovana posojila *družbe družbenikom* –, pomenijo neposredno in očitno grožnjo za davčno osnovo ZK, če so taki dobički ustvarjeni prek nadzorovane tuje družbe. Ta grožnja naj bi bila manj očitna pri nadzorovanih tujih družbah z upravičenimi posojilnimi razmerji (s posojili tujim družbam v skupini). ZK trdi, da so posojila družbe družbenikom v bistvu krožne transakcije. Družba ZK vloži delniški kapital v nadzorovano tujo družbo, ta pa denarna sredstva vrne kot posojilo povezani družbi ZK. ZK tudi trdi, da so bile v teh primerih obresti odbite od davčne osnove ZK na ravni družb skupine, ki so rezidentke ZK, kar je povzročilo neposredno erozijo davčne osnove ZK. Nasprotno pa se netrgovalni finančni dobiček iz posojil tujim povezanim osebam nanaša na financiranje ZK, ki je dejansko usmerjeno v tujino, zato ga ni mogoče šteti za krožno ureditev. Poleg tega morebiten odbitek obresti na ravni družbe v skupini, ki prejme posojilo nadzorovane tuje družbe, ne povzroči erozije davčne osnove ZK.

⁽⁹²⁾ Netrgovalni finančni dobiček pomeni dohodek od obresti, ki ni bil ustvarjen iz finančnega trgovanja ali poslovanja; vključuje dohodek od obresti iz pasivnih portfeljskih naložb, obresti od bančnih depozitov ali obresti od stranskih posojil povezanim ali nepovezanim osebam.

⁽⁹³⁾ Člen 37 IIG(1) zakona TIOPA.

⁽⁹⁴⁾ Drug netrgovalni finančni dobiček v tem smislu je lahko pridobljen iz posojil družbam v skupini iz ZK ali posojil tretjim osebam.

⁽⁹⁵⁾ Glej uvodno izjavo 66.

⁽⁹⁶⁾ Glej uvodno izjavo 71.

- (128) ZK tudi trdi, da nadzorovane tuje družbe, ki ustvarjajo netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, in nadzorovane tuje družbe, ki posojajo nepovezani osebi, pomenijo bistveno drugačna položaja, ki predstavljata različna tveganja za davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb v ZK. Po mnenju ZK je tveganje za državno blagajno ZK očitnejše pri ureditvah z nadzorovano tujo družbo, ki posoja nepovezanim osebam, ki jih organi ZK imenujejo *hranilniki* in za katere je potrebno enotno, strogo pravilo, saj taka ureditev ni poslovno utemeljena in ne more imeti drugega namena, kot je izogibanje davkom ZK ⁽⁹⁷⁾. Nasprotno pa je v primeru upravičenih posojilnih razmerij netrgovalni finančni dobiček povezan z zagotavljanjem dejanskih sredstev za poslovanje skupine v tujini. ZK trdi, da je pri taki ureditvi tveganje umetne preusmeritve manj očitno in da lahko privede do delne ali popolne umetne preusmeritve ali ne ⁽⁹⁸⁾. Razlika v tveganju umetne preusmeritve po mnenju organov ZK pomeni, da ureditvi glede na cilj pravil o nadzorovanih tujih družbah nista v pravno in dejansko primerljivem položaju.
- (129) Komisija ne more sprejeti trditve, ki jih je ZK navedlo v podporo svojemu prvemu argumentu.
- (130) Kot je navedeno v uvodni izjavi 111, je treba obravnavati vprašanje, ali je netrgovalni finančni dobiček iz posojil tujim družbam v skupini glede na cilj pravil o nadzorovanih tujih družbah dejansko in pravno primerljiv z netrgovalnim finančnim dobičkom iz posojil tretjim osebam ali posojil družbam v skupini iz ZK.
- (131) Ob upoštevanju navedenega Komisija opozarja, da pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah svoj cilj zaščite davčne osnove davka od dohodkov pravnih oseb v ZK dosegajo tako, da je obdavčen dobiček iz dejavnosti in sredstev v ZK, ki je bil *umetno preusmerjen* iz ZK na povezane subjekte nerezidente. Preizkusi za opredelitev in kvantificiranje umetno preusmerjenega dobička za posebno kategorijo netrgovalnega finančnega dobička so bili vključeni v poglavje 5. Glede na dejstvo, da je namen pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah zaščititi davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb v ZK, ni presenetljivo, da so preizkusi za opredelitev umetne preusmeritve neposredno povezani z dejavniki, na katerih temelji davčna osnova davka od dohodkov pravnih oseb v ZK, tj. *dejavnostmi* v ZK (izraženimi s funkcijami osebja, pristojnega za odločanje, v ZK) ali *sredstvi* v ZK (izraženimi s povezanim kapitalom ZK). Merila za določitev umetne preusmeritve za netrgovalni finančni dobiček na podlagi pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah so torej neločljivo in logično povezana z davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb v ZK, ki naj bi bila zaščiteni s pravili ZK o nadzorovanih tujih družbah. Komisija ne razume, zakaj naj bi bila glede na navedeni cilj navedena merila primerna za določitev umetne preusmeritve za vse netrgovalne finančne dobičke, razen za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij.
- (132) V zvezi z argumenti ZK, da vrste netrgovalnega finančnega dobička, izključene iz spornega ukrepa, očitno niso poslovno utemeljene in so jasen znak umetne preusmeritve – ki naj bi bila manj očitna v primeru netrgovalnega finančnega dobička iz upravičenih posojilnih razmerij, tako da glede na cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah ti dobički niso pravno in dejansko primerljivi, bo Komisija najprej obravnavala primerljivost med netrgovalnim finančnim dobičkom iz upravičenih posojilnih razmerij in netrgovalnim finančnim dobičkom iz posojil družbam v skupini, ki so rezidentke ZK, nato pa obravnavala primerljivost z netrgovalnim finančnim dobičkom iz posojilnih razmerij s tretjimi osebami.
- (133) Kar zadeva primerljivost z netrgovalnim finančnim dobičkom iz posojil povezanim osebam v ZK, Komisija, prvič, razume, da lahko take ureditve vzbudijo pomisleke zakonodajalca ZK, zlasti zaradi erozije davčne osnove z odbitki obresti, ki jo povzroči čezmerno dolžniško financiranje dejavnosti v ZK. Res je namreč, da ti pomisleki niso očitni v primeru netrgovalnega finančnega dobička, ustvarjenega iz upravičenega posojilnega razmerja, ker bi bila morebitna zaskrbljenost zaradi erozije davčne osnove prisotna – če sploh – v tujini, ne pa v ZK. Komisija v zvezi s tem uvodoma navaja, da ZK ni povsem dosledno pri obravnavanju navedenega pomisleka. Na podlagi

⁽⁹⁷⁾ Dopis ZK z dne 15. januarja 2018 v odgovor na sklep o začetku postopka, točka 116.

⁽⁹⁸⁾ Dopis ZK z dne 15. januarja 2018 v odgovor na sklep o začetku postopka, točka 117.

sedanjih pravil lahko nastane položaj, pri katerem se lahko posojilo družbi v skupini iz ZK šteje za upravičeno posojilno razmerje na podlagi poglavja 9, če je končni dolжник v navedeni posojilni ureditvi tuja družba v skupini (financiranje se usmeri prek „obvodne“ družbe v ZK). Tudi v navedenem položaju bo obvodna družba ZK zahtevala odbitek obresti, plačanih nadzorovani tuji družbi, medtem ko bodo obresti na podlagi spornega ukrepa vseeno (delno) oproščene ⁽⁹⁹⁾.

- (134) Vendar bi v vsakem primeru kakršno koli dosledno razlikovanje na podlagi prisotnosti odbitka v ZK pomenilo, da sta ureditvi v različnem pravnem in dejanskem položaju, samo če bi ocenjevali nacionalni ukrep, katerega cilj je zaščititi davčno osnovo pred *erozijo osnove zaradi odbitka obresti*. Zakonodaja ZK o davku od dohodkov pravnih oseb ima več ukrepov proti izogibanju davkom s takim ciljem. Vendar pa zaščita pred erozijo davčne osnove zaradi čezmernih odbitkov obresti v ZK ni cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah. Njihov namen je zaščititi ZK pred umetnim preusmerjanjem *dobičkov* iz financiranja in drugih operacij z naložitvijo dajatve za nadzorovano tujo družbo za take dobičke ⁽¹⁰⁰⁾. Razlika, na katero opozarjajo organi ZK, torej ne pomeni, da sta oba položaja v različnem pravnem in dejanskem položaju glede na cilj, ki se poskuša uresničiti s spornim ukrepom, tj. zaščititi davčno osnovo ZK pred umetnim preusmerjanjem dobičkov, vključno z dobički iz dejavnosti financiranja.
- (135) Drugič, Komisija ugotavlja, da lahko netrgovalni finančni dobiček iz posojil povezanim osebam v ZK nastane tudi iz veljavnih poslovnih razlogov in ni nujno v vseh primerih „krožna transakcija“, tj. denarna sredstva v ZK so prenesena na nadzorovano tujo družbo in nato nazaj v ZK. Če netrgovalni finančni dobiček izhaja iz posojila povezani osebi v ZK, pri čemer so funkcije osebja, pristojnega za odločanje, v ZK, bi morala v skladu z merili o obračunavanju dajatve iz poglavja 5 nastati dajatev za nadzorovano tujo družbo, tudi če se posojilo ne financira iz povezanega kapitala ZK (tj. ne glede na „krožnost“).
- (136) Tretjič, Komisija se ne strinja z mnenjem ZK, da obstaja očiten veljaven poslovni razlog za strukturiranje financiranja iz družbe rezidentke ZK v tujo družbo v skupini prek nadzorovane tuje družbe (namesto neposrednega posojila denarja), medtem ko naj to ne bi veljalo za strukturiranje financiranja iz družbe rezidentke ZK v družbo v skupini, ki je rezidentka ZK, prek nadzorovane tuje družbe (namesto neposrednega posojila denarja). Vmesna finančna funkcija in vloga nadzorovane tuje družbe v obeh ureditvah sta popolnoma primerljivi. Komisija se ne strinja, da se lahko za veljavne poslovne razloge predpostavlja, da so v enem položaju prisotni in da jih v drugem ni, kar bi pomenilo, da položaja nista pravno in dejansko primerljiva glede na cilj pravil o nadzorovanih tujih družbah. Veljavni poslovni razlogi za prisotnost in uporabo nadzorovane tuje družbe, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček, za obe ureditvi se določijo na podlagi dejstev in okoliščin v zvezi z naravo in lastnostjo funkcij in tveganj nadzorovane tuje družbe, ne na podlagi vira netrgovalnega finančnega dobička.
- (137) Iz razlogov, navedenih v uvodnih izjavah 133 do 136, je treba argument organov ZK, da netrgovalni finančni dobiček iz upravičene posojilne ureditve in netrgovalni finančni dobiček iz posojil družbam v skupini iz ZK nista primerljiva, zavrniti.
- (138) Kar zadeva primerljivost z netrgovalnim finančnim dobičkom iz zunanjih posojil, ki jih organi ZK imenujejo *hranilniki*, Komisija navaja, da ZK za hranilnik šteje ureditev, pri kateri se nizko obdavčena nadzorovana tuja družba uporabi kot obvod za polog denarnih sredstev pri banki, tako da netrgovalni finančni dobiček, ki izhaja iz tega, zasluži nadzorovana tuja družba in ne ZK, ter meni, da so bila pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah zasnovana za preprečitev takih ureditev. V zvezi s tem Komisija opozarja, da lahko posojila tretjim osebam

⁽⁹⁹⁾ V zvezi s tem glej HMRC, International Manual (Mednarodni priročnik), INTM217190: „Če nadzorovana tuja družba odobri dolgoročno posojilo družbi za upravljanje kapitala - rezidentki ZK, ta pa nato denarna sredstva uporabi za vrsto kratkoročnih posojil drugim članom skupine, se bo za netrgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe najverjetneje uporabljalo poglavje 5 in bo, če bo vložen zahtevek na podlagi poglavja 9, treba upoštevati pravila o končnem dolžniku.“

⁽¹⁰⁰⁾ Erozijo davčne osnove je mogoče razlikovati od umetnega preusmerjanja dobička (ali prenosa dobička) tako, da se prvonavedena nanaša na erozijo *plačnikov* davčne osnove s čezmernimi odbitki, medtem ko se slednji nanaša na *prejemnika* dohodka, ki zmanjša svojo davčno osnovo z umetno preusmeritvijo navedenega dohodka v tujino. Prvonavedena se na splošno obravnava s pravili o omejitvi obresti (glej na primer člen 4 direktive proti izogibanju davkom), medtem ko se za slednjega uporabljajo pravila o nadzorovanih tujih družbah.

vključujejo bančne depozite, vendar niso omejena nanje. Zajemajo lahko na primer tudi stranska posojila dobaviteljem, zunanjim ponudnikom storitev, strankam ali drugim nepovezanim osebam. Poleg tega se Komisija ne strinja, da je treba te ureditve same po sebi šteti za zlonamerne, medtem ko naj to ne bi veljalo za ureditve, ki uporabljajo nizko obdavčeno nadzorovano tujo družbo kot obvod za zagotovitev posojila tuji družbi v skupini. Tudi v tem primeru namreč netrgovalni finančni dobiček, ki izhaja iz tega, ustvari nadzorovana tuja družba in ne ZK.

- (139) Ena od zainteresiranih strani je trdila, da bo v primeru upravičene posojilne ureditve tuja družba v skupini zagotovljena denarna sredstva uporabila za financiranje dejanskih poslovnih operacij. V zvezi s tem Komisija prvič opozarja, da – kot je navedeno v uvodni izjavi 136 – narava ali lastnost osebe, ki prejme posojilo nadzorovane tuje družbe, ne vpliva na (tveganje za) umetno preusmeritev v zvezi z netrgovalnim finančnim dobičkom, ki ga ustvari nadzorovana tuja družba. Drugič, Komisija se ne strinja, da je mogoče predpostavljati, da bo dolжник denarna sredstva, odobrena na podlagi upravičenega posojilnega razmerja, uporabil za financiranje dejanskih poslovnih operacij, medtem ko sredstev, dodeljenih na podlagi posojila tretji osebi, navedena tretja oseba ne bo uporabila za financiranje dejanskih poslovnih operacij. Če je dolжник sam vključen v poslovne operacije, bo v obeh primerih denarna sredstva uporabil za financiranje svojih poslovnih operacij, naj bodo to nove naložbe, prevzemi ali kateri koli drug poslovni namen. Poleg tega se lahko glede na zamenljivost denarja končna uporaba denarnih sredstev s strani dolžnika sčasoma spremeni v obeh primerih in jo bo morda zelo težko slediti, prav tako kot vir financiranja, kar so organi ZK poudarili v drugačnem okviru (glej uvodno izjavo 155).
- (140) Skratka, iz razlogov, predstavljenih v uvodnih izjavah 138 in 139, tudi če bi bilo mogoče predpostavljati, da se z upravičenimi posojilnimi razmerji financirajo dejanske poslovne operacije, medtem ko se s posojili tretjim osebam ne – kar Komisija izpodbija –, taka razlika v končnem cilju in namenu denarnih sredstev, ki jih nadzorovana tuja družba zagotovi kot posojilo, ne vpliva na primerljivost teh posojil glede na cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah ⁽¹⁰¹⁾.
- (141) Splošneje v zvezi s prvim argumentom ZK Komisija navaja, da je netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij kategorija dobička, ki je najbolj dovzetna za umetno preusmerjanje. Prvič, ker so netrgovalne dejavnosti bolj mobilne kot trgovalne, saj na splošno zahtevajo manj funkcij in/ali človekovega posredovanja ter jih je torej lažje preseliti (finančni dobički so predvsem kapitalsko intenzivni, kapital pa je veliko bolj mobilen kot na primer delovna sila in ga je torej mogoče zlahka preseliti). In drugič, ker so skupine v veliki meri svobodne pri določanju svojih notranjih finančnih operacij, pri katerih se uporablja mešanica kapitala in dolga, ki z davčnega vidika zagotavlja najugodnejši rezultat. To tudi pojasnjuje, zakaj se pravila o nadzorovanih tujih družbah na mednarodni ravni običajno nanašajo na netrgovalni finančni dobiček ⁽¹⁰²⁾. Na primer, v členu 7(2)(a) direktive proti izogibanju davkom je navedenih več kategorij dohodka nadzorovane tuje družbe, ki mora biti obdavčen na podlagi pravil o nadzorovanih tujih družbah, začevši z obrestmi. Člen 7(3) navedene direktive nadalje določa, da se lahko država članica odloči, da ne bo uporabila pravil o nadzorovanih tujih družbah, če največ eno tretjino dohodka nadzorovane tuje družbe sestavljajo obresti in največ eno tretjino dohodka od obresti sestavljajo obresti od družb v skupini (glej uvodno izjavo 44). To pomeni, da se dohodek od obresti, prejet od družb v skupini, z direktivo proti izogibanju davkom šteje za najpomembnejšo kategorijo dohodka, ki mora biti zajeta s pravili o nadzorovanih tujih družbah.

⁽¹⁰¹⁾ Določbe, s katerimi je opredeljen „končni dolжник“ (glej sprotno opombo 43), ne vplivajo na navedeno ugotovitev, saj razen določb o nadaljnjem kreditiranju ne vsebujejo nobenih pogojev za (poslovno) uporabo denarnih sredstev s strani dolžnika v okviru posojilne ureditve.

⁽¹⁰²⁾ V poročilu G20/OECD o ukrepu 3 BEPS je v točki 78 navedeno: „Splošna zaskrbljenost, iz katere izhaja obravnava dohodka od obresti in financiranja, je, da je ta dohodek enostavno prenesti in bi ga torej lahko matična družba prenesla na nadzorovano tujo družbo, kar po možnosti vodi do prezadolženosti matične družbe in prekapitalizacije nadzorovane tuje družbe. Dohodek od obresti in financiranja bo verjetneje vzbudil to zaskrbljenost, kadar je bil pridobljen od povezanih oseb, kadar je nadzorovana tuja družba prekapitalizirana, kadar so se dejavnosti, ki so prispevale k obrestim, izvajale zunaj jurisdikcije nadzorovane tuje družbe ali kadar dohodek ni bil ustvarjen z dejavnostjo aktivnega financiranja.“ Prav ti položaji, ki po mnenju OECD objektivno vzbujajo največjo zaskrbljenost glede prenosa dohodka, so tudi okoliščine, za katere ZK uporablja sporni ukrep.

- (142) Skratka, Komisija zavrača prvi argument ZK, da je netrgovalni finančni dobiček nadzorovane tuje družbe, ki ni netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, sam po sebi umetno preusmerjen, medtem ko tega ne bi bilo mogoče reči za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, kar pomeni, da ta argument ne zagotavlja podlage za priznanje, da se nanašata na položaja, ki glede na cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah nista pravno in dejansko primerljiva. Poleg tega Komisija ne vidi nikakršnega protislovja te ugotovitve s svojo preteklo prakso odločanja v zvezi z nizozemsko shemo Groepsrentebox in madžarsko davčno shemo za obresti znotraj skupine. Komisija navaja, da nobena odločba ne potrjuje, kot se zdi, da trdi ZK, da mora biti referenčni sistem v primeru ukrepa za družbe, ki poslujejo s povezanimi osebami, nujno omejen na pravila o tovrstnih transakcijah.

6.4.2.2 Obveznost upoštevanja svoboščin iz Pogodbe za izvzete in neizvzete kategorije nadzorovane tuje družbe

- (143) Zdi se, da organi ZK z drugim argumentom namigujejo, da je za obdavčljive subjekte z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, potreben prizanesljivejši pristop kot za obdavčljive subjekte z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja drug netrgovalni finančni dobiček, da bi se zagotovila skladnost s svoboščinami iz Pogodbe. Povedano drugače, svoboščine iz Pogodbe bi bile zaradi obdavčitve dobičkov iz upravičene posojilne ureditve lahko kršene, če ne bi obstajala izjema, predvidena s poglavjem 9. To tveganje naj ne bi obstajalo pri obdavčitvi drugih netrgovalnih finančnih dobičkov. Zato naj ta položaja ne bi bila primerljiva. V zvezi s tem organi ZK opozarjajo, da so reformo pravil o nadzorovanih tujih družbah, s katero je bil uveden sporni ukrep, v veliki meri spodbudile ugotovitve Sodišča v sodbi Cadbury Schweppes. ZK izpostavlja zlasti težave pri prizadevanju za spoštovanje odločbe v zadevi Cadbury Schweppes ob neobstoju sodne prakse ali jasnih smernic o tem, kako bi bilo treba v različnih primerih uporabljati in razlagati pojem „povsem umetni konstrukti“⁽¹⁰³⁾. V tem scenariju in za oblikovanje uporabnega sklopa pravil, ki je združljiv tudi s pravom Unije, poglavje 9 vsebuje mehanične preizkuse in fiksne deleže, določene na ravneh, ki naj bi zagotavljale, da se dobiček, vključen na področje uporabe dajatve, opredeli na način, ki je skladen z navedeno sodno prakso. Po navedbah ZK naj bi se z novimi pravili čim bolj zmanjšalo tveganje čezmerne vključitve, saj bi to lahko privedlo do izpodbijanja pravil o nadzorovanih tujih družbah na podlagi prava Unije⁽¹⁰⁴⁾.
- (144) Komisija prav tako ne sprejema drugega argumenta ZK, saj temelji na nepravilnih in nedoslednih sklepih, izpeljanih iz sodne prakse Sodišča.
- (145) Kot bo prikazano v naslednjem oddelku (6.4.3) tega sklepa, odprava izjeme, določene s poglavjem 9 za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, kadar so funkcije osebja, pristojnega za odločanje, locirane v ZK, ne pomeni tveganja kršitve svoboščin iz Pogodbe. V tem delu obrazložitve pa se bo Komisija osredotočila na argument, v skladu s katerim je tveganje kršitve svoboščin iz Pogodbe pri obdavčitvi različnih vrst netrgovalnega finančnega dobička različno.
- (146) Komisija se ne strinja, da bi bila kršitev (ali morebitno tveganje kršitve) svoboščin iz Pogodbe za nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, ocenjena drugače kot za nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja drug netrgovalni finančni dobiček, kar bi pomenilo, da glede na cilj pravil o nadzorovanih tujih družbah nista v primerljivem pravnem in dejanskem položaju.
- (147) V sodbi Cadbury Schweppes⁽¹⁰⁵⁾ je opozorjeno na predhodno sodno prakso Sodišča, v kateri je bilo pojasnjeno, da je cilj svobode ustanavljanja državljanu države članice omogočiti, da v drugi državi članici ustanovi poslovno enoto za opravljanje dejavnosti, ter tako spodbujati medsebojne ekonomske in socialne povezave znotraj

⁽¹⁰³⁾ Dopis ZK z dne 15. januarja 2018 v odgovor na sklep o začetku postopka, točka 155.

⁽¹⁰⁴⁾ Prav tam, točka 26.

⁽¹⁰⁵⁾ Sodba Sodišča z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes plc in Cadbury Schweppes Overseas Ltd/Commissioners of Inland Revenue, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.

Skupnosti. Sodišče je navedlo, da mora biti uporaba zakonodaje o nadzorovanih tujih družbah, da bi bila v skladu s pravom Skupnosti, izključena takrat, ko kljub razlogom davčne narave ustanovitev nadzorovane tuje družbe ustreza gospodarski resničnosti ⁽¹⁰⁶⁾. Ta pomeni, da mora biti ustanovitev nadzorovane tuje družbe v obliki resnične namestitve s ciljem izvajanja dejanskih gospodarskih dejavnosti v državi članici gostiteljici ⁽¹⁰⁷⁾.

- (148) Komisija v sodbi Cadbury Schweppes ne najde ničesar, kar bi podpiralo stališče, da imajo obveznosti svoboščin iz Pogodbe drugačen učinek na obdavčljive subjekte z nadzorovanimi tujimi družbami, ki ustvarjajo netrgovalni finančni dobiček, odvisen od lastnosti in narave dolžnika nadzorovane tuje družbe. Pomembno je le, ali nadzorovana tuja družba sama ustreza gospodarski resničnosti in da njenega obstoja ali neobstoja ni mogoče predpostavljati samo na podlagi državljanstva dolžnika, ki plačuje pasivne obresti, ali povezave z njim.
- (149) Kolikor organi ZK trdijo, kot se zdi, da trdijo nekatere zainteresirane strani, da je uporaba sporne izjeme pogojena s tem, da nadzorovana tuja družba uspešno opravi preizkus poslovnih prostorov, ki bi bil upošteven za namene svoboščin iz Pogodbe, Komisija opozarja, da tak pogoj nikakor ne more vplivati na analizo primerljivosti. Za navedeno analizo je potrebna ocena, ali je netrgovalni finančni dobiček iz posojil tujim družbam v skupini dejansko in pravno primerljiv z netrgovalnim finančnim dobičkom iz posojil tretjim osebam ali posojil družbam v skupini iz ZK glede na cilj pravil o nadzorovanih tujih družbah in na podlagi sicer enakih pogojev. Zадnjena-vedeni so očitna zahteva pri vsaki analizi primerljivosti, saj bo dodajanje vidikov v enem od položajev, ne pa tudi v drugem neizogibno vplivalo na primerljivost dveh položajev, zaradi česar ocena ne bo učinkovita. Povedano drugače, navedeni pogoj bi bilo mogoče vključiti v analizo primerljivosti, vendar le, če se uporablja za obe stranki, tj. primerjava med nadzorovano tujo družbo, ki uspešno opravi preizkus poslovnih prostorov in ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, ter drugo nadzorovano tujo družbo, ki uspešno opravi preizkus poslovnih prostorov in ustvarja drug netrgovalni finančni dobiček. V takem primeru bi bila prva na podlagi spornega ukrepa še vedno obravnavana bolje, čeprav je glede na cilj pravil o nadzorovanih tujih družbah v primerljivem pravnem in dejanskem položaju.
- (150) Komisija zato ugotavlja, da določbe o obračunavanju dajatve v pravilih ZK o nadzorovanih tujih družbah, s katerimi se obravnava prav netrgovalni finančni dobiček, razlikujejo med, po eni strani, obdavčljivimi subjekti z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, ki imajo pravico vložiti zahtevek na podlagi poglavja 9, in, po drugi strani, obdavčljivimi subjekti z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz drugih pasivnih posojil. Oba položaja sta namreč pravno in dejansko primerljiva glede na cilj pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah, ki je zaščititi davčno osnovo davka od dohodkov pravnih oseb v ZK tako, da je obdavčen dobiček iz dejavnosti in sredstev v ZK, ki je bil umetno preusmerjen iz ZK na povezane subjekte nerezidente.
- (151) Iz teh razlogov sporni ukrep pomeni odstopanje od splošnega pravila iz ureditve ZK za nadzorovane tuje družbe. Z njim so obdavčljivi subjekti z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, ki so vložili zahtevek na podlagi poglavja 9, oproščeni dajatve za nadzorovano tujo družbo, ki jo morajo običajno plačati obdavčljivi subjekti z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček. To pomeni, da so vsi obdavčljivi subjekti, ki so vložili zahtevek na podlagi poglavja 9, pridobili *prima facie* selektivno prednost.

6.4.3 Utemeljitev z naravo in splošno strukturo davčnega sistema

- (152) Ukrep, ki odstopa od referenčnega sistema, je lahko še vedno utemeljen z naravo ali splošno strukturo navedenega sistema. To velja, če lahko zadevna država članica dokaže, da ukrep izhaja neposredno iz temeljnih ali usmerjevalnih načel referenčnega sistema ali kadar je posledica mehanizmov, ki so lastni sistemu ter potrebni za njegovo delovanje in učinkovitost ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Prav tam, točka 65.

⁽¹⁰⁷⁾ Prav tam, točka 66.

⁽¹⁰⁸⁾ Sodba Sodišča z dne 8. septembra 2011, Paint Graphos in drugi, združene zadeve C-78/08 do C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, točka 69.

- (153) Opozoriti je treba, da dokazno breme za tako utemeljitev nosijo organi ZK. Komisija bo torej v nadaljevanju preverila, ali so organi ZK dokazali obstoj take utemeljitve v tej zadevi. Zainteresirane strani niso navedle drugih utemeljitev, kot jih je navedlo ZK.
- (154) V zvezi s tem organi ZK navajajo predvsem dva razloga za utemeljitev *a priori* selektivne narave spornega ukrepa. Prvič, trdijo, da je namen ukrepa zagotoviti obvladljivost in uporabnost sistema tako za HMRC kot tudi za davčne zavezance, in, drugič, trdijo, da se z ukrepom zagotavlja skladnost s sodno prakso Sodišča o temeljnih svoboščinah Unije.

6.4.3.1 Domnevna utemeljitev z zapletenostjo sledenja izvoru denarnih sredstev

- (155) V zvezi s prvim argumentom organi ZK trdijo, da je namen privzete 75-odstotne oprostitve rešiti neizogibno težavnost in zapletenost sledenja izvoru denarnih sredstev, uporabljenih za financiranje posojil, ki jih je odobrila nadzorovana tuja družba. To je še zlasti problematično pri multinacionalnih skupinah, v katerih finančne ureditve običajno vključujejo zapletene vzorce financiranja. Organi ZK so v zvezi s tem pojasnili, da so družbe za financiranje v skupini pogosto ustanovljene v okviru kompleksne reorganizacije ali prevzema, da se njihova posojila pogosto in še naprej refinancirajo, konsolidirajo, izmenjujejo in predodeljujejo ter da so pogosto delničarji v poslih skupine v tujini, zaradi česar prejemajo razdeljeni dobiček, iz katerega se lahko financirajo ali refinancirajo posojila. Ta zapletenost sledenja financiranja posojil je po mnenju organov ZK običajna za finančne družbe v multinacionalnih skupinah.
- (156) Zaradi vseh teh lastnosti je po mnenju organov ZK uporaba preizkusa povezanega kapitala ZK iz poglavja 5 v okviru samoocene za davčne zavezance ZK zapletena in obremenjujoča, vendar pa preizkus težko izvede tudi HMRC.
- (157) Organi ZK so pojasnili, da je zakonodajalec ZK iz tega razloga za opredelitev in kvantificiranje umetno preusmerjenih dobičkov v primeru pasivnih obresti, ki izhajajo iz upravičenega posojilnega razmerja, uvedel drugačno pravilo, ki ga je lažje uporabljati in izvrševati, obenem pa zagotavlja zadostno zaščito davčne osnove davka od dohodkov pravnih oseb v ZK v skladu s ciljem pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah. Pri navedenem drugačnem pravilu se po navedbah organov ZK upošteva, da se dajatev za nadzorovano tujo družbo naloži za fiksni delež netrgovalnega finančnega dobička nadzorovane tuje družbe iz upravičenega posojilnega razmerja, namesto da bi se dajatev za nadzorovano tujo družbo povezala s financiranjem iz povezanega kapitala ZK, pri čemer se dejansko sledi prvotnemu izvoru sredstev.
- (158) Delež, izbran v zvezi s tem, naj bi izražal, da bi bila ob neobstoju davčnih razlogov taka nadzorovana tuja družba za financiranje znotraj skupine financirana z mešanico dolžniškega in lastniškega kapitala, pri čemer bi se z dolžniškim financiranjem nadzorovane tuje družbe ustvarili dohodki od obresti za matično družbo v ZK. ZK je v svojih pripombah nadalje pojasnilo, da je bil pristop s 25-odstotno dajatvijo (75-odstotna oprostitve) sprejet po posvetovanju in upoštevanju širokega obsega količnikov financiranja, ugotovljenih iz tržnih podatkov, iz katerih je bilo razvidno predpostavljeno razmerje med dolžniškim in lastniškim kapitalom 1: 3 za nadzorovane tuje družbe, v celoti financirane z lastniškim kapitalom. V skladu s izbranim pristopom in za preprečitev čezmerne vključitve sporni ukrep v ustreznih okoliščinah omogoča povečanje 75-odstotne oprostitve (zmanjšanje 25-odstotne vključitve), na primer, če lahko nadzorovana tuja družba na podlagi dejanskega stanja in okoliščin dokaže, da je več kot 75 % njenih posojil podprtih z denarnimi sredstvi, ki ne izvirajo iz ZK.
- (159) Komisija ugotavlja, da smernice HMRC v uvodnih pripombah k poglavju 9 potrjujejo to pojasnilo, pri čemer je navedeno:
- „Oprostitve za netrgovalni finančni dobiček iz poglavja 9 so bile uvedene za rešitev težkih vprašanj, ki se pojavijo zaradi zamenljivosti denarja v multinacionalni skupini. Pravila večinoma predstavljajo merilo za določitev natančnega vira in zgodovine (sledenje) ureditev financiranja znotraj skupine ter obsega, v katerem jih nosi ZK“ ⁽¹⁰⁹⁾.
- (160) V tem pogledu in v zvezi s pravili za preprečevanje izogibanja davkom lahko Komisija na splošno sprejme, da je mogoče za *a priori* selektiven ukrep, ki se uporablja za posebne primere za zagotovitev, da so pravila za boj proti izogibanju davkom v teh primerih dovolj trdna, obenem pa obvladljiva in uporabna, dejansko reči, da izhaja iz

⁽¹⁰⁹⁾ HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM216100.

mehanizma, ki je lasten pravilom o nadzorovanih tujih družbah ter potreben za njihovo delovanje in učinkovitost, če je v skladu z načelom sorazmernosti ⁽¹¹⁰⁾. *A priori* selektivni ukrep bi bil v takem primeru utemeljen in torej ne bi izpolnjeval pogoja v zvezi s selektivnostjo zadevne prednosti, kot se zahteva s členom 107(1) Pogodbe.

- (161) Kot je že bilo navedeno v oddelku 2.1.2, je v skladu s temi načeli, da so v pravilih o nadzorovanih tujih družbah uporabljene na tveganju temelječe oprostitve za omejitev področja uporabe določb o obračunavanju dajatev za nadzorovane tuje družbe na položaje, v katerih obstaja bodisi veliko tveganje izgube davčnih prihodkov za državno blagajno ZK bodisi velika možnost umetnega konstrukta. Komisija prav tako navaja, da je lahko uporaba splošnih deležev in mehaničnih pravil, ki temeljijo na standardnih razmerjih, namesto ocene vsakega posameznega primera posebej v nekaterih okoliščinah sprejemljiva, če je dokazano, da bi ocena vsakega posameznega primera vključevala zapletene, drage in obremenjujoče formalnosti, ter če so uporabljeni deleži in razmerja v skladu z načelom sorazmernosti. V zvezi s tem Komisija ni mogla prepričljivo zanikati, da je razmerje, ki ga je ZK izbralo za približno oceno deleža kapitala nadzorovane tuje družbe, ki izvira iz ZK, sorazmerno, niti ni mogla uspešno opredeliti drugega, ustrežnejšega razmerja.
- (162) Glede na te preudarke ter ob upoštevanju argumentov in pojasnila organov ZK med formalno preiskavo Komisija v obsegu, povezanem s preizkusom na podlagi „povezanega kapitala ZK“, in samo v tem obsegu priznava, da je za sporni ukrep mogoče reči, da zagotavlja, da je posebej za nadzorovane tuje družbe, ki ustvarjajo netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, pravila o nadzorovanih tujih družbah mogoče uporabljati obvladljivo, ne da bi bilo treba podjetjem in davčnim organom ZK izvajati nesorazmerno obremenjujoče sledenje, obenem pa zagotavlja dajatev za nadzorovano tujo družbo za dobiček iz sredstev v ZK, za katerega je mogoče razumno reči, da je bil umetno preusmerjen iz ZK. Iz teh razlogov Komisija meni, da je *a priori* selektivna narava spornega ukrepa utemeljena in da ukrep torej ni selektiven, kolikor bi opredelitev in kvantificiranje dajatve za nadzorovano tujo družbo na podlagi poglavja 5 temeljila izključno na preizkusu povezanega kapitala ZK iz člena 371EC poglavja 5 zakona TIOPA, ki bi zahteval nesorazmerno obremenjujoče sledenje.
- (163) Vendar Komisija opozarja, da je preizkus na podlagi „povezanega kapitala ZK“ za določitev dajatve za nadzorovano tujo družbo za netrgovalni finančni dobiček samo eden od dveh splošnih preizkusov, vključenih v poglavje 5, poleg preizkusa, temelječega na pristopu, ki se na splošno uporablja v pravilih ZK o nadzorovanih tujih družbah, tj. preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje. Komisija opozarja, da je bil navedeni dodatni preizkus vključen v poglavje 5 poleg splošnega preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje, za zagotovitev, da bi bilo treba v primerih, ko nastane netrgovalni finančni dobiček in so ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanje, omejene ali jih je težko določiti, še vedno plačati ustrezno dajatev za nadzorovano tujo družbo.
- (164) V primerih, ko dajatev za nadzorovano tujo družbo temelji na uporabi preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje, in so funkcije osebja, pristojnega za odločanje, povezane s sredstvi in tveganji, ki vodijo do netrgovalnega finančnega dobička iz upravičenih posojilnih razmerij, locirane v ZK, uporaba *a priori* selektivnega mehaničnega pravila, določenega v spornem ukrepu, ni utemeljena. V navedenih primerih ni notranjih mehanizmov, zaradi katerih bi bila uporaba mehaničnega pravila potrebna za delovanje in učinkovitost pravil o nadzorovanih tujih družbah.
- (165) V smernicah HMRC v zvezi s pravili o nadzorovanih tujih družbah je obravnavana lokacija funkcij osebja, pristojnega za odločanje, v primeru netrgovalnega finančnega dobička, pri čemer je prikazano, da tako mehanično pravilo ni nujno:

„Dejavno sprejemanje odločitev o prenosu velikih posojil znotraj skupine lahko načrtuje in o njem odloči tuja družba za upravljanje kapitala v skupini, vendar pa bosta prvotno načrtovanje in odločitev za strukturiranje naložbe s posojilom znotraj skupine ostala pomemben dejavnik. Za velika strukturna posojila v multinacionalni skupini s sedežem v ZK, povezana na primer s prevzemom, bi običajno pričakovali, da bodo glavne

⁽¹¹⁰⁾ Glej na primer sodbi Paint Graphos, združene zadeve C-78/08 do C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, točke 69 ter 73 do 75, in Heitkamp BauHolding GmbH/Evropska komisija, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60, točka 160.

funkcije osebja, pristojnega za odločanje, v ZK, tudi če so finančne funkcije družbe za upravljanje kapitala/skupine locirane drugje. Razpoložljivost in oblika financiranja bosta pomemben del postopka ocene naložb, ki bo zahteval sodelovanje centra operacij, tudi če je bila regionalnim centrom in oddelkom podeljena precejšnja avtonomija“ ⁽¹¹¹⁾.

- (166) Splošna predpostavka, da bo netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, povezan s funkcijami osebja, pristojnega za odločanje, na splošno pri finančni funkciji skupine, kadar zadeva večja, srednje- do dolgoročna posojila med družbami, izhaja tudi iz drugega dela smernic HMRC, v katerem je obravnavano, ali bi morali davčni zavezanci vložiti zahtevek za uporabo spornega ukrepa ali ne:

„Pričakujemo, da bodo za večja, srednje- do dolgoročna posojila, financirana z lastniškim kapitalom, funkcije osebja, pristojnega za odločanje, v zvezi z oblikovanjem posojila in v večini primerov s stalnim upravljanjem posojila pri finančni funkciji skupine (kar pomeni funkciji, ki zajema računovodsko in davčno ekipo, ekipo za upravljanje kapitala, ekipo za podjetniške finance ter ekipo za združitve in prevzeme ali podobne osrednje operacije) in ne ločeno pri ekipi skupine za upravljanje kapitala. Izkušnje kažejo, da se tovrstno posojilo načrtuje in upravlja iz ‚centra‘. Za dejanskega posojilodajalca se lahko šteje, da je sprejel odločitev o posojilu, vendar pa v večini primerov ni začel ali izvedel načrtovanja za finančne strukture znotraj skupine.

Trditve, da v takih primerih ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanja, izvajajo posojilodajalec ali drugi organi zunaj finančne funkcije skupine, bi bilo torej treba skrbno preveriti. Pri velikih strukturnih posojilih pričakujemo, da bo večina funkcij osebja, pristojnega za odločanje, če ne vse, locirana v ZK“ ⁽¹¹²⁾.

- (167) Za operacije financiranja med družbami, financiranje posebnih projektov v tujini in druge vrste strukturiranih posojil bodo torej običajno potrebne funkcije operativnega odločanja in spremljanja. Poleg tega je razumno predpostavljati, da bodo funkcije osebja, pristojnega za odločanja, ki so pomembne za tovrstna upravičena posojilna razmerja, tesno povezane z lokacijo finančne funkcije v multinacionalni skupini.
- (168) Poudariti je treba tudi, da niti organi ZK niti zainteresirane strani niso trdili, da bo težko izslediti funkcijo osebja, pristojnega za odločanje, za netrgovalni finančni dobiček, in da so izjeme, določene s poglavjem 9, utemeljene s potrebo po tem, da se prepreči obremenjujoče sledenje v zvezi z lokacijo funkcij osebja, pristojnega za odločanje.
- (169) Skratka, Komisija sprejema utemeljitev organov ZK, da se s spornim ukrepom preprečuje nesorazmerno obremenjujoče sledenje, za katero je mogoče reči, da izhaja iz mehanizma, ki je lasten pravilom o nadzorovanih tujih družbah ter potreben za njihovo delovanje in učinkovitost. Vendar pa bi se navedena utemeljitev uporabljala le, če bi dajatev za nadzorovano tujo družbo iz poglavja 5 temeljila samo na preizkusu „povezanega kapitala ZK“. Komisija zavrača navedeno utemeljitev, kadar bi se lahko dajatev za nadzorovano tujo družbo iz poglavja 5 uporabila in določila brez nesorazmernega bremena z uporabo običajnih pravil o dodelitvi na podlagi preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje.

6.4.3.2 Domnevna utemeljitev s potrebo po upoštevanju svoboščin iz Pogodbe

- (170) Ker Komisija meni, da je sporni ukrep delno utemeljen in da zato v navedenem delu ni selektiven, kot je povzeto v prejšnji uvodni izjavi, mora oceniti samo, ali lahko drugi argument organov ZK – spoštovanje svoboščin iz Pogodbe – zagotovi utemeljitev za *a priori* selektivno naravo spornega ukrepa, ki ni utemeljena na podlagi prvega argumenta. Vprašanje, na katero je treba odgovoriti, je torej, ali je mogoče za obdavčljive subjekte z nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, z obveznostjo ZK na podlagi prava Unije, da ne uporablja ukrepov, s katerimi se omejuje svoboda ustanavljanja njegovih podjetij rezidentov, utemeljiti uporabo spornega ukrepa za določitev dajatev za nadzorovano tujo družbo, namesto da se uporabijo splošni preizkusi iz poglavja 5, če se nanaša na položaj, v katerem so funkcije osebja, pristojnega za odločanje, povezane z netrgovalnim finančnim dobičkom iz upravičenega posojilnega razmerja, locirane v ZK. Po mnenju Komisije to ni mogoče.
- (171) Obdavčitev dobička tujih hčerinskih družb samo v obsegu, ki ga je treba pripisati domačim sredstvom in dejavnostim, ne pomeni omejitve svobode ustanavljanja, ker izhaja iz istih načel, na katerih temelji tudi odobreni pristop OECD v zvezi s pripisom dobička tujega subjekta domači stalni poslovni enoti. Navedeni pristop temelji

⁽¹¹¹⁾ HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM203380.

⁽¹¹²⁾ HMRC Internal Manual, International Manual (Notranji priročnik HMRC, mednarodni priročnik), INTM203410.

na neodvisnem tržnem načelu. Tako dejansko deluje analiza funkcij osebja, pristojnega za odločanja, v pravilih ZK o nadzorovanih tujih družbah. Zagotavlja dajatev za nadzorovano tujo družbo od dobička nadzorovane tuje družbe, vendar omejeno na tisti dobiček, ki je bil umetno preusmerjen iz ZK, pri čemer opredelitev in kvantifikacija takega umetno preusmerjenega dobička temeljita na preizkusu, s katerim se najprej opredeli, katere funkcije osebja, pristojnega za odločanje, pomembne za ustvarjanje dobička nadzorovane tuje družbe, so locirane v ZK, nato pa se dajatev za nadzorovano tujo družbo uporabi samo za tisti del dobička nadzorovane tuje družbe, ki je sorazmeren z ustreznimi funkcijami osebja, pristojnega za odločanje, lociranimi v ZK. Glede na ta učinek preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje, bi morala biti dajatev za nadzorovano tujo družbo, ki temelji na takem preizkusu, načeloma v skladu z določbami prava Unije v zvezi s svobodo ustanavljanja glede na opredelitev in pojasnila pojma zloraba s strani Sodišča.

- (172) Dejansko je sklep, izpeljan v prejšnji uvodni izjavi, v skladu z zasnovo člena 7 direktive proti izogibanju davkom, na podlagi katerega morajo države članice v svojo zakonodajo uvesti pravilo o nadzorovanih tujih družbah. Kot je pojasnjeno v uvodni izjavi 43, sta z navedeno direktivo državam članicam dani dve možnosti za zasnovo pravila o nadzorovanih tujih družbah. Prva možnost se nanaša na pravilo, ki je usmerjeno na posebne vrste dobička, ki bi – če so nizko obdavčene – morale biti obdavčene na podlagi pravila o nadzorovanih tujih družbah. Navedeno pravilo je povezano z „določbo o izvzetju“ v členu 7(2)(a) direktive proti izogibanju davkom: „Ta točka se ne uporablja, če ustrezna dejstva in okoliščine potrjujejo, da nadzorovana tuja družba opravlja pomembno gospodarsko dejavnost, za katero ima na voljo osebje, opremo, sredstva in prostore.“ Namen navedene določbe je zagotoviti skladnost s svoboščinami Unije glede na opredelitev in pojasnila pojma zloraba s strani Sodišča. Druga možnost se nanaša na pravilo, ki temelji na preizkusu funkcij osebja, pristojnega za odločanje, pri čemer je navedeno, da se za dobiček nadzorovane tuje družbe, ki izhaja iz funkcij osebja, pristojnega za odločanje, ki se izvajajo v državi članici nadzora, naloži dajatev za nadzorovano tujo družbo, tako kot v pravilih ZK o nadzorovanih tujih družbah. Ni napaka, da v členu 7(2)(a) direktive proti izogibanju davkom (določba o izvzetju) ta druga možnost ni uporabljena. Zakonodajalec EU je namreč sklenil, da taka določba o izvzetju ni potrebna za zagotovitev skladnosti pravila o nadzorovanih tujih družbah, ki temelji na funkcijah osebja, pristojnega za odločanje, s svoboščinami Unije, in sicer iz povsem enakih razlogov, kot so pojasnjeni v predhodni uvodni izjavi ⁽¹¹³⁾.
- (173) Ker naložitev dajatve za nadzorovano tujo družbo na podlagi splošnega preizkusa funkcij osebja, pristojnega za odločanje, iz poglavja 5 ne pomeni omejitve svobode ustanavljanja v Uniji, drugi argument ZK, da je sporni ukrep potreben za zagotovitev skladnosti s svoboščinami iz Pogodbe, ni umesten in torej ne more utemeljiti *a priori* selektivne obravnave v navedenih položajih.
- (174) Komisija ugotavlja, da sporni ukrep zagotavlja *a priori* selektivno prednost zavezancem za davek od dohodkov pravnih oseb v ZK, ki nadzorujejo nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, v položajih, v katerih so funkcije osebja, pristojnega za odločanje, pomembne za netrgovalni finančni dobiček, locirane v ZK, ter da *a priori* selektivne prednosti ni mogoče utemeljiti niti s potrebo po uporabnih in obvladljivih pravilih za preprečevanje izogibanja davkom niti s potrebo po upoštevanju svoboščin iz Pogodbe. Ker organi ZK in zainteresirane strani niso navedli nobenih drugih razlogov za utemeljitev *a priori* selektivne prednosti in ker Komisija med formalno preiskavo ni odkrila drugih razlogov za utemeljitev, Komisija ugotavlja, da za sporni ukrep – kakor je opisan v tej uvodni izjavi – ni mogoče reči, da izhaja neposredno iz notranjih temeljnih ali usmerjevalnih načel pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah niti da je posledica mehanizmov, ki so lastni navedenemu sistemu ter potrebni za njegovo delovanje in učinkovitost. V tem obsegu torej spornega ukrepa ni mogoče utemeljiti z naravo in splošno strukturo referenčnega sistema.

6.4.4 Sklepna ugotovitev o obstoju selektivne prednosti

- (175) Iz razlogov, predstavljenih v tem oddelku, Komisija ugotavlja, da je s spornim ukrepom dodeljena selektivna prednost zavezancem za davek od dohodkov pravnih oseb v ZK, ki umetno preusmerjajo netrgovalni finančni dobiček, ustvarjen iz upravičenega posojilnega razmerja, v nadzorovano tujo družbo, kolikor je mogoče opredeliti funkcije osebja, pristojnega za odločanje, pomembne za netrgovalni finančni dobiček, ki so locirane v ZK, s tem da jih razbremeni dajatev za nadzorovano tujo družbo, ki bi jo sicer morali plačati v okviru običajnega sistema za naložitev dajatve za nadzorovano tujo družbo na podlagi pravil ZK o nadzorovanih tujih družbah.

⁽¹¹³⁾ Direktiva (EU) 2016/1164.

6.4.5 Upravičenci do sporne sheme

- (176) Upravičenci do sporne sheme so subjekti ZK, ki nadzorujejo nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, kolikor se uporablja za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, za katerih dobičke se uporablja člen 371EB (dejavnosti v ZK) zakona TIOPA. Komisija ugotavlja, da so vsi navedeni subjekti del multinacionalne skupine, saj morajo biti tako nadzorovana tuja družba kot tudi tuja družba ali družbe v okviru skupine, ki se financirajo na podlagi upravičenega posojilnega razmerja, pod skupnim nadzorom ZK.

6.5 Sklepna ugotovitev o obstoju pomoči

- (177) Na podlagi analize iz oddelkov 6.1 do 6.4 Komisija ugotavlja, da je s spornim ukrepom upravičencem do sheme, opisanim v uvodni izjavi 176, in tudi multinacionalnim skupinam, ki jim pripadajo, dodeljena selektivna prednost. Selektivno prednost je mogoče pripisati ZK in se financira iz državnih sredstev, izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco in lahko vpliva na trgovino znotraj Unije. Sporna shema zato pomeni državno pomoč v smislu člena 107(1) Pogodbe.
- (178) Ker so zaradi spornega ukrepa zmanjšane dajatve, ki bi jih običajno morali plačati upravičenci v okviru svojih letnih poslovnih dejavnosti, bi bilo treba šteti, da je z njim upravičencem in multinacionalnim skupinam, ki jim pripadajo, dodeljena pomoč za tekoče poslovanje.
- (179) Komisija nadalje ugotavlja, da je s spremembami sheme, ki so se zgodile med formalnim postopkom preiskave in so navedene v oddelku 2.3, zagotovljeno, da od 1. januarja 2019 zahtevka za uporabo spornega ukrepa ni mogoče vložiti v zvezi z netrgovalnim finančnim dobičkom iz upravičenih posojilnih razmerij, ki izhajajo iz sredstev in tveganj, v zvezi s katerimi se ustrezne funkcije osebja, pristojnega za odločanje, izvajajo v ZK. Ker je zaradi teh sprememb ureditev skladna s pravili o državni pomoči, Komisija nima pripomb na spremenjeno ureditev, vzpostavljeno od 1. januarja 2019.

6.6 Nezakonitost pomoči

- (180) Države članice morajo v skladu s členom 108(3) Pogodbe Komisijo obvestiti o vseh načrtih za dodelitev pomoči (obveznost obveščanja), predlaganih ukrepov pomoči pa ne smejo izvajati, dokler Komisija ne sprejme dokončnega sklepa o zadevni pomoči (obveznost mirovanja).
- (181) Sporni ukrep se je začel izvajati 1. januarja 2013, precej po začetku veljavnosti Pogodbe v ZK, in ne izpolnjuje nobenih drugih razlogov, da bi se opredelil kot veljavna pomoč na podlagi člena 1(b) postopkovne uredbe (EU) 2015/1589. Zato pomeni novo shemo pomoči.
- (182) Komisija ugotavlja, da je ZK ni obvestilo o nobenem načrtu dodelitve pomoči na podlagi spornega ukrepa niti ni upoštevalo obveznosti mirovanja iz člena 108(3) Pogodbe. Zato sporni ukrep pomeni nezakonito pomoč v smislu člena 1(f) Uredbe (EU) 2015/1589.

6.7 Združljivost pomoči

- (183) Državna pomoč se šteje za združljivo z notranjim trgov, če spada v katero od kategorij iz člena 107(2) Pogodbe, za združljivo z notranjim trgov pa se lahko šteje tudi, če Komisija ugotovi, da spada v katero od kategorij iz člena 107(3) Pogodbe. Vendar je država članica, ki je dodelila pomoč, tista, ki mora dokazati, da je državna pomoč, ki jo je dodelila, združljiva z notranjim trgov v skladu s členom 107(2) ali (3) ali členom 106(2) Pogodbe.
- (184) ZK in zainteresirane strani se niso sklicevali na nobenega od razlogov za ugotovitev združljivosti spornega ukrepa.
- (185) Komisija v tej zadevi ni našla nobenega razloga za združljivost spornega ukrepa. Poleg tega bi bilo treba, kot je pojasnjeno v uvodni izjavi 178, šteti, da je s sporno shemo dodeljena pomoč za tekoče poslovanje. Praviloma se takšna pomoč običajno ne more šteti za združljivo z notranjim trgov na podlagi člena 107(3) Pogodbe, ker ne pospešuje razvoja določenih dejavnosti ali določenih gospodarskih območij. Poleg tega prednosti, dodeljene na podlagi spornega ukrepa, niso časovno omejene, se ne zmanjšujejo in niso sorazmerne s tem, kar je potrebno za odpravo specifične ekonomske tržne nepopolnosti ali izpolnitev katerega koli cilja v splošnem interesu na zadevnih območjih.

- (186) Zato sporna shema v obsegu, v katerem pomeni državno pomoč, ni združljiva z notranjim trgov.

7. VRAČILO DRŽAVNE POMOČI

- (187) V skladu s Pogodbo in ustaljeno sodno prakso Sodišča je Komisija, ko ukrepe opredeli kot nezakonito in nezdružljivo državno pomoč, pristojna, da od države članice zahteva, naj ponovno vzpostavi stanje, kakršno je prej obstajalo na trgu. To se stori z vračilom državne pomoči ⁽¹¹⁴⁾ in ukinitvijo ukrepa pomoči ⁽¹¹⁵⁾.
- (188) Zato mora Komisija v skladu s členom 16(1) Uredbe (EU) 2015/1589 odrediti vračilo nezakonite in nezdružljive pomoči. V skladu z navedeno določbo zadevna država članica tudi sprejme vse potrebne ukrepe za vračilo nezakonite pomoči, ki je razglašena za nezdružljivo z notranjim trgov. Člen 16(2) Uredbe (EU) 2015/1589 določa, da je treba pomoč vrniti, vključno z obrestmi od datuma, ko je bila nezakonita pomoč na razpolago upravičencu, do datuma njenega dejanskega vračila. V Uredbi Komisije (ES) št. 794/2004 je podrobno opredeljena metoda za izračun obresti pri vračilu državne pomoči ⁽¹¹⁶⁾. Nazadnje, člen 16(3) Uredbe (EU) 2015/1589 določa, da „se vračilo izvede nemudoma in skladno s postopki, določenimi v nacionalnem pravu zadevne države članice, če omogočajo takojšnj[e] in učinkovito izvajanje sklepa Komisije“.
- (189) Poleg tega Komisija ugotavlja, da se sporni ukrep od 1. januarja 2019 ne izvaja več.

7.1 Neobstoj legitimnih pričakovanj

- (190) Člen 16(1) Uredbe (EU) 2015/1589 določa tudi, da Komisija ne zahteva vračila pomoči, če bi bilo to v nasprotju s splošnim načelom prava EU.
- (191) Čeprav niso niti organi ZK niti zainteresirane strani navedli izrecnih argumentov, da bi bilo treba vračilo preprečiti zaradi načela legitimnih pričakovanj, bo Komisija vseeno ocenila njegovo morebitno uporabo. V zvezi s tem Komisija navaja, da so se organi ZK v letih 2009 in 2010 obrnili na službe Komisije glede revizije pravil o nadzorovanih tujih družbah ⁽¹¹⁷⁾. Ti stiki so se nanašali na izmenjavo uradnih dopisov v zvezi z vprašanjem, ali je bila s spremembami, ki jih je ZK vneslo v stara pravila ZK o nadzorovanih tujih družbah (veljavna pred letom 2013), ustrezno obravnavana obveznost ZK, da ravna v skladu s sodbo Sodišča v zadevi Cadbury Schweppes, kot je navedla ena od zainteresiranih strani.
- (192) Načelo varstva legitimnih pričakovanj se nanaša na vse osebe, ki imajo lahko upravičena in dobro utemeljena pričakovanja ter so od pristojnih institucij Unije prejele natančna, brezpogojna in skladna zagotovila. Navedena zagotovila morajo biti poleg tega skladna z veljavnimi predpisi ⁽¹¹⁸⁾.
- (193) V obravnavani zadevi ni mogoče šteti, da izmenjava dopisov med službami Komisije in organi ZK v okviru, navedenem v uvodni izjavi 191, zagotavlja natančno in brezpogojno zagotovilo glede skladnosti izjeme pri financiranju skupin z določbami Unije o državni pomoči. Izmenjava ni potekala v okviru razpravljanja o pravilih EU o državni pomoči in zagotovo ne v okviru formalnega postopka v skladu s členom 108(2) Pogodbe. Razprava o nadzorovani tuji družbi se je nanašala na zadevo Cadbury Schweppes v zvezi z morebitno kršitvijo svobode ustanavljanja zaradi ustanovitve nadzorovane tuje družbe. Zato ni moglo biti v okviru teh dopisov ZK ali upravičencem do sheme dano nikakršno zagotovilo glede neobstoja državne pomoči, kar zadeva pravila o nadzorovanih tujih družbah, uvedena leta 2013, ali – natančneje – sporni ukrep.

⁽¹¹⁴⁾ Sodba Španija/Komisija, C-278/92, ECLI:EU:C:1994:325, točka 75.

⁽¹¹⁵⁾ Sodba Residex Capital IV CV, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, točke 45 do 47.

⁽¹¹⁶⁾ Uredba Komisije (ES) št. 794/2004 z dne 21. aprila 2004 o izvajanju Uredbe Sveta (ES) št. 659/1999 o določitvi podrobnih pravil za uporabo člena 93 Pogodbe ES (UL L 140, 30.4.2004, str. 1).

⁽¹¹⁷⁾ Uradni opomin z dne 22. marca 2010, C(2010) 1521; obrazloženo mnenje z dne 20. maja 2011, C(2011) 3275 final.

⁽¹¹⁸⁾ Sodbe Sodišča z dne 24. marca 2011, ISD Polska in drugi/Komisija, C-369/09 P, ECLI:EU:C:2011:175, točka 123; z dne 16. decembra 2010, Kahla Thüringen Porzellan/Komisija, C-537/08 P, ECLI:EU:C:2010:769, točka 63, in z dne 16. decembra 2008, Masdar (UK)/Komisija, C-47/07 P, ECLI:EU:C:2008:726, točki 34 in 81.

7.2 Neobstoj kršitve drugih temeljnih načel prava EU

- (194) Kar zadeva pomisleke nekaterih zainteresiranih strani, da bi bile lahko zaradi vračila kršene svoboščine iz Pogodbe, Komisija opozarja, da njena obveznost uveljavljanja skladnosti davčnega ukrepa s pravili o državni pomoči iz Pogodbe ne sme nikoli privedi do rezultata, ki bi bil v nasprotju z drugimi posebnimi določbami Pogodbe ⁽¹¹⁹⁾. Obveznost Komisije, da zagotovi uporabo določb EU o državni pomoči, ki je skladna z drugimi določbami Pogodbe, je še toliko nujnejša, kadar je cilj navedenih drugih določb tudi neizkrivljena konkurenca na notranjem trgu, kot to velja za člen 49 Pogodbe, katerega namen je ohraniti svobodo ustanavljanja in svobodno konkurenco med gospodarskimi subjekti ene države članice s sedežem v drugi državi članici in gospodarskimi subjekti te druge države članice ⁽¹²⁰⁾.
- (195) Kot pa je navedeno v uvodnih izjavah 170 do 174, nezakonita pomoč, dodeljena upravičencem z določitvijo oprostitve dajatve za nadzorovano tujo družbo, ni utemeljena s preudarki, ki temeljijo na svobodi ustanavljanja, saj naložitev take dajatve ne posega v navedeno svobodo. Ker torej naložitev dajatve ne posega v navedeno svobodo na notranjem trgu, zahteve za izterjavo pravilne dajatve za nadzorovano tujo družbo od družb, ki so imele korist od spornega ukrepa, ni mogoče šteti za kršitev navedene svobode. Izterjava opuščenih dajatve za nadzorovano tujo družbo od družb, ki uporabljajo izjemo pri financiranju skupin, je potrebna za obnovitev enakih konkurenčnih pogojev na notranjem trgu. Ker je opredelitev izjeme pri financiranju skupin kot pomoči, ki jo je treba vrniti, popolnoma v skladu z določbami Pogodbe, katerih namen je zavarovati temeljne svoboščine, Komisija meni, da temeljno načelo prava EU ne preprečuje vračila pomoči ⁽¹²¹⁾.
- (196) Organi ZK ali zainteresirane strani niso navedli nobenega drugega splošnega načela, v obravnavani zadevi pa tudi nič ne kaže na tako kršitev.
- (197) Skratka, ni razlogov ali argumentov, ki bi lahko preprečili ali omejili vračilo pomoči, dodeljene z uporabo sporne sheme.

7.3 Metodologija za določitev zneska vračila pomoči

- (198) Namen vračila je ponovno vzpostaviti razmere, kakršne so na notranjem trgu obstajale, preden je bila pomoč na razpolago upravičencu ⁽¹²²⁾. V tem okviru je Sodišče navedlo, da je navedeni cilj dosežen, ko prejemnik povrne zneske, ki so mu bili dodeljeni z nezakonito pomočjo, in tako izgubi prednost, ki jo je imel pred konkurenti na trgu, ter ko se znova vzpostavijo razmere pred izplačilom pomoči ⁽¹²³⁾.
- (199) Z nobeno določbo prava Unije se od Komisije ne zahteva, naj pri odreditvi vračila pomoči, razglašene za nezdržljivo z notranjim trgov, določi natančen znesek pomoči, ki ga je treba vrniti. Nasprotno, zadostuje, da so v sklepu Komisije podatki, ki njegovemu naslovniku omogočajo, da ta znesek brez večjih težav opredeli sam ⁽¹²⁴⁾.
- (200) V primeru nezakonite državne pomoči v obliki davčnih ukrepov ali drugih dajatev bi bilo treba znesek za vračilo izračunati na podlagi primerjave med dejansko plačanim zneskom davka in zneskom, ki bi moral biti plačan v skladu s splošno veljavnim pravilom. Za opredelitev zneska davka, ki bi moral biti plačan, če upravičenci iz uvodne izjave 176 ne bi uporabili spornega ukrepa, bi morali organi ZK znova oceniti davčno obveznost subjektov, ki so imeli korist od spornega ukrepa, za vsako davčno leto, v katerem so imeli korist od navedenega ukrepa. Zadevni subjekti so subjekti rezidenti ZK, ki nadzorujejo nadzorovano tujo družbo, ki ustvarja netrgovalni finančni dobiček iz upravičenega posojilnega razmerja, kolikor so funkcije osebja, pristojnega za odločanje, pomembne za sredstva in tveganja, iz katerih izhaja netrgovalni finančni dobiček, locirane v ZK, če so navedeni subjekti vložili zahtevek, kot je opisan v členu 371Ij poglavja 9.

⁽¹¹⁹⁾ Sodbe z dne 21. maja 1980, Komisija/Italija, 73/79, ECLI:EU:C:1980:129, točka 11; z dne 19. septembra 2000, Nemčija/Komisija, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, točka 78, in z dne 31. januarja 2001, Weyl Beef Products in drugi/Komisija, T-197/97 in T-198/97, ECLI:EU:T:2001:28, točka 75.

⁽¹²⁰⁾ Sodba z dne 13. maja 2015, Niki Luftfahrt/Komisija, T-511/09, ECLI:EU:T:2015:284, točka 215.

⁽¹²¹⁾ Sodba Salzgitter/Komisija, T-308/00 RENV, ECLI:EU:T:2013:30.

⁽¹²²⁾ Glej sodbo Sodišča z dne 11. decembra 2012, Komisija/Španija („Magesa II“), C-610/10, ECLI:EU:C:2012:530, točka 105.

⁽¹²³⁾ Sodba Sodišča z dne 4. aprila 1995, Komisija/Italija („Alfa Romeo“), C-348/93, ECLI:EU:C:1995:95, točka 27.

⁽¹²⁴⁾ Sodba Komisija/Francija, C-441/06, ECLI:EU:C:2007:616, točka 29 in navedena sodna praksa.

(201) Pri zneskih pomoči, ki jih je treba izterjati od vsakega upravičenca, bi bilo treba upoštevati:

- znesek davka, prihranjenega zaradi vložitve zahtevka, kot je opisan v členu 371IJ poglavja 9, in
- obrestne obresti od navedenega zneska, izračunane od datuma, ko je bila pomoč dana na razpolago upravičencem. Za vsako davčno leto se šteje, da je bila pomoč na razpolago upravičencu od dneva, ko bi neplačani davek zapadel v plačilo, če ne bi bilo zahtevka.

(202) Znesek davka, prihranjenega v posameznem davčnem letu, bi bilo treba izračunati kot:

- dajatev za nadzorovano tujo družbo za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, ki bi bil vključen v davčno napoved družbe, če ne bi bil vložen zahtevek iz člena 371IJ poglavja 9, *minus*
- dajatev za nadzorovano tujo družbo, dejansko naložena za isti dobiček.

(203) Dajatev za nadzorovano tujo družbo, ki bi veljala za upravičenca, če ta ne bi vložil zahtevka iz člena 371IJ poglavja 9, bi bilo treba izračunati na podlagi splošnega sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb v ZK, vključno s pravili ZK o nadzorovanih tujih družbah, ki so se v ZK uporabljala v času, ko se šteje, da je bila pomoč dodeljena, ter v zvezi z dejanskim in pravnim položajem upravičenca. Hipotetične alternativne rešitve na podlagi različnih operativnih in pravnih okoliščin, ki bi jih upravičenec lahko izbral, če ne bi smel vložiti zahtevka iz člena 371IJ poglavja 9, se ne bi smele upoštevati ⁽¹²⁵⁾.

(204) Obveznost vračila nezakonite in nezdružljive pomoči zajema davčna leta od leta 2013 do zadnjega davčnega leta, v katerem je vsak upravičenec uporabil ukrep pomoči. Komisija meni, da je shema veljala do 31. decembra 2018. Od datuma uradnega obvestila o tem sklepu organi ZK pri oceni davčnih napovedi obdavčljivih subjektov zavrnejo vsak zahtevek, vložen na podlagi člena 371IJ poglavja 9 za popolno ali delno oprostitve, kolikor so funkcije osebja, pristojnega za odločanje, povezane s sredstvi in tveganji, rezultat katerih je netrgovalni finančni dobiček, locirane v ZK.

8. SKLEPNA UGOTOVITEV

(205) Komisija ugotavlja, da je Združeno kraljestvo nezakonito izvajalo sporni ukrep v korist nekaterih družb rezidentk ZK in s tem kršilo člen 108(3) Pogodbe. Komisija ugotavlja tudi, da izjema pri financiranju skupin pomeni državno pomoč, ki ni združljiva z notranjim trgov v smislu člena 107(1) Pogodbe, kolikor se uporablja za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, za katerih dobičke se uporablja člen 371EB (dejavnosti v ZK) zakona TIOPA. Združeno kraljestvo mora na podlagi člena 16 Uredbe (EU) 2015/1589 zahtevati vračilo vse pomoči, dodeljene upravičencem do izjeme pri financiranju skupin –

SPREJELA NASLEDNJI SKLEP:

Člen 1

Shema izjeme pri financiranju skupin, vključena v zakone o davkih kot poglavje 9 dela 9A zakona o obdavčevanju (mednarodne in druge določbe) iz leta 2010, pomeni pomoč v smislu člena 107(1) Pogodbe, kolikor se uporablja za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, za katerih dobičke se uporablja člen 371EB (dejavnosti v ZK) dela 9A zakona TIOPA. Pomoči ne pomeni, kadar se uporablja za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, za katerega se uporablja člen 371EC (kapitalske naložbe iz ZK) dela 9A zakona TIOPA in se ne uporablja člen 371EB (dejavnosti v ZK) dela 9A zakona TIOPA. Kolikor shema izjeme pri financiranju skupin pomeni pomoč, je to „shema pomoči“ v smislu člena 1(d) Uredbe (EU) 2015/1589. Pomoč, dodeljena na podlagi sheme pomoči, ni združljiva z notranjim trgov in jo je Združeno kraljestvo začelo izvajati nezakonito, s čimer je kršilo člen 108(3) Pogodbe.

Člen 2

1. Združeno kraljestvo od upravičencev do navedene pomoči izterja vso nezdružljivo pomoč, dodeljeno na podlagi sheme pomoči.

⁽¹²⁵⁾ Sodba z dne 15. decembra 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774.

2. Zneski, ki jih je treba vrniti, vključujejo obresti od datuma, ko so bili dani na razpolago zadevnemu upravičencu, do datuma njihovega dejanskega vračila. Za namene tega člena se šteje, da je pomoč za posamezno leto upravičencu dana na razpolago na dan, ko bi davek za zadevno davčno leto, ki zaradi sheme pomoči ni bil pobran, zapadel v plačilo, če sheme pomoči ne bi bilo.
3. Obresti na zneske, ki jih je treba vrniti, se izračunajo na podlagi obrestnoobrestnega računa v skladu s poglavjem V Uredbe (ES) št. 794/2004.
4. Združeno kraljestvo od datuma uradnega obvestila o tem sklepu prekliče vsa neizvedena plačila pomoči, dodeljene na podlagi sheme pomoči, in preneha omogočati uporabo sheme pomoči.
5. Člen 1 se ne uporablja za pomoč, dodeljeno na podlagi spornega ukrepa, če je ob dodelitvi izpolnjevala pogoje iz Uredbe Komisije (EU) št. 1407/2013 ⁽¹²⁶⁾.

Člen 3

1. Vračilo pomoči v skladu s členom 2 se izvede takoj in učinkovito.
2. Združeno kraljestvo zagotovi, da se ta sklep v celoti izvede v štirih mesecih od datuma uradnega obvestila o njem.

Člen 4

1. V dveh mesecih od uradnega obvestila o sklepu Združeno kraljestvo Komisiji predloži naslednje informacije:
 - (a) seznam upravičencev, ki so prejeli pomoč na podlagi sheme pomoči;
 - (b) seznam davčnih zavezancev, ki so uporabili izjemo pri financiranju skupin za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij, za katerega se uporablja člen 371EC (kapitalske naložbe iz ZK) dela 9A zakona TIOPA in ne uporablja člen 371EB (dejavnosti v ZK) dela 9A zakona TIOPA;
 - (c) za vsakega upravičenca dajatev za nadzorovano tujo družbo, dejansko obračunano pri določitvi obveznosti upravičenca na podlagi napovedi davka od dohodkov pravnih oseb, za vsako davčno leto, v katerem je uporabil izjemo pri financiranju skupin, ter ustrezne obrazce napovedi davka od dohodkov pravnih oseb ⁽¹²⁷⁾;
 - (d) za vsakega upravičenca dajatev za nadzorovano tujo družbo, ki bi bila obračunana, če ne bi uporabil izjeme pri financiranju skupin, vključno z uporabljenimi izračuni, za vsako davčno leto, v katerem je upravičenec uporabil izjemo pri financiranju skupin;
 - (e) skupni znesek pomoči in podroben izračun zneska (glavnica zneska pomoči in obresti za vračilo), ki ga je treba izterjati od vsakega upravičenca;
 - (f) dokumente, ki dokazujejo, da je bilo upravičencem odrejeno vračilo pomoči.
2. Združeno kraljestvo za vsakega upravičenca Komisiji predloži ustrezna dokazila, iz katerih je razvidno, kako je bil izračunan obseg, v katerem se za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij uporablja člen 371EB dela 9A zakona TIOPA.
3. Združeno kraljestvo za vsakega davčnega zavezanca iz odstavka 1(b) tega člena Komisiji predloži ustrezna dokazila, iz katerih je razvidno, da se za netrgovalni finančni dobiček iz upravičenih posojilnih razmerij uporablja člen 371EC dela 9A zakona TIOPA in ne uporablja člen 371EB dela 9A zakona TIOPA.
4. Združeno kraljestvo Komisijo obvešča o napredku glede nacionalnih ukrepov, sprejetih za izvajanje tega sklepa, dokler vračilo pomoči v skladu s členom 2 ni končano. Komisiji na njeno zahtevo nemudoma predloži informacije o že sprejetih in načrtovanih nacionalnih ukrepih za usklajitev s tem sklepom, vključno s podrobnimi informacijami o zneskih pomoči in obrestih za vračilo, že izterjanih od upravičencev.

⁽¹²⁶⁾ Uredba Komisije (EU) št. 1407/2013 z dne 18. decembra 2013 o uporabi členov 107 in 108 Pogodbe o delovanju Evropske unije pri pomoči *de minimis* (UL L 352, 24.12.2013, str. 1).

⁽¹²⁷⁾ Vključno s pripravljalnim gradivom in ustreznimi dodatnimi stranmi davčne napovedi družbe (npr. obrazec CT600B).

Člen 5

Ta sklep je naslovljen na Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska.

V Bruslju, 2. aprila 2019

Za Komisijo
Margrethe VESTAGER
Članica Komisije
