

РЕШЕНИЕ

№ 5859

гр. София, 05.11.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 9 състав, в публично заседание на 16.10.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Камелия Серафимова

при участието на секретаря Анжела Савова и при участието на прокурора Балев, като разгледа дело номер **5057** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

1

7

Настоящото административно производство е по реда на чл.156 и сл.ДОПК,вр.с чл.141 ДОПК .

Образувано е по жалба на „Ч. Б. И.”БВ срещу Становище за наличие или липса на основания за прилагане на СИДДО изх.№17-0018798/16.01.2012, издадено от М.С.- орган по приходите при ТД „ГДО”, потвърдено с Решение №794/09.04.2012 година на Директор на Дирекция”ОУИ”.

Развитите в жалбата оплаквания са за незаконосъобразност на обжалваното становище. Твърди се, че неправилно органът по приходите е прел, че не са налице основания за прилагане на СИДДО по отношение на доходите ,посочени в Искането като противно на всички доказателства ,приложени в хода на административното производство приемат, че дружеството не е действителен притежател на доходите.Иска се отмяна на становището и връщане на преписката на органа, издал становището за ново произнасяне при спазване на дадените указания. Претендират се и сторените по делото разноски.

В съдебно заседание,жалбоподателят-„Ч. Б. И. Б.В редовно уведомен при условията на чл.137,ал.7 АПК се представлява от адвокат Д. , редовно упълномощена с пълномощно по делото, която поддържа жалбата на заявените основания и моли

становището да бъде отменено.Претендира и направените по делото разноски. Ответникът по жалбата-Директор на Дирекция"Обжалване и управление на изпълнението"при ЦУ на НАП-гр.С.,редовно уведомен при условията на чл.137,ал.7 АПК,се представлява от юрисконсулт З., редовно упълномощена,която оспорва жалбата като неоснователна.Претендира заплащането на юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на СГП изразява становище за неоснователност на предявента жалба.

Административен съд София-град след като прецени събраните по делото доказателства,ведно с доводите, възраженията и изразените становища на страните,при условията на чл.142,ал.1 АПК,вр. с чл.188 ГПК, прие за установено следното:

От приложения превод на Удостоверение, издадено от Търговския регистър на Н. е видно, че дружеството е учредено съгласно законите на К. Х. на дата 03.01.2011 година.

На 04.05.2006 година между Министерство на икономиката и енергетиката и Ч. а.с. Ч. е сключен Меморанудм, по силата на който е сключен договор за приватизационна продажба на акции във връзка с ТЕЦ [фирма], Ч. а.с поело задължение да инвестира 40 000 000 евро в енергийни проекти на територията на РБ. С този Меморандум е договорено още, че Ч. може да избере да инвестира или самостоятелно или като използва за тази цел свързано лице или някакво друго предприятие или организация, при условие ,че задължението на Ч. а.с. да инвестира при условията на този Меморандум, остава задължение на Ч. и по никакъв друг начин не се засяга от това.Ч. а.с може да избере да структурира своята инвестиция по всякакъв начин, който счита за подходящ, за да създаде ефективна данъчна структура за себе си и за своите свързани лица, като това може да включва създаването на офшорни фондове или други предприятия, при условие ,че задължението на Ч. а.с да инвестира съгласно условията на Меморандума остава задължение само за него и не се засяга от това. За целите на Меморандума инвестицията може да бъде структурирана като парична вноска в капитала под формата на собствен капитал, вноска/ дълг/ на фонд, съдружник, акционер и/ или други финансови инструменти, като Ч. може да определи по своя преценка. Според легалното определение в Меморандума, свързано лице означава във връзка с всяко лице, всяко друго лице, което пряко или косвено е контролирано от това лице, като контрол означава владението, пряко или косвено на правото да се управлява или организира управлението на ръководството и политиките на това лице, независимо дали чрез собственост или други интереси по силата на договор или по друг начин., а ангажирана сума- означава сумата от 40 000 000 евро. Наред с това ,с изменението на Меморандума от 15.12.2010 година, е предвидено, че Ч. а.с. не по- късно от 31.01.2011 година трябва да осигури депозираното на сумата от 40 000 000 евро в Е. сметка, като сумата от тази Е. сметка може да бъде изтеглена от Ч. или от някое от неговите свързани лица единствено за целите на инвестирането в енергийни проекти,съответстващи на инвестиционните критерии, изброени в чл.2.2, Е. сметката ще се използва за получаването и съхранението на средства, постъпващи от Ч. или от някое от свързаните дружества и използвани за финансирането на енергийни проекти съгласно инвестиционните критерии, като за целите на откриването и обслужването на сметката, както и обработката на преводите, Ч. или някое от неговите свързани дружества ще бъдат

законовият собственик на сметката и ще заплатят на банката всички съответни такси и комисионни, съгласно тарифния план на банката.

Със Заповед №25/20.05.2009 година на Изпълнителен директор на НАП- [населено място] Д. Б. е назначен на длъжността- Началник отдел"Контрол" при ТД на НАП-ГДО", считано от 01.06.2009 година.

Със Заповед №071/12.04.2010 година Директор ТД на НАП- ГДО" упълномощил органа по приходите, заемащ длъжността Началник отдел" Контрол" да издава заповед за възлагане на ревизии и резолюции за извършаване на проверки.

На 03.01.2011 година е учредено дружеството- жалбоподател, като частно търговско дружество с ограничена отговорност съгласно законодателството на Н. с нотариален акт като дружеството е приело и попълнило допълнителна вноска в премиен резерв от записалия акции- Ч. а.с в размер на 40 000 000 евро за дописване на собствения капитал на дружеството.

На 28.01.2011 година е сключен Е. договор между Министерство на Икономиката, енергетиката и туризма на РБ и Ч. Б. И. БВ и И. БНК Н.В, по силата на който в изпълнение на сключения Меморандум на 04.05.2006 година ,впоследствие изменен, Министерството и Ч. а.с се съгласили Довереникът- Дружеството жалбоподател да получи, съхранява и освободи сумата, депозирана по сметката.Сметка по силата на самия Е. договор означава специална сметка, открита при довереника в евро на името на Ч. с цел депозирание на сумата,а сумата означава 40 000 000 евро, която е депозирана от Ч. по сметката за осигуряване на плащането плащанията по всеки енергиен проект, комисионна- означава комисионна в евро, която се дължи на довереника при условията на този договор, а подсметка, означава сметка в евро, открита при довереника на името на Ч. за целите на осчетоводяването на дължимата от довереника лихва върху сумата, а също и за удържане на дължимата комисионна. С този Е. договор са определени условията за депозирането и съхраняването на сумата по сметка, с цел осигуряване плащането на сумата от сметката за целите на енергиен проект в полза на трети лица,Ч. поело задължение да депозира сумата от 40 000 000 евро по сметката от своята банкова сметка не по- късно от 31.01.2011 година. Договорено е още ,че довереникът- дружеството жалбоподател не е обвързано от Меморандума или изменения по него или по който и да е друг договор между Министерството и Ч.. Договорената комисионна, дължима по договор на довереника е в размер на 1500 евро на тримесечие, като довереникът дължи кредитна лихва по сумата в сметката, а лихвеният процент е подробно посочен в него, и следва да бъде платена на Ч. чрез кредитиране на подсметката на първия работен ден на следващия месец

На 18.11.2011 година,жалбоподателят депозирал Искане за прилагане на Спогодба за избягване на двойно данъчно облагане между РБ и Х. по отношение на доходи от лихви по Договор – от 28.01.2011 година, начислена към дата 01.10.2011 година в размер на 256 249.59 евро ил леваво аравонстонйст в разеър на 501 180.64 лева

Към искането си приложил Договор за заем от 28.01.2011 година, Удостоверение от данъчната администрация на държавата, на която притежателят на доходите е местно лице, декларация от притежателя на доходите.

На 21.11.2011 година, П. Д. Б. – Началник отдел"Дирекция" ГДО"при ТД „ГДО" [населено място] с Резолюция за извършване на проверка определил М. С. С. на длъжност- Старши инспектор по приходите да извърши проверка на „Ч. Б. И. Б.В. по СИДДО с вх.№17-00-18798/18.11.2011 година и определил срок за завършване на

проверката -17.01.2011 година.

На 16.01.2012 година, М. С. на длъжност- старши инспектор по приходите издала Становище за наличие или липса на основания за прилагане на Спогодба за избягване на двойно данъчно облагане, с което приела, че не са налице основания за прилагане на СИДДО между РБ и Х. по отношение на „Ч. Б. И.”Б.В.

Становището е връчено на пълномощник на жалбоподателя на 19.01.2011 година. Срещу становището дружеството депозирало жалба до Директор на Дирекция ОУИ”, а последният с Решение № 794/09.04.2012 година, Директор на Дирекция” ОУИ” потвърдил обжалваното становище.

Решението е връчено на жалбоподателя на 11.04.2012 година.

По делото са приложени всички събрани в хода на административното производство писмени доказателства.

По делото е назначена, изслушана и неоспорена от страните съдебно- счетоводна експертиза.

От заключението на вещото лице се установява, че съгласно Удостоверение за актуално състояние от 19.10.2011 година, дружеството е учредено на 03.01.2011 година и вписано в Търговския регистър на Търговските камари на А. на 04.01.2011 година, като установеният капитал на дружеството е 50 000 евро, целият емитиран капитал на дружеството е изцяло внесен, непосредствено преди подписването и се състои от 30000 обикновени акции, всяка една с номинална стойност в размер на 1 евро с номера от 1 до 30000 включително, като на 12.01.2011 година, едноличният акционер на дружеството е взел решение да емитира 20000 обикновени акции в капитала на дружеството, всяка на стойност от 1 евро с номера от 30 001 до 50000 включително като дружеството е получило и приело допълнителна вноска с премиини резерви от записания капитал в размер на 40 000 000 евро за подсилване на собствения капитал на дружеството. Вещото лице посочва още, че съгласно представените Отчет за финансовото състояние и Отчет за всеобхватния доход на дружеството, печалбите и загубите са приключени към 30.06.2011 година, като размерът на собствения капитал на тази дата е акционерен капитал -51000 евро, премии и резерви 40 000 000 евро, печалби и загуби -740 314 евро, общо собствен капитал -39 310 686 евро. Съгласно представения Отчет за всеобхватния доход и Отчет за финансовото състояние към 30 април, 31 май и 30 юни 2012, структурата на собствения капитал към 30.06.2012 година е както следва: основен капитал -51000 евро, премии и резерви 40 000 000 евро, печалби и загуби -1182 324 евро, печалби и загуби от текущата година общо собствен- капитал 37 928 086 лева, банковата сметка на дружеството е заверена с постъпилите суми от лихви, съгласно таблицата в констативно- съобразителната част, като общият размер на дохода от лихви за периода 01.02.2011-31.12.2011 възлиза на 318 348.87 евро, и от тази сметка са извършени преводи, посочени в табличен вид в оповестените финансови отчети ,дружеството няма деклариран заемни средства.

Разпитан в съдебно заседание, експертът заявява, че поддържа заключението си.

С оглед на така установената фактическа обстановка, Административен съд София-град намира предявената жалба за процесуално допустима, подадена в преклузив ния срок по чл.156, ал.1 ДОПК от процесуален представител на легитимирана страна и при наличие на правен интерес от обжалване. Разгледана по същество, същата се явява основателна. Съображенията за това са следните:

В раздел III на ДОПК е визирана Процедурата за прилагане на спогодбите за

избягване на международното двойно данъчно облагане на доходите и имуществото по отношение на чуждестранни лица от чл.135- до 141 от ДОПК, като по отношение на обжалването на становището, се прилага субсидирано разпоредбите относно ревизионния акт.

При преценката законосъобразността и обосноваността на становището, съдът следва да извърши проверка дали е издадено от компетентен орган и в съответната форма, спазени ли са процесуално-правните и материално правните разпоредби при издаването му-това са така наречените условия за редовно действие на ревизионния акт, залегнали в разпоредбата на чл.160,ал.2 ДОПК,приложима по силата на препращащата норма на чл.141,ал.4 ДОПК.

Обжалваното Становище,изх.№17-00-18798/16.01.2012 година,е издадено от компетентен орган- това е Старши инспектор по приходите- М. С. С., на когото Началник отдел"Контрол" при ТД на НАП"ГДО"е възложил извършването на проверка относно прилагането на СИДДО между РБ и Н. по отношение на „Ч. Б. И. Б.В” / аргумент от разпоредбата на чл.139,ал.2 ДОПК, вр с чл.141,ал.1 ДОПК. Наред с това, между страните няма спор, а и от приложените по делото доказателства, се установява, че лицето М. С. заема длъжността- старши инспектор по приходите към ТД на НАП- ГДО.

При издаването на становището, органът по приходите е спазил процесуално правните разпоредби на ДОПК.В разпоредбата на чл.141 от ДОПК е посочено, че органите по приходите осъществяват контрол по прилагането на СИДДО, като извършват проверка или ревизия. Когато се извършва проверка, становище за наличие или липса на основания за прилагане на СИДДО се издава на чуждестранното лице в 60-дневен срок от подаване на искането по чл. 137, ал. 1. Копие от становището се изпраща и на платеща на дохода

В настоящия случай,от събраните доказателства е видно, че административното производство е иницирано от страна на жалбоподателя чрез подаване на Искане за прилагане на СИДДО между РБ и Н. на 18.11.2011 година. След подаване на Искането, с Резолюция за извършване на проверка от 21.11.2011 година, Началник отдел Контрол при ТД на НАП- „ГДО” и осигурители – [населено място]-П. Д. Б./упълномощен от Директор ТД „ГДО” да издава заповеди за извършване на проверки” определил М. С.- старши инспектор по приходите за орган, който следва да извърши проверка за прилагане на СИДДО между РБ и Н. по отношение на „Ч. Б. И.-Б.В”..Становището е издадено в предвидения 60 дневен срок

При издаването на становището , органът по приходите е нарушил материално правните разпоредби, като наред с това становището е немотивирано и в него изобщо няма обсъждане на спорните по делото факти. Мотивите са дописани в Решението на Директор на Дирекция ОУИ”, но същият отново не е изследвал въпроса за приложимостта на новия чл.136а от ДОПК, в сила от 01.01.2011 година и приложим в настоящата хипотеза.Наред с това, липсва обсъждане на самия доход от лихва-дали той е такъв под формата на договорената комисионна, която се плаща на дружеството- жалбоподател или пък е лихвата ,която дружеството плаща на Ч. по подсметката в Е. договора.

Разпоредбата на чл.136 от ДОПК предвижда , че за целите на чл.135 от ДОПК след възникване на данъчно задължение за доход от източник в страната, чуждестранното лице удостоверява пред органа по приходите, че е местно лице на друга държава по смисъл на съответната СИДДО, че е притежател на дохода от източник в РБ, че не

притежава място на стопанска дейност или определена база на територията на РБ, с които съответният доход е действително свързан, и че по отношение на него са изпълнени особените изисквания за прилагане на СИДДО или отделни нейни разпоредби по отношение на определени в самата СИДДО лица, когато такива особените изисквания се съдържат в съответната СИДДО.

В настоящия случай спорът се свежда до това, дали дружеството жалбоподател е лице притежател на дохода от лихви..

Според принципите, залегнали в СИДДО и по конкретно- в чл.11,ал.2 от Модела на СИДДО уреждащ данъчното облагане при източника на лихви, държавата на източника предоставя предвидените в СИДДО данъчни облекчения само когато местно лице, получател по лихвите е и действителен техен притежател/ бенефициент/. Легално определение на понятието- действителен притежател на дохода е дадено в разпоредбата на чл.136а от ДОПК/Нов - ДВ, бр. 94 от 2010 г., в сила от 01.01.2011 г.) , според която чуждестранно лице е притежател на дохода, когато има право да се разпорежда с дохода и да преценява използването му и понася целия или съществена част от риска от дейността, от която се реализира доходът, и не действа като дружество за насочване на дохода. Според алинея втора на същия текст, дружество за насочване на дохода е дружество, което се контролира от лица, които не биха имали право на същите по вид и размер облекчения, ако доходът се реализираше директно от тях, и не осъществява стопанска дейност, извън притежанието и/или администрирането на правата или активите, от които се реализира доходът, и дружеството не разполага с активи, капитал или персонал, съответстващи на неговата стопанска дейност или няма контрол върху използването на правата или активите, от които е реализиран доходът. Понятието "лихви" по смисъла на СИДДО между РБ и К. Х. е легално определено, в чл. 11, ал. 3 от същата, според което "лихви" означава доходи от вземания за дълг от всякакъв вид независимо от това, дали са осигурени или не с ипотека.

При казаното по- горе, към искането си, дружеството- жалбоподател е приложена и декларация от дружеството, че е действителен притежател на дохода от лихви. Независимо от обстоятелството, че тази декларация по естеството си представлява подписан частен писмен документ, който не се ползва с материална доказателствена сила, органът по приходите изобщо не е събрал информация и то по реда на чл.143 от ДОПК по отношение на декларираното от страна на дружеството – жалбоподател. На второ място, органът по приходите изобщо не е обсъдил в становището си финансовото състояние на Ч. Б. И. Б.В. На следващо място, във всички случаи при тълкуването на понятието– действителен притежател на дохода , следва да се анализират както чисто икономическите функции на лицето, претендиращо прилагането на данъчната спогодба от гледна точка на поети рискове и използвани активи и характерът на осъществяваните сделки и процесът на вземане на решение по отношение на начина на използване на активите и доходите, генерирани от тези активи. Органът по приходите изобщо не е изследвал, нито приложените доказателства, нито вида на дохода, който се претендира- дали е комисионна по силата на Е. Догоовор, или пък е друг вид лихва получена от лицето, жалбоподател. Наред с това, от събраните в хода на съдебното производство доказателства- писмени- Годишен финансов отчет на дружеството, така и от съдебно счетоводната експертиза, неоспорена от страните, което настоящата съдебна инстанция намира за обективно и компетентно изготвено се установява, че дружеството се е разпореждало с тази заявена лихва в размер на 318 348.87 лева.

В контекста на всичко изложено дотук ,настоящата съдебна инстанция намира ,че Становището не отговаря на условията за редовно действие,което предполага

неговата отмяна. Тъй като естеството на спора не позволява решаването му по същество от съда, то административната преписка следва да бъде върната на органа по приходите ,за ново разглеждане, като при него следва да бъдат обсъдени всички приложения и в хода на съдебното производство доказателства, в това число и извлечението по банковите сметки по отношение на дохода от лихва, да се съберат доказателства за това получените от жалбоподателя лихви по договора какъв характер имат- на комисионна по договора или друг вид лихва, да се изследва и установи в какъв размер са направените преводи за лихви по подсметката, която лихва се дължи от страна на дружеството- жалбоподател на Ч. а.с по силата на този Е. договор и едва тогава да се изготви ново мотивирано становище.

С оглед изхода на спора, в полза на жалбоподателя следва да бъдат присъдени направените по делото разноски в размер на 200 лева- държавна такса и заплатен депозит за вещо лице. Жалбоподателят е представляван от адвокат, но в представеното по делото пълномощно липсва договорено,респективно заплатено адвокатско възнаграждение.

Воден от гореизложеното и на основание чл.160,ал.1 ДОПК,Административен съд-София град

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ Становище за наличие или липса на основания за прилагане на СИДДО изх.№17-0018798/16.01.2012, издадено от М.С.- орган по приходите при ТД „ГДО”, потвърдено с Решение №794/09.04.2012 година на Директор на Дирекция”ОУИ”.

ОСЪЖДА ДИРЕКТОР НА ДИРЕКЦИЯ”ОУИ”ПРИ ЦУ НА НАП-ГР.С. ДА ЗАПЛАТИ НА „Ч. Б. И.” БВ. СУМАТА ОТ 200 ЛЕВА РАЗНОСКИ ПО ДЕЛОТО, КАТО СЪЩАТА СЛЕДВА ДА БЪДЕ ВЪЗСТАНОВЕНА ОТ БЮДЖЕТА НА ДИРЕКЦИЯ”ОУИ”.

На основание чл.138 АПК,препис от решението да се изпрати на жалбоподателя,на ответника по жалбата.

Решението подлежи на касационно обжалване пред ВАС на РБ в 14-дневен срок от получаване на препис от същото,съгласно разпоредбата на 160,ал.6 ДОПК,вр. с чл.211,ал.1 АПК.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: