

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
C. O. LENZ
van 15 februari 1996 *

A — Inleiding

1. De prejudiciële vragen van de Cour administrative d'appel de Lyon hebben betrekking op de Zesde richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Statens inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (hierna: „Zesde BTW-richtlijn”) ¹, en zijn gesteld teneinde een antwoord te krijgen op uitleggingsvragen op het gebied van het recht op aftrek van voorbelasting. Verzoekster, tevens appellante in het hoofdgeding (hierna: „verzoekster”), houdt zich hoofdzakelijk bezig met het beheer van onroerende goederen. Voor de uitoefening van deze activiteit ontvangt zij van de huurders en medeëigenaren bepaalde bedragen, die volgens haar verklaringen met instemming van de cliënten op haar rekening worden gestort. Het geld dat zij niet nodig heeft, belegt zij — volgens haar zeggen wederom met instemming van de cliënten — voor eigen rekening bij banken. Uit de schriftelijke stukken en de ter terechtzitting afgelegde verklaringen blijkt, dat verzoekster eigenaar van de gelden wordt op het moment waarop deze op haar rekening worden gestort. Zij is verplicht de gelden terug te betalen, maar verkrijgt de beleggingsopbrengsten (in totaal 14 % van haar totale jaarinkomsten).

2. Voor het in casu relevante tijdvak van 1 juli 1983 tot en met 30 juni 1986 had verzoekster de vooraf betaalde BTW volledig in aftrek gebracht. Na een algemene controle van de boekhouding in 1987, stelde de belastingdienst zich op het standpunt, dat enkel een pro rata-aftrek kon plaatsvinden, aangezien de financiële opbrengsten uit beleggingen van verzoekster waren vrijgesteld van BTW.

Wat het recht op aftrek van voorbelasting betreft, bepaalt artikel 17, lid 2:

„2. Voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor belaste handelingen mag de belastingplichtige van de door hem verschuldigde belasting aftrekken:

- a) de belasting over de toegevoegde waarde, welke verschuldigd of voldaan is voor de

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 (PB 1977, L 145, blz. 1).

hem door een andere belastingplichtige geleverde of te leveren goederen en voor de te zijnen behoefte door een andere belastingplichtige verrichte of te verrichten diensten;

zowel de omzet die recht geeft op aftrek van voorbelasting opgenomen alsook de omzet waarvoor een dergelijk recht niet bestaat. Volgens artikel 19, lid 2, kunnen bijkomstige handelingen echter buiten beschouwing blijven. Artikel 19 luidt als volgt:

(...)”

3. Voor goederen en diensten die niet alleen worden gebruikt voor belaste handelingen, doch ook voor handelingen waarvoor volgens artikel 17, lid 2, geen recht op aftrek bestaat, bepaalt artikel 17, lid 5, dat aftrek slechts wordt toegestaan voor handelingen die recht geven op aftrek van voorbelasting. Het luidt als volgt:

„Berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek

„5. 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).

Dit pro rata wordt overeenkomstig de bepalingen van artikel 19 bepaald voor het totaal van de door de belastingplichtige verrichte handelingen.

(...)”

4. Artikel 19, lid 1, bepaalt, dat een breuk moet worden gemaakt, waarvan de teller bestaat uit omzet die recht geeft op aftrek van voorbelasting. In de noemer wordt

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

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

— de noemer bestaat uit het totale bedrag van de per jaar berekende omzet, exclusief belasting over de toegevoegde waarde, met betrekking tot de handelingen die in de teller zijn opgenomen, alsmede die waarvoor geen recht op aftrek

bestaat. De Lid-Staten kunnen in de noemer ook het bedrag van subsidies opnemen, met uitzondering van die bedoeld in artikel 11, A, lid 1, sub a.

vrijstellingen te verzekeren en alle fraude, ontwijking en misbruik te voorkomen:

(...)

(...)

d) de volgende handelingen:

2. In afwijking van het bepaalde in lid 1 wordt voor de berekening van het pro rata buiten beschouwing gelaten de omzet met betrekking tot de leveringen van investeringsgoederen welke door de belastingplichtige in het kader van zijn onderneming worden gebruikt. Tevens wordt buiten beschouwing gelaten de omzet met betrekking tot de in artikel 13, B, sub d, bedoelde handelingen, wanneer deze toekomstige handelingen zijn (...)"

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

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

5. De door de belastingdienst aangevoerde vrijstelling van BTW van de financiële opbrengsten, wordt geregeld in artikel 13, B, sub d, dat luidt als volgt:

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

„B. Overige vrijstellingen

Onverminderd andere communautaire bepalingen verlenen de Lid-Staten vrijstelling voor de onderstaande handelingen, onder de voorwaarden die zij vaststellen om een juiste en eenvoudige toepassing van de betreffende

4. handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, betreffende deviezen, bankbiljetten en munten die wettig betaalmiddel zijn, met uitzondering van munten en biljetten die als verzamelobject worden beschouwd; als zodanig worden beschouwd gouden, zilveren of uit een ander metaal geslagen munten,

alsmede biljetten, die normaliter niet als wettig betaalmiddel worden gebruikt of die een numismatische waarde hebben;

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 Lid-Staten;

(...)”

6. Verzoekster heeft in het hoofdgeding betoogd, dat artikel 19 van de Zesde richtlijn niet op de juiste wijze in nationaal recht is omgezet. Volgens de opvatting van de Franse belastingdienst kan enkel dan van bijkomstige handelingen worden gesproken, indien

het bedrag ervan niet meer bedraagt dan 5 % van de totale inkomsten inclusief alle belastingen. Aangezien de opbrengsten uit belegging van de gelden van verzoeksters cliënten 14 % van haar totale inkomsten bedroegen, weigerde de belastingdienst deze handelingen aan te merken als bijkomstige handelingen.

7. Vaststaat dat, in het bijzonder, de onderhandeling over het beleggingscontract, het gebruik van de gelden en de boekhouding van deze handelingen de inzet van een deel van de middelen van verzoeksters onderneming voor deze financiële verrichtingen vereisen. In haar boekhouding heeft verzoekster de goederen en diensten niet naar activiteit verdeeld, waardoor, aldus de verklaringen van de verwijzende rechter, volgens nationaal recht geen sprake kan zijn van de vorming van een afzonderlijke sector.

8. Aangezien volgens de Cour administrative d'appel de Lyon voor de beslechting van het geding moet worden vastgesteld, of de door de belastingdienst voorgestane uitlegging van de Code général des impôts verenigbaar is met de Zesde richtlijn, heeft zij het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„— Moeten bovengenoemde bepalingen van artikel 19 van de Zesde richtlijn, gelet

op de bewoordingen ervan, aldus worden uitgelegd, dat wanneer een aan de BTW onderworpen onderneming, die tevens financiële opbrengsten verkrijgt uit de belegging van overtollige kasmiddelen, haar recht op aftrek uitoefent, deze beleggingen in beginsel, gelet op de aard ervan in het licht van de werkingssfeer van de BTW, de uitoefening van dit recht al dan niet moeten beïnvloeden?

- Ingeval het recht op aftrek inderdaad wordt beïnvloed, moeten dan de financiële opbrengsten in de noemer van het pro rata worden opgenomen, of moeten zij daarvan worden uitgesloten wegens hun aard of omdat zij „bijkomstige financiële handelingen” vormen in de zin van artikel 19, lid 2, van de Zesde richtlijn, gelet op het bedrag ervan of het aandeel ervan in de totale inkomsten dan wel gezien de omstandigheid, dat de betrokken handelingen een rechtstreeks duurzaam verlengstuk van de belastbare activiteit vormen of, ten slotte, op enige andere grond?”

B — Standpunt

De eerste vraag

9. Hierbij gaat het in wezen om de vraag, of de litigieuze opbrengsten, die verzoekster door belegging van de haar ter beschikking gestelde gelden ontvangt, gelet op de wer-

kingssfeer van de BTW, daadwerkelijk het recht op aftrek van voorbelasting kunnen beïnvloeden. Mitsdien moet eerst worden onderzocht, of deze inkomsten wel binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn vallen. De opvattingen van de betrokkenen hierover lopen sterk uiteen.

10. Verzoekster beklemtoont vooral haar zakelijke relaties met de banken, bij welke zij het van haar cliënten ontvangen geld voor eigen rekening belegt. Het geld wordt voornamelijk voor een bepaalde tijdsduur vast belegd. Verzoekster is van mening, dat zij hiermee een dienst verricht aan de banken. Deze zouden het voordeel hebben, dat het geld gedurende bepaalde tijd op de rekening blijft staan, als vergoeding waarvoor zij een beloning (de rente) van de bank ontvangt, die rechtstreeks verband houdt met de hoeveelheid geld die wordt belegd en de duur van de belegging. Als dienstverrichting aan de bank valt deze activiteit volgens artikel 2 van de Zesde BTW-richtlijn binnen de werkingssfeer van de BTW.

11. Verzoekster moet in zoverre gelijk worden gegeven, dat het hier inderdaad om een dienstverrichting aan de bank gaat. Verzoekster stelt haar geld voor bepaalde tijd ter beschikking van de bank, hetgeen vergelijkbaar is met een kredietverlening. De bank is hierna vrij om het geld naar eigen inzicht te beheren. Verzoekster ontvangt als tegenprestatie voor deze dienstverrichting rente, waarbij het rentepercentage wordt bepaald door

het bedrag en de duur van de belegging. De vraag is echter — en hierom gaat het in de eerste prejudiciële vraag — of het hierbij om een dienstverrichting gaat, die binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn valt. De kwalificatie van een activiteit als dienstverrichting volstaat niet om deze binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn te laten vallen. Volgens artikel 2, punt 1, van de Zesde BTW-richtlijn zijn immers enkel „diensten, welke (...) door een als zodanig handelende belastingplichtige (...) worden verricht”, aan de belasting over de toegevoegde waarde onderworpen. Het begrip belastingplichtige wordt in artikel 4 van de Zesde BTW-richtlijn omschreven met behulp van het begrip economische activiteit, dat op zijn beurt in artikel 4, lid 2, wordt omschreven. Met andere woorden, in het kader van de Zesde BTW-richtlijn gaat het om dienstverrichtingen die een belastingplichtige in het kader van zijn economische activiteit verricht.

beleggingen en het goederenbeheer. Zij baseert zich hierbij op de wijze waarop verzoeksters activiteit is georganiseerd. Door deze organisatie ontvangt verzoekster de huur op haar eigen rekening, doch is zij niet verplicht deze onmiddellijk door te betalen aan de medeëigenaren. Het geld staat daardoor gedurende bepaalde tijd op verzoeksters rekening, wat haar de mogelijkheid biedt dit geld te beleggen bij banken. De gelden die verzoekster op haar eigen rekening laat staan, zijn onlosmakelijk verbonden met haar economische activiteit, zodat de opbrengsten uit de belegging van deze gelden rechtstreeks voortvloeien uit haar beroepsactiviteit. Verzoekster is weliswaar zelf eigenaar van deze gelden, doch de mogelijkheid van belegging vloeit voort uit de opdracht die zij van haar cliënten heeft ontvangen. Hierdoor is er ook sprake van het noodzakelijke rechtstreekse verband tussen de verrichte dienst en de tegenprestatie.

12. In de onderhavige zaak bestaat verzoeksters economische activiteit in haar werkzaamheid als beheerder van gebouwen. De diensten die zij in dit kader verricht (bij voorbeeld het onderhoud, de verstrekking van opdrachten aan werklieden en het innen van de huur) vallen binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn. Het is echter niet zeker, of de belegging bij banken die zij voor eigen rekening verricht, onder haar economische activiteit valt.

14. De Commissie is van mening, dat dit verband in casu juist ontbreekt. Zij stelt terecht, dat er volgens de rechtspraak van het Hof sprake moet zijn van een rechtstreeks verband tussen de verrichte dienst en de ontvangen tegenwaarde, en dus ook tussen de verrichte dienst en degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht.² Een dergelijk verband zou zonder meer bestaan, indien de gelden van de cliënten voor hun rekening werden belegd. Aangezien verzoekster het

13. Volgens de Franse regering bestaat er een rechtstreeks verband tussen de financiële

2 — Arrest van 8 maart 1988 (zaak 102/86, Apple and Pear Development Council, Jurispr. 1988, blz. 1443, r. o. 11 e. v.).

geld echter voor eigen rekening belegt, is zij met betrekking tot dat geld zowel dienstverrichter als degene te wiens behoefte de dienst wordt verricht. Met andere woorden, verzoekster belegt het geld teneinde daarmee zelf winst te behalen. Daarom kan haar beleggingsactiviteit niet worden aangemerkt als een dienstverrichting in het kader van haar werkzaamheid op het gebied van het beheer van onroerend goed.

15. Maar ook in dit geval zou het mogelijk zijn, aldus de Commissie, dat verzoekster in het kader van de belegging een dienst verricht ten behoeve van haar cliënten, en wel indien, gelijk de Franse regering stelt, de opbrengsten uit de beleggingen een deel vormden van de beloning voor haar diensten op het gebied van het gebouwenbeheer. In dat geval zou het honorarium dat haar cliënten haar moeten betalen, dienovereenkomstig verminderen. Het zou niet uitmaken, of de opbrengsten eerst aan de cliënten en daarna als honorarium weer aan de beheerders worden betaald, of dat de opbrengsten meteen eigendom worden van verzoekster. Indien wordt aangenomen, dat de geldbelegging het te betalen honorarium vermindert, zou men deze ook kunnen aanmerken als een geldbelegging voor de cliënten. Men zou dan kunnen uitgaan van een dienstverrichting ten behoeve van de cliënten. Er zou dan ook een verband bestaan tussen de dienstverrichting en de tegenprestatie (de vermindering van het honorarium) en dus ook met degene te wiens behoefte de dienst wordt verricht. Deze dienst zou deel uitmaken van de dienst bestaande in het goederenbeheer en valt

daarom als economische activiteit binnen de werkingssfeer van de BTW.

16. Mijns inziens kan hiertegen echter het volgende worden aangevoerd. Indien de opbrengsten uit beleggingen inderdaad een onderdeel waren van de beloning voor de dienstverrichting, zou dit moeten blijken uit de overeenkomst tussen verzoekster en haar cliënten. In die overeenkomst zou nauwkeurig moeten zijn geregeld, of en hoeveel het honorarium zou afnemen. Gelijk de Commissie terecht heeft aangevoerd, staat het aan de nationale rechter om dit vast te stellen. Alles wijst er echter op, dat de opbrengsten geen onderdeel van de beloning waren. Verzoekster zelf heeft niets in die zin aangevoerd en ook de mondelinge behandeling heeft hierover geen opheldering verschaft. Indien de opbrengsten daadwerkelijk een onderdeel van de beloning waren, zou verzoekster waarschijnlijk ook verplicht zijn het geld zo snel mogelijk winstgevend te beleggen en daarover verantwoording af te leggen. Het staat wederom aan de nationale rechter om vast te stellen, of een dergelijke verplichting bestaat. Hiervoor bestaan echter evenmin aanwijzingen. Integendeel, verzoekster wekt veeleer de indruk, dat zij bij de belegging volledig vrij kan handelen.

17. Zijn de opbrengsten echter geen onderdeel van de beloning, dan is er volgens de Commissie geen sprake van een dienst in de zin van de Zesde BTW-richtlijn. Aangezien verzoekster het geld dat op haar rekening

staat, voor eigen rekening belegt, zou zij slechts handelen als een particulier die zijn vermogen beheert. Daarom zou niet kunnen worden gesproken van een economische activiteit in de zin van de Zesde BTW-richtlijn.

18. Men kan zich echter afvragen, of deze conclusie juist is. Ook indien het in casu niet gaat om een dienst ten behoeve van de cliënten, maar ten behoeve van de bank, kan het niettemin gaan om een dienst in het kader van verzoeksters economische activiteit.

19. Volgens de Franse regering vallen de opbrengsten uit beleggingen alleen daarom al binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn, omdat zij de tegenprestatie vormen voor een activiteit die een belangrijke inzet van personeel en middelen verlangt. Hiervan moet worden gezegd, dat dit geen criteria zijn om te bepalen, of een activiteit een economische activiteit in de zin van de Zesde BTW-richtlijn vormt. Ook een particulier kan voor zijn geldbeleggingen werk verschaffen aan vele adviseurs. Dit verandert niets aan het feit, dat hij als particulier handelt en geen economische activiteit in de zin van de Zesde BTW-richtlijn uitoefent.

20. Mij lijkt het echter om een andere reden niet juist om de financiële opbrengsten uit beleggingen — gelijk de Commissie voorstelt — volledig van de werkingssfeer van de

Zesde BTW-richtlijn uit te sluiten. Verzoekster belegt het geld weliswaar voor eigen rekening, doch zij heeft het geld, gelijk de Franse regering terecht stelt, ontvangen op grond van haar economische activiteit (het goederenbeheer). Dit betekent niet, dat het om een beloning voor de beheersactiviteit gaat. Verzoekster zou het geld echter niet ontvangen, indien zij geen economische activiteit uitoefende. Met andere woorden, zonder de economische activiteit, namelijk het goederenbeheer, zou verzoekster niet in staat zijn de beleggingen te verrichten. Laatstgenoemde activiteit kan daarom niet op zich, doch enkel in samenhang met de economische activiteit worden beschouwd. Daarin onderscheidt deze activiteit zich ook van die van een particulier en van de door de Commissie aangevoerde zaak *Wellcome Trust*.³ Er is sprake van een belegging door een particulier, indien de betrokkene in het geheel geen economische activiteit uitoefent of indien het door hem belegde geld op geen enkele wijze verband houdt met deze economische activiteit. In casu belegt verzoekster echter geld, waarover zij door haar economische activiteit beschikt. In de zaak *Wellcome Trust* ging het om het beheer van een door erfenis verkregen vermogen door een daartoe opgerichte trustmaatschappij. In dat geval kon niet worden gesproken van een economische activiteit, op grond waarvan de trustmaatschappij het geld had kunnen ontvangen. De maatschappij leek veeleer op een particulier, die zijn eigen vermogen beheert.

21. In casu ligt de situatie anders. Het gaat hier veeleer om een dienstverrichting — een dienstverrichting aan de bank —, die niet los

3 — Zie mijn conclusie van 7 december 1995 in zaak C-155/94, *Jurispr.* 1996, blz. I-3013.

mag worden gezien van verzoeksters economische activiteit. Daarom vallen de financiële opbrengsten uit beleggingen binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn.

beloning voor enige economische activiteit in de zin van de Zesde BTW-richtlijn.⁶

22. Het arrest in de zaak *Polysar Investments Netherlands*⁴ verzet zich niet tegen de benadering, dat de financiële opbrengsten uit verzoeksters beleggingsactiviteit binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen. In die zaak heeft het Hof geoordeeld, dat het louter ontvangen van dividend geen economische activiteit in de zin van de Zesde BTW-richtlijn vormt. In de onderhavige zaak moet verzoeksters beleggingsactiviteit echter worden onderscheiden van het louter ontvangen van dividend. Dividend wordt ontvangen in verband met de deelneming in ondernemingen. Het wordt niet altijd uitgekeerd en de hoogte ervan ligt niet vast. Dividend „spruit voort uit de loutere eigendom van het goed”.⁵ Bij verzoeksters beleggingsactiviteit ligt het echter anders. Zij stelt haar geld ter beschikking van de bank en ontvangt daarvoor rente. Deze rente ontvangt zij in ieder geval, ongeacht de vraag of de bank het geld al dan niet goed heeft beheerd. Ook is de hoogte van de rente vooraf vastgelegd. Deze kan daarom worden aangemerkt als tegenprestatie voor een aan de bank verleende dienst. Deze valt, zoals hierboven reeds werd gezegd (punt 18 en volgende), binnen de werkingssfeer van de BTW, aangezien het geld afkomstig is uit verzoeksters economische activiteit. Dividend is daarentegen geen

23. Aangezien de financiële opbrengsten uit de beleggingen van verzoekster dus niet kunnen worden vergeleken met dividend, gaat het tevens — gelijk verzoekster stelt — om de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde BTW-richtlijn.

24. Ik kom derhalve tot de conclusie, dat de financiële opbrengsten uit verzoeksters beleggingsactiviteit binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn vallen. Om deze reden is het arrest *Sofitam*⁷ hier niet van toepassing. In dat arrest ging het om dividend, dat niet binnen de werkingssfeer van de BTW valt en om die reden, aldus het Hof, buiten het stelsel van het recht op aftrek van voorbelasting valt. Het kan daarom buiten beschouwing worden gelaten bij de berekening van het pro rata van de aftrek. Aangezien het in casu mijns inziens om financiële opbrengsten gaat, die niet buiten de werkingssfeer van de BTW-richtlijn vallen, is het arrest *Sofitam* hier niet relevant.

4 — Arrest van 20 juni 1991 (zaak C-60/90, Jurispr. 1991, blz. I-3111).

5 — Zaak C-60/90, reeds aangehaald, r. o. 13 c. v.

6 — Arrest van 22 juni 1993 (zaak C-333/91, *Sofitam*, Jurispr. 1993, blz. I-3513, r. o. 13).

7 — Zaak C-333/91, reeds aangehaald.

25. Mocht het Hof echter een andere mening zijn toegedaan en ervan uitgaan, dat de financiële opbrengsten uit verzoeksters beleggingsactiviteit niet binnen de werkingssfeer van de BTW vallen, dan moeten zij volgens het arrest *Sofitam* bij de berekening van het pro rata van de aftrek in de zin van de artikelen 17 tot en met 19 van de Zesde BTW-richtlijn buiten beschouwing worden gelaten, aangezien anders het doel van volstreekte neutraliteit, dat het gemeenschappelijk stelsel van BTW garandeert, niet zou worden bereikt.⁸

26. Gelijk de Commissie betoogt, tracht de Franse Republiek deze rechtspraak te beperken tot dividend en opbrengsten uit financiële deelnemingen. Dit wil zeggen, dat alle andere activiteiten, ook indien zij niet aan BTW zijn onderworpen, bij de berekening van het pro rata in aanmerking kunnen worden genomen en dus de voorbelasting kunnen beïnvloeden.

27. Griekenland gaat zelfs nog een stapje verder en betoogt, dat de omzet die volgens artikel 19, lid 1, voor de berekening van het pro rata van de aftrek in de noemer moet worden vermeld, alle activiteiten van een onderneming omvat, die een financieel voordeel opleveren. Het baseert zich hiervoor op de formulering van artikel 19, lid 1, van de Zesde BTW-richtlijn, in de Franse versie. In die versie wordt voor de omzet die in de noemer moet worden vermeld, het begrip „chiffre d'affaire” gebruikt. Dit begrip zou

veel ruimer zijn dan het gewoonlijk gebruikte begrip „opération”. Het begrip „opération” duidt op de omzet die binnen de werkingssfeer van de BTW-richtlijn valt, terwijl het begrip „chiffre d'affaire” alle activiteiten omvat, die een financieel voordeel opleveren. Een dergelijke ruime uitlegging zou noodzakelijk zijn om de doelstellingen van de richtlijn te verwezenlijken. Tot deze doelstellingen behoren volgens de Griekse regering het verhinderen van belastingontduiking en het streven, de aftrek van voorbelasting in overeenstemming te brengen met de daadwerkelijke hoogte van de belastingaftrek.

28. Bovendien zou deze uitlegging de belastingdienst talrijke berekeningen besparen alsmede het lastige onderscheid, welke omzet onder de richtlijn valt en welke niet.

29. Hiertegen kan in de eerste plaats worden aangevoerd, dat het de richtlijn zelf is, die dit onderscheid verlangt, door enkel economische activiteiten aan de BTW te onderwerpen. Dit kan men niet eenvoudigweg buiten beschouwing laten. Slechts bepaalde activiteiten moeten onder het stelsel van belasting over de toegevoegde waarde vallen. Dit betekent echter ook, dat alle activiteiten die buiten de werkingssfeer van de BTW-richtlijn vallen, niet alleen niet aan de BTW zijn onderworpen, maar aan het gehele BTW-stelsel onttrokken zijn. Met andere woorden, zij zijn ook volledig uitgesloten van de aftrek van voorbelasting. Om deze redenen kan het arrest *Sofitam* niet worden beperkt tot dividend, doch moet het gelden voor alle

⁸ — Zaak C-333/91, reeds aangehaald, r. o. 12-14.

financiële opbrengsten die buiten de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn en daarmee „buiten het stelsel van het recht op aftrek van voorbelasting” vallen.⁹

gegevens die de berekening van het pro rata kunnen beïnvloeden gelet op de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn. Alle andere vragen over de wijze waarop het pro rata moet worden berekend, vallen onder de tweede vraag.

30. A fortiori is het niet mogelijk — zoals de Griekse regering voorstelt — het arrest van het Hof volledig buiten beschouwing te laten en alle financiële opbrengsten bij de berekening van het pro rata te betrekken.

De tweede vraag

31. Ik kom echter, zoals hierboven reeds gezegd, tot de conclusie, dat de financiële opbrengsten uit verzoeksters beleggingsactiviteit binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn vallen en daarom in beginsel het recht op aftrek van voorbelasting kunnen beïnvloeden. Op de eerste prejudiciële vraag moet mijns inziens dan ook worden geantwoord, dat de bepalingen van artikel 19 van de Zesde BTW-richtlijn volgens hun bewoordingen aldus moeten worden uitgelegd, dat de uitoefening van het recht op aftrek van voorbelasting, door een BTW-plichtige onderneming die ook financiële opbrengsten geniet uit de belegging van overtollige kasmiddelen, door deze opbrengsten uit beleggingen — gelet op de aard ervan in het licht van de werkingssfeer van de BTW — in beginsel wordt beïnvloed.

33. Deze vraag behoeft enkel te worden beantwoord, indien men tot de conclusie komt, dat de financiële opbrengsten uit beleggingen binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn vallen en daarom de berekening van het pro rata inderdaad kunnen beïnvloeden.

34. Zo de financiële opbrengsten uit beleggingen binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn vallen, zijn zij ingevolge artikel 13, B, sub d, echter vrijgesteld van BTW. Aangezien de beleggingsactiviteit, zoals hierboven reeds uiteengezet, kan worden beschouwd als een kredietverlening aan de bank, is artikel 13, B, sub d, punt 1, hier van toepassing, dat de verlening van kredieten vrijstelt van BTW.

32. Hiermee is de eerste prejudiciële vraag beantwoord, want gezien de formulering ervan heeft deze enkel betrekking op

35. Volgens artikel 17, lid 2, bestaat alleen recht op aftrek van voorbelasting voor belaste handelingen. Dit wil zeggen, dat de in

⁹ — Zaak C-333/91, reeds aangehaald, r. o. 13.

geding zijnde opbrengsten, die van BTW zijn vrijgesteld, verzoekster geen recht op aftrek van voorbelasting verlenen. Met andere woorden, verzoekster gebruikt goederen en diensten die zij in het kader van haar economische activiteit nodig heeft, niet enkel voor diensten aan haar cliënten, die belastbaar zijn, maar ook voor handelingen waarvoor geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. In dit geval is artikel 17, lid 5, van de Zesde BTW-richtlijn van toepassing. Dit betekent, dat het pro rata overeenkomstig artikel 19 moet worden berekend. Gelijk uit artikel 19, lid 1, van de Zesde BTW-richtlijn blijkt, zouden de litigieuze financiële opbrengsten in de noemer van de breuk moeten worden opgenomen, aangezien zij geen recht geven op aftrek van voorbelasting. Daardoor zou de noemer van de breuk worden vergroot en het pro rata van de aftrek worden verkleind. Voor de onderhavige zaak betekent dit, dat verzoekster haar recht op aftrek van voorbelasting niet langer in volle omvang geldend zou kunnen maken.

marktdeelnemers door de aftrek van voorbelasting van de BTW ontlast. Deze ontlasting moet echter overeenkomen met de omvang van de economische activiteit van de belastingplichtige en met de daarmee verbonden fiscale verplichtingen. Daarom is aftrek van voorbelasting enkel mogelijk, indien goederen en diensten voor belaste handelingen worden gebruikt. Indien de belastingplichtige zelf geen BTW behoeft te betalen, heeft hij ook geen recht op aftrek van voorbelasting. Om deze reden vereist artikel 17, lid 5, de berekening van een pro rata. Daardoor moet het recht op aftrek van voorbelasting zo nauwkeurig mogelijk worden aangepast aan de verrichte handelingen. Waar artikel 19, lid 2, bepaalde handelingen (bijkomstige handelingen) echter wederom uitsluit van de berekening van het pro rata, kan dit enkel betekenen, dat de uitkomst van deze berekening zou worden vervalst, indien deze handelingen in aanmerking werden genomen. Hiermee zal men rekening moeten houden bij de hierna (vanaf punt 39) volgende bepaling van het begrip bijkomstige handelingen.

36. Het is echter mogelijk, dat de opbrengsten als bijkomstige handelingen in de zin van artikel 13, B, sub d, krachtens artikel 19, lid 2, bij de berekening van het pro rata buiten beschouwing blijven. Aangezien het begrip bijkomstige handelingen niet nader is omschreven, moet het in het kader van het gehele stelsel van de aftrek van voorbelasting worden bepaald.

38. Verzoekster heeft in haar schriftelijke opmerkingen het begrip bijkomstige handelingen in vier verschillende officiële talen onderzocht en is tot de conclusie gekomen, dat het daarbij niet noodzakelijkerwijs moet gaan om handelingen van geringe betekenis, doch dat de betrokken begrippen altijd duiden op een bepaald verband met de hoofdacitiviteit. Ik ben het hiermee eens.

37. De mogelijkheid van aftrek van voorbelasting moet de belastingplichtige in het kader van zijn economische activiteit van de BTW ontlasten. Men gaat daarbij uit van een reeks van omzetten, waarbij de BTW enkel opeisbaar wordt van de particuliere eindverbruiker. In de voorafgaande fasen worden de

Uit de begrippen „accessoire” in de Franse, „incidental” in de Engelse en „accessorio” in de Italiaanse versie van de Zesde BTW-richtlijn blijkt, dat het bij deze handelingen gaat om handelingen die niet rechtstreeks tot

de eigenlijke economische activiteit van de belastingplichtige behoren, doch dat zij wel op zekere wijze hiermee verband houden.

Beschouwt men het Duitse begrip „Hilfs“-Umsätze, dan kan men eventueel nog een kenmerk van deze handelingen vastleggen: zij ondersteunen de hoofdactiviteit van de belastingplichtige. Aangezien dit aspect in bovengenoemde taalversies evenwel niet voorkomt, lijkt deze uitlegging mij te beperkend.

Men dient daarom voor ogen te houden, dat het blijkens de bewoordingen bij bijkomstige handelingen om handelingen gaat die niet rechtstreeks tot de eigenlijke economische activiteit van de belastingplichtige behoren, doch die hiermee wel op zekere wijze verband houden. Daarbij moet het niet noodzakelijkerwijs om handelingen van geringe omvang gaan. Uit de bewoordingen blijkt echter ook, dat bijkomstige handelingen in geen geval van een grotere omvang kunnen zijn dan de eigenlijke activiteit. Deze vaststellingen moeten thans systematisch worden onderzocht.

39. Artikel 17, lid 5, heeft betrekking op het geval, dat goederen en diensten worden gebruikt voor de economische activiteit van de belastingplichtige, en deze activiteit zowel handelingen omvat waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat als handelingen waarvoor dat recht niet bestaat. Voor laatstgenoemde handelingen mag geen voorbelasting in aftrek worden gebracht, bij voorbeeld

omdat het om handelingen op het gebied van de bemiddeling bij kredieten gaat, waarvoor de belastingplichtige zelf geen BTW hoefde te betalen. Het valt niet in te zien, waarom in een dergelijk geval bij voorbeeld een krachtens artikel 13, B, sub d, van BTW vrijgestelde handeling, niet in de breuk voor de berekening van het pro rata zou moeten worden opgenomen.

De belastingplichtige is voor een deel van de handelingen die hij in het kader van zijn activiteit verricht, geen BTW verschuldigd — waarom zou hij dan recht op aftrek van voorbelasting hebben? Om die reden worden deze niet-belaste handelingen bij de berekening van het pro rata in de noemer opgenomen, waardoor het bedrag van de vooraf trek kleiner wordt. Een geval waarin niet-belaste handelingen juist niet in de noemer worden opgenomen, zou enkel dan denkbaar zijn, indien die handelingen de totale berekening van de voor aftrek in aanmerking komende voorbelasting zouden vervalsen.

Wat hierbij onder het begrip „vervalsing“ moet worden verstaan, zal ik thans verduidelijken: het criterium voor de toepassing van artikel 17, lid 5, en dus voor de berekening van het pro rata, is het gebruik van economische goederen van de belastingplichtige voor belaste handelingen, die dus recht geven op aftrek van voorbelasting, en handelingen waarvoor een dergelijk recht niet bestaat. Bij de berekening van het pro rata gaat het

echter om de betrokken *handelingen*. Met andere woorden, zolang de gebruikte middelen min of meer in verhouding tot de daaruit voortvloeiende omzet (belast of onbelast) staan, doen zich geen problemen voor. Dit verandert echter, indien de gebruikte middelen zeer gering zijn, doch de omzet waarvoor zij werden gebruikt in verhouding veel hoger ligt. Dan heeft deze relatief hoge omzet tot gevolg, dat de aftrek van voorbelasting minder wordt. De omzet wordt in zijn geheel in de noemer opgenomen, ofschoon voor deze omzet slechts geringe middelen werden ingezet. De vermindering van de aftrek wordt daarom onevenredig hoog.

40. Hieruit volgt voor bijkomstige handelingen, dat zij niet tot de eigenlijke economische activiteit behoren en dat de economische goederen van de belastingplichtige slechts in geringe mate voor deze omzet worden gebruikt.

41. Er moet echter een zekere samenhang bestaan met de overige omzet, want indien geen van de middelen die voor de normale omzet worden gebruikt, worden ingezet voor de bijkomstige handelingen, zou zich geen geval van artikel 17, lid 5, voordoen.

In de onderhavige zaak bij voorbeeld bedragen de opbrengsten uit beleggingen 14 % van de totale inkomsten. Dit betekent, dat dit percentage van 14 % in de noemer wordt opgenomen en dus de voorbelasting vermindert, ofschoon deze omzet volgens de verklaringen van verzoekster slechts enkele telefoongesprekken en brieven vereiste. De secretaresses hebben dus nauwelijks tijd hoeven te besteden aan deze omzet, en ook de telefoonkosten zijn zeer gering. Het valt niet in te zien, waarom een activiteit als zodanig, die niet tot de eigenlijke economische activiteit behoort, het bedrag van de aftrek van voorbelasting onevenredig zou moeten verminderen.¹⁰

42. Ter verduidelijking wil ik naar het door de Franse regering aangevoerde voorbeeld verwijzen: een leverancier die zijn klant voor de betaling van geleverde waren krediet verleent en daarvoor rente ontvangt, handelt daarbij in het kader van zijn hoofdactiviteit. De ontvangst van rente kan worden beschouwd als verknocht aan de hoofdactiviteit. De inkomsten uit deze kredietverlening zijn vrijgesteld van BTW, doch worden op grond van artikel 19, lid 1, in de noemer van de breuk opgenomen. Dit zou anders zijn, indien de ondernemer financiële handelingen verrichtte, die niet rechtstreeks verband houden met zijn andere economische activiteit en waarvoor slechts een gering deel van de voor zijn activiteit noodzakelijke middelen hoeft te worden ingezet. Als voorbeeld kan hier worden genoemd de belegging van gelden (winst), die tijdelijk niet nodig zijn voor de eigenlijke activiteit. Indien deze

10 — Maar ook is het mogelijk, dat de aftrek van voorbelasting ten gunste van de belastingplichtige wordt vervalst. Indien een geringe omzet een relatief grote inzet van de bedrijfsmiddelen van de belastingplichtige verlangt, wordt het bedrag van de aftrek door de geringe omzet die in de noemer van het pro rata wordt opgenomen, niet voldoende vermindert. Voor dit geval staat artikel 17, lid 5, derde volzin, van de Zesde BTW-richtlijn de Lid-Staten toe om andere berekeningswijzen te hanteren, teneinde deze vervalsting te vermijden.

omzet in de noemer van de breuk werd opgenomen en daardoor het bedrag van de aftrek werd verminderd, zou dit, zoals hierboven uiteengezet, het bedrag van de aftrek vervalsen. Het zou niet meer precies overeenkomen met de economische activiteit van de ondernemer.

43. Men kan daarom vaststellen, dat bijkomstige handelingen die handelingen zijn, die niet rechtstreeks in verband staan met de andere economische activiteit van de belastingplichtige en die slechts een geringe inzet van de daarvoor ter beschikking staande middelen verlangen.

44. Ook verzoekster komt tot een soortgelijke conclusie, zij het dat zij een andere formulering gebruikt. Volgens haar zijn bijkomstige handelingen die handelingen, die niet tot een significante toename van de gebruikte economische goederen leiden. Aangezien de middelen (personeel en bureaus) evenwel aanwezig zijn, kan deze formulering onder omstandigheden misleidend zijn. Zij zou ook kunnen betekenen, dat bij voorbeeld geen extra secretaresse behoeft te worden ingezet. Waar het hier om gaat is echter, dat de reeds aanwezige secretaresses niet veel tijd hoeven te besteden aan de bijkomstige handelingen. Om deze reden geef ik de voorkeur aan de formulering, dat bijkomstige handelingen slechts een geringe inzet van de voor de eigenlijke activiteit benodigde economische goederen verlangen.

45. Rest nog de vraag, welke omvang bijkomstige handelingen mogen hebben. Vaststaat, dat zij in ieder geval de omvang van de hoofdactiviteit niet mogen overschrijden. Frankrijk heeft in dit verband een strakke grens gelegd, waarbij bijkomstige handelingen niet meer dan 5 % van de totale inkomsten mogen bedragen. De regeling van artikel 19, lid 2, heeft evenwel tot doel, vervalsing van het bedrag van de aftrek van voorbelasting te voorkomen. Dit betekent echter ook, dat daarmee een aanpassing aan het individuele geval wordt beoogd. Dit is niet meer mogelijk, indien het begrip bijkomstige handelingen aan de hand van een percentage wordt omschreven, zoals dat in Frankrijk het geval is. Veeleer moet van geval tot geval worden beslist, of handelingen die aan bovengenoemde voorwaarden voldoen, de aftrek van voorbelasting kunnen vervalsen.

46. Frankrijk voert echter aan, dat de belastingplichtige boven de 5 %-limiet de mogelijkheid heeft zijn financiële handelingen onder te brengen in een afzonderlijke sector met een eigen pro rata. Dit verplicht de belastingplichtige echter, voor de verschillende sectoren een afzonderlijke boekhouding te voeren. Afgezien van het feit, dat dit ook op het gebied van bijkomstige handelingen die de 5 %-limiet overschrijden, zeer moeilijk kan zijn, aangezien dergelijke handelingen nu juist een geringe inzet van middelen verlangen, wordt de belastingplichtige daarmee een aanvullende verplichting opgelegd, die volgens artikel 19, lid 2, niet bestaat. Ingevolge laatstgenoemd artikel worden bijkomstige handelingen in geen geval in de berekening van het pro rata opgenomen.

47. Volgens Frankrijk is het om redenen van rechtszekerheid en ter vermijding van concurrentievervalsingen noodzakelijk, het begrip bijkomstige handelingen nauwkeurig te omschrijven. Dit zou echter tot gevolg hebben, dat artikel 19, lid 2, zijn eigenlijke doel niet meer kan vervullen. Het heeft immers tot doel, de aanpassing aan het individuele geval mogelijk te maken. Om die reden kan het ook niet als uitzonderingsbepaling op artikel 17, lid 5, van de Zesde BTW-richtlijn eng worden uitgelegd. Het is daarom niet mogelijk, de omvang van bijkomstige handelingen exact te bepalen. Men kan echter wel criteria vaststellen voor de bepaling ervan in het individuele geval en zo de rechtszekerheid verhogen. Dit zou in elk geval beter zijn dan een grens die willekeurig op 5 % is vastgesteld.

48. Voor een nadere bepaling van het begrip bijkomstige handelingen dient men daarom het volgende voor ogen te houden: zij houden nog een zeker verband met de overige activiteit van de belastingplichtige, maar maken niet meer rechtstreeks deel uit van deze activiteit. Zij verlangen slechts een geringe inzet van de voor deze activiteit gebruikte economische goederen. Zij mogen de omvang van de eigenlijke activiteit niet overschrijden. Ter verduidelijking wil ik wijzen op een door de Commissie gegeven voorbeeld: een persoon is werkzaam als beheerder van onroerend goed en is als zodanig ook als belastingplichtige ingeschreven. In werkelijkheid beheert hij echter slechts één huis en voor de overige tijd houdt hij zich bezig met financiële handelingen. In dit geval zou de betrokkene zich niet meer op het bijkomend karakter van de financiële handelingen kunnen beroepen, omdat zij intussen zijn hoofdactiviteit zijn geworden.

49. Aan de hand van deze begripsbepaling moet thans worden onderzocht, of de in geding zijnde opbrengsten kunnen worden aangemerkt als bijkomstige handelingen in de zin van artikel 19, lid 2. Verzoekster bevestigt dit, omdat zij als enig criterium hanteert, dat voor deze financiële handelingen geen extra middelen nodig zijn. De Commissie is van mening, dat men in beginsel van geval tot geval moet beslissen. In casu zijn de financiële handelingen naar hun aard echter als bijkomstige handelingen te beschouwen. Frankrijk en Griekenland ten slotte zijn van mening, dat de betrokken handelingen geen bijkomstige handelingen zijn, omdat zij de 5 %-limiet overschrijden.

50. Mijns inziens kunnen de handelingen inderdaad worden aangemerkt als bijkomstige handelingen, omdat de opbrengsten uit beleggingen niet rechtstreeks tot verzoeksters activiteit behoren en volgens haar verklaringen ook slechts een geringe hoeveelheid administratief werk vereisen. Zoals reeds bij de beantwoording van de eerste vraag reeds is verduidelijkt, behoort de beleggingsactiviteit niet tot verzoeksters activiteit op het gebied van het beheer van onroerend goed¹¹, doch kan zij hiervan evenmin geheel worden gescheiden. Indien de omzet uit de beleggingsactiviteit, die in verhouding tot het vereiste administratieve werk relatief hoog is, in de berekening van het pro rata werd opgenomen, zou dit tot een ongerechtvaardigde vermindering van de toegestane aftrek van voorbelasting leiden. Deze omzet kan daarom als bijkomstige

11 — Punten 14 en 15 e. v.

handeling in de zin van artikel 19, lid 2, bij de berekening van het pro rata buiten beschouwing worden gelaten.

Ook al vertegenwoordigen deze handelingen 14 % van de totale inkomsten, het lijkt niettemin verdedigbaar om deze aan te merken als bijkomstige handelingen.¹²

Overigens wil ik er nogmaals op wijzen, dat het aan de nationale rechter staat om na te gaan, of de opbrengsten eventueel toch moeten worden aangemerkt als deel van de beloning voor de verrichte dienst en of verzoeksters beleggingsactiviteit inderdaad slechts een kleine hoeveelheid administratief werk vereist.

Dit betekent, dat de opbrengsten uit de beleggingsactiviteit van verzoekster als bijkomstige handelingen bij de berekening van

het pro rata buiten beschouwing worden gelaten, omdat zij niet rechtstreeks tot haar eigenlijke activiteit behoren, doch hiervan evenmin kunnen worden gescheiden, en omdat de economische goederen van verzoekster slechts in geringe mate voor deze handelingen worden ingezet en zij daarom het bedrag van de aftrek van voorbelasting zouden vervalsen. Het staat aan de nationale rechter om dit laatste te controleren.

51. Ter afsluiting wil ik nog op het volgende wijzen. De verwijzende rechter werpt de vraag op, of het om bijkomstige handelingen op *financieel gebied* gaat. Het gaat hier in elk geval om bijkomstige handelingen die onder artikel 13, B, sub d, van de Zesde BTW-richtlijn vallen. Of het daarnaast ook gaat om bijkomstige handelingen op financieel gebied, kan in het midden worden gelaten, aangezien dit niet tot een ander resultaat zou leiden. Belangrijk is alleen, dat het om bijkomstige handelingen gaat.

C — Conclusie

52. Ik geef het Hof daarom in overweging, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Indien een BTW-plichtige onderneming opbrengsten verkrijgt uit de belegging van gelden van klanten, die haar in het kader van haar economische activiteit

¹² — Zie ook mijn conclusie van 26 januari 1995 in zaak C-4/94 (BLP Group, Jurispr. 1995, blz. I-983, I-985, punt 64).

ter beschikking staan, wordt het recht van de onderneming op aftrek van voorbelasting in beginsel beïnvloed, omdat deze opbrengsten binnen de werkingssfeer van de Zesde BTW-richtlijn vallen en daarom in beginsel ook kunnen worden opgenomen in de berekening overeenkomstig artikel 19, lid 1, van de Zesde richtlijn.

2) Deze opbrengsten behoeven niet te worden opgenomen in de noemer van de breuk ter berekening van het pro rata, aangezien het hierbij — op voorwaarde dat zij een geringe hoeveelheid administratief werk verlangen — om bijkomstige handelingen in de zin van artikel 19, lid 2, tweede volzin, van de Zesde BTW-richtlijn gaat. Dit is het geval:

- indien zij niet rechtstreeks tot de eigenlijke economische activiteit van de onderneming behoren, doch hiermee wel nog een zeker verband houden;
- indien zij slechts een geringe inzet verlangen van de voor de eigenlijke economische activiteit van de onderneming gebruikte middelen en daarom het bedrag van de aftrek van voorbelasting ongerechtvaardigd zouden verminderen;
- indien zij de omzet uit de eigenlijke economische activiteit van de onderneming niet overschrijden.

Het staat aan de nationale rechterlijke instantie om vast te stellen, of dit het geval is.”