



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 1. marca 2018¹

Zadeva C-118/16

**X Denmark A/S
proti
Skatteministeriet**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,
ki ga je vložilo Østre Landsret (višje sodišče za vzhodno regijo, Danska))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Direktiva 2003/49/ES o skupnem sistemu obdavčevanja plačil obresti ter licenčnin med povezanimi družbami iz različnih držav članic (tako imenovana Direktiva o obrestih in licenčninah) – Pojem upravičenega lastnika – Ravnanje v svojem imenu za tuj račun – Vpliv komentarjev k vzorčni konvenciji OECD na razlago direktive EU – Zloraba možnosti davčnih shem – Merila za obstoj zlorabe pri izogibanju obdavčitve pri viru – Zloraba z izkoriščanjem pomanjkljivosti sistemov za izmenjavo informacij med državami – Uporaba Direktive 2003/49/EG za plačila luksemburški družbi S.C.A., SICAR – Neposredna uporaba določbe direktive, ki ni bila prenesena v nacionalno zakonodajo – S pravom Unije skladna razlaga nacionalnih načel za preprečevanje zlorabe“

I. Uvod

1. Sodišče je v tej zadevi – tako kot v treh nadaljnjih vzporednih postopkih –² pozvano, naj odloči, v katerih okoliščinah je treba civilnopravnega upravičenega lastnika obresti obravnavati tudi kot upravičenega lastnika v smislu Direktive o obrestih in licenčninah.³ Pri tem je treba pojasniti, ali naj se za razlago prava Unije upoštevajo tudi komentarji organizacije OECD k njenim vzorčnim konvencijam, zlasti če so bili ti spremenjeni po sprejetju Direktive. Dalje se postavlja tudi vprašanje opredelitve in neposredne uporabe prepovedi zlorabe prava Unije. Poleg tega je treba pojasniti, kako je treba obravnavati posebno luksemburško pravno obliko (S.C.A.) v okviru Direktive o obrestih in licenčninah, če ta v Luksemburgu kot tako imenovana kapitalaska investicijska družba tveganega kapitala (tako imenovani SICAR) spada v zelo ugodno davčnopravno ureditev.

¹ Jezik izvirnika: nemščina.

² To so povezane zadeve C-115/16, C-119/16 (obe združeni s C-118/16) in C-299/16.

³ Direktiva Sveta 2003/49/ES z dne 3. junija 2003 o skupnem sistemu obdavčevanja plačil obresti ter licenčnin med povezanimi družbami iz različnih držav članic (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 9, zvezek 1, str. 380).

2. Razlog je prevzem podjetja, pri katerem so vlagatelji prek kapitalskih investicijskih družb s sedežem v tretjih državah posodili denar luksemburški družbi, prek katere je bila z „vrinjenjem“ dveh švedskih družb pridobljena operativna danska skupina. Njena matična družba plačuje obresti od posojila švedski družbi, ki znesek, ki ga je plačala skupina, nakaže drugi švedski družbi, ta pa obresti prenakaže luksemburški družbi. Dobiček luksemburške družbe se nato izplača kapitalskim investicijskim družbam, ki imajo verjetno sedež v tretjih državah in ki imajo očitno tudi svoje vlagatelje s sedeži znotraj in zunaj Unije. Tako se izogne danski obdavčitvi izplačil obresti pri viru.

3. Vsa zgoraj omenjena vprašanja se nazadnje nanašajo na načelno nasprotje v davčnem pravu med civilnopravno izbiro sheme, ki jo ima davčni zavezanec, in preprečevanjem shem, ki so civilnopravno sicer bolj učinkovite, vendar v določenih okoliščinah pomenijo zlorabo. Čeprav se ta problematika pojavlja že od iznajdbe sodobnega davčnega prava, je dopustno zmanjševanje obdavčitve še vedno težko razmejiti od nedopustnega.

4. Glede na politično razburkano razpoloženje zaradi davčnih praks nekaterih koncernov, ki delujejo po vsem svetu, razmejitev, ki se je tu loteva Sodišče nikakor ni preprosta naloga, saj se je treba izogniti temu, da bi se vsako ravnanje posameznika, čigar namen je zmanjšati davek, razglasilo za zlorabo.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

5. Pravni okvir Unije so v tem primeru Direktiva 2003/49 ter členi 43, 48 in 56 ES (postali členi 49, 54 in 63 PDEU).

6. V Direktivi 2003/49 je v uvodnih izjavah od 1 do 6 navedeno:

- „(1) Na enotnem trgu, ki ima značilnosti notranjega trga, se transakcije med družbami iz različnih držav članic davčno ne smejo manj ugodno obravnavati, kot se obravnavajo transakcije med družbami iz iste države članice.
- (2) Pri plačilih obresti ter licenčnin ta zahteva trenutno ni izpolnjena; nacionalni davčni predpisi skupaj z dvostranskimi in večstranskimi sporazumi, kjer ti obstajajo, ne morejo vedno zagotoviti odprave dvojnega obdavčevanja, njihova uporaba pa pogosto povzroči obremenjujoče upravne formalnosti in probleme z razpoložljivostjo denarnih sredstev teh družb.
- (3) Zagotoviti je treba, da se plačila obresti ter licenčnin v državi članici obdavčijo samo enkrat.
- (4) Odprava obdavčevanja plačil obresti ter licenčnin v državi članici, v kateri nastanejo, ne glede na to, ali se davek pobere z odtegnitvijo na viru ali z odmero, je najprimernejši način za odpravo navedenih formalnosti in problemov ter za zagotovitev enakopravne davčne obravnave nacionalnih in čezmejnih transakcij; zlasti je treba takšne davke odpraviti pri takšnih plačilih, ki se izvedejo med povezanimi družbami iz različnih držav članic ter med stalnimi poslovnimi enotami takšnih družb.
- (5) Režim naj bi se uporabljal samo za zneske morebitnih plačil obresti ali licenčnin, za katere sta se sporazumela plačnik in upravičeni lastnik, če med njima ni posebnega razmerja.
- (6) Prav tako je potrebno, da se državam članicam ne prepreči sprejetje primernih ukrepov za preprečevanje goljufij ali zlorab.“

7. Člen 1(1) Direktive 2003/49 določa:

„Plačila obresti ali licenčnin, ki nastanejo v državi članici, so oproščena vseh davkov na tovrstna plačila v tej državi, ne glede na to, ali se pobirajo z odtegnitvijo davka na viru ali z odmero, če je upravičeni lastnik obresti ali licenčnin družba iz druge države članice ali stalna poslovna enota družbe iz države članice v drugi državi članici.“

8. Člen 1(4) Direktive 2003/49 nadalje določa:

„Družba iz države članice se obravnava kot upravičeni lastnik obresti ali licenčnin samo, če taka plačila prejme v svojo lastno korist in ne kot posrednik, kot na primer zastopnik, skrbnik ali pooblaščen podpisnik za neko drugo osebo.“

9. Člen 1(7) Direktive 2003/49 določa:

„Ta člen se uporablja samo, če je družba, ki je plačnik, ali družba, katere stalna poslovna enota se obravnava kot plačnik obresti ali licenčnin, povezana družba družbe, ki je upravičeni lastnik ali katere stalna poslovna enota se obravnava kot upravičeni lastnik teh obresti ali licenčnin.“

10. Člen 5 Direktive 2003/49, naslovljen „Goljufije in zlorabe“, določa:

„1. Ta direktiva ne preprečuje uporabe domačih določb ali določb na podlagi sporazumov, ki so potrebne za preprečevanje goljufij ali zlorab.

2. Države članice lahko v primeru transakcij, katerih osnovni motiv ali eden od osnovnih motivov je davčna utaja, izogibanje davkom ali davčna zloraba, umaknejo ugodnosti te direktive ali odklonijo uporabo te direktive.“

B. Mednarodno pravo

11. Nordijska konvencija o izogibanju dvojnemu obdavčevanju z dne 23. septembra 1996, kakor je bila spremenjena, in konvencija o izogibanju dvojnemu obdavčevanju med Dansko in Luksemburgom (v nadaljevanju: konvencija o izogibanju dvojnemu obdavčevanju) z dne 17. novembra 1980 v členu 11(1) v zvezi z razdelitvijo pristojnosti za obdavčitev obresti določa:

„1. Obresti, ki nastanejo v državi pogodbenici in se izplačajo rezidentu druge države pogodbenice, se lahko obdavčijo v tej drugi državi, če je tak rezident ‚upravičeni lastnik‘ obresti.“

12. V skladu s to določbo država izvora, v tem primeru Danska, ne more obdavčiti obresti, ki se plačajo osebi, ki je rezident Švedske ali Luksemburga, če je ta oseba ‚upravičeni lastnik‘ obresti. Pojem ‚upravičeni lastnik‘ v nobeni od konvencij o dvojnem obdavčevanju ni dalje opredeljen.

C. Dansko pravo

13. Po navedbah predložitvenega sodišča je bil v spornih letih pravni položaj na Danskem tak.

14. V zakonu o obdavčitvi delniških družb (v nadaljevanju: zakon o davku od dohodkov pravnih oseb⁴ je v členu 2(1)(d) urejena omejena davčna obveznost tujih družb v zvezi z obrestmi, ki jih v njihovo korist knjižijo ali plačajo danske družbe:

„Člen 2 V skladu s tem zakonom so davčni zavezanec tudi družbe, združenja ipd. v smislu člena 1(1), ki imajo sedež v tujini, če [...]

(d) prejmejo obresti iz domačih virov v zvezi s finančno obveznostjo, ki jo ima [družba po danskem pravu] ali [...] [poslovna enota tuje družbe] [...] v razmerju do tujih pravnih oseb, ki so navedene v členu 3 B Skattekontrollov [(zakon o davčnem nadzoru) (nadzorovana finančna obveznost)]. Davčna obveznost obresti ne zajema, kadar te niso obdavčene ali pa nižje obdavčene, v skladu z Direktivo 2003/49/ES o skupnem sistemu obdavčevanja plačil obresti ter licenčnin med povezanimi družbami iz različnih držav članic ali v skladu s konvencijo o izogibanju dvojnemu obdavčevanju, sklenjeno s Ferskimi otoki, Grenlandijo ali državo, v kateri ima sedež družba prejemnica ipd. Vendar to velja le, če sta družba plačnica in družba prejemnica v nepretrganem obdobju vsaj enega leta, v katerem je prišlo do plačila, povezani v smislu te direktive [...]

15. Omejena davčna obveznost tako v letu 2007 ni zajemala obresti, izplačanih matični družbi, na katere se v skladu z Direktivo 2003/49 ali konvencijo o izogibanju dvojnemu obdavčevanju davek ne pobira ali je ta znižan.

16. Če pa na podlagi člena 2(1)(d) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb obstaja omejena davčna obveznost za obresti, ki odteka iz Danske, mora na podlagi člena 65 D danskega zakona o davčnih odtegljajih pri viru⁵ izplačevalec obresti odtegniti davek pri viru („davek od obresti“).

17. V davčnih letih 2008 in 2009 je bila davčna stopnja 25 %. V primeru zamude pri plačilu pri viru odtegnjenega davka (v primeru omejene davčne obveznosti) se davčna terjatev obrestuje (člen 66 B zakona o odtegnitvi davkov pri viru). Obveznost plačila zamudnih obresti ima oseba, ki bi morala odtegniti davek pri viru.

18. V obdobju od leta 2007 do leta 2009 ni bilo na Danskem nobenega splošnega zakonskega pravila o preprečevanju zlorab. V sodni praksi pa se je izoblikovala tako imenovana „realna doktrina“, v skladu s katero se obdavčenje izvede na podlagi posamične presoje tega, kar se je dejansko zgodilo. To med drugim pomeni, da se lahko glede na okoliščine primera sprejme pristop, po katerem vsebina prevlada nad obliko in v skladu s katerim se lahko zavrne upoštevanje transakcij, povezanih z davki, ki nimajo dejanske vsebine in so z vidika dejanskih okoliščin primera umetne (substance-over-form pristop). Stranki se strinjata, da ta realna doktrina ne more biti temelj za zavrnitev upoštevanja transakcij, ki so predmet te zadeve.

19. Poleg tega se je v danski sodni praksi izoblikovalo načelo „upravičenega prejemnika dohodka“. V skladu s tem načelom, ki se opira na temeljno določbo o obdavčitvi dohodka iz člena 4 danskega zakona o državnih davkih (statsskatteloven), davčni organi niso zavezani upoštevati umetne ločitve med podjetji/dejavnostmi, ki ustvarjajo prihodke, in določitev pripadnosti dohodkov, ki iz njih izvirajo. To načelo je tako namenjeno temu, da se določi, katera oseba – ne glede na izkazano formalno korporacijsko strukturo – je dejansko prejemnik dohodka in tako davčna obveznost te osebe. Vprašanje je torej, pri komu je treba za davčne namene upoštevati dohodek. Za plačilo davka na zadevni dohodek je tako zavezan „upravičeni prejemnik dohodka“.

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven - Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. August 2007 (prečiščeno besedilo zakona št. 1037 z dne 24. avgusta 2007).

5 Kildeskatteoven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. November 2005 (prečiščeno besedilo zakona št. 1086 z dne 14. novembra 2005).

III. Spor o glavni stvari

20. Družba X Denmark A/S (tožeča stranka v postopku v glavni stvari pred predložitvenim sodiščem) je del skupine X. Skupina X je globalno podjetje, ki skupaj zaposluje 12.500 ljudi, vključno s 600 zaposlenimi na Danskem, in ima odvisne družbe v več kot 70 državah. Leta 2005 je skupino prevzel konzorcij kapitalskih investicijskih družb.

21. Te kapitalske investicijske družbe imajo 100 % deležev krovne družbe skupine, ki ima sedež v Luksemburgu (X S.C.A.), in se z davčnopravnega vidika obravnavajo kot prosojne.⁶ Vlagatelji v te davčno prosojne kapitalske investicijske družbe so torej po navedbah predložitvenega sodišča za davčne namene neposredni delničarji krovne družbe skupine, družbe X S.C.A.

22. Ti vlagatelji so po navedbah družbe X Denmark A/S rezidenti v državah v Evropski uniji in zunaj nje ter v državah in zunaj držav, s katerimi je Danska sklenila konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja.

23. X S.C.A. je končna matična družba skupine. Zaradi svoje narave splošne investicijske družbe ima družba X S.C.A. možnost, da se registrira kot tako imenovana „société d'investissement en capital à risque“ (SICAR) (družba za naložbe v tvegani kapital).

24. To pomeni, da je družba oproščena davka od dobičkov, ki izvirajo iz naložb družbe v vrednostne papirje (torej od dividend in povečanja vrednosti naložb). SICAR je tudi izvzeta iz pravil o obvezni odtegnitvi davka pri razdelitvi dividend. Družba X S.C.A. ima 100 % delnic družbe X Sweden Holding AB (v nadaljevanju: X Sweden Holding). X S.C.A. ni opravljala nobene poslovne dejavnosti razen udeležbe v družbi X Sweden Holding in posojila tej družbi.

25. Družba X Sweden Holding ima nato 97,5 % deležev v švedski družbi (X-Schweden), ki ima sama 100 % deležev v družbi X Denmark A/S. Edina dejavnost družbe X Sweden Holding je, da je holdinška družba za družbo X Sweden. Družba X Sweden Holding je 27. decembra 2006 od svoje matične družbe X S.C.A. vzela posojilo. Stroški te družbe za obresti v zvezi s tem posojilom za davčna leta 2007, 2008 in 2009 so bili v davčnih napovedih te družbe odšteti od obdavčljivega dohodka družbe.

26. V davčnih letih od 2007 do 2009 je družba X Sweden – v skladu s posebnimi švedskimi pravili o prilagoditvi prihodkov v okviru skupine za davčne namene iz poglavja 35 švedskega zakona o davku od dohodkov pravnih oseb (Inkomstskattelagen) – izvedla transferje znotraj skupine svoji matični družbi X Sweden Holding. Transferji znotraj skupine so davčno odbitni za družbo, ki izvede plačilo in obdavčeni za družbo, ki prejme plačilo.

27. Na podlagi posojilne pogodbe z dne 27. decembra 2006 si je družba X Denmark od matične družbe X Sweden izposodila več kot 501 milijon EUR. Za preknjižbe obresti v letih 2007, 2008 in 2009 družba X Denmark ni odtegnila davka pri viru, saj je štela, da je posojilodajalec, družba X Sweden, „upravičeni lastnik“ obresti. Družba X Denmark je obresti odštela od svojega obdavčljivega dohodka.

28. V začetku leta 2007 je družba X Sweden spet prevzela dejavnosti, ki se nanašajo na registracijo izdelkov pri organih in na različne administrativne naloge v zvezi s kliničnimi preskusi. Od tedaj je družba zaposlovala okoli 10 ljudi.

29. V letih 2007, 2008 in 2009 je prihodek od obresti znašal 98,1 %, 97,8 %, oziroma 98 % celotnega prihodka družbe X Sweden.

⁶ S tem je opisano dejstvo, da družba sicer lahko posluje v pravnem prometu, vendar se z vidika davčnega prava dobiček družbe ne pripiše in obdavči njej, temveč neposredno njenim družbenikom. Posledično pri sorazmerni obdavčitvi „dohodkov družbe“ (tukaj dohodka od obresti kapitalskih investicijskih družb) načeloma ni pomembna država sedeža družbe, temveč država sedeža družbenikov.

30. SKAT (danska finančna uprava) je v svoji odločbi z dne 13. decembra 2010 ugotovila, da za družbe X Sweden, X Sweden Holding in X S.C.A. ni mogoče šteti, da so „upravičene lastnice“ obresti v smislu Direktive o obrestih in licenčinah in upoštevne konvencije o izogibanju dvojnega obdavčenja. SKAT je ugotovila, da so „upravičeni lastniki“ obresti lastniki družbe X S.C.A. Zoper odločbo SKAT je bila vložena pritožba pri Landsskatteretten (najvišji organ finančne uprave). Ker Landsskatteretten ni izdala nobene odločbe, je družba X Denmark vložila tožbo pri Østre Landsret (višje sodišče za vzhodno regijo, Danska).

31. Potem se je Østre Landsret (višje sodišče za vzhodno regijo) odločilo, da izvede postopek predhodnega odločanja.

IV. Postopek pred Sodiščem

32. Østre Landsret (višje sodišče za vzhodno regijo) je predložilo naslednja vprašanja za predhodno odločanje:

1. Ali je treba člen 1(1) Direktive 2003/49 v povezavi s členom 1(4) navedene direktive razlagati tako, da je družba, ki je rezidentka države članice, zajeta v člena 3 Direktive – ki v okoliščinah, kot so v tej zadevi – prejme obresti od družbe v drugi državi članici, „upravičena lastnica“ navedenih obresti za namene Direktive?
 - 1.1 Ali je treba pojem „upravičeni lastnik“ v členu 1(1) Direktive 2003/49/ES v povezavi s členom 1(4) navedene direktive razlagati v skladu z ustreznim pojmom iz člena 11 vzorčne konvencije OECD o davku iz leta 1977?
 - 1.2 Če je treba na vprašanje iz točke 1.1 pritrden: ali je treba ta pojem razlagati le glede na komentar k členu 11 vzorčne konvencije o davku iz leta 1977 (točka 8) oziroma ali je poznejše komentarje mogoče vključiti v razlago, vključno z dodatki iz leta 2003 v zvezi z obvodnimi družbami (točka 8.1, zdaj točka 10.1) in dodatki iz leta 2014 v zvezi s pogodbenimi ali zakonskimi obveznostmi (točka 10.2)?
 - 1.3 Če je v razlago mogoče vključiti komentarje iz leta 2003: ali je v tem primeru pogoj za to, da se za družbo šteje, da ni „upravičena lastnica“ v smislu Direktive 2003/49, ta, da je dejansko prihajalo do preusmerjanja sredstev na osebe, ki jih država, v kateri je plačnik obresti rezident, šteje za „upravičene lastnice“ zadevnih obresti in – če je to tako – ali je potem nadaljnji pogoj ta, da se dejanski prenos izvrši v obdobju, ki je časovno blizu obdobju plačila obresti in/ali da se izvrši kot plačilo obresti?
- 1.3.1 Kakšen pomen ima v zvezi s tem, če se za posojilo uporabi lastniški kapital; če se zadevne obresti prištejejo h glavnici (kapitalizirane obresti); če je prejemnik obresti kasneje v skladu z veljavnimi pravili zadevne države opravil prenos znotraj skupine na svojo matično družbo, rezidentko iste države, z namenom prilagoditve dobička za davčne namene; če se zadevne obresti kasneje v družbi posojilodajalki spremenijo v lastniški kapital; če je imel prejemnik obresti pogodbeno ali zakonsko obveznost, da obresti posreduje drugi osebi, in če je večina oseb, za katere država, v kateri je oseba, ki plačuje obresti, rezidentka, šteje, da so „upravičene lastnice“ obresti, rezidentk drugih držav članic ali drugih držav, s katerimi ima Danska sklenjene konvencije o izogibanju dvojnemu obdavčevanju, tako da po danski davčni zakonodaji ne bi obstajala podlaga za odtegljaj davka pri viru, če bi bile te osebe posojilodajalke in bi obresti prejemale neposredno?

- 1.4 Kaj za presojo vprašanja, ali je treba prejemnika obresti šteti za „upravičenega lastnika“ za namene Direktive, pomeni, če predložitveno sodišče po presoji dejanskega stanja ugotovi, da prejemnik, ki ni imel pogodbenih in zakonskih obveznosti, da prejete obresti prenese na drugo osebo, ni imel „popolne“ pravice do „uporabe in koriščenja“ obresti, kot je navedeno v komentarjih iz leta 2014 k vzorčni davčni konvenciji o davku iz leta 1977?
2. Ali je pogoj za to, da se lahko država članica sklicuje na člen 5(1) Direktive, ki se nanaša na uporabo nacionalnih določb za preprečevanje goljufij in zlorab, oziroma na člen 5(2) te direktive, ta, da je zadevna država članica sprejela posebno nacionalno določbo za izvajanje člena 5 Direktive oziroma da nacionalno pravo vsebuje splošne določbe ali načela o goljufijah, zlorabah in davčni utaji, ki jih je mogoče razlagati v skladu s členom 5?
- 2.1 Če je odgovor na drugo vprašanje pritrdilen: ali je mogoče člen 2(2)(d) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, ki določa, da omejena davčna obveznost za davek od dohodka od obresti ne vključuje „obresti, ki so oproščene davka [...] v skladu z Direktivo 2003/49/ES o skupnem sistemu obdavčevanja plačil obresti ter licenčnin med povezanimi družbami iz različnih držav članic“, šteti za posebno nacionalno določbo v smislu člena 5 te direktive?
3. Ali je določba konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, sklenjene med dvema državama članicama in sestavljene v skladu z vzorčno konvencijo OECD o davku, na podlagi katere je obdavčitev obresti odvisna od tega, ali se prejemnik obresti šteje za upravičenega lastnika obresti, konvencijska določba za preprečevanje zlorabe, zajeta v členu 5 Direktive?
4. Ali je zloraba itd. na podlagi Direktive 2003/49 podana, če država članica, katere rezident je plačnica obresti, dopušča davčni odbitek obresti, medtem ko obresti v državi članici, v kateri je rezidentka prejemnica obresti, niso obdavčene?
5. Ali je družba, ki je rezidentka v Luxembourggu in je ustanovljena ter registrirana v skladu z luksemburškim pravom družb kot „société en commandite par actions“ (komanditna delniška družba, S.C.A.) in opredeljena tudi kot „société d’investissement en capital à risque“ (investicijska družba tveganega kapitala, SICAR) na podlagi luksemburškega zakona z dne 15. junija 2004 o investicijskih družbah tveganega kapitala (SICAR) zajeta z Direktivo 2003/49/ES?
- 5.1 Če je odgovor na peto vprašanje pritrdilen: ali je lahko luksemburška „S.C.A./SICAR“ „upravičeni lastnik“ obresti v smislu Direktive 2003/49, čeprav država članica, katere rezidentka je družba, ki plačuje obresti, za zadevno družbo šteje, da je davčno pregleden subjekt po njenem nacionalnem pravu?
- 5.2 Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen, tako da se za družbo, ki je prejela obresti šteje, da ni „upravičena lastnica“ zadevnih obresti: ali se lahko v okoliščinah, kot so v tem primeru, S.C.A./SICAR šteje za „upravičenega lastnika“ zadevnih obresti za namene Direktive?
6. Ali mora država članica, ki ne želi priznati, da je družba v drugi državi članici upravičena lastnica obresti, in trdi, da je družba v drugi državi članici tako imenovana umetna obvodna družba, v skladu z Direktivo 2003/49 ali člena 10 ES navesti, koga v tem primeru šteje za upravičenega lastnika?
7. Če se za družbo rezidentko države članice (matična družba) dejansko šteje, da na podlagi Direktive 2003/49 v zvezi z obrestmi, prejetimi od družbe rezidentke v drugi državi članici (odvisna družba), ni oproščena davka pri viru, in se matična družba druge države članice v navedeni državi članici šteje za omejeno davčno zavezanko za navedene obresti, ali člen 43 ES v povezavi s členom 48 ES nasprotuje zakonodaji, na podlagi katere ta druga država članica zahteva od družbe, zavezane za odtegnitev davka pri viru (odvisna družba), da pri zamujenem

plačilu plača zamudne obresti po višji obrestni meri, kot je obrestna mera zamudnih obresti, ki jo država članica zaračuna od terjatev za davek od dohodkov pravnih oseb (vključno s prihodki od obresti), ki jih uveljavlja zoper družbo rezidentko v tej državi članici?

8. Ali člen 43 ES – če se dejansko šteje, da družba rezidentka v državi članici (matična družba) na podlagi Direktive 2003/49 v zvezi z obrestmi, prejetimi od družbe rezidentke v drugi državi članici (odvisna družba), ni oproščena davka pri viru, in se matična družba iz druge države članice pri teh obrestih v tej državi članici šteje za omejeno davčno zavezanko – v povezavi s členom 48 ES (in podredno členom 56 ES), če se obravnavata posamično ali skupaj, nasprotuje zakonodaji, na podlagi katere:
- (a) druga država članica zahteva, da plačnik obresti odtegne davek pri viru od obresti in ga obveže, da oblastem odgovarja za davek, ki ni bil odtegnjen pri viru, če ni nobene take obveznosti odtegnitve davka pri viru, kadar je prejemnik obresti rezident te druge države članice;
 - (b) matični družbi v drugi državi članici ne bi bilo treba plačati predplačil davka od dohodkov pravnih oseb v prvih dveh obračunskih letih, ampak bi ta davek morala plačati mnogo pozneje, in ne na datum zapadlosti plačila davka pri viru?

Sodišče EU je naprošeno, da svoj odgovor na sedmo vprašanje vključi v odgovor na osmo vprašanje.

33. S sklepom z dne 13. julija 2016 so bile zadeve C-115/16, C-118/16 in C-119/16 združene. Glede vprašanj za predhodno odločanje so v postopku pred Sodiščem pisna stališča predložili družbe N Luxembourg 1, X Denmark A/S in C Danmark I ter Kraljevina Danska, Zvezna republika Nemčija, Veliko vojvodstvo Luksemburg, Kraljevina Švedska, Italijanska republika, Kraljevina Nizozemska in Evropska komisija. Ustne obravnave 10. oktobra 2017 – ki je zajemala tudi postopke v zadevah C-116/16, C-117/16 in C-299/16 – so se udeležili družbe N Luxembourg 1, X Denmark A/S in C Danmark I ter Kraljevina Danska, Zvezna republika Nemčija, Veliko vojvodstvo Luksemburg in Evropska komisija.

V. Pravna presoja

A. Določitev upravičenega lastnika (prvo vprašanje (od točke 1 do točke 1.4))

34. Predložitveno sodišče želi tako z vprašanji prvega vprašanja za predhodno odločanje (od točke 1 do točke 1.4), ki jih je treba preučiti skupaj, izvedeti, kako razlagati pojem upravičenega lastnika iz člena 1(1) v povezavi s členom 1(4) Direktive 2003/49/ES. Poleg tega je treba razdelati pojem upravičenega lastnika v smislu Direktive 2003/49/ES (del 1) in potem preučiti vpliv Vzorčne konvencije OECD (v nadaljevanju: VK OECD) in komentarjev k tej konvenciji na njegovo razlago (del 2).

1. Pojem upravičenega lastnika v smislu Direktive 2003/49 (prvo vprašanje (točki 1 in 1.4))

35. Direktiva 2003/49 naj bi dosegla enako davčno obravnavo notranjih in čezmejnih finančnih razmerij med povezanimi podjetji.

a) Osnovno načelo: upnik obresti kot upravičeni lastnik

36. Cilj člena 1(1) Direktive 2003/49 ob upoštevanju njenih uvodnih izjav od 2 do 4 je preprečevanje pravnega dvojnega obdavčevanja čezmejnih plačil obresti s tem, da prepoveduje obdavčenje obresti v državi članici vira v škodo njihovega upravičenega lastnika. Zgoraj navedena določba se torej nanaša samo na davčni položaj upnika obresti.⁷

37. Upnik obresti je tisti, ki ima v skladu s civilnim pravom pravico do obresti v svojem imenu. V tem smislu iz sodne prakse Sodišča izhaja, da je upravičeni lastnik v smislu Direktive 2003/49 načeloma tisti, ki je civilnopravno upravičen zahtevati izplačilo obresti.⁸

38. Člen 1(4) Direktive 2003/49 to potrjuje. Izključuje možnost, da bi bili zastopnik, skrbnik ali pooblaščen podpisnik obravnavani kot upravičeni lastnik. Pri teh osebah, navedenih v zadevnem členu, se upravičenje ne uveljavlja v svojem imenu (tako je pri zastopniku in pooblaščenem podpisniku), ali pa se sicer uveljavlja v svojem imenu, vendar ne za svoj račun (tako je pri skrbniku). Iz tega je mogoče obratno sklepati, da je prejemnik obresti v primerih, v katerih prejme obresti v svojem imenu in za svoj račun (to je v svojo korist), tudi upravičeni lastnik.

39. Družba X Sweden je z družbo X Denmark sklenila posojilno pogodbo. S tem je ta tudi v svojem imenu postala lastnica obresti. Tako je odločilno vprašanje, ali ta družba te obresti prejema za svoj ali za tuj račun. Za svoj račun ravna nekdo, ki lahko sam odloča o uporabi obresti in tudi sam nosi tveganje izgube. Za tuj račun pa ravna nekdo, ki je s tretjim povezan na način, da ta tretji posledično nosi tveganje izgube (v tem primeru obresti).

b) Izjema: skrbniki

40. Kot izhaja iz člena 1(4) Direktive 2003/49, civilnopravni upravičeni lastnik ne bi bil upravičeni lastnik v smislu Direktive, če bi deloval samo kot skrbnik.

41. Skrbništvo družbe X Sweden v svojem imenu za račun družb X Sweden Holding ali X S.C.A. ali kapitalskih investicijskih družb je izključeno. Na skrbnika se sicer prenesejo premoženjske pravice, vendar jih lahko uporablja le v skladu s skrbniškim sporazumom. Namen tega sporazuma je, da pravna moč skrbnika v zunanjem razmerju prevlada nad njegovo skrbniško pravno vezjo v notranjem razmerju do naročitelja. Šele ta posebna vez vodi do tega, da skrbnik sicer še vedno deluje v svojem imenu, vendar nič več za svoj račun. Tu ne gre za tako vez.

42. Le predložitveno sodišče lahko v okviru celovite presoje odloči, ali gre v obravnavani zadevi na podlagi zgodovine nastanka in bližine vpletenih družb z ekonomskega vidika morebiti za nekakšno prikrito skrbništvo družb X Sweden, X-Sweden Holding ali X.S.C.A. v korist kapitalskih investicijskih družb. Sodišče lahko za to vsekakor da koristne napotke.

43. Pogodbeno dogovorjeno refinanciranje pri tretjem pod podobnimi pogoji in v določeni časovni soodvisnosti, kot je v obravnavani zadevi, samo po sebi še ne zadošča za to, da bi se štelo, da gre za skrbniško vez. Tudi Direktiva 2003/49 v členu 1(7) in prav tako v uvodni izjavi 4 izhaja iz določene prepletenosti na področju prava družb, vendar ta prepletenost – če se obravnava ločeno – ne more vplivati na presojo upravičenega lastnika. To se poudarja še v uvodni izjavi 5 in s členom 4(2) Direktive 2003/49, ki tudi pri „posebnih razmerjih“ med plačnikom in upravičenim lastnikom določa le popravek zneska, ne dvomi pa se o lastnosti plačnika ali upravičenega lastnika. V tem smislu skrbnik iz člena 1(4) Direktive 2003/49 presega posojilno pogodbo med povezanimi podjetji na področju družbenega prava.

⁷ Sodba z dne 21. julija 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, točka 28).

⁸ Sodba z dne 21. julija 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, točka 27) – „V zvezi s tem člen 2(a) Direktive 2003/49 navedene obresti opredeljuje kot dohodek iz vseh vrst terjatev. Samo upravičeni lastnik pa lahko prejme obresti, ki so dohodek iz takih terjatev.“

44. Nasprotno bi morala poleg tega obstajati tudi vez v notranjem razmerju (to je v razmerju kapitalskih investicijskih družb do družb X S.C.A., X Sweden Holding ali X Sweden), ki omejuje navzven obstoječe pristojnosti družb X Sweden in/ali X Sweden Holding in/ali X S.C.A. Take pravne vezi tu doslej ni mogoče prepoznati. Ta vsekakor ni utemeljena le s tem, da se za posojilo uporablja lastniški kapital, ali da so obresti prištete glavnici, ali da se pri prejemniku spremenijo v lastniški kapital.

45. Menim pa, da bi bilo drugače, če se, na primer, običajni odhodki švedske družbe in luksemburških družb ne bi smeli poravnati s prihodki od obresti, temveč bi bilo treba obresti samostojno in v celoti prenesti dalje na kapitalske investicijske družbe. Drugače bi bilo lahko tudi v primeru, v katerem sta obrestna mera refinanciranja in prejeta obrestna mera enaki ali če vključena družba ne ustvarja lastnih stroškov, ki jih je treba plačati iz njenih prihodkov od obresti. Prav tako bi bilo drugače, če bi morale tveganje plačilne nesposobnosti družbe s sedežem na Danskem (družba X Denmark) nositi le kapitalske investicijske družbe, ker bi v tem primeru prenehale tudi obveznosti drugih družb, zlasti obveznost družbe X S.C.A. do kapitalskih investicijskih družb. O obstoju takih dejavnikov pa lahko odloči le predložitveno sodišče. Vendar iz predložitvene odločbe ne izhaja, da je taka obveznost družbe X S.C.A. do kapitalskih investicijskih družb za obdobje 2007–2009 sploh obstajala. Vendar je treba tu upoštevati tudi to, da ne gre za „prenos“ obresti v pravem pomenu. Šele zaradi švedske zakonodaje o obdavčenju skupin se prejete obresti družbe X Sweden izravnavajo s plačanimi obrestmi družbe X Sweden Holding. Vendar s tem načeloma ni povezana sprememba civilnopravnih obveznosti. Ali je iz davčnopravne zakonodaje o obdavčenju skupin sploh mogoče izpeljati ugotovitev, da obstaja skrbniška vez, mora odločiti nacionalno sodišče.

46. Če bi predložitveno sodišče na podlagi vseh okoliščin posameznega primera menilo, da obstaja taka skrbniška vez, bi bil v skladu z besedilom člena 1(4) Direktive 2003/49 naročitelj vsekakor upravičeni lastnik v smislu Direktive 2003/49. Če pa plačilo obresti temu naročitelju prek skrbnika izpolnjuje tudi pogoje iz Direktive 2003/49, bi še vedno veljala oprostitev odtegnitve davka pri viru.

c) Predlog glede prvega vprašanja (točki 1 in 1.4)

47. Zato bi bilo treba na prvo vprašanje za predhodno odločanje (točki 1 in 1.4) odgovoriti, da je treba družbo rezidentko druge države članice, ki je imetnica obrestovane terjatve, obravnavati kot upravičeno lastnico v smislu člena 1(1) Direktive 2003/49. Drugače bi bilo v primeru, v katerem ta ne bi delovala v svojem imenu in za svoj račun, temveč na podlagi (morebiti prikriti) skrbniške vezi za tuj račun za tretjo osebo. V tem primeru bi bilo treba kot upravičenega lastnika obravnavati to tretjo osebo. O zadnjem navedenem mora odločiti predložitveno sodišče v okviru celovite presoje vseh okoliščin.

2. Razlaga v skladu s komentarji k vzorčni konvenciji OECD? (prvo vprašanje (točke od 1.1 do 1.3))

48. Predložitveno sodišče želi s prvim vprašanjem (točke od 1.1 do 1.3) predvsem izvedeti, ali je treba za razlago pojmov iz Direktive 2003/49 uporabiti tudi komentarje k VK OECD in, če je odgovor pritrdilen, ali je treba uporabiti tudi komentarje k VK OECD, ki so bili pripravljene po sprejetju Direktive 2003/49.

49. V poznejših komentarjih k VK OECD (npr. iz leta 2008 v točkah 8 in 9) tako imenovana obvodna podjetja običajno niso obravnavana kot upravičeni lastnik, kadar imajo – čeprav so formalno upravičeni lastnik – praktično zelo ozke pristojnosti, zaradi katerih glede zadevnih prihodkov postanejo le skrbnik ali upravitelj, ki deluje za račun zainteresiranih strank.

50. Vzorčne konvencije OECD niso pravno zavezujoče, večstranske pogodbe mednarodnega prava, temveč enostranski akti mednarodne organizacije v obliki priporočil za njene države članice. Tudi organizacija OECD teh priporočil ne razume kot zavezujočih; države članice jih morajo namreč v skladu s poslovníkom OECD preučiti, da ugotovijo, ali se jim jih zdi primerno upoštevati.⁹ To še toliko bolj velja za komentarje, ki jih je izdala organizacija OECD, ki konec koncev vsebujejo le pravna stališča.

51. Vendar v skladu z ustaljeno sodno prakso ni neustrezno, če se države članice pri uravnoteženi razdelitvi davčnih pristojnosti, za katero so odgovorne, zgledujejo po mednarodni praksi, kot se odraža v vzorčnih konvencijah.¹⁰ To velja tudi za zgledovanje po mednarodnih pravnih običajih, ki se lahko odražajo v komentarjih k VK OECD.

52. Vendar komentarji k VK OECD ne morejo neposredno vplivati na razlago direktive EU, čeprav naj bi bili uporabljeni pojmi enaki. V tem smislu ti komentarji odražajo le stališče tistih, ki so pripravljali VK OECD, ne pa stališča parlamentarnih zakonodajalcev ali celo zakonodajalca Unije. Če pa bi iz besedila in zgodovine nastanka Direktive izhajalo, da se je zakonodajalec Unije zgledoval po besedilu VK OECD in (takratnih) komentarjev k tej VK OECD, bi lahko bila nakazana ustrezna razlaga.

53. Zato je Sodišče tudi že ugotovilo, da predpis iz konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, razložen ob upoštevanju komentarjev OECD k zadevni vzorčni konvenciji, ne more omejevati prava Unije.¹¹ To zlasti velja za spremembe VK OECD in komentarjev, ki so bili pripravljani po sprejetju Direktive. V nasprotnem primeru bi bile pogodbenice OECD tiste, ki bi odločale o razlagi direktive EU.

54. Če pa komentarji OECD nimajo nobenega neposredno zavezujočega učinka in če Direktiva 2003/49 v členu 1(4) vsebuje razlikovanje glede na to, ali upnik prejema plačila v svojo korist in ne kot skrbnik, potem je to odločilno vprašanje (prava Unije) za ugotovitev, ali gre za upravičenega lastnika v smislu člena 1(1) Direktive 2003/49. Če skrbnika (niti morebiti prikritega) ni, potem je civilnopравни imetnik pravice tudi upravičeni lastnik v skladu z Direktivo 2003/49. Navsezadnje pa je ta pristop podoben kot pri novejših komentarjih k VK OECD.

55. Tako je na prvo vprašanje za predhodno odločanje (točki 1.1 in 1.2) mogoče odgovoriti, da je treba pojem upravičenega lastnika razlagati samostojno znotraj prava Unije in neodvisno od člena 11 vzorčne konvencije OECD iz leta 1977 oziroma poznejših različic. V teh okoliščinah odgovor na prvo vprašanje (točka 1.3) ni potreben.

B. Merila za ugotovitev zlorabe (četrtó vprašanje)

56. Predložitveno sodišče želi s četrtim vprašanjem v bistvu izvedeti, ali gre pri shemi, kot je obravnavana, s katero se med drugim izogiba odtegnitvi davka pri viru na Danskem, za zlorabo v smislu člena 5 Direktive 2003/49.

⁹ Pravilo 18(b) Poslovníka OECD: „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“. (Priporočila Organizacije, ki jih je Svet pripravil v skladu s členi 5, 6 in 7 konvencije, se predložijo članicam v premislek, da te lahko, če menijo, da je primerno, zagotovijo njihovo izvajanje.) Na voljo na spletni strani <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>.

¹⁰ Sodbe z dne 15. maja 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, točka 22), z dne 13. marca 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, točka 49), z dne 7. septembra 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, točka 45), z dne 12. maja 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, točka 31), in z dne 23. februarja 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, točka 48); poleg tega pa glej tudi sodbo z dne 16. maja 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, točka 67).

¹¹ Sodba z dne 19. januarja 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, točki 50 in 56).

57. Ali gre za zlorabo, je odvisno od celovite presoje vseh okoliščin posameznega primera, ki zavezuje pristojne nacionalne organe in mora biti sodno preverljiva.¹² To celovito presojo mora sicer opraviti predložitveno sodišče.¹³ Za presojo, ali se transakcije izvedejo v okviru normalnih komercialnih transakcij, ali pa samo z namenom z zlorabo pridobiti ugodnosti, ki jih priznava pravo Unije,¹⁴ pa lahko Sodišče poda pojasnila, ki nacionalno sodišče usmerjajo pri njegovi razlagi.¹⁵

58. Zato bo treba najprej podrobneje obravnavati pojem zlorabe prava Unije (del 1), potem pa bo treba še preučiti merila glede obstoja zlorabe v konkretnem primeru (del 2).

1. Pojem zlorabe v pravu Unije

59. V skladu s členom 5 Direktive 2003/49 se državam članicam ne bi smelo preprečevati sprejetje primernih ukrepov za preprečevanje goljufij ali zlorab (v zvezi s tem glej tudi uvodno izjavo 6).

60. Zgoraj (točka 36 in naslednje) predlagana razlaga pojma upravičenega lastnika ni v nasprotju s to zahtevo. Ravno zadnjenavedena zahteva se namreč ne uresničuje primarno prek pojma upravičenega lastnika (zlasti vključitev skrbnika ne pomeni nujno zlorabe), temveč prek člena 5 Direktive 2003/49.

61. Ta določba končno izraža, kar priznava tudi ustaljena sodna praksa: sklicevanje na pravo Unije, ki je goljufivo ali pomeni zlorabo, ni dovoljeno. Uporaba določbe prava Unije namreč ne sme iti tako daleč, da bi se štela praksa imetnikov poslovnih deležev, ki pomeni zlorabo, to je operacije, do katerih ne pride v okviru normalnih poslov, pač pa so namenjene le temu, da se z zlorabo užije ugodnosti, ki jih priznava pravo Skupnosti.¹⁶

62. Direktiva 2003/49 sicer ne vsebuje opredelitve pojma zloraba. Vendar je v drugih direktivah EU mogoče najti ustrezne navezne točke. Tako v Direktivi o združitvah¹⁷ kot primer obstoja takšnega namena drugi stavek člena 11(1)(a) navaja pomanjkanje razumnih ekonomskih razlogov za konkretno transakcijo. Poleg tega je pojem zlorabe opredeljen v členu 6 v Direktive o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom¹⁸ (v nadaljevanju: Direktiva 2016/1164), ki pa se za zadevni leti še ne uporablja. Pri tem je odločilno, ali obstaja nepristna shema, katere glavni namen ali eden od glavnih namenov je pridobiti davčno ugodnost, ki izničuje cilj ali namen veljavnega davčnega prava. V skladu z odstavkom 2 se shema šteje za nepristno, če se ne uresničuje iz tehtnih komercialnih razlogov, ki odražajo ekonomsko stvarnost.

12 Sodba z dne 17. julija 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, točka 41), in moji sklepni predlogi v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 60).

13 Prav tako sodbi z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 59), in z dne 20. junija 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, točka 49).

14 Sodbe z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 35), z dne 6. aprila 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, točka 20), z dne 21. februarja 2006, Halifax in drugi (C-255/02, EU:C:2006:121, točki 68 in 69), in z dne 9. marca 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, točka 24 in tam navedena sodna praksa); glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 57).

15 Sodbe z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 34), z dne 21. februarja 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, točka 56), in z dne 21. februarja 2006, Halifax in drugi (C-255/02, EU:C:2006:121, točka 77).

16 Sodbe z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 27), z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 38), z dne 6. aprila 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, točka 20), z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 35), z dne 21. februarja 2006, Halifax in drugi (C-255/02, EU:C:2006:121, točki 68 in 69), in z dne 9. marca 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, točka 24 in navedena sodna praksa); glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 57).

17 Direktiva Sveta 90/434/EGS z dne 23. julija 1990 o skupnem sistemu obdavčitve za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 9, zvezek 1, str. 142).

18 Direktiva Sveta (EU) 2016/1164 z dne 12. julija 2016 o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom, ki neposredno vplivajo na delovanje notranjega trga (UL 2016, L 193, str. 1).

63. Ne nazadnje je Sodišče večkrat odločilo, da mora biti za to, da bi se omejitev svobode ustanavljanja lahko upravičila z razlogi boja proti zlorabam, posebni namen take omejitve oviranje ravnanj, ki vsebujejo ustvarjanje povsem umetnih konstruktov, brez ekonomske stvarnosti, z namenom, da se obide davek na dobiček, ustvarjen z dejavnostjo na nacionalnem ozemlju, ki bi ga bilo treba običajno plačati.¹⁹ Kot je Sodišče medtem že večkrat odločilo, za to zadošča, da pri konstruktju pridobitev davčne ugodnosti ni izključni,²⁰ temveč bistveni cilj.²¹

64. Ta sodna praksa Sodišča vsebuje dva elementa, ki se med seboj pogojujeta. Po eni strani se od vsega začetka odreka priznanje povsem umetnih shem, ki posledično obstajajo samo na papirju. Poleg tega je izogibanju davčnemu zakonu pripisan odločilen pomen, tudi če ga je mogoče doseči s konstrukti, ki obstajajo v ekonomski stvarnosti. Zadnja skupina primerov naj bi bila pogostejša in bo odslej izrecno zajeta v novem členu 6 Direktive 2016/1164. Tudi Sodišče v eni od novejših odločb vidi v povsem umetni naravi le okoliščino, ki govori za to, da gre v bistvenem za stremenje k pridobitvi davčne ugodnosti.²²

2. Merila za obravnavani primer

a) Glede obstoja povsem umetne sheme

65. V obravnavanem primeru je težko šteti, da bi lahko šlo za povsem umeten konstrukt brez ekonomske stvarnosti. Temu nasprotujejo obstoj najetih pisarniških prostorov in število zaposlenih, pa tudi obstoj ustreznih prihodkov in odhodkov iz poslovanja. Iz predložitvene odločbe je razvidno, da ima družba X Sweden od začetka leta 2007 deset zaposlenih ter da je prevzela dejavnosti, povezane z registracijo izdelkov pri organih, in različne administrativne naloge v zvezi s kliničnimi preskusi. S tem je družba X Sweden tudi dejansko poslovala v pravnem prometu, kot je mogoče razbrati iz prihodkov od obresti in drugih prihodkov.

66. Sestava prihodkov (po navedbah predložitvenega sodišča je 98 % teh zajemalo prihodke od obresti in 2 % preostale prihodke) pri tem ne igra nobene vloge. Kot je Sodišče nedavno odločilo, zgolj okoliščina, da dejavnost vključuje le upravljanje premoženja in da prihodki izvirajo le iz tega upravljanja, še ne more pomeniti, da gre za povsem umeten konstrukt brez ekonomske stvarnosti.²³ To še toliko bolj velja, če obstajajo tudi drugi prihodki. V predlogu za sprejetje predhodne odločbe nacionalnega sodišča ni prepoznati natančnejših opornih točk za stališče, da so te dejavnosti potekale izključno na papirju.

67. Ob upoštevanju dejstva, da zlasti družbe za upravljanje premoženja same po sebi (lahko) izvajajo malo dejavnosti, je na podlagi tega merila mogoče postaviti le malo zahtev. Če gre dejansko za veljavno ustanovitev, družba pa je dejansko dosegljiva na sedežu in ima na kraju samem na voljo ustrezna stvarne in človeške vire za doseganje svojega namena (tu upravljanje posojilne pogodbe in druge dejavnosti), potem ni mogoče govoriti o konstruktju brez ekonomske stvarnosti.

19 Sodbe z dne 20. decembra 2017, Deister Holding in Juhler Holding (C-504/16 in C-613/16, EU:C:2017:1009, točka 60), z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 35), z dne 18. junija 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, točka 64), in z dne 13. marca 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, točka 74); podobno sodba z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 55).

20 Tako tudi sodbe z dne 20. junija 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, točka 46), z dne 12. julija 2012, J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, točka 35), z dne 27. oktobra 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, točka 51), in z dne 22. maja 2008, Amplificientifica in Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, točka 28).

21 Za pravo s področja posrednega obdavčenja glej sodbe z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 53), z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 36), in z dne 21. februarja 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, točka 45); podobno na področju uporabe tako imenovane Direktive o združitvah: sodba z dne 10. novembra 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, točki 35 in 36).

22 Tako nedvoumno sodba z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 60).

23 Sodba z dne 20. decembra 2017, Deister Holding in Juhler Holding (C-504/16 in C-613/16, EU:C:2017:1009, točka 73).

68. Ampak to po mojem mnenju ne izključuje možnosti, da kljub temu obstaja davčnoppravna shema, ki pomeni zlorabo, kot je razvidno tudi iz novega člena 6 Uredbe 2016/1164.

b) Upoštevni razlogi zunaj davčnega prava

69. S tem dobijo v obravnavani zadevi odločilen pomen druga merila, zlasti upoštevni razlogi zunaj davčnega prava.

70. Iz sodne prakse Sodišča pri tem izhaja, da ustanovitev statutarne ali dejanskega sedeža družbe v skladu z zakonodajo neke države članice, z namenom uporabe ugodnejše zakonodaje, sama po sebi ni zloraba.²⁴ Zgolj na podlagi dejstva, da so bile pri obravnavani podjetniški transakciji s tujimi vlagatelji vključene tudi družbe iz Luksemburga in Švedske, torej še ni mogoče sklepati, da gre za zlorabo.

71. Dalje, kadar davčni zavezanec izbira med dvema transakcijama, ni zavezan izbrati tiste, za katero se plača višji davek, ampak ima pravico izbrati strukturo svoje dejavnosti tako, da omeji svoj davčni dolg.²⁵ Davčni zavezanci se torej – tako nadaljuje Sodišče – na splošno svobodno odločijo za organizacijske strukture in poslovne modele, za katere menijo, da so za njihove gospodarske dejavnosti najustreznejši, in s katerimi si omejijo davčna bremena.²⁶ Zgolj dejstvo, da je bila v obravnavani zadevi izbrana struktura transakcij, katere posledica ni najvišja davčna obremenitev (tu dodatne in dokončne obremenitve z davčnim odtegljajem pri viru), tako tudi še ne more biti označeno kot zloraba.

72. Poleg tega državljanu Unije, fizični ali pravni osebi – če ni povsem umetnega konstrukta brez kakršne koli ekonomske stvarnosti – samo zaradi tega, ker je želel pridobiti koristi od ugodnejšega davčnega sistema, ki velja v državi članici, ki ni država članica, v kateri je rezident, ni mogoče odvzeti možnosti sklicevanja na določbe Pogodbe.²⁷ Tako struktura transakcij – kakršna je v obravnavanem primeru – z vključitvijo države članice, ki ne uporablja obdavčitve pri viru, samo zaradi tega ne more obveljati za zlorabo.

73. V tem smislu svoboda ustanavljanja zajema tudi izbiro države članice, ki zadevnemu podjetju ponuja z njegovega vidika najboljše okvirne pogoje davčnega prava. Če to temeljno načelo velja že na precej bolj harmoniziranem področju davka na dodano vrednost,²⁸ potem še toliko bolj velja na ne tako močno harmoniziranem področju davka na dobiček iz dejavnosti, pri katerem je razlika med davčnoppravnimi ureditvami²⁹ zadevnih držav članic namerna oziroma politično zavestno dopuščena.

24 Glej sodbe z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 40), z dne 30. septembra 2003, Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512, točka 96), in z dne 9. marca 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, točka 27).

25 Sodbe z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 42), z dne 22. decembra 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, točka 27), z dne 21. februarja 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, točka 47), in z dne 21. februarja 2006, Halifax in drugi (C-255/02, EU:C:2006:121, točka 73).

26 Sodbi z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 42), in z dne 22. decembra 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, točka 53).

27 Sodba z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 36); glej v tem smislu sodbo z dne 11. decembra 2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, točka 71).

28 Sodbi z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 42), in z dne 22. decembra 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, točka 53).

29 Glej sodbo z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 36); glede dovoljene razlike davčnih stopenj v pravu Unije celo na harmoniziranem področju davčnega prava glej tudi sodbo z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točki 39 in 40).

74. Poleg tega je Sodišče ob upoštevanju temeljnih svoboščin, ki so tudi predmet tega spora, pojasnilo, da sama okoliščina, da družba rezidentka prejme posojilo od povezane družbe s sedežem v drugi državi članici, ne ustvarja splošne domneve zlorabe in ne upravičuje ukrepa, ki škoduje izvajanju temeljne svoboščine, ki jo zagotavlja Pogodba.³⁰ Posledično tudi različna posojilna razmerja med matično družbo, odvisno družbo in odvisni podrejeno družbo v obravnavani zadevi sama po sebi ne pomenijo zlorabe.

75. Sodišče je dalje pojasnilo, da oprostitev obdavčitve dividend, določena v pravu Unije, ni odvisna od izvora ali sedeža delničarja, ker to v direktivi o matičnih in odvisnih družbah ni pomembno.³¹ Tudi v Direktivi 2003/49 ni najti nobenega takega razlikovanja. Zato dejstvo, da je delničar družbe X-Sweden švedska družba (X-Sweden Holding), katere delničar je luksemburška družba (X S.C.A.), delničarji družbe X S.C.A. pa so kapitalske investicijske družbe iz tretje države, obravnavano ločeno, ne pomeni zlorabe.

76. V obravnavani zadevi ima po mojem mnenju odločilen pomen še zgodovina nastanka konstrukta, ki naj bi veljal za zlorabo, v okviru celovite presoje. Po navedbah strank na ustni obravnavi je bilo v preteklosti zaradi pravnega položaja na davčnem področju za tuje vlagatelje ugodno prek danske prevzemne družbe (financirane iz zunanjih virov) pridobiti operativne družbe na Danskem. Prevzem skupine je bil izveden leta 2005. Danska je ta pravni položaj pozneje (za leto 2006) poslabšala, saj je bil uveden ustrezen pri viru odtegnjeni davek, ki je pomenil dodatno in dokončno davčno obremenitev.

77. Vsaka država se svobodno odloča o spremembi veljavnega davčnega prava. Seveda pa se s tem za udeležene subjekte spremenijo tudi ekonomski pogoji. Poskus, da se ohranijo prvotni ekonomski pogoji neke transakcije podjetja (tu pridobitev operativne danske družbe s pomočjo tujih vlagateljev), po mojem mnenju pri tem ne pomeni zlorabe. Od vsakega podjetja se namreč pričakuje, da ravna gospodarno.

c) Izogibanje davčnemu namenu

78. Še pomembnejše pa je v obravnavani zadevi dejstvo, da imajo dejanski vlagatelji – v tem primeru kapitalske investicijske družbe, ki se davčno obravnavajo bodisi kot prosojne bodisi kot neprosojne – sedež pogosto v določenih tretjih državah (praviloma na določenih manjših otokih, kot so Kajmanski otoki,³² Bermudi³³ ali Jersey³⁴). To morebiti kaže na neobičajno dogajanje v celoti, za katero na prvi pogled ni mogoče ugotoviti ekonomskega razloga. Kapitalske investicijske družbe bi lahko imele sedež tudi v drugih državah, zlasti če te tako in tako – kot je na ustni obravnavi poudaril zastopnik tožeče stranke – z davčnopravnega vidika veljajo za prosojne.

79. V tem smislu bi se lahko v celotnem konstruktju prej opazila shema zlorabe na podlagi „sedeža“ kapitalskih investicijskih družb v določenih tretjih državah, kot pa na podlagi „posredništva“ luksemburških in švedskih družb. Na tem mestu dobi namen sheme oziroma namen zaobidenega davčnega zakona (tu obdavčitve na Danskem) poseben pomen.

30 Sodbi z dne 13. marca 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, točka 73), in z dne 12. septembra 2006, *Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 50); glej v tem smislu tudi sodbi z dne 4. marca 2004, *Komisija/Francija* (C-334/02, EU:C:2004:129, točka 27), in z dne 26. septembra 2000, *Komisija/Belgija* (C-478/98, EU:C:2000:497, točka 45).

31 Sodba z dne 20. decembra 2017, *Deister Holding in Juhler Holding* (C-504/16 in C-613/16, EU:C:2017:1009, točka 66).

32 Tako v zadevi C-119/16.

33 Tako v zadevi C-117/16.

34 Tako v zadevi C-299/16.

1) Izogibanje danskemu prihodku od davka od dohodkov?

80. Pri tem je najprej treba ugotoviti, da Danska ni izgubila davka od dohodkov pridobljene operativne skupine. Njen dobiček je bil povsem običajno obdavčen v državi sedeža (to je na Danskem).

81. Tudi dobiček matične družbe skupine s sedežem na Danskem (družba X Denmark A/S) je bil na Danskem v celoti obdavčen. To, da je bil ta dobiček zmanjšan zaradi plačila obresti vlagatelju s Švedske, ustreza obdavčitvi finančne zmožnosti in dejstvu, da Danska te obresti v celotnem znesku priznava kot odhodke iz poslovanja.

82. Te obresti so bile na Švedskem obdavčene kot prihodki iz poslovanja švedske družbe. To, da so bila na Švedskem na podlagi zakonodaje o obdavčenju skupin plačila obresti vlagateljem družbe X Sweden Holding spet priznana kot odhodki iz poslovanja, tudi tam ustreza načelu obdavčitve po finančni zmožnosti. Švedska je tako obdavčila le razliko med obrestmi, ki so bile izplačane iz Danske, in obrestmi, ki so bile izplačane družbi X S.C.A. v Luxembourg. Enako načeloma velja za družbo X S.C.A., katere obresti so v Luksemburgu obdavčene.

83. Obe švedski družbi sta torej na Švedskem neomejeno davčno zavezani in morata tam s svojimi prihodki plačevati davek od dohodkov pravnih oseb. S tem so izpolnjeni pogoji iz člena 3(a)(iii) Direktive 2003/49. Poleg tega je mogoče ugotoviti, da iz nobene določbe Direktive 2003/49 ne izhaja, da je dejanska obdavčitev upravičenega lastnika (tu švedskih družb) v določenem znesku pogoj za oprostitev. Kadar v državi sedeža za upravičenega lastnika nastanejo ustrezni odhodki iz poslovanja (ali še prenosi izgub iz preteklih let), to sicer ne vodi v konkretno obdavčitev, vendar pa se davek od dohodkov pravnih oseb za tega davčnega zavezanca vseeno uporablja. Tako spada na področje uporabe Direktive 2003/49 in njegovi prihodki od obresti se obdavčijo „v državi članici“. To velja tudi v primeru, v katerem je v državi sedeža obremenitev upravičenega lastnika z davkom od dohodkov pravnih oseb majhna in ni odtegnitve davka pri viru. Načeloma velja enako za luksemburško družbo X S.C.A., pri čemer so posebnosti te družbe kot SICAR podrobneje opisane v nadaljevanju (točka 91 in naslednje).

84. Ta nizka dejanska obdavčitev ali neobdavčitev, odvisno od primera, je posledica davčne avtonomije vsake države. Če je že v Uniji zaradi neobstoja harmonizacije davkov od dohodkov na podlagi prava Unije dopuščena davčna konkurenca med državami članicami, potem davčnemu zavezancu ni mogoče očitati, da tudi dejansko (to je ne le na papirju) uporablja prednosti sedeža posamičnih držav članic.

2) Preprečevanje izkoriščanja pomanjkljivosti pri čezmejni izmenjavi informacij

85. Če se natančno pogleda, se z vključitvijo luksemburških in švedskih družb na koncu doseže „samo“ to, da se izogne odtegnitvi davka pri viru za plačila obresti na Danskem. Vendar, kot je Sodišče že odločilo, se pri odtegnitvi davka pri viru pravzaprav obdavči prejemnik prihodkov (tu obresti).³⁵ To se zgodi, ko v trenutku izplačila plačnik že pri viru odtegne del dohodka.

86. Obdavčitev pri viru v državi sedeža dolžnika obresti tako ne pomeni ločene vrste davka, temveč le posebno tehniko obdavčitve, da se v bistvu zagotovi (minimalna) obdavčitev prejemnika obresti. Kajti zlasti pri razmerjih s tujim elementom ni vedno zagotovljeno, da bo prejemnik svoje prihodke tudi ustrezno obdavčil. Praviloma namreč država sedeža prejemnika obresti iz tujine redko karkoli izve o njegovih prihodkih, če ni – kot je trenutno stanje v Uniji – delujočih sistemov za izmenjavo informacij med finančnimi organi.

³⁵ Sodbi z dne 24. junija 2010, P. Ferrero in General Beverage Europe (C-338/08 in C-339/08, EU:C:2010:364, točki 26 in 34), in z dne 26. junija 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, točka 52).

87. Da bi lahko šlo za zlorabo z izogibanjem temu davčnemu namenu (zagotovitev obdavčitve prejemnika obresti), morata biti tako izpolnjena dva pogoja. Po eni strani mora pri neposrednem izplačilu obstajati davčna terjatev Danske (glede tega glej točko 102 in naslednje). Po drugi strani mora obstajati nevarnost neobdavčitve, ker ti prihodki niso zajeti v dejanski državi prejema.

88. Če naj bi torej razlog za izbrano strukturo transakcij bil v tem, da se obresti vlagateljem izplačajo prek tretje države, tako da njihove države sedeža ne prejmejo nobenih informacij o njihovih prihodkih, potem je treba po mojem mnenju v tem celotnem konstrukt videti zlorabo prava.

89. Vendar bi bil tak očitek zlorabe spet lahko ovržen, kadar kapitalske investicijske družbe državam sedeža kapitalskih vlagateljev dajo na voljo ustrezne davčne informacije ali kadar ima država sedeža kapitalskih investicijskih družb na voljo ustrezne informacije in te informacije posreduje ustreznim državam. Taka podjetniška struktura potem ne bi spodbujala namena zaobidene obdavčitve pri viru (glede tega glej zgornjo točko 86). Sodišče mora v celovito presojo vključiti tudi to.

d) Odgovor na četrto vprašanje

90. Pri izogibanju odtegnitvi davka pri viru za plačila obresti kapitalskim investicijskim družbam, ki imajo sedež v tretji državi, je treba upoštevati predvsem izogibanje obdavčitvi prihodkov od obresti pri dejanskih prejemnikih obresti (to je vlagateljih). Tu je mogoče šteti, da gre za zlorabo zlasti, kadar je namen izbrane podjetniške strukture izkoristiti pomanjkljivosti pri izmenjavi informacij med vpletenimi državami, da se prepreči učinkovito obdavčenje prejemnika obresti.

C. Izplačila družbi v obliki S.C.A., SICAR (peto vprašanje (točki 5 in 5.1))

91. Peto vprašanje se postavlja le, če se za upravičenega lastnika obresti ne bi šteli niti švedski družbi niti kapitalske investicijske družbe, temveč mednje vrinjena luksemburška družba. Očitno želi predložitveno sodišče za ta primer izvedeti, ali Direktiva 2003/49 velja za plačila obresti luksemburški družbi, ki ima pravno obliko komanditne delniške družbe („société en commandite par actions – S.C.A.“), če se ta hkrati kot investicijska družba tveganega kapitala („société d’investissement en capital à risque“ – SICAR) davčno obravnava zelo ugodno.

92. Ta ugodnost izhaja iz tega, da mora družba, ki ima obliko S.C.A. in ki jo je finančni nadzorni organ odobril kot SICAR, sicer plačevati davek od dohodkov pravnih oseb, toda njeni prihodki iz vrednostnih papirjev pa tudi iz njihove prodaje, prenosa ali obračuna so tega davka oproščeni. Tega, da bi bile prežete obresti na posojilo oproščene davka, pa iz luksemburškega prava ni mogoče razbrati.

93. V zvezi s tem je že iz člena 3(a)(iii) v povezavi s Prilogo jasno, da komanditna delniška družba (S.C.A.) spada na področje uporabe Direktive 2003/49. Poleg tega je mogoče ugotoviti, da iz nobene določbe Direktive 2003/49 ne izhaja, da je dejanska obdavčitev upravičenega lastnika (tu luksemburške družbe) v določenem znesku pogoj za oprostitev. S tem povezana prizadevanja Komisije za spremembe,³⁶ da oprostitev davka ne bi bila vezana le na obdavčitev družbe z davkom od dohodkov pravnih oseb, temveč na „dejansko“ obdavčitev prejetih obresti in licenčnin, do zdaj še niso bila uresničena.

³⁶ Člen 1, točka 1, predlog direktive Sveta za spremembo Direktive 2003/49/EG o skupnem sistemu obdavčevanja plačil obresti ter licenčnin med povezanimi družbami iz različnih držav članic z dne 30. decembra 2003, COM(2003) 841 final, 2003/0331 (CNS) in z dne 11. novembra 2011, COM(2011) 714 final, 2011/0314 (CNS).

94. Vprašanje, ali bi se v okviru teleološke redukcije prišlo do drugačnih ugotovitev, če država članica določa, da mora določena oblika družbe, navedena v Prilogi k Direktivi 2003/49, sicer plačevati davek od dohodkov pravnih oseb, toda dopušča, da so vsi z Direktivo zajeti prihodki (to je prihodki od obresti in licenčnin) oproščeni davka, lahko tu ostane odprto. Očitno „običajna“ plačila obresti niso oproščena davka od dohodkov pravnih oseb. Poleg tega v obravnavanem primeru niso bila izvedena plačila dividend, pri katerih bi se postavljalo tudi vprašanje teleološke redukcije Direktive.

95. To, da povečanje vrednosti premoženja družbe, ki ima obliko SICAR, pri poznejši prodaji ni obdavčeno, torej (če do povečanja vrednosti sploh pride) za to družbo pomeni le nižjo obdavčitev z davkom od dohodkov pravnih oseb. Toda v skladu z v zvezi s tem nedvoumnim besedilom člena 3(a)(iii) je pomembno le, ali je družba, ki ima obliko S.C.A., oproščena davka od dohodkov pravnih oseb. Nižja obdavčitev z davkom od dohodkov pravnih oseb pa nima vpliva.

96. Niti v zvezi s ciljem Direktive 2003/49 glede te ugotovitve ni pomislekov. Kot je bilo navedeno zgoraj (točka 86 in naslednje), je ta cilj izogibanje dvojnemu obdavčevanju in enaka obravnava transakcij med povezanimi podjetji doma in v tujini. Obenem je treba v državi članici zagotoviti enkratno obdavčitev. To velja tudi, če je davek od dohodkov pravnih oseb v Luksemburgu zelo nizek (ali se odmeri po nižji stopnji).

97. Na peto vprašanje (točki 5 in 5.1) je treba odgovoriti, da plačila obresti na posojilo luksemburški družbi, ki ima obliko S.C.A., spadajo na področje uporabe Direktive 2003/49, tudi če je država sedeža to družbo priznala kot SICAR.

D. Presoja davčnopravnega statusa subjekta, ki je prejemnik obresti (peto vprašanje (točka 5.2))

98. Predložitveno sodišče želi s petim vprašanjem (točka 5.2) v bistvu izvedeti, ali je področje uporabe Direktive 2003/49 lahko odvisno od tega, ali država odtegnitve davka pri viru v skladu s svojim nacionalnim razumevanjem družbo prejemnico prav tako obravnava kot davčno neprosojno (to je kot samostojen subjekt davčnega prava).

99. Ni mogoče ugotoviti razloga, zakaj bi bilo treba družbo S.C.A. – ki je izrecno navedena v Prilogi k Direktivi 2003/49 – obravnavati kot prosojno družbo. Direktiva določa, da mora družba prejemnica plačevati svoj davek od dohodkov (v primeru Luksemburga „impôt sur le revenu des collectivités“), kar bi bilo v primeru, da bi bila obravnavana kot prosojna, izključeno. Pri tem ničesar ne spremeni niti posebna obravnava družbe kot SICAR. Država članica zato ne more izpodbijati področja uporabe Direktive 2003/49 s tem, da dvomi v davčnopравни status oblik družb, naštetih v Prilogi k Direktivi 2003/49.

100. S tem je treba na peto vprašanje (točka 5.2) odgovoriti, da za uveljavljanje oprostitve davka, ki se odtegne pri viru, v skladu z Direktivo 2003/49 ni pomembno, ali država članica odtegnitve davka pri viru družbo prejemnico obravnava kot prosojno, če je ta izrecno navedena v Prilogi k Direktivi 2003/49.

E. Glede navedbe dejanskega upravičenega lastnika (šesto vprašanje)

101. Predložitveno sodišče želi s šestim vprašanjem izvedeti, ali mora država članica, ki ne želi priznati, da je prejemnik obresti tudi upravičeni lastnik v smislu Direktive 2003/49, ker naj bi bil le tako imenovana obvodna družba, navesti, kdo je po njenem mnenju dejanski upravičeni lastnik. S tem predložitveno sodišče v bistvu načinja vprašanje dokaznega bremena glede obstoja zlorabe.

102. Za zlorabo možnosti pravnih shem gre, če se izbere zakonita shema, ki odstopa od običajno izbrane sheme in vodi v ugodnejši rezultat kot „običajna“ shema. V obravnavani zadevi bi kot „običajna“ shema obveljalo neposredno posojilno razmerje med vlagatelji in tožečo stranko v postopku v glavni stvari za pridobitev ciljne družbe.

103. Finančna uprava je tista, ki mora načeloma pojasniti, ali je izbrani pristop davčnoppravno ugodnejši od običajne sheme, pri tem pa lahko določena dolžnost sodelovanja velja tudi za davčnega zavezanca. Davčni zavezanec pa potem lahko predloži „dokaze v zvezi s poslovnimi razlogi, na katerih je temeljila zadevna transakcija“. ³⁷ Če se izkaže, da bistveni namen ³⁸ ni v izogibanju davkom, ki bi običajno nastali, izbrani pristop ne more obveljati za zlorabo, zlasti ker država sama davkoplačevalcu daje na voljo te možnosti shem.

104. Iz sodne prakse Sodišča ³⁹ dalje izhaja, da je posledica ugotovitve ravnanja, ki pomeni zlorabo, to, da se določi položaj, kakršen bi obstajal, če ne bi bilo okoliščin, ki pomenijo to zlorabo, in potem se ta prekvalificirani položaj presoja na podlagi upoštevnih določb nacionalnega prava in prava Unije. Poleg tega pa mora biti jasno, kdo je dejanski upravičeni lastnik.

105. Tako lahko gre s stališča Danske za zlorabo v smislu člena 5 Direktive 2003/49 le takrat, ko bi pri neposrednem izplačilu obresti prišlo do ustrezne obdavčitve na Danskem. Vendar je to v skladu z danskim pravom izključeno, če bi bil ob neupoštevanju tako imenovanih vmesnih družb (te bi bile tu X Sweden, X Sweden Holding in X S.C.A.) dejanski prejemnik obresti podjetje s sedežem v drugi državi članici ali če bi imel prejemnik obresti sedež v državi, ki je z Dansko sklenila konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja. Če bi se kapitalske investicijske družbe dejansko obravnavale kot davčno prosojne družbe, bi se moral v tem smislu upoštevati položaj vsakega posamičnega vlagatelja, da bi se sploh lahko odgovorilo na to vprašanje.

106. Zato je mogoče na šesto vprašanje mogoče odgovoriti, da mora država članica, ki ne želi priznati, da je družba rezidentka druge države članice, ki se ji plačujejo obresti, upravičeni lastnik obresti, za to, da bi lahko štela, da gre za zlorabo, načeloma navesti, kdo je po njenem mnenju dejanski upravičeni lastnik. To je potrebno, da se lahko ugotovi, ali bi bil s shemo, opredeljeno kot zloraba, sploh dosežen davčnoppravno ugodnejši izid. Zlasti pri razmerjih s tujim elementom pa lahko za davčnega zavezanca velja večja dolžnost sodelovanja.

F. Sklicevanje na člen 5 Direktive 2003/49 (drugo in tretje vprašanje)

107. Predložitveno sodišče želi z drugim (točki 2 in 2.1) in tretjim vprašanjem v bistvu izvedeti, ali lahko (1) Danska zavrnitev oprostitev davčne obveznosti davčnemu zavezancu opre neposredno na člen 5 Direktive 2003/49. Če to ni tako, je treba ugotoviti, ali (2) je Danska z obstoječim nacionalnim pravom vendarle v zadostni meri prenesla člen 5 Direktive 2003/49.

1. Direktiva se neposredno ne uporablja za utemeljitev obveznosti v breme posameznika

108. Če gre v skladu z zgoraj navedenimi merili za zlorabo v smislu člena 5 Direktive 2003/49, ima obravnavani primer posebnost, da v danskem pravu ni bilo posebne določbe za prenos člena 5 Direktive 2003/49. Poleg tega po navedbah predložitvenega sodišča ni bilo splošnega zakonskega pravila za preprečevanje zlorabe. Zlasti tožeča stranka v postopku v glavni stvari zato meni, da je niti ob ugotovitvi zlorabe ni mogoče prikrajšati za davčno oprostitev, izhajajočo iz nacionalnega prava.

³⁷ Sodba z dne 13. marca 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, točka 92).

³⁸ Sodbe z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 53), z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 36), in z dne 21. februarja 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, točka 45).

³⁹ Sodbe z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 47), z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 52), in z dne 21. februarja 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, točka 58).

109. Vsekakor formalen prevzem določb direktiv (tu člena 5 Direktive 2003/49) v posebne določbe nacionalne zakonodaje ni vedno potreben. Za prenos direktive lahko namreč glede na njeno vsebino zadošča že splošen pravni kontekst, vključno s splošnimi načeli nacionalnega ustavnega ali upravnega prava, če se s tem na dovolj jasen in določen način zagotovi popolna uporaba direktive.⁴⁰

110. Predložitveno sodišče v postopku predhodnega odločanja omenja obstoj dveh načel (tako imenovano realno doktrino in načelo „upravičenega prejemnika dohodka“). Vendar stranki menita, da ti dve načeli tu nista upoštevni, če so bile v resnici obresti formalno dejansko najprej plačane luksemburški družbi.

111. Člen 5 Direktive 2003/49 pa državam članicam vendarle omogoča ustrezno preprečevanje zlorab. Tovrstno preprečevanje je skladno tudi s splošno prakso Unije. Tako so v največji možni meri vse države članice razvile določene instrumente za preprečevanje zlorabe prava z namenom izogibanja plačila davkov.⁴¹ Tako v nacionalnih ureditvah davčnega prava velja soglasje, da uporabe prava ni mogoče razširiti tako, da bi se zlorabe gospodarskih subjektov morale tolerirati. To načelo, ki je v tem smislu priznано po vsej Uniji,⁴² se zdaj odraža tudi v členu 6 Direktive 2016/1164.

112. V tem smislu je treba vsa nacionalne določbe – ne glede na to, ali so bile namenjene prenosu Direktive 2003/49 ali ne – vedno razlagati in uporabljati v skladu s tem splošnim pravnim načelom, še zlasti pa z besedilom in nameni Direktive 2003/49 in njenim členom 5.⁴³ Dejstvo, da je lahko razlaga nacionalnega prava, ki je v skladu s pravom Unije, neugodna za posameznika, ne nasprotuje taki razlagi. Uporaba prava Unije, do katere pride z določbami nacionalne zakonodaje, to je posredna uporaba prava Unije v breme posameznika, je namreč dopustna.⁴⁴

113. Danskim organom bi bila – tudi iz razlogov načela pravne varnosti –⁴⁵ prepovedana samo neposredna uporaba člena 5 Direktive 2003/49 v breme tožeče stranke. Država članica ne more posameznika bremeniti z določbo direktive, ki je ni prenesla v svojo zakonodajo.⁴⁶ V skladu z ustaljeno sodno prakso namreč direktiva ne more sama utemeljiti obveznosti za posameznika, tako da zoper njega sklicevanje na direktivo kot takšno ni mogoče.⁴⁷ Ravnanje take države bi samo pomenilo „zlorabo prava“. Taka država po eni strani ne bi prenesla nanjo naslovljene direktive (čeprav bi jo lahko), po drugi strani pa bi se sklicevala na možnost preprečevanja zlorabe, ki jo vsebuje neprenesena direktiva.

40 V tem smislu ustaljena sodna praksa, glej na primer sodbe z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 44), z dne 6. aprila 2006, Komisija/Avstrija (C-428/04, EU:C:2006:238, točka 99), in z dne 16. junija 2005, Komisija/Italija (C-456/03, EU:C:2005:388, točka 51), ter moje sklepne predloge v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 62).

41 Deloma imajo države članice na voljo splošne klavzule za preprečevanje ravnanja, ki pomeni zlorabo, na primer Republika Nemčija s členom 42 davčnega zakonika (Abgabenordnung), Luksemburg s členom 6 zakona o davčnih prilagoditvah (Steueranpassungsgesetz), Belgija s členom 344(1) zakonika o davku od dohodka (code des impôts sur les revenus), Švedska s členom 2 zakona 1995:575 ali Finska s členom 28 zakona o postopku obdavčitve dohodka; deloma obstajajo posebna pravila (na primer na Danskem glede transfernih cen v skladu s členom 2 Ligningslovens (zakon o odmeri davka)), ali splošna pravna načela (v Zvezni republiki Nemčiji bi bilo to načelo prednosti vsebine pred obliko, ki ga je med drugim mogoče izpeljati iz člena 39 in naslednjih davčnega zakonika).

42 Glej sodbe z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 27), z dne 21. februarja 2006, Halifax in drugi (C-255/02, EU:C:2006:121, točka 68), z dne 3. marca 2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, točka 32), z dne 14. decembra 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, točka 51), in z dne 23. marca 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, točka 33).

43 Glede obveznosti nacionalnih sodišč, da razlagajo nacionalno pravo v skladu s smernicami, glej ustaljeno sodno prakso in zlasti sodbe z dne 4. julija 2006, Adeneler in drugi (C-212/04, EU:C:2006:443, točka 108 in naslednje), z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točka 113 in naslednje), in z dne 10. aprila 1984, von Colson in Kamann (14/83, EU:C:1984:153, točka 26).

44 Sodbe z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 45), z dne 7. januarja 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, točka 57), z dne 14. julija 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, točke 20, 25 in 26), in z dne 13. novembra 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, točki 6 in 8), ter moji sklepni predlogi v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 65).

45 Tako izrecno sodba z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 42).

46 Sodbe z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 49), z dne 21. septembra 2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, točka 41), z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 42), in z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428, točka 21); glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 66).

47 Sodba z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 42), in moji sklepni predlogi v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 65); glej med drugim tudi sodbo z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točka 108 in navedena sodna praksa).

114. Pristojni organi se v obravnavanem primeru sicer zoper posameznika prav tako ne bi smeli neposredno opreti na obstoječe splošno načelo prava Skupnosti, po katerem zloraba prava ni dopustna. V primerih, ki spadajo na področje uporabe Direktive 2003/49, je namreč to načelo v členu 5(2) Direktive posebej izraženo in konkretizirano.⁴⁸ Če bi bila poleg tega dopustna še neposredna uporaba splošnega načela, katerega vsebina je dosti manj jasna in določena, bi obstajala nevarnost, da bodo Direktiva 2003/49 – pa tudi vse nadaljnje direktive, ki vsebujejo konkretne določbe za izogibanje zlorab (kot na primer člen 6 Direktive 2016/1164) – spodkopane z vidika namena harmonizacije. Sicer pa bi bila tako spodkopana tudi pravkar omenjena prepoved neposredne uporabe neprenesenih direktiv v breme posameznika.⁴⁹

2. Neprenosljivost sodne prakse na področju prava o davku na dodano vrednost

115. Odločbe Sodišča⁵⁰ v zadevah Italmoda in Cussens temu stališču ne nasprotujejo. Sodišče je v navedenih zadevah odločilo, da je treba načelo prepovedi zlorab razlagati tako, da se lahko ne glede na nacionalni ukrep, s katerim se to načelo prenese v notranji pravni red, neposredno uporablja za zavrnitev oprostitve DDV, kar ni v nasprotju z načeloma pravne varnosti in varstva legitimnih pričakovanj.

116. Vsekakor pa sta obe odločbi zadevali izključno pravo o davku na dodano vrednost. To se razlikuje od tukaj obravnavane tematike. Pravo o davku na dodano vrednost je po eni strani prek prava Unije precej bolj harmonizirano in prek finančnih sredstev Unije, ki so vezana nanj, precej globlje zadeva interese prava Unije kot pravo držav članic s področja davka na dobiček iz dejavnosti.

117. Po drugi strani pa pravo Unije v skladu s členom 325(1) in (2) PDEU zavezuje države članice k (učinkovitemu) pobiranju davka na dodano vrednost,⁵¹ medtem ko na področju davka na dobiček iz dejavnosti ni tako. K temu je treba dodati še posebno dovzetnost prava o DDV za goljufije, ki zahteva posebej učinkovito izterjavo davčnih terjatev. V tem smislu tudi Sodišče samo v najnovejši odločbi razlikuje med pravom o DDV in sekundarnim pravom Unije, ki izrecno zajema dovoljenje za preprečevanje zlorab.⁵² Zato neposredna uporaba člena 5 Direktive 2003/49 v škodo davčnega zavezanca ni mogoča.⁵³

3. Obstoj nacionalne določbe, ki je posebej namenjena preprečevanju zlorabe

118. Predložitveno sodišče bo seveda moralo preveriti, ali ni pri razlagi, ki je v skladu s pravom Unije, za obravnavani primer – v katerem bi lahko bilo na primer ugotovljeno davčnopravno neupoštevanje navideznih transakcij ali prepoved sklicevanja na določene davčnopravne prednosti, ki bi pomenilo zlorabo – vseeno mogoče uporabiti že splošnih določb ali načel nacionalnega prava (sem spadajo tudi načela, izhajajoča iz sodne prakse).

48 Glej moje sklepne predloge v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 67) in sodbo z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 38 in naslednje). Podobno glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Satakunnan Markkinapörssi in Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, točka 103).

49 Sodba z dne 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04., EU:C:2005:709, točke od 74 do 77), glede tega ni jasna; glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, točka 67); natančno tudi sodba z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 42).

50 Sodbi z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881), in z dne 18. decembra 2014, Schoenimport „Italmoda“ Mariano Previti (C-131/13, C-163/13 in C-164/13, EU:C:2014:2455).

51 Sodbi z dne 8. septembra 2015, Taricco in drugi (C-105/14, EU:C:2015:555, točka 36 in naslednje), in z dne 26. februarja 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, točka 26).

52 Tako izrecno sodba z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točke 28, 31 in 38).

53 Tako že Sodišče v sodbi z dne 5. julija 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, točka 42).

119. Da bi se omejitev svobode ustanavljanja lahko upravičila z razlogi boja proti zlorabam, mora biti v skladu s sodno prakso Sodišča poseben namen take omejitve oviranje ravnanj, ki ustvarjajo povsem umetne konstrukte brez ekonomske stvarnosti, z namenom, da se obide davek na dobiček, ustvarjen z opravljanjem dejavnosti na nacionalnem ozemlju, ki ga je po navadi treba plačati.⁵⁴

120. Zato je mogoče na drugo (točka 2.1) in tretje vprašanje odgovoriti, da niti člen 2(2)(d) danskega zakona o davku od dohodkov pravnih oseb niti določba konvencija o izogibanju dvojnega državljanstva, ki za upravičenega lastnika določa obdavčitev obresti, ne moreta biti obravnavana kot zadosten prenos člena 5 Direktive 2003/49.

121. V povezavi s pravom Unije skladno uporabo tako imenovane realne doktrine in načela „upravičenega prejemnika dohodka“ na Danskem pa bi morala biti presoja o tem drugačna. Navedena instrumenta sta bila razvita prav za obvladovanje problematike, ki izhaja iz tega, da civilno pravo omogoča številne sheme, davčno pravo pa se nanaša na dejansko stanje, povezano z gospodarstvom. Zato sta ti pravni načeli prav posebej usmerjeni proti umetnim shemam ali zlorabi prava posameznika in sta zato načeloma tudi zadostna posebna pravna podlaga za omejitev svobode ustanavljanja. Čeprav so se tožeče stranke v postopku v glavni stvari v ustnem postopku večkrat sklicevale na to, da Danska ni izrecno prenesla člena 5 Direktive 2003/49, bi bilo lahko to povsem neškodljivo. Natančneje pa mora o tem presoditi nacionalno sodišče.

122. Na Danskem razvita „realna doktrina“, razložena na način, ki je v skladu s pravom Unije, bi tako lahko zato bila zadostna podlaga za to, da se pri obdavčenju prezrejo povsem umetne sheme ali tudi sheme, ki pomenijo zlorabo, če obstajajo (v zvezi s tem glej točko 57 in naslednje). Tudi „realna doktrina“ se mi zdi samo posebna vrsta ekonomskega vidika, na kateri temelji večina pravil za preprečevanje zlorabe v posameznih državah članicah.⁵⁵ To je jasno tudi na ravni prava Unije, na primer v členu 6(2) Direktive 2016/1164, v skladu s katerim se shema šteje za nepristno, če se ne uresničuje iz tehtnih komercialnih razlogov, ki izražajo ekonomsko stvarnost. Vendar mora o slednjem presoditi nacionalno sodišče.

123. Če je cilj sheme ta, da se prepreči obdavčitev vlagatelja, potem se kljub formalnemu plačilu švedskima in luksemburškima družbama z ekonomskega vidika pravzaprav izvede plačilo kapitalskim investicijskim družbam oziroma njihovim vlagateljem. Plačilo švedskima in luksemburškima družbama potem ne odraža ekonomske, temveč le civilnopravno (formalno) stvarnost.

G. Kršitev temeljnih svoboščin (sedmo in osmo vprašanje)

124. Ker je treba švedsko družbo (X Sweden) – kot je navedeno zgoraj v točki 34 in naslednjih – načeloma obravnavati kot upravičenega lastnika, ni več treba obravnavati sedmega in osmega vprašanja.

125. Če predložitveno sodišče pri s pravom Unije skladni uporabi načel iz nacionalnega prava spozna, da gre za shemo, ki pomeni zlorabo, se obdavčitev pri viru v zadevnih okoliščinah sicer izvede. Vendar se to vprašanje potem v obravnavanem primeru potem ne postavlja več, ker je ta obdavčitev posledica zlorabe in v skladu s sodno prakso Sodišča sklicevanje na pravo Unije, ki pomeni zlorabo, ni dovoljeno.⁵⁶

⁵⁴ Sodbe z dne 18. junija 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, točka 64), z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 55), in z dne 13. marca 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, točka 74).

⁵⁵ Zelo pogosto se v državah članicah upošteva dejanska vsebina dejanja ali transakcije – na primer na Finskem, na Madžarskem, na Irskem, v Italiji, v Litvi, na Nizozemskem, na Portugalskem in v Sloveniji.

⁵⁶ Glej med drugim sodbe z dne 22. novembra 2017, Cussens in drugi (C-251/16, EU:C:2017:881, točka 27), z dne 21. februarja 2006, Halifax in drugi (C-255/02, EU:C:2006:121, točka 68), in z dne 14. decembra 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, točka 51 in navedena sodna praksa).

126. Neodvisno od tega pa je Sodišče že tudi odločilo, da različno obravnavanje domačih in tujih prejemnikov obresti na podlagi različnih načinov obdavčevanja ni primerljivo dejansko stanje.⁵⁷ Tudi če bi se za to dejansko stanje presodilo, da je primerljivo, bi bila v skladu s sodno prakso Sodišča omejitev temeljne svoboščine upravičena, dokler odtegnitev davka pri viru prejemniku obresti, ki ima sedež v tujini, na Danskem ni višja od danskega davka od dohodkov pravnih oseb, ki ga mora plačati domači prejemnik obresti.⁵⁸

127. Enako velja za različno obrestovanje oziroma nastanek danske terjatve iz naslova davka od dohodkov pravnih oseb zoper prejemnika obresti in danske obveznosti odtegnitve davka pri viru pri plačniku obresti. To nista primerljiva dejanska položaja, saj je v enem primeru dolgovan *lasten* davek (davek od dohodkov pravnih oseb), v drugem primeru pa je za prejemnika obresti odtegnjen in odveden dejansko *tuji* davek (njegov davek od dohodkov in davek od dohodkov pravnih oseb). Različna nastanek in obrestovanje sta posledica različnega načina in funkcije odtegnitve davka pri viru (glej v zvezi s tem točko 86).

VI. Predlog

128. Tako predlagam, naj se na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je vložilo Østre Landsret (višje sodišče za vzhodno regijo, Danska), odgovori:

1. Na prvo vprašanje za predhodno odločanje (točke od 1 do 1.4) je treba odgovoriti, da je treba družbo rezidentko druge države članice, ki je imetnica obrestovane terjatve, načeloma obravnavati kot upravičeno lastnico v smislu člena 1(1) Direktive 2003/49/ES o skupnem sistemu obdavčevanja plačil obresti ter licenčin med povezanimi družbami iz različnih držav članic. Drugače velja, če ta ne deluje za svoj račun, temveč za tuj račun, za račun tretje osebe.

Pojem upravičenega lastnika je treba razlagati samostojno znotraj prava Unije in neodvisno od člena 11 vzorčne konvencije OECD iz leta 1977 oziroma poznejših različic.

2. Na drugo vprašanje je treba odgovoriti, da se država članica ne more sklicevati na člen 5 Direktive 2003/49, če ga ni prenesla.

3. Na tretje vprašanje je treba odgovoriti, da se niti člen 2(2)(d) danskega zakona o davku od dohodkov pravnih oseb niti določba konvencije o izogibanju dvojnemu obdavčevanju, ki ustreza členu 11 vzorčne konvencije OECD, ne moreta šteti kot zadosten prenos člena 5 Direktive 2003/49. Vendar to ne prepoveduje s pravom Unije skladne razlage in uporabe splošnih načel nacionalnega prava, ki so namenjena temu, da se lahko posamično ukrepa proti umetnim shemam in zlorabi prava posameznika.

4. Na četrto vprašanje je treba odgovoriti, da je ugotovitev zlorabe odvisna od celovite presoje vseh okoliščin zadevnega primera, ki jo mora opraviti nacionalno sodišče.

(a) Do zlorabe davčnega prava lahko pride pri popolnoma umetnih konstrukcih, nepovezanih z ekonomsko stvarnostjo, ali kadar je bistveni namen konstrukta v tem, da se izogne davku, ki bi ga bilo ob upoštevanju namena zakona treba plačati. Pri tem mora finančna uprava dokazati, da bi v primeru zakonite sheme davčna obveznost nastala, medtem ko mora davčni zavezanec dokazati, da za izbrano shemo obstajajo pomembni razlogi zunaj davčnega prava.

⁵⁷ Sodba z dne 22. decembra 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, točka 41); potrjena s sodbo z dne 18. oktobra 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, točka 26).

⁵⁸ Glej sodbi z dne 17. septembra 2015, Miljoen in drugi (C-10/14, C-14/14 in C-17/14, EU:C:2015:608, točka 90), in z dne 18. oktobra 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, točka 42 in naslednje).

- (b) Pri izogibanju odtegnitvi davka pri viru za plačila obresti kapitalskim investicijskim družbam, ki imajo sedež v tretji državi, je treba upoštevati predvsem izogibanje obdavčitvi prihodkov od obresti pri dejanskih prejemnikih obresti (to je vlagateljih). Tu je mogoče šteti, da gre za zlorabo, zlasti, kadar je izbrana podjetniška struktura namenjena temu, da se za preprečitev učinkovitega obdavčenja dejanskega prejemnika obresti izkoristi pomanjkljivosti pri izmenjavi informacij med udeleženi državami.
5. Na peto vprašanje je treba odgovoriti, da plačila obresti iz naslova posojila luksemburški družbi, ki ima obliko S.C.A., spadajo na področje uporabe Direktive 2003/49, tudi če je država sedeža to družbo priznala kot SICAR. Poleg tega za uveljavljanje oprostitev plačila davka, ki se odtegne pri viru, v skladu z Direktivo 2003/49 ni pomembno, ali država članica odtegnitve davka pri viru, družbo prejemnico obravnava kot prosojno, če je ta izrecno navedena v Prilogi k Direktivi 2003/49.
6. Na četrto vprašanje je treba odgovoriti, da mora država članica, ki ne želi priznati, da je družba, ki je rezidentka druge države članice, upravičeni lastnik obresti, za to, da bi lahko štela, da gre za zlorabo, navesti, kdo je dejanski upravičeni lastnik. Pri razmerjih s tujim elementom pa lahko pri tem za davčnega zavezanca velja še večja obveznost sodelovanja.
7. Ob upoštevanju zgornjih odgovorov na prvo in četrto vprašanje odgovor na sedmo in osmo vprašanje ni potreben.