



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

J. КОКОТТ

от 1 март 2018 година¹

Дело C-117/16

Skatteministeriet

срещу

Y Denmark Aps

(Преюдициално запитване, отправено от Østre Landsret

(Източен областен съд, Дания)

„Преюдициално запитване — Директива 2011/96/ЕС относно общата система за данъчно облагане на дружества майки и дъщерни дружества от различни държави членки (т.нар. Директива за дружествата майки и дъщерните дружества) — Необходимост от бенефициер при плащанията на дивиденди — Злоупотреба с възможности за създаване на данъчноправни конструкции — Критерии за наличието на злоупотреба при избягването на данъчно облагане при източника — Значение на коментарите към модела за данъчна спогодба на ОИСР за тълкуването на директива на ЕС — Директно прилагане на нетранспонирана разпоредба от директива — Тълкуване в съответствие с правото на Съюза на национални принципи за избягване на злоупотребите“

I. Въведение

1. В настоящия случай и по дело C-116/16 Съдът е призован — както и в четири паралелни производства² относно Директивата за лихви и роялти — да се произнесе при какви обстоятелства на дъщерно дружество, разпределило дивиденди на дружеството си майка, може да бъде отказано произтичащото от Директива 90/435/ЕИО³ (наричана по-нататък „Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества“) освобождаване от данъчно облагане при източника.

2. Предмет на настоящото дело е „избягването“ на данъчно облагане при източника на дивиденди в рамките на дадена група. В тази група дивиденди са изплатени от датско оперативна дружество на акционера в него в Кипър, а след това от последния на неговия акционер в Бермуда (като лихви по заем), и в крайна сметка са разпределени пак като дивиденди на местното за Съединените американски щати крайно дружество майка. В основата на тези трансфери са американски данъчни облекчения за дивиденди, които американските крайни дружества майки връщат обратно в Америка и използват там за определени цели (научно-изследователска дейност).

¹ Език на оригинала: немски.

² В частност това са дела C-118/16, C-119/16 (и двете съединени с C-115/16) и C-299/16.

³ Директива на Съвета от 23 юли 1990 година от 23 юли 1990 година относно общата система за данъчно облагане на дружества майки и дъщерни дружества от различни държави членки (ОВ L 225, 1990 г., стр. 6; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 1, стр. 97), междувременно отменена и заменена с Директива 2011/96/ЕС на Съвета от 30 ноември 2011 г. (ОВ L 345, 2011 г., стр. 8).

3. Въпросът от решаващо значение, който се поставя тук, е колко далеч може да стигне дадена мултинационална група в изграждането на дружествени структури, за да намали крайното понасяне на тежестта на данъка при източника върху разпределените дивиденди при източника в рамките на групата. Къде точно е границата между допустимата данъчноправна конструкция и също законната, но представляваща злоупотреба данъчноправна конструкция? Кога и по какви критерии може да се приеме наличие на конструкция, представляваща злоупотреба, щом местно за трета държава дружество учредява дъщерно дружество в държава — членка на ЕС (в случая Кипър), което от своя страна не предвижда начисляване на данък при източника в случай на разпределяне на дивиденди. Това позволява дивидентите от европейските дружества на групата да бъдат събрани там, без да носят данъчната тежест на облагането при източника, и тогава, отново без да бъдат облагани при източника, да бъдат разпределени по-нататък в третата държава.

4. В крайна сметка всички правни въпроси засягат принципния конфликт в данъчното право между облагането на икономически положения, свободата на данъчнозадължените лица съгласно гражданското право да избират различни конструкции и недопускането на валидни от гледна точка на гражданското право конструкции, които обаче при определени обстоятелства представляват злоупотреба.

II. Правна уредба

A. Право на Съюза

5. В конкретния случай правната уредба на Съюза включва Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, както и членове 43, 48 и 56 ЕО (понастоящем членове 49, 54 и 63 ДФЕС).

6. Член 1, параграф 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества предвижда, че тя трябва да се прилага от всяка държава членка в частност към разпределението на печалба, получена от дружества от съответната държава членка, която е била реализирана от техните дъщерни дружества в други държави членки.

7. Съгласно член 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества:

„1. Всяка държава членка прилага настоящата директива по отношение на:

- разпределението на печалба, получена от дружества от съответната държава, която е била генерирана от техните дъщерни дружества в други държави членки;
- разпределението на печалба от дружествата от съответната държава на дружества в други държави членки, които са техни дъщерни дружества; [...]

2. Настоящата директива не забранява прилагането на вътрешни разпоредби или такива основаващи се на споразумения, които се изискват с цел предотвратяване на измамите и злоупотребите“.

8. Съгласно член 4 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества:

„1. Ако дружество майка или негово място на стопанска дейност, по силата на сдружаването на дружеството майка с дъщерно му дружество, получава разпределена печалба, държавата на дружеството майка и държавата на мястото на стопанска дейност, освен когато дъщерното дружество е в ликвидация, или:

- се въздържат от данъчно облагане на подобни печалби, или
- облагат печалбите, като разрешават на дружеството майка и на мястото на стопанска дейност да отчисляват от дължимата сума по данъците тази част от [корпоративния] данък [...], която е свързана с конкретните печалби и е платена от дъщерното дружество и някое от по-нискостепенните подразделения до лимита на сумата по съответното данъчно задължение, при условие че на всяка отделна степен дружеството и по-нискостепенните му подразделения отговарят на условията, предвидени в членове 2 и 3.

2. Всяка държава членка обаче си запазва възможността да предвиди, че разноските, свързани, с дяловете и загубите, произтичащи от разпределението на печалбата на дъщерното дружество, няма да могат да се приспадат от облагаемата печалба на дружеството майка. В случаите, когато разходите по управлението на дяловете, представляват фиксирана сума, тя не може да надвишава 5 % от печалбата, разпределена от дъщерното дружество. [...].“

9. Член 5, параграф 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества предвижда:

„1. Печалбите, които се разпределят от дъщерно дружество на дружеството майка се освобождават от данък [при източника]“.

Б. Разпоредби на международното право

10. Член 10, параграфи 1 и 2 от Спогодбата от 26 май 1981 г. между Дания и Кипър за избягване на двойното данъчно облагане (наричана по-нататък „СИДДО“) урежда разпределянето на правомощията за облагане на дивидентите, както следва:

„1. Дивиденти, изплатени от дружество, което е местно лице на едната договаряща държава, на местно лице на другата договаряща държава, може да се облагат в тази друга държава.

2. Въпреки това такива дивиденти може също да се облагат в договарящата държава, на която дружеството, изплащащо дивидентите, е местно лице, и в съответствие със законодателството на тази държава, но ако получателят е бенефициер на дивидентите, наложеният данък няма да надвишава:

- a) 10 % от общата сума на дивидентите, ако бенефициерът е дружество (различно от сдружение или командитно дружество), което пряко притежава поне 25 % от капитала на дружеството, изплащащо дивидентите;

[...]

- d) 15 % от общата сума на дивидентите във всички други случаи“.

11. Оттук следва, че държавата източник, в случая Дания, може да облага изплащаните на местно за Кипър дружество майка дивиденти с ниска данъчна ставка само ако то е „бенефициер“ на тези дивиденти. Понятието „бенефициер“ не е дефинирано в СИДДО.

В. Разпоредби на датското право

12. Съгласно изложеното от запитващата юрисдикция, действащото през процесните години релевантно датско законодателство е както следва:

13. Облагането на дивидентите, получавани от местни дружества майки, е уредено в член 13, параграф 1, точка 2 от Selskabsskattelov (Закона за корпоративното подоходно облагане), който за данъчните 2005 г. и 2006 г. действа в редакцията съгласно Консолидиран закон № 111 от 19 февруари 2004 г., изменен със Закон № 1375 от 20 декември 2004 г.:

„Член 13. Облагаемият доход не включва: [...]

2) [...] дивидентите, които дружества или сдружения и др. по член 1, параграф 1, точки 1—2а, 2d—2g и 3а—5b получават от акциите си в дружества по член 1, параграф 1, точки 1—2а, 2с—2f и 3а—5b или дружества, които са местни лица на други държави. Това важи само когато получаващото дивидента дружество, дружеството майка, притежава най-малко 10 % участие в капитала на разпределящото дивидента дружество, дъщерното дружество, за непрекъснат период от най-малко една година, през който е извършено и разпределянето на дивидентите. Когато се разпределят дивиденти през календарните 2005 г. и 2006 г., процентът на участие по предходното изречение е 20 %, а когато се разпределят дивиденти през календарните 2007 г. и 2008 г., процентът на участие по предходното изречение е 15 %. [...]“.

14. Член 2, параграф 1, буква с) от Закона за корпоративното подоходно облагане установява правилата за ограниченото данъчно задължение на чуждестранните дружества за доходите им от дивиденти. Всъщност за 2005 г. и 2006 г. ограниченото данъчно задължение не се отнася до разпределените на дружества майки дивиденти, когато дивидентите са освободени от облагане или подлежат на намалено облагане на основание на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества или на СИДДО. Условие за това е за непрекъснат период от най-малко една година, през който е извършено и разпределянето на дивидентите, дружеството майка да притежава най-малко 20 % участие в капитала на дъщерното дружество.

15. Следователно, когато датско дружество разпределя дивиденти на кипърско дружество майка (което е „бенефициер“ на дивидентите), съгласно член 2, параграф 1, буква с) от Selskabsskattelov (Закона за корпоративното подоходно облагане) не се дължи данък, тъй като спогодбата предвижда намалено облагане.

16. Ако пък е налице ограничено данъчно задължение за доходите от дивиденти с източник в Дания съгласно член 2, параграф 1, буква с) от Закона за корпоративното подоходно облагане, съгласно датския Закон за данъка при източника⁴ датският субект, разпределящ дивидентите, е длъжен да удържи данък при източника със ставка 28 %. При късно внасяне на данък при източника (в случай на ограничено данъчно задължение) се дължи лихва за просрочие върху размера на данъчното задължение. Лихвата за просрочие се дължи от лицето, което е било длъжно да удържи данък при източника.

17. През 2005 г. и 2006 г. няма обща законова уредба за предотвратяване на злоупотребите. В съдебната практика обаче е разработен т.нар. „принцип на реалността“, който предполага данъчното облагане да се извършва въз основа на конкретна преценка какво е фактическото положение. Това в частност означава, че ако обстоятелствата по случая сочат, че данъчно

4 Kildeskatteloven — Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (Обявление за обнародване на закон № 1086 от 14 ноември 2005 г.).

релевантната сделка е лишена от смисъл и е изкуствена, облагането може да се извърши не с оглед на нея, а с оглед на реалното положение (предимство на съдържанието пред формата). Страните не спорят, че този принцип не дава основание да не се вземат предвид извършените в случая сделки.

18. Освен това в датската съдебна практика е разработен т.нар. принцип на „същинския получател на дохода“. Този принцип, който се опира на основната норма за облагането на доходите по член 4 от датския Държавен данъчен закон (Statsskatteloven), гласи, че данъчните органи не са длъжни да признаят изкуственото разделение между генериращата дохода дейност и мястото на произтичащия от нея доход. В този смисъл принципът предполага да се установи кой е същинският получател на дохода, независимо каква е формалната дружествена структура, и съответно това лице носи данъчното задължение. С други думи, въпросът е кой трябва да се смята за получател на дохода за данъчни цели. Този „същински получател на дохода“ ще е лицето, което ще дължи данък върху дохода.

III. Спор по главното производство

19. На първо място, Y Denmark Aps (наричано по-нататък „Y Denmark“) се противопоставя на привличането му под отговорност за неудържан данък при източника във връзка с разпределяне на дивиденди на дружеството му майка, местно за Кипър (Y Cyprus). Според него е налице разпределяне на дивиденди, освободено съгласно Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества от облагане с данък при източника. Данъчната администрация пък смята, че дивидентите всъщност са изплатени на местно за Бермуда „дружество майка на дружеството майка“, т.е. на Y Global Ltd. (Бермуда) (наричано по-нататък „Y Bermuda“), тъй като Y Cyprus било само т.нар. дружество за насочване на дохода. Ето защо трябвало да бъде удържан данък при източника. Обстановката по спора е следната.

20. Крайното дружество майка на групата Y-Konzerns — Y Inc., САЩ (наричано по-нататък „Y USA“), е котирано на борсата американско дружество. Чуждестранните дъщерни дружества на Y USA понастоящем са контролирани чрез дружеството Y Global Ltd., чиято единствена дейност — извън дейността като холдингово дружество — е като притежател на някои права на интелектуална собственост върху продукти на групата. Текущото ръководство на дружеството се осъществява от (независимо) управляващо дружество. Y Denmark, което е учредено от Y USA през 2000 г., има около 20 постоянни служители и извършва услуги във връзка с продажбите и поддръжката. Y Denmark освен това действа като холдингово дружество за европейското подразделение на групата Y.

21. Вследствие от приемането на нов закон в САЩ, и по-точно American Jobs Creation Act of 2004 (Законът за създаване на американски работни места от 2004 г.), американските дружества получават възможност да събират дивиденди от чуждестранните си дъщерни дружества при особено изгодни данъчни условия, ако поемат задължение да използват тези дивиденди за конкретни цели в САЩ, в това число за научно-изследователска и развойна дейност и др.

22. По тази причина Y USA взема решение да събере възможно най-голям дивидент от Y Bermuda (което е 100 % негово дъщерно дружество) за финансовата 2005/2006 г. (от 1 май 2005 г. до 28 април 2006 г.). Общият размер на дивидентите — които произхождат в частност от разпределените дивиденди от различните дъщерни дружества на Y Bermuda — се оценява на 550 милиона щатски долара.

23. Преди да бъдат разпределени тези дивиденди, европейското подразделение на групата е реструктурирано. На 9 май 2005 г. Y Bermuda учредява Y Cyprus. Y Bermuda продава акциите си в Y Denmark на Y Cyprus. Покупната цена е коригирана чрез издаването на дългов инструмент. Така Y Cyprus става междинен елемент между Y Bermuda и Y Denmark.

24. Y Surgus работи като холдингово дружество с известна финансова дейност (дава заеми на дъщерните дружества). Дружеството няма служители, а адресът му е същият като на управляващото дружество. Докладът на управителния съвет, включен в отчетите на дружеството за 2005/2006 г. и 2006/2007 г., сочи, че основната дейност на Y Surgus е като холдингово дружество, а възнагражденията на членовете на управителния съвет възлизат на 571 USD и 915 USD. Според отчетите за двете години е платен нулев данък, тъй като дружеството няма положителен финансов резултат.

25. На 26 септември 2005 г. Y Netherlands взема решение да разпредели дивидент на Y Denmark за финансовата 2004/2005 г. в размер на 76 милиона евро. На 28 септември 2005 г. общото събрание на Y Denmark одобрява предложението за разпределяне на дивидент също в размер на 76 милиона евро за тази финансова година в полза на Y Surgus. Дивидентите са изплатени на Y Denmark на 25 октомври 2005 г. Сумата е прехвърлена на Y Surgus на 27 октомври 2005 г., като Y Surgus прехвърля получената сума на Y Bermuda на 28 октомври 2005 г., а като основание за плащането е посочено връщане на дълга, възникнал във връзка със закупуването на Y Denmark от Y Surgus. На 3 април 2006 г. Y Bermuda разпределя на Y USA упоменатите по-горе дивиденти в общ размер от 550 милиона щатски долара. Y Bermuda финансира дивидентите отчасти със собствени средства, отчасти с банков заем. На 13 октомври 2006 г. общото събрание на Y Denmark одобрява предложението за ново разпределяне на дивидент в размер на 92 милиона датски крони за финансовата 2005/2006 година в полза на Y Surgus.

26. На 17 септември 2010 г. SKAT (датската данъчна администрация) издава акт, с който установява, че Y Denmark е трябвало да удържа данък при източника върху дивидентите, които разпределя през 2005 г. и 2006 г. в полза на своето дружество майка, Y Surgus, и че Y Denmark е длъжно да внесе неударжания данък при източника в бюджета.

27. Актът на SKAT (датската данъчна администрация) е обжалван пред Landsskatterett (главна данъчна администрация), която се произнася с решение от 16 декември 2011 г. Тя потвърждава констатацията на SKAT (датската данъчна администрация), че Y Surgus не е „бенефициер“ на дивидентите по смисъла на СИДДО между Дания и Кипър, но приема за основателно твърдението на Y Denmark, че в случая няма основание за удържане на данък при източника, тъй като Y Surgus е освободено от облагане по силата на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества.

28. Skatteministeriet (министерството на финансите) обжалва по съдебен ред решението на Landsskatteret (главна данъчна администрация) пред Østre Landsret (Източен областен съд, Дания). Østre Landsret (Източен областен съд) решава да отправи преюдициално запитване.

IV. Производство пред Съда

29. Østre Landsret (Източен областен съд) поставя следните въпроси:

1. За да може държава членка да се позове на член 1, параграф 2 от Директивата относно прилагането на националните разпоредби за предотвратяване на измамите и злоупотребите, изисква ли се тази държава членка да е приела специални национални разпоредби за прилагане на член 1, параграф 2 от Директивата или националното право да съдържа общи разпоредби или принципи относно измамите и злоупотребите, които да могат да се тълкуват в съответствие с член 1, параграф 2?

1.1. Ако отговорът на първия въпрос е утвърдителен, може ли член 2, параграф 1, буква с) от Закона за корпоративното подоходно облагане, който предвижда, че „условието е дивидентите да са освободени от облагане [...] на основание на Директива 90/435/ЕИО на

Съвета относно общата система за данъчно облагане на дружества майки и дъщерни дружества от различни държави членки“, да се смята за специална вътрешна разпоредба по смисъла на член 1, параграф 2 от Директивата?

2. Разпоредба, която се съдържа в спогодба за избягване на двойното данъчно облагане между две държави членки, съставена в съответствие с модела на данъчна спогодба на ОИСР, и която предвижда, че облагането на разпределените дивиденди зависи от това дали получателят на дивидентите е бенефициер на тези дивиденди, представлява ли основаваща се на споразумение разпоредба за предотвратяване на злоупотребите по смисъла на член 1, параграф 2 от Директивата?
- 2.1. Ако е така, трябва ли терминът „споразумение“ в член 1, параграф 2 от Директивата да се тълкува в смисъл, че изисква като предпоставка държавата членка да може съгласно националното право да приложи съответната спогодба за избягване на двойното данъчно облагане в ущърб на данъчнозадълженото лице?
3. При утвърдителен отговор на втория въпрос: националните съдилища ли са компетентни да определят какво включва понятието „бенефициер“, или при прилагането на Директива 90/435 това понятие трябва да се тълкува като понятие със специфично значение в правото на ЕС, което следва да бъде определено от Съда на ЕС?
4. При утвърдителен отговор на втория въпрос и при отговор на третия въпрос в смисъл, че националните съдилища не са компетентни да определят какво включва понятието „бенефициер“, трябва ли това понятие да се тълкува в смисъл, че местно за държава членка дружество, което при обстоятелства като разглежданите в случая получава дивиденди от дъщерно дружество в друга държава членка, е „бенефициер“ на съответните дивиденди по смисъла на това понятие в правото на ЕС?
 - а) Трябва ли терминът „бенефициер“ да се тълкува в съответствие с аналогичното понятие по член 1, параграф 1 във връзка с член 1, параграф 4 от Директива 2003/49/ЕО на Съвета от 3 юни 2003 година относно общата система за данъчно облагане на плащания на лихви и роялти между свързани дружества от различни държави членки (ОВ L 157, 2003 г., стр. 49) (Директива за лихви и роялти)?
 - б) Трябва ли понятието да се тълкува единствено с оглед на коментарите към член 10 от модела на данъчна спогодба на ОИСР от 1977 г. (точка 12), или може да се вземат предвид и по-късни коментари, включително допълненията от 2003 г. относно „Дружествата за насочване на дохода“ и допълненията от 2014 г. относно „Договорните или законите задължения“?
 - в) За преценката на въпроса трябва ли получателят на дивидентите да се смята за „бенефициер“, какво значение има дали получателят на дивидентите има договорно или законово задължение да прехвърли дивидентите на друго лице?
 - г) За преценката на въпроса трябва ли получателят на дивидентите да се смята за „бенефициер“, какво значение има обстоятелството, че след преценка на фактите по случая запитващата юрисдикция стига до извода, че получателят — без да е имал договорно или законово задължение да прехвърли получените дивиденди на друго лице — не е имал „пълно“ право да „използва и да се разпорежда“ с дивидентите по смисъла на коментарите от 2014 г. по модела на данъчна спогодба от 1977 г.?
5. Ако се допусне, че в случая има „вътрешни разпоредби или такива основаващи се на споразумения, които се изискват с цел предотвратяване на измамите и злоупотребите“ по смисъла на член 1, параграф 2 от Директива 90/435/ЕИО, че дивидентите са разпределени

от местното за дадена държава членка дружество А на дружеството майка В в друга държава членка, а оттам са прехвърлени на неговото дружество майка С извън ЕС и ЕИП, което на свой ред прехвърля средствата на своето дружество майка D, също извън ЕС и ЕИП, че между първата упомената държава и държавата, на която е местно лице дружеството С, няма спогодба за избягване на двойното данъчно облагане, че такава спогодба е сключена между първата упомената държава и държавата, на която е местно лице дружеството D, и че съответно съгласно правото на първата упомената държава не би имало основание тя да облага с данък при източника дивидентите, разпределяни от дружеството А на дружеството D, ако D пряко притежаваше А, налице ли е злоупотреба по смисъла на Директивата, така че В да няма право на предвидената в нея защита?

6. Ако се констатира, че местно за дадена държава членка дружество (дружество майка) всъщност не е освободено съгласно член 1, параграф 2 от Директива 90/435 от данък при източника за доходите от дивиденди, които получава от дружество в друга държава членка (дъщерно дружество), допуска ли член 43 ЕО във връзка с член 48 ЕО (и/или член 56 ЕО) правна уредба, съгласно която втората държава членка събира данък върху дивидентите от дружеството майка, местно лице на друга държава членка, при положение че при иначе сходни обстоятелства същата държава членка освобождава местните дружества майки от данъка върху такива дивиденди?
7. Ако се констатира, че местно за дадена държава членка дружество (дружество майка) всъщност не е освободено съгласно член 1, параграф 2 от Директива 90/435 от данък при източника за доходите от дивиденди, които получава от дружество в друга държава членка (дъщерно дружество), и дружеството майка във втората държава членка има ограничено данъчно задължение за съответните дивиденди в тази държава членка, допуска ли член 43 ЕО във връзка с член 48 ЕО (и/или член 56 ЕО) правна уредба, съгласно която втората държава членка изисква от задълженото да удържи данък при източника дружество (дъщерното дружество) да плати лихва за просрочие при късно внасяне на данъка при източника по по-висок лихвен процент от процента на лихвата за просрочие, който тази държава членка е предвидила при задължения за корпоративен данък на местни за нея дружества?
8. При утвърдителен отговор на втория въпрос и при отговор на третия въпрос в смисъл, че националните съдилища не са компетентни да определят какво включва понятието „бенефициер“, и съответно ако трябва да се констатира, че местно за дадена държава членка дружество (дружество майка) всъщност не е освободено съгласно Директива 90/435 от данък при източника за доходите от дивиденди, които получава от дружество в друга държава членка (дъщерно дружество), длъжна ли е втората държава членка съгласно Директива 90/435 или член 10 ЕО да посочи кой според нея е бенефициерът в такъв случай?
9. Ако се констатира, че местно за дадена държава членка дружество (дружество майка) всъщност не е освободено съгласно Директива 90/435 от данък при източника за доходите от дивиденди, които получава от дружество в друга държава членка (дъщерно дружество), допуска ли член 43 ЕО във връзка с член 48 ЕО (евентуално член 56 ЕО), разглеждани заедно или поотделно, правна уредба, съгласно която:
 - а) втората държава членка изисква дъщерното дружество да удържи данък при източника върху дивидентите и го задължава да внесе евентуално неудържания при източника данък в бюджета, при положение че не е налице такова задължение за удържане на данък при източника, когато дружеството майка е местно лице на тази държава членка?
 - б) втората държава членка начислява лихва за просрочие върху задължението за данък при източника?

Запитващата юрисдикция моли Съда при отговора на деветия въпрос да има предвид отговора на шестия и седмия.

10. Когато:

1. местно за дадена държава членка дружество (дружество майка) отговаря на изискването по Директива 90/435 да притежава (през 2005 г. и 2006 г.) най-малко 20 % участие в капитала на дружеството от друга държава членка (дъщерното дружество);
2. констатирано е, че дружеството майка всъщност не е освободено съгласно член 1, параграф 2 от Директива 90/435 от данък при източника за доходите от дивиденди, които получава от дъщерното дружество;
3. приема се, че бенефициери на въпросните дивиденди са акционерите (преки или непреки) в дружеството майка, които са местни лица на държави извън ЕС и ЕИП;
4. тези (преки или непреки) акционери отговарят също на упоменатото по-горе изискване за участие в капитала;

допуска ли член 56 ЕО правна уредба, съгласно която държавата членка, в която се намира дъщерното дружество, облага въпросните дивиденди, при положение че същата държава членка освобождава от данъка върху такива дивиденди местните дружества, които отговарят на изискването за участие в капитала по Директива 90/435, т.е. които през данъчните 2005 г. и 2006 г. притежават най-малко 20 % участие в капитала на разпределящото дивиденда дружество (15 % през 2007 г. и 2008 г. и 10 % след това)?

30. С определение от 13 юли 2016 г. се съединяват дела C-116/16 и C-117/16. В обединеното производство пред Съда писмени становища по преюдициалните въпроси са представили T Danmark, Y Denmark, Кралство Дания, Федерална република Германия, Кралство Швеция, Италианската република, Кралство Нидерландия и Европейската комисия. В съдебното заседание на 10 октомври 2017 г., което включва и дела C-115/16, C-118/16, C-119/16 и C-299/16, са участвали T Danmark, Y Denmark, Кралство Дания, Федерална република Германия, Великото херцогство Люксембург и Европейската комисия.

V. Правен анализ

A. По определянето на получателя на дивидентите в случай на злоупотреба от данъчнозадълженото лице (въпроси 1—5)

31. Участниците в производството не спорят, че разглежданите плащания на дивиденди поначало попадат в обхвата на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества. Следователно Дания — като държава, в която е установено разпределящото дивидентите дружество — би трябвало съгласно член 5 от тази директива да освободи дивидентите от облагане с данък при източника. Дания обаче очевидно счита, че отказът за освобождаване от данъчно облагане при източника е обоснован от член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества. Съгласно тази разпоредба Директивата не забранява прилагането на вътрешни разпоредби, които се изискват с цел предотвратяване на измамите и злоупотребите.

32. Наистина, с преюдициални въпроси 1—5 запитващата юрисдикция иска главно да се установи дали за недопускането на измами и злоупотреби държава членка може да се обоснове с член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества само когато е приела национална уредба за транспонирането на тази норма (B.1), и ако това е така, дали член 2, параграф 2, буква с) от Закона за корпоративното подоходно облагане или разпоредба на СИДДО, която използва понятието „бенефициер“, следва да се счита за такова транспониране в достатъчна степен (B.2). Ако случаят е такъв, запитващата юрисдикция иска да се установи от кого и как трябва да се тълкува понятието „бенефициер“.

33. Всички тези въпроси обаче имат смисъл само ако условията по член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества изобщо са изпълнени. Последното изисква в настоящия случай Y Surgus да е извършило измама или злоупотреба във връзка с освобождаването от облагане при източника. Ето защо най-напред трябва да се отговори на въпрос 5.

34. В тази насока ще бъде изяснено кои са предпоставките, за да се приеме наличието на злоупотреба, попадаща в обхвата на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества (2). Преди това ще бъде по-подробно разгледан обхватът на забраната за облагане при източника съгласно член 5, параграф 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества (1).

1. Идеята на забраната за облагане при източника по член 5, параграф 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества

35. Видно от съображение трето от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, с въвеждането на обща данъчна система тази директива цели да премахне всяко по-неблагоприятно третиране на сътрудничеството между дружествата от различни държави членки в сравнение със сътрудничеството между дружества от една и съща държава членка и така да улесни групирането на дружества на равнището на Съюза. Следователно тази директива цели да гарантира неутралността в данъчен смисъл на печалбата, която дъщерно дружество от една държава членка разпределя на дружеството майка, установено в друга държава членка⁵.

36. В тази насока член 4, параграф 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества предоставя на държавите членки избора между две системи, а именно между системата на освобождаване и тази на интегрирано облагане. Всъщност в съответствие със съображения седмо и девето от тази директива цитираната разпоредба уточнява, че когато дружество майка получава, на основание на сдружаването между дружеството майка и неговото дъщерно дружество, печалби, разпределени по различен от ликвидацията на последното повод, държавата членка на дружеството майка се въздържа да облага тези печалби, доколкото те не подлежат на приспадане от дъщерното дружество, и ги облага, доколкото те подлежат на приспадане от дъщерното дружество, или ги облага, позволявайки същевременно на дружеството майка да приспадне от сумата на дължимия данък частта от данъка, съответстваща на тези печалби и платена от дъщерното дружество и всяко негово дъщерно дружество⁶.

37. Ето защо член 4 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества цели да се избегне облагане на разпределените печалби на местно дружество майка от чуждестранно дъщерно дружество, един път, в лицето на дъщерното дружество в държавата, на която то е местно, и втори път, в лицето на дружеството майка в държавата, на която то е местно⁷.

5 Решения от 7 септември 2017 г., Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, т. 20), от 17 май 2017 г., AFEP и др. (C-365/16, EU:C:2017:378, т. 21) и от 8 март 2017 г., Wereldhave Belgium и др. (C-448/15, EU:C:2017:180, т. 25 и цитираната там съдебна практика).

6 Решения от 17 май 2017 г., X (C-68/15, EU:C:2017:379, т. 71), от 17 май 2017 г., AFEP и др. (C-365/16, EU:C:2017:378, т. 22) и от 12 декември 2006 г., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, т. 44).

7 Решение от 17 май 2017 г., AFEP и др. (C-365/16, EU:C:2017:378, т. 24).

38. В член 4 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества се касае за икономическо двойно данъчно облагане, защото дивидентите поначало произтичат от обложения доход на дъщерното дружество (т.е. вече им е начислен корпоративен данък на държава членка) и се причисляват към доходите на дружеството майка (и следователно отново им се начислява корпоративен данък на друга държава членка). Ето защо в рамките на по-големи групи данъчната тежест зависи от броя на нивата в групата, които в повечето случаи са функция от чисто организационни съображения. Така член 4 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества отчита и факта, че юридическите лица могат да се умножат произволен брой пъти, без да се променят стоящите зад тях лица, а следователно и печалбите им, произтичащи от действията чрез тези юридически лица.

39. Член 5, параграф 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества допълва тази идея, доколкото същевременно за гарантиране на данъчната неутралност е необходимо печалбата, която дъщерно дружество разпределя на дружеството майка, да бъде освободена от данъка при източника⁸. На тази основа с цел да се избегне двойното данъчно облагане член 5, параграф 1 от същата директива поставя общия принцип за забрана на удържането на данък при източника върху печалбата, разпределяна от дъщерно дружество, установено в една държава членка, на неговото дружество майка, установено в друга държава членка⁹.

40. Като не разрешава на държавите членки да удържат при източника данък върху печалбата, разпределяна от местно дружество на неговото дружество майка, което е чуждестранно лице, член 5, параграф 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества ограничават компетентността на държавите членки по отношение на данъчното облагане на печалбата, разпределяна от дружества, установени на тяхната територия, на дружества, установени в друга държава членка¹⁰. Следователно държавите членки не могат едностранно да въвеждат ограничителни мерки и да поставят в зависимост от различни условия правото да се ползва предвиденото в член 5, параграф 1 освобождаване от данъка при източника¹¹. Ето защо за правото на освобождаване от данъка при източника не се изисква притежателите на дялове в дружеството майка да са установени на територията на страната или платещът на дивидентите да оповестява как получателят на дивидентите ще използва тези дивиденти.

41. Предмет на член 5, параграф 1 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества е избягването на повторно (в случая по-скоро правно) двойно данъчно облагане. Както Съдът вече е постановил, при облагане с данък при източника всъщност се облага получателят на дохода (в случая, на дивидентите)¹². Следователно облагането с данък при източника в държавата, на която платещът на дивидентите е местно лице, не е отделен вид данък, а просто особена техника на данъчно облагане. Облагането с данък при източника в държавата, на която платещът на дивидентите е местно лице, и „обичайното“ данъчно облагане на получателя на дивидентите в държавата, на която последният е местно лице, води реч се до двойно данъчно облагане и по правило и до по-неблагоприятно третиране в сравнение с чисто национално положение.

8 Решение от 7 септември 2017 г., Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, т. 21).

9 Решения от 7 септември 2017 г., Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, т. 22); вж. в този смисъл и решение от 17 октомври 1996 г., Denkavit и др. (C-283/94, C-291/94 и C-292/94, EU:C:1996:387, т. 22) и от 25 септември 2003 г., Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, т. 83).

10 Решения от 7 септември 2017 г., Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, т. 23), в този смисъл и решение от 1 октомври 2009 г., Gaz de France — Berliner Investissement (C-247/08, EU:C:2009:600, т. 38).

11 Решения от 7 септември 2017 г., Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, т. 24), определение от 4 юни 2009 г., KBC Bank и Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 и C-499/07, EU:C:2009:339, т. 38 и цитираната там съдебна практика).

12 Решения от 24 юни 2010 г., P. Ferrero и General Beverage Europe (C-338/08 и C-339/08, EU:C:2010:364, т. 26 и 34) и от 26 юни 2008 г., Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, т. 52).

42. Именно при сложни групови структури, разположени в няколко държави, описаният по-горе ефект на доминото би се умножил, ако не е налице освобождаване на двете равнища и всеки път би стига до облагане при източника. Това очевидно би засегнало вътрешния пазар.

43. За избягването на такова имащо ефект на доминото икономическо и правно двойно данъчно облагане обаче е ирелевантно дали получателят на дивидентите е и „бенефициер“ на дивидентите или нещо подобно. По-скоро определящо е дали платещът на дивидентите е трябвало да плати корпоративен данък, а получателят на дивидентите на свой ред също е длъжен да плати корпоративен данък върху дивидентите. Същото важи за забраната за данъчно облагане при източника. За нея определящо е дали доходите от дивиденти подлежат на облагане с корпоративен данък в държавата на установяване.

44. В тази насока е съвсем логично, че Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества (за разлика от Директивата за лихви и роялти¹³) изхожда „само“ от разпределянето на печалби от дъщерно дружество на дружеството му майка (над определено минимално участие). След като дивидентите — за разлика от плащанията на лихви — по принцип не представляват намаляващи печалбата оперативни разходи — е понятно също, че — видно от формулировката на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества — последната не съдържа други материалноправни критерии (като получаването на дивиденти от свое име и за своя сметка или подобни).

45. В крайна сметка правото да се получават дивиденти следва от дружественоправното положение на дружество майка, в което едно лице може да бъде само от свое име. В случая е трудно представимо и наличието на действие за чужда сметка. Във всеки случай то не може да бъде изведено просто от съществуването на „дружество майка на дружеството майка“. Следователно поначало са обхванати всички плащания на дивиденти от дъщерно дружество на дружеството му майка в друга държава членка, когато дружеството — нещо, което в настоящия случай е безспорно — отговаря на условията на член 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества.

46. В тази насока предели поставя само член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, съгласно който Директивата не забранява прилагането на вътрешни разпоредби или такива, основаващи се на споразумения, които се изискват с цел предотвратяване на измамите и злоупотребите.

2. Понятието за злоупотреба в правото на Съюза

47. В член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества намира отражение общият принцип на правото на Съюза, съгласно който никой не може да се ползва с измамна или противоправна цел от правата, предвидени в правната система на Съюза¹⁴. Никоя разпоредба от правото на Съюза не може да се прилага толкова широко, че да обхване злоупотреби на икономическите оператори, т.е. операции, които се извършват не в рамките на обичайни търговски сделки, а единствено с цел злоупотреба с предимства, предвидени в правото на Съюза¹⁵.

¹³ Директива 2003/49.

¹⁴ Решение от 7 септември 2017 г., Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, т. 26), заключение на генералния адвокат Kokott по дело Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:34, т. 24).

¹⁵ Решения от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 27), от 5 юли 2007 г., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 38), от 6 април 2006 г., Agip Petrol (C-456/04, EU:C:2006:241, т. 20), от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, т. 35), от 21 февруари 2006 г., Halifax и др. (C-255/02, EU:C:2006:121, т. 68 и 69), от 9 март 1999 г., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, т. 24) с още коментари; вж. и заключението ми по дело Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 57).

48. В този аспект текстът на тази разпоредба не очертава по-ясно стоящото в нейната основа схващане за злоупотреба¹⁶. Член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества обаче е разпоредба, предвиждаща изключение, и в това си качество трябва да се тълкува стеснително¹⁷. Принципът на правна сигурност също изисква такова тълкуване, особено в контекста на мерките за предотвратяване на злоупотребите. Когато частноправен субект е изпълнил формално всички изисквания, за да се ползва от дадено право, лишаването му от това право следва да е допустимо само в особени случаи, по съображение за злоупотреба с право.

49. Съответни индиции за преценката като злоупотреба обаче се откриват в други директиви на ЕС. Така, в Директивата за сливанията¹⁸ като принципен пример за такова основание в член 11, параграф 1, буква а), второ изречение се посочва липсата на валидни търговски съображения за съответната сделка. Също така в член 6 от неприложимата към процесния период години директива се съдържа разпоредби за борба с практиките за избягване на данъци¹⁹ (наричана по-нататък „Директива 2016/1164“), които определят понятието „злоупотреба“. Съгласно това определение е от решаващо значение дали е налице привидна договореност, при която основната цел или една от основните цели е получаването на данъчно предимство, което противоречи на предмета или целта на приложимото данъчно законодателство. Съгласно параграф 2 договореността се счита за привидна доколкото, доколкото не е въведена поради основателни търговски съображения, които отразяват икономическата реалност.

50. Не на последно място Съдът многократно е постановявал, че ограничението на свободата на установяване може да бъде обосновано със съображения за борба със злоупотребите само ако е насочено конкретно към това да възпрепятства определено поведение, изразяващо се в създаване на напълно изкуствени конструкции, които не отразяват икономическата реалност, с цел да се избегне заплащането на обикновено дължимия данък върху реализираната печалба от дейности, извършени на територията на страната²⁰. Съдът междувременно нееднократно е постановявал и че достатъчно е не изключителната цел на конструкцията²¹, а целта ѝ по същество е да се получи данъчно предимство²².

51. Тази практика на Съда съдържа два елемента, които се обуславят взаимно. От една страна, по принцип напълно изкуствени конструкции, които в крайна сметка остават само на хартия, не подлежат на признаване. Освен това решаващо значение се отдава на заобикалянето на данъчното законодателство, което може да се постигне и с помощта на съществуващи в

16 Вж. в обратната насока например член 15 от Директива 2009/133/ЕО на Съвета от 19 октомври 2009 г. (Директива за сливанията, ОВ L 310, 2009 г., стр. 34).

17 Вж. решения от 17 октомври 1996 г., Denkavit и др. (C-283/94, C-291/94 и C-292/94, EU:C:1996:387, т. 27), от 17 юли 1997 г., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, т. 38 и 39), от 5 юли 2007 г., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 37), от 11 декември 2008 г., A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705, т. 31), от 20 май 2010 г., Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, т. 46) и от 10 ноември 2011 г., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, т. 44).

18 Директива 90/434/ЕИО на Съвета от 23 юли 1990 година относно общата система за данъчно облагане, приложима спрямо сливанията, разделянията, прехвърлянията на активи и замените на акции по отношение на дружества от различни държави членки (ОВ L 225, 1990 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 1, стр. 92).

19 Директива (ЕС) 2016/1164 на Съвета от 12 юли 2016 година за установяване на правила срещу практиките за избягване на данъци, които пряко засягат функционирането на вътрешния пазар (ОВ L 193, 2016 г., стр. 1).

20 Решения от 20 декември 2017 г., Deister Holding и Juhler Holding (C-504/16 и C-613/16, EU:C:2017:1009, т. 60), от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 35), от 18 юни 2009 г., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, т. 64), от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, т. 74); подобно е решение от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, т. 55).

21 Така и решения от 20 юни 2013 г., Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, т. 46), от 12 юли 2012 г., J. J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, т. 35), от 27 октомври 2011 г., Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, т. 51) и от 22 май 2008 г., Amplificifica и Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, т. 28).

22 За правната уредба на непрякото данъчно облагане: решения от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 53), от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 36) и от 21 февруари 2008 г., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, т. 45); подобни решения в приложното поле на т.нар. Директива за сливанията: решение от 10 ноември 2011 г., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, т. 35 и 36).

икономическата реалност конструкции. Последната група случаи, изглежда, е по-често срещана и понастоящем е и изрично включена в обхвата на новия член 6 от Директива 2016/1164. В едно от скорошните си решения Съдът вижда в напълно изкуствения характер просто свидетелство, че като цяло се цели получаването на данъчно предимство²³.

52. Наличието на злоупотреба зависи от цялостната преценка на всички обстоятелства по конкретния случай, чието установяване е задължение на компетентните национални органи и трябва да може да бъде предмет на съдебен контрол²⁴. Действително, тази цялостна преценка на обстоятелствата трябва да се извърши от запитващата юрисдикция²⁵. За преценката дали операциите се извършват в рамките на обичайни търговски сделки или единствено с цел злоупотреба с предимства, предвидени в правото на Съюза²⁶, обаче Съдът може да даде полезни насоки на запитващата юрисдикция²⁷.

3. Критерии за настоящия случай

а) По наличието на напълно изкуствена конструкция

53. Съдът не е в състояние да прецени дали може да се приеме, че е налице напълно изкуствена конструкция, която не отразява икономическата реалност. От една страна, представените за целта факти от запитващата юрисдикция не са достатъчни. От друга, преценката на тези факти е задача на запитващата юрисдикция. Съдът може да даде само насоки.

54. В настоящия случай евентуално може да се приеме, че е налице напълно изкуствена, неотразяваща никаква икономическа реалност конструкция. За това говорят цитираните от запитващата юрисдикция обстоятелства. Така например Y Surgus няма служители, а очевидно и собствени офис помещения. Вследствие от това посоченото дружество няма разходи нито за персонал, нито за ползване на помещенията. Изплащаното на членовете на управителния съвет възнаграждение също не свидетелства за мащабни дейности. В допълнение, с управлението на активи очевидно не се реализира собствен доход. Всичко това изглежда неестествено. При такива условия едно физическо лице отдавна е щяло да прекрати стопанската си дейност.

55. Въпреки постановеното неотдавна от Съда, че фактът, че дейността се състои само в управлението на активи и доходите са само от това управление, не означава, че е налице напълно изкуствена конструкция, лишена от всякакъв икономически смисъл²⁸, тук все пак има съмнения дали дейностите на кипърското дружество не се осъществяват единствено на хартия, при положение че финансовата дейност на дружеството не генерира никакви приходи.

56. Действително, предвид факта, че по-специално управляващите активи дружества *per se* (могат да) развиват малко дейности, към този критерий трябва да се поставят незначителни изисквания. Ако едно валидно учредено дружество обаче не разполага на място със съответните материални и човешки ресурси, за да изпълнява целта си (в случая финансова

23 Така изрично в решение от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 60).

24 Решение от 17 юли 1997 г., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, т. 41) и заключението ми по дело Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 60).

25 Така и решения от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 59) и от 20 юни 2013 г., Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, т. 49).

26 Решения от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, т. 35), от 6 април 2006 г., Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, т. 20), от 21 февруари 2006 г., Halifax и др. (C-255/02, EU:C:2006:121, т. 68 и 69), от 9 март 1999 г., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, т. 24 и цитираната там съдебна практика); вж. и заключението ми по дело Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 57).

27 Решения от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 34), от 21 февруари 2008 г., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, т. 56) и от 21 февруари 2006 г., Halifax и др. (C-255/02, EU:C:2006:121, т. 77).

28 Решение от 20 декември 2017 г., Deister Holding и Juhler Holding (C-504/16 и C-613/16, EU:C:2017:1009, т. 73).

дейност) със собствени сили и не реализира доходи, които биха му дали тази възможност, то абсолютно може да се говори за неотразяваща никаква икономическа реалност конструкция. Това е валидно по-специално ако дружеството структурно не е в състояние да генерира собствени доходи, които биха му позволили да постигне целта си.

57. Според мен юридическо лице, което е толкова пасивно, че всякакво мислимо участие в правния оборот се извършва винаги чрез трето лице, което не извършва самостоятелна дейност и с това не реализира и собствени доходи и няма собствени разходи, абсолютно може да бъде сметено за напълно изкуствена конструкция. В крайна сметка обаче това е фактически въпрос, който трябва да бъде преценен от запитващата юрисдикция.

б) Причини извън данъчното право, които следва да се имат предвид

58. В допълнение, независимо от тази преценка на фактите, отделно от една напълно изкуствена конструкция, която не отразява икономическата реалност, може да е налице и данъчноправна конструкция, представляваща злоупотреба, както е видно и от текста на новия член 6 от Директива 2016/1164. В тази насока в настоящия случай решаващо значение могат да придобият и други критерии, в частност причини извън данъчното право, които следва да се имат предвид.

59. В това отношение Съдът вече е постановил във връзка с Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества също, че участията в конструкции единствено с цел възползване от данъчните облекчения, предвидени в Директивата, представлява форма на злоупотреба²⁹. И при Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества е необходимо за съответната структура да съществуват икономически причини. Сам по себе си стремежът към чисто данъчно предимство, който няма връзка с икономическата реалност, не е защитен³⁰.

60. Ето защо в настоящия случай решаващо значение придобиват други критерии, в частност причините извън данъчното право, които следва да се имат предвид.

61. Съгласно практиката на Съда установяването в съответствие със законодателството на държава членка на седалището на дружество, по устав или действително, с цел то да се ползва от по-благоприятно законодателство, само по себе си не представлява злоупотреба³¹. Ето защо само обстоятелството, че във веригата участници има и дружества от Кипър, все още не е причина да се приеме наличие на злоупотреба.

62. Освен това данъчнозадълженото лице, ако има избор между две възможности, не е длъжно да избере тази, при която ще плаща данък в по-висок размер, а напротив, има право да организира дейността си така, че да ограничи данъчните си задължения³². Ето защо — продължава Съдът — данъчнозадължените лица по правило са свободни да избират организационните структури и договорните условия, които считат за най-подходящи за своите

29 Вж. решение от 17 октомври 1996 г., Denavit и др. (C-283/94, C-291/94 и C-292/94, EU:C:1996:387, т. 31).

30 Вж. решение от 7 септември 2017 г., Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, т. 26); по отношение на Директивата за сливанията вж. решения от 17 юли 1997 г., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, т. 47) и от 10 ноември 2011 г., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, т. 34).

31 Вж. решения от 25 октомври 2017 г., Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, т. 40), от 30 септември 2003 г., Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512, т. 96) и от 9 март 1999 г. (Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, т. 27).

32 Решения от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 42), от 22 декември 2010 г., Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, т. 27), от 21 февруари 2008 г., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, т. 47) и от 21 февруари 2006 г., Halifax и др. (C-255/02, EU:C:2006:121, т. 73).

икономически дейности и за ограничаване на тяхната данъчна тежест³³. Само обстоятелството, че в настоящия случай е избрана трансакционна структура, която не води до най-голямата данъчна тежест (в случая допълнително и окончателно облагане с данък при източника), не може да се приеме за злоупотреба.

63. Освен това на гражданин на Съюза, независимо дали той е физическо или юридическо лице, не може — извън случаите на напълно изкуствени конструкции, които не отразяват икономическата реалност — да се отнеме възможността да се позовава на разпоредбите на Договора само защото е искал да се възползва от действащата данъчна правна уредба в друга държава членка, по-благоприятна от тази в държавата, на която е местно лице³⁴. Така структура на трансакция като настоящата с участваща в нея държава членка, която се отказва от данъчно облагане при източника, не може само по тази причина да се разглежда като злоупотреба.

64. В това отношение свободата на установяване включва и избора на държава членка, която предлага на съответното дружество най-добрите според него данъчноправни рамкови условия. Щом като се прилага в значително по-силно хармонизираното законодателство по ДДС³⁵, този принцип се прилага в още по-голяма степен при не толкова силно хармонизираната правна уредба на подоходния данък, при която различията в данъчното законодателство³⁶ на държавите членки са нещо желано от гледна точка на правото на Съюза, респ. съзнателно се приемат от политическа гледна точка.

65. Освен това Съдът е изяснил, че предвиденото в правото на Съюза освобождаване от данъчно облагане на дивиденди не зависи от произхода или мястото на установяване на притежателите на дялове, тъй като това е ирелевантно в Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества³⁷. Оттук и фактът, че притежателите на дялове на Y Denmark в Кипър, респ. притежателите на дялове в дружеството му майка, са местни лица на трета държава (в случая Бермудските острови), сам по себе си не представлява злоупотреба.

в) По заобикалянето на целта на закона

66. В настоящия случай е от по-голямо значение, че крайните получатели на плащането често имат седалище в определени трети държави (по правило на някои по-малки острови като Каймановите острови³⁸, Джърси³⁹ или, както в случая, Бермудските острови), известни с липсата на сътрудничество с данъчните органи. Това евентуално може да се възприеме като признак на необичаен подход като цяло, икономическите причини за който не стават ясни от пръв поглед.

33 Решения от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 42), от 22 декември 2010 г., RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, т. 53).

34 Решение от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, т. 36); вж. в този смисъл и решение от 11 декември 2003 г., Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, т. 71).

35 Решения от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 42) и от 22 декември 2010 г., RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, т. 53).

36 Вж. решение от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, т. 36) относно допуснатите от правото на Съюза различия между данъчните ставки дори при хармонизираното данъчно законодателство; така и решение от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 39 и 40).

37 Решение от 20 декември 2017 г., Deister Holding и Juhler Holding (C-504/16 и C-613/16, EU:C:2017:1009, т. 66).

38 Така по дело C-119/16

39 Така по дело C-299/16.

67. Ето защо при настоящия случай в цялостната конструкция би могла да бъде открита договореност, представляваща злоупотреба, не толкова заради участието на „междинно“ кипърско дружество, а по-скоро заради „мястото на установяване“ на един от крайните получатели на плащането в определени трети държави (в случая Бермудските острови). Ето защо особено значение тук придобива целта на договореността, респ. на заобиколения данъчен закон (в случая данъчното облагане в Дания).

1) Заобикаляне на датските постъпления от данък върху дохода?

68. Най-напред следва да се посочи, че Дания не е била лишена от възможността да обложи печалбата на оперативното дружество (Y Denmark). Тази печалба е била обложена с данък съвсем нормално в държавата, на която дружеството е местно лице (т.е. Дания). Съответно върху дивидентите е начислен датски корпоративен данък.

69. Кипърското дружество е неограничено данъчно задължено в Кипър и доходите му там подлежат на облагане с корпоративен данък. Фактът, че през процесните години то няма положителни резултати, не променя нищо. Следователно условията по член 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества са изпълнени. Освобождаването на дивидентите в Кипър от данъчно облагане съответства на идеята на Директивата и отчита вече начисления датски корпоративен данък.

70. В този аспект фактът, че Кипър не извършва данъчно облагане при източника, когато дивидентите се изплащат на притежатели на дялове в трети държави, е ирелевантен. Това решение е следствие от данъчната автономия на всяка държава. Щом като в Съюза поради липсващата хармонизация на данъците върху дохода правото на Съюза допуска данъчна конкуренция между държавите членки, данъчнозадълженото лице не може да бъде упрекувано, че се възползва и реално (т.е. не само на хартия) от данъчните предимства на отделни държави членки.

2) Предотвратяване на възползването от трансгранична липса на информация

71. При по-задълбочен анализ става ясно, че с участието на кипърското дружество в крайна сметка се избягва „само“ облагане с данък при източника на плащанията на дивиденти в Дания. Както вече бе посочено по-горе (т. 41), при облагане с данък при източника обаче всъщност се облага получателят на дохода (в случая, на дивидентите)⁴⁰. Това става, като в момента на изплащане лицето, което извършва плащането, още при източника удържа част от дохода.

72. Следователно облагането с данък при източника в държавата, на която длъжникът за дивидентите е местно лице, не е отделен вид данък, а просто особена техника на данъчно облагане, с която по същество се гарантира (минимално) облагане с данък на получателя на дивидентите, защото в частност при свързани с чужбина фактически обстоятелства невинаги е сигурно, че получателят декларира за облагане с данък доходите си съгласно установения ред. По правило държавата, на която е местно лице получателят на дивидентите, рядко получава информация за неговите приходи от чужбина, ако — както вече е в Съюза — не съществуват функциониращи системи за обмен на данни между финансовите органи.

⁴⁰ Решения от 24 юни 2010 г., P. Ferrero и General Beverage Europe (C-338/08 и C-339/08, EU:C:2010:364, т. 26 и 34) и от 26 юни 2008 г., Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, т. 52).

73. За да се приеме наличието на заобикаляне на тази цел на закона (гарантиране на облагането с данък на получателя на дивидентите) с цел злоупотреба, следователно трябва да са изпълнени две условия. От една страна, при директно изплащане трябва изобщо да е налице данъчна претенция на Дания (в тази насока т. 88 и сл.). От друга, трябва да има опасност от неизвършване на данъчно облагане поради неотразяване на тези доходи в реалната държава получател.

74. Ако следователно една от причините за избраната структура на трансакция е плащането на дивиденди на инвеститори през трета държава, за да не получават държавите, на които те са местни лица, информация за доходите им, според мен в цялата тази конструкция е налице злоупотреба.

75. Подобен аргумент за злоупотреба обаче би могъл да отпадне, ако капиталовите фондове предоставят на държавите, на които инвеститорите са местни лица, съответната данъчна информация или ако държавата, на която са местни лица капиталовите фондове, разполага със съответната информация и я препрати на съответните държави. В този случай подобна дружествена структура не би могла да бъде упрекната в заобикаляне на целта на облагането с данък при източника (в тази насока т. 72 по-горе). Това също трябва да бъде взето предвид от съответния съд при цялостния анализ на случая.

76. Ако целта на конструкцията е дивидентите на европейските дружества на групата да бъдат свързани по неутрален от данъчна гледна точка начин и след това да бъдат прехвърлени на крайното дружество майка, което надлежно ще ги декларира за данъчно облагане в държавата, на която е местно (в случая Съединените американски щати), изглежда трудно да се открие злоупотреба. Това ще е валидно по-специално ако при директно разпределяне на крайното дружество майка от САЩ не би следвало да се удържа данък при източника, защото съществува съответна СИДДО.

г) Отговор на въпрос 5

77. При избягването на облагане с данък при източника на плащания на дивиденди на дружества, които са местни лица на трети държави, на първо място идва избягването от същинските получатели на дивидентите на облагането с данък на доходите от дивиденди. В частност тук може да се приеме наличие на злоупотреба, ако целта на избраната дружествена структура е възползване от определена липса на информация между участващите държави, за да бъде възпрепятствано ефективното облагане с данък на тези инвеститори. Това трябва да бъде преценено от запитващата юрисдикция.

4. Тълкуване на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества в светлината на коментарите към модела на спогодба на ОИСР? (въпроси 3 и 4)

78. С въпроси 3 и 4 запитващата юрисдикция иска наред с останалото да се установи дали предвиденият в Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества отказ за освобождаване от данъчно облагане при източника в съответствие с международен договор (т.е. СИДДО), сключен между Дания и друга държава, трябва да бъде обоснован със залегнала в правото на Съюза принципна постановка, която подлежи на проверка от страна на Съда. Запитващата юрисдикция също така иска да се установи дали за такова съобразено с правото на Съюза тълкуване следва да се вземат предвид и коментарите към модел на спогодба на ОИСР и ако да, дали следва да се отчитат и коментарите към съставен след приемането на Директивата модел на данъчна спогодба на ОИСР.

79. В по-късните коментари към моделите на спогодба на ОИСР т.нар. дружества за насочване на дохода обикновено не се разглеждат като бенефициери, когато те, въпреки че формално са бенефициери, на практика имат много ограничени правомощия, които във връзка с въпросните доходи ги правят само действащи за сметка на заинтересованите страни фидуциарни собственици или управители.

80. Щом държава членка иска да ограничи следващо от правото на Съюза освобождаване от данъчно облагане, в тежест на частноправния субект, ограничаващата уредба винаги трябва да се тълкува в светлината на правото на Съюза. Ето защо, за да бъде даден полезен отговор на запитващата юрисдикция, Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества трябва да бъде разтълкувана. За това тълкуване на правото на Съюза могат да бъдат взети предвид и моделите на спогодба на ОИСР, както и коментарите към моделите на спогодба на ОИСР.

81. Моделите на спогодба на ОИСР обаче нито са право на Съюза, нито са правно обвързващи за Съда. Те не са правно задължителни многостранни договори по международното право, а едностранни актове на международна организация под формата на препоръки към членуващите в нея държави. Също и по разбиране на самата ОИСР тези препоръки не са задължителни; напротив, съгласно Процедурния правилник на ОИСР държавите членки трябва да преценят дали смятат спазването им за целесъобразно⁴¹. Това се отнася още повече за направените по тях от ОИСР коментари, които в крайна сметка съдържат само правни схващания.

82. Съгласно постоянната съдебна практика обаче е разумно при изпълнението на задължението си за балансирано разпределение на правомощията за данъчно облагане държавите членки да се ръководят от международната практика, отразена в моделите на спогодби⁴². Това се отнася и за ръководенето от международните правни постановки, които може да намират израз в коментарите към моделите на спогодба на ОИСР.

83. Коментарите към модели на спогодба на ОИСР обаче не могат да влияят пряко върху тълкуването на директива на ЕС (а следователно и на съобразеното с правото на Съюза тълкуване на националното право). В това отношение посочените коментари отразяват само схващанията на лицата, работили по модели на спогодба на ОИСР, но не и схващанията на парламентарни законодатели или дори на законодателя на Съюза. Ако обаче от текста и историята на създаване на директивата се установи, че законодателят на Съюза се е ръководел от текста на модел на спогодба на ОИСР и (тогавашните) коментари към него, може да се препоръча съответно тълкуване.

84. Ето защо Съдът вече е постановил, че разпоредбите на СИДДО, тълкувани в светлината на коментарите на ОИСР към релевантния модел на спогодба, не могат да ограничават правото на Съюза⁴³. Това се отнася в частност за направените след приемането на директивата изменения на модел на спогодба на ОИСР и на коментари. В противен случай договарящите се държави в ОИСР биха имали възможността да преценяват как да се тълкува директива на ЕС.

41 Правило 18, буква b) от Процедурния правилник на ОИСР: „Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation“. Може да се намери на адрес: <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>.

42 Решения от 15 май 2008 г., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, т. 22), от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, т. 49), от 7 септември 2006 г., N (C-470/04, EU:C:2006:525, т. 45), от 12 май 1998 г., Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, т. 31), от 23 февруари 2006 г., Van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, т. 48); вж. и решение от 16 май 2017 г. Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, т. 67).

43 Решение от 19 януари 2006 г., Vouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, т. 50 и 56).

85. Ето защо на преюдициални въпроси 3 и 4 може да се отговори, че Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества следва да се тълкува съгласно правото на Съюза самостоятелно и независимо от член 10 от модела на данъчна спогодба на ОИСП от 1977 г. или по-късните редакции.

86. Освен това в заключение запитващата юрисдикция пита дали „получателят на дивидентите“ по смисъла на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества трябва да се тълкува по същия начин като „бенефициер“ по смисъла на Директивата за лихви и роялти. И на този въпрос може да се даде отрицателен отговор, защото, както бе посочено по-горе (т. 35), Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества възприема подход, различен от този на Директивата за лихви и роялти, и съответно целенасочено не използва понятието „бенефициер“.

Б. По посочването на същинския получател на дивидентите (въпрос 8)

87. С осмия въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали държавата членка, която не иска да признае получателя на дивидентите и за бенефициер по смисъла на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, защото бил само т.нар. изкуствено дружество за насочване на дохода, е длъжна да посочи кого смята за същинския получател на дивидентите. Така запитващата юрисдикция по същество засяга въпроса кой носи тежестта да докаже, че е налице злоупотреба.

88. Наличието на злоупотреба с правните възможности за избор на конструкция предполага да е избрана една отклоняваща се от обикновено избираните конструкции законна конструкция, която води до *по-благоприятен резултат* от „обичайната“ конструкция. Като „обичайна конструкция“ в настоящия случай би следвало да се разглежда пряко разпределяне на дивидентите между капиталовите фондове и жалбоподателя по главното производство. Тази „обичайна конструкция“ е трябвало да доведе и до по-голяма данъчна тежест.

89. По принцип данъчната администрация е тази, която трябва да докаже, че избраният начин на действие е по-благоприятен от гледна точка на данъчното право в сравнение с обичайната конструкция, при което данъчнозадълженото лице може да има определено задължение за съдействие. В този случай обаче данъчнозадълженото лице може да представи „при необходимост [...] доказателства за търговските съображения за сключване на въпросната сделка“⁴⁴. Ако оттук се установи, че по същество целта⁴⁵ не е избягването на данък, който обикновено би бил изискуем, избраният начин на действие не може да се разглежда като злоупотреба, още повече че самата държава предоставя на данъчнозадълженото лице тези възможности за избор на конструкция.

90. Освен това от практиката на Съда⁴⁶ следва, че вследствие от приемането, че е налице поведение, представляващо злоупотреба, се определя положението, което би съществувало при липсата на обстоятелствата, представляващи злоупотреба, и на следващо място, това преквалифицирано положение се преценява от гледна точка на относимите разпоредби на националното право и на правото на Съюза. За целта обаче трябва да е ясно кой е същинският получател на дивидентите.

44 Решение от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, т. 92).

45 Решения от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 53), от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 36) и от 21 февруари 2008 г., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, т. 45).

46 Решения от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 47), от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 52) и от 21 февруари 2008 г., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, т. 58).

91. Така от гледна точка на Дания може да е налице злоупотреба по смисъла на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества само в случай че при пряко изплащане на дивидентите бъде извършено съответно данъчно облагане в Дания. Това обаче е изключено съгласно датското право, когато — ако не се отчита т.нар. междинно дружество — същинският получател на дивидентите щеше също да бъде дружество със седалище в друга държава членка или получателът на дивидентите щеше да бъде местно лице на държава, с която Дания е сключила СИДДО. Ако например за същински получател на дивидентите следваше да се счита крайното дружество майка от САЩ, а не Y Bermuda или Y Surgus, при тази хипотеза съгласно датското право също би било налице освобождаване от данъчно облагане при източника.

92. Ето защо на въпрос 8 може да се отговори, че държавата членка, която не иска да признае дружество, което е местно лице на друга държава членка и на което са платени дивидентите, за получател на дивидентите, за да приеме наличието на злоупотреба, по принцип е длъжна да посочи кой според нея е същинският получател на дивидентите. Това е необходимо, за да може да се установи дали изобщо чрез квалифицираната като злоупотреба конструкция се постига по-благоприятен резултат от гледна точка на данъчното право. По-специално при свързана с чужбина фактическа обстановка обаче е възможно данъчнозадълженото лице да има по-засилено задължение за съдействие.

В. По позоваването на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества (въпроси 1, 1.1 и 2)

93. С въпроси 1, 1.1 и 2 запитващата юрисдикция в крайна сметка иска да се установи дали (1) Дания може да се позове пряко на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, за да откаже на данъчнозадълженото лице предвиденото в член 5, параграф 1 от същата директива освобождаване от данъчно облагане при източника. Ако това не е така, следва да се изясни дали (2) Дания все пак е транспонирала в достатъчна степен член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества в действащото си национално право.

1. Липса на пряко прилагане на директива с оглед обосноваването на задължения в тежест на частноправните субекти

94. Ако съгласно посочените по-горе критерии все пак е налице злоупотреба по смисъла на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, особеността на настоящия случай е, че датското право не е съдържало специална разпоредба за транспониране на тази разпоредба. Както посочва запитващата юрисдикция, не е имало и обща законова разпоредба относно предотвратяването на злоупотреби. По тази причина някои от участниците в производството смятат, че трябва да бъдат освободени от данъчно облагане съгласно националното право, дори и да се приеме наличие на злоупотреба.

95. Невинаги се изисква формално транспониране на разпоредби от директиви (в случая, на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества) в специални разпоредби на националното право. Напротив, може да се приеме, че една директива, в зависимост от нейното съдържание, е транспонирана и чрез общ правен контекст, включително общи принципи на националното конституционно или административно право, ако така се гарантира пълното прилагане на директивата по достатъчно ясен и определен начин⁴⁷.

⁴⁷ В този смисъл е постоянната съдебна практика, вж. напр. решения от 5 юли 2007 г., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 44), от 6 април 2006 г., Комисия/Австрия (C-428/04, EU:C:2006:238, т. 99), от 16 юни 2005 г., Комисия/Италия (C-456/03, EU:C:2005:388, т. 51) и заключението ми по дело Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 62).

96. В преюдициалното производство запитващата юрисдикция посочва съществуването на два принципа (т.нар. „принцип на реалността“ и принцип на „същинския получател на дохода“). Участниците в производството обаче се съгласяват, че тези принципи не са приложими тук, след като в действителност формално дивидентите са изплатени първо на кипърското дружество.

97. Член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества дава възможност на държавите членки да се борят със злоупотребите. Такава е и практиката в целия Европейски съюз. Почти всички държави членки са разработили някакви инструменти за предотвратяване на злоупотребите с цел избягване на данъчно облагане⁴⁸. Следователно и в националните данъчноправни системи има консенсус, че прилагането на правото не може да стига дотам, че да трябва да се толерират практики на злоупотреби от страна на стопанските субекти. Този признат в целия Съюз принцип⁴⁹ понастоящем намира и израз в член 6 от Директива 2016/1164.

98. В това отношение всички национални разпоредби, независимо дали са приети за целите на транспониране на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества или не, следва да се тълкуват и прилагат в съответствие с този общ правен принцип, и в частност с текста и целите на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, както и на член 1, параграф 2 от нея⁵⁰. На тълкуването на националното право в съответствие с правото на Съюза не може да се противопостави тезата, че е възможно то да бъде в тежест на частноправния субект, защото опосреденото чрез разпоредбите на националното право прилагане, т.е. непрякото прилагане на правото на Съюза в тежест на частноправния субект, е допустимо⁵¹.

99. Единствено прякото прилагане на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества в тежест на жалбоподателя би било отказано на датските органи, пак по съображения за правна сигурност⁵². Държавата членка не може да противопостави на частноправния субект разпоредба от директива, която не е транспонира⁵³. Съгласно постоянната съдебна практика директивата сама по себе си не може да обосновава задължения за частноправния субект, така че не е възможно срещу това лице да се изтъква директивата като такава⁵⁴. Подобна държава членка би извършила „злоупотреба с право“. От една страна, тя няма да е транспонира⁵⁴ адресирана до нея директива (въпреки че е могла), а от друга, тя би се позовавала на съдържаща се в нетранспонираната директива възможност за борба със злоупотребите.

48 Отчасти държавите членки разполагат с общи клаузи за противодействие на злоупотребите — във Федерална република Германия член 42 от Abgabenordnung (Държавния данъчен закон), в Люксембург член 6 от Steueranpassungsgesetz (Закона за адаптиране на данъците), в Белгия член 344, параграф 1 от code des impôts sur les revenus (Кодекса за данъка върху доходите), в Швеция член 2 от Закон (1995:575) или във Финландия член 28 от Кодекса за данъка върху доходите; отчасти има специални разпоредби (като в Дания относно клиринговите цени съгласно член 2 от Ligningslovens (Закона за данъчното облагане) или общи правни принципи (във Федерална република Германия това би бил принципът на стопанския начин на разглеждане, който може да бъде изведен наред с другото от член 39 и сл. от Държавния данъчен закон).

49 Вж. решения от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 27), от 21 февруари 2006 г., Halifax и др. (C-255/02, EU:C:2006:121, т. 68), от 3 март 2005 г., Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, т. 32), от 14 декември 2000 г., Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, т. 51) и от 23 март 2000 г., Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, т. 33).

50 Относно задължението на националните юрисдикции да тълкуват националното право в съответствие с директивите вж. постоянната съдебна практика, и в частност решения от 4 юли 2006 г., Adeneler и др. (C-212/04, EU:C:2006:443, т. 108 и сл.), от 5 октомври 2004 г., Pfeiffer и др. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 113 и сл.) и от 10 април 1984 г., Von Colson и Kamann (14/83, EU:C:1984:153, т. 26).

51 Решения от 5 юли 2007 г., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 45), от 7 януари 2004 г., Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, т. 57), от 14 юли 1994 г., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, т. 20, 25 и 26) и от 13 ноември 1990 г., Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, т. 6 и 8); вж. и заключението ми по дело Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 65).

52 Така изрично в решение от 5 юли 2007 г., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 42).

53 Решения от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 49), от 21 септември 2017 г., DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, т. 41), от 5 юли 2007 г., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 42), от 19 ноември 1991 г., Francovich и др. (C-6/90 и C-9/90, EU:C:1991:428, т. 21); вж. и заключението ми по дело Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 66).

54 Решение от 5 юли 2007 г., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 42) и заключението ми по дело Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 65); вж. и, подобно на много други, решение от 5 октомври 2004 г., Pfeiffer и др. (C-397/01 до C-403/01, EU:C:2004:584, т. 108 и цитираната там съдебна практика).

100. Също така в случая по главното производство компетентните органи не могат да се позовават спрямо частноправните субекти пряко на общия принцип на правото на Съюза, че е недопустима злоупотреба с право, защото при всяко положение в случаите, които попадат в приложното поле на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, този принцип е намерил специфичен израз в член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества и е конкретизиран там⁵⁵. Ако наред с това се допусне пряко позоваване на общ правен принцип, чието съдържание е далеч по-неясно и неопределено, би възникнала опасност от подкопаване на целта на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества за хармонизация, а и на всички други директиви, които съдържат конкретни разпоредби за избягване на злоупотреби (като напр. член 6 от Директива 2016/1164). Между другото, вече споменатата забрана за пряко прилагане на нетранспонирани разпоредби от директиви в тежест на частноправните субекти също би била подкопана по този начин⁵⁶.

2. Неприложимост на съдебната практика в областта на ДДС

101. На това не се противопоставят решенията на Съда⁵⁷ по дела *Italmoda* и *Cussens*. В тях Съдът е постановил, че принципът на забрана на практиките на злоупотреба следва да се тълкува в смисъл, че може да се приложи пряко, независимо от национални мерки за неговото транспониране в националното право, за да се откаже освобождаване от ДДС, без на това да се противопоставят принципите на правна сигурност и на защита на оправданите правни очаквания.

102. Тези две решения обаче засягат изключително правото в областта на ДДС. То е различно от настоящата материя. Правото в областта на ДДС, от една страна, е хармонизирано в много по-голяма степен чрез правото на Съюза и засяга в много по-голяма степен неговите интереси чрез свързаното с него финансиране на Съюза, отколкото правото на държавите членки в областта на подоходното облагане.

103. От друга страна, с член 325, параграфи 1 и 2 ДФЕС правото на Съюза задължава държавите членки (ефективно) да събират ДДС⁵⁸, докато при правото в областта на подоходното облагане това не е така. Тук следва да се добави особената уязвимост на правото в областта на ДДС към измами, която обуславя особено ефективното изпълнение във връзка с претенции относно данъци. В това отношение Съдът дори в скорошно решение прави разлика между правото в областта на ДДС и вторичното право на Съюза, което изрично предвижда разрешение за борбата със злоупотребите⁵⁹. Ето защо не може да се приеме пряко прилагане на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества в ущърб на данъчнозадълженото лице⁶⁰.

55 Срв. моето заключение по дело *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 67) и решение от 5 юли 2007 г., *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 38 и сл.). Подобно е и заключението ми по дело *Satakunnan Markkinapörssi и Satamedia* (C-73/07, EU:C:2008:266, т. 103).

56 В този смисъл е неясно решение от 22 ноември 2005 г., *Mangold* (C-144/04, EU: 2005:709, т. 74—77); вж. моето заключение по дело *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, т. 67), за по-голяма точност и решение от 5 юли 2007 г., *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 42).

57 Решения от 22 ноември 2017 г., *Cussens и др.* (C-251/16, EU:C:2017:881) и от 18 декември 2014 г., *Schoenimport „Italmoda“ Mariano Previti* (C-131/13, C-163/13 и C-164/13, EU:C:2014:2455).

58 Решения от 8 септември 2015 г., *Taricco и др.* (C-105/14, EU:C:2015:555, т. 36 и сл.), от 26 февруари 2013 г., *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2013:105, т. 26).

59 Така изрично решение от 22 ноември 2017 г., *Cussens и др.* (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 28, 31 и 38).

60 Така е постановил Съдът още в решение от 5 юли 2007 г., *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, т. 42).

3. По наличието на специална национална разпоредба срещу злоупотребите

104. Запитващата юрисдикция обаче трябва да провери дали при съобразено с правото на Съюза тълкуване в настоящия случай все пак могат да се приложат общи разпоредби или принципи на националното право (към тях спадат и развитите от съдебната практика принципи), от които би могло например да следва, че привидните сделки не би трябвало да се вземат предвид в данъчноправно отношение или че е налице забрана за позоваване на определени данъчни предимства с цел злоупотреба.

105. Съгласно практиката на Съда, за да бъде обосновано със съображения за борба срещу злоупотребите, ограничението на свободата на установяване трябва да е насочено конкретно към това да възпрепятства определено поведение, изразяващо се в създаване на напълно изкуствени конструкции, които не отразяват икономическата действителност, с цел да се избегне заплащането на обикновено дължимия данък върху реализираната печалба от дейности, извършени на територията на страната⁶¹.

106. Ето защо на въпроси 1.1 и 2 може да се отговори, че нито член 2, параграф 2, буква с) от датския Закон за корпоративното подоходно облагане, нито разпоредба от СИДДО, която за данъчното облагане на разпределените дивиденди изхожда от това кои са бенефициери, са достатъчни, за да могат да бъдат разглеждани като транспониране на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества.

107. По друг начин обаче трябва да се направи оценката във връзка с прилагането в съответствие с правото на Съюза на т.нар. „принцип на реалността“ и на принципа на „същинския получател на дохода“ в Дания. Те са разработени именно за да се разреши проблемът, че гражданското право дава възможност за много конструкции, но данъчното право предвижда облагане на икономически положения. Следователно тези правни принципи са насочени специално срещу изкуствени конструкции или злоупотреби от страна на частноправните субекти и затова по принцип представляват и достатъчно конкретна правна основа за ограничаване на свободата на установяване. Доколкото Дания не е транспонирала изрично член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, това не би породило вредоносно действие. В частност обаче националната юрисдикция трябва да направи тази преценка.

108. Ето защо разработеният в Дания „принцип на реалността“, тълкуван в съответствие с правото на Съюза, би могъл да представлява достатъчна основа за игнориране при данъчното облагане на напълно изкуствени или дори насочени към злоупотреба конструкции, доколкото такива са налице (по-подробно в т. 52 и сл.). „Принципът на реалността“ според мен също така не е нищо друго освен особена разновидност на икономическия начин на разглеждане на нещата, който е в основата на повечето разпоредби на отделните държави членки за предотвратяване на злоупотребите⁶². Това става ясно и от правото на Съюза, например в член 6, параграф 2 от Директива 2016/1164, съгласно който една договореност се счита за привидна дотолкова, доколкото не е въведена поради основателни търговски съображения, които отразяват икономическата реалност. Това обаче трябва да бъде преценено от националната юрисдикция.

61 Решения от 18 юни 2009 г., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, т. 64), от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, т. 55) и от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, т. 74).

62 Много често в държавите членки се изхожда от фактическото съдържание на даден акт или на дадена трансакция, например във Финландия, Унгария, Ирландия, Италия, Литва, Нидерландия, Португалия и Словения.

109. Ако целта на конструкцията е да се предотврати данъчно облагане на същинските инвеститори, от икономическа гледна точка въпреки извършеното формално разпределяне на дивидентите на кипърското дружество майка, последните всъщност са разпределени на неговия акционер Y Bermuda (или евентуално дори на крайното дружество майка Y USA). При това положение разпределянето на кипърското дружество майка няма да отразява икономическата, а само гражданскоправната (формална) реалност.

Г. Нарушение на основните свободи (въпроси 6, 7, 9 и 10)

110. Тъй като в настоящия случай не се откриват индикации да се смята, че забраната по член 5 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества за освобождаване от данъчно облагане при източника е неприложима, не е необходимо да се спираме повече на въпроси 6, 7, 9 и 10 на запитващата юрисдикция.

111. Ако, прилагайки залегналите в националното право принципи в съответствие с правото на Съюза, запитващата юрисдикция заключи, че е налице конструкция с цел злоупотреба, при определени обстоятелства следва да се извърши облагане при източника. Тогава обаче в настоящия случай въпросите вече няма да стоят, защото това данъчно облагане ще е следствие от злоупотребата, а съгласно постоянната практика на Съда не се допуска позоваване на правото на Съюза с цел злоупотреба⁶³.

112. Независимо от това обаче Съдът вече е постановил и че различното третиране на местни и чуждестранни получатели на лихви поради различна техника на данъчно облагане не засяга сходни фактически положения⁶⁴. Това важи и за местните и чуждестранните получатели на дивиденди. Дори да се приеме, че фактическите положения са сходни, съгласно практиката на Съда ограничаването на основна свобода би било оправдано, ако облагането с данък при източника в Дания на установения в чужбина получател на дивидентите не е в по-голям размер от облагането с корпоративен данък на местен за Дания получател на дивидентите⁶⁵.

113. Същото важи за начисляването на различен лихвен процент, респ. възникването на корпоративно данъчно задължение в Дания за получателя на дивидентите и задължение за платеща на дивидентите за удържане на данък при източника в Дания. Това не са сходни фактически положения, защото в единия случай се дължи *собствен* данък (корпоративен данък), а в другия случай от получателя на дивидентите всъщност се удържа и събира *чужд* данък (данък върху дохода или корпоративен данък). Разликите при възникването и начисляването на лихви произтичат от различната техника и функция на облагането с данък при източника (в тази насока вж. т. 72).

63 Вж. решения от 22 ноември 2017 г., Cussens и др. (C-251/16, EU:C:2017:881, т. 27), от 21 февруари 2006 г., Halifax и др. (C-255/02, EU:C:2006:121, т. 68) и от 14 декември 2000 г., Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, т. 51 и цитираната там съдебна практика).

64 Решение от 22 декември 2008 г., Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, т. 41); потвърдено с решение от 18 октомври 2012 г., X (C-498/10, EU:C:2012:635, т. 26).

65 Вж. решения от 17 септември 2015 г., Miljoen и др. (C-10/14, C-14/14 и C-17/14, EU:C:2015:608, т. 90) и от 18 октомври 2012 г., X (C-498/10, EU:C:2012:635, т. 42 и сл.).

VI. Заключение

114. Ето защо предлагам на въпросите на Østre Landsret (Източен областен съд, Дания) да се отговори, както следва:

1. На въпрос 1 следва да се отговори, че държава членка не може да се позовава на член 1, параграф 2 от Директива 2011/96/ЕС относно общата система за данъчно облагане на дружества майки и дъщерни дружества от различни държави членки, ако не го е транспонирала.
2. На въпроси 1.1 и 2 следва да се отговори, че нито член 2, параграф 2, буква с) от датския Закон за корпоративното подоходно облагане, нито разпоредба от спогодба за избягване на двойното данъчно облагане, съответстваща на член 10 от модела на данъчна спогодба на ОИСП, могат да се считат за транспониране в достатъчна степен на член 1, параграф 2 от Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества. Това обаче не изключва тълкуването и прилагането в съответствие с правото на Съюза на общи принципи и начала на националното право, чиято цел е именно недопускането на изкуствени конструкции или злоупотреба с право от страна на частноправните субекти.
3. На въпроси 3 и 4 следва да се отговори в смисъл, че местно за друга държава членка дружество майка, което получава дивиденди от дъщерното си дружество, следва да се счита за получател на дивиденди, попадащ в обхвата на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества. Понятията на Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества следва да се тълкуват съгласно правото на Съюза самостоятелно, единствено в съответствие с Директивата за дружествата майки и дъщерните дружества, и независимо от коментарите към член 10 от модела на данъчна спогодба на ОИСП от 1977 г. или по-късните редакции.
4. На въпрос 5 следва да се отговори, че изводът за наличие на злоупотреба зависи от цялостната преценка на всички обстоятелства по конкретния случай, която следва да бъде извършена от националната юрисдикция.
 - а) Злоупотреба съгласно данъчното право може да бъде налице при напълно изкуствени, неотразяващи икономическата реалност конструкции или когато основната цел на конструкцията се изразява в отклоняване от облагане с данък, който би бил дължим в съответствие с целта на закона. В тази насока данъчната администрация трябва да докаже, че при адекватна конструкция би възникнало съответно данъчно вземане, докато данъчнозадълженото лице трябва да докаже, че конструкцията е избрана поради основателни причини извън данъчното право.
 - б) При избягването на облагане с данък при източника на плащания на дивиденди чрез дружества в други държави членки на дружества, които са местни лица на трети държави, на първо място идва избягването от същинските получатели на дивидентите на облагането с данък на доходите от дивиденди. В частност тук може да се приеме наличие на злоупотреба, ако целта на избраната дружествена структура е възползване от определена липса на информация между участващите държави, за да бъде възпрепятствано ефективното облагане с данък на същинските получатели на дивидентите.
5. На въпрос 8 следва да се отговори, че държавата членка, която не иска да признае дружество, местно лице на друга държава членка, за получател на дивидентите, за да приеме наличието на злоупотреба, е длъжна да посочи кой е същинският получател на дивидентите. В това отношение обаче при свързана с чужбина фактическа обстановка обаче е възможно данъчнозадълженото лице да има по-засилено задължение за съдействие.

6. Предвид отговорите на въпроси 1 и 5 не е необходимо да се дава отговор на въпроси 6, 7, 9 и 10.