

# PRAVILO OBRESTNE OMEJITVE - DIREKTIVA EU O DOLOČITVI PRAVIL PROTI PRAKSAM IZOGIBANJA DAVKOM, KI NEPOSREDNO VPLIVAJO NA DELOVANJE NOTRANJEGA TRGA

MARKO KERIN

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija  
kerin.m@gmail.com

S 1. 1. 2019 so bile nekatere države članice EU zavezane implementirati pravilo obrestne omejitve na podlagi Direktive proti izogibanju davkom (ATAD), druge države članice, vključno s Slovenijo, s primerljivo učinkovitim pravilom tanke kapitalizacije, pa morajo to napraviti najkasneje do 1. 1. 2024. Namen prispevka je obravnavati pravne dileme na ravni EU v zvezi s pravilom obrestne omejitve, zlasti z vidika njegove skladnosti s primarnim pravom EU. Članek osvetli problematiko preko sodne prakse Sodišča EU. Prikaže tudi potencialno neustavnost pravila obrestne omejitve v Nemčiji. V zadnjem delu najprej proučim sodbe slovenskih sodišč v zvezi s tanko kapitalizacijo. Sledi pregled slovenskih sodb v zvezi z davčnim načelom plačila davka na podlagi ekonomske sposobnosti in objektivnega neto načela. Na podlagi analize sodb Ustavnega sodišča RS lahko sklenemo, da bo z implementacijo pravila obrestne omejitve tudi v Sloveniji takšno pravilo diskriminiralo davčne zavezance. V zaključku prispevka je podanih nekaj predlogov zakonodajalcu.

DOI  
[https://doi.org/  
10.18690/um.pf.1.2024.24](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.24)

ISBN  
978-961-286-817-8

**Ključne besede:**  
pravilo obrestne omejitve,  
Direktiva proti zlorabam,  
BEPS,  
primarno pravo EU,  
ustavnost omejitvenega  
pravila



Univerzitetna založba  
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/  
10.18690/um.pf.1.2024.24](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.24)

ISBN

978-961-286-817-8

**Keywords:**

interest limitation rule,  
Anti-tax Avoidance  
Directive,  
BEPS,  
primary law EU,  
constitutionality of the  
limitation rule

# INTEREST LIMITATION RULE – EU DIRECTIVE LAYING DOWN RULES AGAINST TAX AVOIDANCE PRACTICES THAT DIRECTLY AFFECT THE FUNCTIONING OF THE INTERNAL MARKET

MARKO KERIN

University of Maribor, Faculty of Law Maribor, Slovenia  
[kerin.m@gmail.com](mailto:kerin.m@gmail.com)

As of 1 January 2019, some EU Member States were obliged to implement the interest limitation rule on the basis of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). Some Member States, including Slovenia (with a comparatively effective thin capitalization rule) must implement interest limitation rule by 1 January 2024 at the latest. The purpose of this paper is to address the legal dilemmas at EU level surrounding the interest limitation rule, particularly in terms of its compliance with EU primary law. The article sheds light on the issue through the jurisprudence of the Court of Justice of the EU. It also demonstrates the potential unconstitutionality of the interest limitation rule in Germany. In the last part, I first examine the judgments of the Slovenian courts on thin capitalization. This is followed by an overview of Slovenian judgments concerning the violation of the principle of ability to pay taxes and the objective net principle. Based on the analysis of the judgments of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, it can be concluded that the implementation of the interest limitation rule in Slovenia will also discriminate against taxpayers. The paper concludes with some suggestions to the legislator.



## 1 Uvod

Članek predstavlja razvoj presoje Sodišča EU in Ustavnega sodišča RS na področju omejevalnih pravil proti davčnemu izogibanju in agresivnemu davčnemu načrtovanju. Natančneje, v fokusu raziskave je pravilo tanke kapitalizacije oz. njegov podtip, imenovan obrestna omejitev, ki je bila na evropski ravni uveljavljena z Direktivo št. 2016/1164 z dne 12. julija 2016 o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom, ki neposredno vplivajo na delovanje notranjega trga<sup>1</sup> (ATAD), v Sloveniji pa bo takšno pravilo uveljavljeno leta 2024, zato v članku analiziramo ustavnosodno prakso dosedanje tanke kapitalizacije. Opravljena analiza odločitev Sodišča EU in Ustavnega sodišča RS bo ob upoštevanju nemške sodne prakse, ki se je že soočila z obrestno omejitvijo, skušala odgovoriti na vprašanje kompatibilnosti obrestne omejitve s temeljnimi evropskimi svoboščinami ter ustavnimi pravicami v Republiki Sloveniji (RS). Problematika je na evropski ravni povezana predvsem z dejstvom, da je Sodišče EU v večini sodb dopuščalo poseg v temeljne pravice s pravili proti zlorabam, pod pogojem, da se omejevalno pravilo nanaša na popolnoma umetne sheme. Na nacionalni ravni pa bo obrestna omejitev zaradi kršitve načela plačila po ekonomski sposobnosti trčila v načelo enakosti pred zakonom.

V prispevku v ta namen najprej v drugem poglavju obravnavam določbe pravila obrestne omejitve, ki so bile uveljavljene z ATAD ter spremenjene leta 2017.<sup>2</sup> V tretjem poglavju analiziram obrestno omejitev z vidika potencialne neskladnosti tega pravila s primarnim pravom EU, kjer izhajam iz dosedanjih sodb Sodišča EU, ki so obravnavala davčno izogibanje in zlorabe, ter konflikt glede na uveljavljene temeljne svoboščine EU. V četrtem poglavju predstavim obrestno omejitev uveljavljeno v Nemčiji ter njeno potencialno neustavnost z nemško ustavo. V petem poglavju obravnavam dosedanje sodno prakso na temo tanke kapitalizacije v RS s poudarkom na ustavnosodni praksi. Na tej podlagi naredim sklepe glede potencialne neustavnosti obrestne omejitve, saj bo s 1. 1. 2024 to pravilo uveljavljeno tudi v Sloveniji. V šestem poglavju podam predlog o tem, kakšna konstrukcija bi za slovensko ureditev predstavljala ustrezno obliko tega pravila. V zadnjem poglavju podam sklepne besede.

---

<sup>1</sup> ULL 193, 19. 7. 2016.

<sup>2</sup> ULL 144, 7. 6. 2017.

## 2 ATAD – Pravilo obrestne omejitve

### 2.1 Splošno

Določba 4. člena ATAD opredeljuje pravilo davčnega prava, imenovano obrestna omejitev.<sup>3</sup> Z izrazom tanka kapitalizacija se največkrat pojmuje davčna pravila, ki omejujejo obseg dolžniškega financiranja, kar pomeni, da je obrestno pravilo podtip tanke kapitalizacije, zato v splošnem izraz »tanka kapitalizacija« zajema tudi pravilo obrestne omejitve. Vendar prav zato, ker obstaja več pravil tanke kapitalizacije in je obrestna omejitev le-eno od njih, v prispevku zaradi jasnosti uporabljam izraz obrestno pravilo ali obrestna omejitev in klasična tanka kapitalizacija.<sup>4</sup>

### 2.2 Projekt BEPS

OECD je leta 2013 pripravil Akcijski plan za zmanjšanje erozije davčne osnove (BEPS). V ta namen je v akcijskem planu načrtal 15 strateških aktivnosti.<sup>5</sup> Glavna osredotočenost prenove projekta BEPS je bila na omejitvi davčne konkurence, ki omogoča davčno evazijo. V pomembnem delu se je OECD neposredno in posredno ukvarjala s področjem obresti iz posojil in njegovih ekvivalentov, ki ustvarjajo finančne odhodke. Zastavljen cilj BEPS je bil zagotoviti, da je davek pobran tam, kjer se ekonomske aktivnosti dejansko odvijajo. Z manipulacijami multinacionalke premikajo dobičke v države, ki imajo nizke ali ničelne davčne stopnje, kar pomeni, da nobena država nima davčnih koristi (preprečitev dvojne neobdavčitve). Takšna praksa pomeni poseg v pravičnost in integriteto mednarodnega davčnega sistema. OECD je kot minimalni standard opredelila sicer le štiri ukrepe<sup>6</sup> in vsi so bili implementirani skozi različne akte v EU.

### 2.3 Osnovne značilnosti ATAD

Iz uvoda ATAD izhaja, da je za dobro delovanje notranjega trga EU bistveno, da države članice izpolnijo svoje zaveze v okviru pobude BEPS ter sprejmejo ukrepe za preprečevanje praks izogibanja davkom ter zagotavljanje pravičnega in učinkovitega obdavčevanja v EU na dovolj dosleden in usklajen način.

<sup>3</sup> Obrestna meja ali obrestna omejitev (angl. Interest Limitation ali Interest Barrier ali Earnings Stripping Rule).

<sup>4</sup> Dolgo časa najbolj razširjen podtip razmerja med dolgom in kapitalom (D/K).

<sup>5</sup> OECD, BEPS, Action 4, Final Report.

<sup>6</sup> Boj proti škodljivim davčnim praksam, preprečevanje zlorab davčnih konvencij, transferne cene – dokumentacija, učinkovitost mehanizmov za reševanje sporov.

Določba 3. člena ATAD določa, da direktiva ne preprečuje uveljavljanja nacionalnih pravil ali sporazumov, ki so namenjeni varovanju davčne osnove na višjem (strožjem) nivoju, kot je to predpisano z ATAD.

ATAD mora biti obvezno implementirana v nacionalno zakonodajo, da bodo njeni učinki lahko veljavni, saj omejuje pravice davčnih zavezancev. Davčnemu zavezancu v posamezni državi članici se ne bo smelo omejiti pravic, dokler direktiva tam ne bo implementirana.

## **2.4 Določbe 4. člena ATAD**

Omejitev obresti je določena s pravilom 4. člena ATAD, po katerem se presežni stroški izposojanja<sup>7</sup> priznajo v davčnem obdobju, v katerem nastanejo, vendar le do 30 odstotkov dobička davčnega zavezanca pred obrestmi, davki in amortizacijo (EBITDA).<sup>8</sup>

Dovoljen koridor med 10 in 30 odstotki EBITDA je namenjen preprečevanju davčne erozije in premikanja dobičkov. Pri podjetjih v skupini, ki so bolj zadolžena in imajo presežne obresti, lahko ekonomsko gledano pride do dvojne obdavčitve. Iz tega namena je smiselno, da država najprej določi ustrezno obrestno pravilo na ravni podjetja in ga kombinira s skupinskim pravilom, saj slednji omogoča več manevrskega prostora.<sup>9</sup>

EBITDA se izračuna tako, da se dohodku, za katerega se plača davek od dohodkov pravnih oseb v državi članici davčnega zavezanca, ponovno prištejejo za davek prilagojeni zneski presežnih stroškov izposojanja in za davek prilagojeni zneski za amortizacijo. Dohodek, ki je izvzet iz obdavčitve, je izključen iz EBITDA davčnega zavezanca.

---

<sup>7</sup> Določba 2. člena ATAD jih opredeljuje kot znesek, za katerega odbitni stroški izposojanja davčnega zavezanca presegajo prihodke od obresti in druge ekonomsko enakovredne obdavčljive prihodke, ki jih prejme davčni zavezanec v skladu z nacionalnim pravom. Stroški izposojanja pa so opredeljeni kot obrestni odhodki od vseh oblik dolgov, drugi stroški, ki so ekonomsko enakovredni obrestim in stroškom, nastalim v povezavi z zbiranjem finančnih sredstev, kot je opredeljeno v nacionalnem pravu.

<sup>8</sup> Angl. *Earnings before interests, taxes, depreciation and amortization*.

<sup>9</sup> OECD, BEPS, Action 4, Final Report.

Države članice lahko opcijsko dovolijo naslednje izjeme:

- priznanje presežnih stroškov izposojanja do 3 milijone evrov (to lahko velja tudi za celotno skupino);
- popolnoma se priznajo stroški izposojanja, če je davčni zavezanec samostojen subjekt;<sup>10</sup>
- izključijo se finančna podjetja, tudi če so takšna finančna podjetja del konsolidirane skupine za namene finančnega računovodstva.

Države članice lahko iz področja uporabe izključijo presežne stroške izposojanja, ki nastanejo na podlagi:

- posojil, ki so bila sklenjena pred 17. junijem 2016, pri čemer izključitev ne zajema nobenih naknadnih sprememb zadevnih posojil;
- posojil, ki se uporabljajo za financiranje dolgoročnega javnega infrastrukturnega projekta,<sup>11</sup> pri katerem so upravljavec projekta, stroški izposojanja, sredstva in dohodek v EU.

Če je davčni zavezanec del konsolidirane skupine za namene finančnega računovodstva, se mu lahko prizna pravica do bodisi:

- popolnega priznanja presežnih stroškov izposojanja, če lahko dokaže, da je njegov lastniški kapital glede na njegovo bilančno vsoto enak ali višji kot je enakovredno razmerje skupine;
- priznanja presežnih stroškov izposojanja v znesku, ki presega znesek, ki bi se lahko priznal v skladu s prej definiranimi pravili; višja omejitev priznavanja presežnih stroškov se nanaša na konsolidirano skupino za namene finančnega računovodstva, katere član je davčni zavezanec.

Prenos naprej za presežne stroške izposojanja je časovno neomejen, neporabljene obresti pa je možno prenašati naprej še pet let. Države članice lahko poleg tega pravila uvedejo tudi druga bolj splošna ali pa bolj specifična pravila. Dodatna pravila

---

<sup>10</sup> Za namene te alineje je samostojen subjekt tisti davčni zavezanec, ki ni del konsolidirane skupine za namene finančnega računovodstva in nima povezanega podjetja ali stalne poslovne enote.

<sup>11</sup> Pomeni projekt za vzpostavitev, posodobitev, upravljanje in/ali vzdrževanje premoženja velike vrednosti, ki je v splošnem javnem interesu države članice.

so smiselna, če še vedno obstajajo visoka tveganja in je potrebno dodatno preprečevati premikanje dobičkov in zniževanje davčne osnove. Za poenoteno obravnavo pravila je pomembno, da so stroški izposojanja razumljeni za vse države na enak način, prav tako mora biti EBITDA izračunan po enotni formuli. Drugačna interpretacija stroškov izposojanja ali EBITDA vodi do nekonsistentne aplikacije pravila v različnih državah.

Vse našteje izjeme so pomembne, kajti iz dikcije 4. člena ATAD izhaja, da se v izračun presežnih stroškov izposojanja vključujejo posojila vseh subjektov in ne le povezanih oseb z izjemo finančnih podjetij.<sup>12</sup> Povedano drugače, v izračun presežnih stroškov izposojanja se vključijo tudi posojila tretjih oseb in bank; slednje lahko država članica oziroma izloči.

### **3 Skladnost obrestnega pravila s primarnim pravom EU**

#### **3.1 Uvodno**

Pravo EU predstavlja nadnacionalni pravni red, ki ga opredeljujejo pomembni pravni viri,<sup>13</sup> prav tako pa tudi sama interpretacija pravnih pravil. Za interpretacijo omejitvenih pravil<sup>14</sup> je ključnega pomena tudi razumevanje sodb Sodišča EU.<sup>15</sup>

Implementacija direktiv v nacionalni pravni red terja prilagoditev pravnih pravil tako, da le-ta ustrezajo jezikovni razlagi besedila direktive kot tudi ciljem sekundarne zakonodaje EU. Sekundarna zakonodaja pa se mora interpretirati v skladu s primarnim pravom EU.

Na področju direktnih davkov so države članice do sprejema ATAD same odločale, kakšna omejitvena pravila bodo implementirale, tj., kako se bodo spopadale z davčnim izogibanjem in davčnimi zlorabami. Z ATAD pa so bili narejeni določeni

---

<sup>12</sup> Peti odstavek 2. člena ATAD: kreditna institucija ali investicijsko podjetje, ali družba za upravljanje kolektivnih naložbenih podjetij za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje; zavarovalnica, pozavarovalnica, institucija za poklicno pokojninsko zavarovanje; pokojninske institucije, ki upravljajo pokojninske sisteme, ki se obravnavajo kot sistemi socialne varnosti; alternativni investicijski sklad; centralna nasprotna stranka; centralno depotna družba.

<sup>13</sup> Podrobneje gl. npr. E. Aaltonen, 2017, GAAR of the Anti-Tax Avoidance Directive, str. 6.

<sup>14</sup> V jurisprudenci sodb Sodišča EU igra zelo pomembno vlogo teleološka razlaga (gl. več npr. K. Künnapas, Dysfunctionality From the Sovereignty Conflict in the ATAd GAAR, 2020, str. 100, 104–105).

<sup>15</sup> T. W. Kollruss, The Freedom of Cross-Border Funding in Multinational Groups and European Union Law, 2021, str. 2.

premiki v smeri večje harmonizacije davčnih pravil, namenjenih boju proti izogibanju davkom.

### 3.2 Vpliv temeljnih svoboščin na sistem neposrednih davkov v EU

Na najvišji ravni prava EU, ki ga predstavlja primarno pravo, je za področje davkov pomemben koncept notranjega trga, ki zahteva prost pretok blaga, storitev, ljudi in kapitala. Gre za uveljavljanje temeljnih svoboščin,<sup>16</sup> katerih cilj je v zagotavljanju tekočega delovanja notranjega trga. Tretji odstavek 6. člena Pogodbe o Evropski uniji<sup>17</sup> (PEU) določa, da temeljne svoboščine konstituira splošne principe prava EU. Le-te pa varuje Sodišče EU. Varovanje temeljnih svoboščin prevlada nad nacionalno zakonodajo, kar ima preko koncepta notranjega trga vpliv na neposredne davke.

Temeljne svoboščine preprečujejo diskriminacijo<sup>18</sup> in omejitve.<sup>19</sup> Na eni strani omogočajo dostop do trgov drugih držav članic, hkrati pa ščitijo rezidente države članice, ki želijo opravljati dejavnost v drugi državi članici, pred diskriminatornimi ukrepi njihove države v primerjavi z davčnimi zavezanci nerezidenti, ki opravljajo le dejavnost v tej državi.<sup>20</sup> Izjema je pravica do prostega pretoka kapitala, na katero se lahko sklicujejo tudi rezidenti tretjih držav.<sup>21</sup>

Ne sekundarna zakonodaja EU ne nacionalna zakonodaja ne moreta biti neskladni s splošnimi principi prava EU. Kljub temu, da področje neposrednih davkov ni harmonizirano, morajo države članice EU upoštevati pravo EU, kar izhaja iz zadeve *Schumacker*.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Relevantne so naslednja: prost pretok blaga (26., 28. do 37. člen Pogodbe o delovanju EU; UL L C 326, 26. 10. 2012; PDEU); prost pretok oseb (21. člen PDEU); prost pretok kapitala (63. člen PDEU); pravica do ustanavljanja (49. do 55. člen PDEU); pravica do storitev (56. do 62. člen PDEU).

<sup>17</sup> UL C 326, 26. 10. 2012.

<sup>18</sup> Drugačno obravnavanje podobnih primerov.

<sup>19</sup> Le-te vplivajo na manj privlačen vstop na trg.

<sup>20</sup> M. Keuthen, 2009, Die Vermeidung der juristischen Doppelbesteuerung im EG-Binnenmarkt, str. 30–31.

<sup>21</sup> C. Wagner, 2010, Steuergleichheit unter Standortvorbehalt?, str. 40.

<sup>22</sup> Zadeva C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt proti Roland Schumacker, ECLI:EU:C:1995:31 (*Schumacker*).



Glede davka na dobiček je najpomembnejša temeljna svoboščina pravica do ustanavljanja, ki je zagotovljena z 49. členom PDEU. Ta določa, da je restrikcija svobode do ustanavljanja s strani držav članic na teritoriju druge države članice prepovedana.

Davčni zavezanci se lahko pred nacionalnimi sodišči oprejo neposredno na pravo EU, kar izhaja iz zadeve *Van Gend en Loos*.<sup>23</sup> Ustavno sodišče RS v primeru neskladnosti nacionalne zakonodaje s pravom EU le-to razveljavi, enako kot v primeru neskladnosti nacionalne zakonodaje z Ustavo Republike Slovenije<sup>24</sup> (Ustava RS).<sup>25</sup> Nacionalni organi nimajo pristojnosti preverjati veljavnosti aktov prava EU. Lahko pa o neskladnosti s pravom EU in razveljavitvi akta odloča sodišče nacionalnega sistema, pri čemer ni potrebno, da je to ustavno sodišče. Pri tem upošteva zakonodajo EU, sodbe Sodišča EU ter nacionalno pravo.<sup>26</sup> Nacionalna sodišča pravzaprav predstavljajo redna sodišča EU splošne pristojnosti in s tem omogočajo spoštovanje načela nadrejenosti prava EU, pravilno uporabo načela neposrednega učinka in neposredne uporabljivosti.<sup>27</sup> Obveznost uporabe načela nadrejenosti prava EU velja za vse veje državne oblasti.<sup>28</sup>

Načelo nadrejenosti prava EU praviloma terja absolutno prevlado vsakega pravnega akta EU nad določbami nacionalnega prava, tudi nad določbami ustavnega ranga.<sup>29</sup>

Iz zadeve *Gerhard Köbler*<sup>30</sup> sledi obveznost sodnega dialoga, ki naj bo vzpostavljen, ko ustavna in druga nacionalna sodišča odločajo v okviru dometa pravnega reda EU, pri čemer se upošteva že obstoječa sodna praksa. Sodišče EU ima pristojnost izvajati konkretno presojo skladnosti ter odločati o veljavnosti sekundarnega prava EU na podlagi postavljene vprašanja za predhodno odločanje po 267. členu PDEU ter

<sup>23</sup> Gl. zadevo C-26/62, *Van Gend en Loos* proti Nederlandse Administratie der Belastingen, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*).

<sup>24</sup> Uradni list RS/I, št. 33/91, 42/97 - UZS68, 66/00 - UZ80, 24/03 - UZ3a, 47, 68, 69/04 - UZ14, 69/04 - UZ43, 69/04 - UZ50, 68/06 - UZ121,140,143, 47/13, 47/13, 75/16 - UZ70a, 92/21 - UZ62a.

<sup>25</sup> O tem je razpravljala npr. *Pecinova*, ki je ugotavljala, da se je sodna praksa Ustavnega sodišča RS spremenila, saj je v začetku pristopa k EU razlagalo nacionalno pravo v duhu skladnosti nacionalnega prava s pravom EU. Nato pa je v zadnjem času večkrat pojasnilo, da nima pristojnosti presojati skladnosti določb nacionalnega prava s pravom EU. Šlo je predvsem za določbe sekundarnega prava EU (S. Pecin, 2020, Načelo nadrejenosti prava Evropske unije skozi prizmo odločb najvišjih sodišč v državah članicah Evropske unije).

<sup>26</sup> Prav tam, str. 150–151.

<sup>27</sup> Prav tam, str. 162–163.

<sup>28</sup> Prav tam, str. 177.

<sup>29</sup> Izjemo predstavlja identitetna klavzula (več gl. npr. S. Pecin, 2020, Načelo nadrejenosti prava Evropske unije skozi prizmo odločb najvišjih sodišč v državah članicah Evropske unije, str. 182–186).

<sup>30</sup> Gl. zadevo C-224/01, *Gerhard Köbler* proti Republik Österreich, ECLI:EU:C:2003:513.

tudi nacionalnega prava z EU. Konkretno oceno skladnosti pa opravi v okviru posrednega nadzora na podlagi ugovora nezakonnosti, kot izhaja iz 277. člena PDEU.<sup>31</sup>

### 3.3 Skladnost 4. člena ATAD s pravom EU

Ko se presoja skladnost 4. člena ATAD s pravom EU, je potrebno najprej ugotoviti, ali je bilo z omejitvenim pravilom kršeno primarno pravo, natančneje, katera od temeljnih svoboščin. Relevantni sta svoboda do ustanavljanja (49. do 55. člen PDEU) in prost pretok kapitala (63. člen PDEU).<sup>32</sup> Sodišče je interpretacijo opiralo tudi na 18. člen PDEU, ki prepoveduje diskriminacijo na podlagi državljanstva, vendar se zaradi primarnosti temeljnih svoboščin Sodišče EU prvenstveno nasloni bodisi na svobodo do ustanavljanja bodisi na prost pretok kapitala.<sup>33</sup> Katero temeljno svoboščino od navedenih dveh naj Sodišče EU uporabi, je vprašanje, na katerega sodišče odgovori skozi dva kriterija,<sup>34</sup> in sicer glede na primarni cilj pravila in namen pravila.<sup>35</sup> V ATAD je, kot sem že izpostavil, primarni cilj in namen omejevati prakse, s katerimi podjetja (skupine) premikajo dobičke in znižujejo davčno osnovo skozi plačila obresti z davčnim izogibanjem, ter doseči pravično in učinkovito obdavčenje v EU ter učinkovit notranji trg.<sup>36</sup>

Svoboda do ustanavljanja pomeni prepoved omejevanja ustanavljanja agencij in podružnic oz. odvisnih podjetij s strani države članice, vključuje pravico do začetka in opravljanja dejavnosti kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij kot trajne in neprekinjene dejavnosti pod enakimi pogoji, kot so za ustanovitev opredeljeni v zakonodaji zadevne države članice za njene državljane. Glede prostega pretoka kapitala pravica prepoveduje omejitve gibanja kapitala in plačil med državami članicami ter med državami članicami in tretjimi državami.

<sup>31</sup> G.C.R. Iglesias, 1992, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht Europarecht, str. 227.

<sup>32</sup> G. Ginevra, The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level, 2017, str. 122–123.

<sup>33</sup> To izhaja iz npr. sledečih sodb: zadeva C-81/87, The Queen proti H. M. Treasury in Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail, in General Trust plc., ECLI:EU:C:1988:456; zadeva C-196/04, Cadbury Schweppes plc in Cadbury Schweppes Overseas Ltd proti Commissioners of Inland Revenue, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*); zadeva C-503/14, Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements proti Commissioners for HMRC, ECLI:EU:C:2017:682.

<sup>34</sup> H. M. Helminen, 2017, EU Tax Law -Direct Taxation, str. 133.

<sup>35</sup> Takšna opredelitev izhaja iz zadeve Cadbury Schweppes ter zadeve C-452/04, Fidium Finanz AG proti Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, ECLI:EU:C:2006:631.

<sup>36</sup> ATAD, tč. 3, 5 in 16.

Katera kršitev PDEU se aplicira, je odvisno od okoliščin, v katerih je potrebno aplicirati svoboščino. Svoboda do ustanavljanja se nanaša na čezmejne situacije v EU, pravica do prostega pretoka kapitala pa ima širši domet, saj zajema tudi transakcije s tretjimi državami.<sup>37</sup> Deležniki, ki imajo dejanski vpliv na odločitve podjetja, zapadejo običajno pod pravico do ustanavljanja, medtem ko se pravica do prostega pretoka kapitala nanaša na deležnike, ki želijo imeti le naložbo brez nadzora na upravljanje.<sup>38</sup> Slednje pa pomeni, da se pravica do ustanavljanja ukvarja s podjetji iz ene države članice, ki imajo v drugi državi članici podjetje, ki ga obvladujejo.<sup>39</sup>

Če se ugotovi omejitev pravic, Sodišče EU presoja poseg<sup>40</sup> v pravice skozi test razloga oz. motiva.<sup>41</sup> Pri tem se Sodišče EU ne odmika od ozke interpretacije temeljnih svoboščin, opredeljenih v PDEU. Restriktiven pristop je pripisati dejstvu, da so temeljne svoboščine ključne za doseganje delovanja notranjega trga.<sup>42</sup> Test zasleduje praktičnost in pravno gotovost in daje smernice za aplikacijo temeljnih svoboščin na enak način. Test<sup>43</sup> razloga je mogoče uporabiti za utemeljevanje neupravičenosti pravila, kjer utemeljitev ne izhaja neposredno iz besedila PEU. Ukrepi držav članic, ki znižujejo popolno izvajanje temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja PDEU, morajo v skladu s testom razloga zadostiti štirim pogojem:<sup>44</sup>

<sup>37</sup> Povzeto po J. Wattel, H. Vermeulen, O. Marres, 2017, *European Tax Law*.

<sup>38</sup> Gl. zadevo C-282/12, *Itecar-Automóveis de Aluguer Lda proti Fazenda Pública*, ECLI:EU:C:2013:629.

<sup>39</sup> G. Colombaioni, 2017, *Compatibility with EU Law of Rules Limiting the Deductibility of Interest and Other Financial Payments*, str. 379.

<sup>40</sup> Za razumevanje zlorab davčnega sistema je potrebno ločiti dve kategoriji, to je zloraba prava (angl. Abuse of Law) in zloraba pravic (angl. abuse of rights): več gl. P. Piantavigna, *Tax Abuse in European Union law*, 2011, str. 134–147.

<sup>41</sup> Gl. zadevo C-417/10, *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate proti 3M Italia SpA*, ECLI:EU:C:2012:184 in zadevo C-55/94, *Reinhard Gebhard proti Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECLI:EU:C:1995:411.

<sup>42</sup> L. De Broe, 2008, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: a Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, str. 776.

<sup>43</sup> Sodišče EU je tako na drugih področjih kot na področju davkov razvilo večje število sodnih primerov, ki prepovedujejo zlorabo pravic. Doktrina zlorabe pravic se je pričela razvijati na drugih (nedavnih) področjih. Prvi primer doktrine izvira iz zadeve C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen proti Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, ECLI:EU:C:1974:131. Sodišče EU je to doktrino razvijalo naprej v npr. zadevah C-115/78, *J. Knoors proti Staatssecretaris van Economische Zaken*, ECLI:EU:C:1979:31; zadeva C-229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc in drugi proti SARL "Au blé vert" in drugi*, ECLI:EU:C:1979:31; zadeva C-39/86, *Sylvie Lair proti Universität Hannover*, ECLI:EU:C:1988:322; zadeva C-367/96, *Alexandros Kefalas in drugi proti Ellíniko Dimosio (Greek State) in Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, ECLI:EU:C:1998:222; C-212/97, *Centros Ltd proti Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ECLI:EU:C:1999:126. Iz področja direktnih davkov pa je bila prva odločitev Sodišča EU v zadevi C-312/05, *TeleTech Holdings, Inc. proti Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, ECLI:EU:C:2007:189, kjer izhaja bistvena opredelitev, da splošno načelo evropskega prava prepoveduje zlorabo pravic.

<sup>44</sup> B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 2012, *European Tax Law*, str. 664, in L. De Broe, 2008, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: a Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, str. 806–810.

- ukrep se ne sme uporabiti tako, da povzroči diskriminacijo;
- ukrep se mora uporabiti v javno korist;<sup>45</sup>
- ukrep mora biti sposoben zagotoviti doseganje cilja, ki se ga zasleduje;
- ukrep ni strožji od tistega, kar je potrebno za doseganje cilja (sorazmernost).<sup>46</sup>

Če si pogledamo najprej utemeljitev javnih koristi, je Sodišče EU v sodbah kot upravičen razlog pri tanki kapitalizaciji izpostavilo preprečevanje zlorab ter bolj uravnoteženo alokacijo davčnih pravic.<sup>47</sup>

Glede preprečevanja zlorab je sodišče EU postopoma razvijalo kriterij utemeljitve. Tako je lahko ukrep, ki omejuje temeljno svoboščino, upravičen, pod pogojem, da preprečuje zlorabe,<sup>48</sup> ki se nanašajo na čisto umetne dogovore.<sup>49</sup>

V zadevi *Kofoed*<sup>50</sup> in *Foggia*<sup>51</sup> je Sodišče EU izpostavilo, da zlorabo predstavlja transakcija, ki ne odseva ekonomske realnosti<sup>52</sup> oz. je izvedena izven konteksta

---

<sup>45</sup> Sodišče EU je zavrnilo kot upravičen razlog izgubo prihodkov in administrativne težave. Upravičeni razlogi pa so: učinkovitost fiskalnega nadzora, bolj uravnotežena alokacija davčnih pravic, preprečitev zlorab, koherentnost davčnega sistema, načelo teritorialnosti, preprečitev dvojne uporabe izgub. Tako S. van Thiel, 2008, *Justification in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement*, str. 279–290.

<sup>46</sup> Tako v zadevi C-55/94, *Reinhard Gebhard proti Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECLI:EU:C:1995:411, in zadevi C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation proti Commissioners of Inland Revenue*, ECLI:EU:C:2007:161 (*Thin Cap Group Litigation*).

<sup>47</sup> OECD, BEPS Action 4 Final Report, str. 85.

<sup>48</sup> Sodišče EU se je v zadnjih 40-ih letih soočilo s konceptom zlorabe in preprečevanja davčnega izogibanja. V zadevi C-270/83, *Komisija Evropskih skupnosti proti Francoski republiki*, ECLI:EU:C:1986:37, je nasprotovalo uporabi nacionalnih pravil proti davčnemu izogibanju, saj naj bi bili ukrepi v nasprotju s temeljno pravico PEU o ustanavljanju. Že v zadevi C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) proti Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, ECLI:EU:C:1998:370, je Sodišče EU dopustilo možnost, da bi pravilo, katerega specifičen namen je v preprečevanju popolnoma umetnih dogovorov (angl. Wholly Artificial Arrangement), lahko bilo sprejemljivo za pravo EU. Tudi v zadevi C-446/03, *Marks & Spencer plc proti David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer*), je Sodišče EU akceptiralo pravilo proti zlorabam kot še skladno s PEU, ko je davčna uprava sprejela odločitev o davčnem nepriznanju prenosa izgub iz tuje podružnice z namenom preprečitve davčnega izogibanja.

<sup>49</sup> Zadeva *Cadbury Schweppes*; zadeva C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH proti Finanzamt Steinfurt*, ECLI:EU:C:2002:749 (*Lankhorst-Hohorst*), ter zadeva *Marks & Spencer*.

<sup>50</sup> Zadeva C-321/05, *Hans Markus Kofoed proti Skatteministeriet*, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*).

<sup>51</sup> Zadeva C-126/10, *Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA proti Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*).

<sup>52</sup> V zadevi *Thin Cap Group Litigation* je Sodišče EU opredelilo, da ekonomsko realnost utemeljuje večje število objektivnih dejavnikov, ki so odvisni od primera in se presojajo v vsakem primeru temu prilagojeno.

normalnega komercialnega ravnanja.<sup>53</sup> V zadevi *Cadbury Schweppes*<sup>54</sup> je izpostavilo transakcijo (shemo), ki je v celoti umetna.<sup>55</sup> Odstrani se del ugodnosti,<sup>56</sup> ki pomeni zlorabo. Pri tem mora biti edini namen v davčni zlorabi, kar pa je v nekaterih odločitvah nekoliko ublažilo.<sup>57</sup> Dejansko mora priti do pridobitve davčne ugodnosti, kar predstavlja subjektivni pogoj, oblikovan v zadevi *Emsland-Stärke*<sup>58</sup> ter *Cadbury Schweppes*.<sup>59</sup> Za izpolnitev pogoja davčne ugodnosti mora davčna ugodnost izničevati cilj ali namen veljavnega davčnega prava.<sup>60</sup>

Kot kriterij, s katerim je mogoče ovreči, da gre za popolnoma umetno shemo, je Sodišče EU davčnim zavezancem omogočilo dokazovanje po pristopu neodvisnega tržnega načela.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Obstoj tehničnih komercialnih razlogov hkrati izkazuje ekonomsko realnost, obratno pa to ni nujno. Možno bi bilo narediti konstrukcijo, ki sicer odraža ekonomsko realnost, vendar brez komercialne logike. Obstoj davčnih namenov ne pomeni, da transakcija nima komercialnih namenov, kar pa velja le do takrat, dokler davčni nameni niso prevladujoči.

<sup>54</sup> V zadevi Sodišče EU definira zlorabo na področju evropske direktne obdavčitve. Takšno definicijo davčne zlorabe je Sodišče EU ponovilo v večjem številu sodb, ki so sledile, med drugim v zadevah C-105/07, *Lammers & Van Cleeff NV* proti Belgische Staat, ECLI:EU:C:2008:24, C-303/07, *Proceedings brought by Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, ECLI:EU:C:2009:377, C-330/07 *Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft mbH* proti Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs, ECLI:EU:C:2008:685, C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG* proti Finanzamt München II, ECLI:EU:C:2009:559, in C-80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd* in drugi proti *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, ECLI:EU:C:2014:200.

<sup>55</sup> V primeru zlorab je lahko dopustno omejevati svobodo do ustanavljanja, kadar gre za popolnoma umetne dogovore.

<sup>56</sup> Zadeva *Thin Cap Group Litigation*, tč. 92.

<sup>57</sup> V zadevi C-255/02, *Halifax plc*, *Leeds Permanent Development Services Ltd* in *County Wide Property Investments Ltd* proti *Commissioners of Customs & Excise*, ECLI:EU:C:2006:121 (*Halifax*), kjer gre sicer za primer davka na dodano vrednost, je Sodišče EU zapisalo, da zloraba nastopi, ko je iz večjega števila objektivnih faktorjev razvidno, da je ključni cilj (angl. essential aim) transakcije doseči davčno ugodnost. Podobno terminologijo je uporabilo v zadevi C-425/06, *Ministero dell'Economia e delle Finanze* proti *Part Service Srl*, ECLI:EU:C:2008:108 (*Part Service*), tč. 40, in v primeru davka na dodano vrednost, kjer je izpostavilo besedo »bistveni cilj ali glavni cilj« transakcije (angl. Principal aim). To pomeni, da je Sodišče EU v sodbah posrednih davkov potrdilo, da lahko pride do odklona od »edinega cilja«, če je davčni motiv prevladujoč (esencialen, ključen).

<sup>58</sup> Zadeva C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH* proti *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsland Stärke*), v kateri je Sodišče EU opredelilo, da zlorabo opredeljujejo trije elementi. Prisoten mora biti objektivni element, kar pomeni, da morajo biti zagotovljeni dokazi o obstoju okoliščin, ki kažejo na umetno pridobitev koristi. To pa bo takrat, ko bo iz ustreznih dokazov mogoče ugotoviti, da komercialni posel ni bil izpeljan iz ekonomskih razlogov, ampak izključno iz finančnih koristi, ki nimajo ekonomske substance. Kot drugo, prisoten mora biti subjektivni element, ki kaže, da je bil komercialni posel izpeljan za pridobitev finančne koristi, ki je neskladna s cilji prava EU. Tretji element se nanaša na procesni element, povezan z dokaznim bremenom, po katerem mora breme dokaznega postopka nositi relevantna državna uprava. Tako tudi v *Cadbury Schweppes* in *Halifax* (gl. zgoraj).

<sup>59</sup> Namen je pridobiti davčno ugodnost, ki izhaja iz popolnoma umetne sheme.

<sup>60</sup> E. Aaltonen, 2017, *GAAR of the Anti-Tax Avoidance Directive*, str. 26–30; F. A. Garcia Prats, 2010, *The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis*, str. 118–122; L. De Broe, 2008, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, str. 320 in 773.

<sup>61</sup> *Test Claimants in the Thin Cap Group*, tč. 92.

Mogoče je ugotoviti, da v zvezi z obrestnim pravilom kot tudi drugimi omejitvenimi pravili ATAD, ki morajo tudi prestat test razloga oz. motiva, obstaja odprto vprašanje, ali bo Sodišče EU sledilo strogemu pogledu koncepta »popolnoma umetne sheme« in »edinega cilja« ali pa bo sledilo nižjemu standardu npr. »tehnih komercialnih razlogov« in »glavnemu namenu ali enemu od glavnih namenov«. <sup>62</sup> Pri tem bo pomembno vlogo igrala presoja, ali je mogoče cilje direktive dosegati le z nižjim standardom. <sup>63</sup> Iz zadnjega primera *Lexel AB* <sup>64</sup> izhaja, da bo Sodišče EU dejansko vztrajalo na visokem standardu popolnoma umetne sheme.

Uravnotežena alokacija davčnih pravic znotraj držav članic je drugi mogoči razlog za poseganje v temeljne svoboščine z obrestnim pravilom. Sodišče EU se je na ta razlog oprlo v primeru *Marks & Spencer*. V isti zadevi se je kot razlog za poseganje v temeljne svoboščine naslonilo še na preprečitev dvojne uporabe izgub in tveganje davčnega izogibanja, podobno pa tudi v primeru *Oy AA*. <sup>65</sup> Kot samostojni razlog je bila alokacija davčnih pravic znotraj držav članic prvič zadostna v primeru *X Holding*. <sup>66</sup> Namen ATAD je v preprečevanju davčne erozije in premikanja dobičkov, zato osnovno pravilo 4. člena ATAD, tj. brez diskrecijskih izjem, v osnovni prestane test javne koristi zaradi razloga alokacije davčnih pravic znotraj držav članic. Navedeno velja tudi za skupinsko pravilo ATAD, saj je sodišče ovrglo sklepanje, <sup>67</sup> da je lahko dovoljeno posamičnim podjetjem znotraj države dosegati nekatere davčne prednosti, ki izvirajo iz skupinskega izravnalnega sistema, <sup>68</sup> zunanji pa ne, saj se v slednjem primeru preprečuje nastanek dvojnih izgub. Slednje razlikovanje pa bi lahko kršilo svobodo do ustanavljanja. <sup>69</sup> V zvezi s takšnim razlikovanjem je Sodišče EU odločilo, <sup>70</sup> da tveganje izkoriščanja skupinskega pravila ni nič večje v

<sup>62</sup> Kot smo videli, je v zadevi *Part Service* že nekoliko znižalo strogost na bistveni cilj.

<sup>63</sup> Sodišče EU se je v dosedanjih primerih izogibalo konfliktom med sekundarno in primarno zakonodajo tako, da je sodbe o uporabi sekundarne zakonodaje vezalo na temeljne svoboščine primarne zakonodaje, ki se jih ne sme prekoračiti. Iz tega razloga večina sodb Sodišča EU v zvezi z davčnimi zlorabami sloni na konceptu »popolnoma umetnih shem«. S tem pristopom Sodišče EU zagotavlja, da sodbe ne bi posegale v temeljne svoboščine. Kot smo že zapisali, se je Sodišče EU v nekaterih sodbah že nekoliko oddaljilo od čistega koncepta »popolnoma umetne sheme«.

<sup>64</sup> Zadeva C-484/19, *Lexel AB* proti Skatteverket, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel AB*).

<sup>65</sup> Zadeva C-231/05, *Oy AA* proti Keskusverolautakunta, ECLI:EU:C:2007:439 (*Oy AA*).

<sup>66</sup> Zadeva C-337/08, *X Holding BV* proti Staatssecretaris van Financiën, ECLI:EU:C:2010:89 (*X Holding BV*).

<sup>67</sup> Zadeva C-386/14, *Groupe Steria SCA* proti Ministère des Finances et des Comptes publics, odstavek 28, ECLI:EU:C:2015:524.

<sup>68</sup> Zadeva C-398/16 in C-399/16, *X BV & X NV*, odstavka 39 in 40, EU:C:2018:110 (*X BV and X NV*).

<sup>69</sup> M. Hilling, *Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance*, 2013, str. 299.

<sup>70</sup> Sodišče je poleg razloga alokacije davčnih pravic znotraj držav članic preizkusilo ta razlog tudi v povezavi z davčnim izogibanjem, saj sta cilja povezana, pri čemer se je naslonilo tudi na zadevo C-311/08, *Société de Gestion Industrielle*, ECLI:EU:C:2010:26, tč. 66 (*SGI*).

primeru čezmejnih transakcij kot v primeru domačih transakcij, zato v primeru davčnih izgub tujega posojilodajalca ne moremo trditi, da posojilo dano v takih okoliščinah samo po sebi ne izraža resničnih ekonomskih transakcij in da ima namen umetno dosegati neobdavčitev.<sup>71</sup> Zanikanje ugodnosti skupinam s tujimi poslovnimi enotami napram domačim zato ni skladno s pravom EU.<sup>72</sup> Tako bodo pravkar omenjene sodbe pripomogle, da bodo države članice s fiskalnimi enotami, kjer imajo koristi le notranji člani, obrestno pravilo morale zasnovati tako, da ne bodo razlikovale med domačimi in čezmejnimi transakcijami glede možne izravnave davčnih izgub na ravni fiskalne enote. Sodišče EU je v zadevi *Lexel AB* izrazilo tudi stališče, da je treba dati davčnim zavezancem priložnost, da podajo dokaze o komercialni upravičenosti,<sup>73</sup> saj je le transakcija, ki nima ekonomske utemeljitve, lahko opredeljena kot popolnoma umetna shema.<sup>74, 75</sup> Če pa ima elemente popolnoma umetne sheme, se zavrne ugodnost le v tem delu, ki nima komercialne utemeljitve.<sup>76</sup>

Zadeva *Lexel AB* se nanaša na specifično švedsko pravilo, ko v drugi državi prihodek od obresti ni obdavčen vsaj 10-odstotno, zato na podlagi stališča Sodišča EU, da je potrebno dati zavezancu možnost dokazovanja pristnosti transakcije, še ni mogoče narediti ustreznega sklepanja o vplivu na obrestno pravilo ATAD.

Obrestno pravilo mora hkrati prestati tudi test sorazmernosti,<sup>77</sup> kar pomeni, da mora biti v sorazmerju s cilji, ki jih želi doseči, ter brez ukrepov, ki presegajo raven, potrebno za doseg ciljev. Zahteva tudi jasno oblikovano pravilo, ki ne pušča dvomov. ATAD ima namen preprečevati davčno izogibanje z omejevanjem davčne erozije in premikanje dobičkov. Cilj kot tak seveda predstavlja legitimen cilj, saj je pravzaprav celotna sodna praksa utemeljena z ugotavljanjem obstoja (neustreznega) davčnega izogibanja. V prispevku pa sem že izpostavil, da obrestno pravilo ni naperjeno le proti popolnoma umetnim shemam in tudi ne izključno proti transakcijam, ki bi imele namen v izogibanju ali zlorabi.

<sup>71</sup> Zadeva C-135/17, X-GmbH proti Finanzamt Stuttgart - Körperschaften, odstavek 86, ECLI:EU:C:2019:136 ter zadeva *Lexel AB*.

<sup>72</sup> Zadeva *X BV in X NV*, tč. 24.

<sup>73</sup> Zadeva *Lexel AB*, tč. 50.

<sup>74</sup> Prav tam, tč. 51.

<sup>75</sup> Tako že Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the CJEU decision of January 20, 2021, in zadeva C-484/19, *Lexel AB*, concerning the application of Swedish interest deductibility rules, tč. 8.

<sup>76</sup> Zadeva *Lexel AB*, tč. 51.

<sup>77</sup> M. Berglund, K. Cejic, 2014, *Basics of International Taxation – From a Methodological Point of View*, str. 123.

Problem pravila je torej v tem, da četudi Sodišče EU zniža standard<sup>78</sup> glede »popolnoma umetne sheme«<sup>79</sup> in posledično »edinega cilja«, pravilo samo po sebi zajema tudi transakcije, ki nimajo namena v zlorabi.<sup>80</sup> To pa seveda pomeni, da pravilo posega tudi v »zdrave«<sup>81</sup> transakcije, zato obstaja določen dvom, da pravilo preneha test sorazmernosti in dvom glede uresničevanja načela pravne gotovosti,<sup>82</sup> ki ga razumemo kot enega od testov sorazmernosti, o čemer se je izreklo Sodišče EU.<sup>83</sup> Dodatno pa tudi izjeme k osnovnemu pravilu, kot so samostojna podjetja, infrastrukturni projekti, *de minimis*, ki so diskrecijske narave, v določenem »manj tveganem« delu, izničujejo razlog alokacije davčnih pravic znotraj držav članic, saj so v tem delu izven dosega pravila.<sup>84</sup> Pravilo zajema tudi transakcije, izvedene izključno znotraj države članice, zato cilj alokacije davčnih pravic znotraj držav članic v tem delu ni v ničemer ogrožen. Testu sorazmernosti tudi v primeru alokacije davčnih pravic znotraj držav članic ni v celoti zadoščeno.<sup>85</sup>

Kot že izpostavljeno, test razloga oz. motiva terja tudi, da pravilo ne povzroča diskriminacije. Drugačna obravnava domačih in tujih rezidentov je prepovedana zaradi diskriminacije, kar je potrdilo Sodišče EU v zadevi *Schumacker*. Nasprotno pa je Sodišče EU odločilo, da v kolikor ima zavezanec davčne koristi zaradi poslovanja v različnih državah članicah in je poslovna enota v drugi državi članici ustanovljena tudi iz davčnih motivov, to samo za sebe še ne pomeni, da se takšne transakcije opredelijo kot zloraba.<sup>86</sup> Ker 4. člen ATAD ne loči med notranjimi in zunanji

---

<sup>78</sup> Zadeva *Lexel AB*, tč. 52 in 67, temu ne pritrjuje, saj je Sodišče EU izreklo, da so ukrepi zoper agresivno davčno planiranje v obliki obrestnih odhodkov relevantni, dokler ciljajo na popolnoma umetne sheme. Preprečevanje davčne erozije preko razloga alokacije davčnih pravic znotraj držav članic tako ni zadosten razlog v okviru zasledovanja javne koristi, ki bi dovoljeval takšen ukrep.

<sup>79</sup> Več gl. S. Baerentzen, *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest*, 2020, ter J. Englisch, *The Danish Tax Avoidance Cases: New Milestone in the Court's Anti-Abuse Doctrine*, 2020, str. 528–530, ki razpravljata o možni preusmeritvi testa iz pravne substance v ekonomsko substanco pri opredeljevanju »popolnoma umetne sheme«.

<sup>80</sup> Prim. C. Meyer, *Art. 4 ATAD*, 2018, str. 22 in A.P. Dourado, *The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle*, 2017, str. 119.

<sup>81</sup> *Englisch* razpravlja o možnosti, da se bo razširila domneva možnega obstoja zlorabe ter znižal dokazni nivo glede obstoja komercialnih razlogov. J. Englisch, *The Danish Tax Avoidance Cases: New Milestone in the Court's Anti-Abuse Doctrine*, 2020, str. 528–529.

<sup>82</sup> S. Douma, *Limitations on Interest Deduction*, 2015, str. 364.

<sup>83</sup> Zadeva C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) proti Belgiji*, ECLI:EU:C:2012:415, in zadeva C-282/12, *Itelcar—Automóveis de Aluguer Lda proti Fazenda Pública*, ECLI:EU:C:2013:629.

<sup>84</sup> A. P. Dourado, *The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle*, 2017, str. 118.

<sup>85</sup> Izključno kršitev sorazmernosti še ni bila zadostna podlaga za razveljavitev direktive: Gl. A. de Graaf, K. J. Visser, *ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, 2016, str. 99–210.

<sup>86</sup> Zadeva *Centros*; zadeva C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG proti Finanzamt Dortmund-Unna*, ECLI:EU:C:1999:524, zadeva C-136/00, *Rolf Dieter Danner proti Silinjärven Verotuksen Oikaisulautakunta*,



situacijami, ampak velja za obe situaciji na enak način, skozi ta kriterij ne povzroča diskriminacije.

Sodišče EU je v zadevi *Societe Arcelor Atlantique*<sup>87</sup> izvedlo presojlo kršitve temeljne svoboščine enake obravnave oz. povzročanja diskriminacije, saj iz nje izhaja, da enaka obravnava različnih podjetij v različnih okoliščinah pomeni neenako obravnavo. Takšni opredelitvi pa ustreza tudi 4. člen ATAD, saj vse (različne) davčne zavezance v različnih okoliščinah obravnava enako, pri tem pa predpostavlja, da so (vse) presežne obresti davčno motivirane ter predstavljajo zlorabo. Kriterij za razlikovanje med zdravimi in le davčno motiviranimi transakcijami je razmerje med neto obrestmi in EBITDA. Dejansko ne obstaja nikakršne podlage, ki bi potrjevala takšen zaključek. Obrestno pravilo zato ne predstavlja zadostnega objektivnega merila za predpostavko zlorabe. Ob odsotnosti preverjanja pristnosti transakcij se zdi, da je obrestno pravilo oddaljeno od cilja preprečevanja zlorab.

V primeru obrestnega pravila se lahko srečamo tudi s prikrito diskriminacijo, kar je lahko v neskladju z 49. členom PDEU. Prikrita diskriminacija čezmejnih in notranjih transakcij pri obrestnem pravilu lahko nastopi v dejanskih okoliščinah v npr. državah z majhnimi in srednje velikimi podjetji, saj lahko varni pristan in izjeme vplivajo na učinek omejevanja tako, da so čezmejne transakcije bistveno bolj prizadete kot notranje transakcije zaradi različnosti v poslovanju.<sup>88</sup>

Presojlo skladnosti ATAD s primarnim pravom lahko sproži Komisija EU ali država članica. Slednja<sup>89</sup> bo sprožila postopek pred Sodiščem EU, če bo tožbo vložil davčni zavezanec, prva pa najverjetneje ne zaradi svoje vključenosti v sprejem ATAD. Pomembno pa je poudariti, da Sodišče EU ne bo nujno presojalo skladnost 4. člena ATAD s primarnim pravom, ampak bo predmet presoje skoraj zagotovo le nacionalno pravo države članice EU in skladnost le-tega z ATAD.<sup>90</sup>

---

ECLI:EU:C:2002:558, zadeva C-422/01, Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) in Ola Ramstedt proti Riksskatteverket, ECLI:EU:C:2003:380, zadeva C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam proti Inspire Art Ltd., ECLI:EU:C:2003:512, in zadeva *Cadbury Schweppes*.

<sup>87</sup> Zadeva C-127/07, Societe Arcelor Atlantique et Lorraine in drugi proti Premier Ministre, Ministre de l'Ecologie et du Developpment Durable, Ministre de l'Economic, des finances et de l'Industrie, ECLI:EU:C:2008:728.

<sup>88</sup> G. Ginevra, The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU Level, 2017, str. 123–124.

<sup>89</sup> V redkih primerih je nacionalno sodišče zaprosilo Sodišče EU, da presoja implementacijo direktive v nacionalno pravo z vidika skladnosti s pravom EU kot npr. v zadevi C-210/03, The Queen, on the application of: Swedish Match AB and Swedish Match UK Ltd proti Secretary of State for Health, ECLI:EU:C:2004:802 (*Swedish Match*).

<sup>90</sup> Zadeva *Swedish Match*, tč. 81.

V zvezi s pravico do ustanavljanja lahko povzamemo, da osnovno obrestno pravilo izrecno ne razlikuje med notranjimi in čezmejnimi transakcijami,<sup>91</sup> ni pa mogoče povsem izključiti prikrite diskriminacije. Skupinsko pravilo bi lahko v določenih okoliščinah povzročalo razlikovanje med notranjimi in čezmejnimi transakcijami, saj lahko v določeni kombinatoriki pride do notranjih izvzemov v primerjavi s čezmejnimi transakcijami.<sup>92</sup> Problematičen je arbitraren varni pristan, saj je lahko denimo en milijon evrov ali tri milijone evrov,<sup>93</sup> zato lahko med državami prihaja do občutnih razlik glede davčne obravnave presežnih obresti. Prav tako so lahko problematične izjeme glede samostojnih podjetij, finančnih institucij ter infrastrukturnih podjetij, saj se lahko kot posledica diskrecije pri implementaciji izjem, dosežejo različni pogoji v državah članicah, kar ima vpliv na razlikovanje med notranjimi in čezmejnimi transakcijami.<sup>94</sup> Obrestno pravilo vse različne davčne zavezance v različnih okoliščinah obravnava enako in jim ne daje možnosti, da bi dokazali pristnost njihovih transakcij.

Prost pretok kapitala se ne nanaša na transakcije med povezanimi osebami, ampak na samostojna podjetja v čezmejnih transakcijah, ki zajemajo članice EU ali tretje države. Potencialna kršitev 63. člena PDEU lahko nastane, če država članica ne implementira izjeme za samostojna podjetja. V takem primeru lahko pride do situacije, ko so domača samostojna podjetja v slabši situaciji kot čezmejne transakcije, npr. ko slednje izravnajo presežne obresti s skupinskim pravilom. Videli smo, da 4. člen ATAD ni najbolj odporen na test razloga oz. motiva (sorazmernost, namen zlorabe, alokacija davčnih pravic znotraj držav članic), kar glede na test utemeljitve lahko pomeni neskladnost obrestnega pravila s primarnim pravom EU.

---

<sup>91</sup> A. De Graaf, K. J. Visser, *ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, 2016, str. 199–210.

<sup>92</sup> G. Bizioli, *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?*, 2017, str. 172.

<sup>93</sup> *Prav tam*, 2017, str. 172.

<sup>94</sup> G. Ginevra, *The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level*, 2017, str. 123.

## 4 Nemško obrestno pravilo

### 4.1 Pravna ureditev

Nemčija je bila ena izmed prvih držav EU, ki je zaradi razglasitve klasične tanke kapitalizacije za diskriminatorno in neskladno s temeljnimi svoboščinami EU uvedla pravilo obrestne omejitve leta 2008. Uvedla je pravilo, ki se nanaša tako na zadolževanje povezanih podjetij kot nepovezanih ter domačih in tujih.

Obrestno omejitev je Nemčija uredila v oddelku 4h Einkommensteuergesetz<sup>95</sup> (EstG) ter v oddelku 8a Körperschaftsteuergesetz<sup>96</sup> (KStG). Prvi zajema prihodke iz kmetijstva ter gozdarstva, podjetja ter samostojne podjetnike. Oddelek 8a KStG zajema vse gospodarske družbe, pri čemer se oddelek 4h EStG smiselno uporablja tudi za gospodarske družbe, ki jih obravnava KStG.

Osnovno obrestno pravilo je, da neto obresti,<sup>97</sup> ki v tekočem letu presegajo 30 odstotkov EBITDA, niso davčno priznane. Vendar pa se t. i. presežne obresti prenesejo v prihodnja leta in se lahko v primeru, da je saldo obresti v tekočem letu nižji od 30 odstotkov EBITDA, koristijo v tem letu. Neporabljene obresti<sup>98</sup> je mogoče koristiti v naslednjih petih letih.

Za samostojna podjetja obrestna omejitev ne velja. Poleg tega obstajajo še tri izjeme glede na osnovno pravilo 30 odstotkov EBITDA.

Najpomembnejša izjema, ki štiti veliko malih in srednje velikih podjetij pred obrestno omejitvijo, je meja oprostitve oz. varni pristan ali *de minimis*. Meja je pri treh milijonih evrov na leto (nem. Freigrenze).

---

<sup>95</sup> Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 27 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932).

<sup>96</sup> Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Körperschaftsteuergesetz 1988, Fassung vom 12. 08. 2021; URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10004569> (2. 9. 2021).

<sup>97</sup> Obrestni odhodki podjetja se znižajo za obrestne prihodke.

<sup>98</sup> Nem. *EBITDA-Vortrag* (presežek EBITDA).

Skupinska izjema (nem. Konzern-Klausel) velja za podjetje (osebna ali kapitalska družba), ki pravzaprav ne pripada skupini<sup>99</sup> ali pa ji pripada le deloma. Vendar ta izjema ne velja za kapitalsko družbo, če so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- ima več kot 10 odstotkov vseh neto obrestnih odhodkov gospodarske družbe;
- gre za »škodljivega« posojilodajalca, ki ga predstavlja:
  - delničar oz. drug deležnik, ki neposredno ali posredno poseduje več kot 25 odstotkov kapitala,
  - oseba, ki je tesno povezana z osebo iz prejšnje podalineje, ali
  - povračilo tretji osebi, ki je upravičena do regresa.
- gospodarska družba ne dokazuje, da te zahteve ne veljajo zanj.

Omenjena izjema, veljavna za kapitalske družbe, pravzaprav pomeni, da za družbo ne velja osnovna obrestna omejitev, če gre za manj pomembno povezanost (do 25 odstotkov kapitala), družba ne plačuje obresti »škodljivim« posojilodajalcem ter ti obrestni odhodki ne presegajo 10 odstotkov vseh neto obrestnih odhodkov (nem. Zinssaldo).

Tretja izjema je izstopna klavzula (nem. Escapeklausel), določena v četrtem oddelku drugega odstavka prvega stavka EStG. Nanaša se na družbe, ki so del skupine. Obrestna omejitev za te družbe ne velja, ko je delež lastniškega kapitala glede na bilančno vsoto na koncu prejšnjega datuma bilance stanja enak ali višji od deleža v skupini. Dodatno je takšno kapitalsko razmerje davčnega zavezanca lahko nižje od deleža skupine za največ dve odstotni točki.

## 4.2 Neskladnost z nemško ustavo

Nemčija je uvedla obrestno pravilo vezano na EBITDA že s 1. 1. 2008 zaradi sodbe Sodišča EU *Lankhorst-Hoborst*,<sup>100</sup> saj je nemška tanka kapitalizacija različno obravnavala domača posojila od čezmejnih, pri tem pa pravilo ni bilo usmerjeno le

---

<sup>99</sup> Skupino tvorijo družbe, ki se konsolidirajo v skladu z računovodskimi standardi, če gre za enotno finančno in poslovno politiko.

<sup>100</sup> Zadeva *Lankhorst-Hoborst* obravnava priznane odhodke na obresti, če so plačane rezidentu in so bile v primeru čezmejnih plačil podvržene tanki kapitalizaciji. Sodišče EU je ta koncept štelo za diskriminacijo delničarjev ter nekompatibilnost s svobodo do ustanavljanja podjetij (Več gl. A. P. Dourado, 2017).

proti popolnoma umetnim shemam. Sodišče EU je v tem primeru tanko kapitalizacijo razglasilo za nekompatibilno s svobodo do ustanavljanja.

Že *Dourado* je v svoji diskusiji zaključila, da nemško obrestno pravilo formalno gledano izpolnjuje načelo nediskriminatornosti, ki je bilo izpostavljeno kot nedopustno v sodbi *Lankhorst-Hoborst*.<sup>101</sup> Vendar pa je sprejeto nemško obrestno pravilo presojalo nemško Zvezno sodišče za davke 14 dni kasneje, kot je bila sprejeta ATAD. Tako je 14. 10. 2015 nemško Zvezno sodišče za davke (nem. Bundesfinanzhof – BFH) v primeru *Verfassungsmaessigkeit der sog. Zinsschranke – Billigkeitsmaßnahme*<sup>102</sup> odločilo, da je nemško obrestno pravilo neustavno zaradi kršenja načela neto obdavčitve, saj za to ni podane zadostne utemeljitve za uvedbo takšnega pravila, hkrati pa je kršeno načelo sorazmernosti. Trenutno je pravilo še vedno v presoji pri nemškem Zveznem ustavnem sodišču (nem. Bundesverfassungsgericht - BVerfG). Nemčija ima namreč na ustavni ravni preko načela sposobnosti plačila davkov<sup>103</sup> uveljavljeno načelo o objektivni neto obdavčitvi,<sup>104</sup> tako da lahko zakonodajalec le v utemeljenih primerih omeji priznavanje odhodkov.

Konkretnjeje, obrestno pravilo krši prvi odstavek par. 3 Grundgesetz<sup>105</sup> (GG), ki konstituira osnovno načelo enakosti v Nemčiji zaradi kršenja objektivnega neto načela. BFH je skozi judikaturu odločilo, da je objektivno neto načelo konkretizacija ustavnega načela sposobnosti plačila davkov, ki jo mora upoštevati zakonodajalec, da na davčnem področju ne pride do kršenja ustavnega načela enakosti.<sup>106</sup> V osnovi pa pomeni, da je potrebno zagotoviti odštete vse stroškov, povezanih s prihodki. Ustavno skladnost izjem objektivnega neto načela se presoja o prvem odstavku par. 3 GG. Določba par. 3 GG v povezavi z objektivnim neto načelom zahteva, da morajo biti zadeve, ki so občutno enake, obravnavane enako (horizontalna enakost),

<sup>101</sup> A. P. Dourado, *The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle*, 2017, str. 118.

<sup>102</sup> BFH, I R 20/15, 14. 10. 2015.

<sup>103</sup> BVerfG, - 2 BvL 6/11, tč. 100–101.

<sup>104</sup> BFH Beschluss, I R 20/15 BStBl, tč. 9 in 13.

<sup>105</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 82) vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478).

<sup>106</sup> H. E. Kiehne, 2004, *Grundrechte und Steuerordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, str. 30, in W. Doralt, H. G. Ruppe, G. Mayr, 2013, *Grundriss des österreichischen Steuerrechts*, str. 20.

in zadeve, ki so občutno različne, različno<sup>107</sup> (vertikalna enakost). Pregled kršitve nemške ustave vključuje primerljive korake pregledu kršitve temeljnih svoboščin primarnega prava EU (test omejitve in test motiva).<sup>108</sup>

Par. 3 GG je povezan z načelom sposobnosti plačila davkov (angl. ability to pay principle), kar pomeni, da morajo biti davčni zavezanci, ki imajo enako plačljivo zmožnost, obdavčeni enako. Načelo konsistentnosti zahteva, da zakonodajalec načelo sposobnosti plačila davkov uporablja dosledno, od česar nemško ustavno sodišče zaenkrat ni odstopalo. Povezava med objektivnim neto načelom in par. 3 GG vodi do tega, da je kršitev neto načela varovana na nivoju nemške ustave. Načelo neto obresti se razume kot manifestacija načela sposobnosti plačila davkov tudi v drugih državah članicah.<sup>109</sup> Gre pravzaprav za podnačelo in tudi kriterij za oceno načela sposobnosti plačila davkov.<sup>110</sup> Prav vsak odklon od objektivnega neto načela ne pomeni kršitve ustave, ampak je potrebno ponuditi objektivno utemeljitev za tak odklon.<sup>111</sup>

BFH je obrazložilo, da obrestno pravilo, ki se osredotoča na obseg aktivnosti, ne upošteva razlik med sektorji, finančne situacije posojilojemalca, starosti podjetja in stanja podjetja.<sup>112</sup> To pomeni, da pravilo omejuje tudi podjetja, ki niso tvegana z vidika premikanja dobičkov. Obrestno pravilo je opustilo možnost dokazovanja skladnosti s tržnim načelom, zato ni mogoče, da bi podjetja imela možnost dokazovati, da ne gre za premikanje dobičkov. Podjetja so si tako različna in delujejo v različnih panogah, da ne glede na vezavo na ekonomsko aktivnost ne pride do izenačevanja pogojev na ravni podjetja.

Do kršitve neto načela, poenostavljeno zapisano, pride tako, da je davčni zavezanec, ki ima stroške obresti, v dosegu obrestnega pravila, kar pa ne velja za davčnega zavezanca, ki ima drug tip stroškov. Prvi presežnih obresti ne more koristiti, vsaj ne

---

<sup>107</sup> BFH Beschluss I R 20/15, tč. 13; S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 323 in 325.

<sup>108</sup> Zadeva BVerfG (80, 137 ff.), 1 BvR 921/85 ter zadeva BVerfG (7, 198), 1 BvR 400/51.

<sup>109</sup> A. P. Dourado, The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle, 2017, str. 112 in 114.

<sup>110</sup> S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 323 in 325.

<sup>111</sup> Zadeva BVerfG, 2 BvL 1/07, tč. 63; S. Breinersdorfer, Abzugsverbot und objektives Nettoprinzip – Neue Tendenzen in der verfassungsrechtlichen Kontrolle des Gesetzgebers, 2010, str. 2492–2497.

<sup>112</sup> A. Breuer, The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive, 2016.

v davčnem obdobju, v katerem obrestni stroški nastanejo. Takšna različna obravnava pa, kot omenjeno, ne zagotavlja spoštovanja načela plačila davka po sposobnosti,<sup>113</sup> ki se meri bodisi s premoženjem, dohodkom ali porabo.<sup>114</sup> Tudi opcija prenašati obresti naprej ne nevtralizira tega dejstva, saj ni nujno, da bo podjetje sploh kdaj izkoristilo to opcijo. Zgolj obstoj te možnosti torej ni zadosten pogoj za odpravo različne obravnave primerljivih položajev, v primeru preoblikovanja podjetja pa se ta možnost lahko izgubi.<sup>115</sup> Nasprotno nemško ministrstvo za finance (BMF) meni, da možnost koristiti presežne obresti v kasnejših obdobjih pomeni le začasni odlog zmožnosti odbitka, zato je obrestno pravilo ustrezno.<sup>116</sup> Že pri obravnavi potencialne kršitve temeljnih svoboščin prispevek opiše, da notranje transakcije niso grožnja davčni eroziji in premikanju dobičkov.

V zadevi I R 20/15 je BFH<sup>117</sup> podal tudi stališče, da obrestno pravilo ne krši prvega odstavka par. 14 GG, ki se nanaša na zaščito lastnine. Učinek dušenja bi potencialno nastopil na daljši rok, če ne bi bilo implementirane možnosti prenosa presežnih obresti v naslednja davčna obdobja, vendar tudi to po mnenju BFH ne bi bil zadosten razlog za kršitev prvega odstavka par. 14 GG.

Navkljub odločitvi nemškega Zveznega sodišča je zaradi supremacije prava EU obrestno pravilo zavezujoče v nemški nacionalni zakonodaji. Ker ima Nemčija veljaven zakon z že implementiranimi primerljivimi določbami z nekaj posebnostmi, kot izhajajo iz ATAD, ne more prevladati ustavna odločitev, temveč lahko pride le do večje izenačitve določb z ATAD.<sup>118, 119</sup>

Za države članice velja načelo sodelovanja in spoštovanja nacionalne identitete,<sup>120</sup> zato mora EU spoštovati temeljne značilnosti držav članic. Kršitev ključnih davčnih principov v tem oziru ne sledi spoštovanju 4. člena PEU. Tako bi neugoden razplet

<sup>113</sup> J. Lang, J. Englisch, J., *A European Tax Order Based on Ability to Pay*, 2006, str. 256; Odločba USRS U-I-313/13, tč. 45.

<sup>114</sup> K. Tipke, J. Lang, 2013, *Steuerrecht*, str. 74–75.

<sup>115</sup> S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, *Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule*, 2016, str. 323 in 325.

<sup>116</sup> Sklep EFG 7 K 2372/13 in sklep EFG 7 K 3431/12.

<sup>117</sup> BFH, I R 20/15, 14. 10. 2015, tč. 57.

<sup>118</sup> Izjemo od popolne supremacije prava EU smo že obravnavali in velja za vse države članice.

<sup>119</sup> A. P. Dourado, *The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle*, 2017, str. 112 in 121.

<sup>120</sup> Tretji in četrti odstavek 4. člena PEU.

v Nemčiji glede kršitve ustave in tudi v drugih državah članicah lahko vodil v spremembo obrestnega pravila, opredeljenega v ATAD.

## 5 Slovenska sodna praksa glede tanke kapitalizacije

### 5.1 Veljavna pravila za omejevanje v Sloveniji

Za omejevanje pretiranega zadolževanja med povezanimi osebami se v Sloveniji uporablja klasična tanka kapitalizacija, ki je opredeljena v 32. členu Zakona o davku od dohodkov pravnih oseb<sup>121</sup> (ZDDPO-2). Pravilo se kombinira s pravilom o transfernih cenah, ki omejuje višino obrestne mere.

RS ima pravico svojo domačo davčno osnovo od dohodkov pravnih oseb štiti z omejitvenimi pravili na višji ravni, kot to določa 4. člen ATAD. Zato z vidika ATAD ne bo sporno, če bo Slovenija ohranila klasično tanko kapitalizacijo, vendar pa bo v primeru, da obrestna omejitev ne bo implementirana s 1. 1. 2024, šlo za kršitev ATAD.<sup>122</sup> Komisija EU je v sporočilu Commission Notice »Measures Considered Equally Effective to Article 4 of the Anti-Tax Avoidance Directive«<sup>123</sup> ocenila, da ima RS primerljivo učinkovito pravilo v nacionalnem pravnem redu, zato se ji omogoči implementacijo do 1. 1. 2024.

### 5.2 Slovenska sodna praksa glede tanke kapitalizacije

Slovenska sodišča nimajo pristojnosti odločati o skladnosti sekundarnega prava s pravom EU. Imajo pa pristojnost v konkretnih primerih poleg slovenske zakonodaje neposredno uporabiti pravo EU ter v primeru odprtih pravnih vprašanj predlagati Sodišču EU, da ga presoja z vidika prava EU.

Slovenska sodna praksa glede veljavne tanke kapitalizacije ni ravno izdatna. Davčni zavezanci na upravnem sodišču glede izpodbijanja odločitev davčnih organov v zvezi s tanko kapitalizacijo niso bili uspešni ali vsaj ne v celoti. To izhaja iz odločb

<sup>121</sup> Uradni list RS, št. 117/06, 90/07, 76/08, 56/08, 92/08, 5/09, 96/09, 110/09 - ZDavP-2B, 43/10, 59/11, 30/12, 24/12, 94/12, 81/13, 50/14, 23/15, 82/15, 68/16, 69/17, 79/18, 66/19, 172/21, 105/22 - ZZNŠPP, 117/22 - ZVNDN-C, 95/23.

<sup>122</sup> Končne določbe ATAD v šestem odstavku 11. člena določajo, da lahko države s primerljivo učinkovitim obrestnim pravilom le-tega uporabljajo do konca prvega polnega proračunskega leta po datumu objave sporazuma med članicami OECD o minimalnem standardu glede ukrepa 4, vendar ne dlje kot do 1. 1. 2024.

<sup>123</sup> UL L 441, 7. 12. 2018.



sodišča glede neuspešne uporabe neodvisnega tržnega načela za dokazovanje razmerja<sup>124, 125</sup> in iz odločbe, v kateri je sodišče za leasing dejavnost navedlo, da se v skladu s tržnim pristopom dopusti razmerje, kot velja za bančni sektor v razmerju 12,5 : 1.<sup>126</sup>

Nekaj primerov v zvezi s tanko kapitalizacijo je obravnavalo tudi Ustavno sodišče RS. Vsem primerom je skupno, da vsebujejo očitke kršitve 2. člena – pravna načela, drugega odstavka 14. člena – enakost pred zakonom in prvega odstavka 74. člena Ustave RS – svobodna gospodarska pobuda. V zadevi U-I-249/06<sup>127</sup> pobudnik ni izkazal ustreznega pravnega interesa, v zadevi U-I-44/05<sup>128</sup> je šlo za očitek neenake obravnave leasing hiš ter na drugi strani bank in zavarovalnic, v kateri je Ustavno sodišče RS odločilo, da ne gre za kršitev enakosti pred zakonom, saj gre za različne položaje, ki so z zakonodajo tudi različno urejeni (drugi odstavek 14. člena). V zadevi U-I-322/97<sup>129</sup> pa je Ustavno sodišče RS odločilo, da določitev davčne osnove na način, ki naj izenači konkurenčni položaj gospodarskih subjektov na trgu in prepreči izogibanje davčnim obveznostim, predstavlja dopustno omejitev svobodne gospodarske pobude (prvi odstavek 74. člena). Razlikovanje med povezanimi in nepovezanimi osebami temelji na njihovem drugačnem pravnem in dejanskem položaju, saj se lahko povezane osebe s prelivanjem dobičkov potencialno izognejo plačilu davčnih obveznosti, zato je zasledovani cilj ustavno dopusten, predpisano razlikovanje pa razumno sredstvo za doseg tega cilja. Prav tako je zapisalo, da po ustaljeni presoji Ustavnega sodišča RS načelo enakosti<sup>130</sup> pred zakonom ne pomeni, da predpis, kadar podlaga za različno urejanje niso okoliščine iz prvega odstavka 14. člena Ustave RS, ne bi smel različno urejati položajev pravnih subjektov, pač pa, da tega ne sme početi samovoljno, brez razumnega in stvarnega razloga.

<sup>124</sup> UPRS sodba I U 1570/2016-12 z dne 19. 9. 2017, ECLI:SI:UPRS:2017:I.U.1570.2016.12.

<sup>125</sup> UPRS sodba I U 1053/2017-13 z dne 11. 6. 2019, ECLI:SI:UPRS:2019:I.U.1053.2017.13.

<sup>126</sup> UPRS sodba I U 908/2017-7 z dne 5. 11. 2019, ECLI:SI:UPRS:2019:I.U.908.2017.7.

<sup>127</sup> USRS sklep U-I-249/06 z dne 10. 4. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:U.I.249.06.

<sup>128</sup> USRS sklep U-I-44/05 z dne 11. 9. 2007, ECLI:SI:USRS:2007:U.I.44.05.

<sup>129</sup> USRS odločba U-I-322/97 z dne 9. 12. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:U.I.322.97.

<sup>130</sup> Enako obravnavanje enakih položajev (horizontalna enakost) ter upoštevanje različnosti (vertikalna enakost), o čemer se je Ustavno sodišče RS izreklo v odločbi USRS U-I-18/11 z dne 19. 1. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:U.I.18.11.

### 5.3 Implementacija 4. člena ATAD v Sloveniji in ustavnopravna kršitev

#### 5.3.1 Splošno

Na podlagi supremacije prava EU in njenega neposrednega učinka na države članice bo s sprejetjem 4. člena ATAD v slovensko zakonodajo obstajala možnost, da prizadete osebe (davčni zavezanci) neposredno uveljavijo temeljne svoboščine EU pred slovenskimi sodišči, ki v tem smislu delujejo kot sodišča EU.

Davčni zavezanci bodo upoštevalje nacionalno zakonodajo lahko izpodbijali veljavnost zakonskih določb zaradi kršitve Ustave RS, in sicer zlasti s sklicevanjem na 2., 14. in 74. člen. Relevantni očitke zoper obrestno pravilo bo tudi v Sloveniji z njegovo uveljavitvijo vezan zlasti na diskriminacijo, kot je pojasnjeno v nadaljevanju prispevka.

Na začetku odločanja mora Ustavno sodišče RS ugotoviti, ali sploh gre za poseg v kakšno človekovo pravico ali temeljno svoboščino ali pa je zakonodajalec določil zgolj način izvrševanja ustavne pravice.<sup>131</sup> Ustavno sodišče RS je zavzelo stališče, da tudi kadar Ustava RS zakonodajalca izrecno pooblašča za ureditev načina uresničevanja človekove pravice, mu s tem še ne daje pooblastila, da ustavno pravico omeji.<sup>132</sup> Če gre za poseg v človekovo pravico, mora ureditev preizkusiti po testu sorazmernosti,<sup>133</sup> v primeru določitve načina izvrševanja ustavne pravice pa zadošča, da je ureditev »razumna«, »nearbitrarna« ali »v prevladujočem javnem interesu«. <sup>134</sup> Ko govorimo o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, se s tem razume, da gre za pravice posameznikov, državljanov oz. fizičnih oseb, in tudi za pravice, ki jih uživajo pravne osebe.<sup>135</sup>

<sup>131</sup> Gl. več D. Wedam Lukić, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, 2009, str. 1350–1356. Podobno tudi B. Zabel, Svobodna gospodarska pobuda v praksi Ustavnega sodišča, 2009, str. 685–708.

<sup>132</sup> USRS odločba U-I-47/94 z dne 19. 1. 1995, ECLI:SI:USRS:1995:U.I.47.94.

<sup>133</sup> Gl. več J. Novak, Načeli sorazmernosti in pro rata temporis, 2014, str. 447, ki navaja, da mora biti poseg nujen v smislu, da cilja ni mogoče doseči z nobenim blažjim posegom v ustavno pravico; poseg mora biti primeren za doseg želenega ustavno dopustnega cilja in mora biti sorazmeren v ožjem smislu. Slednje pa pomeni, da je pri presoji nujnosti potrebno upoštevati tudi pomembnost s posegom prizadete pravice v primerjavi s pravico, ki se s posegom želi zavarovati.

<sup>134</sup> F. Testen, 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 196.

<sup>135</sup> P. Baucon, U-I-50/21-19, še eno nedokončano delo Ustavnega sodišča, 2021, str. 12–14.

### 5.3.2 Kršitev načela enakosti pred zakonom

Določba 2. člena Ustave RS je zelo tesno povezan z načelom sorazmernosti,<sup>136</sup> pravzaprav ima načelo sorazmernosti svoj temelj prav v tem členu.<sup>137</sup> Tako že *Wedam Lukić* zapiše, da je Ustavno sodišče RS načelo sorazmernosti uveljavilo kot eno temeljnih meril ustavnosodne presoje.<sup>138</sup> Določba 2. člena neposredno ne ureja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, zato se na ta člen ne da sklicevati pri utemeljevanju ustavne pritožbe. Posameznik mora tako hkrati izkazati poseg v eno od ustavno zaščitenih človekovih pravic ali svoboščin, saj gre za temeljno ustavno načelo, katere vsebina se v sodnem postopku zrcali v posamezne človekove pravice.<sup>139</sup>

*Wedam Lukić* je obravnavala tudi t. i. vprašanje »prave mere« v primerih presoje skladnosti zakonske določbe z načelom enakosti pred zakonom, ki je v Ustavi RS zagotovljena v 14. členu. Ustavno sodišče RS mora odgovoriti na vprašanje, kdaj gre za enaka razmerja,<sup>140</sup> ki jih je treba obravnavati enako, kdaj pa se med seboj toliko razlikujejo, da je dopustno različno obravnavanje. Pri tem pa tudi, v kolikšnem obsegu je različno obravnavanje enakih razmerij še ustavno dopustno in v katerih primerih pomeni enako obravnavanje različnih razmerij kršitev načela enakosti. Ustava RS na ta vprašanja ne daje dokončnega odgovora, zato je potrebno tehtati med različnimi, nasprotujočimi si argumenti in v vsakem primeru posebej odgovoriti na vprašanje, katera pravica ali pravno zavarovani interes ima večjo težo.<sup>141</sup> Tudi v davčnih zadevah je potrebno kot merilo pri določanju bistveno enakih in bistveno neenakih primerov upoštevati predvsem ustavna načela.<sup>142</sup> Najprej je potrebno opredeliti položaja, ki se ju primerja, ali torej gre za bistveno enake položaje, kjer se izhaja iz predmeta pravnega urejanja. Izbrano merilo razlikovanja mora biti v

<sup>136</sup> Gl. tudi J. Zobec, 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 965.

<sup>137</sup> Tako že *Avbelj in Šturm* zapišeta: »Z vidika mednarodnopravne umeščenosti opredelitev RS kot pravne države pomeni ustavno zavezanost k političnemu sistemu, utemeljenemu na vladavini prava, ki ga najpomembnejši mednarodnopravni instrumenti vzpostavljajo kot univerzalni standard vladanja in upravljanja v svetu. Iz enakih izhodišč se napaja tudi pravo EU. PEU tako v svojem 2. členu poudarja, da EU, med drugim, temelji na vrednotah pravne države, ki so hkrati skupne vsem državam članicam«. M. Avbelj, L. Šturm, 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije.

<sup>138</sup> D. Wedam Lukić, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, 2009, str. 1350–1351.

<sup>139</sup> M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman, P. Farmany, A. Galič, F. Grad et al., Komentar Ustave Republike Slovenije, 2019.

<sup>140</sup> Odločba USRS sklep U-I-242/98 z dne 14. 3. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:U.I.242.98, navaja, da ne gre za enostavno za splošno enakost vseh, pač pa za enako obravnavanje enakih dejanskih stanj.

<sup>141</sup> D. Wedam Lukić, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, 2009, str. 1350–1356.

<sup>142</sup> A. Ferčič, Analiza ustavnosti ZDoh-1D, 2006, str. 666–687.

razumni povezavi s predmetom (različnega) pravnega urejanja. Predmet pravnega urejanja je tudi vrednostno merilo primerjave, glede na katero dva položaja primerjamo med seboj.

Ustavno sodišče RS terja od zakonskega ukrepa, da ima sredstvo razumno zvezo z njegovim motivom. Če se namen zakona ne dosega, je zakonodajalec izbral neustrezen ukrep. Ta razlog sam po sebi zadostuje za odločitev o neskladnosti izpodbijanih zakonskih določb z Ustavo RS. Na davčnem področju je sicer pomembno načelo zaupanja v pravo, vendar pa je pravzaprav omejitev tega načela z drugim (pod)načelom pravne države, tj. načelom prilagajanja prava družbenim razmeram, nujna. To načelo že od zakonodajalca terja, da zakonodajo prilagaja danim družbenim razmeram in jo tudi spreminja, če to narekujejo spremenjena družbena razmerja. Ustavno sodišče RS pa kot pomemben razlog za poseg v načelo zaupanja v pravo na davčnem področju vidi razlog ekonomske nezmožnosti države za pokrivanje prejemkov iz javnih sredstev.<sup>143</sup>

Varovanje pravic iz 14. člena Ustave RS zavezuje vse nosilce javnih pooblastil v vertikalnih razmerjih, kakor tudi posameznike v horizontalnih razmerjih. Določba 14. člena je torej pomembna, saj zagotavlja pravico do enakopravnosti, ki po vsebini pomeni prepoved samovoljnega razlikovanja oz. diskriminacije. Tako se v komentarju k Ustavi RS pojasnjuje: »Različna obravnava enakih subjektov ter pravnih in dejanskih okoliščin pomeni poseg v pravico do enakopravnosti. Prav tako pa poseg v pravico do enakopravnosti pomeni tudi enaka obravnava različnih subjektov ter različnih pravnih in dejanskih okoliščin. V obeh primerih gre za kršitev pravice do enakopravnosti, torej za prepovedano diskriminacijo, razen če jo oblastveni organ lahko upraviči.«<sup>144</sup>

Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-313/13-86<sup>145</sup> zapisalo, da mora biti davčno breme kolikor je mogoče enakomerno porazdeljeno med davčne zavezance. Poseg v premoženje davčnega zavezanca pa država upraviči prav z enako obremenitvijo davčnih zavezancev. Ustavno načelo enakosti pred zakonom tako predstavlja eno izmed jamstev, ki opredeljuje in omejuje zakonodajalčevo polje proste presoje na

<sup>143</sup> Povzeto po M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman, P. Farmany, A. Galič, F. Grad et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije.

<sup>144</sup> Prav tam.

<sup>145</sup> USRS odločba U-I-313/13-86 z dne 21. 3. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:U.I.313.13.

davčnem področju. Iz ustavnega načela enakosti izhaja temeljno načelo davčnega prava – načelo davčne pravičnosti. Zahteva po enakomerni porazdelitvi davčnega bremena vključuje tudi upoštevanje neenakosti položaja davčnih zavezancev in tej sorazmerno različno obravnavo. To pa zato, ker se s tem lahko doseže vzpostavitev sorazmernosti med neenakimi in se na ta način vzpostavlja davčna enakost ter s tem enakost pred zakonom. Načelu enakosti pa ustreza samo takšna normativna različnost, ki ustreza različnosti dejanskih stanj, s tem da razlikovanje ne sme biti arbitrarno in mora predpis v okviru svojega namena izbrati sredstva, sorazmerna ugotovljeni različnosti položajev, ki so podlaga za normativno razlikovanje. Ni dovolj, da je izbrani kriterij razlikovanja v razumni povezavi s predmetom (različnega) pravnega urejanja. Tudi uporaba izbranega kriterija mora prestati preizkus razumnosti na način, da do konca izpelje logiko, ki upravičuje razlikovanje.<sup>146</sup> Na drugi strani pa skrajno pojmovanje enakosti, brez upoštevanja narave nekega dejanskega in pravnega položaja, lahko privede do neenakosti.<sup>147</sup> Načelo mora zagotavljati, da bo enakomernost v davčni obremenitvi v resnici učinkovala v vsakem posamičnem primeru odmere davka. Princip doslednosti,<sup>148</sup> ki naj zagotovi enakost dejanskega učinka davčne obremenitve, je zato bistveni sestavni del davčne enakosti. Podobno sta Ustavno sodišče RS in Vrhovno sodišče RS zapisala zadevah U-I-149/11<sup>149</sup> in X Ips 10/2018:<sup>150</sup> »Če zakonodajalec bistveno enake položaje ureja različno, mora za razlikovanje obstajati razumen razlog, ki izhaja iz narave stvari.«

Enakost se, kot smo zapisali že v zvezi s kršitvami nemške ustave, na davčnem področju kaže predvsem v tem, da je vsak dolžan prispevati k skupnim potrebam glede na merilo razlikovanja. Iz tega izhajata dve podnačeli, in sicer podnačelo splošnosti in podnačelo enakomerne porazdelitve davčnega bremena.<sup>151</sup> Subjekti davke praviloma plačujejo glede na svojo ekonomsko (gospodarsko) sposobnost<sup>152</sup>

<sup>146</sup> USRS odločba U-I-357/9, z dne 15. 3. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:U.I.357.98, USRS sklep U-I-350/98 z dne 6. 4. 2000, ECLI:SI:USRS:2000:U.I.350.98, in USRS odločba U-I-46/05 11. 1. 2007, ECLI:SI:USRS:2007:U.I.46.05.

<sup>147</sup> USRS odločba U-I-57/92 z dne 3. 11. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.57.92.

<sup>148</sup> Primerljivo VSRS sklep X Ips 133/2017 z dne 24. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:X.IPS.133.2017, tč. 17.

<sup>149</sup> USRS odločba U-I-149/11 z dne 7. 6. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:U.I.149.11.

<sup>150</sup> VSRS sodba X Ips 10/2018 z dne 14. 10. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:X.IPS.10.2018, tč. 22.

<sup>151</sup> G. Ilić-Popov, 2000, Ekološki porezi, str. 291–298.

<sup>152</sup> Gl. tudi R. Beiser, 2016, Steuern ein systematischer Grundriss, str. 30–32: »Iz načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti je izvedenih več področnih načel, ki veljajo za posamezne vrste davkov. Najbolj tipično je t. i. neto (čisto) načelo na področju obdavčitve dohodkov. Obdavčljiv dohodek v ustavnem smislu je namreč le čisto povečanje premoženja v določenem obdobju, kar izključuje odhodke (stroške, izdatke), ki so potrebni za pridobivanje dohodka (objektivno neto načelo), in splošne stroške preživljanja zavezanca in oseb, ki jih je ta dolžan preživljati (subjektivno neto načelo). Le čisti prirast premoženja namreč odraža ekonomsko sposobnost zavezanca.«

(angl. ability to pay principle, nem. Leistungsfähigkeitsprinzip), kar zagotavlja enakost pred zakonom,<sup>153</sup> lahko pa zakonodajalec uvede tudi drugačen kriterij razlikovanja, npr. koristnost.<sup>154</sup>

Tako kot smo ugotovili že za nemško ustavo (par. 3 GG), tudi Ustava RS (14. člen) izrecno ne ureja<sup>155</sup> načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti, vendar pa se je Ustavno sodišče RS o tem že večkrat izreklo.<sup>156</sup> Objektivno neto načelo<sup>157</sup> je kot konkretnije davčno podnačelo plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti uveljavljeno<sup>158</sup> tudi v Sloveniji,<sup>159, 160</sup> izhaja pa tudi iz nekaterih odločitev Ustavnega sodišča RS (gl. odločbo U-I-77/94,<sup>161</sup> U-I-296/95,<sup>162</sup> U-I-332/97<sup>163</sup> in U-I-251/00.<sup>164, 165</sup> Pri tem je treba razumeti, da nobeno od omenjenih davčnih načel ni absolutno, ampak so mogoči tudi odkloni v skladu z Ustavo RS.<sup>166</sup> Ne glede na to razvoj ustavnosodne prakse na davčnem področju kaže na vedno bolj dosledno upoštevanje načela plačevanja po sposobnosti in objektivnega neto načela.

<sup>153</sup> Gl. J. Englisch, *Ability to Pay*, 2014, str. 439–446.

<sup>154</sup> B. Koritnik, J. Podlipnik, *The Ability-to-Pay Principle As a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature*, 2017.

<sup>155</sup> O tem tudi prav tam, str. 5.

<sup>156</sup> USRS odločba U-I-9/98 z dne 16. 4. 1998, ECLI:SI:USRS:1998:U.I.9.98, tč. 13, USRS odločba U-I-10/98 z dne 22. 4. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:U.I.10.98, tč. 5, USRS odločba U-I-18/11 z dne 19. 1. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:U.I.18.11, tč. 9, in USRS odločba U-I-313/13 z dne 21. 3. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:U.I.313.13, tč. 44.

<sup>157</sup> Obdavči se lahko le neto prihodek (B. Škof, M. Wakounig, B. Tičar, S. Jerman, A. Kobal, A. Ferčič, 2007, *Davčno pravo*).

<sup>158</sup> Prim. sodbo, iz katere izhaja, da so stroški, ki znižujejo davčno osnovo predmet davčne politike: UPRS sodba I U 1248/2015 z dne 8. 11. 2016, ECLI:SI:UPRS:2016:I.U.1248.2015, tč. 15.

<sup>159</sup> VSRS sodba X Ips 367/2015 z dne 30. 8. 2017, ECLI:SI:VSRS:2017:X.IPS.367.2015: »Z vidika udejanjanja načela enake davčne obravnave kot temeljnega načela davčnega prava, ki velja tudi na področju obveznosti plačevanja davkov od dohodkov fizičnih in pravnih oseb, je nadalje pomemben tudi način opredelitve davčne osnove za plačilo dohodnine na podlagi pridobljenega dohodka. Pri tem pa je treba izhajati iz objektivnega neto načela obdavčitve, ki zagotavlja davčno pravičnost, ker terja, da se od dohodka odštejejo za njegovo pridobitev potrebni stroški, saj je le (pozitivna) razlika tista, ki dejansko pomeni povečanje premoženja (ekonomske moči) davčnega zavezanca.«

<sup>160</sup> Za razliko subjektivno neto načelo upošteva določene osebne okoliščine davčnih zavezancev in je pomembno zlasti pri dohodninskem davku. Gl. npr. UPRS sodba I U 1541/2017-10 z dne 30. 1. 2018, ECLI:SI:UPRS:2018:I.U.1541.2017.10 ter VSRS sklep X Ips 133/2017 z dne 24. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:X.IPS.133.2017, tč. 18, kjer je sodišče kot način za doseganje davčne pravičnosti preko načela zmožnosti plačevanja davkov uporabilo subjektivno neto načelo.

<sup>161</sup> USRS odločba U-I-77/94 z dne 1. 12. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.77.94.

<sup>162</sup> USRS odločba U-I-296/95 z dne 27. 11. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:U.I.296.95, tč. 11.

<sup>163</sup> USRS odločba U-I-332/97 z dne 19. 11. 1998, ECLI:SI:USRS:1998:U.I.332.97, tč. 9.

<sup>164</sup> USRS odločba U-I-251/00 z dne 23. 5. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:U.I.251.00, tč. 20.

<sup>165</sup> Obdavči se dohodek, stroški pa ne. Vendar so mogoče razumne omejitve pri priznavanju stroškov oz. je mogoče stroške priznavati z različno strogostjo za doseganje ustavno dopustnih namenov davčnega sistema, ne le fiskalnega.

<sup>166</sup> J. Podlipnik, *Dohodninska obravnava naknadnih vplačil – davčnopolitično ali ustavnopravno vprašanje?*, 2017, str. 777.

Ustavno sodišče RS je glede ukrepov gospodarske politike zadržano in je na stališču, da ima zakonodajalec široko polje proste presoje,<sup>167</sup> vključno z davčno politiko.<sup>168</sup>

Tudi Ustavno sodišče RS se bo verjetno po implementaciji obrestnega pravila iz 4. člena ATAD v slovenski pravni red soočilo z ustavno presojo. Kot smo videli iz obravnave obrestnega pravila na ravni EU in v Nemčiji, je pričakovati, da bo glavni očitke davčnih zavezancev povezan s kršitvijo drugega odstavka 14. člena Ustave RS.<sup>169</sup> Glavni izziv presoje bo povezan s tem, da za različna podjetja v različnih okoliščinah velja enako pravilo, kar lahko predstavlja vertikalno diskriminacijo, saj bi taka situacija lahko pomenila, da obrestno pravilo ni skladno z načelom plačevanja davka po načelu ekonomske sposobnosti.<sup>170</sup> Z obrestnim pravilom, če bo v slovenski pravni red implementirano na zgoraj opisani način, bi lahko bilo kršeno objektivno neto načelo. Neobstoj različne obravnave davčnih zavezancev pri porazdelitvi davčnega bremena, ki so različni in delujejo v različnih okoliščinah, bi lahko predstavljalo kršitev pomembnega davčnega načela obdavčitve po sposobnosti plačila davkov.<sup>171</sup>

V primeru splošnega načela enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave RS nista potrebna pogoja neizogibnosti in sorazmernosti v ožjem smislu, ampak zadošča že, da ukrep ni arbitraren in da zanj obstaja razumen razlog.<sup>172, 173</sup> Zgoraj opisano nerazlikovanje različnih davčnih zavezancev, ki delujejo v različnih

<sup>167</sup> USRS odločba U-I-313/13 z dne 21. 3. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:U.I.313.13, tč. 43, in tudi: »V to polje sodi izbira predmeta obdavčitve, ki zato tudi praviloma ni predmet ustavne in sodne presoje. Prav tako ni predmet sodne presoje opustitev drugih možnih predmetov obdavčitve. Te zakonodajalčeve odločitve, če so pogojene s finančnopolitičnimi, narodnogospodarskimi, socialnopolitičnimi, pa tudi davčnotehničnimi motivi, ne prizadevajo ustavnega načela enakosti pred zakonom, četudi imajo skladno izbranemu predmetu obdavčitve za posledico različno davčno obremenitev posameznikov, ki pa ni nedopustno nesorazmerna.«

<sup>168</sup> USRS odločba U-I-59/03 z dne 13. 5. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:U.I.59.03.

<sup>169</sup> Primerljivo 3. členu GG.

<sup>170</sup> *Koritnik in Podlpinik* pravzaprav ugotavljata, da se merilo ekonomske moči uporabi na točno določen trenutek v času (B. Koritnik, J. Podlpinik, 2017, *The Ability-to-Pay Principle As a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature*, str. 7).

<sup>171</sup> VSRS sklep X Ips 133/2017 z dne 24. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:X.IPS.133.2017, tč. 18: »Temeljni kriterij obdavčitve posameznikova zmožnost plačevanja davkov, ki se v primeru dohodnine (davka od dohodka) odraža skozi višino njegovega razpoložljivega dohodka.«

<sup>172</sup> L. Šturm, F. Arhar, K. Plauštajner, V. Rijavec, L. Toplak, M. Blaha et al., 2002, *Komentar Ustave Republike Slovenije*; M. Bošnjak, M. Cerar, A. Kmecl, N. Kogovšek, T. Kuzmanič, T. Strojan, 2005, *Enakost in diskriminacija*, str. 47. Gl. tudi npr. USRS odločba U-I-177/15 z dne 5. 5. 2016, ECLI:SI:USRS:2016:U.I.177.15, tč. 8; USRS odločba U-I-220/14-11 z dne 12. 11. 2015, ECLI:SI:USRS:2015:U.I.220.14, tč. 40.

<sup>173</sup> Nasprotno *Koritnik in Podlpinik*, ki menita, da je oddaljitev od načela plačevanja davkov po sposobnosti lahko ustavno dopustno, če prestane strogi test sorazmernosti, saj je potrebno upoštevati različna etična načela, ki so si lahko med seboj v konfliktu (B. Koritnik, J. Podlpinik, *The Ability-to-Pay Principle As a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature*, 2017, str. 7).

okolščinah (vertikalna diskriminacija), bi bilo lahko torej ustavno dopustno, če bi obrestno pravilo prestalo test arbitrarnosti,<sup>174</sup> kar pomeni, da bi lahko upravičeno trdili, da za tako nerazlikovanje obstaja razumen razlog, ki izhaja iz narave stvari (U-I-147/12).<sup>175</sup> Vertikalna diskriminacija mora služiti ustavno dopustnemu cilju, ta pa mora biti v razumni povezavi s predmetom urejanja v predpisu in je takšen ukrep primerno sredstvo za doseg tega cilja. Kot smo zapisali, ima obrestna omejitev ATAD primarni cilj in namen omejevati prakse, s katerimi podjetja (skupine) premikajo dobičke skozi plačila obresti z davčnim izogibanjem, kar samo po sebi predstavlja dopustno omejitev zaradi varstva javne koristi (15. člen Ustave RS). Vendar pa bi ob implementaciji obrestnega pravila v slovenski pravni red za vse davčne zavezance veljal enak kriterij plačevanja presežnih obresti - neto obresti v razmerju do EBITDA. Osnovni kriterij, ki bo implementiran tudi v slovensko zakonodajo, pa nima sposobnosti, da bi *de facto* ločeval med zlorabami in pristinimi transakcijami. Obstaja možnost za presojo, da izbrani kriterij (osnovno obrestno pravilo) ne bo razumno povezan s ciljem, saj zdrave transakcije zadane enaka pravna posledica kot zlorabe. Obrestno pravilo bi lahko pomenilo kršitev načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti in izpeljanega objektivnega neto načela, o čemer se je slovenska sodna praksa že izrekla. Ob dejstvu, da bo lahko poseg hkrati kršil načelo vertikalne pravičnosti ter davčna načela, ki so postala merilo enakosti plačevanja v Sloveniji, ter da transakcije same po sebi ne predstavljajo zlorabe, ko presežejo obrestno pravilo, se zdi ukrep nesorazmeren cilju, ki se bo želel doseči. Domneva, na kateri temelji obrestno pravilo, namreč je, da presežek obresti predstavlja zlorabo. Po moji oceni bi moral predlagatelj zakona izkazati, kako realna je ta domneva oz. v kolikšnem deležu ima domneva realno osnovo, saj bi bilo ob visokem deležu zlorab mogoče trditi, da bo ukrep v večini primerov dosegel namen in je delež primerov, ki dejansko niso zlorabe, zanemarljivo majhen. Opcija prenosa presežnih obresti v bodoča obdobja celo izpodbija domnevo, da so presežne obresti zloraba. Res pa je, da takšen prenos presežnih neto obresti naprej pravzaprav dopušča možnost, da so presežne obresti slučajnost nekega obdobja, a hkrati predstavlja kontradiktornost, saj so v konkretnem davčnem obdobju presežne obresti že bile predpostavljene kot zloraba, ki ima namen v pridobitvi davčne ugodnosti.

---

<sup>174</sup> Glede na to, da predstavlja kršitev načela enakosti očita kršitev drugega odstavka 14. člena Ustave RS, se glede na dosedanjo sodno prakso, vključno z upoštevanjem stališč prej citiranih avtorjev zdi (gl. zgoraj op. 172), da bo Ustavno sodišče RS bolj verjetno uporabilo test arbitrarnosti.

<sup>175</sup> USRS odločba U-I-147/12 z dne 29. 5. 2013, ECLI:SI:USRS:2013:U.I.147.12, tč. 19.



### 5.3.3 Kršitev svobodne gospodarske pobude

Glede svobodne gospodarske pobude, ki jo zagotavlja Ustava RS v 74. členu, Zabel zapiše, da gre za varstvo pravic, ki jih lahko omejijo z oblastnimi akti država ali lokalne skupnosti.<sup>176</sup> Omejevanje svobodne gospodarske pobude s predpisi je dopustno le, če je to nujno zaradi varovanja javne koristi.<sup>177</sup> Takšno ravnanje mora izpolnjevati pogoje primernosti, sorazmernosti,<sup>178</sup> trajnosti in določnosti<sup>179</sup> in ne sme kršiti načela enakopravnosti subjektov. Pri tem pa je potrebno tudi ugotoviti, da pojem svobodne gospodarske pobude ni definiran.<sup>180</sup> Zabel<sup>181</sup> pojem svobodne gospodarske pobude razume kot določene možnosti gospodarskih subjektov, ki se svobodno odločajo, ali bodo in kako bodo opravljali gospodarsko dejavnost. Iz zadeve U-I-59/03<sup>182</sup> izhaja opredelitev, po kateri gre za svobodno ustanovitev gospodarskega subjekta (pod zakonskimi pogoji), njegovo vodenje v skladu z ekonomskimi načeli (upoštevaje prisilne predpise), svobodno izbiro dejavnosti, s katero gospodarski subjekti uresničujejo svoje pridobitne interese v konkurenci na tržišču, izbiro poslovnih partnerjev ipd., ne glede na velikost, statusno obliko ali druge značilnosti.

Pravica iz 74. člena Ustave RS<sup>183</sup> za uresničitev s strani subjektov potrebuje predhodno ureditev v zakonu. Zakonodajalec mora upoštevaje prvi stavek 74. člena Ustave RS najprej določiti pravnoorganizacijske oblike za opravljanje gospodarske dejavnosti in pogoje za njeno opravljanje. Postavi se vprašanje, ali je zakonodajalec predpisal način izvrševanja pravice do svobodne gospodarske pobude<sup>184</sup> ali pa je

<sup>176</sup> B. Zabel, Svobodna gospodarska pobuda v praksi Ustavnega sodišča, 2009, str. 685–708.

<sup>177</sup> Zabel zapiše: »Niti kakšna odločba US niti predpisi niso oblikovali splošnega pojma javne koristi. Gre za pravni standard, katerega vsebina je odvisna od konkretnih okoliščin.« B. Zabel, prav tam, str. 685–708.

<sup>178</sup> Uporablja se enak test kot v primerih posegov v druge človekove pravice in temeljne svoboščine, tj. test sorazmernosti, kot navajajo L. Šturm, F. Arhar, K. Plauštajner, V. Rijavec, L. Toplak, M. Blaha et al., 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije.

<sup>179</sup> Tako že Zabel napotuje na odločbo USRS U-I-220/03 z dne 13. 10. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:U.I.59.03, ki navaja, da je »Načelo določnosti in jasnosti predpisa eno od načel pravne države«, in na odločbo USRS U-I-277/05 z dne 9. 2. 2006, ECLI:SI:USRS:2006:U.I.277.05, ki navaja, da je: »Norma nejasna, kadar se z u staljenimi metodami razlage pravnim norm ne da ugotoviti njene vsebine«. Gl. B. Zabel, Svobodna gospodarska pobuda v praksi Ustavnega sodišča, 2009, str. 685–708.

<sup>180</sup> Prav tam, str. 685–708.

<sup>181</sup> Prav tam, str. 685–708.

<sup>182</sup> USRS odločba U-I-59/03 z dne 13. 5. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:U.I.59.03, tč. 7.

<sup>183</sup> Omeniti velja USRS sklep U-I-113/04 z dne 7. 2. 2007, ECLI:SI:USRS:2007:U.I.113.04, v zvezi z varstvom svobodne gospodarske pobude po pravu EU. Po mnenju Ustavnega sodišča RS pravica opravljati gospodarsko dejavnost po pravu EU po vsebini ustreza pravici iz 74. člena Ustave RS.

<sup>184</sup> Gl. drugi odstavek 15. člena Ustave RS.

svobodno gospodarsko pobudo omejil.<sup>185</sup> Če gre za določitev načina izvrševanja pravice, mora imeti zakonodajalec le razumen razlog, kar izhaja iz odločbe U-I-280/05.<sup>186</sup> Če pa gre za omejitev svobodne gospodarske pobude, je zakonodajalec podvržen testu sorazmernosti, ki dovoljuje v pravico poseči le toliko, kolikor je potrebno zaradi varovanja javne koristi.<sup>187</sup> Meja med načinom izvrševanja in njeno omejitvijo je gibljiva in težko določljiva.<sup>188</sup> Ko gre za intenzivno zoženje podjetniške svobode, gre običajno za omejitev pravice do svobodne gospodarske pobude. Manj intenzivno omejevanje pa pomeni zakonodajalčevo izvrševanje pooblastila iz drugega odstavka 15. člena Ustave RS.<sup>189</sup>

Pri prekomernih omejitvah<sup>190</sup> konkurence, kar lahko pomeni tudi dajanje ugodnosti le nekaterim, gre praviloma za kršitev prvega odstavka 74. člena Ustave RS.<sup>191</sup>

Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-322/97<sup>192</sup> v zvezi z razlikovanjem med povezanimi in nepovezanimi osebami glede drugačnega načina določanja davčne osnove presodilo, da: »Določitev davčne osnove na način, ki naj izenači konkurenčni položaj gospodarskih subjektov na trgu in prepreči izogibanje davčnim obveznostim, predstavlja dopustno omejitev svobodne gospodarske pobude. To pa pomeni, da je tudi očitek o neskladnosti s prvim odstavkom 74. člena Ustave neutemeljen.«

Vprašanje svobodne gospodarske pobude je v osnovi povezano z omejevanjem dejavnosti nekega subjekta oz. subjektov s primerljivimi značilnostmi glede na preostale.<sup>193</sup> Iz slovenske sodne prakse je razvidno, da so pravzaprav 2., 14. in 74. člen Ustave RS pri testiranju tanke kapitalizacije zatrjevani sočasno. Konkretno navedbe kršitev Ustave RS v zvezi s svobodno gospodarsko pobudo glede obrestnega pravila bodo odvisne od implementacije izjem. Vendar pa bo primerljivo

<sup>185</sup> M. Avbelj, S. Bardutzky, I. Bele, M. Blaha, M. Cerar, J. Čebulj et al., 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije.

<sup>186</sup> USRS sklep U-I-280/05 z dne 18. 1. 2007, ECLI:SI:USRS:2007:U.I.280.05.

<sup>187</sup> USRS odločba U-I-163/05 z dne 27. 10. 2005, ECLI:SI:USRS:2005:U.I.163.05.

<sup>188</sup> USRS odločba U-I-66/08 z dne 11. 12. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:U.I.66.08.

<sup>189</sup> M. Avbelj, S. Bardutzky, I. Bele, M. Blaha, M. Cerar, J. Čebulj et al., 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije.

<sup>190</sup> Podrobneje gl. npr. USRS odločba U-I-91/98 z dne 16. 7. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:U.I.91.98.

<sup>191</sup> USRS odločba U-I-211/00 z dne 22. 1. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:U.I.211.00.

<sup>192</sup> USRS odločba U-I-322/97 z dne 9. 12. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:U.I.322.97.

<sup>193</sup> V Nemški sodišča subsumirajo pravico do svobodne gospodarske pobude pod bolj splošna ustavna načela kot je prvi odstavek par. 12 GG – svobodna izbira poklica. Gl. npr. nemško Ustavno sodišče, Steinmetz-Wettbewerb (BVerfG – 1 BvR 170/71). V poštev pride še par. 14 GG, ki varuje zasebno lastnino. Tako A. Hänlein, A. Roßnagel, 2011, *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa*, str. 282.

sedanji ustavnosodni praksi presoja svobodne gospodarske pobude povezana s testom sorazmernosti (razumnosti) in različnosti konkurenčnih položajev ter s tem kršitev prvega odstavka 74. člena Ustave RS.

## 6 Pravilo obrestne omejitve *de lege ferenda*

S 1. 1. 2024 bo zakonodajalec implementiral obrestno pravilo. Na podlagi analize pričujočega prispevka sem mnenja, da naj zakonodajalec glede osnovnega obrestnega pravila uvede omejitev neto obresti s 30-odstotno vezavo na EBITDA. Uvedba skupinskega pravila je smiselna, saj pripomore k odpravi dvojne ekonomske obdavčitve povezanih podjetij, Sodišče EU pa je izreklo, da ni v konfliktu z uravnoteženo alokacijo davčnih pravic, vendar mora veljati enako za notranje kot čezmejne transakcije. Prenos presežnih neto obresti naprej za nedoločen čas se zdi smiselna rešitev, saj implementacija te opcije pravzaprav vzpostavlja domnevo, da so občasne presežne obresti (lahko) zgolj slučajnost. Smiselno enak razlog za uveljavitev pravila velja za prenos presežnega EBITDA pet let naprej. Navkljub pravkar navedenemu razlogu za implementacijo obeh opcij prenosa naprej, ni nujno, da bo konkretno podjetje, ki stalno presega osnovno obrestno omejitev, lahko uporabilo katero od navedenih opcij. Hkrati pa po mojem mnenju opcija prenosa presežnih obresti naprej izpodbija samo bistvo namena obrestne omejitve, saj se presežne obresti v nekem trenutku ne priznajo, ker jih ATAD obravnava kot zlorabo z namenom pridobiti davčno ugodnost. Izključitev iz osnovnega pravila, kot lahko velja za samostojno podjetje in *de minimis*, se zdi kontradiktorna, saj bi takšne davčne zavezanca lahko doseglo osnovno pravilo, ki temelji na domnevi, da preseganje obrestne meje predstavlja zlorabo. Izločitev samostojnih podjetij in vseh podjetij do meje *de minimis* ne prispeva k bolj uravnoteženi alokaciji davčnih pravic med državami članicami. Po drugi strani pa uveljavitev izjeme samostojnega podjetja preprečuje možnost, da bi čezmejne transakcije v povezavi s skupinskim pravilom prišle v boljši položaj kot domača samostojna podjetja. Razlog, da kljub navedenemu zagovarjam izjemo samostojnega podjetja in pravilo *de minimis* ter s tem izvzem iz dosega bodočega slovenskega obrestnega pravila, je v administrativni učinkovitosti ter primerljivosti z drugimi državami članicami. Smiselna se zdi tudi izstopna klavzula, kot jo pozna nemški davčni sistem, saj lahko posamično podjetje na takšen način parcialno finančno politiko izenači s skupinsko brez davčnih posledic.

## 7 Zaključek

Pričakovane odločitve Sodišča EU, vezane na ATAD, bodo najverjetneje v veliki meri sledile dosednji sodni praksi, kar pomeni, da bo Sodišče EU zlorabe po ATAD zelo verjetno razlagalo po zelo visokem standardu »popolnoma umetnih shem«. Kot smo videli, obrestno pravilo posega tudi v povsem komercialno utemeljene transakcije, ki ne pomenijo zlorabe. Hkrati različna podjetja v različnih okoliščinah obravnava enako in krši temeljna davčna načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti in objektivno neto (pod)načelo. Kriterij za delitev transakcije na zdrave in tiste, ki imajo namen v zlorabi z namenom pridobiti davčne ugodnosti, je sama obrestna omejitev. Zdi se, da ukrep, ki povzroča vertikalno diskriminacijo, ni sorazmeren cilju oz. namenu pravila. Menim, da 4. člen ATAD ni najbolj odporen na test razloga oz. motiva (sorazmernost, namen zlorabe, alokacija davčnih pravic znotraj držav članic), kar lahko pomeni neskladnost obrestnega pravila s primarnim pravom EU.

Večina držav članic ima davčni sistem zasnovan na neto davčnem načelu, ki terja, da so povezani stroški s prihodki priznani v neomejenem obsegu, zato zakonodajalec<sup>194</sup> krši takšno načelo brez razumne in stvarne utemeljitve, ki mora biti obvezno podana.<sup>195</sup> Tako bo imel nemški primer, kjer smo videli, da zaradi kršitve objektivnega neto načela verjetno prihaja do kršitve nemške ustave, velik vpliv tudi na ostale države članice.

Na podlagi pregleda slovenske sodne prakse, predvsem sodb Ustavnega sodišča RS, ugotavljam, da sta tudi v Sloveniji preko ustavnosodne prakse načelo sposobnosti plačila davkov ter objektivno neto načelo postali merili enakega obravnavanja v davčnih zadevah. Ker bo obrestno pravilo zajelo tudi povsem ekonomsko upravičene transakcije, kar je nasprotno od tistega, zaradi česar se bo pravilo v skladu z ATAD implementiralo, se ukrep zdi nesorazmerno oddaljen od cilja in posledično potencialno neustaven.

---

<sup>194</sup> S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 323 in 325.

<sup>195</sup> A. P. Dourado, The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle, 2017, str. 114–115, in S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 325.

## Literatura

- Aaltonen, Elisa, GAAR of the Anti-Tax Avoidance Directive: Interpretation and Effects on the Finnish GAAR of VML SEC. 28, Master's thesis, University of Helsinki, Helsinki 2017.
- Avbelj Matej, Bardutzky Samo, Bele Ivan, Blaha Miran, Cerar Miro, Čebulj Janez et al., Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev - A, Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2011.
- Avbelj, Matej, Bardutzky Samo, Dežman Aljoša, Farmany Polona, Galič Aleš, Grad Franc et al. Komentar Ustave Republike Slovenije, Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica 2019.
- Beiser, Reinhold, Steuern ein systematischer Grundriss, Facultas, Dunaj 2016.
- Berglund Martin, Cejze Katia, Basics of International Taxation: From a Methodological Point of View, Iustus Forlåg, Uppsala 2014.
- Baerentzen Susi, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest: A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?, World Tax Journal, Let. 12 (2020), št. 1, str. 3–52.
- Baucon Primož, U-I-50/21-19, še eno nedokončano delo Ustavnega sodišča, Pravna praksa, Let. 40 (2021), št. 17-18, str. 12–14.
- Bizioli Gianluigi, Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence Over the Single Market?, EC Tax Review, Let. 26 (2017), št. 3, str. 167-175.
- Bošnjak Marko, Cerar Miro, Kmecl Andrej, Kogovšek Neža, Kuzmanić Tonči, Strojjan Tatjana, Zagorac Dean (ur.), Enakost in diskriminacija: Sodobni izzivi za pravosodje, Mirovni inštitut - inštitut za sodobne družbene in politične študije, Ljubljana 2005.
- Breinersdorfer Stefan, Abzugsverbot und objektives Nettoprinzip – Neue Tendenzen in der verfassungsrechtlichen Kontrolle des Gesetzgebers, Deutsches Steuerrecht, Let. 49 (2010), št. 49, str. 2492 – 2497.
- Breuer Almut, The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive: A Violation of the German Constitution?, Kluwer International Tax Blog 2016. URL: <http://kluwertaxblog.com/2016/03/02/the-interest-limitation-rule-of-the-proposed-eu-anti-tax-avoidance-directive-a-violation-of-the-german-constitution/?print=print>. (25. 8. 2021).
- Colombaioni Gabriele, Compatibility with EU Law of Rules Limiting the Deductibility of Interest and Other Financial Payments, v: Limiting Base Erosion (1. izdaja), E. Pinetz, E. Schaffer, Linde Verlag, Dunaj 2017.
- De Broe, Luc, International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Case Companies, IFBD Doctoral Series, Amsterdam 2008.
- De Graaf Arnaud, Visser, Klaas-Jan, ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects, EC Tax Review, Let. 25 (2016), št. 4, str. 199 – 210.
- Doralt Werner, Ruppe Hans G., Mayr Gunter, Grundriss des Österreichischen Steuerrechts Band I (11. izdaja), MANZ Verlag, Dunaj 2013.
- Douma Sjoerd, Limitations on Interest Deduction: An EU Law Perspective, British Tax Review, Let. (2015), št. 3, str. 364–378.
- Dourado Ana Paula, The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle, EC Tax Review, Let. 26 (2017), št. 3, str. 112–121.
- Englisch Joachim, Ability to Pay, v: Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law, C. Brokelind (ur.), IBFD, Amsterdam 2014.
- Englisch Joachim, The Danish Tax Avoidance Cases: New Milestone in the Court's Anti-Abuse Doctrine, Common Market Law Review, Let. 57 (2020), št. 2, str. 528 – 530.
- Ferčič Aleš, Analiza ustavnosti ZDoh-1D: prehodni režim za obdavčitev dobička iz kapitala, Podjetje in delo, Let. 32 (2006), št. 3-4, str. 666– 687.
- García Prats Francisco Alfredo, The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis, University of Valencia 2010, str. 118-122. URL:

- [https://www.researchgate.net/publication/255698380\\_The\\_%27Abuse\\_of\\_Tax\\_Law%27\\_Prospects\\_and\\_Analysis](https://www.researchgate.net/publication/255698380_The_%27Abuse_of_Tax_Law%27_Prospects_and_Analysis) (30. 7. 2021).
- Ginevra Guglielmo, The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU Level, *Intertax*, Let. 45 (2017), št. 2, str. 120, 120–137.
- Hänlein Andreas, Roßnagel Alexander, *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa*, Kassel University press GmbH, Kassel 2011.
- Helminen, Marjaana, *EU Tax Law -Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2017.
- Iglesias, Gil Carlos Rodriguez, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht Europarecht*, Založba, Mesto izdaje 1992.
- Hilling Maria, Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance, *Intertax*, Let. 41 (2013), št. 5, str. 294-307.
- Ilić-Popov, Gordana, *Ekološki porezi, Savet projekta Konstituisanje Srbije kao pravne države*, Beograd 2000.
- Kollruss Thomas W, The Freedom of Cross-Border Funding in Multinational Groups and European Union Law, *Nordic Tax Journal*, Let. 2022 (2022), št. 1, str. 58–70. URL: <https://sciendo.com/de/article/10.2478/ntaxj-2020-0003> (5. 9. 2021).
- Koritnik Boštjan, Podlipnik, Jernej, The Ability-to-Pay Principle As a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature, v: *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju: liber amicorum Ciril Ribičič, M. Žgur, N. Kogovšek Šalomon, B. Koritnik (ur.)*, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila: Litteralis, Maribor 2017. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3038649](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3038649) (9.9.2021).
- Künnapas Kaido, Dysfunctionality From the Sovereignty Conflict in the ATAd GAAR, *TalTech Journal of European Studies*, Let. 10 (2020), št. 1, str. 97–122. URL: <https://sciendo.com/article/10.1515/bjes-2020-0006> (20. 8. 2021).
- Lampert Steffen, Meickmann Till, Reinert Maria, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, *European Taxation*, Let. 56 (2016), št. 8, str. 323-327.
- Lang Joachim, English Joachim, A European Tax Order Based on Ability to Pay, v: *International Tax Law*, A. Amatucci (ur.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006.
- Keuthen, Markus, *Die Vermeidung der juristischen Doppelbesteuerung im EG-Binnenmarkt, Die Vereinbarkeit der Anrechnungs- und der Freistellungsmethode mit den EG-Grundfreiheiten*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2009.
- Kiehne, Hans-Erich, *Grundrechte und Steuerordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2004.
- Mikelsone Gundega, The Binding Force of the Case Law of the Court of Justice of the European Union, *Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnals*, L. University of Latvia, Faculty of Law, Let. 20 (2013), št. 2, str. 469–495. URL: <https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/10706/966-1815-2-PB.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (15. 8. 2021).
- Meyer Caroline, Art. 4 ATAD: How the Interest Limitation Rule of the ATAD Aligns with the Freedoms of the TFEU and National Constitutions, Master's thesis, Uppsala universitet, Uppsala 2018.
- Novak Janez, Načeli sorazmernosti in pro rata temporis, *Podjetje in delo*, Let. 40, št. 3-4, str. 447.
- Pecin, Suzana, Načelo nadrejenosti prava Evropske unije skozi prizmo odločb najvišjih sodišč v državah članicah Evropske unije, *Doktorska disertacija*, Univerza v Ljubljani, Ljubljana 2020. URL: <https://repozitorij.uni-lj.si/IzpisGradiva.php?lang=slv&id=115219> (18. 8. 2021).
- Piantavigna Paolo, Tax Abuse in European Union Law: A Theory, *EC Tax Review*, Let. 20 (2011), št. 3, str. 134–147.
- Podlipnik Jernej, Dohodninska obravnava naknadnih vplačil – davčnopolitično ali ustavnopravno vprašanje?, *Podjetje in delo*, Let. 43 (2017), št. 5, str. 777.

- Škof Bojan, Wakounig Marian, Kobal Aleš, Tičar Bojan, Jerman Saša, Ferčič Aleš, Davčno pravo, Pravna fakulteta: Davčno-finančni raziskovalni inštitut, Maribor 2007.
- Šturm Lovro, Arhar France, Plauštajner Konrad, Rijavec Vesna, Toplak Ludvik, Blaha Miran et al., Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Terra Ben J.M., Wattel Peter J., European Tax Law (6. izdaja), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2012.
- Thiel, Servaas van, Justification in Community Law for Income tax Restrictions on Free Movement: Acte Clair Rules That Can Be Readily Applied by National Courts – Part 1, European Taxation 6, IBFD, Amsterdam 2008.
- Tipke Klaus, Lang Joachim, Steuerrecht, Dr. Otto Schmidt, Köln 2013.
- Wagner, Christoph, Steuergleichheit unter Standortvorbehalt? Verfassungsrechtliche Grenzen einer ungleichen Einkommensbesteuerung von Kapital und Arbeit, Peter Lang Verlag, Berlin 2010.
- Wattel Peter J., Vermeulen Hein, Marres Otto, European Tax Law, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2017.
- Wedam Lukić Dragica, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, Podjetje in delo, Let. 35 (2009), št. 6-7, str. 1350–1356.
- Zabel Bojan, Svobodna gospodarska pobuda v praksi Ustavnega sodišča, Podjetje in delo, Let. 35 (2009), št. 3-4, str. 685–708.
- OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris 2015.
- CFE Tax Advisers Europe Office (2021), Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the CJEU Decision of January 20, 2021, in Case C-484/19, Lexel AB, Concerning the Application of Swedish interest deductibility rules. URL: [https://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2021/04/CFE-ECJ-TF-1-2021\\_Lxel.pdf](https://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2021/04/CFE-ECJ-TF-1-2021_Lxel.pdf) (9. 9. 2021).

## SUMMARY

As of 1 January 2019, EU Member States were obliged to implement the interest limitation rule on the basis of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). Some Member States, including Slovenia (with a comparatively effective thin capitalization rule) must implement interest limitation rule by 1 January 2024 at the latest. The purpose of this paper is to demonstrate what legal dilemmas are present at EU level regarding the interest limitation rule, particularly in terms of its compliance with EU primary law, and we will shed light on the issue using case law from the Court of Justice of the EU, which will be followed by a discussion on the possible unconstitutionality of the interest limitation rule in Germany. European legal scholarship already addressed both topics, thus we present our own construction based on prior research but rather with some novel thoughts on the interest limitation rule. The purpose of this paper is also to analyze the legal dilemmas that will likely arise as a result of the implementation of the interest limitation rule in Slovenia.

On the basis of recent judgments, it is already possible to make more reliable interpretations of the current positions of the Court of Justice of the EU on the interest limitation rule. The interest limitation rule does not differentiate between internal and cross-border transactions, but certain exceptions (standalone entity, group rule) can potentially lead to cross-border discrimination, and differences can also occur on the basis of disguised discrimination. With greater difficulty, the interest limitation rule is encountered when it is judged through a test of reason or motive. The rule encounters the problem of proportionality, discrimination of different taxpayers and justification of public benefit through the existence of abuse and balanced allocation of tax rights. Despite the EU's efforts to harmonize certain concepts in the field of direct taxation, the large number of exceptions to the interest limitation rule does not seem to lead to full uniformity of this rule at EU level.

Furthermore, the paper demonstrates the potential unconstitutionality of the interest limitation rule in Germany. The analysis shows that the interest limitation rule conflicts with tax principles, which have become the norm of justice or equal treatment of taxable persons as a result of the judgments of the German Constitutional Court. Consequently, a breach of tax principles may lead to the unconstitutionality of the interest limitation rule.

In the last part, we examine court decisions in Slovenia regarding the valid thin capitalization rule. The Constitutional Court of Slovenia assessed the valid thin capitalization from the point of view of the following articles of the Constitution of the Republic of Slovenia, namely Article 2 - legal principles, Article 14 (2) - equality before the law and Article 74 (1) - free economic initiative. The decision of the Constitutional Court was in fact consistent, namely that the distinction between related and unrelated persons is based on their different legal and factual situation, as related persons can potentially avoid paying tax liabilities by shifting profits, so the pursued goal is constitutionally permissible and a reasonable means of achieving this objective, thereby also leveling the competitive position of economic operators.

The presented analysis of the interest limitation rule at the EU level and in Germany regarding the expected implementation of the interest limitation rule directs us to research previous judgments of the Slovenian Constitutional Court, which are related to the principle of paying tax based on economic capacity and objective net principle. We find that the Constitutional Court has ruled on this several times. Both tax principles are established as a criterion for equal treatment of taxpayers in Slovenia, but not in absolute terms, for it is necessary to perform a proportionality test in relation to the goal to be achieved. The aim of article 4 is justified in ATAD as a means of preventing the erosion of the tax base and profit shifting used mainly by multinationals. In a broader sense, it is a measure to prevent tax avoidance practices. Based on the analysis of the judgments of the Slovenian Constitutional Court, we can conclude that with the implementation of the rule of interest restriction in Slovenia, such a rule will result in discrimination against taxpayers. Given the objective of the restrictive rule, the measure appears to be disproportionate, as it also interferes with genuine transactions and not just abuse.

As a conclusion of this paper, we make some proposals (*de lege ferenda*) to the legislator. In fact, the Slovenian legislator can no longer avoid the key problems we present in this paper in the process of the binding implementation of ATAD. We believe that some of the issues raised can be mitigated.