ARREST VAN HET HOF (Zevende kamer)

27 april 2023 *

„Prejudiciële verwijzing – Fiscale bepalingen – Belasting over de toegevoegde waarde (btw) – Richtlijn 2006/112/EG – Belastbare handelingen – Artikel 2, lid 1, onder a) – Begrip ‚levering van goederen onder bezwarende titel' – Artikel 9, lid 1 – Economische activiteit – Artikel 14, lid 1 en lid 2, onder a) – Goederenleveringen – Onrechtmatige afname van elektriciteit – Beginsel van btw-neutraliteit – Facturatie aan de consument van een vergoeding, inclusief de prijs van de verbruikte elektriciteit – Regionale wetgeving van een lidstaat – Belastingplichtige – Sui-generis-entiteit gemandateerd door gemeenten – Begrip ‚publiekrechtelijk lichaam' – Richtlijn 2006/112/EG – Artikel 13, lid 1, derde alinea, en bijlage I – Principiële belasting van de levering van elektriciteit – Begrip ‚onbeduidende omvang van de activiteit'"

In zaak C-677/21,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het vredegerecht Antwerpen (België) bij beslissing van 8 november 2021, ingekomen bij het Hof op 11 november 2021, in de procedure

**Fluvius Antwerpen**

tegen

**MX,**

wijst

HET HOF (Zevende kamer),

samengesteld als volgt: M. L. Arastey Sahún, kamerpresident, N. Wahl (rapporteur) en J. Passer, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

* Procestaal: Nederlands.

gelet op de opmerkingen van:

– Fluvius Antwerpen, vertegenwoordigd door C. Docclo, T. Chellingsworth, D. Devroe en B. Gevers, advocaten,

– de Belgische regering, vertegenwoordigd door P. Cottin, J.-C. Halleux en C. Pochet als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Jokubauskaitė en W. Roels als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 januari 2023,

het navolgende

## Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 2006, L 347, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/162/EU van de Raad van 22 december 2009 (PB 2010, L 10, blz. 14) (hierna: „richtlijn 2006/112”), gelezen in samenhang met artikel 14, leden 1 en 2, van deze richtlijn, alsmede van artikel 9, lid 1, en artikel 13, lid 1, van die richtlijn.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Fluvius Antwerpen (hierna: „Fluvius”), beheerder van een elektriciteitsdistributienet, en MX, een elektriciteitsverbruiker, betreffende de betaling van een factuur voor het onrechtmatig afnemen van elektriciteit.

### Toepasselijke bepalingen

#### *Unierecht*

3 Artikel 2 van richtlijn 2006/112 bepaalt:

„1. De volgende handelingen zijn aan de [belasting over de toegevoegde waarde (btw)] onderworpen:

a) de leveringen van goederen, die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht;

[...]”

4 Artikel 9, lid 1, van deze richtlijn luidt:

„Als ‚belastingplichtige’ wordt beschouwd eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.

Als ‚economische activiteit’ worden beschouwd, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van

vrije of daarmede gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen."

5 In artikel 13, lid 1, van die richtlijn is bepaald:

„De staat, de regio's, de gewesten, de provincies, de gemeenten en de andere publiekrechtelijke lichamen worden niet als belastingplichtigen aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die zij als overheid verrichten, ook niet indien zij voor die werkzaamheden of handelingen rechten, heffingen, bijdragen of retributies innen.

[...]

De publiekrechtelijke lichamen worden in elk geval als belastingplichtige beschouwd voor de in bijlage I genoemde werkzaamheden, voor zover deze niet van onbeduidende omvang zijn."

6 Artikel 14 van diezelfde richtlijn is als volgt verwoord:

„1. Als ‚levering van goederen' wordt beschouwd, de overdracht of overgang van de macht om als een eigenaar over een lichamelijke zaak te beschikken.

2. Naast de in lid 1 bedoelde handeling worden de volgende handelingen als een levering van goederen beschouwd:

a) de eigendomsovergang van een goed tegen betaling van een vergoeding, ingevolge een vordering door of namens de overheid dan wel krachtens de wet;

[...]"

7 Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2006/112 bepaalt:

„Elektriciteit, gas, warmte of koude en soortgelijke zaken worden met ‚lichamelijke zaken' gelijkgesteld."

8 Bijlage I („Lijst van werkzaamheden bedoeld in artikel 13, lid 1, derde alinea") bij deze richtlijn bevat een punt 2 dat betrekking heeft op de „levering van water, gas, elektriciteit en stoom".

### *Belgisch recht*

#### *Btw-wetboek*

9 Artikel 6, eerste en derde alinea, van de wet van 3 juli 1969 tot invoering van de belasting over de toegevoegde waarde (*Belgisch Staatsblad* van 17 juli 1969, blz. 7046), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: „btw-wetboek"), bepaalt:

„De Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten van de Belgische Staat, de provincies, de agglomeraties, de gemeenten en de openbare instellingen worden niet als belastingplichtige aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die zij als overheid verrichten, ook niet indien zij voor die werkzaamheden of handelingen rechten, heffingen, bijdragen of retributies innen.

[...]

Zij worden in elk geval als belastingplichtige voor de [btw] beschouwd voor de volgende werkzaamheden of handelingen, voor zover deze niet van onbeduidende omvang zijn:

[...]

2° de levering en de voorziening van water, gas, elektriciteit en stoom;

[...]"

10 Artikel 9, eerste en tweede alinea, van het btw-wetboek luidt:

„Voor de toepassing van [het btw-wetboek] wordt onder goederen verstaan de lichamelijke goederen.

Als lichamelijke goederen worden beschouwd:

1° elektriciteit, gas, warmte en koude;

[...]"

11 Artikel 10, leden 1 en 2, van het btw-wetboek is geformuleerd als volgt:

„1. Als een levering van een goed wordt beschouwd de overdracht of de overgang van de macht om als een eigenaar over een lichamelijk goed te beschikken.

Hier wordt onder meer bedoeld de terbeschikkingstelling van een goed aan de verkrijger of de overnemer ingevolge een contract tot overdracht of aanwijzing.

2. Wordt eveneens beschouwd als een levering van een goed:

a) de eigendomsoverdracht van een goed tegen betaling van een vergoeding ingevolge een vordering door of namens de overheid en, meer algemeen, ingevolge een wet, een decreet, een ordonnantie, een besluit of een administratieve verordening;

[...]"

*Energiedecreet*

12 Het decreet van de Vlaamse regering van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (*Belgisch Staatsblad* van 7 juli 2009, blz. 46192), zoals gewijzigd bij het decreet van 24 februari 2017 tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het voorkomen, detecteren, vaststellen en bestraffen van energiefraude (*Belgisch Staatsblad* van 22 maart 2017, blz. 38694) (hierna: „Energiedecreet") bevat een artikel 1.1.3, dat bepaalt:

„[...]

40°/1 energiefraude: elke onrechtmatige actie van eenieder, zowel actief als passief, die gepaard gaat met het verkrijgen van een onrechtmatig voordeel. Daaronder wordt minstens verstaan:

a) handelingen uitvoeren op het distributienet of op het plaatselijke vervoernet van elektriciteit zonder daartoe gemachtigd te zijn;

b) de aansluiting of meetinstallatie manipuleren;

c) meldingsverplichtingen die voortvloeien uit de toepassing van dit decreet, de uitvoeringsbesluiten ervan, het aansluitingsreglement, het aansluitingscontract of het technisch reglement niet uitvoeren;

[...]"

13 Volgens artikel 4.1.1 van het Energiedecreet wijst de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna: „VREG") – een externe autonome publiekrechtelijke instelling – voor een geografisch afgebakend gebied een rechtspersoon aan die belast is met het beheer van het elektriciteits- en het aardgasdistributienet in dat gebied.

14 Artikel 5.1.2 van het Energiedecreet luidt:

„[...]

De kosten die de netbeheerder heeft gemaakt om de energiefraude, vermeld in artikel 1.1.3, 40° /1, a), b), c), d) en g), ongedaan te maken, de kosten van de afsluiting [...], de regularisatie van de aansluiting of van de meetinstallatie, de heraansluiting, de kosten voor het onrechtmatig verkregen voordeel en de interesten zijn ten laste van de betreffende netgebruiker.

[...]"

*Energiebesluit*

15 Het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 houdende algemene bepalingen over het energiebeleid (*Belgisch Staatsblad* van 8 december 2010, blz. 74551), zoals gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 26 januari 2018 tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het voorkomen, detecteren, vaststellen en bestraffen van energiefraude (*Belgisch Staatsblad* van 30 maart 2018, blz. 31178) (hierna: „Energiebesluit") bevat een artikel 4.1.2, dat is verwoord als volgt:

„§ 1. Het onrechtmatige voordeel, vermeld in artikel 5.1.2 en 5.1.3 van het [Energiedecreet], wordt, naargelang het geval, berekend door het product te nemen van een of meer van de volgende factoren:

1° een vastgelegde prijs;

2° een ingeschat afname-, injectie-, of productievolume;

3° de duur van de energiefraude.

De berekening, vermeld in het eerste lid, wordt altijd geïndexeerd op basis van de consumptieprijsindex. Dat gebeurt door het berekende onrechtmatige voordeel te vermenigvuldigen met de verhouding van de index van de consumptieprijzen op 1 januari van het jaar waarin de energiefraude is vastgesteld en de index van de consumptieprijzen op 1 januari van het jaar waarin de energiefraude heeft plaatsgevonden.

Het onrechtmatig verkregen voordeel kan betrekking hebben op een of meer van de volgende aangelegenheden:

1° de ontdoken kosten bij oneigenlijk gebruik van het distributienet of het plaatselijke vervoernet van elektriciteit;

2° de ontdoken kosten voor het gebruik van het distributienet of het plaatselijke vervoernet van elektriciteit;

3° de ontdoken kosten voor een aansluiting op het distributienet of een wijziging daarvan;

4° de ontdoken kosten voor de geleverde energie;

[...]

§ 2. In het geval, vermeld in paragraaf 1, derde lid, 1°, 2° en 3°, is de berekening gebaseerd op de tarieven voor de aansluiting op of het gebruik van het distributienet of het plaatselijke vervoernet van elektriciteit, zoals vastgesteld volgens de betrokken tariefmethodologie, inclusief belastingen, heffingen en btw.

De berekening, vermeld in het eerste lid, is gebaseerd op de volledige duur van de energiefraude waarbij het moment van aanvang wordt bepaald door objectieve elementen, vastgesteld door de netbeheerder.

§ 3. In het geval, vermeld in paragraaf 1, derde lid, 4°, wordt de hoeveelheid geleverde energie geschat volgens de schattingsmethode, zoals vastgesteld in de technische reglementen.

[...]

De prijs die bij de berekening wordt gehanteerd voor onrechtmatig afgenomen elektriciteit of aardgas, is de elektriciteitsprijs of gasprijs van fraude, goedgekeurd door de bevoegde regulator, die wordt vastgesteld conform artikel 20, § 1, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt of conform artikel 15/10, § 1, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, inclusief belastingen, heffingen en btw.

[...]”

## Hoofdgeding en prejudiciële vragen

16 De levering van energie aan particulieren is in het Vlaamse Gewest (België) geregeld door het Energiedecreet, dat is aangevuld en uitgevoerd door het Energiebesluit.

17 Overeenkomstig artikel 4.1.1 van het Energiedecreet heeft de VREG Fluvius aangewezen als rechtspersoon die belast is met het beheer van het elektriciteits- en het aardgasdistributienet op het grondgebied van een aantal gemeenten in dit Gewest.

18 De vereniging Fluvius is een intergemeentelijk samenwerkingsverband waar 38 Vlaamse gemeenten lid van zijn. Zij wordt in artikel 2 van haar statuten gedefinieerd als een publiekrechtelijke rechtspersoon met een sui-generis-statuut.

19 Fluvius is door sommige van de aangesloten gemeenten belast met de uitvoering van één of meer van hun verantwoordelijkheden op één of meer werkterreinen, in dit geval energiedistributie. Haar raad van bestuur bestaat uit gemeenteraadsleden en schepenen van de aangesloten gemeenten. Als distributienetbeheerder is zij onder meer verantwoordelijk voor de levering van elektriciteit aan individuele installaties en voor het installeren, in werking stellen en aflezen van meters.

20 In de periode van 7 mei 2017 tot en met 7 augustus 2019 heeft de particulier MX onrechtmatig elektriciteit verbruikt.

21 Nadat Fluvius dit onrechtmatige verbruik had vastgesteld heeft zij, aan de hand van een vergelijking tussen de meterstand aan het begin en eind van deze periode, een factuur opgesteld voor een bedrag van 813,41 EUR, waarvan 131,45 EUR btw, vermeerderd met vertragingsrente en gerechtelijke rente. MX heeft deze factuur niet betaald.

22 Op 22 juni 2021 heeft Fluvius daarom MX gedagvaard voor het vredegerecht Antwerpen, de verwijzende rechter, om betaling van deze factuur te verkrijgen. Deze rechter heeft MX in de verwijzingsbeslissing gelast om Fluvius de kosten van de „onrechtmatig afgenomen energie" te vergoeden. Hij heeft echter twijfels of er in de omstandigheden als die in de bij hem aanhangige zaak btw verschuldigd is.

23 In dit verband merkt de verwijzende rechter op dat er vóór 1 mei 2018 geen regelgevende tekst bestond die zich uitdrukkelijk uitsprak over de vraag of btw kon worden geheven over de vergoeding die verschuldigd was door degene die onrechtmatig energie had afgenomen. Sindsdien hebben artikel 1.1.3, 40°, eerste lid, en artikel 5.1.2 van het Energiedecreet juncto artikel 4.1.2 van het Energiebesluit deze leemte gevuld aangezien het afnemen van elektriciteit van het net zonder een commerciële overeenkomst aan te gaan en zonder dit te melden aan de distributienetbeheerder kan worden beschouwd als een onrechtmatige actie, actief dan wel passief, die gepaard gaat met het verkrijgen van een onrechtmatig voordeel in de zin van artikel 1.1.3, 40°, eerste lid, van het Energiebesluit. Verder bepaalt artikel 4.1.2, § 3, van het Energiebesluit op welke wijze de vergoeding voor het onrechtmatig verkregen voordeel moet worden berekend en dat deze vergoeding belastingen, heffingen en btw omvat.

24 De verwijzende rechter betwijfelt evenwel of deze bepalingen verenigbaar zijn met verschillende artikelen van richtlijn 2006/112.

25 In deze context heeft het vredegerecht Antwerpen de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 2, lid 1, onder a), in samenhang gelezen met artikel 14, lid 1 van richtlijn 2006/112 aldus worden uitgelegd dat de onrechtmatige afname van energie een levering van goederen is, zijnde de overdracht of overgang van de macht om als eigenaar over een lichamelijke zaak te beschikken?

2) In ontkennend geval, moet artikel 14, lid 2, onder a), van richtlijn 2006/112 aldus worden uitgelegd dat de onrechtmatige afname van energie een levering van goederen is, zijnde een eigendomsovergang van een goed tegen betaling ingevolge een vordering door of namens de overheid dan wel krachtens de wet?

3) Moet artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112 aldus worden uitgelegd dat als Fluvius [...] recht heeft op een vergoeding voor onrechtmatig afgenomen energie, zij te beschouwen is als een belastingplichtige omdat de onrechtmatige afname het gevolg is van een ‚economische activiteit' van Fluvius [...], zijnde de exploitatie van een lichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen?

4) Indien artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112 aldus moet worden uitgelegd dat er bij onrechtmatige afname van energie sprake is van een economische activiteit, moet artikel 13[...], lid 1, [eerste alinea], van richtlijn 2006/112 dan zo worden uitgelegd dat Fluvius [...] een overheid is en, in bevestigend geval, moet artikel 13[...], [lid 1, derde alinea], van richtlijn 2006/112 dan zo worden uitgelegd dat de onrechtmatige afname van energie het resultaat is van een werkzaamheid van Fluvius [...] die niet van onbeduidende omvang is?"

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

### *Eerste en tweede prejudiciële vraag*

26 Met zijn eerste en zijn tweede prejudiciële vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112, gelezen in samenhang met artikel 14, lid 1, dan wel artikel 14, lid 2, onder a), van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat de levering van elektriciteit door een distributienetbeheerder, zelfs indien dit onvrijwillig is en het gevolg is van het onrechtmatig handelen van een derde, een levering van goederen in de zin van een van beide laatstgenoemde bepalingen is.

27 Vooraf moet eraan worden herinnerd dat in artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112, betreffende de belastbare handelingen, is bepaald dat met name btw moet worden geheven over de leveringen van goederen die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht.

28 Met betrekking tot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde activiteit, namelijk de levering van elektriciteit, zelfs indien deze onvrijwillig is en het gevolg is van het onrechtmatig handelen van een derde, moet meteen worden opgemerkt, ten eerste, dat volgens vaste rechtspraak het beginsel van fiscale neutraliteit zich ter zake van de heffing van btw verzet tegen een algemene differentiatie tussen geoorloofde en ongeoorloofde transacties (arrest van 10 november 2011, The Rank Group, C-259/10 en C-260/10, EU:C:2011:719, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak), aangezien het btw-stelsel de eindverbruiker van goederen of diensten beoogt te belasten (arrest van 1 juli 2021, Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia, C-521/19, EU:C:2021:527, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak) wanneer deze zijn geleverd of verricht in het kader van krachtens richtlijn 2006/112 belastbare handelingen.

29 Ten tweede moet, nu elektriciteit in artikel 15, lid 1, van deze richtlijn met een lichamelijke zaak wordt gelijkgesteld, eraan worden herinnerd dat de levering van een dergelijk goed in de zin van artikel 2, lid 1, onder a), van die richtlijn, „onder bezwarende titel" moet worden verricht. Dit betekent dat er een rechtstreeks verband moet bestaan tussen de levering van de goederen en de daadwerkelijk door de belastingplichtige ontvangen tegenprestatie. Er is sprake van een dergelijk rechtstreeks verband wanneer tussen de verrichter en de ontvanger van de levering een rechtsbetrekking bestaat in het kader waarvan over en weer prestaties worden uitgewisseld, en de door de verrichter van deze handeling ontvangen vergoeding de werkelijke tegenwaarde vormt

voor de ten behoeve van de ontvanger verrichte levering (zie in die zin arrest van 15 april 2021, Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA, C-846/19, EU:C:2021:277, punt 36).

30 In het onderhavige geval blijkt het rechtstreekse verband tussen de onrechtmatig verbruikte elektriciteit en het door Fluvius als tegenprestatie gevorderde bedrag duidelijk uit de door de verwijzende rechter verstrekte informatie, aangezien MX op zijn huisadres elektriciteit heeft afgenomen en Fluvius de aldus afgenomen hoeveelheid heeft kunnen vaststellen door het verbruik tussen 7 mei 2017 en 7 augustus 2019 op de meter op dat adres af te lezen. Het bedrag dat overeenkomt met de kosten van de onrechtmatig verbruikte elektriciteit is dus opgenomen in het van MX gevorderde bedrag.

31 Voorts moet het criterium betreffende het bestaan van een rechtsbetrekking waarbinnen de levering van goederen en de tegenprestatie daarvan plaatsvinden, worden uitgelegd in het licht van de in punt 28 van dit arrest weergegeven rechtspraak, met inachtneming van alle omstandigheden van elk afzonderlijk geval, zodat het beginsel van fiscale neutraliteit niet wordt geschonden. In dit verband moet aan dit criterium een ruime betekenis worden gegeven.

32 Bovendien wordt, zoals Fluvius opmerkt, de verhouding tussen de clandestiene verbruiker en de beheerder van het elektriciteitsdistributienet, ook al heeft de levering van elektriciteit plaatsgevonden zonder dat er een overeenkomst was gesloten, beheerst door het op de feiten van het hoofdgeding toepasselijke aansluitingsreglement, dat het begrip „onrechtmatige afname" definieert en bepaalt dat de distributienetbeheerder het daaruit voortvloeiende verbruik in rekening brengt aan degene die de afname heeft verricht. Verder regelen zowel het Energiedecreet als het Energiebesluit – zoals is aangegeven in punt 23 van dit arrest – het geval van elektriciteitsafname zonder een commerciële overeenkomst aan te gaan en zonder dit vooraf te melden aan de distributienetbeheerder, en bepalen zij de wijze waarop de vergoeding voor het door die verbruiker onrechtmatig verkregen voordeel wordt berekend.

33 Een levering van goederen met dergelijke kenmerken, die de verwijzende rechter zal moeten controleren, komt dus overeen met een levering van goederen onder bezwarende titel in de zin van artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112.

34 Voor het overige moet nog worden bepaald of een dergelijke levering van goederen kan worden omschreven als de overdracht of overgang van de macht om over een lichamelijke zaak te beschikken in de zin van artikel 14, lid 1, van die richtlijn, dan wel of het gaat om een eigendomsovergang van een goed tegen betaling van een vergoeding, ingevolge een vordering door of namens de overheid dan wel krachtens de wet, overeenkomstig artikel 14, lid 2, onder a), van die richtlijn.

35 In dat verband zij in herinnering gebracht dat artikel 14, lid 1, van richtlijn 2006/112 niet verwijst naar de eigendomsoverdracht in de door het toepasselijke nationale recht voorgeschreven vormen, maar elke handeling tot overdracht van een lichamelijke zaak door een partij omvat die de wederpartij machtigt daarover feitelijk als een eigenaar te beschikken [arrest van 25 februari 2021, Gmina Wrocław (Omzetting van het recht van vruchtgebruik), C-604/19, EU:C:2021:132, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

36 Dit begrip is objectief van aard en wordt toegepast onafhankelijk van het oogmerk en het resultaat van de betrokken handelingen (arrest van 15 mei 2019, Vega International Car Transport and Logistic, C-235/18, EU:C:2019:412, punt 28).

37 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat Fluvius in de periode van 7 mei 2017 tot en met 7 augustus 2019, dat wil zeggen gedurende meer dan twee jaar, elektriciteit heeft geleverd aan MX. Zij ging er dus noodzakelijkerwijs van uit dat zij leverde aan een klant, en tegelijkertijd gedroeg MX zich ook als klant tegenover Fluvius en handelde hij „alsof hij eigenaar was", dat wil zeggen dat hij de door Fluvius geleverde elektriciteit verbruikte. Zoals de Belgische regering terecht heeft opgemerkt, houden de eigenschappen van elektriciteit in dat de onttrekking aan het distributienet samenvalt met het verbruik van het goed en dat dit laatste niet alleen overeenkomt met het gebruik van het goed, maar ook met de vervreemding ervan. Vervreemding is de ultieme eigenschap van het eigendomsrecht. Een levering van goederen in omstandigheden als die van het hoofdgeding moet dus worden geanalyseerd als de overdracht of overgang van de macht om over een lichamelijke zaak te beschikken in de zin van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2006/112.

38 Aangezien uit de bewoordingen en de opzet van artikel 14 van deze richtlijn dus blijkt dat lid 2 van dit artikel een lex specialis vormt ten opzichte van de algemene definitie in lid 1, waarvan de voorwaarden onafhankelijk van die in lid 1 toepasbaar zijn [arrest van 25 februari 2021, Gmina Wrocław (Omzetting van het recht van vruchtgebruik), C-604/19, EU:C:2021:132, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak], verzet de vaststelling in het vorige punt van het onderhavige arrest zich tegen de toepassing van artikel 14, lid 2, onder a), van die richtlijn op het hoofdgeding.

39 Gelet op het voorgaande moet op de eerste en tweede prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112, gelezen in samenhang met artikel 14, lid 1, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat de levering van elektriciteit door een distributienetbeheerder, zelfs indien dit onvrijwillig is en het gevolg is van het onrechtmatig handelen van een derde, een levering van goederen onder bezwarende titel vormt waarbij de macht om over een lichamelijke zaak te beschikken overgaat of wordt overgedragen.

### *Derde en vierde prejudiciële vraag*

40 Met zijn derde en zijn vierde prejudiciële vraag, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112 aldus moet worden uitgelegd dat de levering van elektriciteit door een distributienetbeheerder, zelfs indien dit onvrijwillig is en het gevolg is van het onrechtmatig handelen van een derde, een economische activiteit vormt en, zo ja, of, ten eerste, een marktdeelnemer die een dergelijke activiteit verricht, zoals Fluvius, handelt als overheid in de zin van artikel 13, lid 1, van deze richtlijn, en wanneer dit zo is, of, ten tweede, deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat een dergelijke afname overeenkomt met een niet-onbeduidende activiteit van deze marktdeelnemer.

41 Er zij op gewezen dat uit de analyse van de bewoordingen van artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112 blijkt dat daarin, ten eerste, de omvang van de werkingssfeer van het begrip „economische activiteit" wordt verduidelijkt en, ten tweede, het objectieve karakter van dat begrip wordt benadrukt, in die zin dat de activiteit op zichzelf wordt beschouwd, onafhankelijk van het oogmerk of het resultaat ervan [zie in die zin arrest van 25 februari 2021, Gmina Wrocław (Omzetting van het recht van vruchtgebruik), C-604/19, EU:C:2021:132, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

42 Een activiteit wordt aldus in de regel als economisch gekwalificeerd wanneer zij duurzaam van aard is en wordt verricht tegen een vergoeding die wordt ontvangen door degene die de transactie uitvoert (arrest van 15 april 2021, Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA, C-846/19, EU:C:2021:277, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43 In de onderhavige zaak vraagt de verwijzende rechter het Hof niet naar de kwalificatie van de activiteit van een marktdeelnemer die zoals Fluvius optreedt als distributienetbeheerder, welke activiteit duidelijk voldoet aan de in het vorige punt van het onderhavige arrest genoemde criteria, hetgeen overigens wordt bevestigd door de bewoordingen van artikel 13, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2006/112, gelezen in samenhang met bijlage I bij deze richtlijn, volgens welke de levering van elektriciteit in beginsel aan btw is onderworpen, ook wanneer zij wordt verricht door een publiekrechtelijk lichaam dat handelt als overheid. Door de nadruk te leggen op het criterium van de wil van de marktdeelnemer om op duurzame wijze opbrengst te genereren, vestigt de verwijzende rechter de aandacht van het Hof erop dat de onrechtmatige afname van elektriciteit door MX tegen de wil van de marktdeelnemer in had plaatsgevonden en een geïsoleerd geval was.

44 Zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof, moeten voor de vaststelling of een gegeven transactie deel uitmaakt van een economische activiteit, alle omstandigheden waaronder zij plaatsvindt worden onderzocht (zie in die zin arrest van 15 april 2021, Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA, C-846/19, EU:C:2021:277, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Dienaangaande blijkt ten eerste uit het dossier waarover het Hof beschikt dat Fluvius op het grondgebied van de gemeenten die deelnemen aan het intergemeentelijke samenwerkingsverband dat zij vormt, verplicht is te leveren aan elke persoon die geen contract meer heeft met een commerciële distributeur en zich eerst bij een instelling als Fluvius heeft gemeld. Bijgevolg kan Fluvius, voor zover nodig, ertoe worden gebracht om rechtstreeks de rol van elektriciteitsleverancier te vervullen, zodat een dergelijke activiteit niet verwaarloosbaar is en bovendien zeker niet buiten haar activiteit als beheerder van een elektriciteitsdistributienet valt en niet kan worden afgezonderd van haar taken in hun geheel.

46 Ten tweede heeft zowel het Vlaamse Gewest, door middel van artikel 1.1.3, 40°/1, alsmede artikel 5.1.2 van het Energiedecreet en artikel 4.1.2 van het Energiebesluit, als Fluvius zelf, door middel van het op de betrokken feiten toepasselijke aansluitingsreglement, voorzien in een regeling voor de situatie waarin er onrechtmatig energie wordt afgenomen, in het bijzonder elektriciteit, en hebben zij de administratieve en financiële gevolgen daarvan geregeld, zodat niet kan worden aangenomen dat dit een eenmalig en geïsoleerd fenomeen is, aangezien het voldoende frequent en herhaaldelijk voorkomt om regulerend optreden te rechtvaardigen.

47 Ten derde is het risico van verliezen als gevolg van diefstal, in dit geval het risico zelf de kosten te moeten dragen van de hoeveelheden elektriciteit die ten gevolge van de onrechtmatige afname van elektriciteit door een derde verloren zijn gegaan, een commercieel risico dat eigen is aan een economische activiteit, in dit geval die van de beheerder van een elektriciteitsdistributienet.

48 Bijgevolg moet worden geoordeeld, onder voorbehoud van verificatie van de voormelde feiten door de verwijzende rechter, dat artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112 aldus moet worden uitgelegd dat de levering van elektriciteit door een distributienetbeheerder, zelfs indien dit onvrijwillig is en het gevolg is van het onrechtmatig handelen van een derde, een economische activiteit van deze beheerder vormt, aangezien zij een risico weerspiegelt dat inherent is aan zijn activiteit als beheerder van een elektriciteitsdistributienet.

49 Zelfs indien zou worden aangenomen dat Fluvius een publiekrechtelijk lichaam is in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2006/112 en bij de levering van elektriciteit aan MX handelt als overheid, moet deze levering van goederen in beginsel aan btw worden onderworpen (zie punt 43 van het onderhavige arrest), tenzij de activiteit van Fluvius ter zake als onbeduidend kan worden beschouwd.

50 Onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten beoordeling, aangezien de nationale rechter als enige bevoegd is om het recht van de betrokken lidstaat uit te leggen, dient te worden opgemerkt dat Fluvius volgens haar statuten een publiekrechtelijke rechtspersoon met een sui-generis-statuut is, zoals de Belgische regering in haar opmerkingen heeft bevestigd. Voorts wordt Fluvius, zoals in punt 19 dit arrest is vermeld, als intergemeentelijk samenwerkingsverband beheerd door de verkozenen van de aan deze samenwerking deelnemende gemeenten en zijn de taken van Fluvius die van deze gemeenten, die gezamenlijk worden uitgevoerd. In het licht van deze elementen van het dossier lijkt een instelling als Fluvius, ondanks de benaming „Opdrachthoudende vereniging", te vallen onder de definitie van publiekrechtelijk lichaam in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2006/112.

51 Voorts lijkt de in punt 45 van het onderhavige arrest bedoelde verplichting van Fluvius overeen te komen met een openbaredienstverplichting, omdat zij beoogt te voorkomen dat personen die geen commerciële overeenkomst met een energieleverancier hebben gesloten, bijvoorbeeld om redenen van economische onzekerheid, verstoken blijven van de levering van elektriciteit.

52 Derhalve moet worden bepaald wat kan worden verstaan onder activiteiten van onbeduidende omvang in de zin van artikel 13, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2006/112 en of de levering van elektriciteit door een beheerder van een energiedistributienet in het kader van een onrechtmatige afname van elektriciteit daaronder kan vallen.

53 Door in die bepaling voor te schrijven dat de in bijlage I bij die richtlijn genoemde activiteiten, zoals de levering van elektriciteit, hoe dan ook, tenzij de omvang ervan onbeduidend is, aan btw onderworpen zijn, ook al worden zij verricht door een publiekrechtelijk lichaam dat handelt als overheid, heeft de wetgever van de Europese Unie willen voorkomen dat zich bepaalde concurrentieverstoringen voordoen (zie in die zin arrest van 16 juli 2009, Commissie/Ierland, C-554/07, EU:C:2009:464, punten 72 en 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 Hieruit volgt dat het begrip „onbeduidende omvang van de activiteit" een afwijking vormt van de algemene regel dat alle economische activiteiten aan btw zijn onderworpen. Dit begrip moet dus strikt worden uitgelegd [zie in die zin arrest van 25 februari 2021, Gmina Wrocław (Omzetting van het recht van vruchtgebruik), C-604/19, EU:C:2021:132, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

55 Dus alleen indien de in bijlage I bij richtlijn 2006/112 genoemde activiteit, verricht door een publiekrechtelijk lichaam dat handelt als overheid, kan worden geacht miniem te zijn, qua volume dan wel qua tijd, en bijgevolg dermate geringe economische gevolgen heeft dat de concurrentieverstoringen die eruit kunnen voortvloeien zo niet onbestaand, dan toch verwaarloosbaar zijn, is deze activiteit niet aan btw onderworpen.

56 In het licht van de overwegingen in de punten 45 en 46 van het onderhavige arrest blijkt dat dit niet het geval is voor de levering van elektriciteit door een distributienetbeheerder als Fluvius, ook niet in de context van onrechtmatige elektriciteitsafname. Zowel het Vlaamse Gewest als Fluvius heeft het namelijk nodig gevonden om vast te stellen welke administratieve en financiële

gevolgen het onrechtmatig afnemen van elektriciteit heeft, wat erop wijst dat dergelijke afnamen significant zijn. Bijgevolg maakt een levering van elektriciteit als aan de orde in het hoofdgeding geen deel uit van een activiteit van onbeduidende omvang en moet zij dus aan btw worden onderworpen.

57 Gelet op het voorgaande moet op de derde en de vierde prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112 aldus moet worden uitgelegd dat de levering van elektriciteit door een distributienetbeheerder, zelfs indien dit onvrijwillig is en het gevolg is van het onrechtmatig handelen van een derde, een economische activiteit van deze beheerder vormt, aangezien zij een risico weerspiegelt dat inherent is aan zijn activiteit als beheerder van een elektriciteitsdistributienet. Ervan uitgaande dat deze economische activiteit wordt verricht door een publiekrechtelijk lichaam dat handelt als overheid, kan een dergelijke activiteit, die in bijlage I bij deze richtlijn wordt genoemd, slechts als onbeduidend in de zin van artikel 13, lid 1, derde alinea, van deze richtlijn worden beschouwd indien zij miniem is, qua volume dan wel qua tijd, en bijgevolg dermate geringe economische gevolgen heeft dat de concurrentieverstoringen die eruit kunnen voortvloeien zo niet onbestaand, dan toch verwaarloosbaar zijn.

## Kosten

58 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Zevende kamer) verklaart voor recht:

1) **Artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/162/EU van de Raad van 22 december 2009, gelezen in samenhang met artikel 14, lid 1, van deze richtlijn,**

   **moet aldus worden uitgelegd dat**

   **de levering van elektriciteit door een distributienetbeheerder, zelfs indien dit onvrijwillig is en het gevolg is van het onrechtmatig handelen van een derde, een levering van goederen onder bezwarende titel is waarbij de macht om over een lichamelijke zaak te beschikken overgaat of wordt overgedragen.**

2) **Artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/162,**

   **moet aldus worden uitgelegd dat**

   **de levering van elektriciteit door een distributienetbeheerder, zelfs indien dit onvrijwillig is en het gevolg is van het onrechtmatig handelen van een derde, een economische activiteit van deze beheerder vormt, aangezien zij een risico weerspiegelt dat inherent is aan zijn activiteit als beheerder van een elektriciteitsdistributienet. Ervan uitgaande dat deze economische activiteit wordt verricht door een publiekrechtelijk lichaam dat handelt als overheid, kan een dergelijke activiteit, die in bijlage I bij deze richtlijn wordt genoemd, slechts als onbeduidend in de zin van**

**artikel 13, lid 1, derde alinea, van deze richtlijn worden beschouwd indien zij miniem is, qua volume dan wel qua tijd, en bijgevolg dermate geringe economische gevolgen heeft dat de concurrentieverstoringen die eruit kunnen voortvloeien zo niet onbestaand, dan toch verwaarloosbaar zijn.**

ondertekeningen