Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. ANDREA BIONDI
présentées le 13 février 2025 [1]

Affaire C-685/23

Corner and Border SA
contre
Autoridade Tributária e Aduaneira

[demande de décision préjudicielle formée par le Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (tribunal arbitral en matière fiscale, centre d'arbitrage administratif – CAAD, Portugal)]

« Renvoi préjudiciel – Impôts indirects sur les rassemblements de capitaux – Emprunt obligataire – Contrat de garantie – Droit de timbre – Portée de la notion de "formalités y afférentes" – Notion de "privilèges" »

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. L'article 5 de la directive 2008/7/CE [2], intitulé « Opérations non soumises à la fiscalité indirecte », dispose à son paragraphe 2 :

« Les États membres ne soumettent à aucune imposition indirecte, sous quelque forme que ce soit :

[...]

b) les emprunts, y compris les rentes, contractés sous forme d'émission d'obligations ou autres titres négociables, quel qu'en soit l'émetteur, et toutes les formalités y afférentes, ainsi que la création, l'émission, l'admission en Bourse, la mise en circulation ou la négociation de ces obligations ou autres titres négociables. »

[1] Langue originale : l'italien.

[2] Directive du Conseil du 12 février 2008 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux (JO 2008, L 46, p. 11).

2. L'article 6 de cette directive, intitulé « Droits et taxe sur la valeur ajoutée », est libellé comme suit :

« 1. Nonobstant l'article 5, les États membres peuvent percevoir les droits et taxes suivants :

[...]

d) droits frappant la constitution, l'inscription ou la mainlevée des privilèges et des hypothèques ;

[...] »

B. Le droit portugais

3. L'article 1er de la loi nº 150/99, du 11 septembre 1999, qui a approuvé le *Código do Imposto do Selo* (code du droit de timbre), intitulé « Code du droit de timbre et tarif y annexé », est libellé comme suit :

« Sont approuvés par la présente loi le code du droit de timbre et le tarif général qui y est annexé, lesquels remplacent, respectivement, le règlement sur le droit de timbre, approuvé par le décret nº 12700, du 20 novembre 1926, et le tarif général du droit de timbre, approuvé par le décret nº 21916, du 28 novembre 1932, tel que modifié ultérieurement. »

4. Le point 10 du tarif général relatif au droit de timbre (ci-après le « TGIS ») est libellé comme suit :

« 10 – Les garanties des obligations, quelle que soit leur nature ou leur forme, à savoir les cautionnements, les dépôts de garantie, les garanties bancaires autonomes, les garanties autonomes, les hypothèques, les nantissements et les assurances-caution, à moins qu'elles ne soient matériellement accessoires à des contrats spécialement imposés dans le présent tarif et qu'elles soient constituées simultanément avec l'obligation garantie, fût-ce dans un instrument ou un titre différent – sur la valeur respective, en fonction de la durée, en considérant toujours la prorogation de la durée du contrat comme étant une nouvelle opération :

[...]

10.3 – Garanties sans indication de durée ou d'une durée de cinq ans ou plus 0,6 %. »

II. Le litige au principal et les questions préjudicielles

5. La société Corner and Border SA (ci-après « C&B ») est une société anonyme de droit portugais, dont le capital social est entièrement détenu par ONEX Renewables Sàrl, une société à responsabilité limitée inscrite au registre de commerce et des sociétés du Luxembourg (ci-après « ONEX »).

6. Le 21 juillet 2021, ONEX a acquis, auprès d'EDP Renewables, SGPS, SA, société anonyme de droit portugais, la totalité du capital social de Eólica do Sincelo, SA, société anonyme de droit portugais (ci-après « ES »), et de Eólica da Linha, SA, société anonyme de droit portugais (ci-après « EL »).

7. Le 29 juillet 2021, ONEX a cédé à C&B sa position contractuelle dans le contrat d'achat des actions d'ES et d'EL.

8. Le 27 janvier 2022, C&B a conclu un accord de financement dénommé *Facilities Agreement*, en vertu duquel elle a émis un emprunt obligataire, avec émission d'obligations nominatives et dématérialisées, d'une valeur nominale de 100 000,00 euros par titre, pour un montant d'émission total de 348 900 000,00 euros divisé en deux classes d'obligations (classes « A » et « B ») qui ont été entièrement souscrites par Banco Santander Totta, SA (ci-après « BST »).

9. Le *Facilities Agreement* a été conclu dans le but de financer le paiement du prix de vente des actions d'ES et EL, ainsi que pour refinancer la dette existante de ces sociétés.

10. Afin de garantir l'exécution de toutes les obligations et responsabilités constituées en vertu du *Facilities Agreement*, diverses garanties de nature réelle et/ou personnelle ont été fournies par ONEX, par C&B et par ES et EL, moyennant le contrat dénommé *Security Agreement* (contrat de fourniture de garanties) conclu entre ces sociétés, en qualité de garants, et BST, en tant que bénéficiaire et agent des garanties.

11. Dans le cadre du *Security Agreement*, ONEX a fourni un ensemble de garanties et promesses de garanties [3], et C&B [4], ES et EL [5] ont fait de même.

12. La conclusion du *Security Agreement* et la fourniture des garanties susmentionnées étaient nécessaires et essentielles à la conclusion du *Facilities Agreement* et à la conséquente émission de l'emprunt obligataire.

13. Le 27 janvier 2022, le notaire qui a rédigé et authentifié l'acte du *Facilities Agreement* et du *Security Agreement* a établi le droit de timbre conformément au point 10.3 du TGIS, en appliquant le taux de 0,6 % sur le montant de 348 900 000,00 euros, donnant ainsi lieu à un droit évalué à 2 093 400,00 euros.

14. C&B a payé la somme de 2 093 400,00 euros en débitant son compte bancaire.

15. Le 3 août 2022, C&B a introduit un recours administratif contre l'établissement du droit de timbre.

16. Le 3 décembre 2022, une présomption de rejet tacite du recours administratif s'est formée en raison de l'absence de décision de l'administration fiscale et douanière.

[3] Un nantissement financier en premier rang sur les actions de C&B et les droits inhérents respectifs, une promesse de nantissement financier sur les nouvelles actions qui pourraient être émises par C&B et les droits inhérents respectifs, un nantissement en premier rang sur toute créance actuelle détenue par ONEX, en tant que société mère, sur C&B et promesse d'un nantissement financier sur les futurs prêts d'actionnaires dont ONEX pourrait devenir le titulaire.

[4] Un nantissement financier en premier rang sur les actions ES et EL, et leurs droits inhérents respectifs, une promesse d'un nantissement financier sur les nouvelles actions qui pourraient être émises par ES et EL et les droits inhérents respectifs, un nantissement en premier rang sur toute créance résultant d'un prêt d'actionnaire en cours que C&B détiendrait, en tant que société mère, sur ES et EL, une promesse d'un nantissement financier sur les futures créances résultant de prêts d'actionnaires dont C&B pourrait devenir le détenteur, une cession de créances dans le but de garantir toutes les créances détenues par C&B, un nantissement financier en premier rang sur le solde des comptes bancaires détenus par C&B à la date de signature du *Security Agreement*, et promesse de nantissement financier en premier rang sur le solde des nouveaux comptes bancaires détenus par C&B après la conclusion du *Security Agreement*.

[5] Un nantissement financier en premier rang sur le solde des comptes bancaires détenus par les sociétés à la date de signature du *Security Agreement*, une promesse d'un nantissement financier en premier rang sur le solde des nouveaux comptes bancaires détenus par les sociétés après la signature du *Security Agreement*, un nantissement en premier rang sur toutes les créances détenues par les sociétés et une cession de créances dans le but de garantir toutes les créances détenues par les sociétés.

17. Le 2 mars 2023, C&B a introduit la demande d'arbitrage qui a donné lieu à la présente procédure.

18. Dans ces circonstances, le Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (tribunal arbitral en matière fiscale, centre d'arbitrage administratif – CAAD, Portugal) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 5, paragraphe 2, sous b), de la [directive 2008/7] doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'imposition, au titre du droit de timbre, de garanties consistant en des nantissements financiers d'actions, de soldes de comptes bancaires, de prêts d'actionnaires et en la cession de créances à des fins de garantie, fournies dans le cadre d'une opération d'émission d'obligations ?

2) La réponse à la première question diffère-t-elle selon que la fourniture des garanties est légalement obligatoire ou facultative et volontaire ?

3) La réponse à la première question diffère-t-elle si les garanties ont été fournies dans le cadre d'une opération d'émission d'obligations soumise à souscription privée par une banque, dont la position en tant que souscripteur peut être transférée, selon la volonté de l'entité émettrice, même si ce transfert est soumis à des conditions et à des pénalités/commissions ?

4) L'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 2008/7 doit-il être interprété en ce sens qu'il vise les garanties consistant en des nantissements financiers d'actions, de soldes de comptes bancaires, de prêts d'actionnaires et en la cession de créances à des fins de garantie, fournies dans le cadre d'une opération d'émission d'obligations relevant de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de cette directive ? »

III. Analyse juridique

19. Par ses quatre questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, paragraphe 2, sous b), et l'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 2008/7 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui prévoit l'application du droit de timbre aux garanties accordées, sous la forme de nantissement d'actions, de soldes de comptes bancaires et de prêts d'actionnaires, ainsi que sous la forme de cession de créances, aux fins de la bonne exécution des obligations découlant d'un emprunt obligataire émis par une société de capitaux.

20. Mon analyse juridique débutera précisément par l'examen de la relation entre ces deux dispositions du droit de l'Union, que j'estime centrale, afin de donner une réponse utile aux questions posées par la juridiction de renvoi. Je vais maintenant aborder l'interprétation que je propose sur le plan des principes et je conclurai mon raisonnement après un examen analytique des deux dispositions en question.

21. L'article 5 de la directive 2008/7 énonce le principe selon lequel ne sont pas soumis à une imposition indirecte les emprunts contractés sous forme d'émission d'obligations ou autres titres négociables et toutes les formalités y afférentes. Comme la Cour l'a jugé à plusieurs reprises, la directive 2008/7 a procédé à une harmonisation *exhaustive* des cas dans lesquels les États

membres peuvent soumettre les rassemblements de capitaux à des impôts indirects [6]. Partant, l'article 6 de la directive 2008/7 déroge expressément à l'article 5 de cette directive et permet aux États membres d'appliquer des droits uniquement « frappant la constitution, l'inscription ou la mainlevée des privilèges et des hypothèques ».

22. La relation entre les deux dispositions en question est de toute évidence celle entre la règle et l'exception : la première édicte une règle générale, la seconde s'applique par dérogation à la première, seulement si les conditions qu'elle prévoit sont remplies.

23. L'interprète devra donc procéder à une mise en balance entre les deux principes exprimés par ces deux dispositions (liberté de circulation des capitaux et droit à l'imposition dont disposent les États membres dans les cas expressément prévus), mais en tenant compte du fait que la première est de portée générale, y compris en considérant que les impôts indirects qui frappent les rassemblements de capitaux donnent naissance à des discriminations, à des doubles impositions et à des disparités qui entravent la libre circulation des capitaux [7]. En revanche, la portée de la seconde est dans ces situations purement résiduelle, mais non réduite à zéro : le législateur lui-même, après avoir affirmé que la meilleure solution pour atteindre les objectifs de la directive 2008/7, à savoir l'harmonisation des législations relatives aux impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux [8], consisterait à supprimer le droit d'apport, prend acte de ce que les pertes de recettes qui résulteraient de l'application immédiate d'une telle mesure apparaissent, en l'état actuel des choses, inacceptables pour les États membres [9].

24. Afin de procéder à cette mise en balance, il est donc nécessaire, d'abord, d'examiner le champ d'application de l'article 5 de la directive 2008/7. L'article 5 de la directive 2008/7 prévoit une interdiction de soumettre à des impôts indirects non seulement des opérations financières sous forme d'émission d'obligations, mais également « toutes les formalités y afférentes ».

25. En l'espèce, il est évident que l'opération financière principale relève de la notion large de « contrats sous forme d'obligations ou autres titres négociables ». La question est de savoir si le contrat de garantie conclu en même temps que le contrat d'emprunt obligataire relève de la notion de « formalité y afférente ».

26. Comme l'a expliqué la Cour, eu égard à l'objectif poursuivi par cette directive, l'article 5 de celle-ci doit faire l'objet d'une interprétation large, afin d'éviter que les interdictions qu'il prévoit ne soient privées d'effet utile. Ainsi, l'interdiction d'une imposition des opérations de rassemblement de capitaux s'applique également aux opérations non expressément visées par cette interdiction lorsqu'une telle imposition revient à taxer une opération faisant partie intégrante d'une opération globale au regard du rassemblement de capitaux [10].

27. Il convient toutefois d'examiner jusqu'à quel point s'étend cette interprétation. La jurisprudence de la Cour fournit des indications en ce sens : d'une part, toute action qu'*une société de capitaux est, en vertu de la législation nationale, obligée* d'entreprendre afin de procéder à la création, à l'émission, à l'admission en Bourse, à la mise en circulation ou à la négociation des titres négociables concernés doit être exonérée d'imposition indirecte, en tant

6 Voir arrêts du 19 octobre 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772, point 27), et du 24 février 2022, Viva Telecom Bulgaria (C-257/20, EU:C:2022:125, point 65).

7 Considérant 2 de la directive 2008/7.

8 Considérant 3 de la directive 2008/7.

9 Considérant 6 de la directive 2008/7.

10 Arrêt du 22 décembre 2022, IM Gestão de Ativos e.a. (C-656/21, EU:C:2022:1024, point 28).

qu'elle relève de la notion de « formalités y afférentes » [11]. D'autre part, doivent être exonérées d'imposition les opérations telles que, par exemple, les services de commercialisation de parts de fonds communs de placement qui, étroitement liées aux opérations d'émission et de mise en circulation de parts, constituent *une démarche commerciale nécessaire* qui, à ce titre, doit être regardée comme étant une opération accessoire, intégrée à l'opération d'émission et de mise en circulation de parts de ces fonds [12].

28. Le contrat de garantie est certainement accessoire à celui de financement et présente un lien étroit avec celui-ci, tant d'un point de vue commercial que juridique. D'un point de vue juridique, bien que doté d'une autonomie propre, le contrat de garantie se rapporte au contrat de financement et a précisément pour fonction de garantir au créancier le remboursement de la créance par le débiteur. La question qui se pose est toutefois de savoir s'il peut être considéré comme imposé par le droit national ou (à défaut) s'il peut être considéré comme une démarche commerciale nécessaire par rapport au contrat de financement.

29. Ma réponse à ces questions est assurément plus complexe et problématique que celle proposée par la partie requérante ou par la Commission européenne. Le contrat de garantie n'est pas normalement imposé par la loi ou par une autre source contraignante en cas d'émission d'obligations. Comme je l'ai dit, il a sa propre autonomie juridique par rapport au contrat de financement, en ce sens que le contrat de financement peut exister juridiquement sans le contrat de garantie. Ensuite, les deux contrats ont des finalités différentes : l'un vise à permettre l'opération financière et industrielle de l'entreprise par la souscription de parts obligataires par un établissement de crédit ; l'autre vise à offrir précisément la garantie pour l'établissement de crédit de récupérer ultérieurement les sommes prêtées. Cela signifie que, à la différence de l'hypothèse analysée par la Cour dans l'arrêt du 22 décembre 2022, IM Gestão de Ativos e.a. (C-656/21, EU:C:2022:1024), les deux opérations n'ont pas la même finalité et l'existence de la seconde ne joue pas de rôle direct par rapport à la réalisation effective de la première. Cela ne peut être vrai que pour le débiteur : le créancier, comme semble l'affirmer la partie requérante dans ses observations, pourrait avoir imposé la constitution de garanties comme condition de l'opération.

30. Le caractère accessoire du contrat de constitution de garanties et le lien entre celui-ci et le contrat de financement n'ont pas, à mon avis, comme conséquence naturelle l'indissociabilité entendue comme une nécessité pour son existence juridique effective : le contrat de financement peut exister et déployer ses effets juridiques, même si un contrat de garantie n'est pas conclu. C'est la volonté des parties qui, par la signature d'un contrat spécifique, est la source constitutive des garanties constituées. Comme l'enseigne l'expérience, la constitution de garanties et leur montant sont mesurés, dans toute forme de financement, à la solvabilité du débiteur. Plus la fiabilité du débiteur ou du projet financier pour lequel le financement est demandé est grande, moins le volume des garanties demandées par le créancier est important.

31. La deuxième question à poser est celle de savoir si la constitution de garanties peut être considérée comme une démarche commerciale nécessaire dans une opération complexe et unique. Sans préjudice de ce qui précède, l'expérience commune enseigne que, dans les opérations normales de financement (prêt hypothécaire, crédit à la consommation, etc.), la constitution d'une garantie est en pratique toujours demandée au débiteur, faute de quoi l'octroi du financement sollicité n'est pas possible. Dans le cas d'opérations financières plus complexes,

[11] Ordonnance du 19 juillet 2023, EDP (Imposition frappant la commercialisation de titres) (C-416/22, EU:C:2023:604, point 28). Mise en italique par mes soins.

[12] Arrêt du 22 décembre 2022, IM Gestão de Ativos e.a. (C-656/21, EU:C:2022:1024, points 31 et 33).

l'expérience est probablement plus diverse. Les réponses à la question de savoir si l'émission d'une obligation est habituellement accompagnée de la constitution de garanties ou si celles-ci doivent être considérées comme exceptionnelles, que la Cour a posée aux parties à l'audience, ont été très variées. Si la partie requérante a affirmé que la constitution de garanties spéciales était très courante, le gouvernement portugais a toutefois indiqué quant à lui que la plupart des obligations ne sont pas couvertes par des garanties, parce que le patrimoine du débiteur est la garantie générale de l'exécution des obligations, en ajoutant que, quand une garantie est constituée, c'est de manière exceptionnelle, parce que les garanties ne sont ni habituelles ni essentielles pour la conclusion d'émissions d'obligations.

32. Je ne suis pas convaincu qu'il suffise, pour faire relever la constitution de garanties de la catégorie des démarches commerciales nécessaires d'une opération complexe et unique, que la constitution de garanties représente par hypothèse la « normalité » en cas de prêts obligataires et, en tout cas, à la lumière des réponses discordantes reçues à l'audience, la juridiction nationale devra vérifier quelle est la situation réelle dans le marché financier portugais.

33. En substance, à mon avis, pour que le contrat de garantie puisse être considéré comme une formalité afférente au contrat de financement, il convient que la juridiction nationale constate l'existence de l'une des conditions non cumulatives suivantes : l'obligation imposée par la loi ou par une autre source qui contraigne l'autonomie privée à constituer des garanties en cas d'émission d'obligations, l'existence de situations de fait permettant de considérer la constitution d'une garantie comme une démarche commerciale nécessaire dans une opération complexe et unique.

34. Un élément caractéristique qui pourrait guider la juridiction nationale dans sa constatation pourrait précisément être le caractère essentiel de la constitution d'une garantie aux fins de la signature du contrat de financement, en ce sens que, en l'absence d'une constitution de garanties, un contrat de financement tel que celui qui fait l'objet du litige au principal ne pourrait pas être signé. De cette manière, même juridiquement autonome, le contrat de garantie pourrait être considéré, par une interprétation extensive tenant compte des objectifs de la directive 2008/7, comme une démarche (ou plutôt, une opération) commerciale nécessaire, pouvant être vue comme une opération accessoire intégrée dans l'opération d'émission et de mise en circulation des obligations.

35. La possibilité que le contrat de garantie puisse être considéré comme une formalité afférente au contrat de financement, aux conditions décrites aux points précédents des présentes conclusions, ne nous dispense pas d'analyser le contenu de l'article 6 de la directive 2008/7 : l'interdiction de soumettre à des impôts indirects des opérations financières telles que l'émission d'obligations ainsi que toutes les opérations si strictement liées à cette dernière que l'on peut considérer qu'il s'agit d'une opération unique et complexe doit, en effet, être considérée comme étant la règle, mais il convient de la lire en combinaison avec l'exception, à savoir la possibilité d'appliquer des impôts indirects dans les cas où, dans le cadre des opérations visées à l'article 5 de la directive 2008/7, c'est-à-dire également de l'émission d'obligations, on se trouve en présence de « la constitution, l'inscription ou la mainlevée des privilèges et des hypothèques ».

36. L'article 6 de la directive 2008/7 vise à préserver le pouvoir d'imposition des États membres dans certains cas spécifiques et exceptionnels dans lesquels, en mettant en balance les différents intérêts en jeu, l'application d'un impôt indirect a été jugée compatible avec la libre circulation des capitaux.

37. À mon avis, cette hypothèse couvre précisément le cas faisant l'objet du litige au principal, dans lequel une opération financière est accompagnée de la constitution de garanties par le débiteur, qui peuvent relever de la notion décrite par le législateur de l'Union.

38. Si la notion d'« hypothèque » est connue et sa signification analogue dans les divers ordres juridiques, s'agissant de la garantie immobilière typique du crédit, la question d'interprétation porte sur le sens à attribuer au terme « privilège » [13] qui n'est pas défini par la réglementation de l'Union et est décliné différemment dans les ordres juridiques des États membres [14].

39. Sans entrer dans des réflexions complexes sur les différents types de garanties existant dans les ordres juridiques des États membres, il convient à mon avis de rechercher une signification qui puisse être univoque pour le droit de l'Union, en considération de sa relation avec la notion d'« hypothèque ».

40. La Commission procède à une analyse (à dire vrai, partiale et sélective) des termes utilisés dans les différentes versions linguistiques afin de conclure que leur sens n'est pas univoque, ce qui imposerait d'utiliser des critères d'interprétation autres que l'interprétation littérale et, partant, l'analyse du contexte et l'interprétation fonctionnelle, c'est-à-dire liée aux objectifs de la directive 2008/7.

41. Je suis d'accord sur cette partie de l'analyse, mais non sur les conclusions qu'en tire la Commission. L'analyse des différentes versions linguistiques n'offre pas à l'interprète une base sûre pour ancrer une conclusion fiable. Les travaux préparatoires ne fournissent pas non plus, comme l'a confirmé la Commission, d'explication convaincante des motifs justifiant l'introduction de la dérogation prévue à l'article 6, paragraphe 1, sous d), de cette directive ni de la signification à donner au terme « privilège ».

42. En examinant les objectifs de la directive 2008/7 et le contexte dans lequel cette disposition s'insère, la Commission conclut en substance qu'il convient de donner à l'expression « privilège » la signification d'une garantie immobilière, analogue à celle prévue dans le cas de l'hypothèque.

43. Conformément à une jurisprudence constante, il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition de droit de l'Union, de tenir compte non seulement des termes de celle-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie [15]. Dans ce cadre, l'interprétation proposée par la Commission ne me convainc pas pour une série de raisons. Tout d'abord, d'un point de vue littéral, il ne me semble pas que la majorité des versions linguistiques examinées milite dans le sens retenu par la Commission. Ensuite, l'analyse du contexte et des objectifs de la directive 2008/7 peut conduire à une conclusion bien différente.

44. En effet, s'il est vrai que la directive 2008/7 vise principalement à mettre en œuvre le principe de libre circulation des capitaux et, partant, à exonérer ceux-ci en principe de l'application d'impôts indirects, elle a également un objectif d'harmonisation qui, dans la mesure où ce n'est pas considéré comme faisant obstacle à l'effet utile de l'interdiction de l'application d'impôts indirects, laisse aux États membres un pouvoir d'imposition résiduel.

[13] Le privilegium était, en droit commun, un avantage accordé par l'administration à un particulier, à un groupe ou à une communauté.

[14] Dans l'ordre juridique italien, par exemple, il s'agit d'un des motifs de préséance, qui constitue une garantie patrimoniale sur certains biens du débiteur au regard de la cause de la créance. Il ne s'agit pas d'un type particulier de garantie, mais d'un effet que la loi attribue dans certains cas à une créance.

[15] Voir arrêt du 7 juin 2005, VEMW e.a. (C-17/03, EU:C:2005:362, point 41).

45. La mise en balance est donc déjà réalisée par le législateur de l'Union par la mise en place d'une règle large et d'exceptions restreintes. Ce serait une erreur méthodologique d'imposer une limitation supplémentaire lors de l'interprétation. Je suis donc d'accord pour adopter une interprétation large de l'article 5 de la directive 2008/7, couvrant également des situations non directement visées, mais qui y sont indissociablement liées.

46. En revanche, j'estime qu'il n'est pas correct, même en adoptant une interprétation restrictive des situations prévues à l'article 6 de la directive 2008/7, en particulier à son paragraphe 1, sous d), de priver complètement de sens l'expression utilisée « des privilèges et des hypothèques » en la considérant en substance comme un hendiadys [16]. Cela reviendrait à dire que l'exception s'applique seulement dans le cas d'une hypothèque ou autre garantie analogue de nature exclusivement immobilière.

47. Je crois en revanche qu'il convient de considérer le sens de cette disposition en évaluant la fonction et les caractéristiques de l'hypothèque dans la constitution de garanties de crédit et ensuite d'attribuer une signification appropriée au terme « privilège ».

48. L'hypothèque est notoirement un type de garantie qui offre au créancier des droits préférentiels particuliers en cas d'inexécution par le débiteur. Cela signifie que, si le débiteur a plusieurs dettes, le créancier bénéficiaire d'une hypothèque recouvrera sa créance par préférence sur le patrimoine du débiteur.

49. Il existe d'autres types de garanties, y compris de nature immobilière, qui donnent au créancier un avantage analogue, à savoir celui de recouvrer sa créance prioritairement en cas d'inexécution par le débiteur.

50. Or, à mon avis, en utilisant l'expression « des privilèges et des hypothèques », la directive 2008/7 *a entendu* regrouper les types de garanties dont la constitution, l'inscription ou la mainlevée a un effet analogue sur les droits du créancier : celui de constituer une garantie appropriée pour attribuer des droits préférentiels spéciaux pour le recouvrement de la créance en cas d'inexécution. Cela indépendamment de leur nature mobilière ou immobilière.

51. Dans ce contexte, le terme « privilèges » devrait certainement inclure les nantissements mobiliers, dans la mesure où ces derniers attribuent, dans l'ordre juridique de l'État membre, des droits préférentiels spéciaux au sens indiqué aux points précédents des présentes conclusions. De même que, le cas échéant, d'autres types de garanties ayant les mêmes effets.

52. Si, par conséquent, au Portugal, comme les observations à l'audience du gouvernement polonais semblent le laisser comprendre, le nantissement est la garantie la plus élevée possible, dont la fonction est comparable à celle de l'hypothèque, on ne voit pas ce qui justifierait d'exclure la possibilité d'appliquer le droit de timbre au contrat de garantie.

53. En l'espèce, il appartiendra à la juridiction de renvoi d'évaluer si les garanties contenues dans le contrat de garantie lié à l'émission d'obligations, bien que n'étant pas de nature hypothécaire ou immobilière, sont aptes à produire les effets décrits et relèvent donc, à la lumière des dispositions du droit national, de la notion de « privilège ».

[16] L'hendiadys, du grec ancien ἓν διὰ δυοῖν (« un en deux »), est une figure de rhétorique qui consiste à utiliser deux mots coordonnés pour exprimer un seul concept.

54. Revenant ici au début de mon raisonnement, je peux tirer une conclusion en réaffirmant que la relation entre l'article 5 et l'article 6 de la directive 2008/7 est centrale pour donner une réponse utile aux questions posées par la juridiction nationale.

55. La lecture du préambule de cette directive et le débat qui existe dans la doctrine sur cette question amènent à souhaiter le dépassement de la possibilité pour les États membres d'appliquer des impôts indirects en cas de conclusion de transactions en capital.

56. Cependant, s'il a été décidé de laisser aux États membres la faculté d'imposer, pour obtenir des recettes fiscales destinées au bien-être général, certaines opérations liées aux transactions en capital, ne serait-ce qu'en tant que dérogation circonscrite, il convient de donner un sens à ce choix du législateur de l'Union qui a évidemment procédé à une mise en balance d'intérêts contradictoires. Or, comme mis en évidence aux points précédents des présentes conclusions, la mise en balance doit s'opérer à deux niveaux : d'une part, entre la libre circulation des capitaux et le pouvoir d'imposition des États et, d'autre part, entre l'effet utile de l'interdiction énoncée à l'article 5 de la directive 2008/7 et l'applicabilité de l'exception prévue à l'article 6 de cette directive.

57. L'interprétation proposée par la requérante à titre principal et dans une large mesure également par la Commission ne permet, à mon avis, une mise en balance appropriée à aucun des deux niveaux. En particulier, elle prive de toute signification et d'utilité résiduelle l'article 6, paragraphe 1, sous d), de ladite directive en créant une situation inique dans laquelle ce ne serait que dans le cas d'un contrat de garantie prévoyant des hypothèques qu'il serait possible d'appliquer des impôts indirects, ce qui crée une différence de traitement entre des garanties ayant les mêmes fonctions et les mêmes effets, différence qui aurait une incidence négative sur l'autonomie contractuelle des parties. En effet, ces dernières seraient fortement dissuadées de choisir des garanties de nature hypothécaire du fait que cela impliquerait une possibilité d'appliquer des impôts indirects, alors que ceux-ci ne seraient pas applicables en cas de garanties mobilières ayant des effets juridiques analogues.

IV. Conclusion

58. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (tribunal arbitral en matière fiscale, centre d'arbitrage administratif – CAAD, Portugal) en ces termes :

1) L'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2008/7/CE du Conseil, du 12 février 2008, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux

   doit être interprété en ce sens que :

   il s'oppose à l'imposition, au titre du droit de timbre, de garanties consistant en des nantissements financiers d'actions, de soldes de comptes bancaires, de prêts d'actionnaires et en la cession de créances à des fins de garantie, fournies dans le cadre d'une opération d'émission d'obligations, à condition que le contrat de garantie puisse être considéré comme une formalité afférente au contrat de financement. Tel est le cas lorsque l'obligation de la constitution de garanties en cas d'émission d'obligations est imposée par la loi ou par une autre source qui contraigne l'autonomie privée ou, autrement, si la juridiction nationale

constate l'existence de situations de fait permettant de considérer la constitution d'une garantie comme une démarche commerciale nécessaire dans une opération complexe et unique.

2) Le fait que la constitution de garanties soit légalement prescrite est une condition pour pouvoir considérer le contrat de garantie conclu dans le cadre d'un contrat de financement comme une formalité afférente à ce dernier et, par conséquent, empêche l'imposition indirecte au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2008/7.

3) Le fait que les garanties aient été fournies dans le cadre d'une opération d'émission d'obligations soumise à souscription privée par une banque, dont la position en tant que souscripteur peut être transférée, selon la volonté de l'entité émettrice, même si ce transfert est soumis à des conditions et à des pénalités/commissions, n'a aucune incidence sur la réponse à la première question préjudicielle.

4) Il convient d'interpréter l'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 2008/7 en ce sens qu'il comprend toutes les garanties [constituées dans le cadre d'une opération d'émission d'obligations relevant du champ d'application de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de cette directive] dont la constitution ou l'inscription a un effet analogue sur les droits du créancier : celui d'attribuer des droits préférentiels spéciaux pour le recouvrement de la créance en cas d'inexécution, et ce indépendamment de leur nature mobilière ou immobilière.