Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
NICHOLASA EMILIOUJA,
predstavljeni 14. marca 2024[1]

Zadeva C-585/22

X BV
proti
Staatssecretaris van Financiën

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske))

„Predhodno odločanje – Svoboda ustanavljanja – Člen 49 PDEU – Davek od dohodkov pravnih oseb – Čezmejno posojilo znotraj skupine, sklenjeno za prevzem zunaj skupine – Nemožnost odbitka obresti na dolg zaradi takšnega posojila od obdavčljivega dobička – Povsem umeten konstrukt – Pojem – Sorazmernost“

I. Uvod

1. Znani rek Benjamina Franklina, da „na tem svetu ni nič zanesljivega, razen smrti in davkov“, izraža univerzalno resnico. Pogosto pa se zdi, da je človek že po naravi nagnjen k izmikanju tema dvema neizbežnima realnostma.

2. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na določbe nacionalnega prava o davku od dohodkov pravnih oseb, ki so posebej namenjene preprečevanju praks izogibanja davkom. V skladu s to zakonodajo se domneva, da je zadolževanje davčnega zavezanca pri povezanem subjektu zaradi pridobitve ali povečanja deleža v nekem drugem subjektu, v nekaterih okoliščinah umeten konstrukt, katerega namen je znižati nizozemsko davčno osnovo. Zato lahko ta zavezanec obresti na ta dolg od svojega obdavčljivega dobička odbije le, če lahko to domnevo ovrže.

3. Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče, Nizozemska) s tem predlogom Sodišče poziva, naj pojasni svojo sodno prakso, med drugim v zvezi s svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU, in sicer zlasti ali je to, da davčni organi države članice družbi, ki pripada čezmejni skupini, zavrnejo pravico, da od svojega obdavčljivega dobička odbije obresti, ki jih plačuje za tak dolg zaradi posojila, združljivo s to svoboščino. Natančneje, Sodišče je pozvano, naj pojasni svoje ugotovitve iz sodbe Lexel[2] o tem, ali se taka posojila znotraj skupine v ta namen lahko štejejo za povsem umetne konstrukte, tudi če so bila najeta v pogojih svobodne konkurence in so bile obresti določene po običajni tržni obrestni meri.

[1] Jezik izvirnika: angleščina.

[2] Sodba z dne 20. januarja 2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34, v nadaljevanju: sodba Lexel).

II. Pravni okvir

4. Člen 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (zakon o davku od dohodkov pravnih oseb iz leta 1969, v nadaljevanju: zakon o davku od dohodkov pravnih oseb) v različici, ki je veljala v času spora o glavni stvari, določa:

„1. Pri ugotavljanju dobička […] se ne odbijejo obresti, vključno s stroški in tečajnimi razlikami, v zvezi z dolgovi, ki so – pravno ali dejansko – neposredno ali posredno dolgovani povezanemu subjektu ali povezani fizični osebi, če je dolg neposredno ali posredno – pravno ali dejansko – povezan z enim od naslednjih pravnih poslov:

[…]

(c) pridobitev ali povečanje deleža s strani davčnega zavezanca, subjekta, ki je povezan z davčnim zavezancem in je zavezanec za davek od dohodkov pravnih oseb, ali s strani fizične osebe, ki je povezana z davčnim zavezancem in je rezidentka Nizozemske, v subjektu, ki po pridobitvi ali povečanju tega deleža postane subjekt, povezan z davčnim zavezancem.

[…]

3. Odstavek 1 se ne uporablja, če davčni zavezanec dokaže, da:

(a) posojilo in z njim povezan pravni posel temeljita predvsem na poslovnih razlogih; ali

(b) so obresti z davkom na dobiček ali davkom na dohodek, ki je po nizozemskih merilih razumen, končno obdavčene pri osebi, kateri so pravno ali dejansko, neposredno ali posredno, dolgovane […] Davek, s katerim je obdavčen dobiček, je po nizozemskih merilih razumen, če se obdavčljivi dobiček, določen v skladu z nizozemskimi merili, obdavči po vsaj 10-odstotni stopnji.

4. Za namene tega člena […] se za subjekt, povezan z davčnim zavezancem, štejejo:

(a) subjekt, v katerem ima davčni zavezanec vsaj tretjinski delež;

(b) subjekt, ki ima v davčnem zavezancu vsaj tretjinski delež;

(c) subjekt, v katerem ima tretja oseba vsaj tretjinski delež, če ima ta tretja oseba tudi najmanj tretjinski delež v davčnem zavezancu.

[…]“

III. Dejansko stanje, nacionalni postopek in vprašanja za predhodno odločanje

5. Družba X (v nadaljevanju: družba X ali vlagateljica kasacijske pritožbe) je holdinška družba nizozemskega prava. Ta družba je del večnacionalne skupine, ki med drugim vključuje družbo A in družbo C (v nadaljevanju: družba A oziroma družba C).

6. Družba A je matična družba s sedežem v Belgiji. Je edini delničar vlagateljice kasacijske pritožbe in večinski delničar družbe C.

7. Družba C je notranja banka, ki ima prav tako sedež v Belgiji. Ponuja storitve znotraj skupine, ki vključujejo finančno prestrukturiranje in upravljanje. Med letoma 1999 in 2010 je imela status „centra za usklajevanje“ (za davčne namene) po belgijskem pravu, kar je pomenilo, da je bila upravičena do ugodnejšega davčnega režima, v skladu s katerim je bil njen obdavčljivi dobiček določen pavšalno.

8. Družba X je leta 2000 pridobila delnice družbe F (v nadaljevanju: družba F) s sedežem na Nizozemskem. Na podlagi te pridobitve je družba F postala subjekt, povezan z vlagateljico kasacijske pritožbe.

9. Družba X je to pridobitev financirala s posojili, ki jih je najela pri družbi C. Zadnjenavedena družba je posojila odobrila iz lastnih sredstev, ki jih je malo pred tem pridobila z vložkom kapitala s strani družbe A. Zadevna posojila so bila obrestovana po običajni tržni obrestni meri.

10. Od 1. januarja 2001 sta bili družbi X in F združeni v davčno enoto, pri čemer je bila družba X opredeljena kot matična družba. Tako je bil davek, ki sta ga dolgovali družbi F in X, obračunan pri zadnjenavedeni. Družba X je lahko od dobička, ki ga je ustvarila družba F, odbila tudi strošek obresti, ki jih je plačala družbi C. Zaradi tega odbitka je bila obveznost enote iz naslova davka od dohodkov pravnih oseb na Nizozemskem zelo nizka.

11. Družba X je leta 2007 v napovedi davka od dohodkov pravnih oseb odbila obresti na posojila, ki jih je najela pri družbi C. Vendar je Staatssecretaris van Financiën (državni sekretar za finance, Nizozemska) ta odbitek zavrnil na podlagi člena 10a zakona o davku od dohodkov pravnih oseb.

12. Vlagateljica kasacijske pritožbe je to zavrnitev izpodbijala pred Rechtbank Gelderland (okrožno sodišče v Gelderlandu, Nizozemska) in nato pred Gerechtshof Arnhem Leeuwarden (pritožbeno sodišče v Arnhem-Leeuwardnu, Nizozemska).

13. Zadnjenavedeno sodišče je z odločbo z dne 20. oktobra 2020 razsodilo, da je ta omejitev odbitka obresti združljiva s pravom Unije. Razsodilo je, da je namen te zakonodaje (ki je preprečiti, da bi se nizozemska davčna osnova znižala zaradi zlorab, pri katerih se umetno ustvarjeni stroški obresti odbijejo od dobička) upravičen in sorazmeren.

14. Vlagateljica kasacijske pritožbe je zoper to odločbo vložila kasacijsko pritožbo pri Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče).

15. Po mnenju tega sodišča so v skladu z ustaljeno sodno prakso dolgovi, ki so nastali z najetjem posojila arbitrarno in brez poslovnih razlogov, povsem umetni konstrukti, namenjeni zgolj temu, da ustvarijo odhodek, ki ga je mogoče odbiti, ne glede na to, ali je obrestna mera enaka obrestni meri, ki bi bila dogovorjena med neodvisnimi družbami v pogojih svobodne konkurence.

16. Predložitveno sodišče se strinja z ugotovitvami Gerechtshof Arnhem Leeuwarden (pritožbeno sodišče v Arnhem-Leeuwardnu) in zato meni, da je v takih okoliščinah popolna zavrnitev odbitka obresti za dolžnike primerna in sorazmerna, ker je namen takega ukrepa boj proti izogibanju davkom, pri čemer se posebej usmerja na primere, v katerih dolg nastane na podlagi povsem umetnega konstrukta.

17. Vendar se predložitveno sodišče sprašuje, ali je glede na sodbo Sodišča Lexel to stališče pravilno.

18. To sodbo je namreč mogoče razlagati tako, da transakcij znotraj skupine, kot je zadolževanje pri subjektu, povezanem z davčnim zavezancem, ni mogoče šteti za povsem umetne konstrukte, če so izvedene v pogojih svobodne konkurence. Če bi bila taka razlaga pravilna, se predložitveno sodišče sprašuje še o združljivosti popolne zavrnitve pravice do odbitka obresti z načelom sorazmernosti iz prava Unije.

19. Nazadnje, predložitveno sodišče se sprašuje, ali je razlikovanje med nacionalnim zakonom, ki se obravnava v tej zadevi in se nanaša tako na transakcije znotraj skupine kot na prevzem zunaj skupine, in zakonom, obravnavanim v sodbi Lexel, ki ni zajemal prevzemov zunaj skupine, kakor koli pomembno.

20. V teh okoliščinah je Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba člene 49, 56 in/ali 63 PDEU razlagati tako, da nasprotujejo nacionalni ureditvi, v skladu s katero se obresti na dolg zaradi posojila, ki ga je davčni zavezanec najel od subjekta, ki je z njim povezan, pri čemer se ta dolg nanaša na pridobitev ali povečanje deleža v subjektu, ki po tej pridobitvi ali povečanju deleža postane povezan subjekt, ne odbijejo pri ugotavljanju dobička davčnega zavezanca, ker je treba zadevni dolg obravnavati kot (del) povsem umetnega konstrukta, ne glede na to, ali je zadevni dolg (če se obravnava povsem ločeno), do katerega je prišlo zaradi najetega posojila, nastal v pogojih svobodne konkurence?

2. Ali je treba, če je odgovor na prvo vprašanje nikalen, člene 49, 56 in/ali 63 PDEU razlagati tako, da nasprotujejo nacionalni ureditvi, v skladu s katero se pri ugotavljanju dobička davčnega zavezanca v celoti zavrne odbitek obresti v zvezi z dolgom zaradi posojila, ki se šteje za (del) povsem umetnega konstrukta in ki je bilo najeto pri subjektu, povezanim z davčnim zavezancem, pri čemer se dolg nanaša na pridobitev ali povečanje deleža v subjektu, ki po tej pridobitvi ali povečanju deleža postane povezan subjekt, čeprav te obresti same po sebi ne presegajo zneska, ki bi bil dogovorjen med neodvisnimi podjetji?

3. Ali je pri odgovoru na prvo in/ali drugo vprašanje pomembno, ali se zadevna pridobitev ali povečanje deleža nanaša (a) na subjekt, ki je bil že pred to pridobitvijo ali povečanjem z davčnim zavezancem povezan subjekt, ali (b) na subjekt, ki šele po tej pridobitvi ali povečanju postane z davčnim zavezancem povezan subjekt?“

21. Pisna stališča so predložile vlagateljica kasacijske pritožbe, belgijska, španska in nizozemska vlada ter Evropska komisija. Vlagateljica kasacijske pritožbe, španska in nizozemska vlada ter Komisija so ustno predstavile stališča na obravnavi 15. novembra 2023.

IV. Analiza

22. Vsa tri vprašanja predložitvenega sodišča izhajajo iz pravil o davku od dohodkov pravnih oseb na Nizozemskem. Ta vprašanja se nanašajo zlasti na naslednji vidik. Medtem ko v skladu s temi pravili družba, ki je nizozemska davčna rezidentka, načeloma lahko odbije obresti na dolg, nastal zaradi najema posojila, od svojega obdavčljivega dobička in tako zmanjša svojo davčno obveznost, pa sporna določba, to je člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, v zvezi s posojili znotraj skupine to možnost omejuje.

23. Ta določba se uporablja, kadar davčni zavezanec najame posojilo pri povezanem subjektu (to je drugi družbi iz skupine, kateri pripada, na primer notranji banki) za financiranje pridobitve ali povečanja deleža v subjektu, ki je bil že pred takšno pridobitvijo ali povečanjem povezan z davčnim zavezancem (transakcija znotraj skupine), ali subjektu, ki šele po tem postane povezan z davčnim zavezancem (prevzem zunaj skupine).

24. Davčni zavezanec v nobenem od teh dveh primerov ne sme odbiti obresti na tak dolg, tudi če so stroški obresti enakovredni tistim, ki bi bili dogovorjeni z nepovezanim subjektom, kot je zunanja banka. Ta določba namreč vsebuje domnevo, da takšen dolg zaradi posojila, najetega pri drugi družbi iz iste skupine, predstavlja povsem umeten konstrukt (ali je del takšnega konstrukta) [3], katerega edini namen je znižati nizozemsko davčno osnovo.

25. Vendar lahko davčni zavezanec v skladu s členom 10a(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb to domnevo ovrže in torej take obresti odbije od svojega obdavčljivega dobička, če dokaže, bodisi da (a) posojilo dejansko temelji predvsem na poslovnih razlogih bodisi da (b) so obresti z davkom na dobiček ali davkom na dohodek, ki je po nizozemskih merilih razumen (to je v višini približno 10 %), končno obdavčene pri družbi, ki je odobrila posojilo.

26. Predložitveno sodišče s svojimi tremi vprašanji, ki jih je treba obravnavati skupaj, v bistvu sprašuje, ali je navedena nacionalna zakonodaja združljiva s členom 49 PDEU o svobodi ustanavljanja, členom 56 PDEU o svobodi opravljanja storitev in/ali členom 63 PDEU o prostem pretoku kapitala.

27. Ker se ta vprašanja nanašajo na več temeljnih svoboščin, je najprej treba ugotoviti, katera svoboščina se uporablja v tej zadevi (oddelek A). Nato bom presodil, ali se z zadevnim nacionalnim zakonom omejuje zadevna svoboščina (oddelek B), nazadnje pa še preučil, ali je taka omejitev dopustna (oddelek C).

A. Upoštevna svoboščina je svoboda ustanavljanja

28. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba pri ugotavljanju temeljne svoboščine, ki velja za določen del nacionalne zakonodaje, upoštevati namen zadevne zakonodaje. [4]

29. Kot trdijo vlade intervenientke in Komisija, se mi zdi jasno, da člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb glede na svoj namen zadeva svobodo ustanavljanja, ki je zagotovljena v členu 49 PDEU.

30. V zvezi s tem iz sodne prakse Sodišča izhaja, da nacionalna pravila, ki se nanašajo le na razmerja znotraj skupine družb, v skladu s členom 49 PDEU odločilno posegajo v svobodo ustanavljanja. Podobno nacionalni zakon, ki se uporabi samo za udeležbo, ki imetniku omogoča določeno vplivanje na odločitve družbe in odločanje o njenih dejavnostih, prav tako spada na področje uporabe iste določbe prava Unije. [5]

[3] Takšen konstrukt je namreč lahko sestavljen iz več korakov, pri čemer je posojilo eden od njih (glej na primer točko 92 teh sklepnih predlogov).

[4] Glej zlasti sodbo z dne 16. februarja 2023, Gallaher (C-707/20, EU:C:2023:101, točka 55 in navedena sodna praksa, v nadaljevanju: sodba Gallaher).

[5] Sodba Gallaher (točke od 56 do 58 in navedena sodna praksa).

31. Naj spomnim, da se člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb uporablja, kadar se davčni zavezanec (i) zadolži pri „povezanem subjektu“ (ii) zaradi financiranja pridobitve ali povečanja deleža v subjektu, ki je bil s tem zavezancem „povezan“ že pred to pridobitvijo ali povečanjem, ali v subjektu, ki s tem zavezancem postane „povezan“ po tem dejanju. V skladu s členom 10a(4) tega zakona se subjekti štejejo za „povezane“ za namen prvonavedene določbe, če imajo neposredno ali posredno v lasti najmanj 33,3 % delnic drugega subjekta ali če ima tretji subjekt v lasti 33,3 % delnic obeh subjektov.

32. Sporna določba se zato nanaša samo na razmerja znotraj skupine družb, saj je njen namen omejen na posojila znotraj skupine. Poleg tega se uporablja samo za obresti na takšno posojilo, ki ga je davčni zavezanec najel z namenom, da bi pridobil dovolj visok delež delnic, da bi lahko izvajal določen vpliv na ciljni subjekt.[6] V predložitveni odločbi je namreč navedeno, da ima družba X v družbi F pravzaprav bistveno večji delež, kot je minimalni delež, ki se zahteva v navedenih določbah.

33. Zato menim, da je treba zadevni nacionalni zakon preučiti in na vprašanja, ki jih je postavilo predložitveno sodišče, odgovoriti le z vidika člena 49 PDEU.[7]

B. Taka nacionalna zakonodaja pomeni omejitev svobode ustanavljanja

34. Naj spomnim, da svoboda ustanavljanja, ki je s členom 49 PDEU priznana državljanom Evropske unije, v skladu s členom 54 PDEU za družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo registrirani sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Uniji, vključuje pravico opravljanja dejavnosti v drugi državi članici prek hčerinske družbe, podružnice ali zastopstva.[8]

35. V obravnavani zadevi družba X trdi, da člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb omejuje to svoboščino, ker čezmejne primere obravnava manj ugodno kot povsem notranje primere.

36. Natančneje, družba X trdi, da če se davčni zavezanec zadolži pri povezanem subjektu (na primer notranji banki skupine, katere del je) s sedežem na Nizozemskem, lahko obresti na to posojilo sistematično odbije od svojega obdavčljivega dobička, saj je pogoj iz člena 10a(3)(b) navedenega zakona vedno izpolnjen. Povezani subjekt naj bi bil glede teh obresti očitno zavezan davku na dobiček ali dohodek, ki je „po nizozemskih merilih razumen“, saj se uporablja nizozemska 10-odstotna davčna stopnja. Če pa davčni zavezanec tako posojilo najame pri povezanem subjektu s sedežem v drugi državi članici, težje odbije obresti na to posojilo, saj naj ta pogoj ne bi bil vedno izpolnjen (ker lahko druge države članice za tak subjekt uporabljajo nižji davek na dobiček ali dohodek, kot na primer Belgija v času dejanskega stanja iz postopka v glavni stvari za družbo C). Če ta pogoj ni izpolnjen, naj bi davčni zavezanec to ugodnost lahko pridobil le, če bi izpolnil pogoj iz člena 10a3(a), torej če bi dokazal, da posojilo in z njim povezan posel pretežno temeljita na poslovnih razlogih. Predložitveno sodišče in Komisija se strinjata s to presojo.

[6] Glej v tem smislu sodbo z dne 13. oktobra 2022, Finanzamt Bremen (C-431/21, EU:C:2022:792, točki 25 in 26).

[7] Če bi imel zadevni nacionalni zakon tudi omejevalne učinke na prost pretok kapitala (glej točko 75 spodaj), bi bili ti učinki dopolnilni del take ovire svobode ustanavljanja, tako da ločena presoja ni potrebna. Glej sodbo Gallaher (točka 61 in navedena sodna praksa).

[8] Glej med drugim sodbo z dne 8. oktobra 2020, Impresa Pizzarotti (Izjemna ugodnost, odobrena družbi nerezidentki) (C-558/19, EU:C:2020:806, točka 21).

37. Nizozemska vlada pa nasprotno trdi, da ni omejitve svobode ustanavljanja. V postopku v glavni stvari naj bi to svoboščino izkoristila le družba A (matična družba) s sedežem v Belgiji, in sicer z ustanovitvijo hčerinske družbe X na Nizozemskem. Namen svobode ustanavljanja naj bi bil takšni matični družbi zagotoviti nacionalno obravnavo v državi članici, v kateri ustanovi hčerinsko družbo, s prepovedjo kakršne koli diskriminacije na podlagi kraja njenega sedeža. V obravnavani zadevi naj člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb ne bi pomenil takšne diskriminacije. Ta določba naj bi se namreč v zvezi z možnostjo, da družba s sedežem na Nizozemskem odbije obresti na posojila znotraj skupine, uporabljala enako ne glede na to, ali ima njena matična družba sedež na Nizozemskem ali v drugi državi članici. [9]

38. Nizozemska vlada podredno trdi, da tudi če bi bila lokacija subjekta posojilodajalca (notranje banke skupine) upošteven dejavnik za presojo obstoja omejitve svobode ustanavljanja, še vedno ne bi obstajala različna obravnava, ki bi pomenila takšno omejitev. Člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb naj bi se namreč brez razlikovanja uporabljal za dolgove zaradi posojil, najetih pri povezanih subjektih s sedežem na Nizozemskem, in dolgove zaradi posojil, najetih pri povezanih subjektih s sedežem v različnih državah članicah, pogoj iz člena 10a(3)(b) pa naj bi bil dejansko lahko izpolnjen tudi, če ima notranja banka sedež v drugi državi članici. Španska vlada se v bistvu strinja s tem stališčem.

39. Strinjam se z družbo X in Komisijo.

40. Drži, kot trdi nizozemska vlada, da je treba v obravnavani zadevi analizirati predvsem, ali člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb omejuje uresničevanje svobode ustanavljanja družbe A, saj je to namreč edina družba, ki je to svoboščino izkoristila, med drugim z ustanovitvijo hčerinske družbe (družba X) v državi članici (Nizozemska), ki ni država članica, v kateri ima sedež (Belgija). Priznavam tudi, da ta določba ne pomeni diskriminacije na podlagi kraja sedeža te družbe. V skladu s to določbo bi bila hčerinska družba družbe A, to je družba X, obravnavana enako, če bi imela družba A sedež na Nizozemskem in ne v Belgiji.

41. Vendar pojem omejitve svobode ustanavljanja ni omejen na tako diskriminacijo. Čeprav je namen določb PDEU v zvezi s to svoboščino zagotoviti, da so tuji državljani in družbe v državi članici gostiteljici obravnavani enako kot državljani in družbe te države, je Sodišče večkrat razsodilo, da je svoboda ustanavljanja zelo širok pojem. Kot omejitve te svoboščine je namreč treba šteti vse ukrepe, ki prepovedujejo, ovirajo ali zmanjšujejo privlačnost njenega uresničevanja. [10]

42. V obravnavani zadevi ugotavljam, prvič, da če sporne določbe nizozemskega prava, kar zadeva možnost odbitka obresti na posojilo znotraj skupine, hčerinsko družbo, ki je davčna rezidentka (kot je družba X), matične družbe s sedežem v drugi državi članici (kot je družba A) obravnavajo različno glede na to, ali ima notranja banka skupine, ki je odobrila to posojilo (v obravnavani zadevi družba C), sedež na Nizozemskem ali v drugi državi članici, potem bi lahko ta različna obravnava zmanjšala privlačnost izvajanja svobode ustanavljanja za to matično družbo.

43. Takšno razlikovanje bi lahko to matično družbo odvrnilo od tega, da bi svojo skupino strukturirala v skladu s svojimi željami, tako da bi notranjo banko skupine ustanovila v državi članici, ki ni Nizozemska. Čezmejne skupine družb, katerih obstoj je odvisen od uresničevanja

[9] Nizozemska vlada se po analogiji sklicuje na sodbo Gallaher (točke od 69 do 74).

[10] Sodba z dne 21. decembra 2023, Cofidis (C-340/22, EU:C:2023:1019, točka 40 in navedena sodna praksa).

svobode ustanavljanja, namreč postavlja v slabši položaj v primerjavi s skupinami, ki so za Nizozemsko „povsem notranje“. Prvonavedene so za razliko od drugonavedenih namreč pogosto strukturirane tako, da je njihova notranja banka v drugi državi članici.

44. Razlogovanje je enako, če obrnemo perspektivo in namesto tega upoštevamo hipotetični primer, ki ga je navedla nizozemska vlada, po katerem bi družba A imela sedež na Nizozemskem. Tudi v tem primeru bi lahko tako različno obravnavanje povzročilo, da bi bilo uresničevanje svobode ustanavljanja z ustanovitvijo notranje banke v drugi državi članici za to družbo manj privlačno.[11] Če bi namreč ta družba to storila, bi lahko bila v slabšem položaju v primerjavi s podobno družbo, ki ne uresničuje te svoboščine in namesto tega ustanovi notranjo banko na Nizozemskem.

45. Menim, da sodba Sodišča Lexel[12] potrjuje to razlago. Naj spomnim, da se je ta zadeva nanašala na to, da švedska družba, ki je bila del mednarodne skupine, v skladu s švedskim pravom ni mogla odbiti obresti na posojilo, najeto pri notranji banki skupine, to je drugi družbi s sedežem v Franciji. Tudi matična družba te skupine je imela sedež v Franciji. V tej zadevi je bilo različno obravnavanje v tem, da bi bil tak odbitek mogoč, če bi imela notranja banka sedež na Švedskem. Sodišče je pravilno ugotovilo, da ta razlika pomeni omejitev svobode ustanavljanja.[13]

46. Drugič, ugotavljam, da se zdi, da sporne določbe nizozemskega prava dejansko ustvarjajo tako različno obravnavanje na podlagi sedeža notranje banke skupin družb.

47. Seveda se upoštevne določbe nizozemskega prava, kot trdi nizozemska vlada, ne razlikujejo neposredno glede na to, ali ima notranja banka, ki je davčnemu zavezancu odobrila zadevno posojilo znotraj skupine, sedež na Nizozemskem ali v drugi državi članici.[14] Natančneje, pri merilu iz člena 10a(3)(b) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb namreč ne gre za to, ali je ta banka glede teh obresti obdavčena z davkom na dobiček ali davkom od dohodkov pravnih oseb „na Nizozemskem“. To je pomembna razlika v primerjavi z zadevo, v kateri je bila izdana sodba Lexel, v kateri je podoben pogoj za priznanje odbitka takih obresti določal, da mora biti notranja banka obdavčena na Švedskem.[15]

48. Vendar, kot trdi družba X, lahko merilo iz člena 10a(3)(b) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb (in sicer, da je notranja banka zavezana za plačilo „davk[a] na dobiček ali davk[a] na dohodek, ki je po nizozemskih merilih razumen“ (to je po vsaj 10-odstotni stopnji)) od teh obresti, čeprav je navidezno objektivno, *de facto* postavlja čezmejne primere v slabši položaj.[16]

49. Res je, da imajo nasprotne trditve nizozemske vlade določeno težo. Ta vlada po analogiji s sodbo Sodišča Köln-Aktienfonds Deka[17] trdi, da to merilo ni specifično za nizozemski trg, tako da bi ga bilo mogoče izpolniti le, če davčni zavezanci pridobijo posojila znotraj skupine od notranjih bank s sedežem na Nizozemskem. V času dejanskega stanja naj bi vse države članice uporabljale 10-odstotno ali višjo stopnjo davka od dohodkov pravnih oseb. Ta pogoj naj bi bil torej na splošno izpolnjen tudi, če bi bilo takšno posojilo pridobljeno od notranjih bank

[11] Glej po analogiji sodbo z dne 22. februarja 2018, X in X (C-398/16 in C-399/16, EU:C:2018:110, točka 32, v nadaljevanju: sodba X in X).

[12] Točke od 35 do 41.

[13] Glej v tem smislu tudi sodbo z dne 13. marca 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, točka 95) (v nadaljevanju: sodba Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation).

[14] Glej po analogiji sodbo X in X (točka 35).

[15] Glej sodbo Lexel (točki 12 in 38).

[16] Glej po analogiji sodbo z dne 9. septembra 2021, Real Vida Seguros (C-449/20, EU:C:2021:721, točki 20 in 21).

[17] Sodba z dne 30. januarja 2020 (C-156/17, EU:C:2020:51, točka 56).

s sedežem v drugih državah članicah, razen v izjemnem primeru, ko je zadevna banka (tako kot družba C) upravičena do ugodnejšega davčnega režima v državi, v kateri ima sedež. Ta vlada trdi tudi, da obstajajo okoliščine, v katerih so obresti na posojila na Nizozemskem obdavčene po stopnji, ki je nižja od 10 %. Zato naj bi obstajali primeri, v katerih pogoji iz člena 10a(3)(b) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb niso izpolnjeni, čeprav ima notranja banka sedež v tej državi članici. Matična družba, kot je družba A, naj tako ne bi bila odvrnjena od ustanovitve take banke v državi članici, ki ni Nizozemska, ali postavljena v slabši položaj, če bi to storila.

50. Kljub temu menim, da ni nujno, da so v nacionalnih zakonih uporabljena merila, ki so specifična za nacionalni trg ali v *izključno* korist domačih podjetij na njem, da bi bili z njimi čezmejni primeri dejansko postavljeni v manj ugoden položaj. V zvezi s tem je ključno vprašanje, ali lahko merila iz teh zakonov na čezmejne primere vplivajo *bolj* kot na povsem notranje. Da bi ugotovili, ali to velja v obravnavani zadevi, je treba primerjati (potencialni) delež skupin družb z notranjimi bankami s sedežem na Nizozemskem, ki ne bi mogle izpolniti pogoja iz člena 10a(3)(b) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, s (potencialnim) deležem skupin družb z notranjimi bankami v drugih državah članicah, ki bi bile zaradi tega pogoja v manj ugodnem položaju. [18]

51. Čeprav bi moralo to preveriti predložitveno sodišče, se zdi, da zadevni pogoj sorazmerno bolj vpliva na drugo kategorijo skupin družb kot na prvo.

52. Na eni strani je nizozemska vlada na obravnavi priznala, da je pogoj iz člena 10a(3)(b) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, če ima notranja banka sedež na Nizozemskem, praktično *vedno* izpolnjen. Na Nizozemskem so namreč obresti na posojila obdavčene po stopnji, ki je nižja od 10 %, samo v anekdotičnih primerih, ko posojilo odobri ustanova ali združenje, ki ne opravlja poslovne dejavnosti. Družba X je na obravnavi navedla, nizozemska vlada pa je to potrdila, da se ta izjema nikoli ne uporablja za poslovne notranje banke, kot je družba C, in da v nizozemski zakonodaji ni nobene druge izjeme. Zato je delež skupin družb z notranjimi bankami s sedežem na Nizozemskem, ki ne bi mogle izpolniti tega pogoja, zanemarljiv.

53. Na drugi strani pa nizozemska vlada priznava, da pogoj iz člena 10a(3)(b) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb ne bi bil izpolnjen, če ima notranja banka sedež v državi članici, ki za tako banko uporablja ugodnejši davčni režim. Upravičeno lahko domnevamo, da v 27 državah članicah Evropske unije obstajajo različne različice takšnih režimov. Poleg tega Komisija pravilno ugotavlja, da imajo sicer vse države članice splošno ali teoretično 10-odstotno stopnjo davka od dohodkov pravnih oseb, dejanska stopnja pa je pogosto nižja. Glede na vse navedeno bi lahko bil dovolj velik delež skupin družb z notranjimi bankami v državah članicah, ki niso Nizozemska, v manj ugodnem položaju.

54. Končno, trditev španske vlade, da je takšno različno obravnavanje ublaženo z alternativnim pogojem iz člena 10a(3)(a) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, s katerim se davčnemu zavezancu dovoljuje odbitek obresti na posojilo znotraj skupine, če lahko utemelji poslovne razloge za zadevno posojilo in z njim povezano transakcijo, me ne prepriča. Ta določba namreč za zavezanca pomeni breme, ki ga nosi za namen odbitka obresti, ki pa mu ga ne bi bilo treba (praktično) nikoli nositi, če bi imela notranja banka, ki je odobrila posojilo, sedež na Nizozemskem (saj bi bil v tem primeru, kot je navedeno zgoraj, pogoj iz člena 10a(3)(b) praktično vedno izpolnjen). To potrjuje zadevno različno obravnavanje.

[18] Glej po analogiji sklepne predloge generalnega pravobranilca H. Saugmandsgaarda Øeja v zadevi Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2018:627, točka 24).

C. Taka omejitev je z vidika člena 49 PDEU dopustna

55. Ne glede na navedeno se strinjam s stališči vlad intervenientk in Komisije, da je omejitev svobode ustanavljanja iz člena 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb dopustna v skladu s členom 49 PDEU. Kot bo pojasnjeno v naslednjih oddelkih, je namreč ta omejitev utemeljena z nujnim razlogom v splošnem interesu (pododdelek 1). Poleg tega je ta omejitev primerna za zagotovitev doseganja legitimnega cilja, ki se z njo uresničuje (pododdelek 2), in ne presega tistega, kar je potrebno za dosego tega cilja (pododdelek 3).

1. Omejitev je utemeljena

56. Vlade intervenientke in Komisija trdijo, da je omejitev prostega pretoka iz člena 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb utemeljena z razlogi, povezanimi z bojem proti izogibanju davkom, ki pomeni zlorabo. Poseben cilj te določbe je prav preprečiti ravnanja, ki vključujejo ustvarjanje povsem umetnih konstruktov, ki ne odražajo gospodarske realnosti, z namenom izogniti se davku, ki se običajno plačuje od dobička, ustvarjenega z dejavnostmi, ki se opravljajo na Nizozemskem. Predložitveno sodišče se strinja s tem stališčem.

57. V skladu z ustaljeno sodno prakso tak cilj pomeni nujni razlog v splošnem interesu na davčnem področju.[19] Menim, da ni dvoma, da se s členom 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb dejansko uresničuje ta cilj in ga je zato mogoče utemeljiti s takim nujnim razlogom.

58. Sodišče je tako ugotovilo že v sodbi X in X v zvezi z določbo istega zakona (vendar v prejšnji različici), ki je bila v bistvu enaka členu 10a(1)(c). Edina razlika med njima je v tem, da se je prejšnja različica nanašala samo na transakcije znotraj skupine, medtem ko se člen 10a(1)(c) uporablja tudi za prevzeme zunaj skupine.[20] Vendar se z obema določbama uresničuje isti cilj. Kot je Sodišče poudarilo v navedeni sodbi, „gre za to, da se prepreči, da bi se sredstva neke skupine predstavila navidezno kot sredstva, ki si jih je sposodilo nizozemsko podjetje iz te skupine, in da bi se obresti v zvezi s tem posojilom odbile od dohodka, ki je obdavčen na Nizozemskem“,[21] pri čemer te obresti sicer niso (razumno) obdavčene. Namen prepovedi odbitka obresti za posojila znotraj skupine izrecno potrjuje pravilo, v skladu s katerim se obresti za posojila na podlagi člena 10a(3)(a) lahko odbijejo, če sta tako posojilo in povezana transakcija gospodarsko upravičena.

2. Omejitev je primerna

59. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča je zahteva, da mora biti vsaka omejitev svobode ustanavljanja „primerna“, sestavljena iz dveh kumulativnih meril: zadevni ukrep mora, prvič, biti primeren za prispevanje k uresničevanju zastavljenega cilja in, drugič, „resnično zagotavlja[ti], da se ta cilj doseže, ter […] se izvaja[ti] dosledno in sistematično“.[22]

[19] Glej med drugim sodbo z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točki 51 in 55).

[20] Glej v zvezi s tema pojmoma točko 22 teh sklepnih predlogov.

[21] Sodba X in X (točka 48).

[22] Glej med drugim sodbo z dne 7. septembra 2022, Cilevičs in drugi (C-391/20, EU:C:2022:638, točki 74 in 75 ter navedena sodna praksa).

60. Ni sporno, da obravnavana zadeva izpolnjuje prvo merilo. Člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb lahko s tem, da določa, da davčni zavezanec od svojega obdavčljivega dobička ne more odbiti obresti na posojilo znotraj skupine, ki je povsem umeten konstrukt, namenjen zmanjšanju nizozemske davčne osnove, ali je njegov del, prepreči takšne konstrukte. Očitno ta zakonodaja prispeva k uresničevanju zastavljenega cilja. [23]

61. Nasprotno pa družba X nasprotuje temu, da obravnavana zadeva izpolnjuje tudi drugo merilo. Vlagateljica kasacijske pritožbe trdi, da člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb umetnih posojil znotraj skupine ne preprečuje dosledno in sistematično. Če so namreč obresti na tako posojilo v državi članici, v kateri ima družba posojilodajalka sedež, obdavčene po razumni stopnji, naj bi lahko družba posojilojemalka s sedežem na Nizozemskem te obresti odbila (na podlagi člena 10a(3)(b) tega zakona), tudi če posojilo in/ali z njim povezana transakcija nista gospodarsko upravičeni.

62. Po mojem mnenju je to, da sporne določbe v primeru, ki ga je navedla družba X, omogočajo odbitek obresti na posojilo znotraj skupine, v resnici skladno z zastavljenim ciljem. V tem primeru sicer lahko omogočanje takega odbitka povzroči prenos obdavčljivega dobička iz Nizozemske v državo članico, v kateri ima sedež družba posojilodajalka. Če pa so te obresti v zadnjenavedeni državi obdavčene po razumni stopnji, se obdavčitvi ni mogoče v celoti izogniti. Zato prepovedi tega odbitka v zadevnem primeru ne bi bilo mogoče upravičiti z bojem proti izogibanju davkom. [24]

3. Omejitev je potrebna

63. Menim, da omejitev iz spornih določb nizozemskega prava ne presega tega, kar je potrebno za dosego njegovega legitimnega namena, saj je uporaba teh določb omejena na povsem umetne konstrukte (a), posledice, ki izhajajo iz tega, da je transakcija opredeljena kot taka, pa niso pretirane (b).

a) Uporaba spornih pravil je omejena na povsem umetne konstrukte

64. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča mora biti za to, da bi se nacionalne določbe štele za potrebne glede na cilj preprečevanja povsem umetnih konstruktov, katerih cilj je izogniti se davku, ki ga je običajno treba plačati od dobička, ustvarjenega z dejavnostmi, ki se izvajajo na nacionalnem ozemlju, uporaba teh določb omejena na take konstrukte in ne sme vplivati na zakonite transakcije. [25]

65. Sodišče v sodbi X in X ni odgovorilo na vprašanje, ali nizozemska ureditev izpolnjuje to zahtevo. Vlade intervenientke in Komisija kljub temu trdijo, da je ta zahteva izpolnjena. Člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb namreč zajema le transakcije, ki ne odražajo gospodarske realnosti, v okviru katerih obdavčljivi subjekt na Nizozemskem najame posojila znotraj skupine zgolj (ali predvsem) zato, da se ustvari dolg, ki omogoča odbitek od obdavčljivih dobičkov tega subjekta, in s tem zmanjša nizozemska davčna osnova. Nasprotno pa se ta določba v skladu s členom 10a(3)(a) tega zakona ne uporablja, če posojilo in povezana transakcija pretežno temeljita na tehtnih poslovnih razlogih.

[23] Glej po analogiji sodbo Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, točka 77.

[24] Glej po analogiji sodbo z dne 12. decembra 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, točka 37).

[25] Glej sodbo Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (točka 79).

66. Družba X se s tem ne strinja. Po njenem mnenju je v sodbi Lexel navedena nasprotna ugotovitev. V navedeni zadevi je Sodišče preverjalo združljivost švedskih pravil o davku od dohodkov pravnih oseb, zlasti določb o odbitku stroškov obresti, s členom 49 PDEU. Te določbe so podobno kot nizozemska pravila v bistvu določale, da tak odbitek izjemoma ni dovoljen, če je obdavčljivi subjekt zadevno posojilo najel pri povezanem subjektu, razen če je bilo dokazano, da je bilo to posojilo utemeljeno predvsem s poslovnimi razlogi in torej ni bilo najeto samo zato, da bi se ustvaril odbitni dolg. Tudi v navedeni zadevi je švedska vlada trdila, da je bil namen teh določb preprečiti povsem umetne konstrukte, katerih cilj je izogniti se davku, ki ga je običajno treba plačati na dobičke iz dejavnosti, ki se opravljajo na nacionalnem ozemlju. Sodišče je menilo, da švedskih določb ni mogoče utemeljiti na tej podlagi, saj se po njegovem mnenju ne uporabljajo samo za takšne konstrukte. Sodišče je v zvezi s tem navedlo:

„53. […] Kot je namreč [švedska] davčna uprava v bistvu priznala na obravnavi, se [odstopanje od pravice do odbitka] nanaša na dolgove, ki izhajajo iz civilnopravnih transakcij, ne da bi se nanašal[o] le na fiktivne konstrukte. Tako lahko v skladu s presojo ciljev zadevne transakcije, ki jo opravi [ta uprava], na področje uporabe odstopne klavzule spadajo tudi transakcije, sklenjene v pogojih svobodne konkurence, in sicer pod pogoji, ki so podobni pogojem, ki bi veljali med neodvisnimi družbami.

54. Drugače povedano, fiktivni vidik zadevne transakcije ni odločilni pogoj za zavrnitev pravice do odbitka, saj namen zadevne družbe, da dolg najame predvsem iz davčnih razlogov, zadostuje za utemeljitev zavrnitve pravice do odbitka. […]

[…]

56. Ugotoviti je treba, da se lahko na področje uporabe odstopne klavzule vključijo transakcije, sklenjene v pogojih svobodne konkurence, in ki zato niso povsem umetni ali fiktivni konstrukti, ustvarjeni zaradi izognitve davku, ki ga je običajno treba plačati na dobičke iz dejavnosti, ki se opravljajo na nacionalnem ozemlju.“

67. Po mnenju družbe X iz tega izhaja, da nacionalne davčne uprave posojila znotraj skupine (ali niza transakcij, katerih del je) ne morejo šteti za povsem umeten konstrukt in na tej podlagi zavrniti odbitek obresti samo zato, ker je bilo to posojilo najeto iz davčnih razlogov. Za skupino naj bi bilo to povsem zakonito. Takšno posojilo naj bi bilo umetno le, če in kolikor obresti, ki jih družba posojilojemalka plača družbi posojilodajalki, presegajo to, kar bi se ti družbi dogovorili v pogojih svobodne konkurence, to je, če je obrestna mera, ki se uporablja, višja od tržne obrestne mere, za katero bi se ti družbi dogovorili, če ne bi bili del iste skupine. Če pa se tako posojilo izvede v pogojih svobodne konkurence, naj ga, nasprotno, ne bi bilo mogoče obravnavati kot umetno, in to ne glede na njegov namen. Tako naj bi bilo v primeru posojil, sklenjenih med družbama X in F. [26]

68. Vlagateljica kasacijske pritožbe meni še, da ker je v členu 10a(1)(c) in (3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb napačno v ospredju namen, zaradi katerega je bilo posojilo znotraj skupine najeto (ali je to izogibanje davkom ali so to poslovni razlogi), namesto pogoji, ki veljajo za to posojilo, se odbitek obresti lahko zavrne ne le v zvezi s posojili s previsoko obrestno mero (ki je umetna, kot je pojasnjeno zgoraj), temveč tudi v zvezi s posojili, za katera se uporablja običajna tržna obrestna mera (in ki se zato ne morejo šteti za taka). Zato naj, tako kot v zadevi, v kateri je bila izdana sodba Lexel, področje uporabe teh določb ne bi bilo omejeno na povsem umetne konstrukte, ampak zajema tudi zakonite transakcije.

[26] Družba X meni, da to dokazuje dejstvo, da je nepovezana poslovna banka ponudila posojilo pod enakimi pogoji.

69. Ta razprava je v središču prvega vprašanja predložitvenega sodišča. Jasno je, da ni mogoče ugotoviti, ali se člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb uporablja samo za „povsem umetne konstrukte“, če je sporen sam pomen tega pojma. Prav tako je jasno, da vlade intervenientke in Komisija na eni strani ter družba X na drugi strani predlagajo zelo različne pristope v zvezi s tem. Prvi pristop se osredotoča na *namen*, za katerega je bilo posojilo sklenjeno. Drugi pa se osredotoča le na *pogoje*, ki se uporabljajo za to posojilo. Prvi pristop daje nizozemskim davčnim organom bistveno večji manevrski prostor kot drugi, ki pa, nasprotno, zagotavlja večjo gotovost davčnim zavezancem.[27] V skladu s prvim pristopom lahko nacionalni davčni organi posojilo znotraj skupine opredelijo kot „povsem umeten konstrukt“ (ali kot del takega „konstrukta“) in na tej podlagi zavrnejo odbitek obresti, če je bilo posojilo sklenjeno predvsem z namenom pridobiti davčno ugodnost, ne glede na pogoje, ki veljajo zanj. V skladu z drugim pristopom je posojilo znotraj skupine „imuno“ za takšne posledice, dokler so njegovi pogoji, vključno z obrestno mero, tako rekoč „običajni“, tudi če je bilo odobreno za davčne namene.

70. Na tej stopnji želim poudariti, da me navedene razlage ne prepričajo, čeprav so vlade intervenientke in Komisija velik del svojih stališč namenile pojasnjevanju, da „njihov“ pristop ni v nasprotju s sodbo Lexel, ker (i) je obravnavano zadevo treba razlikovati od zadeve, v kateri je bila izdana ta sodba, in/ali (ii) te sodbe ni mogoče razumeti tako, kot predlaga družba X.
Iz točke 66 teh sklepnih predlogov izhaja, da so sporne določbe nizozemskega prava v vseh upoštevnih vidikih[28] presenetljivo podobne pravilom, obravnavanim v zadevi Lexel. Predvsem imajo ta pravila enak cilj: posojila znotraj skupine, ki so bila najeta izključno (ali predvsem) z namenom pridobiti davčno ugodnost. Splošno vprašanje je torej enako: ali in v kolikšni meri se lahko tako posojilo šteje za „povsem umeten konstrukt“ (ali del takšnega konstrukta) in ga davčni organi lahko obravnavajo kot takega. Poleg tega sodba Lexel ni niti nejasna niti dvoumna in zato tudi ne omogoča različnih razlag glede tega vprašanja. Po mojem mnenju jo je mogoče razlagati le tako, kot jo je razumela družba X.[29] Sodišče je namreč menilo, da namen, zaradi katerega je bilo posojilo sklenjeno, ni odločilen (niti pomemben), in je namesto tega razlikovalo med posojili, sklenjenimi v pogojih svobodne konkurence (ki jih je štelo za pristna), in tistimi, ki niso sklenjena na takšni podlagi (ki jih je štelo za umetna). Zato je edino vprašanje, ki ostaja, ali naj Sodišče v obravnavani zadevi potrdi sodbo Lexel ali pa od nje odstopi.

71. Menim, da je pravilen pristop, ki so ga predlagale vlade intervenientke in Komisija. Zato Sodišče pozivam, naj v obravnavami zadevi ponovno preuči pristop, ki ga je imelo v zadevi Lexel.

72. Svoboda ustanavljanja, kot je zagotovljena s členom 49 PDEU, ponuja precej možnosti za davčno „optimizacijo“. Sodišče je že večkrat razsodilo, da lahko evropske skupine družb to svoboščino legitimno izkoristijo za ustanovitev hčerinskih družb v državah članicah, da bi bile deležne ugodnega davčnega režima.[30] Tako bi se družba A, po trditvah družbe X, lahko legitimno odločila, da notranjo družbo svoje skupine, družbo C, ustanovi v Belgiji prav s tem namenom.

[27] Glej v zvezi s tem točki 80 in 87 teh sklepnih predlogov.

[28] Prvič, vlade intervenientke in Komisija poudarjajo, da se je švedska zakonodaja jasno uporabljala za povsem notranje in čezmejne primere, medtem ko za nizozemska pravila to ne velja (glej oddelek B teh sklepnih predlogov). Vendar ta razlika ni pomembna za razlago pojma „povsem umeten konstrukt“. Drugič, Komisija trdi, da so bile v zadevi, v kateri je bila izdana ta sodba, tako transakcije znotraj skupine, za katere so bila odobrena sporna posojila, kot tudi sama posojila utemeljena s tehtnimi poslovnimi razlogi in da so bili umetni le pogoji, ki so se uporabljali za posojila. Nisem prepričan, da je bilo res tako, vsekakor pa je Sodišče v sodbi Lexel svoje razlogovanje oblikovalo na splošno, brez povezave s konkretnimi dejstvi zadeve.

[29] Za enako razlago glej van der Weijden, M., „ECJ Lexel AB Decision Casts a Shadow Over Dutch Interest Limitation Provision“, *European Tax Blog*, 21. junij 2021; ter Garcia Prats, G., in drugi „Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in Lexel AB (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules (30. junij 2021)“, *European Taxation*, zvezek 61, št. 6, 2021.

[30] Glej med drugim sodbo z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točke od 34 do 38).

Podobno lahko družba C odobri posojila drugim družbam skupine, ki imajo sedež v drugih državah članicah, kot je družba X na Nizozemskem. Čezmejna posojila znotraj skupine sama po sebi niso sporna.[31] Vsekakor lahko takšno posojilo povzroči znižanje osnove za davek od dohodkov pravnih oseb družbe posojilojemalke v državi članici, v kateri ima sedež. Ta družba s tem, ko obresti na to posojilo odbije od svojega obdavčljivega dobička, sicer zmanjša svojo davčno obveznost v tej državi članici. Del dobička družbe posojilojemalke se namreč v obliki obresti prenese iz države članice, v kateri ima sedež, v državo članico, v kateri ima sedež družba posojilodajalka. Vendar je to nekaj, kar morajo države članice načeloma sprejeti na integriranem enotnem trgu, kot je notranji trg Unije.

73. Kljub temu je Sodišče v zvezi s tem priznalo jasno omejitev. V skladu s splošnim pravnim načelom se na pravo Unije, vključno s svobodo ustanavljanja, ni mogoče sklicevati z namenom zlorabe. Pojem „povsem umetni konstrukti“ je treba razlagati s tega vidika. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča gre za zlorabo, če gospodarski subjekti s sedežem v različnih državah članicah izvajajo „umetne transakcije, ki nimajo nobene ekonomske in poslovne utemeljitve“ (ali, povedano drugače, „ki ne odražajo gospodarske realnosti“), in tako le formalno izpolnijo pogoje za pridobitev davčne ugodnosti, „s poglavitnim namenom, da so deležni [te] koristi“.[32]

74. Poleg tega je Sodišče v sodbi X (Posredniške družbe s sedežem v tretjih državah)[33] v zvezi s prostim pretokom kapitala, zagotovljenim s členom 63 PDEU, pojasnilo, da „se umetno ustvarjanje okoliščin, ki so potrebne za neupravičeno izogibanje obdavčitvi v državi članici ali za neupravičen prejem davčne ugodnosti v tej državi, kar zadeva pretok čezmejnega kapitala, lahko pojavi v različnih oblikah“. V tem okviru je razsodilo, da lahko pojem „povsem umetni konstrukt“ zajema „vsakršen konstrukt, katerega glavni namen ali eden od glavnih namenov je umetni prenos dobička, ustvarjenega v okviru dejavnosti, ki se opravljajo na ozemlju države članice, v [drugo] državo z nizko stopnjo obdavčitve“.

75. Menim, da ta razlaga velja tudi za transakcije znotraj skupine, ki spadajo na področje uporabe svobode ustanavljanja. Ta razlaga je sicer povsem skladna z razlago iz točke 73 teh sklepnih predlogov. Dalje, kar zadeva nacionalno zakonodajo v zvezi s transakcijami znotraj skupine, kot so sporna nizozemska pravila, sta prosti pretok kapitala in svoboda ustanavljanja neločljivo povezana. Svoboda ustanavljanja je omejena, ker kapital ne more prosto krožiti med družbami iste skupine. Zato bi bilo ta pravila teoretično mogoče preveriti v okviru ene ali druge temeljne svoboščine. Torej ni razloga za uporabo različnih meril glede na svoboščino, ki se uporablja.

76. Skratka, kot trdijo vlade intervenientke in Komisija, je pri določanju, ali je posojilo znotraj skupine „povsem umeten konstrukt“ (ali njegov del), odločilen *cilj*, ki ga uresničujejo zadevni gospodarski subjekti. Posojilo znotraj skupine je takšen „konstrukt“, če je bila ta transakcija izvedena izključno (ali predvsem) z *namenom* pridobitve davčne ugodnosti (kot je odbitek obresti na to posojilo od obdavčljivega dobička), kot izhaja iz dejstva, da je sicer brez gospodarske in/ali poslovne utemeljitve (ali, povedano drugače, „ne odraža gospodarske realnosti“). Da se ugotovi, ali je tako, je treba opraviti celovito presojo upoštevnih dejstev in okoliščin zadeve.[34]

[31] Glej sodbo Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (točka 73).

[32] Glej med drugim sodbo z dne 26. februarja 2019, N Luxembourg 1 in drugi (C-115/16, C-118/16, C-119/16 in C-299/16, EU:C:2019:134, točke 96, 124 in 125 ter navedena sodna praksa). Glej tudi po analogiji sodbo z dne 21. decembra 2023, BMW Bank in drugi (C-38/21, C-47/21 in C-232/21, EU:C:2023:1014, točki 282 in 283).

[33] Sodba z dne 26. februarja 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, točka 84).

[34] Glej v zvezi z zadnjenavedenim vidikom sodbo z dne 26. februarja 2019, N Luxembourg 1 in drugi (C-115/16, C-118/16, C-119/16 in C-299/16, EU:C:2019:134, točka 125 in navedena sodna praksa).

77. Kot navaja nizozemska vlada in kot je Sodišče nakazalo v sodbi Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation,[35] je v zvezi s tem mogoče razlikovati med dvema primeroma.

78. Na eni strani lahko posojilo znotraj skupine, dogovorjeno iz tehtnih ekonomskih in/ali poslovnih razlogov, zajema posebne pogoje, ki „ne odražajo gospodarske realnosti“. V sicer zakoniti transakciji je lahko dogovorjena previsoka obrestna mera (umetno, saj skupina na koncu te obresti plačuje sama sebi) zaradi okoriščanja z ustrezno visokim davčnim odbitkom v državi članici, v kateri ima sedež družba posojilojemalka. Načelo običajnih tržnih pogojev (to je, ali bi se nepovezane družbe v primerljivih okoliščinah dogovorile za enake pogoje) služi kot objektivno merilo za ugotavljanje, ali je res tako.[36]

79. Na drugi strani lahko povezane družbe posojilo, ki je povsem brez ekonomske in/ali poslovne utemeljitve, dogovorijo tudi izključno (ali predvsem) zaradi oblikovanja plačil obresti na sedežu družbe posojilojemalke. V nasprotju s tem, kar je Sodišče odločilo v točki 54 sodbe Lexel, in kot je bilo navedeno v točki 76 zgoraj, je ta motiv, ki ga dokazuje neobstoj utemeljitve, odločilni dejavnik. Prav iz teh razlogov je treba tako posojilo šteti za „povsem umetno“. Nasprotno pa ni pomembno, ali pogoji, ki se uporabljajo za to posojilo, ustrezajo pogojem, za katere bi se v podobnih okoliščinah dogovorili nepovezani subjekti. Kot trdi nizozemska vlada, za takšno posojilo ni mogoče šteti, da „odraža gospodarsko realnost“ samo zato, ker obrestna mera, ki se uporablja, ustreza tržni vrednosti. To posojilo namreč ne „odraža gospodarske realnosti“, ker če ne bi bilo razmerja med družbama in želene davčne ugodnosti, ne bi bilo sklenjeno.[37] Prav takšni umetno ustvarjeni dolgovi so cilj člena 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb.

80. Vlade intervenientke in Komisija ugotavljajo, da če transakcij znotraj skupine, ki so brez ekonomske in/ali poslovne utemeljitve, ne bi bilo nikoli mogoče obravnavati kot „povsem umetne konstrukte“, če se izvajajo v pogojih svobodne konkurence, bi to resno oviralo možnosti nacionalnih davčnih organov za boj proti izogibanju davkom, ki pomeni zlorabo. Načelo običajnih tržnih pogojev naj bi dejansko postalo nezaželen „varen pristan“ za večnacionalne skupine. Njihovi spretni davčni svetovalci bi si lahko zamislili raznovrstne zapletene konstrukte, katerih edini namen bi bil zmanjšati davčno obveznost družbe v državi članici in prenesti njen dobiček v drugo državo z nižjo davčno stopnjo. Dokler bi ti svetovalci spretno določali pogoje v teh konstruktih, ki bi odražali običajne tržne pogoje, bi bili ti konstrukti „imuni“ za protiukrepe davčnih organov.[38]

81. To bi bilo še toliko manj zaželeno, ker imajo nacionalni davčni organi v skladu s splošnim načelom prepovedi zlorabe prava Unije ne le pravico, ampak tudi dolžnost, da preprečijo pridobivanje davčnih ugodnosti s „povsem umetnimi konstrukti“. Učinkoviti ukrepi proti izogibanju davkom namreč niso nujni le za zagotovitev suverene pravice držav članic, da obdavčijo dohodke in dobičke, ustvarjene na njihovem ozemlju, temveč tudi za delovanje notranjega trga na splošno. Izogibanje davkom, ki pomeni zlorabo, ogroža ekonomsko kohezijo in pravilno delovanje notranjega trga z izkrivljanjem pogojev konkurence.[39]

[35] Točka 81.

[36] Glej v tem smislu sodbo z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točki 58 in 71 ter navedena sodna praksa). Glej tudi člen 9 vzorčne konvencije v zvezi z dohodki in premoženjem, ki jo je pripravila Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj (OECD).

[37] Glej v tem smislu sodbo Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, točka 81.

[38] Po mojem mnenju načelo običajnih tržnih pogojev obstaja zato, da se prepreči, da bi se utemeljene gospodarske transakcije zlorabile v nezakonite davčne namene. Ne bi se smelo uporabljati za legitimizacijo transakcij, ki sploh niso imele ekonomske utemeljitve.

[39] Glej sodbo z dne 26. februarja 2019, N Luxembourg 1 in drugi (C-115/16, C-118/16, C-119/16 in C-299/16, EU:C:2019:134, točka 107).

82. Unija se je s tem vprašanjem začela ukvarjati zaradi vse večjega vpliva zmanjševanja davčne osnove in strategij preusmerjanja dobička večnacionalnih skupin na državno blagajno držav članic in delovanje notranjega trga. Zakonodajalec Unije je v zvezi s tem sprejel različne ukrepe, vključno z Direktivo Sveta (EU) 2016/1164 o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom, ki neposredno vplivajo na delovanje notranjega trga[40] (v nadaljevanju: Direktiva proti izogibanju davkom)[41]. Ta direktiva v členu 6 vsebuje „splošno pravilo o preprečevanju zlorab“, ki je bilo sestavljeno ob upoštevanju sodne prakse Sodišča, navedene v točki 73 teh sklepnih predlogov, in ki ga je treba razlagati v skladu s tem.[42] Če nacionalni davčni organi transakcij znotraj skupine, ki so brez ekonomske in/ali komercialne utemeljitve, ne bi mogli obravnavati kot „povsem umetne konstrukte“, kadar se izvajajo v pogojih svobodne konkurence, bi bila ta politika ogrožena. Poleg tega bi zadevno „pravilo o preprečevanju zlorab“ izgubilo pomemben del učinka. Velik del transakcij, ki se ne „uresničuje[jo] iz tehtnih komercialnih razlogov, ki odražajo ekonomsko realnost“, temveč „je njihov glavni namen […] pridobiti davčno ugodnost“ (če uporabim izraze iz te določbe), bi bil zunaj njenega dosega.

83. Iz zgoraj navedenih razlogov menim, da bi moralo Sodišče v obravnavani zadevi odstopiti od točk 53, 54 in 56 sodbe Lexel.[43] Posojila znotraj skupine, odobrena brez kakršne koli tehtne komercialne in/ali ekonomske utemeljitve zgolj (ali predvsem) z namenom ustvariti odbitni dolg na sedežu družbe posojilojemalke, so „povsem umetni konstrukti“, in sicer ne glede na to, ali se izvajajo v pogojih svobodne konkurence ali ne. Nacionalne določbe, ki se nanašajo na takšna posojila, je treba šteti za nujne glede na cilj preprečevanja teh „konstruktov“.

84. Zdaj, ko je to pojasnjeno, je treba preučiti še nekatere zadnje trditve, ki jih je navedla družba X v zvezi s področjem uporabe člena 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb.

85. Prvič, družba X trdi, da lahko nizozemski davčni organi to določbo uporabljajo za slabo opredeljen obseg transakcij znotraj skupine, ker je njeno področje uporabe odvisno od nejasno in dvoumno oblikovanega pogoja, in sicer, ali posojilo in z njim povezana pravna transakcija „pretežno temeljita na poslovnih razlogih“ (na podlagi člena 10a(3)(a) tega zakona). Iz tega razloga naj sporna nizozemska pravila ne bi bila v skladu z načelom pravne varnosti, saj naj družbe ne bi mogle dovolj natančno predvideti, katere transakcije bi davčni organi lahko šteli za zlorabe.

86. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča načelo pravne varnosti zlasti zahteva, da so pravna pravila dovolj jasna, natančna in imajo predvidljive učinke, zlasti če imajo neugodne posledice za davčne zavezance.[44]

[40] Direktiva z dne 12. julija 2016 (UL 2016, L 193, str. 1).

[41] Glej tudi Direktivo Sveta 2011/16/EU z dne 15. februarja 2011 o upravnem sodelovanju na področju obdavčevanja in razveljavitvi Direktive 77/799/EGS (UL 2011, L 64, str. 1), kakor je bila spremenjena z Direktivo Sveta (EU) 2018/822 z dne 25. maja 2018 o spremembi Direktive 2011/16/EU glede obvezne avtomatične izmenjave informacij na področju obdavčenja v zvezi s čezmejnimi aranžmaji, o katerih se poroča (UL 2018, L 139, str. 1).

[42] Ugotavljam, da se Direktiva proti izogibanju davkom *ratione temporis* ne uporablja v postopku v glavni stvari. Določbe te direktive se namreč uporabljajo od 1. januarja 2019. Dejansko stanje v obravnavani zadevi je nastalo pred tem datumom.

[43] Razumem stisko, v kateri bi se znašlo Sodišče, če bi se strinjalo z mojo presojo. Sodbo Lexel je izrekel senat petih sodnikov, tako kot bo izrečena sodba v tej zadevi. Vendar bi lahko glede na to, da zadevne točke sodbe Lexel niso v skladu s pristopom k pojmu „povsem umeten konstrukt“, in pojmu zloraba prava, uporabljenima v splošni sodni praksi, ki vključuje sodbe velikega senata, izdane pred sodbo Lexel in po njej (glej točki 73 in 74 teh sklepnih predlogov), menili, da je bila ta sodba že implicitno razveljavljena. Sodišče ne potrebuje dovoljenja velikega senata za potrditev tega dejstva v obravnavani zadevi.

[44] Glej med drugim sodbo z dne 11. junija 2015, Berlington Hungary in drugi (C-98/14, EU:C:2015:386, točke 74, 76 in 77 ter navedena sodna praksa).

87. Glede tega bi ugotovil, da je sporno nizozemsko pravilo oblikovano zelo podobno kot druge klavzule o preprečevanju zlorab v nacionalnem pravu in pravu Unije. Zlasti je uporaba „splošnega pravila o preprečevanju zlorab“ iz člena 6 Direktive proti izogibanju davkom za določeno transakcijo podobno odvisna od tega, ali je bila ta transakcija izvedena „iz tehtnih komercialnih razlogov, ki odražajo ekonomsko realnost“, in ne z „glavni[m] namen[om] […] pridobiti davčno ugodnost“. Res je, da so to odprti pojmi, katerih obseg je že po naravi nekoliko negotov. Poleg tega, kot sem navedel v točki 76 teh sklepnih predlogov, je za to, da se ugotovi, ali so takšni pogoji v posameznem primeru izpolnjeni, potrebna celovita ocena niza dejstev in okoliščin za vsak primer posebej, kar prav tako ustvarja določeno stopnjo negotovosti.

88. Vendar je ta stopnja negotovosti neizogiben in sprejemljiv stranski učinek takšnih določb o preprečevanju zlorab. Kot je poudarila generalna pravobranilka J. Kokott v sklepnih predlogih v zadevi SGI,[45] bi morali „[p]redpisi, ki naj bi obravnavali zlorabe, […] namreč nujno vsebovati nedoločne pravne izraze, da bi zajeli čim več možnih oblik, ustvarjenih za izogibanje davkom“. Poleg tega so te določbe namenjene obravnavi ravnanj, ki so navidezno zakonite in jih je zato težko zajeti.

89. Iz tega ne sledi, da je uporaba takšne zakonodaje v celoti prepuščena prosti presoji davčnih organov, zaradi česar so njeni učinki nepredvidljivi. Kot navajata predložitveno sodišče in nizozemska vlada, se „povsem umetna“ narava danega konstrukta določi na podlagi objektivnih in preverljivih elementov.[46]

90. Kot je navedeno v točki 79 teh sklepnih predlogov, je odločilno vprašanje, ali bi do najema zadevnega posojila znotraj skupine prišlo, če ne bi bilo razmerja med družbama in želene davčne ugodnosti. Dovolj jasno je, kakšne vrste analizo je treba opraviti v okviru takšnega preizkusa. Ocena pomembnih dejstev in okoliščin vključuje preučitev splošne strukture in očitnega namena konstrukta, katere del je to posojilo. Kot navaja predložitveno sodišče, je v bistvu treba postaviti ti vprašanji: ali bi zadevni davčni zavezanec imel interes za vzpostavitev zadevnega konstrukta, če ne bi prinašal davčne ugodnosti; ali se glede na navedeni namen konstrukta njegova struktura zdi prezapletena in zlasti vključuje korake, ki se zdijo nepotrebni (če ne bi vplivali na davčno obveznost)? Ti vprašanji ne bi smeli biti pretežki za davčne strokovnjake in večnacionalne skupine podjetij, ki lahko ustrezno uredijo svoje ravnanje.[47]

91. V postopku v glavni stvari predložitveno sodišče in nizozemska vlada pojasnjujeta, da čeprav se na splošno šteje, da prevzem zunanjega subjekta in najem posojila, ki ga davčni subjekt v ta namen opravi pri povezanem subjektu, „pretežno temeljita na poslovnih razlogih“ v smislu člena 10a(3)(a) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, je konstrukt prevzema družbe F s strani družbe X zaradi svoje zapletenosti in (očitno) nepotrebnih korakov, ki jih vsebuje, veljal za „povsem umeten“. Ti koraki so bili, naj spomnim, (i) preusmeritev lastnih sredstev družbe A v družbo C; (ii) poznejša pretvorba teh sredstev v posojilo, odobreno družbi X; (iii) prevzem družbe F s strani družbe X; in (iv) oblikovanje ene same davčne enote za družbi F in X, da bi se obresti, ki jih je družba X plačala družbi C, lahko odbile od obdavčljivega dobička, ki ga je družba F ustvarila na Nizozemskem.[48]

[45] Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi SGI (C-311/08, EU:C:2009:545, točka 70).

[46] Glej v zvezi s to zahtevo sodbo z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 71 in navedena sodna praksa).

[47] Glej po analogiji moje sklepne predloge v zadevi Belgian Association of Tax Lawyers in drugi (C-623/22, točke od 93 do 103 in navedena sodna praksa).

[48] Glej točke od 8 do 10 teh sklepnih predlogov.

92. Zlasti dejstvo, da je bilo posojilo, ki je bilo odobreno družbi X, zagotovljeno s sredstvi, „preusmerjenimi“ iz družbe A, že na prvi pogled postavlja celoten konstrukt na trhla tla. Postavlja se vprašanje, ali je bilo to posojilo res potrebno in zakaj je družbo F kupila družba X, in ne družba A. Komisija trdi, da bi v obratnem scenariju, ki bi odražal gospodarsko realnost, družbo F kupila družba A, ta prevzem pa bi zato vključeval manj korakov. Vendar bi v tem primeru družba X za dobiček, ki sta ga ustvarili z družbo F na Nizozemskem, izplačala dividende družbi A. Takšen razdeljeni dobiček ne bi imel za posledico zmanjšanja obveznosti za davek od dohodkov pravnih oseb na Nizozemskem. S konstruktom, na podlagi katerega je družba X kupila družbo F s posojilom, ki ga je odobrila družba C, s sredstvi, preusmerjenimi iz družbe A, pa se je, nasprotno, davčna obveznost družb X in F na Nizozemskem zmanjšala na skoraj nič, ker je prvonavedena družba odbila obresti na to posojilo od obdavčljivega dobička, ki sta ga z drugonavedeno družbo ustvarili v tej državi članici. [49]

93. Predložitveno sodišče in nizozemska vlada poudarjata, da mora davčni zavezanec v takem primeru verodostojno utemeljiti ekonomske in/ali poslovne razloge, ki so podlaga za korake konstrukta, in zlasti „preusmeritev“ posojenih sredstev. V skladu s sodno prakso Sodišča je davčnemu zavezancu omogočeno, in to brez pretiranih upravnih zahtev, da predloži dokaze v zvezi s tem. [50] Poleg tega, če davčni organi ob upoštevanju pojasnil in dokazov, ki jih predloži davčni zavezanec, še vedno menijo, da je konstrukt umeten, lahko zadnjenavedeni odločitev teh organov izpodbija na sodišču. Družba X v postopku v glavni stvari preprosto ni uspela predložiti takšnega dokaza, zato so nacionalna sodišča potrdila odločitev davčnih organov.

94. Družba X v odgovor navaja, da iz prakse nizozemskih davčnih organov in sodišč ni jasno razvidno, kateri ekonomski in/ali poslovni razlogi se lahko upravičeno navedejo za utemeljitev takšne „preusmeritve“ sredstev. Do zdaj so bila pojasnila vedno zavrnjena. Poleg tega naj ti organi in sodišča v zvezi s tem ne bi upoštevali vidikov, ki se nanašajo na strukturo zadevne skupine, kot je na primer dejstvo, da ima družba posojilodajalka (kot je družba C v obravnavani zadevi) običajno ključno vlogo pri financiranju te skupine. [51]

95. Menim, da bodo pri uporabi pravila o preprečevanju zlorab vedno obstajala siva območja, kot je člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb. To ne pomeni, da to pravilo ni združljivo z načelom pravne varnosti. V obravnavani zadevi bo vprašanje, ki ga je izpostavila družba X, postopoma pojasnjeno s prakso davčnih organov in nizozemskih sodišč. V zvezi s tem se bom omejil na ugotovitev, da morajo davčni organi in sodišča pri presoji, ali je treba konstrukt šteti za umeten ali ekonomsko upravičen, upoštevati *vse* tehtne ekonomske razloge, tudi finančne. [52] Ni mogoče izključiti, da se razlog, ki ga je navedla družba X, uvršča med take razloge. O tem vprašanju bi moralo presoditi predložitveno sodišče.

96. Drugič, družba X izpodbija porazdelitev dokaznega bremena na podlagi spornih določb nizozemskega prava. Natančneje, vlagateljica kasacijske pritožbe trdi, da člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb uvaja splošno domnevo o obstoju zlorabe, ki presega to, kar je potrebno za dosego zastavljenega cilja. [53] Nizozemski davčni organi naj bi na podlagi te določbe

[49] Glej točko 10 zgoraj.

[50] Glej zlasti sodbo z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 71 in navedena sodna praksa).

[51] Družba X pojasnjuje, da bi bilo treba zadevni konstrukt glede na strukturo skupine družbe A šteti za ekonomsko upravičen. Splošno financiranje skupine naj bi bilo namreč centralizirano na sedežu družbe C (glej točko 7 zgoraj), kateremu je v ta namen dodeljeno veliko osebja in sredstev. To naj bi bil razlog, zakaj je bil prevzem družbe F izveden s posojilom, ki ga je odobrila družba C. Družba A naj bi redno prenašala sredstva na družbo C samo zato, ker ta potrebuje kapital za opravljanje svojih nalog.

[52] Glej po analogiji uvodno izjavo 11 Direktive proti izogibanju davkom.

[53] Družba X se sklicuje na sodbi z dne 7. septembra 2017, Eqiom in Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, točke 31, 32 in 36), in z dne 20. decembra 2017, Deister Holding in Juhler Holding (C-504/16 in C-613/16, EU:C:2017:1009, točki 61 in 62).

lahko davčnemu subjektu zavrnili odbitek obresti, ki jih plačuje za posojilo znotraj skupine, ne da bi jim bilo treba predložiti vsaj *prima facie* dokaze o zlorabi, medtem ko naj bi moral ta subjekt za pridobitev te davčne ugodnosti v skladu s členom 10a(3)(a) tega zakona dokazati, da posojilo in z njim povezana pravna transakcija pretežno temeljita na poslovnih razlogih.

97. S tem se ne strinjam. Kadar želijo nacionalni davčni organi davčnemu zavezancu zavrniti davčno ugodnost iz razloga obstoja zlorabe, morajo seveda na splošno dokazati, ob upoštevanju vseh pomembnih dejstev in okoliščin zadeve ter glede na zgoraj obravnavana merila, da poskuša davčni zavezanec to ugodnost pridobiti s „povsem umetnim konstruktom“.[54] Vendar to ne pomeni, da države članice v svojem nacionalnem pravu ne morejo določiti pravnih domnev, če so te specifične in temeljijo na zadostnih razlogih.

98. V obravnavani zadevi se člen 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb in obveznost davčnega zavezanca, da utemelji, da je zadevni konstrukt pristen, načeloma uporabljata samo v zadevah, v katerih davčni subjekt sklene posojilo znotraj skupine s povezanim subjektom s sedežem v drugi državi članici, pri čemer obresti, ki jih prejme zadnjenavedeni, niso obdavčene ali niso obdavčene po razumni stopnji.[55] Te posebne okoliščine se lahko upravičeno štejejo za indic ravnanja, ki bi lahko pomenilo davčno utajo, ki pomeni zlorabo, kar upravičuje obrnjeno dokazno breme.[56]

99. Ko nacionalni davčni organi ugotovijo, da tako posojilo znotraj skupine spada na področje uporabe te določbe in da je bilo torej morda sklenjeno z namenom izogibanja davkom, ni pretirano, da od davčnega zavezanca zahtevajo, da predloži dokaze o ekonomski in/ali poslovni naravi konstrukta, in da zavrnejo odbitek obresti na to posojilo, če tega ne stori.[57] Navsezadnje je davčni zavezanec v najboljšem položaju, da predloži pojasnila in dokaze o motivih transakcij, ki jih izvaja. Poleg tega je Sodišče večkrat razsodilo, da „zadevnim davčnim organom nič ne preprečuje, da od davkoplačevalca zahtevajo dokaze, ki jih ocenjujejo kot potrebne za konkretno odmero zadevnih davkov […], ter da po potrebi zavrnejo zahtevano oprostitev, če ti dokazi niso predloženi“.[58]

b) Posledice, ki izhajajo iz opredelitve transakcije kot takega konstrukta, niso pretirane

100. V skladu s členom 10a(1)(c) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb se v primeru, da se ugotovi, da je posojilo znotraj skupine povsem umeten konstrukt (pod pogoji, obravnavanimi v prejšnjem pododdelku), odbitek obresti na to posojilo v celoti onemogoči pri ugotavljanju dobička davčnega subjekta posojilojemalca na Nizozemskem.

[54] Glej po analogiji sodbo z dne 26. februarja 2019, N Luxembourg 1 in drugi (C-115/16, C-118/16, C-119/16 in C-299/16, EU:C:2019:134, točka 142).

[55] Če so obresti v drugi državi članici obdavčene po razumni stopnji, velja pogoj iz člena 10a(3)(b) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb in odbitka ni mogoče zavrniti, kot je bilo navedeno v oddelku B teh sklepnih predlogov.

[56] Glej po analogiji sodbo z dne 26. februarja 2019, X (Posredniške družbe s sedežem v tretjih državah) (C-135/17, EU:C:2019:136, točka 86). Glej po drugi strani sodbo z dne 20. decembra 2017, Deister Holding in Juhler Holding (C-504/16 in C-613/16, EU:C:2017:1009, točke 65, 67 in 71). Očitno je zakonodajalec Unije istega mnenja. V zvezi s tem Priloga IV k Direktivi 2011/16 za namene obveznosti poročanja, določenih s to direktivo, vsebuje seznam „prepoznavnih značilnosti“, to je lastnosti ali značilnosti konstruktov, ki „nakazuje[jo] morebitno tveganje za izogibanje davkom“ (glej člen 3, točka 20, navedene direktive). Del II(C)(1)(d) te priloge določa, da je taka „prepoznavna značilnost“ konstrukt, „ki vključuje odbitna čezmejna plačila med dvema ali več povezanimi podjetji, če […] za plačilo v jurisdikciji, v kateri je prejemnik rezident za davčne namene, velja ugodnejši davčni režim“.

[57] Glej v tem smislu sodbi z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 73), in z dne 5. julija 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, točka 53).

[58] Glej med drugim sodbo z dne 26. februarja 2019, N Luxembourg 1 in drugi (C-115/16, C-118/16, C-119/16 in C-299/16, EU:C:2019:134, točka 141 in navedena sodna praksa).

101. Čeprav predložitveno sodišče meni, da takšna posledica logično izhaja iz ugotovitve umetne narave posojila, se kljub temu sprašuje (konkretno z drugim vprašanjem), ali glede na točko 51 sodbe Lexel popolna zavrnitev pravice do odbitka presega to, kar je potrebno za dosego zastavljenega cilja. Sodišče je namreč v navedeni točki pojasnilo, da kadar davčna uprava meni, da je posojilo, ki ga je davčni subjekt najel pri povezanem subjektu, povsem umeten konstrukt, „načelo sorazmernosti zahteva, da je zavrnitev pravice do odbitka omejena na del obresti, ki presega to, kar bi bilo dogovorjeno, če ne bi bilo posebnega razmerja med strankama“. [59]

102. Strinjam se z vladami intervenientkami in Komisijo, da ni tako. V zvezi s tem je treba tudi tu razlikovati med dvema scenarijema, navedenima v točkah 78 in 79 teh sklepnih predlogov.

103. Na eni strani, če je umetna narava posledica nenavadno visoke obrestne mere, določene v sicer pristnem posojilu znotraj skupine, je treba v skladu z načelom sorazmernosti izvesti popravek dela obresti, ki presega običajno tržno obrestno mero. Zavrnitev celotnega odbitka teh obresti bi presegla cilj preprečevanja povsem umetnih konstruktov.

104. Na drugi strani pa je v primeru, ko posojilo samo po sebi nima ekonomske in/ali poslovne utemeljitve in ne bi bilo nikoli najeto, če ne bi bilo razmerja med družbama in želene davčne ugodnosti, zavrnitev odbitka celotnih obresti – in ne le njihovega dela – povsem logična in sorazmerna. Takšnega povsem umetnega konstrukta namreč davčni organi pri izračunu dolgovanega davka od dohodkov pravnih oseb ne smejo upoštevati. Če ni posojila, ni odbitnih obresti.

105. Če bi davčni organi v drugem primeru zavrnili odbitek le dela obresti na posojilo, bi bila skladnost ureditve za preprečevanje zlorab vprašljiva. Davčnemu zavezancu bi bila namreč na koncu delno (ali celo v celoti) odobrena davčna ugodnost, ki jo je želel pridobiti z zlorabo, kar je v nasprotju z zastavljenim ciljem. [60]

V. Predlog

106. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), odgovori:

Člen 49 PDEU

je treba razlagati tako, da

[59] Glej tudi sodbo Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (točka 83).

[60] Sodišče je intervenientke med obravnavo vprašalo, ali davčni organi obresti, ki jih družba posojilojemalka plača družbi posojilodajalki, ne bi morali obravnavati celo kot (prikriti) razdeljeni dobiček (glej v zvezi s tem točko 92 teh sklepnih predlogov). Če bi to storili, bi se lahko davčna obveznost družbe posojilojemalke znatno povečala, ne samo zato, ker obdavčljivega dobička ne bi bilo mogoče zmanjšati za znesek plačanih obresti, ampak tudi zato, ker bi bila lahko ta družba, če bi se navedene obresti obravnavale kot razdeljeni dobiček, odvisno od davčnih pravil, ki se uporabljajo, ob izvedbi te transakcije dolžna plačati davek od dohodkov pravnih oseb (glej po analogiji sodbo Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (točki 38 in 39)). Zdi se mi, da bi bilo, kot je trdila Komisija na obravnavi, dejansko sorazmerno in zato združljivo s pravom Unije, če bi davčni organi to storili. Vendar o ustrezni obravnavi obresti odločajo nacionalni davčni organi ob upoštevanju svoje nacionalne zakonodaje (glej po analogiji člen 6(3) Direktive o preprečevanju izogibanja davkom).

ne nasprotuje nacionalni ureditvi, v skladu s katero obresti na posojilo, ki je najeto pri subjektu, povezanem z davčnim zavezancem, niso odbitne pri ugotavljanju dobička tega zavezanca, če najem tega posojila niso spodbudili poslovni razlogi, temveč cilj ustvarjanja odbitnega dolga, tudi če v njem določena obrestna mera ni višja od tiste, ki bi bila dogovorjena med neodvisnima družbama. V tem primeru je treba odbitek obresti v celoti zavrniti.