

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-ЖА JULIANE КОКОТТ

представено на 8 февруари 2007 година¹

I – Въведение

1. В настоящото производство се повдига интересен данъчноправен въпрос във връзка с преобразуването на предприятия².
2. Отправеният до Съда въпрос е свързан с нормите на общностното право, приложими за данъчното облагане на *разпределяне на дивиденди*, което от своя страна е тясно свързано с осъществена малко преди това презгранична *замяна на акции*. Може ли компетентната данъчна администрация да приема такова разпределяне на дивиденди за елемент от престация и следователно за *заплащане* от страна на придобиващото дружество за внесените в неговия капитал дружествени дялове, което би имало неблагоприятни последици за данъкоплатците, що се отнася до облагането им с данък?
3. В основата на настоящото производство е сделка, с която двама датски данъкоплатци внасят в ирландско капиталово дружество дружествените си дялове, притежавани в датско капиталово дружество, и поради това придобиват дялове в това ирландско дружество. Няколко дни по-късно, както е предвидено от началото, ирландското дружество пристъпва към разпределяне на дивиденди в полза на двамата датски данъкоплатци.
4. Както замаяната на акции, така и решението за разпределяне на дивиденди са осъществени малко преди влизането в сила на нова датско-ирландска спогодба за избягване на двойното данъчно облагане, с която би трябвало да се въведат по-неблагоприятни правила по отношение на облагането на дивиденди, отколкото приложимите за датските данъкоплатци съгласно спогодбата, която е била в сила към този момент.

¹ – Език на оригиналния текст: немски.

² – От съображения за опростяване по-нататък понятието за преобразуване се използва като родово понятие за сливания и разделяния на капиталови дружества, както и за преквръряне на активи и замени на акции.

II – Правна уредба

A – Общностно право

5. Общностната правна уредба по настоящото дело е очертана в Директива 90/434/ЕИО на Съвета от 23 юли 1990 година относно общата система за данъчно облагане, приложима спрямо сливанията, разделянията, прехвърлянията на активи и замените на акции по отношение на дружества от различни държави-членки³.

6. Общите разпоредби от дял I от Директива 90/434 включват посочените в член 2 дефиниции, съгласно които:

„За целите на настоящата директива:

[...]

г) „замяна на акции“ означава сделка, при която едно дружество придобива дял от капитала на друго дружество, който му предоставя мнозинство от правото на глас в това дружество срещу издаване на акционерите на второто дружество в замяна на техните ценни книжа на ценни книжа, които представляват капитала на първото дружество, и ако е приложимо, срещу заплащане на не повече от 10 % от номиналната

стойност или при липса на такава — на счетоводната стойност на ценните книжа, издадени с цел замяна;

[...]

ж) „придобито дружество“ означава дружество, дял от чийто капитал е придобит от друго дружество чрез замяна на ценни книжа;

з) „придобиващо дружество“ означава дружество, което придобива дял чрез замяна на ценни книжа;

[...]“.

7. В дял II от Директива 90/434 член 8 предвижда по-специално следното:

„1. При сливане, разделяне или замяна на акции разпределянето на ценни книжа, представляващи капитала на приемащото или придобиващото дружество към акционер на прехвърлящото или придобитото дружество в замяна на ценните книжа, представляващи капитала на второто дружество, само по себе си няма да

³ – ОВ L 225, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 1, стр. 92.

води до облагане на доходите, печалбата или капиталовите печалби на съответния акционер.

[...]

4. Параграфи 1, 2 и 3 не възпрепятстват една държава-членка да вземе предвид кога да бъдат обложени с данък сумите, получени от акционерите в резултат от сливане, разделяне или замяна.“

8. Заключениеите разпоредби от дял V от Директива 90/434 включват по-специално следната разпоредба в член 11:

„1. Държава-членка има право да откаже да прилага или да премахне последиците от прилагането на всички или на част от разпоредбите на дялове II, III и IV в случаите, когато стане ясно, че сливането, разделянето, прехвърлянето на активи или замяната на акции:

а) има за своя основна цел или една от основните му цели е избягването на данъци или отклонението от данъчно облагане [другаде в текста: „данъчна измама или избягване на данъци“]; фактът, че едно от действията, упоменати в член 1, не е извършено от валидни търговски съображения, като преобразуване или рационали-

зация на дейностите на дружествата, участващи в сделката, може да представява презумпция, че сделката има за основна цел или една от основните му [да се чете: „и“] цели е избягването на данъци или отклонението от данъчно облагане;

[...]“.

9. С Директива 2005/19/ЕО⁴ са изменени заглавието и различни разпоредби на Директива 90/434. При все това тези изменения влизат в сила⁵ едва на 24 март 2005 г. и трябва да бъдат транспонирани⁶ от държавите-членки до 1 януари 2006 г. или до 1 януари 2007 г., следователно те не са релевантни в настоящото производство.

Б – Национално право

1. Данъчно облагане на замяната на акции

10. В датското право по отношение на данъчното облагане на замяната на акции

4 – Директива на Съвета от 17 февруари 2005 година (ОВ L 58, стр. 19; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 2, стр. 185).

5 – 24 март 2005 г. е двадесетият ден след публикуването на Директива 2005/19 в *Официален вестник на Европейския съюз*, вж. член 254, параграф 1 ЕО.

6 – Член 2 от Директива 2005/19.

към момента на настъпване на релевантните по делото факти се прилагат съответните разпоредби от Закона за облагане на капиталовите печалби при прехвърляне на ценни книжа, както и от Закона за данъчното облагане на сливанията⁷.

11. При транспонирането на Директива 90/434 в датското право § 13 от Закона за облагане на капиталовите печалби при прехвърляне на ценни книжа⁸ предвижда в първите две алинеи⁹:

„1. При замяна на акции акционерите на придобитото дружество се облагат с данък съгласно § 9 и § 11 от *fusions-skatteloven*, ако придобиващото дружество и придобитото дружество са дружества от една държава-членка по смисъла на член 3 от Директива 90/434/ЕИО. За дата на сливането се смята датата на замяната на акции. Замяната на акции трябва да бъде извършена най-късно шест месеца след първия ден на замяната.

7 – Следващите разпоредби се основават на данните, предоставени от препращащата юрисдикция при отправяне на преюдициалното запитване, както и на допълненията, които датското правителство е направило по искане на Съда.

8 – *Aktieavancebeskatningsloven (Lovtidende 1993 г., стр. 4171)*.

9 – § 13, алинея 3 във връзка с § 4 от Закона за облагане на капиталовите печалби при прехвърляне на ценни книжа предвижда конкретно правило за замяната на акции на дружества, котиран на борсата, което не е релевантно по настоящото дело.

2. „Замяна на акции“ по смисъла на алинея 1 означава сделка, при която едно дружество придобива дял от капитала на друго дружество, който му предоставя мнозинство от правото на глас срещу издаване на акционерите на второто дружество в замяна на внесените от тях ценни книжа на ценни книжа, които представляват капитала на първото дружество, и ако е приложимо, срещу заплащане на не повече от 10 % от номиналната стойност или при липса на такава — на счетоводната стойност на ценните книжа, издадени с цел замяна.“

12. От подготвителните документи по закона е видно, че понятието за замяна на акции по смисъла на § 13 от Закона за облагане на капиталовите печалби при прехвърляне на ценни книжа съвпадало със съдържащата се в член 2, буква г) от Директива 90/434 дефиниция¹⁰.

13. В § 9 и §11 от датския закон за данъчното облагане на сливанията¹¹, към които препраща § 13, алинея 1 от Закона за облагане на капиталовите

10 – Това указва Østre Landsret, който препраща към изложението на мотивите към законопроекта (*Folketingstidende*, допълнение А, 1991/92 г., колонка 517).

11 – *Fusionsskatteloven (Lovtidende 1992 г., стр. 3374)*.

печалби при прехвърляне на ценни книжа, наред с другото се предвижда следното:

„§ 9

1. Акциите на прехвърлящото дружество се смятат за прехвърлени на трето лице от акционера, ако срещу тях се получи възнаграждение, различно от акции на приемащото вноската дружество. Прехвърлянето се счита за извършено на цената, актуална в посочения в § 5 момент на сливането.

14. Според сходната информация, предоставена от всички страни в производството, в датското право на първо време не е приета специална разпоредба за транспониране на член 11 от Директива 90/434 във връзка със замяната на акции. Едва в края на 1994 г. е изготвен закон в тази област, който въвежда изискване за издаване на разрешение от Ligningsråd (Съвет по данъчни въпроси), и същият е гласуван през 1995 г.¹²

2. Данъчно облагане на дивиденди

а) Вътрешно датско право

[...]

§ 11

1. За определяне на общите или специални доходи акциите, издадени от приемащото дружество и получени от акционерите на прехвърлящото дружество като възнаграждение срещу внесените ценни книжа, се смятат за придобити в същия ден и за същата цена като внесените акции. [...]“

15. Дивидентите, които се разпределят на физически лица с местожителство в Дания, подлежат на данъчно облагане в тази държава съгласно § 16а, алинея 1 от Закона за данъчното облагане¹³ и съгласно § 4а от Закона за данъка върху дохода¹⁴. Същото правило се прилага и за заплащане, направено в рамките на замяна на акции¹⁵.

12 – Според данните на препращащата юрисдикция, допълнени от тези на г-н Kofoed, става въпрос за законопроект от 2 ноември 1994 г., приет на 25 април 1995 г.

13 – Ligningsloven (Lovtidende 1992 г., стр. 5478).

14 – Personskatteloven (Lovtidende 1992 г., стр. 3914).

15 – Според неоспорената от другите страни информация на г-н Kofoed.

16. В § 16а, алинея 1 от Закона за данъчното облагане се предвижда следното:

„При определянето на общия облагаем доход се вземат предвид дивидентите от акции, дялове и сходни ценни книжа. Дивидентите включват всички суми, разпределени от дружеството на акционерите или на съдружниците, с изключение на безплатните акции или дялове и приходите от ликвидация, изплатени през календарната година, през която дружеството се прекратява.“

17. § 4а от Закона за данъка върху дохода гласи по-специално:

„1) Приходите от дивиденти са сбор от:

1. дивидентите от акции съгласно § 16а от Закона за данъчното облагане, които се изплащат от данъчнозадължените дружества в приложение на [...],

[...]

2) Приходите от дивиденти не попадат в категорията на облагаемите доходи.“

18. Като допълнение следва да се посочи § 8а от Закона за данъка върху дохода, който гласи по-специално:

„1) Приходите от дивиденти, които не надвишават основната сума от 26 400 DKK [датски крони], се облагат с данък, чиято ставка е определена на 30 %. Данъкът съгласно § 65 от Закона за данъка, удържан при източника, наложен върху приходите от дивиденти, които не надвишават основната сума, е окончателен и данъкът върху дивидентите не се включва в окончателно дължимия данък съгласно § 67 от същия закон.

2) Приходите от дивиденти, които надвишават основната сума от 26 400 DKK, се облагат с данък, чиято ставка е определена на 45 %. Данъкът върху приходите от дивиденти, които надвишават основната сума, се включва в размера на окончателно дължимия данък, и така включеният в тази част от дивидентите съгласно § 65 от Закона за данъка, удържан при източника, данък върху дивидентите се включва в окончателно дължимия данък съгласно § 67 от същия закон.

[...].“

б) Датско-ирландска спогодба за избягване на двойното данъчно облагане

19. Приложимата към фактите по главното производство Спогодба за избягване на двойното данъчно облагане, сключена между Кралство Дания и Ирландската република¹⁶, е ратифицирана в Дания на 15 април 1964 г.

20. Съгласно член 6, параграф 1, буква а) от тази спогодба за избягване на двойното данъчно облагане Ирландия има право да облага с данъци изплащаните от ирландско дружество дивиденди на лице, установено в Дания; събирането на допълнителен данък след това обаче се изключва.

21. Член 23, параграф 2 от Спогодбата за избягване на двойното данъчно облагане гласи:

„Когато дадено лице, считано за целите на данъчното облагане в Дания за местно лице (независимо от това дали се счита за местно лице за целите на данъчното облагане в Ирландия), получава приходи

или притежава имуществени активи в Ирландия, които съгласно разпоредбите на настоящата спогодба могат да бъдат облагани с данък в Ирландия, Дания приспада данъка върху дохода или данъка върху имуществото със сума, равняваща се на сумата, платена във връзка с получения доход или притежаваното имущество в Ирландия.“

22. Според данните на Østre Landsret (по-нататък наричан също „препращащата юрисдикция“) посочените разпоредби са тълкувани от датските юрисдикции съгласно постоянна съдебна практика в смисъл, че изплатените от ирландско дружество дивиденди на лице, установено в Дания, се ползват от данъчно предимство въз основа на принципа на освобождаване (нов метод).

23. В периода 1992—1993 г. датско-ирландската спогодба за избягване на двойното данъчно облагане е предмет на ново договаряне, в резултат от което изплатените дивиденди от ирландско дружество на лице, установено в Дания, занапред се облагат с данък както в Ирландия, така и в Дания, като Дания предоставя данъчен кредит в размер на сумата, платена в Ирландия. Според данните на препращащата юрисдикция, по отношение на дивидентите тази нова спогодба за избягване на двойното данъчно облагане влиза в сила в Дания на 7 ноември 1993 г.

¹⁶ – Подписана в Копенхаген на 4 февруари 1964 г.

III — Факти и главно производство

24. Първоначално г-н Hans Markus Kofoed притежава дял от 50 % в Cosmopolit Holding ApS, датско дружество с ограничена отговорност. Останалите 50 % от капитала на това дружество се притежават от г-н Niels Toft.

25. На 26 октомври 1993 г. всеки от тях придобива по една акция на стойност 1 IEP [ирландска лира] в Dooralong Ltd., подставено дружество („shell company“) съгласно ирландското право с внесен капитал в размер общо на 2 IEP.

26. На 29 октомври 1993 г. се извършва замяна на акции, при която г-н Kofoed и г-н Toft заменят притежаваните от тях дружествени дялове в Cosmopolit Holding ApS с номинална стойност от 120 000 DKK срещу нови акции в Dooralong Ltd. с номинална стойност от 10 500 IEP. В резултат на тази замяна г-н Kofoed и г-н Toft притежават съответно дял с номинална стойност от 10 501 IEP или дял от 50 % в Dooralong Ltd., а от своя страна Dooralong Ltd. притежава целия дружествен капитал на Cosmopolit Holding ApS. От този момент г-н Kofoed и г-н Toft вече не контролират пряко Cosmopolit Holding ApS, а чрез дружеството посредник Dooralong Ltd.

27. На състоялото се на 3 ноември 1993 г. общо годишно събрание на Dooralong Ltd. е представен и приет годишният му счетоводен отчет от 2 ноември 1993 г. Този отчет установява печалба в размер на общо 2 742 616 IEP (около 26 милиона датски крони), реализирана от дейността на новопридобитото му дъщерно дружество Cosmopolit Holding ApS, което от своя страна представя своя годишен счетоводен отчет на 31 октомври 1993 г. Активите на Dooralong Ltd. включват целия дружествен капитал на Cosmopolit Holding ApS, което както се посочва в собствения му годишен счетоводен отчет от 31 октомври 1993 г., след изплащането на неговите печалби на Dooralong Ltd. разполага със собствен капитал в размер от 1 709 806,00 DKK, като преди това той се е равнявал приблизително на 28 милиона датски крони.

28. На общото годишно събрание на Dooralong Ltd. от 3 ноември 1993 г. е решено също да се разпредели дивидент в размер на 2 742 116 IEP¹⁷. 50 % от това разпределяне, тоест 1 371 058 IEP, са платени на г-н Kofoed.

29. Съгласно изводите, направени в рамките на главното производство, на които се основава препращащата юрисдикция, тези сделки не са мотивирани от търговски съображения; целта е по-скоро реализиране на данъчни икономии. Така към

17 – Според данните на препращащата юрисдикция страните по главното производство са единодушни, че разпределянето на дивидентите е осъществено в съответствие с приложимите ирландски разпоредби.

момента на замяната на акции г-н Kofoed и г-н Toft имат само неопределени планове да осъществяват търговска дейност посредством Dooralong Ltd.

30. Въпреки че не е постигната обвързваща договореност относно разпределянето на дивиденди, извършено от Dooralong Ltd., от самото начало г-н Kofoed и г-н Toft възнамеряват да разпределят на първото общо събрание след осъществяването на замяната на дялове значителна част от печалбата на Dooralong Ltd. Страните по сделката познават действащата към момента спогодба за избягване на двойното данъчно облагане и знаят също, че тази спогодба трябва да бъде изменена.

31. В подадената от него в Дания данъчна декларация за 1993 г. г-н Kofoed се позовава на действащата към момента спогодба за избягване на двойното данъчно облагане, като според него съгласно тази спогодба дивидентите, които са му разпределени от Dooralong Ltd., са освободени от данък в Дания. Според него съгласно действащата към онзи момент датска правна уредба от данък се освобождава и замяната на неговите дялове в Cosmopolit Holding ApS срещу акции в Dooralong Ltd.

32. Датските данъчни власти, напротив, третират замяната на акциите на г-н Kofoed в Cosmopolit Holding ApS срещу акции в Dooralong Ltd., както и последвалото разпределяне на дивиденди от Dooralong Ltd., като елементи от една

сделка. Следователно осъществяването на разпределяне на дивиденди всъщност представлява част от цената за прехвърлянето и следователно заплащане в рамките на замяната на акции. Според данъчните власти правната уредба относно освободената от данък замяна на акции не се прилага за това заплащане, тъй като то надхвърля 10 % от номиналната стойност на прехвърлените акции.

33. Тези различни възгледи във връзка с данъчното облагане на разпределянето на дивиденди и на замяната на акции са в основата на спора по главното производство, което към момента е висящо пред Østre Landsret.

IV – Преюдициално запитване и производство пред Съда

34. С определение от 3 август 2004 г., постъпило в секретариата на Съда на 23 август 2005 г., Østre Landsret решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Трябва ли член 2, буква г) от Директива 90/434/ЕИО [...] да се тълкува в смисъл, че не е налице „замяна на акции“ по

смисъла на тази директива, ако страните по сделка за замяна, наред с договореностите за замяната, са заявили, без да бъдат правно обвързани за това, че възнамеряват на първото общо събрание на придобиващото дружество след извършването на замяната да се вземе решение за разпределяне на дивидент, надхвърлящ 10 % от номиналната стойност на ценните книжа, издадени с цел замяна, и че този дивидент действително е изплатен?¹⁸

за определени сделки като сливания или замени на акции¹⁸. Тази система съдържа данъчни предимства. Член 8, параграф 1 от Директива 90/434 предвижда поспециално, че разпределянето на ценни книжа на придобиващото дружество само по себе си не трябва да води, поради замяна на акции, до облагане на печалбите или на капиталовите печалби. По този начин би се гарантирал данъчният неутралитет на такава сделка по преобразуване и би било предотвратено данъчното облагане на скрити резерви или други увеличавания на стойността на дружествените дялове още преди действителното им реализиране.

35. Освен г-н Kofoed в производството пред Съда своите писмени и устни становища представят датското правителство, правителството на Обединеното кралство и Комисията на Европейските общности.

V – Съображения

A – Встъпителни бележки

36. Директива 90/434 цели премахване на евентуалните неблагоприятни данъчни последици за презграничното преобразуване на предприятия, като създава обща система за данъчно облагане в Общността

37. При все това от член 2, буква г) от Директива 90/434 следва, че дадена сделка може да се счита за замяна на акции по смисъла на тази директива само когато евентуалното заплащане, направено от придобиващото дружество, не надхвърля 10 % от номиналната стойност или при липса на такава — от счетоводната стойност на придобитите ценни книжа. С това следва да се предотврати възможността при преобразуване да бъдат реализирани по-големи капиталови печалби, като се използват приложимите за преобразуването данъчни предимства, както ако акциите на придобитото дружество са прехвърлени на пазара. Печалбите, които биха подлежали на данъчно облагане, ако акциите са прехвърлени на

18 – Първо, второ и трето съображение от Директива 90/434.

пазара, не би трябвало да не се облагат по волята на данъкоплатците само защото са реализирани в рамките на преобразуване. Чрез прага от 10 % обаче на участващите в преобразуването страни се предоставя определена свобода на действие с оглед на заплащането, което може да бъде необходимо при замяна на дялове с цел изравняване на стойностите.

38. Въпросът на препращащата юрисдикция всъщност се отнася до понятието за заплащане съгласно член 2, буква г) от Директива 90/434. Тя иска по същество да се установи дали може да се счита за заплащане по смисъла на посочената разпоредба разпределяне на дивиденди от придобиващото дружество, което е тясно свързано във времето с придобиването от него на участие в придобитото дружество и което дори да не е договорено по обвързващ начин, все пак е предвидено по този начин от началото.

39. В настоящото производство от отговора на този въпрос по решаващ начин зависи отговорът на въпроса дали осъществената на 29 октомври 1993 г. сделка, с която г-н Kofoed и г-н Toft прехвърлят своите дялове в Cosmopolit Holding ApS (придобитото дружество) на Dooralong Ltd. в качеството му на придобиващо дружество и в замяна на това самите те придобиват акции в Dooralong Ltd., все още може да се приема за замяна на акции по смисъла на Директива 90/434,

така че страните да имат възможност да се ползват от предвиденото в нея освобождаване от данък.

40. Всъщност ако като се отчитат всички операции, извършени между 29 октомври 1993 г. и 3 ноември 1993 г., разпределянето на дивиденди от Dooralong Ltd. продължава да се разглежда като заплащане по смисъла на член 2, буква г) от Директива 90/434, то поради надвишаването на предвидения там праг от 10 % това би имало за последица факта, че не би съществувала *никаква* замяна на акции по смисъла на тази разпоредба и че следователно забраната за облагане с данък на дохода, печалбите и капиталовите печалби, произтичаща от член 8, параграф 1 от Директива 90/434, просто няма да бъде приложима в настоящото производство. Действително разпределянето на дивиденди на 3 ноември 1993 г. съответства по своя обхват на повече от 10 % от номиналната стойност на придобитите в Dooralong Ltd. акции, разпределени на 29 октомври 1993 г. на г-н Kofoed и г-н Toft.

41. При все това от гледна точка на практическите си последици настоящото производство надхвърля простото разяснение на понятието за заплащане. Всъщност зад този свързан с тълкуването проблем в крайна сметка стои въпросът под каква форма приложимото общностно право позволява на националните органи да отчитат предвидено избягване

на данъци, например по повод на преобръзването на капиталови дружества.

42. За да се реагира правилно при евентуално избягване на данъци в случай като този в настоящото производство, в рамките на Директива 90/434 може по същество да се обмислят два метода, които са разяснени по-долу. При единия се изхожда от сравнително широко тълкуване на понятието за заплащане по смисъла на член 2, буква г) от Директива 90/434¹⁹, при другия — от предвидената в член 11, параграф 1, буква а) от тази директива възможност в конкретния случай да се откаже прилагането или да се премахнат последиците от прилагането на всички или на част от приложимите данъчни предимства²⁰. Предпочитанието на датските власти по отношение на първия метод на действие изглежда преди всичко свързано с факта, че към релевантния за делото момент в датското право не съществува специална разпоредба за транспонирането на член 11 от Директива 90/434.

Б – Понятие за заплащане

43. Спорът между страните в производството пред Съда е свързан с въпроса

дали понятието за заплащане по смисъла на член 2, буква г) от Директива 90/434 може да обхваща и разпределяне на дивиденди от придобиващото дружество като извършеното в настоящото производство. Датското правителство и правителството на Обединеното кралство отговарят утвърдително на този въпрос, докато г-н Kofoed и Комисията застъпват обратната позиция.

44. Общностният законодател не дефинира по-подробно понятието за заплащане. Ето защо неговото значение и обхват следва да се определят, като се отчитат правният контекст, както и преследваните от Директива 90/434 цели²¹.

45. На първо място, що се отнася до правния контекст, следва да се има предвид, че заплащането и придобиването на участие в придобитото дружество, което има за последица предоставяне на мнозинство от правото на глас в придобитото дружество²² съгласно член 2, буква г) от Директива 90/434, са елементи от една и съща сделка. Въпреки че заплащането и придобиването на мажоритарно участие

19 – Вж. в тази връзка по-долу, точки 43—54 от настоящото заключение.

20 – Вж. в тази връзка по-долу, точки 55—67 от настоящото заключение.

21 – Вж. в този смисъл Решение от 7 юни 2005 г. по дело VEMW и др. (C-17/03, Recueil, стр. I-4983, точка 41), Решение от 4 юли 2006 г. по дело Adeneler (C-212/04, Recueil, стр. I-6057, точка 60) и Решение от 26 октомври 2006 г. по дело Комисия/Испания (C-36/05, Recueil, стр. I-10313, точка 25).

22 – С оглед опростяване, по-нататък ще говоря само за (придобиване на) мажоритарно участие.

не трябва да бъдат непременно предмет на едно и също *правно действие*²³, връзката между тях все пак е тясна: заплащането е неделима съставна част от насрещната престация, която придобиващото дружество извършва с цел получаване на мажоритарно участие в придобитото дружество²⁴.

46. Следователно като заплащане не може да се квалифицира всяка парична престация, която придобиващото дружество извършва на акционерите в придобитото дружество, дори тя да е предвидена от началото от страните по сделката и извършването ѝ да е тясно свързано във времето с придобиването на мажоритарно участие. В много по-голяма степен е решаващо дали такава парична престация има характер на *насрещна престация* за придобиването на мажоритарно участие и дали по този начин в допълнение към действителната насрещна престация, включваща акции в придобиващото дружество, тя е *договорена по обвързващ начин*. За целта е

необходима обективна преценка на всички обстоятелства в конкретния случай²⁵.

47. Ето защо дори и при по-късно разпределяне на дивиденди като разглеждащото в настоящото производство следва да се провери дали съществуват конкретни данни, които са основание такова заплащане да се счита за елемент от договорената по обвързващ начин насрещна престация за придобиването на мажоритарно участие. Подобни данни могат по-специално да произтичат от писмените договорености между страните, но също и от другите обстоятелства по конкретния случай. Ако напротив, както препращащата юрисдикция явно приема в настоящото производство, не може да се докаже по достатъчно сигурен начин, че извършената по-късно парична престация трябва да бъде елемент от договорената по обвързващ начин насрещна престация, то следва да се приеме, че извършената от самите страни квалификация е точна; тогава парична престация като спорната в настоящото производство следва да се третира като разпределяне на дивиденди и не трябва да се тълкува по различен начин, например като заплащане.

23 – Сред различните езикови редакции на член 2, буква г) от Директива 90/434 изглежда, че единствено нидерландската използва относително тясното понятие „rechtshandeling“, докато в чешката („operace“), датската („transaktion“), гръцката („πράξη“), английската („operation“), испанската („operación“), естонската („tehing“), финландската („liiketoimi“), френската („opération“), унгарската („művelet“), италианската („operazione“), литовската („operacija“), латвийската („operācija“), малтийската („ħidma“), полската („operacja“), португалската („operação“), словашката („operácia“), словенската („operacija“) и в шведската („förfarande“) езикова редакция се използват като цяло широки формулировки, които са сравними с немското понятие „Vorgang“.

24 – От влизането в сила на Директива 2005/19 заплащане по смисъла на член 2, буква г) от Директива 90/434 може да се извърши и като насрещна престация с цел придобиването на допълнителни дялове, с които придобиващото дружество засилва съществуващия си контрол над придобитото дружество. Наблюденията по-долу могат да бъдат пренесени и за такъв случай.

48. Целта на Директива 90/434 е свързана също с ограничаване на обхвата на понятието за заплащане до действителните насрещни престации за придобиване на мажоритарно участие. Всъщност неблагоприятните данъчни последици за презграничното преобразуване на предприятия,

25 – Съдът също така подчертава изискването за цялостна преценка на всички обстоятелства в конкретния случай в свое Решение от 15 януари 2002 г. по дело Andersen og Jensen (C-43/00, Recueil, стр. I-379, точки 25, 26 и 37), което също е свързано с тълкуването на Директива 90/434, макар че се касае за член 2, букви в) и и) от нея.

например въз основа на сливане или замяна на акции, следва да бъдат отстранени с тази директива, за да се позволи на заинтересованите предприятия да се адаптират към изискванията на общия пазар, да увеличат своята производителност и да подобрят своята конкурентоспособност²⁶. От решаващо значение за ефективното реализиране на тази цел на директивата е не само презграничните преобразувания да бъдат предмет на обща система за данъчно облагане²⁷, а и заинтересованите икономически оператори да могат да предвидят тази система.

49. Нещо повече, изискването приложимата система за данъчно облагане да бъде предвидима се налага и от принципа на правната сигурност²⁸, който е основен принцип на общностното право и в това качеството следва да се спазва от общностните институции, както и от държавите-членки при упражняване на съответните им правомощия в приложното поле на общностното право²⁹. Според постоянна съдебна практика изискването на правна сигурност се налага с особена

строгост, когато става въпрос за правна уредба, която може да породи финансови последици³⁰; това важи по-специално за Директива 90/434, от чиито разпоредби зависи в решаваща степен данъчното облагане на презграничните преобразувания на предприятия.

50. Следователно ако е предвидена замяна на акции, заинтересованите страни трябва да могат да предвидят с достатъчна сигурност какви ще бъдат за тях данъчните последици от тази сделка. Едва тогава те биха могли да направят разумна преценка дали подобна мярка има смисъл за тях в икономически аспект. Данъчните последици, напротив, не биха могли да бъдат преценени, ако съществува риск в данъчната преценка на дадена замяна на акции впоследствие да трябва да се включат парични престации, чието извършване е само тясно свързано във времето със замяната, но които не са били договорени от страните по обвързващ начин като насрещна престация за разпределянето на ценни книжа.

51. Действително страните по сделката би трябвало, от една страна, да се опасяват, че замяната на техните акции като цяло не може да се ползва от

26 – Вж. първото и второто съображение на Директива 90/434.

27 – Вж. четвъртото съображение на Директива 90/434.

28 – В този смисъл постоянна съдебна практика, вж. например Решение от 14 април 2005 г. по дело Белгия/Комисия (C-110/03, Recueil, стр. I-2801, точка 30); Решение от 21 февруари 2006 г. по дело Halifax и др. (C-255/02, Recueil, стр. I-1609, точка 72) и Решение от 26 октомври 2006 г. по дело Koninklijke Coöperatie Cosun (C-248/04, Recueil, стр. I-10211, точка 79).

29 – Решение от 26 април 2005 г. по дело „Goed Wonen“ (C-376/02, Recueil, стр. I-3445, точка 32) и Решение от 14 септември 2006 г. по дело Elmeke (C-181/04—C-183/04, Recueil, стр. I-8167, точка 31); също и Решение от 3 май 2005 г. по дело Berlusconi и др. (C-387/02, C-391/02 и C-403/02, Recueil, стр. I-3565, точка 69) и Решение от 11 юли 2006 г. по дело Chacón Navas (C-13/05, Recueil, стр. I-6467, точка 56).

30 – Решение по дело Koninklijke Coöperatie Consun, посочено по-горе в бележка под линия 28, точка 79; вж. също Решение от 15 декември 1987 г. по дело Нидерландия/Комисия (326/85, Recueil, стр. 5091, точка 24), Решение от 12 февруари 2004 г. по дело Slob (C-236/02, Recueil, стр. I-1861, точка 37) и Решение от 16 март 2006 г. по дело Emsland-Stärke (C-94/05, Recueil, стр. I-2619, точка 43).

освобождаването от облагане с данък върху доходите, печалбата или капиталовите печалби съгласно член 8, параграф 1 от Директива 90/434. От друга страна, следва да се има предвид, че съгласно вътрешното право данъчната тежест върху извършеното скоро след това разпределяне на дивиденди може да бъде различна в зависимост от това дали разпределянето се облага като дивидент или се приема за заплащане, поради което се облага според предвидените в член 8, параграф 4 от директивата възможности.

52. По-разширително тълкуване на понятието за заплащане не може да бъде обосновано от преследваната от Директива 90/434 цел да се гарантират финансовите интереси на съответните държави-членки и да се позволи на последните да се борят с данъчната измама и избягването на данъци³¹. От една страна, както е видно от прочита на член 11, параграф 1, буква а), именно за тази цел общностният законодател е приел конкретна разпоредба в Директива 90/434. От друга страна, *едно общо разширяване* на понятието за заплащане би надхвърлило необходимото за гарантиране на финансовите интереси на държавите-членки, както и за борба с данъчната измама и избягването на данъци, без същевременно да застрашава необходимата предвидимост на общата данъчна система за заинтересованите предприятия.

31 – Четвърто и девето съображение от Директива 90/434.

53. В подобен смисъл в Решение по дело *Leur-Bloem* Съдът е счел, че предвидената в Директива 90/434 обща система за данъчно облагане се прилага независимо от това дали мотивите за замяната на акции са от финансов, икономически или чисто данъчен характер³². Оттук може да се заключи, че при тълкуване на понятието за заплащане като такова възможните мотиви за съответната сделка не би трябвало да са от значение, но могат да бъдат релевантни съгласно член 11 от Директива 90/434 единствено в рамките на контрол относно злоупотреба в конкретен случай³³.

54. Ето защо като цяло са налице както систематични, така и телеологични съображения срещу разширително тълкуване на понятието за заплащане по смисъла на член 2, буква г) от Директива 90/434 и за ограничаването на неговия обхват до действителните насрещни престации за придобиването на мажоритарно участие. При тези условия може да се направи следното междинно заключение:

Паричните престации на придобиващото дружество като разпределяне на дивиденди, които не са договорени по обвързващ начин като насрещна престация за полученото от него участие в придобитото дружество, което му предоставя мнозинство от правото на глас, не

32 – Решение от 17 юли 1997 г. (C-28/95, Recueil, стр. I-4161, точка 36).

33 – Освен това в самото Решение *Leur-Bloem*, посочено по-горе в бележка под линия 32, точки 41 и 44, се подчертава, че преценката на мотивите за дадена замяна на акции зависи от подробно разглеждане на конкретния случай.

попадат в обхвата на понятието за заплащане по смисъла на член 2, буква г) от Директива 90/434, дори да са били предвидени от началото от страните по сделката и извършването им да е тясно свързано във времето с придобиването на това участие³⁴.

ните да се борят с данъчната измама и избягването на данъци³⁵. Предложеното стеснително тълкуване на понятието за заплащане³⁶ по никакъв начин не противоречи на тази цел. Напротив, тя е конкретизирана точно с разпоредбата на член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434.

В – Възможности за действие срещу евентуално предвидено избягване на данъци

55. Остава да се провери доколко в случай като този по настоящото производство националните органи могат да предприемат действия срещу данъчна измама, за която евентуално се предвижда да бъде извършена заедно със замяната на акции.

56. Както вече бе споменато, сред целите на Директива 90/434 попада гарантирането на финансовите интереси на държавите-членки и позволяването послед-

57. Накрая в тази разпоредба е формулирано това, което също се признава в постоянна съдебна практика: правните субекти не могат да се позовават на нормите на общностното право с цел злоупотреба или измама. Всъщност прилагането на общностна правна уредба не може да се разпростре така, че да обхване злоупотреби на икономическите оператори, тоест транзакции, които са извършени не в рамките на обичайните търговски сделки, а единствено с цел злоупотреба с предимствата, предвидени в общностното право³⁷.

58. Разбира се самото използване — в случая чрез Директива 90/434 — на предоставените от общностното право възможности не може само по себе си

34 – Единствено с цел изчерпателност следва да се посочи, че от влизането в сила на Директива 2005/19 аналогично излагане на основания следва да важи и за придобиването на допълнителни акции, с които придобиващото дружество засилва съществуващия си контрол над придобитото дружество.

35 – Вж. по-горе точка 52 и бележка под линия 31 от настоящото заключение.

36 – Вж. в тази връзка точки 43–54 от настоящото заключение.

37 – Решение от 9 март 1999 г. по дело Centros (C-212/97, Recueil, стр. I-1459, точка 24 и други позовавания), Решение от 6 април 2006 г. по дело Agip Petroli (C-456/04, Recueil, стр. I-3395, точка 20), Решение от 12 септември 2006 г. по дело Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, точка 35) и Решение по дело Halifax и др., посочено по-горе в бележка под линия 28, точки 68 и 69.

да бъде причина за съмнение за злоупотреба³⁸. Съгласно член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434 обаче държавите-членки имат право да откажат да прилагат или да премахнат последиците от прилагането на предвидените от тази директива данъчни предимства във връзка със замяна на акции, когато такава сделка има за своя основна цел данъчна измама или избягване на данъци.

59. Като общ пример за съществуването на такова основание второто изречение от член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434 посочва липсата на валидни търговски съображения за извършване на сделката. В случай като настоящия, в който според фактическите заключения на препращащата юрисдикция не съществува конкретна търговска причина за извършване на замяната на акции, а нейна цел в много по-голяма степен са данъчните икономии³⁹, със сигурност може да се разгледа възможността да се откаже ползването на предвиденото в член 8, параграф 1 от Директива 90/434 данъчно освобождаване. Всъщност замяна на акции, с която се цели постигане на чисто данъчни предимства, не служи на никакви валидни търговски

съображения по смисъла на директивата⁴⁰. Освен това тясната времева връзка между разпределянето на дивиденди и осъществяването на замяна също може да бъде показателна за вероятна злоупотреба с предвидените в Директива 90/434 възможности. Същото се отнася и до обстоятелството, че страните по сделката са действали, като са знаели за предстоящото изменение на датско-ирландската спогодба за избягване на двойното данъчно облагане.

60. Дали в конкретния случай е оправдано при замяна на акции да се откаже прилагането на всички или на част от предвидените в Директива 90/434 данъчни предимства или да се премахнат последиците от прилагането им зависи от цялостната преценка на всички обстоятелства по съответния случай, която попада в задълженията на компетентните национални органи и която трябва да може да бъде предмет на съдебен контрол⁴¹.

61. Настоящото производство се характеризира с особеността, че през релевантния за него период датското право не е съдържало специална разпоредба за транспонирането на член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434. Ето защо поради това г-н Kofoed счита, че той несправедливо е лишен от данъчните предимства по Директива 90/434.

38 – В същия смисъл, във връзка с упражняването на свободата на установяване (член 43 ЕО) вж. Решение по дело Centros, посочено по-горе в бележка под линия 37, точка 27 и Решение по дело Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas, посочено по-горе в бележка под линия 37, точки 36–38.

39 – Страните по сделката явно са знаели за предстоящото влизане в сила на нова, по-малко благоприятна за тях датско-ирландската спогодба за избягване на двойното данъчно облагане, така че са били мотивирани да спестят плащането на данъци чрез замяната на акции, последвана от разпределяне на дивиденди от ирландското дружество (вж. точки 29 и 30 от настоящото заключение).

40 – Решение по дело Leur-Bloem, посочено по-горе в бележка под линия 32, точка 47.

41 – Решение по дело Leur-Bloem, посочено в бележка под линия 32, точка 41.

62. Впрочем не винаги е необходимо формално възпроизвеждане на разпоредбите на директивата в специални правни норми от вътрешното право; напротив, в зависимост от съдържанието на директивата целите на нейното транспониране могат да бъдат постигнати чрез обща правна уредба, включително чрез общите принципи на националното конституционно или административно право, ако така по достатъчно точен и ясен начин се гарантира пълното прилагане на директивата⁴².

63. Ето защо препращащата юрисдикция следва да провери дали в настоящия случай не могат да се приложат също общи разпоредби или принципи на вътрешното право, от които например би могло да произтича незачитането за данъчни цели на симулативните сделки или забраната на позоваване на определени данъчни предимства с цел злоупотреба; също така остава възможно прибягването към общите разпоредби от вътрешното право относно данъчната измама и избягването на данъци⁴³. В хода на съдебно заседание пред Съда съответните представители на г-н Kofoed и на датското правителство изразяват несъгласие относно възможностите, които датското право предвижда в тази връзка.

64. Разбира се, всички тези разпоредби, независимо дали са приети за транспони-

рането на Директива 90/434 или не, трябва съответно да бъдат тълкувани и прилагани съгласно общностното право, и по-специално с оглед на съдържанието и целите на Директива 90/434, както и на член 11, параграф 1, буква а) от нея⁴⁴.

65. Фактът, че тълкуване на националното право съобразно общностното право може да бъде във вреда на даден частноправен субект, не говори срещу такова тълкуване. Всъщност, допустимо е посредством разпоредбите на националното право, тоест *непряко*, общностното право да се прилага във вреда на определен частноправен субект⁴⁵.

66. На датските власти би било забранено само *прякото* прилагане на член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434 по отношение на г-н Kofoed и на г-н Toft. Така определена държава-членка не може да противопостави на частноправен субект разпоредба от директива, която

44 – По отношение на задължението на националните юрисдикции да тълкуват вътрешното право в съответствие с директивите вж. постоянната съдебна практика, и по-специално Решение от 10 април 1984 г. по дело Von Colson и Kamann (14/83, Recueil, стр. 1891, точка 26), Решение от 5 октомври 2004 г. по дело Pfeiffer и др. (C-397/01—C-403/01, Recueil, стр. I-8835, точки 113—119 и други позовавания), както и Решение по дело Adeneler, посочено по-горе в бележка под линия 21, точки 108, 109 и 111.

45 – Също така се признава, че задължението националното право да се тълкува в съответствие с директивите важи и за правоотношения, при които по необходимост на определено частно лице непряко се налага дадена тежест: от една страна, това са хоризонтални правоотношения, тоест такива между частноправни субекти (вж. например Решение от 13 ноември 1990 г. по дело Marleasing, C-106/89, Recueil, стр. I-4135, точки 6 и 8 и Решение от 14 юли 1994 г. по дело Faccini Dori, C-91/92, Recueil, стр. I-3325, точки 20, 25 и 26), а от друга страна, са така наречените отношения с триъгълна конфигурация (вж. Решение от 7 януари 2004 г. по дело Wells, C-201/02, Recueil, стр. I-723, точка 57 и други позовавания). В същия смисъл вж. също моето заключение от 14 октомври 2004 г. по дело Berlusconi и др., посочено по-горе в бележка под линия 29, точка 153.

42 – Постоянна съдебна практика в този смисъл — вж. например Решение от 16 юни 2005 г. по дело Комисия/Италия (C-456/03, Recueil, стр. I-5335, точка 51) и Решение от 6 април 2006 г. по дело Комисия/Австрия (C-428/04, Recueil, стр. I-3325, точка 99).

43 – В същия смисъл например Решение от 19 януари 1982 г. по дело Becker (8/81, Recueil, стр. 53, точка 34).

тя самата не е транспонира⁴⁶. Всъщност това съответства на постоянна съдебна практика, според която една директива не може *сама по себе си* да поражда задължения за частноправен субект и следователно не може да се направи позоваване на директива *като такава* срещу частноправен субект⁴⁷.

ната сигурност при преобразуването на капиталови дружества, която тя цели да гарантира⁴⁹. Освен това такъв подход би накърнил вече споменатата забрана за пряко прилагане на нетранспонирани разпоредби от директиви във вреда на частноправните субекти⁵⁰.

67. Освен това компетентните органи впрочем няма да имат право да се позовават *пряко* срещу даден частноправен субект на вече съществуващ общ принцип на общественото право, като например принципът, който забранява злоупотребата с право. Действително в случаите, които попадат в приложното поле на Директива 90/434, такъв принцип намира конкретен израз и формулировка в член 11, параграф 1, буква а) от директивата⁴⁸. Ако в допълнение се позволи прякото прибягване към общ правен принцип, чието съдържание е много по-малко ясно и точно, то би съществувал риск от възпрепятстване на целта за хармонизиране на Директива 90/434, както и от застрашаване на прав-

68. Накратко следва да се заключи, че:

За да се откаже прилагането на всички или на част от разпоредбите на дял II от Директива 90/434 в определен конкретен случай или да се премахнат последиците от прилагането им, не е необходима специална разпоредба за транспонирането на член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434. Вместо това за тази цел може да се прибегне също до общите разпоредби от вътрешното право, включително общите принципи на националното конституционно или административно право, доколкото те се тълкуват и прилагат в съответствие с общественото право, и по-специално със съдържанието и целите на Директива 90/434, както и на член 11, параграф 1, буква а) от нея. Напротив, недопустимо е прякото прилагане на член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434 във вреда на частноправни субекти, както и прякото прибягване към обща забрана на злоупотребата с право, предвидена в общественото право.

46 – Решение от 19 ноември 1991 г. по дело Francovich и др. (C-6/90 и C-9/90, Recueil, стр. I-5357, точка 21), Решение от 26 септември 1996 г. по дело Arcaro (C-168/95, Recueil, стр. I-4705, точка 42), Решение от 29 април 2004 г. по дело Beuttenmüller (C-102/02, Recueil, стр. I-5405, точка 63) и Решение от 30 март 2006 г. по дело Uudenkaupungin kaupunki (C-184/04, Recueil, стр. I-3039, точка 28).

47 – Вж. например Решение по дело Pfeiffer и др., посочено по-горе в бележка под линия 44, точка 108 и други позовавания и Решение по дело Berlusconi и др., посочено по-горе в бележка под линия 29, точка 73; добавено от мен подчертаване.

48 – Освен това национални мерки в определена област, които са предмет на *изчерпателно* хармонизиране на общностно равнище, също трябва да бъдат преценявани с оглед на разпоредбите на тази мярка за хармонизиране, а не с оглед на тези от общественото право (Решение от 13 декември 2001 г. по дело DaimlerChrysler, C-324/99, Recueil, стр. I-9897, точка 32 и Решение от 14 декември 2004 г. по дело Swedish Match, C-210/03, Recueil, стр. I-11893, точка 81). Винаги остава отворена възможността за проверка на законосъобразността на вторичното общностно право в рамките на член 220 ЕО и следващи в светлината на нормите от по-висш порядък на първичното право.

49 – Вж. в тази връзка по-специално точки 48–51 от настоящото заключение.

50 – Решение от 22 ноември 2005 г. по дело Mangold е неясно по този въпрос (C-144/04, Recueil, стр. I-9981, точки 74–77).

VI – Заключение

69. С оглед на изложеното по-горе предлагам на Съда да отговори на Østre Landsret по следния начин:

- „1) Паричните престации на придобиващото дружество като разпределяне на дивиденди, които не са договорени по обвързващ начин като насрещна престация за полученото от него участие в придобитото дружество, което му предоставя мнозинство от правото на глас, не попадат в обхвата на понятието за заплащане по смисъла на член 2, буква г) от Директива 90/434 на Съвета от 23 юли 1990 година относно общата система за данъчно облагане, приложима спрямо сливанията, разделянията, прехвърлянията на активи и замените на акции по отношение на дружества от различни държави-членки, дори те да са били предвидени от началото от страните по сделката и извършването им да е тясно свързано във времето с придобиването на това участие.
- 2) За да може да се откаже прилагането на всички или на част от разпоредбите на дял II от Директива 90/434 в определен конкретен случай или да се премахнат последиците от прилагането им, не е необходима специална разпоредба за транспонирането на член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434. Вместо това за тази цел може да се прибегне също до общите разпоредби от вътрешното право, включително общите принципи на националното конституционно или административно право, доколкото те се тълкуват и прилагат в съответствие с общностното право, и по-специално със съдържанието и целите на Директива 90/434, както и на член 11, параграф 1, буква а) от нея. Напротив, недопустимо е прякото прилагане на член 11, параграф 1, буква а) от Директива 90/434 по отношение на частноправни субекти, както и прякото прибягване към обща забрана на злоупотребата с право, предвидена в общностното право.“