CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. POIARES MADURO van 18 mei 2004 [1]

1. Dit is de eerste keer dat het Hof wordt verzocht een prejudiciële beschikking te geven betreffende de toepassing van het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde op instellingen voor collectieve belegging in effecten. Deze instellingen zijn recentelijk het voorwerp geweest van communautaire regelgeving. De twee richtlijnen 2001/107/EG en 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 [2] tot wijziging van richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 [3] regelen thans de bedrijfsuitoefening en het beheer van deze instellingen. In deze zaak wordt het Hof evenwel voornamelijk om een prejudiciële beschikking verzocht in het licht van de Zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag [4] (hierna: „Zesde richtlijn").

I — Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

2. Aan deze zaak liggen de volgende feiten ten grondslag. Banque Bruxelles Lambert SA (hierna: „BBL") verleende diensten van bijstand, informatie en advisering aan beleggingsvennootschappen met veranderlijk kapitaal (hierna: „BEVEK's") gevestigd in Luxemburg. BBL betaalde over deze diensten geen belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „BTW") omdat het Groothertogdom Luxemburg BEVEK's daarvan vrijstelt. Naar aanleiding van een in 1998 uitgevoerde controle vaardigde de Belgische belastingdienst een dwangbevel uit tegen BBL teneinde de over de aan de BEVEK's in de jaren 1993 tot en met 1997 verleende diensten verschuldigde BTW in te vorderen.

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — Richtlijn 2001/107/EG tot wijziging van richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) met het oog op de reglementering van beheermaatschappijen en vereenvoudigde prospectussen (PB L 41, blz. 20), en richtlijn 2001/108/EG tot wijziging van richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), betreffende beleggingen van icbe's (PB L 41, blz. 35). De termijn voor omzetting van deze richtlijnen is verstreken op 13 februari 2004.

3 — Richtlijn tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB L 375, blz. 3).

4 — PB L 145, blz. 1.

3. Daartoe baseert de belastingdienst zich op het Belgische BTW-wetboek. Artikel 21, § 2, van dit wetboek luidt als volgt: „Als plaats van een dienst wordt aangemerkt de plaats waar de dienstverrichter de zetel van zijn economische activiteit of een vaste inrichting heeft gevestigd van waaruit hij de dienst verricht of bij gebrek aan een dergelijke zetel of vaste inrichting, zijn woonplaats of zijn gebruikelijke verblijfplaats." Deze regel kent evenwel een in artikel 21, § 3, van ditzelfde wetboek vastgelegde uitzondering, volgens welke als plaats van de dienst wordt aangemerkt de plaats waar de ontvanger van de dienst zijn zetel of vaste inrichting heeft wanneer aan de volgende twee voorwaarden wordt voldaan: de ontvanger is een in de Gemeenschap doch buiten het land van de dienstverrichter gevestigde belastingplichtige en de dienst betreft onder meer intellectueel werk verricht door juridische adviseurs of bank-, financiële en verzekeringsverrichtingen. Overeenkomstig artikel 9 van de Zesde richtlijn noopt de Belgische wetgeving er derhalve toe na te gaan of de ontvanger van een dienst een belastingplichtige is alvorens de plaats van de betrokken diensten wordt vastgesteld.

4. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de Belgische overheid deze bepalingen als volgt heeft uitgelegd. Aangezien in casu de BEVEK's, als ontvangers van de dienst, volgens de Luxemburgse wetgeving niet BTW-plichtig waren, was de afwijkende plaatsbepalingsregel van de dienst in artikel 21, § 3, van het Belgische BTW-wetboek niet van toepassing. De aan de BEVEK's verleende diensten werden derhalve geacht te zijn verricht in België, waar de dienstverlener was gevestigd. Volgens de ten tijde van de feiten geldende Belgische wetgeving bestond er evenwel geen mogelijkheid om deze dienst van BTW vrij te stellen. Volgens de Belgische overheid volgt hieruit dat BBL over de ten behoeve van de Luxemburgse BEVEK's verrichte diensten BTW-plichtig is.

5. BBL bestrijdt deze uitlegging, omdat zij in strijd zou zijn met de bepalingen van de Zesde richtlijn. Bijgevolg heeft zij bij de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel (België) beroep ingesteld strekkend tot nietigverklaring van het tegen haar uitgevaardigde dwangbevel. Zij betoogt enerzijds dat BEVEK's belastingplichtigen in de zin van artikel 4 van de Zesde richtlijn zijn, ongeacht de wijze waarop zij in het nationale recht worden gekwalificeerd, en anderzijds dat de onderhavige diensten onder artikel 13 van deze richtlijn vallen, waarin zij van BTW worden vrijgesteld.

6. De twee door de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel gestelde vragen berusten op deze bijzondere manier waarop het geschil is geconstrueerd. Met haar eerste vraag wenst de Rechtbank in wezen te vernemen of BEVEK's de hoedanigheid van belastingplichtige hebben in de zin van artikel 4 van de Zesde richtlijn, zodat de ten behoeve van hen verrichte diensten, voorzover zij onder artikel 9, lid 2, sub e, van deze richtlijn vallen, geacht moeten worden op de plaats van de zetel van die BEVEK's te zijn verricht. De tweede vraag wordt subsidiair gesteld. In geval van negatieve beantwoording van de eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of — met het oog op de toepassing van artikel 13 van de Zesde richtlijn, waarin is bepaald dat het beheer van gemeenschap-

pelijke beleggingsfondsen van BTW is vrijgesteld — onderscheid moet worden gemaakt tussen diensten van bijstand en advisering bij beheer enerzijds en de eigenlijke diensten van beheer anderzijds, welke zich van eerstgenoemde diensten onderscheiden door het feit dat zij voor de beheerder beslissingsbevoegdheid inhouden aangaande het beheer van en de beschikking over de te beheren tegoeden.

II — De hoedanigheid van belastingplichtige van BEVEK's

7. Ofschoon partijen in het hoofdgeding in de procedure voor de verwijzende rechter tegengestelde opvattingen hebben verkondigd over de vraag of BEVEK's aan BTW zijn onderworpen, schijnen degenen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend het er allen over eens te zijn dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord. BBL, de Commissie, de Belgische regering en de Griekse regering zijn van mening dat BEVEK's op grond van het gemeenschapsrecht de hoedanigheid van belastingplichtige hebben. Zij verschillen alleen van mening over de wijze waarop deze uitkomst moet worden bereikt en over de gevolgen daarvan.

A — *De kwalificatie van de BEVEK's volgens het communautaire BTW-recht*

8. Ik herinner eraan dat overeenkomstig artikel 4 van de Zesde richtlijn alleen economische activiteiten binnen de werkingssfeer van het communautaire BTW-stelsel vallen. In dit artikel wordt het begrip belastingplichtige gedefinieerd als eenieder die „ongeacht op welke plaats, zelfstandig een van de in lid 2 omschreven economische activiteiten verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit". Artikel 4, lid 2, preciseert dat de bedoelde economische activiteiten alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter omvatten, en inzonderheid de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

9. In dit verband heeft het Hof in het arrest Polysar Investments Netherlands [5] onderscheid gemaakt tussen het enkele houden van goederen of aandelen, hetgeen het genot omvat van de uit het geïnvesteerde vermogen verkregen rendement, en het begrip economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn. Het Hof heeft vervolgens gepreciseerd dat, op het gebied van financiële beleggingen, de loutere uitoefening door de eigenaar van zijn eigendomsrecht op zich niet als een economische activiteit kan worden beschouwd. [6] Hieruit volgt dat investeringsactiviteiten die vergelijkbaar zijn met die van een zijn eigen vermogen beherende particuliere investeerder in beginsel niet voor een dergelijke kwalificatie in aanmerking komen. In casu dient eveneens

5 — Arrest van 20 juni 1991 (C-60/90, Jurispr. blz. I-3111, punt 13). Zie eveneens arrest van 22 juni 1993, Sofitam (C-333/91, Jurispr. blz. I-3513, punt 12).

6 — Arrest van 20 juni 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Jurispr. blz. I-3013, punt 32).

te worden bedacht dat de inschakeling van consultancybureaus geen geldige maatstaf vormt om onderscheid te maken tussen de activiteiten van een particuliere investeerder, die buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, en die van een belastingplichtige investeerder. [7] Volgens het Hof kan een activiteit alleen als aan de BTW onderworpen worden beschouwd, wanneer zij bedrijfsmatig wordt uitgeoefend of met een commercieel oogmerk, onder andere gekenmerkt door het streven naar een maximaal rendement van het geïnvesteerde kapitaal. [8]

10. Volgens deze rechtspraak moet derhalve onder economische activiteit worden verstaan een *activiteit* die door een particuliere onderneming op een markt kan worden uitgeoefend en die in een professioneel kader is *georganiseerd* en gewoonlijk uit winstbejag wordt uitgeoefend. Ik wijs erop dat dit begrip een bijzonderheid bevat in vergelijking met de uitlegging die er in andere sectoren aan wordt gegeven, zoals het mededingingsrecht, waarin het eveneens ertoe dient de toepassingssfeer van het communautaire recht te definiëren. [9] Op fiscaal gebied berust het begrip op een tweeledig criterium, dus niet slechts een functioneel criterium betreffende de activiteit, doch ook en vooral een structureel criterium betreffende de organisatie. Een dergelijke definitie beantwoordt aan de doelstelling van het communautaire BTW-stelsel, dat erin bestaat alle in de Gemeenschap gevestigde actieve personen op fiscaal gebied op dezelfde wijze te behandelen. [10]

11. Op grond van deze criteria kan niet worden betwijfeld dat de door BEVEK's verrichte handelingen als economische activiteiten in de zin van de Zesde richtlijn moeten worden beschouwd. Een BEVEK is een statutaire instelling voor collectieve belegging. Anders dan gemeenschappelijke beleggingsfondsen heeft de BEVEK een eigen rechtspersoonlijkheid, los van die van haar investeerders. Zij heeft haar naam te danken aan het feit dat haar kapitaal op grond van de inschrijving op en de aankoop van aandelen, alsmede de waardering van haar vermogen, voortdurend kan veranderen. [11]

12. Artikel 1 van richtlijn 85/611 definieert de doelstelling van deze vennootschappen als het collectief beleggen in effecten van uit het publiek aangetrokken kapitaal, met toepassing van het beginsel van risicospreiding. Hun activiteit bestaat derhalve in een aaneenschakeling van beroepsmatige aan- en verkoophandelingen teneinde aan de behoeften van derden (de deelnemende investeerders) te voldoen. [12] Een dergelijke activiteit kan zonder meer als een georganiseerde en commerciële „exploitatie" van kapitalen op de aandelenmarkt worden beschouwd. [13] Over het geheel genomen volstaan deze criteria om aan BEVEK's de hoedanigheid van belastingplichtige in de zin van de Zesde richtlijn te verlenen.

7 — Ibidem, punt 37.

8 — Arrest van 14 november 2000, Floridienne en Berginvest (C-142/99, Jurispr. blz. I-9567, punt 28).

9 — Zie in het bijzonder arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979).

10 — Zie voor een gedetailleerde uiteenzetting van de doelstellingen van het communautaire belastingrecht, Berlin, D., *Droit fiscal communautaire*, P.U.F., Parijs, 1988, blz. 229 e.v.

11 — Zie Kremer, C. & Lebbe, I., *Les organismes de placement collectif en droit luxembourgeois*, Larcier, Brussel, 2001.

12 — Bij wijze van vergelijking: advocaat-generaal Van Gerven vermeldt soortgelijke eigenschappen als criteria voor een economische activiteit in de zin van artikel 4 van de Zesde richtlijn in zijn conclusie in de zaak Polysar Investments Netherlands (arrest aangehaald in voetnoot 5).

13 — Zie inzake het begrip exploitatie in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn, arrest van 6 februari 1997, Harnas & Helm (C-80/95, Jurispr. blz. I-745).

13. Hieraan kan niet worden afgedaan door een vergelijking van de activiteit van een BEVEK met die van een holding, die volgens de rechtspraak van het Hof in het algemeen niet de hoedanigheid van belastingplichtige heeft. [14] In het algemeen beperkt een holdingmaatschappij zich tot het beheer van de financiële deelnemingen in andere ondernemingen, zonder daarmee andere winsten na te streven dan die welke uit een normaal beheer van haar investeringen voortspruiten. Daarentegen bestaat de wezenlijke functie van een BEVEK in het met een commercieel doel verrichten van investeringen teneinde daarmee winst te behalen. Het is daarbij niet van belang dat de deelneming in het kapitaal van één en dezelfde emittent wettelijk is beperkt teneinde een voorzichtige spreiding van de risico's te verzekeren. [15] Het volstaat in dit opzicht te constateren dat de doelstelling van de BEVEK bestaat in de rendabilisering van het geïnvesteerde kapitaal, hetgeen altijd gepaard gaat met het nemen van risico's. [16] Evenmin is het relevant onderscheid te maken tussen een actief en een passief beheer van de financiële instrumenten. [17] Het staat vast dat het normale vermogensbeheer van de eigenaar een aanzienlijke activiteit kan vereisen. Hetgeen een BEVEK van een holding onderscheidt is eerder het doel dat hen drijft en het optreden dat hen karakteriseert: terwijl een holding zich doorgaans opstelt als een eigenaar die alleen geïnteresseerd is in de opbrengst van zijn vermogen [18], gedraagt een BEVEK zich als een ondernemer die, binnen de marges van het vastgestelde investeringsbeleid, het hoogst mogelijke rendement tracht te behalen uit zijn beleggingen op de financiële markten.

14. Moet niettemin onderscheid worden gemaakt naar gelang de BEVEK al dan niet zelfbesturend is? In het eerste geval beschikt de BEVEK over een geïntegreerde beheersfunctie, terwijl zij zich in het tweede geval voor haar beheer tot een erkende externe vennootschap wendt. In haar schriftelijke opmerkingen betoogt de Commissie dat alleen de eerstgenoemde BEVEK's aan de BTW zijn onderworpen, waarbij zij refereert aan de wijze waarop het Hof holdingmaatschappijen op dit gebied behandelt. Zij voert aan dat een niet-zelfbesturende BEVEK, evenals een holding, slechts aandelen houdt en geen BTW-plichtige handelingen verricht.

15. Tijdens de terechtzitting heeft de Commissie dit onderscheid niet herhaald maar zich ertoe beperkt de situatie van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, die geen rechtspersoonlijkheid hebben, te vergelijken met die van BEVEK's, die dit wel hebben. Hoe dit ook zij, het onderscheid dat in haar

14 — Zie bij wijze van herinnering arrest van 27 september 2001, Cibo Participations (C-16/00, Jurispr. blz. I-6663, punt 19). Het is juist dat in bepaalde gevallen de holdingmaatschappij ad hoc aan haar dochtervennootschappen tegen betaling diensten kan verlenen, zoals administratieve, financiële, boekhoudkundige en technische diensten. Maar juist in die uitzonderingsgevallen heeft het Hof geoordeeld dat een inmenging in het beheer van de dochterondernemingen, die gepaard gaat met handelingen die BTW-plichtig zijn krachtens artikel 2 van de Zesde richtlijn, als een economische activiteit kan worden beschouwd (arrest van 14 november 2000, Floridienne en Berginvest, aangehaald in voetnoot 8, punt 19).

15 — De Commissie herinnert eraan dat krachtens artikel 25 van richtlijn 85/611/EEG een BEVEK niet meer dan 10 % van de aandelen zonder stemrecht of obligaties van eenzelfde uitgevende instelling mag verwerven.

16 — Arrest van 14 november 2000, Floridienne en Berginvest, aangehaald in voetnoot 8, punt 28.

17 — Dit is het in het Koninkrijk België gehanteerde onderscheidingscriterium teneinde vast te stellen of BEVEK's, anders dan holdingmaatschappijen, belastingplichtig zijn. Er zij trouwens op gewezen dat in dit opzicht de opmerkingen van de Belgische Staat voor het Hof afwijken van het standpunt dat hij ten overstaan van de verwijzende rechter heeft verdedigd.

18 — Om de activiteit van een holding te karakteriseren heeft het Hof erop gewezen dat „de bezigheid van een obligatiehouder kan worden gekenschetst als een vorm van beleggen die het karakter van enkel vermogensbeheer niet te boven gaat" (arrest van 6 februari 1997, Harnas & Helm, C-80/95, Jurispr. blz. I-745, aangehaald in voetnoot 13, punt 18).

schriftelijke opmerkingen wordt gemaakt, lijkt mij niet relevant. Het voornaamste criterium om te bepalen in welk geval een BEVEK aan de BTW is onderworpen, is de aard van haar activiteiten en niet haar rechtsvorm. [19] Uiteraard moeten deze activiteiten in de tweede plaats in een juridische structuur passen die fiscaal kan worden belast. Dit is bij de onderhavige activiteiten het geval: hoe zij intern ook zijn georganiseerd, alle BEVEK's hebben rechtspersoonlijkheid. [20] Zij zijn eigenaar van de effectenportefeuille die de externe beheermaatschappij eventueel dient te beheren. Zij kunnen derhalve voor de toepassing van de Zesde richtlijn als belastingplichtige worden beschouwd, ongeacht de juridische vorm waarvoor zij voor het beheer van hun activiteiten hebben geopteerd.

16. Deze benadering lijkt mij te voldoen aan het vereiste van eenvoud en doelmatigheid van het fiscale stelsel. Zij beantwoordt eveneens aan een van de doelstellingen van de Zesde richtlijn, te weten het vaststellen van gemeenschappelijke bepalingen teneinde de mededingingsvoorwaarden tussen vergelijkbare marktdeelnemers nader tot elkaar te brengen. Overigens kunnen de tussen een BEVEK en haar beheersmaatschappij bestaande betrekkingen geenszins worden vergeleken met de banden die kunnen ontstaan tussen een holding en de vennootschappen waarin zij heeft geparticipeerd. De beheersmaatschappij handelt namelijk als gevolmachtigde van de BEVEK. Laatstgenoemde blijft verantwoordelijk voor de beleggings- en investeringsactiviteiten. Het beslissende criterium voor het ontstaan van belastingschuld blijft echter de vraag of het de betrokken entiteit is die de economische activiteiten daadwerkelijk uitoefent, en niet hoe zij het beheer van die activiteiten organiseert.

17. Bijgevolg dient op het eerste onderdeel van de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 4 van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat overeenkomstig richtlijn 85/611 opgerichte BEVEK's de hoedanigheid van belastingplichtige in de zin van de BTW hebben. Welke gevolgen dit voor de bepaling van de plaats van de ten behoeve van haar verrichte diensten heeft, moet nog worden onderzocht.

B — *De plaats waar de diensten ten behoeve van de BEVEK's worden verricht*

18. Volgens artikel 9 van de Zesde richtlijn moet als plaats van de dienstverrichting in beginsel de plaats van vestiging van de dienstverrichter gelden. Dit beginsel kent

19 — In een ietwat andere context verklaarde het Hof: „Het beginsel van de fiscale neutraliteit verzet zich er namelijk meer in het bijzonder tegen, dat ondernemers die dezelfde handelingen verrichten, verschillend worden behandeld bij de BTW-heffing. Aan dit beginsel zou dus afbreuk worden gedaan, wanneer de vrijstelling voor de handelingen van in artikel 13, A, lid 1, sub b en g, genoemde inrichtingen en organisaties zou afhangen van de rechtsvorm waarin de belastingplichtige zijn activiteit uitoefent" (arrest van 7 september 1999, Gregg, C-216/97, Jurispr. blz. I-4947, punt 20). Dit betekent dat de rechtsvorm van de betrokken entiteit bijgevolg eveneens irrelevant is wanneer over haar hoedanigheid van belastingplichtige moet worden geoordeeld.

20 — Dit is het wezenlijke criterium voor het verschil tussen BEVEK's en gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Laatstgenoemde zijn opgericht bij overeenkomst en hebben geen eigen rechtspersoonlijkheid. Aangezien zij geen rechtspersonen zijn, kunnen zij fiscaal „neutraal" worden geacht. Dit heeft tot onvermijdelijk gevolg dat de beheermaatschappij, die de gezamenlijke portefeuilles beheerst, fiscaal wordt belast. Deze oplossing is evenwel tot op zekere hoogte een 'bij gebrek aan beter' oplossing.

evenwel afwijkingen. Zo bepaalt artikel 9, lid 2, sub e, dat de plaats van de diensten verricht door raadgevende personen alsmede bank- en financiële verrichtingen ten behoeve van belastingplichtigen gevestigd in de Gemeenschap maar buiten het land van de dienstverrichter, de plaats is waar de ontvanger de zetel van zijn bedrijfsuitoefening heeft gevestigd.

19. Aangezien is vastgesteld dat BEVEK's de hoedanigheid van belastingplichtige hebben, lijkt artikel 9, lid 2, sub e, van de Zesde richtlijn inderdaad van toepassing te zijn op de ten behoeve van hen verrichte diensten. Dit wordt echter door het Koninkrijk België bestreden. In zijn schriftelijke opmerkingen stelt het dat onderscheid moet worden gemaakt: alleen de diensten bestaande in raadgeving, informatieverwerking en informatieverschaffing die ten behoeve van BEVEK's worden verricht vallen binnen de werkingssfeer van deze bepaling; dit geldt evenwel niet voor ten behoeve van BEVEK's verrichte beheersdiensten, omdat deze beslissingsbevoegdheid impliceren.

20. Het Koninkrijk België baseert dit onderscheid op een arrest van het Hof betreffende de voorwaarden voor een vrijstelling van BTW krachtens artikel 13, A, van de Zesde richtlijn. [21] Dit arrest is evenwel in deze fase van het onderzoek niet relevant, omdat het hier alleen maar gaat om de vaststelling van de plaats waar de diensten zijn verricht. Het volstaat te constateren dat het bepaalde in artikel 9, lid 2, sub e, derde en vijfde streepje, zowel geldt voor diensten verricht door raadgevende personen als voor bank- en financiële verrichtingen.

21. Uit het voorgaande volgt dat artikel 9, lid 2, sub e, van de Zesde richtlijn eveneens van toepassing is op beheersdiensten in het kader van financiële verrichtingen. Zijn deze diensten verricht ten behoeve van belastingplichtigen die in de Gemeenschap doch buiten het land van de dienstverrichter zijn gevestigd, moeten zij geacht worden te zijn verricht op de plaats waar de ontvanger van de diensten de zetel van zijn bedrijfsoefening heeft gevestigd.

III — De omvang van de BTW-vrijstelling in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn

22. Ofschoon volgens de verwijzende rechter een bevestigend antwoord op de eerste vraag impliceert dat de tweede vraag geen belang meer heeft voor de beslissing van het hoofdgeding, kan het mijns inziens van nut zijn deze vraag toch te onderzoeken.

23. Volgens het systeem van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn verlenen de lidstaten vrijstelling voor „het beheer van

21 — Arrest van 21 maart 2002, Zoological Society (C-267/00, Jurispr. blz. I-3353).

gemeenschappelijke beleggingsfondsen, als omschreven door de lidstaten". In dit verband is zowel de uitlegging die aan deze bepaling in het algemeen moet worden gegeven als de specifieke betekenis van het begrip beheer omstreden.

A — *De uitleggingsregels*

24. De deelnemers aan de procedure die opmerkingen hebben ingediend, zijn het eens over de in vaste rechtspraak toegepaste algemene regel dat de vrijstellingen bedoeld in artikel 13 van de Zesde richtlijn strikt moeten worden uitgelegd, daar zij afwijken van het algemene beginsel dat omzetbelasting wordt geheven over elke dienst die door een belastingplichtige onder bezwarende titel wordt verricht. [22]

25. Het kan ook nuttig zijn er in het licht van de in de verwijzingsbeschikking verschafte gegevens aan te herinneren dat deze vrijstellingen, evenals het begrip belastingplichtige, autonome communautaire rechtsbegrippen zijn die in het algemene kader van het bij de Zesde richtlijn ingevoerde gemeenschappelijke stelsel van de belasting over de toegevoegde waarde moeten worden geplaatst. [23] Dat artikel 13, B, sub d, punt 6, verwijst naar het recht van de lidstaten, betekent niet dat het aan de verschillende nationale wetgevingen staat om de omvang van de vrijstelling vast te stellen. Enerzijds betreft deze verwijzing slechts de definitie van de gemeenschappelijke beleggingsfondsen en niet hun positie in het licht van de communautaire BTW-voorschriften. Anderzijds wordt de definitie van gemeenschappelijke beleggingsfondsen voortaan zelf ten dele geregeld door het gemeenschapsrecht, namelijk richtlijn 85/611.

26. BBL acht het noodzakelijk bij het onderzoek de ratio legis van deze bepaling te betrekken, te weten de aan de lidstaten gemeen zijnde algemene beleidsoverwegingen die een dergelijke vrijstelling rechtvaardigen. Het staat vast dat dergelijke overwegingen een rol hebben gespeeld bij de formulering van artikel 13 van de Zesde richtlijn. Zij worden binnen het kader van dit artikel ongetwijfeld weerspiegeld door de algemene, door BBL benadrukte wens om de toegang van spaarders tot collectieve beleggingen aan te moedigen. Deze vrijstelling heeft echter vooral een praktische reden. Zij wil namelijk voorkomen dat deze contractuele fondsen worden belast, terwijl beleggingsfondsen die rechtspersoonlijkheid bezitten en zelfbesturend zijn, diezelfde belasting niet hoeven te betalen op grond van de vrijstelling in artikel 13, B, sub d, punt 5. Krachtens deze laatste bepaling zijn namelijk van BTW vrijgesteld 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 en de in artikel 5, lid 3, van de Zesde richtlijn genoemde rechten of effecten.

22 — Zie laatstelijk arrest van 6 november 2003, Dornier (C-45/01, Jurispr. blz. I-1294, punt 42).

23 — Arrest van 5 juni 1997, SDC (C-2/95, Jurispr. blz. I-3017, punt 21).

27. In dit opzicht betoogt de Belgische regering dat een tot contractuele fondsen beperkte vrijstelling, met uitsluiting van statutaire fondsen die hebben verkozen het beheer van hun vermogen te delegeren, afbreuk zou kunnen doen aan de gelijkheid van behandeling tussen de verschillende collectieve beleggingsfondsen. Dit laatste argument komt mij overtuigend voor. Het is legitiem het voor collectieve beleggingsfondsen vastgestelde stelsel uit te breiden tot BEVEK's wanneer deze zich in een soortgelijke positie bevinden. Maar daaruit kan niet worden afgeleid, zoals BBL doet, dat alle diensten die ten behoeve van deze instellingen voor collectieve belegging worden verricht, moeten worden vrijgesteld. Om de werkingssfeer van deze vrijstelling te bepalen, moet alsnog de betekenis worden gepreciseerd van het begrip beheer in de zin van de hier bedoelde bepaling.

28. Deze uitkomst wordt niet weersproken door de beweerde ongelijke behandeling van instellingen voor collectieve belegging, die volgens BBL zou kunnen voortvloeien uit een vrijstelling die is beperkt tot bepaalde beheersdiensten van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Enerzijds zou een zelfbesturende BEVEK, die een beroep doet op een derde voor diensten die geen rechtstreeks verband houden met het beheer van haar activiteiten, zich in dit opzicht in dezelfde fiscale situatie bevinden als een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Het feit dat een dergelijke BEVEK deze diensten zelf kan verrichten zonder daarover BTW te behoeven betalen, terwijl een gemeenschappelijk beleggingsfonds deze mogelijkheid niet heeft, is niet relevant. In dit geval is een verschil in de behandeling van BEVEK's en gemeenschappelijke beleggingsfondsen in feite niet meer dan het logische gevolg van de toepassing van het communautaire BTW-stelsel, dat alleen activiteiten belast die in het kader van een relatie tussen twee onafhankelijke belastingplichtigen zelfstandig worden verricht.[24] Wanneer men het betoog van BBL op dit punt volgt, zouden anderzijds talrijke diensten die in meerdere of mindere mate verband houden met het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, binnen de werkingssfeer van deze vrijstelling kunnen vallen. Dit zou duidelijk verder gaan dan de, strikt uit te leggen, bewoordingen van artikel 13, B, van de Zesde richtlijn.

B — *Het begrip ‚beheer' in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn*

29. De Zesde richtlijn definieert noch het begrip beheer, noch het voorwerp van de handelingen genoemd in artikel 13, B, sub d. In verschillende arresten heeft het Hof weliswaar de betekenis van een aantal handelingen gepreciseerd, maar het heeft zich tot dusverre nog niet uitgesproken over de in artikel 13, B, sub d, punt 6, bedoelde vrijstelling.

30. Bij gebreke van een definitie stelt BBL voor, zich aan de algemene betekenis te houden die de nationale doctrine aan het begrip beheer in het burgerlijk recht toekent. Hoe verleidelijk deze suggestie ook is, zij is

24 — Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer heeft in zijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest SDC, aangehaald in voetnoot 23, punten 54 e.v., een soortgelijke redenering gevolgd.

nochtans niet aanvaardbaar. Ik wijs erop dat het Hof in zijn rechtspraak handelingen van vermogensbeheer nu juist van de werkingssfeer van de BTW heeft willen uitsluiten. Derhalve moet een definitie die aan die handelingen een centrale plaats zou toekennen, worden verworpen. Logischerwijze kan zij er niet toe dienen de omvang te bepalen van een belastingvrijstelling, die per definitie uitgaat van het bestaan van een belastingplicht. [25]

31. De voor het Hof gemaakte opmerkingen betreffen voornamelijk de vraag of onder beheer eveneens beslissingsbevoegdheid moet worden verstaan. Dat is namelijk de uitlegging die door de Commissie en de Griekse regering wordt gehanteerd. Zij zijn van mening dat met beheer in de zin van deze bepaling uitsluitend wordt bedoeld het eigenlijke financiële beheer, dat beslissingsbevoegdheid ten aanzien van investeringen en beleggingsbeleid impliceert. Tegen deze uitlegging verzetten zich BBL en de Belgische regering. Zij menen dat het begrip beheer ruim moet worden uitgelegd en ook de raadgevende aspecten van het beheer omvat.

32. Aldus beschouwd komt het mij voor dat de vraag onjuist is gesteld. Om de betekenis van dit begrip te verduidelijken, moet niet alleen rekening worden gehouden met de bestanddelen ervan doch eveneens met het doel van de bepaling waarvan het deel uitmaakt. Dit verlangt dat de vrijstelling zodanig wordt afgebakend dat zij geen afbreuk doet aan het beginsel van de algemene toepassing van de belasting, doch zonder het voorwerp ervan van elke betekenis te beroven. [26] Vanuit deze optiek mag de vrijstelling worden uitgebreid tot alle handelingen die rechtstreeks verband houden met het beheerssysteem van beleggingsfondsen. Bijgevolg kan de vrijstelling niet worden beperkt tot het enkele nemen van een beslissing. Maar zij kan zich niet uitstrekken tot alle diensten die ten behoeve van in de situatie van gemeenschappelijke beleggingsfondsen verkerende instellingen voor collectieve belegging worden verricht.

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

34. Op grond van een soortgelijke redenering heeft het Hof ten aanzien van de in artikel 13, B, sub d, punten 3 tot en met 5,

25 — Zie eveneens conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak die heeft geleid tot het arrest SDC, (aangehaald in voetnoot 23), punt 57.

26 — Zie inzake de noodzaak aan de BTW een zeer ruime werkingssfeer toe te kennen arrest van 4 december 1990, Van Tiem, (C-186/89, Jurispr. blz. I-4363, punt 17).

van de Zesde richtlijn genoemde vrijstellingen een onderscheid gemaakt tussen vrijgestelde handelingen en gewone materiële, administratieve of technische diensten die specifiek noch essentieel zijn voor de vrijgestelde handelingen. [27] Mijns inziens moet dezelfde analyse mutatis mutandis worden toegepast op de omvang van de in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn genoemde vrijstelling.

35. Deze analyse brengt mee, dat men zich voor de vaststelling van de omvang van de in artikel 13, B, sub d, punt 6, bedoelde vrijstelling moet afvragen of de betrokken diensten rechtstreeks van invloed zijn op de financiële situatie van het fonds, zodanig dat zij van beslissende invloed zijn op de waardering van de financiële risico's of op de beslissingen die op het gebied van investering en belegging genomen moeten worden. [28]

36. In casu kan uit de door de verwijzende rechter verstrekte inlichtingen betreffende de aan de BEVEK's verleende diensten niet worden afgeleid of het handelingen betreft die onlosmakelijk met het beheer daarvan zijn verbonden. [29] In voorkomend geval staat het aan de nationale rechter zich over de exacte aard van de verrichte diensten uit te spreken.

37. BBL voegt hieraan echter twee tekstuele argumenten toe die volgens haar deze analyse op losse schroeven zetten. Het eerste, ter terechtzitting aangevoerde argument houdt in dat er in het kader van artikel 13, B, sub d, van de Zesde richtlijn een verband bestaat tussen het begrip beheer in punt 5 en het begrip beheer in punt 6. Volgens artikel 13, B, sub d, punt 5 „verlenen de lidstaten vrijstelling voor 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 [en] de in artikel 5, lid 3, genoemde rechten of effecten". [30] De vrijstelling in punt 6 houdt rechtstreeks verband met de uitzondering op de vrijstelling in punt 5. Derhalve moet het begrip beheer in punt 6 ruim worden uitgelegd, teneinde recht te doen aan het in punt 5 gemaakte voorbehoud van belastingheffing. Volgens de rechtspraak van het Hof doelt het begrip beheer in de zin van punt 5 op de verrichting van een gewone materiële, technische of administratieve dienst die geen juridische of financiële wijzigingen meebrengt. [31]

38. Dit argument vooronderstelt dat de beide in artikel 13, B, sub d, van de Zesde richtlijn genoemde begrippen beheer inhoudelijk overeenstemmen. Dit is echter niet het geval. Het door de wetgever in punt 5 van deze bepaling gekozen beheersbegrip is

27 — Arresten van 5 juni 1997, SDC, aangehaald in voetnoot 23, (C-2/95, Jurispr. blz. 3017), en 13 december 2001, CSC Financial Services (C-235/00, Jurispr. blz. I-10237).

28 — De aandacht zij erop gevestigd dat, toen het Hof zich in een andere context moest uitlaten over het begrip „beheer van ondernemingen" bedoeld in artikel 43, tweede alinea, EG, het overwoog dat het een deelneming betrof in een vennootschap die aan zijn houder „een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent, dat hij de activiteiten ervan kan bepalen" (arrest van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22).

29 — Het betreft het verstrekken van inlichtingen, bijstand in het beheer van de goederen doch in het kader van een door de BEVEK vastgesteld beleid, materiële hulp voor de verkrijging, intekening en overdracht van waardepapieren.

30 — Cursivering van mij.

31 — Arrest van 13 december 2001, CSC Financial Services, aangehaald in voetnoot 27, punt 28.

beperkter dan de oorspronkelijk door de Commissie voorgestelde formulering, die alle handelingen betreffende schuldvorderingen, aandelen, obligaties en andere waardepapieren omvatte.[32] Door de invoeging van dit begrip werden derhalve materiële, technische en administratieve taken van bijstand en uitvoering, die geen rechtstreeks verband houden met de handel in waardepapieren, van de werkingssfeer van de vrijstelling uitgesloten. Daarentegen is beheer in de zin van punt 6 van deze bepaling een positief begrip, dat duidelijk betrekking heeft op het beheer van een portefeuille van waardepapieren die door de inschrijvers ervan aan het fonds is toevertrouwd. In deze zin is het beheer, naast de aan de depothouder toevertrouwde bewaring van de activa van het fonds, één van de twee wezenlijke bestanddelen van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Dit begrip kan derhalve niet aldus worden verstaan dat het de ten behoeve van de beheerder verrichte diensten die geen rechtstreeks verband houden met de exploitatie van het fonds, omvat.

39. Het tweede argument van BBL is gebaseerd op het feit dat de activiteit van beheermaatschappijen van beleggingsfondsen recentelijk op grond van richtlijn 2001/107/EG is uitgebreid. Dit is een kernargument van haar schriftelijke betoog.[33] Het is juist dat richtlijn 2001/107 de activiteiten van beheermaatschappijen van instellingen voor collectieve belegging preciseert en met name uitbreidt tot taken van beleggingsadvisering.[34] Het komt mij evenwel voor dat deze uitbreiding geenszins automatisch tot gevolg heeft, dat de genoemde activiteiten deel gaan uitmaken van het begrip beheer in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn. In de eerste plaats, aangezien deze twee bepalingen ieder een ander voorwerp hebben, staat niets eraan in de weg om het begrip beheer in elk van beide gevallen verschillend uit te leggen. In de tweede plaats worden deze raadgevende activiteiten in richtlijn 2001/107 zelf slechts opgevat als „nevendiensten" in verhouding tot de hoofdactiviteit, bestaande in het beheer van het fonds.[35] In de context van het BTW-stelsel is het dus heel wel mogelijk ze als „ondergeschikte handelingen" te beschouwen. Volgens de rechtspraak van het Hof heeft deze kwalificatie betrekking op diensten die niet het „rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk" van de belastbare activiteit vormen.[36] Dergelijke activiteiten moeten als afzonderlijke transacties worden beschouwd, die hun eigen resultaten opleveren en als zodanig bij derden bekend zijn. Als zodanig kunnen zij met het oog op de vrijstelling van BTW niet met het beheer van fondsen worden gelijkgesteld.

32 — Zie de resolutie houdende het advies van het Europees Parlement inzake het voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen aan de Raad betreffende een Zesde richtlijn betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB 1974, C 40, blz. 34).

33 — In feite baseert BBL zich in dit opzicht eveneens op richtlijn 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten (PB L 141, blz. 27). Het staat evenwel vast dat artikel 2, lid 2, sub h, van die richtlijn van haar werkingssfeer uitsluit de instellingen voor collectieve belegging in effecten, alsmede de bewaar- en beheermaatschappijen van dergelijke instellingen.

34 — Artikel 5 van richtlijn 85/611/EEG zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/107/EG bepaalt: „Voor de toepassing van deze richtlijn omvat het beheer van unit trusts/beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen de in bijlage II genoemde taken. Deze lijst van taken is niet limitatief." Bijlage II bij die richtlijn vermeldt de taken van beheer van beleggingen, administratie en van verkoop. Artikel 5, lid 3, bepaalt dat, in afwijking van lid 2, de lidstaten beheermaatschappijen kunnen toestaan om naast het beheer van unit trusts/beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen, het per cliënt en op discretionaire basis beheren van beleggingsportefeuilles, en, als nevendiensten, het verstrekken van beleggingsadvies en van diensten van bewaarneming en administratie van rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging.

35 — Artikel 5, lid 3, sub b, van richtlijn 85/611/EEG zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/107/EG.

36 — Zie naar analogie arrest van 11 juli 1996, Régie dauphinoise (C-306/94, Jurispr. blz. I-3695, punt 18).

40. Op grond van het voorgaande ben ik van mening dat artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „beheer" niet alleen doelt op beheersdiensten die een beslissingsbevoegdheid impliceren, doch eveneens op handelingen waarmee een zodanige waarmee rechtstreeks invloed kan worden uitgeoefend op de financiële situatie van instellingen voor collectieve belegging en soortgelijke instellingen, dat zij van beslissende invloed zijn op investerings- en beleggingsbeslissingen.

IV — Conclusie

41. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de door de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 4 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, moet aldus worden uitgelegd dat beleggingsvennootschappen met veranderlijk kapitaal, opgericht overeenkomstig richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), de hoedanigheid van belastingplichtige in de zin van de BTW hebben, zodat de ten behoeve van hen verrichte diensten, voorzover deze in artikel 9, lid 2, sub e, van de Zesde richtlijn worden vermeld, geacht moeten worden te zijn verricht op de plaats waar deze vennootschappen de zetel van hun bedrijfsuitoefening hebben gevestigd.

2) Gelet op het antwoord op de eerste vraag hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord."