CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 8 september 2005 [1]

I — Inleiding

1. Wat omvat het begrip beheer van een beleggingsfonds? Dat is de centrale vraag in dit verzoek om een prejudiciële beslissing van het VAT and Duties Tribunal (London). Volgens de Zesde BTW-richtlijn 77/388/EEG (hierna: „Zesde richtlijn") [2] zijn handelingen in verband met het beheer van beleggingsfondsen namelijk vrijgesteld van BTW. De in het hoofdgeding betrokken beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen van de BTW-eenheid Abbey National willen dat de vrijstelling ook wordt toegepast op bepaalde diensten die zij aan derden hebben uitbesteed.

2. Er dient te worden verduidelijkt in hoeverre richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) [3] in aanmerking moet worden genomen bij de uitlegging van bepalingen met betrekking tot de belasting over de toegevoegde waarde. Richtlijn 85/611 harmoniseert de nationale bepalingen betreffende bepaalde beleggingsfondsen en bevat met name een omschrijving van wat verstaan moet worden onder het beheer van een fonds.

3. Richtlijn 85/611 bevat bovendien een serie voorschriften met betrekking tot de structuur van icbe's, die van belang zijn om inzicht te krijgen in de taak en het functioneren van deze beleggingsinstrumenten. In principe kent richtlijn 85/611 twee vormen van icbe's. In de eerste plaats zijn er de gemeenschappelijke fondsen die bij overeenkomst worden opgericht en geen rechtspersoonlijkheid bezitten (beleggingsfonds).

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz. 1).

3 — PB L 375, blz. 3, voor het laatst gewijzigd bij richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 (PB L 145, blz. 1).

In het Verenigd Koninkrijk hebben deze fondsen doorgaans de unit trust [4] als rechtsvorm. In de tweede plaats bestaan er beleggingsmaatschappijen, die als zelfstandige rechtspersoon overeenkomstig de bepalingen van het vennootschapsrecht zijn opgericht.

4. Aangezien zij zelf geen rechtspersoonlijkheid bezitten, hebben beleggingsfondsen een beheermaatschappij nodig die de zaken leidt. Beleggingsmaatschappijen zijn daarentegen rechtspersonen, die zich ook zelf kunnen beheren en niet noodzakelijk een afzonderlijke beheermaatschappij nodig hebben. Zij beschikken krachtens de in het Verenigd Koninkrijk geldende bepalingen evenwel over een authorised corporate director (ACD). Deze taak wordt meestal vervuld door vennootschappen, zodat hun structuur lijkt op die van een beleggingsfonds met een beheermaatschappij.

5. De belangrijkste taak bij het beheer van fondsen behelst de vastlegging van het investeringsbeleid, daaronder begrepen de beslissing over de aankoop en verkoop van effecten. Daarnaast dient de beheermaatschappij taken op het gebied van verslaglegging en facturering uit te voeren. Het verzoek om een prejudiciële beslissing werpt de vraag op of laatstgenoemde activiteiten, wanneer zij aan derden worden uitbesteed, nog als vrijgestelde handelingen in verband met het beheer van een beleggingsfonds of een beleggingsmaatschappij kan worden beschouwd.

6. Een volgende vraag betreft de kwalificatie van de activiteiten van de bewaarder. Zowel beleggingsfondsen als beleggingsmaatschappijen [5] dienen hun activa aan een derde in bewaring te geven. In het geval van een unit trust neemt de gemachtigde (trustee) de taak van bewaarder op zich. In de praktijk zijn het meestal banken die als bewaarder functioneren. De bewaarder wikkelt de opdrachten van de beheermaatschappij af. Daarnaast heeft hij bepaalde bevoegdheden op het gebied van controle en samenwerking. Hij dient met name erop toe te zien dat de transacties met de activa die hij in bewaring heeft, regelmatig worden geboekt. Ook met betrekking tot de prestaties van de bewaarder wordt de vraag opgeworpen of het daarbij om het van BTW vrijgestelde beheer van een beleggingsfonds gaat.

4 — Wanneer hierna in het algemeen over beleggingsfondsen wordt gesproken, worden daarmee eveneens de fondsen in de vorm van een unit trust bedoeld.

5 — Voor beursgenoteerde beleggingsmaatschappijen gelden bepaalde uitzonderingen op deze verplichting.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

7. Krachtens artikel 13, B, van de Zesde richtlijn

„verlenen de lidstaten vrijstelling voor de onderstaande handelingen, onder de voorwaarden die zij vaststellen om een juiste en eenvoudige toepassing van de betreffende vrijstellingen te verzekeren en alle fraude, ontwijking en misbruik te voorkomen:

[...]

d) de volgende handelingen:

[...]

3. handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, betreffende deposito's, rekening-courantverkeer, betalingen, overmakingen, schuldvorderingen, cheques en andere handelspapieren met uitzondering van de invordering van schuldvorderingen;

[...]

5. handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, uitgezonderd bewaring en beheer, inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren, met uitzondering van

— documenten die goederen vertegenwoordigen,

— de in artikel 5, lid 3, genoemde rechten of effecten;

6. het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, als omschreven door de lidstaten;

[...]."

men dat de waarde van haar rechten van deelneming ter beurze aanzienlijk afwijkt van de intrinsieke waarde.

8. In artikel 1, leden 2 en 3, van richtlijn 85/611 [6] worden beleggingsfondsen als volgt gedefinieerd:

3. Deze instellingen kunnen rechtens geregeld zijn bij overeenkomst (beleggingsfondsen beheerd door een beheermaatschappij), als trust (unit trust) dan wel bij statuten (beleggingsmaatschappij).

„2. Voor de toepassing van deze richtlijn en behoudens artikel 2, wordt onder icbe's [instellingen voor collectieve belegging in effecten] verstaan instellingen

In deze richtlijn wordt onder beleggingsfonds ook de unit trust verstaan."

— waarvan het uitsluitende doel is de collectieve belegging in effecten en/of in andere in artikel 19, lid 1, bedoelde liquide financiële activa van uit het publiek aangetrokken kapitaal, met toepassing van het beginsel van risicospreiding; en

9. Artikel 4 van richtlijn 85/611 regelt de voorwaarden voor de toelating van een icbe door de autoriteiten van een lidstaat. Uit lid 2 van deze bepaling blijkt met name dat een, bij overeenkomst opgericht, beleggingsfonds over een beheermaatschappij en een daarvan gescheiden bewaarder dient te beschikken. Een beleggingsmaatschappij heeft enkel een bewaarder nodig.

— waarvan de rechten van deelneming op verzoek van de houders ten laste van de activa van deze instellingen direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald. Met dergelijke inkopen of terugbetalingen wordt gelijkgesteld ieder handelen van een icbe om te voorko-

10. Artikel 5, lid 2, tweede alinea van richtlijn 85/611 verwijst voor de beschrijving van het beheer van beleggingsfondsen en beleg-

6 — De in het onderhavige geval relevante versie van artikel 1 werd vastgesteld bij richtlijn 2001/108/EG (PB 2002, L 41, blz. 35).

gingsmaatschappijen naar de in bijlage II[7] genoemde niet-limitatieve lijst van taken:

„Taken die deel uitmaken van het beheer van collectieve beleggingsportefeuilles:

— Beheer van beleggingen

— Administratie:

a) uitvoeren van de wettelijk verplichte en voor het fondsbeheer vereiste werkzaamheden op het gebied van de verslaglegging

b) verzoeken om inlichtingen van cliënten

c) waardering en prijsstelling (met inbegrip van belastingaangiften)

d) toezien op de naleving van de regelgeving

e) bijhouden van een deelnemersregister

f) bestemming van de inkomsten

g) uitgifte en inkoop van rechten van deelneming

h) afwikkeling van contracten (met inbegrip van de verzending van deelbewijzen)

i) bijhouden van bescheiden

— Verkoop."

11. Volgens artikel 5 octies van richtlijn 85/611 kunnen de lidstaten toestaan dat een beheermaatschappij één of meer van haar

7 — De in het onderhavige geval relevante versie van artikel 5 is vastgesteld bij richtlijn 2001/107/EG (PB L 41, blz. 20), waarbij eveneens de aangehaalde bijlage II is ingevoerd.

taken aan derden delegeert, wanneer aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Er moet met name worden gewaarborgd dat de delegatie van de taken het toezicht op de beheermaatschappij niet belemmert en dat de taken correct worden uitgevoerd.

12. Krachtens artikel 7, lid 1, van richtlijn 85/611 moeten de activa van een beleggingsfonds in bewaring worden gegeven bij een bewaarder. Artikel 7, lid 3, preciseert de verplichtingen van de bewaarder als volgt:

„De bewaarder is bovendien gehouden:

a) zich ervan te vergewissen, dat de verkoop, uitgifte, inkoop, terugbetaling en intrekking van rechten van deelneming voor rekening van het fonds of door de beheermaatschappij, overeenkomstig de wet of het fondsreglement geschieden;

b) zich ervan te vergewissen dat de waarde van de rechten van deelneming wordt berekend overeenkomstig de wet of het fondsreglement;

c) de aanwijzingen van de beheermaatschappij uit te voeren, tenzij deze in strijd zijn met de wet of het fondsreglement;

d) zich ervan te vergewissen dat bij transacties met betrekking tot de activa van het fonds de tegenprestatie hem binnen de gebruikelijke termijnen wordt voldaan;

e) zich ervan te vergewissen dat de opbrengsten van het fonds een bestemming krijgen in overeenstemming met de wet of het fondsreglement."

13. Volgens artikel 9 van richtlijn 85/611 is de bewaarder volgens het nationale recht van de staat waar de statutaire zetel van de beheermaatschappij zich bevindt, aansprakelijk voor alle geleden schade ten gevolge van verwijtbare niet-nakoming of gebrekkige nakoming van zijn verplichtingen.

14. Voor de bewaarder van een beleggingsmaatschappij stellen de artikelen 14 en 16 van richtlijn 85/611 overeenkomstige regels vast als die welke zijn vervat in de artikelen 7 en 9.

15. Volgens artikel 10 van richtlijn 85/611 mogen de taken van beheermaatschappij en bewaarder niet door dezelfde maatschappij worden vervuld. Datzelfde geldt krachtens artikel 17 voor beleggingsmaatschappijen en hun bewaarder.

B — *Nationaal recht*

16. In het Verenigd Koninkrijk is de in de Zesde richtlijn vastgestelde vrijstelling voor het beheer van beleggingsfondsen en -maatschappijen geregeld in Schedule 9, Group 5, Items 9 en 10, van de Value Added Tax Act 1994 (wet inzake belasting over de toegevoegde waarde; hierna: „Value Added Tax Act 1994"). De regeling geldt voor „Authorised unit trusts" (erkende beleggingsfondsen) of „Trust based schemes" (beleggingsfondsen) (Item 9) alsook voor Open-Ended Investment Companies (beleggingsmaatschappijen; hierna: „OEIC") (Item 10).

17. De bepalingen van de Value Added Tax Act 1994 verwijzen voor de omschrijving van deze beleggingsconstructies naar Sections 236 en 237 van de Financial Services and Markets Act 2000 (wet inzake financiële dienstverlening en markten; hierna: „FSMA"). De FSMA heeft richtlijn 85/611 omgezet in nationaal recht. Verdere bepalingen bevinden zich in het „Collective Investment Schemes Sourcebook of the Financial Services Authority" (hierna: „CIS-Sourcebook"). Ten slotte bestaan er nog speciale regels voor beleggingsmaatschappijen in de Open-Ended Investment Companies Regulations 2001 (regels van 2001 voor open beleggingsmaatschappijen; hierna: „OEIC-Regulations").

18. Het CIS-Sourcebook legt de bewaarder en de trustee bijkomende taken op, die de verplichtingen op grond van de richtlijn aanvullen. De centrale doelstelling van deze bepalingen is de bescherming van de belangen van de consumenten en de beleggers. De verwijzende rechter noemt meer in het bijzonder de volgende taken:

1) de trustee kan met de beheerder overeenkomen om ondergeschikte wijzigingen in de prospectus (met inbegrip van wijzigingen betreffende de beleggingsdoelstellingen) goed te keuren;

2) hij moet onmiddellijk na ontvangst van en in overeenstemming met de aanwijzingen van de beheerder, deelnemingsrechten uitgeven;

3) hij moet de beheerder van zijn bedenkingen op de hoogte stellen en de uitgifte of intrekking van deelnemingsrechten weigeren, wanneer hij van mening is dat de uitgifte of intrekking in strijd zou zijn met een uitgiftebeperking of niet in het belang van de deelnemers zou zijn;

4) hij kan in uitzonderlijke omstandigheden de beheerder toestemming verlenen of verplichten om de uitgifte, intrekking, verkoop van en terugbetaling op deelnemingsrechten te staken;

5) hij moet redelijke maatregelen treffen om vast te stellen of een niet-financiële tegenprestatie voor de uitgifte van deelnemingsrechten, bestaande of potentiële deelnemers kan benadelen;

6) hij kan de deelnemingsrechten van een deelnemer verbeurdverklaren, wanneer deze betalingsverplichtingen aan de beheerder of de trustee niet nakomt;

7) hij moet een deelnemersregister bijhouden;

8) hij kan een deelnemersvergadering bijeenroepen;

9) hij moet worden geraadpleegd over de vraag welke markten buiten de Europese Unie voor belegging in aanmerking komen;

10) hij moet beoordelen of de voorwaarden van door de fondsbeheerder voorgestelde effectenleningstransacties („Stock lending transactions") aanvaardbaar zijn, en zich ervan verzekeren dat er voldoende onderpand is verschaft voordat daartoe wordt overgegaan;

11) hij moet de voorwaarden van onderhandse derivatentransacties goedkeuren;

12) hij kan instemmen met de uitoefening door de beheerder van rechten verband houdend met een belegging van het erkende beleggingsfonds (zoals het recht om in te schrijven op een uitgifte voor bestaande aandeelhouders), wanneer de uitoefening anders zou leiden tot een schending van beperkingen op de omvang van de bezittingen;

13) hij kan na raadpleging van de beheerder beslissen om al dan niet enig stemrecht uit te oefenen, voortvloeiend uit enig deel van het ingelegd vermogen dat bestaat uit deelnemingsrechten in een andere collectieve beleggingsregeling die wordt beheerd of anderszins wordt bestuurd door de beheerder of zijn partners, of uit aandelen in een erkend beleggingsfonds die deel uitmaken van het ingelegd vermogen van een feederfonds dat wordt beheerd of anderszins wordt bestuurd door de beheerder of een partner van de beheerder;

14) hij moet redelijke maatregelen treffen om te waarborgen dat de beheerder alle relevante overwegingen in aanmerking heeft genomen wanneer hij verwateringsheffingen en Stamp Duty Reserve Tax-maatregelen vaststelt;

15) hij kan op aanwijzing van de beheerder elke noodzakelijke lening ten behoeve van het fonds aangaan;

16) hij moet passende maatregelen treffen om te waarborgen dat de juiste procedures en methoden voor de prijsstelling van deelnemingsrechten correct worden vastgesteld en dat voldoende bescheiden worden bewaard;

17) hij moet een onafhankelijke taxateur kiezen of goedkeuren, wanneer zich potentiële belangentegenstellingen voordoen bij transacties met betrekking tot het vermogen van het fonds;

18) hij kan op verzoek van de beheerder het gebruik goedkeuren van een andere wisselkoers dan de in het CIS-Sourcebook genoemde voor de waardering van vermogen, dat anders zou worden gewaardeerd in een andere valuta en volgens alternatieve methoden voor de vermogenswaardering;

19) hij kan na raadpleging van de beheerder besluiten om geen jaarlijkse toedeling van inkomsten te verrichten, wanneer de gemiddelde toedeling zijns inziens minder dan 10 GBP zou zijn;

20) hij moet in overeenstemming met het toepasselijke trustrecht vaststellen of ten laste van het ingelegd vermogen komende betalingen ter zake van rente en kosten over leningen en ter zake van belastingen en heffingen over het ingelegde vermogen, worden gedaan uit de kapitaalrekening of uit de lopende rekening;

21) wanneer een erkend beleggingsfonds over meer dan één categorie deelnemingsrechten beschikt en een deelnemer verzoekt om omzetting van de ene categorie rechten in de andere, moet de trustee worden geraadpleegd voordat de beheerder het juiste aantal aan de deelnemer uit te geven rechten in de nieuwe categorie vaststelt;

22) wanneer een deelnemer verzoekt om terugbetaling of royement van deelnemingsrechten, kan de beheerder het royement van die rechten laten plaatsvinden tegen overdracht van een deel van de activa van het fonds in plaats van contant geld. In dergelijke omstandigheden moet de trustee worden geraadpleegd over de selectie van het over te dragen fondsactief;

23) de trustee kan van de beheerder eisen om vermogen te verkopen (of aan te kopen) wanneer een bepaalde aankoop of verkoop van vermogen door de beheerder de door het CIS-Sourcebook aan de beheerder verleende bevoegdheden overschrijdt of wanneer de bewaringsmaatregelen voor de eigendomspapieren onvoldoende zijn;

24) de trustee moet instemmen met de aanpassing van het aantal uitgegeven of ingetrokken deelnemingsrechten, teneinde fouten met betrekking tot het aantal door de beheerder in zijn „box" [8] gehouden deelnemingsrechten te herstellen;

25) hij moet de FSA onmiddellijk over ernstige schendingen van de regels van het CIS-Sourcebook inlichten;

26) hij kan in bepaalde omstandigheden, met inbegrip van het faillissement van de beheerder of wanneer een curator is benoemd, of „wanneer de trustee op goede en voldoende gronden van mening is, en dat schriftelijk kenbaar maakt, dat vervanging van de beheerder in het belang van de deelnemers wenselijk is", per schriftelijke aanzegging een beheerder ontslaan. Na het ontslag van de beheerder moet de trustee vervolgens een nieuwe beheerder benoemen;

27) hij moet zijn goedkeuring geven wanneer de beheerder zich wenst terug te trekken ten gunste van een andere beheerder.

8 — Met „box" worden de deelnemingsrechten in het beleggingsfonds aangeduid die de beheermaatschappij van het fonds zelf houdt.

19. Voor de bewaarder van een beleggingsmaatschappij (*depositary*) legt het CIS-Sourcebook grotendeels dezelfde verplichtingen vast. In dit geval hebben het toezicht en de samenwerking betrekking op de handelingen van de ACD. Daarnaast vervallen de taken in verband met de uitgifte van *units*.

III — Feiten en prejudiciële vragen

20. Abbey National plc (hierna: „Abbey National"), verzoekster in het hoofdgeding, vormt uit BTW-oogpunt samen met een reeks dochterondernemingen één groep, de Abbey National's VAT Group. De leden van de groep zijn Abbey National Unit Trust Managers Limited (hierna: „ANUTM"), Scottish Mutual Investment Managers Limited (hierna: „SMIM"), Abbey National Asset Managers Limited (hierna: „ANAM") en Inscape Investments Limited (hierna: „Inscape"). Deze ondernemingen zijn beheerder van icbe's.

21. De trustees (bewaarders) van deze icbe's zijn Clydesdale Bank plc (hierna: „CB"), Citicorp Trustee Company Limited (hierna: „CTCL") en HSBC Bank plc (hierna: „HSBC"). Zij brengen voor hun werkzaamheden als trustee een algemene trusteevergoeding in rekening, te vermeerderen met BTW. Onder deze vergoeding valt niet de tegenprestatie voor de werkzaamheden als effectenbewaarder (*custodian*). CB en HSBC brengen hiervoor een afzonderlijke vergoeding in rekening. CTCL voert deze taak niet

zelf uit, maar gebruikt een derde als effectenbewaarder. Abbey National verzet zich tegen de heffing van BTW over de trusteevergoeding, omdat zij de werkzaamheden van de trustees beschouwt als vrijgestelde handelingen in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn.

22. Inscape Investment Fund, een open beleggingsmaatschappij waarvan Inscape de ACD is, komt eveneens op tegen het feit dat de prestaties van haar bewaarder CTCL met BTW worden belast. Ook in dit geval heeft het geschil geen betrekking op de tegenprestatie voor de taken als effectenbewaarder in engere zin, die niet door CTCL worden uitgevoerd, maar zijn gedelegeerd aan een wereldwijd opererende subbewaarder (*global sub-custodian*). Deze ontvangt rechtstreeks van Inscape een afzonderlijke vergoeding voor zijn prestaties.

23. Inscape heeft bovendien enkele van de taken die de wet haar als beheermaatschappij oplegt, gedelegeerd aan de Bank of New York Europe Limited (hierna: „BNYE") en later aan de Bank of New York (hierna: „BNY"). BNYE en BNY hebben aan Inscape voor deze prestaties BTW in rekening gebracht. Abbey National betwist ook deze belasting.

24. Ingevolge de overeenkomst tussen Inscape en BNYE diende laatstgenoemde in de eerste plaats de boekhouding van het fonds op zich te nemen. Dit omvatte onder andere de berekening van de dagwaarde van de deelnemingen in het fonds, alsmede het uitkerings- en rendementspercentage, het boeken van transacties, het verzamelen van gegevens voor periodiek openbaar te maken verklaringen en voor de verslaglegging, de opstelling van belastingdocumenten en het verstrekken van verklaringen aan het bureau voor de statistiek en de Bank of England. In de tweede plaats diende BNYE een reeks andere diensten te verrichten, zoals het opzetten en waarderen van subfondsen, de afstemming en het beheer van de rekeningen en de betalingen van het fonds, alsook de berekening van de beheerkosten, die als zogenaamde *dilution levy* worden omgeslagen over uit- en intredende deelnemers.

25. Het VAT and Duties Tribunal te London, waarbij het geding aanhangig is, heeft bij beschikking van 29 maart 2004 het Hof krachtens artikel 234 EG de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Betekent de vrijstelling van het ‚beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, als omschreven door de lidstaten' in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn dat de lidstaten zowel bevoegd zijn om te bepalen welke activiteiten deel uitmaken van het ‚beheer' van de gemeenschappelijke beleggingsfondsen, als om te bepalen welke gemeenschappelijke beleggingsfondsen onder de vrijstelling vallen?

2) Voor het geval dat de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord en aan het begrip ‚beheer' in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn een autonome gemeenschapsrechtelijke uitlegging moet worden gegeven, zijn dan, gelet op richtlijn 85/611 [...], de vergoedingen die een bewaarder of een trustee in rekening brengt voor de diensten die hij verleent overeenkomstig de artikelen 7 en 14 van [...] richtlijn [85/611], de nationale voorschriften en de reglementen van het fonds, vrijgestelde handelingen van ‚beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen' in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn?

3) Voor het geval dat de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord en aan het begrip ‚beheer' een autonome gemeenschapsrechtelijke uitlegging moet worden gegeven, is de vrijstelling van het ‚beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen' in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn dan van toepassing op door een derde beheerder verstrekte diensten van administratief beheer van het fonds?"

26. In de procedure voor het Hof hebben Abbey National, de regeringen van het Verenigd Koninkrijk en Luxemburg, alsook de Commissie opmerkingen ingediend. Hun argumenten worden – voor zover noodzakelijk — in het kader van de juridische beoordeling weergegeven.

IV — Juridische beoordeling

A — *Inleidende opmerking inzake de toepasselijkheid van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn op beleggingsmaatschappijen*

27. In een beleggingsfonds wordt het geld van een groot aantal beleggers samengevoegd en in effecten van zeer uiteenlopende aard, maar ook in andere zaken zoals onroerende goederen of waren, belegd. Voor beleggers heeft dit ten opzichte van het rechtstreeks aankopen van effecten het voordeel dat het risico breder wordt gespreid en dat de keuze van de beleggingen door zeer gespecialiseerde deskundigen wordt gemaakt. De diensten die bij deze vorm van beleggen worden verricht, hebben echter ook hun prijs.

28. De vergoeding voor het beheer van een beleggingsfonds is vrijgesteld van BTW. Daardoor moet het met name voor kleine

beleggers gemakkelijker worden om deel te nemen aan deze beleggingsvorm.[9] Wegens het kleine vermogen dat zij te beleggen hebben, kunnen zij namelijk slechts in beperkte mate hun geld rechtstreeks in een brede waaier van effecten beleggen. Bovendien beschikken zij vaak niet over de nodige kennis om effecten te vergelijken en te selecteren.

29. De vrijstelling dient bovendien om verstoringen van de mededinging te voorkomen tussen *door derden beheerde* beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen die *zichzelf beheren*.[10] Beleggingsfondsen kunnen zichzelf niet beheren omdat zij geen rechtspersoonlijkheid bezitten, en moeten gebruikmaken van een externe beheermaatschappij. De diensten die de beheermaatschappij voor het beleggingsfonds verricht, zouden volgens de algemene regels op zich belastingplichtig zijn. Daarentegen verricht een investeringsmaatschappij die *zichzelf beheert* normaliter geen belastingplichtige handelingen in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn, aangezien er met betrekking tot de beheerwerkzaamheden geen dienstbetrekking bestaat tussen twee zelfstandige belastingplichtigen. Zonder de vrijstelling in punt 6 zouden door derden beheerde beleggingsfondsen aldus met een extra kostenfactor worden belast en daardoor ten opzichte van beleggingsmaatschappijen die zichzelf beheren, worden benadeeld.

30. Artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn heeft volgens de bewoordingen ervan ook enkel betrekking op het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen (Engelse taalversie: *special investment funds*) en maakt geen melding van beleggingsmaatschappijen die zichzelf beheren.

31. Dat roept de vraag op of deze bepaling eigenlijk op deze maatschappijen toepasselijk is wanneer zij het beheer uitbesteden. Wanneer deze mogelijkheid op grond van de formulering van deze bepaling zou moeten worden verworpen, zou Abbey National zich in het onderhavige geval enkel met betrekking tot de *unit trusts*[11] op de vrijstelling kunnen beroepen, maar niet in verband met de diensten ten gunste van Inscape Investment Fund, dat een beleggingsmaatschappij is.

32. Bij nadere beschouwing is artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn echter enkel niet toepasselijk voor zover een beleggingsmaatschappij daadwerkelijk zichzelf beheert. Besteedt een beleggingsmaatschappij daarentegen het beheer uit aan derden, dan bevindt zij zich in dezelfde situatie als

9 — Zie conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 18 mei 2004 in zaak C-8/03 (BBL, Jurispr. blz. I-10157, punt 26).

10 — Conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak BBL (aangehaald in voetnoot 9, punt 26).

11 — Volgens artikel 1, lid 3, van richtlijn 85/611 wordt onder beleggingsfonds ook de unit trust verstaan.

een beleggingsfonds en dient zij om redenen van mededingingsneutraliteit in voorkomend geval in dezelfde mate te profiteren van de belastingvrijstelling. [12]

33. Wanneer men ervan uitgaat dat uitbestede beheerdiensten hoe dan ook onder de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn kunnen vallen, kan er namelijk geen onderscheid worden gemaakt naargelang deze diensten aan derden zijn uitbesteed door een beleggingsmaatschappij die zichzelf beheert, of door de beheermaatschappij van een beleggingsfonds. Wanneer hierna sprake is van beleggingsfondsen tout court, geldt de uiteenzetting dus eveneens voor beleggingsmaatschappijen.

B — *Eerste prejudiciële vraag*

34. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst het VAT and Duties Tribunal te vernemen of de omschrijving van het begrip „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds" in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn een zaak van nationaal recht is of dat dit een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip is.

12 — Zie aldus met betrekking tot beleggingsvennootschappen met veranderlijk kapitaal (BEVEK) de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak BBI. (aangehaald in voetnoot 9, punt 8).

35. Alleen het Verenigd Koninkrijk is van mening dat deze bepaling niet enkel met betrekking tot de erkenning van beleggingsfondsen naar de lidstaten verwijst, maar het bovendien aan hen heeft overgelaten om te omschrijven wat moet worden verstaan onder beheer van beleggingsfondsen. Alle overige deelnemers aan de procedure beschouwen het begrip beheer daarentegen als een gemeenschapsrechtelijk begrip.

36. Volgens vaste rechtspraak zijn de vrijstellingen van artikel 13 van de Zesde richtlijn autonome begrippen van gemeenschapsrecht, die derhalve een communautaire omschrijving dienen te krijgen. [13] Dit geldt echter niet wanneer de Raad in de richtlijn de omschrijving van bepaalde termen van een vrijstelling juist aan de lidstaten heeft overgelaten. [14] In de onderhavige zaak is niet geheel duidelijk van welke elementen van de vrijstelling in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn de Raad de omschrijving heeft willen overlaten aan de lidstaten.

37. De door het Verenigd Koninkrijk verdedigde uitlegging vindt in zekere mate steun in de Engelse taalversie van de bepaling: „management of special investment

13 — Arresten van 15 juni 1989, Stichting Uitvoering Financiële Acties (348/87, Jurispr. blz. 1-1737, punt 13), 12 september 2000, Commissie/Ierland (C-358/97, Jurispr. blz. I-6301, punt 51), en 3 maart 2005, Fonden Marselisborg Lystbådehavn (C-428/02, Jurispr. blz. I-1527, punt 27).

14 — Arrest van 28 maart 1996, Gemeente Emmen (C-468/93, Jurispr. blz. I-1721, punt 25).

funds as defined by Member States". Net zoals de Nederlandse taalversie [15] kan deze taalversie aldus worden begrepen dat „as defined" niet enkel betrekking heeft op „special investment funds", maar op de gehele uitdrukking „management of special investment funds".

38. De overige taalversies [16] ondersteunen de uitlegging van het Verenigd Koninkrijk evenwel niet. Zij tonen daarentegen aan dat de lidstaten enkel de bevoegdheid wordt verleend om beleggingsfondsen te erkennen, waarbij deze bevoegdheid inmiddels door richtlijn 85/611 gedeeltelijk wordt verdrongen.

39. Wanneer de verschillende taalversies van een regeling afwijken van elkaar of in ieder geval ruimte laten voor een afwijkende uitlegging, moet de betrokken bepaling volgens vaste rechtspraak worden uitgelegd met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt. [17]

40. De doelstelling van de Zesde richtlijn is de harmonisatie van de nationale bepalingen inzake de BTW. Om vervalsing van de mededinging te voorkomen, dient met name te worden gewaarborgd dat overal binnen de Gemeenschap uniforme vrijstellingen toepasselijk zijn. Deze doelstelling wordt bedreigd wanneer de vrijstellingen door mogelijk van elkaar verschillende nationale rechtsbegrippen worden ingevuld. [18]

41. Omdat het recht met betrekking tot beleggingsfondsen nog niet was geharmoniseerd door richtlijn 85/611, was het bij de vaststelling van de Zesde richtlijn zeker zinvol om voor de omschrijving van beleggingsfondsen bij wijze van uitzondering aan te knopen aan het nationale recht. Op deze manier werd namelijk gewaarborgd dat de vrijstelling enkel in duidelijk omschreven gevallen toepasselijk zou zijn, namelijk wanneer sprake is van het beheer van beleggingsfondsen die als zodanig door de autoriteiten in een lidstaat zijn erkend. Voor de omschrijving van hetgeen als *beheer* van een beleggingsfonds dient te worden beschouwd, geldt echter het algemene beginsel dat de vrijstellingen gemeenschapsrechtelijk te omschrijven begrippen bevatten.

15 — „Het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, als omschreven door de lidstaten."

16 — Als voorbeeld worden de volgende versies vermeld:
ES: „la gestión de fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros";
DK: „forvaltning af investeringsforeninger, saaledes som disse er fastsat af medlemsstaterne";
DE: „die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften";
FR: „la gestion de fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les États membres";
IT: „la gestione di fondi comuni d'investimento quali sono definiti dagli Stati membri".

17 — Arresten van 27 maart 1990, Milk Marketing Board (C-372/88, Jurispr. blz. I-1345, punt 19), 5 juni 1997, SDC (C-2/95, Jurispr. blz. I-3017, punt 22), en 14 september 2000, D. (C-384/98, Jurispr. blz. I-6795, punt 16).

18 — Zie arrest van 25 februari 1999, CPP (C-349/96, Jurispr. blz. I-973, punt 15), alsook arrest SDC (aangehaald in voetnoot 17, punt 52).

42. De regering van het Verenigd Koninkrijk wijst erop dat er naar gelang van de concrete uitwerking van de nationale regelingen met betrekking tot beleggingsfondsen ook sprake zou kunnen zijn van verschillende beheerstaken. De definitie van het begrip beheer is dus onlosmakelijk verbonden met die van de fondsen die onder de vrijstelling vallen.

43. Dat argument houdt echter geen stand. In de eerste plaats zouden de verschillen tussen de nationale bepalingen betreffende beleggingsfondsen niet zo ernstig mogen zijn dat op communautair niveau met het oog op de heffing van BTW geen uniforme omschrijving mogelijk is van het beheer van een beleggingsfonds. Dit geldt des te meer omdat richtlijn 85/611 inmiddels voor veel soorten beleggingsfondsen gemeenschappelijke regels vaststelt. In de tweede plaats onderstreept het juist de noodzakelijkheid om ten minste het begrip beheer overal binnen de Gemeenschap uniform uit te leggen, wanneer reeds verschillen bestaan bij de omschrijving van de instellingen die volgens nationaal recht als beleggingsfonds worden erkend.

44. Derhalve dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat het begrip „beheer" in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn een autonoom begrip van gemeenschapsrecht is, waarvan de lidstaten niet mogen afwijken. [19]

C — *Tweede en derde prejudiciële vraag*

45. De tweede en de derde vraag hebben beide betrekking op de uitlegging van het begrip beheer in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn en dienen derhalve tezamen te worden behandeld. Aan het Hof wordt verzocht om te verduidelijken

— of de diensten van de bewaarder en

— de door een beheermaatschappij aan derden uitbestede diensten van administratief beheer

onder dit begrip beheer vallen.

19 — Advocaat-generaal Poiares Maduro komt eveneens tot deze conclusie in zijn conclusie in de zaak BBL (aangehaald in voetnoot 9, punt 25).

46. Abbey National en de Luxemburgse regering stellen dat in beide gevallen sprake is van vrijgesteld beheer van een beleggingsfonds, omdat de betrokken taken van aanzienlijk belang zijn voor het beheer van een beleggingsfonds en niet een louter technisch karakter hebben. Zij verwijzen in dit verband met name naar de omschrijving van de taken van de beheermaatschappij en de bewaarder in richtlijn 85/611 en in het nationale recht.

47. De regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie leggen daarentegen het begrip beheer strikter uit. Het omvat volgens hen enkel de activiteiten die rechtstreeks gevolgen hebben voor het saldo van de activa en de passiva van het beleggingsfonds, derhalve de eigenlijke beleggingsbeslissingen, echter niet de diensten van de bewaarder en de uitbestede taken op het gebied van boekhouding en verslaglegging.

48. De bewoordingen van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn, en met name het begrip beheer zelf, bieden geen uitsluitsel over de vraag in hoeverre de in casu aan de orde zijnde diensten eronder vallen. Een onderzoek naar wat in het algemene spraakgebruik of binnen bepaalde rechtsgebieden wordt verstaan onder het begrip beheer, brengt ons hier niet verder. [20]

20 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak BBL (aangehaald in voetnoot 9, punt 30).

49. Met name de Duitse taalversie van deze bepaling roept echter de voorafgaande vraag op of uitbestede diensten eigenlijk wel onder de vrijstelling kunnen vallen. Men zou de bewoordingen ervan namelijk zo kunnen begrijpen dat enkel de beheerdiensten die de beheermaatschappij zelf verricht, binnen de werkingssfeer van de vrijstelling vallen.

1. Geen beperking van de vrijstelling tot diensten die de beheermaatschappij zelf verricht

50. Volgens de Duitse taalversie van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn geldt de vrijstelling enkel voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen *„durch Kapitalanlagegesellschaften"*. Het begrip „Kapitalanlagegesellschaft" wordt daarbij niet nader omschreven en komt noch in richtlijn 85/611, noch in andere communautaire handelingen voor. In de Duitse wetgeving wordt dit begrip gebruikt voor

beheermaatschappijen van beleggingsfondsen. [21] Daaruit zou men kunnen concluderen dat de vrijstelling een persoonsgebonden element bezit, met als gevolg dat zij a priori niet geldt voor beheerdiensten welke aan derden zijn uitbesteed.

51. Dienaangaande dient echter te worden vastgesteld dat geen van de andere taalversies een overeenkomstige uitdrukkelijke formulering bevat die verwijst naar het beheer door een bepaalde persoon. [22] Men zou in de andere taalversies hoogstens uit het begrip beheer zelf (*management, gestion*) kunnen concluderen dat de vrijstelling enkel betrekking heeft op de diensten van de *beheer*maatschappij (*management company, société de gestion*).

52. Dat zou echter in tegenspraak zijn met de duidelijke lijn die het Hof heeft ontwikkeld in zijn rechtspraak met betrekking tot andere, vergelijkbare vrijstellingen in artikel 13, B, van de Zesde richtlijn. Het heeft zich daarbij gebaseerd op de aard van de desbetreffende dienst, maar niet op de persoon die deze dienst levert. In het arrest SDC heeft het Hof bijvoorbeeld vastgesteld [23]:

„[...] de krachtens artikel 13 B, sub d, 3 en 5, vrijgestelde handelingen worden gedefinieerd op basis van de aard van de geleverde diensten en niet op basis van de verrichter of de ontvanger van de dienst, die in deze bepalingen in het geheel niet worden genoemd."

53. Soortgelijke overwegingen zijn te vinden in arresten met betrekking tot de vrijstelling van handelingen ter zake van verzekering krachtens artikel 13, B, sub a, van de Zesde richtlijn. [24]

54. De vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn bevat — afgezien van de volledig op zichzelf staande Duitse taalversie — net zo min een duidelijke verwijzing naar bepaalde verrichters van diensten als de vrijstellingen van de punten 3 en 5. Het enkele feit dat de litigieuze diensten niet door de beheermaatschappij zelf worden verricht, maar door de bewaarder of door een derde die gespecialiseerd is in boekhouding en verslaglegging, sluit derhalve niet uit dat de vrijstelling krachtens punt 6 toepasselijk is. Veeleer moet aan de hand van de aard

21 — Zie § 2, lid 1, van de wet inzake beleggingen: „beleggingsfondsen zijn door een beleggingsmaatschappij volgens de vereisten van richtlijn 85/611/EEG beheerde publieke gemeenschappelijke beleggingsfondsen [...]", alsook § 6, lid 1, eerste volzin, van de wet inzake beleggingen: „Beleggingsmaatschappijen zijn kredietinstellingen waarvan het werkterrein is gericht op het beheren van gemeenschappelijke beleggingsfondsen [...]."

22 — Zie bijvoorbeeld de in punt 39 aangehaalde Engelse taalversie en de overige in de voetnoten 15 en 16 aangehaalde taalversies.

23 — Arrest SDC (aangehaald in voetnoot 17, punt 32). Zie eveneens arrest van 27 oktober 1993, Muys' en De Winter's Bouw- en Aannemingsbedrijf (C-281/91, Jurispr. blz. I-5405, punt 13), betreffende artikel 13, B, sub d, punt 1, van de Zesde richtlijn.

24 — Arrest CCP (aangehaald in voetnoot 18, punt 22) en arresten van 8 maart 2001, Skandia (C-240/99, Jurispr. blz. I-1951, punt 41), en 20 november 2003, Taksatorringen (C-8/01, Jurispr. blz. I-13711, punt 40). Het Hof achtte het hier echter doorslaggevend dat de belastingplichtige de dienst levert in het kader van een contractuele verhouding tot een verzekerde, zodat diensten van derden die door de verzekering worden ingeschakeld, zonder een contractuele verhouding met de verzekerde te hebben, niet onder deze vrijstelling vallen. De toepassing van deze voorwaarde op andere vrijstellingen (voorgesteld door advocaat-generaal Ruiz Jarabo in zijn conclusie van 4 juli 1996 in de zaak C-2/95 [SDC, Jurispr. 1997, blz. I-3017, punten 31 e.v.]) is door het Hof afgewezen (arrest SDC [aangehaald in voetnoot 17, punten 39 e.v., met name punt 57], zie in dit verband eveneens arrest Skandia [punten 35 e.v.]).

van de diensten zelf worden onderzocht of zij tot de vrijgestelde handelingen van punt 6 behoren.

55. Nochtans is niet elke taak die vrijgesteld zou zijn wanneer zij werd verricht door de beheermaatschappij van een beleggingsfonds of door een beleggingsmaatschappij in het kader van haar activiteiten, evenzeer als vrijgestelde handeling te kwalificeren wanneer zij aan derden is uitbesteed.

56. De taken die in het kader van de exploitatie van een beleggingsfonds worden verricht, omvatten namelijk zowel specifieke taken die kenmerkend zijn voor het beheer van een beleggingsfonds, zoals de keuze van de effecten waarin het geld van de beleggers moet worden belegd, als zeer algemene werkzaamheden die in elke handelsonderneming worden verricht, zoals de boekhouding, het personeelsbeheer, het gebruik van computers en het onderhoud van kantoorruimtes.

57. Wanneer alle taken door de beheermaatschappij of de beleggingsmaatschappij zelf worden verricht, moeten zij tezamen, op grond van het zwaartepunt van de activiteiten, als vrijgesteld beheer van een beleggingsfonds worden beschouwd.[25] Niet kenmerkende bijkomende diensten worden daarbij op dezelfde wijze ingedeeld als de hoofddienst.[26] Wanneer de beheermaatschappij daarentegen bepaalde diensten uitbesteedt, dient voor deze diensten afzonderlijk te worden onderzocht of zij al dan niet kenmerkend zijn voor het beheer van een beleggingsfonds. Welke criteria daarbij bepalend zijn, dient thans nader te worden onderzocht.

2. Algemene opmerkingen met betrekking tot de uitlegging van het begrip beheer in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn

58. Het Hof heeft zich tot dusverre nog niet uitgesproken over de uitlegging van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn. Ook hier geldt echter de algemene vaststelling dat de begrippen waarmee de vrijstellingen krachtens artikel 13 van de Zesde richtlijn zijn omschreven strikt moeten worden uitgelegd, omdat zij uitzonderingen vormen op het algemene beginsel dat BTW wordt geheven over elke dienst die door een belastingplichtige onder bezwarende titel wordt verricht.[27] Tegelijkertijd geldt het grondbeginsel dat de begrippen die in de formulering van de vrijstellingen worden gebruikt, worden uitgelegd met

25 — Enkel diensten die een beheermaatschappij als zelfstandige hoofddienst verricht, naast het beheer van het beleggingsfonds, bijvoorbeeld adviesdiensten voor derden, dienen met betrekking tot de BTW-plicht afzonderlijk te worden beoordeeld.

26 — Arresten van 13 juli 1989, Henriksen (173/88, Jurispr. blz. I-2763, punten 14 en 16), 22 oktober 1998, Madgett et Baldwin (C-308/96 en C-94/97, Jurispr. blz. I-6229, punt 24), en arrest CCP (aangehaald in voetnoot 18, punt 30).

27 — Arresten Stichting Uitvoering Financiële Acties (aangehaald in voetnoot 13, punt 13), SDC (aangehaald in voetnoot 17, punt 20) en Taksatorringen (aangehaald in voetnoot 24, punt 36).

inachtneming van de context en de doelstellingen van de regeling waarvan zij een onderdeel vormen [28], en dat de uitlegging in overeenstemming moet zijn met de eisen van het beginsel van fiscale neutraliteit, waarop het gemeenschappelijke BTW-stelsel is gebaseerd. [29]

59. Advocaat-generaal Poiares Maduro heeft in zijn conclusie in de zaak BBL de volgende criteria ontwikkeld voor de afbakening van inhoudelijk verwante handelingen, die onder de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 16, van de Zesde richtlijn vallen, en bijkomende handelingen, die er niet onder vallen. Volgens dat onderscheid zouden handelingen vrijgesteld moeten zijn

„die nauw verband houden met de exploitatie van het fonds, dat wil zeggen de vaststelling van het beleid ten aanzien van beleggingen en de aan- en verkoop van activa. Ofschoon de vrijgestelde handelingen niet beperkt zijn tot handelingen die een beslissing inhouden, dienen zij op zijn minst rechtstreeks verband te houden met de handel in waardepapieren. Om de vrijstelling te kunnen toepassen, moet vaststaan dat de onderhavige diensten in feite onlosmakelijk zijn verbonden met de handelingen die uitdrukkelijk in de Zesde richtlijn zijn vrijgesteld. Diensten die op eenvoudige wijze kunnen worden losgekoppeld van het eigenlijke beheer van het fonds moeten daarentegen als BTW-plichtig worden beschouwd." [30]

60. Volgens hem is bepalend of de litigieuze diensten rechtstreeks gevolgen hebben voor de financiële situatie van het fonds en aldus een beslissende invloed hebben op de beoordeling van de financiële risico's of op investerings- en beleggingsbeslissingen. Dat was niet het geval bij de in de zaak BBL te beoordelen diensten van bijstand, informatie en advisering die deze bank verrichtte ten behoeve van beleggingsvennootschappen (BEVEK).

61. Het uitgangspunt voor deze constateringen van de advocaat-generaal was de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de verwante vrijstellingen in artikel 13, B, sub d, punten 3 en 5, van de Zesde richtlijn. Zo heeft het Hof met name in het arrest SDC vastgesteld dat de betrokken handelingen een afzonderlijk karakter moeten hebben in die zin dat zij een afzonderlijk geheel moeten vormen en dat zij kenmerkend en essentieel moeten zijn voor de vrijgestelde handelingen. [31] Het Hof heeft het daarbij voor de vrijstellingen van punt 3 — met betrekking tot het betalingsverkeer — en punt 5 — met betrekking tot de handel in waardepapieren — wezenlijk geacht dat de te beoordelen diensten wijzigingen in de juridische en financiële situatie meebrengen. [32]

62. Het is de vraag in hoeverre deze constateringen van het Hof — zoals is voorgesteld door advocaat-generaal Poiares Maduro — kunnen worden toegepast op de

28 — Zie de verwijzingen in voetnoot 17.

29 — Arrest van 6 november 2003, Dornier (C-45/01, Jurispr. blz. I-12911, punt 42).

30 — Conclusie BBL (aangehaald in voetnoot 9, punt 33). Het Hof is in zijn arrest van 21 oktober 2004, BBL (C-8/03, Jurispr. 2004 blz. I-10157), niet ingegaan op de uitlegging van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn.

31 — Arrest SDC (aangehaald in voetnoot 17, punten 66 en 68) en arrest Hof van 13 december 2001, CSC Financial Services (C-235/00, Jurispr. blz. I-10237, punt 25).

32 — Arrest SDC (aangehaald in voetnoot 17, punten 53, 66 en 73) en arrest CSC (aangehaald in voetnoot 31, punten 26-28).

vrijstelling voor het beheer van beleggingsfondsen in de zin van punt 6 en welke gevolgen daaruit voortvloeien voor de diensten die de verwijzende rechter in het onderhavige geval moet beoordelen.

63. Ik ben van mening dat handelingen een afzonderlijk karakter moeten hebben — dat wil zeggen een afzonderlijk geheel moeten vormen — en kenmerkend en essentieel moeten zijn voor de vrijgestelde handelingen, om onder de vrijstelling van punt 6 te vallen. Daarbij is het criterium dat er sprake moet zijn van een wijziging van de juridische en financiële situatie, dat het Hof in verband met handelingen in de zin van de punten 3 en 5 heeft ontwikkeld, niet doorslaggevend voor de vraag of het om een vrijgestelde handeling krachtens punt 6 gaat.

64. De handelingen in punt 3 hebben betrekking op betalingen en overmakingen en daarmee verwante handelingen, en de handelingen in punt 5 op de handel in waardepapieren. Beide punten hebben derhalve betrekking op bepaalde transacties binnen het geldwezen. Voor deze punten is het dan ook correct om een wijziging in de juridische en financiële situatie als doorslaggevend criterium te beschouwen, omdat van dergelijke transacties enkel sprake kan zijn wanneer zij daadwerkelijk tot een dergelijke wijziging in de situatie hebben geleid.

65. Het begrip beheer in punt 6 is algemener en verwijst niet naar concrete transacties. Weliswaar worden in het kader van het beheer van een beleggingsfonds zeker dergelijke transacties uitgevoerd, maar dit is niet noodzakelijk. Juist bij beleggingsstrategieën op lange termijn of bij bepaalde soorten fondsen, bijvoorbeeld onroerendgoedfondsen, is het eveneens denkbaar dat gedurende een vrij lange periode enkel de markt wordt geobserveerd en geen nieuwe beleggingen worden verricht. Ook in deze perioden zijn er echter taken te verrichten die tot het beheer van een beleggingsfonds behoren.

66. Wanneer de vrijstelling zou worden beperkt tot activiteiten die gevolgen hebben voor de samenstelling van de effectenportefeuille, zou enkel een ondergeschikt deel van de activiteiten van het beleggingsfonds zijn vrijgesteld. Daarmee zou de praktische werking van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn worden uitgehold. In de praktijk maken namelijk andersoortige activiteiten, zoals de activiteiten die in het onderhavige geval aan de orde zijn, een aanzienlijk deel uit van de handelingen die bij de exploitatie van een beleggingsfonds worden verricht. Een al te beperkte uitlegging van het begrip beheer zou er bovendien toe leiden dat de uitbesteding van onderdelen van diensten onaantrekkelijk zou worden, en zou daarmee een economisch zinvolle werkverdeling bemoeilijken.

67. Voor de toepasselijkheid van de vrijstelling van punt 6 is derhalve enkel bepalend of de betrokken dienst een afzonderlijk karakter

heeft en kenmerkend en essentieel is voor het beheer van een beleggingsfonds. Deze criteria dienen nader te worden uitgewerkt met inachtneming van het doel van de betrokken bepaling en de systematische samenhang ervan met de vrijstellingen waarin artikel 13, B, sub d, voor verwante handelingen voorziet. Bovendien dient te worden onderzocht welke betekenis daarbij aan richtlijn 85/611 moet worden toegekend.

— Doel en systematische context van de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn

68. Het doel van de vrijstelling voor handelingen in verband met het beheer van beleggingsfondsen is onder andere om het voor kleine beleggers gemakkelijker te maken om te beleggen in beleggingsfondsen.[33] Om dit doel te bereiken, dienen de kosten voor het beheer van beleggingsfondsen te worden vrijgesteld van belasting. Wanneer deze vrijstelling niet zou bestaan, zouden bezitters van deelnemingsrechten in beleggingsfondsen zwaarder worden belast dan beleggers die hun geld rechtstreeks in aandelen of andere waardepapieren beleggen en geen beroep doen op de diensten van een fondsbeheerder.

69. Teneinde een fiscaal gelijke behandeling van beleggingsvormen tot stand te brengen, zoals wordt vereist door het beginsel van neutraliteit van de BTW, zou de belegging in beleggingsfondsen echter ook niet mogen worden begunstigd ten opzichte van de rechtstreekse belegging in waardepapieren. Aangezien de vrijstelling van punt 5 niet geldt voor de bewaring en het beheer van waardepapieren, zouden overeenkomstige handelingen eveneens moeten worden belast wanneer zij door derden worden verricht ten behoeve van een beleggingsfonds.

70. Daarbij dient echter te worden opgemerkt dat het begrip beheer in punt 5 en in punt 6 niet dezelfde betekenis heeft.[34] Zoals het Hof in het arrest CSC heeft uiteengezet, vallen onder bewaring en beheer in punt 5 „diensten van administratieve aard die de rechtsbetrekking en de financiële relatie tussen de partijen niet wijzigen".[35]

71. In de praktijk heeft de uitzondering betreffende bewaring en beheer in punt 5 vooral betrekking op de activiteiten van de effectenbewaarder. Behalve de bewaring van waardepapieren omvat zijn beheeractiviteit vooral de uitvoering van technische handelingen, zoals de opstelling van bewaarnemingsafschriften, het innen van dividenden, het doorsturen van inlichtingen tussen naamloze vennootschappen en hun aandeelhouders, alsook de betaling van bronbelasting en de opstelling van fiscale attesten.

33 — Zie hierboven, punten 27 e.v.

34 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak BBL (aangehaald in voetnoot 9, punt 38).

35 — Arrest CSC (aangehaald in voetnoot 31, punt 30).

72. Het begrip beheer van een beleggingsfonds in de zin van punt 6 heeft daarentegen een volstrekt andere betekenis. Zonder op de verdere bespreking vooruit te willen lopen, kan de rol van de fondsbeheerder om te beginnen worden vergeleken met die van de belegger zelf die rechtstreeks in waardepapieren belegt. Het beheer is hier derhalve niet beperkt tot louter technische handelingen, die gewoonlijk door een effectenbewaarder worden verricht, maar omvat tevens de beslissingen die bij het beleggen van geld moeten worden genomen. Daar komt de taak bij om deelnemingsrechten uit te geven, te verkopen en in te trekken, met inbegrip van de daarmee verband houdende administratieve taken (vaststelling van de waarde van de deelnemingsrechten, boekhouding en het verrichten van betalingen).

— Betekenis van richtlijn 85/611 voor de uitlegging van het begrip beheer van een beleggingsfonds in de zin van de Zesde richtlijn

73. Richtlijn 85/611 harmoniseert het recht van de lidstaten met betrekking tot bepaalde beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen. Naast de voorschriften inzake de toelating van icbe's en hun beleggingsbeleid, vormen de bepalingen betreffende de verplichtingen van beheermaatschappijen en de bewaarder een hoofdbestanddeel van richtlijn 85/611. Zij bevat met name in bijlage II, waar artikel 5, lid 2, naar verwijst, een niet-limitatieve lijst van taken die voor de toepassing van deze richtlijn als „werkzaamheden van beheer van beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen" worden beschouwd. Uit deze regeling zou men conclusies kunnen trekken voor de uitlegging van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn.

74. Het is in principe nastrevenswaardig om dezelfde begrippen in verschillende regelingen uniform uit te leggen. Juist bij de uitlegging van de autonome begrippen van de Zesde richtlijn vormen de bijzondere gemeenschapsrechtelijke regelingen betreffende het gebied waarbij de belaste handelingen moeten worden ingedeeld, een belangrijk hulpmiddel. Dikwijls kunnen immers uit de Zesde richtlijn zelf nauwelijks aanvullende aanwijzingen worden afgeleid waarmee de onbepaalde rechtsbegrippen ervan kunnen worden ingevuld.

75. In het arrest BBL heeft het Hof bij de beoordeling van de vraag of de activiteit van een BEVEK een economische activiteit vormt in de zin van de Zesde richtlijn reeds verwezen naar de omschrijvingen in richtlijn 85/611.[36] Ook voor andere vrijstellingen van artikel 13 van de zesde richtlijn zijn dergelijke verwijzingen gemaakt. Het begrip handelingen ter zake van verzekering in artikel 13, B, sub a, heeft het Hof bijvoorbeeld uitgelegd door terug te grijpen naar richtlijn

36 — Arrest BBL (aangehaald in voetnoot 30, punt 42).

73/239/EEG betreffende het directe verzekeringsbedrijf.[37] Advocaat-generaal Mischo heeft voor de omschrijving van het begrip assurantiemakelaar in dezelfde vrijstelling verwezen naar de op deze beroepsgroep betrekking hebbende richtlijn.[38] [39]

76. Advocaat-generaal Poiares Maduro acht het echter niet gepast om bij de uitlegging van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn uit te gaan van de beschrijving van de taken van beheer in richtlijn 85/611, omdat beide regelingen een ander voorwerp hebben.[40]

77. In feite heeft het Hof reeds op dezelfde grond geweigerd om zich bij de uitlegging van de Zesde richtlijn op andere regelingen te baseren. Zo achtte het Hof het bijvoorbeeld niet gepast om het begrip gezondheidskundige verzorging in artikel 13, A, lid 1, sub c, van de Zesde richtlijn dezelfde betekenis toe te kennen als in de richtlijn betreffende het vrij verkeer van artsen.[41] [42]

78. Richtlijn 85/611 beoogt uniforme regels voor beleggingsfondsen tot stand te brengen. Het doel hiervan is de mededingingsvoorwaarden te harmoniseren en belemmeringen voor de grensoverschrijdende handel in deelnemingsrechten weg te nemen, en tegelijkertijd de bescherming van de belegger te waarborgen.[43] De nieuwe bij richtlijn 2001/107[44] ingevoerde bepalingen betreffende de werkzaamheden van beheermaatschappijen (bijlage II daaronder begrepen) dienen de harmonisatie verder door te zetten. Hoe meer de taken van de beheerder in richtlijn 85/611 worden gepreciseerd, des te vollediger is de harmonisatie.

79. Deze richting die richtlijn 85/611 uitwijst, staat in zekere mate op gespannen voet met de verplichting om de bepalingen van de Zesde richtlijn die voorzien in vrijstellingen van de BTW — hier meer bepaald het begrip beheer van een beleggingsfonds — strikt uit te leggen. De bepalingen van beide richtlijnen zijn echter met elkaar in overeenstemming te brengen, wanneer men de begrippen in bijlage II bij richtlijn 85/611 niet beschouwt als omschrijvingen van de beheerdiensten van een beleggingsfonds, maar als een beschrijving van de kenmerkende taken van de beheermaatschappij.[45] Deze benadering laat voldoende ruimte om de in bijlage II van richtlijn 85/611 genoemde beheertaken in het kader van de Zesde richtlijn enkel als aanwijzing in aanmerking te nemen bij de beoordeling of

37 — Arrest CCP (aangehaald in voetnoot 18, punt 18).

38 — Richtlijn 77/92/EEG van de Raad van 13 december 1976 houdende maatregelen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten voor de werkzaamheden van verzekeringsagent en assurantiemakelaar (ex groep 630 CITI) en houdende met name overgangsmaatregelen voor deze werkzaamheden (PB 1977, L 26, blz. 14).

39 — Conclusie van 3 oktober 2002 in de zaak Taksatorringen (aangehaald in voetnoot 24, punten 88 e.v.). Het Hof heeft zich niet uitgesproken over de vraag in hoeverre richtlijn 77/92 als aanknopingspunt moet worden gebruikt, maar heeft niettemin de bepalingen van deze richtlijn besproken (punt 45 van het arrest).

40 — Conclusie BBL (aangehaald in voetnoot 9, punt 39).

41 — Richtlijn 93/16/EEG van de Raad van 5 april 1993 ter vergemakkelijking van het vrije verkeer van artsen en de onderlinge erkenning van hun diploma's, certificaten en andere titels (PB L 165, blz. 1).

42 — Arrest van 20 november 2003, Unterpertinger (C-212/01, Jurispr. blz. I-13859, punt 37).

43 — Zie de eerste, tweede en derde overweging van de considerans.

44 — Aangehaald in voetnoot 7.

45 — Zie in deze zin eveneens het voorstel van de Commissie, COM(98) 451 def., blz. 8.

bepaalde werkzaamheden deel uitmaken van het beheer van een beleggingsfonds. Tegelijkertijd kan daarbij, voor zover nodig, rekening worden gehouden met het vereiste van de strikte uitlegging van uitzonderingsbepalingen.

80. Wanneer men de bepalingen in artikel 5, lid 2, en in bijlage II van richtlijn 85/611 zou beschouwen als een uitputtende, eveneens voor de Zesde richtlijn geldende omschrijving van het begrip beheer van een beleggingsfonds, zouden de diensten van de bewaarder al meteen van dit begrip zijn uitgesloten. Hun taken worden immers in de artikelen 7 en 14 van richtlijn 85/611 afzonderlijk geregeld.

81. De strikte scheiding tussen de taken van de beheermaatschappij en die van de bewaarder is in overeenstemming met de bijzondere doelstelling en de opzet van richtlijn 85/611.[46] Bijlage II beschrijft de taken van een van deze ondernemingen, namelijk de beheermaatschappij, zonder zich uit te spreken over de kwalificatie van de taken van de bewaarder. Artikel 13, B, sub d, punt 6, betreft daarentegen in algemene zin het beheer van een beleggingsfonds, zonder daarbij onderscheid te maken tussen bepaalde ondernemingen.[47] In die zin is het begrip beheer in de Zesde richtlijn ruimer dan de omschrijving in bijlage II van richtlijn 85/611 en dat maakt het in principe mogelijk ook de taken van de bewaarder als beheerstaken te beschouwen.

82. Weliswaar voert de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht aan dat richtlijn 85/611 niet van toepassing is op bepaalde soorten beleggingsfondsen[48] waarop artikel 13, sub b, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn wel van toepassing is, maar deze omstandigheid staat er niet aan in de weg dat richtlijn 85/611 in aanmerking wordt genomen bij de beantwoording van de vraag welke werkzaamheden in het onderhavige geval kenmerkend en essentieel zijn voor het beheer van een beleggingsfonds. De fondsen en beleggingsmaatschappijen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, vallen immers binnen de toepassingssfeer van richtlijn 85/611.

— Voorlopige conclusie

83. Het begrip beheer van een beleggingsfonds in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn omvat eveneens diensten die niet door de beheermaatschappij zelf worden verricht. Of een uitbestede activiteit als beheer in deze zin dient te worden beschouwd, is niet afhankelijk van de

46 — Zie hierover verder punten 85 e.v.

47 — Zie hierover, hierboven, punten 50 e.v.

48 — Richtlijn 85/611 is bijvoorbeeld niet toepasselijk op gesloten fondsen en fondsen die niet in waardepapieren beleggen.

vraag of de desbetreffende activiteit invloed heeft op het beleggingsbeleid van het fonds. De vrijstelling moet worden uitgelegd in het licht van de doelstelling om voor kleine beleggers het beleggen in beleggingsfondsen te vergemakkelijken en deze vorm van beleggen niet achter te stellen ten opzichte van het rechtstreeks beleggen in andere waardepapieren. Bij de uitlegging van de Zesde richtlijn kan richtlijn 85/611 in aanmerking worden genomen; de lijst van beheeractiviteiten in bijlage II van richtlijn 85/611 bevat echter geen uitputtende omschrijving van het begrip fondsbeheer die ongewijzigd kan worden toegepast op artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn. Veeleer is doorslaggevend of de aan een derde uitbestede taak een afzonderlijk geheel vormt en kenmerkend en essentieel is voor het beheer van een beleggingsfonds.

84. Op basis van deze constateringen dient thans te worden onderzocht of de door de verwijzende rechter te beoordelen diensten moeten worden beschouwd als belastingvrije handelingen in verband met het beheer van een beleggingsfonds.

3. Kwalificatie van de werkzaamheden van de bewaarder

85. De bewaarder vormt — zoals de Commissie het uitdrukt — naast het fonds en de beheerder ervan, de derde pijler van het door richtlijn 85/611 voor beleggingsfondsen vastgestelde rechtskader.[49] Tot zijn taken behoren in wezen het in bewaring nemen van de activa van het beleggingsfonds en het houden van toezicht op de beheermaatschappij. Hij dient daarbij uitdrukkelijk in het belang van de deelnemers op te treden[50] en is jegens hen aansprakelijk voor de niet-nakoming van zijn verplichtingen.[51] De richtlijn heeft hier ter bescherming van de beleggers als het ware een vier-ogen-beginsel ingevoerd.

86. In dit verband heeft Abbey National verwezen naar de vierde overweging van de considerans van richtlijn 2001/107, waarin wordt gesproken van een „tweehoofdige bedrijfsleiding" (two-man management). Reeds daaruit zou blijken dat ook de bewaarder deelneemt aan het beheer. Abbey National geeft hier echter blijk van een misvatting. De aangehaalde overweging slaat namelijk niet op de verdeling van taken tussen de beheermaatschappij en de bewaarder, maar op de regeling in artikel 5 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 85/611. Volgens die bepaling moet de bedrijfsleiding van een beheermaatschappij worden gevormd door ten minste twee personen die als voldoende betrouwbaar bekend staan en over voldoende ervaring beschikken.

49 — Mededeling van de Commissie van 30 maart 2004, COM (2004) 207 def. — Reglementering van bewaarders van icbe's in de lidstaten: stand van zaken en mogelijke toekomstige ontwikkelingen, blz. 2, punt 2.

50 — Artikel 10, lid 2 en artikel 17, lid 2, van richtlijn 85/611.

51 — Artikelen 9 en 16 van richtlijn 85/611.

87. Welke taken in concreto tot het beheer behoren, wordt door richtlijn 85/611 verre van volledig geregeld. [52] Daarom is voor de beschrijving van deze taken ook het nationale recht van aanzienlijk belang. Het nationale recht kan met name de uitbesteding van taken van de bewaarder aan subbewaarders toestaan, zonder dat de bewaarder zich daardoor evenwel aan zijn aansprakelijkheid kan onttrekken. [53]

88. Verder legt richtlijn 85/611 de lidstaten niet tot in alle details dwingende voorschriften op voor de verdeling van de taken tussen de beheermaatschappij en de bewaarder. [54] Aldus moet volgens het CIS-Sourcebook de trustee (dus de bewaarder) een deelnemersregister bijhouden [55], terwijl deze taak in bijlage II, tweede gedachtestreepje, sub 3, van richtlijn 85/611 wordt opgedragen aan de beheermaatschappij.

89. Om die reden alleen al dient de uiteindelijke kwalificatie van de werkzaamheden van de bewaarders in het hoofdgeding te worden voorbehouden aan de verwijzende rechter. Het Hof kan enkel op basis van de aan hem voorgelegde feitelijke en juridische situatie aanwijzingen geven voor de uitlegging van het begrip beheer in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn.

90. Gelet op de hierboven ontwikkelde criteria moet worden vastgesteld dat de werkzaamheden van de bewaarder een zelfstandig geheel vormen. Dit volgt alleen al uit het feit dat richtlijn 85/611 hem een afzonderlijke, van de taken van de beheermaatschappij gescheiden, rol toebedeelt.

91. Zijn werkzaamheden zijn eveneens essentieel voor het beheer van een beleggingsfonds. De belegging in een beleggingsfonds brengt voor de belegger het risico mee dat de aan het fonds toevertrouwde middelen niet correct worden belegd of zelfs worden verduisterd. De belegger zelf is daarbij nauwelijks in de positie om toe te zien op het handelen van de fondsbeheerder. De afsplitsing van de bewaring van de overige taken van het fondsbeheer is dan ook van doorslaggevende betekenis voor de zekerheid en dus de aantrekkelijkheid van deze vorm van geldbelegging. Hiertoe dragen vooral ook de andere toezichtfuncties bij die de bewaarder ten opzichte van de beheermaatschappij uitoefent.

92. De werkzaamheden van de bewaarder hebben gewoonlijk geen rechtstreekse gevolgen voor de samenstelling van de portefeuille

52 — Zie de mededeling van de Commissie (aangehaald in voetnoot 49), blz. 3, punt 2.2 en blz. 8, punt 4.3.2. De Commissie acht echter een verdere harmonisatie noodzakelijk en stelt in bijlage II, punt 3, van de mededeling voor om een lijst van taken van de bewaarder op te nemen in richtlijn 85/611.

53 — Zie artikel 7, lid 2, en artikel 14, lid 2, van richtlijn 85/611.

54 — Zie het tabellarisch overzicht in bijlage III, punt 4.3, van de mededeling van de Commissie (aangehaald in voetnoot 49).

55 — Zie hierboven punt 18, nummer 7.

of de overige financiële kenmerken van het fonds. Alleen wanneer bijvoorbeeld beleggingsbeslissingen die in strijd zijn met wettelijke voorschriften of bepalingen van de overeenkomst of de statuten, door de tussenkomst van de bewaarder worden gecorrigeerd, is een dergelijke invloed mogelijk. Zoals echter reeds is vastgesteld, kan dit in het kader van de vrijstellingen van de punten 3 en 5 ontwikkelde criterium geenszins worden toegepast op de in het onderhavige geval aan de orde zijnde vrijstelling van het beheer van een beleggingsfonds. [56]

93. Ten slotte zijn de werkzaamheden van de bewaarder eveneens kenmerkend voor het beheer van een beleggingsfonds. Ze zijn bijvoorbeeld niet vergelijkbaar met de taken van een accountant, die pas naderhand en na een lang tijdsverloop de juistheid van de balansen controleert. De bewaarder heeft bij de uitoefening van zijn toezichtfuncties daarentegen een actieve rol in de dagelijkse gang van zaken van een fonds.

94. De werkzaamheden zijn niet beperkt tot de bewaring van waardepapieren in technische zin, een activiteit die eveneens door effectenbewaarders wordt verricht. Het louter bewaren van effecten is volgens artikel 13, B, sub d, punt 5, van de Zesde richtlijn onderworpen aan BTW. Indien de taak van de bewaarder in wezen identiek zou zijn aan die van een effectenbewaarder en men de desbetreffende diensten toch onder de vrijstelling van punt 6 zou laten vallen, zou dit tot een bevoordeling leiden van de belegging in een beleggingsfonds ten opzichte van de belegging in andere waardepapieren.

95. De bewaarders waar het in het hoofdgeding om gaat hebben echter juist de zuiver technische bewaring van het vermogen van het fonds overgedragen aan derden. De behandeling van deze taken vanuit BTW-rechtelijk oogpunt staat niet ter discussie. De bewaring in technische zin behoort evenwel tot de kenmerkende functies van de bewaarder. Zelfs wanneer de bewaarder deze taak aan derden heeft overgedragen, blijft hij jegens de belegger verantwoordelijk voor de correcte bewaring en is hij aansprakelijk voor fouten die daarbij worden gemaakt. Hij kan het zwaartepunt en dus de fiscale behandeling van zijn werkzaamheden niet wijzigen door essentiële onderdelen van zijn taken onder zijn toezicht door derden — in het onderhavige geval door zogenaamde *global sub-custodians* — te laten verrichten. In dit verband is het eveneens niet van belang dat deze laatsten hun vergoeding kennelijk rechtstreeks van de beheermaatschappij ontvangen, en niet van de bewaarder, onder wiens toezicht zij evenwel werkzaam zijn.

96. De verwijzende rechter dient derhalve op basis van een algemene beoordeling van alle taken van de bewaarder te onderzoeken of de bewaring in technische zin het hoofd-

56 — Zie hierboven, punten 63 e.v.

bestanddeel vormt van de taken die het nationale recht in beginsel aan de bewaarder oplegt. Wanneer dit het geval is, moeten de werkzaamheden van de bewaarder worden geacht volledig aan BTW te zijn onderworpen, omdat de andere taken dan als bijkomende diensten de kwalificatie van de hoofddienst delen.

97. Gelet op de ruime toezichthoudende taken die het CIS-Sourcebook opdraagt aan de bewaarder, lijkt het echter eerder onwaarschijnlijk dat deze taken enkel moeten worden beschouwd als bijkomende diensten die ondergeschikt zijn aan de bewaring in technische zin. Daar komt bij dat de bewaring in technische zin kennelijk zonder meer kon worden uitbesteed, wat nauwelijks mogelijk lijkt indien dit de hoofdtaak van de bewaarder vormt.

4. Kwalificatie van aan derden uitbestede administratieve taken

98. De door Inscape aan BNYE en BNY uitbestede werkzaamheden vallen onder het begrip beheer in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn wanneer zij een zelfstandig geheel vormen en essentieel en kenmerkend zijn voor het beheer van het fonds. In hoeverre dat in het hoofdgeding het geval is, dient uiteindelijk te worden vastgesteld door de verwijzende rechter.

99. Vóór de conclusie dat de diensten een zelfstandig geheel vormen, pleit in het onderhavige geval het feit dat BNYE/BNY niet enkel afzonderlijke ondersteunende werkzaamheden op zich heeft genomen, maar in zekere zin een totaalpakket van diensten verstrekt, zoals uit de beschrijving van de uitbestede taken in punt 24 van deze conclusie blijkt. De uitbestede taken vormen een essentieel onderdeel van de werkzaamheden die in bijlage II van richtlijn 85/611 als taken van beheer zijn opgevoerd. BNYE/BNY is met name verantwoordelijk voor de vaststelling van de waarde van de deelnemingsrechten en de afwikkeling van het betalingsverkeer. Bovendien neemt zij kerntaken op het gebied van de verslaglegging en de rapportering op zich.

100. Sommige van de uitbestede taken mogen dan op zichzelf geen zelfstandig karakter hebben — en in zoverre is het voor een vrijstelling van BTW niet voldoende dat een bepaalde taak in bijlage II van richtlijn 85/611 is opgenomen — maar aan het vereiste van zelfstandigheid is voldaan wan-

neer de derde een geheel van diensten op zich neemt dat een essentieel onderdeel vormt van alle bij het beheer van een fonds te verrichten taken.

101. De zelfstandigheid vloeit daarbij niet enkel voort uit de omvang van de uitbestede taken, maar eveneens uit de innerlijke samenhang van de uitbestede werkzaamheden. Zo vormt bijvoorbeeld de waardebepaling een belangrijk element voor het opstellen van de afrekeningsdocumenten en de verslagen.

102. Bovendien duiden bepaalde zaken erop dat de aan BNYE/BNY uitbestede taken in hun geheel als essentieel en kenmerkend voor het beheer van een beleggingsfonds moeten worden beschouwd. Een beleggingsfonds is in wezen een pool van waardepapieren, waarvan de samenstelling net zozeer kan wijzigen als de waarde van de afzonderlijke in die pool opgenomen waardepapieren. Dienovereenkomstig is de waarde van de deelnemingsrechten in deze pool aan voortdurende schommelingen onderhevig. Om de deelnemingsrechten in een beleggingsfonds te kunnen verhandelen, dient de waarde ervan met korte tussenpozen opnieuw te worden vastgesteld. Bij de waardebepaling worden rente- en dividendinkomsten als waardeverhogende en de kosten van beheer als waardeverminderende factoren meegeteld. In nauw verband met de waardebepaling staat het bijhouden van adequate gegevens die moeten dienen voor de verslaglegging jegens de huidige (en potentiële) eigenaren van deelnemingsrechten, alsook jegens de toezichthoudende autoriteiten. Ook de werkzaamheden in verband met het oprichten en het beheer van subfondsen dienen als essentieel en kenmerkend te worden beschouwd.

103. Sommige van de uitbestede taken zijn daarentegen weliswaar net zo essentieel, maar niet in dezelfde mate kenmerkend voor het beheer van een beleggingsfonds, zoals de taken die samenhangen met het betalingsverkeer. Het enkele feit dat een bepaald element onontbeerlijk is om een vrijgestelde handeling te kunnen verrichten, rechtvaardigt niet de conclusie dat de dienst waarvan dit element een bestanddeel is, is vrijgesteld.[57]

104. Het feit dat bepaalde deeltaken niet kenmerkend zijn voor het beheer van een fonds, staat niet in de weg aan de kwalificatie van (het geheel van) de werkzaamheden van BNYE/BNY als vrijgestelde omzet in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn. Doorslaggevend is veeleer dat de door de externe dienstverlener verrichte diensten, in hun geheel beschouwd, zelfstandig zijn en essentieel en kenmerkend zijn voor het beheer van een beleggingsfonds. Juist de samenvoeging van talrijke meer of minder kenmerkende werkzaamheden is typerend voor het beheer van een beleggingsfonds.

57 — Arrest CSC (aangehaald in voetnoot 31, punt 32).

V — Conclusie

105. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging als volgt te antwoorden op de prejudiciële vragen van het VAT and Duties Tribunal:

„1) Het begrip ‚beheer' in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag, is een autonoom begrip van gemeenschapsrecht waarvan de lidstaten de inhoud niet mogen wijzigen.

2) Diensten die een bewaarder in de zin van de artikelen 7 en 14 van richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) verricht, zijn ingevolge artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn van de belasting over de toegevoegde waarde vrijgesteld.

— wanneer zij een afzonderlijk geheel vormen en essentieel en kenmerkend zijn voor het beheer van het beleggingsfonds of de beleggingsmaatschappij, en

— wanneer de nadruk bij deze diensten niet ligt op activiteiten van bewaring en beheer in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 5, van de Zesde richtlijn.

3) De door een derde beheerder in het kader van het beheer van het fonds verleende administratieve diensten zijn ingevolge artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn van de belasting over de toegevoegde waarde vrijgesteld wanneer zij een afzonderlijk geheel vormen en essentieel en kenmerkend zijn voor het beheer van het beleggingsfonds of de beleggingsmaatschappij."