



# Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL  
JULIANE KOKOTT  
prezentate la 1 martie 2018<sup>1</sup>

**Cauza C-118/16**

**X Denmark A/S  
împotriva  
Skatteministeriet**

[cerere de decizie preliminară formulată de  
Østre Landsret (Curtea de Apel din Regiunea de Est, Danemarca)]

„Cerere de decizie preliminară – Directiva 2003/49/CE privind sistemul comun de impozitare, aplicabil plăților de dobânzi și de redevențe efectuate între societăți asociate din state membre diferite (așa-numita Directivă privind dobânzile și redevențele) – Noțiunea de beneficiar – Acționare în nume propriu și pe seama altuia – Influența Comentariilor din Modelul de convenție fiscală al OCDE asupra interpretării unei directive a Uniunii Europene – Abuz privind posibilitățile de structurare fiscală – Criterii pentru existența unui abuz în cazul evitării impozitului cu reținere la sursă – Abuz prin profitarea de lipsa unor sisteme de schimb de informații între state – Aplicarea Directivei 2003/49/CE în cazul plăților efectuate către o S.C.A, SICAR din Luxemburg – Aplicare directă a unei dispoziții netranspuse din directivă – Interpretare conformă cu dreptul Uniunii a principiilor naționale privind evitarea abuzurilor”

## I. Introducere

1. La fel ca în alte trei proceduri paralele<sup>2</sup>, Curtea este chemată să decidă care sunt condițiile în care beneficiarul legal al dobânzilor trebuie considerat și beneficiar în sensul Directivei privind dobânzile și redevențele<sup>3</sup>. În acest context, trebuie să se clarifice dacă pentru interpretarea dreptului Uniunii trebuie avute în vedere și Comentariile din Modelul de convenție fiscală al OCDE, în special în cazul în care acestea au fost reformulate după adoptarea directivei. În continuare, se pune problema definirii și a aplicării directe a interdicției abuzurilor, prevăzută de dreptul Uniunii. Trebuie de asemenea să se clarifice modul în care trebuie tratată o formațiune juridică luxemburgheză specială (o S.C.A.) în cadrul Directivei privind dobânzile și redevențele, în condițiile în care acest așa-numit fond de capital de risc (denumit SICAR) este supus în Luxemburg unui regim fiscal deosebit de favorabil.

2. Contextul litigiului îl reprezintă achiziționarea unei întreprinderi, în cadrul căreia împrumutătorii au împrumutat bani unei societăți luxemburgheze prin intermediul unor fonduri de capital rezidente în țări terțe. Prin societatea astfel achiziționată și prin „interpunerea” a două societăți suedeze a fost achiziționat un grup operativ danez. Societatea-mamă a acestui grup plătește dobânzi dintr-un împrumut unei societăți daneze, care realizează transferuri intragrup către cealaltă societate suedeză,

1 Limba originală: germana.

2 Este vorba despre cauzele C-115/16, C-119/16 (ambele conexe cu C-118/16) și despre cauza C-299/16.

3 Directiva 2003/49/CE a Consiliului din 3 iunie 2003 privind sistemul comun de impozitare, aplicabil plăților de dobânzi și de redevențe efectuate între societăți asociate din state membre diferite (JO 2003, L 157, p. 49, Ediție specială, 09/vol. 2, p. 75).

pentru ca aceasta din urmă să poată transfera la rândul său dobânzi către societatea luxemburgheză. Profitul realizat de societatea luxemburgheză este de asemenea distribuit unor fonduri de capital rezidente în țări terțe, care, în mod evident, au investitorii lor, rezidenți pe teritoriul Uniunii și în afara acestui teritoriu. Astfel, prin această organizare se evită plata impozitului la sursă datorat în Danemarca.

3. Problemele de mai sus vizează în cele din urmă conflictul fundamental din dreptul fiscal dintre libertatea conform dreptului civil de structurare a persoanelor impozabile și combaterea tuturor formelor de structurare conform dreptului civil care, în anumite împrejurări, pot avea caracter abuziv. Chiar dacă aceste dificultăți există încă de la începuturile dreptului fiscal modern, în continuare este dificil de delimitat minimizarea permisă de minimizarea interzisă a impozitului.

4. Având în vedere atmosfera politică înverșunată împotriva practicilor fiscale ale anumitor conterne care acționează la nivel mondial, sarcina Curții de a realiza în speță această delimitare nu este una simplă, în condițiile în care trebuie să se evite ca oricare comportament prin care persoana impozabilă urmărește să își reducă impozitul să fie considerat abuziv.

## II. Cadrul juridic

### A. Dreptul Uniunii

5. În speță, cadrul juridic relevant din perspectiva dreptului Uniunii îl constituie Directiva 2003/49 și articolele 43, 48 și 56 CE (devenite articolele 49, 54 și 63 TFUE).

6. Considerentele (1)-(6) ale Directivei 2003/49 au următorul conținut:

- „(1) Pe o piață unică având caracteristicile unei piețe interne, operațiunile efectuate între societățile din state membre diferite nu ar trebui să fie supuse unui regim fiscal mai puțin favorabil decât cel aplicabil aceluiași operațiuni efectuate între societățile din același stat membru.
- (2) Această cerință nu este satisfăcută în prezent la plata dobânzilor și redevențelor. Legislațiile fiscale naționale, coroborate, dacă este cazul, cu convenții bilaterale sau multilaterale, nu pot să asigure întotdeauna eliminarea dublei impozitări, iar aplicarea lor duce deseori la formalități administrative prea greoaie, precum și la costuri de trezorerie pentru întreprinderile implicate.
- (3) Este necesar să se garanteze că plata dobânzilor și a redevențelor este impozitată o singură dată într-un stat membru.
- (4) Eliminarea oricărei forme de impozitare a plății dobânzilor și redevențelor în statul membru de unde provin aceste plăți, indiferent dacă impozitul se percepe prin reținere la sursă sau se colectează prin estimarea bazei de impozitare, constituie soluția cea mai adecvată pentru eliminarea formalităților și a problemelor menționate anterior și pentru realizarea egalității tratamentului fiscal aplicat operațiunilor la nivel național cu cel aplicat la nivel transfrontalier. Este necesar, în special, să se elimine impozitarea acestor plăți, atunci când acestea sunt efectuate între societăți asociate din state membre diferite sau între sedii permanente ale acestor societăți.
- (5) Sistemul trebuie să se aplice exclusiv valorii dobânzilor sau redevențelor de plată, asupra cărora au convenit plătitorul și beneficiarul efectiv în lipsa unor relații speciale.
- (6) Se recomandă, în plus, ca statele membre să nu fie împiedicate să ia măsurile necesare pentru combaterea fraudelor și a abuzurilor.”

7. Articolul 1 alineatul (1) din Directiva 2003/49 are următorul conținut:

„Plățile de dobânzi și de redevențe generate într-un stat membru sunt scutite de orice impozit prin reținere la sursă sau prin estimarea bazei de impozitare în statul de origine respectiv, dacă beneficiarul dobânzilor sau al redevențelor este o societate dintr-un alt stat membru sau un sediu permanent, situat în alt stat membru, al unei societăți dintr-un stat membru.”

8. Articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2003/49 dispune în continuare:

„O societate dintr-un stat membru nu este considerată beneficiară a dobânzilor sau a redevențelor decât dacă le primește în nume propriu și nu ca reprezentant, de exemplu în calitate de administrator fiduciar sau semnatar autorizat, al unei alte persoane.”

9. Articolul 1 alineatul (7) din Directiva 2003/49 prevede:

„Prezentul articol nu se aplică decât în cazul în care societatea care a plătit dobânzile sau redevențele sau societatea al cărei sediu permanent se consideră plătitorul dobânzilor și redevențelor este o societate asociată a societății care este beneficiara plăților în cauză sau al cărei sediu permanent este considerat beneficiarul dobânzilor sau redevențelor în cauză.”

10. Articolul 5 din Directiva 2003/49, intitulat „Fraude și abuzuri”, dispune după cum urmează:

„(1) Prezenta directivă nu împiedică aplicarea dispozițiilor naționale sau a dispozițiilor întemeiate pe convenții, care sunt necesare pentru prevenirea fraudelor sau a abuzurilor.

(2) În cazul operațiunilor ale căror obiectiv principal este fraudă sau evaziunea fiscală sau abuzurile, statele membre pot să retragă beneficiile prezentei directive sau să refuze să o aplice.”

## **B. Dreptul internațional**

11. Convenția dintre țările nordice privind evitarea dublei impuneri din 23 septembrie 1996 (cu modificările ulterioare) și Convenția dintre Marele Ducat al Luxemburgului și Regatul Danemarcei privind evitarea dublei impuneri (denumită în continuare „Convenția privind evitarea dublei impuneri”) din 17 noiembrie 1980 cuprind, la articolul 11 alineatul (1), următoarea dispoziție privind competența de impozitare a dobânzilor:

„1. Dobânzile generate într-un stat contractant și plătite unei persoane rezidente în alt stat contractant pot fi impozitate în acest din urmă stat doar dacă persoana respectivă este beneficiarul dobânzilor.”

12. Potrivit dispoziției menționate, statul-sursă, în cazul de față Regatul Danemarcei, nu poate impozita dobânzile plătite unei persoane rezidente în Suedia sau în Luxemburg atunci când persoana în cauză este „beneficiarul” dobânzilor. Noțiunea „beneficiar” nu este definită în niciuna dintre convenții.

## **C. Dreptul danez**

13. Potrivit indicațiilor instanței de trimitere, legislația daneză în vigoare în cursul anilor în litigiu era următoarea.

14. Legea privind impozitul pe profit (denumită în continuare „Legea privind impozitul pe profit”)<sup>4</sup> prevede la articolul 2 alineatul (1) litera (d) o obligație fiscală limitată a companiilor străine în privința dobânzilor încasate sau plătite de societățile daneze:

„Articolul 2. Conform prezentei legi, sunt supuse impozitării societățile, asociațiile etc. în sensul articolului 1 alineatul (1), care au sediul în străinătate, în cazul în care [...]

d) încasează dobânzi din surse de pe teritoriul național din obligațiuni deținute de o [societate constituită conform dreptului danez] sau de un [...] [sediul permanent al unei societăți străine] [...] la o persoană juridică străină, menționate la articolul 3 B din Skattekонтроlov [(Legea privind controlul fiscal)] (obligațiuni care fac obiectul supravegherii publice). Obligația fiscală nu privește dobânzile dacă acestea nu sunt impozitate sau sunt supuse unei cote reduse conform Directivei 2003/49/CE privind sistemul comun de impozitare, aplicabil plăților de dobânzi și de redevențe efectuate între societăți asociate din state membre diferite sau conform unei convenții pentru evitarea dublei impunerii încheiate cu Insulele Feroe, Groenlanda sau în care își are sediul societatea beneficiară. Această prevedere se aplică însă numai în cazul în care societatea plătitoare și societatea beneficiară au fost asociate în sensul directivei pentru o perioadă neîntreruptă de cel puțin în an, iar plata s-a efectuat în acest interval de timp [...]”

15. În concluzie, obligația fiscală limitată nu viza în anul 2007 dobânzile plătite unei societăți-mamă, care nu sunt impozitate sau sunt supuse unei cote reduse conform Directivei 2003/49/CE sau conform unei convenții privind evitarea dublei impunerii.

16. În schimb, dacă dobânzile plătite din Danemarca sunt supuse unei obligații fiscale limitate potrivit articolului 2 alineatul (1) litera (d) din Legea privind impozitul pe profit, conform Legii daneze privind impozitul cu reținere la sursă<sup>5</sup>, plătitorul dobânzii este obligat, în temeiul articolului 65 D, să rețină impozitul la sursă („impozitul pe dobânzi”).

17. În anii fiscali 2008 și 2009, cota impozitului a fost de 25 %. În situația plății cu întârziere a impozitului reținut la sursă (în caz de obligații fiscale limitate), se percep dobânzi pentru creanța fiscală respectivă (articolul 66 B din Legea privind impozitul cu reținere la sursă). Obligația de a plăti dobânzile de întârziere revine persoanei obligate să rețină impozitul la sursă.

18. În anii 2007-2009, în Danemarca nu a existat nicio dispoziție legală generală antiabuz. Totuși, jurisprudența a dezvoltat o așa-numită „doctrină a faptelor reale”, potrivit căreia impozitarea are loc pe baza unei analize concrete a faptelor constatate în mod efectiv. Aceasta înseamnă că, printre altele, în funcție de împrejurările cauzei, poate fi adoptată o abordare care acordă întâietate fondului asupra formei și care permite anularea operațiunilor care sunt lipsite de substanță și artificiale din perspectiva realităților cauzei („substance-over-form”). Părțile sunt de acord că doctrina menționată nu oferă un temei pentru anularea operațiunilor efectuate în prezenta cauză.

19. Mai mult, în jurisprudența daneză s-a dezvoltat așa-numitul principiu „al dobânditorului real al venitului”. Potrivit acestui principiu, care se întemeiază pe dispoziția de bază referitoare la impozitarea venitului de la articolul 4 din Legea daneză privind impozitul de stat (statsskatteloven), autoritățile fiscale nu sunt obligate să accepte o separare artificială între societatea/activitatea care generează venitul și locația venitului generat de aceasta. Astfel, principiul are drept scop identificarea persoanei care – indiferent de pretinsa structură corporativă care a fost prezentată – este beneficiarul efectiv al venitului și, prin urmare, stabilirea obligațiilor fiscale ale persoanei în cauză. În consecință, întrebarea este care este persoana căreia trebuie să îi fie atribuit venitul în scopuri fiscale. „Dobânditorul real al venitului” va fi astfel cel care plătește impozitul pentru venitul respectiv.

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven -Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007 (Decretul nr. 1037 din 24 august 2007).

5 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (Decretul nr. 1086 din 14 noiembrie 2005).

### III. Litigiul principal

20. X Denmark A/S (reclamanta din litigiul principal judecat de instanța de trimitere) face parte din grupul X. Grupul X își desfășoară activitatea la nivel mondial și are în total 12 500 de angajați, dintre care 600 în Danemarca, precum și filiale în peste 70 de țări. În 2005, grupul a fost achiziționat de un consorțiu compus din fonduri de capital.

21. Aceste fonduri dețineau 100 % din acțiunile societății principale a grupului (X S.C.A.), rezidentă în Luxemburg, și sunt considerate a fi transparente din punct de vedere fiscal<sup>6</sup>. Potrivit instanței de trimitere, investitorii acestor fonduri de capital, considerate transparente din punct de vedere fiscal, sunt, în cele din urmă, sub aspect fiscal, acționari direcți ai societății principale a grupului, și anume ai X S.C.A.

22. Potrivit celor precizate de X Denmark A/S, acești investitori sunt rezidenți în numeroase țări, atât din interiorul, cât și din afara Uniunii și atât din interiorul, cât și din afara statelor cu care Danemarca a încheiat convenții privind dubla impunere.

23. X S.C.A. este societatea-mamă din fruntea grupului. Dată fiind natura sa de firmă de investiții generale, X S.C.A. a avut opțiunea de a fi autorizată ca o așa-numită „société d’investissement en capital à risque” (SICAR).

24. Aceasta înseamnă că societatea este scutită de impozitul pe venit în cazul încasărilor generate de investițiile sale (și anume dividende și profituri). O SICAR este scutită totodată de aplicarea normelor privind reținerea obligatorie la distribuirea dividendelor. X S.C.A. deține 100 % din acțiunile X Sweden Holding AB (denumit în continuare „X Sweden Holding”). X S.C.A. nu a fost implicată în alte operațiuni comerciale decât deținerea X Sweden Holding și împrumutul acordat acestuia.

25. X Sweden Holding deține la rândul său 97,5 % din acțiunile unei societăți suedeze (X-Schweden), care deține 100 % din acțiunile societății X Denmark A/S. Singura activitate a X Sweden Holding constă în faptul că este societatea care deține X Sweden. La 27 decembrie 2006, X Sweden Holding a luat un împrumut de la societatea-mamă, X S.C.A. Cheltuielile corespunzătoare dobânzilor au fost deduse în anii fiscali 2007, 2008 și 2009 din venitul impozabil al societății.

26. În anii fiscali 2007-2009 – în conformitate cu normele speciale suedeze privind ajustarea încasărilor în scopuri fiscale în interiorul unui grup din capitolul 35 din Legea suedeză privind impozitul pe venit (Inkomstskattelagen) – X Sweden a realizat transferuri în cadrul grupului către societatea-mamă, X Sweden Holding. Transferurile în cadrul grupului sunt deductibile din punct de vedere fiscal pentru societatea care efectuează plata și sunt impozabile pentru societatea beneficiară.

27. Prin contractul de împrumut din 27 decembrie 2006, X Denmark a împrumutat suma de 501 milioane de euro de la societatea-mamă, X Sweden. Pentru încasările de dobânzi anuale pentru 2007, 2008 și 2009, X Denmark nu a reținut impozit la sursă, întrucât a considerat că împrumutătorul, X Sweden, este „beneficiarul” dobânzilor. În declarațiile sale fiscale, X Denmark a dedus dobânzile din venitul său impozabil.

28. La începutul anului 2007, X Sweden a preluat activitățile legate de înregistrarea produselor la autorități și de diverse sarcini administrative legate de studiile clinice. Societatea a angajat ulterior aproximativ 10 persoane.

<sup>6</sup> Situația se modifică astfel în sensul că, deși societatea poate acționa în cadrul circuitului civil, din punct de vedere fiscal, societățile pe care le deține participă direct la profitul societății pe care trebuie să îl impoziteze. Consecința este aceea că, în principiu, impozitul nu este perceput de către statul de reședință al societății, ci de cel al asociaților, proporțional cu „profitul societății” (în speță dobânzile încasate de fondurile de capital).

29. În 2007, 2008 și 2009, veniturile din dobânzi au constituit 98,1 %, 97,8 % și, respectiv, 98 % din venitul global al societății X Sweden.

30. În decizia sa din 13 decembrie 2010, SKAT (autoritatea fiscală daneză) a stabilit că X Sweden, X Sweden Holding și X S.C.A. nu pot fi considerate „beneficiarii” dobânzilor potrivit Directivei privind dobânzile și redevențele și convenției relevante privind dubla impunere. SKAT a decis însă că deținătorii X S.C.A. sunt „beneficiarii” dobânzilor. Această decizie a fost contestată în fața Landsskatteretten (Comisia Națională pentru Contestații Fiscale). Întrucât aceasta nu a adoptat nicio decizie asupra contestației, X Denmark a introdus acțiune la Østre Landsret (Curtea de Apel a Regiunii de Est, Danemarca).

31. În prezent, Østre Landsret (Curtea de Apel a Regiunii de Est) a decis să adreseze o cerere de decizie preliminară.

#### IV. Procedura în fața Curții

32. Østre Landsret (Curtea de Apel a Regiunii de Est) a adresat următoarele întrebări:

- „1) Articolul 1 alineatul (1) din Directiva 2003/49 coroborat cu articolul 1 alineatul (4) din aceasta trebuie să fie interpretat în sensul că o societate rezidentă într-un stat membru care este vizată de articolul 3 din directivă și, în împrejurări cum sunt cele din prezenta cauză, primește dobânzi din partea unei filiale din alt stat membru este «beneficiarul» acestei dobânzi în sensul directivei?
- 1.1) Noțiunea «beneficiar» de la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 2003/49 coroborat cu articolul 1 alineatul (4) din aceasta trebuie să fie interpretată în concordanță cu noțiunea corespunzătoare de la articolul 11 din Modelul de convenție fiscală din 1977 al OCDE?
- 1.2) În cazul unui răspuns afirmativ la întrebarea 1.1, noțiunea trebuie să fie interpretată doar din perspectiva comentariului la articolul 11 din Modelul de convenție fiscală din 1977 al OCDE (punctul 8) sau pot fi integrate în interpretare comentariile ulterioare, inclusiv completările aduse în 2003 referitoare la societățile-conductă (punctul 8.1, în prezent punctul 10.1) și completările aduse în 2014 referitoare la obligațiile legale sau contractuale (punctul 10.2)?
- 1.3) Dacă pot fi integrate în interpretare Comentariile din 2003, trebuie să fi existat efectiv, ca o condiție pentru a considera că o societate nu este un «beneficiar» în sensul Directivei 2003/49/CE, o direcționare de fonduri către aceste persoane care sunt considerate de statul în care este rezident plătitorul dobânzii ca fiind beneficiarii dobânzii în cauză și – în cazul unui răspuns afirmativ – transferul efectiv trebuie să aibă loc, ca o condiție suplimentară, la un moment apropiat de plata dobânzilor și/sau să aibă loc ca plată a unor dobânzi?
- 1.3.1) Care este în acest context relevanța aspectului dacă se utilizează capital social pentru credit, dacă dobânzile în cauză sunt incluse în suma pentru care sunt plătite (sunt «capitalizate»), dacă beneficiarul dobânzilor a efectuat ulterior un transfer în cadrul grupului către societatea-mamă rezidentă în același stat în vederea ajustării câștigurilor în scopuri fiscale, potrivit normelor care prevalează în statul respectiv, dacă dobânzile în cauză sunt convertite ulterior în capital social în societatea debitoare, dacă beneficiarul dobânzilor a avut obligația legală sau contractuală de a transfera dobânzile către o altă persoană și dacă majoritatea persoanelor considerate de statul în care este rezidentă persoana care plătește dobânzile ca fiind «beneficiarii» dobânzilor sunt rezidente în alte state membre sau alte state cu care Danemarca a încheiat o convenție privind dubla impunere, astfel încât, potrivit legislației fiscale daneze, nu ar fi existat un temei pentru reținerea unui impozit la sursă în cazul în care aceste persoane au fost creditori și astfel au primit dobânzile în mod direct?

- 1.4) Ce relevanță are, pentru aprecierea aspectului dacă beneficiarul dobânzilor trebuie să fie considerat ca fiind un «beneficiar» în sensul directivei, faptul că instanța de trimitere, în urma analizării împrejurărilor cauzei, concluzionează că beneficiarul – fără să fi fost obligat în mod legal sau contractual să transfere dobânzile primite către o altă persoană – nu a avut dreptul «deplin» «de uz și de folosință» a dobânzilor, astfel cum este menționat în Comentariile din 2014 referitoare la Modelul de convenție fiscală din 1977?
- 2) Pentru invocarea de către un stat membru a articolului 5 alineatul (1) din directivă privind aplicarea dispozițiilor naționale pentru prevenirea fraudelor sau a abuzurilor ori a articolului 5 alineatul (2) din directivă, este necesar ca statul membru în cauză să fi adoptat o dispoziție internă specială de punere în aplicare a articolului 5 din directivă sau ca dreptul național să conțină dispoziții generale ori principii referitoare la fraude, abuzuri sau evaziune fiscală care pot fi interpretate în conformitate cu articolul 5?
- 2.1) În cazul unui răspuns afirmativ la a doua întrebare, articolul 2 alineatul (2) litera (d) din Legea privind impozitul pe profit, care prevede că obligațiile fiscale limitate pentru veniturile din dobânzi nu includ «dobânzile scutite de impozit [...] în temeiul Directivei 2003/49/CE privind sistemul comun de impozitare, aplicabil plăților de dobânzi și de redevențe efectuate între societăți asociate din state membre diferite», poate fi considerat ca fiind o dispoziție națională specială în sensul articolului 5 din directivă?
- 3) O dispoziție dintr-o convenție privind dubla impunere încheiată între două state membre și întocmită în conformitate cu Modelul de convenție fiscală al OCDE, potrivit căreia impozitarea dobânzilor este condiționată de aspectul dacă persoana care primește dobânzile este considerată ca fiind beneficiarul dobânzilor, constituie o dispoziție împotriva abuzurilor întemeiată pe convenții care este vizată de articolul 5 din directivă?
- 4) Există un abuz, potrivit Directivei 2003/49, în situația în care, în statul membru în care este rezident plătitorul dobânzilor, sunt permise deducerile fiscale în cazul dobânzilor, în timp ce dobânzile din statul membru în care este rezident beneficiarul dobânzilor nu sunt impozitate?
- 5) O societate rezidentă în Luxemburg, înființată și înregistrată, potrivit dreptului societăților comerciale din acest stat, ca «société en commandite par actions» (S.C.A.) și calificată de asemenea ca «société d'investissement en capital à risque» (SICAR), în conformitate cu Legea luxemburgheză din 15 iunie 2004 referitoare la societățile de investiții în capital de risc (SICAR), este vizată de Directiva 2003/49/CE?
- 5.1) În cazul unui răspuns afirmativ la a cincea întrebare, o «S.C.A./SICAR» luxemburgheză poate fi atunci «beneficiarul» dobânzilor în sensul Directivei 2003/49, chiar dacă statul membru în care este rezidentă societatea care plătește dobânzile consideră că societatea în cauză este o entitate cu transparență fiscală potrivit dreptului său intern?
- 5.2) În cazul unui răspuns negativ la prima întrebare, situație în care societatea care primește dobânzile nu este considerată «beneficiarul» dobânzilor în cauză, S.C.A./SICAR poate fi considerată atunci, în împrejurări cum sunt cele din prezenta cauză, ca fiind «beneficiarul» dobânzilor aflate în discuție în sensul directivei?
- 6) Un stat membru care nu dorește să recunoască faptul că o societate dintr-un alt stat membru este beneficiarul dobânzilor și susține că societatea din celălalt stat membru este o așa-zisă societate-conductă artificială este obligat, în conformitate cu Directiva 2003/49 sau cu articolul 10 CE, să precizeze în acest caz cine este considerat de statul membru ca fiind beneficiarul?

- 7) Dacă o societate rezidentă într-un stat membru (societate-mamă) este considerată de fapt ca nefiind scutită de impozitul cu reținere la sursă potrivit Directivei 2003/49/CE în ceea ce privește dobânzile primite de la o societate rezidentă în alt stat membru (filială) și se consideră că societatea-mamă din acest din urmă stat membru are obligații fiscale limitate pentru dobânzile respective în statul membru menționat, articolul 43 CE coroborat cu articolul 48 CE se opune atunci unei reglementări potrivit căreia cel din urmă stat membru impune societății obligate să rețină impozitul la sursă (filiala) să plătească dobânzi de întârziere în cazul plății cu întârziere a creanțelor generate de impozitul cu reținere la sursă la o rată mai mare a dobânzii decât rata dobânzii de întârziere percepute de statul membru în cauză pentru creanțele generate de impozitul pe profit (inclusiv pe veniturile din dobânzi) revendicate împotriva unei societăți rezidente în același stat membru?
- 8) Dacă o societate rezidentă într-un stat membru (societate-mamă) este considerată de fapt ca nefiind scutită de reținerea la sursă a impozitului potrivit Directivei 2003/49/CE în ceea ce privește dobânzile primite de la o societate rezidentă în alt stat membru (filială), iar societatea-mamă din acest din urmă stat membru este considerată ca fiind persoană impozabilă cu obligații fiscale limitate în cazul dobânzii respective în statul membru menționat, articolul 43 CE coroborat cu articolul 48 (în subsidiar articolul 56 CE), analizate separat sau împreună, se opune unei reglementări potrivit căreia:
- a) cel din urmă stat membru impune persoanei care plătește dobânzile să rețină la sursă impozitul pentru dobânzi și consideră că persoana respectivă este responsabilă față de autorități pentru impozitul nereținut la sursă, dar nu există o asemenea obligație de reținere la sursă a impozitului în cazul în care beneficiarul dobânzilor este rezident în cel din urmă stat membru;
  - b) o societate-mamă din cel din urmă stat membru nu ar fi fost obligată să efectueze plăți în avans ale impozitului pe profit în primii doi ani fiscali, ci ar fi început să plătească impozitul pe profit doar mult mai târziu în raport cu dată-limită pentru impozitul cu reținere la sursă?

Se solicită Curții de Justiție a Uniunii să țină seama de răspunsul la a șaptea întrebare în răspunsul său la a opta întrebare.”

33. Prin ordonanța din 13 iulie 2016, cauzele C-115/16, C-118/16 și C-119/16 au fost conexate. În cauzele conexate în fața Curții au depus observații scrise cu privire la întrebările preliminare N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Marele Ducat al Luxemburgului, Regatul Suediei, Republica Italiană, Regatul Țărilor de Jos și Comisia Europeană. La ședința din 10 octombrie 2017, care a vizat de asemenea cauzele C-116/16, C-117/16 și C-299/16, au participat N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Marele Ducat al Luxemburgului și Comisia Europeană.



## V. Apreciere juridică

### A. Cu privire la determinarea beneficiarului (întrebările 1-1.4)

34. Prin intermediul întrebărilor 1-1.4, care trebuie examinate împreună, instanța de trimitere dorește de fapt să știe cum trebuie interpretată noțiunea de beneficiar, prevăzută la articolul 1 alineatul (1) coroborat cu articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2003/49. Mai întâi, trebuie să se definească această noțiune în conformitate cu sistemul Directivei 2003/49 (1) și apoi trebuie să se examineze influența pe care o exercită Modelul de convenție fiscală al OCDE (denumit în continuare „MC OCDE”) și Comentariile din acesta (așa-numitul comentariu din modelul OCDE) asupra interpretării acestei noțiuni (2).

#### 1. Noțiunea de beneficiar în sensul Directivei 2003/49 (întrebările 1 și 1.4)

35. Directiva 2003/49 are drept scop realizarea egalității tratamentului fiscal aplicat operațiunilor la nivel național cu cel aplicat la nivel transfrontalier între societățile asociate.

##### a) Principiu: creditorul dobânzii în calitate de beneficiar

36. Articolul 1 alineatul (1) din Directiva 2003/49, interpretat în lumina considerentelor (2)-(4) ale acesteia, urmărește evitarea unei duble impuneri fiscale a plăților transfrontaliere de dobânzi, prin interzicerea impozitării dobânzilor în statul membru de origine în detrimentul beneficiarului acestora. Dispoziția sus-menționată se referă, așadar, numai la situația fiscală a creditorului dobânzilor<sup>7</sup>.

37. Conform dreptului civil, creditorul dobânzii este persoana care are dreptul să primească în nume propriu dobânzile. Așa fiind, din jurisprudența Curții rezultă că beneficiarul în sensul Directivei 2003/49 este, în principiu, acela care poate pretinde plata dobânzii în temeiul dreptului civil<sup>8</sup>.

38. Articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2003/49 confirmă acest lucru. Articolul exclude posibilitatea ca reprezentanții, administratorii fiduciar sau semnatarii autorizați să fie considerați beneficiari. În cazul persoanelor menționate la acest articol, dreptul nu este invocat în nume propriu (cazul reprezentanților sau al semnatarilor autorizați) sau este invocat în nume propriu, dar pe seama altuia (cazul administratorilor fiduciar). *Per a contrario* rezultă că, în cazurile în care creditorul dobânzii încasează dobânzile în nume propriu și pentru sine (cu alte cuvinte, în folosul său), acest creditor este și beneficiarul dobânzilor.

39. Instanța de trimitere menționează că X Sweden a încheiat un contract de împrumut cu X Denmark A/S. Prin urmare, aceasta încasează dobânzile în nume propriu. Astfel, principala problemă care se ridică este dacă societatea încasează aceste dobânzi pentru sine sau pentru altul. Acționează în nume propriu acela care are atributul folosinței exclusive asupra dobânzilor și care suportă tot astfel riscul pierderilor. În schimb, acționează pentru altul acela care se află într-un raport cu un terț care suportă în cele din urmă riscul pierderilor (în speță ale dobânzilor).

##### b) Excepție: administratorii fiduciar

40. Astfel cum rezultă din articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2003/49, beneficiarul legal nu ar fi și beneficiarul în sensul directivei, dacă acționează numai ca administrator fiduciar.

<sup>7</sup> Hotărârea din 21 iulie 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, punctul 28).

<sup>8</sup> Hotărârea din 21 iulie 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, punctul 27) – „În această privință, articolul 2 litera (a) din Directiva 2003/49 definește dobânzile menționate ca «veniturile din creanțe de orice fel». Or, numai beneficiarul poate percepe dobânzi care constituie veniturile din astfel de creanțe.”

41. Nu poate să fie vorba despre o fiducie aparentă constituită de X Sweden în beneficiul X Sweden Holding sau al X S.C.A. ori al fondurilor de capital. Fiduciarului îi sunt transferate drepturi patrimoniale, pe care le poate însă folosi numai în conformitate cu contractul de fiducie. Consecința acestui contract este că prerogativele juridice ale fiduciarului din raporturile cu terții depășesc simplul raport de fiducie dintre el și constituitor. În virtutea acestui raport special, el acționează în nume propriu, dar nu acționează pentru sine. În speță nu există un asemenea raport.

42. Numai instanța de trimitere poate decide, în cadrul unei aprecieri globale, dacă, având în vedere istoricul litigiului și apropierea dintre societățile implicate, în speță există sau nu există, din punct de vedere economic, o formă de fiducie anonimă constituită de X Sweden, de X-Sweden Holding sau de X S.C.A. în favoarea fondurilor de capital. Curtea poate să ofere însă indicații utile în acest scop.

43. Convenția de refinanțare încheiată cu un terț în condiții similare și într-o anumită perioadă, așa cum s-a întâmplat în speță, nu este suficientă pentru a prezuma existența unui raport de fiducie. La articolul 1 alineatul (7) și în considerentul (4) al Directivei 2003/49 se pornește de la premisa unei anumite forme de implicare a societății care nu poate avea ca atare – adică privit izolat – nicio influență asupra aprecierii calității de beneficiar. Această constatare este întărită și de considerentul (5) și de articolul 4 alineatul (2) din Directiva 2003/49, care nici în cazul în care există „relații speciale” între plătitor și beneficiar nu prevede decât o majorare, fără a pune însă în discuție calitatea de plătitor sau de beneficiar. Din acest punct de vedere, raportul de fiducie în sensul articolului 1 alineatul (4) din Directiva 2003/49 este mai mult decât un contract de împrumut încheiat între societăți asociate în temeiul dreptului privind societățile comerciale.

44. Dimpotrivă, între părți (și anume între fondurile de capital și X S.C.A. sau X Sweden Holding ori X Sweden) ar trebui să existe un raport care depășește această asociere, care să restrângă posibilitatea X Sweden și/sau a X Sweden Holding și/sau a X S.C.A. de a intra în raporturi juridice cu terții. În speță nu se poate constata până acum că există un astfel de raport juridic. Acesta nu poate fi întemeiat doar pe faptul că împrumutul a provenit din capitalul social sau că dobânzile creanței principale sunt capitalizate ori că sunt convertite în capital social de cel care le primește.

45. În opinia noastră, lucrurile ar sta cu totul altfel, de exemplu în cazul în care ar fi fost incontestabil faptul că este imposibil ca cheltuielile suportate de societățile suedeze și luxemburgheze să provină din venituri din dobânzi și că numai dobânzile ar fi trebuit transferate mai departe integral. De asemenea, situația ar fi diferită în cazul în care rata dobânzii pentru refinanțare și rata dobânzii încasate ar fi identice ori societatea interpusă nu ar genera cheltuieli proprii care ar trebui plătite din veniturile din dobânzi. Tot așa, lucrurile ar sta altfel dacă riscul capacității de plată a societății cu sediul în Danemarca (X Denmark) trebuie suportat numai de fondurile de capital, întrucât, în această situație, s-ar stinge și obligațiile celorlalte societăți, în special obligația pe care o are X S.C.A. față de fondurile de capital. Însă numai instanța de trimitere poate să stabilească dacă există această situație. Din decizia de trimitere nu rezultă că în anii 2007-2009 a existat o asemenea obligație a X S.C.A. față de fondurile de capital. Totuși, și în acest caz trebuie să se țină seama de faptul că nu are loc o „pompare” a dobânzilor în sens propriu. Veniturile din dobânzi ale X Sweden și cheltuielile cu dobânzile efectuate de X Sweden Holding sunt compensate numai pe baza reglementării suedeze privind impozitarea la nivel de grup. Aceasta nu înseamnă că are loc o modificare a obligațiilor din punctul de vedere al dreptului civil. Aspectul dacă din reglementarea fiscală a impozitării la nivel de grup se poate într-adevăr deduce existența unui raport de fiducie trebuie determinat de instanța națională.

46. În cazul în care instanța de trimitere ar putea considera, pe baza ansamblului de împrejurări din cauză, că există un astfel de raport de fiducie, potrivit modului de redactare a articolului 1 alineatul (4) din Directiva 2003/49, constituitorul ar fi într-adevăr beneficiar în sensul Directivei 2003/49. Dacă plata dobânzilor, făcută constituitorului prin intermediul fiduciarului, ar îndeplini și condițiile stabilite de Directiva 2003/49, ar opera de asemenea scutirea de impozitul la sursă.

**c) Concluzie privind întrebările 1 și 1.4**

47. Prin urmare, la întrebările 1 și 1.4 trebuie să se răspundă că o societate rezidentă într-un alt stat membru, care este titulara creanței care produce dobânzi, trebuie considerată beneficiar în sensul articolului 1 alineatul (1) din Directiva 2003/49. Societatea nu ar avea această calitate în cazul în care nu ar acționa în nume propriu și pentru sine, ci pe seama altuia și în beneficiul unui terț, în temeiul unui raport de fiducie (eventual anonimă). În acest caz, terțul trebuie considerat beneficiar. Această din urmă situație trebuie însă examinată de instanța de trimitere în cadrul unei evaluări globale.

**2. Interpretare în lumina Comentariilor din Modelul de convenție fiscală al OCDE? (întrebările 1.1-1.3)**

48. Prin intermediul întrebărilor 1.1-1.3, instanța de trimitere dorește să știe în special dacă, pentru interpretarea noțiunilor cuprinse în Directiva 2003/49, trebuie avute în vedere și Comentariile din MC-OCDE, iar în cazul unui răspuns afirmativ, dacă trebuie să se țină seama și de Comentariile din MC-OCDE formulate după adoptarea directivei.

49. În Comentariile ulterioare din MC-OCDE (de exemplu cele din anul 2008 de la punctele 8 și 9), așa-numitele societăți-conductă, deși sunt beneficiare formal, nu sunt considerate în mod normal beneficiare dacă, din punct de vedere practic, nu au decât puteri foarte restrânse, care le conferă în legătură cu veniturile în discuție numai calitatea de fiduciar sau administrator care acționează pe seama părților interesate.

50. MC-OCDE nu sunt convenții internaționale multilaterale obligatorii, ci acte unilaterale ale unei organizații internaționale, adresate statelor sale membre sub formă de recomandări. Având în vedere natura OCDE, recomandările sale nu sunt obligatorii; dimpotrivă, potrivit Regulamentului de procedură al OCDE, statele membre trebuie să examineze dacă este necesar să fie aplicate<sup>9</sup>. Aceasta se impune *a fortiori* Comentariilor OCDE, care nu reprezintă în cele din urmă decât opinii juridice referitoare la aceste recomandări.

51. Cu toate acestea, potrivit unei jurisprudențe constante, nu este lipsit de relevanță faptul că statele membre se orientează, în cadrul partajării echilibrate a competențelor fiscale care le revin, după practica internațională, astfel cum se reflectă aceasta în Modelul de convenție fiscală<sup>10</sup>. Același lucru este valabil în ceea ce privește orientarea după opinia juridică internațională, care se poate reflecta în Comentariile din MA-OCDE.

52. Comentariile din MC-OCDE nu pot influența însă în mod direct interpretarea unei directive a Uniunii Europene, chiar dacă noțiunile folosite ar fi identice. Aceste Comentarii reflectă doar opinia celor care au participat la redactarea MC-OCDE, iar nu opinia legiuitorului parlamentar sau a legiuitorului Uniunii. În orice caz, dacă din modul de redactare și din lucrările pregătitoare ale directivei ar rezulta că legiuitorul Uniunii s-a orientat după modul de redactare a unei MC-OCDE și după Comentariile (anterioare) din această MC-OCDE, o asemenea interpretare ar putea fi indicată.

<sup>9</sup> Norma 18 litera (b) din Regulamentul de procedură al OCDE: „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”. Disponibil la adresa: <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>

<sup>10</sup> Hotărârea din 15 mai 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punctul 22), Hotărârea din 13 martie 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punctul 49), Hotărârea din 7 septembrie 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punctul 45), Hotărârea din 12 mai 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, punctul 31), Hotărârea din 23 februarie 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, punctul 48); a se vedea în acest sens și Hotărârea din 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punctul 67).

53. Prin urmare, Curtea a constatat deja că dispozițiile unei convenții privind dubla impunere, interpretată în lumina Comentariilor OCDE din modelul său de convenție relevant, nu poate limita dreptul Uniunii<sup>11</sup>. Acesta lucru este valabil în special în privința modificărilor MC-OCDE și a Comentariilor, realizate după adoptarea directivei. În caz contrar, țările care sunt parte la OCDE ar putea să decidă cu privire la interpretarea unei directive a Uniunii Europene.

54. Dacă însă Comentariile OCDE nu au efect obligatoriu direct și dacă, la articolul 1 alineatul (4) din Directiva 2003/49, delimitarea se face după cum creditorul primește plățile pentru sine și nu în calitate de fiduciar, atunci acesta este aspectul determinant (din dreptul Uniunii) care trebuie avut în vedere pentru a se prezuma calitatea de beneficiar în sensul articolului 1 alineatul (1) din Directiva 2003/49. În cazul în care nu există nicio fiducie (eventual anonimă), titularul legal al dreptului este și beneficiar în sensul Directivei 2003/49. În cele din urmă, această abordare coincide cu cea din Comentariile recente din MC-OCDE.

55. În consecință, la întrebările 1.1 și 1.2 se poate răspunde că noțiunea de beneficiar trebuie interpretată în mod autonom prin prisma dreptului Uniunii și independent de articolul 11 din Modelul de convenție fiscală din 1977 al OCDE sau dintr-o versiune ulterioară. Prin urmare, nu mai este necesar să se răspundă la întrebarea 1.3.

## **B. Criteriile pentru prezumția de abuz (întrebarea 4)**

56. Prin intermediul celei de a patra întrebări, instanța de trimitere dorește în esență să se stabilească dacă, în cazul unei structuri precum cea în discuție, în care, printre altele, se evită în Danemarca impozitarea prin reținere la sursă, se poate prezuma existența unui abuz în sensul articolului 5 din Directiva 2003/49.

57. Existența unui abuz depinde de evaluarea globală a tuturor împrejurărilor cauzei respective, a căror constatare este sarcina autorităților naționale competente și care trebuie să poată face obiectul unei examinări judecătorești<sup>12</sup>. Această evaluare globală trebuie realizată de instanța de trimitere<sup>13</sup>. Pentru aprecierea aspectului dacă operațiunile au loc în cadrul unor raporturi comerciale normale sau, dimpotrivă, dacă au avut numai scopul de a obține în mod abuziv beneficiile prevăzute de dreptul Uniunii<sup>14</sup>, Curtea poate să ofere instanței de trimitere elemente utile<sup>15</sup>.

58. În acest scop, mai întâi vom cerceta îndeaproape noțiunea de abuz din dreptul Uniunii (punctul 1 de mai jos) și apoi ne vom ocupa de criteriile pentru existența unui abuz într-un caz concret (punctul 2 de mai jos).

### **1. Noțiunea de abuz din dreptul Uniunii**

59. Potrivit articolului 5 din Directiva 2003/49, se recomandă ca statele membre să nu fie împiedicate să ia măsurile necesare pentru combaterea fraudelor și a abuzurilor [a se vedea și considerentul (6)].

<sup>11</sup> Hotărârea din 19 ianuarie 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punctele 50 și 56).

<sup>12</sup> Hotărârea din 17 iulie 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, punctul 41), și Concluziile noastre prezentate în cauza Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 60).

<sup>13</sup> A se vedea de asemenea Hotărârea din 22 noiembrie 2017, Cussens și alții (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 59), și Hotărârea din 20 iunie 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, punctul 49).

<sup>14</sup> Hotărârea din 12 septembrie 2006, Cadbury Schweppes și Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punctul 35), Hotărârea din 6 aprilie 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, punctul 20), Hotărârea din 21 februarie 2006, Halifax și alții (C-255/02, EU:C:2006:121, punctele 68 și 69), Hotărârea din 9 martie 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punctul 24 și jurisprudența citată); a se vedea și Concluziile noastre prezentate în cauza Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 57).

<sup>15</sup> Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 34), Hotărârea din 21 februarie 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, punctul 56), și Hotărârea din 21 februarie 2006, Halifax și alții (C-255/02, EU:C:2006:121, punctul 77).

60. Interpretarea propusă mai sus (punctul 36 și următoarele) a noțiunii de beneficiar nu este contrară acestui deziderat. Dimpotrivă, acest ultim deziderat nu este realizat în primul rând prin intermediul noțiunii de beneficiar (mai ales pentru că interpunerea unui fiduciar nu este în mod obligatoriu abuzivă), ci prin intermediul articolului 5 din Directiva 2003/49.

61. Această dispoziție exprimă, în cele din urmă, precizările din jurisprudența constantă: justițiabilii nu se pot prevala în mod fraudulos sau abuziv de normele dreptului Uniunii. Aplicarea reglementării Uniunii nu poate fi extinsă într-o asemenea măsură încât să acopere practicile abuzive ale operatorilor economici, cu alte cuvinte operațiunile care nu sunt realizate în cadrul tranzacțiilor comerciale obișnuite, ci care au drept unic scop beneficierea în mod abuziv de avantajele oferite de dreptul Uniunii<sup>16</sup>.

62. Directiva 2003/49 nu definește ea însăși abuzul. Totuși, în acest sens, pot fi avute în vedere alte directive corespunzătoare ale Uniunii Europene. În Directiva privind fuziunile<sup>17</sup>, la articolul 11 alineatul (1) litera (a) a doua teză este menționată, ca exemplu pentru existența unor asemenea motive, lipsa unor motive economice valabile pentru respectiva operațiune. În plus, la articolul 6 din directivă – care nu se aplicase încă în anii în litigiu – de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale<sup>18</sup> (denumită în continuare Directiva 2016/1164) este definită noțiunea de abuz. Potrivit acestui articol, este determinant dacă există un acord care nu este autentic, fiind întreprins cu scopul principal sau cu unul dintre scopurile principale de a obține un avantaj fiscal care contravine obiectului sau scopului dreptului fiscal aplicabil. Potrivit alineatului (2), un acord este considerat ca nefiind autentic în măsura în care nu este întreprins din motive comerciale valabile care reflectă realitatea economică.

63. Nu în ultimul rând, Curtea a hotărât în mai multe cazuri că restricționarea libertății de stabilire poate fi justificată de motive privind combaterea practicilor abuzive numai atunci când scopul specific al restricției este de a se opune unor comportamente care constau în crearea unor aranjamente pur artificiale, lipsite de orice realitate economică, al căror scop este evitarea impozitului care trebuie plătit în mod obișnuit pentru profitul obținut din activități desfășurate în țară<sup>19</sup>. În acest sens, Curtea a hotărât deja cu mai multe ocazii că este suficient dacă prin aranjament nu se urmărește exclusiv<sup>20</sup>, ci doar în principal obținerea unui avantaj fiscal<sup>21</sup>.

16 Hotărârea din 22 noiembrie 2017, Cussens și alții (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 27), Hotărârea din 5 iulie 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 38), Hotărârea din 6 aprilie 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, punctul 20), Hotărârea din 12 septembrie 2006, Cadbury Schweppes și Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punctul 35), Hotărârea din 21 februarie 2006, Halifax și alții (C-255/02, EU:C:2006:121, punctul 68 și 69), Hotărârea din 9 martie 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punctul 24), și jurisprudența citată; a se vedea de asemenea Concluziile noastre prezentate în cauza Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 57).

17 Directiva 90/434/CEE a Consiliului din 23 iulie 1990 privind regimul fiscal comun care se aplică fuziunilor, scindărilor, cesionării de active și schimburilor de acțiuni între societățile din diferite state membre (JO 1990, L 225, p. 1, Ediție specială, 09/vol. 1, p. 92).

18 Directiva (UE) 2016/1164 a Consiliului din 12 iulie 2016 de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale care au incidență directă asupra funcționării pieței interne (JO 2016, L 193, p. 1).

19 Hotărârea din 20 decembrie 2017, Deister Holding și Juhler Holding (C-504/16 și C-613/16, EU:C:2017:1009, punctul 60), Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 35), Hotărârea din 18 iunie 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punctul 64), Hotărârea din 13 martie 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punctul 74); similar și Hotărârea din 12 septembrie 2006, Cadbury Schweppes și Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punctul 55).

20 În același sens și Hotărârea din 20 iunie 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, punctul 46), Hotărârea din 12 iulie 2012, J. J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, punctul 35), Hotărârea din 27 octombrie 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, punctul 51), și Hotărârea din 22 mai 2008, Ampliscentifica și Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, punctul 28).

21 În legătură cu materia dreptului de impozitare indirectă: Hotărârea din 22 noiembrie 2017, Cussens și alții (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 53), Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 36), și Hotărârea din 21 februarie 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, punctul 45); similar, în domeniul de aplicare al așa-numitei Directive privind fuziunile, a se vedea Hotărârea din 10 noiembrie 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, punctele 35 și 36).

64. Această jurisprudență a Curții conține două elemente care se condiționează reciproc. Pe de o parte, acordurile artificiale, care nu există decât pe hârtie, nu sunt recunoscute de la bun început. Pe de altă parte, este deosebit de importantă eludarea dispozițiilor fiscale care poate avea loc și prin intermediul aranjamentelor existente în realitatea economică. Ultima categorie apare cel mai frecvent și este vizată în mod expres de noul articol 6 din Directiva 2016/1164. În jurisprudența mai recentă, Curtea însăși a considerat că acest caracter artificial nu este decât o împrejurare prin care se urmărește în esență obținerea unui avantaj fiscal<sup>22</sup>.

## **2. Criteriile pentru prezenta cauză**

### **a) Cu privire la existența unei structuri pur artificiale**

65. În speță este greu de prezumat existența unei structuri pur artificiale, lipsită de orice realitate economică. Împotriva acestei prezumții stau spațiile de birouri închiriate și numărul de angajați, precum și veniturile și cheltuielile de exploatare aferente. Potrivit deciziei de trimitere, începând cu 2007, X Sweden a avut 10 angajați și a preluat activitățile de înregistrare a produselor la autoritățile competente și diverse sarcini administrative. Prin urmare, X Sweden a acționat în mod real în circuitul juridic, astfel cum indică veniturile din dobânzi și alte venituri.

66. Compunerea veniturilor (care, potrivit instanței de trimitere, constau în proporție de 98 % din venituri din dobânzi și în proporție de 2 % din celelalte venituri) nu este relevantă. Împrejurarea că activitatea unei societăți constă numai în administrarea de active și că veniturile acesteia nu provin decât din această administrare nu înseamnă că există un aranjament pur artificial, lipsit de orice realitate economică<sup>23</sup>. Acest lucru este valabil cu atât mai mult atunci când există și alte venituri. Decizia preliminară a instanței naționale nu conține elemente din care să rezulte că aceste activități au avut loc numai pe hârtie.

67. Ținând seama de faptul că societățile care administrează în principal mase patrimoniale nu au (sau nu pot avea) ca atare decât un volum redus de activitate, pentru acest criteriu nu trebuie îndeplinit decât un număr limitat de cerințe. Dacă o societate înființată în mod valabil nu dispune nici măcar de mijloacele materiale și umane necesare pentru a-și îndeplini singură scopul pentru care a fost creată (în speță administrarea unui contract de împrumut și alte activități) și nici nu realizează venituri care să îi permită să își atingă obiectivul, se poate într-adevăr vorbi despre o construcție lipsită de orice realitate economică.

68. În opinia noastră, acest lucru nu exclude însă posibilitatea existenței unei structuri fiscale abuzive, astfel cum arată și modul de redactare a noului articol 6 din Directiva 2016/1164.

### **b) Cu privire la motivele extrafiscale care trebuie avute în vedere**

69. În consecință, în prezenta cauză sunt relevante alte criterii, în special motivele extrafiscale care trebuie avute în vedere.

70. Potrivit jurisprudenței Curții, stabilirea sediului social sau real al unei societăți în conformitate cu legislația unui stat membru cu scopul de a beneficia de o legislație mai avantajoasă nu constituie în sine un abuz<sup>24</sup>. Simplul fapt că în operațiunea din speță cu împrumutătorii străini au fost interpuși și societăți din Luxemburg și din Suedia nu este de natură să nască prezumția unui abuz.

<sup>22</sup> În mod expres în Hotărârea din 22 noiembrie 2017, Cussens și alții (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 60).

<sup>23</sup> Hotărârea din 20 decembrie 2017, Deister Holding și Juhler Holding (C-504/16 și C-613/16, EU:C:2017:1009, punctul 73).

<sup>24</sup> A se vedea Hotărârea din 25 octombrie 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punctul 40), Hotărârea din 30 septembrie 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punctul 96), și Hotărârea din 9 martie 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punctul 27).

71. În continuare, în cazul în care persoana impozabilă poate să aleagă între două operațiuni, nu este obligată să o aleagă pe cea care implică plata valorii celei mai mari a impozitului, ci, dimpotrivă, are dreptul să aleagă structura activității sale astfel încât să își limiteze datoria fiscală<sup>25</sup>. Prin urmare, – Curtea arată în continuare că – persoanele impozabile sunt în general libere să aleagă structurile organizatorice și modalitățile operaționale pe care le apreciază ca fiind cele mai adecvate pentru activitățile lor economice și în vederea limitării sarcinilor lor fiscale<sup>26</sup>. Simplul fapt că în speță s-a ales un tip de tranzacție care nu are ca urmare sarcina fiscală cea mai mare (în speță o impozitare suplimentară și definitivă prin reținere la sursă) nu înseamnă că s-a produs un abuz.

72. De asemenea, fără nicio legătură cu structurile pur artificiale, lipsite de orice realitate economică, un cetățean al Uniunii, persoană fizică sau juridică, nu poate fi privat de posibilitatea de a se întemeia pe dispozițiile tratatului, pentru simplul fapt că a avut intenția să profite de situația fiscală mai favorabilă dintr-un alt stat membru decât statul membru în care este rezident<sup>27</sup>. Prin urmare, o tranzacție precum cea din speță, în care a fost inclus un stat membru care a renunțat la impozitarea prin reținere la sursă, nu poate fi considerată abuzivă.

73. În această măsură, libertatea de stabilire include și alegerea statului membru care oferă întreprinderii respective cadrul fiscal cel mai bun din punctul său de vedere. Dacă acest principiu se aplică în materia mai armonizată a TVA-ului<sup>28</sup>, ar trebui să se aplice *a fortiori* în materia mai puțin armonizată a impozitului pe venit, în cazul căreia diferențele dintre politicile fiscale<sup>29</sup> ale respectivelor state membre au fost dorite sau acceptate conștient în cadrul politicii fiscale a Uniunii.

74. În plus, în lumina libertăților fundamentale relevante și în prezenta cauză, Curtea a clarificat că simplul fapt că unei societăți i se acordă un împrumut de către o societate afiliată stabilită într-un alt stat membru nu poate să constituie temeiul unei prezumții generale de practici abuzive și să justifice o măsură care aduce atingere exercitării unei libertăți fundamentale garantate de tratat<sup>30</sup>. Prin urmare, raporturile de împrumut diverse care există în speță între societățile-mamă, filiale și subfiliale nu pot fi în sine abuzive.

75. Curtea a precizat de asemenea că scutirea prevăzută de dreptul Uniunii pentru dividende nu depinde de originea sau de reședința acționarilor, deoarece acest aspect nu este relevant în sistemul Directivei privind societățile-mamă și filialele acestora<sup>31</sup>. Nici Directiva 2003/49 nu operează vreo diferențiere în funcție de aceste criterii. În consecință, privind izolat, faptul că acționarul societății X-Sweden este o societate suedeză (X-Sweden Holding), al cărei acționar este o societate luxemburgheză (X S.C.A.), și că acționarii X S.C.A sunt la rândul lor fonduri de capital dintr-o țară terță nu constituie un abuz.

25 Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 42), Hotărârea din 22 decembrie 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, punctul 27), Hotărârea din 21 februarie 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, punctul 47), și Hotărârea din 21 februarie 2006, Halifax și alții (C-255/02, EU:C:2006:121, punctul 73).

26 Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 42), și Hotărârea din 22 decembrie 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, punctul 53).

27 Hotărârea din 12 septembrie 2006, Cadbury Schweppes și Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punctul 36); a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 decembrie 2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, punctul 71).

28 Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 42), și Hotărârea din 22 decembrie 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, punctul 53).

29 A se vedea Hotărârea din 12 septembrie 2006, Cadbury Schweppes și Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punctul 36); în ceea ce privește diferențele permise de dreptul Uniunii în materia dreptului fiscal armonizat, a se vedea și Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punctele 39 și 40).

30 Hotărârea din 13 martie 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punctul 73), Hotărârea din 12 septembrie 2006, Cadbury Schweppes și Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punctul 50); a se vedea în același sens Hotărârea din 4 martie 2004, Comisia/Franța (C-334/02, EU:C:2004:129, punctul 27), și Hotărârea din 26 septembrie 2000, Comisia/Belgia (C-478/98, EU:C:2000:497, punctul 45).

31 Hotărârea din 20 decembrie 2017, Deister Holding și Juhler Holding (C-504/16 și C-613/16, EU:C:2017:1009, punctul 66).

76. În opinia noastră, în cadrul unei aprecieri globale în speță este relevant și istoricul construcției care trebuie considerată abuzivă. Potrivit afirmațiilor părților din cadrul ședinței, datorită situației legislative fiscale din Danemarca, în trecut a fost mai favorabil pentru investitorii străini să achiziționeze societăți funcționale în Danemarca prin intermediul unei societăți cesionare daneze (care au fost împrumutate). Grupul danez a fost achiziționat în anul 2005. Danemarca a modificat această situație legislativă în sens defavorabil (pentru anul 2006), introducând impozitarea prin reținere la sursă, a cărei consecință a fost impunerea fiscală suplimentară și definitivă.

77. Fiecare stat are dreptul să își modifice dreptul fiscal în vigoare. Concomitent se modifică astfel și bazele de calcul financiare pentru întreprinderile economice. Considerăm că încercarea de a menține bazele de calcul inițiale pentru o tranzacție realizată de o întreprindere (în speță baza de calcul pentru achiziționarea unei societăți funcționale daneze prin intermediul creditorilor străini) nu este abuzivă. Este de așteptat ca fiecare întreprindere să realizeze un calcul economic.

### *c) Cu privire la eludarea scopului legii*

78. În prezenta cauză însă trebuie să se țină seama cu precădere de faptul că cei mai mulți dintre creditorii propriu-ziși – în speță fondurile de capital, considerate ca fiind transparente sau netransparente din punct de vedere fiscal – au sediul în anumite țări terțe (de regulă pe anumite insule mai mici precum Insulele Cayman<sup>32</sup>, Insulele Bermude<sup>33</sup> sau Insula Jersey<sup>34</sup>). Acest lucru poate fi un indiciu pentru un comportament neobișnuit în ansamblu, a cărui rațiune economică nu poate fi întrezărită la prima vedere. Astfel cum a subliniat reprezentantul reclamantei în cadrul ședinței, fondurile de capital pot avea sediul și în alte țări, în special în cazul în care sunt considerate în orice caz transparente din punct de vedere fiscal.

79. Din această perspectivă, în toată această construcție se poate considera că există o operațiune abuzivă nu atât din cauza „interpunerii” societăților luxemburgheze și suedeze, cât din cauza „stabilirii” fondurilor de capital în anumite țări terțe. În acest context, scopul operațiunii, respectiv scopul legislației fiscale eludate (în speță impozitarea în Danemarca) are o importanță specială.

#### *1) Există o eludare a dispozițiilor privind veniturile din impozitele pe profit daneze?*

80. În acest sens, trebuie să se constate mai întâi că Danemarca nu a pierdut impozitul pe profitul realizat prin achiziționarea grupului funcțional. Acest profit a fost impozitat, așa cum era normal, în statul de reședință (adică în Danemarca).

81. De asemenea, în Danemarca a fost impozitat în totalitate și profitul societății-mamă a grupului (X Denmark A/S) stabilite în Danemarca. Faptul că acest profit a fost diminuat ca urmare a dobânzilor plătite creditorilor din Suedia corespunde impozitării capacității financiare și faptului că, în Danemarca, aceste dobânzi sunt considerate în totalitate cheltuieli operaționale.

82. Aceste dobânzi au fost impozitate în Suedia cu titlu de venituri operaționale ale societății suedeze. Faptul că dobânzile plătite creditorilor societății X Sweden Holding în temeiul unei reglementări privind impozitarea la nivelul grupului sunt considerate cheltuieli operaționale și în Suedia corespunde principiului din această țară al impozitării în funcție de capacitatea financiară. Suedia a impozitat, așadar, diferența care a rezultat dintre dobânzile plătite din Danemarca și dobânzile plătite X S.C.A. în Luxemburg. Același lucru este valabil, în principiu, și pentru X S.C.A., ale cărei venituri din dobânzi sunt impozitate în Luxemburg.

<sup>32</sup> Situația din cauza C-119/16.

<sup>33</sup> Situația din cauza C-117/16.

<sup>34</sup> Situația din cauza C-299/16.



83. Cele două societăți suedeze sunt obligate să plătească în mod nelimitat impozit în Suedia, iar veniturile lor sunt supuse în această țară impozitului pe profit. Sunt îndeplinite astfel condițiile de la articolul 3 litera (a) punctul (iii) din Directiva 2003/49. Trebuie, în plus, să se constate că nu rezultă din nicio dispoziție a Directivei 2003/49 că impozitarea efectivă la un anumit nivel a beneficiarului (în speță societățile suedeze) reprezintă o condiție pentru scutire. Consecința faptului că în statul de stabilire beneficiarul suportă cheltuieli operaționale (sau pierderi din anii anteriori) la fel de mari nu este impozitarea concretă, persoana impozabilă fiind însă supusă impozitului pe profit. Pentru acest motiv, beneficiarul intră în domeniul de aplicare al Directivei 2003/49 și veniturile sale din dobânzi sunt impozitate în acest caz „într-un stat membru”. La fel se întâmplă și în cazul în care legislația statului de stabilire al beneficiarului prevede un impozit pe profit mai redus, fără a prevedea și impozitarea prin metoda reținerii la sursă. În principiu, același lucru este valabil și în cazul societății luxemburghize X S.C.A. Particularitățile acestei societăți, care are statutul de SICAR, vor fi analizate pe larg în cele ce urmează (punctul 91 și următoarele).

84. Eventuala existență a impozitării efective mai reduse sau a scutirii este consecința autonomiei fiscale a fiecărei țări. În condițiile în care, din cauza lipsei de armonizare a impozitelor pe profit, dreptul Uniunii permite concurența fiscală dintre statele membre, persoanelor impozabile nu li se poate imputa că se folosesc și în realitate (cu alte cuvinte, nu doar pe hârtie) efectiv de avantajele pe care le prezintă stabilirea sediului într-un anumit stat membru.

## *2) Împiedicarea profitării de lipsa de informații la nivel transfrontalier*

85. La o privire mai atentă se observă că, prin interpunerea societăților luxemburghize și suedeze, se evită în cele din urmă „numai” impozitarea la sursă în Danemarca a plăților de dobânzi. Cu toate acestea, astfel cum a hotărât deja Curtea, în cazul impozitului prin reținere la sursă este impozitat de fapt beneficiarul veniturilor (în speță al dobânzilor)<sup>35</sup>. Această impozitare are loc la momentul plății prin reținerea la sursă de către plătitor a unei părți din venituri.

86. Impozitarea la sursă în statul de stabilire al debitorului dobânzii nu reprezintă, așadar, un tip de impozit specific, ci doar o tehnică de impozitare specială, care are în esență rolul de a garanta impozitarea (minimă) a beneficiarului dobânzii. În special în cazul operațiunilor din străinătate, nu se poate întotdeauna garanta că beneficiarul va plăti impozit în mod corespunzător pentru veniturile pe care le realizează. Dacă nu există sisteme funcționale de schimb de informații între autoritățile fiscale, astfel cum este în prezent cazul în Uniune, statul de stabilire al beneficiarului dobânzii nu va cunoaște de regulă decât foarte rar veniturile obținute de acesta în străinătate.

87. De aceea, pentru a exista o eludare abuzivă a acestui scop al legii (și anume garantarea impozitării beneficiarului dobânzii) este necesar să fie îndeplinite două condiții. Pe de o parte, în cazul plății efectuate direct, Danemarca trebuie să aibă în primul rând dreptul de a percepe impozitul (a se vedea în acest sens punctul 102 și următoarele). Pe de altă parte, este necesar ca în statul de stabilire efectivă a beneficiarului să existe riscul ca aceste venituri să nu fie impozitate din cauza faptului că nu au fost înregistrate.

88. Prin urmare, dacă motivul pentru structura tranzacțională aleasă este de a plăti investitorilor dobânzile prin intermediul unei țări terțe, pentru ca astfel statele de stabilire ale acestora să nu primească informații cu privire la veniturile lor, considerăm că această construcție în ansamblul ei reprezintă un abuz de drept.

<sup>35</sup> Hotărârea din 24 iunie 2010, P. Ferrero și General Beverage Europe (C-338/08 și C-339/08, EU:C:2010:364, punctele 26 și 34), și Hotărârea din 26 iunie 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, punctul 52).

89. Imputarea săvârșirii unui astfel de abuz de drept poate fi, la rândul său, eliminată dacă fondurile de capital pun la dispoziția statelor de stabilire a investitorilor informațiile fiscale corespunzătoare sau dacă statul de stabilire al fondurilor de capital dispune de informațiile corespunzătoare și le transmite țărilor respective. În acest caz, o asemenea structură a societății nu are scopul de a evita impozitarea la sursă (a se vedea punctul 86 de mai sus). Instanța trebuie să țină seama și de acest aspect în cadrul aprecierii globale.

#### **d) Răspunsul la întrebarea 4**

90. În cazul evitării impozitării la sursă a plăților de dobânzi efectuate către fonduri de capital stabilite în țări terțe, se are în vedere în primul rând evitarea impozitării beneficiarilor (a creditorilor) veniturilor din dobânzi. În aceste situații, se poate prezuma un abuz de drept, în special atunci când, prin structura societății, se urmărește să se profite de pe urma anumitor lipsuri de informații care există între statele membre implicate, cu scopul de a împiedica efectiv impozitarea beneficiarului dobânzii.

#### **C. Plățile efectuate către o S.C.A., SICAR (întrebările 5 și 5.1)**

91. Cea de a cincea întrebare este adresată pentru cazul în care nu trebuie considerate beneficiari ai dobânzilor plătite nici societățile suedeze, nici fondurile de capital, ci societatea luxemburgheză interpusă. În mod evident, în legătură cu această situație, instanța de trimitere dorește să știe dacă Directiva 2003/49 vizează și plățile de dobânzi efectuate către o societate luxemburgheză, organizată din punct de vedere juridic sub forma unei societăți în comandită pe acțiuni („société en commandite par actions” – S.C.A.), în cazul în care această societate, care este totodată o așa-numită societate de investiții în capital de risc („société d’investissement en capital à risque” – SICAR), beneficiază de un tratament fiscal privilegiat.

92. Privilegiul în discuție constă în faptul că o S.C.A., care a fost autorizată de către autoritățile de supraveghere financiară să funcționeze ca SICAR, este supusă impozitului pe profit, însă este scutită de acest impozit pentru veniturile obținute din valori imobiliare, precum și din vânzarea, din aportarea sau din lichidarea valorilor sale imobiliare. Din dreptul luxemburghez nu rezultă că ar fi scutite și veniturile din dobânzi obținute dintr-un contract de împrumut.

93. În acest sens, modul de redactare a articolului 3 litera (a) punctul (iii) coroborat cu anexa clarifică faptul că o société en commandite par actions (S.C.A.) intră în domeniul de aplicare al Directivei 2003/49. Trebuie să se constate de asemenea că nu rezultă din nicio dispoziție a directivei că scutirea este condiționată de impozitarea efectivă la un anumit nivel a beneficiarului (în speță a societăților luxemburgheze). Eforturile Comisiei de a modifica acest lucru<sup>36</sup>, în sensul de a condiționa scutirea nu numai de obligația societății de a plăti impozit pe profit, ci și de o impozitare „efectivă” a veniturilor din dobânzi și din redevențe, nu au fost până acum puse în practică.

94. În speță nu trebuie analizat aspectul dacă, în cadrul unei restrângeri pe cale teleologică a domeniului de aplicare al directivei, ar rezulta o altă soluție în ceea ce privește cazurile în care un stat membru permite concomitent impunerea impozitului pe profit pentru unul dintre tipurile de societăți menționate în anexa la Directiva 2003/49 și ar prevedea scutirea pentru *toate* veniturile vizate de directivă. În mod evident, plățile „obișnuite” de dobânzi nu sunt scutite de plata impozitului pe profit. În cazul nostru, nu există plăți de dividende cu privire la care s-ar pune și problema restrângerii pe cale teleologică a domeniului de aplicare al directivei.

<sup>36</sup> Articolul 1 punctul 1 din Propunerea de directivă a Consiliului de modificare a Directivei 2003/49/CE privind sistemul comun de impozitare, aplicabil plăților de dobânzi și de redevențe efectuate între societăți asociate din state membre diferite din 30 decembrie 2003, COM(2003) 841 final, 2003/0331 (CNS) și din 11 noiembrie 2011, COM(2011) 714 final, 2011/0314 (CNS).

95. Neimpozitarea majorării activelor patrimoniale ale unei SICAR în cazul vânzării ulterioare înseamnă, în cele din urmă, (dacă au loc într-adevăr majorări) doar aplicarea unei cote reduse a impozitului pe profit pentru această societate. Potrivit modului de redactare neechivoc a articolului 3 litera (a) punctul (iii), numai scutirea de la plata impozitului pe profit a unei S.C.A este prejudiciabilă. În schimb, o cotă redusă a impozitului nu are consecințe.

96. Nici din perspectiva obiectivului urmărit prin Directiva 2003/49 nu există îndoieli referitoare la această concluzie. Astfel cum am arătat mai sus (punctul 86 și următoarele), acest obiectiv constă în evitarea dublei impunerii și în realizarea egalității de tratament în ceea ce privește raporturile financiare dintre societățile asociate din țară și din străinătate. Concomitent este necesar să se garanteze că impozitarea va avea loc o singură dată într-un stat membru. Această garanție există și atunci când Luxemburgul percepe un impozit mai mic (sau, în speță, o cotă redusă a impozitului).

97. În consecință, la întrebările 5 și 5.1 trebuie să se răspundă că plata de dobânzi efectuată către o S.C.A. luxemburgheză în temeiul unui contract de împrumut intră sub incidența domeniului de aplicare al Directivei 2003/49 și în cazul în care statul de stabilire a autorizat funcționarea societății sub forma unei SICAR.

#### **D. Analiza calității de subiect de drept fiscal a beneficiarului dobânzilor (întrebarea 5.2)**

98. Prin intermediul întrebării 5.2, instanța de trimitere dorește în esență să știe dacă incidența domeniului de aplicare al Directivei 2003/49 poate depinde de faptul că, din perspectivă națională, statul reținerii la sursă apreciază că societatea beneficiară este netransparentă fiscal (cu alte cuvinte, că este un subiect de drept fiscal al acestui stat).

99. Nu rezultă însă de ce o S.C.A., care este menționată în mod expres în anexa la Directiva 2003/49, ar trebui să fie considerată o societate transparentă. Directiva impune ca societatea beneficiară să fie supusă unui impozit pe venit propriu (în cazul Luxemburgului, să fie supusă unui „impôt sur le revenu des collectivités”), ceea ce ar fi exclus în cazul în care ar fi transparentă. Nici tratamentul de care beneficiază societatea în calitate de SICAR nu modifică acest fapt. În final, un stat membru nu poate să nege incidența domeniului de aplicare al Directivei 2003/49 întrucât are îndoieli cu privire la calitatea de subiect de drept fiscal a tipurilor de societăți enumerate în anexa la Directiva 2003/49.

100. Așa fiind, la întrebarea 5.2. trebuie să se răspundă că, pentru a beneficia de scutirea de impozitul la sursă potrivit Directivei 2003/49, nu este relevant dacă statul-sursă consideră că societatea beneficiară este transparentă, dacă acest tip de societate este menționat explicit în anexa la Directiva 2003/49.

#### **E. Cu privire la indicarea beneficiarului real (întrebarea 6)**

101. Prin intermediul celei de a șasea întrebări, instanța de trimitere dorește să știe dacă statul membru care nu vrea să îl recunoască pe beneficiarul dobânzilor ca beneficiar în sensul Directivei 2003/49, pentru motivul că nu este decât o așa-numită societate-conductă artificială, este obligat să îl indice pe cel pe care îl consideră beneficiar real. Instanța de trimitere se referă în esență la problema privind sarcina de a dovedi existența abuzului de drept.

102. Abuzul de dreptul de a alege una dintre structurile legale presupune selectarea altei structuri legale decât cea aleasă în mod normal și care are efecte mai favorabile decât structura „normală”. În speță, o „structură normală” ar fi raportul de împrumut direct dintre creditor și reclamanta din litigiul principal, în scopul achiziționării societății în cauză.

103. Întrucât administrația fiscală trebuie să dovedească, în principiu, că, din punct de vedere fiscal, procedeul ales este mai favorabil decât structura normală, persoana impozabilă ar putea să aibă și ea anumite obligații în acest sens. Persoana impozabilă poate prezenta „dacă este cazul [...] elemente referitoare la rațiunile de natură comercială aflate la baza operațiunii în cauză”<sup>37</sup>. Dacă din aceste elemente rezultă că scopul esențial<sup>38</sup> nu este evitarea impozitelor care ar fi generate în mod normal, procedeul ales nu poate fi considerat abuziv, cu atât mai mult cu cât statul însuși pune aceste structuri la dispoziția persoanei impozabile.

104. Din jurisprudența Curții<sup>39</sup> rezultă de asemenea că prezumția unei practici abuzive are drept consecință faptul că situația se stabilește ca și cum nu ar fi existat împrejurările care constituie o asemenea practică și că această situație recalificată se apreciază apoi în raport cu dispozițiile relevante din dreptul național și din dreptul Uniunii. În acest scop însă, este necesar să se cunoască beneficiarul real.

105. Astfel, din perspectiva legislației daneze, poate rezulta un abuz în sensul articolului 5 din Directiva 2003/49 numai dacă în cazul plăților directe de dobânzi acestea ar trebui impozitate în mod corespunzător în Danemarca. Această situație este însă exclusă potrivit dreptului danez atunci când, făcând abstracție de așa-numitele societăți intermediare (în speță, acestea ar fi X Sweden, X Sweden Holding și X S.C.A.), beneficiarul real al dobânzilor ar fi tot o societate cu sediul într-un alt stat membru sau dacă beneficiarul dobânzilor ar fi stabilit într-o țară cu care Danemarca a încheiat o convenție privind dubla impunere. Dacă fondurile de capital ar trebui considerate într-adevăr societăți transparente din punct de vedere fiscal, pentru a putea răspunde la această întrebare ar trebui să se aibă în vedere creditorii respectivi.

106. Prin urmare, la întrebarea 6 se poate răspunde că, pentru a putea prezuma abuzul, statul membru care nu vrea să recunoască unei societăți stabilite într-un alt stat membru – căreia îi sunt plătite dobânzile – calitatea de beneficiar al acestor dobânzi trebuie, în principiu, să indice care este, în opinia sa, beneficiarul real. Această indicare este necesară pentru a se putea stabili dacă, prin intermediul structurii catalogate drept abuzive, se obține un rezultat mai avantajos din punct de vedere fiscal. Persoana impozabilă poate avea și ea obligații în acest sens, mai ales în cazul operațiunilor care au avut loc în străinătate.

## **F. Cu privire la invocarea articolului 5 din Directiva 2003/49 (întrebările 2–3)**

107. Prin intermediul întrebărilor 2, 2.1 și 3, instanța de trimitere dorește în esență să știe dacă (1) Danemarca se poate întemeia în mod direct pe articolul 5 din Directiva 2003/49 în scopul de a refuza persoanei impozabile beneficiul scutirii. În cazul în care nu este posibil, trebuie să se clarifice dacă, (2) prin dreptul național din speță, Danemarca a transpus suficient articolul 5 din Directiva 2003/49.

### ***1. Neaplicarea directă a unei directive în scopul de a impune obligații în sarcina particularilor***

108. Dacă, potrivit criteriilor menționate mai sus, există un abuz în sensul articolului 5 din Directiva 2003/49, prezenta cauză se caracterizează prin faptul că, în dreptul danez, nu a existat o dispoziție specifică pentru transpunerea articolului 5 din Directiva 2003/49. Potrivit instanței de trimitere nu a existat nicio dispoziție legală generală privind prevenirea abuzurilor. În special, reclamanta din litigiul principal consideră astfel că nu i s-ar putea refuza beneficiul scutirii prevăzute de dreptul național nici dacă s-ar prezuma existența unui abuz.

<sup>37</sup> Hotărârea din 13 martie 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, punctul 92).

<sup>38</sup> Hotărârea din 22 noiembrie 2017, *Cussens și alții* (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 53), Hotărârea din 17 decembrie 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 36), și Hotărârea din 21 februarie 2008, *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, punctul 45).

<sup>39</sup> Hotărârea din 22 noiembrie 2017, *Cussens și alții* (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 47), Hotărârea din 17 decembrie 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 52), și Hotărârea din 21 februarie 2008, *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, punctul 58).

109. Cu toate acestea, preluarea formală a dispozițiilor unei directive (în speță articolul 5 din Directiva 2003/49) printr-o prevedere specifică din dreptul național nu este totdeauna necesară. Dimpotrivă, transpunerea unei directive poate fi, în funcție de conținutul acesteia, îndeplinită prin existența unui context juridic general – inclusiv prin principii generale ale dreptului constituțional sau administrativ național, dacă astfel se garantează, într-un mod suficient de precis și clar, aplicarea completă a directivei<sup>40</sup>.

110. În procedura preliminară, instanța de trimitere amintește existența a două principii (așa-numita „doctrină a faptelor reale” și principiul privind „dobânditorul real al venitului”). Cu toate acestea, persoanele interesate sunt de acord că aceste principii nu sunt relevante în speță dacă, formal, în realitate, dobânzile au fost plătite mai întâi efectiv societăților luxemburgheze.

111. Articolul 5 din Directiva 2003/49 permite însă statelor membre să ia măsuri corespunzătoare de combatere a abuzurilor. Combaterea abuzurilor corespunde practicilor din întreaga Uniune. Toate statele membre au creat pe cât de mult posibil anumite instrumente pentru prevenirea abuzului de drept în scopul sustragerii de la plata impozitelor<sup>41</sup>. Astfel, din legislațiile fiscale naționale rezultă un consens în privința aspectului că aplicarea dreptului nu poate merge atât de departe încât să fie tolerate practicile abuzive ale operatorilor economici. Acest principiu, care a fost recunoscut în întreaga Uniune<sup>42</sup>, își găsește acum expresia la articolul 6 din Directiva 2016/1164.

112. În această lumină, toate reglementările naționale, indiferent că au fost sau nu au fost adoptate în vederea transpunerii Directivei 2003/49, trebuie interpretate și aplicate în concordanță cu acest principiu general al dreptului și în special cu modul de redactare și cu obiectivele Directivei 2003/49, precum și cu articolul 5 din aceasta<sup>43</sup>. Împotriva unei interpretări a dreptului național în conformitate cu legislația Uniunii nu poate fi invocat argumentul că această interpretare ar putea fi în detrimentul particularilor, întrucât este permisă aplicarea indirectă a dreptului Uniunii în defavoarea particularilor, prin intermediul dispozițiilor naționale<sup>44</sup>.

113. Și pentru motive privind securitatea juridică<sup>45</sup>, autorităților daneze le este interzis să aplice direct articolul 5 din Directiva 2003/49 doar împotriva reclamantei. Prin urmare, statul membru nu poate opune particularilor o directivă pe care el însuși a omis să o transpună<sup>46</sup>. Potrivit unei jurisprudențe constante, o directivă nu poate, prin ea însăși, să creeze obligații în sarcina particularilor, astfel încât

40 În acest sens este și jurisprudența constantă; a se vedea de exemplu Hotărârea din 5 iulie 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 44), Hotărârea din 6 aprilie 2006, Comisia/Austria (C-428/04, EU:C:2006:238, punctul 99), și Hotărârea din 16 iunie 2005, Comisia/Italia (C-456/03, EU:C:2005:388, punctul 51), precum și Concluziile noastre prezentate în cauza Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 62).

41 O parte dintre statele membre dispun de dispoziții generale pentru combaterea comportamentelor abuzive, cum este de exemplu cazul articolului 42 din Codul fiscal al Republicii Federale Germania, al articolului 6 din Legea privind adaptarea impozitelor din Luxemburg, al articolului 344 §1<sup>er</sup> din code des impôts sur les revenus (Codul belgian privind impozitul pe profit), al articolului 2 din Legea (1995:575) din Suedia sau al articolului 28 din Legea finlandeză privind procedura de impozitare a profitului; parțial există reglementări cu caracter general [de exemplu în Danemarca, în privința prețurilor de transfer, articolul 2 din Ligningslovens (Legea privind baza de impozitare)] sau principii generale de drept (în Republica Federală Germania acesta este principiul prevalenței substanței asupra formei, care poate fi desprins printre altele din articolul 39 și următoarele din Codul fiscal).

42 A se vedea în special Hotărârea din 22 noiembrie 2017, Cussens și alții (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 27), Hotărârea din 21 februarie 2006, Halifax și alții (C-255/02, EU:C:2006:121, punctul 68), Hotărârea din 3 martie 2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, punctul 32), Hotărârea din 14 decembrie 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, punctul 51), și Hotărârea din 23 martie 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, punctul 33).

43 În ceea ce privește obligația instanțelor naționale de a interpreta dreptul intern în conformitate cu directivele, a se vedea jurisprudența constantă, în special Hotărârea din 4 iulie 2006, Adeneler și alții (C-212/04, EU:C:2006:443, punctul 108 și urm.), Hotărârea din 5 octombrie 2004, Pfeiffer și alții (C-397/01-C-403/01, EU:C:2004:584, punctul 113 și urm.), și Hotărârea din 10 aprilie 1984, von Colson și Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punctul 26).

44 Hotărârea din 5 iulie 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 45), Hotărârea din 7 ianuarie 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, punctul 57), Hotărârea din 14 iulie 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punctele 20, 25 și 26), și Hotărârea din 13 noiembrie 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, punctele 6 și 8), precum și Concluziile prezentate în cauza Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 65).

45 În mod expres în Hotărârea din 5 iulie 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 42).

46 Hotărârea din 22 noiembrie 2017, Cussens și alții (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 49), Hotărârea din 21 septembrie 2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, punctul 41), Hotărârea din 5 iulie 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 42), și Hotărârea din 19 noiembrie 1991, Francovich și alții (C-6/90 și C-9/90, EU:C:1991:428, punctul 21); a se vedea și Concluziile prezentate în cauza Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 66).

nu este posibilă invocarea directivei ca atare împotriva acestora<sup>47</sup>. Statul membru care ar face acest lucru ar săvârși el însuși un abuz de drept. Pe de o parte, acesta ar omite să transpună o directivă al cărei destinatar este (deși putea să o facă) și, pe de altă parte, s-ar întemeia pe o posibilitate de combatere a abuzurilor prevăzută de directiva pe care a omis să o transpună.

114. Autoritățile competente din litigiul principal au cu atât mai puțin dreptul să opună în mod direct unui particular un principiu general de drept al Uniunii care interzice abuzul de drept. Într-adevăr, în cazurile care intră în sfera de aplicare a Directivei 2003/49, un asemenea principiu și-a găsit exprimarea specifică și a fost concretizat la articolul 5 alineatul (2) din directivă<sup>48</sup>. În situația în care se admite și recurgerea directă la principiul general al cărui conținut este mult mai puțin clar și precis, ar exista pericolul de a se aduce atingere obiectivului de armonizare urmărit prin Directiva 2003/49, precum și prin celelalte directive care conțin dispoziții concrete privind combaterea abuzurilor (de exemplu articolul 6 din Directiva 2016/1164). În plus, o asemenea abordare ar submina și interdicția deja menționată de aplicare directă a dispozițiilor netranspuse ale unei directive în detrimentul particularilor<sup>49</sup>.

## ***2. Jurisprudența din materia taxei pe valoarea adăugată nu poate fi transpusă***

115. Hotărârile Curții<sup>50</sup> în cauzele *Italmoda* și *Cussens* nu se opun concluziei de mai sus. În aceste cauze, Curtea a statuat că principiul interzicerii practicilor abuzive trebuie interpretat în sensul că poate fi aplicat direct, independent de o măsură națională de transpunere a sa în ordinea juridică internă, pentru a refuza scutirea de TVA, fără a aduce astfel atingere principiilor securității juridice și protecției încrederii legitime.

116. Aceste două cauze s-au referit însă exclusiv la materia taxei pe valoarea adăugată. Aceasta este diferită de materia din speță. Pe de o parte, față de legislația din statele membre privind impozitul pe profit, taxa pe valoarea adăugată este armonizată prin dreptul Uniunii într-o măsură mult mai mare și vizează interese legislative mult mai largi legate de finanțarea Uniunii care depinde de această taxă.

117. Pe de altă parte, potrivit articolului 325 alineatele (1) și (2) TFUE, Uniunea obligă statele membre să perceapă (efectiv) o taxă pe valoarea adăugată<sup>51</sup>, obligație care nu există în privința impozitului pe profit. La această obligație se adaugă susceptibilitatea specială a taxei pe valoarea adăugată de a fi obiectul fraudelor fiscale, ceea ce impune o punere în aplicare deosebit de eficientă a drepturilor fiscale. În acest sens, în ultima sa hotărâre, Curtea însăși face distincția între dreptul privind taxa pe valoarea adăugată și dreptul derivat, care prevede în mod expres o autorizare pentru combaterea abuzurilor<sup>52</sup>. Prin urmare, aplicarea directă a articolului 5 din Directiva 2003/49 în detrimentul persoanelor impozabile nu este posibilă<sup>53</sup>.

47 Hotărârea din 5 iulie 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 42), și Concluziile prezentate în cauza *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 65); a se vedea numai printre altele Hotărârea din 5 octombrie 2004, *Pfeiffer și alții* (C-397/01-C-403/01, EU:C:2004:584, punctul 108 și jurisprudența citată).

48 A se vedea Concluziile prezentate în cauza *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 67) și Hotărârea din 5 iulie 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 38 și urm.). În mod similar, Concluziile prezentate în cauza *Satakunnan Markkinapörssi și Satamedia* (C-73/07, EU:C:2008:266, punctul 103).

49 Acest aspect este neclar în Hotărârea din 22 noiembrie 2005, *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709, punctele 74-77); a se vedea în acest sens și Concluziile noastre prezentate în cauza *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, punctul 67) și pentru mai multe precizări Hotărârea din 5 iulie 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 42).

50 Hotărârea din 22 noiembrie 2017, *Cussens și alții* (C-251/16, EU:C:2017:881), și Hotărârea din 18 decembrie 2014, *Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti* (C-131/13, C-163/13 și C-164/13, EU:C:2014:2455).

51 Hotărârea din 8 septembrie 2015, *Taricco și alții* (C-105/14, EU:C:2015:555, punctul 36 și urm.), și Hotărârea din 26 februarie 2013, *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2013:105, punctul 26).

52 În mod expres în Hotărârea din 22 noiembrie 2017, *Cussens și alții* (C-251/16, EU:C:2017:881, punctele 28, 31 și 38).

53 Astfel cum a precizat deja Curtea în Hotărârea din 5 iulie 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 42).

### 3. Cu privire la existența unei prevederi naționale specifice împotriva abuzurilor

118. Instanța de trimitere va trebui să verifice dacă nu există dispoziții sau principii de drept intern (inclusiv principii dezvoltate pe cale jurisprudențială) care, interpretate în conformitate cu dreptul Uniunii, să poată fi aplicate în prezenta cauză și din care ar putea să rezulte eventual că operațiunile simulate nu sunt luate în considerare din punct de vedere fiscal sau că este interzisă invocarea în mod abuziv a anumitor avantaje fiscale.

119. Potrivit jurisprudenței Curții, pentru ca o restricție privind libertatea de stabilire să poată fi justificată prin motive legate de lupta împotriva practicilor abuzive, scopul specific al unei astfel de restricții trebuie să fie acela de a se opune unor comportamente constând în crearea unor aranjamente pur artificiale, lipsite de orice realitate economică, în scopul de a eluda impozitul datorat în mod normal pentru profiturile generate de activități desfășurate pe teritoriul național<sup>54</sup>.

120. Pentru acest motiv, la întrebările 2.1 și 3 se poate răspunde în sensul că nici articolul 2 alineatul (2) litera (d) din Legea daneză privind impozitul pe profit și nici vreo clauză dintr-un acord privind dubla impunere, care condiționează impozitarea plății de dobânzi de beneficiarul acestora, nu sunt suficiente pentru a se putea considera că reprezintă transpunerea articolului 5 din Directiva 2003/49.

121. Cu toate acestea, în contextul aplicării conforme cu dreptul Uniunii a așa-numitei doctrine a faptelor reale și a principiului „beneficiarului real al veniturilor”, acest aspect trebuie apreciat cu totul altfel în Danemarca. Doctrina și principiul menționat au fost dezvoltate tocmai pentru a putea controla problema că, în timp ce dreptul civil permite numeroase structuri, în dreptul fiscal nu sunt impozitate decât operațiunile economice. Prin urmare, aceste principii de drept țintesc în mod specific tocmai structurile artificiale sau abuzul de drept săvârșit de particulari, constituind, în principiu, un temei juridic specific suficient pentru restrângerea libertății de stabilire. În măsura în care reclamantii din litigiul principal au subliniat de mai mult ori în cadrul ședinței faptul că Danemarca nu a realizat o transpunere expresă a articolului 5 din Directiva 2003/49, acesta nu poate fi invocat împotriva lor. Acest aspect trebuie însă apreciat în concret de instanța națională.

122. „Doctrina faptelor reale”, dezvoltată în Danemarca, poate, așadar, să constituie, dacă este interpretată în conformitate cu dreptul Uniunii, un temei suficient pentru a ignora, în contextul impozitării, structurile pur artificiale sau abuzive, în măsura în care acestea există (a se vedea în acest sens punctul 57 și următoarele). Însăși „doctrina faptelor reale” nu este, în opinia noastră, decât o formă specială a abordării economice care, cu siguranță, stă la baza majorității dispozițiilor privind prevenirea abuzurilor diferitor state membre<sup>55</sup>. Aceasta reiese în mod clar și la nivelul dreptului Uniunii, în special din articolul 6 alineatul (2) din Directiva 2016/1164, potrivit căruia un acord sau o serie de acorduri sunt considerate ca nefiind autentice în măsura în care nu sunt întreprinse din motive comerciale valabile care reflectă realitatea economică. Existența acestora este un aspect care trebuie examinat de instanța națională.

123. Existența acestora este un aspect care trebuie examinat de instanța națională. Dacă scopul structurii este de a evita impozitarea investitorilor, în pofida efectuării formale a plății către societățile suedeze și luxemburgheze, din punct de vedere economic, plata este făcută în realitate fondurilor de capital, respectiv investitorilor acestora. În acest caz, plata făcută societăților suedeze și luxemburgheze nu reflectă realitatea economică, ci doar realitatea legală (formală).

<sup>54</sup> Hotărârea din 18 iunie 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punctul 64), Hotărârea din 12 septembrie 2006, Cadbury Schweppes și Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punctul 55), și Hotărârea din 13 martie 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punctul 74).

<sup>55</sup> În statele membre se face referire foarte des la conținutul real al unui act sau al unei tranzacții – de exemplu în Finlanda, în Ungaria, în Irlanda, în Italia, în Lituania, în Țările de Jos, în Portugalia și în Slovenia.

## G. Încălcarea libertăților fundamentale (întrebările 7 și 8)

124. Întrucât, astfel cum am arătat la punctul 34 și următoarele de mai sus, societatea suedeză (X Sweden) trebuie considerată, în principiu, beneficiară, nu mai este necesar să se examineze întrebările 7 și 8 adresate de instanța de trimitere.

125. Dacă, în urma aplicării conforme cu dreptul Uniunii a principiilor din dreptul național, instanța de trimitere ajunge la concluzia că există o structură abuzivă, operează, în anumite condiții, impozitarea prin reținere la sursă. În acest caz însă, în speță nu se mai pune această problemă, întrucât impozitarea este consecința unui abuz, iar, potrivit jurisprudenței Curții, justițiabilii nu se pot prevala în mod abuziv de normele dreptului Uniunii<sup>56</sup>.

126. Independent de acest aspect, Curtea a hotărât de asemenea că diferența de tratament dintre beneficiarii de dobânzi din țară și cei din străinătate, bazată pe o tehnică de impozitare diferită, nu vizează situații comparabile<sup>57</sup>. Chiar dacă s-ar considera că există o situație comparabilă, potrivit jurisprudenței Curții, o restricție a libertății fundamentale ar fi justificată atât timp cât impozitarea din Danemarca prin reținere la sursă a beneficiarului nerezident al dobânzii nu este mai mare decât sarcina fiscală pe care trebuie să o suporte un beneficiar rezident prin plata impozitului pe profit<sup>58</sup>.

127. Același lucru este valabil și în cazul în care beneficiarul dobânzii percepe dobânzi în quantum diferit, respectiv în cazul acesta plătește impozitul pe profit danez și în cazul în care plătitorul dobânzii are obligația de a plăti impozit prin reținere la sursă. Acestea nu sunt situații comparabile, întrucât, pe de o parte, este datorat impozit *propriu* (impozit pe profit) și, pe de altă parte, la beneficiarul dobânzii se reține și se plătește de fapt un impozit *străin* (impozit pe venit sau pe profit). Generarea și rata dobânzii diferențiate rezultă din tehnica și funcția diferită a impozitării la sursă (a se vedea punctul 86).

## VI. Concluzie

128. Propunem, așadar, să se răspundă la întrebările adresate de Østre Landsret (Curtea de Apel a Regiunii de Est, Danemarca) după cum urmează:

„1) La întrebările 1-1.4 trebuie să se răspundă că o societate rezidentă într-un alt stat membru, care este titulara creanței purtătoare de dobânzi, este considerată, în principiu, beneficiar în sensul articolului 1 alineatul (1) din Directiva 2003/49/CE a Consiliului din 3 iunie 2003 privind sistemul comun de impozitare, aplicabil plăților de dobânzi și de redevențe efectuate între societăți asociate din state membre diferite, cu excepția cazului în care aceasta nu acționează în nume propriu, ci în numele altuia și pentru altul.

Noțiunea de beneficiar trebuie interpretată autonom în dreptul Uniunii și independent de Comentariile la articolul 11 din Modelul de convenție fiscală din 1977 al OCDE sau dintr-o versiune ulterioară.

2) La întrebarea 2 trebuie să se răspundă că un stat membru nu se poate întemeia pe articolul 5 din Directiva 2003/49, în cazul în care nu a transpus acest articol.

<sup>56</sup> A se vedea printre altele Hotărârea din 22 noiembrie 2017, Cussens și alții (C-251/16, EU:C:2017:881, punctul 27), Hotărârea din 21 februarie 2006, Halifax și alții (C-255/02, EU:C:2006:121, punctul 68), și Hotărârea din 14 decembrie 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, punctul 51 și jurisprudența citată).

<sup>57</sup> Hotărârea din 22 decembrie 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, punctul 41); aspect confirmat prin Hotărârea din 18 octombrie 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, punctul 26).

<sup>58</sup> A se vedea Hotărârea din 17 septembrie 2015, Miljoen și alții (C-10/14, C-14/14 și C-17/14, EU:C:2015:608, punctul 90), și Hotărârea din 18 octombrie 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, punctul 42 și urm.).



- 3) În ceea ce privește întrebarea 3, trebuie să se răspundă că nici articolul 2 alineatul (2) litera (d) din Legea daneză privind impozitul pe profit și nici vreo clauză dintr-un acord privind dubla impunere, corespunzătoare articolului 11 din Modelul de convenție fiscală al OCDE, nu sunt suficiente pentru a se putea considera că reprezintă transpunerea articolului 5 din Directiva 2003/49. Acest lucru nu împiedică însă interpretarea și aplicarea conforme cu dreptul Uniunii ale principiilor generale și fundamentale din dreptul național, care au drept scop combaterea structurilor artificiale sau a abuzurilor de drept săvârșite de particulari.
- 4) La întrebarea 4 trebuie să se răspundă că prezumția de abuz depinde de aprecierea globală a tuturor împrejurărilor din cauză; această sarcină revine instanței de trimitere.
  - a) În materie fiscală, abuzul de drept poate exista în cazul structurilor artificiale, lipsite de orice realitate economică, sau atunci când principalul scop al structurii este evitarea impozitului care ar fi fost datorat potrivit scopului legii. În aceste cazuri, administrația fiscală trebuie să dovedească că ar fi existat o creanță fiscală corespunzătoare în cazul în care structura ar fi fost valabilă, iar persoana impozabilă trebuie să probeze că structura aleasă se bazează pe motive extrafiscale substanțiale.
  - b) În cazul evitării impozitării la sursă a plăților de dobânzi efectuate către fonduri de capital rezidente în țări terțe, trebuie să se aibă în vedere în primul rând evitarea impozitării veniturilor din dobânzi la beneficiarii reali ai dobânzilor (adică la creditori). În acest caz, se poate prezuma un abuz de drept dacă, prin structura aleasă a societății, se urmărește să se profite de anumite lipsuri de informații dintre statele implicate, în vederea împiedicării impozitării efective a beneficiarului real al dobânzii.
- 5) La întrebarea 5 trebuie să se răspundă că plata de dobânzi efectuată către o S.C.A. luxemburgheză în temeiul unui contract de împrumut intră sub incidența domeniului de aplicare al Directivei 2003/49 și în cazul în care statul de stabilire a autorizat funcționarea societății sub forma unei SICAR. În plus, pentru a beneficia de scutirea de impozitul la sursă potrivit Directivei 2003/49, nu este relevant dacă statul-sursă consideră că societatea beneficiară este transparentă, dacă acest tip de societate este menționat explicit în anexa la Directiva 2003/49.
- 6) La întrebarea 6 trebuie să se răspundă că, pentru a se putea prezuma abuzul de drept, statul membru care nu vrea să recunoască unei societăți stabilite într-un alt stat membru calitatea de beneficiar al acestor dobânzi trebuie, în principiu, să îl indice pe beneficiarul real. În cazul operațiunilor care au avut loc în străinătate, persoana impozabilă poate avea și ea o obligație de colaborare susținută.
- 7) Având în vedere răspunsurile de mai sus la întrebările 1 și 4, nu mai trebuie să se răspundă la întrebările 7 și 8.”