



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

ANDREE BIONDIJA,

predstavljeni 13. februarja 2025¹

Zadeva C-685/23

Corner and Border S.A.

proti

Autoridade Tributária e Aduaneira (davčna in carinska uprava, Portugalska)

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (razsodišče v davčnih sporih (center za arbitražo v upravnih zadevah – CAAD), Portugalska))

„Predhodno odločanje – Posredni davki na zbiranje kapitala – Izdaja obveznic – Pogodba o jamstvu – Kolkovina – Obseg pojma povezane formalnosti – Pojem drugih pravic na zemljišču ali drugem premoženju“

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Člen 5 Direktive 2008/7,² naslovljen „Transakcije, ki niso posredno obdavčene“, v odstavku 2 določa:

„Države članice ne zavežejo nobeni obliki posrednega davka: [...]

(b) posojil, vključno z državnimi obveznicami, najetih z izdajo zadolžnic ali drugih prenosljivih vrednostnih papirjev, ne glede na to, kdo jih je izdal, ali katerih koli formalnosti, povezanih z njimi, ali oblikovanja, izdaje, uvrstitve v kotacijo na borzi, uvrstitve na trg ali trgovanja s temi zadolžnicami ali drugimi prenosljivimi vrednostnimi papirji.“

2. Člen 6 te direktive, naslovljen „Dajatve in davek na dodano vrednost“, določa:

„Ne glede na člen 5 lahko države članice obračunajo naslednje dajatve in davke:

[...]

¹ Jezik izvirnika: italijanščina.

² Direktiva Sveta 2008/7/ES z dne 12. februarja 2008 o posrednih davkih na zbiranje kapitala (UL 2008, L 46, str. 11).

(d) dajatve na ustanovitev, vpis ali izbris hipotek ali drugih pravic na zemljišču ali drugem premoženju;

[...]"

B. Portugalsko pravo

3. Člen 1 zakona št. 150/99 z dne 11. septembra 1999, s katerim je bil sprejet *Código do Imposto do Selo* (zakonik o kolkovini), naslovljen „Zakonik o kolkovini in priložena tarifa“, določa:

„Zakonik o kolkovini in zakoniku priložena tarifa se sprejmeta in nadomestita pravilnik o kolkovini, sprejet z uredbo št. 12.700 z dne 20. novembra 1926, in splošno tarifo za kolkovino, sprejeto z uredbo št. 21.916 z dne 28. novembra 1932, kakor sta bila pozneje spremenjena“.

4. Točka 10 splošne tarife za kolkovino (v nadaljevanju: TGIS) določa:

„10. Jamstva za obveznosti, ne glede na njihovo naravo ali obliko, zlasti poroštva, kavcije, samostojne bančne garancije, varščine, hipoteke, zastavne pravice in poroštvena zavarovanja, razen če so v bistvu akcesorna k pogodbam, ki so že predmet obdavčitve po tej tarifi, in nastanejo istočasno z zavarovano obveznostjo, čeprav v okviru ločenega instrumenta ali vrednostnega papirja, za njeno ustrezno vrednost, glede na trajanje, pri čemer se vsako podaljšanje veljavnosti pogodbe šteje za novo transakcijo:

[...].

10.3 – Jamstva, ki niso časovno omejena ali katerih trajanje je pet let ali več: 0,6 %“.

II. Postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

5. Corner and Border SA (v nadaljevanju: C&B) je delniška družba portugalskega prava, ki je v stoddotni lasti družbe ONEX RENEWABLES S.à.r.l., družbe z omejeno odgovornostjo, ki je vpisana v register gospodarskih družb v Luksemburgu (v nadaljevanju: ONEX).

6. Družba ONEX je 21. julija 2021 od družbe EDP RENEWABLES, SGPS, S. A., delniške družbe portugalskega prava (v nadaljevanju: EDPR), pridobila celoten kapital družb EÓLICA DO SINCELO, S. A., delniške družbe portugalskega prava, in EÓLICA DA LINHA, S. A., delniške družbe portugalskega prava (v nadaljevanju: EL).

7. Družba ONEX je 29. julija 2021 na družbo C&B prenesla svoj pogodbeni položaj v pogodbi o nakupu delnic družb ES in EL.

8. Družba C&B je 27. januarja 2022 sklenila pogodbo o financiranju, imenovano *Facilities Agreement*, v skladu s katero je izdala obligacijsko posojilo z imenskimi nematerializiranimi obveznicami z nominalno vrednostjo 100.000 EUR na vrednostni papir v skupnem znesku 348.900.000 EUR, razdeljenimi v dve seriji obveznic („A“ in „B“), ki jih je v celoti vpisala banka BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. (v nadaljevanju: BST).

9. Pogodba *Facilities Agreement* je bila sklenjena z namenom financiranja plačila kupnine za delnice družb ES in EL ter refinanciranja dolga teh družb.

10. Družbe ONEX, C&B ter ES in EL so kot jamstvo za izpolnitev vseh obveznosti in odgovornosti, prevzetih na podlagi pogodbe *Facilities Agreement*, zagotovile nekatera stvarna ali osebna jamstva s sporazumom o zavarovanju, imenovanem *Security Agreement*, sklenjenim med temi družbami kot poroki ter banko BST kot upravičenko in agentom za jamstva.

11. V skladu s sporazumom o zavarovanju *Security Agreement* je družba ONEX dala več jamstev in obljub jamstev³, prav tako pa tudi družbe C&B,⁴ ES in EL.⁵

12. Sklenitev sporazuma *Security Agreement* in odobritev naštetih jamstev sta bila nujna in bistvena pogoja za sklenitev pogodbe *Facilities Agreement* in poznejšo izdajo obligacijskega posojila.

13. Notar, ki je sestavil in potrdil listini *Facilities Agreement* in *Security Agreement*, je 27. januarja 2022 v skladu s točko 10.3 TGIS odmeril kolkovino, pri čemer je uporabil 0,6-odstotno stopnjo od vrednosti v višini 348.900.000 EUR, zaradi česar je davčna obveznost znašala 2.093.400 EUR.

14. Družba C&B je odobrila plačilo zneska v višini 2.093.400 EUR s svojega bančnega računa.

15. Družba C&B je 3. avgusta 2022 zoper to odmero kolkovine vložila upravno pritožbo.

16. Dne 3. decembra 2022 se je iztekel rok, po katerem je mogoče šteti, da je bila pritožba z molkom zavrnjena, ker davčna uprava o njej ni odločila.

17. Družba C&B je 2. marca 2023 vložila zahtevo za arbitražo, na podlagi katere je bil sprožen ta postopek.

18. V teh okoliščinah je Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (razsodišče v davčnih sporih (center za arbitražo v upravnih zadevah – CAAD)) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali je treba člen 5(2)(b) Direktive Sveta 2008/7/ES z dne 12. februarja 2008 razlagati tako, da nasprotuje obdavčitvi iz naslova kolkovine za jamstva, dana v zvezi s transakcijo izdaje obveznic, ki zajemajo zastavne pravice na delnicah, stanjih na bančnih računih in terjatvah delničarjev ter odstopu terjatev, ki služijo kot zavarovanje?
2. Ali je odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje drugačen glede na to, ali je zagotovitev jamstev zakonska obveznost ali pa je neobvezna in je bila dogovorjena prostovoljno?

³ Prednostno zastavno pravico na delnicah družbe C&B in z njimi povezanih pravicah; obljubo zastavne pravice na novih delnicah, ki jih izda družba C&B, in z njimi povezanih pravicah; prednostno zastavno pravico na vseh obstoječih terjatvah družbe ONEX kot matične družbe v razmerju do družbe C&B, ter obljubo zastavne pravice na prihodnjih terjatvah delničarjev, ki bi jih družba ONEX pridobila v prihodnosti.

⁴ Prednostno zastavno pravico na delnicah družb ES in EL ter z njimi povezanih pravicah; obljubo zastavne pravice na novih delnicah, ki jih izda družbi ES in EL, ter z njimi povezanih pravicah; prednostno zastavno pravico na vseh obstoječih terjatvah delničarjev, ki jih ima družba C&B kot matična družba v razmerju do družb ES in EL; obljubo zastavne pravice na prihodnjih terjatvah delničarjev, ki bi jih družba C&B pridobila v prihodnosti; odstop terjatev, ki služijo kot zavarovanje, za vse terjatve, ki jih pridobi družba C&B; prednostno zastavno pravico na stanju na bančnih računih družbe C&B na dan sklenitve sporazuma *Security Agreement* ter obljubo prednostne zastavne pravice na stanju na novih bančnih računih, ki bi jih družba C&B odprla po sklenitvi sporazuma *Security Agreement*.

⁵ Prednostno zastavno pravico na stanju na bančnih računih, ki sta jih imeli ti družbi na dan sklenitve sporazuma *Security Agreement*; obljubo prednostne zastavne pravice na stanju na novih bančnih računih, ki bi jih navedeni družbi odprli po sklenitvi sporazuma *Security Agreement*; prednostno zastavno pravico na vseh terjatvah teh družb ter odstopu terjatev, ki služijo kot zavarovanje, za vse terjatve, ki bi jih pridobili ti družbi.

3. Ali je odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje drugačen, če so bila jamstva dana v okviru transakcije izdaje obveznic, ki jih je individualno vpisala bančna institucija, pri čemer se lahko položaj vpisnika prenese po volji izdajatelja, čeprav za ta prenos veljajo določeni pogoji in pogodbene kazni/provizije?
4. Ali je treba člen 6(1)(d) Direktive Sveta 2008/7/ES z dne 12. februarja 2008 razlagati tako, da zajema jamstva v obliki zastavnih pravic na delnicah, stanjih na bančnih računih, terjatvah delničarjev in odstopov terjatev, ki služijo kot zavarovanje, danih v zvezi z izdajo obveznic, ki spada na področje uporabe člena 5(2)(b) te direktive?“

III. Pravna analiza

19. Predložitveno sodišče s svojimi štirimi vprašanji v bistvu sprašuje, ali je treba člena 5(2)(b) in 6(1)(d) Direktive 2008/7 razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, ki določa obračunavanje kolkovine za jamstva, dana v obliki zastavnih pravic na delnicah, stanjih na bančnih računih in posojilih delničarjev ter v obliki odstopa terjatev, za pravilno izpolnitev obveznosti, ki izhajajo iz obligacijskega posojila, ki ga je izdala kapitalska družba.

20. Moja pravna analiza se bo začela prav s preučitvijo razmerja med obema določbama prava Unije, ki se mi zdi osrednjega pomena, da bi se lahko koristno odgovorilo na vprašanja, ki jih je postavilo predložitveno sodišče. Zdaj bom načelno obravnaval svoj predlog glede razlage in razlogovanje zaključil po analizi obeh določb.

21. Člen 5 določa načelo, da posojila in pogodbe v obliki izdaje zadolžnic ali drugih prenosljivih vrednostnih papirjev, ali katere koli formalnosti, povezane z njimi, niso zavezane nobeni obliki posrednega davka. Sodišče je večkrat potrdilo, da je bila z Direktivo 2008/7 opravljena *izčrpna* harmonizacija primerov, v katerih države članice lahko zbiranje kapitala obdavčijo s posrednimi davki.⁶ Člen 6 tako izrecno navaja odstopanja glede na člen 5 in državam članicam dovoljuje pobiranje dajatev izključno na „ustanovitev, vpis ali izbris hipotek ali drugih pravic na zemljišču ali drugem premoženju“.

22. Razmerje med obema določbama je očitno pravilo/izjema: prva določa splošno pravilo, drugo pa se z odstopanjem od prvega uporablja le, če so izpolnjeni pogoji, ki jih določa.

23. Razlagalec bo torej moral uravnovesiti načeli, ki sta izraženi v teh dveh določbah (prost pretok kapitala in pravica držav članic do obdavčevanja v izrecno določenih primerih), pri tem pa upoštevati, da je prvo splošno, tudi ob upoštevanju dejstva, da posredni davki na zbiranje kapitala povzročajo diskriminacijo, dvojno obdavčenje in neskladja, ki so v nasprotju s prostim pretokom kapitala.⁷ Drugo pa se v teh položajih nanaša na preostale primere, vendar ne pomeni ničelne vsote: sam zakonodajalec Unije je tisti, ki je po tem, ko je potrdil, da je najboljša rešitev za doseg ciljev Direktive 2008/7, in sicer za harmonizacijo zakonodaj o posrednih davkih na zbiranje kapitala,⁸ odprava dajatev na kapital, upošteval, da izguba prihodkov, ki bi jo povzročilo takojšnje izvajanje takega ukrepa, za države članice v trenutnem stanju ni sprejemljiva.⁹

⁶ Glej sodbi z dne 19. oktobra 2017, *Air Berlin* (C-573/16, EU:C:2017:772, točka 27), in z dne 24. februarja 2022, *Viva Telecom Bulgaria* (C-257/20, EU:C:2022:125, točka 65).

⁷ Uvodna izjava 2 Direktive 2008/7.

⁸ Iz uvodne izjave 3 Direktive 2008/7.

⁹ Uvodna izjava 6 Direktive 2008/7.

24. Da bi dosegli to ravnovesje, je treba najprej preučiti področje uporabe člena 5. Člen 5 določa prepoved uporabe posrednih davkov ne le za finančne transakcije v obliki izdaje zadolžnic, temveč tudi za katere koli „formalnosti, povezan[e] z njimi“.

25. V obravnavanem primeru je očitno, da glavna finančna transakcija spada pod širok pojem „najetih v obliki zadolžnic ali drugih prenosljivih vrednostnih papirjev“. Vprašanje je, ali je pogodba o jamstvu, sklenjena hkrati s pogodbo o obligacijskem posojilu, zajeta s pojmom „formalnosti, povezane z njimi“.

26. Kot je pojasnilo Sodišče, je treba glede na cilj, ki mu sledi ta direktiva, njen člen 5 razlagati široko, da se prepreči, da bi prepovedi, ki so v njem določene, izgubile polni učinek. Tako se prepoved obdavčenja transakcij zbiranja kapitala uporablja tudi za transakcije, ki niso izrecno zajete s to prepovedjo, če se s takim obdavčenjem povzroči, da se obdavči transakcija, ki je sestavni del celotne transakcije zbiranja kapitala.¹⁰

27. Vendar je treba oceniti, kako daleč gre taka razširitev razlage. Sodna praksa Sodišča ponuja smernice v zvezi s tem: po eni strani mora biti kakršno koli dejanje, ki ga je *kapitalska družba po nacionalni zakonodaji dolžna* izvesti za ustanovitev, izdajo, sprejem v trgovanje na borzi, dajanje v obtoč ali trgovanje z zadevnimi prenosljivimi vrednostnimi papirji, izvzeto iz posrednega obdavčenja, ker je zajeto s pojmom „formalnosti, povezane z njimi“. ¹¹ Po drugi strani pa morajo biti iz obdavčenja izvzete transakcije, kakršne so storitve trženja enot premoženja splošnih skladov, ki so tesno povezane z izdajo enot premoženja in njihovo uvrstitvijo na trg in so *potreben poslovni ukrep*, ki ga je treba zato šteti za pomožno transakcijo, ki je sestavni del izdaje enot premoženja navedenih skladov in njihove uvrstitve na trg.¹²

28. Pogodba o jamstvu je vsekakor akcesorna k pogodbi o financiranju in z njo je tesno povezana tako s pravnega kot poslovnega vidika. S pravnega vidika je pogodba o jamstvu, čeprav uživa lastno avtonomijo, povezana s pogodbo o financiranju in opravlja prav funkcijo jamstva upniku za poplačilo terjatve s strani dolžnika. Vprašanje, ki si ga je treba zastaviti, pa je, ali se lahko šteje, da ga nalaga nacionalna zakonodaja, ali pa se (alternativno) lahko šteje za potreben poslovni ukrep v zvezi s pogodbo o financiranju.

29. Moj odgovor na ta vprašanja je veliko bolj razčlenjen in problemski od tistega, ki sta ga predlagala tožeča stranka oziroma Komisija. V primeru izdaje obveznic pogodba o jamstvu običajno ni naložena z zakonom ali drugim zavezujočim predpisom. Kot rečeno, je pravno neodvisna od pogodbe o financiranju v smislu, da lahko pogodba o financiranju pravno obstaja brez pogodbe o jamstvu. Tudi namena obeh pogodb sta različna: prva je namenjena omogočanju finančnega in industrijskega poslovanja podjetja z vpisom enot obveznic s strani kreditne institucije; druga pa zagotavljanju jamstva kreditni instituciji za vračilo posojenih zneskov. To pomeni, da v nasprotju s hipotezo, ki jo je analiziralo Sodišče v zgoraj navedeni zadevi C-656/21, transakciji nimata istega namena in nastanek druge transakcije nima neposredne vloge pri dejanskem nastanku prve transakcije. To lahko velja le z vidika dolžnika: upnik je, kot se zdi, da to zatrjuje tožeča stranka v svojih pisanjih, lahko zagotovitev jamstva postavil kot pogoj transakcije.

¹⁰ Sodba z dne 22. decembra 2022, IM Gestão de Ativos in drugi (C-656/21, EU:C:2022:1024, točka 28).

¹¹ Sklep z dne 19. julija 2023, EDP (Davek na trženje vrednostnih papirjev) (C-416/22, neobjavljen, EU:C:2023:604, točka 28). Moj poudarek.

¹² Sodba z dne 22. decembra 2022, IM Gestão de Ativos in drugi (C-656/21, EU:C:2022:1024, točki 31 in 33). Pogodba o jamstvu je vsekakor pomožna pogodbi o financiranju in je z njo tesno povezana tako s poslovnega kot tudi s pravnega vidika.

30. Akcesorna narava in povezanost pogodbe o zagotavljanju jamstev s pogodbo o financiranju po mojem mnenju nimata za naravno posledico neločljivosti kot nujnega pogoja za konkreten pravni obstoj: pogodba o financiranju lahko obstaja in ima pravne učinke tudi brez podpisa pogodbe o jamstvu. Volja strank, izražena v posebni pogodbi, je konstitutivni vir danih jamstev. Kot kažejo izkušnje, sta zagotavljanje jamstev in njihov obseg pri vseh oblikah financiranja sorazmerna z dolžnikovo kreditno sposobnostjo. Večja ko je zanesljivost dolžnika ali finančnega projekta, za katerega se zahteva financiranje, manjši je znesek zavarovanja, ki ga zahteva upnik.

31. Drugo vprašanje, ki ga je treba postaviti, je, ali je zagotovitev jamstev mogoče šteti za potreben poslovni ukrep kompleksne in enotne transakcije. Ne glede na zgoraj navedeno, splošne izkušnje kažejo, da se v praksi pri običajnih transakcijah financiranja (posojila, potrošniški krediti itd.) od dolžnika vedno zahteva predložitev jamstva, brez katerega se zahtevano financiranje ne more odobriti. Pri bolj zapletenih finančnih transakcijah so izkušnje verjetno bolj raznolike. Na vprašanje, ki ga je Sodišče postavilo strankam na obravnavi, ali izdajo obveznic običajno spremlja dajanje jamstev ali pa je slednje treba obravnavati kot izjemo, so bili odgovori zelo različni. Medtem ko je tožeča stranka trdila, da je izdaja posebnih jamstev zelo pogosta, je Portugalska republika po drugi strani trdila, da večina obveznic ni krita z jamstvi, ker je dolžnikovo premoženje splošno jamstvo za izpolnitev obveznosti. Dodala je, da se jamstvo zagotovi izjemoma, ker jamstva niso niti običajna niti bistvena za sklenitev izdaje obveznic.

32. Nisem prepričan, da to, da je zagotavljanje jamstev teoretično „normalno“ v primeru obligacijskih posojil, zadostuje za uvrstitev zagotavljanja jamstev v kategorijo potrebnih poslovnih ukrepov kompleksne in enotne transakcije, vsekakor pa bo moralo nacionalno sodišče glede na neusklajene odgovore, prejete na obravnavi, preveriti, kakšno je dejansko stanje na portugalskem finančnem trgu.

33. V bistvu je po mojem mnenju za to, da bi se pogodba o jamstvu štela za formalnost, povezano s pogodbo o financiranju, potrebno, da nacionalno sodišče ugotovi obstoj enega od naslednjih možnih pogojev: obveznost, ki jo nalaga zakon ali drug predpis, ki zavezuje voljo strank za zagotavljanje jamstev v primeru izdaje obveznic, obstoj dejanskega stanja, zaradi katerega se dajanje jamstev lahko šteje za potreben poslovni ukrep kompleksne in enotne transakcije.

34. Simptomatičen element, ki bi lahko vodil nacionalno sodišče pri njegovi presoji, bi lahko bila prav bistvena narava zagotavljanja jamstev za namene sklenitve pogodbe o financiranju v smislu, da brez zagotavljanja jamstev pogodba o financiranju, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, ne bi bilo mogoče skleniti. Tako bi lahko pogodbo o jamstvu kljub njeni pravni avtonomiji s široko razlago, ki upošteva cilje direktive, šteli za potreben poslovni ukrep (oziroma transakcijo), ki bi jo lahko obravnavali kot pomožno transakcijo, vključeno v postopek izdaje in dajanja obveznic v obtok.

35. Možnost, da se pod zgoraj opisanimi pogoji pogodba o jamstvu lahko šteje za formalnost, povezano s pogodbo o financiranju, nas ne odvezuje od analize vsebine člena 6: prepoved obračunavanja posrednih davkov na finančne transakcije, kakršna je izdaja obveznic, in na vse transakcije, ki so z zadnjenavedeno tako tesno povezane, da jih je mogoče obravnavati kot enotno in kompleksno transakcijo, je treba namreč obravnavati kot pravilo, vendar ga je treba razlagati v povezavi z odstopanjem, in sicer z možnostjo obračunavanja posrednih davkov v primerih, ko v okviru transakcij iz člena 5, torej tudi izdaje obveznic, pride do „ustanovitv[e], vpis[a] ali izbris[a] hipotek ali drugih pravic na zemljišču ali drugem premoženju“.

36. Namen člena 6 je ohraniti davčno pristojnost držav članic v nekaterih posebnih in izjemnih primerih, v katerih se je pri iskanju ravnovesja med različnimi interesi pobiranje posrednega davka štelo za združljivo s prostim pretokom kapitala.

37. Menim, da ta hipoteza zajema prav primer iz postopka v glavni stvari, to je primer, v katerem finančno transakcijo spremlja zagotovitev jamstev s strani dolžnika, ki so lahko zajeta s pojmom, ki ga je opisal zakonodajalec Unije.

38. Medtem ko je pojem hipoteke dobro znan in ima v različnih pravnih sistemih podoben pomen, saj gre za tipično nepremičninsko zavarovanje, ki se uporablja za zavarovanje terjatve, se vprašanje razlage pojavlja pri pomenu, ki ga je treba pripisati izrazu „druge pravice na zemljišču ali drugem premoženju“, ¹³ ki v zakonodaji Unije ni opredeljen, v pravnih sistemih držav članic ¹⁴ pa se razlaga različno.

39. Ne da bi se spuščali v zapletene razprave o različnih vrstah jamstev, ki obstajajo v pravu držav članic, je po mojem mnenju treba poiskati pomen, ki bi lahko bil enoznačen za pravo Unije, glede na njegovo povezavo s pojmom hipoteke.

40. Komisija je opravila analizo (resda delno in selektivno) izrazov, uporabljenih v različnih jezikovnih različicah, da bi ugotovila neobstoj enoznačnega pomena: to naj bi nalagalo uporabo hermenevtičnih meril, ki niso jezikovna, in torej kontekstualno in funkcionalno analizo, povezano z namenom direktive.

41. S tem delom analize se strinjam, ne pa tudi s sklepi Komisije. Analiza različnih jezikovnih različic razlagalcu ne zagotavlja varnega pristana, v katerem bi lahko zasidral zanesljiv sklep. Pripravljalna dela, kakor je potrdila sama Komisija, tudi ne vsebujejo prepričljivih razlag razlogov za uvedbo odstopanja iz člena 6(1)(d) in pomena, ki ga je treba pripisati izrazu „druge pravice na zemljišču ali drugem premoženju“.

42. Komisija je na podlagi preučitve namena direktive in konteksta, v katerega je določba vključena, v bistvu sklenila, da je treba izrazu „druge pravice na zemljišču ali drugem premoženju“ pripisati pomen jamstva nepremičninske narave, podobnega tistemu, ki je zagotovljeno v primeru hipoteke.

43. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča je treba pri razlagi določbe prava Unije upoštevati ne le njeno besedilo, ampak tudi njen kontekst in cilje, ki jim sledi ureditev, katere del je. ¹⁵ V teh okoliščinah me razlaga, ki jo predlaga Komisija, iz več razlogov ne prepriča: predvsem z jezikovnega vidika se mi ne zdi, da večina preučenih jezikovnih različic podpira pomen, ki ga vidi Komisija. Drugič, analiza konteksta in namena direktive lahko pripelje do povsem drugačnega zaključka.

44. Čeprav je res, da je namen direktive predvsem uresničiti načelo prostega pretoka kapitala in ga zato načeloma izvzeti iz obračunavanja posrednih davkov, je njen namen tudi harmonizacija, ki državam članicam prepušča preostalo davčno pristojnost, če se šteje, da to ni v nasprotju s polnim učinkom prepovedi obračunavanja posrednih davkov.

¹³ *Privilegium* je bil v običajnem pravu prednost, ki jo je oblast podelila posamezniku, skupini ali skupnosti.

¹⁴ V italijanskem pravu je na primer eden od razlogov za predkupno pravico, ki pomeni zavarovanje z določenim premoženjem dolžnika v zvezi z razlogom terjatve. Ne gre za posebno vrsto jamstva, temveč za učinek, ki ga zakon v določenih primerih pripisuje terjatvi.

¹⁵ Glej sodbo z dne 7. junija 2005, VEMW in drugi (C-17/03, EU:C:2005:362), točka 41.

45. Zakonodajalec Unije je to vzpostavitev ravnovesja zato že opravil z določitvijo širokega pravila in ozkih izjem. Metodološka napaka bi bila, če bi pri razlagi uvedli dodatno omejitev. Zato se strinjam, da je treba sprejeti široko razlago določbe iz člena 5, ki vključuje tudi primere, ki niso neposredno zajeti v njej, vendar so z njo neločljivo povezani.

46. Po drugi strani pa menim, da tudi ob ozki razlagi položajev, predvidenih v členu 6, zlasti v odstavku 1(d), ni pravilno, da se uporabljenemu izrazu „hipoteke ali druge pravice na zemljišču ali drugem premoženju“ v celoti odvzame pomen in da se ga v bistvu šteje za hendiadis.¹⁶ Kar bi pomenilo, da odstopanje velja le v primeru hipotek ali podobnih jamstev izključno nepremičninske narave.

47. Namesto tega menim, da je treba pomen določbe obravnavati tako, da se presodi, kakšna je lahko funkcija in posebnost hipoteke pri zagotavljanju jamstva za zaščito terjatve, in nato izrazu „druge pravice na zemljišču ali drugem premoženju“ pripisati ustrezen pomen.

48. Hipoteka je znana vrsta jamstva, ki upniku zagotavlja posebne prednostne pravice v primeru dolžnikovega neizpolnjevanja obveznosti. To pomeni, da bo v primeru več dolgov dolžnika terjatev upnika, ki je upravičenec do hipoteke, prednostno poplačana z dolžnikovim premoženjem.

49. Obstajajo tudi druge vrste jamstev, vključno s premičninami, ki upniku dajejo podobno prednost, in sicer da je v primeru dolžnikove neizpolnitve obveznosti prednostno poplačan.

50. Menim, da se je v direktivi z uporabo izraza „druge pravice na zemljišču ali drugem premoženju“ želelo združiti vrste jamstev, katerih ustanovitev, vpis ali izbris imajo podoben učinek na pravice upnika: to, da so ustrezno jamstvo za podelitev posebne prednostne pravice pri poplačilu terjatve v primeru neizpolnitve obveznosti. To velja ne glede na to, ali gre za premičnine ali nepremičnine.

51. Na tej točki bi moral izraz „druge pravice na zemljišču ali drugem premoženju“ vsekakor vključevati zastavne pravice na premičninah, če zadnjenavedene v pravo države članice podeljujejo posebne prednostne pravice v zgoraj navedenem smislu. Prav tako morda tudi druge vrste jamstev z enakimi učinki.

52. Če je torej na Portugalskem, kakor je bilo možno razumeti iz navedb portugalske vlade na zaslišanju, zastavna pravica največje možno jamstvo, po funkciji primerljivo s hipoteko, je težko ugotoviti razlog za izključitev možnosti obračuna kolkovine za pogodbo o jamstvu.

53. V obravnavani zadevi bo moralo predložitveno sodišče presoditi, ali je jamstvo iz pogodbe o jamstvu v zvezi z izdajo obveznic, čeprav ni hipotekarne ali nepremičninske narave, takšno, da ima opisane učinke in zato glede na določbe nacionalnega prava spada pod pojem „druge pravice na zemljišču ali drugem premoženju“.

54. Če se na tej točki vrnem na začetek svojega razlogovanja, lahko z vnovičnim poudarjanjem osrednjega pomena razmerja med členoma 5 in 6 Direktive 2008/7 za koristen odgovor na vprašanja, ki jih je zastavilo predložitveno sodišče, predstavim nekaj predlogov.

¹⁶ Iz starogrščine ἑν διὰ δύοιν („eno skozi dvoje“) – retorične figure, sestavljene iz uporabe dveh priredno povezanih besed za izražanje enega pojma.

55. Branje uvodnih izjav direktive in razprava, tudi v pravni teoriji, glede tega vprašanja kažeta na to, da je treba odpraviti možnost, da države članice obračunavajo posredne davke v položajih, v katerih se sklenejo kapitalske transakcije.

56. Če pa je bilo odločeno, da se državam članicam zaradi davčnih prihodkov za splošno blaginjo pusti možnost, da obdavčijo določene transakcije, povezane s kapitalom, čeprav kot omejeno odstopanje, je treba osmisliti to odločitev zakonodajalca Unije, ki je očitno vzpostavil ravnovesje med nasprotujočimi si interesi. Kot je bilo omenjeno zgoraj, je treba ravnovesje vzpostaviti na dveh ravneh: med prostim pretokom kapitala in davčno pristojsnostjo držav ter med učinkovitostjo prepovedi iz člena 5 in možnostjo uporabe odstopanja iz člena 6.

57. Razlaga, ki jo predlaga tožeča stranka v postopku v glavni stvari in v veliki meri tudi Komisija, po mojem mnenju ne omogoča ustreznega ravnovesja na nobeni od obeh ravni. Zlasti členu 6(1)(d) odvzema vsakršen pomen in preostalo uporabnost, saj ustvarja nepravičen položaj, da je samo v primeru pogodbe o jamstvu, v kateri so določene hipoteke, mogoče obračunati posredne davke, kar ustvarja neenako obravnavo jamstev z enakimi funkcijami in učinki, ki negativno vpliva na pogodbeno avtonomijo strank. Stranke bi namreč bile močno odvrnjene od izbire hipotekarnih jamstev, ker bi to povzročilo možnost obračunavanja posrednih davkov, ki se, nasprotno, ne bi obračunavali v primeru jamstev s premičninami s podobnimi pravnimi učinki.

IV. Predlog

58. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (razsodišče v davčnih sporih (center za arbitražo v upravnih zadevah – CAAD, Portugalska)), odgovori:

1. Člen 5(2)(b) Direktive Sveta 2008/7/ES z dne 12. februarja 2008 je treba razlagati tako, da nasprotuje obdavčitvi iz naslova kolkovine za jamstva, dana v zvezi s transakcijo izdaje obveznic, ki zajemajo zastavne pravice na delnicah, stanjih na bančnih računih in terjatvah delničarjev ter odstopa terjatev, ki služijo kot zavarovanje, če je mogoče pogodbo o jamstvu šteti za formalnost, povezano s pogodbo o financiranju. Tako je v primeru, kadar obveznost dajanja jamstva v primeru izdaje obveznic nalaga zakon ali drug predpis, ki omejuje voljo strank, ali pa nacionalno sodišče ugotovi obstoj takega dejanskega stanja, zaradi katerega se dajanje jamstev lahko šteje za potreben poslovni ukrep kompleksne in enotne transakcije.
2. Odobritev z zakonom določenih jamstev je pogoj, da se pogodba o jamstvu, sklenjena v povezavi s pogodbo o financiranju, šteje za formalnost, povezano z zadnjenavedeno, in zato v skladu s členom 5(2)(b) Direktive Sveta 2008/7/ES z dne 12. februarja 2008 izključuje obdavčitev s posrednim davkom.
3. Okoliščina, da so bila jamstva dana v okviru transakcije izdaje obveznic, ki jih je individualno vpisala bančna institucija, pri čemer se lahko položaj vpisnika prenese po volji izdajatelja, čeprav za ta prenos veljajo določeni pogoji in pogodbene kazni/provizije, ne vpliva na odgovor na prvo vprašanje.

4. Člen 6(1)(d) Direktive Sveta 2008/7/ES z dne 12. februarja 2008 je treba razlagati tako, da zajema vsa jamstva (izdana v zvezi z izdajo obveznic, ki spadajo na področje uporabe člena 5(2)(b) te direktive), katerih ustanovitev ali vpis ima podoben učinek na pravice upnika: podelitev posebne prednostne pravice pri poplačilu terjatve v primeru neizpolnitve obveznosti. To velja ne glede na to, ali gre za premičnine ali nepremičnine.