



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
PEDRO CRUZ VILLALÓN
van 8 november 2012¹

Zaak C-275/11

**GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH
tegen
Finanzamt Bayreuth**

[verzoek van het Bundesfinanzhof (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Fiscale bepalingen — BTW — Richtlijn 77/388/EEG — Artikel 13, B, sub d, punt 6 — Vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen — Richtlijn 85/611 — Instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) — Beheermaatschappijen van gemeenschappelijke beleggingsfondsen — Omschrijving van ‚beheer‘ — Toepassing van vrijstelling op derde beheerders — ‚Specifieke‘ activiteit die ‚over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormt‘ — Heffing van belasting over onwettige handelsactiviteiten — Beginsel van fiscale neutraliteit”

1. Is de adviesverlening inzake belegging in effecten die een derde aan een beheermaatschappij van collectieve beleggingsfondsen verleent, een „beheer van fondsen” in de zin van de in artikel 13, B, van btw-richtlijn 77/388/EEG² bedoelde vrijstelling? Dit is in wezen de vraag die het Bundesfinanzhof in de onderhavige prejudiciële procedure aan het Hof heeft voorgelegd.

2. Bij de beantwoording van deze vraag heeft het Hof de gelegenheid nader in te gaan op de vaste, maar ingewikkelde rechtspraak volgens welke de door een derde beheerder verstrekte diensten onder de in artikel 13, B, van richtlijn 77/388³ bedoelde vrijstellingen moeten vallen wanneer zij „over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen en specifiek en essentieel zijn voor het beheer van dergelijke fondsen”. Aangezien dit jurisprudentieel criterium in algemene bewoordingen is geformuleerd, vereist de toepassing ervan op een geval als het onderhavige een bijzondere uitleggingsinspanning.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Zesde Richtlijn van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz. 1; hierna: „Zesde richtlijn”).

3 — Opgemerkt zij dat de Zesde richtlijn de norm is die temporeel toepasselijk is op het onderhavige geval. De gevolgde redeneerwijze kan evenwel probleemloos worden uitgebreid naar het heden, aangezien richtlijn 2006/112 van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB L 347, blz. 1), waarbij de Zesde richtlijn is ingetrokken, in artikel 135, lid 1, sub g, ervan in dezelfde bewoordingen in dezelfde vrijstelling voorziet.

I – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

3. Richtlijn 77/388 (hierna: „Zesde richtlijn”) voorziet in artikel 13, B, ervan in een aantal belastingvrijstellingen, waarvan de volgende relevant zijn voor de onderhavige zaak:

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

[...]

d) de volgende handelingen:

[...]

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

[...]

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

— documenten die goederen vertegenwoordigen;

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

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

[...].”

4. Richtlijn 85/611/EEG tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), in de versie die gold tussen 1999 en 2002, omschrijft deze instellingen in artikel 1, leden 2 en 3, ervan als volgt:

„2. Voor de toepassing van deze richtlijn en behoudens artikel 2, wordt onder icbe's verstaan instellingen:

— waarvan het uitsluitend doel is de collectieve belegging in effecten van uit het publiek aangetrokken kapitaal, met toepassing van het beginsel van risicospreiding, en

— waarvan de rechten van deelneming op verzoek van de houders ten laste van de activa van deze instellingen direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald. Met dergelijke inkopen of terugbetalingen wordt gelijkgesteld ieder handelen van een icbe om te voorkomen dat de waarde van haar rechten van deelneming ter beurze aanzienlijk afwijkt van de intrinsieke waarde.

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

5. In 2002 is een uitgebreide hervorming van richtlijn 85/611 goedgekeurd, waarbij de regeling van de beheermaatschappijen grondig is gewijzigd.⁴ Sinds deze hervorming geeft bijlage II een omschrijving van het begrip „beheer” van beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen en verstrekt het een aantal voorbeelden. Het nieuwe artikel 5, lid 2, van richtlijn 85/611 verwijst uitdrukkelijk naar de in die bijlage neergelegde niet-limitatieve takenlijst:

„Voor de toepassing van deze richtlijn omvat het beheer van unit trust/beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen de in bijlage II genoemde taken. Deze lijst van taken is niet limitatief.”

6. Bijlage II luidt als volgt:

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

— Beheer van beleggingen

— Administratie:

- a) uitvoeren van de wettelijk verplichte en voor het fondsbeheer vereiste werkzaamheden op het gebied van de verslaglegging;
- b) verzoeken om inlichtingen van cliënten;
- c) waardering en prijsstelling (met inbegrip van belastingaangiften);
- d) toezien op de naleving van de regelgeving;
- e) bijhouden van een deelnemersregister;
- f) bestemming van de inkomsten;
- g) uitgifte en inkoop van rechten van deelneming;
- h) afwikkeling van contracten (met inbegrip van de verzending van deelbewijzen);
- i) het bijhouden van bescheiden;

— Verkoop.”

7. Bij de hervorming van 2002 heeft de Uniewetgever eveneens in richtlijn 85/611 artikel 5 octies ingevoerd, op grond waarvan de lidstaten beheermaatschappijen kunnen toestaan om onder bepaalde voorwaarden één of meer van hun taken aan derden te delegeren. Volgens die bepaling moet met name worden gewaarborgd dat de delegatie van de taken het toezicht op de beheermaatschappij niet belemmert en dat de taken correct worden uitgevoerd.

4 — Richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 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 2002, L 41, blz. 20) en richtlijn 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 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 2002, L 41, blz. 35).

II – Feiten

8. GfBk (Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH) is een Duitse onderneming die zich bezighoudt met het verspreiden van beursinformatie en -advies, alsook het verlenen van advies en het verkopen van financiële activa.

9. In 1999 heeft een beheermaatschappij van gemeenschappelijke beleggingsfondsen (hierna: „BGB”) een dienstverleningsovereenkomst gesloten met GfBk. GfBk verbond zich er met name toe aan de BGB advies te verlenen „inzake het beheer van het vermogen van het fonds” en „onder voortdurende bewaking van het vermogen van het fonds aanbevelingen te doen in verband met de aan- of verkoop van activa”. Daarbij zou GfBk eveneens „rekening houden met het beginsel van risicospreiding, de wettelijke beleggingsrestricties [...] en de [...] beleggingsomstandigheden”.

10. Blijkens de stukken kreeg GfBk een vergoeding op basis van een percentage van de waarde van het gemeenschappelijk beleggingsfonds.

11. Tussen 1999 en 2002 gaf GfBk aan de BGB per telefoon en fax en via internet aanbevelingen voor de aan- en verkoop van waardepapieren. De verwijzende rechter merkt op dat GfBk geen gedetailleerde rapporten uitbracht, maar gerichte aanbevelingen die de BGB in haar ordersysteem invoerde. Deze aanbevelingen werden, na verwerking ervan, geanalyseerd om na te gaan of zij enige wettelijke limiet schonden. Na deze controle voerde de BGB, soms binnen een paar minuten, de aanbeveling uit.

12. Voor de belastingjaren 1999 tot en met 2002 stelde de Duitse belastingadministratie dat de door GfBk verrichte diensten niet konden worden aangemerkt als „beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen” in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn. Van mening dat deze uitlegging onjuist was, heeft GfBk tegen de betrokken beslissingen beroep ingesteld, en uiteindelijk zelfs beroep tot Revision ingesteld bij het Bundesfinanzhof, dat het Hof de onderhavige prejudiciële vraag heeft gesteld.

III – Prejudiciële vraag en procesverloop voor het Hof van Justitie

13. Op 5 mei 2011 is de verwijzingsbeslissing van het Bundesfinanzhof ter griffie van het Hof van Justitie ingeschreven in de vorm van de volgende drie mogelijke alternatieve antwoorden:

„Is de dienstverlening door een derde beheerder van een gemeenschappelijk beleggingsfonds slechts voldoende specifiek en bijgevolg vrijgesteld van de belasting indien:

- a) die beheerder een beheersactiviteit en niet enkel een adviesactiviteit verricht,
of
- b) de dienstverlening zich naar haar aard van andere prestaties onderscheidt omdat zij een bijzonderheid vertoont die kenmerkend is voor de belastingvrijstelling uit hoofde van die bepaling,
of
- c) hij op grond van een delegatie van taken in de zin van artikel 5 octies van richtlijn 85/611/EEG, zoals gewijzigd, actief is?”

14. GfBk, de regeringen van de Bondsrepubliek Duitsland, het Groothertogdom Luxemburg, de Helleense Republiek en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

15. Ter terechtzitting van 28 juni 2012 hebben GfBk, de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie hun respectieve standpunten uiteengezet.

IV – Beoordeling van de prejudiciële vraag

16. Hoewel het Bundesfinanzhof zijn vraag heeft gesteld in de vorm van alternatieve oplossingen, meen ik dat deze eerder moeten worden opgevat als drie *bezwaren* tegen de toepassing van de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn op de door een derde verleende dienst van advies- en informatieverstrekking inzake beleggingen in effecten. Het Hof wordt dus gevraagd om rekening te houden met elk van die bezwaren teneinde een juiste uitlegging te geven aan genoemde bepaling.

A – Eerste bezwaar: toepassing van het begrip „beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen” op de door een derde verleende dienst van advies- en informatieverstrekking inzake beleggingen

17. Met het eerste bezwaar wenst het Bundesfinanzhof van het Hof te vernemen wat de kwalificatie en met name het specifieke karakter van de door GfBk verrichte dienst is, om deze dienst te kunnen aanmerken als „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds” en dus als een dienst die is vrijgesteld krachtens artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn.

18. Om te beginnen zij erop gewezen dat de door het Hof toegepaste leer om te beoordelen of een uitbestede activiteit onder genoemde vrijstelling valt, in werkelijkheid complex is. Zoals vermeld aan het begin van deze conclusie, bestaat de moeilijkheid van deze zaak namelijk in de toepassing van het reeds op gevallen van uitbesteding van diensten toegepaste jurisprudentiële criterium, volgens hetwelk zij „over het geheel genomen een afzonderlijk geheel [moeten vormen] en specifiek en essentieel [moeten] zijn voor het beheer van [de] fondsen” om in aanmerking te komen voor de btw-vrijstelling.

19. Alle interveniërende partijen hebben zich over dit aspect uitgesproken en hebben verschillende standpunten ingenomen. Enerzijds sluiten de Bondsrepubliek Duitsland, de Duitse Republiek en de Commissie uit dat de door GfBk verleende advies- en informatiedienst noch voldoende specifiek noch voldoende afzonderlijk is. Anderzijds menen GfBk en het Groothertogdom Luxemburg dat de dienst specifiek en globaal is en onder de vrijstelling valt. Ter ondersteuning van het eerste antwoord beroept men zich hoofdzakelijk op het feit dat de BGB de eindverantwoordelijkheid, daaronder begrepen de juridische aansprakelijkheid, op zich neemt om beslissingen vast te stellen. Voorts wordt aangevoerd dat de door GfBk gedane aan- en verkoopaanbevelingen enkel aanwijzingen zijn en dat het de BGB vrijstaat zich daar naar te schikken of niet. GfBk en het Groothertogdom Luxemburg zelf beroepen zich op het arrest *Abbey National*⁵, waarin het Hof heeft aanvaard dat bepaalde door derden verrichte diensten onder de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn vallen.

20. Om deze vraag te beantwoorden moet in de eerste plaats worden ingegaan op de relevante rechtspraak van het Hof, met name genoemd arrest *Abbey National*, dat de interveniërende partijen in deze prejudiciële procedure meermaals hebben aangehaald.

5 — Arrest Hof van 4 mei 2006, *Abbey National* (C-169/04, Jurispr. blz. I-4027, punt 63).

1. Het arrest Abbey National

21. In het arrest Abbey National heeft het Hof een prejudiciële vraag beantwoord over de door een derde aan een beleggingsmaatschappij verleende diensten, die onder meer bestonden in de vaststelling van het bedrag van de dividenden en de waarde van de deelnemingen of aandelen in het fonds, de waardering van de activa, de boekhouding, de voorbereiding van declaraties voor de verdeling van de dividenden, de verstrekking van informatie en documentatie voor de periodieke rekeningen en de belastingaangiften, de statistieken en de btw, alsmede de opstelling van de rendementsprognoses.⁶ Wat deze verschillende diensten betreft, die het Hof onder de noemer „administratief beheer en verslaglegging van de fondsen” heeft gevat⁷, is in het arrest bevestigd dat zij „in beginsel” binnen de werkingssfeer van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn vallen.⁸

22. Het Hof heeft deze gevolgtrekking gemaakt op basis van verschillende argumenten die, zoals ik later zal aantonen, ook kunnen worden uitgebreid tot het onderhavige geval.

23. In de eerste plaats wordt in het arrest Abbey National ingegaan op de doelstelling van de in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn neergelegde vrijstelling zelf, te weten „het kleine beleggers gemakkelijker maken om hun kapitaal te beleggen in beleggingsfondsen”.⁹ De vrijstelling beoogt dan ook te verzekeren dat de belasting fiscaal neutraal is tussen investeerders die hun portefeuilles rechtstreeks beheren en zij die collectief beleggen via een beheer- of beleggingsmaatschappij.¹⁰

24. In de tweede plaats wordt er in eerdergenoemd arrest op gewezen dat het „beheer” van een beleggingsfonds in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn niet enkel de eigenlijke taken omvat, te weten het portefeuillebeheer, maar ook die van de „administratie van instellingen voor collectieve belegging zelf”.¹¹ Om te bepalen welke „administratieve” diensten voldoende specifiek zijn om te vallen onder het begrip „beheer” in de specifieke zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn, maakt het Hof gebruik van bijlage II bij richtlijn 85/611. Het Hof oordeelt dat de bijlage „aangeeft”, onder het opschrift „Administratie”, welke diensten van dit type voldoende specifiek zijn voor de toepassing van de btw-vrijstelling.

25. In de derde plaats heeft het Hof in het arrest geoordeeld dat het niet noodzakelijk is dat dit „beheer” uitsluitend door een specifiek persoon wordt verricht. Daarentegen wijst het Hof er uitdrukkelijk op hoe het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen als bedoeld in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn „moet worden omschreven op basis van de aard van de geleverde diensten, *en niet op basis van de verrichter of de ontvanger van deze dienst*”.¹² Derhalve sluit, overeenkomstig de bestaande rechtspraak van het Hof over andere vrijstellingen van genoemd artikel 13, B, sub d¹³, niets uit dat het „beheer” bestaat uit verschillende afzonderlijke diensten, waarbij niets eraan in de weg staat dat zij door een derde beheerder worden verricht.¹⁴

6 — Zie arrest Abbey National, reeds aangehaald, punt 26.

7 — Arrest Abbey National, reeds aangehaald, punt 66.

8 — Arrest Abbey National, reeds aangehaald, punt 69.

9 — Arrest Abbey National, reeds aangehaald, punt 62.

10 — Idem.

11 — Arrest Abbey National, reeds aangehaald, punt 64.

12 — Arrest Abbey National, reeds aangehaald, punt 66 (eigen cursivering).

13 — Zie arresten Hof van 5 juni 1997, SDC (C-2/95, Jurispr. blz. I-3017, punt 66), met betrekking tot punt 5 („handelingen [...] inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren [...]”); 13 december 2001, CSC Financial Services (C-235/00, Jurispr. blz. I-10237, punt 23); 21 juni 2007, Ludwig (C-453/05, Jurispr. blz. I-5083, punt 36), met betrekking tot punt 1 („verlening van en bemiddeling inzake kredieten alsmede het beheer van kredieten door degenen die ze hebben verleend”); 22 oktober 2009, Swiss Re Germany Holding (C-242/08, Jurispr. blz. I-10099, punt 45), met betrekking tot punt 2 („bemiddeling bij en verlening van borgtochten en andere zekerheden en garanties, alsmede het beheer van kredietgaranties door degenen die ze hebben verleend”) en punt 3; 28 oktober 2010, AXA UK (C-175/09, Jurispr. blz. I-10701, punt 27), met betrekking tot punt 3 („handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, betreffende deposito's, rekening-courantverkeer, betalingen, overmakingen, schuldvorderingen, cheques en andere handelspapieren [...]”), of 28 juli 2011, Nordea Pankki Suomi (C-350/10, Jurispr. blz. I-7359, punt 27), met betrekking tot eerdergenoemd punt 5.

14 — Arrest Abbey National, reeds aangehaald, punt 67.

26. Tot slot wordt in het arrest de oudere rechtspraak inzake artikel 13, B, sub d, van de Zesde richtlijn aangehaald ter herinnering dat de door een derde beheerder verleende diensten in ieder geval „over het geheel genomen een afzonderlijk geheel moeten vormen, waardoor de kenmerkende en essentiële functies van een in punt 6 beschreven dienst worden vervuld”, te weten het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds.

27. Dit criterium is niet uitvoerig ontwikkeld in het arrest Abbey National en evenmin in andere beslissingen inzake andere vrijstellingen van artikel 13, B, sub d, van de Zesde richtlijn. Niettemin kunnen aan de hand van de oplossingen die het Hof in elke zaak heeft gegeven uit die beslissingen enkele richtsnoeren worden afgeleid. Dergelijke richtsnoeren, die de theorie van het specifieke en afzonderlijke karakter enigszins kunnen verduidelijken, zijn de volgende: de door een derde verleende dienst moet een intrinsieke band hebben met de door de beheer- of beleggingsmaatschappij verrichte dienst en inhoudelijk in aanzienlijke mate autonoom zijn. Voorts moet de uitbestede dienst voortdurend of minstens voorspelbaar zijn in de tijd. Daarentegen lijkt het niet relevant dat de uitbestede dienst een wijziging inhoudt van de rechtspositie of de economische situatie van de dienstontvangende vennootschap zelf.

28. Thans zal ik nagaan of in het concrete geval aan deze richtsnoeren, zoals die blijken uit de tot nu toe gevormde rechtspraak, is voldaan.

2. De activiteit van beleggingsadvies tegen de achtergrond van de rechtspraak

29. Met zijn vraag wenst het Bundesfinanzhof in wezen van het Hof te vernemen of de door GfBk verrichte activiteit kan worden uitbesteed en of deze dan nog kan vallen onder de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, van de Zesde richtlijn. In dit verband zij eraan herinnerd, zoals hierboven is gebleken uit de analyse van het arrest Abbey National, dat aan een fondsenbeheermaatschappij verleende uitbestede diensten onder de vrijstelling vallen. Daaraan verbindt het Hof de voorwaarde dat deze diensten „over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen en specifiek en essentieel zijn voor het beheer van dergelijke fondsen”.

30. Zoals gezegd in punt 27 van deze conclusie moet bij de toepassing van dat criterium rekening worden gehouden met een aantal bijzonderheden. Deze bijzonderheden alsook bepaalde bezwaren van de lidstaten en de Commissie worden hierna één voor één behandeld. Daarbij zal de slotsom luiden dat de door GfBk verleende diensten in beginsel, behoudens enkele feitelijke vaststellingen die de verwijzende rechter dient te doen, voldoen aan de voorwaarden inzake het specifieke en afzonderlijke karakter.

a) Intrinsieke band van de dienst met de activiteit van het fonds

31. Het in het arrest Abbey National gestelde vereiste van het specifieke en globale karakter verwijst naar een intrinsieke band tussen een dienst en de activiteit van het gemeenschappelijk beleggingsfonds. In feite moet worden vastgesteld welke diensten kenmerkend zijn voor een gemeenschappelijk beleggingsfonds en dit fonds onderscheiden van andere economische activiteiten. Als eenvoudig voorbeeld kan worden vermeld dat de berekening van deelnemingen in en aandelen van het fonds of een aan- of verkoopsuggestie van activa een activiteit is die kenmerkend is voor een gemeenschappelijk beleggingsfonds, maar niet zozeer voor een bouwonderneming. Natuurlijk staat niets eraan in de weg dat een bouwonderneming financiële beleggingsactiviteiten verricht, maar deze zijn geen *kenmerkende* of typische, en in die zin specifieke activiteiten voor de bouwsector.

32. Daarentegen kunnen een computerondersteuningsdienst of zelfs een schoonmaakdienst, zoals enkele lidstaten en de Commissie ter terechtzitting hebben aangevoerd, zonder onderscheid worden verleend aan een fondsenbeheermaatschappij of aan een bouwonderneming, zonder dat daarbij kan worden aangevoerd dat het gaat om een specifieke dienst van één van beide bedrijven. Aldus gaat het bij wijze van spreken om uit inhoudelijk oogpunt neutrale of vervangbare diensten, aangezien zij absoluut zonder onderscheid aan om het even welke onderneming kunnen worden verleend.

33. Wat de advies- en informatieverlening inzake het strikte beheer van het fonds of inzake de aan- en verkoop van activa betreft, lijkt het duidelijk dat het gaat om een specifieke activiteit van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. GfBk geeft aanbevelingen over handelingen die de BGB nadien kan verrichten, maar dan in haar eigenlijke hoedanigheid van verantwoordelijke voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Het gaat derhalve om diensten die bij uitstek kenmerkend zijn voor instellingen voor collectieve belegging, waarvan het doel volgens richtlijn 85/611 uitsluitend bestaat in „de collectieve belegging in effecten en/of andere [...] liquide financiële activa van uit het publiek aangetrokken kapitaal”.¹⁵

34. Voorts vindt het specifieke karakter van de door GfBk verrichte activiteit bevestiging in de omstandigheden van de zaak die heeft geleid tot het arrest Abbey National. Aangezien het Hof tot de slotsom kwam dat de diensten van administratie en boekhouding een specifiek karakter hebben in de zin van de vrijstelling van genoemd artikel 13, geldt dit evenzeer voor een activiteit die nauw verbonden is met de kernactiviteit van een fonds, zoals de gegevensverwerking met het oog op belegging in effecten. Aangezien administratieve diensten zoals de boekhouding, de berekening van de inkomsten en de prijs van de deelnemingen in of aandelen van het fonds, of de waardering van de activa, specifieke en afzonderlijke activiteiten zijn, geldt die kwalificatie mijns inziens des te meer voor een nog meer specifieke dienst zoals advies- en informatieverlening inzake het beheer van het fonds en de aan- of verkoop van activa.

35. Tegen deze zienswijze zou kunnen worden aangevoerd, zoals de Bondsrepubliek Duitsland heeft gedaan, dat de advies- en informatiediensten niet zijn opgesomd in bijlage II bij richtlijn 85/611. Dit argument kan echter niet worden aanvaard, aangezien richtlijn 85/611 zelf in artikel 5, lid 2, ervan benadrukt dat de opsomming van die bijlage „niet limitatief” is. Advocaat-generaal Kokott heeft hier duidelijk op gewezen in haar conclusie in de zaak Abbey National door te stellen dat „de begrippen in bijlage II bij richtlijn 85/611 geen omschrijvingen zijn van de beheerdiensten van een beleggingsfonds, maar de beschrijving van de kenmerkende taken van de beheermaatschappij”.¹⁶ Gelet op het hoofdzakelijk illustratieve karakter van die bijlage, staat het feit dat de door GfBk verrichte diensten er niet uitdrukkelijk zijn opgesomd, er dus niet aan in de weg dat zij behoren tot de categorie van de onder het „beheer” van een gemeenschappelijk beleggingsfonds vallende specifieke diensten.

b) Autonomie van de dienst ten aanzien van de activiteit van het fonds

36. De hier onderzochte jurisprudentiële theorie van het specifieke en afzonderlijke karakter verwijst ook naar de autonomie van de dienst, te weten de mogelijkheid om diensten te verrichten die voldoende afgebakend zijn om te kunnen worden onderscheiden van andere diensten die door de dienstontvanger worden verricht. Tot op zekere hoogte verwijst dit vereiste naar het doorslaggevende karakter van de dienst, zodat het Hof van Justitie soms het adjectief „essentieel” heeft gebruikt om te verwijzen naar het vereiste van een „over het geheel genomen afzonderlijk geheel”.¹⁷

¹⁵ — Artikel 1, lid 2, punt 1, van richtlijn 85/611.

¹⁶ — Conclusie van 8 september 2005 in de zaak Abbey National, punt 79.

¹⁷ — Idem.

37. Bijgevolg mag een dienst die in de eerste plaats „over het geheel genomen een afzonderlijk geheel” is, niet worden verward met andere diensten die reeds door de dienstontvanger worden verricht. Wanneer bijvoorbeeld een beheermaatschappij reeds boekhoudkundige activiteiten verricht en dit blijkt uit de vaststelling dat zij een interne boekhoudafdeling heeft die de dienst integraal verricht, dan valt een door een derde verleende boekhoudkundige dienst moeilijk te onderscheiden van die welke reeds intern door de onderneming wordt verricht. Deze vaststelling bevestigt hoe de door de derde verleende dienst autonomie verliest wanneer de dienstontvanger die dienst reeds zelf verricht.

c) Continuïteit van de dienstverlening

38. In de derde plaats moet het specifieke en afzonderlijke karakter een zekere continuïteit vertonen. Met andere woorden mag het niet gaan om een dienst die sporadisch of eenmalig wordt verleend, aangezien deze dienst dan onvoldoende relevant is om te vallen onder de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde btw-richtlijn. Dit houdt niet in dat de dienst noodzakelijkerwijs op regelmatige tijdstippen moet worden verleend, aangezien dan alle niet regelmatig verrichte activiteiten volledig zouden kunnen worden uitgesloten. Mijns inziens is het van belang dat de betrokken uitbesteding voortvloeit uit een door de beheerder gemaakte operationele keuze die daarom tot op zekere hoogte stabiel is.

39. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het onderhavige geval aan dit vereiste is voldaan. Bij deze feitelijke beoordeling moet worden nagegaan of GfBk op regelmatige tijdstippen diensten verleende aan [de BGB], zodat wordt vastgesteld dat de continuïteit van de dienstverlening tot op zekere hoogte voorspelbaar was. Indien wordt vastgesteld dat de advies- en informatiediensten op regelmatige tijdstippen uitsluitend door GfBk of ook door andere derden werden verleend, is bevestigd dat het hier gaat om een activiteit die voldoende autonoom is om een „over het geheel genomen afzonderlijk geheel” te vormen.

d) Irrelevantie van het criterium van een wijziging van de rechtspositie of financiële situatie

40. Tot slot moet worden ingegaan op het door de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie aangevoerde argument dat de juridisch relevante beslissingen niet aan GfBk, maar aan de beheermaatschappij moeten worden toegerekend, wat zou bevestigen dat geen sprake is van een specifiek en afzonderlijk „beheer” in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn.

41. Dit argument kan niet worden aanvaard aangezien mag worden aangenomen dat het stilzwijgend is afgewezen in het arrest Abbey National. Zoals gezegd waren alle betrokken diensten in die zaak gebruikelijk en kenmerkend voor de administratie van een beheermaatschappij, maar stond niets eraan in de weg om deze te kwalificeren als een specifiek en afzonderlijk „beheer” in de zin van het meermaals aangehaalde artikel 13. Dit is in overeenstemming met de zienswijze dat niet is vereist dat de rechtspositie of financiële situatie wijzigt, maar wel dat het „beheer” grotendeels wordt uitbesteed.

42. Eigenlijk was advocaat-generaal Kokott het op dit punt niet eens met het criterium van advocaat-generaal Poiares Maduro¹⁸ en heeft het Hof zich op het standpunt van eerstgenoemde geplaatst. Advocaat-generaal Kokott heeft in haar conclusie in de zaak Abbey National de toepassing van het aangegeven criterium (dat het Hof reeds heeft toegepast bij andere vrijstellingen van artikel 13, B, sub d) afgewezen onder verwijzing naar de meer algemene formulering van punt 6, maar eveneens op grond dat „wanneer de vrijstelling zou worden beperkt tot activiteiten die gevolgen

18 — Zie conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 18 mei 2004 in zaak BBL (arrest van 21 oktober 2004, C-8/03, Jurispr. blz. I-10157, punt 33).

hebben voor de samenstelling van de effectenportefeuille, enkel een ondergeschikt deel van de activiteiten van het beleggingsfonds zou zijn vrijgesteld”.¹⁹ Volgens mij en ik denk ook volgens het Hof is deze redenering correct, aangezien in de conclusie in de zaak Abbey National geen rekening is gehouden met het criterium van de wijziging van de rechtspositie of financiële situatie.

e) Strikte uitlegging van de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn

43. Tot slot wil ik nog ingaan op een meer algemeen bezwaar dat kan worden afgeleid uit de opmerkingen van zowel de Bondsrepubliek Duitsland als de Helleense Republiek inzake de strikte wijze waarop de vrijstellingen van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn moeten worden uitgelegd en dat is gebaseerd op vaste rechtspraak krachtens welke btw-vrijstellingen, als uitzonderingen op een algemene regel, strikt moeten worden uitgelegd.

44. Advocaat-generaal Kokott heeft dit bezwaar reeds grondig behandeld in haar conclusie in de zaak Abbey National. Daarin heeft zij benadrukt dat de enge uitlegging van artikel 13 van de Zesde richtlijn in bepaalde gevallen in strijd kan zijn met de vaste rechtspraak volgens welke dezelfde begrippen in verschillende rechtshandelingen uniform moeten worden uitgelegd. Wat evenwel het specifieke geval van artikel 13 van de Zesde richtlijn en bijlage II bij richtlijn 85/611 betreft, kwam de advocaat-generaal echter tot de slotsom, onder verwijzing naar het begrip „beheer”, dat het probleem eerder denkbeeldig was. Volgens haar geeft geen enkele bepaling van richtlijn 85/611 een nauwkeurige omschrijving van het begrip „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds”. Zoals ik reeds heb gezegd, verwijst genoemde richtlijn louter ter indicatie naar de opsomming van bijlage II, wat er niet aan in de weg staat dat de rechtbanken de lijst aanvullen op grond van de doelstellingen en de systematiek van de rechtsorde van de Unie.

45. Derhalve is de suggestie die ik het Hof in overweging geef, geen ruime uitlegging van het begrip „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds”. De door mij gesuggereerde uitlegging geeft integendeel enkel aan wat onder het begrip „beheer” moet worden verstaan in het kader van uitbesteding van diensten en waarborgt de interpretatieve samenhang met andere instrumenten van het Unierecht. Dit is ook de slotsom waartoe het Hof is gekomen in het arrest Abbey National, toen het oordeelde dat een uitlegging van artikel 13 van de Zesde richtlijn in overeenstemming met richtlijn 85/611 de toenmalige uitlegging van het begrip „beheer” versterkte zonder dat dit tot een ruime uitlegging van de begrippen van de vrijstelling leidde.

f) Samenvatting

46. Gelet op de uiteengezette argumenten en aangezien is aangetoond dat de gesuggereerde uitlegging geen ruime uitlegging betreft van de in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn bedoelde vrijstelling, meen ik dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat een door een derde verrichte dienst van advies- en informatieverlening inzake het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds en de aan- en verkoop van activa, een specifiek en afzonderlijk „beheer” vormt, mits wordt vastgesteld dat de dienst autonoom en voortdurend is ten aanzien van de daadwerkelijk door de dienstontvanger verrichte diensten; het staat aan de verwijzende rechter dit na te gaan.

B – Tweede bezwaar: verenigbaarheid met een gesteld beginsel van horizontale fiscale neutraliteit

47. Voorts wenst het Bundesfinanzhof van het Hof te vernemen of een dienst als die welke GfBk verricht, met het oog op de vrijstelling daarvan, van andere diensten kan worden onderscheiden op grond van een kenmerkende eigenschap. Evenwel formuleert de verwijzende rechter bij de motivering van deze vraag in de verwijzingsbeslissing in feite een bezwaar dat is gebaseerd op wat men zou

¹⁹ — Reeds aangehaalde conclusie, punt 66.

kunnen kwalificeren als een beginsel van „horizontale” fiscale neutraliteit. Met name wordt de Zesde richtlijn geschonden door een fiscaal gunstige behandeling voor te behouden aan een belastingplichtige (de beheer- of beleggingsmaatschappij die gebruikmaakt van de adviesdiensten), maar die niet te verlenen aan een andere (beleggers die rechtstreeks beleggen, ofschoon zij ook gebruikmaken van de adviesdiensten). Ik ben derhalve van mening dat het Bundesfinanzhof, wanneer het in zijn vraag refereert aan de „kenmerkende eigenschappen” van de dienst, het Hof wil wijzen op deze gestelde discriminerende behandeling.

48. Indien het tweede deel van de prejudiciële vraag in die zin wordt opgevat, is mijns inziens in casu een principe van neutrale fiscaliteit geschonden. Een van de doelstellingen van de in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn neergelegde vrijstelling bestaat er immers precies in het kleine beleggers gemakkelijker te maken om hun kapitaal in beleggingsfondsen te beleggen. Aan deze vrijstelling ligt ook de noodzaak ten grondslag om de fiscale neutraliteit te verzekeren, aangezien degenen die gebruikmaken van (aan btw onderworpen) collectieve beleggingsformules anders zouden worden benadeeld in vergelijking met rechtstreekse beleggers (die de dienst zelf verrichten). Aangezien kleine beleggers of beleggers zonder gespecialiseerde kennis van een bepaalde markt dankzij collectieve belegging gemakkelijker kunnen beleggen, zorgt de vrijstelling voor een stimulans voor deze groepen die de wetgever heeft willen ondersteunen.²⁰

49. De zienswijze dat de toepassing van de vrijstelling op GfBk de private beleggers die rechtstreeks gebruikmaken van haar diensten, zou benadelen ten aanzien van beheermaatschappijen, zou hoe dan ook een eindeloze reeks discriminaties impliceren. Zo heeft advocaat-generaal Sharpston recentelijk in de zaak *Deutsche Bank* uiteengezet dat „als alle activiteiten die deels met elkaar concurreren voor de btw op dezelfde manier zouden moeten worden behandeld, uiteindelijk alle verschillen geheel zouden verdwijnen, aangezien vrijwel elke activiteit tot op zekere hoogte met een andere overlapt. Dat zou (wellicht) leiden tot de intrekking van alle vrijstellingen, aangezien het btw-stelsel enkel bestaat voor belaste handelingen”.²¹

50. In het in die zaak gewezen arrest heeft het Hof zich op dit punt gebaseerd op de conclusie van de advocaat-generaal en heeft het bovendien gepreciseerd dat de fiscale neutraliteit „geen regel van primair recht is waaraan de geldigheid van een vrijstelling kan worden getoetst, maar een uitleggingsbeginsel dat moet worden toegepast tezamen met het beginsel dat vrijstellingen strikt moeten worden uitgelegd”.²²

51. Derhalve meen ik dat de zienswijze dat GfBk valt onder de vrijstelling van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn niet ingaat tegen een vereiste van fiscale neutraliteit, in de zin van een verbod van discriminatie tussen belastingplichtigen die zich in soortgelijke situaties bevinden.

C – Derde bezwaar: rechtsgevolgen van een delegatie zonder toelating in de zin van richtlijn 85/611

52. In de derde en laatste plaats wenst het Bundesfinanzhof van het Hof te vernemen welke gevolgen een onwettige activiteit heeft op de kwalificatie van de vrijstelling. Zoals blijkt uit het dossier had BGB ten tijde van het verrichten van de activiteit nog niet de voorgeschreven toelating verkregen voor de delegatie van de dienst ten behoeve van de GfBk. De verwijzende rechter oordeelt dat deze situatie in strijd is met richtlijn 85/611, in de versie die gold ten tijde van de dienstverlening. In dit verband wordt het Hof gevraagd of deze omstandigheid enig gevolg heeft voor de uitlegging van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn.

20 — Reeds aangehaalde conclusie, punten 27 en 28.

21 — Conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 8 mei 2012 (arrest van 19 juli 2012, C-44/11, punt 60).

22 — In vorige voetnoot aangehaald arrest, punt 45.

53. Enkel de regering van de Helleense Republiek en de Commissie hebben zich over dit punt uitdrukkelijk uitgesproken. Terwijl eerstgenoemde enkel bepleit om de vrijstelling niet toe te passen wanneer niet is voldaan aan de in richtlijn 85/611 bedoelde toezichtsvereisten, verwijst de Commissie naar de rechtspraak van het Hof inzake de heffing van btw over onwettige activiteiten. De Commissie leidt uit die rechtspraak af dat de juridische kwalificatie van een activiteit als wettig of onwettig geen enkel gevolg mag hebben voor de uitlegging van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn.

54. Ik ben het eens met het door de Commissie voorgestelde antwoord, maar om redenen die ik later zal uiteenzetten, acht ik het overbodig om uitvoerig in te gaan op de rechtspraak van het Hof inzake de heffing van btw over onwettige activiteiten.²³

55. Wat dit laatste bezwaar betreft, zij erop gewezen dat elke delegatie een overdracht van beslissingsbevoegdheid tussen partijen inhoudt, die leidt tot een verhouding tussen een delegatieverlener en een gedelegeerde. Delegatie houdt per definitie voor de gedelegeerde de bevoegdheid in om, zelfs zonder toelating van de delegatieverlener, vooraf overeengekomen juridische situaties te wijzigen of nieuwe juridische situaties te creëren. Dit verklaart dus waarom de richtlijn vereist dat de bevoegde autoriteiten voorafgaand aan de delegatie een toelating verlenen, wanneer een beheermaatschappij eigen taken delegeert en de beslissingsbevoegdheid overdraagt op de gedelegeerde, die aldus de bevoegdheid aanvaardt om een juridische situatie te wijzigen.

56. GfBk bevindt zich echter in een heel andere situatie. Op geen enkel moment werden haar essentiële taken via een voorafgaande lastgeving gedelegeerd. Haar activiteit bestaat immers in het „beheer” van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, maar dit „beheer”, zoals bedoeld in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn, is duidelijk een ruimer begrip dat niet noodzakelijk de overdracht inhoudt van de bevoegdheid om beslissingen te nemen en dus om juridische situaties te wijzigen. Ik heb dit specifieke kenmerk van het „beheer” in de punten 41 en 42 van deze conclusie reeds uiteengezet en ik verwijs naar de aldaar uiteengezette argumenten.

57. Hieruit en uit het feit dat het in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn genoemde begrip „beheer” diensten omvat die geen wijziging inhouden van juridische situaties, volgt mijns inziens dat het feit dat geen toelating is verleend voor de delegatie ten behoeve van GfBk, niet afdoet aan de toepasselijkheid van de in dat artikel opgenomen vrijstelling.

V – Conclusie

58. Gelet op de hiervoor uiteengezette argumenten, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesfinanzhof als volgt te beantwoorden:

„Artikel 13, B, sub d, punt 6, van richtlijn 77/388 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, dient aldus te worden uitgelegd dat een door een derde verrichte dienst van advies- en informatieverlening inzake het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds en de aan- en verkoop van activa, een specifiek en afzonderlijk „beheer” vormt, mits wordt vastgesteld dat de dienst autonoom en voortdurend is ten aanzien van de daadwerkelijk door de dienstontvanger verrichte diensten; het staat aan de verwijzende rechter dit na te gaan.

Aan de voorgestelde uitlegging van artikel 13, B, sub d, punt 6, van richtlijn 77/388 wordt niet afgedaan door de inachtneming van het vereiste van horizontale fiscale neutraliteit.

23 — Zie onder meer arresten Hof van 2 augustus 1993, Lange (C-111/92, Jurispr. blz. I-4677, punt 12), en 11 juni 1998, Fischer (C-283/95, Jurispr. blz. I-3369, punt 21).

Aangezien het begrip ‚beheer’ diensten omvat die geen wijziging inhouden van juridische situaties, dient artikel 13, B, sub d, punt 6, van richtlijn 77/388 aldus te worden uitgelegd dat het feit dat geen toelating is verleend voor de delegatie ten behoeve van GfBk, niet afdoet aan de toepasselijkheid van de in dat artikel opgenomen vrijstelling.”