Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
A. BIONDI
представено на 13 февруари 2025 година [1]

Дело C-685/23

Corner and Border S. A.
срещу
Autoridade Tributária e Aduaneira

(Преюдициално запитване, отправено от Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) (Данъчен арбитражен съд (Център за административен арбитраж — CAAD) (Португалия)

„Преюдициално запитване — Косвени данъци върху набирането на капитал — Емитиране на облигации — Договор за обезпечение — Гербов налог — Обхват на понятието „свързана формалност“ — Понятието „привилегия“

I. Нормативен контекст

A. Правото на Съюза

1. Член 5, параграф 2 от Директива 2008/7 [2], озаглавен „Трансакции, които не подлежат на облагане с косвен данък“, гласи следното:

„Държавите членки не облагат с никакъв вид косвен данък: […]

б) заемите, включително държавни облигации, възникнали с емитирането на дългосрочни необезпечени облигации или други прехвърляеми ценни книжа, независимо от кого са емитирани, както и всички свързани с горното формалности, или създаването, емитирането, допускането за котиране на фондова борса, пускането на пазара или търгуването с такива дългосрочни необезпечени облигации или други прехвърляеми ценни книжа“.

[1] Език на оригиналния текст: италиански.

[2] Директива 2008/7/ЕО на Съвета от 12 февруари 2008 година относно косвените данъци върху набирането на капитал (ОВ L 46, 2008 г., стр. 11).

2. Член 6 от същата директива, озаглавен „Данъци и данък добавена стойност“, гласи следното:

„Независимо от член 5 държавите членки могат да налагат следните данъци и такси:

[…]

г) данъци върху учредяването, регистрацията или освобождаването от ипотеки или други налози на земя или друго имущество;

[…]“.

Б. Португалското право

3. Член 1 от Закон № 150/99 от 11 септември 1999 за одобряване на Código do Imposto do Selo (Кодекс за гербовия налог), озаглавен „Кодекс за гербовия налог и приложена тарифа“, гласи следното:

„Кодексът за гербовия налог и приложената към него Обща тарифа се приемат и заменят съответно Правилника за гербовия налог, одобрен с Декрет № 12700 от 20 ноември 1926 г., и Общата тарифа на гербовия налог, одобрена с Декрет № 21916 от 28 ноември 1932 г., и последващите изменения“.

4. Точка 10 от Общата тарифа на гербовите налози (наричана по-нататък „TGIS“) гласи следното:

„10 Обезпечения за задължения, независимо от своето естество или форма, а именно авал, гаранция, самостоятелна банкова гаранция, поръчителство, ипотека, залог и застрахователна полица, освен когато са материално акцесорни към договори, които се облагат по специален ред в настоящата тарифа и са учредени едновременно с обезпеченото задължение, макар и чрез различен инструмент или ценни книжа — за съответната стойност, в зависимост от срока, като удължаването на срока на договора винаги се счита за нова операция:

[…].

10.3 Безсрочни гаранции или гаранции със срок пет или повече години — 0,6 %“.

II. Главното производство и преюдициалните въпроси

5. Corner and Border S. A. (наричано по-нататък „C&B“) е акционерно дружество, учредено съгласно португалското право, чийто капитал е изцяло собственост на ONEX RENEWABLES Sàrl, дружество с ограничена отговорност, регистрирано в Люксембургския търговски и дружествен регистър (наричано по-нататък „ONEX“).

6. На 21 юли 2021 г. ONEX придобива от EDP RENEWABLES, SGPS, S. A., акционерно дружество по португалското право, целия капитал на EÓLICA DO SINCELO, S. A., акционерно дружество по португалското право (наричано по-нататък „ES“), и на EÓLICA DA LINHA, S. A., акционерно дружество по португалското право (наричано по-нататък „EL“).

7. На 29 юли 2021 г. ONEX прехвърля на C&B договорното си положение по договора за покупко-продажба на акциите на ES и EL.

8. На 27 януари 2022 г. C&B сключва договор за финансиране с наименование Facilities Agreement, съгласно който емитира облигационен заем чрез емитиране на поименни безналични облигации на номинална стойност 100 000 евро на ценна книга, като общият размер на емисията е 348 900 000 евро, разделен на две категории облигации (класове „A“ и „B“), записани изцяло от BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. (наричана по-нататък „BST“).

9. Facilities Agreement е сключено с цел финансиране на плащането на покупко-продажната цена на акциите на ES и EL, както и за рефинансиране на съществуващия дълг на тези дружества.

10. За да се гарантира изпълнението на всички задължения и отговорности, възникнали по силата на Facilities Agreement, са учредени различни вещни и/или лични обезпечения от ONEX, C&B, както и от ES и EL с договор с наименование Security Agreement (договор за предоставяне на обезпечения), сключен между посочените дружества в качеството им на гаранти и BST в качеството му на бенефициер и агент по обезпеченията.

11. Съгласно Security Agreement ONEX предоставя редица гаранции и обещания за гаранции [3], като същото правят C&B [4], ES и EL [5].

12. Сключването на Security Agreement и предоставянето на посочените по-горе гаранции са необходими и съществени условия за сключването на Facilities Agreement и за последващото емитиране на облигационния заем.

13. На 27 януари 2022 г. нотариусът, съставил Facilities Agreement и Security Agreement, начислява гербов налог в съответствие с правило 10.3 от TGIS чрез прилагане на ставка от 0,6 % върху сумата от 348 900 000 евро, в резултат на което е начислен данък в размер на 2 093 400 евро.

[3] Първи по ред финансов залог върху акциите на C&B и свързаните с тях права; обещание за финансов залог върху нови акции, които ще бъдат емитирани от C&B, и свързаните с тях права; първи по ред финансов залог от което и да било настоящо вземане, чийто титуляр е ONEX в качеството си на дружество майка по отношение на C&B, и обещание за финансов залог върху бъдещи вземания на акционерите, на които ONEX стане титуляр.

[4] Първи по ред финансов залог върху акциите на ES и EL и свързаните с тях права; обещание за финансов залог върху нови акции, които ще бъдат емитирани от ES и EL, и свързаните с тях права; първи по ред финансов залог върху всички настоящи вземания на акционерите, на които C&B е титуляр в качеството си на дружество майка по отношение на ES и EL; обещание за финансов залог върху бъдещи вземания на акционерите, на които C&B стане титуляр; първи по ред финансов залог върху всички вземания, на които C&B е титуляр; прехвърляне на вземания с цел обезпечения на вземанията, на които C&B стане титуляр; първи по ред финансов залог върху салдото на банковите сметки, на които C&B е било титуляр към датата на сключване на Security Agreement, и обещание за първи по ред финансов залог върху салдото на нови банкови сметки, на които C&B стане титуляр след сключването на Security Agreement.

[5] Първи по ред финансов залог върху салдото на банковите сметки, на които дружествата са били титуляри към датата на сключване на Security Agreement; обещание за първи по ред финансов залог върху салдото на нови банкови сметки, на които дружествата станат титуляри след сключването на Security Agreement; първи по ред залог върху всички вземания, на които дружествата станат титуляри, и прехвърляне на вземания с цел обезпечения на вземанията, на които дружествата станат титуляри.

14. C&B заплаща сумата чрез задължаване на банковата си сметка със сумата от 2 093 400 евро.

15. На 3 август 2022 г. C&B подава жалба по административен ред срещу акта за установяване на задължение за гербов налог.

16. Към 3 декември 2022 г. е налице презумпция за мълчалив отказ на жалбата, подадена по административен ред, предвид липсата на решение от страна на данъчната и митническата администрация в това отношение.

17. На 2 март 2023 г. C&B подава настоящото искане за образуване на арбитражно производство.

18. При тези обстоятелства Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) (Данъчен арбитражен съд (Център за административен арбитраж — CAAD) спира производството и поставя на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли член 5, параграф 2, буква б) от Директива 2008/7/ЕО на Съвета от 12 февруари 2008 г. да се тълкува в смисъл, че не допуска облагане с гербов налог на обезпечения, учредени под формата на финансови залози на акции, на салда по банкови сметки, вземания на акционери и на прехвърляне на вземания с цел обезпечение, предоставени във връзка с операция по емитиране на облигации?

2) Различава ли се отговорът на първия въпрос в зависимост от това дали предоставянето на гаранции е задължително по закон или факултативно и доброволно договорено?

3) Различава ли се отговорът на първия въпрос, ако обезпеченията са предоставени във връзка с операция по емитиране на облигации чрез частна подписка от страна на банка, чието положение на записал акции вносител може да бъде прехвърлено по волята на емитента, дори когато е обвързано с условия и подлежи на неустойки/комисиони?

4) Трябва ли член 6, параграф 1, буква г) от Директива 2008/7/ЕО на Съвета от 12 февруари 2008 г. да се тълкува в смисъл, че обхваща обезпечения, учредени под формата на финансови залози на акции, на салда по банкови сметки, вземания на акционери и на прехвърляне на вземания с цел обезпечение, предоставени във връзка с операция по емитиране на облигации, попадаща в приложното поле на член 5, параграф 2, буква б) от същата директива?“.

III. Правен анализ

19. С четирите си въпроса запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 5, параграф 2, буква б) и член 6, параграф 1, буква г) от Директива 2008/7 трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба, която предвижда облагането с гербов налог на обезпеченията, предоставени под формата на финансов залог на акции, салда по банкови сметки и заеми от акционери, както и под формата на прехвърляне на вземания, с цел точно изпълнение на задълженията, произтичащи от облигационен заем, емитиран от капиталово дружество.

20. Правният ми анализ ще започне именно с разглеждането на връзката между двете разпоредби на правото на Съюза, която според мен е от основно значение, за да се даде полезен отговор на поставените от запитващата юрисдикция въпроси. По-нататък ще очертая принципно моето предложение за тълкуване и ще завърша разсъжденията си след анализ на двете разпоредби.

21. Член 5 установява принципа на необлагане с косвени данъци на заемите и договорите, възникнали с емитирането на дългосрочни необезпечени облигации или други прехвърляеми ценни книжа, както и всички свързани с горното формалности. Както Съдът многократно е постановявал, Директива 2008/7 хармонизира *изчерпателно* случаите, в които държавите членки могат да налагат косвени данъци върху набирането на капитал [6]. От друга страна, член 6 изрично дерогира от разпоредбите на член 5 и позволява на държавите членки да налагат данъци единствено „върху учредяването, регистрацията или освобождаването от ипотеки или [привилегии]“

22. Връзката между двете разпоредби очевидно е като правило — изключение: първата диктува общо правило, а втората се прилага чрез дерогация от първата само когато са изпълнени предвидените в нея условия.

23. Следователно тълкувателят трябва да претегли двата принципа, посочени в двете разпоредби (свободно движение на капитали и право на данъчно облагане на държавите членки в изрично предвидените случаи), като обаче вземе предвид, че първият принцип има общ обхват, като се има предвид и фактът, че косвените данъци върху набирането на капитал пораждат дискриминация, двойно данъчно облагане и несъответствия, които са в противоречие именно със свободното движение на капитали [7]. От друга страна, вторият принцип има само остатъчен, но не и нулев обхват: самият законодател на Съюза, след като посочва, че най-доброто разрешение за постигане на целите на Директива 2008/7, а именно хармонизирането на законодателствата в областта на косвените данъци върху набирането на капитал [8], би било премахването на данъка върху вноските в капитала, отбелязва, че загубата на приходи, която би произтекла от незабавното прилагане на подобна мярка, понастоящем се оказва неприемлива за държавите членки [9].

24. За да се извърши това претегляне, е необходимо, на първо място, да се разгледа приложното поле на член 5. Член 5 предвижда забрана за облагане с косвени данъци не само на финансовите операции под формата на емитиране на облигации, но и на всички „свързани с горното формалности“.

25. В настоящия случай е очевидно, че основната финансова операция попада в обхвата на широкото понятие „възникнали с емитирането на дългосрочни необезпечени облигации или други прехвърляеми ценни книжа“. Въпросът е дали договорът за обезпечение, сключен заедно с договора за облигационен заем, попада в обхвата на понятието „свързани с горното формалности“.

[6] Вж. решения от 19 октомври 2017 г., Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772, т. 27), и от 24 февруари 2022 г., Вива Телеком България (C-257/20, EU:C:2022:125, т. 65).

[7] Съображение 2 от Директива 2008/7.

[8] Съгласно съображение 3 от Директива 2008/7.

[9] Съображение 6 от Директива 2008/7.

26. Както Съдът е уточнил, с оглед на преследваната от тази директива цел, член 5 от нея трябва да се тълкува широко, за да не се допусне лишаване от полезно действие на предвидените в него забрани. Така забраната да се облагат с данък трансакциите по набиране на капитал, се прилага и към трансакциите, които изрично не са посочени в тази забрана, при положение че подобно облагане се приравнява на облагане на трансакция, която е неделима част от съвкупна трансакция с оглед на набирането на капитал [10].

27. Необходимо е обаче да се прецени докъде стига това разширяване на тълкуването. Практиката на Съда предоставя насока в този смисъл: от една страна, всички действия, които *капиталово дружество е длъжно по силата на националното право* да предприеме, за да създаде, емитира, допусне за котиране на фондова борса, пусне на пазара или търгува с такива прехвърляеми ценни книжа, не трябва да бъдат облагани с косвен данък, тъй като са в обхвата на понятието „свързана формалност“ [11]. От друга страна, трябва да бъдат освободени от облагане онези операции, като например услугите по предлагане на дялове във взаимни фондове, които, бидейки тясно свързани с трансакциите по емитиране и пускане на пазара на дружествени дялове, представляват *необходим търговски подход* и поради това трябва да се разглеждат като акцесорна трансакция, която е част от трансакцията по емитиране и пускане на пазара на дялове от посочените фондове [12].

28. Договорът за обезпечение несъмнено е акцесорен спрямо договора за финансиране и е тясно свързан с него както от търговска, така и от правна гледна точка. От правна гледна точка, макар да се ползва със собствена самостоятелност, договорът за обезпечение е свързан с договора за финансиране и неговата функция е именно да гарантира на кредитора връщането на кредита от длъжника. Възниква обаче въпросът дали той може да се счита за наложен от националното право, или (алтернативно) може да се счита за необходим търговски подход във връзка с договора за финансиране.

29. Отговорът ми на тези въпроси е много по-подробен и сложен в сравнение с предложения от жалбоподателя или от Комисията. Договорът за обезпечение обикновено не е наложен от закона или от друга задължителна разпоредба в случай на емитиране на облигации. Както бе посочено, той има правна самостоятелност по отношение на договора за финансиране, в смисъл че договорът за финансиране може да съществува юридически без договора за обезпечение. Освен това целите на двата договора са различни: единият има за цел да позволи финансовата и индустриална операция на предприятието чрез записване на облигационни дялове от кредитна институция; другият — да предостави именно гаранция на кредитната институция, че тя ще получи обратно дадените като заем суми. Това означава, че за разлика от случая, разгледан от Съда в посоченото по-горе решение по дело C-656/21, двете операции нямат една и съща цел и извършването на втората няма пряко действие по отношение на конкретното осъществяване на първата операция. Това може да е вярно само от гледна точка на длъжника: както, изглежда, твърди жалбоподателят по делото, кредиторът би могъл да е поставил като условие за операцията предоставянето на обезпечение.

30. Според мен акцесорният характер и връзката на договора за предоставяне на обезпечение с договора за финансиране нямат като естествена последица неделимостта, разбирана като необходимост за конкретното правно съществуване: договорът за

[10] Решение от 22 декември 2022 г., IM Gestão de Ativos и др. (C-656/21, EU:C:2022:1024, т. 28).

[11] Определение от 19 юли 2023 г., EDP (Облагане на предлагането на ценни книжа на пазара) (C-416/22, непубликувано, EU:C:2023:604, т. 28). Курсивът е мой.

[12] Решение от 22 декември 2022 г., IM Gestão de Ativos и др. (C-656/21, EU:C:2022:1024, т. 31 и 33).

финансиране може да съществува и да поражда правните си последици дори без да е подписан договор за обезпечение. Именно волята на страните, изразена посредством конкретен договор, е източникът на предоставените обезпечения. Предоставянето на обезпечения и техният обем, както показва опитът, са съизмерими, под каквато и да е форма на финансиране, с кредитоспособността на длъжника. Колкото по-голяма е надеждността на длъжника или на финансовия проект, за който се иска финансиране, толкова по-малко е количеството на обезпеченията, поискани от кредитора.

31. Вторият въпрос, който възниква, е дали предоставянето на обезпечения може да се разглежда като необходим търговски подход за сложна и единна операция. Без да се засяга изложеното по-горе, общият опит показва, че при обикновените операции по финансиране (заеми, потребителски кредити и др.) предоставянето на обезпечение на практика винаги се изисква от длъжника, като в противен случай не е възможно да се предостави исканото финансиране. Опитът при по-сложни финансови операции вероятно е по-разнообразен. На въпроса, зададен от Съда на страните в съдебното заседание, дали емитирането на облигация обикновено се съпътства от предоставянето на обезпечения, или последното трябва да се счита за изключение, отговорите са много различни. Жалбоподателят твърди, че предоставянето на специални обезпечения е широко разпространено, докато Португалската република твърди, че по-голямата част от облигациите не са обезпечени, тъй като имуществото на длъжника представлява общо обезпечение за изпълнението на облигациите. Освен това, когато се предоставяло обезпечение, то било по изключение, тъй като обезпеченията не били нито обичайни, нито от съществено значение за емитирането на облигации.

32. Не съм убеден, че фактът, че предоставянето на обезпечения хипотетично представлява „нормалност“ в случай на облигационни заеми, е достатъчен, за да включи предоставянето на обезпечения в категорията на необходимите търговски подходи за извършването на сложна и единна операция, и във всеки случай, с оглед на получените в съдебното заседание разнопосочни отговори, националната юрисдикция следва да провери какво е действителното положение на португалския финансов пазар.

33. Според мен по същество, за да може договорът за обезпечение да се счита за формалност, свързана с договора за финансиране, националният съд трябва да установи наличието на едно от следните алтернативни условия: задължение, наложено от закона или от друга разпоредба, което обвързва частната самостоятелност с предоставянето на обезпечения в случай на емитиране на облигации; фактически положения, при които предоставянето на обезпечения може да се разглежда като необходим търговски подход в сложна и единна операция.

34. Показателен елемент, от който националната юрисдикция може да се ръководи при преценката си, може да бъде именно съществения характер на предоставянето на обезпечение за целите на сключването на договора за финансиране, в смисъл че без предоставянето на обезпечения договор за финансиране като разглеждания в главното производство не може да бъде подписан. По този начин, въпреки правната си самостоятелност, договорът за обезпечение може чрез широко тълкуване, отчитащо целите на Директивата, да се приеме за необходим търговски подход (rectius операция), който може да се разглежда като акцесорна операция, включена в операцията по емитиране и пускане в обращение на облигации.

35. Възможността при описаните по-горе условия договорът за обезпечение да се счита за формалност, свързана с договора за финансиране, не ни освобождава от задължението да се анализира съдържанието на член 6: забраната за облагане с косвени данъци на финансови операции като емитирането на облигации, както и на всички операции, които са толкова тясно свързани с него, че могат да се считат за една-единствена и сложна операция, всъщност трябва да се разглежда като правило, но трябва да се разглежда във връзка с изключението, а именно възможността за облагане с косвени данъци в случаите, когато в рамките на операциите, посочени в член 5, и следователно и при емитирането на облигации, е налице „учредяване, регистрация или освобождаване от ипотеки или [привилегии]“.

36. Член 6 има за цел да запази правомощията за данъчно облагане на държавите членки в някои специфични и изключителни случаи, в които при претеглянето на различните засегнати интереси облагането с косвен данък се счита за съвместимо със свободното движение на капитали.

37. Според мен тази хипотеза обхваща именно случая, който е предмет на спора в главното производство, а именно случая, в който финансовата операция е придружена от предоставянето на обезпечения от длъжника, които могат да попаднат в обхвата на описаното от законодателя на Съюза понятие.

38. Макар понятието „ипотека“ да е известно и значението му да е сходно в различните правни системи, тъй като става въпрос за типичното обезпечение за недвижим имот, учредено за защита на кредита, въпросът за тълкуване възниква от значението, което следва да се придаде на термина „привилегия“[13], чието определение липсва в законодателството на Съюза и е отразено различно в правните системи на държавите членки[14].

39. Без да навлизам в сложни разсъждения относно различните видове обезпечения, съществуващи в правните системи на държавите членки, според мен е необходимо да се търси значение, което да е еднозначно за правото на Съюза с оглед на връзката му с понятието „ипотека“.

40. Комисията прави анализ (макар и частичен и селективен) на термините, използвани в текстовете на различните езици, като стига до заключението, че липсва еднозначност на значението: това изисква използването на други тълкувателни критерии освен буквалния, а следователно анализ на контекста и функционален анализ, т.е. свързан с целите на Директивата.

41. Съгласен съм с тази част от анализа, но не и със заключението на Комисията. Анализът на текстовете на различните езици не предоставя на тълкувателя сигурна основа, от която да произтече надеждно заключение. Подготвителната работа, както самата Комисия потвърждава, не дава убедителни обяснения нито относно основанията за въвеждане на дерогацията, предвидена в член 6, параграф 1, буква г), нито относно значението, което следва да се даде на термина „привилегия“.

[13] В общото право Privilegium е било предимство, предоставено от властта на физическо лице, група или общност.

[14] В италианската правна система например е едно от основанията за упражняване на привилегировано право, което представлява имуществено обезпечение върху определено имущество на длъжника във връзка с основанието на вземането. Това не е особен вид гаранция, а ефект, който законът в някои случаи придава на дадено вземане.

42. В рамките на анализа на целите на Директивата и контекста, в който разпоредбата се вписва, Комисията по същество стига до заключението, че значението, което трябва да се даде на израза „привилегия“, е обезпечение с недвижимо имущество, аналогично на предвиденото в случай на ипотека.

43. Съгласно постоянната съдебна практика, при тълкуването на разпоредба от правото на Съюза следва да се вземат предвид не само нейният текст, но и контекстът ѝ и целите на правната уредба, от която тя е част [15]. Според мен в този контекст предложеното от Комисията тълкуване не е убедително по редица причини: най-напред, в буквален аспект не ми се струва, че текстовете на повечето от разглежданите езици подкрепят възприетото от Комисията значение. На второ място, анализът на контекста и целите на Директивата може да доведе до съвсем различно заключение.

44. Всъщност, макар да е вярно, че основната цел на Директивата е прилагането на принципа на свободно движение на капитали и следователно освобождаването им по принцип от облагане с косвени данъци, тя преследва и цел за хармонизиране, която, доколкото това не се счита за пречка за полезния ефект от забраната на косвените данъци, оставя на държавите членки остатъчно правомощие за данъчно облагане.

45. Следователно претеглянето вече е приложено от законодателя на Съюза чрез въвеждането на широкото правило и на ограничените изключения. Налагането на допълнително ограничение в момента на тълкуването би било методологична грешка. Поради това съм съгласен с разширителното тълкуване на разпоредбата на член 5, което включва и положения, които не са пряко обхванати от нея, но са неразривно свързани с нея.

46. Не мисля обаче, че дори да се възприеме ограничително тълкуване на положенията, посочени в член 6, и по-специално в параграф 1, буква г), е правилно изразът „ипотеки или [привилегии]“ да бъде напълно лишен от значение, като се счита по същество за „хендиада“ [16]. Все едно да се твърди, че изключението се прилага само в случай на ипотеки или подобни обезпечения единствено с недвижимо имущество.

47. Считам обаче, че е необходимо да се разгледа значението на разпоредбата, като се прецени какви могат да бъдат функцията и особеността на ипотеката при предоставянето на обезпечения за вземането, и след това да се придаде подходящо значение на термина „привилегия“.

48. Известно е, че ипотеката е вид обезпечение, което предоставя на кредитора специални преференциални права в случай на неизпълнение от страна на длъжника. Това означава, че в случай на множество задължения от страна на длъжника вземането на кредитора, в полза на когото е учредена ипотека, ще бъде удовлетворено с предимство от имуществото на длъжника.

49. Съществуват и други видове обезпечения, включително с движимо имущество, които предоставят на кредитора подобно предимство, а именно да бъде удовлетворен с предимство в случай на неизпълнение от страна на длъжника.

[15] Вж. решение от 7 юни 2005 г., VEMW и др. (C-17/03, EU:C:2005:362, т. 41).

[16] От старогръцки „ἓν διὰ δυοῖν“ („едно чрез две“) е реторична фигура, която представлява използване на две координирани думи, за да се изрази една-единствена концепция.

50. Според мен обаче, като използва израза „ипотеки или [привилегии]“, Директивата *има за цел* да обедини видовете обезпечения, чието учредяване, регистрация или освобождаване има сходен ефект върху правата на кредитора: учредяването на обезпечения, които могат да предоставят специални преференциални права при удовлетворяване на вземането в случай на неизпълнение, независимо дали са с движимо, или недвижимо имущество.

51. Следователно изразът „привилегии“ трябва със сигурност да включва залозите върху движими вещи, доколкото в правната система на държавата членка те предоставят специални преференциални права в посочения по-горе смисъл. А също така евентуално други видове обезпечения със същия ефект.

52. Следователно, ако в Португалия, както, изглежда, се разбира в становището на португалското правителство, представено в съдебното заседание, залогът е максималното възможно обезпечение, сравнимо във функционално отношение с ипотеката, не е ясно по какви причини трябва да се изключи възможността за облагане с гербов налог на договора за обезпечение.

53. В настоящия случай националният съд ще трябва да прецени дали обезпеченията, съдържащи се в договора за обезпечение, свързан с емитирането на облигации, въпреки че не са ипотеки или обезпечения с недвижимо имущество, могат да породят описания ефект и следователно с оглед на разпоредбите на националното право да попадат в обхвата на понятието „привилегия“.

54. Връщайки се на този етап към началото на разсъжденията си, мога да направя някои изводи, като подчертая основното значение на връзката между член 5 и член 6 от Директива 2008/7, за да дам полезен отговор на поставените от националната юрисдикция въпроси.

55. В текста на съображенията на Директивата и в доктриналния дебат по този въпрос е налице стремеж към преодоляване на възможността държавите членки да налагат косвени данъци в положения, в които се извършват капиталови операции.

56. Ако обаче е било решено да се остави възможността държавите членки, поради съображения за данъчни приходи, предназначени за общото благосъстояние, да облагат някои трансакции, свързани с капиталовите операции, макар и като ограничена дерогация, е необходимо да се даде смисъл на този избор на законодателя на Съюза, който очевидно е претеглил противоречивите интереси. А претеглянето, което трябва да се направи, както е посочено по-горе, е на две равнища: между свободното движение на капитали и данъчните правомощия на държавите и между полезния ефект на забраната по член 5 и приложимостта на изключението по член 6.

57. Според мен тълкуването, предложено от жалбоподателя в главното производство и до голяма степен и от Комисията, не позволява подходящо претегляне на нито едно от двете равнища. По-специално, то лишава член 6, параграф 1, буква г) от всякакво значение и полезност, като създава неравностойното положение, че единствено в случай на договор за обезпечение, в който са предвидени ипотеки, е възможно да се налагат косвени данъци, което води до разлика в третирането на обезпеченията с еднакви функции и ефекти, което би оказало отрицателно въздействие върху договорната автономия на страните. Всъщност

те биха били силно разколебавани да избират обезпечения с ипотеки, тъй като това би довело до възможност за облагане с косвени данъци, които не се налагат в случай на обезпечения с движими вещи с подобни правни ефекти.

IV. Заключение

58. Въз основа на всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) (Данъчен арбитражен съд (Център за административен арбитраж — CAAD, Португалия) преюдициални въпроси по следния начин:

„1) Член 5, параграф 2, буква б) от Директива 2008/7/ЕО на Съвета от 12 февруари 2008 година трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска облагане с гербов налог на обезпечения, учредени под формата на финансови залози на акции, на салда по банкови сметки, на вземания на акционери и на прехвърляне на вземания с цел обезпечение, предоставени във връзка с операция по емитиране на облигации, при условие че договорът за обезпечение може да бъде приет за формалност, свързана с договора за финансиране. Това е налице, когато задължението за предоставяне на обезпечение в случай на емитиране на облигации е наложено от закона или от друга разпоредба, която обвързва частната самостоятелност, или, алтернативно, когато националната юрисдикция установи наличието на фактически положения, при които предоставянето на обезпечение може да се разглежда като необходим търговски подход в сложна и единна операция.

2) Предоставянето на наложени от закона обезпечения е условие договорът за обезпечение, сключен по повод на договор за финансиране, да се счита за формалност, свързана с него, и следователно не допуска облагането с косвен данък по смисъла на член 5, параграф 2, буква г) от Директива 2008/7/ЕО на Съвета от 12 февруари 2008 г.

3) Обстоятелството, че обезпеченията са предоставени във връзка с операция по емитиране на облигации чрез частна подписка от страна на банка, чието положение на записал акции вносител може да бъде прехвърлено по волята на емитента, дори когато е обвързано с условия и подлежи на неустойки/комисиони, не оказва влияние върху отговора на първия въпрос.

4) Член 6, параграф 1, буква г) от Директива 2008/7/ЕО на Съвета от 12 февруари 2008 година трябва да се тълкува в смисъл, че обхваща всички обезпечения (предоставени във връзка с операция по емитиране на облигации, попадаща в обхвата на член 5, параграф 2, буква б) от посочената директива), чието учредяване или регистрация има подобен ефект върху правата на кредитора: а именно предоставяне на специални преференциални права за удовлетворяване на вземането в случай на неизпълнение, независимо дали са с движимо, или недвижимо имущество“.