

UNIVERZA V LJUBLJANI
EKONOMSKA FAKULTETA

MAGISTRSKO DELO

**OBDAVČITEV DOBIČKA PODRUŽNICE TUJE ZAVAROVALNICE
V SLOVENIJI**

Ljubljana, september 2016

TANJA PETRIČ

IZJAVA O AVTORSTVU

Podpisana Tanja Petrič, študentka Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, avtorica predloženega dela z naslovom Obdavčitev dobička podružnice tuje zavarovalnice v Sloveniji, pripravljene v sodelovanju s svetovalcem prof. dr. Simonom Čadežem

IZJAVLJAM

1. da sem predloženo delo pripravila samostojno;
2. da je tiskana oblika predloženega dela istovetna njegovi elektronski obliki;
3. da je besedilo predloženega dela jezikovno korektno in tehnično pripravljeno v skladu z Navodili za izdelavo zaključnih nalog Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, kar pomeni, da sem poskrbela, da so dela in mnenja drugih avtorjev oziroma avtoric, ki jih uporabljam oziroma navajam v besedilu, citirana oziroma povzeta v skladu z Navodili za izdelavo zaključnih nalog Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani;
4. da se zavedam, da je plagiatstvo – predstavljanje tujih del (v pisni ali grafični obliki) kot mojih lastnih – kaznivo po Kazenskem zakoniku Republike Slovenije;
5. da se zavedam posledic, ki bi jih na osnovi predloženega dela dokazano plagiatstvo lahko predstavljalo za moj status na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani v skladu z relevantnim pravilnikom;
6. da sem pridobila vsa potrebna dovoljenja za uporabo podatkov in avtorskih del v predloženem delu in jih v njem jasno označila;
7. da sem pri pripravi predloženega dela ravnala v skladu z etičnimi načeli in, kjer je to potrebno, za raziskavo pridobila soglasje etične komisije;
8. da soglašam, da se elektronska oblika predloženega dela uporabi za preverjanje podobnosti vsebine z drugimi deli s programsko opremo za preverjanje podobnosti vsebine, ki je povezana s študijskim informacijskim sistemom članice;
9. da na Univerzo v Ljubljani neodplačno, neizključno, prostorsko in časovno neomejeno prenašam pravico shranitve predloženega dela v elektronski obliki, pravico reproduciranja ter pravico dajanja predloženega dela na voljo javnosti na svetovnem spletu preko Repozitorija Univerze v Ljubljani;
10. da hkrati z objavo predloženega dela dovoljujem objavo svojih osebnih podatkov, ki so navedeni v njem in v tej izjavi.

V Ljubljani, dne _____

Podpis študentke: _____

KAZALO

UVOD	1
1 OPREDELITEV POSLOVNE ENOTE IN PODRUŽNICE TUJEGA GOSPODARSKEGA SUBJEKTA TER POSEBNOSTI NJENEGA RAČUNOVODENJA	5
1.1 Poslovna enota v skladu z ZDDPO-2.....	5
1.2 Podružnica tuje pravne osebe	6
1.3 Oblika podružnice	7
1.4 Poslovne knjige	8
1.4.1 Uporaba računovodskih standardov	8
1.4.2 Posebnosti pri poslovanju podružnice.....	9
1.4.3 Posebnosti pri poslovanju podružnice tuje zavarovalnice.....	10
1.4.4 Transakcije med sedežem družbe in podružnico z vidika ZDDV-1	11
1.5 Poročanje za namene javne objave.....	12
1.6 Revidiranje	13
2 PREDPISI IN PROBLEMATIKA V ZVEZI Z OBDAVČITVIJO DOBIČKA POSLOVNE ENOTE V SLOVENIJI.....	13
2.1 Mednarodna dvojna obdavčitev	13
2.1.1 Razlogi za nastanek mednarodne dvojne obdavčitve.....	13
2.1.2 Odprava mednarodne dvojne obdavčitve	14
2.2 Vzorčna konvencija OECD s komentarjem	15
2.2.1 Stari 7. člen Vzorčne konvencije OECD	16
2.2.2 Neodvisno tržno načelo	18
2.3 ZDDPO-2 kot materialni davčni predpis.....	19
2.3.1 Davčni zavezanci, obseg davčne obveznosti in predmet obdavčitve.....	19
2.3.2 Davčna osnova za DDPO	20
3 PRISTOPI IN METODE OECD ZA PRIPIS DOBIČKA STALNIM POSLOVNIM ENOTAM.....	23
3.1 Pristop relevantne poslovne dejavnosti	24
3.2 Pristop funkcionalno ločene enote kot odobreni OECD pristop	24
3.2.1 Prva faza: hipotetična obravnava SPE kot ločenega in samostojnega podjetja .	25
3.2.1.1 Analiza funkcij in dejanskega stanja.....	25
3.2.1.2 Pripis tveganj	26
3.2.1.3 Pripis sredstev	27
3.2.1.4 Pripoznava notranjih poslov	27
3.2.1.5 Pripis kapitala, dolga ter odhodkov od obresti.....	28
3.2.2 Druga faza: določitev dobička SPE z uporabo analize primerljivosti.....	31
3.2.3 Kritika odobrenega OECD pristopa	32
3.3 Metode za pripis naložbenega premoženja SPE zavarovalnice	32
3.3.1 Metoda razporejanja kapitala	32
3.3.2 Metoda tanke kapitalizacije.....	34

3.3.3	Metoda varnega pristana	35
3.4	Metode za pripis prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja SPE zavarovalnice.....	36
4	IMPLEMENTACIJA ODOBRENEGA OECD PRISTOPA V PRAKSO	36
4.1	Sprememba Komentarja 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD.....	37
4.1.1	Načelo privlačnosti SPE.....	38
4.1.2	Pripis dobička SPE kljub izgubi celotnega podjetja	38
4.1.3	Uporaba merila za pripis dobička v vsaki pogodbeni državi	39
4.1.4	Obveznost vodenja poslovnih knjig in dokumentacije SPE	39
4.1.5	Uporaba funkcijske analize in metod za določanje transfernih cen v skladu s Smernicami OECD na področju obdavčitve SPE	40
4.1.6	Pripis internih obresti, zunanjih obresti in kapitala SPE.....	41
4.1.6.1	Pripis internih obresti.....	41
4.1.6.2	Pripis kapitala in dolga	41
4.1.6.3	Pripis zunanjih obresti	43
4.1.7	Povzetek sprememb Komentarja 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD.....	43
4.2	Sprememba 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD 2010 in njegovega Komentarja	44
4.3	Primer Slovenije.....	46
4.4	Primer Nemčije	47
5	PRIKAZ UGOTOVITVE USTREZNEGA DOBIČKA PODRUŽNICE TUJE ZAVAROVALNICE IZ EU V SLOVENIJI.....	50
5.1	Opis primera.....	50
5.2	Računovodska in davčna obravnava podružnice	51
5.3	Odobren OECD pristop (AOA)	52
5.3.1	Analiza funkcij in dejanskega stanja.....	52
5.3.2	Pripis tveganj.....	52
5.3.3	Pripis sredstev	52
5.3.4	Pripoznava notranjih poslov.....	53
5.3.5	Pripis ustreznega presežka (kapitala), naložbenega premoženja ter prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja podružnici	54
5.3.5.1	Izvem dividend in dividendam podobnih dohodkov	57
5.3.5.2	Izvem dobičkov iz odsvojitve lastniških deležev.....	61
5.3.5.3	Izvem odhodkov, ki se nanašajo na udeležbo	62
5.3.5.4	Prihodki in odhodki iz naslova prevrednotenja naložb.....	62
5.3.6	Razlogi za neustreznost uporabe metode varnega pristana.....	64
5.3.7	Sklep v zvezi s pripisom dobička podružnici v skladu s Poročilom OECD	66
6	KRITIČNA PRESOJA ZAKONSKE UREDITVE V SLOVENIJI.....	67
6.1	Jasnost zakonodaje glede obdavčitve dobička PE in potrebnost pripisa kapitala podružnici tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji.....	67
6.2	Pravna veljavnost Poročila OECD v Sloveniji	71
	SKLEP.....	73
	LITERATURA IN VIRI.....	77

KAZALO TABEL

Tabela 1: Povzetek sprememb prenovljenega Komentarja 2008 in možnost uporabe za stare sporazume	44
Tabela 2: Pripis naložbenega premoženja podružnici na dan 31.12.2015.....	55
Tabela 3: Pripis prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja podružnici za leto 2015	56
Tabela 4: Pripis prihodkov od vrednostnih papirjev in udeležb v družbah po vrstah za leto 2015 podružnici, ki se nanašajo na življenjsko zavarovanje	59
Tabela 5: Pripis prihodkov od vrednostnih papirjev in udeležb v družbah po vrstah za leto 2015 podružnici, ki se nanašajo na premoženjsko zavarovanje	60
Tabela 6: Povzetek davčne obravnave podružnici pripisanih prihodkov in odhodkov od naložb za leto 2015	63

UVOD

Pri čedalje večji globalizaciji je vse bolj prisotno vprašanje, koliko dobička bo obdavčenega v posamezni državi oziroma z drugimi besedami, katera država ima pravico pobrati davek. Nobena država namreč noče izgubiti prihodka iz naslova davka od dobička, ki ji pripada.

Družbe lahko poslujejo v drugih državah tudi preko poslovnih enot (v nadaljevanju tudi PE), ki so običajno v obliki podružnice. Podružnica ni samostojna pravna oseba, temveč je organizacijsko ločen del pravne osebe na območju druge države. Dobiček PE se praviloma obdavči v državi PE, vendar le toliko, kolikor se ga lahko pripiše tej PE. Pripis dobička PE pa je od nekdaj sporno vprašanje in predmet različnih razprav. Poleg tega, da se določila domačih zakonodaj držav članic Organizacije za gospodarsko sodelovanje in razvoj (angl. *Organisation for Economic Cooperation and Development*, v nadaljevanju OECD) glede obdavčitve poslovnih enot pomembno razlikujejo, ni mednarodno sprejetega soglasja glede interpretacije 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD (angl. *Model Tax Convention on Income and on Capital*).

»Države so suverene in smejo na tej podlagi pobirati davke, vendar se zavedajo, da bi bilo škodljivo to pravico izvajati brez omejitev, tako da bi bile iste osebe ali isti dohodki obdavčeni več kot enkrat« (Prislan, 2012, str. 15). Dvojni obdavčitvi se je mogoče izogniti na več načinov, na primer z enostranskimi ukrepi države, dvostransko konvencijo o izogibanju dvojnemu obdavčevanju in drugimi mednarodnimi pogodbami. Slovenija je večino dvostranskih konvencij o izogibanju dvojnemu obdavčevanju dohodka in premoženja (v nadaljevanju konvencija ali sporazum) sklenila na podlagi Vzorčnega sporazuma OECD¹. Konvencije ne morejo predpisovati dodatne davčne obremenitve zavezancem za davek, ki presega tisto, ki je določena z nacionalno zakonodajo, vendar pa imajo njene določbe prednost pred nacionalno davčno zakonodajo. Med glavne namene sklepanja konvencij sodi razdelitev pravic do obdavčitve med državama, odprava dvojnega obdavčenja oziroma neobdavčenja ter preprečevanje davčne neenakosti.

Materialni davčni predpis, ki v Sloveniji ureja obdavčitev dobička PE, je Zakon o davku od dohodkov pravnih oseb (Ur.l. RS, št. 117/2006, 56/2008, 76/2008, 05/2009, 96/2009, 110/2009, 43/2010, 59/2011, 24/2012, 30/2012, 94/2012, 81/2013, 23/2015, 50/2014, 82/2015, v nadaljevanju ZDDPO-2). V skladu z navedenim zakonom je pravna oseba tujega prava, ki ima status nerezidenta, v Sloveniji omejeno davčno zavezana, in sicer za davek od dobička njene PE, ki se nahaja v Sloveniji, in za davek od drugih posamičnih dohodkov (na primer dividend, obresti, premoženjskih pravic), od katerih se ta plačuje z davčnim odtegljajem.

¹ Izraza Vzorčna konvencija OECD in Vzorčni sporazum OECD se uporabljata kot sinonima.

V skladu s 4. odstavkom 12. člena ZDDPO-2 je dobiček PE nerezidenta v Sloveniji dobiček, ki se lahko pripiše tej PE. PE se lahko pripiše tisti dobiček, za katerega bi se lahko pričakovalo, da bi ga ta PE imela, če bi bila samostojni zavezanec, ki opravlja enako ali podobno dejavnost oziroma posle.

Vzorčna konvencija OECD dobičke stalne poslovne enote² (v nadaljevanju SPE) ureja v 7. členu. V skladu z navedenim členom se dobiček podjetja obdavči samo v državi, iz katere je podjetje, razen če ta posluje v drugi državi preko SPE. Če podjetje posluje v drugi državi preko SPE, se njegov dobiček lahko obdavči v drugi državi, vendar le toliko dobička, kot se pripiše tej SPE. V skladu z 2. odstavkom 7. člena Vzorčne konvencije OECD se SPE pripiše dobiček, za katerega bi se lahko pričakovalo, da bi ga imela, če bi bila različno in ločeno podjetje, ki opravlja enake ali podobne dejavnosti pod istimi ali podobnimi pogoji ter povsem neodvisno posluje s podjetjem, katerega SPE je.

(S)PE, za katero se večinoma šteje tudi podružnica, je torej za davčne namene treba obravnavati, kot da bi bila samostojno in ločeno podjetje. Gre torej za fikcijo samostojnosti (S)PE. Gledano s pravnega vidika je namreč glavna značilnost podružnice, da ni samostojna pravna oseba, zato za njeno ustanovitev ni potrebno vplačilo osnovnega kapitala. Predvsem se kot sporno pojavlja vprašanje, v kolikšni meri je za davčne namene treba za SPE uporabiti fikcijo samostojnosti, torej v kakšnem obsegu je treba SPE obravnavati kot ločeno in neodvisno podjetje. V literaturi in mednarodni davčni praksi se mnenja glede interpretacije fikcije samostojnosti SPE močno razhajajo, kar odločilno vpliva na višino dobička, ki naj se pripiše posameznim delom podjetja (Rest, 2011). Zagovorniki ene skrajnosti trdijo, da obstaja samo eno podjetje, kar pomeni, da iz poslov med SPE in drugimi deli podjetja ne morejo nastati obdavčljive transakcije. Drugo skrajnost predstavlja pristop, ki SPE obravnava kot popolnoma ločeno in neodvisno podjetje, kar ima za posledico, da morajo biti pripoznani notranji posli (angl. *dealings*) med SPE in drugimi deli podjetja ter ovrednoteni po neodvisnem tržnem načelu (angl. *arm's length principle*). Med navedenima skrajnostma obstaja veliko število različnih pogledov glede stopnje neodvisnosti SPE in s tem povezanih posledic (Nowotny, 2013).

17.07.2008 je OECD (2008b) objavila Poročilo o pripisu dobička SPE (angl. *Report on the attribution of profits to permanent establishments*, v nadaljevanju Poročilo OECD), katerega namen je bil pripraviti interpretacijo 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD, ki bi bila široko sprejeta med državami članicami OECD. Poročilo OECD vsebuje tako imenovani odobreni OECD pristop (angl. *Authorised OECD Approach*, v nadaljevanju tudi AOA), katerega cilj je povezati določila 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD glede poslovnih dobičkov s pravili o transfernih cenah med povezanimi podjetji, ki so vsebovana v 9. členu Vzorčnega sporazuma OECD, in s Smernicami OECD o transfernih cenah za

² ZDDPO-2 uporablja izraz poslovna enota, Vzorčna konvencija OECD pa izraz stalna poslovna enota. Izraza bosta razložena v nadaljevanju magistrskega dela.

mednarodna podjetja in davčne uprave (angl. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, v nadaljevanju Smernice OECD) (Kofler & van Thiel, 2011).

AOA vsebuje dve stopnji in temelji na fikciji popolne samostojnosti SPE. Če bi SPE torej bila samostojna in neodvisna pravna oseba, bi bili njeni viri financiranja sestavljeni tako iz kapitala kot dolga. Iz tega sledi, da ji je treba za davčne namene pripisati ustrezen presežek³ (angl. *surplus*) oziroma dotacijski kapital.

V splošnem je namen pripisa kapitala SPE za davčne namene ugotoviti znesek dolga in s tem odhodkov od obresti, ki se lahko pripišejo SPE in zmanjšujejo davčno osnovo. V zavarovalnicah se namen pripisa kapitala SPE za davčne namene nekoliko razlikuje, in sicer je SPE zavarovalnic treba pripisati ustrezno naložbeno premoženje, ki pokriva tako zavarovalno-tehnične rezervacije (v nadaljevanju ZTR) kot presežek, ter prihodke in odhodke od naložbenega premoženja. V prvi stopnji AOA je treba izvesti funkcijsko analizo s smiselno uporabo Smernic OECD, na podlagi katere se pripoznajo notranji posli med SPE in preostalim delom podjetja, katerega del je SPE, ter ji pripisati funkcije, sredstva, tveganja in dotacijski kapital. V drugi stopnji AOA je notranje posle treba ovrednotiti na podlagi neodvisnega tržnega načela z uporabo metod za določanje transfernih cen iz Smernic OECD.

Predmet magistrskega dela bo IV. del Poročila OECD, ki se nanaša na SPE zavarovalnic, s poudarkom na pripisu dotacijskega kapitala oziroma presežka, naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb za davčne namene SPE.

Namen raziskave. Namen magistrskega dela je raziskati problematiko obdavčitve dobička podružnice tuje zavarovalnice iz Evropske unije (v nadaljevanju EU) z davkom od dohodka pravnih oseb (v nadaljevanju DDPO) s poudarkom na pripisu kapitala, naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb za davčne namene podružnici. Navedenim postavkam je dan poudarek, ker običajno predstavljajo pretežni del podružnici zavarovalnice z uporabo ključev pripisanih postavk za razliko od drugih postavk, ki so neposredno evidentirane v poslovne knjige podružnice zavarovalnice oziroma so ji neposredno dodeljene.

Raziskovalna vprašanja

1. Ali slovenska davčna zakonodaja dovolj jasno opredeljuje obdavčitev dobička PE (in s tem podružnice tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji), predvsem uporabo neodvisnega tržnega načela za notranje posle med PE in sedežem družbe, in ali je v skladu z njo

³ Izrazi kapital, dotacijski kapital in presežek se v magistrskem delu uporabljajo kot sinonimi. Uporabljajo se izključno za davčne namene ugotovitve ustreznega pripisa dobička PE.

podružnici tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji treba pripisati presežek (dotacijski kapital)?

2. Kako pripisati dobiček podružnici tuje zavarovalnice v Sloveniji za davčne namene v skladu s Poročilom OECD, pri čemer je poudarek na pripisu presežka (dotacijskega kapitala), naložbenega premoženja ter prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja?
3. Kakšna je pravna veljavnost Poročila OECD v Sloveniji?

Cilji raziskave. Temeljni cilj raziskave je odgovoriti na zgoraj navedena raziskovalna vprašanja. Osrednji cilj je torej ugotoviti, kolikšna bi bila ustrezna obdavčitev dobička podružnice tuje zavarovalnice iz EU z DDPO. Poudarek bo na določitvi zneska kapitala, naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb, ki ga je treba pripisati podružnici zavarovalnice za davčne namene v skladu s Poročilom OECD.

Metodologija. Raziskave problematike obdavčitve dobička podružnice tuje zavarovalnice z DDPO se bom lotila tako, da bom proučila relevantno domačo zakonodajo in predpise, smernice in dokumente s področja mednarodne obdavčitve SPE (npr. Vzorčno konvencijo OECD, Poročilo OECD) ter literaturo in članke domačih in tujih avtorjev.

Uporabila bom tudi svoje večletne delovne izkušnje v računovodstvu podružnice tuje zavarovalnice. Izvedla bom študijo primera konkretne podružnice tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji, za katero bom na podlagi proučitve teoretičnih podlag in praktičnih izkušenj poskušala ugotoviti, kakšna bi bila ustrezna davčna osnova za DDPO. Pri tem bo poudarek na pripisu presežka in naložb podružnici z namenom določitve ustreznih prihodkov in odhodkov od naložb, ki se pripišejo podružnici.

Magistrsko delo je razdeljeno na šest poglavij. Prvo poglavje vsebuje opredelitev PE in podružnice tujega gospodarskega subjekta ter posebnosti njenega računovodenja. V drugem poglavju obravnavam predpise in problematiko v zvezi z obdavčitvijo PE v Sloveniji, ki vključuje tako Vzorčno konvencijo OECD kot domačo zakonodajo ter problematiko mednarodnega dvojnega obdavčevanja. Tretje poglavje je namenjeno predstavitvi pristopov in metod OECD za pripis dobička SPE, ki so rezultat dolgoletnega proučevanja problematike obdavčitve SPE. V četrtem poglavju je predstavljena implementacija odobrenega OECD pristopa v prakso v dveh stopnjah. Prvo stopnjo pomeni prenova Komentarja 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD, drugo stopnjo pa pomeni sprememba besedila 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD in njemu pripadajočega Komentarja leta 2010. Peto poglavje vsebuje prikaz ugotovitve ustreznega dobička podružnice tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji s poudarkom na pripisu presežka, naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb v skladu z odobrenim OECD pristopom ter davčno obravnavo tako pripisanih prihodkov in odhodkov od naložb. V šestem poglavju podajam kritično presojo zakonske ureditve obdavčitve dobička PE zavarovalnice v Sloveniji.

1 OPREDELITEV POSLOVNE ENOTE IN PODRUŽNICE TUJEGA GOSPODARSKEGA SUBJEKTA TER POSEBNOSTI NJENEGA RAČUNOVODENJA

1.1 Poslovna enota v skladu z ZDDPO-2

PE nerezidenta je opredeljena v 6. členu ZDDPO-2 kot kraj poslovanja, v katerem ali preko katerega nerezident v celoti ali delno opravlja dejavnost oziroma posle v Sloveniji. Za PE nerezidenta se šteje zlasti:

- pisarna, podružnica, tovarna, delavnica, rudnik, kamnolom ali drug kraj, kjer se pridobivajo ali izkoriščajo naravni viri;
- gradbišče, projekt gradnje, montaže ali postavitve ali nadzor v zvezi z njimi, če dejavnost oziroma posli trajajo dlje kot 12 mesecev (navedeno se šteje za PE nerezidenta od dneva začetka dejavnosti oziroma poslov, vključno s pripravljalnimi deli).

V skladu s 6. členom ZDDPO-2 se kot PE nerezidenta obravnava tudi:

- »posrednik, ki deluje v imenu nerezidenta, v zvezi s katerimikoli dejavnostmi oziroma posli zanj, če ima in običajno uporablja pooblastilo za sklepanje pogodb v imenu nerezidenta«, razen če posrednik opravlja dejavnosti oziroma posle iz 7. člena ZDDPO-2;
- »posrednik, ki v svoji redni dejavnosti v svojem imenu deluje za nerezidenta kot borzni posrednik, posrednik s splošnim pooblastilom ali katerikoli drug neodvisni posrednik, kadar deluje v celoti ali pretežno v imenu nerezidenta in se pogoji in okoliščine v poslovnih in finančnih razmerjih med tem nerezidentom in tem posrednikom razlikujejo od tistih v razmerjih med nepovezanimi osebami«.

V skladu s 7. členom ZDDPO-2 »se kraj poslovanja ne šteje za PE nerezidenta, če nerezident:

- uporablja prostore le za skladiščenje, razstavljanje ali dostavo dobrin ali blaga, ki mu pripadajo;
- vzdržuje zaloge dobrin ali blaga, ki mu pripadajo, le zaradi skladiščenja, razstavljanja ali dostave;
- vzdržuje zaloge dobrin ali blaga, ki mu pripadajo, le zaradi predelave s strani druge osebe;
- vzdržuje kraj poslovanja le zaradi nakupa dobrin ali blaga ali zbiranja informacij zase;
- vzdržuje kraj poslovanja le zaradi opravljanja kakršnekoli druge dejavnosti oziroma poslov pripravljalne ali pomožne narave zase;

- vzdržuje kraj poslovanja le za kakršnokoli kombinacijo dejavnosti oziroma poslov, določenih v 1. do 5. alineji zgoraj, če so splošna dejavnost oziroma posli kraja poslovanja, ki je posledica te kombinacije, pripravljalne ali pomožne narave.«

Navedeni člen vsebuje izjeme glede na splošno opredelitev PE v 6. členu ZDDPO-2 in našteva pripravljalne oziroma pomožne dejavnosti nerezidenta, ki se ne štejejo za PE.

Opredelitev PE nerezidenta v ZDDPO-2 je namenjena določitvi davčnega vira v Sloveniji v zvezi s poslovanjem tujega podjetja na ozemlju Slovenije. Če pogoji za obstoj PE v Sloveniji v skladu z ZDDPO-2 niso izpolnjeni, dohodki nerezidenta, ki jih doseže s poslovanjem v Sloveniji, ne morejo biti obdavčeni v Sloveniji. Vendar pa »ima nepravilna ugotovitev obstoja PE lahko za posledico izogibanje davčni obveznosti v Sloveniji« (DURS, 2012).

Medtem ko ZDDPO-2 uporablja pojma PE in kraj poslovanja, tako Vzorčna konvencija OECD kot večina konvencij, ki jih je sklenila Slovenija, uporabljajo pojma SPE in stalno mesto poslovanja. ZDDPO-2 torej za razliko od Vzorčne konvencije OECD ne zahteva stalnosti PE.

1.2 Podružnica tuje pravne osebe

Pomembno je razlikovati med PE nerezidenta in podružnico tuje pravne osebe. Podružnica je izključno domena statusnopравnih predpisov. Podružnica ni samostojna pravna oseba, temveč gre za krajevno in organizacijsko ločen del pravne osebe. V Sloveniji Zakon o gospodarskih družbah (Ur.l. RS, št. 65/2009-UPB3, 33/2011, 91/2011, 32/2012, 57/2012, 82/2013, 55/2015, v nadaljevanju ZGD-1) določa, da tuje podjetje lahko opravlja pridobitno dejavnost v Republiki Sloveniji preko podružnic, ki morajo biti vpisane v register. Tuje podjetje pred vpisom podružnice v register ne more začeti opravljati dejavnosti v Republiki Sloveniji. Ne glede na navedeno pa je treba upoštevati tudi predpise EU. V državah članicah EU velja načelo svobodnega delovanja podjetij, ki izhaja iz 49. oziroma 54. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (Ur.l. EU, št. C 326/2012, v nadaljevanju PDEU), ki določata prepoved omejevanja pravice do ustanavljanja in dolžnost enakega obravnavanja oziroma prepoved diskriminacije. Navedena člena PDEU se za družbe s sedežem znotraj EU uporabljata prednostno glede na omenjena določila ZGD-1, kar pomeni, da lahko družbe s sedežem v EU opravljajo dejavnost v Sloveniji neposredno brez ustanovitve podružnice.

Podružnica nastopa v imenu in za račun tujega podjetja, pri čemer mora uporabljati firmo in sedež matičnega podjetja ter svojo firmo. Vodstvo podružnice se po pooblastilih

razlikuje od vodstva matičnega podjetja⁴. Za obveznosti, ki nastanejo s poslovanjem podružnice, odgovarja tuje podjetje z vsem svojim premoženjem. ZGD-1 opredeljuje tudi podružnico domačega podjetja, registrirano v Sloveniji, vendar ta ni predmet magistrskega dela. V magistrskem delu obravnavana podružnica je podružnica tuje pravne osebe iz države članice EU.

Za zavarovalnice držav članic EU je opravljanje zavarovalnih poslov v Sloveniji urejeno v 133. členu Zakona o zavarovalništvu (Ur.l. RS, št. 93/2015, v nadaljevanju ZZavar-1), ki se uporablja od 01.01.2016. V skladu z navedenim členom lahko zavarovalnica, ki ima v državi članici EU dovoljenje za opravljanje zavarovalnih poslov v posameznih zavarovalnih vrstah in se zanjo uporablja Direktiva 2009/138/ES⁵, zavarovalne posele v teh zavarovalnih vrstah opravlja tudi na območju Republike Slovenije preko podružnice ali neposredno. Enaka določila, razen pogoja glede uporabe Direktive 2009/138/ES, je vseboval že Zakon o zavarovalništvu (Ur.l. RS, št. 99/2010-UPB7, 90/2012, 102/2012, 56/2013, 63/2013-ZS-K, v nadaljevanju ZZavar), ki se je uporabljal pred letom 2016.

Vendar pa opredelitev podružnice v ZGD-1 ali drugih statusnopравnih predpisih za davčne namene ni odločilna. Podružnica kot statusna podoblika gospodarskega subjekta je lahko PE nerezidenta za namene obdavčenja z DDPO ali pa tudi ni, odvisno od njene dejavnosti in izpolnjevanja drugih pogojev iz ZDDPO-2. Prav tako lahko govorimo o obstoju PE nerezidenta v Sloveniji za namene obdavčenja z DDPO, čeprav podružnica ni bila ustanovljena. V zadnjem primeru obstaja davčni vir v Sloveniji in s tem obveznost obdavčenja PE nerezidenta z DDPO v Sloveniji. V magistrskem delu predpostavljam, da je podružnica hkrati tudi PE nerezidenta za namene obdavčenja z DDPO.

1.3 Oblika podružnice

Obstajata dve obliki podružnice. Prva se imenuje dotirana podružnica, saj ne ustvarja lastnih računovodskih prihodkov. Za svoje poslovanje prejema denarna sredstva oziroma dotacije od ustanoviteljice. V poslovnih knjigah ima evidentirane le odhodke v zvezi s svojim poslovanjem; v izkazu poslovnega izida torej izkazuje izgubo. Če taka podružnica izpolnjuje kriterije za opredelitev PE v Sloveniji, je zavezana k obdavčitvi dobička z DDPO. To pomeni, da mora za namene obdavčenja z DDPO ugotoviti ustrezne davčne prihodke in s tem ustrezno davčno osnovo. Običajno tovrstne podružnice davčne prihodke določijo na način, da znesek računovodskih odhodkov povečajo za določen odstotek.

⁴ V angleškem jeziku obstaja razlika med poimenovanjem matične družbe (angl. *parent* ali *mother company*) in ustanoviteljico podružnice ali sedežem družbe (angl. *headquarters*). Ne glede na navedeno se v praksi tudi za prevod angleške besede »headquarters« pogosto uporablja izraz matična družba. Zato se izrazi ustanoviteljica družbe, sedež družbe in matična družba v magistrskem delu uporabljajo kot sinonimi.

⁵ Direktiva 2009/138/ES je Direktiva 2009/138/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25.11.2009 o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti zavarovanja in pozavarovanja (Solventnost II) (Ur.l. EU, št. L 335/2009).

Glede priznavanja računovodskih odhodkov za davčne namene pa morajo upoštevati vsa določila ZDDPO-2.

Podružnica, ki ustvarja lastne računovodske prihodke, se imenuje nedotirana podružnica. Ta v svojih poslovnih knjigah poleg odhodkov evidentira tudi prihodke. Taka podružnica tuje pravne osebe v Sloveniji praviloma izpolnjuje kriterije za opredelitev PE, kar pomeni, da je njen dobiček v Sloveniji obdavčen skladno z ZDDPO-2. Podružnice tujih zavarovalnic so praviloma nedotirane podružnice. V magistrskem delu je s podružnico tuje zavarovalnice v Sloveniji vedno mišljena nedotirana podružnica.

1.4 Poslovne knjige

Ker podružnica ni samostojna pravna oseba, temveč le organizacijsko ločen del tuje pravne osebe, so poslovne knjige podružnice sestavni del poslovnih knjig tuje pravne osebe (ustanoviteljice podružnice).

Podružnica lahko samostojno vodi poslovne knjige in sama evidentira poslovne dogodke. Računi za na primer opravljene storitve se glasijo na podružnico, ki jih evidentira v svoje poslovne knjige. Način prenašanja evidentiranj iz poslovnih knjig podružnice v poslovne knjige ustanoviteljice je odvisen od organizacije in informacijskega sistema ustanoviteljice in podružnice. Če se uporablja isti informacijski sistem v podružnici in ustanoviteljici, vendar ločena glavna knjiga za podružnico, se posamezni poslovni dogodek, ki ga evidentira podružnica, lahko po obdelavi (npr. čez noč) avtomatsko prenese v poslovne knjige ustanoviteljice. V primeru, da se uporablja isti informacijski sistem in ista glavna knjiga za podružnico in ustanoviteljico, se poslovni dogodek podružnice evidentira samo enkrat s posebno oznako področja knjiženja za podružnico (na ta način je z izbiro področja knjiženja možen prikaz evidentiranih poslovnih dogodkov, ki se nanašajo samo na podružnico). V primeru uporabe različnih informacijskih sistemov v podružnici in ustanoviteljici se poslovni dogodki lahko evidentirajo dvojno, torej ločeno v poslovne knjige podružnice in v poslovne knjige ustanoviteljice ali se prenašajo zbirno, na primer mesečno oziroma se morajo vsaj enkrat letno.

1.4.1 Uporaba računovodskih standardov

Družbe in podjetniki v Sloveniji morajo voditi poslovne knjige in jih enkrat letno zaključiti v skladu z ZGD-1 in slovenskimi računovodskimi standardi (v nadaljevanju SRS) ali mednarodnimi standardi računovodskega poročanja (v nadaljevanju MSRP). Na podlagi zaključenih poslovnih knjig je treba za vsako poslovno leto v treh mesecih po koncu tega poslovnega leta sestaviti letno poročilo. ZGD-1 torej podjetjem dopušča možnost izbire med SRS in MSRP. Vendar pa ne glede na navedeno možnost izbire zakon določa, da morajo družbe, katerih vrednostni papirji so uvrščeni na katerega od organiziranih trgov vrednostnih papirjev v državah članicah Evropske skupnosti in so zavezane h konsolidaciji

na podlagi ZGD-1, sestaviti konsolidirano letno poročilo v skladu z MSRP. Prav tako morajo letno poročilo v skladu z MSRP sestaviti:

- banke,
- zavarovalnice in
- druge družbe, če tako odloči skupščina družbe, vendar najmanj za pet let.

Za podružnice tujih pravnih oseb v Sloveniji se smiselno uporabljajo določbe ZGD-1 o poslovnih knjigah in letnem poročilu. Glede na navedeno in glede na določilo ZGD-1, da morajo zavarovalnice sestavljati letno poročilo v skladu z MSRP, mora tudi podružnica tuje zavarovalnice v Sloveniji sestaviti letno poročilo v skladu z MSRP (če ga sestavlja za namene javne objave).

Računovodski standardi podružnice in njene ustanoviteljice, ki sta v različnih državah, pa se lahko razlikujejo. Glede na to, da računovodski izkazi ustanoviteljice podružnice vključujejo tudi knjižene poslovne dogodke podružnice, morajo biti ti vključeni v poslovne knjige ustanoviteljice, upoštevajoč računovodske standarde in računovodske usmeritve ustanoviteljice. V ta namen ustanoviteljica po navadi vodi več glavnih knjig, na primer eno po lokalnih računovodskih standardih, drugo po MSRP. Ločeno glavno knjigo lahko vodi tudi za davčne namene, kar je podlaga zgolj za izdelavo obračuna davka od dobička.

1.4.2 Posebnosti pri poslovanju podružnice

Ker podružnica ni samostojna pravna oseba, za njeno ustanovitev ni potrebno vplačilo osnovnega kapitala. Podružnica torej v svojih poslovnih knjigah nima evidentiranega osnovnega kapitala, tako osnovni kapital tudi ni izkazan v bilanci stanja podružnice.

Transakcije med podružnico in ustanoviteljico se običajno evidentirajo preko prehodnih kontov tako v podružnici kot v ustanoviteljici (brez podružnice). Navedene transakcije se v računovodskih izkazih ustanoviteljice (družbe kot celote) ne upoštevajo oziroma se izločajo, vsebinsko na enak način kot pri konsolidaciji. V bilanci stanja podružnice pa je smiselno upoštevati vse prehodne konte med podružnico in ustanoviteljico skupaj in izkazati terjatev ali obveznost do ustanoviteljice.

Ob ustanovitvi podružnice oziroma na začetku njenega poslovanja ustanoviteljica po navadi podružnici nakaže denarna sredstva za kritje zagonskih stroškov in začetnih stroškov poslovanja. Navedeno nakazilo denarnih sredstev ne pomeni vplačila osnovnega kapitala, prav tako ni donacija, temveč gre za prenos denarnih sredstev z enega transakcijskega računa ustanoviteljice na njen drug transakcijski račun, odprt v tujini. Ker podružnica ni samostojna pravna oseba, temveč ustanoviteljica skupaj s podružnico predstavlja eno pravno osebo, prenos denarnih sredstev tudi ne more biti posojilo podružnici. Pravna oseba namreč ne more dati posojila sama sebi.

Podružnica običajno ne opravlja sama vseh funkcij, ki bi jih sicer opravljala, če bi bila samostojna družba. Določene funkcije se izvajajo na sedežu družbe tudi za podružnico. Zato matična družba storitve, ki jih opravlja za podružnico, zaračuna podružnici. V praksi to večinoma pomeni, da matična družba podružnici pripiše stroške opravljenih storitev zanjo (na primer stroške plač in druge stroške delovnega mesta zaposlenih, ki te storitve opravljajo); v poslovne knjige podružnice torej evidentira stroške in obveznost do matične družbe. Storitve, ki jih tretje osebe opravijo za matično družbo, se lahko nanašajo tudi na podružnico. V teh primerih matična družba podružnici običajno pripiše sorazmerni del dejanskih stroškov, ki se nanaša nanjo, kar večinoma določi s pomočjo ključev. Vendar pa storitve, ki jih matična družba zaračuna podružnici, niso predmet davka na dodano vrednost (v nadaljevanju DDV), kar bo podrobneje predstavljeno v nadaljevanju.

1.4.3 Posebnosti pri poslovanju podružnice tuje zavarovalnice

Nekatere funkcije se za podružnico zavarovalnice v celoti izvajajo na sedežu družbe, nekatere delno, s čimer je povezan tudi način evidentiranja poslovnih dogodkov v poslovne knjige podružnice (določene poslovne dogodke evidentira ustanoviteljica v poslovne knjige podružnice).

Podružnice tujih zavarovalnic so večinoma nedotirane podružnice, torej ustvarjajo lastne računovodske prihodke. Podružnica običajno sama izvaja funkcijo sklepanja zavarovanj⁶, izdaja zavarovalne pogodbe (police) (pravno gledano seveda v imenu in za račun ustanoviteljice), pošilja račune za plačilo zavarovalne premije zavarovalcem itd. Osnova za evidentiranje terjatev in prihodkov podružnice (tako kosmate obračunane premije kot prenosne premije) je torej vsaka polica, izdana s strani podružnice. Prav tako se plačila zavarovalne premije s strani zavarovalcev oziroma plačnikov običajno izvajajo na transakcijske račune podružnice in evidentirajo na posamezne police v podružnici. Gre za neposredno evidentiranje poslovnih dogodkov v poslovne knjige podružnice.

Podružnica prejeta denarna sredstva od vplačil zavarovalne premije porablja za izplačila zavarovalnin, odškodnin, odkupnih vrednosti, provizije zavarovalnim zastopnikom in posrednikom, za kritje stroškov poslovanja itd., pretežni del presežka prilivov nad odlivi pa običajno nakaže ustanoviteljici, ki izvaja naložbeno funkcijo za družbo kot celoto (tudi za podružnico). Podružnica zavarovalnice torej običajno ne izvaja lastne naložbene funkcije (oziroma jo izvaja v zelo omejenem obsegu). Ustanoviteljica lahko vodi naložbe ločeno za podružnico, to pomeni, da je naložbe ter prihodke in odhodke od naložb mogoče neposredno razporediti na podružnico. Lahko pa naložbe vodi za družbo kot celoto, kar pomeni, da je del teh naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb, ki se nanaša na podružnico, treba pripisati podružnici. Eno od glavnih in najbolj problematičnih vprašanj

⁶ Funkcija sprejema v zavarovanje (angl. *underwriting*) kot del sklepanja zavarovanja se običajno delno izvaja na sedežu družbe, kar bo predstavljeno v nadaljevanju.

na področju mednarodne obdavčitve podružnice zavarovalnice je, kolikšen znesek naložb in donosov naložb je za davčne namene treba pripisati podružnici tuje zavarovalnice. Obravnavi te problematike bo v magistrskem delu namenjen poseben poudarek.

Posebnost zavarovalnice so ZTR, ki se oblikujejo v zvezi z vsemi obveznostmi do zavarovalcev, zavarovancev in drugih upravičencev iz zavarovalnih pogodb. Zavarovalnica torej oblikuje ZTR za bodoče obveznosti iz življenjskih in premoženjskih zavarovanj. ZTR se večinoma oblikujejo za vsako posamezno polico, kar omogoča njihovo neposredno evidentiranje v poslovne knjige podružnice. V primeru, da se ZTR oblikujejo za neki portfelj družbe kot celote, je treba njihov sorazmerni del pripisati podružnici na podlagi ključev.

1.4.4 Transakcije med sedežem družbe in podružnico z vidika ZDDV-1

Opredelitev stalne poslovne enote za namene DDV (v nadaljevanju SPE za namene DDV) je pomembna za določitev kraja obdavčitve storitve, ta pa določa, katera država ima pravico pobrati DDV. Pri določanju kraja obdavčitve blaga Zakon o davku na dodano vrednost ne govori o SPE za namene DDV, temveč o dobavi blaga (Ur.l. RS, št. 13/2011-UPB3, 18/2011, 78/2011, 38/2012, 83/2012, 46/2013, 86/2014, 90/2015, v nadaljevanju ZDDV-1). Za opredelitev kraja obdavčitve pri dobavi blaga obstoj SPE za namene DDV torej ni pomemben (Demšar, 2013).

ZDDV-1 določa, da je v skladu s splošnim pravilom kraj opravljanja storitev, ki jih prejme davčni zavezanec, kraj, kjer ima sedež svoje dejavnosti. Če so storitve opravljene SPE davčnega zavezanca, ki ni v kraju, v katerem ima sedež svoje dejavnosti, je kraj opravljanja storitev tam, kjer ima davčni zavezanec SPE. Storitve, ki jih prejme oseba, ki ni davčni zavezanec, so obdavčene po kraju sedeža izvajalca storitve. Če so te storitve opravljene iz SPE izvajalca, ki ni v kraju sedeža dejavnosti izvajalca, je kraj opravljanja storitev tam, kjer ima izvajalec SPE.

Identifikacijska številka poslovne enote za namene DDV je pomemben element, vendar pa za presojo obstoja SPE za namene DDV ni niti zadosten niti odločilen (DURS, 2010). Treba je tudi poudariti, da opredelitve SPE za namene neposrednih davkov (kot je na primer davek od dobička, ki je predmet magistrskega dela) ni mogoče enačiti z opredelitvijo SPE za namene posrednega obdavčenja (DDV). Slednje izhaja tudi iz sodbe Sodišča Evropskih skupnosti (2006) C-210/04 v zadevi FCE Bank, kjer je v 39. točki navedeno, da se opredelitev SPE iz Vzorčnega sporazuma OECD ne more upoštevati za namene DDV.

Kdaj se PE šteje za SPE za namene DDV pri uporabi splošnega pravila o kraju obdavčitve storitev med zavezanci, opredeljuje Izvedbena uredba Sveta (EU) št. 282/2011 o določitvi izvedbenih ukrepov za Direktivo 2006/112/ES o skupnem sistemu davka na dodano

vrednost (Ur.l. EU, št. L 77/2011, L 290/2012, L 284/2013, L294/2014-popr.). PE kot prejemnica storitev se šteje za SPE za namene DDV, če ima dovolj stalnih in ustrezno strukturiranih človeških in tehničnih virov, da lahko prejme in uporabi storitve, ki so opravljene za njene lastne potrebe. Če je PE izvajalka storitve, pa se šteje za SPE za namene DDV takrat, ko ima dovolj stalnih in ustrezno strukturiranih človeških in tehničnih virov, da lahko opravlja storitve. Navedena opredelitev SPE za namene DDV je vsebovana tudi v pojasnilu DURS (2011), ki povzema oziroma razlaga določbe omenjene izvedbene uredbe.

Opravljene storitve med sedežem družbe in SPE pa ne predstavljajo obdavčljivega prometa z vidika DDV (torej niso predmet DDV), kar je bilo potrjeno tako v evropski kot slovenski sodni praksi. V skladu s sodbo Sodišča Evropskih skupnosti (2006) C-210/04 v zadevi FCE Bank »se stalna poslovna enota, ki ni različna pravna oseba od družbe, ki ji pripada, s sedežem v drugi državi članici in za katero družba opravlja storitve, ne sme šteti za davčno zavezanko zaradi stroškov, ki so ji bili pripisani za omenjene opravljene storitve.« Po presoji sodišča in njegovi sodni praksi so opravljene storitve predmet DDV izključno takrat, kadar med izvajalcem in prejemnikom storitve obstaja pravno razmerje z vzajemnimi dajatvami (to je z opravljeno storitvijo in plačilom za to storitev). Za presojno, ali obstaja tako pravno razmerje med matično družbo nerezidentko in njeno podružnico, je treba ugotoviti, ali podružnica samostojno opravlja dejavnost in ali jo je mogoče šteti za neodvisno banko predvsem glede ekonomskega tveganja njenega poslovanja. Sodišče je ugotovilo, da podružnica FCE Italija ne nosi sama ekonomskega tveganja svojega poslovanja, na primer nezmožnost stranke vrniti posojilo, saj to tveganje v celoti nosi matično podjetje.

Enako izhaja tudi iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (2010b) št. X Ips 342/2008. Z navedeno sodbo je bilo odločeno, »da storitve, ki jih za tuje (matično) podjetje opravi podružnica v Sloveniji, niso predmet DDV [...] tudi, če tuje podjetje za namene delovanja podružnice na njen transakcijski račun nakazuje določena finančna sredstva (dotacije).« Po presoji Vrhovnega sodišča Republike Slovenije »je promet storitev mogoče opraviti zgolj med dvema subjektoma, in ne znotraj ene in iste (pravne) osebe [...], saj že iz samega pojma stvari izhaja, da oseba sama sebi ne more opraviti storitev.«

1.5 Poročanje za namene javne objave

Podružnice so dolžne predložiti letno poročilo za javno objavo Agenciji Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (AJPES), pri čemer morajo upoštevati zahteve ZGD-1. Letno poročilo se lahko predloži na naslednja načina:⁷

⁷ 680. člen ZGD-1.

- podružnica tujega podjetja iz EU predloži letno poročilo tega podjetja, če je bilo sestavljeno, revidirano in razkrito na podlagi zakonodaje države članice EU, ki velja za podjetje v skladu z evropskimi direktivami;
- podružnica tujega podjetja iz tretje države predloži letno poročilo tega podjetja, če je bilo sestavljeno, revidirano in razkrito na podlagi zakonodaje države, ki velja za podjetje iz tretje države. Če letno poročilo tujega podjetja iz tretje države ni sestavljeno v skladu z evropskimi direktivami ali na enakovreden način, je treba letno poročilo sestaviti in razkriti za podružnico.

V obeh zgoraj navedenih primerih je treba predložiti slovenski prevod letnega poročila tujega podjetja. Podružnica se lahko odloči, da namesto predložitve slovenskega prevoda letnega poročila tujega podjetja predloži ustrezno sestavljeno in razkrito svoje letno poročilo. Če ima tuje podjetje več podružnic in izbrano podružnico, lahko predloži letno poročilo v razkritje samo izbrana podružnica.

1.6 Revidiranje

Podružnica tuje pravne osebe v Sloveniji ni zavezana reviziji. Ker je podružnica le organizacijsko ločen del tuje pravne osebe (ustanoviteljice), je predmet revidiranja te tuje pravne osebe (ustanoviteljice) v tuji državi tudi poslovanje podružnice.

2 PREDPISI IN PROBLEMATIKA V ZVEZI Z OBDAVČITVIJO DOBIČKA POSLOVNE ENOTE V SLOVENIJI

2.1 Mednarodna dvojna obdavčitev

2.1.1 Razlogi za nastanek mednarodne dvojne obdavčitve

Države vira dohodka z nacionalno zakonodajo predpisujejo obdavčitev nekaterih dohodkov, ki jih na njihovem ozemlju dosegajo rezidenti drugih držav, na primer obdavčitev dobička PE nerezidenta, dividend, obresti, dohodka, premoženjskih pravic. Zato pri poslovanju v mednarodnem okolju prihaja do dvojne ekonomske in/ali dvojne pravne obdavčitve.

Do dvojne ekonomske obdavčitve v mednarodnem okolju pride zaradi obdavčitve istega davčnega vira pri več zavezancih (na primer obdavčitev dobička hčerinske družbe v državi vira, nato pa so obdavčene še dividende, ki jih prejme matična družba v rezidenčni državi). Do dvojne pravne obdavčitve v mednarodnem okolju pa pride, kadar je isti dohodek ali isto premoženje enega zavezanca obdavčeno dvakrat, najprej v državi vira dohodka in nato še v rezidenčni državi (na primer obresti, ki jih prejme rezident v drugi državi, so lahko obdavčene v državi vira z davčnim odtegljajem, nato pa še v rezidenčni državi po načelu

svetovnega dohodka). Razlog za mednarodno dvojno obdavčitev je lahko na primer tudi dvojno rezidentstvo, to je kadar ena ali več držav isto osebo v skladu z nacionalno davčno zakonodajo štejejo za davčnega rezidenta (Jerman & Odar, 2008).

2.1.2 Odprava mednarodne dvojne obdavčitve

Države si čedalje bolj prizadevajo doseči prost pretok kapitala, storitev in investicij, zato prihaja do različnih načinov odprave mednarodne dvojne obdavčitve. Najprej je treba omeniti s strani EU sprejete direktive s področja obdavčitve pravnih oseb, katerih namen je predvsem odprava dvojne obdavčitve dohodkov. Države članice so morale prevzeti direktive z vidika njihovega cilja v svoje nacionalne zakonodaje.

Drugi način za odpravo mednarodne dvojne obdavčitve so mednarodne pogodbe o izogibanju dvojnemu obdavčevanju, ki se v skladu z 8. členom Ustave Republike Slovenije v slovenskem pravnem redu, če so ratificirane in objavljene, uporabljajo neposredno (Ur.l. RS, št. 33/1991, 42/1997-UZ68, 66/2000-UZ80, 24/2003-UZ3A-47-68, 69/2004-UZ14, 69/2004-UZ43, 69/2004-UZ50, 68/2006-UZ121-140-143, 47/2013-UZ90-97-99, 47/2013-UZ148, v nadaljevanju Ustava RS).

Dvojna obdavčitev je s konvencijo lahko odpravljena že na ravni razdelitve pravic do obdavčitve med državama pogodbenicama. Tako je že v členu, ki ureja obdavčitev posamezne vrste dohodka določeno, katera država pogodbenica ima pravico do obdavčitve tega dohodka. Kadar člen, ki ureja obdavčitev posamezne vrste dohodka, daje pravico do obdavčitve tako državi vira kot državi rezidentstva, je odprava dvojne obdavčitve določena v posebnem členu konvencije. Urejena je z enotno določbo za obe državi ali s samostojno določbo za vsako državo posebej, pri čemer sta si določbi lahko podobni, lahko pa sta zelo različni, na primer, ko je za eno državo predpisana metoda izvzema, za drugo pa metoda odbitka (Prislan, 2012).

Odprava mednarodnega dvojnega obdavčenja rezidentov je urejena tudi v ZDDPO-2. Nacionalna zakonodaja se uporablja za odpravo dvojne obdavčitve, če je vsaj toliko ugodna kot konvencija z drugo državo ali v primeru, če konvencija z drugo državo ni sklenjena. Določbe konvencije, ki so ugodnejše od nacionalne zakonodaje, prevladajo nad njo.

Kot je bilo že omenjeno, obstajata dve osnovni metodi za odpravo dvojne obdavčitve, to sta metoda izvzema⁸ in metoda odbitka⁹. Metoda izvzema deluje na ravni davčne osnove. Pri tej metodi je dohodek pri viru v drugi državi dokončno obdavčen in ga država rezidentstva ne obdavči ponovno. Poznani sta metoda popolnega izvzema in metoda

⁸ Uporabljata se tudi izraza metoda izvzetja ali metoda oprostitve (angl. *exemption method*).

⁹ Uporabljata se tudi izraza metoda dobropisa ali metoda kredita (angl. *credit method*).

izvzema s pridržkom progresije. Pri metodi popolnega izvzema se dohodek, ki je obdavčen v državi vira, v državi rezidentstva sploh ne upošteva za davčne namene in se v celoti izvzame iz davčne osnove. Pri metodi izvzema s progresijo se dohodek, ki je obdavčen v državi vira, v državi rezidentstva v celoti izvzame iz davčne osnove, se pa upošteva pri določitvi stopnje davka za preostali dohodek, dosežen v državi rezidentstva. Slednja metoda se v konvencijah pogosteje uporablja. Smiselna je, kadar so zavezanci obdavčeni po davčni lestvici.

Metoda odbitka deluje na ravni davčne obveznosti. Rezident v svojo davčno osnovo vključi celotni svetovni dohodek, ki torej vključuje tudi dohodek, ki ima vir v tujini in je že bil obdavčen v tujini. Od tako ugotovljene davčne osnove se odmeri davčna obveznost, od katere se nato odšteje v tujini plačan davek (ki se upošteva kot v tujini plačana akontacija davka). Poznani sta metoda popolnega in metoda navadnega odbitka. Pri metodi popolnega odbitka zavezanec rezident od svoje davčne obveznosti odbije celoten znesek davka, ki je bil upravičeno plačan v tujini. Te metode se države izogibajo, saj bi v primeru višje davčne stopnje v tuji državi vira kot v domači rezidenčni državi rezidenčna država morala zavezancu rezidentu povrniti davek, ki ga je ta plačal v proračun tuje države. Pri metodi navadnega odbitka rezident od svoje davčne obveznosti sicer lahko odbije davek, ki je bil plačan v tuji državi vira, vendar odbitek davka ne sme presežati zneska davka, ki bi ga rezident plačal na dohodek z virom v tujini v rezidenčni državi, če odbitek ne bi bil možen. Način izvajanja metode odbitka je večinoma urejen v nacionalnih zakonodajah, medtem ko ga konvencije ne urejajo.

Slovenija v večini konvencij za odpravo dvojne obdavčitve dohodkov uporablja metodo navadnega odbitka. Tudi v ZDDPO-2 je za odpravo dvojne obdavčitve dohodkov predpisana metoda navadnega odbitka, razen za prejete dividende in druge deleže iz dobička, vključno z dohodki, ki so podobni dividendam, ter za dobičke iz odsvojitve lastniških deležev, za katere se ob izpolnjevanju določenih pogojev uporablja metoda izvzema (slednje bo predstavljeno v nadaljevanju).

2.2 Vzorčna konvencija OECD s komentarjem

Slovenija je večino pogodb o izogibanju dvojnemu obdavčevanju dohodka in premoženja sklenila na podlagi Vzorčne konvencije OECD, zato bo ta tudi obravnavana v magistrskem delu.¹⁰ Namen sklepanja omenjenih pogodb je predvsem odprava dvojnega obdavčevanja oziroma neobdavčevanja, razdelitev pravic do obdavčitve med državama in preprečevanje davčne neenakosti.

Konvencije imajo vedno prednost pred nacionalno zakonodajo. Ne morejo pa povzročati dodatne davčne obremenitve davčnim zavezancem, ki bi presežala tisto, določeno z

¹⁰ Vzorčna konvencija Združenih narodov v magistrskem delu ne bo obravnavana.

nacionalno zakonodajo. Konvencije lahko pravico do obdavčenja, ki je opredeljena v nacionalni zakonodaji, le omejijo. »Kadar obstajata nova in stara konvencija, je treba ugotoviti, na katero obdobje se dejavnosti nanašajo, in uporabiti pravo konvencijo (ki je veljala v času opravljanja dejavnosti)« (Prislan, 2011, str. 42).

Vzorčna konvencija OECD v 5. členu opredeljuje SPE podobno, kot je PE opredeljena v 6. členu ZDDPO-2, vendar obstajajo določene razlike. Glede na to, da vsebina magistrskega dela ni ugotavljanje obstoja PE v Sloveniji (obstoj PE in SPE v Sloveniji se v magistrskem delu predpostavlja), temveč določitev višine davčne osnove podružnice tuje zavarovalnice (ki je hkrati tudi PE za namene obdavčitve z DDPO) v Sloveniji, vsebina 5. člena Vzorčnega sporazuma OECD ne bo podrobneje predstavljena.

Če je opredelitev SPE v konvenciji širša, kot je opredelitev PE v nacionalni zakonodaji, je za namene obdavčitve treba upoštevati ožjo opredelitev v nacionalni zakonodaji. To pomeni, če se v skladu z ZDDPO-2 ne šteje, da ima nerezident PE v Sloveniji, potem se njegovi dohodki iz opravljanja poslov v Sloveniji ne smejo obdavčiti v Sloveniji.

Glede na vsebino magistrskega dela je ključen 7. člen Vzorčne konvencije OECD, ki govori o poslovnih dobičkih, zato bodo predstavljeni najpomembnejši odstavki tega člena. Omenjeni člen je bil pomembno spremenjen leta 2010 (v nadaljevanju novi 7. člen) skupaj z njegovim komentarjem kot posledica druge stopnje implementacije Poročila OECD v prakso. Treba je omeniti, da večina konvencij, ki jih je sklenila Slovenija¹¹, vsebuje 7. člen, ki je veljal pred njegovo prenovo v letu 2010 (v nadaljevanju stari 7. člen).

2.2.1 Stari 7. člen Vzorčne konvencije OECD

Za določitev višine dobička SPE, so najpomembnejši prvi trije odstavki starega 7. člena Vzorčne konvencije OECD (OECD, 2007, 2008a), ki določajo:

1. Dobiček podjetja države pogodbenice se obdavči samo v tej državi, razen če podjetje posluje v drugi državi pogodbenici preko SPE v njej. Če podjetje posluje kot prej omenjeno, se dobiček podjetja lahko obdavči v drugi državi, vendar le toliko dobička, kolikor se ga lahko pripiše tej SPE.
2. Če podjetje države pogodbenice posluje v drugi državi pogodbenici preko SPE v njej, se ob upoštevanju določb tretjega odstavka v vsaki državi pogodbenici tej SPE pripiše dobiček, za katerega bi se lahko pričakovalo, da bi ga imela, če bi bila različno in ločeno podjetje, ki opravlja enake ali podobne dejavnosti pod enakimi ali podobnimi pogoji ter povsem neodvisno posluje s podjetjem, katerega SPE je.

¹¹ Mišljene so tudi konvencije, ki jih je Slovenija prevzela od Jugoslavije.

3. Pri določanju dobička SPE se mora dovoliti odšteti stroške, ki nastanejo za namene SPE, vključno s poslovodnimi in splošnimi upravnimi stroški, ki so nastali v državi, v kateri se nahaja SPE, ali drugje.

Drugi odstavek vsebuje neodvisno tržno načelo, ki predstavlja osnovo za neposreden pripis dobička SPE. V mednarodnem davčnem prostoru ne obstaja enotna interpretacija 7. člena, temveč se mnenja razlikujejo predvsem glede obsega fikcije samostojnosti SPE in s tem obsega uporabe neodvisnega tržnega načela.

1. odstavek 7. člena, ki se nanaša na del dobička podjetja, ki se pripiše SPE, se pogosto interpretira na način, ki je v nasprotju z 2. odstavkom. To pomeni, da se interpretira tako, da omejuje znesek dobička, ki se lahko pripiše SPE, na znesek dobička podjetja kot celote.

Zagovorniki druge strani trdijo, da izraz »dobiček podjetja« (angl. *profits of an enterprise*) v 1. odstavku pomeni, da država SPE lahko obdavči dobiček, ki se lahko pripiše SPE. V skladu z načelom privlačnosti (angl. *force of attraction principle*) bi država SPE lahko obdavčila tudi dohodke, ki jih podjetje dosega v državi SPE na drug način kot preko SPE.

1. odstavek 7. člena je torej treba interpretirati kot zavrnitev načela privlačnosti, kar pomeni, da lahko država pogodbenica, v kateri je SPE, obdavči le toliko dobička podjetja druge države pogodbenice, kolikor ga je mogoče pripisati tej SPE. Država pogodbenica, v kateri je SPE, torej nima pravice obdavčiti tistih dohodkov, ki jih podjetje pridobiva na ozemlju države SPE, vendar na drug način in ne preko SPE (Ključanin & Zemljič, 2004).

Mnenja glede interpretacije 3. odstavka 7. člena, ki govori o pripisu stroškov SPE, se razlikujejo v tem, ali je treba SPE pripisati dejanske stroške ali zaračunati cene v skladu z neodvisnim tržnim načelom. V Komentarju Vzorčnega sporazuma OECD je zavzeto stališče, da se neodvisno tržno načelo uporablja samo za določene vrste internih poslov.

Delu podjetja, ki dobavlja proizvode (končne proizvode, polproizvode ali surovine) znotraj podjetja, se pripiše dobiček v skladu z neodvisnim tržnim načelom le, če gre za dobavo proizvodov za nadaljnjo prodajo. Če proizvodi niso dobavljeni za nadaljnjo prodajo, temveč za porabo pri poslovanju, je med posamezne dele podjetja, ki porabljajo proizvode, primerno razdeliti le stroške porabe teh proizvodov (v primeru strojne opreme se razdeli amortizacija glede na uporabo v posameznih delih podjetja).

Neodvisno tržno načelo se pri notranjih poslih lahko uporablja le za tiste storitve, ki se ponujajo tudi nepovezanim osebam, ali če je glavna dejavnost SPE zagotavljanje specifičnih storitev podjetju, katerega del je, ki zagotavljajo dejansko prednost podjetju in stroški teh storitev predstavljajo pomemben del odhodkov podjetja. V navedenih dveh primerih torej del podjetja, ki opravlja storitve, lahko zaračuna drugemu delu podjetja stroške storitev plus pribitek na stroške, ki predstavlja dobiček. Za vse druge notranje

storitve se zaračunavajo zgolj dejansko nastali stroški. V zvezi s slednjimi se Komentar sklicuje na zagotavljanje storitev, ki so del splošne dejavnosti upravljanja podjetja kot celote (podjetje ima na primer skupen sistem izobraževanja, od katerega imajo koristi zaposleni v vseh delih podjetja). Stroške zagotavljanja teh storitev je običajno primerno obravnavati kot splošne upravne stroške podjetja kot celote in jih razdeliti na posamezne dele podjetja na osnovi dejanskih stroškov brez pribitka.

1. in 3. odstavek se torej pogosto interpretirata v nasprotju z 2. odstavkom. 4. odstavek 7. člena dopušča pripis dobička SPE z uporabo posredne metode razdelitve celotnega dobička podjetja, kadar je ta metoda v državi pogodbenici običajna in je rezultat skladen z načeli 7. člena. Slednja metoda ne bo predmet magistrskega dela. 6. odstavek 7. člena določa, da se za namene prejšnjih odstavkov tega člena dobiček, ki se pripiše SPE, določi po isti metodi leto za letom, razen če ni upravičenega in zadostnega razloga za nasprotno.

Komentar 7. člena Vzorčne konvencije OECD je bil v letu 2008 spremenjen kot posledica prve stopnje implementacije Poročila OECD v prakso, kar bo predstavljeno v nadaljevanju. Komentar Vzorčne konvencije OECD je pravno neobvezujoč, vendar se v praksi uporablja kot razlagalni pripomoček.

2.2.2 Neodvisno tržno načelo

Neodvisno tržno načelo je mednarodni standard za določanje transfernih cen, za katerega so se države članice OECD dogovorile, da ga bodo mednarodna podjetja in davčni organi uporabljali za namene obdavčitve. To načelo je vsebovano v 9. členu Vzorčne konvencije OECD in pravi, da če v komercialnih ali finančnih odnosih med povezanima podjetjema obstajajo ali se vzpostavijo pogoji, drugačni od tistih, ki bi obstajali med nepovezanima podjetjema, se lahko dobiček, ki bi ga doseglo eno od podjetij, če takih pogojev ne bi bilo, vendar ga prav zaradi takih pogojev ni doseglo, vključi v dobiček tega podjetja in ustrezno obdavči (OECD, 2015).

Omenjeno načelo temelji na predpostavki, da pri poslovanju med neodvisnimi podjetji njihova medsebojna komercialna in finančna razmerja običajno določajo razmere na trgu. Ko pa med seboj poslujejo povezana podjetja, ni nujno, da na njihova medsebojna komercialna in finančna razmerja trg vpliva na enak način, čeprav povezana podjetja v medsebojnem poslovanju pogosto poskušajo posnemati dinamiko delovanja trga. Zato davčni organi ne bi smeli avtomatično domnevati, da želijo povezana podjetja prirežati dobičke (OECD, 2010a).

Države članice OECD so sprejele neodvisno tržno načelo, ki povezana podjetja primerja z nepovezanimi podjetji, predvsem zato, ker na tej podlagi oblikovane cene postavijo povezana in nepovezana podjetja v enakovrednejši položaj (Kuhar, 2008).

Transferna cena, za katero se sicer redkeje uporablja tudi izraz prenosna cena ali notranja cena, je »cena, po kateri se znotraj podjetja ali skupine povezanih podjetij obračunava vrednost poslovnih učinkov, ki prehajajo iz enega dela v drugi del iste celote« (Turk, 2004, str. 546).

2.3 ZDDPO-2 kot materialni davčni predpis

2.3.1 Davčni zavezanci, obseg davčne obveznosti in predmet obdavčitve

Zavezanec oziroma zavezanka za DDPO je pravna oseba domačega in tujega prava (v nadaljevanju zavezanec). Pravno osebnost osebe, ustanovljene po tujem pravu, ureja pravo te tuje države, pri čemer je ureditev pravne osebnosti v tujih državah različna. Zato ZDDPO-2 razširja krog zavezancev za davek tudi na družbo oziroma združenje oseb, vključno z družbo civilnega prava, po tujem pravu, ki je brez pravne osebnosti in ni zavezanec po zakonu o dohodnini.

Čeprav je opredelitev pravnih oseb domačega in tujega prava pomembna za opredelitev zavezanca po ZDDPO-2, je za določitev obsega davčne obveznosti odločilen davčni položaj pravne osebe domačega ali tujega prava po davčnem predpisu. Pravna oseba, ki je zavezanec po ZDDPO-2, ima lahko položaj rezidenta, ki pomeni neomejeno davčno obveznost v Sloveniji, ali položaj nerezidenta, ki pomeni omejeno davčno obveznost v Sloveniji.

Zavezanec ima v skladu z ZDDPO-2 položaj rezidenta, če izpolnjuje vsaj enega izmed pogojev:

- ima sedež v Sloveniji;
- ima kraj dejanskega delovanja posloводства v Sloveniji.

Nerezident je zavezanec, ki ne izpolnjuje nobenega od navedenih pogojev. Obseg davčne obveznosti in predmet obdavčitve tuje pravne osebe je smiselno presojati v naslednjih primerih (Jerman & Odar, 2008):

- ali ima tuja pravna oseba s statutarnim sedežem zunaj Slovenije sedež dejanskega delovanja posloводства v Sloveniji in s tem položaj davčnega rezidenta in neomejeno davčno obveznost v Sloveniji;
- ali ima tuja pravna oseba v Sloveniji PE in s tem položaj davčnega nerezidenta in omejeno davčno obveznost v Sloveniji;
- ali tuja pravna oseba pri viru v Sloveniji dosega dohodke, od katerih se v skladu z ZDDPO-2 plačuje davčni odtegljaj.

Določitev rezidentstva Republike Slovenije po ZDDPO-2 je torej pomembna za opredelitev obsega davčne obveznosti. Rezident Republike Slovenije je zavezan za davek od vseh dohodkov, ki jih doseže v Sloveniji in izven nje (obdavčitev po načelu svetovnega dohodka). Država, ki ima pravico obdavčiti zavezanca po načelu svetovnega dohodka, se imenuje rezidenčna država. Opredelitev vira dohodka je za rezidenta pomembna šele v fazi odprave dvojne obdavčitve.

Nerezidenti so v Sloveniji omejeno davčno zavezani za davek od dohodkov, ki imajo vir v Sloveniji. ZDDPO-2 v 8. členu določa, kdaj ima dohodek vir v Sloveniji, v 11. členu, ki govori o predmetu obdavčitve, pa so opredeljeni dohodki nerezidentov, ki so dejansko obdavčeni pri viru v Sloveniji. Iz omenjenih členov davčnega predpisa izhaja, da se dohodki nerezidenta, ki so obdavčeni pri viru v Sloveniji, razvrščajo v dve skupini:

- dobiček, ki ga nerezident dosega z opravljanjem dejavnosti oziroma poslov v PE ali preko PE v Sloveniji, in
- drugi posamični dohodki, ki imajo vir v Sloveniji, če se od teh dohodkov v skladu z ZDDPO-2 plačuje davčni odtegljaj.

Če imajo drugi posamični dohodki v skladu z 8. členom ZDDPO-2 vir v Sloveniji, vendar se od teh dohodkov ne plačuje davčni odtegljaj, ti dohodki dejansko niso obdavčeni v Sloveniji, ne glede na to, da je vir teh dohodkov po ZDDPO-2 v Sloveniji. Slovenski davčni predpis torej ne predvideva obdavčitve nekaterih dohodkov, ki jih nerezidenti dosegajo pri viru v Sloveniji, kljub temu da eksplicitno določa, da je vir teh dohodkov v Sloveniji.

2.3.2 Davčna osnova za DDPO

Davčna osnova za davek od dobička je opredeljena v 12. členu ZDDPO-2. Prvi odstavek določa, da je osnova za davek rezidenta in nerezidenta za dejavnost oziroma posle v PE ali preko PE v Sloveniji dobiček, ki se ugotovi v skladu s tem zakonom. V skladu z načelom prepovedi diskriminiranja je davčna osnova enaka za rezidente in nerezidente, ki svojo dejavnost oziroma posle opravljajo v PE ali preko PE v Sloveniji. V drugem odstavku je dobiček opredeljen kot presežek prihodkov nad odhodki, ki so določeni z ZDDPO-2. Za ugotavljanje dobička se po 3. odstavku »priznajo prihodki in odhodki, ugotovljeni v izkazu poslovnega izida oziroma letnem poročilu, ki ustreza izkazu poslovnega izida in prikazuje prihodke, odhodke in poslovni izid, na podlagi zakona in v skladu z njim uvedenimi računovodskimi standardi«. Za zavarovalne delniške družbe ZGD-1 predpisuje obvezno uporabo MSRP.

Temeljna določba materialnega davčnega zakona glede obdavčitve dobička PE v Sloveniji je 4. odstavek 12. člena ZDDPO-2, ki določa, da »je dobiček PE nerezidenta v Sloveniji dobiček, ki se lahko pripiše tej PE. PE se lahko pripiše tisti dobiček, za katerega bi se lahko

pričakovalo, da bi ga ta PE imela, če bi bila samostojni zavezanec, ki opravlja enako ali podobno dejavnost oziroma posle. Prihodki, ki so doseženi z opravljanjem dejavnosti oziroma poslov v PE ali preko PE nerezidenta v Sloveniji, in dejanski stroški, ki nastanejo za namene te PE, vključno s poslovnimi in splošnimi upravnimi stroški, se pripišejo tej PE, če nastanejo v Sloveniji ali izven nje.«

PE je torej za davčne namene treba obravnavati, kot da bi bila samostojno podjetje, ločeno od preostalega dela podjetja, katerega del je (fikcija samostojnosti). Kot taka vstopa v posle s preostalim delom podjetja (v nadaljevanju notranji posli ali interni posli). Vprašanje je, v kolikšni meri je treba upoštevati fikcijo samostojnosti PE za davčne namene (kot popolno ali omejeno) oziroma katere interne posle med PE in preostalim delom podjetja pripoznati in na kakšen način ter kako jih ovrednotiti.

ZDDPO-2 v 16. členu, ki ureja transferne cene med rezidenti in nerezidenti, določa, da se za povezani osebi štejeta tudi PE nerezidenta v Sloveniji in tuja pravna oseba nerezident, katere del je PE. V skladu s tem členom se pri ugotavljanju prihodkov in odhodkov zavezanca upoštevajo transferne cene s povezanimi osebami za sredstva, vključno z neopredmetenimi sredstvi, ter storitve, vendar prihodki najmanj do višine primerljivih tržnih cen in odhodki največ do višine primerljivih tržnih cen. Isti člen določa, da se primerljive tržne cene določijo z eno od petih navedenih metod ali njihovo kombinacijo ter daje ministru za finance pooblastilo, da podrobneje predpiše izvajanje tega člena. Minister za finance je način izvajanja 16. in 17. člena ZDDPO-2 (17. člen ureja cene med povezanimi osebami rezidenti) predpisal s Pravilnikom o transfernih cenah (Ur.l. RS, št. 141/2006, 04/2012). Metode za določanje transfernih cen so v slovenski materialni davčni zakon prevzete iz Smernic OECD, prav tako Pravilnik o transfernih cenah temelji na Smernicah OECD. Treba je poudariti, da Smernice OECD vsebujejo podrobnejša navodila za izvajanje 9. člena Vzorčne konvencije OECD, ki ureja ugotavljanje transfernih cen **med povezanimi pravno samostojnimi subjekti** v skladu z neodvisnim tržnim načelom.

V skladu s slovenskim materialnim davčnim zakonom je torej preko opredelitve slovenske PE in tuje matične družbe za povezani osebi notranje posle (angl. *dealings*) med njima treba vrednotiti z uporabo metod za transferne cene in Pravilnikom o transfernih cenah. Metode in Pravilnik so prevzeti iz Smernic OECD, ki dejansko veljajo za transakcije **med povezanimi pravno samostojnimi subjekti**. ZDDPO-2 pa ne daje nobenih navodil, niti okvirnih, kako to izvesti v praksi. Notranji posli med PE in sedežem družbe namreč niso pravno zavezujoči za razliko od transakcij med povezanimi pravno samostojnimi subjekti. To pomeni, da notranjih poslov ni mogoče pripoznati na podlagi pravno zavezujočih pogodb in drugih dokumentov, ker ti ne obstajajo, temveč so potrebne druge podlage. Če bi Smernice OECD (in na njihovi osnovi sprejet Pravilnik o transfernih cenah) veljale neposredno za notranje posle med PE in sedežem družbe, dolgoletno proučevanje problematike pripisa dobička SPE s strani OECD, katerega rezultat je bil odobren OECD pristop (AOA) in izdaja Poročila OECD, ne bi bilo potrebno.

Ena od metod za določanje transfernih cen je metoda dodatka na stroške. Glede na zgornja določila bi lahko matična družba z uporabo te metode storitve, ki jih opravlja za PE, zaračunala PE, torej bi dejanskim stroškom (ki jih pomenijo na primer stroški plač in drugi stroški delovnega mesta zaposlenih, ki te storitve opravljajo) dodala dodatek na stroške v višini na primer od 5 do 10 %. Vendar pa 4. odstavek 12. člena ZDDPO-2 izrecno določa, da se PE nerezidenta v Sloveniji lahko pripišejo dejanski stroški, ki so nastali za namene te PE. To pomeni, da bi v konkretnem primeru PE pripisani stroški v višini pribitka na dejanske stroške pomenili davčno nepriznane odhodke. Pribitek na dejanske stroške bi torej povečeval davčno osnovo matične družbe, ne bi pa bil davčno priznan odhodek v podružnici, torej bi bil dvakrat obdavčen.

Če naj bi 4. odstavek 12. člena ZDDPO-2 predpisoval neomejeno uporabo neodvisnega tržnega načela (fikcija popolne samostojnosti PE), potem je s tem, ko na drugi strani omejuje višino stroškov, ki se lahko pripišejo PE, na dejanske zneske, v nasprotju sam s sabo. Kolikor sledimo izrecni dikciji 4. odstavka 12. člena ZDDPO-2, da »se PE pripišejo dejanski stroški, ki nastanejo za namene te PE«, potem to pomeni omejeno uporabo neodvisnega tržnega načela (fikcijo omejene samostojnosti PE). V slednjem primeru namreč ne moremo govoriti o uporabi metod za določanje transfernih cen, temveč le o razdelitvi dejanskih stroškov med posamezne dele istega podjetja.

Zavezanci davčno osnovo in s tem obveznost za davek od dobička PE v Sloveniji ugotovijo v obračunu DDPO v skladu s Pravilnikom o davčnem obračunu davka od dohodkov pravnih oseb (Ur.l. RS, št. 109/2013, 83/2014, 101/2015), ki določa obrazec za obračun DDPO in priloge k obrazcu, metodologijo za izpolnjevanje obrazca in prilog ter način predložitve obračuna davčnemu organu. Osnova za obračun DDPO je izkaz poslovnega izida, torej prihodki in odhodki, ugotovljeni v skladu z računovodskimi standardi, ki jih je za davčne namene treba prilagoditi v skladu z določili ZDDPO-2 na enak način, kot to velja za zavezance, ki so rezidenti Slovenije. Sestavni del obračuna DDPO je tudi Priloga 16 – Podatki v zvezi s transfernimi cenami pri poslovanju med povezanimi osebami po 16. členu ZDDPO-2 (v nadaljevanju Priloga 16). V navedeni prilogi je treba razkriti podatke v zvezi s transakcijami med povezanimi osebami po 16. členu ZDDPO-2, in sicer kumulativni promet terjatev in kumulativni promet obveznosti s posameznimi povezanimi osebami.

Zavezanci, ki se po ZDDPO-2 štejejo za povezane osebe, morajo v skladu z 18. členom navedenega zakona zagotavljati in hraniti podatke o povezanih osebah, obsegu in vrsti poslovanja z njimi ter določitvi primerljivih tržnih cen. Dokumentacija se v skladu s 382. členom Zakona o davčnem postopku (Ur.l. RS, št. 13/2011-UPB4, 32/2012, 94/2012, 111/2013, 40/2014-ZIN-B, 25/2014-ZFU, 90/2014, 91/2015, v nadaljevanju ZDavP-2) deli na splošno (angl. *masterfile*) in posebno (angl. *country-specific documentation*) in jo je davčni zavezanec dolžan predložiti davčnemu organu na njegovo zahtevo.

ZDDPO-2 torej zelo pavšalno določa zgolj obveznost vrednotenja notranjih poslov med PE in sedežem družbe v skladu z neodvisnim tržnim načelom, ne določa pa načina, kako to izvesti v praksi, oziroma ne opredeljuje posebnosti, ki veljajo za notranje posle v primerjavi s transakcijami med povezanimi osebami. Ena od metod za določanje primerljivih tržnih cen iz 16. člena ZDDPO-2 je metoda dodatka na stroške, ki pa je v nasprotju s 4. odstavkom 12. člena ZDDPO-2.

3 PRISTOPI IN METODE OECD ZA PRIPIS DOBIČKA STALNIM POSLOVNIM ENOTAM

Številni ukrepi, sprejeti s strani OECD, niso mogli spremeniti neenotne interpretacije 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD glede pripisa dobička SPE. Ponovni poizkus je bila izdelava Poročila OECD, katerega namen je bil pripraviti interpretacijo 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD, ki bi bila široko sprejeta med državami članicami OECD. V ta namen je bila izvedena raziskava, v kolikšni meri bi se lahko usmeritve iz Smernic OECD za določanje transfernih cen med povezanimi podjetji v skladu z 9. členom Vzorčnega sporazuma OECD uporabile tudi za namene izvajanja 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD v odnosu poslovnih enot do drugih delov mednarodnega podjetja. Zato je bila razvita delovna hipoteza (angl. *Working Hypothesis*), s katero naj bi testirali, v kolikšni meri se lahko SPE obravnava kot hipotetično samostojno in neodvisno podjetje in kako je možno v praksi smiselno uporabiti usmeritve iz Smernic OECD za pripis dobička stalnim poslovnim enotam v skladu z neodvisnim tržnim načelom. Poročilo OECD sicer govori o pripisu dobička, vendar se enaki principi uporabljajo tudi za pripis izgube.

V raziskavo so bila vključena tudi področja gospodarstva, na katerih je poslovanje preko podružnic močno razširjeno. V povezavi s tem je bil za razpravo objavljen Osutek poročila OECD v štirih delih, pri čemer I. del predstavlja splošno obravnavo pripisa dobička SPE, II. del se nanaša na posebnosti pri bankah, III. del na posebnosti pri podjetjih, ki globalno trgujejo s finančnimi instrumenti, in IV. del na posebnosti v zavarovalnicah. I. del omenjenega poročila pomeni podlago za II.–IV. del. Na podlagi številnih osnutkov je bilo 17.07.2008 objavljeno končno Poročilo OECD, s katerim je iz delovne hipoteze nastal tako imenovani odobreni OECD pristop (AOA). Z AOA je OECD prvič predstavil celostni pristop pripisa dobička SPE, ki je bistveno širši od njegovih predhodnikov. Tako na primer do sedaj ni bilo nobenih eksplicitnih smernic Odbora OECD za fiskalne zadeve glede pripisa presežka (kapitala) in premoženja SPE.

Poročilo OECD omenja dva pristopa za pripis dobička SPE, ki temeljita na dveh širših interpretacijah 1. odstavka 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD, in sicer pristop ustrezne (relevantne) poslovne dejavnosti (angl. *the relevant business activity approach*) in pristop funkcionalno ločene enote (angl. *the functionally separate entity approach*). Zaradi nesoglasja glede uporabe enotnega pristopa obstaja tveganje dvojne obdavčitve oziroma

neobdavčitve, še posebej v primerih, ko ena država uporablja prvoomenjeni pristop, druga država pa drugega. Zaradi navedene problematike so države članice OECD soglasno sprejele pristop funkcionalno ločene enote za odobreni OECD pristop oziroma preferirano interpretacijo 1. odstavka 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD.

3.1 Pristop relevantne poslovne dejavnosti

Pristop relevantne poslovne dejavnosti se pri definiranju izraza dobiček podjetja sklicuje na dobiček poslovne dejavnosti, v kateri je udeležena SPE (relevantna poslovna dejavnost). Izraz se ne pojavlja niti v 7. členu¹² niti v Komentarju¹³, temveč se je uveljavil v praksi v zvezi z interpretacijo izraza dobiček podjetja iz 1. odstavka 7. člena.

1. odstavek 7. člena v okviru pristopa relevantne poslovne dejavnosti omejuje dobiček, ki se ga v skladu z 2. odstavkom 7. člena lahko pripiše SPE, in sicer pripisani dobiček ne more presegati dobička, ki ga podjetje kot celota ustvari iz relevantne poslovne dejavnosti. Dobiček podjetja kot celote je tisti, ki je ustvarjen iz transakcij s tretjimi osebami, in tisti, ustvarjen iz transakcij s povezanimi podjetji (slednji mora biti prilagojen v skladu s pravili transference cen, če ne odraža uporabe neodvisnega tržnega načela). Dobiček podjetja kot celote pomeni vsoto dobičkov in izgub vseh njegovih poslovnih dejavnosti. Če relevantna poslovna dejavnost vključuje postopke drugih delov podjetja in ti postopki povzročajo izgubo, izguba drugih delov podjetja zmanjšuje dobiček, ki bi lahko bil pripisan SPE, ker izguba zmanjšuje celotni dobiček podjetja iz relevantne poslovne dejavnosti. Nasprotno izguba iz poslovne dejavnosti, ki se ne šteje za del iste relevantne poslovne dejavnosti, kot je tista, ki se izvaja v SPE, ne bi zmanjševala dobička, ki se pripiše SPE.

Širina opredelitve relevantne poslovne dejavnosti pomembno vpliva na to, ali ima zgoraj opisana teoretična omejitev dobička praktični učinek. Širše ko je definiran pojem relevantne poslovne dejavnosti, večja je verjetnost, da bo uspešnost drugih delov podjetja omejevala pripis dobička SPE.

3.2 Pristop funkcionalno ločene enote kot odobreni OECD pristop

Pristop funkcionalno ločene enote je odobren OECD pristop (AOA). V skladu z njim je dobiček podjetja, ki ga je treba pripisati SPE, dobiček, ki bi ga SPE dosegla v skladu z neodvisnim tržnim načelom iz 2. odstavka 7. člena, če bi bila pravno samostojno in ločeno podjetje, ki opravlja enake ali podobne funkcije pod enakimi ali podobnimi pogoji in posluje popolnoma neodvisno s podjetjem, katerega del je, in je določen s smiselno uporabo Smernic OECD. Izraz dobiček podjetja iz 1. odstavka 7. člena se ne bi smel interpretirati tako, da vpliva na določitev višine dobička (oziroma omejuje višino dobička),

¹² S 7. členom je v tem magistrskem delu mišljen 7. člen Vzorčne konvencije OECD.

¹³ S Komentarjem je v tem magistrskem delu mišljen Komentar vzorčnega sporazuma OECD.

ki ga je treba pripisati SPE, temveč je njegov pomen v tem, da se pravica do obdavčitve ne razširja na dobiček, ki bi ga podjetje sicer dosegalo v državi SPE, vendar ne preko SPE; načelo privlačnosti se zavrača. Pravica do obdavčitve je torej omejena na dobiček, ki ga podjetje doseže v državi SPE preko SPE.

Pristop funkcionalno ločene enote dovoljuje pripis dobička SPE, čeprav podjetje kot celota ni realiziralo nobenega dobička, medtem ko v skladu s pristopom relevantne poslovne dejavnosti pripis dobička SPE ni možen, dokler dobička ne realizira podjetje kot celota v transakcijah z drugimi podjetji.

AOA v okviru interpretacije 2. odstavka 7. člena zahteva izvedbo analize v dveh fazah. V prvi fazi je treba izvesti funkcijsko analizo v skladu z usmeritvami iz Smernic OECD z namenom ustrezne hipotetične obravnave SPE in preostalega dela (ali več delov) podjetja, kot da bi šlo za dve (ali več) povezani podjetji, pri čemer vsako izvaja funkcije, ekonomsko poseduje oziroma uporablja sredstva, prevzema tveganja ter vstopa v interne posle drugo z drugim in v transakcije z drugimi povezanimi in nepovezanimi podjetji. V tej fazi je treba identificirati ekonomsko pomembne aktivnosti in odgovornosti, ki jih prevzema SPE. V drugi fazi se ovrednotijo interni posli med hipotetično samostojnimi podjetji s smiselno uporabo 9. člena Vzorčne konvencije OECD in Smernic OECD glede določanja transfernih cen ob upoštevanju opravljenih funkcij, uporabljenih sredstev in prevzetih tveganj hipotetičnih podjetij. Na podlagi izvedbe obeh navedenih faz se izračuna dobiček (izguba) SPE iz vseh njenih aktivnosti, ki vključujejo transakcije z drugimi nepovezanimi podjetji, transakcije s povezanimi podjetji (z neposredno uporabo Smernic OECD) in interne posle z drugimi deli podjetja (v drugi fazi AOA).

3.2.1 Prva faza: hipotetična obravnava SPE kot ločenega in samostojnega podjetja

3.2.1.1 Analiza funkcij in dejanskega stanja

SPE dejansko ni pravno ločena od preostalega dela podjetja, katerega del je, tako kot je povezano podjetje ločeno od drugih podjetij znotraj iste skupine podjetij. Katero podjetje ima v lasti sredstva in katero nosi tveganje, je med samostojnimi podjetji, tako povezanimi kot nepovezanimi, določeno s pravno zavezujočimi pogodbami ali drugimi pravno veljavnimi dogovori. V primeru enega podjetja, katerega del je SPE, noben del podjetja pravno gledano nima v lasti sredstev, ne prevzema tveganj, nima kapitala in ne sklepa pogodb s samostojnimi podjetji. Ne glede na to, da ne moremo govoriti o pravni samostojnosti SPE, pa jo je za davčne namene treba obravnavati, kot da bi bila samostojno in ločeno podjetje, ki opravlja funkcije, prevzema tveganja in uporablja sredstva. Gre torej za fikcijo samostojnosti SPE. Zato je potreben mehanizem, na podlagi katerega se SPE pripiše ekonomsko lastništvo sredstev, tveganja, kapital, pravice in obveznosti iz naslova transakcij med samostojnimi podjetji in podjetjem, katerega del je SPE, ter pripozna in določi naravo notranjih poslov med hipotetično ločeno in samostojno SPE in drugimi deli

podjetja, katerega del je SPE. Ta mehanizem predstavlja funkcijska analiza, ki temelji na uporabi neodvisnega tržnega načela iz 9. člena Vzorčnega sporazuma OECD, navodila za njeno izvedbo pa so vsebovana v Smernicah OECD.

V 1. fazi AOA je treba identificirati pomembne funkcije, relevantne za sprejem tveganja, in tiste, relevantne za ekonomsko lastništvo sredstev, kot tudi analizirati druge funkcije, ki jih izvaja SPE, ker bo dobiček (izguba) SPE temeljil na vseh njenih aktivnostih, ki vključujejo:

- transakcije z nepovezanimi podjetji,
- transakcije s povezanimi podjetji (z neposredno uporabo Smernic OECD) in
- notranje posle z drugimi deli podjetja (druga faza AOA).

IV. del Poročila OECD govori o ključni funkciji sprejema tveganja v zavarovalnici (angl. *key entrepreneurial risk-taking function*, v nadaljevanju funkcija KERT), ki jo pomeni sprejemanje zavarovalnega tveganja, kar zahteva od zavarovalnice, da ima zadostno višino naložbenega premoženja za podporo ZTR in presežku, ki ustrezajo temu tveganju. »V procesu sprejema v zavarovanje se zavarovalnica odloča, pod kakšnimi pogoji bo prevzela zavarovalno tveganje in s kakšno premijsko stopnjo oziroma ceno« (Medved, 2004, str. 25).

3.2.1.2 Pripis tveganj

SPE se pripišejo tista tveganja, za katera se pomembne funkcije, relevantne za prevzem tveganja, izvajajo v SPE. Pri tem je pomembno upoštevati, da ni nujno, da del podjetja, ki prevzame tveganje, to tveganje obdrži. Kasneje lahko prenese tveganje ali pa upravljanje tveganja drugim delom podjetja oziroma drugim podjetjem.

Nekatera tveganja se nanašajo na potencialno izgubo vrednosti pripisanih sredstev SPE, medtem ko druga tveganja nastanejo zaradi izvajanja aktivnosti SPE. Pomembne funkcije, relevantne za prevzemanje tveganj, so tiste, ki zahtevajo aktivno odločanje glede sprejema in/ali upravljanja (zaradi kasnejšega prenosa) tveganj, ne glede na to, če so morda splošna pravila za ocenjevanje tveganja določena v drugem delu podjetja. Včasih se ocena tveganja izvaja v enem delu podjetja, samo tveganje pa se prevzame v drugem delu podjetja. V takih primerih je v okviru analize funkcij in dejanskega stanja treba proučiti, ali ljudje, ki ocenjujejo tveganje, tudi sprejemajo odločitve o prevzemu tveganja ali izvajajo le podporno funkcijo za SPE, ki končno sprejme odločitve o prevzemu tveganja.

Pripis in merjenje tveganja je pomemben del funkcijske analize, saj tveganje vpliva tako na pripis kapitala SPE v prvi fazi AOA kot na pripis dobička SPE v drugi fazi AOA. Ker kapital vedno sledi tveganjem, bo v prvi fazi AOA delu podjetja, ki izvaja pomembne funkcije, relevantne za sprejem tveganja (ali ki izvaja pomembne funkcije, relevantne za

prevzem in upravljanje tveganja, ki ga je sicer prvotno sprejel drugi del podjetja), pripisan kapital, potreben za podporo tem tveganjem. V drugi fazi AOA bo izbira in uporaba metode za določanje transfernih cen upoštevala prevzeta tveganja s strani SPE in s strani drugih delov podjetja, s katerimi SPE posluje.

3.2.1.3 Pripis sredstev

SPE se pripiše ekonomsko lastništvo tistih sredstev, za katera pomembne funkcije, relevantne za določitev ekonomskega lastništva sredstev, izvajajo ljudje v SPE. Treba je določiti obseg in pogoje, v katerih se sredstva podjetja uporabljajo pri izvajanju funkcij SPE. Posledice pripisa ekonomskega lastništva sredstva v prvi fazi za določitev dobička v drugi fazi so odvisne od vrste sredstva in vrste posla, pri katerem se sredstvo uporablja. Na primer ekonomsko lastništvo opredmetenega osnovnega sredstva, ki se uporablja v proizvodnem procesu, ne pomeni nujno, da bo dobiček od prodaje proizvodov, ki so proizvedeni z uporabo sredstva, pripisan ekonomskemu lastniku sredstva. Pripis opredmetenega sredstva se običajno izvede glede na mesto uporabe tega sredstva. Po drugi strani pa pripis ekonomskega lastništva finančnih sredstev pomeni hkrati tudi pripis prihodkov in odhodkov, povezanih z držanjem, posojanjem ali prodajo teh sredstev tretjim osebam. Pripis sredstev, ki ustvarjajo prihodke, torej dejansko določa, kateremu delu podjetja bodo pripisani prihodki in odhodki, povezani s temi sredstvi. Navedena vrsta sredstev je obravnavana v II., III. in IV. delu Poročila OECD (slednji se nanaša na sredstva, ki pomenijo naložbeno premoženje, ki pokriva tako ZTR kot presežek).

Ekonomsko lastništvo naložbenega premoženja zavarovalnice se pripiše posameznim delom zavarovalnice, ki izvajajo funkcijo sprejema zavarovalnega tveganja, in sicer v višini, ki podpira prevzeto zavarovalno tveganje. Ekonomsko lastništvo zavarovalnih pogodb se ne deli, razen če se funkcija KERT izvaja na več kot eni lokaciji.

Pomemben vir prihodkov zavarovalnice so prihodki iz naložbenega premoženja, ki podpira tako ZTR kot presežek. Navedeni prihodki povečujejo davčno osnovo za davek od dobička zavarovalnice. Zato mora AOA zagotoviti usmeritve, kako določiti celotni znesek naložbenega premoženja, ki ga je treba pripisati SPE za podporo s strani SPE prevzetemu zavarovalnemu tveganju. To naložbeno premoženje podpira potrebe SPE tako po ZTR kot po presežku. Odobreni OECD pristop se v zavarovalnicah osredotoča na pripis celotnega naložbenega premoženja SPE in ne ločeno na pripis naložbenega premoženja, ki podpira ZTR SPE, in naložbenega premoženja, ki podpira presežek SPE.

3.2.1.4 Pripoznava notranjih poslov

Pri pripoznavanju in vrednotenju notranjih poslov med SPE in drugimi deli podjetja, katerega del je SPE, je treba upoštevati, da:

- imajo vsi deli podjetja enako boniteto;
- ni možno, da bi preostali del podjetja jamčil za boniteto SPE oziroma da bi SPE jamčila za boniteto preostalega dela podjetja.

Notranji posli med SPE in preostalim delom podjetja, katerega del je SPE, nimajo nobenih pravnih posledic za podjetje kot celoto. Zaradi neobstoja pravno zavezujočih pogodb je tako potreben temeljitejši pregled tako notranjih poslov kot njihovega dokumentiranja kot v primeru transakcij med povezanima podjetjema. V okviru funkcijske analize je treba določiti ekonomsko pomembne notranje posle med SPE in preostalim delom podjetja, to je tiste, ki presegajo določen prag in se upoštevajo pri pripisu dobička SPE. Poročilo OECD pa ne opredeljuje, kolikšen naj bi prag bil.

Poročilo OECD v točki 39 vsebuje vrsto zahtev glede vodenja poslovnih knjig in dokumentacije, ki so predstavljene v poglavju magistrskega dela o implementaciji odobrenega OECD pristopa v prakso. Namen AOA ni naložiti bolj obremenjujočih zahtev dokumentiranja v zvezi s posli znotraj enega podjetja, kot se uporabljajo pri transakcijah med povezanimi podjetji. Tako kot v primeru dokumentiranja transference cen v skladu s Smernicami OECD zahteve po dokumentiranju notranjih poslov davčnim zavezancem ne bi smele povzročiti obremenitev in stroškov, ki so nesorazmerni z okoliščinami.¹⁴

Priporočeni notranji posli lahko vodijo do prenosa sredstev in/ali tveganj med SPE in drugimi deli podjetja in tako vplivajo na pripis sredstev, tveganj in kapitala SPE.

3.2.1.5 Pripis kapitala, dolga ter odhodkov od obresti

V skladu z neodvisnim tržnim načelom mora imeti SPE dovolj kapitala za podporo funkcijam, ki jih opravlja, sredstvom, ki jih ima v ekonomskem lastništvu, in tveganjem, ki jih prevzema.

Ključna razlika med pravno samostojnim podjetjem in SPE je v tem, da pravno samostojno podjetje lahko sklene pravno zavezujoč dogovor, s katerim jamči za vsa prevzeta tveganja, ki so rezultat opravljanja funkcij drugega pravno samostojnega podjetja. V navedenem primeru bo kapital, ki podpira prevzeta tveganja, evidentiran v drugem podjetju od tistega, v katerem so evidentirane transakcije, ki povzročajo to tveganje. V nasprotju z navedenim pa v podjetju, ki posluje preko SPE, kapital in tveganja ne morejo biti ločena drug od drugega znotraj enega pravno samostojnega podjetja. V skladu z AOA torej ni dovoljeno pripoznavanje notranjih poslov, s katerimi bi en del podjetja jamčil za tveganje, prevzeto s strani drugega dela podjetja. Kapital, potreben za podporo tveganjem, se mora SPE pripisati glede na njej pripisana tveganja. Kapital mora torej slediti tveganjem in ne obratno.

¹⁴ Točka 40 I. dela Poročila OECD.

Glede na to, da so tveganja in kapital pripisani posameznim delom podjetja, je tem treba pripisati tudi sinergijske učinke. Ne bi bilo namreč konsistentno, da bi bili vsi sinergijski učinki podeljeni sedežu družbe.

Poročilo OECD predstavlja več različnih pristopov za pripis kapitala SPE, ki lahko dajo rezultat, skladen z neodvisnim tržnim načelom, pri čemer ima vsak svoje prednosti in slabosti, ki so odvisne od dejstev in okoliščin posameznih primerov. Metode imajo različna izhodišča za pripis kapitala SPE, nekatere dajejo več poudarka dejanski strukturi kapitala podjetja, katerega del je SPE, druge strukturi kapitala primerljivih neodvisnih podjetij. Osnovna predpostavka za pripis kapitala SPE je, da ima SPE enako boniteto kot podjetje, katerega del je (kar pa seveda ne velja nujno za matično in odvisno družbo). Ključno pri pripisu kapitala SPE je pripoznati oziroma upoštevati¹⁵:

- obstoj prednosti in slabosti posameznega pristopa;
- da ne obstaja samo en znesek kapitala, skladen z neodvisnim tržnim načelom, temveč obstaja interval možnih zneskov kapitala za pripis v skladu z navedenim načelom zaradi specifičnih dejstev in okoliščin posameznega primera (pripis kapitala ni eksaktna znanost).

V skladu z AOA je pri nebančnih podjetjih znesek kapitala v skladu z neodvisnim tržnim načelom mogoče določiti le z uporabo metode razporejanja kapitala in metode tanke kapitalizacije.

SPE za svoje poslovanje potrebuje določen znesek virov financiranja, ki sestoji iz kapitala in dolga. Cilj je pripisati SPE znesek obresti v skladu z neodvisnim tržnim načelom, ki zmanjšuje davčno osnovo, kar je mogoče na podlagi pripisa zneska dolga SPE. Pred tem pa je z uporabo odobrenega pristopa treba pripisati SPE kapital, ki podpira funkcije, sredstva in tveganja, ki so ji pripisana. Najprej je torej SPE treba pripisati kapital in šele nato dolg, ki pa je omejen s preostalim zneskom, ki ostane, ko se od pasive bilance stanja za davčne namene SPE odštejejo njej pripisan kapital in druge obveznosti.

Pri zavarovalnicah pretežni vir financiranja predstavlja kapital, zato je dolžniško financiranje manj pomembno. Kapital naj bi služil kritju potencialnih obveznosti, če ZTR, ki odražajo prevzeta zavarovalna tveganja, ne bi zadostovale. Zato morajo biti ZTR in kapital pokriti z ustreznim naložbenim premoženjem. V zavarovalnici je torej ključen pripis celotnega naložbenega premoženja, ki pokriva tako ZTR kot kapital, in z njim povezanih prihodkov in odhodkov SPE. V tem se koncept IV. dela Poročila OECD glede pripisa presežka SPE razlikuje od I. dela, kjer je (pri slednjem) ključen pripis odhodkov obresti SPE, ki lahko zmanjšujejo davčno osnovo SPE, pri čemer pa omejitev predstavlja

¹⁵ Točki 33 in 34 I. dela Poročila OECD.

ustrezen pripis kapitala SPE. Metode za pripis presežka (kapitala) bodo v nadaljevanju predstavljene za zavarovalne SPE.

Poleg določil glede pripisa kapitala SPE, AOA vsebuje tudi določila glede pripisa odhodkov **zunanjih obresti SPE**. Komentar Vzorčnega sporazuma OECD omenja direktno in indirektno metodo dodelitve zunanjih obresti SPE, pri čemer obe metodi označuje kot nepraktični (OECD, 2007, 2008a). AOA omenjeni metodi iz Komentarja Vzorčnega sporazuma OECD opisuje kot metodo sledenja (angl. *tracing approach*) in metodo razdelitve (angl. *fungibility approach*). Pri metodi sledenja se internim prenosom sredstev, zagotovljenim SPE, sledi nazaj do posojil, najetih od tretjih oseb. Obrestna mera za sredstva, zagotovljena SPE, je enaka obrestni meri, po kateri je podjetje dobilo posojilo od tretje osebe. Pri tem se lahko pripoznajo notranji posli, ki dejanske obresti podjetja dodelijo SPE. V skladu z metodo razdelitve se SPE zagotovljena denarna sredstva obravnavajo kot dolžniško financiranje podjetja kot celote, pri čemer se zunanje obresti podjetja na podlagi vnaprej določene metode razdelijo posameznim delom podjetja. Pri tej metodi torej ni potrebe po pripoznavanju notranjih poslov.¹⁶ Obe navedeni metodi kot tudi njuna kombinacija, v skladu s katero se na primer za velike prenose denarnih sredstev uporablja metoda sledenja in za druge dolžniške vire financiranja podjetja metoda razdelitve, so odobrene metode v skladu z AOA, če ustrezajo nadrejenemu cilju pripisa odhodkov obresti SPE v skladu z neodvisnim tržnim načelom.¹⁷ Bistveno omejitev za pripis odhodkov obresti SPE pomeni znesek kapitala, ki ga je treba pripisati SPE.

Poročilo OECD v določenih primerih dopušča pripoznanje **obresti iz notranjih poslov** tudi za nefinančna podjetja, in sicer se interni posojilni posli znotraj nefinančnega podjetja pripoznajo le, če gre za izvajanje funkcije financiranja s strani enega dela podjetja. Glede opisa funkcije financiranja se Poročilo OECD v prvem delu sklicuje na drugi del, ki se nanaša na posebnosti v bankah. Prenos denarja znotraj nefinančnega podjetja se pripozna kot notranji posel financiranja, če se lahko en del podjetja na podlagi izvajanja pomembnih funkcij za določitev ekonomskega lastništva finančnih sredstev šteje kot ekonomski lastnik teh finančnih sredstev, ki je upravičen do nadomestila v skladu z neodvisnim tržnim načelom. Če tovrstne pomembne funkcije ne obstajajo, pripoznanje notranjega posla financiranja in njegovo vrednotenje v skladu z neodvisnim tržnim načelom ni možno.¹⁸ V skladu z AOA se za vrednotenje notranjega posla financiranja dopušča pribitek na zunanje obresti glede na primerljive pribitke, dosežene s strani neodvisnih podjetij, ki opravljajo primerljive funkcije. Glede na to, da je ena od predpostavk AOA, da imajo posamezni deli podjetja enako boniteto kot podjetje kot celota, pribitek iz naslova različnih bonitet posameznih delov podjetja ni mogoč. Nadalje se notranji posel financiranja v skladu z AOA lahko vrednoti v višini nadomestila za opravljeno storitev v skladu z neodvisnim

¹⁶ Točka 189 Poročila OECD.

¹⁷ Točka 191 Poročila OECD.

¹⁸ Točki 187 in 188 Poročila OECD.

tržnim načelom, kar lahko predstavlja povračilo nastalih administrativnih stroškov, ali pa se nadomestilo določi z uporabo metode dodatka na stroške (pri čemer stroški ne vključujejo obresti).¹⁹

Glede na to, da je višina obrestne mere oziroma pribitka na neko osnovno obrestno mero v praksi v veliki meri odvisna od bonitete posojilojemalca in da se za posamezne dele podjetja predpostavlja, da imajo enako boniteto kot podjetje kot celota, je po mojem mnenju ustreznost metode pribitka na zunanje obresti za vrednotenje internih poslov financiranja v skladu z neodvisnim tržnim načelom vprašljiva.

Če je SPE dodeljen znesek kapitala manjši od zneska, skladnega z neodvisnim tržnim načelom, ki je izračunan z uporabo ene od odobrenih metod, je treba narediti prilagoditev in povečati SPE pripisan kapital na znesek, skladen z AOA ter temu ustrezno zmanjšati SPE pripisane odhodke obresti. V primeru, da SPE pripisan dolg, od katerega se obračunavajo obresti (vključno s pripoznanimi notranjimi posli financiranja v zvezi s prenosi denarnih sredstev znotraj podjetja), pokriva del v skladu z neodvisnim tržnim načelom SPE pripisanega kapitala, se obresti od tako pokritega zneska ne upoštevajo kot odhodki SPE. Znesek SPE pripisanega kapitala v skladu z AOA tako določa oziroma omejuje skupni znesek zunanjega in notranjega dolga, od katerega se obračunavajo obresti, ki se lahko pripiše SPE.

Poročilo OECD odgovarja tudi na vprašanje, ali je v primeru financiranja celotnega poslovanja SPE s posojili tretjih oseb potrebna prepoved pripoznanja dela odhodkov za obresti, in sicer glede na znesek potrebnega kapitala. Tovrstna prilagoditev (zmanjšanje) odhodkov obresti je skladna s 7. členom Vzorčnega sporazuma OECD, saj bi SPE imela določen znesek kapitala, če bi bila samostojna pravna oseba.²⁰ Seveda pa navedena prilagoditev ni potrebna, če zakonodaja države SPE dopušča, da se SPE pripiše nižji znesek kapitala, kot je tisti, skladen z neodvisnim tržnim načelom, saj konvencija o izogibanju dvojnemu obdavčevanju ne more nalagati dodatnih obveznosti davčnim zavezancem.

Na področju notranjih obresti se Poročilo OECD torej razlikuje od stališča prenovljenega Komentarja OECD 2008, ki pripoznavanje obresti iz notranjih prenosov denarnih sredstev dovoljuje le za finančna podjetja, ne pa tudi za druga podjetja.

3.2.2 Druga faza: določitev dobička SPE z uporabo analize primerljivosti

V drugi fazi je pripoznane notranje posle treba ovrednotiti v skladu z neodvisnim tržnim načelom ob predpostavki, da sta SPE in preostali del podjetja neodvisna drug od drugega.

¹⁹ Točka 194 Poročila OECD.

²⁰ Točka 202 Poročila OECD.

Pri tem je treba smiselno uporabiti usmeritve glede metod določanja transfernih cen iz Smernic OECD.

V okviru AOA je treba notranje posle med SPE in ostalim delom podjetja, katerega del je SPE, primerjati s transakcijami med neodvisnimi podjetji, in sicer s smiselno izvedbo analize primerljivosti (angl. *comparability analysis*) v skladu s Smernicami OECD. Po analogiji oziroma smiselno v skladu s Smernicami OECD primerljivost v kontekstu SPE pomeni, da ali nobena od razlik (če sploh obstajajo) med notranjim poslom in transakcijo med neodvisnimi podjetji ne vpliva pomembno na merilo, ki se uporabi za pripis dobička SPE, ali da je možno narediti razumno natančne prilagoditve, s katerimi se izločijo pomembni vplivi takih razlik. Neodvisno podjetje v tržni transakciji običajno stremi k zaračunanju cene, ki vsebuje dobiček.

3.2.3 Kritika odobrenega OECD pristopa

Kljub temu da je navedeni pristop odobren s strani OECD, nekateri avtorji izražajo kritiko v zvezi z njim. Martens, Neighbour, Preshaw in Saunders (2007) na primer poudarjajo obstoj bistvenih ekonomskih razlik med SPE in odvisno družbo. Zato enaka obravnava SPE in odvisne družbe v skladu z AOA vodi k doseganju različnih rezultatov. Da neodvisno tržno načelo iz 2. odstavka 7. člena in 9. člena Vzorčne konvencije OECD lahko vodi do različnih rezultatov in s tem do različne dodelitve pravic obdavčenja, navaja tudi Dziurdž (2014). Hemmelrath in Kepper (2013) izražata pomislek glede koncepta AOA, ki omogoča obdavčevanje fiktivnih dobičkov, ki niso doseženi s strani podjetja kot celote. Prav tako izražata zaskrbljenost glede velikih administrativnih obremenitev pri identificiranju notranjih poslov in njihovem vrednotenju v skladu z neodvisnim tržnim načelom. Wassermeyer (2012) je celo mnenja, da AOA dejansko ne ustreza neodvisnemu tržnemu načelu, saj temelji na fikcijah in predpostavkah, ki nimajo povezave z gospodarsko realnostjo in razdelitvijo tveganj.

3.3 Metode za pripis naložbenega premoženja SPE zavarovalnice

3.3.1 Metoda razporejanja kapitala

Pripis naložbenega premoženja SPE v skladu z metodo razporejanja kapitala (angl. *Capital allocation approach*) temelji na dveh načelih, in sicer:

- prvič, naložbeno premoženje zavarovalnice podpira celotno njeno poslovanje, ne glede na to, kje poteka poslovanje;
- drugič, celotno naložbeno premoženje zavarovalnice je treba pripisati različnim delom podjetja.

Treba je torej ustrezno razporediti celotni znesek naložbenega premoženja zavarovalnice in ne zgolj znesek naložb, ki predstavlja predpisani minimum ZTR in presežka. Naložbe krijejo zavarovalno tveganje, ki ga je prevzelo podjetje kot celota, in se pripiše posameznim delom podjetja, vključno z njegovim sedežem, glede na funkcijsko analizo. Pripis naložbenega premoženja posameznim delom podjetja je treba narediti sorazmerno glede na prevzeto zavarovalno tveganje posameznega dela podjetja. Zato sedežu družbe ni mogoče pripisati dela naložb samo na podlagi pričakovanja, da bo pokrtil izredne in nepredvidene izgube iz prevzetih tveganj.

2. odstavek 7. člena Vzorčne konvencije OECD zahteva, da se SPE obravnava kot neodvisno podjetje, ločeno od podjetja, katerega del je, opravlja pa enake ali podobne funkcije pod enakimi ali podobnimi pogoji. Vendar to ne pomeni zahteve, da bi morale biti naložbe SPE in preostalega dela podjetja, kot ločenih in neodvisnih podjetij, večje kot znašajo dejanske naložbe podjetja kot celote. Razlog je v tem, da zavarovalnica združuje zavarovalna tveganja iz različnih delov podjetja in ima z vidika zahtev po ZTR in presežku, ki zagotavljajo kritje potencialnih obveznosti, koristi od razpršitve tveganj. Te koristi pa mora pripisati vsakemu od hipotetično ločenih in neodvisnih delov podjetja (SPE in ostalemu delu podjetja), tako da so zahteve po ZTR, presežku in s tem naložbah posameznih hipotetičnih delov podjetja zmanjšane na znesek dejanskih ZTR, presežka in naložb zavarovalne pravne osebe kot celote. Poročilo OECD eksplicitno izraža, da naložbeno premoženje zavarovalne družbe kot pravne osebe, ki ga je treba razporediti na njene posamezne dele, predstavlja njeno dejansko naložbeno premoženje in ne hipotetični znesek.

Predpisi določenih držav zahtevajo, da tuje zavarovalnice deponirajo določena sredstva v domači državi PE (angl. *trusteed assets*). V teh primerih je treba presoditi ustreznost uporabe metode razporejanja kapitala, še posebej, če se tovrstna sredstva lahko uporabljajo samo za kritje obveznosti v državi PE. Znesek deponiranih sredstev pa ni nujno enak znesku naložb, ki ga je treba pripisati PE v skladu z metodo razporejanja kapitala, in sicer, če deponirani znesek ne predstavlja pripisa v skladu z neodvisnim tržnim načelom, ki ustreza tveganju, ki ga je prevzela PE. To pomeni, da v določenih primerih lahko pride do razlike v lokaciji tega tveganja za davčne namene in v lokaciji knjiženja deponiranih sredstev v skladu s predpisi.

Poročilo OECD ponuja več možnih ključev za pripis naložbenega premoženja in s tem presežka SPE kot približek neodvisnega tržnega načela. Enega od možnih ključev pomeni delež ZTR posameznega dela podjetja v skupnih ZTR podjetja kot celote, pri čemer Poročilo OECD omenja tudi več problemov uporabe tega ključa. Kot prvega navaja različne predpise posameznih držav glede oblikovanja ZTR, zato je vprašanje, ali uporabiti predpise domače države ali države gostiteljice. V poslovnih knjigah sedeža družbe evidentirane ZTR predstavljajo zneske ZTR, ki podpirajo poslovanje zavarovalnice po celem svetu. Oblikovane so skladno s predpisi, prav tako so osnova za računovodsko

poročanje v skladu z enotnimi standardi. Zato le-te po navedbah Poročila OECD lahko predstavljajo določene prednosti pri uporabi kot ključ v praksi, seveda, če obstajajo podatki o oblikovanih ZTR za posamezne države oziroma dele podjetij. Prilagoditve tako pripisanega naložbenega premoženja SPE se lahko izvedejo glede na relativno tveganje poslovanja SPE v primerjavi s tveganjem poslovanja drugih delov podjetja. Naslednji problem pri uporabi enotnega ključa ZTR se pojavi v primeru, ko zavarovalnica sklepa tudi zavarovanja, pri katerih zavarovalec prevzema naložbeno tveganje, ker le-ta pomenijo nizko tveganje za zavarovalnico, vendar zahtevajo visoke ZTR.

Kot naslednji možen ključ Poročilo OECD omenja premijo. Skladno s Poročilom OECD zgodovinsko gledano veliko držav uporablja premijo kot ključ za pripis naložb v skladu s 4. odstavkom 7. člena Vzorčne konvencije OECD, veljavnim pred letom 2010, zato je treba presoditi, ali bi bilo možno uporabiti premijo kot ključ za pripis celotnih naložb podjetja na način, skladen z neodvisnim tržnim načelom. V številnih primerih bi uporaba tega ključa pripeljala do neustreznega rezultata, predvsem v primerih pripisa celotnih naložb podjetja, ki podpirajo različne vrste zavarovanja in kjer ni povezanosti med višino premije in višino naložb. Na primer premija za zavarovanje z majhno verjetnostjo vendar potencialno katastrofalno velikimi škodnimi dogodki (na primer potres) je lahko enaka kot za zavarovanje motornih vozil, pri čemer bi prvoomenjeno zavarovanje zahtevalo veliko večji znesek kapitala in s tem naložb. Po drugi strani bi se premija morda lahko uporabila kot ključ za podobne vrste zavarovanja, kjer obstaja verjetnost neposredne povezanosti med višino premije in naložb (na primer pri prodaji standardiziranih zavarovalnih produktov).

Poročilo OECD omenja še druge možne ključe in navaja, da se katerakoli od metod navidezne tanke kapitalizacije ali tanke kapitalizacije, ki bodo predstavljene v nadaljevanju, namesto neposredno lahko uporabi kot ključ za pripis dejanskih naložb podjetja (hibridni pristop). Poročilo OECD poudarja, da bo izbira ustreznega ključa za pripis celotnih naložb kot približka uporabe neodvisnega tržnega načela temeljila na dejstvih in okoliščinah posameznega primera.

3.3.2 Metoda tanke kapitalizacije

Metoda tanke kapitalizacije/prilagojenega minimalnega regulatornega kapitala (angl. *thin capitalisation/adjusted regulatory minimum approach*) je naslednji odobren OECD pristop. Pripis naložb PE se naredi glede na znesek naložb neodvisne zavarovalne družbe, ki opravlja enake ali podobne posle in prevzema enaka ali podobna tveganja pod enakimi ali podobnimi pogoji.

Ta metoda temelji na dejstvu, da znesek ZTR in kapitala PE v skladu s predpisi države PE, ki veljajo za neodvisno zavarovalnico v tej državi, ni nujno zanesljiva mera v skladu z AOA, saj ne odraža nujno zneska naložb v skladu z neodvisnim tržnim načelom glede na

prevzeta tveganja. Sprejemljiva različica metode tanke kapitalizacije sicer izhaja iz zneska ZTR in kapitala PE v skladu s predpisi, vendar so nato potrebne prilagoditve, ki odražajo ekonomsko realnost in so odvisne od dejstev in okoliščin posameznega primera.

Metoda dopušča možnost, da pri določenih dejstvih in okoliščinah znesek ZTR in kapitala PE v skladu s predpisi dejansko predstavlja znesek po neodvisnem tržnem načelu, brez pomembnih prilagoditev. Vendar pa je bistvo metode tanke kapitalizacije, in to jo razlikuje od metode navidezne tanke kapitalizacije, v tem, da je treba izvesti analizo, ali bi bilo treba opraviti prilagoditve za doseg rezultata v skladu z neodvisnim tržnim načelom.

Prilagoditve bi lahko bile potrebne, da se na primer zagotovi, da je PE pripisani znesek ZTR in kapitala primerljiv dejanskemu znesku ZTR in kapitala zavarovalnice, ki opravlja podobne posle in prevzema podobna zavarovalna tveganja v državi gostiteljici. Prav tako bi prilagoditve lahko bile potrebne za zagotovitev, da PE pripisane naložbe niso previsoke glede na vse naložbe zavarovalne družbe kot celote.

3.3.3 Metoda varnega pristana

V skladu z metodo varnega pristana – navidezne tanke kapitalizacije/minimalnega regulatornega kapitala (angl. *safe harbor – quasi thin capitalisation/regulatory minimum approach*) mora biti znesek naložb PE najmanj enak vsoti ZTR in minimalno zahtevanega kapitala v skladu s predpisi države gostiteljice, kot to velja za neodvisno zavarovalno družbo v tej državi. Zavarovalni predpisi običajno določajo znesek minimalno zahtevanega kapitala, ki ga mora imeti zavarovalnica, preden začne opravljati posle v določeni državi. Iz zahtev zavarovalnih predpisov je razvidno, ali jih je mogoče uporabiti za pripis kapitala neposredno kot del metode navidezne tanke kapitalizacije ali posredno kot ključ za pripis v skladu z metodo razporejanja kapitala.

Tveganja naložb, ki krijejo poslovanje zavarovalnice, so lahko upoštevana pri določanju ZTR. To je predvsem značilno za življenjska zavarovanja, pri katerih zavarovalec prevzema naložbeno tveganje, kjer vrednost ZTR sledi vrednosti naložb. Bolj ko je tveganje naložb upoštevano pri določanju ZTR, manj ga je treba upoštevati pri določanju zahtevanega kapitala.

Bistvo metode navidezne tanke kapitalizacije je omogočiti, da se na administrativno enostaven način zagotovi, da PE ne more imeti manj naložb, kot znaša vsota ZTR in minimalno zahtevanega kapitala v skladu s predpisi za neodvisno družbo, ki opravlja posle zavarovanja, v isti državi.

Poročilo OECD izrecno navaja, da ta metoda ne predstavlja odobrenega OECD pristopa za pripis naložb, ker ne upošteva pomembnih predpostavk AOA, kot na primer, da ima PE enako boniteto kot podjetje kot celota. Metoda je lahko sprejemljiva kot varni pristan za

domačo zakonodajo v državi gostiteljici in je tudi dovoljena v skladu z AOA, če njen rezultat ni večji pripisan dobiček SPE, kot bi bil v skladu z AOA. V mnogih primerih bi uporaba metode navidezne tanke kapitalizacije pomenila, da bi država gostiteljica obdavčila manj, kot bi v primeru uporabe metode razporejanja kapitala ali metode tanke kapitalizacije.

3.4 Metode za pripis prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja SPE zavarovalnice

Poročilo OECD navaja, da je pripis donosa od naložbenega premoženja SPE odvisen od tega, koliko izbrana metoda za pripis naložbenega premoženja SPE omogoča njegovo neposredno identifikacijo.

Poročilo OECD kot eno od možnih metod navaja, da se za razliko med naložbenim premoženjem, ki ga je treba pripisati SPE, in zneskom dejanskih naložb SPE, SPE pripiše donos, izračunan z uporabo stopnje donosa, dosežene za celotno naložbeno premoženje podjetja, zmanjšano za obvezna deponirana sredstva v drugih državah. Glede na to, da je navedeno stopnjo donosa v praksi včasih težko določiti, Poročilo OECD kot eno od praktičnih rešitev ponuja, da se donos od naložbenega premoženja SPE določi ob predpostavki, da je stopnja donosa enaka stopnji donosa celotnega naložbenega premoženja podjetja.

Pri določanju donosa, ki se pripiše SPE, je smiselno uporabiti tudi stopnjo donosa tistih vrst naložbenega premoženja podjetja (brez deponiranih sredstev), ki najbolj ustrezajo SPE glede na tveganja, ki jih je prevzela SPE (če jo je mogoče določiti), pri čemer je smiselno upoštevati tudi valuto naložbenega premoženja.

Naslednja bolj neposredna metoda, ki jo omenja Poročilo OECD, predpostavlja, da dosežena stopnja donosa na dejansko naložbeno premoženje SPE zavarovalnice pomeni tudi stopnjo donosa na naložbeno premoženje družbe (brez deponiranih sredstev), ki se pripiše SPE (poleg dejanskega naložbenega premoženja SPE).

4 IMPLEMENTACIJA ODOBRENEGA OECD PRISTOPA V PRAKSO

Vloga poročil OECD je pomoč pri interpretaciji konvencij, saj vsebujejo bistveno več informacij kot Komentar. Praviloma se navedbe poročil OECD v skrajšani obliki vključijo v Komentar. Tako predstavljajo poročila OECD daljšo verzijo razlage Vzorce konvencije OECD v primerjavi s Komentarjem.

V Poročilu OECD predstavljeni koncept AOA pomeni prednostno interpretacijo 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD držav članic OECD, ki naj bi odpravila negotovosti pri uporabi navedenega člena. AOA naj bi bil bistveno boljše podlaga za pripis dobička SPE v primerjavi s predhodno. Cilj OECD je bil čim prejšnji prevzem novega koncepta v davčno prakso. Integracija AOA v davčno prakso je tako potekala v dveh stopnjah. V prvi stopnji naj bi se navedbe Poročila OECD, ki so bile prevzete v prenovljeni Komentar 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD (OECD, 2008a, v nadaljevanju prenovljeni Komentar 2008 ali revidirani Komentar 2008), upoštevale že pri interpretaciji starih sporazumov. V drugi stopnji pa je bilo Poročilo OECD podlaga za pripravo novega 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD 2010 in njemu pripadajočega novega Komentarja 2010 (OECD, 2015).

Komentar 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD 2010 (OECD, 2015, v nadaljevanju Komentar 2010) se na več mestih neposredno sklicuje na celotna področja Poročila OECD, kar poudarja tesno povezanost obeh dokumentov. Bistveno manj tesna je povezava med prenovljenim Komentarjem 2008 in Poročilom OECD, pri čemer se prvoomenjeni v nekaterih primerih prav tako sklicuje na Poročilo OECD.

4.1 Sprememba Komentarja 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD

Za sporazume, ki so bili sklenjeni ali revidirani na podlagi še naprej veljavnega besedila 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD (OECD, 2007, 2008a), vendar po objavi prenovljenega Komentarja 2008, se za namene interpretacije uporablja prenovljeni Komentar 2008, ker je bila v času pogajanj in sklepanja sporazuma obema pogodbenima državama že poznana vsebina revidiranega Komentarja 2008.

Postavlja pa se vprašanje, kakšen vpliv ima prenovljeni Komentar 2008 na številne obstoječe sporazume, ki so bili sklenjeni na podlagi prejšnjih verzij Komentarja 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD (v nadaljevanju stari sporazumi). Vprašanje je torej, v kolikšni meri se za interpretacijo starih sporazumov lahko uporablja prenovljeni Komentar 2008. Prevladujoče mnenje v strokovni literaturi je, da se za interpretacijo določenega sporazuma načeloma lahko uporabijo izključno tiste verzije Komentarja Vzorčnega sporazuma OECD in dodatnih dokumentov Odbora OECD za fiskalne zadeve, ki so obstajale v času sklepanja tega sporazuma. Samo ti dokumenti so lahko bili osnova za sklenjeni sporazum med pogodbenima državama. Ne glede na navedeno pa se spremembe prenovljenega Komentarja 2008 lahko v posameznih primerih uporabijo tudi za interpretacijo starih sporazumov, če imajo dopolnitve prenovljenega Komentarja 2008 dejansko pojasnjevalni učinek. Če gre torej le za pojasnilo, ki pomeni eksplicitno navedbo obstoječe interpretacije, se lahko posamezna področja prenovljenega Komentarja 2008 uporabijo tudi za interpretacijo starih sporazumov.

V nadaljevanju bodo predstavljene najpomembnejše spremembe oziroma dopolnitve prenovljenega Komentarja 2008 z ugotovitvijo, ali imajo te le pojasnjevalni učinek in se

zato lahko uporabljajo tudi za interpretacijo starih sporazumov. Navedeno je pomembno tudi za Slovenijo, ki ima veliko sporazumov sklenjenih na podlagi starega Komentarja 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD.

4.1.1 Načelo privlačnosti SPE

Prenovljeni Komentar 2008 eksplicitno zavrača načelo privlačnosti SPE v okviru mednarodne obdavčitve SPE, kar je vsebinsko vseboval že stari Komentar. Navedena sprememba prenovljenega Komentarja 2008 ima zato le pojasnjevalni učinek in se lahko uporablja tudi za interpretacijo starih sporazumov.

4.1.2 Pripis dobička SPE kljub izgubi celotnega podjetja

Prenovljeni Komentar 2008 izraža, da znesek dobička, ki se lahko pripiše SPE, ne more biti omejen z zneskom dobička podjetja kot celote, kar ustreza interpretaciji 2. odstavka 7. člena Vzorčne konvencije OECD. To pomeni, da se posameznim nesamostojnim delom mednarodnega podjetja dobiček pripiše neodvisno od dobička podjetja kot celote, kar velja tudi za negativni izid (izgubo). Posameznim delom podjetja se torej lahko pripiše izid z različnim predznakom: enemu delu podjetja se na primer pripiše dobiček kljub izgubi celotnega podjetja, ali pa se delu podjetja pripiše izguba kljub dobičku celotnega podjetja.

Naslednji primer ponazarja pripis dobička SPE kljub izgubi celotnega podjetja. Proizvod s knjigovodsko vrednostjo 50 enot se iz proizvodne SPE v tujini prenese sedežu družbe v domači državi, ki te proizvode prodaja. V času internega prenosa bi bila lahko iz prodaje proizvoda nepovezani osebi realizirana prodajna cena 60 enot. Razlika med prodajno ceno in knjigovodsko vrednostjo proizvoda pomeni potencialni dobiček 10 enot, ki pripada tuji SPE. Če bi bil proizvod s sedeža družbe lahko prodan le za 30 enot (na primer zaradi zastarelosti v vmesnem času), bi celotna izguba podjetja znašala 20 enot ($-50 + 30$). SPE je seveda upravičena do realizacije njenega potencialnega dobička v višini 10 enot, saj bi ga kot samostojno in neodvisno podjetje lahko realizirala ne glede na to, ali bo proizvod kasneje lahko prodan z dobičkom ali ne. Celotna izguba podjetja v višini 20 enot se SPE pripiše v višini +10 enot in sedežu družbe v višini -30 enot. Primer predstavlja uporabo neodvisnega tržnega načela (Plansky, 2010).

Pri številnih notranjih poslih, pri katerih prenovljeni Komentar 2008 enako kot njegov predhodnik vztraja pri zaračunavanju dejanskih stroškov, se zgornje navedbe ne morejo uporabljati, saj pri teh poslih pripis izida posameznim delom podjetja z različnim predznakom ni mogoč. Navedbe se torej lahko uporabljajo in imajo pojasnjevalno vlogo v zelo omejenem obsegu, to je, ko se notranji posli lahko vrednotijo v skladu z neodvisnim tržnim načelom.

4.1.3 Uporaba merila za pripis dobička v vsaki pogodbeni državi

Prenovljeni Komentar 2008 jasno izraža, da morata 2. odstavek 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD upoštevati obe pogodbeni državi. Če bi država SPE poskušala obdavčiti dobiček, ki ga v skladu s 7. členom Vzorčnega sporazuma OECD ni mogoče pripisati SPE, bi to lahko pripeljalo do dvojne obdavčitve dobička, ki bi pravilno moral biti obdavčen le v državi sedeža podjetja. Vendar pa zaradi razlik v domačih zakonodajah dveh držav (na primer v amortizacijskih stopnjah, času pripoznavanja prihodkov, omejitvah glede davčnega priznavanja določenih odhodkov) znesek, ki je obdavčen v državi SPE, ni nujno enak znesku dobička, za katerega mora rezidenčna država podjetja zagotoviti oprostitev.

Zgornje navedbe eksplicitno napotujejo na simetrično interpretacijo 2. odstavka 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD, kar pa izhaja že iz njegovega besedila in namena, zato imajo le pojasnjevalno vlogo in se lahko uporabljajo tudi za interpretacijo starih sporazumov.

4.1.4 Obveznost vodenja poslovnih knjig in dokumentacije SPE

Prenovljeni Komentar 2008 še vedno vztraja na uporabi ločeno vodenih poslovnih knjig SPE za zagotovitev ustreznosti pripisa dobička SPE. Poslovne knjige SPE naj bi bile izhodišče za izvajanje morebitnih prilagoditev, ki bi bile potrebne za določitev ustreznega zneska dobička, ki naj se pripiše SPE v skladu z usmeritvami iz 2. odstavka 7. člena. Dodatno prenovljeni Komentar 2008 prvič določa konkretne zahteve glede vodenja poslovnih knjig in dokumentacije SPE, pri čemer se eksplicitno sklicuje na 39. točko I. dela Poročila OECD. Tako naj bi davčne uprave upoštevale omenjeno dokumentacijo ne glede na to, da nima pravnega učinka, če so izpolnjeni trije kriteriji.

Prvič, dokumentacija mora biti konsistentna z ekonomsko vsebino internih poslov, ki izhaja iz analize funkcij in dejanskega stanja. Drugič, dogovori, dokumentirani v okviru internih poslov, ne odstopajo od tistih, ki jih sklepajo primerljiva neodvisna podjetja, ki ravna gospodarsko racionalno, ali pa, v primeru odstopanj, ne ovirajo davčne uprave pri določanju primerne primerljive tržne cene. Tretjič, dokumentacija davčnega zavezanca o internih poslih ne sme biti v nasprotju s principi AOA, v kateri bi bil na primer naveden prenos tveganj, ki tveganje ločuje od funkcije. Poleg zgornjih zahtev 39. točka I. dela Poročila OECD dodatno nakazuje na izbrane točke Smernic OECD, ki naj bi se smiselno uporabljale tudi na področju notranjih poslov.

Že Komentar pred letom 2008 (OECD, 2007) vsebuje navedbo, da naj bi poslovne knjige SPE bile izhodišče za izvajanje prilagoditev, če so te potrebne, pri ugotavljanju dobička, ki se pripiše SPE. Vprašanje je, v kolikšni meri se je mogoče opreti na poslovne knjige, ki temeljijo na dogovorih med sedežem podjetja in njegovimi SPE ali med več SPE (pri čemer interni dogovori niso pravno zavezujoče pogodbe). V zvezi s tem Komentar 7. člena vzorčnega sporazuma OECD 2005 (OECD, 2007, v nadaljevanju Komentar 2005) navaja,

da se poslovne knjige, ki pravilno prikazujejo funkcije, ki jih izvajajo posamezni deli podjetja, lahko upoštevajo s strani davčnih uprav. To pa pomeni, da morajo biti poslovne knjige sedeža podjetja in SPE pripravljene simetrično; vrednosti transakcij oziroma metode pripisa dobička v poslovnih knjigah enega dela podjetja morajo ustrezati vrednostim in metodam pripisa v poslovnih knjigah drugega dela podjetja. V povezavi z navedenim Komentar 2005 govori o ustreznih poslovnih knjigah, vendar ne opredeljuje kriterijev ustreznosti. S tem Komentar 2005 vsebuje le grobe zahteve glede vodenja poslovnih knjig in dokumentacije SPE.

Prenovljeni Komentar 2008 tako skozi sklicevanje na Poročilo OECD in Smernice OECD vsebuje vrsto zahtev glede vodenja poslovnih knjig in dokumentacije o internih poslih, ki jih Komentar 2005 ni vseboval. Tako dopolnitve Komentarja 2008 nimajo le pojasnjevalnega značaja, temveč postavljajo nove (dodatne) zahteve davčnim zavezancem. Čeprav nove zahteve pomenijo konkretne usmeritve za vodenje poslovnih knjig in dokumentacije, prenovljenega Komentarja 2008 v tem delu ni treba upoštevati za razlago starih sporazumov, ker te zahteve v razmerju do navedb Komentarja pred letom 2008 nimajo le pojasnjevalnega značaja (Plansky, 2010).

Davčne uprave pogodbenih držav, ki so že doslej uporabljale ločene poslovne knjige SPE za preveritev pripisa dobička, naj zaradi sprememb Komentarja 2008 ne bi prenehale uporabljati ločenih poslovnih knjig SPE, če te v celoti ne izpolnjujejo novih zahtev prenovljenega Komentarja 2008 (Plansky, 2010).

Obstoj dokumentacije pa ne more biti odločilen za presojo glede uporabe oziroma neuporabe neodvisnega tržnega načela. Tudi če ne obstaja ločeno vodenje poslovnih knjig SPE, je pri določanju pripisa dobička SPE treba upoštevati neodvisno tržno načelo.

4.1.5 Uporaba funkcijske analize in metod za določanje transfernih cen v skladu s Smernicami OECD na področju obdavčitve SPE

Prenovljeni Komentar 2008 poudarja fikcijo samostojnosti in neodvisnosti SPE za namene pripisa dobička SPE in v zvezi s tem nakazuje na neposredno uporabo dela Poročila OECD, ki vsebuje opis dvostopenjskega odobrenega OECD pristopa (AOA). Na podlagi AOA se SPE pripiše dobiček iz naslova vseh funkcij, ki jih SPE opravlja (to je iz transakcij s tretjimi osebami, iz transakcij s povezanimi osebami in iz notranjih poslov). Navedeni Komentar povzema obe stopnji AOA.

Prenovljeni Komentar 2008 se torej navezuje na določila Smernic OECD, in sicer najprej glede izvedbe funkcijske analize v prvi stopnji AOA in nato glede izračuna višine nadomestila za notranje posle z uporabo metod za določanje transfernih cen v drugi stopnji AOA.

Vprašanje je, v kolikšni meri je mogoče povezavo s Smernicami OECD najti že v Komentarju pred letom 2008. Glede na to, da so bile Smernice OECD objavljene v letu 1995, to je po objavi revidiranega Komentarja Vzorčnega sporazuma OECD v letu 1994, se slednji na Smernice OECD ni mogel neposredno sklicevati niti jih omenjati, je pa v njem mogoče najti navedbe, ki nakazujejo na ključno vlogo funkcij, ki jih izvajajo posamezni deli podjetja.

Kot je bilo že omenjeno, prenovljeni Komentar 2008 enako kot njegov predhodnik omejuje uporabo neodvisnega tržnega načela samo na določene interne posle med sedežem družbe in SPE, kar ni v skladu z AOA. S tem prenovljeni Komentar 2008 zelo zaostaja za AOA. Zato je uporaba Smernic OECD za interpretacijo 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD omejena le na področje funkcijske analize. Pri določanju višine nadomestila za notranje posle, za katere se v skladu s prenovljenim Komentarjem 2008 tržne cene lahko zaračunajo le v izjemnih primerih, pa je uporaba Smernice OECD v podrejenem položaju.

4.1.6 Pripis internih obresti, zunanjih obresti in kapitala SPE

4.1.6.1 Pripis internih obresti

Prenovljeni Komentar 2008 ohranja splošno prepoved pripoznavanja obresti iz naslova internih poslov (izjema so finančne institucije, kot na primer banke). Razloga za to sta dva. Prvič, gledano s pravnega vidika, je odobritev posojila, za katerega je dogovorjeno plačevanje obresti in njegovo vračilo v celotni višini ob zapadlosti, formalni posel, ki ni skladen z dejansko pravno naravo SPE. SPE namreč ni samostojna pravna oseba, temveč le njen organizacijsko ločen del. Pravna oseba pa ne more dati posojila sama sebi. Drugič, gledano z ekonomskega vidika, so interni dolgovi iz naslova obresti lahko vprašljivi, ker če je podjetje izključno ali pretežno financirano s kapitalom, si kot odbitno postavko ne sme upoštevati obresti, saj ji teh ne bo treba plačati. Ker imajo omenjene navedbe le pojasnjevalno vlogo, se lahko uporabljajo tudi za interpretacijo starih sporazumov.

4.1.6.2 Pripis kapitala in dolga

Prenovljeni Komentar 2008 vsebuje navedbo, da neodvisno podjetje običajno poseduje določen znesek kapitala in govori o ustrezni kapitalski strukturi SPE. Ta za opravljanje funkcij potrebuje določen znesek virov financiranja, ki sestoji iz kapitala in dolga. Prenovljeni Komentar 2008 prvič vsebuje konkretne kriterije za določitev kapitala v okviru mednarodne obdavčitve SPE, in sicer mora SPE v skladu z neodvisnim tržnim načelom imeti dovolj kapitala za opravljanje funkcij, ekonomsko lastništvo sredstev in prevzemanje tveganj. Cilj je na podlagi določitve zneska kapitala določiti znesek dolga in s tem znesek odhodkov za obresti, ki se v skladu z neodvisnim tržnim načelom pripíše SPE.

Glede določitve zneska kapitala, ki se pripíše SPE, prenovljeni Komentar 2008 napotuje na uporabo metod, ki so navedene v Poročilu OECD, in eksplicitno izraža, da ne obstaja zgolj en znesek kapitala v skladu z neodvisnim tržnim načelom, temveč obstaja interval možnih zneskov kapitala za pripis SPE.

Ker Poročilo OECD ne predpisuje enotne metode, temveč daje na razpolago več različnih metod za pripis kapitala SPE v skladu z neodvisnim tržnim načelom, obstaja možnost, da zakonodaja države sedeža podjetja predpisuje eno od dopustnih metod, medtem ko zakonodaja države SPE predpisuje drugo dopustno metodo za pripis kapitala SPE. Uporaba različnih metod v obeh pogodbenih državah zelo verjetno vodi do različnih zneskov kapitala za pripis SPE. Tako je dobiček, izračunan v državi SPE, lahko višji od zneska dobička, izračunanega v državi sedeža podjetja za namene odprave dvojne obdavčitve. Za take primere prenovljeni Komentar 2008 navaja, da se za namene določitve zneska odhodkov od obresti, ki bo upoštevan pri odpravi dvojne obdavčitve, upošteva pripis kapitala na podlagi uporabe metode države SPE, če sta hkrati izpolnjena dva pogoja. Prvič, razlika v pripisu kapitala izhaja iz uporabe različnih metod pripisa kapitala, predpisanih v domačih zakonodajah držav pogodbenic. Drugič, med pogodbenima državama obstaja soglasje, da je država SPE uporabila odobreno metodo za pripis kapitala (AOA) in da uporabljena metoda daje rezultat, skladen z neodvisnim tržnim načelom. Odprava dvojne obdavčitve v državi sedeža podjetja naj bi torej bila vezana na znesek pripisa kapitala, določenega v državi SPE. Vprašanje, ki se bo pojavljalo v praksi, bo, ali bo država sedeža podjetja priznala, da je pripis kapitala države SPE skladen z neodvisnim tržnim načelom. Couzin (2005) na primer izraža kritičen pogled na predstavljena stališča Poročila OECD (ki so bila vsebovana že v njegovem osnutku) z navedbo, da njihova uporaba v praksi ne bo tako enostavna. Meni, da so osnutki Poročila OECD z razvojem postajali vse bolj detajlni, vendar manj določni in da fleksibilnost na področju mednarodne obdavčitve lahko vodi do dvojne obdavčitve.

V zvezi z določitvijo naložbenega premoženja, ki se pripíše SPE zavarovalnice, prenovljeni Komentar 2008 napotuje na uporabo IV. dela Poročila OECD, kar bo predstavljeno v nadaljevanju.

Komentar pred letom 2008 ni vseboval nobenih opornih točk za določitev pripisa kapitala SPE. Metode za pripis kapitala v skladu z AOA, na uporabo katerih napotuje prenovljeni Komentar 2008, zato pomenijo popolnoma novo interpretacijo 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD. Kljub temu da metode upoštevajo neodvisno tržno načelo in se že uporabljajo v praksi, iz tega ne gre sklepati, da druge metode nikakor ne morejo dati rešitev v skladu z neodvisnim tržnim načelom. Omejitev dopustnih metod za pripis kapitala SPE na metodo razporejanja kapitala in metodo tanke kapitalizacije se tako ne more uporabljati za interpretacijo starih sporazumov. Če države pogodbenice uporabljajo metode, različne od dveh eksplicitno omenjenih metod, ki so bile doslej ocenjene kot skladne z neodvisnim tržnim načelom, morajo biti te metode še naprej priznane s strani

davčnih uprav. Enako velja za nadaljnjo uporabo obeh eksplicitno omenjenih metod (Plansky, 2010). Pridružujem se mnenju navedenega avtorja.

Dodatno menim, da ni dovolj, da sta novi Komentar oziroma Poročilo OECD samo poznana v času sklepanja konvencije. Če vsebujeta povsem nove zahteve, na primer za pripis kapitala, jih je treba prevzeti v nacionalno zakonodajo, če naj pomenijo novo (dodatno) obveznost za davčne zavezance.

Pijl (2011) izraža podobno mnenje, in sicer, da upoštevanje pripisa kapitala v določeni državi ni predmet komentarja, temveč nacionalne zakonodaje. Avtor (primer Nizozemske) nadalje navaja, da priporočilo, ki ga ni odobril parlament in nima statusa zakona, seveda ne more nalagati obveznosti sodstvu ali parlamentu ter da s pravnega vidika komentar ni nič več kot pomoč pri interpretaciji.

4.1.6.3 Pripis zunanjih obresti

Prenovljeni Komentar 2008 enako kot njegov predhodnik navaja, da neposredna in posredna metoda razdelitve dejanskih odhodkov obresti nista prinesli praktične rešitve zaradi neenotne uporabe. Prenovljeni Komentar 2008 pa dodatno navaja, da znesek pripisanega kapitala SPE vpliva na določitev zneska zunanjih obresti, ki se pripisejo SPE. SPE se torej pripisejo odhodki za obresti dolžniškega financiranja, ki ostane na razpolago, ko se od pasive davčne bilance stanja SPE odšteje SPE pripisan kapital, izračunan z uporabo metod AOA.

Navedbe glede pripisa kapitala, ki vplivajo na pripis zunanjih obresti SPE, nimajo le pojasnjevalnega učinka, saj so na novo vključene v prenovljeni Komentar 2008, zato se ne morejo uporabljati za stare sporazume. Davčna uprava ne bi smela zavrniti pripisa zunanjih obresti SPE, ki ne bi izhajal iz z uporabo metode razporejanja kapitala ali metode tanke kapitalizacije izračunanega pripisa kapitala.

Menim, da povsem nove navedbe glede pripisa kapitala, dolga in s tem zunanjih obresti tudi za nove sporazume ne morejo pomeniti dodatne obveznosti za davčne zavezance, temveč bi jih bilo treba prevzeti v nacionalno zakonodajo, če naj bi nalagale dodatne obveznosti zavezancem za davek.

4.1.7 Povzetek sprememb Komentarja 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD

V Tabeli 1 je prikazano, da pomembne spremembe prenovljenega Komentarja 2008, vključno s pripisom kapitala SPE, prinašajo novost v primerjavi s predhodnim Komentarjem, zato se ne morejo uporabljati za interpretacijo starih sporazumov. Po mnenju Hemmelratha in Kepperja (2013) je poizkus OECD glede uvedbe uporabe AOA za stare sporazume neučinkovit.

Tabela 1: Povzetek sprememb prenovljenega Komentarja 2008 in možnost uporabe za stare sporazume

Spremembe prenovljenega Komentarja 2008	Učinek	Uporaba za stare sporazume
Eksplisitna zavrnitev načela privlačnosti	Pojasnjevalni	Da
Pripis dobička SPE kljub izgubi celotnega podjetja	Pojasnjevalni; uporaba: samo za določene interne posle	Omejena
Eksplisitno napotilo na simetrično interpretacijo 2. odstavka 7. člena	Pojasnjevalni	Da
Obveznost vodenja poslovnih knjig in dokumentacije SPE (sklicevanje na Poročilo OECD in Smernice OECD)	Nove zahteve	Ne
Uporaba funkcijske analize in metod za določanje transfernih cen v skladu s Smernicami OECD	Pojasnjevalni; uporaba funkcijske analize: da; uporaba metod za določanje transfernih cen: samo za določene interne posle	Omejena
Pripis kapitala: kriteriji za določitev višine kapitala, ki se pripiše SPE; sklicevanje na Poročilo OECD glede metod za pripis kapitala SPE (dopustni le metoda razporejanja kapitala in metoda tanke kapitalizacije); vpliv zneska kapitala na višino zunanjih obresti, ki se pripišejo SPE	Nove zahteve	Ne
Pripis zunanjih obresti: SPE pripisan kapital omejuje višino zunanjih obresti, ki se lahko pripišejo SPE	Nove zahteve	Ne
Pripis internih obresti: ohranja prepoved pripoznavanja obresti iz naslova internih poslov	/	Da

Vir: Povzeto in prirejeno po P. Plansky, Die Gewinnzurechnung zu Betriebsstätten im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, 2010, str. 245-248.

4.2 Sprememba 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD 2010 in njegovega Komentarja

Revizija 7. člena Vzorčne konvencije OECD 2010 je prva pomembna sprememba besedila navedenega člena po letu 1963 (manjša sprememba je bila izvedena leta 1977). Poročilo OECD je bilo podlaga za pripravo novega 7. člena Vzorčne konvencije OECD 2010 in njemu pripadajočega novega Komentarja 2010 (OECD, 2015) za razliko od prejšnjega Poročila OECD 1994, ki je naknadno določalo interpretacijo že obstoječega 7. člena Vzorčne konvencije OECD.

Novi 7. člen Vzorčne konvencije OECD 2010 (OECD, 2015) v prvih treh odstavkih določa:

1. Dobiček podjetja države pogodbenice se obdavči samo v tej državi, razen če podjetje posluje v drugi državi pogodbenici preko SPE v njej. Če podjetje posluje kot prej

omenjeno, se dobiček, ki se ga lahko pripiše SPE v skladu z določili 2. odstavka, lahko obdavči v tej drugi državi.

2. Za namene tega člena in členov 23A in 23B je dobiček, ki se v vsaki državi pogodbenici lahko pripiše SPE iz prvega odstavka, dobiček, za katerega bi se pričakovalo, da bi ga imela, še posebej v njenih poslih z drugimi deli podjetja, če bi bila ločeno in neodvisno podjetje, ki opravlja enake ali podobne dejavnosti pod enakimi ali podobnimi pogoji ob upoštevanju s strani podjetja opravljenih funkcij, uporabljenih sredstev in prevzetih tveganj preko SPE in preko drugih delov podjetja.
3. Kadar država pogodbenica v skladu z drugim odstavkom prilagodi dobiček, ki se ga lahko pripiše SPE podjetja ene od držav pogodbenic, in tako obdavči dobiček podjetja, ki je bil obdavčen v drugi državi, mora druga država v obsegu, ki je potreben za odpravo dvojne obdavčitve tega dobička, narediti ustrezno prilagoditev zneska davka, ki je bil obračunan za ta dobiček. Pri določanju take prilagoditve se morajo pristojni organi držav pogodbenic med seboj posvetovati, če je to potrebno.

V 1. odstavku 7. člena je ohranjena zavrnitev načela privlačnosti, kar pomeni da je pravica do obdavčitve omejena na dobiček, ki ga podjetje doseže v državi SPE preko SPE. Navedeni odstavek torej ohranja vsebino pripisa dobička SPE, na novo pa pojasnjuje, da je določitev višine pripisa dobička SPE urejena v 2. odstavku 7. člena (vprašanje višine pripisa dobička SPE je torej popolnoma izključeno iz 1. odstavka 7. člena).

Besedilo 2. odstavka 7. člena vsebuje glavne elemente dvostopenjskega odobrenega OECD pristopa. Zato bo Poročilo OECD verjetno imelo poleg Komentarja 2010 pomembno vlogo pri interpretaciji novega 7. člena. Namen eksplicitne omembe členov 23A in 23B v 2. odstavku 7. člena je v simetrični uporabi določil 2. odstavka 7. člena v državi sedeža in državi SPE, s čimer se minimizira možnost dvojnega obdavčenja.

4. odstavek 7. člena vsebuje povsem novo določilo, da mora država pogodbenica narediti ustrezno prilagoditev, ki sledi prilagoditvi pripisa dobička SPE druge države pogodbenice zaradi odprave dvojne obdavčitve. Navedeno določilo, ki ga po novem vsebuje 7. člen (in ne več samo Komentar), se ne nanaša samo na prilagoditev dobička zaradi uporabe različnih metod za pripis kapitala držav pogodbenic, temveč na prilagoditev dobička iz naslova vseh vrst internih poslov. Novi 7. člen ne dopušča več uporabe posredne metode pripisa dobička in ne vsebuje več 3., 4. in 6. odstavka, ki jih je vseboval stari 7. člen.

Menim, da bi morale države v zvezi z uvedbo AOA v prakso (če se zanj odločijo) v konvencije vključiti novi 7. člen Vzorčne konvencije OECD 2010 ter prevzeti AOA v nacionalno zakonodajo. Mnenje, da bo treba novi 7. člen oziroma AOA najprej prevzeti v nove oziroma revidirane konvencije, izražata tudi Baldamus (2012) in Bendlinger (2009).

Skupaj s prenovo Vzorčne konvencije OECD 2010 je bila objavljena tudi nova verzija Poročila OECD (OECD, 2010b, v nadaljevanju Poročilo OECD 2010). Glede na to, da je

Poročilo OECD vsebovalo številne sklice na stari 7. člen, so bili ti v Poročilu OECD 2010 zbrisani in nadomeščeni s sklici na besedilo novega 7. člena. Vendar pa Poročilo OECD 2010 ne spreminja ugotovitev Poročila OECD.

4.3 Primer Slovenije

Poročilu OECD je sledil tudi slovenski davčni organ z izdajo pojasnila, ki vsebuje uvedbo odobrenega OECD pristopa (AOA) v dveh fazah v slovenski davčni prostor vključno s pripisom kapitala PE za davčne namene (DURS, 2014a). Pojasnilo navaja, da v zvezi z metodami za pripis prostega kapitala SPE, ki so opredeljene v Poročilu OECD, ni mogoče določiti splošne metode, ki bi bila najustreznejša, temveč je ustrezna metoda »tista, s katero se ji pripiše kapital v višini, ki v največji možni meri odraža neodvisno tržno načelo, oziroma v višini, ki bo zagotavljala, da bo lahko opravljala svoje funkcije, nosila tveganja, ki jih prevzema, in uporabljala sredstva, ki so ji na voljo, in je odvisna od okoliščin vsakega konkretnega primera posebej«. Pojasnilo nadalje navaja, da je pripis kapitala »pomemben z vidika instituta tanke kapitalizacije oziroma davčne obravnave obresti PE«.

Omenjeno pojasnilo DURS, ki temelji na uporabi neodvisnega tržnega načela in predpostavki popolne samostojnosti PE, je neskladno z vsebino osnovnega določila materialnega davčnega zakona glede obdavčitve dobička PE, to je s 4. odstavkom 12. člena ZDDPO-2, ki dovoljuje pripis zgolj dejanskih stroškov PE. Isto neskladje je zaslediti tudi v Pojasnilu DURS (2014c) št. 4217-6398/2014-2 in Pojasnilu DURS (2014b) št. 4200-445/2014-2.

Davčni organ zahtevo po neposrednem spoštovanju Poročila OECD utemeljuje s tem, da je Slovenija večino sporazumov o izogibanju dvojnemu obdavčevanju dohodka in premoženja sklenila po zgledu Vzorčne konvencije OECD, kar pomeni, da je s tem zavezana upoštevati Komentar 7. člena Vzorčne konvencije OECD in s tem neposredno tudi Poročilo OECD, ki vsebuje podrobnejšo razlago 7. člena Vzorčne konvencije OECD v primerjavi z njenim Komentarjem.

Pripis kapitala PE za davčne namene in njegov vpliv na višino obresti, ki se jih lahko pripiše PE, v omenjenem pojasnilu davčnega organa pomeni popolno novost v slovenskem davčnem prostoru na področju obdavčitve dobička PE. Materialni davčni zakon namreč pripisa kapitala in obresti PE ne opredeljuje.

Davčno priznavanje odhodkov obresti pa je vedno treba presoјati glede na materialni davčni zakon domače države, pri čemer so pomembna določila tanke kapitalizacije (angl. *thin capitalisation*), ki niso predmet Poročila OECD. Zakonodajalec v 32. členu ZDDPO-2 omejuje višino davčno priznanih obresti na posojila, prejeta od delničarjev oziroma družbenikov, pri čemer za posojilojemalke banke in zavarovalnice določila tanke kapitalizacije ne veljajo. Poleg tega je treba upoštevati še 19. člen ZDDPO-2, ki določa

višino obresti na prejeta posojila od povezanih oseb, ki se lahko upošteva kot davčno priznan odhodek, ter na njegovi podlagi sprejeti Pravilnik o priznani obrestni meri.

Ko govorimo o obrestih, ki imajo vir v Sloveniji in so plačane v tujino, je treba proučiti tudi zakonska določila obveznosti davčnega odtegljaja (angl. *withholding tax*) v državi vira. Ne glede na to, da je v ZDDPO-2 od plačil obresti, ki imajo vir v Sloveniji, določena obveznost davčnega odtegljaja, obresti, ki jih matična družba pripiše podružnici, niso predmet davčnega odtegljaja. Navedeno potrjuje tudi davčni organ, ki pojasnjuje, da se notranji posli med sedežem družbe in PE ob predpostavki fikcije samostojnosti PE pripoznavajo izključno za namene določanja obdavčljivega dobička PE, »ne spremenijo pa interni posli narave dohodka oziroma ne povzročijo plačil dohodka družbi nerezidentki«, ki bi bili v državi vira lahko obdavčeni z davčnim odtegljajem (DURS, 2014c).

Zaradi nedoločnosti materialnega davčnega zakona glede vrednotenja notranjih poslov, ki jo je slovenski davčni urad sicer poskušal nadomestiti s pojasnilom, v katerega je vključil še obveznost pripisa kapitala PE, se v praksi pojavljajo velike težave pri ugotavljanju davčne osnove za davek od dobička PE, še posebej v davčnih inšpekcijskih nadzorih zaradi različnega razumevanja in interpretacije 4. odstavka 12. člena ZDDPO-2 s strani davčnih zavezancev in davčne uprave.

4.4 Primer Nemčije

V Nemčiji je bil odobren OECD pristop v letu 2013 prevzet v nacionalni zakon Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz) (2013, v nadaljevanju AStG), katerega glavna sprememba je razširitev uporabe neodvisnega tržnega načela na poslovne enote. Neodvisno tržno načelo se torej uporablja tudi za interne posle med podjetjem davčnim zavezancem in njegovo poslovno enoto, ki jo ima v drugi državi. AOA v dveh stopnjah je opisan v 5. odstavku 1. člena AStG, na podlagi katerega je PE treba obravnavati kot neodvisno podjetje, 6. odstavek navedenega člena pa daje ministru za finance pooblastilo, da podrobneje uredi uporabo neodvisnega tržnega načela vključno s pravili za določitev dotacijskega kapitala PE.

Na podlagi zakonskega pooblastila sprejeti pravilnik, ki se uporablja za poslovna leta, ki se začnejo po 31.12.2014, posebnosti za PE zavarovalnic ureja v tretjem delu, ki obsega člene od 23 do 29 (Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten nach § 1 Absatz 5 des Außensteuergesetzes (Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung – BsGaV), 2014, v nadaljevanju BsGaV). Posebnosti za PE zavarovalnic, predvsem tiste, ki se nanašajo na pripis dotacijskega kapitala PE, predstavljam v nadaljevanju.

Za določitev višine presežka, ki ga je treba pripisati domači PE tuje zavarovalnice, je v prvem koraku treba PE dodeliti del premoženja tuje zavarovalnice, ki služi za kritje ZTR in

kapitala tuje zavarovalnice. BsGaV sicer na splošno govori o pripisu premoženja, pri čemer pa je iz razlage BsGaV razvidno, da je v členih, ki se nanašajo na posebnosti za PE zavarovalnice, s premoženjem mišljeno le naložbeno premoženje (Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten nach § 1 Absatz 5 des Außensteuergesetzes (Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung – BsGaV), Drucksache 401/14, 28.08.2014, 2014). Delež PE se določi kot razmerje med ZTR za zavarovalne pogodbe, ki so dodeljene domači PE, in skupnimi ZTR, ki so izkazane v bilanci stanja tuje zavarovalnice. Izhodišče torej predstavlja bilanca stanja tuje zavarovalnice, s čimer je zagotovljeno, da je višina ZTR za vse PE določena po enakih pravilih. Tu se nemška nacionalna zakonodaja razlikuje od predlogov OECD. Medtem ko Poročilo OECD navaja več možnih ključev za razdelitev skupnega naložbenega premoženja, je pri uporabi metode razporejanja kapitala kot zakonsko določeni metodi v Nemčiji za ključ razdelitve dovoljeno uporabiti le ZTR.

V drugem koraku se od naložbenega premoženja PE, ki ji je bilo pripisano v prvem koraku, odštejejo ZTR ter iz zavarovalnih razmerij nastale obveznosti in časovne razmejitve, ki morajo biti določene v skladu z nemškimi računovodskimi standardi. Rezultat predstavlja presežek, ki se pripiše domači zavarovalni PE (modificirana metoda razporejanja kapitala za zavarovalne PE).

Ne glede na zgoraj navedeno, BsGaV dopušča uporabo drugih metod za določitev zneska presežka, ki ga je treba pripisati domači PE. Pri tem je dovoljeno domači PE pripisati nižji znesek presežka, kot bi bil določen z uporabo zakonske metode, samo če rezultat bolje odraža neodvisno tržno načelo. Vendar pa je v tem primeru PE treba pripisati najmanj znesek presežka, ki je enak višini kapitala, ki bi ga ta morala imeti v skladu z zavarovalnimi predpisi, če bi bila pravno samostojna zavarovalna družba.

Omenjena določba daje davčnemu zavezancu določeno stopnjo svobode pri izbiri metode, ki jo lahko izkoristi, ni pa nujno. Davčnemu zavezancu torej ni treba analizirati več metod za pripis presežka domači PE oziroma ugotavljati rezultatov z uporabo različnih metod, da bi ugotovil, katera je najprimernejša (Busch, 2014).

Če je domači PE tuje zavarovalnice pripisan nižji presežek, kot bi bil v primeru uporabe ene od opisanih metod, je za znesek razlike treba povečati PE pripisano naložbeno premoženje. Če je v bilanci stanja (za davčne namene) domače PE dejansko izkazan presežek višji, kot bi bil v primeru uporabe ene od opisanih metod, znižanje presežka v višini razlike ni dovoljeno.

V primerjavi z zgoraj predstavljenimi pravili za pripis presežka domači PE tuje zavarovalnice pa BsGaV določa drugačna pravila za pripis presežka tuji PE domače zavarovalnice. Tuji PE se presežek pripiše le, kolikor je to nujno potrebno za opravljanje zavarovalnih poslov v državi PE, to je v skladu z zavarovalnimi predpisi tuje države, kot če

bi bila PE samostojna zavarovalna družba v tujini. Domača zavarovalnica mora priskrbeti dokaz o višini zahtevanega kapitala v skladu z zavarovalnimi predpisi v državi PE. V nasprotju z domačimi zavarovalnimi PE je za tuje zavarovalne PE torej kot zakonska metoda za pripis presežka predpisana metoda minimalnega regulatornega kapitala. Ne glede na navedeno je davčnemu zavezancu dovoljena uporaba druge alternativne metode, če rezultat te metode bolj ustreza neodvisnemu tržnemu načelu. Vendar pa tako določen presežek ne sme presegati zneska presežka, ki bi bil ugotovljen z uporabo modificirane metode razporejanja kapitala.

Metoda minimalnega regulatornega kapitala ne pomeni odobrenega OECD pristopa in se uporablja predvsem za namene poenostavitve. Že iz tega razloga je nesimetrično določilo glede pripisa presežka domačin in tujim PE skrajno vprašljivo in zgolj fiskalno usmerjeno. Zavrnitev metode minimalnega regulatornega kapitala s strani OECD, ker ne daje rezultata, skladnega z neodvisnim tržnim načelom, bi morala biti zadosten razlog, da bi se namesto te metode praviloma uporabljala druga alternativna metoda (Busch, 2014).

Pripis naložbenega premoženja PE je odločilen tudi za pripis donosov od naložbenega premoženja. Prihodke in odhodke od naložb je PE treba pripisati neposredno glede na pripisano naložbeno premoženje. Če to ni mogoče, se PE pripisejo prihodki oziroma odhodki naložb, ki ustrezajo povprečnemu donosu naložbenega premoženja zavarovalnice.

BsGaV pripoznavanje drugih pasivnih postavk bilance stanja (za davčne namene) kot tudi zunanjih in notranjih obresti PE ureja v splošnem delu, ki se smiselno uporablja tudi za PE zavarovalnice. V skladu z BsGaV se v primeru, da PE uporablja finančna sredstva preostalega dela podjetja, interni posel iz tega naslova ne pripozna. To pomeni, da se za finančna sredstva, ki jih na primer PE prejme od sedeža družbe, ne obračunajo fiktivne obresti. Izjemo od navedenega pravila pomeni izvajanje funkcije financiranja ene od PE za eno ali več drugih PE istega podjetja, ki se pripozna kot notranji posel in se ovrednoti v skladu z neodvisnim tržnim načelom. Funkcija financiranja se nanaša na upravljanje likvidnosti in vključuje predvsem priskrbo finančnih sredstev, zagotavljanje finančnih sredstev drugim PE ter nalaganje presežnih finančnih sredstev zunaj podjetja. BsGaV predvideva, da se navedeni notranji posel obravnava kot storitev, katere cena se določi z uporabo metode za določanje transfernih cen, ki temelji na stroških. BsGaV torej za vrednotenje notranjega posla financiranja dopušča le eno od možnih metod AOA.

Menim, da je navedena omejitev smiselna, ker (kot sem že omenila v tem magistrskem delu) se mi zdi obravnavanje notranjega posla financiranja kot posojilnega posla, ki se vrednoti na podlagi pribitka na zunanjo obrestno mero, vprašljivo glede na to, da se predpostavlja, da imajo posamezni deli podjetja enako boniteto kot podjetje kot celota, višina obrestne mere pa se v praksi določa ravno glede na boniteto posojilojemalca. Strinjanje, da se notranja funkcija financiranja v skladu z BsGaV obravnava kot storitev, izražajo tudi Kußmaul, Delarber in Müller (2014), kar utemeljujejo s predpostavko enake

bonitete posameznih delov podjetja. Avtorji nadalje pojasnjujejo, da je glede na omenjeno predpostavko težko zagovarjati stališče AOA, v skladu s katerim delu podjetja, ki izvaja funkcijo financiranja pripadajo obresti. Po mojem mnenju fikcija popolne samostojnosti PE v primeru notranjega posla financiranja ob upoštevanju navedene predpostavke ni smiselna.

Nasprotno Melhem in Dombrowski (2015) izražata kritičen pogled na zgoraj navedena določila BsGaV. Fikcija samostojnosti in pripoznava notranjega posla v primeru PE, ki opravlja funkcijo financiranja, po njunem mnenju namreč ne pomeni, da je ta notranji posel v osnovi treba obravnavati kot storitev, temveč se lahko obravnava kot posojilni posel. Poleg tega sklicevanje na stroškovni podlagi vrednoteno storitev namesto na posojilno razmerje, ki bi bilo med nepovezanimi osebami vrednoteno na podlagi obrestne mere, ni skladno z neodvisnim tržnim načelom. Avtorja izražata tudi pomislek glede upravičenosti drugačne obravnave vsebinsko enakega posla zaradi razlik v funkcijah, ki jih opravljajo PE (na primer, če PE ne opravlja funkcije financiranja drugih PE). Omenjena avtorja sta tudi mnenja, da nepripoznanje fiktivnega posojilnega razmerja med sedežem družbe in PE pomeni kršitev fikcije popolne samostojnosti PE. Od nepovezane tretje osebe namreč ne bi bilo mogoče dobiti posojila brez plačila nadomestila.

Nemčija je torej prevzela AOA v nacionalno zakonodajo. Vendar pa bi bilo AOA treba najprej prevzeti v nove oziroma revidirane konvencije (Baldamus, 2012). Dokler konvencije ne vsebujejo besedila po vzoru novega 7. člena Vzorčne konvencije OECD oziroma izključujejo fikcijo samostojnosti, pomenijo omejitve pri uporabi AOA v skladu z nacionalno zakonodajo (Engel & Ziegert, 2013). Konvencije, ki jih ima trenutno sklenjene na primer Avstrija, kot tudi določila avstrijske nacionalne zakonodaje temeljijo na principu omejene fikcije samostojnosti PE in zato niso v celoti skladne z AOA. Zato bo po vsej verjetnosti prihajalo do dodatnih konfliktov pri porazdelitvi dobička med Nemčijo in Avstrijo. Obstaja zaskrbljenost, da se bo povečalo število uvedenih postopkov skupnega dogovora (Walter & Haslinger, 2014).

5 PRIKAZ UGOTOVITVE USTREZNEGA DOBIČKA PODRUŽNICE TUJE ZAVAROVALNICE IZ EU V SLOVENIJI

5.1 Opis primera

V študiji primera bo obravnavana podružnica tuje zavarovalne delniške družbe (iz EU), ki v Sloveniji posluje več kot 10 let. Slovenski davčni organ je pri izvajanju davčnega inšpekcijskega nadzora (v nadaljevanju DIN) obračuna DDPO podružnice zahteval, da matična družba izvede pripis kapitala podružnici za davčne namene v skladu s Poročilom OECD. Glede na to, da slovenski materialni davčni zakon ne opredeljuje pripisa kapitala PE, je bilo v matični družbi odločeno, da se prouči Poročilo OECD, še posebej IV. del, ki

se nanaša na posebnosti v zavarovalnicah. Sprejeta je bila odločitev, da se podružnici pripiše naložbeno premoženje in presežek v skladu z metodo razporejanja kapitala, ki je bila izbrana kot najprimernejša glede na to, da se je podružnici že doslej pripisovalo naložbeno premoženje in presežek na podoben način.

Za podružnico je bila izvedena analiza v skladu z odobrenim OECD pristopom (AOA) v dveh fazah v skladu s Poročilom OECD. V magistrskem delu bo podrobneje predstavljen pripis presežka oziroma kapitala, naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb podružnici (vključno z njihovo davčno obravnavo), za preostali del analize pa bodo predstavljeni le najpomembnejši izsledki.

5.2 Računovodska in davčna obravnava podružnice

Obravnavana podružnica tuje zavarovalnice je nedotirana podružnica, torej ustvarja lastne računovodske prihodke. Podružnica po koncu vsakega leta izdela letno poročilo, ki vsebuje bilanco stanja in izkaz poslovnega izida v skladu z MSRP za podružnico kot celoto ter ločeno za življenjska in premoženjska zavarovanja ter razkritja k izkazom. Računovodski izkazi so pripravljani na podlagi poslovnih knjig, ki vsebujejo večinoma neposredno evidentirane računovodske postavke. Med računovodskimi postavkami, ki jih matična družba pripiše podružnici, so najpomembnejše naložbe ter prihodki in odhodki od naložb. Prihodki od naložbenega premoženja so pomemben vir prihodkov podružnice, ki povečujejo davčno osnovo za DDPO podružnice. Zato bo pripis naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb podružnici podrobneje predstavljen.

Skupni izkaz poslovnega izida (za podružnico kot celoto) pomeni podlago za obračun DDPO podružnice. Računovodski prihodki in odhodki se za namene obračuna DDPO ustrezno prilagodijo v skladu z določili ZDDPO-2 glede davčnega obravnavanja oziroma priznavanja prihodkov in odhodkov, kot to velja za davčne zavezance rezidente Slovenije. Notranji posli med podružnico in matično družbo so vključeni v Prilogo 16 obračuna DDPO, in sicer kot kumulativni promet terjatev in kumulativni promet obveznosti. Tuja zavarovalna delniška družba, ki ima status nerezidenta, je torej v Sloveniji omejeno davčno zavezana, in sicer za davek od dobička obravnavane podružnice.

V skladu s Konvencijo med Republiko Slovenijo in Republiko Avstrijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja v zvezi z davki na dohodek in premoženje (Ur.l. RS-MP, št. 4/1998, 22/2006, 6/2012) (matična družba je rezident Avstrije), se v Sloveniji za odpravo dvojne obdavčitve uporablja metoda odbitka, v Avstriji pa metoda izvzema. To pomeni, da se prihodki in odhodki, ki so evidentirani v poslovne knjige podružnice v Sloveniji, izvzemajo iz obračuna davka od dobička matične družbe v Avstriji.

5.3 Odobren OECD pristop (AOA)

5.3.1 Analiza funkcij in dejanskega stanja

Podružnica ne opravlja sama vseh funkcij, temveč se določene izvajajo na sedežu družbe tudi za podružnico. Razvoj produktov se izvaja v matični družbi, vendar mora podružnica tako pri uvajanju produktov na slovenski trg kot pri kasnejšem upravljanju produktov njihovo strukturiranje usklajevati z zahtevami trga, slovensko zakonodajo in s spremembami le-te.

Za police, ki jih sklepa podružnica (v imenu in za račun matične družbe), se ključna funkcija sprejema zavarovalnega tveganja izvaja v podružnici. Podružnica pri tem uporablja smernice matične družbe, ki vsebujejo navodila in kriterije za sprejem zavarovalnega tveganja. V zahtevnih in izjemnih primerih pomoč pri oceni zavarovalnega tveganja za podružnico zagotavlja matična družba. Tudi v takih primerih odločitev glede prevzema zavarovalnega tveganja in prevzem zavarovalnega tveganja izvede podružnica. Opravljene pomožne storitve izvedbe ocene tveganja matična družba zaračuna podružnici, in sicer v višini dejansko nastalih stroškov.

Funkcija trženja se v celoti izvaja v podružnici. Prav tako se v podružnici izvajata funkciji upravljanja pogodb in reševanja škodnih primerov in odškodninskih zahtevkov. V zahtevnih in izjemnih primerih pomoč pri reševanju škodnih primerov in odškodninskih zahtevkov in pri upravljanju pogodb zagotavlja matična družba. Naložbena in aktuarska funkcija se v celoti izvajata v matični družbi. Računovodska funkcija in funkcija informacijske tehnologije se delno izvajata v podružnici in delno v matični družbi. Opravljene storitve v višini dejansko nastalih stroškov matična družba zaračuna podružnici.

5.3.2 Pripis tveganj

Zavarovalne pogodbe, za katere zavarovalno tveganje prevzame podružnica (na podlagi izvajanja funkcije sprejema v zavarovanje) so dodeljene podružnici. Upravljanje drugih tveganj se večinoma izvaja na sedežu družbe. Podružnica prevzema del operativnega tveganja v zvezi s tekočim poslovanjem in del kreditnega tveganja v zvezi z naplačilom nasprotne stranke.

5.3.3 Pripis sredstev

Opredmetena osnovna sredstva, ki jih uporabljajo zaposleni v podružnici, so evidentirana v poslovnih knjigah podružnice in se zanje obračunava amortizacija, razen za najeta opredmetena osnovna sredstva, za katera so v poslovnih knjigah podružnice evidentirani stroški najemnin. Med neopredmetenimi sredstvi podružnica evidentira programsko

opremo, ki jo sama naroči in zanjo obračunava amortizacijo. Za programsko opremo matične družbe, ki jo uporablja tudi podružnica, matična družba pripiše podružnici sorazmerni del dejanskih stroškov na podlagi ključev.

5.3.4 Pripoznava notranjih poslov

Med podružnico in matično družbo so bili pripoznani naslednji notranji posli:

- dodelitev matematičnih rezervacij s strani matične družbe podružnici;
- nakazila presežnih denarnih sredstev iz naslova prejetih plačil zavarovalne premije podružnice matični družbi;
- dodelitev in pripis naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb matične družbe podružnici;
- pripis sorazmernega dela pogodbenega pozavarovanja podružnici;
- pripis stroškov podružnici.

Matematične rezervacije se v poslovne knjige podružnice evidentirajo na koncu poslovnega leta na podlagi izračuna aktuarskega oddelka matične družbe, ki je narejen za vsako posamezno polico (ne gre za pripis na podlagi ključev).

Podružnica prosta denarna sredstva mesečno nakazuje matični družbi, ta pa del naložb ter prihodkov in odhodkov od naložb, ki se nanaša na podružnico, konec poslovnega leta evidentira v poslovne knjige podružnice na podlagi neposredne dodelitve podružnici ali pripisa. Matična družba naložbe življenjskih zavarovanj, pri katerih zavarovalec prevzema naložbeno tveganje, vodi ločeno za podružnico po posameznih policah, to pomeni, da je te naložbe ter z njimi povezane prihodke in odhodke mogoče neposredno razporediti na podružnico in niso predmet pripisa. Naložbe klasičnega življenjskega zavarovanja in premoženjskega zavarovanja matična družba vodi za družbo kot celoto, kar pomeni, da sorazmerni del teh naložb in z njimi povezanih prihodkov in odhodkov, ki se nanašajo na podružnico, pripiše podružnici.

Če so pozavarovalne pogodbe sklenjene z družbami, ki so povezane z matično družbo, potem matična družba skrbi, da so cene skladne z neodvisnim tržnim načelom. Matična družba sorazmerni del prihodkov in odhodkov v zvezi s pogodbenim pozavarovanjem, ki se nanaša na podružnico in je izračunan na podlagi ključev, konec poslovnega leta evidentira v poslovne knjige podružnice.

Stroški storitev, ki jih matična družba opravi za podružnico, se podružnici pripišejo v dejanskih zneskih (brez pribitka na stroške). Ti vključujejo predvsem stroške plač in druge stroške delovnega mesta zaposlenih, ki te storitve opravljajo. Prav tako se podružnici pripiše sorazmerni del dejanskih stroškov storitev, ki jih za matično družbo opravijo tretje nepovezane osebe in se nanašajo tudi na podružnico (pripis se izvede na podlagi ključev).

Matična družba pripisane stroške evidentira v poslovne knjige podružnice na posebna stroškovna mesta, tako da je vedno možen prikaz poročila za ta stroškovna mesta.

Odhodki iz naslova tako notranjih kot zunanjih obresti se podružnici ne pripisujejo. Notranji posli med podružnico in matično družbo se evidentirajo preko prehodnih kontov kot terjatve oziroma obveznosti do matične družbe. V bilanci stanja podružnice se izkaže ali terjatev ali obveznost do matične družbe, in sicer kot seštevek stanj na vseh prehodnih kontih med podružnico in matično družbo.

5.3.5 Pripis ustreznega presežka (kapitala), naložbenega premoženja ter prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja podružnici

Kot je bilo že omenjeno, so predmet pripisa podružnici naložbe klasičnega življenjskega zavarovanja in premoženjskega zavarovanja matične družbe, vrednotene po MSRP, ter z njimi povezani prihodki in odhodki. Ni sporno, da morajo biti podružnici pripisane naložbe najmanj v višini, enaki ZTR, ključno vprašanje pa je, kolikšen presežek naložb nad ZTR (ki predstavlja kapital), je treba za davčne namene pripisati podružnici. Pomen pripisa presežka naložb nad ZTR (kapitala) je torej v pripisu donosa od presežka naložb podružnici, ki povečuje njeno osnovo za obračun DDPO.

Obravnavana podružnica opravlja posle življenjskih in premoženjskih zavarovanj (brez avtomobilskih zavarovanj). Tovrstne posle opravlja tudi tuja matična družba, ki dodatno opravlja še posle zdravstvenih zavarovanj in v okviru premoženjskih zavarovanj še posle avtomobilskih zavarovanj. Glede na to, da razvoj zavarovalnih produktov izvaja matična družba, podružnica pa produkte prevzame in jih prilagodi zahtevam slovenskega trga in lokalni zakonodaji, izhajamo iz dejstva, da je portfelj matične družbe in podružnice primerljiv (z izjemo avtomobilskih zavarovanj, zaradi katerih pa struktura ZTR matične družbe ne odstopa bistveno od strukture podružnice, zato prilagajanje metode pripisa naložb iz tega naslova ni potrebno).

Za pripis presežka podružnici za davčne namene je treba izbrati metodo, na podlagi katere izračunan znesek presežka čim boljje odraža prevzeta zavarovalna tveganja. V skladu s Poročilom OECD mora namreč kapital slediti tveganjem in ne obratno. Glede na to, da ZTR odražajo prevzeta zavarovalna tveganja in da je struktura ZTR klasičnih življenjskih zavarovanj in premoženjskih zavarovanj obravnavane podružnice primerljiva strukturi ZTR njene matične družbe, je bila kot najprimernejša izbrana metoda razporejanja kapitala, pri kateri kot ključ za pripis naložb matične družbe podružnici uporabimo ZTR. Metoda razporejanja kapitala predstavlja odobren pristop v skladu s Poročilom OECD. Ta ključ je za podružnico v Sloveniji primeren tudi zato, ker v njenem portfelju prevladujejo klasična življenjska zavarovanja z varčevalno komponento. Pri teh zavarovanjih predstavlja matematična rezervacija razliko med sedanjo vrednostjo pričakovanih izplačil iz zavarovalnih pogodb in sedanjo vrednostjo prihodnjih plačanih premij, ki mora biti v

skladu z zavarovalniškimi predpisi pokrita z ustreznimi naložbami. Treba je poudariti, da so v poslovne knjige podružnice evidentirane dejanske vrednosti bruto ZTR, izračunane za posamezne police.

ZZavar-1 ne določa, da bi morale imeti podružnice tujih zavarovalnic iz EU v Sloveniji deponirana sredstva, prav tako tega ni določal ZZavar, zato prilagajanje metode razporejanja kapitala iz tega naslova ni potrebno.

Pripis kapitala in naložb podružnici je izveden ob predpostavki, da ima podružnica enako boniteto kot matična družba. Predmet pripisa podružnici je celotno naložbeno premoženje matične družbe na dan bilance stanja (ki se nanaša na klasična življenjska in premoženjska zavarovanja), ki pokriva tako ZTR kot presežek (kapital). Ključ za pripis naložb matične družbe podružnici se izračuna kot razmerje med ZTR podružnice in ZTR družbe kot celote, ločeno za klasična življenjska zavarovanja in premoženjska zavarovanja. V Tabeli 2 je prikazan pripis celotnega naložbenega premoženja in presežka podružnici na dan 31.12.2015, ločeno za življenjska in premoženjska zavarovanja.

Tabela 2: Pripis naložbenega premoženja podružnici na dan 31.12.2015

Naložbe v EUR	Življenjsko zavarovanje		Premoženjsko zavarovanje	
	družba kot celota	delež podružnice 0,40 %	družba kot celota	delež podružnice 0,99 %
Naložbene nepremičnine	154.493.429,82	622.080,46	81.442.938,14	804.598,47
Naložbe v povezana podjetja	260.410.570,31	1.048.564,52	670.599.952,93	6.625.051,95
Dana posojila	672.303.378,80	2.707.084,69	309.549.079,78	3.058.125,38
Obveznice	3.828.845.103,86	15.417.158,78	234.874.574,54	2.320.394,22
Delnice	256.875.566,06	1.034.330,53	38.022.370,29	375.634,05
Skladi	343.455.867,08	1.382.953,21	21.162.848,89	209.073,94
VP*, razpoložljivi za prodajo	4.429.176.537,00	17.834.442,53	294.059.793,72	2.905.102,21
VP*, izmerjeni po pošteni vrednosti skozi IPI**	14.805.433,58	59.615,29	19.077.387,90	188.471,06
Denarna sredstva	177.362.996,69	714.166,65	64.630.498,92	638.503,49
Skupaj naložbe	5.708.552.346,20	22.985.954,14	1.439.359.651,39	14.219.852,56
ZTR	4.702.101.830,25	18.933.398,60	808.541.239,81	7.987.814,03
Presežek	1.006.450.515,95	4.052.555,53	630.818.411,58	6.232.038,53

Legenda: *VP je oznaka za vrednostne papirje, **IPI pomeni izkaz poslovnega izida. Zneski v tabeli so prilagojeni zaradi zaupnosti podatkov.

Vir: Predstavljena podružnica, Interno gradivo, 2015.

Iz Tabele 2 je razvidno, da je bilo podružnici na dan 31.12.2015 pripisano 22.985.954,14 EUR naložb, ki se nanašajo na klasično življenjsko zavarovanje, in 14.219.852,56 EUR naložb, ki se nanašajo na premoženjsko zavarovanje, skupno 37.205.806,70 EUR naložb. Iz naslova omenjenih zavarovanj je bil podružnici na dan 31.12.2015 pripisan presežek naložb nad ZTR v znesku 4.052.555,53 EUR za klasična življenjska zavarovanja in 6.232.038,53 EUR za premoženjska zavarovanja, skupaj 10.284.594,06 EUR.

Prihodki in odhodki od naložb klasičnega življenjskega in premoženjskega zavarovanja matične družbe se podružnici pripišejo z uporabo istih ključev, ki se uporabijo za pripis naložb, kar je prikazano v Tabeli 3.

Tabela 3: Pripis prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja podružnici za leto 2015

Prihodki in odhodki od naložb v EUR	Življenjsko zavarovanje		Premoženjsko zavarovanje	
	družba kot celota	delež podružnice 0,40 %	družba kot celota	delež podružnice 0,99 %
Prihodki od VP* in udeležb v družbah	183.393.449,40	738.448,76	43.085.228,53	425.651,50
Prihodki od naložbenih nepremičnin	5.921.502,83	23.843,42	5.037.214,76	49.764,11
Prihodki od danih posojil	19.872.054,56	80.016,46	11.827.031,69	116.842,69
Prihodki od denarnih sredstev	96.645,29	389,15	22.835,41	225,60
Prevrednotovalni prihodki	1.732.476,70	6.975,96	2.107.512,38	20.820,73
Realizirani dobički	27.804.028,54	111.955,20	6.226.812,35	61.516,49
Drugi prihodki	22.661.770,88	91.249,48	148.442,57	1.466,51
Skupaj prihodki	261.481.928,19	1.052.878,43	68.455.077,68	676.287,62
Odhodki od upravljanja naložb	15.045.343,02	60.581,31	2.198.383,93	21.718,47
Amortizacija naložbenih nepremičnin	3.199.601,43	12.883,46	2.007.093,08	19.828,66
Odhodki iz oslabitve VP* in posojil	14.955.573,77	60.219,84	6.657.310,98	65.769,51
Odhodki za obresti	12.899.003,65	51.938,90	8.088.267,11	79.906,34
Realizirane izgube	5.851.863,35	23.563,01	26.588,25	262,67
Drugi odhodki	4.997.160,80	20.121,48	508.377,29	5.022,41
Skupaj odhodki	56.948.546,00	229.307,99	19.486.020,64	192.508,06
Prihodki – odhodki	204.533.382,19	823.570,44	48.969.057,05	483.779,55

Legenda: *VP je oznaka za vrednostne papirje, zneski v tabeli so prilagojeni zaradi zaupnosti podatkov.

Vir: Predstavljena podružnica, Interno gradivo, 2015.

Osnova za pripis podružnici so torej dejanske naložbe ter dejanski prihodki in odhodki od naložb matične družbe (ne gre za pripis povprečnega donosa naložb). Pripis prihodkov in odhodkov od naložb v dejanskih vrednostih in po vrstah podružnici je zlasti pomemben z vidika njihove davčne obravnave v skladu z ZDDPO-2.

Davčno obravnavanje oziroma priznavanje podružnici pripisanih prihodkov oziroma odhodkov od naložb se namreč vedno presoja na podlagi lokalnega materialnega davčnega zakona o obdavčitvi dobička, kar predstavljam v nadaljevanju. Prihodki in odhodki od naložb vključujejo na primer obresti, dividende in druge deleže v dobičku, dobičke in izgube iz odsvojitve lastniških deležev.

5.3.5.1 Izvzem dividend in dividendam podobnih dohodkov

Prejete dividende oziroma drugi deleži iz dobička in dividendam podobni dohodki, razen skritih rezerv, ki niso bile predmet obdavčitve pri izplačevalcu (v nadaljevanju dividende), se v skladu s 24. členom ZDDPO-2 izvzamejo iz davčne osnove prejemnika, če je izplačevalec:

- zavezanec za davek po ZDDPO-2;
- za davčne namene rezident države članice EU v skladu s pravom te države in se tudi v skladu z mednarodno pogodbo o izogibanju dvojnemu obdavčevanju dohodka, sklenjeno z državo nečlanico EU, ne šteje za rezidenta izven EU; izplačevalec mora biti poleg tega zavezanec za enega od davkov, v zvezi s katerimi se uporablja skupen sistem obdavčenja, ki velja za matične družbe in odvisne družbe iz različnih držav članic EU, in jih določi minister za finance, kjer se za zavezanca ne šteje družba, ki je davka oproščena ali ima možnost izbire obdavčitve;
- za davčne namene rezident države nečlanice EU in je zavezanec za davek od dohodka oziroma dobička, primerljiv z davkom po ZDDPO-2, in ni rezident države, v primeru PE pa se ta ne nahaja v državi, v kateri je splošna oziroma povprečna nominalna stopnja obdavčitve dobička družb nižja od 12,5 %, in je država objavljena na seznamu v skladu z 8. členom ZDDPO-2.

Zgoraj navedene določbe se za prejemnika nerezidenta uporabljajo, če je njegova udeležba v kapitalu oziroma upravljanju osebe, ki deli dobiček, povezana z dejavnostmi oziroma posli, ki jih nerezident opravlja v PE oziroma preko PE v Sloveniji.

Z izvzemom dividend iz davčne osnove se zagotavlja odprava dvojne obdavčitve ne glede na višino in trajanje kapitalske udeležbe (oziroma glasovalnih pravic) v izplačevalcu dobička. Metoda izvzema se torej uporablja za vse dividende, tako za tiste, ki imajo vir v Sloveniji, za tiste, ki imajo vir v drugih državah članicah EU, kot za tiste, ki imajo vir v državah nečlanicah EU. V slednjih so izjema države z davčno ugodnejšo ureditvijo. Predpostavka za izvzem dividend iz davčne osnove prejemnika je, da je bil dobiček, iz katerega se izplačujejo dividende, že obdavčen pri družbi, ki izplačuje dividende. Če bi bile dividende ponovno vključene v davčno osnovo družbe prejemnice, bi s tem prišlo do njihove dvakratne ekonomske obdavčitve.

Tako v skladu s SRS²¹ (Ur.l. RS, št. 118/2005, 10/2006 – popr., 58/2006, 112/2006 – popr., 3/2007, 12/2008, 119/2008, 1/2010, 90/2010 – popr., 80/2011, 2/2012, 64/2012, 94/2014, 2/2015 – popr., 95/2015, 98/2015) kot v skladu z MSRP²² (Ur.l. EU, št. L 320/2008, L 338/2008, L 339/2008, L 17/2009, L 21/2009, L 80/2009, L 139/2009, L 149/2009, L 191/2009, L239/2009, L 244/2009, L 311/2009, L 312/2009, L 314/2009, L 347/2009, L 77/2010, L 157/2010, L 166/2010, L 186/2010, L 193/2010, L 46/2011, L 305/2011, L 146/2012, L 360/2012, L 61/2013, L 90/2013, L 95/2013, L 312/2013, L 346/2013, L 175/2014, L 365/2014, L 5/2015, L 306/2015, L 307/2015, L 317/2015, L 330/2015, L 333/2015, L 336/2015) se dividende pripoznajo kot prihodki v izkazu poslovnega izida, ko imetnik finančne naložbe pridobi pravico do plačila dividende, to je s sklepom skupščine o razdelitvi dobička. Dividende pa so lahko prejete v istem ali v naslednjem obdobju. Iz davčne osnove prejemnika se lahko izvzamejo le prejete dividende, če so bili v tekočem ali v preteklih davčnih obdobjih prihodki od dividend vključeni v davčno osnovo. To pomeni, da so lahko prihodki od dividend izkazani v tekočem obračunskem obdobju, izvzem prejetih dividend iz davčne osnove pa je izveden v naslednjem obračunskem obdobju (čeprav v slednjem obdobju v davčni osnovi ni izkazanih prihodkov od dividend).

Dividende se lahko pripišejo dobičku PE samo, če se utemeljeno pripišejo premoženju PE. Ne glede na določbo zakona, da se iz davčne osnove lahko izvzamejo prejete dividende, je možno sklepati, da PE nerezidenta lahko izvzame dividende, ki so ji bile pripisane, čeprav jih je dejansko prejel nerezident. V nasprotnem primeru PE ne bi bila zagotovljena odprava dvojne ekonomske obdavčitve dobička, s čimer bi bile PE pripisane dividende davčno manj ugodno obravnavane, kot če bi dividende prejela samostojna pravna oseba.

Glede enakega davčnega obravnavanja rezidenta države članice in PE nerezidenta iz druge države članice je presojalo Sodišče Evropskih skupnosti (1999) v zadevi C-307/97: Saint-Gobain. V tej zadevi je nemški davčni urad zavrnil izvzetje dividend iz davka od dobička podružnici iz Nemčije, ki jih je prejela iz tretjih držav, kar je utemeljil s tem, da sporazuma o izogibanju dvojnemu obdavčevanju med Nemčijo in obema tretjima državama tako izvzetje sicer predvidevata, vendar pa je ta ugodnost na podlagi nacionalnega materialnega davčnega zakona pridržana družbam z neomejeno davčno obveznostjo v Nemčiji. Sodišče je odločilo, da je nacionalna nemška zakonodaja, po kateri se PE v Nemčiji ne odobrijo davčne ugodnosti v zvezi z izvzemanom dividend pod enakimi pogoji kot kapitalskim družbam v Nemčiji, v nasprotju z 52. členom Pogodbe ES (po spremembi s 43. členom Pogodbe ES) in 58. členom Pogodbe ES (po spremembi z 48. členom Pogodbe ES). Sodišče poudarja, da različno obravnavanje podružnic tujih družb in domačih družb ter omejevanje svobodne izbire pravnoorganizacijske oblike delovanja podjetij pomeni kršitev 52. in 58. člena Pogodbe ES.

²¹ SRS 3.

²² Mednarodni računovodski standard 18.

24. člen ZDDPO-2 je torej treba razumeti tako, da zagotavlja enako davčno obravnavo dividend tudi za PE nerezidenta v Sloveniji. To pomeni, da PE lahko izvzame njej pripisane dividende iz davčne osnove pod enakimi pogoji, kot veljajo za pravne osebe rezidente, ki prejmejo dividende.

V Tabeli 4 je prikazan pripis prihodkov od vrednostnih papirjev in udeležb v družbah po vrstah za leto 2015 podružnici, ki se nanašajo na življenjsko zavarovanje, in v Tabeli 5 pripis tovrstnih prihodkov, ki se nanašajo na premoženjsko zavarovanje.

Tabela 4: Pripis prihodkov od vrednostnih papirjev in udeležb v družbah po vrstah za leto 2015 podružnici, ki se nanašajo na življenjsko zavarovanje

Življenjsko zavarovanje				
Prihodki od VP* in udeležb v družbah družbe kot celote v EUR				
Vrsta naložbe	Dividende in deleži	Obresti	Izplačani dobički skladov	Skupaj
Naložbe v povezane družbe	9.682.772,67			9.682.772,67
VP*, razpoložljivi za prodajo	4.437.606,49	129.000.687,71	9.845.096,50	143.283.390,69
VP*, izmerjeni po pošteni vrednosti skozi IPI**		25.980,35	409.259,25	435.239,60
Posojila		11.002.169,48		11.002.169,48
Skladi		12.614.982,83	6.374.894,13	18.989.876,96
Prihodki od VP* in udeležb v družbah	14.120.379,16	152.643.820,37	16.629.249,88	183.393.449,40
Prihodki od VP* in udeležb v družbah podružnice v EUR 0,40 %				
Vrsta naložbe	Dividende in deleži	Obresti	Izplačani dobički skladov	Skupaj
Naložbe v povezane družbe	38.988,48			38.988,48
VP*, razpoložljivi za prodajo	17.868,39	519.431,85	39.642,09	576.942,32
VP*, izmerjeni po pošteni vrednosti skozi IPI**		104,61	1.647,92	1.752,53
Posojila		44.301,14		44.301,14
Skladi		50.795,26	25.669,03	76.464,30
Prihodki od VP* in udeležb v družbah	56.856,86	614.632,86	66.959,04	738.448,76

Legenda: *VP je oznaka za vrednostne papirje, **IPI pomeni izkaz poslovnega izida. Zneski v tabeli so prilagojeni zaradi zaupnosti podatkov.

Vir: Predstavljena podružnica, Interno gradivo, 2015.

Tabela 5: Pripis prihodkov od vrednostnih papirjev in udeležb v družbah po vrstah za leto 2015 podružnici, ki se nanašajo na premoženjsko zavarovanje

Premoženjsko zavarovanje				
Prihodki od VP* in udeležb v družbah družbe kot celote v EUR				
Vrsta naložbe	Dividende in deleži	Obresti	Izplačani dobički skladov	Skupaj
Naložbe v povezane družbe	30.837.004,93			30.837.004,93
VP*, razpoložljivi za prodajo	1.166.675,15	10.004.064,31	435.638,70	11.606.378,16
VP*, izmerjeni po pošteni vrednosti skozi IPI**		112.319,85		112.319,85
Posojila		529.525,59		529.525,59
Prihodki od VP* in udeležb v družbah	32.003.680,08	10.645.909,75	435.638,70	43.085.228,53
Prihodki od VP* in udeležb v družbah podružnice v EUR				
0,99 %				
Vrsta naložbe	Dividende in deleži	Obresti	Izplačani dobički skladov	Skupaj
Naložbe v povezane družbe	304.647,74			304.647,74
VP*, razpoložljivi za prodajo	11.525,92	98.833,06	4.303,80	114.662,78
VP*, izmerjeni po pošteni vrednosti skozi IPI**		1.109,64		1.109,64
Posojila		5.231,34		5.231,34
Prihodki od VP* in udeležb v družbah	316.173,66	105.174,04	4.303,80	425.651,50

Legenda: *VP je oznaka za vrednostne papirje, **IPI pomeni izkaz poslovnega izida. Zneski v tabeli so prilagojeni zaradi zaupnosti podatkov.

Vir: Predstavljena podružnica, Interno gradivo, 2015.

Iz Tabele 4 in Tabele 5 je razvidno, da je matična družba podružnici za leto 2015 pripisala dividende in deleže v znesku 56.856,86 EUR, ki se nanašajo na življenjsko zavarovanje, in v znesku 316.173,66 EUR, ki se nanašajo na premoženjsko zavarovanje, skupaj v znesku 373.030,52 EUR. Od teh je bilo v letu 2015 prejetih v znesku 180.532,00 EUR, v znesku 192.498,52 EUR pa jih v letu 2015 še ni bilo prejetih. Od dividend in deležev, ki so bile podružnici pripisane v letu 2014, jih je bilo v letu 2015 prejetih v znesku 230.816,00 EUR. Skupni znesek izvzetih dividend in deležev v obračunu DDPO za leto 2015 je tako znašal 411.348,00 EUR in pomeni v letu 2015 prejete dividende in deleže.

5.3.5.2 Izvzem dobičkov iz odsvojitve lastniških deležev

Za razliko od dividend, za katere ZDDPO-2 določa 100 % izvzem iz davčne osnove zavezanca, ZDDPO-2 za dobičke iz odsvojitve lastniških deležev ne določa popolnega izvzema, poleg tega je pravica izvzema pogojena še z višino in trajanjem kapitalske udeležbe.

ZDDPO-2 v 25. členu določa, da lahko zavezanec rezident in nerezident, ki opravlja dejavnost oziroma posle v PE ali preko PE v Sloveniji, iz davčne osnove izvzame 50 % ustvarjenega dobička iz odsvojitve lastniških deležev v gospodarskih družbah, zadrugah in drugih oblikah organiziranja, če:

- je bil udeležen v kapitalu oziroma pri upravljanju druge osebe tako, da je imetnik poslovnega deleža, delnic ali glasovalnih pravic v višini najmanj 8 %; kapitalska povezava mora biti v skladu z 8. členom Pravilnika o izvajanju Zakona o davku od dohodkov pravnih oseb (Ur.l. RS, št. 60/2007, 55/2013, 92/2015) neposredna in
- znaša čas trajanja te udeležbe v kapitalu oziroma upravljanju gospodarske družbe, zadruga ali druge oblike organiziranja najmanj 6 mesecev in
- je v tem obdobju nepretrgoma za poln delovni čas zaposloval vsaj eno osebo.

Prav tako se izguba iz odsvojitve lastniških deležev pod zgoraj navedenimi pogoji ne prizna v višini 50 %. Navedene določbe se ne uporabljajo za dobičke iz naložb v lastniške deleže v gospodarske družbe, zadruga in druge oblike organiziranja, ki imajo sedež ali kraj dejanskega delovanja posloводства v državah nečlanicah EU, v katerih je splošna oziroma povprečna nominalna stopnja obdavčitve dobička družb nižja od 12,5 % in je država objavljena na seznamu v skladu z 8. členom ZDDPO-2.

Če pride do likvidacije oziroma prenehanja zavezanca ali PE nerezidenta v Sloveniji v 10 letih po ustanovitvi, je treba davčno osnovo v davčnem obračunu ob prenehanju povečati za izvzeti del dobička iz odsvojitve lastniških deležev za zadnjih 5 davčnih obdobj.

Izvzem ustvarjenih dobičkov iz odsvojitve lastniških deležev pomeni odpravo ekonomske dvojne obdavčitve, ker zavezanec s temi dobički pridobi tudi nerazdeljene dobičke pravne osebe, v kateri ima naložbo, in so bili pri njej že obdavčeni.

Podružnica je v obračunu DDPO izvzela iz davčne osnove 50 % njej pripisanih dobičkov iz odsvojitve lastniških deležev (tovrstnih izgub ni bilo), ki so izpolnjevali zgoraj navedene pogoje, v skupnem znesku 38.516,00 EUR.

5.3.5.3 Izvzem odhodkov, ki se nanašajo na udeležbo

Po splošni določbi ZDDPO-2 glede priznavanja odhodkov se priznajo odhodki, potrebni za pridobitev prihodkov, ki so obdavčeni po tem zakonu. To pomeni, da davčno niso priznani odhodki, ki so nastali v povezavi z neobdavčenimi prihodki po ZDDPO-2. Ker pa je v praksi težko oziroma administrativno zelo zahtevno določiti davčno nepriznane odhodke, ki so povezani z neobdavčenimi prihodki iz finančnih naložb, ZDDPO-2 v 26. členu določa, da se odhodki, povezani z upravljanjem in financiranjem naložb v kapital gospodarskih družb, zadrug in drugih oblik organiziranja ne priznajo v pavšalnem znesku, ki je enak 5 % zneska v davčnem obdobju prejetih dividend in dobičkov iz odsvojitve lastniških deležev, ki so izvzeti iz davčne osnove zavezanca. Navedene odhodke davčni zavezanec izvzame iz davčne osnove v istem davčnem obdobju, v katerem izvzame prihodke. Tudi s tem je dosežena določena poenostavitev glede na to, da odhodki, ki omogočajo neobdavčene dividende in dobičke iz odsvojitve lastniških deležev, praviloma nastanejo v davčnih obdobjih pred tistim, v katerem se izvzemajo neobdavčeni prihodki.

Podružnica je tako iz obračuna DDPO izvzela odhodke v višini 5 % izvzetih dividend in deležev v znesku 20.567,40 EUR in odhodke v višini 5 % izvzetih dobičkov iz odsvojitve lastniških deležev v znesku 1.925,80 EUR.

Iz zgornje analize je razvidno, da je v primeru pripisa dejanskih prihodkov in odhodkov od naložb podružnici mogoče doseči ugodnejši davčni položaj, kot bi bil v primeru pripisa povprečnega donosa naložb. Ugodnejši davčni položaj se doseže z izvzedom določenih vrst prihodkov naložb iz davčne osnove za DDPO ob izpolnjevanju zakonsko določenih pogojev, s čimer se odpravi ekonomska dvojna obdavčitev. Povprečni donos naložb bi bil namreč davčno obravnavan na enak način kot obresti, torej bi bil v celotnem znesku vključen v davčno osnovo za DDPO. S tem je zagotovljeno, da podružnica ni davčno manj ugodno obravnavana, kot če bi bila samostojna pravna oseba.

5.3.5.4 Prihodki in odhodki iz naslova prevrednotenja naložb

Poleg zgoraj predstavljene različne davčne obravnave posameznih vrst donosov naložb je tudi za podružnici pripisane prihodke in odhodke iz naslova prevrednotenja naložb treba upoštevati posebna določila ZDDPO-2 glede njihove davčne obravnave. V skladu z osnovnim določilom glede prevrednotenja finančnih naložb oziroma finančnih inštrumentov iz 22. člena ZDDPO-2 se odhodki zaradi prevrednotenja kot posledica oslabitve kratkoročnih in dolgoročnih finančnih naložb oziroma finančnih inštrumentov ne priznajo pri ugotavljanju davčne osnove. Ne glede na navedeno pa zakon določa izjemo za odhodke zaradi prevrednotenja finančnih naložb oziroma finančnih inštrumentov, izmerjenih po pošteni vrednosti preko poslovnega izida, ki se priznajo kot odhodek v obračunanih zneskih.

Odhodki iz naslova oslabitve pa niso za vselej davčno nepriznani, ampak se odprava oslabitve upošteva tako, da se prihodki iz odprave oslabitve, ki ni bila priznana kot odhodek, izvzemajo iz davčne osnove, ali pa se odhodki iz prevrednotenja zaradi oslabitve priznajo ob odtujitvi, zamenjavi ali drugačni poravnavi oziroma odpravi finančne naložbe oziroma finančnega inštrumenta.

Podružnica je v obračunu DDPO 2015 v celoti izvzela iz davčne osnove njej pripisane prevrednotovalne odhodke iz oslabitve finančnih naložb oziroma finančnih inštrumentov, ki niso izmerjeni po pošteni vrednosti preko poslovnega izida, v znesku 108.750,00 EUR. Poleg tega je podružnica od matične družbe pridobila podatke o tem, ali je bila oslabitev finančnih naložb oziroma finančnih inštrumentov, ki niso izmerjeni po pošteni vrednosti preko poslovnega izida, iz preteklih let, katere odhodki iz prevrednotenja so bili davčno nepriznani, v tekočem letu odpravljena. Če je bila, je podružnica prihodke iz odprave oslabitve v tekočem letu izvzela iz davčne osnove. Če oslabitev ni bila odpravljena, so pa bile te finančne naložbe oziroma finančni inštrumenti v tekočem letu odtujeni, zamenjani, drugače poravnani oziroma odpravljani, je podružnica v tekočem obračunu DDPO upoštevala davčno priznane odhodke v višini v preteklosti davčno nepriznanih prevrednotovalnih odhodkov iz naslova oslabitve. Skupni znesek zmanjšanja davčne osnove leta 2015 zaradi preteklih nepriznanih odhodkov oslabitve finančnih naložb je znašal 80.000,00 EUR.

Če matična družba zagotovi podružnici dovolj podrobne analitične podatke o oslabljenih finančnih naložbah oziroma finančnih inštrumentih, lahko podružnica do zneska povečanja osnove za DDPO v letu oslabitve v kasnejših letih zmanjšuje osnovo za DDPO, in sicer ob odpravi oslabitve oziroma ob dokončni odtujitvi finančne naložbe oziroma finančnega inštrumenta.

Tabela 6: Povzetek davčne obravnave podružnici pripisanih prihodkov in odhodkov od naložb za leto 2015

Obračun DDPO 2015	V EUR	Vpliv na davčno osnovo
Prihodki od naložb	1.729.166,05	Povečanje
Odhodki od naložb	421.816,05	Zmanjšanje
Izvem dividend in deležev	411.348,00	Zmanjšanje
Izvem dobičkov iz odsvojitve lastniških deležev	38.516,00	Zmanjšanje
Izvem odhodkov iz naslova izvzetih dividend in deležev	20.567,40	Povečanje
Izvem odhodkov iz naslova izvzetih dobičkov iz odsvojitve lastniških deležev	1.925,80	Povečanje
Oslabitev naložb	108.750,00	Povečanje
Odprava preteklih oslabitev naložb	80.000,00	Zmanjšanje
Skupaj	908.729,20	

Legenda: Zneski v tabeli so prilagojeni zaradi zaupnosti podatkov.

Vir: Predstavljena podružnica, Interno gradivo, 2015.

Razlika med računovodskimi prihodki in odhodki od podružnici pripisanih naložb znaša 1.307.350,00 EUR, medtem ko je iz Tabele 6 razvidno, da razlika med davčnimi prihodki in odhodki od podružnici pripisanih naložb znaša 908.729,20 EUR. S pripisom dejanskih zneskov prihodkov in odhodkov od naložb podružnici in z zagotovitvijo ustreznih analitičnih podatkov je v določenih okoliščinah (kot v primeru predstavljene podružnice) mogoče doseči ugodnejši davčni položaj, kot če bi bil podružnici pripisan povprečen donos od naložb, ki bi bil v celoti obdavčen.

5.3.6 Razlogi za neustreznost uporabe metode varnega pristana

Izbrano metodo za pripis naložbenega premoženja podružnici je treba uporabljati kontinuirano po letih. Spremeniti jo je mogoče le v utemeljenih okoliščinah.

Stališče davčnega organa v DIN obračuna DDPO za prva leta poslovanja predstavljene podružnice bi lahko interpretirali kot zagovarjanje uporabe metode varnega pristana za pripis dotacijskega kapitala podružnici in uporabe obrestne mere za posojila med povezanimi osebami za izračun donosa od pripisanega naložbenega premoženja podružnici. Menim, da navedena metoda ni ustrezna in tudi ni bila sprejemljiva za matično družbo podružnice kot davčnega zavezanca, kar pojasnujem v nadaljevanju. DIN v času nastajanja tega magistrskega dela še ni zaključen, zato končna odločitev še ni znana.

V skladu s Poročilom OECD metoda navidezne tanke kapitalizacije ne pomeni odobrenega OECD pristopa, temveč se lahko uporablja samo kot varni pristan v skladu z domačo zakonodajo.

Kapital zavarovalne delniške družbe v Sloveniji nikoli ne sme biti manjši od absolutno določenega zneska. Ta je za zavarovalne delniške družbe, ki opravljajo tako posle življenjskih kot premoženjskih zavarovanj (vključno s splošnim zavarovanjem odgovornosti) za leto 2015 v skladu s Sklepom o spremembi zneskov za izračun minimalnega kapitala in zneskov zajamčenega kapitala zavarovalnic (Ur.l. RS, št. 102/2012) znašal 7.400.000,00 EUR. Za leto 2006 je bil navedeni znesek v ZZavar določen v višini 6.000.000,00 EUR (za primerjavo).

Menim, da presežek v višini minimalnega regulatornega kapitala, ki je določen za zavarovalne delniške družbe v Sloveniji, ni primeren za podružnice tujih zavarovalnic v začetnih letih poslovanja (ob predpostavki, da dejansko stanje ne kaže na neustreznost uporabe metode razporejanja kapitala), saj bi v tem primeru hipotetični presežek, to je presežek, ločeno izračunan oziroma določen za podružnico ali več podružnic in za preostali del zavarovalne delniške družbe, presegel dejanski kapital zavarovalne delniške družbe kot celote (posledično enako velja za naložbe). Predpostavimo, da tuja zavarovalnica ustanovi podružnico v Sloveniji in še v dveh državah iz EU in da v nobeni od treh držav minimalni znesek kapitala zavarovalne delniške družbe ne sme biti nižji od

7.400.000,00 EUR. V skladu z metodo varnega pristana bi bilo vsem trem podružnicam treba pripisati presežek v višini 7.400.000,00 EUR, skupaj 22.200.000,00 EUR. Vprašanje je, ali bi preostali znesek presežka (dejanski kapital, zmanjšan za 22.200.000,00 EUR), ki bi bil tako pripisan sedežu družbe, zadoščal za kritje zavarovalnega tveganja, ki ga je prevzel sedež družbe. V primeru, da presežek ne zadošča, kar pomeni zahtevo po vplačilu dodatnega kapitala, metoda pride v neskladje s statusnopravnim predpisom, ki edini lahko določa višino potrebnega kapitala zavarovalne delniške družbe.

Uporaba metode minimalnega regulatornega kapitala ne upošteva dejstva, da je podružnica organizacijsko ločen del velike tuje zavarovalne delniške družbe, in prednosti, ki pripadajo podružnici iz tega naslova, kar pa upošteva metoda razporejanja kapitala, zato je po mojem mnenju ustrežnejša. To je predvsem velikost in razpršenost portfelja, ki zmanjšuje zavarovalno tveganje zavarovalne delniške družbe kot celote in s tem tudi podružnice, ki ji pripada. Koristi iz razpršitve tveganj je torej treba pripisati vsakemu od hipotetično ločenih in neodvisnih delov podjetja (PE in preostalemu delu podjetja) tako, da je vsota presežkov oziroma naložb posameznih hipotetično ločenih delov podjetja enaka dejanskemu kapitalu oziroma dejanskim naložbam zavarovalne pravne osebe kot celote. V skladu z metodo razporejanja kapitala je na posamezne hipotetično samostojne dele podjetja treba razporediti dejanski znesek naložbenega premoženja podjetja kot celote in ne hipotetični znesek. Kapital družbe kot celote je skladen z zavarovalniškimi predpisi, torej zadošča za poslovanje njenih posameznih delov, tudi PE.

Po določitvi potrebnega zneska presežka in naložbenega premoženja je treba določiti ustrezen donos od naloženega premoženja, ki se pripiše podružnici. Kot je bilo že omenjeno, bi stališče davčnega organa v DIN lahko interpretirali tako, da v ta namen zagovarja uporabo priznane obrestne mere za posojila med povezanimi osebami iz 19. člena ZDDPO-2, ki se določi po metodologiji iz Pravilnika o priznani obrestni meri (Ur.l. RS, št. 141/06, 52/07).

Menim, da je uporaba omenjene obrestne mere za izračun donosa pripisanih naložb predstavljeni podružnici neprimerna, saj ne odraža dejanskega donosa naložb. Uporaba navedene obrestne mere ne upošteva dejstva, da v primeru pripisa dejanskih naložb zavarovalne delniške družbe podružnici od nekaterih naložb v določenem letu morda niso bili realizirani prihodki od naložb. Prav tako ni upoštevano dejstvo, da poleg obresti obstajajo tudi druge vrste donosov od naložb, kot na primer prihodki od dividend in deležev iz dobička, dobički iz odsvojitve lastniških deležev, ki so v skladu z ZDDPO-2 ob izpolnjevanju določenih pogojev ugodneje obravnavani kot obresti. Ob upoštevanju različnih vrst donosov od naložb, ki se pripišejo podružnici, je, kot je že pojasnjeno v tem poglavju, možno doseči ugodnejši davčni položaj, kot če celotni donos od naložb, ki se pripiše podružnici, predstavljajo obresti.

Neustrezen pripis naložb in donosov od naložb, ki bi imel za posledico preveliko povečanje davčne osnove podružnice v začetnih letih njenega poslovanja, ne bi bil sprejemljiv za davčni organ države matične družbe. Tudi Poročilo OECD navaja, da se metoda navidezne tanke kapitalizacije lahko uporablja kot varni pristan v skladu z domačo zakonodajo samo, če njen rezultat ni večji pripis dobička SPE, kot bi bil v skladu z odobrenim OECD pristopom.

Iz prikazanega primera podružnice po desetih letih njenega poslovanja pa izhaja, da njej pripisan presežek, izračunan z uporabo metode razporejanja kapitala, bistveno presega znesek minimalnega regulatornega kapitala. Vprašanje je, ali bi bila metoda minimalnega regulatornega kapitala v tem primeru še sprejemljiva za slovenski davčni organ.

V primeru obravnavane podružnice metoda minimalnega regulatornega kapitala v nobenem primeru ne daje ustreznega rezultata, skladnega z neodvisnim tržnim načelom, niti v začetnih niti v kasnejših letih njenega poslovanja.

Poleg pojasnjene neustreznosti uporabe metode minimalnega regulatornega kapitala v primeru konkretne podružnice tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji je treba poudariti še, da so varni pristani predmet davčne zakonodaje. To pomeni, da nikakor ne gre sklepati, da bi morala imeti podružnica zavarovalnice iz EU v Sloveniji za davčne namene minimalni znesek kapitala v skladu z ZZavar-1, ki je v navedenem statusnopravnem predpisu določen za zavarovalne delniške družbe. Omenjeni zakon ne predpisuje nobenih zahtev glede kapitala niti glede deponiranih sredstev v Sloveniji za podružnice zavarovalnic iz EU v Sloveniji.²³ Ravno kapitalске zahteve pomenijo bistveno razliko med zavarovalno delniško družbo in podružnico zavarovalnice iz EU v Sloveniji. Če naj bi minimalni znesek kapitala iz ZZavar-1 (oziroma ZZavar) kot varni pristan veljal tudi za podružnice zavarovalnic iz EU v Sloveniji za namene pripisa presežka podružnici za davčne namene, potem bi moralo biti to določeno v materialnem davčnem zakonu v Sloveniji, kar bi bilo mogoče tudi preko sklicevanja ZDDPO-2 na ZZavar-1 (oziroma ZZavar).

5.3.7 Sklep v zvezi s pripisom dobička podružnici v skladu s Poročilom OECD

Predstavljeni primer prikazuje možen način pripisa dobička podružnici tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji. Glede na to, da se večina postavk v poslovne knjige predstavljene podružnice evidentira neposredno ali na podlagi dodelitve, je bil poudarek namenjen pripisu presežka, naložbenega premoženja ter prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja podružnici v skladu s Poročilom OECD. Navedene pripisane postavke predstavljajo najpomembnejši del podružnici pripisanih postavk. Glede na to, da je treba vse postavke izkaza poslovnega izida podružnice (tudi pripisane) davčno obravnavati v skladu z materialnim davčnim zakonom, je bila predstavljena tudi davčna obravnava

²³ Enaka določila je vseboval ZZavar.

podružnici pripisanih prihodkov in odhodkov od naložbenega premoženja v skladu z ZDDPO-2. Za pripis naložbenega premoženja predstavljeni podružnici je bila kot najprimernejša izbrana metoda razporejanja kapitala po ključu ZTR. Poročilo OECD sicer ponuja več možnih metod (in ključev) za pripis naložbenega premoženja SPE zavarovalnice, pri čemer poudarja, da mora izbira metode (kot tudi ključa) temeljiti na dejstvih in okoliščinah posameznega primera. Postavke, ki so bile v poslovne knjige predstavljene podružnice evidentirane neposredno ali na podlagi dodelitve ne pomenijo posebnosti za podružnice oziroma jih je mogoče neposredno dodeliti podružnici, zato niso bile posebej predstavljene.

V skladu s Poročilom OECD je torej podružnici zavarovalnice za davčne namene treba pripisati presežek (kapital). Ali je pripis presežka (kapitala) podružnici tuje zavarovalnice v Sloveniji nujno potreben tudi v skladu z ZDDPO-2 ter ali ga je treba izvesti z uporabo ene od metod AOA, bo predstavljeno v nadaljevanju.

6 KRITIČNA PRESOJA ZAKONSKE UREDITVE V SLOVENIJI

6.1 Jasnost zakonodaje glede obdavčitve dobička PE in potrebnost pripisa kapitala podružnici tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji

ZDDPO-2 kot slovenski materialni davčni predpis na področju obdavčitve dobička PE določa davčne obveznosti nerezidenta za dobiček, ki ga ustvari v PE ali preko PE v Sloveniji. Če za določen dohodek ni podlage za njegovo obdavčitev v ZDDPO-2, potem ta v Sloveniji ni obdavčen ne glede na to, da na primer konvencija o izogibanju dvojnemu obdavčevanju med dvema državama daje pravico za obdavčitev tega dohodka državi, v kateri se nahaja SPE. S konvencijo si državi namreč razdelita pravico do obdavčitve posameznih dohodkov, ali bo ta dohodek dejansko obdavčen v določeni državi, pa določa materialni davčni predpis te države. Konvencija torej ne more naložiti dodatne davčne obveznosti zavezancu pogodbene države, ki bi presegala obveznost, kot jo določa materialni davčni predpis te države, prav tako ne njen komentar.

ZDDPO-2 pripisu dobička PE namenja en odstavek enega člena. Zakon ne opredeljuje posebnosti pripoznavanja in vrednotenja notranjih poslov med PE in sedežem družbe, temveč zelo splošno in abstraktno (preko opredelitve PE in sedeža družbe za povezani osebi) napotuje na uporabo pravil za določanje transfernih cen, ki veljajo za povezane samostojne pravne osebe. S tem, ko po eni strani vsebuje neomejeno uporabo neodvisnega tržnega načela, po drugi pa določa, da se PE pripišejo dejanski stroški, ki nastanejo za namene te PE, je v nasprotju sam s sabo. 4. odstavek 12. člena ZDDPO-2 tudi ne omenja pripisa presežka (dotacijskega kapitala) PE za davčne namene. Nejasnost materialnega davčnega zakona je davčni organ poskušal nadomestiti z izdajo pojasnila v letu 2014, s katerim uvaja v slovenski davčni prostor odobreni OECD pristop v dveh stopnjah,

vključno z zahtevo po pripisu kapitala PE. Nedoločnost davčnega zakona vpliva na njegovo različno interpretacijo s strani davčnih zavezancev in davčnega organa in s tem na arbitrarnost slednjega v davčnih inšpekcijskih nadzorih.

Glede na 87. člen Ustave RS »lahko pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb državni zbor določa samo z zakonom.« V 147. členu Ustave RS je določeno, da »država z zakonom predpisuje davke, carine in druge dajatve.« 147. člen Ustave RS je posebna določba glede na načelo zakonitosti iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS. V skladu s 154. členom Ustave RS »morajo biti predpisi objavljeni, preden začno veljati. Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno. Državni predpisi se objavljajo v državnem uradnem listu.«

V zvezi z navedenim je Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju US RS) večkrat presoјalo. V nadaljevanju predstavljam nekaj najpomembnejših odločb US RS, na podlagi katerih bom poslušala priti do ugotovitev oziroma sklepov glede ustreznosti zakonske opredelitve obdavčitve dobička PE (zavarovalnice) v Sloveniji (ključne navedbe US RS bodo predstavljene poudarjeno).

Z Odločbo o neveljavnosti in prepovedi uporabe drugega odstavka III. točke Pojasnila Ministrstva za finance, Sektorja za davčni in carinski sistem, št. 415-3/99 z dne 14.06.1999, št. U-I-126/05-18 z dne 19.10.2006 (Ur.l. RS, št. 112/2006), je US RS odločilo, da **izpodbijani del pojasnila Ministrstva za finance ni začel veljati in se ne sme uporabljati, ker ni bil objavljen v Ur.l. RS**. Na podlagi omenjenega izpodbijanega dela Pojasnila Ministrstva za finance je namreč davčni organ zavezanki (pravni osebi) naložil davčno obveznost z odločbo. Iz navedene odločbe Ur.l. RS je torej jasno razvidno, da davčni organ zavezancem za davek ne more nalagati davčnih obveznosti na podlagi pojasnil oziroma mnenj Ministrstva za finance oziroma samega davčnega organa, če pojasnila oziroma mnenja niso bila objavljena v Ur.l. RS. Na podlagi navedene odločbe US RS lahko sklepamo, da tudi Pojasnilo DURS (2014a) št. 4200-319/2014-1, ki uvaja obveznost pripisa kapitala PE za davčne namene, kar posredno vpliva na višjo davčno osnovo za davek od dobička PE in s tem na dodatno davčno obveznost, ne velja in se ne sme uporabljati. Navedeno pojasnilo torej nima pravne veljavnosti.

Iz Odločbe o razveljavitvi 107. člena Zakona o medijih št. U-I-181/01-12 z dne 16.11.2003 (Ur.l. RS, št. 113/2003), izhaja, da »je zakonodajalec opredelitev posameznih elementov obdavčitve, ki **spadajo v zakonsko materijo opredelitve davkov (predmet obdavčitve, zavezanec, osnova in stopnja)**, prepustil ureditvi s podzakonskim predpisom, namesto da bi jih uzakonil sam (nato pa, če bi se odločil za podrobnejše podzakonsko urejanje, izvršni oblasti dal napotke, usmeritve in okvire za predpisovanje vsebin in količin obdavčenja v zakonsko določenih okvirih). Ker zaradi tega **iz izpodbijane zakonske določbe ni razvidno in predvidljivo, kaj država zahteva od zavezanca**, ta ni v neskladju zgolj s

147. členom Ustave RS, temveč tudi z 2. členom Ustave RS«, zato jo je US RS razveljavilo.

Podoben sklep kot v predhodno navedeni odločbi je izhajal že iz Odločbe o ugotovitvi skladnosti prve alineje prvega odstavka 16. člena zakona o dohodnini z ustavo; o ugotovitvi neskladnosti določb o povračilu stroškov, ki jih je zavezanec imel v zvezi z delom, po 16., 42., 43. in 86.a členu zakona o dohodnini, 21. člena zakona o davku od dobička pravnih oseb in četrte alineje tretjega odstavka 3. člena zakona o posebnem davku na določene prejemke z ustavo, kolikor Vladi RS brez določitve zakonskega okvira prepuščajo podrobnejšo določitev stroškov v zvezi z delom in določitev višine teh stroškov, do katere se povračila zanje ne vštevajo v osnovo za davek od osebnih prejemkov oziroma do katerih se ti stroški priznavajo kot odhodek pri ugotavljanju davčne osnove; o ugotovitvi neskladnosti uredbe o višini povračil stroškov v zvezi z delom in drugih prejemkov, ki se pri ugotavljanju davčne osnove priznajo kot odhodek, z ustavo; o ugotovitvi neskladnosti 43. člena zakona o dohodnini z ustavo, kolikor ne omogoča upoštevanje stroškov zasebnika z njegovim prevozom na delo in z dela kot odbitne postavke pri ugotavljanju davčne osnove, št. U-I-296/95 z dne 27.11.1997 (Ur.l. RS, št. 82/1997), ki navaja, da »je davek neposreden poseg države v zasebno lastnino brez neposrednega povračila, zato Ustava RS tako poseganje prepušča in nalaga izključno zakonodajalcu (147. člen Ustave RS), ta pa ga sme določati samo z zakonom (87. člen Ustave RS). **Iz zakona, ki davek uvaja, in ne šele iz podzakonskega predpisa, mora biti razvidno in predvidljivo, kaj država zahteva od davkoplačevalca.**«

Če naj bi bilo iz dikcije 4. odstavka 12. člena ZDDPO-2, »da se PE lahko pripíše tisti dobiček, za katerega bi se lahko pričakovalo, da bi ga ta PE imela, če bi bila samostojni zavezanec, ki opravlja enako ali podobno dejavnost oziroma posle«, razumeti, da mora PE za davčne namene imeti tudi neki presežek, ki ima enako vlogo, kot ga ima kapital pri samostojnih pravnih osebah, bi bila naloga zakonodajalca zakonsko opredeliti način, kako naj se določi višina presežka.

Zaključiti je mogoče, da zakonodajalec ni jasno opredelil davčne osnove za DDPO PE v Sloveniji, kar je glede na zgoraj navedene odločbe US RS zakonska materija. Iz 4. odstavka 12. člena ZDDPO-2 torej ni razvidno in predvidljivo, kaj država zahteva od zavezanca, s čimer se postavlja pod vprašaj skladnost navedene zakonske določbe s 147. členom Ustave RS.

Ker materialni davčni zakon v Sloveniji ne opredeljuje pripisa presežka PE zavarovalnice, davčni organ nima pravne podlage, da od zavezancev zahteva izračun presežka naložb nad ZTR oziroma da presoja ustreznost višine presežka naložb nad ZTR, ki ga je ugotovil davčni zavezanec sam. Glede na navedeno menim, da tudi če bi bilo podružnici tuje zavarovalnice iz EU v Sloveniji pripisano naložbeno premoženje zgolj v višini ZTR, slovenski davčni organ nima zakonske podlage zahtevati pripisa večjega zneska

naložbenega premoženja podružnici (ker zakon ne določa meril oziroma metod za določitev presežka naložb nad ZTR).

Vendar se poslovnim enotam v praksi po navadi pripiše določen presežek ali z uporabo odobrenega OECD pristopa ali z uporabo druge metode. Menim, da bi glede na zgoraj navedeno davčni organ v Sloveniji moral sprejeti tudi pripis presežka, ki je izveden z uporabo metode, ki ne predstavlja odobrenega OECD pristopa.

V Odločbi o ugotovitvi, da 5., 6., 8. in 9. člen Uredbe o vodnih povračilih ni v neskladju z Ustavo, in sklepu o zavrženju pobude ter o nesprejemu ustavne pritožbe št. U-I-215/11-10, Up-1128/11-4, z dne 10.01.2013 (Ur.l. RS, št. 14/2013), je ponovno izraženo, da »iz **147. člena Ustave izhaja, da se smejo prisilne dajatve določati samo z zakonom**«, in nadalje pojasnjeno, da »**sme podzakonski akt zakonsko normo dopolnjevati le do te mere, da z zakonom urejenih pravic in obveznosti ne širi ali zožuje. Podzakonski akt, ki podrobneje ureja merila za določitev obveznosti plačila javne dajatve, mora upoštevati vsa merila, ki izhajajo iz zakonske ureditve, in ne sme uvajati novih ali drugačnih meril za določitev obveznosti. Izvršilna veja oblasti ne sme brez zakonskih okvirov samostojno urejati vprašanj, ki sodijo na področje zakonodajalca.**«

Iz Odločba o ugotovitvi, da določbe 20.b in prvega odstavka 20.c člena zakona o gospodarski zbornici Slovenije ter določbe 1. člena zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o davčni službi niso v neskladju z ustavo, št. U-I-184/00-36 z dne 06.03.2003 (Ur.l. RS, št. 30/2003), izhaja, da **določba 147. člena Ustave od zakonodajalca ne zahteva, naj v celoti opredeli merila za določitev višine javne dajatve, temveč da jih mora določiti vsaj okvirno.**

Zakonodajalec mora torej bistvene elemente obdavčitve, med katere sodi tudi davčna osnova, uzakoniti sam in jih ne more prepustiti ureditvi s podzakonskim predpisom. Lahko pa se odloči za podrobnejšo podzakonsko ureditev zakonske norme, pri čemer mora za to pooblastiti izvršilno oblast in ji dati napotke in usmeritve. 4. odstavek 12. člena ZDDPO-2 tovrstnega pooblastila ne vsebuje niti ne obstajajo podzakonski akti, v katerih bi bilo izvajanje tega člena podrobneje urejeno. Navedeno vrzel je davčni organ zapolnil z izdajo Pojasnila DURS (2014a) št. 4200-319/2014-1, ki pa je pravno neveljavno, kot je že pojasnjeno v tem poglavju.

Obveznost zakonskega določanja davčnih obveznosti podpirajo tudi načela davčnega postopka, vsebovana v ZDavP-2:

- načelo zakonitosti v davčnih zadevah določa, da »davčni organ odloča v davčnih zadevah samostojno v okviru in na podlagi mednarodnih pogodb, ki obvezujejo

Republiko Slovenijo, zakonov in splošnih aktov po tem zakonu, zakonu, ki ureja finančno upravo ali zakonu o obdavčenju»²⁴;

- v skladu z načelom gotovosti, seznanjenosti in pomoči »ima zavezanec za davek pravico vnaprej biti seznanjen s svojimi pravicami in obveznostmi, ki izhajajo iz tega zakona in drugih aktov, na podlagi katerih davčni organ odloča o pobiranju davkov«²⁵;
- iz načela zakonitega in pravočasnega izpolnjevanja in plačevanja davčnih obveznosti izhaja, da »zavezanec za davek napove, obračuna in plača le toliko davka in na način ter v rokih, kot je določeno z zakonom ali akti na podlagi zakona«²⁶.

6.2 Pravna veljavnost Poročila OECD v Sloveniji

Glede na to, da je mogoče davčne obveznosti predpisovati le z zakonom, lahko sklepamo, da tudi Poročilo OECD ne more predstavljati pravno veljavnega dokumenta glede obdavčitve dobička PE v Sloveniji. Zahteva slovenskega davčnega organa po neposredni uporabi Poročila OECD torej nima pravne podlage.

Iz Odločbe o razveljavitvi Zakona o davku na nepremičnine in o ugotovitvi, da je Zakon o množičnem vrednotenju, kolikor se nanaša na množično vrednotenje nepremičnin zaradi obdavčevanja nepremičnin, v neskladju z Ustavo, št. U-I-313/13-86 z dne 21.03.2014 (Ur.l. RS, št. 22/2014), med drugim izhaja, da »**so zaradi njihovega pomena za določitev davčne osnove pri davku na nepremičnine modeli vrednotenja nepremičnin zakonska materija**, ki je zakonodajalec glede urejanja bistvenih elementov ne sme prepustiti izvirnemu urejanju z izvršilnimi predpisi.« Vsebine, ki jih opredeli šele pravilnik, so izvirne vsebine, če nimajo ustrezne zakonske podlage. Zato je 7. člen Zakona o množičnem vrednotenju nepremičnin (v nadaljevanju ZMVN) v neskladju s 147. členom Ustave RS.

Iz Odločbe nadalje izhaja, da »ZMVN prav tako ne določa metod množičnega vrednotenja nepremičnin, ki se uporabljajo pri posameznih modelih vrednotenja, kakor tudi ne meril za izbiro posamezne metode. [...] **Za pravni položaj davčnega zavezanca so te metode bistvenega pomena, ker je njihova izbira in uporaba odločilnega pomena za določitev posplošene tržne vrednosti nepremičnine in s tem za določitev davčne osnove. Ker je zakonodajalec v 8. členu ZMVN opustil ureditev vprašanja, ki bi morala biti urejena z zakonom**, in je v četrtem odstavku 15. člena ZMVN **urejanje metod vrednotenja v celoti prepustil urejanju s podzakonskimi predpisi** (t. i. gola izvršilna klavzula), sta 8. člen in četrti odstavek 15. člena ZMVN **v neskladju s 147. členom Ustave RS.**«

Iz novejših odločb US RS v zadevi Zakona o davku na nepremičnine torej izhaja, da so metode vrednotenja zakonska materija in da bistveno vplivajo na določitev davčne osnove.

²⁴ 4. člen ZDavP-2.

²⁵ 7. člen ZDavP-2.

²⁶ 9. člen ZDavP-2.

To pomeni, da metode za pripis presežka (dotacijskega kapitala) PE, ki posredno bistveno vplivajo na višino davčne osnove PE, ne morejo biti določene s Poročilom OECD, ker za to ni zakonske podlage.

Dokaz, da se za smernice, priporočila, ugotovitve neke organizacije ne more zahtevati njihova neposredna uporaba v smislu davčnega predpisa, je tudi primer prevzema metod za določanje transfernih cen iz Smernic OECD v nacionalno zakonodajo, to je v materialni davčni zakon ZDDPO-2. Določanje transfernih cen v skladu z neodvisnim tržnim načelom pa je na podlagi zakonskega pooblastila podrobneje urejeno v podzakonskem aktu, to je Pravilniku o transfernih cenah, katerega podlaga so prav tako Smernice OECD.

Ob spremembi Smernic OECD v letu 2010 je organizacija OECD tako države članice kot tudi države nečlanice pozvala, da nova določila Smernic OECD vključijo v svojo zakonodajo. Tako Bobek-Gospodaričeva (2011, str. 78) navaja, »da bo zakonodajo s področja transfernih cen morala prilagoditi tudi Slovenija, in sicer naj bi se spremenil in dopolnil predvsem Pravilnik o transfernih cenah, v katerem se bodo ustrezno formulirala pravna pravila, ki bodo po vsebini izvirala iz smernic. Določila smernic (navodila, obrazložitve, zgledi) pa se bodo uporabljala kot usmeritve oziroma priporočila.« Pravilnik o transfernih cenah je bil spremenjen in dopolnjen v letu 2012.

Tudi iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (2010a) št. X Ips 1138/2006 izhaja, da »Smernice OECD pravno ne zavezujejo, jih je pa mogoče uporabiti kot razlagalni pripomoček oziroma orientacijsko pomoč«.

Navedeni primer predstavlja način, kako je vsebina določenega dokumenta mednarodne organizacije (v tem primeru Smernic OECD) prevzeta v nacionalno zakonodajo. Prevzem v nacionalno zakonodajo je namreč nujen, da se določbe sploh lahko upoštevajo kot davčni predpis, ki nalaga davčne obveznosti zavezancem. Če bi Smernice OECD veljale neposredno kot davčni predpis, prevzem njihove vsebine v nacionalno davčno zakonodajo ne bi bil potreben. Če slovenski davčni organ ocenjuje, da bi se odobren OECD pristop iz Poročila OECD moral uporabljati za pripis dobička PE v Sloveniji, potem bi moral predlagati ustrezne spremembe materialnega davčnega zakona na področju obdavčitve dobička PE v Sloveniji. Tak primer je znan na primer iz Nemčije, ki je odobren OECD pristop iz Poročila OECD, vključno z metodami za pripis presežka PE, prevzela v nacionalno zakonodajo. Glede na dejstvo, da vsebuje večina sporazumov o izogibanju dvojnemu obdavčevanju, ki jih ima sklenjene Slovenija, še besedilo starega 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD, bi bilo treba razmisliti o revidiranju omenjenih sporazumov in vključitvi besedila novega 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD.

Zgornje navedbe potrjuje tudi Lyal (2015) z navedbo, da Smernice OECD seveda niso obvezujoče, pomenijo pa rezultat obsežnih razprav in določen konsenz glede najprimernejših načinov za določanje cene oziroma dobička skladno z neodvisnim tržnim

načelom. Zato se nanje sklicujejo nacionalne davčne uprave glede uporabe neodvisnega tržnega načela in so eksplicitno omenjene v zakonodajah oziroma pravilnikih mnogih držav članic.

V Sloveniji niti zakon niti pravilnik ne omenjata Poročila OECD in ne prevzemata njegove vsebine, za razliko od Smernic OECD, katerih vsebina je prevzeta v slovenski ZDDPO-2 in Pravilnik o transfernih cenah.

Iz zgornjih navedb izhaja, da v Sloveniji ni pravne podlage, ki bi predpisovala neposredno uporabo Poročila OECD in s tem obširne metodologije za pripis presežka ter z njim povezanih naložb in donosov naložb PE zavarovalnice.

V prvi stopnji implementacije Poročila OECD v prakso je bil spremenjen Komentar Vzorčnega sporazuma OECD v letu 2008, katerega vloga je pomoč pri interpretaciji Vzorčnega sporazuma OECD.

Mehle (2014, str. 86-87) na primer navaja, da »posodobljen komentar starega 7. člena konvencije uvaja uporabo tako imenovanega priznanega postopka OECD²⁷ [...], ki za namene pripisa dobička uporablja metodologijo dveh stopenj« in da ga je treba upoštevati tudi pri ugotavljanju pripisa dobička PE v Sloveniji.

Navedeno mnenje ne upošteva dejstva, da sklicevanje na Poročilo OECD glede metod za pripis kapitala SPE v prenovljenem Komentarju 2008 predstavlja popolno novost, zato tega ni mogoče upoštevati za stare sporazume. Pijl (2011) je mnenja, da pripis kapitala SPE v skladu s starimi sporazumi sploh ni potreben. Dodatno menim, da tudi za nove sporazume sprememba prenovljenega Komentarja 2008 glede pripisa kapitala SPE ne zadošča, saj obveznost pripisa kapitala vključno z metodami ne more biti predmet Komentarja, temveč je potreben prevzem v nacionalno zakonodajo. Zato je po mojem mnenju navedba Mehleta vprašljiva z vidika pravne veljavnosti v Sloveniji, saj niti konvencija niti njen komentar ne moreta uvajati oziroma nalagati davčnih obveznosti zavezancem za davek.

SKLEP

Pripis dobička PE je eno zahtevnejših področij mednarodne obdavčitve. Nobena država ne želi prepustiti davčnih prihodkov drugi državi. Pri poslovanju podjetij v drugi državi je najprej treba odgovoriti na vprašanje, ali gre za obstoj PE v tej državi. Če PE v drugi državi obstaja, se naslednje vprašanje nanaša na določitev pripisa dobička PE.

²⁷ Gre za Authorised OECD Approach (AOA), za katerega je v magistrskem delu uporabljen prevod odobreni OECD pristop (AOA).

Obdavčitev dobička PE je urejena v 7. členu Vzorčne konvencije OECD, ki je bila podlaga za večino sporazumov, ki jih je sklenila Slovenija. V mednarodni davčni praksi ne obstaja enotna interpretacija 7. člena. Mnenja se razhajajo predvsem glede obsega samostojnosti SPE za davčne namene oziroma obsega uporabe neodvisnega tržnega načela za vrednotenje notranjih poslov med SPE in sedežem družbe. S konvencijo si državi podelita pravico do obdavčitve posameznih dohodkov. Konvencija ima prednost pred nacionalno zakonodajo, vendar ne more povzročati dodatne obveznosti davčnim zavezancem, ki ni opredeljena v lokalni zakonodaji.

Tuja pravna oseba je zavezana za davek od dobička PE v Sloveniji v skladu z ZDDPO-2. Navedeni zakon kot materialni davčni predpis v Sloveniji opredeljuje davčno osnovo za davek od dobička PE v 12. členu. Zakon določa, da je notranje posle med PE in sedežem družbe treba vrednotiti v skladu z neodvisnim tržnim načelom, vendar pa ne opredeljuje posebnosti njihovega pripoznavanja in vrednotenja. Po eni strani napotuje na uporabo pravil za določanje transfernih cen, ki veljajo za povezane samostojne pravne osebe, po drugi strani pa določa, da se PE pripišejo dejanski stroški, ki nastanejo za namene te PE, s čimer je v nasprotju sam s sabo. Nedoločnost davčnega zakona vpliva na njegovo različno interpretacijo s strani davčnih zavezancev in davčnega organa, zaradi česar se pojavljajo problemi v DIN. Morebitna mednarodna dvojna obdavčitev se običajno odpravlja z metodo izvzema ali metodo odbitka.

Kot odziv na neenotno interpretacijo 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD je bilo izdano Poročilo OECD, katerega namen je bil pripraviti interpretacijo navedenega člena, ki bi bila široko sprejeta med državami članicami OECD. Poročilo vsebuje odobreni OECD pristop (AOA) v dveh stopnjah. V skladu z navedenim pristopom je treba SPE pripisati dobiček, ki bi ga ta dosegla v skladu z neodvisnim tržnim načelom iz 2. odstavka 7. člena, če bi bila samostojno in ločeno podjetje, ki opravlja enake ali podobne funkcije pod enakimi ali podobnimi pogoji in posluje popolnoma neodvisno s podjetjem, katerega del je, in je določen s smiselno uporabo Smernic OECD. V skladu z AOA je treba SPE za davčne namene pripisati tudi presežek (dotacijski kapital), ki je podlaga za določitev zneska odhodkov obresti, ki se lahko pripišejo SPE. SPE zavarovalnice je treba pripisati ustrezno naložbeno premoženje, ki ustreza tako ZTR kot presežku, ter z njim povezane prihodke in odhodke. Poročilo OECD ponuja več metod za pripis presežka oziroma naložbenega premoženja SPE.

Cilj OECD je bil čim prejšnja implementacija odobrenega OECD pristopa v prakso. V prvi stopnji je bila izvedena sprememba Komentarja Vzorčnega sporazuma OECD v letu 2008. Prenovljeni Komentar 2008 na novo opredeljuje obveznost vodenja poslovnih knjig in dokumentacije SPE, metode za pripis kapitala SPE ter vpliv zneska pripisanega kapitala na višino zunanjih obresti, ki se lahko pripišejo SPE. Teh navedb predhodni Komentar ni vseboval, zato se ne morejo uporabljati za stare sporazume. V skladu s starimi sporazumi torej SPE ni treba pripisati kapitala. V drugi stopnji AOA sta bila v letu 2010 spremenjena

besedilo 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD in njemu pripadajoči Komentar. Besedilo novega 2. odstavka 7. člena vsebuje glavne elemente dvostopenjskega odobrenega OECD pristopa. Večina sporazumov, ki jih je sklenila Slovenija, vsebuje še besedilo starega 7. člena.

Poročilu OECD je sledil tudi slovenski davčni organ z izdajo pojasnila v letu 2014, ki vsebuje uvedbo odobrenega OECD pristopa v dveh fazah v slovenski davčni prostor vključno s pripisom kapitala PE za davčne namene. Z navedenim pojasnilom je davčni organ poskušal nadomestiti nedoločnost materialnega davčnega zakona na področju obdavčitve dobička PE v Sloveniji.

V Nemčiji je bil odobreni OECD pristop v dveh stopnjah v letu 2013 prevzet v nacionalno zakonodajo. Na podlagi zakonskega pooblastila je bila uporaba neodvisnega tržnega načela vključno s pravili za določitev dotacijskega kapitala PE podrobneje urejena v pravilniku, ki se uporablja za poslovna leta, ki se začnejo po 31.12.2014. Del pravilnika se nanaša tudi na posebnosti PE zavarovalnic.

Slovenski davčni organ je pri izvajanju DIN obračuna DDPO predstavljene podružnice zavarovalnice zahteval, da matična družba izvede pripis kapitala podružnici za davčne namene v skladu s Poročilom OECD. Matična družba je podružnici pripisala naložbeno premoženje in presežek v skladu z metodo razporejanja kapitala. Stališče davčnega organa pa bi lahko interpretirali kot zagovarjanje pripisa minimalnega kapitala podružnici v višini, ki velja za zavarovalne delniške družbe v skladu z ZZavar. DIN v času nastajanja tega magistrskega dela še ni zaključen, zato končna odločitev še ni znana.

Z Ustavo RS je določeno, da država z zakonom predpisuje davke in da morajo biti predpisi objavljeni v državnem uradnem listu, preden začnejo veljati. Na podlagi navedenih določil Ustave RS in ustavnosodne prakse s tega področja je mogoče zaključiti, da Pojasnilo DURS, ki uvaja obveznost pripisa kapitala PE za davčne namene, kar posredno vpliva na višjo osnovo za davek od dobička PE in s tem višjo davčno obveznost, nima pravne veljavnosti in se ne sme uporabljati. Zakonodajalec mora namreč bistvene elemente obdavčitve, med katere sodi tudi davčna osnova, uzakoniti sam.

Ker materialni davčni zakon v Sloveniji ne opredeljuje pripisa presežka PE zavarovalnice, davčni organ nima pravne podlage, da od davčnih zavezancev zahteva izračun presežka naložb nad ZTR PE. Glede na to, da se PE v praksi običajno pripiše določen presežek, menim, da bi davčni organ v Sloveniji moral sprejeti pripis presežka tudi, če ni ugotovljen z uporabo odobrenega OECD pristopa.

Glede na obveznost predpisovanja davkov z zakonom je mogoče sklepati, da tudi Poročilo OECD ne more predstavljati pravno veljavnega dokumenta na področju obdavčitve dobička PE v Sloveniji. Metode za pripis presežka PE so odločilnega pomena za določitev

davčne osnove in ne morejo biti določene s Poročilom OECD, ker za to ni zakonske podlage.

Če davčni organ ocenjuje, da bi se moral odobreni OECD pristop iz Poročila OECD uporabljati za pripis dobička PE v Sloveniji, potem bi moral predlagati ustrezne spremembe materialnega davčnega zakona na področju obdavčitve dobička PE v Sloveniji. Poleg tega bi bilo treba razmisliti o revidiranju obstoječih sporazumov in vključitvi besedila novega 7. člena Vzorčnega sporazuma OECD.

LITERATURA IN VIRI

1. Baldamus, E.-A. (2012). Neues zur Betriebsstättengewinnermittlung. *Internationales Steuerrecht*, (9), 317-324.
2. Bendlinger, S. (2009). *Die Betriebsstätte in der Praxis des internationalen Steuerrechts*. Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG.
3. Bobek-Gospodarič, D. (2011). Novosti pri določanju transfernih cen (spremembe smernic OECD). *IKS Revija za računovodstvo in finance*, XXXVIII(6), 59-79.
4. Busch, O. (2014). Die Bestimmung des Dotationskapitals bei Versicherungsbetriebsstätten gemäß BsGaV. *Internationales Steuerrecht*, (20), 757-761.
5. Couzin, R. (2005). The OECD Project: Transfer Pricing Meets Permanent Establishment. *Canadian Tax Journal*, 53(2), 401-408.
6. Demšar, K. (2013). Stalna poslovna enota v Sloveniji in problematika obračunavanja DDV-ja. *SIR*IUS Revija za teorijo in prakso revizije, računovodstva, davkov, financ, ocenjevanja vrednosti in drugih sorodnih področij*, (1), 34-45.
7. DURS – Davčna uprava Republike Slovenije. (2010). *Stalna poslovna enota in ZDDV-I*. Pojasnilo DURS št. 4230-228/2010, 18.08.2010. Ljubljana: DURS.
8. DURS – Davčna uprava Republike Slovenije. (2011). *Izvedbena uredba Sveta (EU) o določitvi izvedbenih ukrepov za Direktivo 2006/112/ES o skupnem sistemu davka na dodano vrednost*. Pojasnilo DURS št. 4230-5373/2011, 30.06.2011. Ljubljana: DURS.
9. DURS – Davčna uprava Republike Slovenije. (2012). *Obdavčitev poslovne enote nerezidenta v Sloveniji*. Pojasnilo DURS št. 4217-10548/2012 2 01-650-03, 21.11.2012. Ljubljana: DURS.
10. DURS – Davčna uprava Republike Slovenije. (2014a). *Pripis kapitala poslovni enoti za davčne namene in obstoj poslovne enote tuje matične družbe, ki ima v Sloveniji hčerinsko družbo*. Pojasnilo DURS št. 4200-319/2014-1, 07.04.2014. Ljubljana: DURS.
11. DURS – Davčna uprava Republike Slovenije. (2014b). *Odprtje avstrijske podružnice v Sloveniji*. Pojasnilo DURS št. 4200-445/2014-2, 15.04.2014. Ljubljana: DURS.
12. DURS – Davčna uprava Republike Slovenije. (2014c). *Stalna poslovna enota in obveznost davčnega odtegljaja*. Pojasnilo DURS št. 4217-6398/2014-2, 18.06.2014. Ljubljana: DURS.
13. Dziurdz, K. (2014). Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE: Different Arm's Length Principles under Articles 7(2) and 9? *World Tax Journal*, 6(2), 135-167.
14. Engel, D., & Ziegert, A. (2013). Für international tätige Unternehmen: Neuerungen bei der Betriebsstättengewinnermittlung sowie erforderliche Maßnahmen. Najdeno 27. maja 2015 na spletnem naslovu http://www.stueckmann.de/fileadmin/publikationen/2013/2013-01_OWL_HLB_Betriebsstaettengewinnermittlung_V2.pdf

15. *Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz)*. (2013). Najdeno 23. aprila 2016 na spletnem naslovu <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/astg/gesamt.pdf>
16. Hemmelrath, A., & Kepper, P. (2013). Die Bedeutung des »Authorized OECD Approach« (AOA) für die deutsche Abkommenspraxis. *Internationales Steuerrecht*, (2), 37-42.
17. Izvedbena uredba Sveta (EU) št. 282/2011 o določitvi izvedbenih ukrepov za Direktivo 2006/112/ES o skupnem sistemu davka na dodano vrednost. *Uradni list EU* št. L 77/2011, L 290/2012, L 284/2013, L294/2014-popr.
18. Jerman, S., & Odar, M. (2008). *Zakon o davku od dohodkov pravnih oseb s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba.
19. Ključanin, E., & Zemljič, M. (2004). *Konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja dohodka in premoženja z obrazložitvijo*. Ljubljana: GV Založba.
20. Kofler, G., & van Thiel, S. (2011, avgust). The »Authorized OECD Approach« and EU Tax Law. *European taxation*. Najdeno 27. maja 2015 na spletnem naslovu http://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/European-Taxation/collections/et/html/et_2011_08_e2_3.html
21. Konvencija med Republiko Slovenijo in Republiko Avstrijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja v zvezi z davki na dohodek in premoženje. *Uradni list RS-MP* št. 4/1998, 22/2006, 6/2012.
22. Kuhar, Š. (2008). *TRANSFERNE CENE poslovni in davčni vidik*. Ljubljana: Časnik Finance.
23. Kußmaul, H., Delarber, C., & Müller, F. (2014). Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung-Entwurf – Ein allgemeiner Überblick. *Internationales Steuerrecht*, (12), 466-474.
24. Lyal, R. (2015). Transfer Pricing Rules and State Aid. *Fordham International Law Journal*, 38(4), 1017-1043.
25. Martens, J., Neighbour, J., Preshaw, D., & Saunders, R. (2007, 1. julij). OECD's authorised approach presents challenges. Najdeno 26. maja 2015 na spletnem naslovu <http://www.internationaltaxreview.com/Article/2605165/OECDs-authorized-approach-presents-challenges.html>
26. Mednarodni standardi računovodskega poročanja. *Uradni list EU* št. L 320/2008, L 338/2008, L 339/2008, L 17/2009, L 21/2009, L 80/2009, L 139/2009, L 149/2009, L 191/2009, L239/2009, L 244/2009, L 311/2009, L 312/2009, L 314/2009, L 347/2009, L 77/2010, L 157/2010, L 166/2010, L 186/2010, L 193/2010, L 46/2011, L 305/2011, L 146/2012, L 360/2012, L 61/2013, L 90/2013, L 95/2013, L 312/2013, L 346/2013, L 175/2014, L 365/2014, L 5/2015, L 306/2015, L 307/2015, L 317/2015, L 330/2015, L 333/2015, L 336/2015.
27. Medved, D. (2004). *Analiza možnosti obvladovanja stroškov v zavarovalnicah – primer življenjske zavarovalnice* (doktorska disertacija). Ljubljana: Ekonomska fakulteta.

28. Mehle, M. (2014). Dotirana podružnica in obračun DDPO. *IKS Revija za računovodstvo in finance*, XLI(7), 83-88.
29. Melhem, Y., & Dombrowski, M. (2015). Die unbestimmten Grenzen der Selbständigkeitsfiktion des AOA. *Internationales Steuerrecht*, (23), 912-917.
30. Nowotny, C. (2013). Determination of the Tax Basis of a PE: The new OECD-Approach. *SIR* IUS Revija za teorijo in prakso revizije, računovodstva, davkov, financ, ocenjevanja vrednosti in drugih sorodnih področij*, (1), 126-145.
31. Odločba o neveljavnosti in prepovedi uporabe drugega odstavka III. točke Pojasnila Ministrstva za finance, Sektorja za davčni in carinski sistem, št. 415-3/99 z dne 14.06.1999, št. U-I-126/05-18 z dne 19.10.2006. *Uradni list RS* št. 112/2006.
32. Odločba o razveljavitvi Zakona o davku na nepremičnine in o ugotovitvi, da je Zakon o množičnem vrednotenju, kolikor se nanaša na množično vrednotenje nepremičnin zaradi obdavčevanja nepremičnin, v neskladju z Ustavo, št. U-I-313/13-86 z dne 21.03.2014. *Uradni list RS* št. 22/2014.
33. Odločba o razveljavitvi 107. člena Zakona o medijih št. U-I-181/01-12 z dne 16.11.2003. *Uradni list RS* št. 113/2003.
34. Odločba o ugotovitvi, da 5., 6., 8. in 9. člen Uredbe o vodnih povračilih ni v neskladju z Ustavo, in sklep o zavrženju pobude ter o nesprejemu ustavne pritožbe št. U-I-215/11-10, Up-1128/11-4, z dne 10.01.2013. *Uradni list RS* št. 14/2013.
35. Odločba o ugotovitvi, da določbe 20.b in prvega odstavka 20.c člena zakona o gospodarski zbornici Slovenije ter določbe 1. člena zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o davčni službi niso v neskladju z ustavo, št. U-I-184/00-36 z dne 06.03.2003. *Uradni list RS* št. 30/2003.
36. Odločba o ugotovitvi skladnosti prve alineje prvega odstavka 16. člena zakona o dohodnini z ustavo; o ugotovitvi neskladnosti določb o povračilu stroškov, ki jih je zavezanec imel v zvezi z delom, po 16., 42., 43. in 86.a členu zakona o dohodnini, 21. člena zakona o davku od dobička pravnih oseb in četrte alineje tretjega odstavka 3. člena zakona o posebnem davku na določene prejemke z ustavo, kolikor Vladi RS brez določitve zakonskega okvira prepuščajo podrobnejšo določitev stroškov v zvezi z delom in določitev višine teh stroškov, do katere se povračila zanje ne všttevajo v osnovo za davek od osebnih prejemkov oziroma do katerih se ti stroški priznavajo kot odhodek pri ugotavljanju davčne osnove; o ugotovitvi neskladnosti uredbe o višini povračil stroškov v zvezi z delom in drugih prejemkov, ki se pri ugotavljanju davčne osnove priznajo kot odhodek, z ustavo; o ugotovitvi neskladnosti 43. člena zakona o dohodnini z ustavo, kolikor ne omogoča upoštevanje stroškov zasebnika z njegovim prevozom na delo in z dela kot odbitne postavke pri ugotavljanju davčne osnove, št. U-I-296/95 z dne 27.11.1997. *Uradni list RS* št. 82/1997.
37. OECD – Organisation for Economic Cooperation and Development. (2007). *Model Tax Convention on Income and on Capital 2005*. Pariz: OECD.
38. OECD – Organisation for Economic Cooperation and Development. (2008a). *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*. Pariz: OECD.

39. OECD – Organisation for Economic Cooperation and Development. (2008b). *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Pariz: OECD.
40. OECD – Organisation for Economic Cooperation and Development. (2010a). *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Pariz: OECD.
41. OECD – Organisation for Economic Cooperation and Development. (2010b). *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Pariz: OECD.
42. OECD – Organisation for Economic Cooperation and Development. (2015). *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014: Full Version*. Pariz: OECD.
43. Pijl, H. (2011). Interpretation of Article 7 of the OECD Model, Permanent Establishment Financing and Other Dealings. *Bulletin for International Taxation*, 65(6), 294-306.
44. Plansky, P. (2010). *Die Gewinnzurechnung zu Betriebsstätten im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*. Wien: Linde Verlag Wien Ges.m.b.H.
45. Pogodba o delovanju Evropske unije. *Uradni list EU* št. C 326/2012.
46. Pravilnik o davčnem obračunu davka od dohodkov pravnih oseb. *Uradni list RS* št. 109/2013, 83/2014, 101/2015.
47. Pravilnik o izvajanju Zakona o davku od dohodkov pravnih oseb. *Uradni list RS* št. 60/2007, 55/2013, 92/2015.
48. Pravilnik o priznani obrestni meri. *Uradni list RS* št. 141/06, 52/07.
49. Pravilnik o transfernih cenah. *Uradni list RS* št. 141/2006, 04/2012.
50. Predstavljena podružnica. (2015). *Interno gradivo*. Ljubljana: Predstavljena podružnica.
51. Prislán, B. (2011). Obdavčitev poslovne enote. *IKS Revija za računovodstvo in finance*, XXXVIII(6), 36-58.
52. Prislán, B. (2012). Dvojna obdavčitev in njeno odpravljanje. *IKS Revija za računovodstvo in finance*, XXXIX(7-8), 15-258.
53. Rest, T. (2011, februar). Befindet sich die Betriebsstättenergebnisabgrenzung im Anlagenbau im Umbruch? *Der Wirtschaftstreuhänder*. Najdeno 27. maja 2015 na spletnem naslovu http://www.hr-tax.at/wp/wp-content/uploads/2014/05/WT_02_2012_Rest.pdf
54. Sklep o spremembi zneskov za izračun minimalnega kapitala in zneskov zajamčenega kapitala zavarovalnic. *Uradni list RS* št. 102/2012.
55. Slovenski računovodski standardi. *Uradni list RS* št. 118/2005, 10/2006 – popr., 58/2006, 112/2006 – popr., 3/2007, 12/2008, 119/2008, 1/2010, 90/2010 – popr., 80/2011, 2/2012, 64/2012, 94/2014, 2/2015 – popr., 95/2015, 98/2015).
56. Sodišče Evropskih skupnosti. (1999). *Sodba sodišča Evropskih skupnosti v zadevi C-307/97: Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland, proti Finanzamt Aachen-Innenstadt z dne 21.09.1999*. Luksemburg: Sodišče Evropskih skupnosti.
57. Sodišče Evropskih skupnosti. (2006). *Sodba sodišča Evropskih skupnosti v zadevi C-210/04 z dne 23.03.2006 – »Šesta direktiva o DDV – Člena 2 in 9 – Stalna poslovna*

- enota – Družba nerezidentka – Pravna vez – Sporazum o porazdelitvi stroškov – Konvencija OECD o izogibanju dvojnega obdavčevanja*«. Luksemburg: Sodišče Evropskih skupnosti.
58. Turk, I. (2004). *Pojmovnik računovodstva, financ in revizije*. Ljubljana: Zveza računovodij, finančnikov in revizorjev Slovenije.
 59. Ustava Republike Slovenije. *Uradni list RS* št. 33/1991, 42/1997-UZ68, 66/2000-UZ80, 24/2003-UZ3A-47-68, 69/2004-UZ14, 69/2004-UZ43, 69/2004-UZ50, 68/2006-UZ121-140-143, 47/2013-UZ90-97-99, 47/2013-UZ148.
 60. *Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten nach § 1 Absatz 5 des Außensteuergesetzes (Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung – BsGaV)*. (2014). Najdeno 23. aprila 2016 na spletnem naslovu http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Gesetze/2014-10-17-Betriebsstaettengewinnaufteilungsverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2
 61. *Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten nach § 1 Absatz 5 des Außensteuergesetzes (Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung – BsGaV) – razlaga. Drucksache 401/14, 28.08.2014*. (2014). Najdeno 28. aprila 2016 na spletnem naslovu http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0401-0500/401-14.pdf?__blob=publicationFile&v=1
 62. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2010a). *Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije št. X Ips 1138/2006 z dne 17.03.2010*. Ljubljana: Vrhovno sodišče Republike Slovenije.
 63. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2010b). *Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije št. X Ips 342/2008 z dne 08.07.2010*. Ljubljana: Vrhovno sodišče Republike Slovenije.
 64. Walter, T., & Haslinger, S. (2014). Deutschland: Entwurf einer Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung (BsGaV). Najdeno 23. aprila 2016 na spletnem naslovu <http://www.kpmg.at/publikationen/newsletter/financial-services/financial-services-newsletter-detail-alt/1781-deutschland-entwurf-einer-betriebsstaettengewinnaufteilungsverordnung-bsgav.html>
 65. Wassermeyer, F. (2012). Die Abkommensrechtliche Aufteilung von Unternehmensgewinnen zwischen den beteiligten Vertragsstaaten. *Internationales Steuerrecht*, (8), 277-282.
 66. Zakon o davčnem postopku. *Uradni list RS* št. 13/2011-UPB4, 32/2012, 94/2012, 111/2013, 40/2014-ZIN-B, 25/2014-ZFU, 90/2014, 91/2015.
 67. Zakon o davku na dodano vrednost (ZDDV-1). *Uradni list RS* št. 13/2011-UPB3, 18/2011, 78/2011, 38/2012, 83/2012, 46/2013, 86/2014, 90/2015.
 68. Zakon o davku od dohodkov pravnih oseb. *Uradni list RS* št. 117/2006, 56/2008, 76/2008, 05/2009, 96/2009, 110/2009, 43/2010, 59/2011, 24/2012, 30/2012, 94/2012, 81/2013, 23/2015, 50/2014, 82/2015.
 69. Zakon o gospodarskih družbah. *Uradni list RS* št. 65/2009-UPB3, 33/2011, 91/2011, 32/2012, 57/2012, 82/2013, 55/2015.

70. Zakon o zavarovalništvu (ZZavar). *Uradni list RS* št. 99/2010-UPB7, 90/2012, 102/2012, 56/2013, 63/2013-ZS-K).
71. Zakon o zavarovalništvu (ZZavar-1). *Uradni list RS* št. 93/2015.