



Datum van inontvangstneming : 16/12/2016

**Zaak C-573/16**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

14 november 2016

**Verwijzende rechter:**

High Court of Justice (Chancery Division) (Verenigd Koninkrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

20 oktober 2016

**Verzoekende partij:**

Air Berlin plc

**Verwerende partij:**

Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs

---

**DE HIGH COURT OF JUSTICE**

**CHANCERY DIVISION**

**[OMISSIS]**

**20 oktober 2016**

**BESLIST IN DE ZAAK TUSSEN:**

**AIR BERLIN PLC**

**Appellant**

**- en -**

**COMMISSIONERS OF HER MAJESTY'S**

**REVENUE AND CUSTOMS**

**geïntimeerden**

## BESCHIKKING

[OMISSIS]

**ALS VOLGT:**

1. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om voor een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie over de vragen als vermeld in de bijgevoegde bijlage.
2. De behandeling van de zaak wordt aangehouden totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële beslissing heeft gewezen ter zake van de voorgelegde vragen, of tot nader order.
3. De griffier verzendt een afschrift van deze beschikking en de bijlage naar de griffier van het Hof van Justitie van de Europese Unie.
4. De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

[OMISSIS]

### BIJLAGE BIJ DE BESCHIKKING TOT VERWIJZING

**NAAR HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE [Or. 1]**

#### Inleiding

1. Per onderhavig verzoek om een prejudiciële beslissing van de Chancery Division van het High Court of Justice (England & Wales (rechterlijke instantie in eerste aanleg; hierna: „verwijzende rechter”) wordt het Hof van Justitie verzocht te verduidelijken of het verboden is voor een lidstaat om zegelrecht te heffen op de overdracht van aandelen aan een clearinginstelling ingevolge:
  - 1) artikel 11 van richtlijn 69/335/EEG („**Eerste richtlijn**”) of artikel 5 van richtlijn 2008/7/EG („**Tweede richtlijn**”);
  - 2) artikel 10 van de Eerste richtlijn of artikel 4 van de Tweede richtlijn;
  - 3) artikel 12, artikel 43, artikel 48, artikel 49 of artikel 56 van het EG-Verdrag.<sup>1</sup>
2. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing wordt gedaan in het kader van een hoger beroep overeenkomstig de wettelijke procedure die in het Verenigd Koninkrijk is voorgeschreven voor terugvordering van zegelrecht. Het hoger beroep betreft de terugvordering van het betaalde zegelrecht dat door de

<sup>1</sup> Thans artikel 18, artikel 49, artikel 54, artikel 56 en artikel 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs [belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk; hierna: „HMRC”)] is geheven van Air Berlin Plc (hierna: „Air Berlin”) over de overdracht van aandelen in Air Berlin aan een clearinginstelling die in Duitsland is gevestigd.

### **Partijen**

3. Air Berlin is een commerciële luchtvaartmaatschappij die is opgericht in het Verenigd Koninkrijk. [OMISSIS]
4. Air Berlin heeft haar fiscale woonplaats in Duitsland. Air Berlin voert haar onderneming vanuit haar hoofdkantoor in Duitsland. De aandelen van Air Berlin worden verhandeld op de aandelenbeurs van Frankfurt.
5. HMRC is belast met het beheer en de heffing van zegelrecht in het Verenigd Koninkrijk. [OMISSIS]

### **[Or. 2] Relevante feiten en de geschilpunten in het geding**

#### *Achtergrondfeiten*

6. Op 11 mei 2006 heeft Air Berlin een beursgang gemaakt op de aandelenbeurs van Frankfurt (hierna: „FSE”).
7. Krachtens artikel 5 van de Verordnung über die Zulassung von Wertpapieren zum regulierten Markt einer Wertpapierbörse (Duitse regeling inzake toelating tot de aandelenbeurs; hierna: „regeling inzake toelating tot de aandelenbeurs”) ([OMISSIS]) is vereist dat op aandelenbeurzen toegelaten effecten vrij verhandelbaar zijn.
8. Volgens artikel 7 van de regeling inzake toelating tot de aandelenbeurs is vereist dat een vennootschap die haar aandelen wenst te noteren op een Duitse aandelenbeurs, alle aandelen van dezelfde categorie moet noteren. Daarbij geldt in beperkte gevallen één uitzondering voor gedeeltelijke noteringen. Air Berlin moest derhalve in haar geval, omdat zij een volledige notering van haar aandelen wenste, al haar gewone aandelen noteren op de FSE, ook al zouden enkele van die aandelen niet worden verkocht bij de beursgang.
9. Dienovereenkomstig heeft Air Berlin op 10 mei 2006 de nodige overdrachtsdocumenten ondertekend voor de eigendomsoverdracht van de door de bestaande aandeelhouders gehouden bestaande 40 177 604 gewone aandelen (het destijds volledig geplaatst aandelenkapitaal van de vennootschap) aan Clearstream Banking AG (hierna: „Clearstream Frankfurt”) als tenaamgestelde van de clearinginstelling van de FSE. Deze aandelen bestonden uit:

- 1) 2 177 604 gewone aandelen die werden gehouden door werknemers (met beperkingen op de verkoop van hun aandelen); en
  - 2) 38 000 000 gewone aandelen (zonder beperkingen), waarvan 20 608 696 aandelen werden gehouden door de bestaande aandeelhouders en de resterende 17 391 304 aandelen te koop werden aangeboden aan het algemene publiek als onderdeel van de beursgang.
10. Deelname aan de beurshandel op de FSE moest geschieden via een bank of centrale effectenbewaarinstelling die erkend is overeenkomstig artikel 1, lid 3, van de Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz – DepotG) [Duitse wet op de effectenbewaring; hierna: „DepotG”]. Destijds was Clearstream Frankfurt de enige entiteit die voldeed aan die omschrijving. Derhalve moesten de genoteerde aandelen van Air Berlin (dat wil zeggen: het volledige geplaatste gewone aandelenkapitaal van de vennootschap) in bewaring worden gegeven aan Clearstream Frankfurt. Dit was tevens een uitdrukkelijke vereiste in de depotovereenkomst die Air Berlin en Clearstream Frankfurt waren aangegaan.
11. **[Or. 3]** De bestaande aandeelhouders hebben aldus voorafgaand aan de beursgang hun gewone aandelen overgedragen aan Clearstream Frankfurt. Deze overdracht heeft ingevolge artikel 70, lid 3, van de Finance Act 1986 (Britse belastingwet; hierna: „FA 1986”) geleid tot een heffing van Brits zegelrecht ad 4 971 410 Britse pond (GBP), zijnde 1,5 % van de marktwaarde van de aandelen ten tijde van de overdracht. Overeenkomstig de gebruikelijke handelspraktijk en als vereist volgens de bepalingen van de depotovereenkomst met Clearstream Frankfurt, heeft Air Berlin het zegelrecht betaald.
12. Op 10 juni 2009 heeft Air Berlin nog 4 500 000 gewone aandelen uitgegeven, elk met een waarde van 3,50 EUR (in totaal 15,75 miljoen EUR). Vier miljoen aandelen zijn uitgegeven aan een Turkse investeringsmaatschappij, ESAS Holdings A.S., 350 000 aandelen zijn uitgegeven aan Johannes Zurneiden en 150 000 aandelen zijn uitgegeven aan Joachim Hunold Vermögensverwaltung GmbH. Om de hierboven omschreven redenen moest de juridische eigendom van deze aandelen worden overgedragen aan Clearstream Frankfurt, hetgeen is gebeurd op 7 oktober 2009. Deze overdrachten hebben tevens geleid tot een heffing van Brits zegelrecht ex artikel 70, lid 3, van de FA 1986 ten belope van 241 010 EUR, zijnde 1,5 % van de marktwaarde van de aandelen ten tijde van de overdracht.
13. Op 23 maart 2010 heeft Air Berlin het op de bovengenoemde transacties geheven zegelrecht teruggevorderd van HMRC. Bij brief de dato 5 september 2011 heeft HMRC geweigerd het zegelrecht terug te betalen en dienaangaande een formeel besluit uitgebracht overeenkomstig de wettelijke procedure voor terugvordering van zegelrecht. Het hoger beroep tegen dit besluit bij de nationale rechter vormt

de aanleiding voor de nationale procedure in het kader waarvan om een prejudiciële beslissing wordt verzocht.

### *Heffing van Brits zegelrecht*

14. Het Britse zegelrecht is een belasting die moet worden betaald op bepaalde akten waarmee de overdracht wordt bewerkstelligd van bepaalde soorten goederen, waaronder aandelen. De overdracht bij verkoop van aandelen door middel van een schriftelijk stuk was aanleiding tot heffing van een zegelrecht van 0,5 % van het bedrag of de waarde van de tegenprestatie voor de overdracht overeenkomstig punt 1 van bijlage 13 bij de Finance Act 1999 (Britse belastingwet: hierna „FA 1999”. De overdracht van aandelen anders dan bij verkoop was aanleiding tot heffing van een zegelrecht van 5 GBP overeenkomstig punt 16 van bijlage 13 bij FA 1999 (behoudens voor overdrachten aan een clearinginstelling).
15. De stamp duty reserve tax (Britse aanvullende zegelbelasting; hierna: „SDRT”) (wordt geheven op overeenkomsten tot overdracht van aandelen waarbij geen sprake is van een schriftelijk stuk waarmee de overdracht wordt bewerkstelligd (bijvoorbeeld **[Or. 4]** elektronische overdrachten). Ingevolge artikel 87 van Finance Act 1986 (hierna: „FA 1986”) bedraagt het heffingstarief 0,5 % van het bedrag of de waarde van de tegenprestatie voor de overdracht.
16. Op grond van artikel 70 van de FA 1986 heeft de Britse regering zegelrecht geheven op de aandelenoverdracht aan de tenaamgestelde of agent van een clearinginstelling tegen een hoger tarief van 1,5 % van het bedrag of de waarde van de tegenprestatie die is ontvangen voor de aandelen (in geval de overdracht op grond van een verkoop plaatsvond) dan wel 1,5 % van de waarde van de aandelen die worden gepasseerd op de datum van de overdrachtsakte (in gevallen waarin de overdracht anders dan op grond van verkoop geschiedt). De heffing krachtens artikel 70 zou in beginsel eveneens gelden voor clearinginstellingen die binnen of buiten het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, hoewel in de praktijk transacties in het Verenigd Koninkrijk worden verricht door middel van CREST<sup>2</sup> en niet door middel van een clearinginstelling (met als gevolg dat de heffing van 0,5 % geldt in plaats van de heffing van 1,5 %). CREST was zelf als „exploitant” krachtens artikel 4A van de Stamp Duty Reserve Tax Regulations 1986/1711 (SDRT regeling 1986/1711) verplicht opgave te doen van de aanvullende zegelbelasting op elke belastbare overdracht die werd uitgevoerd via haar systeem. In bepaalde opzichten leek deze verplichting op die van clearinginstellingen die hadden gekozen voor de regeling ex artikel 97A (zie nader hieronder). De relevante wetgeving luidde als volgt:

*„70.– Effectenafwikkelingsdiensten.*

<sup>2</sup> CREST is een elektronisch afwikkelingssysteem waarmee papierloos aandelen kunnen worden overgedragen in het Verenigd Koninkrijk.

- (1) *Met inachtneming van lid 9 en artikel 97A hieronder geldt onderstaand lid 2 dan wel lid 3 wanneer bij akte de desbetreffende effecten worden overgedragen van een in het Verenigd Koninkrijk opgerichte vennootschap aan een persoon die ten tijde van de overdracht binnen het bereik valt van lid 6, lid 7 of lid 8 hieronder.*
- (2) *In geval zegelrecht verschuldigd is over die akte overeenkomstig deel I van bijlage 13 bij de [FA 1999] (overdracht op grond van verkoop), dan bedraagt het tarief voor de heffing van dat recht 1,5 % van het bedrag of de waarde van de tegenprestatie die is ontvangen voor de verkoop die bij die akte wordt opgemaakt.*
- (3) *In geval zegelrecht verschuldigd is over de akte overeenkomstig artikel 16 van bijlage 13 bij de FA 1999 (overdracht anders dan op grond van verkoop), dan bedraagt met inachtneming van lid 5, het tarief voor de heffing van dat recht 1,5 % van de waarde van de effecten op de datum dat die akte wordt opgemaakt.*

[...]

- (6) *Een persoon valt binnen het bereik van dit lid, wanneer zijn bedrijfsactiviteiten uitsluitend bestaan uit het houden van aandelen, effecten of andere verhandelbare waardepapieren:*
  - (a) *als tenaamgestelde of agent namens een persoon wiens bedrijfsactiviteiten uitsluitend of mede bestaan uit het verlenen van afwikkelingsdiensten voor de koop en verkoop van [aandelen, effecten of andere verhandelbare] waardepapieren en*

**[Or. 5]** (b) *in het kader van de in lid (a) hierboven vermelde bedrijfsactiviteiten die bestaan uit het verlenen van afwikkelingsdiensten (in geval niet alle bedrijfsactiviteiten uitsluitend daaruit bestaan).*
- (9) *Indien bij akte de desbetreffende effecten van een in het Verenigd Koninkrijk opgerichte vennootschap worden overgedragen:*

(a) *aan een vennootschap die ten tijde van de overdracht binnen het bereik valt van lid 6 hierboven en*

(b) *van een vennootschap die op dat tijdstip binnen het bereik valt van dat lid, dan zijn de leden 2 tot en met 5 hierboven niet van toepassing en bedraagt het over die akte verschuldigde zegelrecht 5 GBP. [...]"*

17. Nadat de aandelen eenmaal waren ondergebracht bij een clearinginstelling, waren de latere overdrachten niet langer onderworpen aan heffingen van zegelrecht of SDRT.

18. Artikel 97A van de FA 1986 voorziet in een alternatief heffingssysteem van zegelrechten en SDRT in geval een clearinginstelling (met goedkeuring van HMRC) voor die regeling opteert. Gedurende de periode waarin deze regeling van kracht is, wordt geen heffing van 1,5 % toegepast wanneer aandelen bij een clearinginstelling worden ondergebracht. In plaats daarvan wordt krachtens artikel 97A, leden 3 en 4, over de overdracht van de aandelen binnen de clearinginstelling SDRT geheven tegen een tarief van 0,5 % van de tegenprestatie voor de overdracht.
19. Als voorwaarde voor de goedkeuring van HMRC voor toepassing van de artikel 97A-regeling moet meestal de afwikkelingsdienstverlener regelingen treffen die voldoen aan de eisen van HMRC voor de inning van SDRT op overdrachten binnen de clearinginstelling en voor het voldoen aan de overige relevante eisen die gelden op grond van de wetgeving inzake SDRT.
20. Ten tijde van de transacties van 2006 en 2009 was er tussen Clearstream Frankfurt en HMRC geen sprake van een regeling ex artikel 97A.
21. Wel gold een artikel 97A-regeling ten aanzien van Clearstream Banking SA, een afzonderlijke vennootschap die is opgericht in Luxemburg („Clearstream Luxemburg”). Op grond van deze regeling liet Clearstream Luxemburg uitsluitend toe dat klanten:
  - 1) Britse aandelen ontvingen van andere CREST-rekeningen (of Britse aandelen leverden op andere rekeningen); en
  - 2) overdrachten verevenden in de eigen boeken van Clearstream Luxemburg voor zover er geen verandering van feitelijke eigendom was.
22. **[Or. 6]** Op grond van de voorwaarden van de regeling van Clearstream Luxemburg, mocht Clearstream Luxemburg op haar „0,5 %-rekening” (dus de rekening waarop de regeling van artikel 97A van toepassing was) belastbare effecten houden voor rekening van Clearstream Frankfurt. Daarbij gold echter als voorwaarde dat Clearstream Frankfurt zich ertoe zou verbinden geen overdrachten te verevenen in haar eigen boeken, tenzij er geen sprake was van feitelijke eigendomsoverdracht.
23. Naar Brits recht kon Clearstream Frankfurt opteren voor de regeling van artikel 97A, maar (1) dat heeft zij feitelijk niet gedaan en (2) Air Berlin kon niet eisen dat Clearstream Frankfurt moest opteren voor de artikel 97A-regeling.
24. In de Britse wetgeving wordt niet nader bepaald wie het zegelrecht moet betalen. Indien voor een aandelenoverdracht echter niet naar behoren zegelrecht is betaald, dan kan de ontvanger van de aandelen niet worden geregistreerd als de juridische eigenaar en mag de aandelenoverdracht niet als bewijs worden gebruikt in rechtszaken. Daarom zorgt de ontvanger er normaliter voor dat het zegelrecht wordt betaald. Bij clearinginstellingen was het echter een standaard



handelspraktijk dat het zegelrecht werd betaald door de vennootschap wier aandelen moesten worden ondergebracht bij de clearinginstelling, en dit was ook het geval bij de bovenomschreven transacties (waarbij Air Berlin dus het zegelrecht heeft betaald).

### **Samenvatting van het standpunt van Air Berlin**

25. Air Berlin vordert terugbetaling van de hierboven omschreven bedragen aan zegelrecht (vermeerderd met de toepasselijke rente), omdat de zegelrechtheffing in strijd is met het Unierecht, en wel op grond van één of meer van de navolgende redenen.

#### Schending van de kapitaalrechtlijn

##### Artikel 11 Eerste richtlijn/artikel 5 Tweede richtlijn

26. De zegelrechtheffingen waren in strijd met de rechtstreeks werkende rechten die Air Berlin ontleent aan de Unierechtelijke bepalingen van artikel 11 van de Eerste richtlijn en artikel 5 van de Tweede richtlijn, als uitgelegd in het kader van het doel van de richtlijn, zijnde de bevordering van het vrije kapitaalverkeer.
27. De depots van de aandelen bij Clearstream Frankfurt in mei 2006 en oktober 2009 vormden integrale onderdelen van alle transacties betreffende het bijeenbrengen van kapitaal, en wel om de volgende redenen.
- 1) Het depot van de juridische eigendom van de bestaande aandelen bij Clearstream Frankfurt in mei 2006 maakte een integraal onderdeel uit van (a) de toelating tot notering van de aandelen op de FSE, (b) de beschikbaarstelling van de aandelen van de vennootschap op de markt en (c) de uitgifte van 19 565 217 nieuwe gewone aandelen bij de beursgang.
  - 2) **[Or. 7]** Het depot van de 4 500 000 aandelen bij Clearstream Frankfurt in oktober 2009 maakte eveneens een integraal onderdeel uit van (a) de uitgifte van nieuwe aandelen (in juni 2009) en (b) de beschikbaarstelling van deze aandelen op de markt.

##### Artikel 10 Eerste richtlijn/artikel 4 Tweede richtlijn

28. Voorts of subsidiair betoogt Air Berlin dat de heffing eveneens in strijd was met artikel 10 van de Eerste richtlijn en artikel 4 van de Tweede richtlijn, teleologisch uitgelegd, omdat de depots bij Clearstream Frankfurt in mei 2006 en oktober 2009 een integraal onderdeel uitmaakten van de kapitaalverhoging van Air Berlin.

##### Artikel 12 Eerste richtlijn/artikel 6 Tweede richtlijn

29. De desbetreffende transacties vielen niet binnen de werkingssfeer van artikel 12 van de Eerste richtlijn of artikel 6 van de Tweede richtlijn.

30. Onder toepassing van een enge uitlegging van artikel 12 heeft het Hof van Justitie in de zaak HSBC Holdings en Vidacos Nominees (C-569/07) bepaald: „De eerste verkrijging van effecten in het kader van de uitgifte ervan kan derhalve niet als een ‚overdracht‘ in de zin van artikel 12, lid 1, [onder] a, van de richtlijn worden aangemerkt [...]” (punt [35]). Dit beginsel kan niet worden beperkt tot een aandelenuitgifte ex artikel 11/artikel 5, maar is eveneens van toepassing op het deponeren van aandelen bij een clearinginstelling voorafgaand aan en ten behoeve van een toelating tot een beursnotering krachtens artikel 11/artikel 5 (zoals dat in mei 2006 is gebeurd) en op het deponeren van nieuw uitgegeven aandelen bij een clearinginstelling nadat de aandelen zijn verkregen door de aandeelhouder (zoals dat in oktober 2009 is gebeurd).
31. Voorts moet een overdracht in de zin van artikel 12/artikel 6 leiden tot een eigendomsoverdracht van één partij, die de aandelen houdt in zijn hoedanigheid als investeerder, naar een andere partij, die de aandelen houdt in zijn hoedanigheid als investeerder. Een overdracht aan Clearstream Frankfurt, die geen investeerder is, maar de aandelen houdt namens investeerders, valt derhalve niet onder de betekenis van „overdracht” als bedoeld in de richtlijnen.

#### Rechtvaardiging en/of proportionaliteit

32. Voorts of subsidiair was de zegelrechtheffing van 1,5 % niet gerechtvaardigd of proportioneel.
33. De regering van het Verenigd Koninkrijk probeert de zegelrechtheffing van 1,5 % te rechtvaardigen als zijnde een „seizoenkaart” voor toekomstige overdrachten die dan vrijgesteld zijn van verdere heffingen **[Or. 8]** wanneer die plaatsvinden binnen dezelfde clearinginstelling. Bij de zegelrechtheffing van 1,5 % is echter één persoon verplicht tot betaling van een belasting die in het „normale” systeem door verschillende anderen zou moeten worden betaald. Daarbij wordt de belasting berekend op grond van een waarde die aanzienlijk kan verschillen van de waarde van de aandelen ten tijde van een latere overdracht. Dit wordt met name ondersteund door de Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in Vidacos Nominees in punt [45] tot en met [48].

#### Artikel 97A FA 1986

34. Air Berlin betoogt dat zelfs indien een alternatieve grondslag voor een heffing ex artikel 97A beschikbaar zou zijn geweest voor Air Berlin in geval Clearstream Frankfurt had geopteerd voor de artikel 97A-regeling, dan zou dit niet inhouden dat de heffing ex artikel 70 jegens Air Berlin rechtmatig was: zie de Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in Vidacos Nominees in punt [69] tot en met [71]. Zelfs indien een nationale regeling ter beperking van een fundamentele vrijheid „optioneel” is, dan betekent dat niet dat de nationale regeling verenigbaar is met het Unierecht, zie bijvoorbeeld in de context van vrijheid van vestiging Gielen/Staatssecretaris van Financiën (Zaak C440/08), punt [53], met daarin een

aanhaling van Test Claimants in the FII Group Litigation/Inland Revenue Commissioners (Zaak C446/04), punt [162].

35. De artikel 97A-regeling tussen Clearstream Luxemburg en HMRC doet evenmin ter zake wat betreft de rechtmatigheid van de zegelrechtheffing. Er was immers geen sprake van overdrachten aan Clearstream Luxemburg. Zelfs indien de zegelrechtheffing theoretisch rechtmatig zou kunnen worden gemaakt door een keuze voor het volgen van een andere procedure ter vermijding van de heffing ex artikel 70 (hetgeen Air Berlin ontkent), dan kan voorts de heffing ex artikel 70 jegens Air Berlin nog niet rechtmatig worden gemaakt door de artikel 97A-regeling van Clearstream Luxemburg. De reden hiervoor is dat binnen de artikel 97A-regeling van Clearstream Luxemburg uitsluitend overdrachten waren toegestaan op de eigen boeken van Clearstream Luxemburg voor zover geen sprake was van een verandering van de feitelijke eigendom. Indien aandelen door Clearstream Luxemburg werden gehouden voor rekening van Clearstream Frankfurt, dan zouden geen overdrachten mogelijk zijn geweest waarbij wel sprake was van een verandering van de feitelijke eigendom. Geen van beide handelwijzen zou geschikt zijn geweest voor het beschikbaar maken van de aandelen voor de vrije handel op de aandelenbeurs van Frankfurt. De artikel 97A-regeling van Clearstream Luxemburg kan derhalve niet de heffing ex artikel 70 aan Air Berlin in harmonie brengen met het Unierecht, zelfs indien het bestaan van een alternatieve procedure hypothetisch dat effect zou kunnen hebben.

#### In strijd met het EG-Verdrag

36. Voorts of subsidiair was de zegelrechtheffing van 1,5 % in strijd met de rechten van Air Berlin op grond van de directe werking van het Unierecht krachtens de navolgende bepalingen van het **[Or. 9]** EG-Verdrag: (1) artikel 12 (verbod op discriminatie op grond van nationaliteit); (2) artikel 43, 48 en 49 (verbod op beperkingen op de vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening); en/of (3) artikel 56 (verbod op beperkingen op het verkeer van kapitaal tussen lidstaten).<sup>3</sup> Immers, onder de omstandigheden van dit geval en zonder een passende rechtvaardiging heeft de heffing geleid tot:
- 1) beperking of gestrekt tot beperking van het vrij verkeer van kapitaal wat betreft de toelating van de aandelen van Air Berlin (een vennootschap die is opgericht in het Verenigd Koninkrijk) tot de aandelenbeurs van Frankfurt; alsmede beperking of gestrekt tot beperking van de vrijheid van Air Berlin om kapitaal bijeen te brengen door uitgifte van aandelen;
  - 2) beperking of gestrekt tot beperking van de vrijheid van vestiging van Air Berlin als een vennootschap die: opgericht is in het Verenigd Koninkrijk,

<sup>3</sup> Thans artikel 18, 49, 54, 56 en 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

- ingezetene is in Duitsland en aandelen uitgeeft op de aandelenbeurs van Frankfurt;
- 3) beperking of gestrekt tot beperking van de vrijheid van investeerders om hun kapitaal te investeren door te investeren in de aandelen;
  - 4) discriminatie tegen Air Berlin, omdat het zegelrecht niet verschuldigd zou zijn indien Air Berlin: (a) haar aandelen had genoteerd op een aandelenbeurs in het Verenigd Koninkrijk en soortgelijke transacties had uitgevoerd; of (b) niet zou zijn opgericht in het Verenigd Koninkrijk maar dezelfde transacties was aangegaan; of (c) haar aandelen had genoteerd op een aandelenbeurs van een lidstaat die niet eist dat de aandelen moeten worden overgedragen aan een clearinginstelling of haar tenaamgestelde;
  - 5) beperking of gestrekt tot beperking van de vrijheid van Clearstream Frankfurt en/of de aandelenbeurs van Frankfurt om diensten te verlenen aan Air Berlin, een vennootschap die is opgericht in het Verenigd Koninkrijk.

### **Samenvatting van het standpunt van HMRC**

#### Kapitaalrechtlijn

##### Artikel 97A FA 1986

37. Vooropgesteld zij dat HMRC ervan gaat uit dat de heffing van 1,5 % moest worden vermeden. Immers, Clearstream Frankfurt had een beroep kunnen doen op de keuze van Clearstream Luxemburg voor de artikel 97A-regeling. Als alternatief had Clearstream Frankfurt desgewenst zelf voor die regeling kunnen opteren, hetzij met of zonder beperkingen. De Britse regelgeving bood derhalve een keuze tussen het al dan niet opteren **[Or. 10]** voor de regeling ex artikel 97A. Om deze reden kan niet worden gesteld dat er sprake zou geweest van discriminatie.

##### Artikel 10-12 Eerste Richtlijn/artikel 4-6 Tweede Richtlijn

38. HMRC beweert dat de feiten in de zaak van Air Berlin geen schending opleveren van het Unierecht, omdat de zegelrecht-heffingen binnen de reikwijdte vielen van de uitzonderingen als vervat in artikel 12 van de Eerste Richtlijn en artikel 6 van de Tweede Richtlijn.
  - (1) De op 10 mei 2006 ondertekende documenten hebben geleid tot overdrachten van bestaande effecten als bedoeld in artikel 12 van de Eerste Richtlijn. De overdrachten van de effecten waren geen uitgiften van effecten en er was geen sprake van inbreng van activa (van welke aard dan ook) of bijeenbrenging van nieuw kapitaal door appellant als gevolg van de overdracht zodat artikel 10 of [artikel] 11 van de Eerste Richtlijn van toepassing zou zijn. Evenmin was de zegelrecht-heffing een heffing op „de

- toelating ter beurse”, want hoewel de overdrachten plaatsvonden rond dezelfde tijd als de toelating, waren de overdrachten niet een onlosmakelijk onderdeel van de toelating tot een beursnotering maar in plaats daarvan slechts een specifieke vereiste van de aandelenbeurs van Frankfurt.
- (2) De op 7 oktober 2009 ondertekende documenten hebben geleid tot overdrachten van bestaande effecten, ook al waren deze effecten op 10 juni 2009 uitgegeven. Desalniettemin maakte de zegelrechtheffing van 1,5 % niet een integraal onderdeel uit van een grotere transactie voor het bijeenbrengen van kapitaal en de overdracht vond evenmin plaats „in het kader van” de uitgifte. Louter het feit dat in een specifieke regel van de aandelenbeurs van Frankfurt werd geëist dat alle bestaande aandelen aan Clearstream Frankfurt moesten worden overgedragen, was niet voldoende om een dergelijke overdracht te herkwalficeren als zijnde een onderdeel van een „uitgifte” van aandelen, zodat deze bescherming zou kunnen vinden in artikel 5 van de Tweede Richtlijn.
- (3) Voor zover gesteld zou kunnen worden ten aanzien van de overdrachten van effecten, ongeacht het feit dat zij geen uitgften van effecten vormen, dat die binnen het bereik vallen van artikel 11 van de Eerste Richtlijn of artikel 5 van de Tweede Richtlijn, dan blijft artikel 12 van de Eerste Richtlijn c.q. artikel 6 van de Tweede Richtlijn alsnog van toepassing.
- (4) Aangezien alle desbetreffende zegelrechtheffingen van 1,5 % binnen het bereik vallen van artikel 12 van de Eerste Richtlijn dan wel artikel 6 van de Tweede Richtlijn, is het niet noodzakelijk te onderzoeken of de heffingen tevens voldoen aan de bepalingen van het EG-Verdrag.

#### Het Verdrag

39. **[Or. 11]** Voor zover het noodzakelijk is te onderzoeken of de heffingen voldoen aan de bepalingen van het EG-Verdrag (*quod non*), dan kan dat worden beperkt tot uitsluitend artikel 56 (vrij verkeer van kapitaal) van het EG-Verdrag.
40. Er is geen schending geweest van het EG-Verdrag noch van artikel 56 noch enig ander artikel. Artikel 70 FA 1986 gold voor alle clearinginstellingen, hetzij binnen of buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigd, en was niet discriminatoir. Indien een clearinginstelling ervoor wenste te kiezen niet onderworpen te zijn aan de heffing ex artikel 70, dan kon die opteren voor artikel 97A, zoals ook blijkt uit de feiten van deze zaak.

#### Rechtvaardiging en/of proportionaliteit

41. Voor zover er sprake zou zijn geweest van een schending van het Verdrag of een discriminatieverbod uit de Eerste of Tweede Richtlijn (*quod non*), dan kan de schending rechtvaardiging vinden in overwegingen van effectief fiscaal toezicht. Op grond van het zwaarwegend belang van effectief fiscaal toezicht mogen

lidstaten maatregelen invoeren waarmee het verschuldigde bedrag aan belasting in [die lidstaten] duidelijk en precies kan worden vastgesteld. Dit is waarin wordt voorzien met de artikel 97A-regeling. De toestemming aan clearinginstellingen (waar dan ook gevestigd) om te opteren voor de regeling en om regelingen te treffen die voldoen aan de eisen van HMRC voor de inning van zegelreservebelasting op overdrachten binnen een clearinginstelling, vormt een proportionele maatregel om ervoor te zorgen dat sprake is van opgave, inning en afdracht van zegelreservebelasting aan HMRC ten aanzien van transacties binnen die clearinginstellingen. Indien een binnen of buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde clearinginstelling niet opteert voor die regeling, dan is onder deze omstandigheden de heffing van 1,5 % een proportioneel alternatief.

### **Aanleiding voor het verzoek**

42. Hoewel de kwestie wel wordt besproken in de Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in Vidacos Nominees, heeft het Hof van Justitie nog geen richtlijnen gegeven voor het toepassen van artikel 10, 11 en 12 van de Eerste Richtlijn of artikel 4, 5 en 6 van de Tweede Richtlijn ter zake van een aandelenoverdracht aan een clearinginstelling onder omstandigheden als die van het onderhavige geval.
43. Hoewel de kwestie wel wordt besproken in de Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in Vidacos Nominees, heeft het Hof van Justitie ook nog geen richtlijnen gegeven voor het toepassen van artikel 12, 43, 48, 49 en 56 [Or. 12] van het EG-Verdrag ter zake van een aandelenoverdracht aan een clearinginstelling onder omstandigheden als die van het onderhavige geval.
44. De nationale rechter overweegt dat bij gebreke van een rechtstreekse wettelijke grondslag de uitlegging en toepassing van de hierboven omschreven bepalingen onder de omstandigheden van een zaak als deze niet een „acte clair” is.
45. Om deze redenen acht de nationale rechter een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie ten aanzien van de onderstaande vragen noodzakelijk ter beslechting van de geschilpunten tussen de partijen.

### **De voorgelegde vragen**

46. Eerste vraag: Is de hierboven omschreven zegelrechtheffing door een lidstaat van 1,5 % op een overdracht onder de hierboven omschreven omstandigheden in strijd met één of meer van de navolgende bepalingen:
  - 1) artikel 10 of artikel 11 van de Eerste Richtlijn;
  - 2) artikel 4 of artikel 5 van de Tweede Richtlijn; of
  - 3) artikel 12, 43, 48, 49 of 56 van het EG-Verdrag?

47. Tweede vraag: Luidt het antwoord op de eerste vraag anders wanneer de aandelenoverdracht aan de clearinginstelling een vereiste is voor de notering van de desbetreffende vennootschap op een aandelenbeurs in die lidstaat of een andere lidstaat?
48. Derde vraag: Luidt het antwoord op de eerste vraag of de tweede vraag anders wanneer de nationale wetgeving van de lidstaat aan een clearinginstelling de optie geeft, indien de belastingautoriteit daartoe toestemming verleend, om geen zegelrecht te betalen voor de aandelenoverdracht aan de clearinginstelling maar om in plaats daarvan zegelreservebelasting af te dragen op elke daaropvolgende aandelenverkoop binnen de clearinginstelling (tegen een tarief van 0,5 % van de tegenprestatie voor de verkoop)?
49. Vierde vraag: Luidt het antwoord op de derde vraag anders wanneer de door de desbetreffende vennootschap gekozen structurering van de transacties ertoe leidt dat het voordeel van de optie niet kan worden genoten?