

РЕШЕНИЕ

№ 5236

гр. София, 05.08.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 64 състав, в публично заседание на 17.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Калинка Илиева

при участието на секретаря Спасина Иванова, като разгледа дело номер **3660** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.156 и сл. от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс /ДОПК/.

Образувано е по жалба на ОТП FINANCING M. C. L., М., служебен номер от регистъра на НАП [ЕГН] срещу акт за прихващане или възстановяване /А./ №П-22229920129052-004-001/30.11.2020 г., потвърден с решение №306/23.2.2021 г. на директора на дирекция „Обжалване и данъчно осигурителна практика“, ТД на НАП С., с който е отказано възстановяване на внесен през 2019 г. данък при източника, удържан по реда на чл. 195, ал. 1 от Закона за корпоративното подоходно облагане /ЗКПО/ в размер на 15 572,52 лв.

Жалбоподателят твърди, че е неправилен изводът в А., че той не е притежател на реализираните доходи от лихви по смисъла на чл. 136а ДОПК, вр. чл. 136, т. 2 ДОПК. Напротив – представени са доказателства, от които се установява, че отговаря на изискването за действителен притежател на дохода, а органът не е доказал неизпълнение на нито едно от условията на чл. 136а ДОПК. По отношение непризнаването като притежател на дохода по чл. 10 СИДДО с М. е отказано само на база предположението, че дружеството е създадено единствено с цел вътрешногрупово финансиране. Оценката на финансовите активи на дружеството са послужили като основание да се направи извод, че дружеството не поема никакви рискове във връзка със стопанската си дейност и действа като дружество за насочване на дохода. Противоречи на икономическата логика дружеството да действа и като генерира облагаеми печалби и да ги разпределя като дивидент, за което взема

решение собственикът на капитала на дружеството. Не е съгласен с изводите относно предоставените заеми, отпуснати от жалбоподателя към българските дружества, както и краткосрочните заеми от ОTR В. Plc – У.. Не е съобразено обстоятелството, че жалбоподателят е регистриран като финансова институция съгласно малтийското право и подлежи на регулаторен надзор от М. орган, компетентен за това. Постановявайки оспореното решение, ответникът се е произнесъл извън рамките на своята компетентност. Не е взето предвид, че с предходно решение на ВАС вече е било признавано правото на жалбоподателя по чл. 10 СИДДО с М..

Твърди, че са необосновани изводите в А., че дружеството не понася съществена част от риска от дейността. Неверни са твърденията, че дружеството изрично е заявило, че не поема никакви рискове във връзка с кредитирането, а поема специфичните за дейността си рискове. Изискването да се понася съществена част от риска по чл. 136а, ал. 1, т. 1 ДОПК е насочено към разпределение на риска от дейността между формалния получател на дохода и неговия действителен притежател. ОТП поема рискове, вкл. и във връзка с предоставените заеми. Направено е предположение, че при трайна забава или неплатежоспособност, малтийското дружество би изпаднало в затруднение да изпълни задълженията си към своя кредитор. Това не е действително установен факт.

Необосновани са твърденията, че дружеството няма контрол върху използването на правата и активите, от които е реализиран доходът. Одобрението за финансиране не обвързва дружеството заемополучател да го получи. Решението за финансиране се взема изцяло от Кредитния комитет на жалбоподателя.

Необосновани са изводите, че той не разполага с необходимите ДМА и персонал за заемане на дейността. Преценка за това се взема от М. финансов регулаторен орган, именно на който жалбоподателят е задължен да предоставя доказателства в тази насока. Не е взета предвид капиталовата адекватност на дружеството.

Необоснован е изводът, че съществува пряка връзка между отпуснатите на жалбоподателя заеми и тези, отпуснати на български дружества. Налице са ясно разграничени и необвързани взаимно парични потоци.

Необосновани са изводите, че липсва пазарна и икономическа логика в утвърдената практика. Печалбата на жалбоподателя се изразява в разликата между цената на получените краткосрочни заеми и цената на предоставените дългосрочни. С оглед това поема непрекъснат ликвиден и лихвен риск. Жалбоподателят предоставя дългосрочно финансиране на неунгарски дъщерни дружества, а след създаването на малтийското дружество ОTR В. PLC не предоставя дългосрочно финансиране на никое чуждестранно дъщерно дружество, поради което и е необосновано това бизнес решение да се интерпретира като целящо по-изгоден режим от този, предвиден в СИДДО между У. и съответната държава. Имайки предвид, че размерът на доходите от лихви с източник България е 1%, е необоснован изводът, че жалбоподателят е дружество за насочване на доходи от лихви. Без основание е, че ако бяха кредитирани от банката, дружествата биха получили кредит от по-ниска лихва, с оглед кредитната политика на банката и с оглед начина на формиране на печалбата на дружеството.

Ответникът – директорът на дирекция „Обжалване и данъчно-осигурителна практика“, [населено място] при Централно управление на НАП моли да бъде потвърден обжалваният акт. Претендира разноски – юрисконсултско възнаграждение.

СГП не взе становище по жалбата.

Административен съд София – град, 64 състав, като обсъди доводите на страните и

доказателствата по делото, намира от фактическа и правна страна следното:

По допустимостта.

Жалбата е в срок. Подадена е от лице с правен интерес от оспорването и пред компетентния административен съд, поради което се явява ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА.

Относно фактите.

Производството е образувано въз основа на постъпило от OTP FINANCING M. C. L., М. искане по реда на чл. 129 от ДОПК с вх. №53-00-1933/23.07.2020 г. на ТД на НАП С. за възстановяване на внесен през 2019 г. данък при източника в размер на 15 572,52 лв.

OTP FINANCING M. C. L., регистрирано и съществуващо по законите на М., претендира възстановяване на данък при източника в размер на 15 572,52 лв., удържан от [фирма], ЕИК[ЕИК], в качеството му на платец на доход от лихви, изплатен по сключено между двете дружества споразумение за заем от 11.01.2019 г.

С резолюция за извършване на проверка №П-22229920129052-ОРП-001 от 05.08.2020 г., издадена от С. Н. Г., на длъжност началник отдел „Ревизии и проверки“, дирекция „Средни данъкоплатци и осигурители“ при ТД на НАП С., е възложено извършване на проверка за прихващане или възстановяване на данък върху доходите на чуждестранното юридическо лице за данъчните периоди от 01.01.2017 г. до 31.12.2019 г. Срокът за приключване на проверката е определен до 27.08.2020 г. Със заповед №П-22229920129052-023-001/20.08.2020 г. производството е спряно и е възобновено със заповед №П-22229920129052-143-001/23.11.2020 г., издадени от органа, възложил проверката. Проверката е приключила с А. №П-22229920129052-004-001/30.11.2020 г., издаден от М. Б. М., на длъжност главен инспектор по приходите при ТД на НАП С., дирекция СДО.

Органът по приходите е изготвил искане за представяне на документи и писмени обяснения от задълженото лице /ИПДПОЗЛ/ №П-22229920129052-040-001/11.08.2020 г.

С протокол №П-22229920129052-П.-001/30.11.2020 г. са присъединени документи и писмени обяснения, представени от същото дружество в хода на проверка, приключила с протокол № П- 22229920142823-073-001/30.11.2020 г.

Органите по приходите са достигнали до извода, че е налице само формално съответствие с изискванията на чл. 10, ал. 1 от Спогодба за избягване на двойното данъчно облагане /СИДДО/ с М., според която реализираните от чуждестранното лице доходи от лихви се освобождават от облагане в България. Това е така, предвид чл. 13ба от ДОПК-процесното чуждестранно дружество не може да бъде прието за „действителен притежател“ или бенефициент на доходите от източник в страната.

Прието е, че малтийското дружество е създадено единствено с цел вътрешногрупово финансиране за унгарската група OTP /Меркантилбанк/ и то не поема никакви съществени рискове във връзка със стопанската си дейност. Независимо, че е приело процедури и правила при обработката на документите във връзка с кредитирането, то изпълнява единствено посреднически функции между крайния собственик в У. и дъщерните дружества на OTP, регистрирани в България, Русия, Румъния, Черна гора и С..

Кредитирани са писмените обяснения на жалбоподателя /стр. 23/, за които се сочи, че окончателното решение за отпускане на средства се взема от Комитета за управление на активите и задълженията /ALCO/ на групата OTP и съответната отговорна

дирекция при OTP B. PLC., У.. В тези писмени обяснения /стр. 27/ изрично е посочено, че OTP FINANCING M. C. L., М. не поема никакви рискове във връзка с кредитирането, тъй като „кредитира само една група от клиенти“ /свързани лица/ и никога не е имало клиент, който е забавял плащания. Малтийското дружество е поставено между множество заематели и доминиращ заемодател в рамките на група от свързани лица, поради което то носи ограничени рискове. Ако един заемател изпадне в забава или трайна неплатежоспособност, жалбоподателят трудно би изпълнил своите задължения към OTP B. PLC., У.. Това обстоятелство е добре известно на унгарската банка и въпреки това тя му предоставя регулярно заеми, чийто размер към 31.12.2018 г. е около 1,5 млрд. евро. Според органа по приходите този факт обуславя извода, че всъщност кредитният риск от тези операции е поет от OTP B. PLC., У., а не от малтийското дружество.

Посочено е, че през проверяваните периоди /2017 г. - 2019 г./ дружеството е имало назначени между 7 и 9 служители, като 5 от тях са директори на чуждестранното лице. Видно от финансовите отчети за същия период финансовите активи на дружеството се оценяват на около 1 500 000 000,00 евро към 31.12.2018 г., докато към същата дата размерът на цялото оборудване, съоръжения и собственост /т.е. нефинансовите активи на дружеството/ се оценяват на около 20 000,00 евро. Размерът на неговите нефинансови активи и числеността на персонала му не съответстват и не са достатъчни за самостоятелно и независимо осъществяване на стопанска дейност по същинско кредитиране; същинските рискове и решения се взимат на друго ниво в групата.

Обсъдени са твърденията в т. III.5-7 от писмените обяснения, според които не е налице връзка между отпуснатите заеми към българските дружества и заемите, получени от крайния собственик в У. - OTP B. PLC, като са приети за несъответни на доказателствата. Малтийското дружество има два основни източника на финансиране – капиталовата си база /105 000 000,00 евро, увеличена през 2019 г. на 138 000 000,00 евро/ и получено от OTP B. PLC. финансиране по краткосрочни заеми. Получените краткосрочни заеми от унгарското дружество имат основна роля за извършване на дейността на OTP FINANCING M. C. L., М. и без тях то не би могло да изпълнява икономически функции. Банковата сметка, от която се извършват разплащанията, е разкрита именно при унгарското дружество майка.

Според органа по приходите липсва каквато и да е пазарна и икономическа логика малтийското дружество да получава краткосрочно финансиране от унгарското дружество- майка /със срок до 1 г./ и в същото време да отпуска заетите средства като дългосрочни заеми на дъщерните на OTP дружества, регистрирани в България, Русия, Румъния, Черна гора и С.. Оттук и извода, че OTP FINANCING M. C. L., М. не е действителният притежател на доходите от лихви, изплатени през 2019 г. от източник в България с платец [фирма].

Органът по приходите се е позовал на необходимостта от установяване на „действителен притежател“ /бенефициент/, въведена изрично в Модела на СИДДО на О. от 1977г. В коментара на този модел е посочено, че в тази си редакция Моделът на СИДДО осигурява средства за уреждане на единна база за най-често срещаните проблеми в областта на международното данъчно облагане до този момент. Според модела на СИДДО е необходимо жалбоподателят, освен получател, да бъде и бенефициент на дохода, за да има основания държавата на източника да се откаже от данъчното си облагане. При наличието на дружество за насочване на дохода или

агент, данъчните облекчения в държавата на източника се отказват, тъй като в противен случай ще се окаже, че икономически тези облекчения са предоставени на лице, което не е оправомощено да ги получи. Облекченията се отказват винаги, когато между платеща на дохода и бенефициента е поставено друго лице – то може да бъде агент, представител, дружество, а според Коментара на Модела на О. и докладите към него, дори и дружество, което не е видимо агент, а встъпва в договори, поема задължения и така привидно действа самостоятелно, включително и като формален собственик на съответните активи, но същевременно има ограничени права да се ползва или разпорежда с тези активи, защото икономическият собственик /независимо от юридическия титул/ е различен.

В подкрепа на твърденията си органът по приходите се е позовал и на съдебна практика на Върховния административен съд /ВАС/ по сходни дела, където е застъпена тезата, че независимо дали в приложимата СИДДО е въведено условие дружеството-получател на доходите да е техен „действителен притежател“, то преценката за изпълнението на това условие е предоставена на данъчната администрация и този въпрос подлежи на изследване във всеки конкретен случай в зависимост от фактите и обстоятелствата /Решение №8401 от 21.06.2018 г. по адм. дело №9214/2017 г. на ВАС, VIII отделение и Решение №7455 от 19.06.2015 г. по адм. дело №9901/2014 г. на ВАС, I отделение и др./

Ето защо на ОТП FINANCING M. C. L., М. е отказано възстановяване на данък в размер на 15 572,52 лв., във връзка с доходите от лихви, изплатени през 2019 г. от източник в България с платец [фирма].

При оспорването на А. пред по-горестоящия орган – ответника, е прието, че разпоредбите на данъчните спогодби не могат да елиминират прилагането на разпоредбите на вътрешното право, насочени срещу данъчни злоупотреби. Така §7 от Коментара към чл.1 от Модела на СИДДО на О., че не съществува конфликт между разпоредбите на СИДДО и тези на вътрешното законодателство, които регламентират предотвратяването на данъчните злоупотреби и заобикалянето на данъчното облагане. Тези цели на СИДДО се извеждат както от тълкуването на техните разпоредби, така и от самото заглавие на Модела на СИДДО на О., като изрично в параграф 16 от Въведението на Коментара към Модела на СИДДО се посочва, че постигането на тези цели са и основна задача на данъчните спогодби.

Прието е, че ОТП FINANCING M. C. L., М. и българското дружество-заемополучател и платец на дохода са свързани лица по смисъла на §1, т.3, б. „з“ от ДР на ДОПК, чрез ОТП В. PLC., У., която е крайният собственик на групата от предприятия ОТП.

ОТП FINANCING M. C. L., М. е регистрирано като финансова институция. За данъчни цели обаче е прието, че това не е достатъчно, за да се приеме, че дружеството е действителният притежател на доходите от лихви, изплатени от източници в България доколкото е собственост на ОТП В. PLC., У., както и че е създадено с единствена цел и основна дейност, насочена към финансиране на дружества от групата ОТП, а средствата са осигурени от дружеството – майка. По този начин ОТП FINANCING M. C. L., М. е поставено между всички свързани лица, които реално могат да осигурят този финансов резултат. Следователно може да се твърди, че това дружество не поема рисковете от кредитната си дейност, тъй като неговата дейност е да администрира финансовите потоци във групата на ОТП.

Икономически собственик на доходите от лихви, които жалбоподателят получава от

българското дружество, е кредиторът на малтийското дружество OTP B. PLC., У.. То постига икономическата цел на финансовите операции, а именно финансиране на българските дъщерни дружества, като същевременно избягва директното финансиране, което би имало по-неблагоприятни данъчни последици за унгарската банка. Така, чрез формално пренасочване на финансирането през малтийското дружество, се постига избягване заплащане на данъка при източника в размер на 10% от брутната сума на дохода, предвиден в чл. 11, ал. 2 от СИДДО между България и У.. Налице е диспропорция между обема на управляваните финансови ресурси и оперативните разходи на дружеството за осъществяване на същинско кредитиране. Обоснован е направеният извод, че дружеството е администратор на парични потоци, още повече, че същинските рискове и решения се вземат на друго ниво в групата. Малтийското дружество не поема никакви съществени рискове във връзка със стопанската си дейност.

Прието е, че доказателствената тежест преминава върху жалбоподателя, който следва да докаже по арг. от чл. 136а, ал. 1 от ДОПК обстоятелството, че е притежател на дохода, което не е сторено.

Установеното относно процедурата по вземане на решение за отпускане на заем не променя формираната от органите по приходите извод, че окончателното решение за отпускане на средства се взема от Комитета за управление на активите и задълженията /ALCO/ на групата OTP и отговорната дирекция за това при OTP B. PLC., У..

Относно влязло в сила решение на ВАС, с което е признато наличието на основания за прилагане на разпоредбите на чл. 10 от СИДДО. Посочено е, че това решение касае доходи от лихви, начислени от [фирма] по предходен договор от 21.10.2016 г. Аргументите, изложени в решението на ВАС, нямат пряко отношение към фактите, установени в процесното производство. С решение на ВАС №5144 от 08.04.2019 г. постановено по адм. д. №14796/2018 г. е оставено в сила решение №5855/16.10.2018 г. на АССГ по адм. д. №8380/2017 г., с което е отменено като незаконосъобразно Становището по чл. 141, ал. 1 от ДОПК №П-29002917020880-108001/04.04.2017г. за липса на основания за прилагане на СИДДО с М. по отношение на дохода от лихви, получен от OTP FINANCING M. C. L., М.. Предмет на спора е бил начинът на формиране на лихвата и пазарният ѝ размер по представения договор за заем. Не е било предмет на спор, и по тази причина от съда не е изследвано наличието на предпоставките по чл. 136а от ДОПК.

По делото е изготвена съдебно-счетоводна експертиза, по която вещото лице даде следното заключение:

1. Базата за изготвяне на финансовите отчети на ОТП Ф. М. К. Л. към 31.12.2019 г са в съответствие с Международните одиторски стандарти („М.”) и съгласно чл.34, ал.2, т.1 от Закона за счетоводството е отбелязано, че „...кредитни и финансови институции по смисъла на Закона за кредитните институции съставят финансовите си отчети на базата на Международните счетоводни стандарти”.

2. Доходите от лихви с източник от България участва във формирането и разпределението на резултата на дейността на ОТП Ф. М. К. Л. /OFMCL/.

През 2018 г. приходите от лихви в България са по заем, предоставен от OFMCL на [фирма] в размер на 112 535 евро.

През 2019 г. приходите от лихви в България са по заеми, предоставени от OFMCL на:

- ДСК лизинг - в размер на 139 463 евро;
- ОТП лизинг – в размер на 1 182 322 евро;
- [фирма] – в размер на 79 621 евро.

Удържаният данък при източника относно [фирма] е в размер на 7 962,11 евро /15 572,53 лв. /.

3. Доходът от лихви, получени от OFMCL по предоставени заеми на други дружества от групата, в т.ч. и на [фирма] участва при формирането на печалбата преди данъчно преобразуване. След данъчно преобразуване участва при определяне на данъчната основа за облагане с корпоративен данък в М.. Декларираната счетоводна печалба преди данъчно преобразуване е в размер на 14 790 763,00 евро. След нейното преобразуване в увеличение и намаление е в размер на 20 148,265 евро. Данъчната ставка в М. е 35%. Определения данък е в размер на 7 051,893 евро (20 148,265 x 35%). От сумата 7 051,893 евро е приспадналата сумата 6 088,133 евро, представляваща платен данък в държави, за които съответната Спогодба за избягване на двойно данъчно облагане /СИДДО/ и М. закон, предвиждат данъчен кредит в М. за платения в другата държава данък. Данъкът, платен в България не е в сумата на това намаление, тъй като СИДДО предвижда пълно освобождаване в България и облагане на целия доход от лихви в М.. Остатъкът от задължението 963,760 евро /7 051,893 – 6 088,133/ е задължение за плащане към М. администрация. Сумата е платена на 30.06.2021 г.

4. Към 31.12.2018 г. в позиция други финансови задължения общо за 1 498 093 745 евро са разпределени дивиденди в полза на собственика на капитала за 16 110 439 евро. Към 31.12.2019 г. в позиция други финансови задължения общо за 2 128 724 390 евро са разпределени дивиденди в полза на собственика на капитала за 13 052 568 евро.

5. Към 31.12.2018 г. е отчетен остатък от неразпределена печалба в размер 36 301 евро. Остатъкът от неразпределената печалба към 31.12.2018 г. в размер 36 301 евро е добавен към сумата на неразпределената печалба от 2019 г. и е формирана сумата на дивидентите за разпределение от печалбата, натрупана към 31.12.2019 г. След разпределението на дивидента за 2019 г. не е отчетен остатък от неразпределена печалба към 31.12.2019 г. В счетоводните отчети за 2018 г. и 2019 г. на ОТП Ф. М. К. Л. са отразени операции за разпределяне на печалба след облагане с данъци и разпределение на дивиденди към собственика в размер на 16 110 439 евро за 2018 г. и за 2019 г. - 13 052 568 евро.

6. През 2018 г. ОТП Холдинг М. Л. е получило дивидент в размер на 17 343 364 евро, разпределен от ОТП Ф. М. К. Л.. През 2019 г. ОТП Холдинг М. Л. е получило дивидент в размер на 16 110 439 евро, разпределен за 2018 г. през 2019 г. ОТП Холдинг М. Л. е отчетило увеличение на инвестициите в дъщерни

предприятия с 33 000 000 евро. На 10.01.2019 г. със сума в размер на 18 000 000 евро. На 27.06.2019 г. със сума в размер на 15 000 000,00 евро.

7. Предоставени са разпечатки от кореспонденция с J. P. Gausi, анализатор от MFSA за получен годишен финансов отчет за 2019 г., подробно описани в Констативно-съобразителната част. Представена е Разпечатка – справка от официалната интернет-страница на М. финансов надзорен орган MFSA, от която е видно, че OTP Financing M. C. L. е лицензирана финансова институция, съгласно М. Закон за финансовите институции за дейности по кредитиране. Посочено е, че към датата на справката 18.01.2022 г. няма данни за наложени глоби и санкции от страна на MFSA

8. Съгласно Отчета за финансовото състояние към 31.12.2019 г. и Отчета за промените в собствения капитал на OFMCL за годината, приключила на 31 декември 2019 г. е оповестено увеличение на собствения капитал към 31.12.2019 г. с 33 000 000 евро спрямо отчетната му стойност към 31.12.2018 г.

9. ОТП Ф. М. К. Л. отчита вземания и задължения по заеми за 2018 г. и 2019 г., както следва:

вземания по получени заеми	2018 г./евро	2019 г./евро
Сума, която се очаква да бъде уредена след 12 мес.	1 565 324 031	1 908 917 842
Сума, която се очаква да бъде уредена в рамките на 12 мес. (оповестена под текущи активи)	218 604 788	400 425 674

задължения по получени заеми	2018 г./евро	2019 г./евро
Заеми, дължими на крайното дружество майка в рамките на 12 мес. (оповестени като тек. задълж.)	1 481 983 306	2 115 671 822
Заеми, дължими на крайното дружество майка след 12 мес. (оповестени като нетекущи задължения)	193 008 600	47 172 180

отчетени разходи за лихви по получените заеми	2018 г./евро	2019 г./евро
Финансови р-ди-лихва в/у сума, дължима на друж. майка	30 686 484	46 933 196

признати приходи от лихви по предоставени заеми	2018 г./евро	2019 г./евро
Получени лихви (приходи от лихви)	51 030 588	62 169 070

10. Към 31.12.2018 г. ОТП Ф. М. К. отчита коефициент за

платежоспособност от 4.8%, което е по ниско от задължителната минимум 5%-на стойност на този показател. За да преодолее недостига дружеството е започнало процес на увеличаване на капитала си, за да разполага с повече от 5% собствени средства. Впоследствие собствените средства са набрани от капитала и резервите:

определяне на резерв за постигане на изискуемия минимален коефициент на платежоспособност 5% от рисково-претеглените активи	2018 г./х.евро	2019 г./х.евро
базов собствен капитал от първи ред по смисъла на чл.26 и чл.28 от Регламент 575/2013/ЕС - хил.евро		124 984
Записан капитал, намален с междинна загуба/собств.фондове-хил.евро	86 933	
Стойност на рисково претеглени активи - хил.евро	1 804 283	2 318 952
Коефициент	4,80%	5,40%

Предвид така изложеното съдът намира следното:

Съгласно чл. 160, ал. 2 ДОПК съдът преценява законосъобразността и обосноваването на акта, като преценява дали е издаден от компетентен орган и в съответната форма, спазени ли са процесуалните и материално-правните разпоредби по издаването му.

В случая А. е издаден от компетентен орган орган по смисъла на чл. 141, ал. 1 от ДОПК, който предвижда, че органите по приходите осъществяват контрол по прилагането на СИДДО чрез проверка или ревизия. А. е в съответствие с изискванията на чл.119 ал.2 от ДОПК, както и т.р. №5/13.12.2016г. на Върховния административен съд по т.д. №10/2016г.

Оспореното в това производство решение е издаден от компетентен орган - директор на дирекция „Обжалване и данъчно-осигурителна практика” С. при Централно управление на Националната агенция за приходите.

Относно спазването на процесуалните правила. При служебната проверка по чл.160 ал.2 от ДОПК, съдът НЕ констатира допуснати съществени нарушения на процесуалните правила.

При преценката по реда на чл. 160, ал. 1 ДОПК настоящият състав намира, че при издаване на А. са спазени материално-правните норми при издаването му.

Съгласно чл. 135, ал. 2 от ДОПК, СИДДО се прилагат след удостоверяване на основанията за това. Съгласно чл. 136 тези основания се удостоверяват пред органа по приходите от чуждестранното лице, след възникване на данъчно задължение за доход от източник в страната.

Чуждестранното лице следва да удостовери, че е местно лице на другата държава по смисъла на съответната СИДДО; че е притежател на дохода от източник в Република България; че не притежава място на стопанска дейност

или определена база на територията на Република България, с които съответният доход е действително свързан; и че са изпълнени особените изисквания за прилагане на СИДДО или отделни нейни разпоредби по отношение на определени в самата СИДДО лица, когато такива особени изисквания се съдържат в съответната СИДДО.

Към искането се прилагат и писмени доказателства относно вида, основанието за реализиране и размера на съответния доход, като когато правото за получаване на конкретния доход. Могат да се представят освен посочените и всякакви други писмени доказателства, които биха послужили за изясняване и установяване на основанията за прилагане на съответната СИДДО и на вида, размера и основанието за реализиране на съответния доход. Качеството местно лице на едната от договарящите държави по смисъла на спогодбата се удостоверява от чуждестранната данъчна администрация (чл. 137, ал. 2 от ДОПК).

Обстоятелството, че чуждестранното лице е притежател (бенефициент) на дохода и че не разполага с място на стопанска дейност се установяват чрез декларация (чл. 137, ал. 3 от ДОПК). Спазването на особените изисквания на конкретна СИДДО, ако такива се съдържат в нея, се удостоверяват с официални документи, включително извлечения от публични регистри. Когато такива документи не се издават, допустими са и други писмени доказателства. Тези обстоятелства не могат да се удостоверяват с декларации (чл. 137, ал. 4 от ДОПК).

По делото не се спори, че дружеството, като получател на доход е спазило процедурата по чл.134 и сл. от ДОПК. То е подало искане за прилагане на СИДДО, установява се, че е местно лице за М. и че е получател на дохода; няма място на стопанска дейност в България. Няма спор и относно размера на дохода, както и правното основание за неговото начисляване.

Спорен е въпросът дали са предпоставките на чл. 136а, ал. 1 ДОПК, за да се приеме, че жалбоподателят е притежател /бенефициент/ на дохода. Съгласно посочената норма:

Чл. 136а. (Нов - ДВ, бр. 94 от 2010 г., в сила от 01.01.2011 г.) (1) Чуждестранно лице е притежател на дохода, когато:

1. 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

2. не действа като дружество за насочване на дохода.

(2) 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:

1. не разполага с активи, капитал или персонал, съответстващи на неговата стопанска дейност, или

2. няма контрол върху използването на правата или активите, от които е

реализиран доходът.

При тълкуване на посочената норма следва да се има предвид действителната воля на законодателя за приемането ѝ. При извършване на тази дейност съдът намира, че следва да се вземат предвид мотивите към законопроекта на Закона за изменение и допълнение /ЗИД/ на Закона за корпоративното подоходно облагане /ЗКПО/, именно с който се приема цитираната норма в ДОПК. От мотивите на законопроекта, публикувани на сайта на Народното събрание /parliament.bg/bg/bills/ID/9863/, се установява, че целта на законодателя е да се въведе легално определение на понятието „притежател на дохода” с цел избягване на противоречивото му интерпретиране. Терминът обслужва прилагането на спогодбите за избягване на двойното данъчно облагане (СИДДО) и се тълкува съобразно Коментара на Модела на СИДДО на Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (О.). Неправилното интерпретиране на термина създава условия за отклонение в значителни размери на приходи за бюджета чрез заобикаляне на действащите СИДДО.....Това понятие е ключово при противодействието на данъчните схеми, създадени за неправомерно възползване от благоприятния режим, предоставен по отношение на определен кръг лица (лица, оправомощени на прилагат конкретна СИДДО, или лица, които имат право на конкретни данъчни облекчения). Различните СИДДО предвиждат различен вид и размер на данъчни облекчения и това „стимулира” лицата, които са ... местни лица на държави, с които имаме СИДДО, но тя не предвижда най-благоприятния режим на облагане, да създават изкуствени правни конструкции с цел пренасочване на доход към държави с по-благоприятен режим по СИДДО и неправомерно възползване от данъчни облекчения.

Съдържанието на понятието „притежател на дохода” се извлича от Коментара на Модела СИДДО на О.. Държавите приемат различни правила във вътрешните си законодателства и в СИДДО, за да противодействат на неправомерно „възползване от данъчни спогодби”. Такива цели обслужва и понятието „притежател” или „действителен притежател”, използвано в българските СИДДО. Понятието „действителен притежател” няма аналог в българското гражданско и данъчно право. То се тълкува в контекста и предвид целите на СИДДО. Прилагането на тази концепция изисква изключително задълбочен анализ на всички факти и обстоятелства, свързани с реализирането на дохода от лицето. Същността на такъв анализ се свежда до установяването на реалната икономическа причина, която стои в основата на структурирането на дадена транзакция. Именно поради това се изследват множество фактори, които обуславят характера на сделката и икономическите характеристики на получателя на дохода, произтичащ от тази сделка. Тези фактори (използвани активи, наличие на персонал, поемане или не на риск, възможност самостоятелно да извършва стопанска дейност) изграждат основата на понятието „притежател на дохода” в предложеното определение.

При преценка дали са налице признаците на понятието, описано по-горе, настоящият състав намира следното.

За да се направи извод дали е притежател на дохода или не, следва да се извърши преценка дали чуждестранното лице *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* чл. 136, ал. 1, т. 1 ДОПК.

С оглед преценката относно правото на разпореждане с дохода са изискани от жалбоподателя писмени обяснения. Съгласно тези обяснения главният източник на приходи на дружеството през финансовите 2017-2019 г. е лихва от отпуснати заеми към клиенти /т. III.9/. То предоставя финансови услуги на предприятия, които са членове на групата ОТП /т. III.10 от обясненията/, сред които е и [фирма].

През 2018 г. жалбоподателят е реализирал 51 030 588 евро приходи от лихви; през 2019 г. – 62 169 070 евро, сред които и приходи от лихви в България, вкл. и от [фирма], както следва: за 2018 г. – 112 535 евро и за 2019 г. - 1 401 407 евро.

Съответно е реализирал печалба след данъчно облагане /съгласно финансовия отчет на жалбоподателя за 2019 г. със сравнителни таблици за 2018 г./: от 18 103 226 евро и 13 016 267 евро. За 2018 г. е отчетена неразпределена печалба от 36 301 евро към 31.12.2018 г., която е добавена към сумата неразпределена печалба от 2019 г. и формирана сумата на дивидентите за разпределение на печалбата към 31.12.2019 г. Общо са разпределени дивиденти в полза на акционерите от 16 110 439 евро за 2018 г. и 13 052 568 евро за 2019 г.

Действително, се установява /т. 5 от заключението по ССЕ/, че в отчета на дружеството майка /ОТП холдинг М. Л./ са отчетени инвестиции в дъщерни предприятия, вкл. и това на жалбоподателя – 137 900 000 евро към 31.12.2019 г.; през 2019 г. е увеличено дяловото участие с 33 000 000 евро в ОТП Фанйненниснг М. К. Л. – М., счетоводно отчетено в сметка, по която се отчитат инвестиции в дъщерни дружества. С посочената сума е оповестено увеличение на собствения капитал към 31.12.2019 г. /т. 8 от заключението/.

Посочените по-горе обстоятелства, обаче, сами по себе си, не могат да доведат до извода, че дружеството има право да се разпорежда с дохода от лихви в конкретния случай и да преценява използването му. Напротив - по безспорен начин се установява, че тази дейност се е извършвала от дружеството майка - ОТП холдинг М. Л., именно което е преценявало използването на дохода. На следващо място, това, че в конкретния случай, инцидентно, е възникнала необходимостта с печалбата да се увеличи дяловото участие *в полза на процесното дъщерно дружество* /с оглед изпълнение на изискванията за постигане на 5% коефициент на платежоспособност съгласно изискванията на малтийското законодателство/ не променя факта, че разпределението се извършва *от и по преценка на холдинга*, именно който факт следва да се приеме за установен при преценка наличието на предпоставките на чл. 136, ал. 1, т. 1 ДОПК.

По отношение на втората от кумулативно необходимите предпоставки по чл. 136, ал. 1, т. 1 ДОПК – чуждестранното лице да понася целия или съществена част от риска от дейността, от която се реализира доходът.

Жалбоподателят е лицензиран като финансова институция /т. III.9/ и като такава извършва дейности по кредитиране, вкл. към физически лица и ипотечи, факторинг, финансиране на стопански договорености, вкл. форфетинг.

За тази си дейност ОТП М. се финансира предимно с краткосрочни кредити, предоставени от крайното дружеството-майка – ОТП банк П.. /т. III.5 и т. III.8 от писмените обяснения/ или от собствен капитал /105 млн. евро за 2018 г. и 138 млн. евро за 2019 г./. Тези заеми са „необезпечени“ и носят лихва, варираща от 0,54 % до 1,2 % годишно, с допълнителен спред, прилаган индивидуално. Всички вземания, с изключение на един, са краткосрочни и се очаква да бъдат възстановени за срок от една година.

В резултат на гореописаното финансиране жалбоподателят предоставя кредити на други дружества, част от групата ОТП. В т. III.7 и т. III.10 от обяснението е посочено, че жалбоподателят действа като „финансов център“ на групата ОТП, като предоставя на чуждестранни /но неунгарски/ членове на групата дългосрочно финансиране с падеж по-дълъг от една година. Тези членове са дъщерни дружества, контролирани от ОТП Б. П., У. /т. III.14/. Ето защо, съгласно писмените обяснения в т. III.14, стр. 27, отпускането на средства само на посочените дружества, прави склонността от кредитен риск „консервативна“ и по този начин значително се намаляват „очакваните кредитни загуби“. Освен посочената причина /отпускане средства само на членове на групата/ като фактори за намаления кредитен риск се сочи, че дружеството жалбоподател задължен да действа с „най-високо ниво на предпазливост“, както и да поддържа „адекватни равнища на капитала, за да може да поеме както очаквани, така и неочаквани загуби“.

В т. III.14 от обясненията е посочено, че при отпускане на кредит се одобрява споразумение като се използва стандартен вариант. В случай, че кредитният риск се увеличи значително, това ще се отрази негативно на собствения капитал. Ако падне под законоустановения минимален коефициент на платежоспособност /капиталова адекватност/ от 5% от рисково претеглените активи, жалбоподателят ще се обърне към ОТП Холдинг М. Л. в качеството му на директен собственик да направи капиталова вноска и да допълни установения недостиг.

Следователно, при анализ на обясненията на жалбоподателя, следва да се направят два извода. Първият е, че посредством финансиране само от и на членове на ОТП груп, е постигнато „значително намаляване на кредитните загуби“. От друга страна, ОТП Б. П., У. отпуска на жалбоподателя „необезпечени“ кредити, т.е. в случай, че възникне хипотетична невъзможност той да върне предоставените му кредити, банката не би могла да удовлетвори вземането си принудително от предоставено в нейна полза обезпечение.

Вторият извод е, че при извършване на неговата основна дейност

/кредитиране/, рисковете от неизпълнение на договорите, свързани с това кредитиране, се поемат на първо място от собствения капитал, а на следващо – от холдинга, на който е дъщерно дружество и който следва да увеличи капитала. Самият холдинг също е член, безспорно, на ОТП групата. Жалбоподателят е посочил, че ОТП П. е „крайният акционер“ на ОТП М. /т. III/. Ето защо рискът би се поел от капитала на дружеството, но доколкото този капитал /или част от него/ е собственост на холдинга, който пък е собственост на „крайния акционер“, то рискът следва да се приеме, че реално би се поел именно от последния. На следващо място, именно холдингът следва да възстанови установеният недостиг.

Следващата предпоставка, която следва да бъде установено е дали жалбоподателят е действал или не като дружество за насочване на дохода. Легалното определение на последното се съдържа в ал. 2 на чл. 136а ДОПК:

(2) 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:

- 1. не разполага с активи, капитал или персонал, съответстващи на неговата стопанска дейност, или*
- 2. няма контрол върху използването на правата или активите, от които е реализиран доходът.*

Въз основа на изложеното съдът намира, че следва да се направи извод, че жалбоподателят не осъществява друга стопанска дейност извън притежанието на активите /заетите средства/, от които реализира доходът /лихви/. Дейността на жалбоподателя е кредитиране, като средствата за кредитиране са предоставени от ОТП Б. П., У., която пък, опосредствано, контролира дейността му.

Същевременно, банката не би имала право на същите облекчения ако доходът би се реализирал директно от нея. Чл. 11 от СИДДО между У. и България предвижда, че лихви могат да бъдат облагани с данък и в договарящата държава, в която възникват, и съобразно законодателството на тази държава, но когато получателят е и притежател на лихвите, така наложеният данък няма да надвишава 10 на сто от брутната сума на лихвите. Като аргумент в насока на тези изводи следва да се има предвид и установеното и посочено по-горе от обясненията, че жалбоподателят отпуска кредити на други лица от групата, с изключение на неунгарските.

Освен посочените предпоставки следва да бъде установена една от предпоставките на чл. 136а, ал. 2, т. 1 или 2:

(2) 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:

1. не разполага с активи, капитал или персонал, съответстващи на неговата стопанска дейност, или

2. няма контрол върху използването на правата или активите, от които е реализиран доходът.

От предпоставките на т. 1 следва да бъде установена поне една от изброените – липса на активи, капитал или персонал.

При преценка наличието на тези предпоставки настоящият състав споделя изводите на данъчните органи, че са налице тези на т. 1 в частта им относно липсата на персонал. През проверяваните периоди /2018 г. - 2019 г./ дружеството е имало назначени 5 директора. Видно от представената от жалбоподателя схема на управленската му структура /стр. 11/ е посочено, че той се управлява и представлява от Борд на директорите. Той включва: главен изпълнителен директор /местно лице на М./; изпълнителен директор /местно на У.; „вето върху съществени сделки“/; два не-изпълнителни директори, местни лица на М. и алтернативен директор, местен на У.. Кредитният комитет се състои от главния изпълнителен директор и алтернативния директор.

Дружеството има финансов контрольор и секретар. Другият служител е финансов и риск експерт. Те са на пълно работен ден. Има експерт спазване на законодателството и противодействие на изпирането на пари. Мениджър, управление на риска. Те са на непълно работен ден.

Пълно описание на техните характеристики е дадено на стр.10 и сл. от т. III.4.

При преценка на тези характеристики следва да се посочи, че мениджърът управление на риска е назначен след одобрение от малтийския регулаторен орган., на пълно работно време. Той е подпомаган от младши финансов и риск експерт, също на пълно работно време.

На непълно работно време и одобрен от регулаторния орган е мениджърът управление на риска.

На непълно работно време е експертът по спазване на законодателството и противодействие изпиране на пари.

Видно от финансовите отчети за същия период финансовите активи на дружеството се оценяват на около 1 500 000 000,00 евро към 31.12.2018 г., докато към същата дата размерът на цялото оборудване, съоръжения и собственост /т.е. нефинансовите активи на дружеството/ се оценяват на около 20 000,00 евро.

Видно от същите финансови отчети /и по-специално – отчета към 31.12.2019 г., използван и в ССЕ/ може да се проследи и обемът на дейност на жалбоподателя. Той извършва дейност в пет страни, сред които е и България, като в последната е договарял с три дружества от групата. За останалите държави не е посочено колко договора, с кои лица са сключвани. В т. 8 /т. 11 от заключителната част/ по ССЕ се сочи, че жалбоподателят е имал вземания по предоставени заеми /неправилно посочени в таблица 5 като получени заеми/, както следва:

вземания по получени заеми	2018 г./евро	2019 г./евро
Сума, която се очаква да бъде уредена след 12 мес.	1 565 324 031	1 908 917 842
Сума, която се очаква да бъде уредена в рамките на 12 мес. (оповестена под текущи активи)	218 604 788	400 425 674

Отбелязани са и задължения по получени заеми:

задължения по получени заеми	2018 г./евро	2019 г./евро
Заеми, дължими на крайното дружество майка в рамките на 12 мес. (оповестени като тек. задълж.)	1 481 983 306	2 115 671 822
Заеми, дължими на крайното дружество майка след 12 мес. (оповестени като нетекущи задължения)	193 008 600	47 172 180

Ето защо и при съпоставка на обема на дейността, на размера на нефинансови активи и числеността на персонала трудно би могло да се направи извод те да са достатъчни за самостоятелно и независимо осъществяване на стопанска дейност по същинско кредитиране. Аргумент в тази насока е и вече установеното, че средствата се предоставят от ОТП банк П., У., посредством регистрираните в М. дружества, а крайният им получател са дружества отново от групата на ОТП. Налице е и диспропорция между обема на управляваните финансови ресурси и оперативните разходи на дружеството за осъществяване на същинско кредитиране.

С оглед на изложеното съдът намира, че не се установява да са налице критериите по чл. 136а ДОПК, за да се приеме, че жалбоподателят е действителен притежател на дохода. Жалбата е неоснователна, поради което следва да бъде отхвърлена.

По разноските. На основание чл. 161 ДОПК, вр. чл. 8, вр. чл. 7, ал. ал. 1, т. 5 от Наредбата за адвокатските възнаграждения жалбоподателят дължи на ответника юрисконсултско възнаграждение, съответно на обжалвания интерес /15 572,52 лв./, което възнаграждение следва да се определи в размер на 997,17 лв.

Водим от изложеното и на основание чл.172 ал.2 от АПК и чл.160 ал.1 от ДОПК съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ОТП FINANCING M. C. L., М., служебен номер от регистъра на НАП [ЕГН] срещу акт за прихващане или възстановяване №П-22229920129052-004-001/30.11.2020 г., потвърден с решение №306/23.2.2021 г. на директора на дирекция „Обжалване и данъчно осигурителна практика“, ТД на НАП С., с който е отказано възстановяване на внесен през 2019 г. данък при източника, удържан по реда на чл. 195, ал. 1 от *Закона за корпоративното подоходно облагане*/ в размер на 15 572,52 лв.

ОСЪЖДА ОТП FINANCING M. C. L., М. да ЗАПЛАТИ на Националната агенция по приходите сумата от 997,17 лв. разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му.

При подаване на касационна жалба, тя следва да бъде придружена с доказателства за внесена по сметка на ВАС такса от 124,58 лв. При непредставяне на доказателства за платена държавна такса жалбата би подлежала на връщане.

СЪДИЯ: