

Zaak C-685/23**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

15 november 2023

Verwijzende rechter:

Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) [scheidsgerecht voor belastingzaken (centrum voor bestuursrechtelijke arbitrage – CAAD), Portugal]

Datum van de verwijzingsbeslissing:

10 november 2023

Verzoekende partij:

Corner and Border SA

Verwerende partij:

Autoridade Tributária e Aduaneira

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geding tussen Corner and Border SA (hierna: „C&B”) en de Autoridade Tributária e Aduaneira (belasting- en douanediens, Portugal; hierna: „belastingdienst”), waarin eerstgenoemde verzoekt dat een op 27 januari 2022 geheven zegelrecht ten bedrage van 2 093 400 EUR op een geheel van garanties voor een obligatielening ter financiering van de aankoopprijs van de aandelen van twee vennootschappen en voor de herfinanciering van de schulden van deze vennootschappen, onrechtmatig en bijgevolg nietig wordt verklaard.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Dit verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 5, lid 2, onder b), en artikel 6, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/7/EG van de Raad

van 12 februari 2008 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal (PB 2008, L 46, blz. 11).

Prejudiciële vragen

- 1) Moet artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7/EG van de Raad van 12 februari 2008 aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat bepaalde garanties – in de vorm van pandrechten op aandelen, op banktegoeden en op aandeelhoudersleningen, alsmede cessies van gewaarborgde schuldvorderingen – die zijn verstrekt in het kader van een obligatie-emissie, worden onderworpen aan zegelrecht?
- 2) Maakt het voor het antwoord op de eerste prejudiciële vraag verschil of de verstrekking van garanties een wettelijke verplichting dan wel een facultatieve, vrijwillig overeengekomen verbintenis is?
- 3) Maakt het voor het antwoord op de eerste prejudiciële vraag verschil dat de garanties zijn verstrekt in het kader van een obligatie-emissie waarop is ingeschreven door een bankentiteit waarvan de positie van inschrijver op initiatief van de uitgevende instelling kan worden overgedragen, ook als die overdracht is onderworpen aan bepaalde voorwaarden en aan sancties/provisies?
- 4) Moet artikel 6, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/7/EG van de Raad van 12 februari 2008 aldus worden uitgelegd dat voornoemde garanties (pandrechten op aandelen, op banktegoeden en op aandeelhoudersleningen, alsmede cessies van gewaarborgde schuldvorderingen), die zijn verstrekt in het kader van een obligatie-emissie die is onderworpen aan artikel 5, lid 2, onder b), van die richtlijn, binnen de werkingssfeer van eerstgenoemde bepaling vallen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2008/7/EG van de Raad van 12 februari 2008 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal: artikel 1, artikel 5, lid 2, onder a) en b), en artikel 6, lid 1, onder d)

Arrest van 19 oktober 2017, Air Berlin, C-573/16, EU:C:2017:772, punt 32

Arrest van 22 december 2022, IM Gestão de Ativos e.a., C-656/21, EU:C:2022:1024, punt 28

Beschikking van 19 juli 2023, A (Belasting op marketingdiensten in verband met effecten), C-335/22, EU:C:2023:603, punten 24-28

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Código do imposto do selo (wetboek van zegelrecht): artikel 1 en rubriek 10.3 van de Tabela Geral do Imposto do Selo (algemene tabel van het zegelrecht)

Artikel 1

Objectieve werkingssfeer

1. Het zegelrecht is van toepassing op alle handelingen, overeenkomsten, documenten, titels, stukken en andere juridische feiten of situaties waarin de Tabela Geral do Imposto do Selo [(algemene tabel van het zegelrecht)] voorziet, met inbegrip van overdrachten van goederen om niet.

[...]

10 Garanties voor verbintenissen, ongeacht hun aard of vorm, met name borgstellingen, autonome bankgaranties, hypotheek, pandrechten en borgstellingsverzekeringen, tenzij deze materieel bijkomend zijn aan overeenkomsten die reeds aan belasting tegen het onderhavige tarief zijn onderworpen en die tegelijk met de gewaarborgde verbintenis zijn gevormd, ook als dat in een afzonderlijk instrument of een afzonderlijke titel is gebeurd – op basis van hun respectieve waarde, afhankelijk van de looptijd, waarbij elke verlenging van de looptijd van een overeenkomst wordt beschouwd als een nieuwe verrichting:

[...]

10.3 Garanties voor onbepaalde tijd of met een looptijd van vijf jaar of langer – 0,6 %.

Korte beschrijving van de feiten en van het hoofdeding

- 1 C&B is een naamloze vennootschap naar Portugees recht met statutaire zetel in Lissabon, die voor 100 % in handen is van ONEX RENEWABLES Sàrl, een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die is ingeschreven in het handels- en vennootschapsregister van Luxemburg (R.C.S. Luxembourg) onder nummer B255771 en met het Portugese nummer van gelijkgestelde entiteit (hierna: „ONEX”).
- 2 Op 21 juli 2021 heeft ONEX het gehele maatschappelijk kapitaal van ÉOLICA DO SINCELO, SA, een naamloze vennootschap naar Portugees recht met statutaire zetel in Porto (hierna: „ES”) en van ÉOLICA DA LINHA, SA, een naamloze vennootschap naar Portugees recht met statutaire zetel in Porto (hierna: „EL”), verworven van EDP Renewables SGPS SA, een naamloze vennootschap naar Portugees recht.

- 3 Op 29 juli 2021 heeft ONEX haar contractuele positie in de in het vorige punt bedoelde overeenkomst tot verwerving van de aandelen van ES en EL overgedragen aan C&B.
- 4 Op 27 januari 2022 heeft C&B een financieringsovereenkomst met de benaming *Facilities Agreement* [(faciliteitenovereenkomst)] gesloten, op grond waarvan zij een obligatielening heeft uitgeschreven bestaande uit op naam gestelde obligaties met een nominale waarde van 100 000 EUR elk, voor een totaalbedrag van 348 900 000 EUR, onderverdeeld in twee obligatieklassen („A” en „B”), waarop voor het gehele bedrag werd ingeschreven door BANCO SANTANDER TOTTA, SA (hierna: „BST”).
- 5 In de *Facilities Agreement* werd bepaald dat C&B, in haar hoedanigheid van uitgevende instelling, kon besluiten de door BST aangevane contractuele positie van inschrijver over te dragen, onderworpen aan boeten/provisies.
- 6 De uitgegeven obligaties moesten worden geregistreerd en in bewaring worden gegeven bij Interbolsa, als beheerder van de effectenafwikkelingssystemen en de gecentraliseerde effectensystemen van de Comissão dos valores Mobiliários (toezichthouder voor de effectenmarkten, Portugal).
- 7 De *Facilities Agreement* is gesloten om de verwerving van de aandelen van ES en EL te financieren en de schulden van die vennootschappen te herfinancieren.
- 8 Ter waarborging van de nakoming van alle verbintenissen en aansprakelijkheden uit hoofde van de *Facilities Agreement* hebben ONEX, C&B, ES en EL bepaalde zakelijke of persoonlijke garanties verstrekt middels de overeenkomst met de benaming *Security Agreement* (garantieovereenkomst) die is gesloten tussen deze vennootschappen, in hun hoedanigheid van garanten, en BST, als de begunstigde en zekerheidsagent.
- 9 Op grond van de *Security Agreement* heeft ONEX de volgende garanties en toegezegde garanties verstrekt:
 - pandrecht in eerste rang op de aandelen van C&B en op de daaraan verbonden rechten;
 - toegezegd pandrecht op door C&B nieuw uitgegeven aandelen en op de daaraan verbonden rechten;
 - pandrecht in eerste rang op alle bestaande schuldvorderingen [die voortvloeien uit bijkomende prestaties, aanvullende uitkeringen, leningen of andere achtergestelde schulden, andere typen quasi-kapitaal of andere vormen van financiering in natura of in geld (aandeelhoudersleningen)] jegens C&B waarvan ONEX, als moedermaatschappij, de houdster is, en
 - toegezegd pandrecht op door ONEX in de toekomst te verwerven toekomstige aandeelhoudersleningen.

- 10 Op grond van de *Security Agreement* heeft C&B de volgende garanties en toegezegde garanties verstrekt:
- pandrecht in eerste rang op de aandelen van EL en op de daaraan verbonden rechten;
 - toegezegd pandrecht op door ES en EL nieuw uitgegeven aandelen en op de daaraan verbonden rechten;
 - pandrecht in eerste rang op alle bestaande aandeelhoudersleningen aan ES en EL waarvan C&B, als moedermaatschappij, de houdster is;
 - toegezegd pandrecht op toekomstige aandeelhoudersleningen waarvan C&B de houdster wordt;
 - pandrecht in eerste rang op alle vorderingen waarvan C&B de houdster is, met inbegrip van het recht op de ontvangst van bedragen uit hoofde van de in de *Security Agreement* overeengekomen zogenoemde „hedging Agreement Rights”, „Project Document Rights” en „Insurance Agreement Rights” die in onderpand kunnen worden gegeven;
 - cessie van schuldvorderingen als zekerheid voor onverschillig welke schuldvorderingen die door C&B worden verworven, met inbegrip van het recht op de ontvangst van bedragen uit hoofde van de in de *Security Agreement* overeengekomen zogenoemde „Future hedging Agreement Rights”, „Future Project Document Rights” en „Future Insurance Agreement Rights” die niet zijn inbegrepen in het in de vorige alinea bedoelde pandrecht;
 - pandrecht in eerste rang op de banktegoeden van C&B per de datum van sluiting van de *Security Agreement*, en
 - toegezegd pandrecht in eerste rang op de tegoeden van C&B op na de sluiting van de *Security Agreement* nieuw geopende bankrekeningen.
- 11 Op grond van de *Security Agreement* hebben ES en EL de volgende garanties en garantietoezeggingen verstrekt:
- pandrecht in eerste rang op de banktegoeden van die vennootschappen per de datum van sluiting van de *Security Agreement*; en
 - toegezegd pandrecht in eerste rang op de tegoeden van die vennootschappen op na de sluiting van de *Security Agreement* nieuw geopende bankrekeningen;
 - pandrecht in eerste rang op alle schuldvorderingen waarvan die vennootschappen de houdster zijn, met inbegrip van het recht op de ontvangst van bedragen uit hoofde van de in de *Security Agreement* overeengekomen zogenoemde „Project Document Rights” en „Insurance Agreement Rights” die in onderpand kunnen worden gegeven,

- cessie van schuldvorderingen als zekerheid voor onverschillig welke schuldvorderingen die door C&B worden verworven, met inbegrip van het recht op de ontvangst van bedragen uit hoofde van de in de *Security Agreement* overeengekomen zogenoemde „Future Project Document Rights” en „Future Insurance Agreement Rights” die niet zijn inbegrepen in het in de vorige alinea bedoelde pandrecht.
- 12 De sluiting van de *Security Agreement* en de verstrekking van de opgesomde garanties waren noodzakelijke en essentiële voorwaarden voor de sluiting van de *Facilities Agreement* en voor de daaropvolgende uitgifte van de obligatielening.
- 13 Op 27 januari 2022 heeft de notaris die de akte van de *Facilities Agreement* en de *Security Agreement* heeft afgegeven en verleden, zegelrecht geheven, overeenkomstig rubriek 10.3 van de algemene tabel van het zegelrecht, door het tarief van 0,6 % toe te passen op de waarde van 348 900 000 EUR, resulterend in een belasting van 2 093 400 EUR.
- 14 C&B heeft het bedrag van 2 093 400 EUR gedomicilieerd op haar bankrekening.
- 15 Op 3 augustus 2022 heeft C&B bij de belastingdienst bezwaar aangetekend tegen de handeling van het heffen van zegelrecht.
- 16 Op 3 december 2022 is de termijn voor de stilzwijgende afwijzing van het bezwaar verstreken, nadat de belastingdienst zich ter zake daarvan niet had uitgesproken.
- 17 Op 2 maart 2023 heeft C&B een vordering tot arbitrage ingesteld, die heeft geleid tot de onderhavige procedure.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 18 Deze procedure betreft de heffing van zegelrecht, op grond van de toepassing van rubriek 10.3 van de algemene tabel die als bijlage is bijgevoegd bij het wetboek dat die belasting regelt, op alle bovengenoemde garanties die zijn verstrekt in verband met de door C&B uitgegeven obligatielening ter financiering van de aankoopprijs van de aandelen van ES en EL en voor de herfinanciering van de schuld van deze vennootschappen.
- 19 In het kader van het verzoek tot arbitrage voert C&B primair aan dat de heffing van het zegelrecht een schending van het Unierecht vormt, met name van de onbelastbaarheid zoals neergelegd in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7, en subsidiair dat deze belastingheffing niet strookt met het nationale recht, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om te beoordelen.
- 20 Wat de schending van het Unierecht betreft, voert C&B aan dat het belasten van de garanties die zijn verstrekt met het oog op formalisering van de obligatielening onrechtmatig is, aangezien die belastingheffing inbreuk maakt op het bepaalde in

artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7. Zij betoogt dat het door deze richtlijn nagestreefde doel is te verbieden dat belasting wordt geheven over alle handelingen, ook bijkomende, die verband houden met verrichtingen voor het bijeenbrengen van kapitaal. Volgens C&B waren de verstrekte garanties, ofschoon deze vrijwillig en vrijelijk met BST waren overeengekomen, een essentiële voorwaarde voor de levensvatbaarheid van de obligatielening. In dit verband is C&B van mening dat de garanties formeel zelfstandige handelingen waren, maar uit functioneel en economisch oogpunt verband hielden met de obligatie-emissie, zodat de heffing van zegelrecht daarover zou neerkomen op het belasten van de verrichting voor het bijeenbrengen van kapitaal in haar geheel beschouwd.

- 21 Bovendien heeft de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7 vastgestelde uitzondering op het verbod van artikel 6, lid 1, onder d), van die richtlijn volgens C&B uitsluitend betrekking op garanties die worden verstrekt met betrekking tot onroerende goederen, zodat die bepaling niet van toepassing is op de onderhavige zaak, gegeven het feit dat de garanties die in de onderhavige procedure aan de orde zijn in de kern bestaan uit pandrechten en toegezegde pandrechten op aandelen, op banktegoeden, op aandeelhoudersleningen alsmede cessies van gewaarborgde schuldvorderingen.
- 22 De belastingdienst betoogt van zijn kant dat in de onderhavige zaak de obligatie-emissie samen met de verstrekking van garanties materieel gezien gelijkwaardig is met het sluiten van een bilaterale overeenkomst inzake een door pandrechten zekergestelde lening, aangezien over de uitgegeven obligaties rechtstreeks met een bankentiteit is onderhandeld, waarbij die effecten niet werden geacht primair te zijn bestemd voor verhandeling op de markt. Dientengevolge kan de heffing van zegelrecht op de verstrekte garanties niet leiden tot „discriminaties, dubbele belastingheffing en ongelijkheden, die het vrije kapitaalverkeer hinderen” (overweging 2 van richtlijn 2008/7), zodat de inroeping van het verbod van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7 niet gerechtvaardigd is.
- 23 Bovendien waren de door C&B verstrekte garanties volgens de belastingdienst geen voorwaarde voor de geldigheid van de obligatie-emissie die zij beoogden te beschermen (dat wil zeggen dat die garanties niet verplicht waren) en moeten zij evenmin worden beschouwd als een bijkomende handeling (zoals de inschrijving van de emissie in het register, de registratie van de obligatiehouders, de eventuele authenticatie van vennootschapsakten, de inschrijving in het handelsregister en de publicatie van de door de vennootschap gesloten emissiebesluiten dat zijn), met als gevolg dat zij niet onder het verbod van richtlijn 2008/7 vallen.
- 24 Tot slot voert de belastingdienst aan dat de uitzondering van artikel 6, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/7 in ieder geval van toepassing is op de onderhavige zaak, aangezien het in die bepaling gebruikte begrip „voorrechten” garanties in de vorm van pandrechten omvat en uit de bewoordingen ervan niet blijkt dat die bepaling is beperkt tot op onroerende goederen gevestigde rechten.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 25 Volgens de verwijzende rechter moet worden beoordeeld of de hierboven in de punten 9 tot en met 11 opgesomde garanties, die zijn verstrekt om de uitvoering en nakoming van alle verplichtingen en aansprakelijkheden die voortvloeien uit de door C&B en BST overeengekomen obligatielening zeker te stellen, met de lening „verband houdende formaliteiten” in de zin van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7 vormen.
- 26 Wat de uitlegging van die bepaling betreft, verwijst de verwijzende rechter naar de rechtspraak van het Hof van Justitie in zijn arresten in de zaken C-573/16, punt 32, en C-656/21, punt 28, en in zijn beschikking in zaak C-335/22, punten 24 tot en met 28, waaruit volgens de verwijzende rechter volgt dat met aan het belastingverbod van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7 onderworpen leningen „verband houdende formaliteiten”, formaliteiten zijn die nauw samenhangen met – dat wil zeggen integrerend deel uitmaken van of worden uitgevoerd in het kader van – een verrichting voor het bijeenbrengen van kapitaal in haar geheel beschouwd.
- 27 De verwijzende rechter onderstreept dat, onverminderd de strekking van de uitlegging die voortvloeit uit de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie, de in die arresten bedoelde „verband houdende formaliteiten” – clearingdiensten bij de verkoop van aandelen op de beurs en marketingdiensten in verband met deelnemingen in fondsen – onderling verschillen en ook verschillen van die welke het voorwerp zijn van de onderhavige zaak, die ziet op de verstrekking van garanties in het kader van een inschrijving op obligaties.
- 28 Aangezien die arresten niet zien op het verbod van indirecte belasting in verband met de verstrekking van garanties in het kader van verrichtingen voor het bijeenbrengen van kapitaal, noch op het bijkomende karakter van die verstrekking in de context van de verrichting in haar geheel beschouwd, is de verwijzende rechter van oordeel dat voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie niet zonder meer kan worden toegepast op de onderhavige zaak.
- 29 Bovendien stond in die zaken de toepasselijkheid van de uitzondering van artikel 6, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/7 niet ter discussie, inzonderheid wat moet worden verstaan onder „voorrechten”, gelet op de ogenschijnlijke verschillen in betekenis die voortvloeien uit de verschillende bewoordingen en versies van deze richtlijn.
- 30 De meningsverschillen of tegengestelde opvattingen over de uitlegging van het Unierecht komen duidelijk tot uiting in de door partijen in hun schrifturen verdedigde standpunten, en zowel C&B als de belastingdienst heeft verzocht om de indiening van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.
- 31 De verwijzende rechter herinnert eraan dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie de prejudiciële verwijzing een instrument van justitiële samenwerking is op grond waarvan de nationale rechter en het Hof van Justitie, in het kader van

hun respectieve bevoegdheden, moeten samenwerken bij het vormgeven van een beslissing teneinde de eenvormige toepassing van het Unierecht in alle lidstaten te verzekeren. Ook herinnert hij eraan dat de nationale rechter, op basis van de theorie van de *acte clair*, beschikt over de bevoegdheid om geen gebruik van dit instrument te maken.

- 32 Gelet op alle uiteengezette overwegingen is de verwijzende rechter van oordeel dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de theorie van de *acte clair*, zodat hij verplicht is om prejudiciële vragen te formuleren opdat het Hof zich kan uitspreken over de uitlegging van het Unierecht en de verenigbaarheid van regels van nationaal recht daarmee.

WERKDOCUMENT