

## CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

N. FENNELLY

van 7 november 1996 \*

1. In deze prejudiciële zaak is de eigenlijke kernvraag, of het enkele in eigendom verwerven en houden van obligaties kan worden aangemerkt als een economische activiteit in de zin van het communautaire stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „BTW”). Zo het Hof die vraag bevestigend beantwoordt, wordt in de prejudiciële verwijzing ook gevraagd, in hoeverre de bij de uitoefening van die activiteit betaalde voorbelasting mag worden afgetrokken, wanneer die voorbelasting ook kan zijn betaald in verband met andere activiteiten die buiten het toepassingsgebied van het communautaire BTW-stelsel vallen.

gen der Lid-Staten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (hierna: de „Zesde richtlijn”)<sup>1</sup>, wordt omschreven in artikel 2:

„Aan de belasting over de toegevoegde waarde zijn onderworpen:

### I — Het rechtskader en de feiten

1. de leveringen van goederen en de diensten, welke in het binnenland door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht (...”

#### *De relevante gemeenschaps- en nationale wetgeving*

2. De werkingssfeer van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgeving

3. Volgens artikel 4, lid 1, wordt als belastingplichtige beschouwd „ieder 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”. Het begrip „economische activiteit” op zijn beurt wordt in artikel 4, lid 2, als volgt gedefinieerd:

\* Oorspronkelijke taal: Engels.

<sup>1</sup> — PB 1977, L 145, blz. 1.

„De in lid 1 bedoelde economische activiteiten omvatten alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt onder andere beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.”

4. Artikel 13, een van de kernartikelen van de Zesde richtlijn voor de BTW-vrijstellingen, bepaalt in punt B, dat de Lid-Staten vrijstelling verlenen „voor de onderstaande handelingen, onder de voorwaarden die zij vaststellen om een juiste en eenvoudige toepassing van de betreffende vrijstellingen te verzekeren en alle fraude, ontwijking en misbruik te voorkomen:

(...)

d) de volgende handelingen:

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

(...)

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”.

5. Artikel 17 regelt het ontstaan en de omvang van het recht op aftrek. Volgens het algemene beginsel van artikel 17, lid 2, mag een belastingplichtige „van de door hem verschuldigde belasting” slechts de voorbelasting aftrekken „voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor belaste handelingen”. Krachtens artikel 17, lid 3, moeten de Lid-Staten evenwel recht op aftrek of op teruggaaf van de in artikel 17, lid 2, bedoelde belasting over de toegevoegde waarde verlenen, voor zover de goederen en diensten onder meer worden gebruikt voor:

„c) door de belastingplichtige verrichte handelingen die krachtens artikel 13, punt B, sub a) en sub d), punten 1 tot en met 5, zijn vrijgesteld, wanneer de ontvanger

buiten de Gemeenschap gevestigd is of wanneer de handelingen rechtstreeks samenhangen met goederen die bestemd zijn om te worden uitgevoerd naar een land buiten de Gemeenschap”.

*De feiten en het procesverloop*

6. Artikel 17, lid 5, eerste alinea, bepaalt: „Voor goederen en diensten die door een belastingplichtige zowel worden gebruikt voor handelingen als bedoeld in de leden 2 en 3, waarvoor recht op aftrek bestaat, als voor handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat, wordt aftrek slechts toegestaan voor dat gedeelte van de belasting over de toegevoegde waarde, dat evenredig is aan het bedrag van de eerstbedoelde handelingen (pro rata)”. Volgens de tweede alinea wordt het in de eerste alinea bedoelde pro rata bepaald „overeenkomstig de bepalingen van artikel 19”. Artikel 19 bepaalt, hoe de breuk wordt berekend die wordt gebruikt voor de berekening van het aftrekbare pro rata.

7. In het verwijzingsarrest stelt de Hoge Raad der Nederlanden, dat de relevante bepalingen van de Wet op de omzetbelasting 1968<sup>2</sup> (hierna: de „Wet”), onder meer artikel 7, lid 1, en artikel 11, lid 1, letter j, sub 1, betreffende respectievelijk de begrippen „ondernemer” en „verstrekken van krediet”, „na de aanpassing per 1 januari 1979 van de Wet aan de Zesde Richtlijn” geen andere betekenis hebben dan de overeenkomstige begrippen omschreven in de artikelen 4, 13 B en 17 van de richtlijn.

8. Het geding voor de nationale rechter vindt zijn oorsprong in een aan Harnas & Helm, een in Amsterdam gevestigde commanditaire vennootschap, requirante in het hoofdgeding, opgelegde naheffingsaanslag in de BTW ten bedrage van 124 517 HFL voor het tijdvak van 1 januari 1987 tot 1 maart 1991 (hierna: „het relevante tijdvak”). Op het bezwaarschrift van Harnas & Helm (hierna: „betrokkene” of „requirante”) handhaafde de Inspecteur de aanslag. Deze beslissing is op 2 maart 1994 in hoger beroep door het Gerechtshof te Amsterdam bevestigd. Betrokkene stelde tegen dat arrest cassatieberoep in bij de Hoge Raad der Nederlanden (hierna: de „nationale rechter”). De nationale rechter geeft de volgende omschrijving van de grondslag van het cassatieberoep.

9. In het relevante tijdvak hield requirante in de Verenigde Staten van Amerika en in Canada uitgegeven aandelen en obligaties waarvan de waarde aan het einde van dat tijdvak ongeveer 130 000 000 USD bedroeg, en waarvan zij dividenden en rente ontving. In 1984 had zij een rentedragende lening van een niet nader omschreven bedrag verstrekt aan de onderneming All American Metals. Die lening is afgelost op 16 april 1987. Op 1 juli 1992 leende requirante 50 000 CAD aan Opticast International Corporation. In haar belastingaangifte trok betrokkene de in

2 — Staatsblad 1968, blz. 329.

rekening gebrachte omzetbelasting af.<sup>3</sup> De belastingdienst was evenwel van mening, dat requirante vanaf 17 april 1987 niet meer als ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet kon worden aangemerkt en legde derhalve requirante voor de in het relevante tijdvak afgetrokken BTW een aanslag van 124 517 HFL op.

gemakkelijk vermogen kan beleggen en herbeleggen op ieder door hem gewenst moment, en in de tweede plaats is het niet van belang of de obligaties worden verworven door inschrijving op de uitgifte of, zoals in casu, door aankoop op de beurs.

10. In hoger beroep stelde het Gerechtshof te Amsterdam vast, dat de activiteiten van betrokkene in het relevante tijdvak bestonden uit het houden van aandelen en obligaties, uitgegeven ten laste van overheidslichamen en bedrijven in de Verenigde Staten van Amerika en in Canada.<sup>4</sup> Naar maatschappelijke opvattingen kan het verwerven van obligaties niet worden gekwalificeerd als het verlenen van krediet, hoezeer de uitgifte van een obligatielening ook voorziet in de financieringsbehoefte van de debiteur: in de eerste plaats beoogt een debiteur met zijn keuze voor een obligatielening een waardepapier te creëren waarvoor op de financiële markt in brede kring belangstelling mag worden verwacht doordat iedere potentiële belangstellende met spreiding van risico

11. Het Gerechtshof was voorts van oordeel, dat het enkele verwerven en houden van obligaties in het licht van het arrest van het Hof van 20 juni 1991<sup>5</sup> niet is aan te merken als een economische activiteit of als de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, daar de rente voortspuit uit de loutere eigendom van die obligatie. Het Gerechtshof concludeerde, dat betrokkene in het relevante tijdvak geen economische activiteiten in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn had verricht en derhalve niet kon worden aangemerkt als belastingplichtige in de zin van artikel 4, lid 1, of als ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet.

3 — Ter terechtzitting deelde de gemachtigde van de Nederlandse regering het Hof mee, dat voor zover bekend, het door appellante geïnvesteerde geld aan de vennootschap toebehoorde en niet aan derden. Zij zorgde evenwel niet zelf voor de investeringen, maar deed daarvoor een beroep op een professioneel vermogensbeheerder. Kennelijk verscheen de betwiste voorbelasting op de facturen voor de door deze onderneming verleende diensten.

4 — Het Nederlandse woord voor „bonds” dat de nationale rechter in zijn verwijzingsbeschikking gebruikt, is „obligaties”, dat ook voorkomt in de Nederlandse tekst van artikel 13 B, sub d, punt 5, van de Zesde richtlijn. Hoewel in de Engelse versie van artikel 13 B, sub d, punt 5, het woord „debentures” wordt gebruikt, lijkt in deze zaak het gebruik van het woord „bonds” in het Engels niet onterecht, daar het in de Verenigde Staten en Canada wellicht vaker wordt gebruikt voor de onlichamelijke activa die hier aan de orde zijn. Hoewel „debenture” in de *Oxford English Reference Dictionary* (tweede editie, 1996) wordt gedefinieerd als „an acknowledgment of indebtedness”, is het nuttig eraan te herinneren dat rechter Grove het in de zaak *Florence Land Co., ex p. Moor*, 10 Ch. D. 530, omschreef als „a word which has no definite signification in the present state of the English language”. Ook „bond” is een woord met een ruime betekenis.

12. In cassatie betwist de betrokkene, dat het verwerven van obligaties niet kan worden aangemerkt als het verstrekken van krediet. Zij stelt, dat de Wet noch de Zesde richtlijn vormvoorschriften voor het verstrekken van krediet bevat, en dat volgens punt 4 van resolutie nr. 282-15703 van de Staatssecretar-

5 — Zaak C-60/90, *Polysar Investments Netherlands*, Jurispr. 1991, blz. I-3111 (hierna: „Polysar”).

ris van Financiën van 9 november 1982<sup>6</sup> op obligaties in eigen portefeuille ontvangen rente, anders dan op aandelen van deelnemingen ontvangen dividenden, moet worden gerekend tot de voor de BTW relevante vergoedingen. Voorts stelt zij, dat haar activiteiten als geheel beschouwd economische activiteiten zijn, bestaande uit het duurzaam exploiteren van meerdere vermogensbestanddelen, en dat de door haar verleende diensten onder meer bestonden uit het verstrekken van krediet.

13. Van oordeel dat de artikelen 4, 13 B en 17 van de Zesde richtlijn relevant zijn om op het cassatieberoep uitspraak te doen, verwees de nationale rechter bij op 17 maart 1995 bij het Hof ingeschreven arrest de volgende vier vragen naar het Hof:

„1) Zijn het enkele in eigendom verworven en houden van obligaties — schuldvorderingen belichaamd in verhandelbare effecten — die niet dienstbaar zijn aan enige andere ondernemingsactiviteit, en het genieten van inkomsten daaruit, aan te merken als economische activiteiten in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde Richtlijn?

2) Indien deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, dienen zodanige activiteiten dan te worden aangemerkt

als handelingen, bedoeld in artikel 13. B. d.1 of 5, van de Zesde Richtlijn, welke, voor zover zij betrekking hebben op obligaties die zijn uitgegeven door een lichaam dat buiten de Gemeenschap is gevestigd, ingevolge artikel 17, lid 3, aanhef en onder c, van de Zesde Richtlijn recht geven op aftrek van de op het bezit en het beheer van de obligaties drukkende voorbelasting?

3) Indien de tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord, kan dan ingeval een belastingplichtige die de in voorgaande vragen bedoelde activiteiten verricht en daarnaast houder is van aandelen die, gelet op hetgeen het Hof van Justitie heeft beslist in onder meer zijn arrest van 22 juni 1993, nr. C-333/91 (Satam SA)<sup>7</sup>, buiten het toepassingsgebied van de omzetbelasting vallen, de voorbelasting die aan deze belastingplichtige in rekening is gebracht, ten volle in aftrek worden gebracht, of is de voorbelasting die betrekking heeft op het aandelenbezit van aftrek uitgesloten?

4) Indien de vorige vraag in laatstbedoelde zin moet worden beantwoord, naar welke maatstaf moet dan het van de aftrek uitgesloten bedrag worden berekend?”

6 — *Vakstudie Nieuws* 1982, blz. 2281.

7 — Zie *Sofitam SA*, *Jurispr.* 1993, blz. I-3513 (hierna: „*Sofitam*”).

## II — Bij het Hof ingediende opmerkingen

A — *De eerste vraag*

14. Het Koninkrijk der Nederlanden, de Franse Republiek en de Commissie hebben schriftelijke en mondelinge opmerkingen ingediend.

## III — Bespreking

15. Met zijn eerste vraag geeft de nationale rechter duidelijk de kern van deze zaak aan: is het enkele in eigendom verwerven en houden van obligaties met het oog op het genieten van inkomsten daaruit, een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn? Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, moet worden onderzocht, of er een recht op aftrek bestaat (vraag 2), en zo ja, of dat recht wordt beïnvloed door inkomsten uit aandelenbezit voor zover het daarbij geen economische activiteit betreft (vragen 3 en 4). Indien de activiteiten van betrokkene in het relevante tijdvak niet worden aangemerkt als economische activiteiten in de zin van de BTW-regeling, vallen zij buiten de werkings-sfeer van de Zesde richtlijn en kan er geen sprake zijn van een recht op aftrek.

## i) Samenvatting van de opmerkingen

16. De Nederlandse regering en de Commissie sluiten zich aan bij het standpunt van het Gerechtshof te Amsterdam in het hoofd-geding. Zij stellen, dat het verwerven en houden van obligaties niet kan worden beschouwd als een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn; huns inziens is die activiteit vergelijkbaar met het verwerven en houden van aandelen, hetgeen volgens het Hof in de zaak Polysar geen economische activiteit is. Dat in plaats van dividenden rente wordt ontvangen, onderscheidt de activiteit in kwestie niet van die van een aandeelhouder, daar de ontvangen rente, evenals dividend, voortspruit uit de loutere eigen-dom van de betrokken obligaties. In tegen-stelling tot inkomsten uit lichamelijke zaken, die voortspruiten uit de actieve exploitatie daarvan zoals het geval was in de zaak Van Tiem<sup>8</sup>, kan de houder van obligaties passief inkomsten verwerven louter op grond van de eigendom van de obligaties.

17. De Nederlandse regering stelt, dat het verwerven en houden van obligaties moet

<sup>8</sup> — Arrest van 4 december 1990, zaak C-186/89, Jurispr. 1990, blz. I-4363.

worden aangemerkt als een vorm van belegging die het karakter van beheer van een persoonlijk vermogen niet te boven gaat. Het houden van beleggingen in de vorm van effecten kan vanuit economisch oogpunt niet als kredietverstrekking worden beschouwd. Wanneer een financiële instelling een klant geld leent, verleent zij duidelijk een dienst; bij de verwerving van obligaties is geen sprake van een dergelijke dienst; de obligatiehouder vervult jegens de emittent van de obligatie de rol van koper.

19. Subsidiar stelt de Nederlandse regering, dat wanneer de houder van obligaties vol doet aan het door het Hof in het arrest Polysar geformuleerde criterium „mocien”, zijn activiteiten moeten worden aangemerkt als economische activiteiten in de zin van de Zesde richtlijn en dat hij dan als belastingplichtige BTW is verschuldigd over alle, uit die obligaties verkregen opbrengsten. In dat geval meent de Nederlandse regering, dat de activiteit van de houder moet worden aangemerkt als de verlening van krediet in de zin van artikel 13 B, sub d, punt 1, of als een handeling inzake obligaties in de zin van artikel 13 B, sub d, punt 5.

18. In verband met de overweging van het Hof in het arrest Polysar, dat wanneer de verwerving van aandelen „gepaard gaat met een zich direct of indirect mocien in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen”<sup>9</sup>, er sprake is van een economische activiteit, merkt de Commissie op, dat anders dan bij de meeste soorten aandelen een obligatie geen recht op controle of zeggenschap verleent in de onderneming die de obligatie uitgeeft, en dat het enkele houden van een obligatie dus a fortiori geen economische activiteit kan zijn. Bovendien moet het houden van obligaties worden gelijkgesteld met het houden van aandelen en niet met het verlenen van krediet, daar de eerste twee activiteiten samen worden vermeld in artikel 13 B, sub d, punt 5<sup>10</sup>, van de Zesde richtlijn, en de laatste afzonderlijk wordt behandeld in punt 1.<sup>11</sup>

20. De Franse regering verwijst met name naar het arrest Van Tiem, dat betrekking had op de exploitatie van onroerend goed (namelijk het verlenen van een recht van opstal op een deel van een perceel bouwgrond), en stelt, dat het verwerven en houden van obligaties en het genieten van inkomsten daaruit moet worden beschouwd als een economische activiteit in de zin van het communautaire BTW-stelsel. Zij stelt namelijk, dat de houder van een obligatie eigenaar wordt van een onlichamelijke roerende zaak die hij exploiteert door regelmatig inkomsten te ontvangen in ruil voor het geldbedrag dat de obligatie vertegenwoordigt, dat daadwerkelijk aan de emittent van de obligatie is geleend; artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn maakt geen onderscheid tussen de exploitatie van lichamelijke of onlichamelijke zaken.

<sup>9</sup> — R. o. 14.

<sup>10</sup> — In de Nederlandse tekst van artikel 13 B, sub d, punt 5, die de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen aanhaalt, is sprake van „obligaties en andere waardepapieren”, terwijl de Engelse tekst het heeft over „debentures and other securities”; zie dienaangaande voetnoot 4.

<sup>11</sup> — De punten 1 en 5 zijn reeds aangehaald in punt 4 van deze conclusie.

21. Hoewel de Franse regering erkent, dat het Hof in de zaak Polysar een verwante

activiteit — het loutere verwerven en houden van aandelen — niet als een economische activiteit heeft aangemerkt, stelt zij, dat de duurzaamheid van de inkomsten uit het houden van een obligatie die inkomsten onderscheidt van inkomsten uit het houden van aandelen. Bij het verwerven en houden van obligaties wordt een dienst verleend die vergelijkbaar is met het uitlenen van geld, een activiteit die requirante ook lijkt te hebben uitgeoefend.<sup>12</sup>

ii) Onderzoek van de eerste vraag

22. Ter terechtzitting stelde de gemachtigde van de Franse regering subsidiair, dat indien het Hof artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn aldus zou uitleggen, dat het loutere verwerven en houden van obligaties niet onder het begrip „economische activiteiten” valt, die uitsluiting niet zou mogen worden gebaseerd op het in het arrest Polysar geformuleerde criterium „moeien”. Daar obligaties van nature in de regel geen recht geven om zich te mengen in het beleid van de emittent, zou toepassing van dat criterium niet aangewezen zijn.

12 — Volgens de Franse regering is het feit, dat handelingen inzake kredietverlening en inzake obligaties in artikel 13 B, sub d, punten 1 en 5, afzonderlijk worden behandeld, irrelevant, daar die bepaling slechts de vrijstellingen van BTW wil opsommen.

23. In de eerste plaats herinner ik craan, dat artikel 4 van de Zesde richtlijn volgens vaste rechtspraak van het Hof „aan de BTW een zeer ruime werkingssfeer toekent, die zich uitstrekt tot alle stadia van de produktie, de distributie en de dienstverrichting”.<sup>13</sup> Zelfs handelingen ter voorbereiding van de toekomstige exploitatie van een zaak kunnen een economische activiteit opleveren.<sup>14</sup> Bovendien overwoog het Hof, dat het begrip „exploitatie” betrekking heeft „op alle handelingen, ongeacht hun rechtsvorm, die bedoeld zijn om (...) duurzaam opbrengst te verkrijgen”.<sup>15</sup> Ik deel de mening van advocaat-generaal VerLoren van Themaat, die met betrekking tot het begrip „belastingplichtige” in de zin van artikel 4 van de Tweede richtlijn<sup>16</sup> zei, dat het bij de bepaling van economische activiteiten „niet aankomt op het *doel*, maar op de *aard* van de betrokken werkzaamheden”.<sup>17</sup>

24. Het economische en commerciële wezen van de handelingen die beweerdelijk een economische activiteit opleveren, dient bij de beoordeling centraal te staan, en niet de formele financiële of commerciële classificatie

13 — Zie onder meer arrest Van Tiem, reeds aangehaald, r. o. 17.

14 — Zie arrest van 14 februari 1985 (zaak 268/83, Rompelman, Jurispr. 1985, blz. 655), waarin werd geoordeeld, dat de koop van het toekomstig recht op twee in aanbouw zijnde showroomruimten samen met het erfpachtrecht van de bijbehorende grond, met het oogmerk die later te verhuren aan handelaars, een economische activiteit kan opleveren.

15 — Arrest Van Tiem, reeds aangehaald, r. o. 18.

16 — Richtlijn 67/228/EEG van de Raad van 11 april 1967 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting — Structuur en wijze van toepassing van het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 1967, blz. 1303).

17 — Conclusie bij het arrest van 1 april 1982, zaak 89/81, Hong-Kong Trade, Jurispr. 1982, blz. 1277, blz. 1293 (cursivering in het origineel).



(in deze zaak als het verwerven en houden van obligaties of aandelen). Mijns inziens volgt daaruit, dat iemand die zoals requirante transacties met obligaties verricht, slechts kan worden geacht een economische activiteit uit te oefenen, indien hij aldus een bedrijf exploiteert of een commercieel doel nastreeft; in dat verband moet hij diensten verrichten voor zijn klanten en niet enkel zelf als klant diensten ontvangen.

25. In dit verband verdient opmerking, dat het Hof in het arrest Rompelman een wilsverklaring om een toekomstig goed te verhuren weliswaar voldoende achtte „om aan te nemen dat het verworven goed bestemd is om te worden aangewend voor een belastbare handeling”, doch er niettemin op wees, dat „degene die om aftrek van BTW verzoekt, zal hebben aan te tonen dat aan de voorwaarden voor aftrek is voldaan en, inzonderheid, dat hij als belastingplichtige is aan te merken”.<sup>18</sup> Het Hof vervolgde<sup>19</sup>:

„Artikel 4 verzet zich er derhalve niet tegen, dat de belastingdienst verlangt dat de wilsverklaring wordt ondersteund door *objectieve* gegevens, zoals de omstandigheid dat de ontworpen ruimtes zich specifiek lenen voor *commerciële* exploitatie.”

26. In de zaak Polysar kreeg het Hof te maken met de stelling van een zuivere holdingvennootschap, dat dividenden uit de door haar gehouden aandelen voor de BTW moesten worden aangemerkt als te zijn verkregen uit een economische activiteit. Het Hof herinnerde aan zijn uitspraak in het arrest Van Tiem over de ruime werkingssfeer van de BTW, maar stelde, dat uit deze rechtspraak niet is af te leiden „dat het enkele verwerven en het enkele houden van aandelen als een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn moet worden beschouwd, die aan de betrokkene de hoedanigheid van belastingplichtige verleent”.<sup>20</sup> Het Hof gaf voor die uitlegging van de strekking van het in het arrest Van Tiem neergelegde beginsel de volgende verklaring<sup>21</sup>:

„De financiële deelneming in andere ondernemingen *als zodanig* is namelijk 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 het goed.”

Het Hof sloot evenwel niet uit, dat het houden van aandelen een economische activiteit kan zijn „wanneer de deelneming gepaard gaat met een zich direct of indirect moeien in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen, onverminderd de

18 — R. o. 24.

19 — *Ibidem* (cursivering van mij).

20 — R. o. 13.

21 — *Ibidem* (cursivering van mij).

rechten die de houder van de deelnemingen als aandeelhouder of vennoot heeft".<sup>22</sup>

houder" als belastingplichtige moet worden aangemerkt, en dat dit slechts anders kon zijn, wanneer de activiteiten<sup>25</sup>

27. Het Hof was duidelijk beïnvloed door de opvatting van advocaat-generaal Van Gerven, volgens wie het in de arresten Rompelman en Van Tiem niet enkel ging om een belegging, „met andere woorden het verwerven van een goed (...), maar werd het verworven goed vervolgens tegen vergoeding aan een derde ter beschikking gesteld”.<sup>23</sup> Teneinde te bepalen of een goed was geëxploiteerd, maakte hij vervolgens onderscheid tussen de verwerving van een goed en de terbeschikkingstelling ervan<sup>24</sup>:

„verder gaan dan de activiteiten van een gewone belegger in het kader van een normaal vermogensbeheer, bij voorbeeld wanneer een vennootschap regelmatig aandelen koopt en verkoopt met het doel uit die transacties bedrijfswinst te halen. In een dergelijk geval kunnen de bij herhaling verrichte koop- en verkooptransacties beschouwd worden als economische activiteiten”.

„Het enkele verwerven van een aandeel in een vennootschap houdt geen dergelijke terbeschikkingstelling in. De later aan de aandeelhouder eventueel uitbetaalde dividenden zijn met andere woorden niet te beschouwen als de uit de ‚exploitatie’ van een goed verkregen ‚duurzame opbrengst’; zij zijn slechts de eventueel aan de eigenaar toekomende vruchten van een goed die voortspruiten uit het louter aanhouden van het goed.”

28. In haar opmerkingen stelt de Franse regering, dat een eventueel onderscheid tussen de verwerving en exploitatie van aandelen niet kan worden toegepast op obligaties. Ter terechtzitting betoogde haar gemachtigde, dat artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn geen onderscheid maakt tussen de exploitatie van lichamelijke of onlichamelijke zaken en de exploitatie van zaken niet als voorwaarde stelt om het bezit daarvan als economische activiteit aan te merken. Het loutere bezit van kapitaal levert geen inkomsten op; dat gebeurt alleen wanneer beslissingen worden genomen, en uitgevoerd, over het meest voordelige gebruik daarvan.

Hij meende, dat elke andere beslissing ertoe zou leiden, dat „elke aandeel- of obligatie-

22 — R. o. 14.

23 — Conclusie in de zaak Polysar, reeds aangehaald in voetnoot 5, Jurispr. 1991, blz. I-3125.

24 — Ibidem.

25 — Ibidem (eursivering van mij).

29. Het wezen zelf van de verschillende soorten onlichamelijke zaken en de vele wijzen waarop zij kunnen worden geëxploiteerd maken het moeilijk om een rechtstreekse vergelijking te maken met de fysieke gevolgen van de exploitatie van lichamelijke zaken. Dat de koop van een perceel grond en het verlenen van een zakelijk recht daarop aan een derde, zoals in de zaak Van Tiem, fysieke gevolgen heeft, kan niet worden betwist. Anderzijds kunnen de gevolgen van de activiteiten van een persoon die bijvoorbeeld enkel obligaties koopt en houdt, in de praktijk mogelijk slechts tot uiting komen in de bankrekeningen van de koper en de emittent van de obligaties. Ik geloof evenwel niet, dat een dergelijk verschil op zich belet dat de activiteiten van een persoon die transacties met obligaties of ook met aandelen verricht, economische activiteiten in de zin van de Zesde richtlijn kunnen zijn.

30. Ik geloof niet, dat het Hof in het arrest Polysar het begrip „exploitatie van een onlichamelijke zaak” strikter heeft uitgelegd dan daarvóór in de arresten Rompelman en Van Tiem het overeenkomstige begrip „exploitatie van een lichamelijke zaak”. Mijns inziens heeft het Hof enkel geoordeeld, dat de verwerving van aandelen, die naar haar aard de mogelijkheid inhoudt om dividenden te verkrijgen, als zodanig niet kan worden beschouwd als een *economische* exploitatie in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn; met andere woorden, terwijl de ontvangst van dividend financieel gezien weinig verschilt van de ontvangst van de huur van

een huurder, verschilt de economische aard van de onderliggende activiteiten waaruit die inkomsten voortvloeien.

31. Die uitlegging wordt volgens mij bevestigd door het latere arrest van het Hof in de zaak Sofitam. Het Hof bevestigde, dat een holdingvennootschap die slechts deelnemingen in andere ondernemingen houdt, niet als BTW-plichtige kan worden beschouwd, daar „het enkele nemen van financiële deelnemingen in andere ondernemingen geen *economische* activiteit in de zin van de Zesde richtlijn is”.<sup>26</sup> Mijns inziens stelde het Hof niet, dat de verwerving van aandelen intrinsiek geen economische activiteit is, in de zin dat er geen verband bestaat met de economie in het algemeen of met de handel in het bijzonder. Volgens mij bedoelde het Hof integendeel, dat de verwerving en het bezit van aandelen niet voldoende met de handel verbonden is om een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn op te leveren.

32. De Franse regering wil onderscheid maken tussen het verwerven en het houden van aandelen en het verwerven en houden van obligaties. Mijns inziens is dat onderscheid niet logisch, rechtvaardig en ter zake dienend. De BTW-indeling van de activiteiten van een particuliere belegger of van iemand wiens activiteiten met die van een

26 — Reeds aangehaald, r. o. 12 (cursivering van mij).

dergelijke belegger kunnen worden vergeleken, mag niet enkel afhangen van de vorm van de belegging. De werkingssfeer van het communautaire BTW-stelsel behoort niet afhankelijk te zijn van de precieze vorm van de belegging. Op de moderne financiële markten bestaat een subtiel onderscheid tussen bepaalde aandelen en obligaties. Aandelen kunnen gewone aandelen zijn die deelnemen in de winst van de onderneming. Er zijn vele vormen van deelneming in de winst van genoteerde vennootschappen. Daartoe behoren bijvoorbeeld vastrentende preferente aandelen die in de praktijk weinig verschillen van obligaties. Het is mogelijk, obligaties en vele vormen van converteerbare aandelen te houden. Het ware moeilijk en onrealistisch, onderscheid te willen maken binnen activiteiten die in wezen die zijn van een particuliere belegger, naargelang zuivere obligaties dan wel gewone aandelen worden gehouden.

kader van het beheer van de goederen van een caritatieve trust".<sup>28</sup> Wellcome Trust, belastingbetaler en verzoeker in het hoofding, stelde dat hij op grond van zijn investeringsactiviteiten en met name de verkoop van 288 miljoen aandelen in de Wellcome Foundation — in de woorden van advocaat-generaal Lenz „de grootste niet door de regering georganiseerde verkoop in het Verenigd Koninkrijk”<sup>29</sup> — moest worden geacht economische activiteiten te verrichten. De trust erkende, dat investeringen door gewone investeerders „buiten het toepassingsgebied van de BTW vallen”, maar stelde, dat dit anders is wanneer de investeerder „regelmatig investeringen verricht met het oog op het verkrijgen van inkomsten of het verhogen van zijn kapitaal”, en dat het irrelevant is, dat „het doel of het voorwerp van een economische activiteit erin bestaat investeringen te verrichten dan wel handel te drijven”.<sup>30</sup> Het Hof heeft dit betoog niet aanvaard.

33. Ter terechtzitting verwees de Commissie naar het recente arrest van het Hof in de zaak Wellcome Trust.<sup>27</sup> Daarin werd het Hof in wezen gevraagd, „of het begrip ‚economische activiteiten’ in de zin van artikel 4, lid 2, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat het eveneens een activiteit omvat zoals (...) de aankoop en verkoop van aandelen en andere effecten door een trustee in het

34. Het Hof overwoog weliswaar, dat „de trust in het Verenigd Koninkrijk niet de hoedanigheid van effectenmakelaar heeft”, maar vervolgde, dat „deze omstandigheid niet noodzakelijk uitsluit, dat een activiteit zoals die welke in het hoofding aan de orde is, en die bestaat in de koop en verkoop van aandelen en andere effecten, eventueel kan worden aangemerkt als economische activiteit in de zin van artikel 4 van de richtlijn”.<sup>31</sup> Het wees erop, dat uit de rechtspraak<sup>32</sup> volgt, „dat de loutere uitoefening door de

28 — R. o. 21.

29 — Punt 4 van de conclusie.

30 — Zie r. o. 23 en 25.

31 — R. o. 31.

32 — Het Hof verwees naar de arresten Polysar en Sofitam.

27 — Arrest van 20 juni 1996, zaak C-155/94, Jurispr. 1996, blz. I-3013.

eigenaar van zijn eigendomsrecht op zich niet als een economische activiteit kan worden beschouwd".<sup>33</sup> Het Hof maakte geen onderscheid tussen de verwerving en de verkoop van aandelen; die activiteiten kunnen op zich niet worden beschouwd als economische activiteiten in de zin van de Zesde richtlijn.<sup>34</sup> Onder verwijzing naar het arrest Polysar verduidelijkte het Hof dit beginsel als volgt<sup>35</sup>:

„Wel volgt uit artikel 13, B, sub d, punt 5, van de Zesde richtlijn, dat handelingen inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, *obligaties* en andere waardepapieren, binnen het toepassingsgebied van de BTW kunnen vallen. Dit is met name het geval wanneer die handelingen worden verricht in het kader van een *handelsactiviteit van effectenmakelaar* dan wel in het kader van een directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen.”

35. Het Hof overwoog, dat het de trust duidelijk verboden was „zich met precies deze activiteiten in te laten”, daar hij de verplichting had ervoor te zorgen, dat hij bij de uitoefening van zijn activiteiten „geen handelsactiviteiten verricht”.<sup>36</sup> Ter terechtzitting betoogde de gemachtigde van de Franse regering, dat de benadering van het Hof in de zaak Wellcome Trust in feite een „ad-hoc-

oplossing” was, die was ingegeven door de bijzondere omstandigheden van de zaak. Ik kan het met die uitlegging niet eens zijn. Advocaat-generaal Lenz erkende weliswaar, dat de trust ernaar streeft, „zo hoog mogelijke dividenden te verkrijgen, en aldus de beschikking te hebben over zoveel mogelijk geld voor zijn eigenlijke opdracht, namelijk het stimuleren van de medische research”<sup>37</sup>, maar stelde duidelijk dat onderscheid moet worden gemaakt<sup>38</sup>:

„Dit kan evenwel niet worden vergeleken met de activiteit van een effectenmakelaar. De effectenmakelaar is het niet in de eerste plaats om het beheer van een vermogen te doen. Hij streeft er daarentegen naar, door de aan- en verkoop van aandelen, en door risikante investeringen en speculatie winst te maken. Aandelen koopt hij niet in de eerste plaats om zo hoog mogelijke dividenden te verkrijgen, maar wel om ze tegen een zo hoog mogelijke prijs door te verkopen.”

Het Hof deelde zijn opvatting, dat het beheer van de investeringsportefeuille van de trust vergelijkbaar is met dat van een particulier die zijn vermogen beheert, en dat een dergelijk persoon niet kan worden geacht een economische activiteit uit te oefenen in de zin van de Zesde BTW-richtlijn.<sup>39</sup>

33 — R. o. 32.

34 — R. o. 33.

35 — R. o. 35 (cursivering van mij).

36 — Ibidem.

37 — Punt 19 van de conclusie.

38 — Ibidem.

39 — Zie r. o. 36 en punt 19 van de conclusie.

36. De beslissing van het Hof in de zaak Wellcome Trust hing niet samen met de puur caritatieve aard van de activiteiten van de trust. De door het Hof geformuleerde beginselen zijn van algemenere betekenis. Gesteld kan namelijk worden, dat door de specifieke verwijzing van het Hof naar „obligaties en andere waardepapieren” de kwestie boven alle twijfel verheven is.<sup>40</sup> Bij de opsomming van de omstandigheden waaronder handelingen inzake obligaties en andere waardepapieren in beginsel onder de BTW kunnen vallen, was het Hof evenwel zo voorzichtig om de woorden „*met name*” te gebruiken.<sup>41</sup> Ik deel dan ook niet de aan het subsidiaire betoog van de Franse regering ten grondslag liggende vrees, dat toepassing van het „inmengings”-criterium op obligaties niet passend zou zijn. Indien een onderneming als requirante, die obligaties verwerft en houdt, haar activiteiten niet beperkt tot zuivere investeringen zoals elke particuliere belegger, maar ze integendeel uitoefent als deel van een effectenhandel of een andere commerciële verrichting, zou die onderneming duidelijk de rechten op onlichamelijke zaken die zij door het houden van die obligaties heeft, economisch exploiteren. Deze uitlegging zou een deel van de twijfel wegnemen die de gemachtigde van de Franse regering ter terechtzitting heeft geuit over eventuele fiscale distorsies door de verschillende behandeling van eigenlijke leningen en de aankoop van obligaties. Een bank die geld uitleent, verricht duidelijk een economische activiteit, namelijk het tegen vergoeding uitzetten van fondsen waarover de lener kan beschikken. Een handelaar in obligaties of aandelen verkeert in hetzelfde geval.

37. Blijkens de gegevens in het verwijzings-arrest en de door de Nederlandse regering ter terechtzitting verstrekte informatie lijkt requirante echter, tenzij incidenteel, geen andere activiteiten te verrichten dan het toezien op de wijze waarop het door de vennoten in de commanditaire vennootschap ingebrachte privé-kapitaal wordt belegd door de professionele vermogensbeheerder op wiens diensten zij een beroep doet. Die activiteiten kunnen mijns inziens alleen maar worden gelijkgesteld met het beheer van (in de woorden van het Hof in het arrest Wellcome Trust) „een investeringsportefeuille op dezelfde wijze als een particulier investeerder”.<sup>42</sup>

38. Ter terechtzitting stelde de gemachtigde van de Franse regering nog, dat de redenering van het Hof in het recente arrest Régie dauphinoise<sup>43</sup> van toepassing is op het verwerven en houden van obligaties. Het is van belang, de juiste casuspositie van dat arrest in herinnering te brengen. Régie dauphinoise (hierna: „Régie”) hield zich voornamelijk bezig met onroerend-goedbeheer, waarbij zij namens de eigenaren in verhuur gegeven onroerende goederen beheerde en optrad als beheerder van gemeenschappelijke eigendom. In dit kader ontving zij voorschotten

40 — Zie r. o. 35, aangehaald in punt 34.

41 — R. o. 35 (cursivering van mij).

42 — R. o. 36.

43 — Arrest van 11 juli 1996, zaak C-306/94, Jurispr. 1996, blz. I-3695.

van degenen wier eigendommen zij beheerde. Deze voorschotten werden betaald op een bankrekening van Régie, die ze voor eigen rekening bij financiële instellingen belegde. Régie werd eigenaar van de belegde bedragen, maar was contractueel verplicht de betrokken hoofdsom uiteindelijk terug te betalen. De Franse regering stelt, dat het Hof in het arrest Régie dauphinoise heeft beslist, dat rente uit financiële beleggingen, anders dan de inning van dividenden, niet van de BTW kan worden uitgesloten, daar zij niet het gevolg is van de loutere eigendom van de belegde bedragen, maar een vergoeding vormt voor de terbeschikkingstelling van kapitaal aan derden, in casu de financiële instellingen waarbij Régie belegde.

39. Het Hof erkende, dat de beleggingen van Régie konden „worden beschouwd als dienstverrichtingen aan financiële instellingen, bestaande in een geldlening voor bepaalde duur, welke wordt vergoed door de betaling van rente”<sup>44</sup> en dat, anders dan de ontvangst van dividend door een houdstermaatschappij, „de rente welke een onderneming die zich bezighoudt met het beheer van onroerend goed ontvangt als vergoeding voor beleggingen die zij voor eigen rekening verricht met gelden die haar door de medeëigenaren of huurders worden betaald, niet [kan] worden uitgesloten van de werksfeer van de BTW, aangezien de betaling van rente niet het gevolg is van de enkele eigendom van de zaak, maar een vergoeding vormt voor de terbeschikkingstelling van

kapitaal aan een derde”.<sup>45</sup> Het Hof maakte evenwel onderscheid tussen de activiteiten van een onderneming als Régie en eenvoudige „beleggingen van een beheerder van onroerend goed bij banken”, als die niet handelt „in de hoedanigheid van belastingplichtige”.<sup>46</sup> Derhalve kwam het tot de volgende slotsom<sup>47</sup>:

„In het hoofdgeding (...) vormt 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, het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke *verlengstuk* van de belastbare activiteit, zodat deze beheerder, wanneer hij een dergelijke belegging verricht, handelt *als belastingplichtige*.”

40. Mijns inziens is duidelijk, dat in de ogen van het Hof de beleggingen van Régie in feite deel uitmaakten van een ruimere ondernemingsactiviteit of, zoals advocaat-generaal Lenz zei, dat Régie geld belegde dat zij had „ontvangen op grond van haar economische activiteit”.<sup>48</sup> Het verschil met de zaak Wellcome Trust was duidelijk: „In dat geval kon niet worden gesproken van een economische activiteit, op grond waarvan de trustmaatschappij het geld had kunnen ontvangen.”<sup>49</sup> In casu — uiteraard met het voorbehoud dat het uiteindelijk aan de nationale rechter staat, de feiten vast te stellen — beschikt het Hof niet over aanwijzingen dat requirantes activiteiten inzake obligaties „het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke

45 — R. o. 17.

46 — R. o. 18.

47 — R. o. 18 (cursivering van mij).

48 — Punt 20 van de conclusie.

49 — Ibidem.

44 — R. o. 16.

verlengstuk” zijn van enige andere „belastbare activiteit”. Daarom ben ik van mening, dat de handelingen van betrokkene moeten worden gelijkgesteld met die van een particulier die zijn eigen vermogen beheert. Aangezien er dus geen sprake is van een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn vallen de betrokken handelingen buiten de werkingssfeer van het communautaire BTW-stelsel, en komt de vraag inzake het recht op aftrek dan ook niet aan de orde. Indien het Hof het daarmee eens is, behoeven de andere vragen niet meer te worden onderzocht.

#### B — *De tweede vraag*

41. Mocht het Hof in weerwil van het door mij verdedigde standpunt beslissen, dat het verwerven en houden van obligaties onder omstandigheden als die van het hoofdgeding volstaat om een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn op te leveren, dan moet worden onderzocht, of een recht op aftrek bestaat.<sup>50</sup>

50 — Gezien de beschrijving van de feiten door het Gerechtshof te Amsterdam en de vragen in het verwijzingsarrest (zie hiervoor, punten 11 en 13) lijkt voor de nationale rechter in deze zaak de vraag, of requirante overeenkomstig de artikelen 2 en 4, lid 1, kan worden geacht tegelijk als belastingplichtige en zelfstandig te hebben gehandeld, niet aan de orde te zijn.

42. Het recht van een belastingplichtige om de betaalde BTW in aftrek te brengen over de goederen en diensten die hij voor zijn onderneming heeft bestemd, is volgens artikel 17 afhankelijk van het bestaan van een overeenkomstige verplichting om BTW te betalen over de goederen en/of diensten die hij in het kader daarvan levert. Daar het verwerven en houden van obligaties, indien het binnen de werkingssfeer van het BTW-stelsel valt, kan worden aangemerkt als „verlening van kredieten en bemiddeling inzake kredieten” in de zin van artikel 13 B, sub d, punt 1, of eventueel als analoog aan „handelingen (...) inzake (...) obligaties en andere waardepapieren” in de zin van punt 5, is het een activiteit die van BTW is vrijgesteld, zodat er geen sprake is van een recht op aftrek. Artikel 17, lid 3, sub c, voorziet evenwel in een afwijking van dit beginsel voor een beperkt aantal vrijgestelde handelingen, waaronder de in artikel 13 B, sub d, punten 1 tot en met 5, genoemde, „wanneer de ontvanger buiten de Gemeenschap gevestigd is”.

43. Blijkens het verwijzingsarrest zijn de obligaties in kwestie uitgegeven door buiten de Gemeenschap gevestigde overheidslichamen en bedrijven. Indien is voldaan aan het in de aanhef van artikel 17, lid 3, sub c, gestelde vereiste, dat de omstreden voorbelasting „goederen en diensten” betreft die „worden gebruikt voor” de desbetreffende belaste maar vrijgestelde handelingen, moet requirante bijgevolg recht op aftrek heb-



ben.<sup>51</sup> Derhalve geef ik het Hof in overweging de tweede vraag zo nodig bevestigend te beantwoorden.

Mijns inziens brengt de in de procedure van artikel 177 aan de verhouding tussen de nationale rechter en het Hof ten grondslag liggende samenwerkingsplicht mee, dat het Hof slechts kan weigeren op prejudiciële vragen te antwoorden, wanneer overduidelijk geen echt nuttig antwoord mogelijk is.<sup>54</sup> Dat is duidelijk niet het geval met de derde en de vierde vraag van de nationale rechter in deze zaak.

### C — De derde en de vierde vraag

44. Daar deze vragen nauw met elkaar samenhangen, kunnen zij gemakshalve tezamen worden behandeld. Gelet op de omschrijving van requirantes activiteiten in het verwijzingsarrest is het niet geheel duidelijk, of zij tevens aandelen houdt en dividenden ontvangt.<sup>52</sup> In de gegeven omstandigheden kan worden betwijfeld, of het Hof op die vraag een nuttig antwoord kan geven.<sup>53</sup>

45. Gegeven de aard van obligaties kunnen sommige van de door requirante gehouden stukken converteerbaar zijn geweest en later in het relevante tijdvak in aandelen zijn omgezet. Anderzijds kan de nationale rechter denken aan bepaalde aan het Gerechtshof te Amsterdam verstrekte informatie betreffende afzonderlijk door requirante gehouden aandelen. Het lijkt immers niet onwaarschijnlijk, dat een commanditaire vennootschap die in het relevante tijdvak voor 130 000 000 USD obligaties hield, ook aandelen bezat. Opmerking verdient, dat requirante haar activiteiten in haar cassatieberoep omschreef als het duurzaam exploiteren van *meerdere* vermogensbestanddelen, waarvan een aantal in het relevante tijdvak aandelen kunnen zijn geweest. Dit is uiteraard allemaal speculatief, maar ik denk niet, dat moet worden aangenomen dat de nationale rechter de vraag zou

51 — Indien de door de Nederlandse regering ter terechtzitting verstrekte informatie juist is, en de voorbelasting voortvloeit uit betalingen van requirante aan de onderneming die haar financiële activiteiten beheerde, dan lijkt de vereiste band tussen die voorbelasting en de van BTW vrijgestelde transacties tussen requirante en haar klanten in derde landen te bestaan. Het staat evenwel aan de nationale rechter om de op dit punt noodzakelijke ontbrekende feitelijke vaststellingen te doen. Zie voorts de bespreking van de derde en de vierde prejudiciële vraag (hierna, punten 48-54).

52 — De nationale rechter wenst met zijn vraag slechts te vernemen, of „ingeval” een belastingplichtige die de aan betrokene toegeschreven activiteiten verricht daarnaast houder is van aandelen, die betaalde voorbelasting nog steeds ten volle in aftrek kan worden gebracht.

53 — In de lijn van het arrest van 26 januari 1993 (gevoegde zaken C-320/90, C-321/90 en C-322/90, *Telemarsicabruzzo c. a.*, Jurispr. 1993, blz. I-393), waarin het Hof overwoog, „dat wegens het vereiste om tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, het noodzakelijk is dat deze rechter een omschrijving geeft van het feitelijk en juridisch kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vragen zijn gebaseerd” (r. o. 6), heeft het Hof bijvoorbeeld een aantal beschikkingen gegeven waarin het heeft geweigerd prejudiciële vragen te beantwoorden omdat niet aan die voorwaarden was voldaan; zie onder meer beschikking van 25 juni 1996, zaak C-101/96, *Italia Testa*, Jurispr. 1996, blz. I-3081.

54 — Zie dienaangaande punt 29 van mijn conclusie van 26 september 1996 in zaak C-105/94, *Celestini*.

hebben gesteld indien hij niet van mening was dat zich een vraag voordeed over de verdeling van de door requirante betaalde voorbelasting over van BTW vrijgestelde en BTW-plichtige handelingen. Ik geef daarom in overweging, dat zo het Hof de eerste twee vragen bevestigend beantwoordt, het ook de derde en de vierde vraag beantwoordt.

Nu dergelijke inkomsten uit dividenden buiten de werkingssfeer van het communautaire BTW-stelsel vallen, vervolgde het Hof in het arrest Sofitam dat:

„wil de door het gemeenschappelijk stelsel van BTW nagestreefde doelstelling van volstrekte neutraliteit niet worden geschaad, dividenden moeten worden uitgesloten van de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek bedoeld in de artikelen 17 en 19 van de Zesde richtlijn”.<sup>56</sup>

46. In de derde vraag verwijst de nationale rechter naar het arrest Sofitam. Mijns inziens mag op grond van de beschrijving van de activiteiten van betrokkene in het verwijzingsarrest worden aangenomen, dat de nationale rechter meent, dat indien requirante aandelen houdt, dit niet betekent dat zij zich mengt in het beheer van de vennootschappen wier aandelen zij bezit of dat dit anderszins als een economische activiteit kan worden aangemerkt. Het bezit van aandelen moet dan worden geacht buiten de werkingssfeer van het communautaire BTW-stelsel te vallen. In het arrest Sofitam overwoog het Hof<sup>55</sup>:

Het is dus duidelijk dat hoe groot requirantes inkomsten uit aandelen ook zijn, die inkomsten geen invloed kunnen hebben op het aftrekbare gedeelte van de voorbelasting.

47. Thans moet nog worden bepaald, wat de omvang van het aftrekrecht is in de omstandigheden bedoeld in de derde en de vierde vraag van de nationale rechter.

„Waar dividenden geen tegenprestatie voor enige economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn vormen, vallen zij niet binnen de werkingssfeer van de BTW. Bijgevolg staan de dividenden die voortkomen uit het houden van deelnemingen, geheel los van het stelsel van het recht op aftrek.”

48. Artikel 17, lid 2, van de Zesde richtlijn bepaalt ondubbelzinnig, dat een belastingplichtige de voorbelasting slechts van de door hem verschuldigde belasting mag

55 — R. o. 13.

56 — R. o. 14.

afrekken „voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor belaste handelingen”. Artikel 17, lid 3, is even ondubbelzinnig: het uitzonderlijke recht op aftrek voor de sub a tot en met c vermelde handelingen bestaat slechts „voor zover de goederen en diensten” in verband waarmee het recht op aftrek wordt gevorderd, „worden gebruikt voor” die handelingen. Deze uitlegging van artikel 17 vindt steun in het betoog van advocaat-generaal Van Gerven in de zaak Polysar. In verband met artikel 17, lid 2, zei hij <sup>57</sup>:

„een *belastingplichtige* mag de BTW aftrekken die door hem werd betaald uit hoofde van de levering van goederen en diensten *indien en voor zover* die goederen en diensten vervolgens worden gebruikt voor *belaste* handelingen (...) Hetzelfde geldt voor (*principieel* belastbare) handelingen die krachtens de richtlijn van BTW zijn vrijgesteld.”

49. De Nederlandse regering, bij wie de Franse regering zich op dit punt ter terechtzitting heeft aangesloten, stelt dat het nuttig is, in deze zaak een vergelijking te maken met de benadering van het Hof in het arrest BLP Group. <sup>58</sup> In die zaak moest het Hof

onderzoeken, of een belastingplichtige die BTW betaalt voor ontvangen diensten ten behoeve van een vrijgestelde handeling (namelijk de verkoop van aandelen in een vennootschap), niettemin die voorbelasting mag aftrekken van de over zijn belastbare handelingen (het verlenen van beheersdiensten aan dochterondernemingen) te betalen BTW wanneer de vrijgestelde handeling werd verricht om zijn uit zijn belastbare handelingen voortvloeiende bankschulden te verlichten. Onder verwijzing naar artikel 17, lid 3, sub c, overwoog het Hof, „dat de richtlijn slechts bij wijze van uitzondering voorziet in het recht op aftrek van BTW over goederen of diensten die voor vrijgestelde handelingen worden gebruikt”. <sup>59</sup> In het andere geval zou de nationale belastingadministratie

„telkens wanneer het — zoals hier — gaat om verrichtingen die niet *objectief* met belaste handelingen *samenhangen*, moeten onderzoeken wat de belastingplichtige er precies mee voorheeft. Dat zou ingaan tegen de doelstellingen van het BTW-stelsel, namelijk de rechtszekerheid te garanderen en de heffing van de belasting te vergemakkelijken door, uitzonderingsgevallen daargelaten, af te gaan op de objectieve aard van de handeling.” <sup>60</sup>

57 — Conclusie reeds aangehaald, Jurispr. 1991, blz. I-3128 (cursivering in het origineel). Zie ook de toelichting van de Commissie bij het oorspronkelijke voorstel voor de richtlijn, waarin zij stelde: „Het beginsel van het niet mogen aftrekken van de belasting over de toegevoegde waarde welke drukt op de goederen en diensten die worden gebruikt voor het verrichten van niet belastbare of vrijgestelde handelingen (met uitzondering van de in het buitenland verrichte handelingen en de uitvoer) werd gehandhaafd” (*Bulletin van de EG*, 1973, supplement 11, blz. 18).

58 — Arrest van 6 april 1995, zaak C-4/94, Jurispr. 1995, blz. I-983.

59. Mijns inziens volgt daaruit, dat voor zover een deel van de betwiste voorbelasting in deze zaak uitsluitend betrekking heeft op

59 — R. o. 23.

60 — R. o. 24 (cursivering van mij).

requirantes deelnemingen, dat deel niet in het aftrekbare bedrag mag worden meegerekend.

51. In deze zaak rijst evenwel nog een andere vraag: voor zover de betwiste voorbelasting betrekking heeft op diensten die door de belastingplichtige worden gebruikt voor zijn niet-belaste *en* zijn belaste maar vrijgestelde handelingen, naar welke maatstaf moet dan de van de aftrek uitgesloten voorbelasting worden berekend? De Nederlandse en de Franse regering stellen in wezen, dat het aftrekbare gedeelte naar analogie van artikel 19 van de Zesde richtlijn *pro rata* moet worden berekend.

52. Ik denk niet, dat deze vraag rechtstreeks aan de hand van de artikelen 17, lid 5, en 19 kan worden beantwoord, hoewel die bepalingen, zoals nog zal blijken, mijns inziens analoog moeten worden toegepast. De casuspositie van het hoofdgeding stond de auteurs van artikel 17, lid 5, dat ervan uitgaat dat een belastingplichtige voorbelasting betaalt voor goederen en diensten die zowel voor belaste als voor vrijgestelde handelingen worden gebruikt, niet voor ogen. In deze zaak betreffen de vragen van de nationale rechter evenwel een casuspositie waarin de belastingplichtige voorbelasting heeft betaald in verband met vrijgestelde en niet-belaste handelingen.

53. Mijns inziens volgt uit de uitlegging die ik in de punten 48 en 49 van deze conclusie aan artikel 17 van de Zesde richtlijn heb gegeven, dat een belastingplichtige als requirante, die voorbelasting betaalt voor profes-

sionele dienstverlening in verband met de economische activiteit (indien het Hof die als zodanig aanmerkt) van het verwerven en houden van obligaties en de niet-economische activiteit (voor de BTW) van het loutere houden van aandelen, wanneer de obligaties worden uitgegeven door buiten de Gemeenschap gevestigde klanten, slechts dat gedeelte van de voorbelasting kan aftrekken dat werkelijk aan de economische activiteit kan worden toegerekend. Ofschoon artikel 18 geen vormvereisten stelt aan de uitoefening van het bij artikel 17, lid 3, verleende recht op aftrek, moet iedere belastingplichtige krachtens artikel 22, lid 2, van de Zesde richtlijn „een boekhouding voeren welke voldoende gegevens bevat om de toepassing van de belasting over de toegevoegde waarde en de controle daarop door de belastingadministratie mogelijk te maken”. Bovendien moet „iedere belastingplichtige” krachtens artikel 22, lid 4, „binnen een door elke Lid-Staat vast te stellen termijn een aangifte indienen”; deze termijn „mag niet langer zijn dan twee maanden na het verstrijken van elk belastingtijdvak” dat door de Lid-Staten wordt vastgesteld, maar mag „niet langer dan een jaar” zijn.

54. Mijns inziens volgt daaruit, dat een belastingplichtige die in een geval waarin een deel van de voorbelasting betrekking heeft op niet-belastbare handelingen een beroep wil doen op artikel 17, lid 3, sub c, ten genoegen van de bevoegde belastingadministratie moet aantonen, welk deel van de voorbelasting volgens hem verband houdt met de in artikel 13 B, sub a en d, punten 1 tot en met 5, genoemde belaste maar vrijgestelde handelingen.<sup>61</sup>

61 — Zie, met betrekking tot de bewijsplicht van belastingplichtigen die aanspraak maken op het recht op aftrek, r. o. 24 van het arrest Rompelman, aangehaald in punt 25 hierboven.

## IV — Conclusie

55. Op grond van een en ander ben ik van mening, dat de eerste vraag van de Hoge Raad der Nederlanden moet worden beantwoord als volgt:

„1) Het enkele in eigendom verwerven en houden van obligaties en het genieten van inkomsten daaruit kan, wanneer het niet het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk is van een andere bedrijfs- of handelsactiviteit, niet worden aangemerkt als een economische activiteit 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 Lid-Statens inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag.”

Mocht het Hof evenwel oordelen, dat de in mijn voorstel van antwoord op de eerste vraag bedoelde activiteiten moeten worden aangemerkt als economische activiteiten in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn, geef ik in overweging, de tweede, de derde en de vierde vraag van de nationale rechter te beantwoorden als volgt:

„2) Krachtens artikel 17, lid 3, sub c, van de Zesde richtlijn kan een belastingplichtige de ter zake van aan hem verleende diensten in rekening gebrachte voorbelasting aftrekken, voor zover die diensten door die belastingplichtige zijn gebruikt voor het in eigendom verwerven en houden van obligaties en het genieten van inkomsten daaruit, wanneer die obligaties zijn uitgegeven door buiten de Gemeenschap gevestigde overheidslichamen en bedrijven.

3) Een belastingplichtige die de in de vorige antwoorden beschreven activiteiten verricht en ook aandelen verwerft, hetgeen buiten de werkingssfeer van de BTW valt, en wiens voorbelasting betrekking heeft op activiteiten ter zake van zowel obligaties als aandelen, kan het bij artikel 17, lid 3, sub c, van de Zesde richtlijn verleende aftrekrecht slechts uitoefenen voor het gedeelte van de voorbelasting dat verband houdt met de eerstgenoemde activiteiten ter zake van obligaties, voor zover hij dat verband ten genoegen van de bevoegde belastingadministratie kan aantonen.”