ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
29 april 2004 *

In zaak C-77/01,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Tribunal Central Administrativo (Portugal), in het aldaar aanhangige geding tussen

Empresa de Desenvolvimento Mineiro SGPS SA (EDM), voorheen Empresa de Desenvolvimento Mineiro SA (EDM),

en

Fazenda Pública,

in aanwezigheid van:

Ministério Público,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 2, 4, lid 2, 13, B, sub d, en 19, lid 2, 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 (PB L 145, blz. 1),

* Procestaal: Portugees.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, waarnemend voor de president van de Vijfde kamer, C. W. A. Timmermans en S. von Bahr (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: P. Léger,
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Empresa de Desenvolvimento Mineiro SGPS SA (EDM), vertegenwoordigd door D. Duarte, advogado,

— de Portugese regering, vertegenwoordigd door M. Pretes, A. Seiça Neves en L. Fernandes als gemachtigden,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door T. Figueira en C. Giolito als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Empresa de Desenvolvimento Mineiro SGPS SA (EDM), vertegenwoordigd door D. Duarte; de Portugese regering, vertegenwoordigd door V. Guimarães als gemachtigde, en de Commissie,

vertegenwoordigd door C. Giolito en M. França als gemachtigde, ter terechtzitting van 29 mei 2002,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 september 2002,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 19 december 2000, ingekomen bij het Hof op 15 februari 2001, heeft het Tribunal Central Administrativo krachtens artikel 234 EG drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 2, 4, lid 2, 13, B, sub d, en 19, lid 2, 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 (PB L 145, blz. 1; hierna: „Zesde richtlijn").

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen Empresa de Desenvolvimento Mineiro SGPS SA (hierna: „EDM") en de Fazenda Pública (Schatkist) inzake het recht op aftrek van de belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „BTW") die EDM reeds heeft betaald als belastingplichtige die niet alleen handelingen verricht waarvoor krachtens artikel 17, lid 2, sub a, van de Zesde richtlijn recht op aftrek bestaat, maar ook handelingen die volgens deze onderneming geen economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de richtlijn vormen dan wel bijkomstige

financiële handelingen in de zin van artikel 19, lid 2, tweede zin, van de richtlijn.

Rechtskader

Communautaire regelgeving

3 Artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn bepaalt dat aan BTW zijn onderworpen, de leveringen van goederen evenals de diensten, welke in het binnenland door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht.

4 Ingevolge artikel 4, lid 1, van de Zesde richtlijn wordt als belastingplichtige beschouwd, ieder die, ongeacht op welke plaats, zelfstandig een van de in lid 2 van dit artikel omschreven economische activiteiten verricht. Het begrip „economische activiteiten" omvat volgens artikel 4, lid 2, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, en onder meer de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

5 Overeenkomstig artikel 11, A, lid 1, sub a, van de Zesde richtlijn is de maatstaf van heffing alles wat de leverancier van goederen of de dienstverrichter voor deze handelingen als tegenprestatie verkrijgt of moet verkrijgen van de zijde van de koper, van de ontvanger of van een derde, met inbegrip van subsidies die rechtstreeks met de prijs van de handelingen verband houden.

6 Artikel 13, B, sub d, van de Zesde richtlijn bepaalt:

„Onverminderd andere communautaire bepalingen verlenen de lidstaten vrijstelling voor [...]:

[...]

d) de volgende handelingen:

1. verlening van kredieten en bemiddeling inzake kredieten, alsmede het beheer van kredieten door degene die ze heeft verleend;

2. het bemiddelen bij en het aangaan van borgtochten en andere zekerheids- en garantieverbintenissen, alsmede het beheer van kredietgaranties door degene die het krediet heeft verleend;

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."

7 Artikel 17, lid 2, sub a, van de Zesde richtlijn bepaalt: „Voorzover de goederen en diensten worden gebruikt voor belaste handelingen mag de belastingplichtige van de door hem verschuldigde belasting aftrekken [...] de belasting over de toegevoegde waarde, welke verschuldigd of voldaan is voor de hem door een andere belastingplichtige geleverde of te leveren goederen en voor de te zijnen behoeve door een andere belastingplichtige verrichte of te verrichten diensten."

8 Aangaande goederen en diensten die door een belastingplichtige zowel worden gebruikt voor handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat, als voor handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat, preciseert artikel 17, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn dat „aftrek slechts [wordt] toegestaan voor dat gedeelte van de belasting over de toegevoegde waarde, dat evenredig is aan het bedrag van de eerstbedoelde handelingen (pro rata)". Luidens artikel 17, lid 5, tweede alinea, wordt „dit pro rata [...] overeenkomstig de bepalingen van artikel 19 bepaald voor het totaal van de door de belastingplichtige verrichte handelingen".

9 Artikel 19, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn luidt:

„1. Het pro rata voor de toepassing van de aftrek, als bedoeld in artikel 17, lid 5, eerste alinea, is de uitkomst van een breuk, waarvan:

— de teller bestaat uit het totale bedrag van de per jaar berekende omzet, exclusief belasting over de toegevoegde waarde, met betrekking tot de handelingen waarvoor overeenkomstig artikel 17, leden 2 en 3, recht op aftrek bestaat, en

— de noemer bestaat uit het totale bedrag van de per jaar berekende omzet, exclusief belasting over de toegevoegde waarde, met betrekking tot de handelingen die in de teller zijn opgenomen, alsmede die waarvoor geen recht op aftrek bestaat. De lidstaten kunnen in de noemer ook het bedrag van subsidies opnemen, met uitzondering van die bedoeld in artikel 11, A, lid 1, sub a.

Het pro rata wordt op jaarbasis vastgesteld, uitgedrukt in een percentage en op de hogere eenheid afgerond.

2. In afwijking van het bepaalde in lid 1 wordt voor de berekening van het pro rata buiten beschouwing gelaten de omzet met betrekking tot de leveringen van investeringsgoederen welke door de belastingplichtige in het kader van zijn onderneming worden gebruikt. Tevens wordt buiten beschouwing gelaten de omzet met betrekking tot de in artikel 13, B, sub d, bedoelde handelingen, wanneer deze bijkomstige handelingen zijn, alsmede tot bijkomstige handelingen ter zake van onroerende goederen en bijkomstige financiële handelingen. [...]"

Nationale regelgeving

10 Artikel 23 van de Código do imposto sobre o valor acrescentado (BTW-wetboek; hierna: „CIVA") luidt:

„1. Wanneer de belastingplichtige bij de uitoefening van zijn werkzaamheden goederen levert of diensten verricht waarvoor gedeeltelijk geen recht op aftrek bestaat, is de daarbij betaalde belasting enkel aftrekbaar voor het percentage dat in overeenstemming is met de jaaromzet van de handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat.

[...]

4. Het in lid 1 bedoelde percentage voor de aftrek is de uitkomst van een breuk waarvan de teller bestaat uit de jaaromzet, exclusief belasting, met betrekking tot goederenleveringen en diensten waarvoor krachtens de artikelen 19 en 20, lid 1, recht op aftrek bestaat, en waarvan de noemer bestaat uit de jaaromzet, exclusief belasting, met betrekking tot alle handelingen die door de belastingplichtige zijn verricht, met inbegrip van de vrijgestelde handelingen of handelingen die buiten de werkingssfeer van de belasting vallen, met name niet-belaste subsidies die geen uitrustingssubsidies zijn.

5. Bij de in het vorige lid bedoelde berekening worden echter buiten beschouwing gelaten de leveringen van vaste activa welke door de belastingplichtige in het kader van zijn onderneming worden gebruikt, alsmede vastgoedtransacties en financiële handelingen die in verband met de door de belastingplichtige uitgeoefende activiteit een bijkomstig karakter hebben."

11 Luidens artikel 9, lid 28, van de CIVA zijn vrijgestelde handelingen:

„a) Kredietverlening en bemiddeling inzake kredieten in elke vorm, waaronder disconto en herdiscontohandelingen, alsmede de administratie en het beheer ervan door degene die de kredieten heeft verleend.

b) Het bemiddelen bij en het aangaan van borgtochten en andere zekerheids- en garantieverbintenissen, alsmede de administratie en het beheer van kredietgaranties door degene die het krediet heeft verleend.

[...]

f) Handelingen en diensten, bemiddeling daaronder begrepen, uitgezonderd bewaring, administratie en beheer, inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren, met uitzondering van effecten die goederen vertegenwoordigen.

g) Diensten en handelingen met betrekking tot de plaatsing, inschrijving en definitieve koop bij emissies van openbare of particuliere waardepapieren.

h) Administratie of beheer van beleggingsfondsen."

12 Naar Portugees recht wordt onder „consortium" verstaan, de „overeenkomst waarbij twee of meer natuurlijke of rechtspersonen die een economische activiteit uitoefenen, onderling de verbintenis aangaan om een bepaalde activiteit in onderling overleg uit te oefenen of een bepaalde bijdrage te leveren" met het doel om één van de genoemde doelstellingen te bereiken, waaronder de opsporing en ontginning van natuurlijke hulpbronnen [artikelen 1 en 2 van decreto-lei (wetsdecreet) nr. 231/81 van 28 juli 1981, *Diário da República* I, A, nr. 171, van 28 juli 1981].

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

13 Blijkens de verwijzingsbeschikking is EDM een holdingmaatschappij in de mijnbouwsector die met ingang van september 1989 van een overheidsbedrijf is omgevormd tot een privaatrechtelijke rechtspersoon in de vorm van een naamloze vennootschap.

14 Luidens artikel 3, lid 1, van haar statuten, die voortvloeien uit decreto-lei nr. 313/89 van 21 september 1989 (*Diário da República* I, A, nr. 218, van 21 september 1989), heeft EDM tot hoofddoel:

„a) Opsporing, onderzoek, ontginning, bewerking en exploitatie van metalen en niet-metalen minerale delfstoffen, alsmede de verkoop van die stoffen en van de door bewerking ervan ontstane producten en halffabrikaten;

b) Uitoefening van werkzaamheden voor toegepast onderzoek en technologische ontwikkeling, rechtstreeks gericht op productieve investeringen via joint ventures;

c) Beheer van deelnemingen in ondernemingen waarvan zij eigenaar is of waarvan de beheersbevoegdheden haar bij overeenkomst zijn opgedragen, in vennootschappen die de sub a genoemde werkzaamheden tot doel hebben;

d) Bevordering van investeringsprojecten en van de oprichting van vennootschappen met doelstellingen op het gebied van de delfstoffenindustrie, in het bijzonder door bundeling van openbare en particuliere belangen."

15 Voor haar omvorming tot naamloze vennootschap had EDM volgens haar toenmalige statuten tevens onder meer tot hoofddoel de vennootschappen waarin zij een deelneming had, bij te staan om leningen te verkrijgen van kredietinstellingen, waarbij zij zich voor dergelijke leningen borg kon stellen.

16 De verwijzende rechter merkt op dat het beheer van EDM's deelnemingen en het wetenschappelijk en technologisch onderzoek in de mijnbouwsector met het oog er, onder meer via de oprichting van nieuwe ondernemingen, in te investeren, steeds de hoofdactiviteit van EDM hebben gevormd en dat zij slechts occasioneel haar deelnemingen in vennootschappen heeft verkocht, ook al is de opbrengst uit deze verkopen aanzienlijk.

17 EDM maakt deel uit van drie consortia die als enig doel hebben ertslagen te ontdekken in drie verschillende streken van Portugal en de rendabiliteit van de exploitatie ervan te onderzoeken. Volgens de overeenkomsten tot oprichting van deze consortia (hierna: „consortiumovereenkomsten") wordt in geval van ontdekking van een ertslaag waarvan de exploitatie rendabel zou blijken, een vennootschap opgericht om de exploitatie te verzekeren.

18 EDM's activiteit in het kader van elk van deze consortia bestaat in handelingen van technische aard en coördinatie van werkzaamheden als beheerder van het consortium, alsmede in adviesverlening en deelname aan daartoe opgerichte technische commissies. Elk van de ondernemingen die lid is van het consortium stelt facturen op, waarin wordt beschreven welke werken moeten worden uitgevoerd en de kostprijs wordt vermeld, en die worden bezorgd aan de beheerder van het consortium, namelijk EDM. Deze facturen strekken er enkel toe achteraf de rekeningen te vereffenen tussen de ondernemingen van het consortium, volgens in elke consortiumovereenkomst overeengekomen percentages van verdeling van de uitgaven.

19 Blijkens de verwijzingsbeschikking heeft de Portugese belastingadministratie (hierna: „belastingadministratie") in het kader van het onderzoek van een door EDM geformuleerd verzoek tot terugbetaling bij haar een externe controle verricht. Uit die controle is gebleken dat EDM tussen 1988 en 1992 BTW heeft afgetrokken alsof zij enkel verrichtingen uitvoerde die recht op aftrek verlenen, ofschoon zij volgens de belastingadministratie wegens het soort verrichtingen dat zij uitvoerde, te beschouwen was als een gemengde belastingplichtige die onderworpen was aan de regeling van artikel 23 van de CIVA, dat wil zeggen dat zij de berekeningswijze van het in die bepaling voorziene pro rata voor de toepassing van de aftrek moest gebruiken.

20 Er zijn immers goederen en diensten aangekocht die gemeenschappelijk waren aan de verschillende activiteiten van de belastingplichtige, zoals die voor de administratie of voor de zetel, waarvoor de BTW geheel is afgetrokken zonder dat een verdeling is gemaakt tussen belaste en vrijgestelde handelingen.

21 Bij de controle is vastgesteld dat EDM ten onrechte een bedrag van 137 933 862 PTE (ongeveer 688 000 EUR) had afgetrokken.

22 De verwijzende rechter verduidelijkt dat volgens de belastingadministratie geen recht op aftrek bestaat voor de volgende opbrengsten uit leveringen van goederen en/of diensten:

— de dividenden op kapitaaldeelnemingen in vennootschappen;

— de rente op leningen die zijn verstrekt aan ondernemingen waarin EDM een deelneming bezit;

— de opbrengst van de verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren;

— de opbrengsten van andere kasverrichtingen;

— de waarde van de werkzaamheden die zijn verricht in het kader van de consortia waarvan EDM deel uitmaakt en die zij bestuurt.

23 Volgens de belastingadministratie vormen de dividenden, de rente op leningen, de opbrengsten van kortetermijnkasverrichtingen, met inbegrip van deelnemingen en de opbrengst van de verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren, inkomsten uit werkzaamheden die vallen binnen de werkingssfeer van de in artikel 9, lid 28, sub a en f, van de CIVA voorziene vrijstelling en verlenen zij bijgevolg geen recht op aftrek van de reeds betaalde BTW. Aangezien EDM verantwoordelijk is voor de consortia en dus hun investeringen beheert, vallen de door EDM in het kader van de consortia verrichte werkzaamheden onder dezelfde bepaling, sub h, van de CIVA en zijn zij bijgevolg eveneens vrijgesteld van de BTW. Aangezien EDM gelijktijdig vrijgestelde en belaste handelingen verricht,

valt zij onder het bepaalde in artikel 23 van de CIVA. Alle hiervóór vermelde ontvangsten moeten overeenkomstig artikel 4 van laatstgenoemde bepaling bijgevolg worden opgenomen in de noemer van de breuk ter berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek, omdat al deze activiteiten de hoofdactiviteit van EDM vormen, met inbegrip van de verkoop van waardepapieren en de andere kasverrichtingen, aangezien de omvang van deze verrichtingen groter is dan die van de belastbare handelingen.

24 In deze omstandigheden heeft de belastingadministratie het bedrag van het pro rata voor de toepassing van de aftrek berekend en de BTW alsmede de compensatoire rente met betrekking tot de boekjaren 1988 tot en met 1992 vastgesteld.

25 EDM heeft deze vaststellingsbesluiten van de belastingadministratie aangevochten bij het Tribunal Tributário de Primeira Instância de Lisboa (Portugal) dat haar beroep enkel met betrekking tot genoemde dividenden heeft toegewezen.

26 EDM heeft hoger beroep ingesteld bij het Tribunal Central Administrativo, enkel voorzover genoemd vonnis haar vorderingen in eerste aanleg niet had toegewezen.

27 De verwijzende rechter verduidelijkt dat in het hem voorgelegde geding allereerst dient te worden uitgemaakt of de leningen tegen vergoeding die EDM jaarlijks verstrekt aan de ondernemingen waarin zij een deelneming bezit en de door haar verrichte werkzaamheden in het kader van de drie consortia waarvan zij lid is en die zij beheert, inzonderheid voor het deel dat haar in de consortiumovereenkomsten vastgesteld aandeel van de werkzaamheden overschrijdt, waarbij de andere leden de tegenwaarde betalen, onder het begrip economische activiteit vallen. Volgens die rechter dient in de tweede plaats te worden beslist of de verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren, alsmede de andere kasverrichtingen en de door EDM verstrekte leningen, indien zij worden beschouwd als belastbare handelingen in het kader van de BTW, „bijkomstige handelingen" vormen in de zin van artikel 19, lid 2, van de Zesde richtlijn.

28 Op basis daarvan heeft het Tribunal Central Administrativo besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Vormt het jaarlijks verstrekken van leningen tegen vergoeding door een holding aan de ondernemingen waarin zij een deelneming bezit, wanneer haar voornaamste activiteit bestaat in het beheer ervan en zij tot op zekere hoogte ook de door hen gesloten leningen waarborgt, een ‚economische activiteit' in de zin van [artikel 4, lid 2, van] de Zesde richtlijn [...]?

2) Vormt de uitvoering van werkzaamheden in het kader van een consortium als het onderhavige, door een onderneming die lid is van het consortium en het tevens beheert, met name wanneer die werkzaamheden haar in de overeenkomst vastgelegde aandeel overschrijden, en de overige consortiumdeelnemers haar de tegenwaarde van deze werkzaamheden betalen, een ‚economische activiteit' in de zin van de Zesde richtlijn?

3) Moet een financiële activiteit van een onderneming die een jaarlijks rendement oplevert dat veel hoger is dan de opbrengsten uit de werkzaamheid die in haar statuten als voornaamste is vermeld, als ‚bijkomstig' in de zin van artikel 19, lid 2, van de Zesde richtlijn worden aangemerkt?"

De eerste en de derde vraag

29 Met zijn eerste en zijn derde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de financiële verrichtingen van een holding, die bestaan in het jaarlijks verlenen van leningen tegen vergoeding aan ondernemingen waarin zij een deelneming bezit, de verkoop van aandelen en

andere verhandelbare waardepapieren, en andere kasverrichtingen, economische activiteiten zijn in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn en of, in voorkomend geval, indien deze financiële verrichtingen krachtens artikel 13, B, sub d, van de richtlijn zijn vrijgesteld, zij als bijkomstig in de zin van artikel 19, lid 2, van de richtlijn zijn aan te merken en het bedrag van de omzet met betrekking tot deze handelingen derhalve moet worden uitgesloten van de noemer van de breuk die dient voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

30 EDM voert aan dat de financiële verrichtingen waaraan de belastingadministratie refereert, waaronder de rente op waardepapieren, bankdeposito's en andere kortetermijnbeleggingen, evenals de rente op door EDM verstrekte leningen aan ondernemingen waarin zij een deelneming bezit en de opbrengst uit de verkoop van waardepapieren en aandelen, niet overeenstemmen met haar voornaamste maatschappelijk doel, als beschreven in artikel 3 van haar statuten, maar activiteiten zijn die zij slechts op bijkomstige wijze kon verrichten.

31 Dienaangaande wijst zij op het arrest van 14 november 2000, Floridienne en Berginvest (C-142/99, Jurispr. blz. I-9567), waarbij zij met name in herinnering brengt dat het Hof daarin voor recht heeft verklaard dat van de noemer van de breuk die dient voor het berekenen van het pro rata voor de toepassing van de aftrek moeten worden uitgesloten, de interesten die dochterondernemingen aan hun holdingvennootschap betalen op leningen die deze laatste hun heeft toegekend, wanneer deze leningen geen economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn, van de holdingvennootschap zijn.

32 Wat de rente op kortetermijnbeleggingen betreft, stelt EDM dat aangezien kortetermijnbeleggingen juridisch gezien als leningen worden aangemerkt, zij evenals de leningen aan haar dochterondernemingen zijn uitgesloten van het domein van de hoofdactiviteiten van EDM. Deze leningen zijn overigens analoog

aan obligatieleningen of zijn van dezelfde aard, en zijn dus als „bijkomstige financiële handelingen" aan te merken (zie arrest van 6 februari 1997, Harnas & Helm, C-80/95, Jurispr. blz. I-745).

33 Hetzelfde geldt voor de verkopen van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren, aangezien hun financieel en tevens bijkomstig karakter overduidelijk is. Wat de inaanmerkingneming van de omvang van verkopen van aandelen en andere waardepapieren door een niet-financiële instelling betreft, verwijst EDM naar het arrest van 20 juni 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Jurispr. blz. I-3013).

34 EDM concludeert dat artikel 19, lid 2, tweede zin, van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat van de breuk die dient als basis voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek moeten worden uitgesloten, de financiële handelingen van een onderneming wier economische activiteit in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de richtlijn enkel het beheer van haar deelnemingen in ondernemingen in de mijnbouwsector alsmede wetenschappelijk en technisch onderzoek in dezelfde sector omvat, waarbij aan andere mijnbouwondernemingen diensten op dat vlak worden geleverd.

35 De Portugese regering merkt om te beginnen op dat EDM geen zuivere holding is, maar dat zij rechtstreeks een handels- en industriële activiteit verricht, die meestal van dezelfde aard is als die van de ondernemingen waarin zij een deelneming bezit.

36 Aangaande de rente op de leningen voert de Portugese regering aan dat de vergoeding voorzien is in de leningovereenkomsten en dat zij is aangepast aan het ontleende bedrag, hetgeen haar onderscheidt van dividenden waarvoor het niet mogelijk is een rechtstreeks verband aan te tonen tussen het bedrag ervan en de waarde van de geleverde dienst (zie arrest Floridienne en Berginvest, reeds aangehaald, punt 14). Ook wat de verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren betreft, wordt de hoogte van de prijs bepaald door de waarde van het verkochte waardepapier.

37 Gelet op de aard van de activiteiten van EDM en met name op het feit dat activiteiten die vallen onder artikel 13, B, sub d, van de Zesde richtlijn slechts uitzonderlijk als handelsactiviteiten worden aangemerkt (zie reeds aangehaalde arresten Wellcome Trust, punt 35, en Harnas & Helm, punt 16), kan niet worden geconcludeerd dat de leningen en de verkopen van aandelen enkel en alleen tot de niet-commerciële activiteiten van een holding behoren. Ofschoon deze leningen en verkopen van aandelen enkel betrekking hebben op de dochterondernemingen van EDM, staat niets er aan in de weg dat zij op zodanige wijze worden verricht dat zij tevens een bron van inkomsten vormen voor EDM, die deze gebruikt in het kader van haar handelsactiviteiten.

38 Derhalve is de Portugese regering van mening dat de jaarlijkse verstrekking van leningen tegen vergoeding door een holding aan ondernemingen waarin zij een deelneming bezit, evenals de verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren, een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn vormen.

39 Volgens de Portugese regering zijn deze leningen en verkopen van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren financiële handelingen die zijn vrijgesteld krachtens artikel 13, B, sub d, punt 5, van de Zesde richtlijn en die het verlengstuk vormen van de activiteit van de belastingplichtige. Deze handelingen kunnen dus niet worden beschouwd als bijkomstig in de zin van artikel 19, lid 2, van de richtlijn (zie arrest van 11 juli 1996, Régie dauphinoise, C-306/94, Jurispr. blz. I-3695, punt 22). Het aanzienlijke bedrag dat met deze handelingen is gemoeid en hun duurzaam karakter bevestigen deze conclusie.

40 De Commissie is op grond van de punten 26 tot en met 31 van het arrest Floridienne en Berginvest van mening dat het verstrekken van leningen door een holding aan haar dochterondernemingen is aan te merken als een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn, die inhoudt dat kapitaal wordt geëxploiteerd om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen in de vorm van interesten, voorzover deze activiteit niet incidenteel, maar bedrijfsmatig of met een commercieel oogmerk wordt uitgeoefend, onder andere gekenmerkt door het streven naar een maximaal rendement van het geïnvesteerde kapitaal.

41 Indien dit het geval is, vormt de rente die dochterondernemingen aan de holding betalen een tegenprestatie voor de krachtens artikel 13, B, sub d, van de Zesde richtlijn van de BTW vrijgestelde handelingen, en moet zij overeenkomstig artikel 19 van de richtlijn worden opgenomen in de noemer van de breuk die dient voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek.

42 Aangaande de andere financiële handelingen dan de leningen van EDM aan haar dochterondernemingen, merkt de Commissie op dat onderscheid moet worden gemaakt tussen drie hypothesen.

43 Als eerste hypothese voert de Commissie aan dat indien de verwijzende rechter van oordeel is dat de financiële activiteiten van EDM bedrijfsmatig of met een commercieel oogmerk worden verricht, zij vallen binnen de werkingssfeer van de BTW (zie arrest Floridienne en Berginvest, reeds aangehaald, punt 28), maar van de BTW zijn vrijgesteld. Aangezien zij ongeacht hun bedrag niet kunnen worden beschouwd als bijkomstige handelingen, moeten deze handelingen overeenkomstig artikel 19 van de Zesde richtlijn worden opgenomen in de noemer van de breuk die dient voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek.

44 In de tweede hypothese gaat het om een activiteit die buiten de werkingssfeer van de BTW valt, indien wordt aangenomen dat de betrokken financiële handelingen niet overeenstemmen met een belastbare activiteit, maar dat slechts sprake is van het beheer van een privé-vermogen dat voortvloeit uit het enkele bezit van het goed.

45 Wat de derde hypothese betreft, verduidelijkt de Commissie dat, ofschoon de betrokken handelingen binnen de werkingssfeer van de BTW vallen, zij als bijkomstig aan te merken zijn, dat wil zeggen dat zij niet kunnen worden geacht deel uit te maken van de gebruikelijke beroepsactiviteit van de belastingplichtige.

46 Zich baserend op punt 21 van het arrest Régie dauphinoise voert de Commissie in dit verband aan, dat de omstandigheid dat het rendement van de door EDM verrichte financiële handelingen het rendement van haar hoofdactiviteit overtreft, niet impliceert dat er geen sprake meer is van het begrip bijkomstige handeling. In het geval van een onderneming als EDM, wier activiteit van prospectie en onderzoek slechts op middellange termijn rendabel is en op lange termijn zelfs niet rendabel kan blijken, zou de opname van financiële handelingen in de noemer van de breuk die dient voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek integendeel juist tot gevolg hebben dat de berekening van de aftrek wordt vervalst en dat dus afbreuk wordt gedaan aan de neutraliteit van de BTW. Activiteiten die niet behoren tot de gebruikelijke beroepsactiviteiten van deze onderneming moeten bijgevolg worden beschouwd als bijkomstige handelingen in de zin van artikel 19, lid 2, van de Zesde richtlijn, ongeacht de winst die zij opleveren.

Beoordeling door het Hof

47 Allereerst zij eraan herinnerd dat, ofschoon artikel 4 van de Zesde richtlijn aan de BTW een zeer ruime werkingssfeer toekent (zie arrest van 4 december 1990, Van Tiem, C-186/89, Jurispr. blz. I-4363, punt 17), deze bepaling enkel betrekking heeft op activiteiten met een economisch karakter (zie arrest Régie dauphinoise, reeds aangehaald, punt 15).

48 Krachtens artikel 4, lid 1, van de Zesde richtlijn wordt als belastingplichtige beschouwd ieder die zelfstandig dergelijke economische activiteiten verricht. Volgens de definitie in artikel 4, lid 2, omvatten „economische activiteiten" alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter en inzonderheid de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Het begrip „exploitatie" heeft, overeenkomstig de vereisten van het beginsel van neutraliteit van het gemeenschappelijk BTW-stelsel, betrekking op al deze handelingen, ongeacht hun rechtsvorm (zie reeds aangehaalde arresten Van Tiem, punt 18, en Régie dauphinoise, punt 15).

49 Dienaangaande blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof dat alleen betalingen die de tegenprestatie vormen van een handeling of van een economische activiteit binnen de werkingssfeer van de BTW vallen en dat zulks niet het geval is voor die welke voortvloeien uit de enkele eigendom van de zaak (zie arrest van 22 juni 1993, Sofitam, C-333/91, Jurispr. blz. I-3513, punt 13; reeds aangehaalde arresten Régie dauphinoise, punt 17, en Floridienne en Berginvest, punt 26).

50 Bovendien volgt uit artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn dat een handeling slechts aan de BTW onderworpen kan zijn, indien een belastingplichtige „als zodanig" handelt (arrest Régie dauphinoise, reeds aangehaald, punt 15).

51 Uit een en ander volgt dat in een zaak zoals deze in het hoofdgeding in de eerste plaats moet worden vastgesteld of de verschillende financiële handelingen activiteiten vormen die behoren tot die welke zijn bedoeld in de artikelen 2, punt 1, en 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn, of dat zij buiten de werkingssfeer daarvan vallen.

52 In de tweede plaats moet aangaande de financiële handelingen die onder de Zesde richtlijn vallen, worden nagegaan of zij zijn vrijgesteld krachtens artikel 13, B, sub d, van deze richtlijn.

53 In de derde plaats moet ingevolge artikel 17, lid 5, van de Zesde richtlijn overeenkomstig artikel 19 van de richtlijn, het pro rata voor de op het bedrag van de reeds betaalde BTW toe te passen aftrek worden berekend, indien de belastingplichtige goederen en/of diensten waarover hij reeds BTW heeft betaald, zowel gebruikt voor handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat als voor handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat.

54 Dienaangaande volgt uit de rechtspraak van het Hof dat, wil de door het gemeenschappelijk stelsel van BTW nagestreefde doelstelling van volstrekte neutraliteit niet worden geschaad, de handelingen die niet binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen en dus geen recht op aftrek geven, moeten worden uitgesloten van de proratoberekening van de aftrek, bedoeld in de artikelen 17 en 19 van de Zesde richtlijn (zie in die zin onder meer arrest Sofitam, reeds aangehaald, punten 13 en 14, en arrest van 27 september 2001, Cibo Participations, C-16/00, Jurispr. blz. I-6663, punt 44).

55 In de vierde plaats moet bij de proratoberekening van de aftrek worden onderzocht of de betrokken financiële handelingen die onder de Zesde richtlijn vallen maar die zijn vrijgesteld krachtens artikel 13, B, sub d, van de richtlijn, zijn aan te merken als bijkomstige handelingen, aangezien in dat geval krachtens artikel 19, lid 2, tweede zin, van de richtlijn en in afwijking van het bepaalde in lid 1 van dat artikel, de omzet met betrekking tot dergelijke handelingen buiten beschouwing moet worden gelaten voor de berekening van het pro rata.

De werkingssfeer van de Zesde richtlijn

56 Naast de rente die EDM ontvangt als vergoeding voor de leningen die zij verstrekt aan de ondernemingen waarin zij deelneemt, refereert de verwijzende rechter aan de verkoop van verhandelbare waardepapieren en aan andere kasverrichtingen. Blijkens de bij het Hof ingediende opmerkingen en de antwoorden op de vragen die het aan EDM heeft gesteld, gaat het in feite om verkopen van aandelen en deelnemingen aan investeringsfondsen, betalingen van rente op bankdeposito's en waardepapieren, zoals schatkistpapier en depositocertificaten, alsmede de opbrengst van beleggingen in investeringsfondsen.

57 Dienaangaande zij er allereerst aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het enkele verwerven en het enkele houden van aandelen niet is te beschouwen als een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn, die aan de betrokkene de hoedanigheid van belastingplichtige verleent. De financiële deelneming in andere ondernemingen als zodanig is immers niet aan te merken als exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat het eventuele dividend, de opbrengst van deze deelneming, voortspruit uit de loutere eigendom van de zaak en geen tegenprestatie is voor enige economische activiteit in de zin van de richtlijn (zie reeds aangehaalde arresten Harnas & Helm, punt 15, en Floridienne en Berginvest, punt 21). Indien deze activiteiten op zich dus geen economische activiteit in de zin van de richtlijn vormen, geldt dit eveneens voor de activiteit die bestaat in de verkoop van deze participaties (zie arrest Wellcome Trust, reeds aangehaald, punt 33, en arrest van 26 juni 2003, KapHag, C-442/01, Jurispr. blz. I-6851, punten 38 en 40).

58 Ook de enkele aankoop en de enkele verkoop van andere verhandelbare waardepapieren zijn geen exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat de enige opbrengst van deze handelingen voortspruit uit eventuele winst bij de verkoop van deze waardepapieren.

59 Dergelijke handelingen kunnen in beginsel als zodanig geen economische activiteiten in de zin van de Zesde richtlijn vormen. Wel volgt uit artikel 13, B, sub d, punt 5, van de richtlijn, dat handelingen inzake waardepapieren binnen de werkingssfeer van de BTW kunnen vallen. De in deze bepaling bedoelde handelingen zijn evenwel die welke bestaan in het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die verder gaan dan het enkele verwerven en verkopen van waardepapieren, zoals handelingen bij de uitoefening van een handelsactiviteit inzake transacties van waardepapieren.

60 Derhalve moet een onderneming die activiteiten verricht bestaande in de enkele verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren, zoals deelnemingen in investeringsfondsen, wat deze activiteiten betreft, worden geacht zich te beperken tot het beheer van een investeringsportefeuille op dezelfde wijze als een particulier investeerder (zie arrest Wellcome Trust, reeds aangehaald, punt 36).

61 In dit verband zij eraan herinnerd dat niet kan worden uitgegaan van de omvang van een aandelenverkoop, noch van de omstandigheid dat in het kader van een dergelijke verkoop een beroep is gedaan op consultancybureaus, als criteria om een onderscheid te maken tussen de activiteiten van een particulier investeerder, die buiten de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen, en die van een investeerder waarvan de operaties een economische activiteit vormen (zie arrest Wellcome Trust, reeds aangehaald, punt 37).

62 Derhalve moet worden vastgesteld dat activiteiten bestaande in de enkele verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren, zoals deelnemingen in investeringsfondsen, geen economische activiteiten in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn vormen en dat zij bijgevolg niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen.

63 Wat de opbrengst uit beleggingen in investeringsfondsen betreft, zij vastgesteld dat deze niet de rechtstreekse vergoeding vormt voor diensten bestaande uit de terbeschikkingstelling van kapitaal aan een derde (zie arrest Régie dauphinoise, reeds aangehaald, punten 16 en 17). Net zoals bij dividenden kan zulke opbrengst niet worden geacht de werkelijke tegenwaarde te vormen voor een verstrekte dienst. Bijgevolg vormen deze beleggingen geen dienstverrichtingen „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn, en vallen zij dus evenmin binnen de werkingssfeer van de BTW (zie in die zin arrest van 26 juni 2003, MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring, C-305/01, Jurispr. blz. I-6729, punt 47).

64 Uit de in punt 54 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak volgt dat, aangezien de enkele verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren, zoals deelnemingen in investeringsfondsen, alsmede de opbrengst van beleggingen in investeringsfondsen niet binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen, het bedrag van de omzet met betrekking tot deze handelingen moet worden uitgesloten van de in de artikelen 17 en 19 van deze richtlijn bedoelde berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek.

65 Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof kan de door een holding ontvangen rente als vergoeding voor leningen die zij heeft verstrekt aan ondernemingen waarin zij deelneemt, daarentegen niet worden uitgesloten van de werkingssfeer van de BTW, aangezien de betaling van deze rente niet het gevolg is van de enkele eigendom van de zaak, maar een vergoeding vormt voor de terbeschikkingstelling van kapitaal aan een derde (zie in die zin arrest Régie dauphinoise, reeds aangehaald, punt 17).

66 Aangaande de vraag of een holding in een dergelijke situatie deze dienst verricht als belastingplichtige, heeft het Hof in punt 18 van het arrest Régie dauphinoise geoordeeld dat een persoon handelt in deze hoedanigheid wanneer hij handelingen stelt die het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van zijn belastbare activiteit vormen, zoals de ontvangst, door een beheerder van onroerend goed, van rente op beleggingen van gelden die hij van zijn klanten ontvangt in het kader van het beheer van hun onroerend goed.

67 Dit is a fortiori het geval wanneer de betrokken handelingen bedrijfsmatig of met een commercieel oogmerk worden verricht, onder andere gekenmerkt door het streven naar een maximaal rendement van het geïnvesteerde kapitaal.

68 Vastgesteld moet worden dat een onderneming aldus handelt wanneer zij tot haar vermogen behorende fondsen gebruikt om diensten te verrichten die een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn vormen, zoals de verstrekking van leningen tegen vergoeding door een holding aan vennootschappen waarin zij deelnemingen bezit, ongeacht of deze leningen worden verstrekt als economische steun aan die vennootschappen, als beleggingen van kasoverschotten dan wel om andere redenen.

69 Van de werkingssfeer van de BTW kunnen evenmin worden uitgesloten de rente die aan een onderneming wordt betaald als vergoeding voor bankdeposito's of beleggingen in waardepapieren zoals schatkistpapier en depositocertificaten, aangezien de betaling van deze rente niet het gevolg is van de enkele eigendom van de zaak, maar een vergoeding vormt voor de terbeschikkingstelling van kapitaal

aan een derde (zie in die zin arrest Régie dauphinoise, reeds aangehaald, punt 17). Uit het voorgaande punt volgt dat een onderneming als belastingplichtige handelt wanneer zij tot haar vermogen behorende fondsen aldus gebruikt.

70 Derhalve moet worden vastgesteld dat het jaarlijks verstrekken van leningen tegen vergoeding door een holding aan vennootschappen waarin zij een deelneming bezit, alsmede haar beleggingen in bankdeposito's of waardepapieren, zoals schatkistpapier en depositocertificaten, economische activiteiten vormen die worden verricht door een belastingplichtige die als zodanig handelt in de zin van de artikelen 2, punt 1, en 4, lid 2, van de Zesde richtlijn.

Het begrip van BTW vrijgestelde handelingen

71 Aangezien het verstrekken van leningen door een holding aan vennootschappen waarin zij een deelneming bezit, evenals haar beleggingen in bankdeposito's of waardepapieren, zoals schatkistpapier en depositocertificaten, dienstverrichtingen zijn die binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen, moet worden vastgesteld dat dergelijke activiteiten krachtens artikel 13, B, sub d, punten 1 en 5, van de Zesde richtlijn van BTW zijn vrijgesteld.

De berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek

72 Wanneer de betrokken onderneming zowel handelingen verricht waarvoor recht op aftrek bestaat als handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat, volgt uit artikel 17, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn dat het pro rata voor de op het bedrag van de reeds betaalde BTW toe te passen aftrek moet worden berekend overeenkomstig artikel 19 van de richtlijn.

73 In dit verband blijkt uit artikel 19, lid 1, van de Zesde richtlijn dat het pro rata voor de toepassing van de aftrek de uitkomst is van een breuk waarvan de teller bestaat uit het totale bedrag van de omzet, exclusief BTW, met betrekking tot de handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat, en de noemer bestaat uit het totale bedrag van de omzet, exclusief BTW, met betrekking tot de handelingen die in de teller zijn opgenomen, alsmede die waarvoor geen recht op aftrek bestaat, zoals de handelingen welke zijn vrijgesteld krachtens artikel 13, B, sub d, van de richtlijn. Zoals volgt uit punt 54 van dit arrest moeten de handelingen die niet binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen, worden uitgesloten van de berekening van het pro rata.

De afwijking voor bijkomstige handelingen

74 Derhalve moet worden onderzocht of het verstrekken van leningen door een holding aan vennootschappen waarin zij een deelneming bezit, evenals haar beleggingen in bankdeposito's of waardepapieren, zoals schatkistpapier en depositocertificaten, welke zijn vrijgesteld krachtens artikel 13, B, sub d, punten 1 en 5, van de Zesde richtlijn, bijkomstige handelingen vormen in de zin van artikel 19, lid 2, tweede zin, van de richtlijn, in welk geval deze handelingen volgens laatstgenoemde bepaling voor de berekening van het pro rata buiten beschouwing moeten worden gelaten.

75 Dienaangaande zij opgemerkt dat in het kader van de toepassing van artikel 19, lid 1, van de Zesde richtlijn, een vermeerdering van het bedrag van de omzet uit handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat, met zich brengt dat het bedrag van de BTW dat de belastingplichtige kan aftrekken, vermindert. Het niet opnemen van bepaalde bijkomstige handelingen in de noemer van de breuk die overeenkomstig artikel 19, lid 2, tweede zin, van de Zesde richtlijn wordt gebruikt voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek, beoogt de negatieve effecten van dit aan de berekening inherente gevolg voor de belastingplichtige weg te werken om te vermijden dat deze handelingen die berekening vervalsen, en beoogt aldus de eerbiediging te verzekeren van de doelstelling van neutraliteit, die door het gemeenschappelijk stelsel van BTW wordt gewaarborgd.

76 Zoals het Hof in punt 21 van het arrest Régie dauphinoise immers heeft vastgesteld, zou de berekening van de aftrek worden vervalst, indien alle opbrengsten van financiële handelingen van de belastingplichtige, die verband houden met een belastbare activiteit, in deze noemer moesten worden opgenomen, zelfs wanneer de verkrijging van die opbrengsten generlei gebruik van goederen of diensten waarvoor BTW verschuldigd is of slechts een zeer beperkt gebruik daarvan impliceert.

77 Dienaangaande zij opgemerkt dat de omvang van de opbrengsten uit financiële handelingen die binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen erop kan wijzen dat deze handelingen niet mogen worden aangemerkt als bijkomstig in de zin van artikel 19, lid 2, tweede zin, van de Zesde richtlijn. De omstandigheid dat meer inkomsten uit dergelijke handelingen worden gehaald dan uit de activiteit die de betrokken onderneming als hoofdactiviteit aanmerkt, kan die handelingen evenwel als zodanig niet uitsluiten van de kwalificatie als „bijkomstige handelingen" in de zin van deze bepaling. Zoals de Commissie immers terecht heeft opgemerkt, zou in een geval zoals in het hoofdgeding, waarin de activiteit van prospectie slechts op middellange termijn rendabel is of zelfs niet rendabel kan blijken en de omzet met betrekking tot handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat bijgevolg het risico loopt zeer beperkt te zijn, de opname van deze handelingen enkel op grond van de omvang van de inkomsten eruit juist tot gevolg hebben dat de berekening van de aftrek wordt vervalst.

78 Derhalve moeten worden aangemerkt als bijkomstige handelingen in de zin van artikel 19, lid 2, tweede zin, van de Zesde richtlijn, het jaarlijks verstrekken van leningen door een holding aan vennootschappen waarin zij een deelneming bezit, alsmede haar beleggingen in bankdeposito's of waardepapieren, zoals schatkistpapier en depositocertificaten, voorzover deze handelingen slechts een zeer beperkt gebruik impliceren van goederen of diensten waarvoor BTW verschuldigd is. Ofschoon de omvang van de opbrengsten uit financiële handelingen die binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen erop kan wijzen dat deze handelingen niet mogen worden aangemerkt als bijkomstig in de zin van genoemd artikel, kan de omstandigheid dat meer inkomsten uit dergelijke handelingen worden gehaald dan uit de activiteit die de betrokken onderneming als hoofdactiviteit aanmerkt, die handelingen als zodanig niet uitsluiten van de kwalificatie als „bijkomstige handelingen".

79 Het staat aan de verwijzende rechter om vast te stellen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelingen slechts een zeer beperkt gebruik impliceren van goederen of diensten waarvoor BTW verschuldigd is, en in voorkomend geval de door deze handelingen opgebrachte rente uit te sluiten van de noemer van de breuk die wordt gebruikt voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek.

80 Derhalve moet op de eerste en de derde vraag worden geantwoord dat in een situatie zoals in het hoofdgeding

— activiteiten bestaande in de enkele verkoop van aandelen en andere waardepapieren, zoals deelnemingen in investeringsfondsen, geen economische activiteiten in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn vormen en bijgevolg niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen;

beleggingen in investeringsfondsen geen dienstverrichtingen „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn vormen en dus evenmin binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen;

het bedrag van de omzet met betrekking tot deze handelingen bijgevolg moet worden uitgesloten van de in de artikelen 17 en 19 van de richtlijn bedoelde berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek;

— het jaarlijks verstrekken van leningen tegen vergoeding door een holding aan vennootschappen waarin zij een deelneming bezit, alsmede haar beleggingen in bankdeposito's of waardepapieren, zoals schatkistpapier en deposito-

certificaten, daarentegen economische activiteiten vormen die worden verricht door een belastingplichtige die als zodanig handelt in de zin van de artikelen 2, punt 1, en 4, lid 2, van de Zesde richtlijn;

deze handelingen krachtens artikel 13, B, sub d, punten 1 en 5, van de richtlijn evenwel zijn vrijgesteld van BTW;

bij de berekening van het in de artikelen 17 en 19 van de Zesde richtlijn bedoelde berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek, deze handelingen moeten worden aangemerkt als bijkomstige handelingen in de zin van artikel 19, lid 2, tweede zin, van de richtlijn, voorzover zij slechts een zeer beperkt gebruik impliceren van goederen of diensten waarvoor BTW verschuldigd is; ofschoon de omvang van de opbrengsten uit financiële handelingen die binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen erop kan wijzen dat deze handelingen niet mogen worden aangemerkt als bijkomstig in de zin van genoemd artikel, kan de omstandigheid dat meer inkomsten uit dergelijke handelingen worden gehaald dan uit de activiteit die de betrokken onderneming als hoofdactiviteit aanmerkt, die handelingen als zodanig niet uitsluiten van de kwalificatie als „bijkomstige handelingen";

het aan de verwijzende rechter staat om vast te stellen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelingen slechts een zeer beperkt gebruik impliceren van goederen of diensten waarvoor BTW verschuldigd is, en in voorkomend geval, de door deze handelingen opgebrachte rente uit te sluiten van de noemer van de breuk die wordt gebruikt voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek.

De tweede vraag

81 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of werkzaamheden zoals die welke aan de orde zijn in het hoofdgeding, die worden

verricht overeenkomstig de bepalingen van een consortiumovereenkomst die is gesloten door een vennootschap die lid is van het consortium en het beheert, belastbare handelingen vormen in de zin van de Zesde richtlijn, met name wanneer de overschrijding van het bij die overeenkomst voor deze vennootschap bedongen aandeel van die werkzaamheden tot gevolg heeft dat de overige consortiumdeelnemers haar de tegenwaarde van de werkzaamheden die dat deel overschrijden moeten betalen.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

82 EDM voert aan dat uit artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn blijkt dat het om te weten of sprake is van een dienstverrichting in de zin van de BTW, volstaat na te gaan of zij kan worden aangemerkt als een verrichting „onder bezwarende titel".

83 In dat verband merkt EDM op dat de op elke consortiumonderneming rustende verplichting tot het verrichten van bepaalde werkzaamheden, waaraan een bepaalde waarde wordt toegekend, niet de tegenprestatie is van analoge verplichtingen van andere tot het consortium behorende ondernemingen. De betrokken verrichtingen zijn geen onderlinge tegenprestaties, maar strekken er veeleer toe een gemeenschappelijk resultaat te verkrijgen. De waarden die de partijen eraan toekennen, zijn niet vastgesteld met het oog op betaling. De tussen de consortiumleden gesloten overeenkomst strekt er integendeel juist toe dat een dergelijke betaling zich niet voordoet, door te bepalen dat elke onderneming de haar toegewezen werkzaamheden uitvoert. Deze waarden dienen er dus enkel voor om het aandeel van elke onderneming economisch af te meten. Deze werkzaamheden kunnen dan ook niet worden aangemerkt als handelingen „onder bezwarende titel", noch voor het deel dat gelijk of kleiner is dan het aan de betrokken onderneming toebedeelde aandeel, noch voor het deel dat dit aandeel overschrijdt.

84 De Commissie herinnert eraan dat de werkingssfeer van de BTW, die alle stadia van de productie, de distributie en de verrichting van diensten omvat, onder meer wordt afgebakend door de vaststelling of deze handelingen worden verricht onder bezwarende titel in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn.

85 De werkzaamheden die EDM verricht in het kader van de consortia waarvan zij lid is, moeten worden beschouwd als een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn wanneer deze werkzaamheden er uiteindelijk toe strekken belastbare handelingen onder bezwarende titel te verrichten.

Beoordeling door het Hof

86 Opgemerkt zij dat in verband met de BTW, de werkzaamheden die elk lid van een consortium in het kader en voor rekening ervan verricht, in beginsel niet verschillen van die welke een onderneming voor eigen rekening verricht, en dat deze bijgevolg op dezelfde wijze moeten worden behandeld. Zoals immers volgt uit artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn, zijn alleen de leveringen van goederen en de diensten welke onder bezwarende titel worden verricht, onderworpen aan de BTW. Derhalve kunnen leveringen van goederen en diensten die niet onder bezwarende titel voor rekening van een derde zijn verricht, in principe geen belastbare handelingen vormen, met uitzondering van met name de in artikel 6, lid 2, eerste alinea, sub b, van de Zesde richtlijn bedoelde gevallen.

87 In het hoofdgeding worden blijkens de verwijzingsbeschikking en de bij het Hof ingediende opmerkingen de werkzaamheden van de leden van de betrokken consortia die overeenstemmen met het aan elk van hen toebedeelde aandeel niet vergoed. Voor deze werkzaamheden is dus geen belastbare handeling verricht.

88 Derhalve vormen werkzaamheden zoals die welke aan de orde zijn in het hoofdgeding, die door de deelnemers aan een consortium overeenkomstig de bepalingen van een consortiumovereenkomst worden verricht en die overeenstemmen met het in die overeenkomst aan elk van hen toebedeelde aandeel, geen levering van goederen of diensten „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn, en bijgevolg ook niet een krachtens deze bepaling belastbare handeling. Dat deze werkzaamheden worden verricht door de consortiumdeelnemer die het consortium beheert, is dienaangaande irrelevant.

89 Wanneer de overschrijding van het bij die overeenkomst vastgestelde aandeel van de werkzaamheden door een consortiumdeelnemer er daarentegen toe leidt dat de andere leden van het consortium de tegenwaarde moeten betalen van de werkzaamheden die dit aandeel overschrijden, vormen deze werkzaamheden een levering van goederen of diensten „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn.

90 In dat geval is de maatstaf van heffing, overeenkomstig artikel 11, A, lid 1, sub a, van de Zesde richtlijn, het bedrag dat het betrokken lid van dit consortium werkelijk ontvangt als betaling voor het deel van de werkzaamheden dat het door de consortiumovereenkomst vastgestelde aandeel overschrijdt.

91 Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat werkzaamheden zoals die welke aan de orde zijn in het hoofdgeding, die door de deelnemers aan een consortium overeenkomstig de bepalingen van een consortiumovereenkomst worden verricht en die overeenstemmen met het in die overeenkomst aan elk van hen toebedeelde aandeel, geen levering van goederen of diensten „onder bezwarende titel" vormen in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn, en bijgevolg ook niet een krachtens deze richtlijn belastbare handeling. Dat deze werkzaamheden worden verricht door de consortiumdeelnemer die het consortium beheert, is dienaangaande irrelevant. Wanneer de overschrijding van het bij die overeenkomst vastgestelde aandeel van de werkzaamheden door een consortiumdeelnemer er daarentegen toe leidt dat de andere leden van het consortium hem de tegenwaarde moeten betalen van de werkzaamheden die dit aandeel overschrijden, vormen deze werkzaamheden een levering van goederen of diensten „onder bezwarende titel" in de zin van genoemde bepaling.

Kosten

92 De kosten door de Portugese regering en de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een voor de verwijzende rechter gerezen incident te beschouwen, zodat die over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer)

uitspraak doende op de door het Tribunal Central Administrativo bij beschikking van 19 december 2000 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) **In een situatie zoals in het hoofdgeding:**

— **vormen activiteiten bestaande in de enkele verkoop van aandelen en andere waardepapieren, zoals deelnemingen in investeringsfondsen, geen economische activiteiten in de zin van artikel 4, lid 2, 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, en vallen zij bijgevolg niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn;**

vormen beleggingen in investeringsfondsen geen dienstverrichtingen „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn (77/388) en vallen zij dus evenmin binnen de werkingssfeer van de richtlijn;

moet het bedrag van de omzet met betrekking tot deze handelingen bijgevolg worden uitgesloten van de in de artikelen 17 en 19 van deze richtlijn bedoelde berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek;

— vormen het jaarlijks verstrekken van leningen tegen vergoeding door een holding aan vennootschappen waarin zij een deelneming bezit, alsmede haar beleggingen in bankdeposito's of waardepapieren, zoals schatkistpapier en depositocertificaten, daarentegen economische activiteiten die worden verricht door een belastingplichtige die als zodanig handelt in de zin van de artikelen 2, punt 1, en 4, lid 2, van de Zesde richtlijn (77/388);

zijn deze handelingen krachtens artikel 13, B, sub d, punten 1 en 5, van de richtlijn evenwel vrijgesteld van belasting over de toegevoegde waarde;

moeten bij de in de artikelen 17 en 19 van de Zesde richtlijn (77/388) bedoelde berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek, deze handelingen worden aangemerkt als bijkomstige handelingen in de zin van artikel 19, lid 2, tweede zin, van de richtlijn, voorzover zij slechts een zeer beperkt gebruik impliceren van goederen of diensten waarvoor belasting over de toegevoegde waarde verschuldigd is; ofschoon de omvang van de opbrengsten uit financiële handelingen die binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn (77/388) vallen erop kan wijzen dat deze handelingen niet mogen worden aangemerkt als bijkomstig in de zin van genoemd artikel, kan de omstandigheid dat meer inkomsten uit dergelijke handelingen worden gehaald dan uit de activiteit die de betrokken onderneming als hoofdactiviteit aanmerkt, die handelingen als zodanig niet uitsluiten van de kwalificatie als „bijkomstige handelingen";

staat het aan de verwijzende rechter om vast te stellen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelingen slechts een zeer beperkt gebruik impliceren van goederen of diensten waarvoor belasting over de toegevoegde waarde verschuldigd is, en in voorkomend geval, de door deze handelingen opgebrachte rente uit te sluiten van de noemer van de breuk die wordt gebruikt voor de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek.

2) Werkzaamheden zoals die welke aan de orde zijn in het hoofdgeding, die door de deelnemers aan een consortium overeenkomstig de bepalingen van een consortiumovereenkomst worden verricht en die overeenstemmen met het in die overeenkomst aan elk van hen toebedeelde aandeel, vormen geen levering van goederen of diensten „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn (77/388), en bijgevolg ook niet een krachtens deze richtlijn belastbare handeling. Dat deze werkzaamheden worden verricht door de consortiumdeelnemer die het consortium beheert, is dienaangaande irrelevant. Wanneer de overschrijding van het bij die overeenkomst vastgestelde aandeel van de werkzaamheden door een consortiumdeelnemer er daarentegen toe leidt dat de andere leden van het consortium hem de tegenwaarde moeten betalen van de werkzaamheden die dit aandeel overschrijden, vormen deze werkzaamheden een levering van goederen of diensten „onder bezwarende titel" in de zin van genoemde bepaling.

Jann Timmermans von Bahr

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 april 2004.

De griffier

R. Grass

De president

V. Skouris