

РЕШЕНИЕ

№ 1233

гр. София, 17.03.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 2 състав, в
публично заседание на 17.02.2011 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Милена Славейкова

при участието на секретаря Александра Ковачева, като разгледа дело номер **2006** по описа за **2010** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.156 – 161 ДОПК.

Образувано е по жалба на **А. П. С. М. АБ – Ш.**, акционерно дружество съгласно шведското законодателство, рег. № 556702-2412, със седалище и адрес на регистрация Stureplan 4C, 4 tr, 114 35 C, Ш. срещу **СТАНОВИЩЕ** за липса на основания за прилагане на Спогодба за избягване на двойното данъчно облагане (СИДДО) изх.№ 24-14-352 от 30.11.2009 г., издадено от Г. Станулова - зам. директора на ТД на Н. Г.С., потвърдено с решение № 172 от 03.02.2010 г. на директора на ДОУИ Г.С.. Поддържа незаконосъобразност на становището поради неправилно приложение на материалния закон. Посочва, че както СИДДО с Кралство Ш., така и българското законодателство не съдържат легална фефиниция на понятията „действителен притежател на дохода”, „действителен ползвател” и „бенефициент”. Позицията се на пар.8 от Коментара на ОИСР към Модела на СИДДО 2003 г. относно понятието „действителен ползвател” на дохода. Поддържа, че Съветът на директорите на жалбоподателя на своя среща на 22.08.08 г. е обсъдил условията и сроковете на М. заема, вкл.

съответствието му с шведското данъчно законодателство, като е постигнал съгласие за одобряване отпускането на заем на „Е. Б.” и носи съществени икономически и юридически рискове, свързани с този заем. Поддържа, че трето лице, вкл. А. М. Кепитъл II ЛП (Б), не гарантира или обезпечава изпълнението на заема от страна на българския кредитополучател и П. негово евентуално изпълнение именно жалбоподателят ще понесе всички стопански загуби от неизпълнението и ще остане задължен с цялото си имущество към собствените си кредитори, както и, че не може да се разглежда като дружество – посредник П. получаване на конкретния доход. Жалбоподателят претендира съда да постанови решение, с което да отмени ревизионния акт в оспорената част. Подробни съображения излага в писмени бележки от 02.03.2011 г.

Ответникът Д. на Д. “О.” – Г.С. не взема становище по жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД – С. град, като прецени доводите на страните във връзка със събраните по делото доказателства, намира следното от фактическа страна:

С решение на директора на ДОУИ Г.С. № 1301/23.09.2009 г. е отменено статование за липса на основания за прилагане на СИДДО изх.№ 24-14-352/10.04.2009 г. на зам. директора на ТД на Н. Г.С. и преписката е върната с указания да бъде проведено ново производство по реда на чл.141, ал.1 ДОПК.

С резолюция за извършване на проверка № 901411 от 30.09.2009 г. на С А В - началник отдел в Д. „ДОК” на ТД на Н. С. – град е възложено извършването на проверка на жалбоподателя А. П С. М. АБ – Ш. от орган по приходите Марияна Михайлова Христова във връзка с основанията за прилагане на СИДДО по искане вх.№ 1453-00-1981 от 27.02.09 г. Със същото жалбоподателят е сезирал ТД на Н. Г.С. за произнасяне по реда на глава 16, раздел III ДОПК. - относно наличие на основание за прилагане на СИДДО по отношение на получени доходи от лихви по договор за М. заем от 29.08.2008 г. в размер на дохода от 820 633.67 евро и сума на искането данъчно облекчение от 82 633.67 евро.

С ИПДПОЗЛ изх.№ 24-14-352/11.11.2009 г. от жалбоподателя са изискани доказателства за всички изплатени по договора за М. заем от 29.08.08 г. лихви, данни за източника на финансиране на средствата. Жалбоподателят е предоставил исканите доказателства с уведомление вх.№ 24-14-352/27.11.09 г. В уведомлението е посочено, че

единственият документ, който урежда отпускането на заем в размер на 14 851 705 евро в полза на „Е. Б.” е капиталов запис от 16.09.2008 г.

Издадено е оспореното становище за липса на основание за прилагане на Спогодба за избягване на двойното данъчно облагане (СИДДО) изх.№ 24-14-352/30.11.2009 г. Прието е в становището, че дружеството – жалбоподател не е действителен притежател на включения в искането доход съгласно чл.9, ал.1 от СИДДО между Б. и Ш.. Прието е въз основа на Коментара към Модела за СИДДО (т.9 към чл.11), че облекчения се отказват винаги, когато между платеща на дохода и бенефициента (получателя) е поставено друго лице. Като действителен притежател на дохода от лихви и определено дружеството А. М. Капитал II ЛП – Б, тъй като заемните средства са предоставени от него и М. финансирането на „Е. Б.” е подчинено на финансирането, което А. М. Капитал II ЛП – Б предоставя на жалбоподателя, за което е издаден капиталов запис от 16.09.2008 г. По този начин шведското дружество не финансира самостоятелно трети лица, а само проекти, които предварително са планирани с дружеството - майка А. М. Капитал II ЛП – Б, тъй като не разполага с друг източник на средства и не е способно самостоятелно да набира средства на финансовия пазар без подкрепата на дружеството - майка. Посочено е, че във връзка с капиталовия запис от 16.09.08 г. жалбоподателят не е предоставил на А. М. Капитал II ЛП – Б никакви обезпечения. Направен извод, че жалбоподателят не носи пазарен риск от пласиране на разполагаемия финансов ресурс, тъй като А. М. Капитал II ЛП – Б го финансира само П. условие, че е осигурен краен получател. Като ключов критерии П. определяне на това, дали едно лице е действителен притежател на дохода, в становището е прието, дали същото лице може самостоятелно да изпълнява кредитна функция, т.е. да може да поема рисковете във връзка с предоставените от него заеми, а видно от финансовите отчети на жалбоподателят същият не е притежавал през 2007 г. и 2008 г. такива активи. Посочено е, че условията по капиталовия запис от 16.09.08 г. съответстват на условията по договор за заем от 29.08.08 г., като жалбоподателят погасява своите задължения за лихва и главница към А. М. Капитал II ЛП – Б едва след като „Е. Б.” погаси лихвата и главницата по заема към шведското дружество. Посочено е в становището, че

нетният доход на жалбоподателя от лихви е в размер на 38 671.37 евро или 0.125 % от размера на предоставения М. заем, а огромна част от лихвените приходи се насочват обратно към заемото му А. М. Капитал II ЛП – Б. Направен е извод, че дейността на жалбоподателя се ограничава до администратор на дохода или агент по финансирането. Направена е аналогия с таксата на агента по банков заем или на агента по управление на заема, която е в размер около 1 % от стойността на заема. В заключение е направен извод, че предприетите от жалбоподателя, от А. М. Капитал II ЛП – Б и от мезатит Мениджър Сентръл Юрп II ЛТД сделки целят преимуществено заобикаляне на закона.

Становището е връчено на представител на молителя на 07.12.2009 г. и е оспорено по реда на чл.141, ал.4 вр.чл.152, ал.1 ДОПК с жалба по административен ред вх.№ 24-14-352/21.12.09 г. Съобразно чл.155, ал.1 ДОПК срокът за произнасяне от горестоящия административен орган изтича на 04.02.2010 г. В този срок е постановено решение № 172/03.02.2010 г. на директора на ДОУИ Г.С., с което становището е потвърдено. В решението изцяло са възприети мотивите от становището за липса на основания за прилагане на СИДДО с Ш.. Видно от съдържащата се в преписката разписка решението е връчено на представител на жалбоподателя на 09.02.2010г. Жалбата, по която е образувано настоящето производство вх.№ 53-00-139 от 23.02.2010 г. е подадена в срока по чл.156, ал.1 ДОПК, от легитимирано лице и срещу подлежащ на оспорване съгласно чл.141, ал.4 ДОПК индивидуален административен акт, поради което е ДОПУСТИМА.

П. така установената фактическа обстановка съдът намира от правна страна следното:

В настоящето производство и съгласно чл.160, ал.2 ДОПК съдът преценява законосъобразността и обосноваността на оспорения акт, като проверява дали е издаден от компетентен орган и в съответната форма, спазени ли са процесуалните и материалноправните разпоредби по издаването му. По изложените вече във фактическата част на решението съображения съдът намира, че оспореното становище е издадено от компетентен орган по приходите, П. спазване на установената форма и без да са допуснати съществени процесуални нарушения. Между страните няма спор за факти. Органът по приходите не оспорва, че жалбоподателят е местно лице на Кралство Ш. съгласно удостоверение от 17.12.2008 г. от данъчната администрация на Ш. съгласно чл.137, ал.2 ДОПК и

не притежава място на стопанска дейност на територията на страна, удостоверено чрез декларация по реда на чл.137, ал.3 ДОПК. Спорът между страните е изцяло правен и касае изпълнението на основанието по чл.136, т.2 ДОПК, респ. чл.9, ал.1 от СИДДО между Б. и Ш. относно действителният притежател на дохода от лихви по договор за М. заем от 29.08.08 г.

Съгласно чл.9, ал.1 от Спогодба между НРБ и Кралство Ш. за избягване на двойното данъчно облагане на доходите и имуществата (обн. Д.в. бр.45 от 13 юни 1989г.) лихви, произлизащи от едната договаряща държава и платени на местно лице на другата договаряща държава, се облагат само в тази друга държава, ако това местно лице е действителният получател на лихвите. Терминът „лихви” означава доход от вземания за дълг от всякакъв вид, независимо дали са обезпечени или не и независимо, дали носят или не, право на участие в печалбите на длъжника. В случая с договор от 29.08.08 г. жалбоподателят като „кредитор” е предоставил на „Е. Б.” като „кредитополучател” е предоставил заемни средства (финансиране) в размер на 15 000 000 (петнадесет милиона) евро. Съгласно чл.3 от договора кредитополучателят се е задължил да използва *всички* взети от него на заем суми *във вноска в капитала* на „Евроинс Иншурънс Груп” ЕАД (ЕИГ), като ЕИГ ще усвои тези средства, за да финансира придобиването на 81 % от емитирания уставен капитал на Takovo Osiguranje - неживотозастрахователна компания от С; за увеличаване на дяловия капитал на своите дъщерни дружества „Евроинс Б.”, Макошпед Осигуране и „Евроинс Р” и/или придобиване на други подходящи неживотозастрахователни компании в Източна Е и Т. В разпоредбата на чл.9.1 от договора е уговорено първият лихвен период да приключи на 31.12.2008 г., а всеки следващ лихвен период да бъде по три месеца. Съгласно чл.8.2 от договора кредитополучателят изплаща натрупаната лихва по заема на последния ден от лихвения период.

В уведомление вх.№ 24-14-352/27.11.09 г. жалбоподателят е посочил, че общият размер към 30.06.2009 г. на дължимите по договора от 29.08.08 г. лихви е 901 636 евро, като изплатените към същия момент лихви са в размер на 862 964.88 евро. За източник на финансиране на средствата, предоставени на българското дружество, жалбоподателят е посочил средства,

предоставени от А. М. Капитал II ЛП – Б в размер на 14 851 705 евро. Тази сума е усвоена от жалбоподателя както следва: 14686139.24 евро главница по договор за мецанин заем (намалена с разносните по предоставяне на заема) в полза на „Е. Б.” и 148 294.74 евро – задължения на жалбоподателя към М. Мениджмънт Сентръл Юръп. Последното дружество е посочено в същото уведомление като *инвестиционен мениджър* на едноличния собственик на капитала на жалбоподателя. В това си качество дружеството анализира и предлага подходящ подход към всяка инвестиция.

Установява се от протокол за проведено на 02.07.2008 г. заседание на Съвета на директорите на М. Мениджмънт Сентръл Юръп Лимитид, че А. М. Капитал II ЛП – Б *е направил предложение да предостави финансови средства на среден по размер български конгломерат Е. Б.*, който да финансира динамичния ръст на неговите дъщерни дружества в застрахователната дейност чрез своето дъщерно дружество „ЕИГ”, чрез което управлява непрекъснато разрастващ се викосодоходен портфейл от махоритарно притежавани застрахователни предприятия в цяла Източна Е. След проведени дискусии на заседанието е взето решение А. М. Капитал II ЛП – Б да предостави мецанин инвестиция в размер на 15 милиона евро в Елрохолд Б..

Установява се от протокол за проведено на 22.08.2008 г. заседание на Съвета на директорите на М. Мениджмънт Сентръл Юръп Лимитид, че от голямата българска неживотозастрахователна група Евроинс Иншурънс Груп („ЕИГ”) са се свързали с А. М. Капитал II ЛП („АМЦ II”) за отпускане на 15 милиона евро гарантиран мецанин капитал за разрастване. На заседанието е взето решение „АМЦ II” да предостави на ЕИГ 15 милиона евро гарантиран мецанин капитал.

От М. Мениджмънт Сентръл Юръп II през м.август 2008 г. е изготвен „Проект С. - окончателна инвестиционна препоръка” – мецанин капитал за разширяване на ЕвроИнс - една от основните неживотозастрахователни компании в Югоизточна Е. В проекта е посочено, че ЕвроИнс Иншурънс Груп (ЕИГ) и нейните застрахователни дъщерни дружества нямат задължения, до момента разширяването на групата е било финансирано изцяло със собствени средства. В проекта е изразено съгласие със структурата на сделката, като е посочено, че същата се характеризира с привлекателна защита П. загуба и цялостна печалба. Като кредитоискател по мецанин кредита е посочен „Е.

Б.” – компания – майка на ЕИГ като холдингово дружество с котираните акции, които свързани дружества осигурявали привлекателни възможности за кръстосани продажби в застрахователната дейност. Пазарната капитализация на Е. е посочена от 150 милиона евро, а съотношението заемен/обикновен капитал 55 % (76 % след финансирането). Посочено е в проекта, че АМК II трябва да предостави 15 милиона евро гарантиран мецанин кредит на Е., за който ще получи опция върху 3.0 % от акциите на ЕИГ, като по законови причини АМК II ще предостави заема на Е., а не на ЕИГ. Мецанин кредитът ще бъде обслужван от дивидентите, получавани от дъщерните дружества на Е.. В съдържащата се в проекта структура на сделката (преди и след конвертиране на конвертируемия кредит) като страна е посочен АМК II (А. М. Капитал II ЛП – Б), с гаранция в размер на 3 % (пред) и 2.6 % след конвертиране. След конвертиране на конвертируем кредит от Глобал Финанс (Г), последният става акционер с 21.5 % в ЕИГ, а АМК II приключва с опция за 2.6 % от акциите на ЕИГ с предполагаема стойност на опцията от 3.5 милиона евро (2.6 % от 133.4 млн. евро собствен капитал). За обезпечение е посочен залог върху акции на ЕИГ с предполагаема стойност от 30 млн. евро, залог върху над 3 млн. акции на Е. и залог върху блокирана сметка. В проекта е посочено, че Е. е получило 3.8 милиона евро от дивиденти от своите дъщерни дружества през 2007г. и очаква да получи 1.8 милиона евро през 2008г., тъй като иска да задържи парични средства в своите дъщерни дружества за разширяване, като се очаква през следващите години да не разпределя дивиденти. Поради тази причина в договора за кредит били включени строги ограничения във връзка с разпределянето на дивиденти, както и за извършване на нови дългове. Така текущата пазарна капитализация на Е. е определена на 143.3 милиона евро, П. което съотношението на общия консолидиран дълг на групата към пазарната капитализация е 76 %. Е. е описано то ръководството си като второто с най-ликвидни акции на Българската фондова борса. ЕИГ е описана, като учредена през м.ноември 2007 г. с цел придобиването на всички, свързани със застраховането дейности на Е. и П. тежава мажоритарни дялове в застрахователни компании в Б., Р и М, а предстои придобиване на мажоритарен дял в „Таково Осигуряване” – Събрия. Така кредитоискателят Е. притежавакосвено 68 % от ЕвроИнс Б., 50 % от Е Инс Здраве, 84 % от

Е Инс Р и 83.3 % от Макоспед Осигурание.

В проекта е посочена инвестиционна възвращаемост на мецанина за **АМК II** от 18.3 % годишно. П. инвестиционен период от 3/4/5 години с печеливш темп на възвращаемост на инвестицията от 21.3 % годишно и губещ сценарий. За **организатор и агент** в проекта е посочен Мецанин Мениджмънт ГмБх (и всички негови дъщерни дружества и филиали, заедно наричани „Мецанин Мениджмънт”), като **гарант** е посочен А. М. Капитал II ЛП (или друго дъщерно дружество, което притежава изцяло), като **кредитор** е посочен **гарантът**, който следва да осигури сумата от 15 милиона евро под формата на подчинен кредит (**мецанин кредит**). Като лихвен процент в проекта е посочен 7.5 % годишно в брой и 2.0 % годишно в натура, като и двата лихвени процента се заплащат на тримесечие, П. първо дължимо плащане на лихвата на 31.12.2008 г. Определена е годишна такса за управление от 10 000 евро. Жалбоподателят не оспорва, че А. М. Капитал II ЛП – Бермуда е едноличен собственик на капитала му (протокол за общо събрание на акционерите от 11.07.08 г., стр. 86 от делото). Със споразумение за предоставяне на капитал от 16.09.2008 г. жалбоподателят е удостоверил получена от А. М. Капитал II ЛП – Б сума от 14 851 705.26 евро, която се е задължил да заплати **1.на падежа на портфейлите от кредити или осем години от издаване на споразумението, както и лихва по неизплатената сума на главницата** в размер на 1/8 % от 1 % (0.0000125) по-малка от тази, която жалбоподателят получава **по финансови инструменти, като лихвата е дължима на датата, на която се изплаща лихвата по портфейлните кредити.** Така П. получена по договора за мецанин кредит с Е. лихва в размер на 862 964.88 евро, жалбоподателят следва да преведе на А. М. Капитал II ЛП – Б 862 954.09 евро, като за жалбоподателя остава сума в размер на 10.787061 евро.

Установява се от годишния финансов отчет на жалбоподателя (стр.501 и сл. от делото), че дружеството е учредено на 19.04.2006 г. и на 25.09.2007 г. е закупено от А. М. Капитал II ЛП, като дейността му е свързана с извършването на инвестиции по препоръка на М. Мениджмънт Сентръл Юръп II Лимитид. През 2007 г. дружеството е инвестирало 21.6 милиона евро в търговски операции в Е посредством мецанин или ипотечен кредит, *които инвестиции изцяло се финансират с кредити от дружеството – майка.* За 2007 г. е отчетена загуба от 50000 евро. През 2008 г.

дружеството е инвестирало 72 милиона евро във фирми в Е със заеми от фирмата - майка (стр.512 от делото), като е отчело печалба от 44 000 евро. Видно от годишния финансов отчет на жалбоподателя за 2008 г. дружеството отчита приходи от лихви в размер на 3 857 000 евро и разходи по лихви в размер на 3 724 000 евро, или общо приходите от лихви, които остават в дружеството през 2008 г., са в размер на 133 000 евро. През 2008 г. дружеството не е имало назначени служители. Видно от годишната декларация за доходите на жалбоподателя за 2008 г. (стр.536 – 545 от делото) дружеството е декларирано 151 352 евро печалба. В годишната данъчна декларация са посочени приходи от лихви в размер на 37086247 евро и разходи за лихви в размер на 35 801 298 евро.

Страните не спорят, че задълженията на „Е. Б.” по договора за мецанин кредит са обезпечени с договор за залог на акции от капитала на кредитополучателя, договор за залог на вземания за дивиденди на основния акционер „Старком холдинг” от 29.08.08 г. и договор за залог на акции от капитала на Е Иншурънс Груп от 03.09.09 г. Съдът приема, че жалбоподателят не може да черпи доводи само от вида и характера на сключения на 29.08.08 г. договор за М. заем, включително от общите характеристики на т.нар. „мостово финансиране” (бек-ту-бек заеми), тъй като тези правни доводи (дори правилни сами за себе си) следва да се тълкуват във връзка с всички обстоятелства по делото и в конкретния случай – във връзка с кредитното споразумение от 16.09.2008 г.

Установява се от допусната и приета по делото съдебно-счетоводна експертиза от 09.02.2011 г. на вещото лице П. Божков Т., която съдът кредитира като компетентно изготвена и неоспорена от страните, че договорът за М. заем е комбинация между класическо финансиране срещу възнаградителна лихва и възможност (опция/право, но не и задължение) кредиторът да придобие определено количество акции от капитала на дружеството – длъжник или друго дружество, съгласувано между страните. Комбинацията от тези компоненти обуславя по-висока степен на **риск за кредитора**, отколкото П. класическото финансиране чрез банков кредит. В процесния договор за заем от 29.08.08 г. вещото лице е открило и двата горепосочени елемента - уговорена плаваща лихва, която дружеството - длъжник дължи на кредитора, като стойността на лихвата е функция от

постигането на определени финансови резултати и от друга страна - уговорено отделно, допълнително споразумение (опция). Опцията се състои в право на кредитора да придобие в бъдеще 7 198 796 акции от общия акционерен капитал (2.60 % от капитала) на дружеството Евроинс Иншурънс Груп, което е дъщерно дружество на кредитополучателя „Е. Б.“. Вещото лице е установило, че всички средства, предоставени по заема, целево са били използвани още П. отпускането им изключително и само за увеличение на капитала на Евроинс Иншурънс Груп с цел придобиване на контролни дялове в определени застрахователни компании на Балканите. Вещото лице е установило, че кредиторът е наложил в договора някои рестриктивни мерки: кредитополучателят може да вземе нови кредити, както и да дава корпоративни финансови гаранции само с изричното съгласие на кредитора. Засилена гаранция за кредитора вещото лице е установило П. клаузите, касаещи използване на парите само в дъщерното дружество Евроинс Иншурънс Груп, възпиращите клаузи за вземане на нови кредити и финансови гаранции, както и разпоредбите на т.7.4. и т.22.15. от договора, които правят заема предварително изискуем до размера на получената сума от продажбата на даден актив или дъщерно дружество.

Вещото лице е посочило в заключението си, че процесният договор за М. заем съдържа типични за този заема финансов инструмент клаузи относно кредитния и пазарен риск. В тази му част съдът кредитира заключението само относно поясненията във връзка с клаузите на договора, свързани с финансирането, доколкото приема, че същите изискват специални знания. Съдът приема направения въз основа на тези клаузи извод от вещото лице, че кредитният и пазарен риск се носи от жалбоподателя А. П. С. М. АБ, Ш., независимо от отношенията му с А. М. Кепитъл II – Б, за **правен извод**, като в тази му част заключението ще бъде обсъдено съвкупно с всички доказателства по делото.

Въз основа на уговорките по чл.16.16 от договора вещото лице е направило извод, че кредиторът носи класически кредитен риск от неплатежоспособност на кредитополучателя. Освен типични проявни форми на неизпълнение от страна на длъжника (неспазване на финансови договорености за съблюдаване на съотношение между консолидиран нето дълг към консолидирана печалба; неизпълнение на финансово задължение от друг член

на икономическата група на „Е. Б.” към друг кредитор, несъстоятелност на длъжника), вещото лице е посочило специфичен риск от неизпълнение във връзка със специфичното споразумение - опция, тъй като кредиторът се лишава от съществена облага по договора за М. заем - да придобие уговореното количество акции. В случая максималното измерение на този риск за кредитора е да не придобие 7 198 796 акции от капитала на Евроинс Иншурънс Груп. Експертът е установил редовно осчетоводяване на заема П. длъжника „Е. Б.”, потвърдено от одитора „KPMG Б.” ООД.

П. тези данни по делото съдът приема изводите на органите по приходите за липса на основание за прилагане на СИДДО с Ш. поради неизпълнение на изискването по чл.9, ал.1 СИДДО, са правилни и законосъобразни. Установява се от изготвени от жалбоподателя документи (годишни финансови отчети), че основната му дейност се състои в извършване на инвестиции по препоръка на М. Мениджмънт Сентръл Юръп II Лимитид, но изцяло със средства, предоставени от дружеството – майка А. М. Капитал II ЛП. По подробно описаните по-горе доказателства (протоколи за проведени заседания на Съвета на директорите на М. Мениджмънт Сентръл Юръп II Лимитид (посочен като инвестиционен мениджър на А. М. Капитал II ЛП от 02.07.08 г. и от 22.08.08 г.) се установява, че е взето решение именно **А. М. Капитал II ЛП (АМК II)** да предостави на ЕИГ заем в размер на 15 милиона евро. Наличието на проведени заседания на Съвета на директорите на жалбоподателя не може да бъде довод, че решението за инвестиране чрез М. заем е взето еднолично от управителния орган на жалбоподателя. Съдът приема, че това решение е формално, доколкото договорът от 29.08.08 г. е сключен от името на шведското дружество и за сключването му следва да има взето решение от управителния орган. В тази връзка всички писмени доказателства по делото сочат, че инвестиционен мениджър е М. Мениджмънт Сентръл Юръп II Лимитид, а не шведското дружество.

В представения по делото Проект – окончателна инвестиционна препоръка (стр.393 – 439 от делото), изготвен от М. Мениджмънт Сентръл Юръп II Лимитид през м.август 2008 г., като страна по сделката (включително гарант и кредитор) е посочен **А. М. Капитал II ЛП (АМК II)**. Действително договорът за М. кредит е сключен от името на жалбоподателя **А. II С. М. АБ – Ш.**,

но съдът приема, че същият не осигурява финансирането със собствени средства. Установява се от капиталова нота (споразумение за предоставяне на капитал на стр.490 – 493 от делото), че жалбоподателят е получил в заем средства в размер на 14 851 705.26 евро от А. М. Капитал II ЛП - Б. Именно съдържанието на това споразумение е категорично указание за съществуващата тясна връзка между предоставения от А. М. Капитал II ЛП на жалбоподателя заем и процесния договор за мецанин заем от 29.08.08 г. Уговорено е връщане на главницата по заема, предоставен от дружеството - майка, след падежа на предоставените от самия жалбоподател финансови инструменти (кредити) в полза на трети лица (в случая на Е. Б.). Включително размерът на лихвата е договорен като размер на лихвата по портфейлните кредити. Именно последното обстоятелство е указание, че жалбоподателят не е действителен действителният притежател (получател) на лихвите (като доход по договора за М. заем от 29.08.08 г.) по смисъла на чл.9, ал.1 от СИДДО с Кралство Ш.. Действително той е страна по договора, но една значителна част от изплатените му от „Е. Б.” лихви по същия договор (намалени със 1/8 % от 1 %) следва да бъдат преведени в полза на дружеството – майка и то на същата дата, на която се изплаща лихвата по портфейлните кредити съгласно капиталовата нота от 16.09.2008 г. В тази връзка съдът не кредитира заключението на вещото лице Т. в частта относно извода, че рисковете се носят от жалбоподателя независимо от отношенията му с А. М. Капитал II ЛП. От една страна вещото лице е приело, че не може да прецени, дали жалбоподателят е изложен на риск, ако дружеството от Б поиска връщане на предоставените суми преди падежите на договорите за кредит, тъй като споразумението не носи подпис на представител на А. М. Капитал II ЛП. Съдът приема, че правната действителност и обвързващата сила на споразумението са правни въпроси, по които вещото лице не следва да взема отношение. От друга страна вещото лице не е изследвало връзката между плащанията по капиталовата нота от 16.09.08 г. и договора за М. заем от 29.08.08 г. Съобразно разпределението на доказателствената тежест в процеса по чл.154, ал.1 ГПК жалбоподателят е поставил задача във връзка с характера и поетите от жалбоподателя рискове по договора за М. кредит от 29.08.08 г. В тази връзка съдът изцяло кредитира заключението на вещото лице в частта,

разясняваща характера на договора за М. кредит като особен финансов инструмент, съчетаващ класическо финансиране срещу лихва и опция (възможност, но не задължение) за придобиване на акции от капитала на дружеството длъжник (или друго дружество, доколкото „Е. Б.” е холдингово дружество, притежаващо мажоритарна част от капитала на други дружества). Съдът приема, че тези специфики на договора за М. кредит определят по-висока степен на риск за кредитора от класическото финансиране чрез банков кредит. Но в случая не е достатъчен само анализ на характера на договора от 29.08.08 г., а следва да се посочи неговата безспорна връзка със споразумението от 16.09.08 г. и изобщо с всички документи, изготвени във връзка с проекта за мещанин финансиране, предложен от М. Мениджмънт Сентръл Юръп II Лимитид, които сочат като кредитор дружеството – майка, а не жалбоподателя. Ето защо приетата по делото съдебно-счетоводна експертиза не е достатъчна, за да обоснове носенето на кредитен риск от жалбоподателя. II. преценката ѝ с другите доказателства по делото се установява, че жалбоподателят не разполага със собствен капитал, няма наети лица на работа и основното релевантно по делото обстоятелство - не притежава доход от лихви по договора за М. заем от 29.08.08 г., доколкото се е задължил да предостави този доход на дружеството – майка по капиталово споразумение от 16.09.08 г. В този смисъл като са се позовавали на т.10 от Коментара към чл.11 от Модела на спогодбата по СИДДО органите по приходите са приложили правилно материалния закон. На основание чл.160, ал.1 ДОПК жалбата следва да бъде отхвърлена като неоснователна, доколкото жалбоподателят не е действителен притежател на дохода от лихви в размер на 820 633.67 лв. към 31.12.2008 г., посочен в искане за прилагане на СИДДО вх.№ 1453-00-1981 от 27.02.2009 г.

Съдът не възприема доводите на жалбоподателя в писмената му защита относно приложението на историческите версии на Коментара на Модела на СИДДО, конкретно версията от 1977 г. към СИДДО с Кралство Ш., сключена през 1988 г. Съдът не приема, че разпоредбата на чл.9, ал.1 СИДДО с Кралство Ш. подлежи на тълкуване, доколкото същата поставя ясно и категорично изискване „местното лице да е действителен получател на лихвите”. Липсата на законова дефиниция за „действителен получател” на дохода предполага тълкуване на

договорната воля на страните по договора за М. заем от 29.08.08 г., конкретно във връзка, дали доходът от лихви постъпва в патримониума на местното лице и дали окончателно остава част от патримониума на жалбоподателя, доколкото в случая се установи, че този доход е предмет и на други споразумения, конкретно на кредитното споразумение от 16.09.08 г. На основание чл.142, ал.1 АПК следва да се приложат материално правните норми в редакцията им, относима към спорните отношения, в случая към м.август 2008 г. Безспорно визираното от жалбоподателя изменение на Коментара на Модела на СИДДО от 1992 г. е резултат от развитието на обществените отношения и прилагането към тези отношения на Коментара от 1977 г. е необосновано ограничително тълкуване.

Съдът не възприема доводите на жалбоподателя, че дружеството ще бъде обложено за доходите си от лихви в Ш., с оглед на което се накърняват целите на СИДДО за избягване на двойното данъчно облагане. Установява се от представените от жалбоподателя годишни данъчни декларации, че през 2007 г. същият е декларирал годишна загуба от 50000 евро П. инвестирани 21.6 милиона евро в търговски операции в Е, а през 2008 г. – печалба от 44000 евро П. инвестирани 72 милиона евро. През 2008 г. жалбоподателя е декларирал приходи от лихви в размер на 3 857 000 евро и разходи по лихви в размер на 3 724 000 евро. Не е спорно, че в Ш. ще бъдат обложени с данък само нетната печалба от тези приходи. Съдът приема, че именно тази хипотеза касае т.7.1 от Коментарът на чл.11 от Модела на СИДДО: бенефициентът на лихвата е взел кредит, за да финансира дейността, и тогава няма да се реализира печалба от лихва (ако платените лихви по кредита превишават по размер получения доход от лихви), който проблем не може да бъде разрешен от държавата на местното лице, понеже бенефициентът ще подлежи на данъчно облагане върху нетната печалба от сделката. Тези обстоятелства не налагат обмен на информация съгласно чл.24 от СИДДО с Кралство Ш., поради което съдът не възприема доводите на жалбоподателя за допуснато в хода на ревизионното производство съществено процесуално нарушение. Действително съгласно чл.170, ал.1 АПК вр. пар.2 от ДР на ДОПК доказателствената тежест за установяване съществуването на фактическите основания, посочени в оспорения акт, е за ответника. Ответникът не е допуснал разместване на доказателствената

тежест в процеса, доколкото съгласно чл.154, ал.1 ГПК се касае за доказване на положителен факт (действителен притежател на дохода), благоприятните последици от който се носят от жалбоподателя. В случая доказателствената тежест се носи от жалбоподателя и на основание чл.116, ал.1 ДОПК.

По изложените съображения АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД – С. град, I-во Административно отделение, 2 състав

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на **А. П. С. М. АБ – Ш.**, акционерно дружество съгласно шведското законодателство, рег. № 556702-2412, със седалище и адрес на регистрация Stureplan 4C, 4 tr, 114 35 C, Ш. срещу **СТАНОВИЩЕ** за липса на основания за прилагане на Спогодба за избягване на двойното данъчно облагане (СИДДО) изх.№ 24-14-352 от 30.11.2009 г., издадено от Г. Станулова - зам. директора на ТД на Н. Г.С., потвърдено с решение № 172 от 03.02.2010 г. на директора на ДОУИ Г.С..

Решението може да се обжалва в 14 дневен срок от съобщението до страните за постановяването му с касационна жалба пред ВАС на РБ.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: