ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-ЖА J. КОКОТТ
представено на 19 ноември 2009 година [1]

I — Въведение

1. Нидерландското данъчно право предоставя на установените на територията на страната дружества възможността да образуват обща данъчна единица със свои местни дъщерни дружества. Този режим има за последица по-специално консолидацията на печалбите и загубите на включените дружества на равнището на дружеството майка и запазването на данъчно неутрален характер на сделките в рамките на групата. Дъщерни дружества със седалище в друга държава членка не могат да бъдат включени в обща данъчна единица.

2. Hoge Raad [Върховен съд на Нидерландия] има съмнения относно обосновката на тази разлика в третирането на местни и чуждестранни дъщерни дружества с основанията, развити в Решение по дело Marks & Spencer [2] и в последващите решения [3], по-специално за запазване на балансирано разпределение на данъчните правомощия между държавите членки.

3. Държавите членки, участващи в производството, считат нидерландските правни норми относно общата данъчна единица за съвместими със свободата на установяване. X Holding BV (наричано по-нататък „X Holding“) и Комисията застъпват противното становище. Те изтъкват, че нидерландското право позволявало места на стопанска дейност в чужбина на нидерландско дружество да бъдат включени в обща данъчна единица. Следователно тази възможност трябвало да съществува и по отношение на дъщерните дружества със седалище в други държави членки.

II — Правна уредба

4. Член 7, параграф 1 от Спогодбата от 5 юни 2001 г. [4] между Кралство Белгия и Кралство Нидерландия за избягване на двойното данъчно облагане и предотвратяване на избягването на данъци върху доходите и имуществото (наричана по-

1 — Език на оригиналния текст: немски.

2 — Решение от 13 декември 2005 г. (C-446/03, Recueil, стр. I-10837).

3 — Вж. по-специално Решение от 7 септември 2006 г. по дело N (C-470/04, Recueil, стр. I-7409), Решение от 18 юли 2007 г. по дело Oy AA (C-231/05, Сборник, стр. I-6373) и Решение от 15 май 2008 г. по дело Lidl Belgium (C-414/06, Сборник, стр. I-3601).

4 — Trb. 2001, 136.

нататък „Спогодбата за избягване на двойното данъчно облагане“) предвижда в съответствие с модела за такива спогодби, изготвен от Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР):

„Печалбите на предприятие на едната договаряща държава се облагат само в тази държава, освен ако това предприятие упражнява дейността си в другата договаряща държава посредством разположено там място на стопанска дейност. Ако предприятието упражнява дейността си по този начин, печалбите на това предприятие се облагат в другата договаряща държава, но само до размера, който може да се отнесе към това място на стопанска дейност“.

5. Когато установено в Нидерландия данъчнозадължено лице получава доходи, които се облагат в Белгия по смисъла на член 7 от Спогодбата, на основание член 23, параграф 2 от същата спогодба Кралство Нидерландия му предоставя право на съответно намаляване на данъчното задължение за тези доходи съобразно разпоредбите на нидерландското законодателство за избягване на двойното данъчно облагане [5].

6. Член 15, параграф 1 от Закона от 1969 г. за корпоративния данък (Wet op de vennootschapsbelasting от 1969 г., наричан по-нататък „Wet Vpb“) урежда данъчната единица, както следва:

„Когато данъчнозадължено лице (дружество майка) е икономически и юридически собственик на не по-малко от 95 % от номиналния внесен капитал на друго данъчнозадължено лице (дъщерно дружество), по тяхно искане двете данъчнозадължени лица се облагат като *едно* данъчнозадължено лице, с други думи, както ако дейността и имуществото на дъщерното дружество съставляваха неразделна част от дейността и имуществото на дружеството майка. Данъкът се събира на равнището на дружеството майка. В този случай данъчнозадължените лица се разглеждат заедно като данъчна единица. Няколко дъщерни дружества могат да са част от една и съща данъчна единица“.

7. Съгласно член 15, параграф 3, буква c) от Wet Vpb данъчна единица могат да образуват само данъчнозадължени лица, установени в Нидерландия. Член 15, параграф 4 допуска изключение от тази разпоредба по отношение на дружества, установени в Европейския съюз, доколкото упражняват дейност в Нидерландия посредством място на стопанска дейност, чиито доходи следва да се облагат в Нидерландия на основание на спогодба за избягване на двойното данъчно облагане.

8. Според запитващата юрисдикция правните разпоредби относно общата данъчна единица позволяват в рамките на една и съща данъчна година взаимно компенсиране на печалбите и загубите на различни дружества, които са част от общата

5 — Вж. по този въпрос разпоредбите на Постановлението за избягване на двойното данъчно облагане от 2001 г. (Besluit voorkoming dubbele belasting от 2001 г.), посочени в точки 10 и 11 от настоящото заключение.

данъчна единица. Освен това прехвърлянето на активи между две дружества, които са част от общата данъчна единица, и услугите, предоставени в рамките на единицата, запазват данъчно неутрален характер.

9. Ако дъщерно дружество не е включено в обща данъчна единица, загубите на това дружество не могат да бъдат компенсирани от печалбата на дружеството майка. За дружеството майка дяловете или акциите в това дъщерно дружество съставляват дялово участие. Съгласно член 13, параграф 1 от Wet Vpb реализираните посредством дялово участие (положителни или отрицателни) резултати от дейността не се отчитат при изчисляването на печалбата. Ето защо загубата от дялово участие (загуба от намаляване на стойността) по принцип не може да се приспадне от облагаемата печалба на дружеството майка. При все това член 13d от Wet Vpb позволява, при определени условия, от печалбата да се приспадне загуба, реализирана в резултат на прекратяване на дялово участие.

10. По отношение на данъчното третиране на доходите на места на стопанска дейност в чужбина член 33 от Besluit voorkoming dubbele belasting (Постановление за избягване на двойното данъчно облагане) от 2001 г. предвижда добавянето на тези доходи към данъчната основа на предприятието майка в Нидерландия. Същевременно тези доходи се освобождават от данъчно облагане, като от данъчното задължение се приспада сума в размер на съответстващата ѝ част от местния корпоративен данък върху тези доходи.

11. Ако загубата от дейността на място на стопанска дейност в чужбина води до намаляване на нидерландската данъчната основа, член 35 от посоченото постановление позволява освобождаване от данъчно облагане на бъдещи положителни резултати от дейността на мястото на стопанска дейност едва когато те превишат по размер приспаднатите преди това загуби (режим на възстановяване).

III — Фактите, преюдициалните въпроси и производството

12. X Holding BV е установено в Холандия капиталово дружество. То е единствен акционер на дружеството F NV (наричано по-нататък „F“), установено в Белгия. F няма място на стопанска дейност в Нидерландия и освен това не подлежи на облагане с корпоративен данък в тази държава.

13. През 2003 г. X Holding и F подават искане да бъдат разглеждани като обща данъчна единица. Данъчната администрация отхвърля искането, по съображение че F не е установено в Нидерландия. След неуспеха в първоинстанционното производство по обжалване на този отказ, X Holding подава касационна жалба пред Hoge Raad. В подкрепа на жалбата си то изтъква нарушение на свободата на установяване, гарантирана с членове 43 ЕО и 48 ЕО.

14. Hoge Raad поставя на Съда следния преюдициален въпрос:

„Трябва ли член 43 ЕО във връзка с член 48 ЕО да се тълкува в смисъл, че не допуска възможност националната правна уредба на държава членка […], съгласно която дружество майка и дъщерното му дружество могат да изберат дължимият от тях данък да бъде събиран на равнището на установеното в тази държава членка дружество майка, така както ако ставаше въпрос за едно-единствено данъчнозадължено лице, да предоставя този избор само на дружествата, които за целите на облагането на тяхната печалба попадат в обхвата на данъчната компетентност на посочената държава членка?“.

15. В производството пред Съда X Holding, нидерландското, германското, испанското, френското, португалското и шведското правителство, правителството на Обединеното кралство и Комисията на Европейските общности представят становища.

IV — Правен анализ

16. Запитващата юрисдикция иска тълкуване на член 43 ЕО във връзка с член 48 ЕО с оглед на съвместимостта на нидерландските разпоредби относно данъчната единица със свободата на установяване.

17. В обхвата на прилагане на свободата на установяване попадат национални разпоредби, които намират приложение само при притежаването на дялово участие, което позволява упражняването на безспорно влияние върху решенията на дружеството и определяне на неговите дейности [6]. Затова правните норми, които уреждат само отношения в рамките на група предприятия, се отнасят основно до свободата на установяване [7].

18. Образуването на обща данъчна единица съгласно правните норми, приложими в рамките на спора по главното производство, предполага данъчнозадължено лице (дружество майка) да е юридически и икономически собственик на не по-малко от 95 % от внесения номинален капитал на друго данъчнозадължено лице (дъщерно дружество).

19. Следователно нидерландските правни норми относно данъчната единица уреждат само положения, при които е налице дялово участие с господстващо влияние. Ето защо те попадат в обхвата на прилагане на свободата на установяване.

20. В същото време не е необходимо самостоятелно разглеждане от гледна точка на

6 — Решение от 13 април 2000 г. по дело Baars (C-251/98, Recueil, стр. I-2787, точка 21), Решение по дело ОуАА, посочено в бележка под линия 3, точка 20, Решение от 2 октомври 2008 г. по дело Heinrich Bauer Verlag (C-360/06, Сборник, стр. I-7333, точка 27) и Решение от 22 декември 2008 г. по дело Truck Center (C-282/07, Сборник, стр. I-10767, точка 25).

7 — Вж. в този смисъл Решение от 12 декември 2006 г. по дело Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Recueil, стр. I-11753, точка 118) и Решение по дело ОуАА, посочено в бележка под линия 3, точка 23.

разпоредбите относно свободното движение на капитали, дори да е възможно съответните действия да се разглеждат и като упражняване на тази свобода [8].

А — *Ограничаване на свободата на установяване*

21. По отношение на учредените в съответствие със законодателството на една държава членка дружества със седалище, централно управление или основно място на дейност в рамките на Европейската общност свободата на установяване обхваща правото им да извършват дейността си в други държави членки посредством дъщерно дружество, клон или представителство [9].

22. Макар според разпоредбите на Договора относно свободата на установяване да имат за цел да осигурят национален режим в приемащата държава членка, те също така не допускат възможност за държавата членка по произход да препятства или да направи по-непривлекателно установяването на неин гражданин или на учредено по нейното законодателство дружество в друга държава членка [10].

23. Правилата относно данъчната единица позволяват само включването на местни дъщерни дружества. Следователно нидерландските дружества и дъщерните им дружества със седалище в друга държава членка трябва да бъдат облагани независимо едни от други. Според X Holding разделното данъчно облагане на отделните дружества в група от предприятия има четири неблагоприятни последици в сравнение с третирането им като обща данъчна единица:

— всички дружества трябвало да подадат собствена данъчна декларация, което било свързано с повече тежести в сравнение с обща данъчна декларация, подадена за цялата група,

— не било възможно пряко взаимно компенсиране на печалбите и загубите на дружествата,

8 — Вж. в този смисъл Решение от 12 септември 2006 г. по дело Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Recueil, стр. I-7995, точка 33), Решение по дело OyAA, посочено в бележка под линия 3, точка 24 и Решение от 18 юни 2009 г. по дело Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Сборник, стр. I-5145, точка 35).

9 — Решение от 21 септември 1999 г. по дело Saint-Gobain ZN (C-307/97, Recueil, стр. I-6161, точка 35), Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 30 и Решение по дело Aberdeen Property Fininvest Alpha, посочено в бележка под линия 8, точка 37.

10 — Вж. Решение от 16 юли 1998 г. по дело ICI (C-264/96, Recueil, стр. I-4695, точка 21), Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 31 и Решение от 27 ноември 2008 г. по дело Papillon (C-481/07, Сборник, стр. I-8947, точка 16).

— не било възможно да се извършат преобразувания в рамките на групата от предприятия (например прехвърляне на активи), без това да има данъчноправни последици,

— сделките между дружествата нямало да имат данъчно неутрален характер. Това обстоятелство увеличавало административните тежести поради необходимостта, например от документиране на трансферните цени.

24. Следователно, както запитващата юрисдикция потвърждава, образуването на обща данъчна единица има предимства. То приравнява в данъчно отношение организационната структура на дадена група, разделена на множество дружества, на консолидирано предприятие с множество места на стопанска дейност. В сравнение с това положение почти никаква роля не играят евентуални неблагоприятни последици от обединяването в обща данъчна единица, като например само еднократното прилагане на по-ниската данъчна ставка върху печалби в размер до 22 689 EUR.

25. Тази благоприятна от данъчна гледна точка възможност за структуриране обаче е отворена за установените в Нидерландия дружества майки само по отношение на местните им дъщерни дружества. Посочената разлика в третирането в зависимост от седалището на дъщерното дружество може да препятства или да направи по-непривлекателно учредяването, придобиването или притежаването на релевантни дялови участия в дружества, установени в друга държава членка. Следователно тази разлика съставлява ограничение на свободата на установяване.

26. Нидерландското, германското и португалското правителство обаче възразяват, че положението на местно дъщерно дружество не е сходно с положението на дъщерно дружество със седалище в други държави членки, тъй като последното не попадало в обхвата на данъчната компетентност на държавата по седалището на дружеството майка. Ето защо то не можело да бъде консолидирано в обща данъчна единица, облагаема за световния си доход при седалището на дружеството майка. Поради това разликата в третирането на тези положения не съставлявала забранена дискриминация, нито — според нидерландското правителство — ограничение на свободата на установяване.

27. В това отношение следва да се припомни трайната съдебна практика, според която седалището на дружество по смисъла на член 48 ЕО служи за определяне на връзката му с правния ред на дадена държава, подобно на гражданството на физическите лица. Несъмнено в данъчното право седалището на дадено дружество може да съставлява фактор, обосноваващ национални норми, които водят до различно третиране на местните и чуждестранните данъчнозадължени лица. Мястото на установяване обаче невинаги обосновава подобно разграничение. Всъщност да се приеме, че държа-

ната членка по установяването би могла свободно да приложи различно третиране само поради факта че седалището на дадено дружество е в друга държава членка, би изпразнило от съдържание член 43 ЕО [11].

28. Следователно основаната на седалището данъчна компетентност също не води от самото начало до изключване на каквото и да било сравнение между чисто вътрешни положения и положения, свързани с друга държава членка.

29. По-скоро трябва да се прецени във всеки конкретен случай дали фактът, че данъчно предимство се прилага само за местни данъчнозадължени лица, се основава на обективни, релевантни елементи, които са в състояние да обосноват разликата в третирането [12]. Във връзка с това в рамките на анализа на обосновката по-специално е възможно диференцирано съобразяване със запазването на разпределението на данъчните правомощия [13].

Б — *Обосновка*

30. Ограничение на свободата на установяване може да се допусне единствено ако се обосновава от императивни съображения от обществен интерес. Освен това в подобна хипотеза посоченото ограничение трябва да е в състояние да гарантира осъществяването на разглежданата цел и да не надхвърля необходимото за постигането ѝ [14].

31. Припомням, че в Решение по дело Marks & Spencer, посочено по-горе, Съдът признава запазването на разпределението на данъчните правомощия между държавите членки като императивно съображение от обществен интерес, което може да обоснове ограничение на основните свободи [15]. Във връзка с това като елементи, свързани с тази обосновка, първоначално Съдът посочва предотвратяването на двойното отчитане на загубите и борбата с данъчните измами/избягването на данъци [16, 17]. Впоследствие Съдът признава запазването на балансираното разпределение на данъчните правомощия като служещо за обосновка съображение

11 — Вж. в този смисъл Решение от 28 януари 1986 г. по дело Комисия/Франция (270/83, Recueil, стр. 273, точка 18), Решение от 13 юли 1993 г. по дело Commerzbank (C-330/91, Recueil, стр. I-4017, точка 13), Решение от 8 март 2001 г. по дело Metallgesellschaft и др. (C-397/98 и C-410/98, Recueil, стр. I-1727, точка 42), Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 37, Решение по дело Oy AA, посочено в бележка под линия 3, точка 30 и Решение по дело Papillon, посочено в бележка под линия 10, точка 26).

12 — Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 38.

13 — Вж. моето заключение, представено на 12 септември 2006 г. по дело Oy AA, посочено в бележка под линия 3, точка 27.

14 — Вж. Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 35, Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка под линия 3, точка 27 и Решение по дело Aberdeen Property Fininvest Alpha, посочено в бележка под линия 8, точка 57.

15 — Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 45.

16 — В текста на френски език на релевантните съдебни решения, т.е. на езика на производството, понятието „évasion fiscale“ е използвано еднакво. Следователно данъчна измама и избягване на данъци изглежда са само два различни превода на едно и също понятие на френски език, от което следва, че имат едно и също значение. Ето защо по-нататък ще използвам само понятието за избягване на данъци.

17 — Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точки 47, 49 и 51.

и когато тези два допълнителни елемента не са налице [18].

32. Признавайки този елемент от обосновката, Съдът се съобразява с обстоятелството, че прякото данъчно облагане по същество попада в обхвата на компетентността на държавите членки [19]. При липса на хармонизация на общностно равнище държавите членки трябва да определят и критериите за разпределение между тях на данъчните им правомощия чрез сключване на спогодби за избягване на двойното данъчно облагане или чрез едностранни мерки [20]. Както Съдът вече е имал случай да установи, за целите на разпределението на данъчната компетентност е разумно държавите членки да се ръководят от международната практика, и по-специално от моделите за спогодби, изготвени от ОИСР [21].

33. Докато в посочените по-горе Решение по дело Marks & Spencer, Решение по дело Oy AA и Решение по дело Lidl Belgium на преден план стои въпросът за прехвърлянето съответно на загуби или печалби между местни и чуждестранни дружества или места на стопанска дейност, правните разпоредби относно общата данъчна единица обхващат и други въпроси. Така X Holding изтъква общо четири предимства, свързани с образуването на обща данъчна единица, които му се отказват по отношение на чуждестранното дъщерно дружество (вж. по-горе, точка 23).

34. Що се отнася до посочената от X Holding възможност за подаване на една данъчна декларация за цялата обща данъчна единица, още на този етап от анализа следва да се отбележи, че аналогично улеснение очевидно е изключено в трансгранично положение. За да могат установените в различни държави членки дружества, в съответствие с разпределението на данъчните правомощия, да подлежат на данъчно облагане в държавата по седалището им съгласно действащото там законодателство, трябва да подадат отделни данъчни декларации до компетентните данъчни администрации. Единственият възможен вариант в случай на образуване на трансгранична данъчна единица е резултатите от дейността на чуждестранното дъщерно дружество на нидерландско дружество да бъдат отчетени *допълнително* в данъчната декларация на дружеството майка. Това обаче едва ли би представлявало опростяване за дъщерното дружество, тъй като наред с това то е задължено да подаде собствена данъчна декларация в държавата по неговото седалище.

35. При все това следва да се разгледа дали в случай на трансгранични дялови участия е обосновано да не се предоставят останалите предимства на общата данъчна единица, а именно консолидирането на резултатите от дейността преди данъчно облагане на дружеството майка и на дъщерното дружество.

18 — Решение по дело Oy AA, посочено в бележка под линия 3, точка 60 и Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка под линия 3, точка 40.

19 — Вж. Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 29, Решение по дело Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas, посочено в бележка под линия 8, точка 40 и Решение по дело Aberdeen Property Fininvest Alpha, посочено в бележка под линия 8, точка 24.

20 — Вж. Решение от 12 май 1998 г. по дело Gilly (C-336/96, Recueil, стр. I-2793, точки 24 и 30), Решение от 23 февруари 2006 г. по дело Van Hilten-Van der Heijden (C-513/03, Recueil, стр. I-1957, точка 47) и Решение по дело Oy AA, посочено в бележка под линия 3, точка 52.

21 — Решение по дело Gilly, посочено в бележка под линия 20, точка 31, Решение по дело Van Hilten-Van der Heijden, посочено в бележка под линия 20, точка 48 и Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка под линия 3, точка 22.

1. По изключването на консолидирането на печалби и загуби

36. Според държавите членки, участващи в производството, ограничението на режима на общата данъчна единица до местни дружества е обосновано за целите на запазването на балансирано разпределение на данъчните правомощия.

— Запазване на разпределението на данъчните правомощия

37. Държавите членки подчертават, че съгласно Спогодбата за избягване на двойното данъчно облагане Нидерландия няма право да облага печалбите на дружество, установено в Белгия. Те поддържат, че в съответствие с тази данъчна компетентност, разпределена съгласно принципа на териториалност, Белгия има право да облага доходите на F като държава по седалището на това дружество. Следователно не било възможно включването на F в облагаема в Нидерландия обща данъчна единица, намираща се под контрола на X Holding.

38. X Holding и Комисията не оспорват, че печалбите на чуждестранно дъщерно дружество не са облагаеми в Нидерландия. Те изтъкват обаче, че образуването на обща данъчна единица на територията на страната означава дъщерните дружества да се приравняват в данъчно отношение на места на стопанска дейност. Те поддържат, че по аналогия би могло чуждестранните дъщерни дружества да се третират в рамките на трансгранична данъчна единица по същия начин като местата на стопанска дейност в чужбина. Според X Holding такава била практиката в миналото и освен това тази практика била потвърдена от Hoge Raad в решение, постановено от него през 2002 г. [22]

39. Според тях загубите на място на стопанска дейност в чужбина могат да се компенсират от печалбите на предприятието майка през същия данъчен период. Според така наречения режим на възстановяване печалбите на мястото на стопанска дейност няма да бъдат освободени от данък в Нидерландия през следващите години, докато прехвърлените загуби не бъдат отново компенсирани. Те считат, че по този начин няма да бъде накърнено разпределението на данъчните правомощия, а само ще бъде предотвратено неудобството да не се разполага с ликвидни средства, което би възникнало, ако едва през следващ данъчен период е възможно компенсиране на загубите на мястото на стопанска дейност от собствените печалби в държавата по установяването му.

40. Във връзка с това следва да се припомни, че за запазване на разпределението на данъчните правомощия между държавите членки може да се наложи към

22 — Решение от 24 май 2002 г. (№ 37 220, BNB 2002/320).

стопанската дейност на дружествата, установени в една от споменатите държави, да се прилагат единствено нейните данъчни норми, по отношение както на печалбите, така и на загубите [23]. Това изисква принципът на симетрията на данъчното третиране на печалбите и загубите [24].

41. Алтернативата на цялостното прилагане на режима на общата данъчна единица, предложена от X Holding и от Комисията, води обаче именно до изолирано отчитане на загубите при седалището на дружеството майка.

42. Съгласно съдебната практика обаче, ако на дружествата се предостави възможност да избират дали загубите им да се отчитат в държавата членка по тяхното установяване или в друга държава членка, то това би застрашило чувствително балансираното разпределение на данъчните правомощия между държавите членки, тъй като данъчната основа би се увеличила в първата държава и намалила във втората до размера на прехвърлените загуби [25].

43. В това отношение Комисията възразява, че за разлика от положението само на режим на прехвърляне на загубите (group relief), както е разгледано в Решение по дело Marks & Spencer, посочено по-горе, включването на чуждестранни дъщерни дружества в обща данъчна единица не позволява произволното прехвърляне на загубите между държавите членки. Според Комисията общата данъчна единица, към която единствено могат да бъдат отнесени загубите, била винаги облагаема при седалището на дружеството майка.

44. Този фактически довод на Комисията обаче не премахва опасността от намеса в разпределението на данъчните правомощия, която би възникнала, ако беше разрешена трансгранична данъчна единица в смисъла, преследван от X Holding.

45. Тъй като данъчнозадължените лица могат свободно да се обединят в обща данъчна единица или отново да я прекратят, групата би разполагала с възможността да избира свободно данъчния режим, приложим за загубите на дъщерното дружество, и мястото на отчитане на загубите. Без да е включено в общата данъчна единица, загубите на F биха били взети предвид само при седалището му в Белгия. Ако, обратно на това, X Holding и F имаха възможност да образуват обща данъчна единица по изложения начин, загубите на F щяха да намалят печалбата на X Holding, облагаема в Нидерландия.

46. Фактът, че според модела, застъпен от Комисията и X Holding, прехвърлянето на загубите изглежда възможно само в една

23 — Вж. Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 45, Решение по дело Oy AA, посочено в бележка под линия 3, точка 54 и Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка под линия 3, точка 31.

24 — Вж. по този въпрос Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка под линия 3, точка 33 и Решение от 23 октомври 2008 г. по дело Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Сборник, стр. I-8061, точки 42 и 44).

25 — Вж. Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 46 и Решение по дело Oy AA, посочено в бележка под линия 3, точка 55.

посока, а именно само от чуждестранното дъщерно дружество към дружеството майка със седалище в Нидерландия, не променя с нищо намесата в разпределението на данъчните правомощия, описана по-горе. В Решение по дело Lidl Belgium, посочено по-горе, Съдът също е трябвало да направи преценка само на третирането на загубите на места на стопанска дейност в чужбина в рамките на данъчното облагане на местното предприятие майка. Както е известно, Съдът не е приел за необходимо да се отчитат загубите по съображения, изведени от разпределението на данъчните правомощия [26].

47. Следва да се провери обаче дали изключването изцяло на дъщерните дружества със седалище в друга държава членка от системата на консолидиране на резултатите от дейността на общата данъчна единица е непропорционално, поради това че надхвърля необходимото за запазване на разпределението на данъчните правомощия.

48. В това отношение следва да се напомни, че поради механизма на възстановяване правните уредби относно приспадането на загубите на чуждестранни места на стопанска дейност пораждат само временно действие. Прилагането на тези правни уредби към чуждестранните дъщерни дружества следователно би могло да е по-малко ограничително в сравнение с изключването изцяло на прехвърлянето на загуби. Случаят може да е такъв, ако подобна правна уредба засяга в по-малка степен свободата на установяване, при все това все още съобразявайки се надлежно с разпределението на данъчните правомощия.

26 — Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка под линия 3, точки 31—34.

49. В Решение по дело Lidl Belgium, посочено по-горе, Съдът обаче не е счел за необходимо — за разлика от предложеното в заключението на генералния адвокат Sharpston [27] — да се прилага режим на временно пренасяне на загубите в съчетание с режим на възстановяване с цел да се предотврати неудобството да не се разполага с ликвидни средства.

50. Разбира се, държавите членки са свободни да прилагат подобни благоприятни правни уредби по отношение на местата на стопанска дейност със седалище в друга държава членка [28]. Свободата на установяване обаче не им налага такова задължение. Всъщност, когато държава членка приеме загубите на място на стопанска дейност в чужбина да бъдат временно приспаднати от печалбите на местното предприятие, тя се отказва от незабавно данъчно облагане на тези печалби. Налага се изводът, че приемайки отчитането на чуждестранните загуби, от своя страна тази държава членка приема неудобството да не разполага с ликвидни средства, въпреки че съгласно Спогодбата за избягване на двойното данъчно облагане тя е задължена да освободи от данъчно облагане положителните доходи на мястото на стопанска дейност [29]. Следо-

27 — Заключение, представено на 14 февруари 2008 г. по дело Lidl Belgium, посочено в бележка 3, точка 23 и сл.

28 — В Решение по дело Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, посочено в бележка под линия 24, точка 43, Съдът счита подобна правна уредба в този случай и за съгласувана.

29 — Във връзка с това следва да се подчертае, че обстоятелствата по настоящия случай не са сходни с тези в основата на Решение от 29 март 2007 г. по дело Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Сборник, стр. I-2647). В това решение Съдът критикува неудобството да не се разполага с ликвидни средства, породено от различни правила за амортизация във връзка със стойността на местни и чуждестранни дялови участия. Следователно това решение се отнася до собствените загуби на дружеството майка, подлежащи на отчитане в данъчно отношение в държавата по седалището му (вж. точка 48 от посоченото решение по дело Rewe Zentralfinanz). В настоящия случай обаче става въпрос за отчитането на загуби на дъщерно дружество, облагаеми в друга държава членка, при седалището на дружеството майка.

вателно симетрията на данъчно облагане на печалбите и загубите не е гарантирана, докато впоследствие печалбите не се обложат в съответствие с режима за възстановяване [30].

51. Ако държава членка допуска загубите на място на стопанска дейност в чужбина временно да се приспаднат в мястото на основното седалище на предприятието, това не означава, че същото предимство трябва да се даде и на чуждестранните дъщерни дружества. Установените в друга държава членка места на стопанска дейност и чуждестранни дъщерни дружества всъщност не са в сходно положение от гледна точка на разпределението на данъчните правомощия.

52. В това отношение следва да се има предвид фактът, че по принцип данъчната компетентност се свързва с два критерия: седалището на предприятието и мястото на стопанската му дейност. В държавата по седалището му дружеството се облага за неговия световен доход. Същевременно в държавите, в които упражнява стопанска дейност, без да е установено в тях, дружеството е ограничено данъчнозадължено лице по отношение на реализираните там доходи.

53. Тъй като е самостоятелно юридическо лице, в държавата по седалището му дъщерното дружество подлежи на неограничено данъчно облагане. Държавата по седалището на дружеството майка няма право на данъчно облагане по отношение на неразпределените печалби на неговото чуждестранно дъщерно дружество. За разлика от това мястото на стопанска дейност не е самостоятелно юридическо лице. Доходите му се третират като доходи на дружеството, което го поддържа, и подлежат на неограничено данъчно облагане в мястото на основното седалище на дружеството. Същевременно държавата по установяване на мястото на стопанска дейност има право на ограничено данъчно облагане по отношение на тези доходи.

54. В този смисъл член 7, параграф 1 от Спогодбата за избягване на двойното данъчно облагане разпределя данъчната компетентност. С цел избягване на двойното данъчно облагане на доходите на местата на стопанска дейност член 23, параграф 2 от Спогодбата за избягване на двойното данъчно облагане задължава държавата по основното седалище на дружеството да освободи от данък тези доходи. Дори да се приеме, че по този начин тази държава членка, с цел избягване на двойното данъчно облагане, се отказва от данъчната си компетентност по отношение на оперативните доходи, при все това тази компетентност продължава да съществува в латентно състояние. Това обстоятелство проличава особено при избора на метода на освобождаване вместо този на приспадане за целите на избягване на двойното данъчно облагане.

55. Следователно, когато учредява чуждестранно дъщерно дружество, дружеството майка все едно напуска обхвата на данъчната компетентност на държавата по седа-

30 — Това признава и генералният адвокат Sharpston, но в крайна сметка отдава предимство на свободата на установяване пред временното накърняване на разпределението на данъчните правомощия (заключение към Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка 27, точки 24 и 25).

лището си и подлага дъщерното дружество на неограниченото данъчно облагане в приемащата държава членка. Създавайки място на стопанска дейност, предприятието несъмнено също навлиза в обхвата на данъчната компетентност на приемащата държава, *без* обаче изцяло да изключва тази част от предприятието от обхвата на данъчната компетентност на държавата по произход.

56. Прилагането по аналогия на правните уредби относно данъчното третиране на местата на стопанска дейност в чужбина към чуждестранните дъщерни дружества следователно би могло да породи разширяване на обхвата на данъчната компетентност на държавата по седалището на дружеството майка [31].

57. Срещу това X Holding възразява, че разширяването на обхвата на данъчната компетентност нямало да бъде за сметка на държавата по седалището на дъщерното дружеството, ако се свеждало до временното компенсиране на загубите на дъщерното дружество от печалбите на дружеството майка. В отговор на това твърдение следва да се отбележи, че изолираното отчитане на загубите на чуждестранното дъщерно дружество нарушава правото на държавата по седалището на дружеството майка да облага печалбите му и е в противоречие с идеята за симетричното данъчно облагане на печалбите и загубите.

58. Следва да се напомни, че член 43, първа алинея, второ изречение ЕО изрично предоставя на икономическите оператори възможността да избират свободно правната форма, подходяща за упражняване на тяхната дейност в друга държава членка, и този свободен избор не може да бъде ограничаван с дискриминационни данъчни разпоредби [32].

59. Така, що се отнася до задълженията на държавата членка по произход, Съдът отбелязва, че данъчната автономия, с която държавите членки разполагат при актуалното състояние на хармонизиране на общностното данъчно право, означава, че последните са свободни да определят условията и равнището на данъчно облагане на различните видове места на стопанска дейност на националните дружества, когато осъществяват дейност в чужбина, при условие че тези дружества не са третирани дискриминационно в сравнение със сходни национални места на стопанска дейност [33].

60. Следователно Съдът приема, че само правната уредба относно релевантната форма на място на установяване на територията на страната дава основа за сравнение при данъчното третиране на дейностите на местно предприятие, упражнявани в чужбина. Местните места на

31 — Все пак общностната правна уредба не изключва напълно възможността за подобно разпростиране на обхвата на данъчната компетентност на държавата по седалището на дадено дружество върху печалбите на негово чуждестранно дъщерно дружество. То може да бъде обосновано със съображения за борба срещу злоупотребите в строго ограничени случаи (вж. Решение по дело Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas, посочено в бележка под линия 8, точка 59). В настоящия случай обаче не съществува подобно изключително положение.

32 — Вж. Решение по дело Комисия/Франция, посочено в бележка под линия 11, точка 22, Решение от 23 февруари 2006 г. по дело CLT-UFA (C-253/03, Recueil, стр. I-1831, точка 14), Решение по дело Оу АА, посочено в бележка под линия 3, точка 40, както и Определение от 4 юни 2009 г. по дело KBC Bank NV (C-439/07 и C-499/07, Сборник, стр. I-4409, точка 77).

33 — Решение от 6 декември 2007 г. по дело Columbus Container Services (C-298/05, Сборник, стр. I-10451, точки 51 и 53) и Определение по дело KBC Bank NV, посочено в бележка под линия 32, точка 80.

стопанска дейност следва да се сравнят с местата на стопанска дейност в чужбина, а местните дъщерните дружества — с чуждестранните дъщерни дружества. За разлика от това, общностното право не изключва възможността за държавата членка по произход да прилага към чуждестранните места на стопанска дейност данъчен режим, различен от прилагания към чуждестранните дъщерни дружества.

63. Следователно на този етап от анализа може да се заключи, че ограничението на свободата на установяване, произтичащо от факта, че съгласно нидерландското право дъщерно дружество със седалище в друга държава членка не може да бъде включено в обща данъчна единица за целите на консолидирането на резултатите от дейността, е обосновано с целта за запазване на разпределението на данъчните правомощия между държавите членки.

61. Тези разсъждения във връзка със задълженията на приемащата държава членка, от една страна, и на държавата членка по произход, от друга страна, не си противоречат, а съответстват на различния обхват на данъчните правомощия.

— Опасност от двойно отчитане на загубите

64. Съдът приема също, че държавите членки трябва да предотвратят опасността от двойно отчитане на загубите [34].

62. Тъй като по правило приемащата държава членка облага с данък всяка стопанска дейност, упражнявана на територията ѝ, било то от дъщерно дружество (местно данъчнозадължено лице) или от място на стопанска дейност на дружество с (основно) седалище в друга държава членка (чуждестранно данъчнозадължено лице), тя не може да провежда разграничение между тези форми на установяване при облагането с данък. За разлика от това държавата членка по произход има единствено правото да облага с данък място на стопанска дейност в чужбина, но не и правото да облага с данък дъщерно дружество, установено в друга държава членка. Ето защо държавата членка по произход няма задължението за равно третиране на тези две форми на места на установяване в чужбина, що се отнася до данъчното облагане.

65. Според запитващата юрисдикция и правителствата, участващи в производството, тази опасност съществува, ако е възможно загубите на F да бъдат компенсирани от печалбите на X Holding в рамките на обща данъчна единица в Нидерландия. Според тях било възможно едновременното отчитане на загубите на F в Белгия, например в случай на включване в тамошна обща данъчна единица, в резултат на прехвърляне върху трето лице или посредством пренасяне на загубите в следващите данъчни периоди или пренасяне на загубите назад за други данъчни години.

34 — Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 47, Решение по дело Rewe Zentralfinanz, посочено в бележка под линия 29, точка 47 и Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка под линия 3, точка 35.

66. X Holding поддържа, че механизмът на възстановяване изключва възможността за многократно използване на загубите, приспаднати в рамките на обща данъчна единица в Нидерландия посредством пренасяне на загубите на F в следващите данъчни периоди. Освен това според X Holding в Белгия не бил възможен от правна гледна точка нито един от визираните от Hoge Raad други начини за алтернативно използване на загубите на F. Комисията допълва, че компенсация на загубите в Нидерландия може да се подчини на условието да се докаже, че загубите не са били преди това предмет на отчитане в държавата по седалището на дъщерното дружество.

67. Действително при условията, изложени от запитващата юрисдикция и участващите в производството правителства, по всяка вероятност е възможно загубите да бъдат приспаднати през същия данъчен период както при седалището на дружеството майка, така и при седалището на дъщерното дружество [35].

68. Изключването на чуждестранни дъщерни дружества от нидерландска обща данъчна единица е в състояние да премахне тази опасност от двойно отчитане на загубите, но би могло да надхвърли необходимото за този резултат.

69. Всъщност националните правни уредби не допускат включването на чуждестранно дъщерно дружество в обща данъчна единица дори когато предприятията представят доказателства, установяващи че двойно отчитане на загубите е изключено поради уредбата на данъчното право в държавата по седалището на дъщерното дружество. Както предлага Комисията, освен това би могло да се помисли за мярка за отчитане на загубите в чужбина, която е в по-слаба степен ограничителна, когато данъчнозадълженото лице може да докаже, че загубите действително не са използвани по друг начин при седалището на дъщерното дружество [36]. При все това би следвало държавата по седалището на дружеството майка да разполага с възможност за проверка на тези данни, например като се прилага Директива 77/799/ЕИО на Съвета от 19 декември 1977 година относно взаимопомощта между компетентните органи на държавите членки в областта на прякото данъчно облагане и облагане на застрахователните премии [37, 38].

70. При все това не е необходимо да се взема окончателна позиция по този въпрос, тъй като във всеки случай изключването на възможността за образуване на трансгранични данъчни единици с цел прихващане на загубите е обосновано

35 — Вж. също относно опасността от двойно отчитане на загубите в случай на трансгранични групи от предприятия Решение по дело Papillon, посочено в бележка под линия 10, точка 46 и сл.

36 — Вж. в този смисъл Решение по дело Papillon, посочено в бележка под линия 10, точка 55 и сл.

37 — ОВ L 336, стр. 15; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 1, стр. 21, последно изменена с Директива 2006/98/ЕО на Съвета от 20 ноември 2006 година за адаптиране на някои директиви в областта на данъчното облагане поради присъединяването на България и Румъния (ОВ L 363, стр. 129; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 3, стр. 126).

38 — Посочената директива не се прилага в случай на трети държави, включително държави от Европейското икономическо пространство. В настоящия случай обаче клаузите за обмен на информация, съдържащи се в спогодби за избягване на двойното данъчно облагане, биха могли евентуално да осигурят обмена на информация, необходим за упражняването на контрол (вж. по този въпрос моето заключение, представено на 16 юли 2009 г. по дело Комисия/Италия (C-540/07, все още непубликувано в Сборника, точка 75 и сл.).

с оглед на запазване на разпределението на данъчните правомощия. Този елемент от обосновката е валиден и когато не съществува едновременно опасността от двойно отчитане на загубите или когато тази опасност може да бъде премахната по друг начин [39].

— Опасност от избягване на данъци

71. Накрая, що се отнася до третия елемент от обосновката в Решение по дело Marks & Spencer, посочено по-горе, опасността от избягване на данъци [40], още в моето заключение към Решение по дело Oy AA, посочено по-горе, подчертавам, че не считам този елемент за самостоятелно основание наред със запазването на разпределението на данъчните правомощия между държавите членки, когато става въпрос за изключването на трансгранични прехвърляния на печалби [41]. Този извод важи и в случая на прихващане на загубите на чуждестранно дъщерно дружество във връзка с облагането с данъци на местното дружество майка.

72. Ако под избягване на данъци се разбира възможността за предприятието, без да зачита разпределението на данъчните правомощия, да избира свободно държавата, в която да се облагат доходите му, тогава този елемент от обосновката се прилага и в настоящия случай. Ако дадена група можеше свободно да включва чуждестранни дъщерни дружества в общата данъчна единица или отново да я отделя от тази консолидирана група, дружествата всъщност щяха да имат възможността да контролират отчитането на загубите за данъчни цели и да оказват въздействие върху облагаемата основа при седалището на общата данъчна единица [42].

2. Данъчно неутрално преобразуване и прехвърляне на активи

73. X Holding освен това изтъква, че наред с компенсацията на загубите е изключено и неутрално от данъчна гледна точка преобразуване на дружествата, ако те не могат да образуват обща данъчна единица. В частност прехвърлянето на активи между нидерландско дружество майка и дъщерното му дружество със седалище в друга държава членка не било възможно, без да има данъчноправни последици.

74. От разгледаното дотук следва, че не е необходимо режимът на общата данъчна единица да се разпростира, във всеки случай и в значителна степен, върху трансгранични групи от предприятия, за да бъде съобразен със свободата на установяване. Запитващата юрисдикция обаче смята да приложи отделни аспекти на този режим в трансгранични случаи. При все това

39 — Вж. по-горе, точка 32 от настоящото заключение и цитираните позовавания. Показателно за Решение по дело Lidl Belgium, посочено в бележка под линия 3, е че в него това основание дори не е повдигнато.

40 — Вж. Решение по дело Marks & Spencer, посочено в бележка под линия 2, точка 49.

41 — Заключение по дело Oy AA, посочено в бележка под линия 13, точки 62 и 63.

42 — Вж. по-горе, точки 42 и 45 от настоящото заключение.

въпросът се състои по-скоро в това дали могат да се извършват преобразувания или да се прехвърлят активи между предприятия по неутрален от данъчна гледна точка начин, при положение че в същото време не се консолидират печалбите и загубите на тези предприятия.

75. Доколкото според запитващата юрисдикция въпреки това става дума за въпрос, подлежащ на разискване, на първо място следва да се отбележи, че данъчните последици от трансграничните преобразувания са хармонизирани с Директива 90/434/ЕИО на Съвета от 23 юли 1990 година относно общата система за данъчно облагане, приложима спрямо сливанията, разделянията, прехвърлянията на активи и замените на акции по отношение на дружества от различни държави членки [43]. Следователно е възможно евентуални пречки за упражняване на свободата на установяване във връзка с транзакции, попадащи в приложното поле на тази директива, в подкрепа на чието съществуване обаче не са представени никакви доказателства в конкретния случай, до голяма степен да са премахнати.

76. От друга страна, липсва по-подробна общностна правна уредба на въпроса относно начина на данъчно третиране на скрити резерви във връзка с трансграничното прехвърляне на активи или на дялови участия, което не се извършва в рамките на транзакция, попадаща в обхвата на прилагане на Директива 90/434. Обстоятелството, че подобни транзакции са третирани по по-неблагоприятен начин, отколкото прехвърляния между местни дружества, например поради необходимостта в този момент от разкриване и данъчно облагане на скрити резерви, докато случаят не е такъв по отношение на местните прехвърляния, би могло да представлява ограничение на свободата на установяване.

77. Подобно ограничение обаче по всяка вероятност е обосновано с оглед на запазването на разпределението на данъчните правомощия между държавите членки.

78. В това отношение следва да се отбележи, че прехвърлянето на активи между две местни предприятия не засяга данъчната компетентност на съответната държава. Ако в този случай се прехвърлят скрити резерви, последните остават в обхвата на данъчната компетентност на тази държава. Впоследствие реализирани печалби могат и занапред да се облагат с данък в тази държава.

79. Ако се приеме, че латентното увеличение на стойността на даден актив по принцип подлежи на данъчно облагане в държавата на възникването си [44],

43 — ОВ L 225, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 1, стр. 92, последно изменена с Директива 2006/98/ЕО, посочена в бележка под линия 37.

44 — Вж. в този смисъл Решение по дело N, посочено в бележка под линия 3, точка 46 и точка 97 от моето заключение, представено на 30 март 2006 г. по това дело.

възможно е трансгранично прехвърляне на активи да накърни разпределението на данъчните правомощия. Ако в резултат на тази транзакция са прехвърлени скрити резерви в друга държава членка, държавата, на чиято територия са създадени, впоследствие няма възможност за безпроблемно данъчно облагане на печалби, реализирани от ликвидирането на резервите.

80. Правни уредби, имащи за цел да противодействат на съответна намеса в разпределението на данъчните правомощия, трябва обаче да бъдат в състояние да гарантират осъществяването на тази цел и да не надхвърлят необходимото за постигането ѝ [45].

81. Запитващата юрисдикция следва да провери, ако е необходимо, доколко националните правни уредби, приложими към прехвърлянето на активи и към данъчното третиране на скрити резерви, за които на Съда не са предоставени данни, съответстват на тези принципи.

45 — Вж. по-горе, точка 30 от настоящото заключение и цитираната съдебна практика.

3. Неутрализиране на сделките в рамките на обща данъчна единица

82. Накрая X Holding посочва също, че сделки между местни предприятия, обединени в обща данъчна единица, остават неутрални от данъчна гледна точка, докато аналогични трансгранични транзакции между свързани предприятия, нямащи възможност да образуват обща данъчна единица, се вземат предвид при данъчното облагане.

83. С цел да се избегне прехвърлянето на обекта на облагането от една в друга държава членка в хода на трансгранични сделки е необходимо последните да се изпълняват при нормални пазарни условия и да бъдат отразени в данъчните баланси [46]. Допълнителната тежест, свързана с документирането на трансферните цени, действително затруднява сделките между свързани предприятия, установени в различни държави членки. При все това национални правни уредби относно трансферни цени, доколкото представляват ограничение на свободата на установяване, са обосновани с цел запазване на разпределението на данъчните правомощия, при условие че са съобразени с принципа на пропорционалност.

46 — Вж. за повече подробности относно националните правни уредби, имащи за цел да гарантират спазването на принципа на сделката между несвързани лица, моето заключение, представено на 10 септември 2009 г. по дело C-311/08, все още непубликувано в Сборника).

V — Заключение

84. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на поставения от Hoge Raad въпроси по следния начин:

„Член 43 ЕО във връзка с член 48 ЕО допуска правна уредба на държава членка, която дава възможност на местно дружество и на едно или повече негови дъщерни дружества със седалище на територията на страната да образуват обща данъчна единица, в резултат на което дължимият от тях данък да се събира на равнището на дружеството майка, така както ако ставаше въпрос за едно-единствено данъчнозадължено лице, но не позволява включването на дъщерни дружества със седалище в друга държава членка в обща данъчна единица“.