CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. BIONDI
van 13 februari 2025 [1]

Zaak C-685/23

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

[verzoek van de Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (scheidsgerecht voor belastingzaken, centraal orgaan voor bestuursrechtelijke arbitrage – CAAD, Portugal) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal – Uitgifte van obligaties – Garantieovereenkomst – Zegelrecht – Strekking van het begrip ‚daarmee verband houdende formaliteiten' – Begrip ‚voorrecht'"

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2008/7/EG [2], met het opschrift „Verrichtingen die niet aan indirecte belastingen zijn onderworpen", bepaalt het volgende:

„De lidstaten heffen geen enkele indirecte belasting, in welke vorm ook, ter zake van:

[…]

b) leningen, met inbegrip van staatsleningen, afgesloten tegen uitgifte van obligaties of andere verhandelbare effecten, onverschillig door wie deze worden uitgegeven, en alle daarmee verband houdende formaliteiten, alsmede het opmaken, de uitgifte, de toelating ter beurze, het in omloop brengen of het verhandelen van deze obligaties of andere verhandelbare effecten."

[1] Oorspronkelijke taal: Italiaans.

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

2. Artikel 6 van deze richtlijn, met het opschrift „Rechten en btw", luidt als volgt:

„Niettegenstaande artikel 5 kunnen de lidstaten de volgende rechten en belastingen heffen:

[…]

d) rechten op de vestiging, inschrijving of doorhaling van voorrechten en hypotheken;

[…]"

B. Portugees recht

3. Artikel 1 van wet nr. 150/99 van 11 september 1999 tot goedkeuring van de Código do Imposto do Selo (wetboek inzake het zegelrecht), met het opschrift „Wetboek inzake het zegelrecht en bijgevoegde tabel", bepaalt:

„Deze wet inzake zegelrechten en de bijgevoegde tabel worden goedgekeurd. Zij vervangen respectievelijk het bij besluit nr. 12700 van 20 november 1926 goedgekeurde reglement inzake het zegelrecht en de bij besluit nr. 21916 van 28 november 1932 goedgekeurde algemene tabel van het zegelrecht, zoals gewijzigd."

4. Punt 10 van de Tabela Geral do Imposto do Selo (algemene tabel van het zegelrecht) luidt als volgt:

„10 – Garanties voor verbintenissen, ongeacht hun aard of vorm, te weten borgstellingen, garantiedeposito's, autonome bankgaranties, autonome garanties, hypotheken, pandrechten en borgstellingsverzekeringen, tenzij deze in wezen bijkomende verrichtingen zijn ten opzichte van overeenkomsten die reeds specifiek in deze tabel worden belast en tegelijk met de gewaarborgde verbintenis zijn aangegaan, 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 %."

II. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

5. Corner and Border S. A. (hierna: „C&B") is een naamloze vennootschap naar Portugees recht 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 (hierna: „ONEX").

6. Op 21 juli 2021 heeft ONEX van EDP RENEWABLES, SGPS, S. A., een naamloze vennootschap naar Portugees recht, het volledige maatschappelijk kapitaal verworven van EÓLICA DO SINCELO, S. A., een naamloze vennootschap naar Portugees recht (hierna: „ES"), en van EÓLICA DA LINHA, S. A., een naamloze vennootschap naar Portugees recht (hierna: „EL").

7. Op 29 juli 2021 heeft ONEX haar contractuele positie in de overeenkomst tot verwerving van de aandelen van ES en EL overgedragen aan C&B.

8. Op 27 januari 2022 heeft C&B een financieringsovereenkomst met het opschrift *Facilities Agreement* gesloten, op grond waarvan zij een obligatielening heeft uitgeschreven bestaande uit op naam gestelde, in girale vorm aangehouden 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 volledige bedrag is ingeschreven door BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. (hierna: „BST").

9. 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.

10. 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 zekerheden gesteld door middel van de overeenkomst met het opschrift *Security Agreement* (garantieovereenkomst) die is gesloten tussen deze vennootschappen, in hun hoedanigheid van garanten, en BST, als de begunstigde en zekerheidsagent.

11. Op grond van de *Security Agreement* heeft ONEX een reeks garanties en garantietoezeggingen verstrekt[3], net als C&B[4], ES en EL[5].

12. De sluiting van de *Security Agreement* en de verstrekking van de voornoemde 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 opgesteld en verleden, zegelrecht vastgesteld 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, wat resulteerde in een belasting van 2 093 400 EUR.

14. C&B heeft het bedrag van 2 093 400 EUR betaald door overschrijving van haar bankrekening.

15. Op 3 augustus 2022 heeft C&B bezwaar ingediend tegen de handeling waarbij de hoogte van het zegelrecht is vastgesteld.

16. Op 3 december 2022 werd het bezwaar geacht stilzwijgend te zijn afgewezen aangezien de belasting- en douaneautoriteit daarover geen uitspraak heeft gedaan.

[3] Eersterangs pandrecht op de aandelen van C&B en de daaraan verbonden rechten; pandbelofte op door C&B uit te geven nieuwe aandelen en de daaraan verbonden rechten; eersterangs pandrecht op alle bestaande vorderingen die ONEX, als moedermaatschappij, heeft op C&B, en pandbelofte op toekomstige aandeelhoudersleningen van ONEX.

[4] Eersterangs pandrecht op de aandelen van ES en EL en de daaraan verbonden rechten; pandbelofte op de door ES en EL uit te geven nieuwe aandelen en de daaraan verbonden rechten; eersterangs pandrecht op bestaande aandeelhoudersleningen die C&B, als moedermaatschappij, heeft ten aanzien van ES en EL; pandbelofte op toekomstige aandeelhoudersleningen van C&B; eersterangs pandrecht op alle vorderingen van C&B; cessie van schuldvorderingen als zekerheid voor alle vorderingen die C&B verkrijgt; eersterangs pandrecht op het saldo van bankrekeningen die op het tijdstip van ondertekening van de *Security Agreement* op naam van C&B stonden, en eersterangs pandbelofte op het saldo op nieuwe bankrekeningen die na de ondertekening van de *Security Agreement* op naam van C&B komen te staan.

[5] Eersterangs pandrecht op het saldo van de bankrekeningen die op het tijdstip van de ondertekening van de *Security Agreement* op naam van de vennootschappen stonden; eersterangs pandbelofte op het saldo van nieuwe bankrekeningen die na de ondertekening van de *Security Agreement* op naam van de vennootschappen komen te staan; eersterangs pandrecht op alle vorderingen van deze vennootschappen en cessie van schuldvorderingen als zekerheid voor alle vorderingen die deze vennootschappen zullen verkrijgen.

17. Op 2 maart 2023 heeft C&B een verzoek tot arbitrage ingediend, dat heeft geleid tot de onderhavige procedure.

18. In die omstandigheden heeft de Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (scheidsgerecht voor belastingzaken, centraal orgaan voor bestuursrechtelijke arbitrage – CAAD, Portugal) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„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-uitgifte, 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 indien de garanties zijn verstrekt in het kader van een obligatie-uitgifte 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?”

III. Juridische analyse

19. Met zijn vier vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 5, lid 2, onder b), en artikel 6, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/7 aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling waarin is bepaald dat zegelrecht wordt geheven over de garanties die zijn verstrekt in de vorm van pandrechten op aandelen, op banktegoeden en op aandeelhoudersleningen, en in de vorm van cessies van schuldvorderingen, met het oog op de goede nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit een door een kapitaalvennootschap uitgegeven obligatielening.

20. Mijn juridische analyse begint met het onderzoek naar de verhouding tussen de twee bepalingen van Unierecht, die mijns inziens centraal staan, om een nuttig antwoord te kunnen geven op de vragen van de verwijzende rechter. Ik zal eerst in algemene termen de door mij voorgestelde uitlegging schetsen, om na een analytisch onderzoek van de twee bepalingen tot een conclusie te komen.

21. In artikel 5 is het beginsel neergelegd dat leningen afgesloten tegen uitgifte van obligaties of andere verhandelbare waardepapieren en alle daarmee verband houdende formaliteiten, niet onderworpen zijn aan indirecte belastingen. Zoals het Hof reeds meerdere malen heeft verklaard,

heeft richtlijn 2008/7 de gevallen waarin de lidstaten indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal kunnen heffen *volledig* geharmoniseerd.[6] Artikel 6 wijkt dus uitdrukkelijk af van de bepalingen van artikel 5 en staat de lidstaten toe uitsluitend rechten te heffen „op de vestiging, inschrijving of doorhaling van voorrechten en hypotheken".

22. Tussen de twee bepalingen is er duidelijk een verhouding van regel-uitzondering: de eerste bepaling schrijft een algemene regel voor, de tweede bepaling is in afwijking van de eerste uitsluitend van toepassing wanneer aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan.

23. Bij de uitlegging zal dus een afweging moeten worden gemaakt tussen de twee beginselen die in de twee bepalingen tot uitdrukking zijn gebracht (vrijheid van kapitaalverkeer en het recht van de lidstaten om belasting te heffen in uitdrukkelijk bepaalde gevallen). Daarbij moet er evenwel rekening mee worden gehouden dat het eerste beginsel een algemene strekking heeft, mede gelet op het feit dat indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal leiden tot discriminatie, dubbele belastingheffing en ongelijkheden, die het vrije kapitaalverkeer juist hinderen.[7] De draagwijdte van het tweede beginsel is in deze situaties daarentegen louter residueel maar niet helemaal nul: de Uniewetgever zelf heeft verklaard dat de doeleinden van richtlijn 2008/7, te weten de wetgeving betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal te harmoniseren[8], het best worden gediend met de afschaffing van het kapitaalrecht, maar dat het verlies aan ontvangsten als gevolg van de onmiddellijke toepassing van een dergelijke maatregel in de huidige toestand onaanvaardbaar blijkt te zijn voor lidstaten[9].

24. Om die afweging te maken moet bijgevolg in de eerste plaats de werkingssfeer van artikel 5 worden onderzocht. Artikel 5 bepaalt dat geen indirecte belastingen mogen worden geheven ter zake van niet alleen financiële verrichtingen in de vorm van uitgifte van obligaties, maar ook alle „daarmee verband houdende formaliteiten".

25. In de onderhavige zaak is het duidelijk dat de belangrijkste financiële verrichting valt onder het ruime begrip leningen die zijn „afgesloten tegen uitgifte van obligaties of andere verhandelbare effecten". De vraag is of de garantieovereenkomst die gelijktijdig met de obligatielening is ondertekend onder het begrip „daarmee verband houdende formaliteiten" kan vallen.

26. Zoals het Hof heeft verduidelijkt, moet artikel 5 van deze richtlijn, gelet op het door de richtlijn nagestreefde doel, ruim worden uitgelegd om te voorkomen dat de verbodsbepalingen daarin hun nuttige werking wordt ontnomen. Zo geldt het verbod op een heffing van een belasting ter zake van verrichtingen voor het bijeenbrengen van kapitaal eveneens voor verrichtingen waarvan niet uitdrukkelijk in dat verbod melding is gemaakt wanneer het heffen van een dergelijke belasting erop neerkomt dat belasting wordt geheven over een verrichting die integrerend deel uitmaakt van een globale verrichting voor het bijeenbrengen van kapitaal.[10]

27. Daarbij moet evenwel worden beoordeeld hoe ruim die uitlegging is. De rechtspraak van het Hof biedt daarvoor een leidraad: ten eerste moeten alle handelingen die *een kapitaalvennootschap op grond van het nationale recht verplicht is te verrichten* voor het opmaken, de uitgifte, de toelating ter beurze, het in omloop brengen of het verhandelen van de

6 Zie arresten van 19 oktober 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772, punt 27), en 24 februari 2022, Viva Telecom Bulgaria (C-257/20, EU:C:2022:125, punt 65).

7 Overweging 2 van richtlijn 2008/7.

8 Overweging 3 van richtlijn 2008/7.

9 Overweging 6 van richtlijn 2008/7.

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

betrokken verhandelbare effecten, worden vrijgesteld van indirecte belasting, omdat zij vallen onder het begrip „daarmee verband houdende formaliteiten”.[11] Ten tweede moeten verrichtingen, zoals marketingdiensten voor participaties in beleggingsfondsen die, aangezien zij nauw verband houden met de uitgifte en het in omloop brengen van participaties, *een noodzakelijke commerciële stap* vormen die uit dien hoofde moet worden beschouwd als een bijkomende verrichting die deel uitmaakt van de uitgifte en het in omloop brengen van participaties in die fondsen[12], van belastingen worden vrijgesteld.

28. De garantieovereenkomst is zonder meer een bijkomende verrichting ten opzichte van de financieringsovereenkomst, en is vanuit zowel commercieel als juridisch oogpunt nauw daarmee verbonden. De garantieovereenkomst is vanuit juridisch oogpunt weliswaar een zelfstandige overeenkomst, maar zij heeft betrekking op de financieringsovereenkomst en dient juist om de schuldeiser te garanderen dat de schuldenaar de schuld zal terugbetalen. Daarbij rijst evenwel de vraag of de garantieovereenkomst kan worden geacht door het nationale recht te zijn opgelegd dan wel (als alternatief) kan worden beschouwd als een noodzakelijke commerciële stap in verband met de financieringsovereenkomst.

29. Mijn antwoord op deze vragen is veel genuanceerder en gecompliceerder dan het antwoord dat de verzoekende partij of de Commissie hebben voorgesteld. De garantieovereenkomst is in geval van een obligatie-uitgifte normaal gesproken niet verplicht op grond van de wet of andere bindende voorschriften. Zij heeft, zoals gezegd, haar eigen juridische autonomie ten opzichte van de financieringsovereenkomst, in die zin dat de financieringsovereenkomst juridisch kan bestaan zonder de garantieovereenkomst. De twee overeenkomsten hebben voorts verschillende doelen: de ene heeft tot doel de financiële en industriële verrichting van de onderneming mogelijk te maken door obligaties bij een kredietinstelling te plaatsen; de andere dient juist om de kredietinstelling de garantie te geven dat zij de geleende bedragen terugkrijgt. Dat betekent dat – anders dan in het geval dat het Hof heeft geanalyseerd in het bovengenoemde arrest C-656/21 – de twee verrichtingen niet hetzelfde doel hebben en dat de laatste verrichting geen rechtstreekse functie heeft ten opzichte van de concrete uitvoering van de eerste verrichting. Dat kan alleen waar zijn vanuit het oogpunt van de schuldenaar: zoals de verzoekende partij lijkt te betogen in de stukken, heeft de schuldeiser voor de verrichting mogelijk de voorwaarde gesteld dat een garantie werd verstrekt.

30. Het feit dat de garantieovereenkomst een bijkomende verrichting is en verband houdt met de financieringsovereenkomst leidt mijns inziens niet vanzelfsprekend tot onlosmakelijke verbondenheid, in de zin van noodzakelijkheid voor het concrete juridische bestaan: de financieringsovereenkomst kan ook bestaan en rechtsgevolgen sorteren zonder dat een garantieovereenkomst wordt gesloten. Het is de wil van de partijen, in de vorm van een specifieke overeenkomst, die de garantie tot stand brengt. De ervaring leert dat de verstrekking van garanties en het bedrag ervan bij elke vorm van financiering in verhouding staan tot de kredietwaardigheid van de schuldenaar. Hoe groter de kredietwaardigheid van de schuldenaar of het financiële project waarvoor financiering wordt gevraagd, des te minder garanties zal de schuldeiser vragen.

31. De tweede vraag die rijst is of het verstrekken van garanties kan worden beschouwd als een noodzakelijke commerciële stap in één enkele complexe verrichting. Onverminderd het voorgaande leert de ervaring dat bij normale financieringsverrichtingen (leningen, consumentenkredieten enzovoort) in de praktijk altijd zekerheidstelling van de schuldenaar wordt

[11] Beschikking van 19 juli 2023, EDP (Belasting op de verhandeling van effecten) (C-416/22, niet gepubliceerd, EU:C:2023:604, punt 28). Cursivering van mij.

[12] Arrest van 22 december 2022, IM Gestão de Ativos e.a. (C-656/21, EU:C:2022:1024, punten 31 en 33).

verlangd, en dat het bij gebreke daarvan niet mogelijk is om de gevraagde financiering te verstrekken. Bij complexere financiële verrichtingen zijn de ervaringen waarschijnlijk gevarieerder. Op de vraag van het Hof aan de partijen ter terechtzitting of de uitgifte van een obligatie gewoonlijk gepaard gaat met zekerheidstelling dan wel zekerheidstelling een uitzondering moet worden geacht, liepen de antwoorden sterk uiteen. De verzoekende partij stelde dat de verlening van bijzondere garanties zeer gebruikelijk is. De Portugese Republiek betoogde daarentegen dat de meeste obligaties niet door garanties worden gedekt omdat het vermogen van de schuldenaar de algemene zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen vormt, en dat slechts bij uitzondering zekerheden worden gesteld, omdat zij noch gebruikelijk noch essentieel zijn voor de uitgifte van obligaties.

32. Ik ben er niet van overtuigd dat het feit dat zekerheidstelling in theorie de „norm" is bij obligatieleningen, volstaat om zekerheidstelling te kunnen rekenen tot de categorie van noodzakelijke commerciële stappen in één enkele complexe verrichting, en gezien de tegenstrijdige antwoorden die ter terechtzitting zijn gegeven zal de nationale rechter hoe dan ook de werkelijke situatie op de Portugese financiële markt moeten nagaan.

33. Dat houdt mijns inziens in dat de nationale rechter, om de garantieovereenkomst te kunnen beschouwen als een formaliteit die verband houdt met de financieringsovereenkomst, moet nagaan of een van de volgende gevallen zich voordoet: een bij wet of andere voorschriften opgelegde verplichting die de partijautonomie beperkt door te eisen dat in geval van uitgifte van obligaties een garantie wordt verstrekt; het bestaan van zodanige feitelijke situaties dat zekerheidstelling kan worden beschouwd als een noodzakelijke commerciële stap in één enkele complexe verrichting.

34. Een symptomatisch aspect dat de nationale rechter bij zijn beoordeling als leidraad zou kunnen hanteren, zou juist de vraag kunnen zijn of de zekerheidstelling essentieel is voor de sluiting van de financieringsovereenkomst, in die zin dat een financieringsovereenkomst als in het hoofdgeding aan de orde is, zonder zekerheidstelling niet zou kunnen worden ondertekend. Aldus zou de garantieovereenkomst, ofschoon zij een juridisch autonome overeenkomst is, op grond van een ruime uitlegging waarbij rekening wordt gehouden met de doelstellingen van de richtlijn, kunnen worden aangemerkt als een noodzakelijke commerciële stap (beter gezegd: verrichting), die zou kunnen worden beschouwd als een bijkomende verrichting die integraal deel uitmaakt van de verrichting van de uitgifte en het in omloop brengen van obligaties.

35. Het feit dat de garantieovereenkomst, onder de hierboven beschreven voorwaarden, zou kunnen worden aangemerkt als een formaliteit die verband houdt met de financieringsovereenkomst, neemt niet weg dat de inhoud van artikel 6 moet worden geanalyseerd: het verbod om indirecte belastingen te heffen ter zake van financiële verrichtingen zoals de uitgifte van obligaties en alle verrichtingen die zo nauw daarmee verbonden zijn dat zij als één enkele, complexe verrichting kunnen worden aangemerkt, moet immers als regel worden beschouwd, maar worden gelezen in samenhang met de uitzondering, dat wil zeggen de mogelijkheid om indirecte belastingen te heffen in gevallen waarin er, in het kader van de in artikel 5 bedoelde verrichtingen en dus ook de uitgifte van obligaties, sprake is van de „vestiging, inschrijving of doorhaling van voorrechten en hypotheken".

36. Artikel 6 beoogt de heffingsbevoegdheid van de lidstaten onverlet te laten in bepaalde specifieke en uitzonderlijke gevallen waarin de heffing van indirecte belasting, bij de afweging van de verschillende betrokken belangen, verenigbaar is geacht met de vrijheid van kapitaalverkeer.

37. Daarvan is mijns inziens inderdaad sprake in het geval dat in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de financiële verrichting gepaard gaat met een zekerheidstelling door de schuldenaar die kan vallen onder het door de Uniewetgever omschreven begrip.

38. „Hypotheek" is een bekend begrip dat in de verschillende rechtsorden dezelfde betekenis heeft, aangezien het gaat om de typische zekerheid in de vorm van een onroerend goed dat als waarborg voor een lening dient, maar de twijfel over de uitlegging betreft de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan het begrip „voorrecht" [13]; dit begrip is in het Unierecht niet gedefinieerd en wordt in de rechtsorden van de lidstaten verschillend uitgelegd [14].

39. Zonder over te gaan tot ingewikkelde uiteenzettingen over de verschillende soorten zekerheden die in de rechtsstelsels van de lidstaten bestaan, moet naar mijn mening worden gezocht naar een betekenis die eenduidig kan zijn voor het Unierecht, met verwijzing naar het verband daarvan met het begrip hypotheek.

40. De Commissie heeft een (in feite gedeeltelijke en selectieve) analyse gepresenteerd van de bewoordingen die in de verschillende taalversies worden gebruikt, om tot de slotsom te komen dat er geen eenduidige betekenis is: daarvoor zouden naast de letterlijke criteria ook hermeneutische criteria moeten worden toegepast, en zou dus een contextuele en functionele analyse moeten worden verricht, dat wil zeggen, een analyse die gekoppeld is aan de doelstellingen van de richtlijn.

41. Ik ben het eens met dit deel van de analyse, maar niet met de conclusies van de Commissie. De analyse van de verschillende taalversies biedt bij de uitlegging geen gedegen basis waarop een betrouwbare conclusie kan worden gebaseerd. Zoals ook de Commissie bevestigt, bieden de voorbereidende werkzaamheden van de richtlijn evenmin een overtuigende uitleg van de redenen die ten grondslag liggen aan de invoering van de uitzondering van artikel 6, lid 1, onder d), noch van de betekenis die moet worden toegekend aan het begrip „voorrecht".

42. Bij het onderzoek van de doelstellingen van de richtlijn en de context waarin de bepaling is opgenomen, komt de Commissie in wezen tot de slotsom dat aan het begrip „voorrecht" de betekenis moet worden toegekend van een zekerheid betreffende onroerend goed die vergelijkbaar is met die van een hypotheek.

43. Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een gemeenschapsrechtelijke bepaling niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar eveneens met de context ervan en met de doeleinden die worden beoogd door de regeling waarvan zij deel uitmaakt. [15] In deze context overtuigt de door de Commissie voorgestelde uitlegging mij niet, om een aantal redenen: ten eerste lijkt mij vanuit letterlijk oogpunt dat de meerderheid van de onderzochte taalversies de door de Commissie voorgestane opvatting niet ondersteunt. Ten tweede kunnen de analyse van de context en de doelstellingen van de richtlijn tot een heel andere conclusie leiden.

[13] Privilegium was in het gemene recht een voordeel dat een autoriteit toekende aan een individu, een groep of een gemeenschap.

[14] In het Italiaanse recht is het bijvoorbeeld een van de gronden voor een voorkeursrecht dat een vermogensrechtelijke zekerheid vormt op bepaalde goederen van de schuldenaar met betrekking tot de oorzaak van de vordering. Het is geen specifiek type zekerheid, maar een gevolg dat de wet in bepaalde gevallen aan een vordering verbindt.

[15] Zie arrest van 7 juni 2005, VEMW e.a. (C-17/03, EU:C:2005:362, punt 41).

44. De richtlijn heeft weliswaar hoofdzakelijk tot doel het beginsel van vrij kapitaalverkeer toe te passen en kapitaal dus in beginsel vrij te stellen van indirecte belastingen, maar zij heeft ook een harmonisatiedoelstelling die, voor zover zij wordt geacht het nuttig effect van het verbod op indirecte belastingen niet te belemmeren, de lidstaten een residuele heffingsbevoegdheid laat.

45. De Uniewetgever heeft dus reeds een afweging gemaakt door de algemene regel en de beperkte uitzonderingen vast te stellen. Het zou methodologisch onjuist zijn om bij de uitlegging een verdere beperking op te leggen. Ik ben het daarom eens met een ruime uitlegging van artikel 5, die ook situaties omvat die daarin niet uitdrukkelijk zijn vermeld, maar er wel onlosmakelijk mee verbonden zijn.

46. Volgens mij is het daarentegen niet juist om, zelfs bij een restrictieve uitlegging van de in artikel 6, met name in lid 1, onder d), bedoelde situaties, de gebruikte bewoordingen „voorrechten en hypotheken" elke betekenis te ontnemen en in wezen als een hendiadys[16] te beschouwen, alsof de uitzondering alleen van toepassing is op hypotheken of soortgelijke zekerheden die uitsluitend betrekking hebben op onroerend goed.

47. Mijns inziens moet om de betekenis van de bepaling vast te stellen daarentegen worden beoordeeld wat de functie en het speciale kenmerk van de hypotheek kan zijn bij het verstrekken van zekerheden ter bescherming van de vordering, en moet vervolgens een passende betekenis worden toegekend aan het begrip „voorrecht".

48. Zoals bekend is een hypotheek een type zekerheid dat de schuldeiser bijzondere voorkeursrechten biedt in geval van niet-nakoming door de schuldenaar. Dit betekent dat indien de schuldenaar meerdere schulden heeft, de schuldeiser die de begunstigde van de hypotheek is, zijn vordering met voorrang uit het vermogen van de schuldenaar kan voldoen.

49. Er zijn andere soorten zekerheden, ook betreffende roerende goederen, die de schuldeiser een soortgelijk voordeel bieden, namelijk dat zijn vordering in geval van niet-nakoming door de schuldenaar bij voorrang wordt voldaan.

50. Volgens mij heeft de richtlijn, door de uitdrukking „voorrechten en hypotheken" te gebruiken, *bedoeld* om verschillende soorten zekerheden waarvan de vestiging, inschrijving of doorhaling een vergelijkbaar effect heeft op de rechten van de schuldeiser, op één plan te zetten, te weten zekerheden die in geval van niet-nakoming een bijzonder voorkeursrecht kunnen verlenen bij de voldoening van de vordering, ongeacht of zij betrekking hebben op roerende dan wel onroerende goederen.

51. In dit verband moet het begrip „voorrecht" zonder meer ook pandrechten op roerende goederen omvatten, voor zover zij volgens het recht van de lidstaat bijzondere voorkeursrechten verlenen in de hierboven bedoelde zin, en eventueel ook andere soorten zekerheden die dezelfde gevolgen sorteren.

52. Dus indien in Portugal het pandrecht de hoogst mogelijke zekerheid is die in functioneel opzicht vergelijkbaar is met de hypotheek, zoals ik uit de opmerkingen van de Portugese regering ter terechtzitting meen te hebben begrepen, valt niet in te zien waarom het niet mogelijk zou moeten zijn om zegelrecht over de garantieovereenkomst te heffen.

[16] Uit het Oudgrieks ἓν διὰ δυοῖν („één door middel van twee"), een stijlfiguur waarbij twee gecoördineerde woorden worden gebruikt om één begrip uit te drukken.

53. In casu zal de nationale rechter moeten beoordelen of de zekerheden in de aan de obligatie-uitgifte verbonden garantieovereenkomst, hoewel zij geen betrekking hebben op een hypotheek of onroerende goederen, de beschreven gevolgen kunnen sorteren en dus volgens de bepalingen van nationaal recht kunnen worden aangemerkt als „voorrecht".

54. Zoals gezegd aan het begin van mijn redenering, kan ik enkele conclusies trekken, waarbij ik er nogmaals op wijs dat de verhouding tussen artikel 5 en artikel 6 van richtlijn 2008/7 centraal moet staan om een nuttig antwoord op de vragen van de verwijzende rechter te kunnen geven.

55. Uit de lezing van de overwegingen van de richtlijn en het debat, ook in de rechtsleer, over dit onderwerp lijkt de opvatting naar voren te komen dat het wenselijk is dat de lidstaten geen indirecte belastingen meer kunnen heffen in situaties waarin kapitaaltransacties plaatsvinden.

56. Mocht het Hof evenwel oordelen dat de lidstaten de mogelijkheid wordt gelaten om, met het oog op belastingopbrengsten ten behoeve van het algemeen welzijn, bepaalde kapitaalgerelateerde verrichtingen te belasten, zij het als een beperkte uitzondering, dan moet een logica worden gevonden voor deze keuze van de Uniewetgever, die klaarblijkelijk een afweging heeft gemaakt tussen tegengestelde belangen. Die afweging moet, zoals gezegd, op twee niveaus worden gemaakt: tussen het vrije kapitaalverkeer en de heffingsbevoegdheid van de staten, en tussen het nuttig effect van het in artikel 5 neergelegde verbod en de toepasbaarheid van de in artikel 6 neergelegde uitzondering.

57. Met de door verzoekster in het hoofdgeding en grotendeels ook door de Commissie voorgestelde uitlegging kan mijns inziens op geen van beide niveaus een goede afweging worden gemaakt. In het bijzonder wordt daardoor aan artikel 6, lid 1, onder d), elke betekenis en elk resterend nut ontnomen door de – ongelijke – situatie te creëren waarin alleen in geval van garantieovereenkomsten waarmee een hypotheek wordt gevestigd, indirecte belastingen kunnen worden geheven, wat zou resulteren in een ongelijke behandeling van zekerheden met dezelfde functies en gevolgen, die afbreuk zou doen aan de contractuele autonomie van partijen. Partijen zouden er immers van worden weerhouden om zekerheden te kiezen die een hypotheek betreffen, omdat daardoor indirecte belastingen zouden kunnen worden geheven, die daarentegen niet zouden worden geheven in het geval van zekerheden betreffende roerende goederen die vergelijkbare rechtsgevolgen sorteren.

IV. Conclusie

58. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7/EG van de Raad van 12 februari 2008 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal moet 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-uitgifte, worden onderworpen aan zegelrecht, mits de garantieovereenkomst kan worden aangemerkt als een formaliteit die verband houdt met de financieringsovereenkomst. Daarvan is sprake wanneer de verplichting om in geval van een obligatie-uitgifte garanties te verstrekken is opgelegd door de wet of andere voorschriften die de wilsautonomie beperken, of, als alternatief, wanneer de

nationale rechter vaststelt dat er sprake is van zodanige feitelijke situaties dat het stellen van zekerheid kan worden beschouwd als een noodzakelijke commerciële stap in één enkele complexe verrichting.

2) De wettelijke verplichting garanties te verstrekken is een voorwaarde om een in het kader van een financieringsovereenkomst gesloten garantieovereenkomst te kunnen beschouwen als een met die financieringsovereenkomst verbonden formaliteit, en belet overeenkomstig artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2008/7 derhalve dat indirecte belasting wordt geheven.

3) De omstandigheid dat de garanties zijn verstrekt in het kader van een obligatie-uitgifte 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, maakt voor het antwoord op de eerste vraag geen verschil.

4) Artikel 6, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/7 moet aldus worden uitgelegd dat het alle garanties omvat [die zijn verstrekt in het kader van een obligatie-uitgifte die is onderworpen aan artikel 5, lid 2, onder b), van die richtlijn] waarvan de vestiging of inschrijving een vergelijkbaar effect heeft op de rechten van de schuldeiser, namelijk dat bijzondere voorkeursrechten worden verleend voor de voldoening van de vordering in geval van niet-nakoming, ongeacht of zij betrekking hebben op roerende dan wel onroerende goederen.”