Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
JULIANE KOKOTT
της 1ης Μαρτίου 2018 [1]

Υπόθεση C-299/16

Z Denmark
κατά
Skatteministeriet

[αίτηση του Vestre Landsret (εφετείου της δυτικής περιφέρειας, Δανία)
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή – Οδηγία 2003/49/ΕΚ για την καθιέρωση κοινού συστήματος φορολόγησης των τόκων και των δικαιωμάτων που καταβάλλονται μεταξύ συνδεδεμένων εταιριών διαφορετικών κρατών μελών (λεγόμενη οδηγία περί τόκων και δικαιωμάτων) – Έννοια του δικαιούχου – Ενέργεια ιδίω ονόματι για λογαριασμό τρίτου – Επιρροή των σχολίων του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ επί της ερμηνείας οδηγίας της Ένωσης – Κατάχρηση των δυνατοτήτων διευθετήσεως στο πλαίσιο της φορολογικής νομοθεσίας – Κριτήρια για τη διαπίστωση καταχρηστικής αποφυγής της φορολογήσεως στην πηγή – Καταχρηστική εκμετάλλευση της απουσίας συστημάτων ανταλλαγής πληροφοριών μεταξύ των κρατών – Άμεση εφαρμογή διατάξεως οδηγίας που δεν έχει μεταφερθεί στην εσωτερική έννομη τάξη – Σύμφωνη προς το δίκαιο της Ένωσης ερμηνεία εθνικών αρχών που αφορούν την πρόληψη των καταχρήσεων»

I. Εισαγωγή

1. Στην υπό κρίση υπόθεση –καθώς και σε άλλες τρεις παράλληλες διαδικασίες [2]– το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης καλείται να κρίνει υπό ποιες περιστάσεις ο δικαιούχος τόκων κατά την έννοια του αστικού δικαίου πρέπει να θεωρείται και ως δικαιούχος κατά την έννοια της οδηγίας περί τόκων και δικαιωμάτων [3]. Συναφώς, επιβάλλεται να διευκρινισθεί αν η ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης πρέπει να στηρίζεται και στα σχόλια του ΟΟΣΑ επί του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεώς του, ιδίως εάν αυτά έχουν αναδιατυπωθεί μετά την έκδοση της οδηγίας. Επιπλέον, τίθεται ζήτημα σχετικά με τον ορισμό και τη δυνατότητα άμεσης εφαρμογής της απαγορεύσεως των καταχρήσεων που προβλέπει το δίκαιο της Ένωσης.

2. Στην υπό κρίση περίπτωση, οι χρηματοδότες δάνεισαν χρήματα σε δανική εταιρία μέσω εταιρίας επενδύσεως κεφαλαίων εγκατεστημένης σε τρίτο κράτος η οποία ελέγχει την πρώτη εταιρία. Προφανώς για τον λόγο ότι το φορολογικό καθεστώς της Δανίας κατέστη δυσμενέστερο για τους αλλοδαπούς επενδυτές διά της καθιερώσεως συστήματος φορολογήσεως στην πηγή, η αντίστοιχη δανειακή υποχρέωση και οι μετοχές της δανικής εταιρίας μεταβιβάσθηκαν σε εταιρία ιδρυθείσα στο

1 Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 Πιο συγκεκριμένα, πρόκειται για τις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-115/16, C-118/16 και C-119/16.

3 Οδηγία 2003/49/ΕΚ του Συμβουλίου, της 3ης Ιουνίου 2003, για την καθιέρωση κοινού συστήματος φορολογήσεως των τόκων και των δικαιωμάτων που καταβάλλονται μεταξύ συνδεδεμένων εταιριών διαφορετικών κρατών μελών (ΕΕ 2003, L 157, σ. 49).

Λουξεμβούργο. Στο πλαίσιο αυτής της μεταβιβάσεως η εν λόγω εταιρία έλαβε δάνειο ίδιου ύψους από την εταιρία επενδύσεως κεφαλαίων. Η μεσολάβηση εταιρίας εγκατεστημένης σε κράτος το οποίο δεν είναι μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει ως σκοπό, μεταξύ άλλων, να αποφευχθεί η φορολόγηση των καταβαλλόμενων τόκων στην πηγή, η οποία επιβάλλεται στη Δανία.

3. Όλα τα ανωτέρω ζητήματα αφορούν, εν τέλει, τη θεμελιώδη αντίθεση στο πλαίσιο της φορολογικής νομοθεσίας μεταξύ της ελευθερίας διευθετήσεων που παρέχει το αστικό δίκαιο στους φορολογούμενους και της ανάγκης αποκλεισμού ορισμένων διευθετήσεων οι οποίες είναι μεν έγκυρες από απόψεως αστικού δικαίου, αλλά υπό συγκεκριμένες συνθήκες είναι καταχρηστικές. Μολονότι το ζήτημα αυτό υφίσταται από τότε που διαμορφώθηκε το σύγχρονο φορολογικό δίκαιο, η οριοθέτηση μεταξύ επιτρεπόμενης και απαγορευόμενης μειώσεως του φόρου εξακολουθεί να είναι δυσχερής. Ο οδηγός αυτοκινήτου ο οποίος πωλεί το όχημά του λόγω του κόστους που προκύπτει κατόπιν αυξήσεως του φόρου επί των αυτοκινήτων, ασφαλώς επιδιώκει να αποφύγει τον εν λόγω φόρο. Τούτο όμως δεν μπορεί να εκληφθεί ως καταστρατήγηση του νόμου, ακόμη και αν το μοναδικό κίνητρο είναι η μη καταβολή του φόρου.

4. Λαμβανομένου υπόψη του πολιτικού κλίματος που έχει διαμορφωθεί κατά των φορολογικών πρακτικών ορισμένων ομίλων παγκόσμιας εμβέλειας, η απαιτούμενη, εν προκειμένω, οριοθέτηση δεν είναι ευχερής για το Δικαστήριο, αν γίνει δεκτό ότι δεν πρέπει κάθε συμπεριφορά των ιδιωτών που οδηγεί σε μείωση φόρου να κρίνεται, άνευ ετέρου, ως καταχρηστική.

II. Το νομικό πλαίσιο

Α. Το δίκαιο της Ένωσης

5. Από απόψεως δικαίου της Ένωσης, το νομικό πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως συνιστούν η οδηγία 2003/49 και τα άρθρα 43 ΕΚ, 48 ΕΚ και 56 ΕΚ (νυν άρθρα 49 ΣΛΕΕ, 54 ΣΛΕΕ και 63 ΣΛΕΕ).

6. Η οδηγία 2003/49 ορίζει στις αιτιολογικές σκέψεις 1 έως 6 τα εξής:

«(1) Σε μια ενιαία αγορά που έχει τα χαρακτηριστικά εγχώριας αγοράς, οι συναλλαγές μεταξύ εταιρειών διαφορετικών κρατών μελών δεν πρέπει να υπόκεινται σε φορολογικό καθεστώς λιγότερο ευνοϊκό από αυτό που ισχύει για τις ίδιες πράξεις όταν αυτές εκτελούνται μεταξύ εταιρειών του ίδιου κράτους μέλους.

(2) Η προϋπόθεση αυτή δεν πληρούται προς το παρόν όσον αφορά τις καταβολές τόκων και δικαιωμάτων. Οι εθνικές φορολογικές νομοθεσίες, σε συνδυασμό, κατά περίπτωση, με διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες, ενδέχεται να μην διασφαλίζουν την εξάλειψη των φαινομένων διπλής φορολογίας και [...] η εφαρμογή τους συνεπάγεται συχνά επαχθείς διοικητικές διατυπώσεις και ταμειακές επιβαρύνσεις για τις οικείες επιχειρήσεις.

(3) Είναι ανάγκη να εξασφαλισθεί ότι οι πληρωμές τόκων και δικαιωμάτων θα φορολογούνται μόνον μία φορά, σε ένα κράτος μέλος.

(4) Η κατάργηση της φορολόγησης των πληρωμών τόκων και δικαιωμάτων στα κράτη μέλη όπου προκύπτουν, είτε με παρακράτηση στην πηγή είτε με είσπραξη έπειτα από βεβαίωση, αποτελεί την πλέον ενδεδειγμένη μέθοδο για την εξάλειψη των προαναφερθεισών διατυπώσεων και επιβαρύνσεων και για τη διασφάλιση της ίσης φορολογικής μεταχείρισης μεταξύ εθνικών και διασυνοριακών συναλλαγών. Παρίσταται ιδιαίτερη ανάγκη να καταργηθούν οι φόροι αυτοί για τις πληρωμές που πραγματοποιούνται τόσο μεταξύ συνδεδεμένων εταιρειών διαφορετικών κρατών μελών, όσο και μεταξύ μονίμων εγκαταστάσεων τέτοιων εταιρειών.

(5) Οι σχετικές ρυθμίσεις θα πρέπει να εφαρμόζονται μόνο για το ενδεχόμενο ποσό των τόκων ή των δικαιωμάτων το οποίο θα είχε συμφωνηθεί από τον οφειλέτη και τον δικαιούχο αν δεν υπήρχε μεταξύ τους ειδική σχέση.

(6) Είναι επιπλέον απαραίτητο να μην εμποδίζονται τα κράτη μέλη να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα καταστολής των φαινομένων απάτης και καταχρήσεων.»

7. Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 2003/49 προβλέπει τα εξής:

«Οι πληρωμές τόκων ή δικαιωμάτων που ανακύπτουν σε ένα κράτος μέλος απαλλάσσονται από ενδεχόμενους φόρους επ' αυτών στο εν λόγω κράτος (είτε παρακρατούνται είτε εισπράττονται κατόπιν βεβαιώσεως) εφόσον ο δικαιούχος των τόκων ή των δικαιωμάτων είναι εταιρεία άλλου κράτους μέλους ή μόνιμη εγκατάσταση εταιρείας κράτους μέλους ευρισκόμενη σε άλλο κράτος μέλος.»

8. Το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2003/49 ορίζει, επίσης, τα ακόλουθα:

«Εταιρεία ενός κράτους μέλους λογίζεται ως δικαιούχος τόκων ή δικαιωμάτων μόνον εφόσον δέχεται τις πληρωμές για δικό της λογαριασμό και όχι με την ιδιότητα του αντιπροσώπου, όπως του καταπιστευτικού διαχειριστή ή του εξουσιοδοτημένου υπογράφοντα εξ ονόματος άλλου προσώπου.»

9. Το άρθρο 1, παράγραφος 7, της οδηγίας 2003/49 έχει ως εξής:

«Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται μόνον εφόσον η εταιρεία που είναι πληρωτής τόκων ή δικαιωμάτων, ή η εταιρεία μόνιμη εγκατάσταση της οποίας λογίζεται ως πληρωτής, είναι συνδεδεμένη εταιρεία της εταιρείας που είναι δικαιούχος των εν λόγω πληρωμών ή της οποίας η μόνιμη εγκατάσταση λογίζεται ως δικαιούχος των εν λόγω τόκων ή δικαιωμάτων.»

10. Το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49, επιγραφόμενο «Απάτη και κατάχρηση», περιέχει την ακόλουθη διάταξη:

«1. Η παρούσα οδηγία δεν αποκλείει την εφαρμογή εσωτερικών ή βασιζομένων σε συμφωνίες διατάξεων που απαιτούνται για την πρόληψη της απάτης και των καταχρήσεων.

2. Τα κράτη μέλη μπορούν, σε περιπτώσεις συναλλαγών που έχουν ως κύριο κίνητρο, ή ως ένα από τα κύρια κίνητρα, τη φοροδιαφυγή ή τη φοροαποφυγή ή την κατάχρηση, να άρουν το ευεργέτημα της παρούσας οδηγίας ή να αρνηθούν την εφαρμογή της.»

Β. Το διεθνές δίκαιο

11. Η μεταξύ Δανίας και Λουξεμβούργου σύμβαση της 17ης Νοεμβρίου 1980 για την αποφυγή της διπλής φορολογίας (στο εξής: σύμβαση για την αποφυγή της διπλής φορολογίας) προβλέπει, στο άρθρο 11, παράγραφος 1, τα ακόλουθα σχετικά με την κατανομή της εξουσίας φορολογήσεως των τόκων:

«1. Οι τόκοι που προέρχονται από συμβαλλόμενο κράτος και καταβάλλονται σε πρόσωπο που είναι κάτοικος του έτερου συμβαλλόμενου κράτους φορολογούνται μόνον στο έτερο αυτό κράτος εφόσον το πρόσωπο αυτό είναι ο δικαιούχος των τόκων.»

12. Βάσει της εν λόγω διατάξεως, το κράτος στο οποίο ανακύπτουν οι τόκοι, εν προκειμένω η Δανία, δεν δύναται να φορολογήσει τους τόκους που καταβάλλονται σε πρόσωπο που είναι κάτοικος Λουξεμβούργου, αν το εν λόγω πρόσωπο είναι ο «δικαιούχος» των τόκων. Η έννοια «δικαιούχος» δεν ορίζεται περαιτέρω στη σύμβαση για την αποφυγή της διπλής φορολογίας.

Γ. Το δανικό δίκαιο

13. Όπως αναφέρει το αιτούν δικαστήριο, το ισχύον κατά τα επίδικα έτη νομικό καθεστώς στη Δανία έχει ως εξής.

14. Ο νόμος περί φορολογήσεως ανωνύμων εταιριών (στο εξής: νόμος περί φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων[4]) περιέχει στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο d, τους κανόνες που διέπουν την περιορισμένη φορολογική υποχρέωση των αλλοδαπών εταιριών όσον αφορά τους πιστωθέντες ή καταβληθέντες τόκους από δανικές εταιρίες:

«Άρθρο 2 Υποκείμενοι στον φόρο, βάσει του παρόντος νόμου, είναι και οι εταιρίες, οι ενώσεις κ.λπ., κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, οι οποίες έχουν την έδρα τους στην αλλοδαπή, εφόσον […]

d) λαμβάνουν τόκους που προέρχονται από την ημεδαπή και συνδέονται με υποχρέωση την οποία έχει αναλάβει [εταιρία εγγεγραμμένη στο μητρώο της Δανίας] ή […] [μόνιμη εγκατάσταση αλλοδαπής εταιρίας] […] έναντι αλλοδαπών νομικών προσώπων αναφερόμενων στο άρθρο 3 B του Skattekontrollov [(νόμου περί φορολογικής διαχείρισης)] (ελεγχόμενη υποχρέωση) […]. Η φορολογική υποχρέωση δεν καλύπτει τους τόκους που απαλλάσσονται από φόρους ή υπόκεινται σε καθεστώς μειωμένης φορολογήσεως κατ' εφαρμογήν της οδηγίας 2003/49/ΕΚ για την καθιέρωση κοινού συστήματος φορολόγησης των τόκων και των δικαιωμάτων που καταβάλλονται μεταξύ συνδεδεμένων εταιριών διαφορετικών κρατών μελών ή δυνάμει συμβάσεως αποφυγής διπλής φορολογίας με τις Νήσους Φερόες, τη Γροιλανδία, ή το κράτος στο οποίο έχει την έδρα της η εταιρία κ.λπ. που εισπράττει τους τόκους. Ωστόσο, τούτο ισχύει μόνον εάν η πληρώτρια εταιρία και η εισπράττουσα εταιρία είναι συνδεδεμένες, κατά την έννοια της εν λόγω οδηγίας, για μια συνεχή περίοδο τουλάχιστον ενός έτους, η οποία πρέπει να καλύπτει και τον χρόνο της πληρωμής […]»

15. Επομένως, η περιορισμένη φορολογική υποχρέωση κατά τα επίδικα έτη δεν κάλυπτε τους καταβληθέντες σε μητρική εταιρία τόκους επί των οποίων δεν επιβάλλεται ή επιβάλλεται μόνον μειωμένος φόρος βάσει της οδηγίας 2003/49 ή συμβάσεως αποφυγής διπλής φορολογίας.

16. Αντιθέτως, αν βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο d, του νόμου περί φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων, συντρέχει περίπτωση περιορισμένης φορολογικής υποχρεώσεως επί του εισοδήματος από τόκους από τη Δανία, κατά το άρθρο 65 D του δανικού νόμου περί του φόρου στην πηγή[5], ο πληρωτής του τόκου υποχρεούται να παρακρατήσει τον φόρο στην πηγή («φόρο επί των τόκων»).

17. Ο συντελεστής για τα φορολογικά έτη 2006 και 2007 ήταν 30 %. Σε περίπτωση καθυστερημένης πληρωμής φόρου παρακρατηθέντος στην πηγή (όταν υφίσταται περιορισμένη φορολογική υποχρέωση) επιβάλλεται τόκος στην απαίτηση για την καταβολή του φόρου (άρθρο 66 B του νόμου περί του φόρου στην πηγή). Η υποχρέωση καταβολής τόκων υπερημερίας βαρύνει το πρόσωπο που υποχρεούται να παρακρατήσει τον φόρο στην πηγή.

18. Κατά τα επίμαχα έτη δεν υπήρχε στη Δανία γενική νομοθετική πρόβλεψη για την αποτροπή των καταχρήσεων. Στη νομολογία όμως αναπτύχθηκε η λεγόμενη «θεωρία της πραγματικότητας», κατά την οποία η φορολόγηση πραγματοποιείται βάσει συγκεκριμένης εκτιμήσεως της πραγματικής καταστάσεως. Τούτο σημαίνει, μεταξύ άλλων, ότι πλασματικές και τεχνητές φορολογικές διευθετήσεις μπορεί να μη ληφθούν υπόψη υπό συγκεκριμένες συνθήκες και ότι, αντ' αυτού, η φορολόγηση

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007 (κωδικοποιημένος νόμος 1037 της 24ης Αυγούστου 2007).

5 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (κωδικοποιημένος νόμος 1086 της 14ης Νοεμβρίου 2005).

στηρίζεται στην πραγματική κατάσταση («substance-over-form», προσέγγιση βάσει της οποίας η ουσία υπερισχύει του τύπου). Οι διάδικοι της κύριας δίκης συμφωνούν ότι η εν λόγω θεωρία δεν παρέχει κανένα έρεισμα για να μη ληφθούν υπόψη οι συναλλαγές που πραγματοποιήθηκαν στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως.

19. Περαιτέρω, στο πλαίσιο της δανικής νομολογίας έχει αναπτυχθεί η λεγόμενη αρχή του «πραγματικού λήπτη του εισοδήματος». Κατά την εν λόγω αρχή, η οποία στηρίζεται στη βασική διάταξη περί της φορολογίας εισοδήματος στο άρθρο 4 του δανικού φορολογικού κώδικα (statsskatteloven), οι φορολογικές αρχές δεν υποχρεούνται να δέχονται επίπλαστο διαχωρισμό μεταξύ της οικονομικής δραστηριότητας από την οποία προέκυψε το εισόδημα και του καταλογισμού του εξ αυτής εισοδήματος. Επομένως, πρέπει να προσδιοριστεί το πρόσωπο –ανεξαρτήτως της μορφής υπό την οποία αυτό εμφανίζεται– που πραγματικά εισέπραξε συγκεκριμένο εισόδημα και, κατά συνέπεια, υπέχει φορολογική υποχρέωση. Το ζήτημα, λοιπόν, είναι σε ποιον πρέπει να καταλογιστεί το εισόδημα κατά το φορολογικό δίκαιο. Συνεπώς, ο «πραγματικός λήπτης του εισοδήματος» θα είναι ο υποκείμενος στον φόρο επί του επίμαχου εισοδήματος.

III. Η διαφορά της κύριας δίκης

20. Η Z Denmark είναι δανική βιομηχανική εταιρία, τις μετοχές της οποίας απέκτησε, τον Αύγουστο του 2005, η εταιρία επενδύσεως κεφαλαίων A Fund σε ποσοστό περίπου 66 %. Στο πλαίσιο της αποκτήσεως των μετοχών, η A Fund χορήγησε δάνειο στη Z Denmark –στις 27 Σεπτεμβρίου 2005– με επιτόκιο 9 %.

21. Το 2006 η Δανία αποφάσισε να θεσπίσει σύστημα παρακρατήσεως φόρου στην πηγή για τους τόκους που καταβάλλονται στην αλλοδαπή. Στις 28 Απριλίου 2006 η A Fund συνέστησε στο Λουξεμβούργο τη Z Luxembourg και μεταβίβασε στην εταιρία αυτή την απαίτηση κατά της Z Denmark. Κατά τη μεταβίβαση, η A Fund χορήγησε στη Z Luxembourg δάνειο με επιτόκιο 9,875 %. Με σύμβαση της 21ης Ιουνίου 2006, η A Fund μεταβίβασε προς τη Z Luxembourg τις μετοχές της Z Denmark που της ανήκαν.

22. Κατά το αιτούν δικαστήριο, από τις ετήσιες οικονομικές καταστάσεις της Z Luxembourg για τα έτη 2007 και 2006 προκύπτει ότι μοναδική δραστηριότητα της εταιρίας ήταν η συμμετοχή στη Z Denmark. Οι ετήσιες αυτές οικονομικές καταστάσεις μαρτυρούν ότι το 2006 η εταιρία είχε αρνητικό αποτέλεσμα ύψους 23 588 ευρώ, ενώ το 2007 είχε θετικό αποτέλεσμα ύψους 15 587 ευρώ. Η καταχώριση «φόροι επί των κερδών» αντιστοιχούσε στο ποσό των 3 733 ευρώ για ένα έτος (μάλλον για το 2007).

23. Την 1η Νοεμβρίου 2007 η Z Denmark αποπλήρωσε το προαναφερθέν δάνειο. Την ίδια ημέρα η Z Luxembourg εξόφλησε ομοίως την οφειλή της προς την A Fund, συμπεριλαμβανομένων των οφειλόμενων τόκων.

24. Η A Fund αποτελείται από πέντε εταιρίες επενδύσεως κεφαλαίων, τέσσερις εκ των οποίων έχουν τη μορφή (κατά το δανικό φορολογικό δίκαιο) φορολογικώς διαφανών[6] ετερόρρυθμων εταιριών (Limited Partnerships) στη νήσο Τζέρσεϊ.

6 Τούτο σημαίνει ότι η εταιρία δύναται μεν να δραστηριοποιείται αυτοτελώς στις συναλλαγές, αλλά δεν υπόκειται καθεαυτή στον φόρο, καθόσον τα κέρδη της καταλογίζονται απευθείας στους εταίρους οι οποίοι οφείλουν να καταβάλουν τον φόρο που τους αναλογεί. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα ότι τα «εισοδήματα της εταιρίας» (εν προκειμένω: τα έσοδα από τόκους των εταιριών επενδύσεως κεφαλαίων) δεν φορολογούνται, καταρχήν, από το κράτος στο οποίο είναι εγκατεστημένη η εταιρία, αλλά από το κράτος στο οποίο είναι εγκατεστημένοι οι εταίροι.

25. Οι τέσσερις φορολογικώς διαφανείς εταιρίες επενδύσεως κεφαλαίων έχουν περίπου 70 άμεσους επενδυτές, στους οποίους περιλαμβάνονται ταμεία συντάξεων, χρηματοπιστωτικά ιδρύματα, «fund-of-funds», επενδυτικά κεφάλαια και εταιρίες επενδύσεως κεφαλαίων, συνήθεις εταιρίες και ιδιώτες.

26. Οι επενδυτές αυτοί έχουν την έδρα ή την κατοικία τους σε πολυάριθμες χώρες εντός και εκτός της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς και εντός και εκτός των χωρών με τις οποίες το Βασίλειο της Δανίας έχει συνάψει σύμβαση για την αποφυγή διπλής φορολογίας. Η A Fund (No. 5) Limited, Jersey, έχει τη μορφή μη φορολογικώς διαφανούς εταιρίας και συμμετέχει στην A Fund με ποσοστό περίπου 0,6 %.

27. Η SKAT (δανική φορολογική αρχή) έκρινε, με πράξη της 10ης Δεκεμβρίου 2010, ότι η Z Luxembourg δεν μπορεί να θεωρηθεί ως «δικαιούχος» των τόκων κατά την έννοια της οδηγίας 2003/49 και της συμβάσεως μεταξύ Δανίας και Λουξεμβούργου για την αποφυγή διπλής φορολογίας.

28. Η SKAT διαπίστωσε ότι η Z Denmark όφειλε να παρακρατήσει φόρο στην πηγή σχετικά με τόκους που κατά τα έτη 2006 και 2007 εγγράφηκαν υπέρ του κύριου μετόχου της, ήτοι της Z Luxembourg, και ότι η Z Denmark ευθυνόταν για τον μη καταβληθέντα φόρο στην πηγή.

29. Το Skatteministeriet (Υπουργείο Οικονομικών, Δανία) υποστήριξε ενώπιον του Vestre Landsret (εφετείου της δυτικής περιφέρειας, Δανία) ότι η Z Luxembourg πρέπει να θεωρηθεί ως «πραγματικός λήπτης του εισοδήματος» βάσει του δανικού δικαίου. Κατά συνέπεια, η Z Luxembourg έχει περιορισμένη φορολογική υποχρέωση ως προς τους επίμαχους τόκους.

30. Η πράξη της SKAT προσεβλήθη ενώπιον της Landsskatteret (ανώτατης εθνικής φορολογικής επιτροπής, Δανία) η οποία την επικύρωσε με απόφαση της 31ης Ιανουαρίου 2012. Η Z Denmark προσέφυγε κατά της αποφάσεως της Landsskatteret ενώπιον του Vestre Landsret (εφετείου της δυτικής περιφέρειας).

31. Το Vestre Landsret (εφετείο της δυτικής περιφέρειας) εξέδωσε, εν τέλει, διάταξη προκειμένου να κινηθεί η διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως.

IV. Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

32. Το Vestre Landsret (εφετείο της δυτικής περιφέρειας) υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

1. Πρέπει το άρθρο 1, παράγραφος 1, σε συνδυασμό με το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2003/49, να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι εταιρία εγκατεστημένη σε κράτος μέλος η οποία εμπίπτει στο άρθρο 3 της οδηγίας και, υπό τις περιστάσεις της παρούσας υποθέσεως, εισπράττει τόκους από θυγατρική εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος, είναι ο «δικαιούχος» των εν λόγω τόκων κατά την οδηγία;

1.1. Πρέπει η έννοια του όρου «δικαιούχος» στο άρθρο 1, παράγραφος 1, σε συνδυασμό με το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2003/49, να ερμηνευθεί σύμφωνα με την έννοια του αντίστοιχου όρου ο οποίος περιλαμβάνεται στο άρθρο 11 του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ του 1977;

1.2. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 1.1: πρέπει η έννοια αυτή να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα μόνον των σχολίων του άρθρου 11 του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ του 1977 (σημείο 8), ή μπορούν κατά την ερμηνεία να ληφθούν υπόψη μεταγενέστερα σχόλια, όπως οι προσθήκες που πραγματοποιήθηκαν το 2003 σχετικά με τις «εταιρίες-οχήματα» (σημείο 8.1, νυν σημείο 10.1) και το 2014 σχετικά με τις «συμβατικές ή εκ του νόμου υποχρεώσεις» (σημείο 10.2);

1.3. Αν τα σχόλια του 2003 μπορούν να ληφθούν υπόψη κατά την ερμηνεία: ποια σημασία έχει, για την εκτίμηση του ζητήματος αν μια εταιρία μπορεί να θεωρηθεί ότι δεν είναι «δικαιούχος» για τους σκοπούς της οδηγίας 2003/49, το γεγονός ότι οι επίμαχοι τόκοι εγγράφηκαν στο οφειλόμενο κεφάλαιο («roll-up»), ότι ο λήπτης των τόκων είχε συμβατική ή εκ του νόμου υποχρέωση να μεταφέρει τους τόκους σε άλλο πρόσωπο και ότι τα περισσότερα από τα πρόσωπα στα οποία πιστώθηκαν/καταβλήθηκαν οι τόκοι και τα οποία θεωρούνται από το κράτος κατοικίας του πληρωτή των τόκων ως οι «δικαιούχοι» των τόκων είναι κάτοικοι άλλων κρατών μελών ή τρίτων χωρών με τις οποίες η Δανία έχει συνάψει σύμβαση για την αποφυγή της διπλής φορολογίας, οπότε στο δανικό δίκαιο δεν θα υπήρχε βάση επιτρέπουσα την παρακράτηση φόρου στην πηγή αν τα εν λόγω πρόσωπα ήταν δανειστές και επομένως είχαν απευθείας εισπράξει τους τόκους;

1.4. Ποια είναι, για την εκτίμηση του ζητήματος αν ο λήπτης των τόκων πρέπει να θεωρηθεί ως «δικαιούχος» κατά την έννοια της οδηγίας, η σημασία του γεγονότος ότι το αιτούν δικαστήριο, κατόπιν αξιολογήσεως των πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως, θα μπορούσε να διαπιστώσει ότι ο λήπτης, χωρίς να έχει συμβατική ή εκ του νόμου υποχρέωση να μεταφέρει σε τρίτον τους τόκους που εισέπραξε, δεν είχε κατ' ουσίαν δικαίωμα «χρήσεως και απολαύσεως» («use and enjoy») των τόκων όπως εκτίθεται στα σχόλια του 2014 επί του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεως του 1977;

2. Προϋποθέτει η από κράτος μέλος επίκληση του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας, το οποίο αφορά την εφαρμογή εθνικών διατάξεων για την πρόληψη της απάτης και των καταχρήσεων, ή του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας ότι το εν λόγω κράτος μέλος έχει θεσπίσει ειδική εθνική διάταξη για την εφαρμογή του άρθρου 5 της οδηγίας, ή ότι το εθνικό δίκαιο περιέχει γενικές διατάξεις ή γενικές αρχές σχετικά με την απάτη, τις καταχρήσεις και τη φοροδιαφυγή που μπορούν να ερμηνευθούν σε συμφωνία με το άρθρο 5;

2.1. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 2: δύναται το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο d, του Selskabsskattelov (νόμου περί του φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων), το οποίο ορίζει ότι η περιορισμένη φορολογική υποχρέωση επί του εισοδήματος από τόκους δεν περιλαμβάνει τους «τόκους που απαλλάσσονται από φόρους […] κατ' εφαρμογήν της οδηγίας 2003/49/ΕΚ για την καθιέρωση κοινού συστήματος φορολογήσεως των τόκων και των δικαιωμάτων που καταβάλλονται μεταξύ συνδεδεμένων εταιριών διαφορετικών κρατών μελών», να θεωρηθεί τέτοια ειδική εθνική διάταξη κατά το άρθρο 5 της οδηγίας;

3. Αποτελεί συμβατική διάταξη για την πρόληψη των καταχρήσεων εμπίπτουσα στο άρθρο 5 της οδηγίας η διάταξη σε συναφθείσα από δύο κράτη μέλη σύμβαση για την αποφυγή της διπλής φορολογίας που έχει συνταχθεί σύμφωνα με το υπόδειγμα φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ, κατά την οποία η φορολογία των τόκων εξαρτάται από το κατά πόσον ο λήπτης των τόκων θεωρείται ως ο δικαιούχος των τόκων;

4. Οφείλει βάσει της οδηγίας 2003/49 ή του άρθρου 10 ΕΚ ένα κράτος μέλος, το οποίο αρνείται να αναγνωρίσει ότι εταιρία άλλου κράτους μέλους είναι ο δικαιούχος των τόκων και διατείνεται ότι η εταιρία αυτή είναι επίπλαστη εταιρία-όχημα, να αναφέρει ποιον θεωρεί ότι είναι ο δικαιούχος;

5. Σε περίπτωση που ο πληρωτής των τόκων είναι κάτοικος κράτους μέλους και ο λήπτης των τόκων είναι κάτοικος άλλου κράτους μέλους και ο λήπτης των τόκων δεν θεωρείται από το πρώτο κράτος μέλος ως ο «δικαιούχος» των επίμαχων τόκων κατά την έννοια της οδηγίας 2003/49 και, επομένως, θεωρείται ότι έχει περιορισμένη φορολογική υποχρέωση ως προς αυτούς τους τόκους στο εν λόγω κράτος μέλος, αντιτίθεται το άρθρο 43 ΕΚ, σε συνδυασμό με το άρθρο 48 ΕΚ, σε νομοθεσία βάσει της οποίας το πρώτο κράτος μέλος δεν λαμβάνει υπόψη για τη φορολόγηση του εγκατεστημένου στην αλλοδαπή λήπτη των τόκων δαπάνες με τη μορφή τόκων στις οποίες, υπό περιστάσεις όπως αυτές της υπό κρίση υποθέσεως, υποβλήθηκε ο λήπτης

των τόκων, ενώ κατά τη νομοθεσία του εν λόγω κράτους μέλους οι δαπάνες για τόκους γενικώς αποτελούν το αντικείμενο δικαιώματος εκπτώσεως και ως εκ τούτου μπορούν να εκπέσουν από το φορολογητέο εισόδημα του λήπτη τόκων που είναι κάτοικος ημεδαπής;

6. Όταν, συγκεκριμένα, εταιρία εγκατεστημένη σε κράτος μέλος (μητρική εταιρία) δεν μπορεί να θεωρηθεί ως δυνάμενη να τύχει, κατ' εφαρμογήν της οδηγίας 2003/49, απαλλαγής από τον φόρο στην πηγή όσον αφορά τόκους που προέρχονται από εταιρία εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος (θυγατρική εταιρία) και όταν το τελευταίο κράτος μέλος θεωρεί ότι η μητρική εταιρία έχει εκεί περιορισμένη φορολογική υποχρέωση επί των τόκων αυτών, αντιτίθεται το άρθρο 43 ΕΚ, σε συνδυασμό με το άρθρο 48 ΕΚ, σε νομοθεσία βάσει της οποίας το τελευταίο κράτος μέλος επιβάλλει στην υπόχρεη για την παρακράτηση του φόρου στην πηγή εταιρία (στη θυγατρική εταιρία) να καταβάλει τόκους υπερημερίας σε περίπτωση καθυστερήσεως σχετικά με την πληρωμή της παρακρατήσεως στην πηγή, και τούτο με επιτόκιο υψηλότερο από το επιτόκιο που το ίδιο κράτος μέλος εφαρμόζει για την είσπραξη του φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων (ο οποίος πλήττει επίσης τα εισοδήματα από τόκους) κατά εταιρίας που είναι εγκατεστημένη στο εν λόγω κράτος μέλος;

7. Όταν, συγκεκριμένα, εταιρία εγκατεστημένη σε κράτος μέλος (μητρική εταιρία) δεν μπορεί να θεωρηθεί ως δυνάμενη να τύχει, κατ' εφαρμογήν της οδηγίας 2003/49, απαλλαγής από τον φόρο στην πηγή όσον αφορά τόκους που προέρχονται από εταιρία εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος (θυγατρική εταιρία) και όταν το τελευταίο κράτος μέλος θεωρεί ότι η μητρική εταιρία έχει εκεί περιορισμένη φορολογική υποχρέωση επί των τόκων αυτών, αντιτίθεται το άρθρο 43 ΕΚ, σε συνδυασμό με το άρθρο 48 ΕΚ (και/ή με το άρθρο 56 ΕΚ), χωριστά ή από κοινού, σε νομοθεσία βάσει της οποίας:

α) το τελευταίο κράτος μέλος υποχρεώνει τον πληρωτή των τόκων να παρακρατήσει στην πηγή τον φόρο επί των τόκων αυτών και καθιστά τον εν λόγω πληρωτή υπεύθυνο έναντι του κράτους για τους μη παρακρατηθέντες φόρους στην πηγή, ενώ τέτοια υποχρέωση παρακρατήσεως δεν υπάρχει όταν ο λήπτης των τόκων είναι κάτοικος του ίδιου κράτους μέλους·

β) μητρική εταιρία στο τελευταίο κράτος μέλος δεν θα είχε υποβληθεί στην υποχρέωση να προκαταβάλει φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων κατά τα δύο πρώτα φορολογικά έτη, αλλά η εταιρία αυτή θα έπρεπε να καταβάλει το πρώτον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων σε χρόνο κατά πολύ μεταγενέστερο της ημερομηνίας κατά την οποία έγιναν απαιτητές οι παρακρατήσεις του φόρου στην πηγή;

Για την απάντηση στο ερώτημα αυτό, ζητείται από το Δικαστήριο να λάβει υπόψη την απάντηση στο ερώτημα 6.

33. Επί των προδικαστικών ερωτημάτων κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις ενώπιον του Δικαστηρίου η Z Denmark, το Βασίλειο της Δανίας, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, η Δημοκρατία της Αυστρίας, το Βασίλειο της Σουηδίας, η Ιταλική Δημοκρατία, το Βασίλειο των Κάτω Χωρών και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Στην επ' ακροατηρίου συζήτηση της 10ης Οκτωβρίου 2017 –η οποία αφορούσε και τις υποθέσεις C-115/16 έως C-119/16– συμμετείχαν η Z Denmark, το Βασίλειο της Δανίας, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, το Μεγάλο Δουκάτο του Λουξεμβούργου και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

V. Νομική εκτίμηση

Α. Επί του προσδιορισμού του δικαιούχου (ερωτήματα 1 έως 1.4)

34. Με τα προδικαστικά ερωτήματα 1 έως 1.4, τα οποία πρέπει να συνεξεταστούν, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινισθεί ο τρόπος κατά τον οποίο πρέπει να ερμηνεύεται η έννοια του δικαιούχου στο άρθρο 1, παράγραφος 1, σε συνδυασμό με το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2003/49. Συναφώς, επιβάλλεται να αποσαφηνισθεί η έννοια του δικαιούχου κατά την οδηγία 2003/49 (υπό 1) και, ακολούθως, να διερευνηθεί πώς επηρεάζουν την ερμηνεία της εν λόγω έννοιας το υπόδειγμα φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ (στο εξής: υπόδειγμα ΟΟΣΑ) και τα σχόλιά του (τα λεγόμενα σχόλια ΟΟΣΑ) (υπό 2)

1. Η έννοια του δικαιούχου κατά την οδηγία 2003/49 (ερωτήματα 1 και 1.4)

35. Η οδηγία 2003/49 έχει ως σκοπό την εξασφάλιση ίσης φορολογικής μεταχειρίσεως εθνικών και διασυνοριακών συναλλαγών μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων.

α) Βασική αρχή: ως δικαιούχος νοείται ο πιστωτής των τόκων

36. Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 2003/49 αποβλέπει, λαμβανομένων υπόψη των αιτιολογικών σκέψεων 2 έως 4 της εν λόγω οδηγίας, στην εξάλειψη της κατά νόμον διπλής φορολογήσεως των διασυνοριακών καταβολών τόκων, απαγορεύοντας την επιβολή φόρου επί των τόκων σε βάρος του δικαιούχου των τόκων στο κράτος στο οποίο αυτοί ανακύπτουν. Η προαναφερθείσα διάταξη αφορά, επομένως, αποκλειστικώς τη φορολογική κατάσταση του πιστωτή των τόκων[7].

37. Πιστωτής των τόκων είναι εκείνος στον οποίο ανήκει, ιδίω ονόματι, η αξίωση επί των τόκων με βάση το αστικό δίκαιο. Συναφώς, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι δικαιούχος κατά την έννοια της οδηγίας 2003/49 είναι, καταρχήν, όποιος έχει δικαίωμα, βάσει του αστικού δικαίου, να απαιτήσει την καταβολή τόκων[8].

38. Τούτο επιβεβαιώνει και το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2003/49. Το άρθρο αυτό αποκλείει να θεωρηθεί ως δικαιούχος ο αντιπρόσωπος, ο καταπιστευτικός διαχειριστής ή το εξουσιοδοτημένο πρόσωπο. Τα πρόσωπα αυτά που αναφέρονται στο εν λόγω άρθρο είτε δεν προβάλλουν δικαίωμα ιδίω ονόματι (όπως ο εκπρόσωπος ή το εξουσιοδοτημένο πρόσωπο) είτε ενεργούν μεν ιδίω ονόματι, αλλά όχι για δικό τους λογαριασμό (όπως ο καταπιστευτικός διαχειριστής). Εντεύθεν μπορεί να συναχθεί, εξ αντιδιαστολής, το συμπέρασμα ότι σε περιπτώσεις κατά τις οποίες ο λήπτης των τόκων εισπράττει τους τόκους ιδίω ονόματι και για λογαριασμό του (δηλαδή προς όφελός του), αυτός είναι και ο δικαιούχος.

39. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι η δανειακή απαίτηση της A Fund κατά της Z Denmark μεταβιβάσθηκε στη Z Luxembourg. Επομένως, η τελευταία εισπράττει ιδίω ονόματι τους τόκους που της καταβάλλει η Z Denmark. Το κρίσιμο ζήτημα, λοιπόν, είναι αν η Z Luxembourg εισπράττει τους τόκους αυτούς για δικό της λογαριασμό ή για λογαριασμό τρίτων (παραδείγματος χάρη για λογαριασμό της A Fund ή των επενδυτών της). Ένα πρόσωπο ενεργεί για ίδιο λογαριασμό, όταν

7 Απόφαση της 21ης Ιουλίου 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, σκέψη 28).

8 Απόφαση της 21ης Ιουλίου 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, σκέψη 27) – «Συναφώς, το άρθρο 2, στοιχείο α', της οδηγίας 2003/49 ορίζει τους εν λόγω τόκους ως "εισόδημα από πάσης φύσεως απαιτήσεις". Πάντως, μόνον ο δικαιούχος μπορεί να εισπράττει τους τόκους που συνιστούν το εισόδημα από τέτοιες απαιτήσεις».

μπορεί να αποφασίσει μόνο του για τη χρησιμοποίηση των τόκων και φέρει επίσης μόνο του τον κίνδυνο τυχόν ζημίας. Αντιθέτως, για λογαριασμό τρίτου ενεργεί όποιος συνδέεται με τον τρίτο κατά τέτοιον τρόπο, ώστε ο εν λόγω τρίτος φέρει, εν τέλει, τον κίνδυνο της ζημίας (εν προκειμένω, τον κίνδυνο απώλειας των τόκων).

β) Εξαίρεση: ο καταπιστευτικός διαχειριστής

40. Όπως προκύπτει από το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2003/49, ο δικαιούχος κατά το αστικό δίκαιο δεν θα ήταν δικαιούχος κατά την έννοια της οδηγίας εάν ενεργούσε απλώς ως καταπιστευτικός διαχειριστής.

41. Το ενδεχόμενο εμφανούς καταπιστευτικής διαχειρίσεως εκ μέρους της Z Luxembourg προς όφελος της A Fund ή των επενδυτών αποκλείεται. Σε έναν καταπιστευτικό διαχειριστή μεταβιβάζονται μεν περιουσιακά δικαιώματα, αλλά αυτός μπορεί να τα χρησιμοποιήσει μόνο κατά τους όρους της σχετικής συμφωνίας καταπιστευτικής διαχειρίσεως. Αυτή η συμφωνία συνεπάγεται ότι η νομική εξουσία του καταπιστευτικού διαχειριστή στο πλαίσιο της εξωτερικής του σχέσης προς τους τρίτους υπερβαίνει την καταπιστευτική νομική του δέσμευση που διέπει την εσωτερική σχέση με τον εντολέα του. Ακριβώς αυτή η ιδιαίτερη δέσμευση έχει ως αποτέλεσμα ότι ο καταπιστευτικός διαχειριστής ενεργεί μεν ιδίω ονόματι, αλλά όμως όχι για δικό του λογαριασμό. Τέτοια δέσμευση δεν προκύπτει να υφίσταται εν προκειμένω.

42. Το αν στην εξεταζόμενη περίπτωση υφίσταται ενδεχομένως, από οικονομική σκοπιά, ένα είδος συγκεκαλυμμένης καταπιστευτικής διαχειρίσεως εκ μέρους της Z Luxembourg προς όφελος της A Fund ή των επενδυτών, λαμβανομένων υπόψη του ιστορικού συστάσεως και της εγγύτητας των εμπλεκόμενων εταιριών, μπορεί να το κρίνει μόνον το αιτούν δικαστήριο στο πλαίσιο συνολικής εκτιμήσεως. Εντούτοις, το Δικαστήριο μπορεί να παράσχει χρήσιμη καθοδήγηση για τον σκοπό αυτόν.

43. Μια συμβατικώς συμφωνηθείσα αναχρηματοδότηση από τρίτον (εν προκειμένω, την A Fund) με παρόμοιους όρους και σε ορισμένο χρονικό πλαίσιο όπως στην προκειμένη περίπτωση, δεν αρκεί για να γίνει δεκτή η ύπαρξη καταπιστευτικής δεσμεύσεως. Επίσης, το άρθρο 1, παράγραφος 7, και η αιτιολογική σκέψη 4 της οδηγίας 2003/49 προϋποθέτουν συγκεκριμένη διασύνδεση από απόψεως εταιρικού δικαίου η οποία, καθεαυτή –δηλαδή, αν εξεταστεί μεμονωμένα–, δεν μπορεί να επηρεάσει την εκτίμηση σχετικά με τον δικαιούχο. Τούτο τονίζεται και στην αιτιολογική σκέψη 5και στο άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2003/49, το οποίο, ακόμη και όταν υφίσταται «ειδική σχέση» μεταξύ του οφειλέτη και του δικαιούχου, προβλέπει μόνον διόρθωση ως προς το ύψος του ποσού, αλλά δεν θέτει εν αμφιβόλω την ιδιότητα αυτών ως οφειλέτη και δικαιούχου. Υπό το πρίσμα αυτό, η καταπιστευτική διαχείριση κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2003/49 υπερβαίνει μια σύμβαση δανείου μεταξύ επιχειρήσεων οι οποίες είναι συνδεδεμένες από απόψεως δικαίου των εταιριών.

44. Αντιθέτως, θα έπρεπε να υπάρχει μια περαιτέρω δέσμευση στο πλαίσιο της εσωτερικής σχέσης (δηλαδή της σχέσης μεταξύ A Fund και Z Luxembourg) η οποία να περιορίζει τις υφιστάμενες εξωτερικές εξουσίες της Z Luxembourg. Εν προκειμένω, δεν διαπιστώνεται μέχρι στιγμής τέτοια νομική δέσμευση. Εν πάση περιπτώσει, τέτοιου είδους δέσμευση δεν δημιουργείται από μόνο το γεγονός ότι για τη χορήγηση του δανείου δαπανάται ίδιο κεφάλαιο ή ότι οι τόκοι προστίθενται στο οφειλόμενο κεφάλαιο ή μετατρέπονται σε ίδιο κεφάλαιο για τον λήπτη.

45. Εντούτοις, φρονώ ότι δεν θα ίσχυε το ίδιο αν, για παράδειγμα, οι δαπάνες της Z Luxembourg δεν επιτρεπόταν να καλυφθούν από τους εισπραττόμενους τόκους, αλλά οι τόκοι αυτούσιοι έπρεπε να αποδίδονται περαιτέρω στο σύνολό τους. Διαφορετική θα ήταν η κατάσταση, επίσης, αν το επιτόκιο της αναχρηματοδοτήσεως ήταν το ίδιο με το επιτόκιο των εισπραττόμενων τόκων ή αν η ενδιάμεση εταιρία δεν πραγματοποιούσε ίδιες δαπάνες οι οποίες πρέπει να καλύπτονται από τους τόκους που

εισπράττει. Ομοίως, η κατάσταση θα διέφερε, αν η A Fund έφερε αποκλειστικώς τον κίνδυνο της ικανότητας πληρωμών της εταιρίας που είναι εγκατεστημένη στη Δανία (Z Denmark), διότι στην περίπτωση αυτή θα έπαυε να υφίσταται και η δανειακή οφειλή της Z Luxembourg προς την A Fund. Ωστόσο, μόνον το αιτούν δικαστήριο μπορεί να αποφανθεί αν συντρέχουν τέτοιες περιστάσεις.

46. Πάντως, εάν το αιτούν δικαστήριο δεχόταν την ύπαρξη τέτοιας καταπιστευτικής δεσμεύσεως συνεκτιμώντας το σύνολο των περιστάσεων της συγκεκριμένης υποθέσεως, ο εντολέας θα ήταν ο δικαιούχος κατά την έννοια της οδηγίας 2003/49, με βάση το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2003/49. Στο μέτρο που η πληρωμή τόκων προς τον εντολέα μέσω του καταπιστευτικού διαχειριστή θα πληρούσε και τις προϋποθέσεις της οδηγίας 2003/49, θα εξακολουθούσε να εφαρμόζεται η απαλλαγή από την παρακράτηση φόρου στην πηγή.

γ) Συμπέρασμα επί των ερωτημάτων 1 και 1.4

47. Συνεπώς, στα προδικαστικά ερωτήματα 1 και 1.4 πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι εταιρία εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος η οποία είναι δικαιούχος της έντοκης απαιτήσεως πρέπει να θεωρείται ως δικαιούχος κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 2003/49. Το συμπέρασμα είναι διαφορετικό, εάν η εν λόγω εταιρία δεν ενεργεί ιδίω ονόματι και για δικό της λογαριασμό, αλλά για λογαριασμό τρίτου βάσει μιας (ενδεχομένως συγκεκαλυμμένης) καταπιστευτικής δεσμεύσεως. Στην περίπτωση αυτή, ο τρίτος θα έπρεπε να θεωρηθεί ως δικαιούχος. Τούτο πρέπει να κριθεί από το αιτούν δικαστήριο στο πλαίσιο συνολικής εκτιμήσεως όλων των περιστάσεων.

2. Ερμηνεία με βάση τα σχόλια επί του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ; (Ερωτήματα 1.1 έως 1.3)

48. Με τα ερωτήματα 1.1 έως 1.3, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινισθεί, ιδίως, αν για την ερμηνεία των εννοιών της οδηγίας 2003/49 πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και τα σχόλια επί του υποδείγματος ΟΟΣΑ και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, αν είναι κρίσιμα και τα σχόλια επί υποδείγματος ΟΟΣΑ που εκπονήθηκε μετά την έκδοση της οδηγίας.

49. Στα μεταγενέστερα σχόλια επί του υποδείγματος ΟΟΣΑ (παραδείγματος χάριν, του έτους 2008, σημεία 8 και 9), οι λεγόμενες εταιρίες-οχήματα δεν θεωρούνται, κατά κανόνα, ως δικαιούχοι όταν –ενώ είναι μεν τυπικά δικαιούχοι– στην πράξη έχουν πολύ περιορισμένες εξουσίες οι οποίες τις καθιστούν, σε σχέση με το επίμαχο εισόδημα, μόνον καταπιστευτικούς ή απλούς διαχειριστές που ενεργούν για λογαριασμό των ενδιαφερόμενων μερών.

50. Τα υποδείγματα φορολογικών συμβάσεων του ΟΟΣΑ δεν είναι νομικά δεσμευτικές, πολυμερείς διεθνείς συμφωνίες, αλλά μονομερείς πράξεις ενός διεθνούς οργανισμού υπό μορφή συστάσεων προς τα κράτη μέλη του. Ακόμη και κατά τον ίδιο τον ΟΟΣΑ, οι συστάσεις αυτές δεν είναι δεσμευτικές· αντιθέτως, τα κράτη μέλη οφείλουν, κατά τον κανονισμό διαδικασίας του ΟΟΣΑ, να ελέγξουν αν είναι σκόπιμη η συμμόρφωσή τους προς αυτές[9]. Αυτό ισχύει, κατά μείζονα λόγο, για τα σχετικά σχόλια που έχει δημοσιεύσει ο ΟΟΣΑ, τα οποία περιέχουν, εν τέλει, μόνον νομικές απόψεις.

9 Κανόνας 18, στοιχείο b, του κανονισμού διαδικασίας του ΟΟΣΑ: «Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation». Διαθέσιμο στο https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf.

51. Ωστόσο, κατά πάγια νομολογία, δεν είναι παράλογο τα κράτη μέλη να λαμβάνουν υπόψη τη διεθνή πρακτική, όπως αυτή αντικατοπτρίζεται στα υποδείγματα συμβάσεων του ΟΟΣΑ, προκειμένου να εξασφαλίσουν την ισόρροπη κατανομή των φορολογικών αρμοδιοτήτων [10]. Τούτο ισχύει επίσης και για την ευθυγράμμιση με τη διεθνή νομική αντίληψη η οποία μπορεί να αντικατοπτρίζεται στα σχόλια επί του υποδείγματος ΟΟΣΑ.

52. Τα σχόλια επί του υποδείγματος ΟΟΣΑ όμως δεν μπορούν να επηρεάσουν άμεσα την ερμηνεία οδηγίας της Ένωσης, ακόμη και αν οι έννοιες που χρησιμοποιούνται είναι πανομοιότυπες. Συναφώς, τα σχόλια αυτά εκφράζουν απλώς τις απόψεις εκείνων που έχουν εκπονήσει τα υποδείγματα ΟΟΣΑ, αλλά όχι τις θέσεις των κοινοβουλευτικών νομοθετών ή του νομοθέτη της Ένωσης. Μόνον εάν προέκυπτε από το γράμμα και από το ιστορικό εκδόσεως της οδηγίας ότι ο νομοθέτης της Ένωσης στηρίχθηκε στο γράμμα ενός υποδείγματος ΟΟΣΑ και στα σχόλια (της ίδιας χρονολογικής περιόδου) επί του συγκεκριμένου υποδείγματος ΟΟΣΑ, θα μπορούσε να θεωρηθεί ενδεδειγμένη μια ανάλογη ερμηνεία.

53. Ως εκ τούτου, το Δικαστήριο έχει κρίνει ήδη ότι ρύθμιση συμβάσεως αποφυγής διπλής φορολογίας, ερμηνευόμενη υπό το φως των σχολίων επί του σχετικού υποδείγματος ΟΟΣΑ, δεν δύναται να περιορίσει το δίκαιο της Ένωσης [11]. Αυτό ισχύει ιδίως σε περίπτωση τροποποιήσεων του υποδείγματος ΟΟΣΑ και των σχολίων οι οποίες πραγματοποιούνται μετά την έκδοση της οδηγίας. Ειδάλλως, τα συμβαλλόμενα κράτη του ΟΟΣΑ θα είχαν την ευχέρεια να καθορίζουν τον τρόπο ερμηνείας μιας οδηγίας της Ένωσης.

54. Εάν όμως τα σχόλια του ΟΟΣΑ δεν έχουν κανένα άμεσο δεσμευτικό αποτέλεσμα και η οδηγία 2003/49, στο άρθρο 1, παράγραφος 4, προβαίνει σε οριοθέτηση με βάση το αν ο δανειστής εισπράττει τις πληρωμές για δικό του λογαριασμό και όχι ως καταπιστευτικός διαχειριστής, τούτο είναι το κρίσιμο (από απόψεως δικαίου της Ένωσης) ζήτημα για τον προσδιορισμό του δικαιούχου κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 2003/49. Εάν δεν υφίσταται (ενδεχομένως συγκεκαλυμμένη) καταπιστευτική σχέση, ο δικαιούχος της αξιώσεως κατά το αστικό δίκαιο είναι επίσης δικαιούχος με βάση την οδηγία 2003/49. Η προσέγγιση αυτή όμως είναι, εν τέλει, παρόμοια με εκείνη που απορρέει από τα πρόσφατα σχόλια επί του υποδείγματος ΟΟΣΑ.

55. Επομένως, στα προδικαστικά ερωτήματα 1.1 και 1.2 μπορεί να δοθεί η απάντηση ότι η έννοια του δικαιούχου πρέπει να ερμηνεύεται αυτοτελώς στο δίκαιο της Ένωσης και ανεξάρτητα από το άρθρο 11 του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ του 1977 ή των μεταγενέστερων εκδόσεών του. Κατά συνέπεια, παρέλκει η απάντηση στο ερώτημα 1.3.

Β. Τα κριτήρια για τη διαπίστωση καταχρήσεως (ερώτημα 2)

56. Με το δεύτερο ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, πρωτίστως, να διευκρινισθεί αν κράτος μέλος δύναται να επικαλεσθεί το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49 για την πρόληψη της απάτης και των καταχρήσεων. Αυτό όμως προϋποθέτει κατ' ανάγκην ότι, σε περίπτωση διευθετήσεως όπως η εξεταζόμενη εν προκειμένω, η οποία οδηγεί, μεταξύ άλλων, στην αποφυγή της φορολογήσεως στην πηγή που επιβάλλεται στη Δανία, υφίσταται κατάχρηση κατά την έννοια του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49 και, επομένως, αυτό είναι το ζήτημα που πρέπει να εξετασθεί στη συνέχεια.

10 Αποφάσεις της 15ης Μαΐου 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, σκέψη 22), της 13ης Μαρτίου 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, σκέψη 49), της 7ης Σεπτεμβρίου 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, σκέψη 45), της 12ης Μαΐου 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, σκέψη 31), της 23ης Φεβρουαρίου 2006, van Hilten-van der Heijden, C-513/03 (EU:C:2006:131, σκέψη 48), βλ. όμως συναφώς και την απόφαση της 16ης Μαΐου 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, σκέψη 67).

11 Απόφαση της 19ης Ιανουαρίου 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, σκέψεις 50 και 56).

57. Η ύπαρξη καταχρήσεως εξαρτάται από τη συνολική εκτίμηση όλων των περιστάσεων της εκάστοτε συγκεκριμένης περιπτώσεως, τις οποίες οφείλουν να διαπιστώνουν οι αρμόδιες εθνικές αρχές και οι οποίες πρέπει να υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο [12]. Η συνολική αυτή εκτίμηση απόκειται, ασφαλώς, στο αιτούν δικαστήριο [13]. Προκειμένου να κριθεί όμως αν οι συγκεκριμένες πράξεις διενεργούνται στο πλαίσιο φυσιολογικών εμπορικών συναλλαγών ή έχουν ως μοναδικό σκοπό την καταχρηστική εκμετάλλευση των πλεονεκτημάτων που προβλέπει το δίκαιο της Ένωσης [14], το Δικαστήριο μπορεί να παράσχει χρήσιμες κατευθύνσεις στο αιτούν δικαστήριο [15].

58. Για τον σκοπό αυτό, θα αναλυθεί, καταρχάς, η έννοια της καταχρήσεως στο δίκαιο της Ένωσης (υπό 1) και, στη συνέχεια, θα εξετασθούν τα κριτήρια για τη διαπίστωση καταχρήσεως στη συγκεκριμένη υπόθεση (υπό 2).

1. Η έννοια της καταχρήσεως στο δίκαιο της Ένωσης

59. Κατά το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49, τα κράτη μέλη δεν πρέπει να εμποδίζονται να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα καταστολής των φαινομένων απάτης και καταχρήσεων (βλ. σχετικά και την αιτιολογική σκέψη 6).

60. Η ανωτέρω (σημεία 36 επ.) προτεινόμενη ερμηνεία της έννοιας του δικαιούχου δεν αντιβαίνει στον σκοπό αυτόν. Αντιθέτως, η επίτευξη του εν λόγω σκοπού δεν εξασφαλίζεται πρωτίστως μέσω της έννοιας του δικαιούχου (ιδίως η μεσολάβηση καταπιστευτικού διαχειριστή δεν είναι οπωσδήποτε καταχρηστική), αλλά μέσω του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49.

61. Η διάταξη αυτή εκφράζει, σε τελική ανάλυση, αυτό που αναγνωρίζεται επίσης κατά πάγια νομολογία: δεν επιτρέπεται η επίκληση του δικαίου της Ένωσης δολίως ή καταχρηστικώς. Η εφαρμογή ρυθμίσεως του δικαίου της Ένωσης δεν μπορεί να εκτείνεται μέχρι τέτοιου σημείου ώστε να συγκαλύπτονται καταχρηστικές πρακτικές οικονομικών φορέων, δηλαδή πράξεις οι οποίες δεν διενεργούνται στο πλαίσιο φυσιολογικών εμπορικών συναλλαγών, αλλά έχουν ως μοναδικό σκοπό την καταχρηστική εκμετάλλευση των πλεονεκτημάτων που προβλέπει το δίκαιο της Ένωσης [16].

62. Εντούτοις, η ίδια η οδηγία 2003/49 δεν περιέχει ορισμό της καταχρήσεως. Ωστόσο, σχετικές ενδείξεις απορρέουν από άλλες οδηγίες της Ένωσης. Παραδείγματος χάρη, στην οδηγία περί συγχωνεύσεων [17] και συγκεκριμένα στο άρθρο 11, παράγραφος 1, στοιχείο α′, δεύτερο εδάφιο, αναφέρεται ως γενικό παράδειγμα τέτοιου κινήτρου η απουσία οικονομικά βιώσιμων λόγων για την εκάστοτε συναλλαγή. Επιπλέον, το άρθρο 6 της –μη ακόμη εφαρμοστέας για τα επίμαχα έτη– οδηγίας για τη θέσπιση κανόνων κατά πρακτικών φοροαποφυγής [18] (στο εξής: οδηγία 2016/1164) ορίζει την έννοια της καταχρήσεως. Κατά τον ορισμό αυτόν, έχει αποφασιστική σημασία το αν

12 Απόφαση της 17ης Ιουλίου 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, σκέψη 41), καθώς και οι προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 60).

13 Ομοίως, αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 59), και της 20ής Ιουνίου 2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, σκέψη 49).

14 Αποφάσεις της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, σκέψη 35), της 6ης Απριλίου 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, σκέψη 20), της 21ης Φεβρουαρίου 2006, Halifax κ.λπ. (C-255/02, EU:C:2006:121, σκέψεις 68 και 69), της 9ης Μαρτίου 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, σκέψη 24 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), βλ. επίσης τις προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 57).

15 Αποφάσεις της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 34), της 21ης Φεβρουαρίου 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, σκέψη 56), και της 21ης Φεβρουαρίου 2006, Halifax κ.λπ. (C-255/02, EU:C:2006:121, σκέψη 77).

16 Αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 27), της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψη 38), της 6 Απριλίου 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, σκέψη 20), της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, σκέψη 35), της 21ης Φεβρουαρίου 2006, Halifax κ.λπ. (C-255/02, EU:C:2006:121, σκέψεις 68 και 69), της 9ης Μαρτίου 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, σκέψη 24) με περαιτέρω παραπομπές, βλ., επίσης, τις προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 57).

17 Οδηγία 90/434/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 23ης Ιουλίου 1990, σχετικά με το κοινό φορολογικό καθεστώς για τις συγχωνεύσεις, διασπάσεις, εισφορές ενεργητικού και ανταλλαγές μετοχών που αφορούν εταιρίες διαφορετικών κρατών μελών (ΕΕ 1990, L 225, σ. 1).

18 Οδηγία (ΕΕ) 2016/1164 του Συμβουλίου, της 12ης Ιουλίου 2016, για τη θέσπιση κανόνων κατά πρακτικών φοροαποφυγής που έχουν άμεση επίπτωση στη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς (ΕΕ 2016, L 193, σ. 1).

υφίσταται μη γνήσια διευθέτηση η οποία έχει συσταθεί με κύριο σκοπό ή με έναν εκ των κύριων σκοπών την απόκτηση φορολογικού πλεονεκτήματος που ματαιώνει το αντικείμενο ή τον σκοπό των εφαρμοστέων φορολογικών διατάξεων. Βάσει της παραγράφου 2, μια διευθέτηση θεωρείται μη γνήσια στον βαθμό που δεν τίθεται σε εφαρμογή για βάσιμους εμπορικούς λόγους που απηχούν την οικονομική πραγματικότητα.

63. Τέλος, το Δικαστήριο έχει κρίνει επανειλημμένως ότι περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως μπορεί να δικαιολογηθεί για λόγους καταπολεμήσεως των καταχρηστικών πρακτικών, μόνον εάν ο ειδικός σκοπός τέτοιου περιορισμού έγκειται στην παρεμπόδιση συμπεριφορών που συνίστανται στη δημιουργία αμιγώς τεχνητών μεθοδεύσεων, οι οποίες δεν έχουν πραγματική οικονομική υπόσταση και αποσκοπούν στην αποφυγή του φόρου που θα βάρυνε κανονικά τα κέρδη που προκύπτουν από δραστηριότητες ασκούμενες στην ημεδαπή [19]. Όπως έχει, εν τω μεταξύ, αποφανθεί, επίσης κατ' επανάληψη, το Δικαστήριο, η απόκτηση φορολογικού πλεονεκτήματος αρκεί να αποτελεί τον κύριο και όχι οπωσδήποτε τον αποκλειστικό [20] σκοπό της εκάστοτε μεθοδεύσεως [21].

64. Αυτή η νομολογία του Δικαστηρίου περιλαμβάνει δύο αλληλοεξαρτώμενα στοιχεία. Αφενός, αποκλείεται εκ προοιμίου η αναγνώριση αμιγώς επίπλαστων διευθετήσεων οι οποίες, εν τέλει, υφίστανται μόνον σε τυπικό επίπεδο. Πέραν αυτού, έχει καθοριστική σημασία η καταστρατήγηση της φορολογικής νομοθεσίας η οποία μπορεί να επιτευχθεί και με τη χρήση μεθοδεύσεων που έχουν πραγματική οικονομική υπόσταση. Η τελευταία κατηγορία θα πρέπει να είναι η συνηθέστερη και καλύπτεται πλέον ρητώς με το νέο άρθρο 6 της οδηγίας 2016/1164. Ακόμα και το ίδιο το Δικαστήριο εκτιμά, σε πρόσφατη απόφασή του, ότι ο αμιγώς τεχνητός χαρακτήρας είναι μόνον ένα στοιχείο που μαρτυρά ότι η εξασφάλιση φορολογικού πλεονεκτήματος αποτελεί τον κύριο επιδιωκόμενο σκοπό [22].

2. Τα κριτήρια για την υπό κρίση περίπτωση

α) Επί της υπάρξεως αμιγώς τεχνητής διυθετήσεως

65. Το Δικαστήριο δεν μπορεί να κρίνει αν υφίσταται αμιγώς τεχνητή μεθόδευση χωρίς πραγματική οικονομική υπόσταση. Αφενός, για τον σκοπό αυτό δεν αρκούν τα πραγματικά περιστατικά που παραθέτει το αιτούν δικαστήριο. Αφετέρου, η εκτίμηση των εν λόγω περιστατικών απόκειται στο αιτούν δικαστήριο. Το Δικαστήριο μπορεί να παράσχει μόνο σχετικές κατευθύνσεις.

66. Όπως αποφάνθηκε πρόσφατα το Δικαστήριο, το γεγονός ότι η δραστηριότητα συνίσταται μόνο στη διαχείριση περιουσιακών στοιχείων και τα έσοδα προέρχονται μόνον από τη διαχείριση αυτή δεν συνεπάγεται την ύπαρξη αμιγώς τεχνητής μεθοδεύσεως, η οποία δεν έχει πραγματική οικονομική υπόσταση [23]. Λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι ιδίως οι εταιρίες διαχείρισης περιουσιακών στοιχείων (μπορούν να) αναπτύσσουν, καθεαυτές, λίγες δραστηριότητες, οι απαιτήσεις ως προς το

19 Αποφάσεις της 20ής Δεκεμβρίου 2017, Deister Holding και Juhler Holding (C-504/16 και C-613/16, EU:C:2017:1009, σκέψη 60), της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 35), της 18ης Ιουνίου 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, σκέψη 64), της 13ης Μαρτίου 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, σκέψη 74), ομοίως απόφαση της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, σκέψη 55).

20 Βλ. και αποφάσεις της 20ής Ιουνίου 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, σκέψη 46), της 12ης Ιουλίου 2012, J. J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, σκέψη 35), της 27ης Οκτωβρίου 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, σκέψη 51) και της 22ας Μαΐου 2008, Ampliscientifica και Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, σκέψη 28).

21 Για τη νομοθεσία περί έμμεσης φορολογίας: αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 53), της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 36), και της 21ης Φεβρουαρίου 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, σκέψη 45)· ομοίως στο πεδίο εφαρμογής της λεγόμενης οδηγίας περί συγχωνεύσεων: απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, σκέψεις 35 και 36.).

22 Αυτό αναφέρεται ρητώς στην απόφαση της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 60).

23 Απόφαση της 20ής Δεκεμβρίου 2017, Deister Holding και Juhler Holding (C-504/16 και C-613/16, EU:C:2017:1009, σκέψη 73).

κριτήριο τούτο πρέπει να είναι επίσης περιορισμένες. Εάν η εταιρία έχει συσταθεί πράγματι εγκύρως, είναι πράγματι προσβάσιμη στην έδρα της και διαθέτει, επιτόπου, τα αντίστοιχα υλικά μέσα και το προσωπικό για να εκπληρώσει τον σκοπό της (εν προκειμένω, τη διαχείριση συμβάσεως δανείου), δεν μπορεί να γίνει λόγος για μεθόδευση χωρίς πραγματική οικονομική υπόσταση.

67. Επιπλέον, υπέρ του ότι δεν πρόκειται για αμιγώς τεχνητή διευθέτηση συνηγορεί το ότι η εταιρία του Λουξεμβούργου κατέγραψε ζημία το 2006 και κέρδος το 2007, το οποίο μάλλον προέρχεται από ορισμένες οικονομικές δραστηριότητες. Ιδίως, εάν ο τόκος που έπρεπε να καταβληθεί στην A Fund υπολογιζόταν με υψηλότερο επιτόκιο από εκείνο που ίσχυε για τους τόκους που εισπράττονταν από την Z Denmark, η Z Luxembourg θα πρέπει να είχε επιπλέον έσοδα προκειμένου να επιτύχει θετικό αποτέλεσμα και να φορολογηθεί επ' αυτού. Από την αίτηση προδικαστικής αποφάσεως που υπέβαλε το εθνικό δικαστήριο δεν προκύπτουν περαιτέρω στοιχεία που να μαρτυρούν ότι η άσκηση των εν λόγω δραστηριοτήτων υπάρχει μόνον στα χαρτιά.

68. Τούτο όμως δεν αποκλείει, κατά την εκτίμησή μου, το ενδεχόμενο υπάρξεως, παρ' όλα αυτά, καταχρηστικής από απόψεως φορολογικού δικαίου διευθετήσεως, όπως προκύπτει και από το γράμμα του νέου άρθρου 6 της οδηγίας 2016/1164.

β) Λόγοι μη απτόμενοι του φορολογικού δικαίου, οι οποίοι πρέπει να λαμβάνονται υπόψη

69. Στην προκειμένη περίπτωση έχουν, συνεπώς, καθοριστική σημασία άλλα κριτήρια, ιδίως οι μη απτόμενοι του φορολογικού δικαίου λόγοι που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη.

70. Συναφώς, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, αυτό και μόνο το γεγονός ότι μια εταιρία όρισε την καταστατική ή πραγματική έδρα της σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους με σκοπό να υπαχθεί σε ευνοϊκότερη νομοθεσία δεν συνιστά κατάχρηση [24]. Επομένως, το γεγονός ότι στην εξεταζόμενη, εν προκειμένω, επιχειρηματική συναλλαγή με αλλοδαπούς χρηματοδότες μεσολάβησε και εταιρία από το Λουξεμβούργο δεν αρκεί από μόνο του για να στηρίξει τη διαπίστωση καταχρήσεως.

71. Επίσης, όταν ο υποκείμενος στον φόρο μπορεί να επιλέξει μεταξύ δύο δυνατοτήτων, δεν είναι υποχρεωμένος να επιλέξει εκείνη που συνεπάγεται την καταβολή υψηλότερου φόρου, αλλά έχει, αντιθέτως, το δικαίωμα να επιλέξει τη δομή της δραστηριότητάς του κατά τρόπον ώστε να περιορίσει τη φορολογική οφειλή του [25]. Ως εκ τούτου, οι υποκείμενοι στον φόρο –όπως επισημαίνει περαιτέρω το Δικαστήριο– είναι εν γένει ελεύθεροι να επιλέγουν τις οργανωτικές δομές και τους τρόπους ασκήσεως της επιχειρηματικής τους δράσεως που κρίνουν ως πλέον κατάλληλους για τις οικονομικές τους δραστηριότητες και με σκοπό τον περιορισμό της φορολογικής επιβαρύνσεώς τους [26]. Επομένως, το γεγονός και μόνον ότι στην εξεταζόμενη περίπτωση επιλέχθηκε μια δομή για τη συναλλαγή η οποία δεν συνεπάγεται την υψηλότερη φορολογική επιβάρυνση (εν προκειμένω, επιπρόσθετη και οριστική φορολόγηση στην πηγή) δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως κατάχρηση.

24 Βλ. αποφάσεις της 25ης Οκτωβρίου 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, σκέψη 40), της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, σκέψη 96), και της 9ης Μαρτίου 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, σκέψη 27).

25 Αποφάσεις της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 42), της 22ας Δεκεμβρίου 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, σκέψη 27), της 21ης Φεβρουαρίου 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, σκέψη 47), και της 21ης Φεβρουαρίου 2006, Halifax κ.λπ. (C-255/02, EU:C:2006:121, σκέψη 73).

26 Αποφάσεις της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 42), και της 22ας Δεκεμβρίου 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, σκέψη 53).

72. Περαιτέρω –πέραν της αμιγώς τεχνητής μεθοδεύσεως χωρίς πραγματική οικονομική υπόσταση–, λόγω του γεγονότος και μόνον ότι ένας πολίτης της Ένωσης, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, θέλησε να επωφεληθεί της ευνοϊκής φορολογίας που ισχύει εντός κράτους μέλους διαφορετικού από εκείνο στο οποίο κατοικεί ή έχει την έδρα του, αντιστοίχως, δεν επιτρέπεται ο πολίτης αυτός να στερηθεί τη δυνατότητα επικλήσεως των διατάξεων της Συνθήκης[27]. Συνεπώς, δομή συναλλαγής –όπως η εξεταζόμενη– η οποία στηρίζεται στη σύνδεση με κράτος μέλος που δεν εφαρμόζει παρακράτηση φόρου στην πηγή δεν μπορεί να χαρακτηρισθεί μόνο για αυτόν τον λόγο ως καταχρηστική.

73. Στο μέτρο αυτό, η ελευθερία εγκαταστάσεως καλύπτει και την ελεύθερη επιλογή του κράτους μέλους που εξασφαλίζει στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση το καλύτερο, κατά τη δική της εκτίμηση, φορολογικό περιβάλλον. Εάν η αρχή αυτή ισχύει ήδη στο πλαίσιο της σαφώς ευρύτερα εναρμονισμένης νομοθεσίας περί ΦΠΑ[28], ισχύει, κατά μείζονα λόγο, στο πλαίσιο της νομοθεσίας περί φορολογίας εισοδήματος, η οποία δεν έχει τύχει τόσο ευρείας εναρμονίσεως και ως προς την οποία οι αποκλίσεις μεταξύ των φορολογικών καθεστώτων[29] των κρατών μελών είναι, από πλευράς δικαίου της Ένωσης, ηθελημένες ή συνειδητά αποδεκτές σε πολιτικό επίπεδο.

74. Επιπλέον, υπό το πρίσμα των θεμελιωδών ελευθεριών οι οποίες εφαρμόζονται και εν προκειμένω, το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει ότι το γεγονός και μόνον ότι σε μια ημεδαπή εταιρία χορηγείται δάνειο από συνδεδεμένη εταιρία εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος δεν μπορεί να στηρίξει ένα γενικό τεκμήριο φοροδιαφυγής και να δικαιολογήσει ένα μέτρο που θίγει μια θεμελιώδη ελευθερία την οποία εγγυάται η Συνθήκη[30]. Κατά συνέπεια, και οι διάφορες δανειακές σχέσεις μεταξύ μητρικών, θυγατρικών και υποθυγατρικών εταιριών στην υπό κρίση υπόθεση δεν είναι, καθεαυτές, καταχρηστικές.

75. Το Δικαστήριο έχει αποσαφηνίσει, επίσης, ότι η φοροαπαλλαγή των μερισμάτων που προβλέπει το δίκαιο της Ένωσης δεν εξαρτάται από την καταγωγή ή τον τόπο κατοικίας ή εγκαταστάσεως των μετόχων, καθόσον αυτό δεν έχει καμία σημασία στο πλαίσιο της οδηγίας για τις μητρικές και τις θυγατρικές εταιρίες[31]. Ούτε στην οδηγία 2003/49 υφίσταται συναφής διαφοροποίηση. Επομένως, ούτε το γεγονός ότι ο μέτοχος της εταιρίας Z Luxembourg είναι εταιρία από τρίτο κράτος, αν εξεταστεί μεμονωμένα, συνιστά κατάχρηση.

76. Φρονώ ότι στην υπό κρίση περίπτωση έχει αποφασιστική σημασία, στο πλαίσιο συνολικής εκτιμήσεως, και το ιστορικό δημιουργίας της μεθοδεύσεως που προβάλλεται ως καταχρηστική. Με βάση τις πληροφορίες που προβλήθηκαν από τους μετέχοντες στην επ' ακροατηρίου συζήτηση, στο παρελθόν, η φορολογική νομοθεσία της Δανίας ευνοούσε την απόκτηση ενεργών εταιριών στη Δανία από αλλοδαπούς χρηματοδότες. Αργότερα (για το έτος 2006), η Δανία τροποποίησε το νομικό αυτό καθεστώς, καθιστώντας το δυσμενέστερο, καθόσον καθιερώθηκε φορολόγηση στην πηγή η οποία συνεπαγόταν επιπρόσθετη και οριστική φορολογική επιβάρυνση.

27 Απόφαση της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, σκέψη 36), βλ., συναφώς, απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, σκέψη 71).

28 Αποφάσεις της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 42), και της 22ας Δεκεμβρίου 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, σκέψη 53).

29 Βλ. απόφαση της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, σκέψη 36)· βλ. επίσης, επί της επιτρεπόμενης, κατά το δίκαιο της Ένωσης, αποκλίσεως των φορολογικών συντελεστών ακόμη και στην εναρμονισμένη φορολογική νομοθεσία, απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψεις 39 και 40).

30 Αποφάσεις της 13ης Μαρτίου 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, σκέψη 73), της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, σκέψη 50), βλ., συναφώς, αποφάσεις της 4ης Μαρτίου 2004, Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-334/02, EU:C:2004:129, σκέψη 27) και της 26ης Σεπτεμβρίου 2000, Επιτροπή κατά Βελγίου (C-478/98, EU:C:2000:497, σκέψη 45).

31 Απόφαση της 20ής Δεκεμβρίου 2017, Deister Holding και Juhler Holding (C-504/16 και C-613/16, EU:C:2017:1009, σκέψη 66).

77. Κάθε κράτος είναι ελεύθερο να τροποποιεί την ισχύουσα φορολογική του νομοθεσία. Ωστόσο, η τροποποίηση αυτή μεταβάλλει και την οικονομική βάση υπολογισμού για τους εμπλεκόμενους φορείς. Συναφώς, εκτιμώ ότι η προσπάθεια διατηρήσεως της αρχικής βάσεως υπολογισμού μιας επιχειρηματικής συναλλαγής (εν προκειμένω, της αποκτήσεως μιας ενεργού δανικής εταιρίας με τη συνδρομή αλλοδαπών επενδυτών) δεν είναι καταχρηστική. Πιο συγκεκριμένα, τέτοιοι οικονομικοί υπολογισμοί είναι αναμενόμενοι για κάθε επιχείρηση.

γ) Επί της καταστρατηγήσεως του σκοπού του νόμου

78. Στην υπό κρίση υπόθεση, ωστόσο, είναι πιο σημαντικό το ότι οι πραγματικοί χρηματοδότες –εν προκειμένω, η A Fund με τις πέντε εταιρίες της επενδύσεως κεφαλαίων, ανεξαρτήτως του αν αυτές πρέπει να θεωρηθούν διαφανείς ή αδιαφανείς από φορολογικής απόψεως– είναι συνήθως εγκατεστημένοι σε συγκεκριμένα τρίτα κράτη (κατά κανόνα σε συγκεκριμένες μικρότερες νήσους, όπως οι νήσοι Κέιμαν [32], οι Βερμούδες [33] ή, εν προκειμένω, η νήσος Τζέρσεϊ). Τούτο υποδηλώνει ενδεχομένως μια ασυνήθιστη, συνολικά, προσέγγιση, της οποίας ο οικονομικός λόγος δεν είναι σαφής εκ πρώτης όψεως. Οι εταιρίες επενδύσεως κεφαλαίων θα μπορούσαν να εγκατασταθούν και σε άλλα κράτη, ιδίως αν πρέπει να θεωρηθούν σε κάθε περίπτωση –όπως επισήμανε ο εκπρόσωπος της προσφεύγουσας της κύριας δίκης κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση– ως διαφανείς από φορολογικής απόψεως.

79. Στο μέτρο αυτό, η συνολική μεθόδευση θα μπορούσε να θεωρηθεί καταχρηστική διευθέτηση περισσότερο λόγω της «εγκαταστάσεως» της εταιρίας (ή των εταιριών) επενδύσεως κεφαλαίων σε συγκεκριμένα τρίτα κράτη παρά λόγω της «μεσολαβήσεως» εταιρίας με έδρα στο Λουξεμβούργο. Στο σημείο αυτό έχει ιδιαίτερη σημασία ο σκοπός της συγκεκριμένης διευθετήσεως ή ο σκοπός του φορολογικού νόμου που καταστρατηγήθηκε (εν προκειμένω, της φορολογήσεως στη Δανία).

1) Καταστρατήγηση του δανικού καθεστώτος ως προς τα έσοδα από τη φορολογία εισοδήματος;

80. Συναφώς, επιβάλλεται, καταρχάς, η διαπίστωση ότι δεν αποκλείστηκε η εκ μέρους της Δανίας φορολόγηση των κερδών της αποκτηθείσας ενεργού εταιρίας (Z Denmark). Τα κέρδη αυτά φορολογήθηκαν κανονικά στο κράτος εγκαταστάσεως (δηλαδή στη Δανία).

81. Το γεγονός ότι τα φορολογητέα κέρδη μειώθηκαν λόγω της πληρωμής τόκων στον δανειστή από το Λουξεμβούργο συνδέεται με την επιβολή φορολογήσεως βάσει της χρηματοοικονομικής ικανότητας και με το γεγονός ότι η Δανία αναγνωρίζει πλήρως τους τόκους αυτούς ως επιχειρηματικές δαπάνες.

82. Οι εν λόγω τόκοι φορολογήθηκαν στο Λουξεμβούργο ως επιχειρηματικά έσοδα της εταιρίας που είναι εγκατεστημένη στο Λουξεμβούργο. Το γεγονός ότι στο Λουξεμβούργο οι πληρωμές τόκων προς τους επενδυτές της εταιρίας εκτιμήθηκαν, ομοίως, ως επιχειρηματικές δαπάνες, οφείλεται, επίσης, στην αρχή της φορολογήσεως ανάλογα με τη χρηματοοικονομική ικανότητα. Το Λουξεμβούργο φορολόγησε τη διαφορά μεταξύ των τόκων που πληρώθηκαν από τη Δανία (9 %), και των τόκων (9,875 %) που πληρώθηκαν προς την A Fund στο τρίτο κράτος, καθώς και τυχόν περαιτέρω έσοδα, τα οποία προφανώς υπήρχαν, δεδομένου ότι το 2007 επετεύχθη θετικό οικονομικό αποτέλεσμα.

83. Η εταιρία του Λουξεμβούργου έχει απεριόριστη φορολογική υποχρέωση στο Λουξεμβούργο, όπου και υπόκειται στον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων όσον αφορά τα εισοδήματά της. Επομένως, πληρούνται οι προϋποθέσεις που προβλέπει το άρθρο 3, στοιχείο α', σημείο iii, της οδηγίας 2003/49. Περαιτέρω, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι καμία διάταξη της οδηγίας 2003/49 δεν ορίζει ως

32 Όπως στην υπόθεση C-119/16.

33 Όπως στην υπόθεση C-117/16.

προϋπόθεση της απαλλαγής την πραγματική φορολόγηση του δικαιούχου (εν προκειμένω, της εταιρίας που είναι εγκατεστημένη στο Λουξεμβούργο) σε συγκεκριμένο ύψος. Όταν ο δικαιούχος εμφανίζει αντίστοιχου ύψους επιχειρηματικές δαπάνες (ή και μεταφερθείσες ζημίες προηγούμενων ετών) στο κράτος εγκαταστάσεως, δεν επιβάλλεται μεν συγκεκριμένος φόρος, αλλά ο δικαιούχος εξακολουθεί να είναι υποκείμενος στον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων. Ως εκ τούτου, ο δικαιούχος εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2003/49 και τα εισοδήματά του από τόκους φορολογούνται «σε ένα κράτος μέλος». Αυτό ισχύει επίσης αν στο κράτος εγκαταστάσεως του δικαιούχου επιβάλλεται μόνον ελάχιστη φορολόγηση του εισοδήματος νομικών προσώπων και δεν υφίσταται παρακράτηση φόρου στην πηγή.

84. Αυτή η ενδεχόμενη επιβολή χαμηλής πραγματικής φορολογήσεως ή η τυχόν απουσία φορολογήσεως είναι αποτέλεσμα της φορολογικής αυτονομίας κάθε κράτους. Εάν εντός της Ένωσης επιτρέπεται ο φορολογικός ανταγωνισμός μεταξύ των κρατών μελών λόγω της μη εναρμονίσεως των φόρων εισοδήματος, δεν μπορεί να προσαφθεί σε υποκείμενο στον φόρο ότι εκμεταλλεύεται όντως στην πραγματικότητα (δηλαδή όχι μόνον στα χαρτιά) τα συνδεόμενα με τον τόπο εγκαταστάσεως πλεονεκτήματα που παρέχουν μεμονωμένα κράτη μέλη.

2) Αποτροπή εκμεταλλεύσεως των ελλείψεων του συστήματος διασυνοριακής ανταλλαγής πληροφοριών

85. Κατόπιν προσεκτικότερης εξετάσεως, η μεσολάβηση της εταιρίας του Λουξεμβούργου έχει ως αποτέλεσμα, εν τέλει, «μόνον» την αποφυγή φορολογήσεως στην πηγή των καταβαλλόμενων τόκων στη Δανία. Ωστόσο, όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο, σε περίπτωση παρακρατήσεως φόρου στην πηγή, φορολογείται στην πραγματικότητα ο λήπτης του εισοδήματος (εν προκειμένω, των τόκων)[34]. Τούτο συμβαίνει διότι, κατά τη στιγμή της πληρωμής, ένα τμήμα του εισοδήματος παρακρατείται στην πηγή από τον πληρωτή.

86. Επομένως, η παρακράτηση φόρου στην πηγή στο κράτος εγκαταστάσεως του οφειλέτη των τόκων δεν συνιστά ιδιαίτερο είδος φόρου, παρά μόνο συγκεκριμένη μέθοδο φορολογήσεως, η οποία εξασφαλίζει, κατ' ουσίαν, μια (ελάχιστη) φορολόγηση του λήπτη των τόκων. Και τούτο διότι, ιδίως σε περιπτώσεις με στοιχείο αλλοδαπότητας, δεν είναι πάντοτε βέβαιο ότι ο λήπτης φορολογείται δεόντως για το εισόδημά του. Πράγματι, κατά κανόνα, το κράτος εγκαταστάσεως του λήπτη των τόκων σπανίως ενημερώνεται για τα εισοδήματα αλλοδαπής προελεύσεως, εάν δεν υφίστανται λειτουργικά συστήματα ανταλλαγής πληροφοριών μεταξύ των φορολογικών αρχών –όπως συμβαίνει πλέον εντός της Ένωσης.

87. Για να διαπιστωθεί, συνεπώς, καταστρατήγηση αυτού του σκοπού του νόμου (της εξασφαλίσεως της φορολογήσεως του λήπτη των τόκων) θα έπρεπε να πληρούνται δύο προϋποθέσεις. Αφενός, σε περίπτωση άμεσης καταβολής πρέπει να υφίσταται εν γένει φορολογική απαίτηση της Δανίας (συναφώς, σημεία 92 επ.). Αφετέρου, πρέπει να συντρέχει κίνδυνος μη φορολογήσεως λόγω μη συνυπολογισμού των σχετικών εισοδημάτων στο κράτος εγκαταστάσεως του λήπτη.

88. Συνεπώς, εάν ο λόγος επιλογής της συγκεκριμένης δομής συναλλαγών είναι η πληρωμή τόκων στους επενδυτές μέσω τρίτου κράτους, ώστε τα κράτη εγκαταστάσεως τους να μην ενημερωθούν για τα εισοδήματά τους, εκτιμώ ότι η συνολική αυτή μεθόδευση είναι καταχρηστική.

34 Αποφάσεις της 24ης Ιουνίου 2010, P. Ferrero και General Beverage Europe, (C-338/08 και C-339/08, EU:C:2010:364, σκέψεις 26 και 34), και της 26ης Ιουνίου 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, σκέψη 52).

89. Τέτοια αιτίαση περί καταχρήσεως θα μπορούσε πάντως να αποδυναμωθεί, εάν οι εταιρίες επενδύσεως κεφαλαίων παρείχαν στα κράτη εγκαταστάσεως των επενδυτών τις αντίστοιχες φορολογικές πληροφορίες ή αν το κράτος εγκαταστάσεως των εταιριών επενδύσεως κεφαλαίων είχε στη διάθεσή του σχετικές πληροφορίες και τις διαβίβαζε περαιτέρω στα οικεία κράτη. Σε τέτοια περίπτωση, η εν λόγω επιχειρηματική διάρθρωση δεν θα υπονόμευε τον σκοπό της αποφευχθείσας φορολογήσεως στην πηγή (συναφώς, ανωτέρω, σημείο 86). Το αιτούν δικαστήριο οφείλει να λάβει υπόψη και το στοιχείο αυτό στο πλαίσιο της συνολικής του εκτιμήσεως.

δ) Απάντηση επί του ερωτήματος 2

90. Σε σχέση με την αποφυγή της φορολογήσεως στην πηγή για τις πληρωμές τόκων σε εταιρίες επενδύσεως κεφαλαίων που είναι εγκατεστημένες σε τρίτα κράτη, τίθεται πρωτίστως ζήτημα αποφυγής της φορολογήσεως των εισοδημάτων από τόκους για τους πραγματικούς λήπτες των τόκων (δηλαδή τους χρηματοδότες). Εν προκειμένω, μπορεί να γίνει δεκτό ότι υφίσταται κατάχρηση, ιδίως εάν η επιχειρηματική διάρθρωση που επιλέχθηκε σκοπεί στην εκμετάλλευση ορισμένων ελλείψεων του συστήματος ανταλλαγής πληροφοριών μεταξύ των εμπλεκόμενων κρατών, ώστε να αποτραπεί η αποτελεσματική φορολόγηση του λήπτη των τόκων.

Γ. Επί της αναφοράς του πραγματικού δικαιούχου (ερώτημα 4)

91. Με το τέταρτο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινισθεί εάν το κράτος μέλος το οποίο αρνείται να αναγνωρίσει ότι ο λήπτης των τόκων είναι και δικαιούχος κατά την έννοια της οδηγίας 2003/49, επειδή πρόκειται για επίπλαστη εταιρία-όχημα, οφείλει να αναφέρει ποιον θεωρεί πραγματικό δικαιούχο. Κατ' αυτόν τον τρόπο, το αιτούν δικαστήριο θέτει, κατ' ουσίαν, το ζήτημα του βάρους αποδείξεως όσον αφορά την ύπαρξη καταχρήσεως.

92. Η κατάχρηση των δυνατοτήτων διευθετήσεων που παρέχει ο νόμος προϋποθέτει την επιλογή μιας νόμιμης διευθετήσεως η οποία παρεκκλίνει από τη διευθέτηση που επιλέγεται συνήθως και οδηγεί σε *ευνοϊκότερο αποτέλεσμα* από εκείνο της «συνήθους» διευθετήσεως. Η «συνήθης διευθέτηση», στην υπό κρίση περίπτωση, θα ήταν η άμεση δανειακή σχέση μεταξύ των χρηματοδοτών και της προσφεύγουσας της κύριας δίκης με σκοπό την απόκτηση της εταιρίας-στόχου.

93. Καταρχήν, απόκειται στη φορολογική αρχή να αποδείξει ότι η προσέγγιση που επιλέχθηκε είναι πιο ευνοϊκή, από φορολογικής απόψεως, σε σύγκριση με τη συνήθη διευθέτηση, ενώ ο υποκείμενος στον φόρο ενδέχεται να υπέχει, ως έναν βαθμό, υποχρέωση συνεργασίας. Ο υποκείμενος στο φόρο μπορεί όμως, στην περίπτωση αυτή, να προσκομίσει «τυχόν στοιχεία σχετικά με τους εμπορικούς λόγους που δικαιολογούν τη συγκεκριμένη συναλλαγή»[35]. Εάν από τα ανωτέρω προκύψει ότι ο κύριος σκοπός[36] δεν είναι η αποφυγή των φόρων που θα επιβάλλονταν κανονικά, η επιλεγείσα προσέγγιση δεν δύναται να θεωρηθεί ως καταχρηστική, ιδίως εφόσον το ίδιο το κράτος παρέχει στον υποκείμενο στον φόρο τη δυνατότητα επιλογής αυτής της διευθετήσεως.

94. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου[37] προκύπτει, περαιτέρω, ότι η διαπίστωση καταχρηστικής συμπεριφοράς συνεπάγεται τον προσδιορισμό του πώς θα είχε η κατάσταση εάν δεν υπήρχαν οι πράξεις που συνιστούν την καταχρηστική πρακτική και, εν συνεχεία, την εκτίμηση αυτής της αναχαρακτηρισμένης καταστάσεως με γνώμονα τις σχετικές διατάξεις του εθνικού δικαίου και του δικαίου της Ένωσης. Ωστόσο, για τον σκοπό αυτόν πρέπει να έχει καθορισθεί ποιος είναι ο πραγματικός δικαιούχος.

35 Απόφαση της 13ης Μαρτίου 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, σκέψη 92).

36 Αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 53), της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 36), και της 21ης Φεβρουαρίου 2008, Part Service, C-425/06, EU:C:2008:108, σκέψη 45).

37 Αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 47), της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 52), και της 21ης Φεβρουαρίου 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, σκέψη 58).

95. Επομένως, από τη σκοπιά της Δανίας, κατάχρηση κατά την έννοια του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49 μπορεί να προκύπτει μόνον εάν σε περίπτωση άμεσης καταβολής των τόκων θα επιβαλλόταν αντίστοιχη φορολόγηση στη Δανία. Τούτο όμως αποκλείεται κατά το δανικό δίκαιο, εάν, μη λαμβανομένης υπόψη της λεγόμενης ενδιάμεσης εταιρίας, ο πραγματικός λήπτης των τόκων θα ήταν επίσης επιχείρηση με έδρα σε άλλο κράτος μέλος ή ο λήπτης των τόκων θα ήταν εγκατεστημένος σε κράτος με το οποίο η Δανία έχει συνάψει σύμβαση αποφυγής διπλής φορολογίας. Εάν οι εταιρίες επενδύσεως κεφαλαίων έπρεπε όντως να θεωρηθούν ως διαφανείς από φορολογικής απόψεως εταιρίες, θα έπρεπε να ληφθεί συναφώς υπόψη η κατάσταση των εκάστοτε χρηματοδοτών, προκειμένου να καταστεί δυνατή, εν γένει, η απάντηση στο ερώτημα αυτό.

96. Συνεπώς, στο ερώτημα 4 μπορεί να δοθεί η απάντηση ότι το κράτος μέλος το οποίο αρνείται να αναγνωρίσει ότι εταιρία εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος –στην οποία καταβάλλονταν οι τόκοι– είναι δικαιούχος των τόκων, οφείλει να αναφέρει, καταρχήν, ποιον θεωρεί πραγματικό δικαιούχο προκειμένου να γίνει δεκτό ότι υφίσταται κατάχρηση. Αυτό είναι αναγκαίο για να μπορεί να εξακριβωθεί αν με τη χαρακτηριζόμενη ως καταχρηστική διευθέτηση επιτυγχάνεται, εν γένει, ένα ευνοϊκότερο από άποψη φορολογικού δικαίου αποτέλεσμα. Ιδίως σε περιπτώσεις με στοιχείο αλλοδαπότητας, ο υποκείμενος στον φόρο μπορεί όμως να υπέχει συναφώς αυξημένη υποχρέωση συνεργασίας.

Δ. Επί της επικλήσεως του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49 (ερωτήματα 2 έως 3)

97. Με τα ερωτήματα 2, 2.1 και 3, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινισθεί (1) αν η Δανία δύναται να επικαλεσθεί ευθέως το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49 για να αρνηθεί τη φοροαπαλλαγή στον υποκείμενο στον φόρο. Εάν δεν υπάρχει τέτοια δυνατότητα, πρέπει να διευκρινισθεί (2) αν η Δανία, με βάση την υφιστάμενη εθνική της νομοθεσία, έχει μεταφέρει επαρκώς το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49 στην εσωτερική της έννομη τάξη.

1. Δεν είναι δυνατή η άμεση εφαρμογή οδηγίας με σκοπό τη θεμελίωση υποχρεώσεων σε βάρος ιδιωτών

98. Σε περίπτωση που διαπιστωθεί κατάχρηση κατά την έννοια του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49 με βάση τα ανωτέρω κριτήρια, η παρούσα υπόθεση χαρακτηρίζεται από την ιδιαιτερότητα ότι το δανικό δίκαιο δεν περιείχε συγκεκριμένη διάταξη για τη μεταφορά του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49 στην εσωτερική έννομη τάξη. Επίσης, δεν υφίστατο –κατά το αιτούν δικαστήριο– καμία γενική νομοθετική διάταξη για την πρόληψη των καταχρήσεων. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα της κύριας δίκης υποστηρίζει ότι, για τον λόγο αυτόν, ακόμη και αν γινόταν δεκτό ότι υφίστατο κατάχρηση, δεν θα ήταν δυνατόν να στερηθεί τη φοροαπαλλαγή που προβλέπει το εθνικό δίκαιο.

99. Ωστόσο, δεν απαιτείται σε όλες τις περιπτώσεις η τυπική επανάληψη των διατάξεων της οδηγίας (εν προκειμένω του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49) με ειδικές διατάξεις του εθνικού δικαίου. Αντιθέτως, για τη μεταφορά μιας οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο μπορεί, αναλόγως του περιεχομένου αυτής, να αρκεί ένα γενικό νομικό πλαίσιο –συμπεριλαμβανομένων των γενικών αρχών του εθνικού συνταγματικού ή διοικητικού δικαίου–, εφόσον έτσι εξασφαλίζεται η πλήρης εφαρμογή της οδηγίας κατά αρκούντως ακριβή και σαφή τρόπο[38].

38 Στο πνεύμα αυτό η πάγια νομολογία, βλ., για παράδειγμα, τις αποφάσεις της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψη 44), της 6ης Απριλίου 2006, Επιτροπή κατά Αυστρίας (C-428/04, EU:C:2006:238, σκέψη 99), της 16ης Ιουνίου 2005, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-456/03, EU:C:2005:388, σκέψη 51), και τις προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 62).

100. Στην αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, το αιτούν δικαστήριο κάνει λόγο για την ύπαρξη δύο αρχών (της λεγόμενης θεωρίας της πραγματικότητας και της αρχής του «πραγματικού λήπτη του εισοδήματος»). Εντούτοις, οι μετέχοντες στη διαδικασία συμφωνούν ότι αυτές δεν είναι κρίσιμες εν προκειμένω, εφόσον οι τόκοι καταβάλλονταν στην πραγματικότητα, επίσημα, όντως πρώτα στις λουξεμβουργιανές εταιρίες.

101. Πάντως, το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49 επιτρέπει στα κράτη μέλη να αναλάβουν πρωτοβουλίες για τη δέουσα καταπολέμηση των καταχρήσεων. Η καταπολέμηση αυτή συνάδει και με μια πρακτική σε επίπεδο Ένωσης. Συγκεκριμένα, όλα τα κράτη μέλη έχουν αναπτύξει, σε μεγάλο βαθμό, εργαλεία για την πρόληψη της καταστρατηγήσεως του νόμου με σκοπό τη φοροαποφυγή [39]. Στις εθνικές φορολογικές έννομες τάξεις, επομένως, επικρατεί συμφωνία ως προς το ότι η εφαρμογή των κανόνων δικαίου δεν μπορεί να εκτείνεται μέχρι τέτοιου σημείου ώστε να συγκαλύπτονται καταχρηστικές πρακτικές οικονομικών φορέων. Έκφραση της αρχής αυτής, η οποία αναγνωρίζεται σε ολόκληρη την Ένωση [40], αποτελεί πλέον και το άρθρο 6 της οδηγίας 2016/1164.

102. Υπό αυτό το πρίσμα, όλες οι εθνικές διατάξεις, ανεξαρτήτως του αν έχουν εκδοθεί ή όχι για τη μεταφορά της οδηγίας 2003/49 στην εσωτερική έννομη τάξη, πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται σύμφωνα με αυτή τη γενική αρχή του δικαίου και, ιδίως, σύμφωνα με το γράμμα και τους σκοπούς της οδηγίας 2003/49, καθώς και του άρθρου της 5 [41]. Η σύμφωνη προς το δίκαιο της Ένωσης ερμηνεία του εθνικού δικαίου δεν εμποδίζεται από το ότι αυτή μπορεί, ενδεχομένως, να αποβαίνει σε βάρος του ιδιώτη. Πράγματι, μια μέσω διατάξεων του εθνικού δικαίου, δηλαδή έμμεση, εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης σε βάρος του ιδιώτη είναι επιτρεπτή [42].

103. Μόνον η άμεση εφαρμογή του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49 σε βάρος της προσφεύγουσας της κύριας δίκης θα απαγορευόταν –και για λόγους ασφάλειας δικαίου– στις δανικές αρχές [43]. Συγκεκριμένα, ένα κράτος μέλος δεν μπορεί να επικαλεσθεί έναντι του ιδιώτη διάταξη οδηγίας που το ίδιο δεν έχει μεταφέρει στο εσωτερικό δίκαιο [44]. Πράγματι, κατά πάγια νομολογία, μια οδηγία δεν γεννά αφ' εαυτής υποχρεώσεις εις βάρος ιδιώτη και επομένως δεν μπορεί να γίνει επίκληση αυτής καθεαυτήν έναντι αυτού [45]. Σε τέτοια περίπτωση, το ίδιο το κράτος μέλος θα συμπεριφερόταν «καταχρηστικά». Αφενός, θα παρέλειπε (ενώ θα μπορούσε) να μεταφέρει στην εθνική έννομη τάξη οδηγία που απευθύνεται σε αυτό και, αφετέρου, θα επικαλούνταν δυνατότητα για την καταπολέμηση των καταχρήσεων η οποία προβλέπεται στη μη μεταφερθείσα στην εθνική έννομη τάξη οδηγία.

39 Ορισμένα κράτη μέλη διαθέτουν γενικές ρήτρες για την απαγόρευση της καταχρηστικής συμπεριφοράς, όπως το άρθρο 42 του Abgabenordnung (φορολογικού κώδικα) στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, το άρθρο 6 του Steueranpassungsgesetz (νόμου για τη φορολογική προσαρμογή) στο Λουξεμβούργο, το άρθρο 344, παράγραφος 1, του code des impôts sur les revenus (κώδικα φορολογίας εισοδήματος) στο Βέλγιο, το άρθρο 2 του νόμου 1995:575 στη Σουηδία ή το άρθρο 28 του νόμου περί φορολογίας εισοδήματος στη Φινλανδία· σε ορισμένες περιπτώσεις προβλέπονται ειδικοί κανόνες (όπως στη Δανία όσον αφορά τις τιμές μεταβιβάσεως βάσει του άρθρου 2 του Ligningslovens [νόμου περί της φορολογητέας βάσεως]) ή γενικές αρχές του δικαίου (στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας ισχύει, για παράδειγμα, η αρχή της υπεροχής της ουσίας έναντι του τύπου, η οποία απορρέει, μεταξύ άλλων, από τα άρθρα 39 επ. του [γερμανικού] φορολογικού κώδικα).

40 Βλ., ενδεικτικώς, αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 27), της 21ης Φεβρουαρίου 2006, Halifax κ.λπ. (C-255/02, EU:C:2006:121, σκέψη 68), της 3ης Μαρτίου 2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, σκέψη 32), της 14ης Δεκεμβρίου 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, σκέψη 51), και της 23ης Μαρτίου 2000, Διαμαντής (C-373/97, EU:C:2000:150, σκέψη 33).

41 Σχετικά με την υποχρέωση των εθνικών δικαστηρίων να ερμηνεύουν το εθνικό δίκαιο κατά τρόπο σύμφωνο με τις οδηγίες, βλ. την πάγια νομολογία και ιδίως τις αποφάσεις της 4ης Ιουλίου 2006, Αδενέλερ κ.λπ. (C-212/04, EU:C:2006:443, σκέψεις 108 επ.), της 5ης Οκτωβρίου 2004, Pfeiffer κ.λπ. (C-397/01 έως C-403/01, EU:C:2004:584, σκέψεις 113 επ.), και της 10ης Απριλίου 1984, von Colson και Kamann (14/83, EU:C:1984:153, σκέψη 26).

42 Αποφάσεις της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψη 45), της 7ης Ιανουαρίου 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, σκέψη 57), της 14ης Ιουλίου 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, σκέψεις 20, 25 και 26), και της 13ης Νοεμβρίου 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, σκέψεις 6 και 8), καθώς και τις προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 65).

43 Βλ. ρητή αναφορά στην απόφαση της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψη 42).

44 Αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 49), της 21ης Σεπτεμβρίου 2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, σκέψη 41), της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψη 42), της 19ης Νοεμβρίου 1991, Francovich κ.λπ. (C-6/90 και C-9/90, EU:C:1991:428, σκέψη 21), βλ. επίσης τις προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 66).

45 Απόφαση της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψη 42), και προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 65), βλ. επίσης, μεταξύ άλλων, την απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2004, Pfeiffer κ.λπ. (C-397/01 έως C-403/01, EU:C:2004:584, σκέψη 108 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

104. Πολλώ μάλλον δεν επιτρέπεται οι αρμόδιες αρχές στην υπόθεση της κύριας δίκης να στηρίζονται άμεσα, έναντι του ιδιώτη, στην υφιστάμενη γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης κατά την οποία δεν επιτρέπεται καταστρατήγηση νόμου. Πράγματι, τουλάχιστον για περιπτώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2003/49, μια τέτοια αρχή εκφράζεται ειδικά και συγκεκριμενοποιείται στο άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας [46]. Εάν επιτρεπόταν παράλληλα και η άμεση επίκληση γενικής αρχής, της οποίας το περιεχόμενο είναι λιγότερο σαφές και συγκεκριμένο, θα υφίστατο ο κίνδυνος να μην επιτευχθεί πλήρως η σκοπούμενη με την οδηγία 2003/49 –καθώς και με όλες τις άλλες οδηγίες που περιέχουν συγκεκριμένους κανόνες για την πρόληψη των καταχρήσεων (όπως, παραδείγματος χάρη, το άρθρο 6 της οδηγίας 2016/1164)– εναρμόνιση. Εξάλλου, μια τέτοια προσέγγιση θα υπέσκαπτε και την προαναφερθείσα απαγόρευση της άμεσης εφαρμογής σε βάρος ιδιώτη διατάξεων οδηγιών που δεν έχουν μεταφερθεί στην εσωτερική έννομη τάξη [47].

2. Αδυναμία εφαρμογής των λύσεων της νομολογίας που αφορά τη νομοθεσία περί ΦΠΑ

105. Αυτό δεν αποκλείεται με βάση τις αποφάσεις του Δικαστηρίου [48] στις υποθέσεις Italmoda και Cussens. Στις εν λόγω αποφάσεις, το Δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή της απαγορεύσεως καταχρηστικών πρακτικών έχει την έννοια ότι δύναται, ανεξαρτήτως εθνικού μέτρου που να τη θέτει σε ισχύ στην εσωτερική έννομη τάξη, να εφαρμοστεί άμεσα προκειμένου να αποκλεισθεί η απαλλαγή από τον ΦΠΑ, χωρίς να αντιτίθενται σε αυτό οι αρχές της ασφάλειας δικαίου και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης.

106. Ωστόσο, οι δύο αυτές αποφάσεις αφορούσαν αποκλειστικώς τη νομοθεσία περί ΦΠΑ. Η νομοθεσία αυτή διαφέρει από το ζήτημα το οποίο αφορά η υπό κρίση υπόθεση. Αφενός, σε σύγκριση με τη νομοθεσία των κρατών μελών που διέπει τη φορολογία εισοδήματος, η νομοθεσία περί ΦΠΑ έχει εναρμονισθεί σε πολύ μεγαλύτερο βαθμό βάσει του δικαίου της Ένωσης και άπτεται σε ευρύτερη κλίμακα συμφερόντων ενωσιακού δικαίου λόγω των συνδεδεμένων με αυτήν κονδυλίων χρηματοδοτήσεως της Ένωσης.

107. Αφετέρου, το δίκαιο της Ένωσης, δυνάμει του άρθρου 325, παράγραφοι 1 και 2, ΣΛΕΕ, επιβάλλει στα κράτη μέλη την (αποτελεσματική) επιβολή ΦΠΑ [49], ενώ αυτό δεν συμβαίνει στην περίπτωση της νομοθεσίας περί φορολογίας εισοδήματος. Επιπλέον, η νομοθεσία περί ΦΠΑ είναι εξαιρετικά ευάλωτη σε απάτες και τούτο επιτάσσει ιδιαιτέρως αποτελεσματική επιβολή των φορολογικών απαιτήσεων. Συναφώς, ακόμη και το ίδιο το Δικαστήριο διακρίνει, στην πλέον πρόσφατη απόφασή του, μεταξύ της νομοθεσίας περί ΦΠΑ και του παράγωγου δικαίου της Ένωσης που επιτρέπει ρητώς την καταπολέμηση των καταχρήσεων [50]. Συνεπώς, δεν μπορεί να γίνει δεκτή η άμεση εφαρμογή του άρθρου 5 της οδηγίας 2003/49 σε βάρος του υποκειμένου στον φόρο [51].

46 Βλ. τις προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 67) και την απόφαση της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψεις 38 επ.). Βλ., ομοίως, και τις προτάσεις μου στην υπόθεση Satakunnan Markkinapörssi και Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, σημείο 103).

47 Ασαφής, ως προς το σημείο αυτό, η απόφαση της 22ας Νοεμβρίου 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, σκέψεις 74 έως 77), βλ., συναφώς, τις προτάσεις μου στην υπόθεση Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, σημείο 67), ακριβής και η απόφαση της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψη 42).

48 Αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881), και της 18ης Δεκεμβρίου 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti (C-131/13, C-163/13 και C-164/13, EU:C:2014:2455).

49 Αποφάσεις της 8ης Σεπτεμβρίου 2015, Taricco κ.λπ. (C-105/14, EU:C:2015:555, σκέψεις 36 επ.), και της 26ης Φεβρουαρίου 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, σκέψη 26).

50 Βλ. ρητή αναφορά στην απόφαση της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψεις 28, 31 και 38).

51 Έτσι έχει αποφανθεί το Δικαστήριο στην απόφαση της 5ης Ιουλίου 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, σκέψη 42).

3. Επί της υπάρξεως ειδικής εθνικής διατάξεως κατά των καταχρήσεων

108. Το αιτούν δικαστήριο, πάντως, θα πρέπει να εξετάσει μήπως υφίστανται γενικές διατάξεις ή αρχές του εθνικού δικαίου (συμπεριλαμβανομένων και των αρχών που έχουν αναπτυχθεί στη νομολογία) οι οποίες, ερμηνευόμενες σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης, θα μπορούσαν να εφαρμοσθούν στην υπό κρίση υπόθεση, προκειμένου να θεμελιωθεί, για παράδειγμα, η μη συνεκτίμηση των εικονικών συναλλαγών για φορολογικούς σκοπούς ή η απαγόρευση της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως συγκεκριμένων φορολογικών πλεονεκτημάτων.

109. Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, για να μπορεί να δικαιολογηθεί ένας περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως από λόγους καταπολεμήσεως των καταχρήσεων, ο περιορισμός πρέπει να σκοπεί ειδικά στην παρεμπόδιση συμπεριφορών που συνίστανται στη δημιουργία αμιγώς τεχνητών μεθοδεύσεων, χωρίς πραγματική οικονομική υπόσταση, με σκοπό την αποφυγή του φόρου που κανονικά θα βάρυνε τα κέρδη που πηγάζουν από δραστηριότητες ασκούμενες στην ημεδαπή [52].

110. Για τον λόγο αυτόν, στα ερωτήματα 2.1 και 3 μπορεί να δοθεί η απάντηση ότι ούτε το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο d, του δανικού νόμου περί φορολογίας νομικών προσώπων ούτε ρύθμιση συμβάσεως αποφυγής διπλής φορολογίας η οποία εξαρτά τη φορολόγηση των τόκων από τον προσδιορισμό του δικαιούχου επαρκούν για να θεωρηθεί ότι μεταφέρουν στην εσωτερική έννομη τάξη το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49.

111. Ωστόσο, διαφορετική θα ήταν η εκτίμηση, εάν η λεγόμενη θεωρία της πραγματικότητας και η αρχή του «πραγματικού λήπτη του εισοδήματος» εφαρμόζονταν στη Δανία ερμηνευόμενες σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης. Οι αρχές αυτές έχουν αναπτυχθεί ακριβώς για να αντιμετωπισθεί το ζήτημα ότι το αστικό δίκαιο επιτρέπει πολλές διευθετήσεις, ενώ η φορολογική νομοθεσία φορολογεί οικονομικές καταστάσεις. Συνεπώς, οι εν λόγω αρχές στοχοποιούν ειδικώς τεχνητές διευθετήσεις ή την καταστρατήγηση του νόμου εκ μέρους των ιδιωτών και, ως εκ τούτου, συνιστούν, καταρχήν, επαρκώς συγκεκριμένη νομική βάση για τον περιορισμό της ελευθερίας εγκαταστάσεως. Κατά συνέπεια, στο μέτρο που οι προσφεύγοντες της κύριας δίκης επισήμαναν επανειλημμένως, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι η Δανία δεν έχει μεταφέρει ρητώς στο εσωτερικό της δίκαιο το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49, η εν λόγω απουσία ρητής μεταφοράς θα μπορούσε να θεωρηθεί άνευ σημασίας. Ωστόσο, απόκειται στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει το ζήτημα αυτό κατά τρόπο πιο συγκεκριμένο.

112. Η «θεωρία της πραγματικότητας» που αναπτύχθηκε στη Δανία, ερμηνευόμενη κατά τρόπο σύμφωνο προς το δίκαιο της Ένωσης, θα μπορούσε, επομένως, να αποτελέσει επαρκή βάση, προκειμένου να μην λαμβάνονται υπόψη κατά τη φορολόγηση αμιγώς τεχνητές ή καταχρηστικές διευθετήσεις –εφόσον αυτές υφίστανται (συναφώς, πιο αναλυτικά, σημεία 57 επ.). Κατά την εκτίμησή μου, η «θεωρία της πραγματικότητας» είναι απλώς μια ιδιαίτερη μορφή της αρχής της υπεροχής της ουσίας έναντι του τύπου, στην οποία στηρίζονται οι περισσότεροι κανόνες για την πρόληψη των καταχρήσεων των μεμονωμένων κρατών μελών. [53] Τούτο καθίσταται σαφές και σε επίπεδο δικαίου της Ένωσης, παραδείγματος χάριν, στο άρθρο 6, παράγραφος 2, της οδηγίας 2016/1164, το οποίο ορίζει ότι μια διευθέτηση θεωρείται μη γνήσια στον βαθμό που δεν τίθεται σε εφαρμογή για βάσιμους εμπορικούς λόγους που απηχούν την οικονομική πραγματικότητα. Τούτο όμως πρέπει να κριθεί από το εθνικό δικαστήριο.

52 Αποφάσεις της 18ης Ιουνίου 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, σκέψη 64), της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, σκέψη 55), και της 13ης Μαρτίου 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, σκέψη 74).

53 Πολύ συχνά, στα κράτη μέλη λαμβάνεται υπόψη το πραγματικό περιεχόμενο μιας πράξεως ή συναλλαγής –αυτό συμβαίνει, παραδείγματος χάριν, στη Φινλανδία, στην Ουγγαρία, στην Ιρλανδία, στην Ιταλία, στη Λιθουανία, στις Κάτω Χώρες, στην Πορτογαλία και στη Σλοβενία.

113. Εάν η διευθέτηση έχει ως σκοπό να αποτρέψει τη φορολόγηση των επενδυτών, η πληρωμή διενεργείται στην πραγματικότητα, βάσει της αρχής της υπεροχής της ουσίας έναντι του τύπου, προς την A Fund και τους επενδυτές της, παρά την τυπική καταβολή προς τη λουξεμβουργιανή εταιρία. Στην περίπτωση αυτή, η καταβολή προς την Z Luxembourg δεν αντικατοπτρίζει την οικονομική πραγματικότητα, αλλά μόνον την (τυπική) πραγματικότητα από απόψεως αστικού δικαίου.

Ε. Παραβίαση των θεμελιωδών ελευθεριών (ερωτήματα 5, 6 και 7)

114. Δεδομένου ότι η Z Luxembourg –όπως επισημάνθηκε ανωτέρω, στα σημεία 34 επ.– πρέπει, καταρχήν, να θεωρηθεί ως δικαιούχος, παρέλκει η εξέταση των ερωτημάτων 5, 6 και 7 που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο.

115. Βεβαίως, στο μέτρο που το αιτούν δικαστήριο, εφαρμόζοντας τις αρχές του εθνικού δικαίου κατά τρόπο σύμφωνο προς το δίκαιο της Ένωσης, καταλήξει στο συμπέρασμα ότι υφίσταται καταχρηστική διευθέτηση, η φορολόγηση στην πηγή εφαρμόζεται υπό όρους. Τότε όμως, στην υπό κρίση περίπτωση δεν τίθεται πλέον τέτοιο ζήτημα, διότι η εν λόγω φορολόγηση είναι αποτέλεσμα καταχρήσεως και, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, δεν επιτρέπεται η καταχρηστική επίκληση κανόνων του δικαίου της Ένωσης[54].

116. Ανεξαρτήτως αυτού, το Δικαστήριο έχει όμως ήδη κρίνει ότι η διαφορετική μεταχείριση μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών ληπτών τόκων, η οποία οφείλεται σε διαφορετική μέθοδο φορολογήσεως, αφορά καταστάσεις οι οποίες δεν είναι συγκρίσιμες[55]. Ακόμη και αν οι καταστάσεις αυτές έπρεπε να εκτιμηθούν ως συγκρίσιμες, περιορισμός θεμελιώδους ελευθερίας θα δικαιολογούνταν, βάσει της νομολογίας του Δικαστηρίου, εφόσον η δανική φορολογική επιβάρυνση στην πηγή για τον λήπτη τόκου που είναι εγκατεστημένος στην αλλοδαπή δεν είναι υψηλότερη από την επιβάρυνση του δανικού φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων για ημεδαπό λήπτη τόκων[56].

117. Το ζήτημα που θίγει το αιτούν δικαστήριο στο ερώτημα 5, σε σχέση με τον μη συνυπολογισμό των δαπανών του λήπτη των τόκων που είναι εγκατεστημένος στην αλλοδαπή κατά τη φορολόγηση στην πηγή, απορρέει κατ' ανάγκην από το σύστημα της παρακρατήσεως του φόρου στην πηγή. Όταν τρίτος (ο πληρωτής του τόκου) καταβάλλει, εν τέλει, κατ' αποκοπήν τον φόρο εισοδήματος του λήπτη των τόκων, δεν είναι δυνατόν να αφαιρεί τις δαπάνες αυτού (επιχειρηματικές δαπάνες) –τις οποίες κατά κανόνα δεν γνωρίζει. Αυτές έχουν ήδη ληφθεί υπόψη, κατά κανόνα, με έναν γενικό τρόπο, διά της διαμορφώσεως χαμηλότερου συντελεστή παρακρατήσεως φόρου στην πηγή.

118. Επομένως, με το ερώτημα 5, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, εν τέλει, μάλλον, να διευκρινισθεί αν πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα στον αλλοδαπό λήπτη τόκων να συνυπολογίζει τις δαπάνες του στο πλαίσιο της φορολογήσεώς του στη Δανία όπως και ο ημεδαπός λήπτης τόκων. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό όμως δεν είναι κρίσιμη για την παρούσα διαδικασία –η Z Denmark βάλλει κατά της ευθύνης στο πλαίσιο της υποχρεώσεώς της περί παρακρατήσεως φόρου στην πηγή.

119. Το ίδιο (όσον αφορά το σημείο 115) ισχύει και ως προς το διαφορετικό επιτόκιο και τη γένεση της οφειλής δανικού φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων για τον λήπτη των τόκων και της δανικής υποχρεώσεως παρακρατήσεως φόρου στην πηγή για τον πληρωτή των τόκων. Οι καταστάσεις αυτές δεν είναι συγκρίσιμες, δεδομένου ότι στη μία περίπτωση οφείλεται *ίδιος* φόρος (φόρος εισοδήματος νομικών προσώπων) και στην άλλη περίπτωση παρακρατείται και καταβάλλεται

54 Βλ., ενδεικτικώς: αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2017, Cussens κ.λπ. (C-251/16, EU:C:2017:881, σκέψη 27), της 21ης Φεβρουαρίου 2006, Halifax κ.λπ. (C-255/02, EU:C:2006:121, σκέψη 68), και της 14ης Δεκεμβρίου 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, σκέψη 51 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

55 Απόφαση της 22ας Δεκεμβρίου 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, σκέψη 41)· επιβεβαιώθηκε με την απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, σκέψη 26).

56 Βλ. αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 2015, Miljoen κ.λπ. (C-10/14, C-14/14 και C-17/14, EU:C:2015:608, σκέψη 90), και της 18ης Οκτωβρίου 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, σκέψεις 42 επ.).

αλλότριος φόρος για τον λήπτη των τόκων (ο δικός του φόρος εισοδήματος φυσικών ή νομικών προσώπων). Η διαφοροποίηση ως προς τη γένεση της οφειλής και το επιτόκιο οφείλεται στη διαφορετική μέθοδο και λειτουργία της φορολογήσεως με παρακράτηση του φόρου στην πηγή (συναφώς, σημείο 86).

VI. Πρόταση

120. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα ερωτήματα της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως που υπέβαλε το Vestre Landsret (εφετείο της δυτικής περιφέρειας, Δανία) ως εξής:

1. Στα προδικαστικά ερωτήματα 1 έως 1.4 πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι εταιρία εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος η οποία είναι δικαιούχος της έντοκης απαιτήσεως πρέπει να θεωρείται, καταρχήν, ως δικαιούχος κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 2003/49/ΕΚ για την καθιέρωση κοινού συστήματος φορολόγησης των τόκων και των δικαιωμάτων που καταβάλλονται μεταξύ συνδεδεμένων εταιριών διαφορετικών κρατών μελών. Τούτο δεν ισχύει, εάν η εν λόγω εταιρία δεν ενεργεί για δικό της λογαριασμό αλλά για λογαριασμό τρίτου.

   Η έννοια του δικαιούχου πρέπει να ερμηνεύεται αυτοτελώς στο δίκαιο της Ένωσης και ανεξάρτητα από τα σχόλια επί του άρθρου 11 του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ του 1977 ή των μεταγενέστερων εκδόσεών του.

2. Στο ερώτημα 2 πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η διαπίστωση καταχρήσεως εξαρτάται από τη συνολική εκτίμηση όλων των περιστάσεων κάθε συγκεκριμένης περιπτώσεως, η οποία απόκειται στο εθνικό δικαστήριο.

   α) Κατάχρηση στο πλαίσιο της φορολογικής νομοθεσίας μπορεί να υφίσταται σε περίπτωση αμιγώς τεχνητών μεθοδεύσεων, χωρίς πραγματική οικονομική υπόσταση, ή όταν ο κύριος σκοπός της μεθοδεύσεως συνίσταται στην αποφυγή του φόρου που θα έπρεπε να καταβληθεί βάσει του σκοπού του νόμου. Στο πλαίσιο αυτό, η φορολογική αρχή πρέπει να αποδείξει ότι αν εφαρμοζόταν η ενδεδειγμένη διευθέτηση θα προέκυπτε αντίστοιχη φορολογική απαίτηση, ενώ ο υποκείμενος στον φόρο οφείλει να αποδείξει ότι η επιλογή της συγκεκριμένης διευθετήσεως στηρίζεται σε σημαντικούς λόγους μη απτόμενους του φορολογικού δικαίου.

   β) Σε σχέση με την αποφυγή της φορολογήσεως στην πηγή για τις πληρωμές τόκων σε εταιρίες επενδύσεως κεφαλαίων που είναι εγκατεστημένες σε τρίτα κράτη, τίθεται πρωτίστως ζήτημα αποφυγής της φορολογήσεως των εισοδημάτων από τόκους για τους πραγματικούς λήπτες των τόκων (δηλαδή τους χρηματοδότες). Εν προκειμένω, μπορεί να γίνει δεκτό ότι υφίσταται κατάχρηση, ιδίως εάν η επιχειρηματική διάρθρωση που επιλέχθηκε σκοπεί στην εκμετάλλευση ορισμένων ελλείψεων του συστήματος ανταλλαγής πληροφοριών μεταξύ των εμπλεκόμενων κρατών, ώστε να αποτραπεί η αποτελεσματική φορολόγηση του πραγματικού λήπτη των τόκων.

   γ) Ωστόσο, κράτος μέλος δεν μπορεί να επικαλεστεί το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49 εάν δεν το έχει μεταφέρει στο εσωτερικό του δίκαιο.

3. Όσον αφορά το ερώτημα 3, πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι ούτε το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο d, του δανικού νόμου περί φορολογίας νομικών προσώπων ούτε ρύθμιση συμβάσεως αποφυγής διπλής φορολογίας αντίστοιχη προς το άρθρο 11 του υποδείγματος φορολογικής συμβάσεως του ΟΟΣΑ μπορεί να θεωρηθεί ότι μεταφέρουν επαρκώς στην εσωτερική έννομη τάξη το άρθρο 5 της οδηγίας 2003/49. Τούτο όμως δεν αποκλείει τη σύμφωνη προς το δίκαιο της

Ένωσης ερμηνεία και εφαρμογή γενικών αρχών του εθνικού δικαίου, οι οποίες σκοπούν ειδικά στην αντιμετώπιση τεχνητών διευθετήσεων ή της καταστρατηγήσεως του νόμου εκ μέρους των ιδιωτών.

4. Στο ερώτημα 4 πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το κράτος μέλος το οποίο αρνείται να αναγνωρίσει ότι εταιρία εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος είναι δικαιούχος των τόκων οφείλει να αναφέρει ποιον θεωρεί πραγματικό δικαιούχο, προκειμένου να γίνει δεκτό ότι υφίσταται κατάχρηση. Σε περιπτώσεις με στοιχείο αλλοδαπότητας, ο υποκείμενος στον φόρο μπορεί όμως να υπέχει συναφώς αυξημένη υποχρέωση συνεργασίας.

5. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω απαντήσεων στα ερωτήματα 1 και 2, παρέλκει η απάντηση στα ερωτήματα 5, 6 και 7.