ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н N. JÄÄSKINEN

представено на 16 декември 2010 година [1]

1. Предмет на преюдициалното запитване е класификацията за целите на ДДС на услугите по издаване на гаранции за записване при първично предлагане на акции.

2. По принцип под услуги по издаване на гаранции за записване при първично предлагане на акции се разбират положения, в които един купувач се задължава, срещу заплащане на възнаграждение, да закупи или да запише (при първично предлагане на акции) акциите, които не могат да бъдат продадени или записани на пазара. Следователно целта на такива услуги е да се гарантира, че емисията акции ще бъде или напълно записана, или че всички предлагани акции ще бъдат закупени и че емитентът ще набере определен капитал.

3. В настоящия случай услугите по издаване на гаранции за записване при първично предлагане са потърсени с цел да се осигури пълно поемане на емисиите акции на няколко акционерни дружества. Купувачът Skandinaviska Enskilda Banken (наричан по-нататък „SEB“) поема задължението да придобие срещу определена комисиона акции, незаписани в срока, в който е следвало да приключи записването.

4. Основният въпрос е дали тази гаранция за записване при първично предлагане следва да се класифицира по член 13, Б от Шеста директива ДДС [2] и ако отговорът е положителен — по коя от неговите разпоредби. Особено относими са три разпоредби на член 13, Б от тази директива: застрахователни сделки в член 13, Б, буква а), отпускане на кредит и кредитни гаранции в член 13, Б, буква г), точки 1 и 2 и сделки с акции и други ценни книжа в член 13, Б, буква г), точка 5.

5. Класифицирането на услугите по издаване на гаранции за записване при

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — Шеста директива 77/388/ЕИО на Съвета от 17 май 1977 година относно хармонизиране на законодателствата на държавите членки относно данъците върху оборота — обща система на данъка върху добавената стойност: единна данъчна основа (наричана по-нататък „Шеста директива ДДС“) (ОВ L 145, 1977 г., стр. 1). Член 13, Б от Шеста директива ДДС понастоящем съответства на член 135, параграф 1 от Директива 2006/112/ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност (ОВ L 347, 2006 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 3, стр. 7) (наричана по-нататък „Директивата за ДДС“), която заменя Шеста директива ДДС, считано от 1 януари 2007 г. (вж. таблицата на съответствието в приложение XII към Директивата за ДДС). Целта на Директивата за ДДС е да представи приложимите разпоредби по ясен и рационален начин, съответстващ на принципа за по-добро регулиране (съображение 3 от директивата).

първично предлагане на акции създава известно затруднение с това, че динамичната по същество икономическа реалност на услугите, свързани с корпоративните финанси и предлагани на финансовите пазари, трудно се вмества в статичните, предварително определени разпоредби на законодателството.

I — Правна уредба

Шеста директива ДДС

6. Член 2, параграф 1 от Шеста директива ДДС се отнася до нейния обхват. Той гласи, че с ДДС се облага „доставката на стоки или услуги, извършена възмездно на територията на страната от данъчнозадължено лице, действащо в това си качество“. [неофициален превод]

7. Член 13, Б засяга случаите на освобождаване от ДДС. Доколкото е относимо към целите на настоящия случай, този член гласи, че от ДДС се освобождават:

„а) застрахователните и презастрахователните сделки, включително свързаните с тях услуги, извършвани от застрахователни брокери и агенти;

[…]

г) 1. отпускането и договарянето на кредит, както и управлението на кредита от страна на лицето, което го отпуска;

2. договарянето или всякакви операции с кредитни гаранции или други обезпечения на парични средства и управлението на кредитни гаранции от лицето, което е отпуснало кредита;

[…]

5. сделките, включително договаряне, с изключение на управление и отговорно пазене, с акции и дялове на дружества и сдружения, необезпечени облигации и други ценни книжа с изключение на:

— документи, установяващи права на собственост върху стоки;

— правата или ценните книжа, посочени в член 5, параграф 3[3].“

3 — Член 5 от Шеста директива ДДС засяга права на разпореждане с материално имущество като собственик, а член 5, параграф 3 посочва какво следва да се смята за материално имущество, включително акции или дружествени дялове, приравнени на акции, които дават на притежателя юридически или фактически права на собственост или владение върху недвижим имот или част от него.

Национална правна уредба

8. Съгласно глава 1, член 1 от Mervärdesskattelagen (Закон за данъка върху добавената стойност) (1994:200) (наричан по-нататък „ML“) ДДС се заплаща на държавата върху извършени на територията ѝ доставки на стоки или услуги, които са облагаеми с данък и се предоставят като част от професионална дейност. Целта на тази разпоредба е да транспонира член 2, параграф 1 от Шеста директива ДДС и член 2, параграф 1 от Директивата за ДДС.

9. Съгласно глава 3, член 9 от ML доставките на банкови и финансови услуги и сделките с ценни книжа са освободени от облагане с данък. Сделки с ценни книжа означава продажби на акции, други участия или вземания и др. Съгласно член 10 доставките на застрахователни и презастрахователни услуги не подлежат на облагане с данък. Предназначението на тези разпоредби е по-специално да транспонират член 13, Б, буква а) и буква г), точки 1, 2 и 5 от Шеста директива ДДС и член 135, параграф 1, букви а)—в) и е) от Директивата за ДДС.

II — Фактите и преюдициалните въпроси

10. Делото се отнася до регистрирана по ДДС група с наименование „SEB AB Momsgrupp“ (наричана по-нататък „SEB Momsgrupp“), в която водеща е банка, а именно SEB. Към момента на настъпване на фактите по главното производство SEB и едно друго дружество от SEB Momsgrupp предоставят услуги на акционерни дружества, на които предстои да емитират нови акции. Извършваната от SEB услуга се състои в предоставяне на гаранции за записване при първичното предлагане.

11. SEB Momsgrupp възприема становище, че услугите по издаване на гаранции за записване при първично предлагане са освободени от облагане с данък, поради което не начислява и не осчетоводява ДДС върху тях. Впоследствие Skatteverket (шведската данъчна администрация) извършва ревизия на групата и налага допълнителен ДДС върху извършени доставки за въпросния период. SEB Momsgrupp обжалва това решение, като жалбата не е уважена нито от Länsrätten i Stockholms län (Стокхолмския окръжен административен съд), нито от Kammarrätten i Stockholm (Стокхолмския апелативен административен съд).

12. Спорът пред Regeringsrätten се отнася преди всичко до това дали гаранциите за записване при първични предлагания могат да бъдат освобождавани от облагане с данък. Според този съд такива гаранции могат да се предоставят или

самостоятелно, или заедно с услуги, свързани с емитирането на акции.

13. Предвид тези обстоятелства Regeringsrätten отправя към Съда на Европейския съюз преюдициално запитване по следния въпрос:

„Следва ли член 13, Б от Шеста директива ДДС (член 135, параграф 1 от [Директивата за ДДС]) да се тълкува в смисъл, че предвидените в него случаи на освобождаване от данък включват и услуги (записване при първично предлагане на акции), при които кредитна институция предоставя възмездно на дружество, на което предстои да емитира акции, гаранция, съгласно която кредитната институция поема задължение да придобие всички акции, които не са записани в срока за записване?“

III — Анализ

A — *Естество на услугата по издаване на гаранция за записване при първично предлагане*

14. Услугите по издаване на гаранции за записване при първично предлагане се класифицират като финансови услуги от различни разпоредби на ЕС. Директива 2004/39/ЕО относно пазарите на финансови инструменти например определя поемането на емисии като инвестиционна услуга за целите на тази директива [4]. Нещо повече, Директива 2006/49 изисква кредитните институции да имат определен капитал за поетите от тях рискове, свързани с поемането на емисии [5]. Класификацията на определена дейност като финансова услуга съгласно законодателството за вътрешния пазар обаче сама по себе си не определя третирането на съответните сделки от гледна точка на ДДС.

15. В хода на съдебното заседание възникна известен спор относно естеството на услугата по издаване на гаранции за записване при първични предлагания и за това дали тя следва да се третира като част от

4 — Приложение I, раздел A, точка 6 от Директива 2004/39/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21 април 2004 година относно пазарите на финансови инструменти, за изменение на директиви 85/611/ЕИО и 93/6/ЕИО на Съвета и Директива 2000/12/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и за отмяна на Директива 93/22/ЕИО на Съвета (ОВ L 145, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 247) (наричана по-нататък „Директива 2004/39“). Забелязва се, че текстовете на различните езици на тази директива използват изрази, които имат смисъл, малко по-различен от „underwriting“ на английски език. Езиковите проблеми в тази област на правото се изтъкват в Първия доклад, съгласно който, „тъй като директивите на Съвета имат еднаква сила на различните езици на държавите членки, които са техни адресати, те непременно трябва да избягват, доколкото това е възможно, използването на правни понятия или изрази, чието съдържание е различно в различните страни. За съжаление това правило невинаги се спазва; а и би съществувала опасност абсолютното му спазване да доведе до използването на малко разбираем език, което също така може да доведе до различни тълкувания“ (вж. Първия доклад на Комисията до Съвета за прилагането на обща система на данъка върху добавената стойност, представен съгласно член 34 от Шеста директива на Съвета (77/388/ЕИО) от 17 май 1977 година (COM(83) 426 окончателен).

5 — Приложение I, параграф 41, озаглавено „Поемане на емисия“, от Директива 2006/49/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 14 юни 2006 година относно капиталовата адекватност на инвестиционните посредници и кредитните институции (преработена) (ОВ L 177, 2006 г., стр. 201; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 9, стр. 203) (наричана по-нататък „Директива 2006/49“).

общото емитиране на акции или допълнение към него (и вследствие на това да се третира по същия начин за данъчни цели) или като самостоятелна услуга.

16. Стана ясно, че обхватът на услугите по записване при първично предлагане се разбира по различен начин от отделните държави членки. В някои от тях, например Ирландия, поемането на емисии се смята за пакет услуги, включващ консултации във връзка с емисията акции, продажбата и разпределението на акциите, както и гаранцията, че финансовата институция записва акциите, когато това е необходимо. В Швеция обаче услугите по издаване на гаранции за записване при първични предлагания могат да се извършват и се извършват отделно от останалите услуги, свързани с емитирането на акции.

17. SEB, Швеция и Skatteverket са единодушни в твърденията си, че гаранцията за записване при първично предлагане може да се предоставя отделно. Запитващата юрисдикция посочва същото в акта за преюдициално запитване. Освен това в съдебното заседание SEB потвърждава, че в настоящия случай SEB е предоставила гаранцията за записване при първичното предлагане на акциите, докато емитирането им е извършено от друго предприятие.

18. По тези причини е ясно, че в настоящия случай услугата по издаване на гаранции за записване при първични предлагания трябва да се третира като самостоятелна, а не като спомагателна към останалите услуги, предоставяни при емитирането на акции.

Б — *Тълкуване на член 13, Б от Шеста директива ДДС*

19. Преди да бъдат анализирани разглежданите три релевантни разпоредби, следва да се направят някои общи бележки.

20. На първо място, обсъжданите понятия са самостоятелни в правото на ЕС и следователно трябва да се тълкуват еднакво, за да се избегнат различия в прилагането на системата на ДДС сред държавите членки [6]. Би следвало също те да бъдат поставени в широкия контекст на общата система на ДДС [7].

21. На второ място, съгласно практиката на Съда, случаите на освобождаване по член 13, Б от Шеста директива ДДС следва да се тълкуват ограничително, тъй като те са изключения от общото правило, че с ДДС се облагат всички доставки на стоки и услуги [8].

22. На трето място, не е ясно какво е основанието за освобождаване на финансовите операции от данък, щом като подготвителните материали не разглеждат

6 — Решение на Съда от 5 юни 1997 г. по дело SDC, C-2/95, Recueil, стр. I-3017, точка 21, Решение на Съда от 3 март 2005 г. по дело Arthur Andersen, C-472/03, Recueil, стр. I-1719, точка 25, Решение на Съда от 8 март 2001 г. по дело Skandia, C-240/99, Recueil, стр. I-1951, точка 23.

7 — Съображение 11 от Шеста директива ДДС. Вж. също Решение на Съда от 22 октомври 2009 г. по дело Swiss Re Germany Holding, C-242/08, Сборник, стр. I-10099, точка 33.

8 — Решение по дело Skandia, посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 32, Решение по дело Arthur Andersen, посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 24 и Решение по дело SDC, посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 20.

този въпрос. Според някои коментатори те вероятно са освободени от облагане с данък с цел отстраняване на трудностите при определянето на данъчната основа и на размера на подлежащия на приспадане ДДС, както и предотвратяване на повишаването на разходите по потребителските кредити [9].

1. Застрахователни сделки

23. Съгласно член 13, Б, буква а) от Шеста директива ДДС застрахователните сделки са освободени от облагане с данък. Този член гласи, че „[д]ържавите членки освобождават [...] застрахователните и презастрахователните сделки, включително свързаните с тях услуги, извършвани от застрахователни брокери и агенти“.

24. В Шеста директива ДДС и в директивите, свързани със застраховането, не се дава определение на „застрахователни сделки“ [10]. За първи път Съдът дава определение на този израз в Решение по дело CPP [11], в което приема, че основните характеристики на застрахователната сделка са следните: застрахователят се задължава срещу авансово изплащане на премия при настъпване на риска, покрит от застраховката, да предостави на застрахованото лице договорената при сключването на договора услуга [12].

25. Следователно определението за застрахователна сделка е достатъчно широко, за да включва предоставянето на услуга от данъчнозадължено лице, което само по себе си не е застраховател, но използва услугите на застраховател, който се е задължил да поеме застрахователния риск [13].

26. От това можем да заключим, че ударението се поставя върху естеството на сделката, а не върху лицето, предоставящо услугата, което означава, че застрахователни услуги могат да се предоставят от лице, различно от застрахователно дружество.

27. SEB изтъква, че в настоящия случай тези елементи са налице и че сделките следва да се смятат за освободени от облагане с данък по член 13, Б, буква а) от Шеста директива ДДС.

9 — Решение от 19 април 2007 г. по дело Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, Сборник. стр. I-3225, точка 24) и Определение от 14 май 2008 г. по съединени дела C-231/07 и C-232/07, Tiercé Ladbroke, точка 24.

10 — Вж. напр. Директива 84/641/ЕИО на Съвета от 10 декември 1984 година за изменение, особено по отношение на оказването на помощ на туристи, на Първата директива (73/239/ЕИО) относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно достъпа до и упражняването на пряка застрахователна дейност, различна от животозастраховане (ОВ L 339, 1984 г., стр. 21; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 108).

11 — C-349/96, Recueil, стр. I-973.

12 — Решение по дело CPP, цитирано в бележка под линия 11, точка 17. Така се приема, че услугите за пътна помощ, които дадена организация се задължава да предоставя на членовете си срещу заплащане на годишен членски внос с точно определен размер, представляват застрахователна сделка за целите на член 13, Б, буква а) от Шеста директива ДДС. Вж. Решение на Съда от 7 декември 2006 г. по дело Комисия/Гърция, C-13/06, Recueil, стр. I-11563.

13 — Решение по дело CPP, цитирано в бележка под линия 11, точка 22.

28. Skatteverket, от своя страна, смята, че за да бъде сделката застрахователна, е необходим елемент на обезщетение за загуба и че предвид липсата на обезщетение за загуба в настоящия случай, въпросните услуги не могат да бъдат освободени от облагане с данък по член 13, Б, буква а) от Шеста директива ДДС.

29. Елементът загуба е включен в определението за застрахователна сделка, дадено от генералния адвокат Fennely в заключение по дело CPP, но не е възпроизведен от Съда в неговото решение по същото дело [14].

30. По мое мнение основната разлика между застрахователна сделка и настоящия случай е в ситуацията след настъпването на риска.

31. При застрахователна сделка всичко, което се изисква при настъпване на риска, е изплащане на договорена сума или конкретни действия, например оказване на помощ на застрахованото лице [15] за сметка на застрахователя. С това свое действие застрахователят не придобива нищо ново [16]. Той е получил печалбата си във фазата преди настъпването на риска.

32. В настоящия случай обаче при настъпването на риска банката придобива правото на собственост върху акциите срещу договорената цена. Това е свързано с риск от обезценяване на акциите и активиране на разходи за финансиране във връзка с придобиването. За една такава ситуация обаче не може a priori да се допуска, че в крайна сметка ще се стигне до загуба. По мое мнение тази разлика означава, че ситуацията в настоящия случай не е аналогична на застрахователна сделка.

33. Следователно в настоящия случай услугите по издаване на гаранции за записване при първични предлагания не могат да се смятат за застрахователна сделка по смисъла на член 13, Б, буква а) от Шеста директива ДДС.

14 — Заключение на генералния адвокат Fennely по дело CPP, посочено по-горе в бележка под линия 11, точка 34.

15 — Във връзка с тези конкретни действия вж. например Решение на Съда от 7 декември 2006 г. по дело Комисия/Гърция, цитирано в бележка под линия 12.

16 — Трябва да отбележа, че някои форми на застрахователни договори позволяват на застрахователя да откупи повредената стока, застрахована по договора. Възможно е например застрахователно дружество да предпочете да вземе отписания автомобил и да изплати стойността му на застрахованото лице като обезщетение, ако ремонтът на щетите по автомобила би бил твърде скъп. Смятам, че подобни действия, целящи ограничаване на загубите, са условни по същество и като такива от правна гледна точка са различни от задължението на купувача да придобие незаписаните акции срещу предварително определена цена.

2. Отпускане на кредит и кредитни гаранции

34. Съгласно член 13, Б, буква г), точки 1 и 2 от Шеста директива ДДС от облагане с данък е освободено „отпускането на кредит“ и „всякакви операции с“ кредитни гаранции или други обезпечения на парични средства.

35. SEB изтъква, че услугите по записване при първично предлагане, които предоставя, следва да бъдат освободени съгласно тези разпоредби, тъй като целта им съвпада с тази на гаранцията, а именно да се привлече необходим капитал в определен размер, както и поради идентичността на свързаните с тях рискове за заемодателя или гаранта с рисковете при отпускането на кредит.

36. Skatteverket твърди, че настоящият случай не попада в обхвата на тези разпоредби, тъй като е различен по естество. Според тази страна член 13, Б, буква г), точка 1 от Шеста директива ДДС обичайно се отнася за заем или плащане, възнаграждението за чието ползване е начисляваната лихва. Член 13, Б, буква г), точка 2 от Шеста директива ДДС обхваща единствено финансови ангажименти, които според тълкуването на Skatteverket означават задължение за изплащане на сума, например възстановяване на сума на кредитор. Според Skatteverket настоящият случай е повече от обикновено задължение за изплащане на определена сума, поради което не представлява финансов ангажимент по смисъла на Шеста директива ДДС.

37. Що се отнася до член 13, Б, буква г), точка 1 от Шеста директива ДДС, Съдът изрично е посочил, че тази разпоредба не се ограничава само до заеми или кредити, отпуснати от банкови и финансови институции [17]. Освен това той посочва, че определението е достатъчно широко, за да включва кредит, отпуснат от доставчик на стоки под формата на отсрочване на плащането [18].

38. Според мен настоящото положение не представлява отпускане на кредит, тъй като естеството на сделката е различно.

39. Когато се отпуска кредит, заемодателят очаква предоставените от него пари да му бъдат върнати заедно с лихва, което представлява изплащане на кредита. В настоящия случай банката не предоставя на дружеството пари, ако рискът не настъпи. В случай че той настъпи, тя със сигурност не изисква връщане на отпуснатата от нея сума, нито лихва. Тя само извършва плащане срещу акциите, които придобива и които впоследствие препродава, за да си възстанови парите [19]. Именно поради тази размяна на акции срещу пари сделката съществено се различава по естество от отпускането на кредит.

17 — Решение по дело SDC, посочено в бележка под линия 6, точка 34.

18 — Пак там.

19 — По време на съдебното заседание SEB посочи, че купувачът има правното задължение възможно най-скоро, но без загуба да продаде акциите, придобити в резултат на услугата по издаване на гаранция за записване при първично предлагане.

40. Що се отнася до член 13, Б, буква г), точка 2 от Шеста директива ДДС, между текстовете на различните езици съществуват някои различия. В английския текст се посочват „credit guarantees“ (кредитни гаранции), докато френският текст, формулиран по- широко, посочва само гаранции [20]. Затова, за да се изясни неговият смисъл, следва да се има предвид контекстът, в който се появява този израз, и то с оглед на структурата на Шеста директива ДДС [21].

41. Подготвителните материали не внасят яснота по отношение на това коя езикова редакция отразява по-добре целите на тази разпоредба. В предложението за Шеста директива ДДС само се посочва, че останалите случаи на освобождаване, определени в част Б, се отнасят до конкретни области, като застрахователна дейност, отпускане на кредити, валутни операции и сделки на фондовата борса, в случаите, в които те са оправдани по общополитически съображения, валидни за всички държави членки [22]. Член 13, Б, буква г), точка 2 е включен в Шеста директива ДДС, въпреки че не се е съдържал нито в предложението, нито в изменение към него.

42. Въпреки това не виждам основание за ограничаване на член 13, Б, буква г), точка 2 от Шеста директива ДДС единствено до кредитните гаранции. Член 13, Б, буква г) от Шеста директива ДДС е свързан с банковите и финансовите услуги и освобождава почти всички дейности на предоставящите такива услуги институции. И тъй като тези институции могат да предоставят както кредитни гаранции, така и гаранции в по-общ смисъл, прочитът на член 13, Б, буква г), точка 2 от Шеста директива ДДС би следвало да бъде в този по-широк смисъл. Кредитните гаранции, посочени в текста на английски език, са само пример или категория на „securities for money“, които също така се посочват в тази разпоредба [23]. Този извод не се променя от обстоятелството, че разглежданата разпоредба се отнася до освобождаване, и следователно тя трябва да бъде тълкувана тясно, доколкото тясно не означава стеснително [24].

43. Този потенциално широк прочит е изправен пред ограниченията, определени в тази разпоредба от практиката на Съда. Съгласно тази практика, за да се смята предоставяната услуга за освободена от облагане с данък сделка, тя трябва в общи линии да представлява едно обособено цяло, което да отговаря на специфичните и съществени функции на описана в същата разпоредба услуга [25]. Това означава,

20 — Текстовете на шведски, фински, словенски и естонски език следват английския текст, докато текстовете на испански, немски, португалски и датски — френския.

21 — Вж. по аналогия Решение по дело SDC, посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 22 и цитираната в него съдебна практика.

22 — Предложение за Шеста директива на Съвета относно хармонизиране на законодателствата на държавите членки относно данъците върху оборота — обща система на данъка върху добавената стойност: единна данъчна основа (представено на Съвета от Комисията на 29 юни 1973 г.), Bulletin des Communautés européennes, supplément 11/73, p. 15.

23 — Вж. *Terra*, B. et J. *Kajus*. A guide to the European VAT directives (CD-ROM). IBFD, 2004, 9.3.2.2. Credit Guarantees or any other security for money.

24 — Заключение на генералния адвокат Jacobs по дело C-267/00, Zoological Society of London (Recueil, 2002 г., стр. I-3353, точка 19).

25 — Решение по дело Swiss Re Germany Holding, посочено по-горе в бележка под линия 7, точка 45 и цитираната съдебна практика.

че като цяло услугата трябва да е свързана със сферата на финансовите операции [26].

44. Следователно възниква въпросът дали поемането на задължение за записване на непродадени новоемитирани акции като цяло попада в сферата на финансовите операции.

45. Съдът все още не е представил насоки относно точното съдържание на понятието „финансова операция“. Съгласно Решение по дело Velvet и Steel поемането на задължение за ремонт на сграда по естество не е финансова операция. В Решение по дело Tiercé Ladbroke се посочва, че приемането на залози за сметка на доверител, който извършва дейност по организиране на залагания, не представлява финансова операция. Накрая, в Решение по дело Swiss Re прехвърлянето на портфейл от договори за презастраховане „Живот“ не е квалифицирано като финансова операция [27].

46. Определението на понятието за финансова операция следва да се разглежда във връзка с икономическия контекст на сделката. Докато в Решение по дело Velvet и Steel сделката не е осъществена в сферата на финансовите пазари, по настоящото дело предоставянето на услуги по записване при първично предлагане със сигурност е в тази сфера. В подкрепа на това гледище може да се приведе Директива 2004/39/ЕО относно пазарите на финансови инструменти, която определя за своите цели записването на акции като инвестиционна услуга [28]. Според мен следва да се приеме, че свързаната с корпоративните финанси дейност на финансова институция принадлежи към сферата на финансовите операции, с изключение евентуално на спомагателните услуги, които могат да се предоставят чрез нефинансова дейност като маркетинг или правни съвети. Като такива услугите по издаване на гаранции за записване попадат в сферата на финансовите операции.

47. По нататък следва да се разгледа въпросът дали услугите по издаване на гаранции за записване отговарят на условията за гаранция. Този израз не е определен в директивата и не е бил и предмет на разглеждане от Съда

48. По мое мнение гаранцията представлява по същество уверение, че в случай на неизпълнение от страна на трето лице изпълняващият функцията на гарант ще се ангажира с необходимото изпълнение, което обикновено се състои в плащане, неизвършено от неизправната страна. Гаранциите могат да бъдат също автономни,

26 — Решение по дело Velvet & Steel, посочено по-горе в бележка под линия 9, точка 22, Решение по дело Tiercé Ladbroke, посочено по-горе в бележка под линия 9, точка 17 цитираната в тях съдебна практика.

27 — Решение по дело Swiss Re Germany Holding, посочено по-горе в бележка под линия 7, точка 48.

28 — Приложение I, раздел A, точка 6, от Директива 2004/39.

тоест независими от поведението на трети лица. Такива са гаранциите, свързани с икономическия резултат от проект („гаранции за нулева загуба“). Тези гаранции обаче са в периферията на обхвата на понятието.

49. В настоящия случай няма определено „трето лице“, за което да се приеме, че SEB гарантира, въпреки че гаранцията очевидно обхваща ситуации, в които инвеститорът не е спазил първоначално обещание за записване на акции. Неизправната страна е пазарът като такъв. Според мен понятието за гаранция по член 13, Б, буква г), точка 2 от Шеста директива ДДС не може да се прилага за такива ситуации.

50. Ето защо смятам, че описаните в настоящия случай услуги по записване при първично предлагане не попадат в обхвата на член 13, Б, буква г), точки 1 и 2 от Шеста директива ДДС и не могат да бъдат освободени от облагане с данък съгласно тази разпоредба. Въпреки разликите между текстовете на различните езици имам съмнения дали понятието за гаранция може да се тълкува широко в разпоредбата.

3. Сделки с акции

51. Накрая, съгласно член 13, Б, буква г), точка 5 от Шеста директива ДДС държавите членки следва да освобождават от облагане с данък сделките с акции. Значението на „сделки с акции“ до момента е тълкувано в решенията по три дела [29], от които продължава да съществува известна неяснота какъв точно е критерият, който следва да се използва, за да се определи дали дадена сделка представлява сделка с акции. На първо място, в Решение по дело SDC Съдът посочва по отношение на сделките с ценни книжа, че действията трябва да променят правните и финансовите отношения между страните [30]. Впоследствие в Решение по дело CSC Financial Services Съдът приема във връзка със сделките с акции, като прилага по аналогия критерия от дело SDC, че сделката трябва да *може* да породи, измени или погаси правата и задълженията на страните във връзка с ценни книжа [31]. Накрая, в Решение по дело Skatteverket/AB SKF Съдът, като се позовава на споменатите две дела, посочва, че продажбата на акции променя правните и

29 — В Решение от 29 октомври 2009 г. по дело AB SKF (C-29/08, Сборник, стр. I-10413), Решение от 13 декември 2001 г. по дело CSC Financial Services (C-235/00, Recueil, стр. I-10237) и Решение по дело SDC, посочено по-горе в бележка под линия 6.

30 — В Решение по дело SDC Съдът анализира сделки във връзка с преводи по смисъла на член 13, Б, буква г), точка 5 от Шеста директива ДДС и приема, че сделките с акции включват сделки, които се осъществяват на пазара на ценни книжа, и че търговията с ценни книжа включва действия, които променят правното и финансовото положение между страните. Вж. Решение по дело SDC, точки 72 и 73.

31 — Решение по дело CSC Financial Services, посочено по-горе в бележка под линия 29, точка 33. В заключението си по това дело (точка 29) генералният адвокат Colomer пояснява, че случаят би бил такъв при операции, които пряко изменят правното отношение, представено в ценната книга, и които могат да имат отражение върху неговото съдържание. Като примери той дава емитирането, прехвърлянето, джиросването, плащането и обратното изкупуване на ценни книжа.

финансовите отношения между страните по сделката и по тази причина може да се включи в обхвата на освобождаването от облагане с данък, предвидено в член 13, Б, буква г), точка 5 от Шеста директива ДДС [32].

52. Според мен критерият, установен в Решение по дело CSC Financial Services, е по-подходящ за отразяване на търговската и икономическа реалност на сделките с акции, тъй като операциите на първичния пазар винаги са с характера на потенциални операции, доколкото акциите стават действителни ценни книжа едва в края на предлагането.

53. В случай че бъде приложен критерият, установен в Решение по дело CSC Financial Services, не е необходимо промяната фактически да настъпва, но трябва сделката да *може* да промени отношенията. Следователно фактът, че SEB *би могла* да бъде призована да придобие акциите, ако те не бъдат записани, е достатъчен, за да бъдат изпълнени критериите и съответно за освобождаване от облагане с данък по смисъла на член 13, Б, буква г), точка 5 от Шеста директива ДДС.

54. Ако Съдът избере да не приложи критерия от дело CSC Financial Services и приеме, че сделката трябва да променя финансовите и правните отношения между страните, основният въпрос ще бъде дали може да се твърди, че има промяна в отношенията, дори ако фактически не се наложи банката да придобие акциите.

55. По мое мнение такава промяна е налице, тъй като промяната в правните и финансовите отношения трябва да се разглежда в широк смисъл, включващ сделки, които представляват източници на задължения в правото [33].

56. В настоящия случай SEB носи правно задължение от момента, в който предостави услугата по издаване на гаранция за записване при първично предлагане, тоест обещае да придобие акции. Това задължение променя правоотношенията между страните, тъй като в случай на отказ от SEB да закупи акциите при възникване на обстоятелствата, дружеството емитент ще има законно основание да предяви претенции срещу SEB. Финансовите отношения между страните се променят също поради факта, че е необходимо SEB да осигури наличието на достатъчно средства за закупуване на акциите в случай на настъпване

32 — Посочено в бележка под линия 29, точка 50.

33 — В това отношение подкрепям определението на генералния адвокат Colomer в заключение по дело CSC Financial Services, посочено в бележка под линия 29, точка 23.

на обстоятелствата [34]. Следователно положението на SEB се променя в резултат на услугите по издаване на гаранция за записване при първично предлагане, които предоставя на дружеството емитент.

57. Нещо повече, от гледна точка на данъчния неутралитет е препоръчително услугите по издаване на гаранции за записване при първично предлагане да се разглеждат като сделки с акции, каквато очевидно е практиката в повечето държави членки. Същият резултат, а именно освобождаване от облагане с ДДС, може да се постигне и по друг начин. Целевото емитиране на акции, така че всички те да бъдат разпределени на банката като първа стъпка, със сигурност не попада в обхвата на Шеста директива ДДС [35]. Третирането на тези две ситуации по различен начин би било в противоречие с принципа на данъчния неутралитет, чието запазване цели Шеста директива ДДС.

58. SEB изтъква, че настоящият случай е аналогичен на продажбата на пут опции на вторичния пазар. По мое мнение обаче това не е така, тъй като член 3, параграф 1 от Регламент 1777/2005 [36] предвижда, че:

„[п]родажбата на опция е доставка на услуги по смисъла на член 6, параграф 1 от Директива 77/388/ЕИО, когато тази продажба е сделка в обхвата на член 13, част Б, буква г), точка 5 от посочената директива. Доставката на услуги се отделя от основните операции, с които са свързани услугите."

От това следва, че освобождаването от облагане с данък на гаранциите за записване при първично предлагане не може да се основава на аналогия с пут опции върху акции, тъй като продажбата на пут опции попада в обхвата на Шеста директива ДДС, за разлика от продажбата на акции.

59. Ето защо предоставянето на гаранция за записване при първично предлагане представлява сделка с акции и по тази причина е освободено от облагане с ДДС съгласно член 13, Б, буква г), точка 5 от Шеста директива ДДС.

34 — Вж. приложение I, точка 41 от Директива 2006/49, посочено в бележка под линия 5.

35 — Решение на Съда от 26 май 2005 г. по дело Kretztechnik AG, C-465/03, Recueil, стр. I-4357. Както изтъква основателно Ирландия, някои, а дори и мнозинството от операциите, посочени в член 13, Б от Шеста директива ДДС, не попадат в приложното ѝ поле, като се има предвид, че те не отговарят на условията на член 2, параграф 1 от нея. Следователно обстоятелството, че са посочени в член 13, Б от Шеста директива ДДС, не поражда последици по отношение на тези операции.

36 — Регламент (ЕО) № 1777/2005 на Съвета от 17 октомври 2005 година за установяване на мерки за прилагане на Директива 77/388/ЕИО относно общата система на данъка върху добавената стойност (ОВ L 288, 2005 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 2, стр. 205). Разбира се, този регламент не е приложим ratione temporis в настоящия случай.

IV — Заключение

60. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори, както следва:

„Освобождаването от данък по член 13, Б, буква г), точка 5 от Шеста директива 77/388/ЕИО на Съвета от 17 май 1977 година относно хармонизиране на законодателствата на държавите членки относно данъците върху оборота — обща система на данъка върху добавената стойност: единна данъчна основа, следва да се тълкува в смисъл, че то включва и услуги (записване при първично предлагане на акции), при които кредитна институция предоставя възмездно на дружество, на което предстои да емитира акции, гаранция, съгласно която кредитната институция поема задължение да придобие всички акции, които не са записани в срока за записване.“