

**Zaak C-59/20**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

4 februari 2020

**Verwijzende rechter:**

Bundesfinanzgericht (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

29 januari 2020

**Verzoekster:**

DBKAG

**Verweerder:**

Finanzamt Linz (belastingdienst Linz, Oostenrijk)

---

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het hoofdgeding respectievelijk de prejudiciële verwijzing**

Btw-vrijstelling van een uitbestede dienst in verband met het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen overeenkomstig artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG in de vorm van de licentieverlening voor een berekeningsprogramma waarmee een deel van de beheertaken wordt uitgevoerd

**Prejudiciële vraag**

Dient artikel 135, lid 1, onder g), richtlijn 2006/112/EG aldus te worden uitgelegd dat, met het oog op de in deze bepaling voorziene belastingvrijstelling, het begrip „beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen” mede de verlening van een gebruiksrecht op speciaal voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen ontwikkelde software door een derde licentiegever aan een beleggingsmaatschappij omvat, wanneer deze software, zoals in het hoofdgeding, uitsluitend dient voor het verrichten van kenmerkende en essentiële activiteiten in

verband met het beheer van de gemeenschappelijke beleggingsfondsen, maar op de technische infrastructuur van de beleggingsmaatschappij wordt uitgevoerd en haar functies slechts kan vervullen door de ondergeschikte medewerking van de beleggingsmaatschappij en onder voortdurende gebruikmaking van door de beleggingsmaatschappij ter beschikking gestelde marktgegevens?

### **Relevante bepalingen van Unierecht**

Artikel 44, artikel 135, lid 1, onder g), en artikel 196 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde

Richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) in de versie zoals van toepassing in de litigieuze periode (zie bijlage III, deel A, bij richtlijn 2009/65/EG)

### **Relevante nationale bepalingen**

§ 3a, lid 6, § 6, lid 1, punt 8, onder i), § 19, lid 1, en § 20, lid 1, van het Umsatzsteuergesetz 1994 (wet op de omzetbelasting 1994) (UStG 1994, BGBl. nr. 663/1994 in de versie van BGBl. I nr. 24/2007)

Investmentfondsgesetz 1993 (wet op beleggingsfondsen 1993) (InvFG 1993, BGBl. nr. 532/1993 in de versie van BGBl. I nr. 69/2008) Relevante rechtspraak van het Hof

Arresten van 4 mei 2006, Abbey National plc, C-169/04; 7 maart 2013, GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH, C-275/11; 13 maart 2014, ATP PensionService A/S, C-464/12; 9 december 2015, Fiscale Eenheid X NV cs, C-595/13; 5 juni 1997, C-2/95, SDC; 13 december 2001, CSC, C-235/00; 26 mei 2016, Bookit Ltd, C-607/14; 25 juli 2018, DPAS Ltd, C-5/17; 3 oktober 2019, Cardpoint GmbH, C-42/18; 6 oktober 1982, CILFIT, C 283/81

### **Korte weergave van de feiten en van de procedure**

- 1 DBKAG verleent van belasting vrijgestelde diensten voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG. De in Duitsland gevestigde SC GmbH heeft aan DBKAG in de licentieovereenkomst van 11 december 2008 tegen betaling van een eenmalige licentievergoeding een gebruiksrecht voor onbepaalde duur verleend op de SC-software om essentiële berekeningen uit te kunnen voeren voor de beheerdiensten risicomangement en performancemeting. SC garandeert voor de duur van 12 maanden na aflevering van het systeem dat de software bij gebruik volgens de bestemming de contractueel overeengekomen eigenschappen heeft. De

software van SC functioneert zoals afgesproken alleen in combinatie met de andere eigen software van DBKAG.

- 2 In nadere overeenkomsten van 11 december 2008 (dienstverleningsovereenkomst, service- en onderhoudsovereenkomst) werden verschillende diensten van SC ter ondersteuning van DBKAG bijvoorbeeld bij de implementatie van het systeem of de scholing van de medewerkers van DBKAG voor onbepaalde duur overeengekomen. Naast nader genoemde servicediensten heeft SC zich tevens verplicht om gebleken gebreken in het systeem door updates van het programma te herstellen.
- 3 SC is slechts aansprakelijk voor de technische ontwikkeling respectievelijk uitvoering van de voorschriften van DBKAG en in het verdere verloop voor het technisch functioneren van de software, waardoor moet worden gewaarborgd dat de onderhavige software ook daadwerkelijk de overeengekomen dienst, te weten de berekening van risico- en performancecijfers, kan verlenen. Aangezien de door SC ontwikkelde twee modules werden ingesteld op de door DBKAG opgegeven parameters, is SC niet aansprakelijk voor onjuiste uitkomsten die zijn te herleiden tot de door DBKAG opgegeven parameters respectievelijk ter beschikking gestelde marktgegevens, maar wel, naast de puur technische aspecten, hoofdzakelijk voor de uitvoering van correcte berekeningen van de cijfers. DBKAG had geen rechtstreekse invloed op de door de SC-software uitgevoerde berekeningen. Volgens de overeenkomst is SC jegens DBKAG aansprakelijk voor opzettelijk veroorzaakte schade en (tot een maximumbedrag) voor grof nalatig handelen en inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. In zoverre zou SC – in het geval dat aan DBKAG bestuursrechtelijke sancties worden opgelegd – aansprakelijk zijn vanwege de schending van wettelijke bepalingen ten gevolge van bijvoorbeeld niet-correcte programmeringen of technische gebreken.
- 4 Dat het verleende gebruiksrecht is beperkt blijkt uit het feit dat door de contractueel overeengekomen service- en onderhoudsdiensten voor het gebruik van de software essentiële diensten worden verleend door SC, en de software niet langer kan worden gebruikt wanneer geen beroep meer wordt gedaan op deze aanvullend overeengekomen diensten en deze niet meer worden betaald. In het geval van een beëindiging van de samenwerking met SC is DBKAG verplicht alle opgeslagen kopieën van de software en de verdere gegevens onmiddellijk te wissen.
- 5 In het kader van de voorbereidende werkzaamheden voor het gebruik van de programma's van SC moest DBKAG de elektronische gegevensverwerking wat betreft de soft- en hardware aanpassen aan de eisen van de SC-software. In een verdere stap werden de parameters (bijvoorbeeld functies van de software, berekeningsmethoden enz.) door DBKAG ten opzichte van SC vastgelegd. Voordat de SC-software haar functies kon vervullen, werden door DBKAG nog bepaalde waarden handmatig in een eigen databank opgenomen. Dit handmatige wordt door DBKAG ook doorlopend uitgevoerd, met name bij wijzigingen in de effectengegevens. Een deel van de gegevens wordt ook geautomatiseerd uit de

fondsadministratie overgenomen. De voorbereidingen nemen ongeveer 10 % van de dagelijkse werkzaamheden van de risicomanagementafdeling in beslag. Vervolgens voert de SC-software automatisch en zelfstandig de dagelijkse berekeningen voor het risicomanagement respectievelijk de wekelijkse of incidentele berekeningen voor de performancebepaling uit.

- 6 Via interfaces met andere modules van DBKAG worden de voor de berekeningen vereiste actuele koersinformatie en waarden dagelijks automatisch in het SC-programma opgenomen. Bij de berekeningen door de SC-software zelf vindt geen bemoeienis van DBKAG plaats. Het SC-programma verstuurt in voorkomend geval ook autonoom waarschuwingen naar de verantwoordelijke medewerkers van DBKAG. Na afloop van de technische berekeningsprocessen worden de berekende risico- en performancecijfers rechtstreeks door de SC-software in een databank van DBKAG opgeslagen. De berichtgeving aan de fondsmanagers respectievelijk de wettelijk voorgeschreven rapportage aan de autoriteiten geschiedt dan door DBKAG zelf.
- 7 Per saldo garanderen de door SC ontwikkelde modules dat de voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen benodigde risico- en performancecijfers tijdig worden berekend en DBKAG zodoende kan voldoen aan haar wettelijke verplichtingen en aan de markteisen in verband met het risicomanagement en de performancemetingen.
- 8 De Oostenrijkse belastingdienst heeft wegens de in het kader van een belastingcontrole bij DBKAG geconstateerde nieuwe concrete omstandigheden bij de verrichting van de diensten vastgesteld dat de verlening van het gebruiksrecht aan belasting onderworpen is, en heeft naar aanleiding daarvan in de thans aan de orde zijnde heropende procedures de volgens het „Reverse Charge”-systeem naar DBKAG verlegde omzetbelasting voor de ontvangen dienst vastgesteld. De aan het Hof met het verzoek om een prejudiciële beslissing voorgelegde vraag is gerezen bij de rechter die bevoegd is voor de behandeling van de beroepen die bij het Bundesfinanzgericht (federale belastingrechter in eerste aanleg) worden ingediend tegen de door de belastingdienst vastgestelde beschikkingen.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 9 Volgens de **Oostenrijkse belastingdienst** verricht DBKAG de beheerdiensten risicomanagement en performancemeting zelfstandig met behulp van het verkregen gebruiksrecht op de software en kan het gedogen van het gebruik van de software niet worden gezien als een actieve beheerdienst. SC is geen andere prestatie verschuldigd dan het gedogen van het software-gebruik. Alle voor de berekeningen vereiste gegevens en waarden worden door databanken van DBKAG geautomatiseerd of door medewerkers van DBKAG handmatig ingevoerd. Ook de wijze van facturering van de diensten pleit niet voor het bestaan van een actieve dienstverlening door SC. Het gedogen van het gebruik van de software kan hooguit worden beschouwd als technische ondersteuning die

niet specifiek en essentieel is voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Gelet op de essentiële bijdragen van DBKAG aan de twee componenten van de door SC verleende diensten, worden het risicomangement en de performancemeting geenszins als een afzonderlijk geheel autonoom uitgevoerd. Zonder medewerking van DBKAG zou het SC-programma de berekeningen niet kunnen uitvoeren. Ook uit de bepalingen inzake de aansprakelijkheid vloeit volgens de belastingdienst voort dat SC alleen aansprakelijk is voor de ontwikkeling van een software conform de overeenkomst en de daaropvolgende ingebruikgeving, maar niet voor de afwikkeling van bepaalde beheertaken.

- 10 **DBKAG** is daarentegen van mening dat vanuit economisch oogpunt de twee specifieke en essentiële beheerdiensten „risico- en performancemeting” inhoudelijk op wezenlijke punten daadwerkelijk door het SC-programma en derhalve geautomatiseerd door SC worden verricht. SC heeft aan haar een uitbestede, van belasting vrijgestelde dienst van beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG verleend. Volgens DBKAG moet de beoordeling inzake de btw los van de civielrechtelijke beoordeling geschieden. Het gedogen van het gebruik is slechts de vorm waarin de dienst wordt verleend, en niet de feitelijke inhoud daarvan, die aanvullend werd aangeschaft. Deze door de software geautomatiseerd verrichte diensten treden volgens haar in de plaats van diensten die eerder door haar medewerkers werden verricht. De door DBKAG ter beschikking gestelde gegevens worden geautomatiseerd door de SC-software opgevraagd en in het programma geïntegreerd. Dat afzonderlijke voor de twee componenten van de dienst niet belangrijke delen door DBKAG zelf worden verricht, speelt volgens het arrest van het Hof in de zaak GfBk geen rol. In die zaak was zelfs de beslissingsmacht van de opdrachtgever met betrekking tot de aanbevelingen betreffende de aan- en verkoop geen belemmering voor de belastingvrijstelling. Bovendien is op grond van het genoemde arrest waarschijnlijk zelfs een slechts intrinsiek verband tussen de uitbestede activiteit en het vrijgestelde beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen voldoende voor de toepassing van de vrijstelling. SC verricht de aan haar uitbestede beheerdiensten in een totaalpakket bestaande uit de ingebruikgeving van de software en de verdere afzonderlijk te betalen service- en onderhoudsdiensten en in beginsel voor onbepaalde duur.

### **Motivering van de verwijzingsbeslissing**

- 11 Het Hof heeft de uitlegging van de vrijstellingsbepaling in artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG voor het beheer van door de lidstaten als zodanig gedefinieerde gemeenschappelijke beleggingsfondsen reeds meerdere malen uitgelegd en beslist dat ook aan een derde beheerder overgedragen beheerdiensten onder de vrijstelling kunnen vallen, indien met deze diensten de voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds specifieke en essentiële functies worden vervuld en deze over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen (zie de boven aangehaalde arresten). Gezien echter de

verschillende meningen wat betreft de beoordeling van de dienstverrichter, de verschillende uitlegging van de draagwijdte van het criterium afzonderlijk geheel door de partijen in de aanhangige bestuursrechtelijke procedure en de mogelijke strijdigheid tussen de toepassing van criteria voor uitlegging die de toepasselijkheid van de vrijstelling verminderen en de eerder ruime doelstelling van de vrijstellingsbepaling, blijven volgens de verwijzende rechter evenwel gegronde twijfels bestaan aangaande de uitlegging van het begrip „beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen” in overeenstemming met het Unierecht.

- 12 Het risicomanagement en de performancemeting op grond van de bepalingen van het Investmentfondsgesetz 1993 vormen in beginsel kenmerkende en essentiële componenten van het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, die in beginsel als van belasting vrijgestelde beheerdienst kunnen worden uitbesteed indien is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarden. Partijen zijn het er ook over eens dat een uitbestede dienst ook elektronisch en geautomatiseerd kan worden verleend, indien is voldaan aan de voorwaarden. Ook naar de opvatting van de belastingdienst gaat het bij de twee SC-programma's om specifiek op beleggingsfondsen afgestemde software die rekening houdt met de complexe eisen van de wetgever op dit gebied. Het is evenwel de vraag of de licentiegever of de licentienemer zelf met de software waarvoor de licentie is verleend de betrokken diensten verricht, en of in het geval dat de diensten aan de licentiegever worden toegerekend, deze voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds in de concrete situatie van het hoofdgeding specifiek, essentieel en voldoende autonoom zijn in de zin van de uitlegging door het Hof tot op heden. De met behulp van de betrokken software uitgevoerde berekeningen en gegenereerde informatie vormen weliswaar wezenlijke grondslagen van de twee componenten van de dienst, maar deze worden per saldo gezamenlijk door DBKAG en SC verricht.
- 13 Zowel uit de icbe-richtlijn 85/611/EEG als ook uit de nationale omzetting van deze richtlijn in het Investmentfondsgesetz 1993 kunnen volgens de hier toepasselijke normen ten aanzien van de twee beheercomponenten – risicomanagement en performancemeting – in het algemeen en onbetwist de volgende specifieke en wettelijk te vervullen functies worden afgeleid: (1) voortdurende meting van en toezicht op de met de afzonderlijke posten en het totale beleggingsprofiel verbonden risico's, (2) nakoming van de rapportage- en informatieverplichtingen ten opzichte van de autoriteiten, (3) opstellen van een jaarlijks verslag met een vergelijkend overzicht van de laatste vijf jaar waarin de performance (waardeontwikkeling) moet worden weergegeven, en (4) de nakoming van de informatieverplichtingen ten opzichte van beleggers. DBKAG vervult deze functies deels met eigen medewerkers, eigen software, zelf gegenereerde of gekochte gegevens en verder met behulp van de SC-software.
- 14 De boven aangehaalde arresten van het Hof in de zaken SDC, CSC, Bookit Ltd, DPAS Ltd en Cardpoint GmbH hadden betrekking op op vrijgestelde financiële diensten, zoals handelingen betreffende betalingen en overmakingen of handelingen betreffende bepaalde effecten, die concreet in de respectieve

toepasselijke btw-richtlijn werden genoemd.. In de onderhavige procedure is daarentegen de toepasselijkheid van de vrijstelling voor de duidelijk ruimer geformuleerde dienst „beheer van door de lidstaten als zodanig gedefinieerde gemeenschappelijke beleggingsfondsen door beleggingsmaatschappijen” in het geding. Het Hof stelt in dit verband bijvoorbeeld vast (zie arrest SDC, punt 66) dat een dienst die kenmerkend is voor een handeling betreffende overmakingen, moet leiden tot een overmaking van geld en dus juridische en financiële wijzigingen moet meebrengen. De verklaringen van het Hof inzake het specifieke karakter van concrete financiële diensten kunnen derhalve niet zonder meer analoog worden toegepast op het ruimer geformuleerde begrip „beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen” in die zin dat hier slechts een dienst die rechtstreekse gevolgen heeft voor de financiële situatie van het fonds (portefeuillebeheer in strikte zin) kenmerkend kan zijn. Doordat het Hof in zijn arrest Abbey National de opvatting van de Commissie en het Verenigd Koninkrijk dat het begrip „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds” strikt moet worden uitgelegd, uitdrukkelijk heeft afgewezen, is het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds in beginsel niet beperkt tot enkel het portefeuillebeheer in meer strikte zin. De vaststellingen van het Hof inzake het specifieke karakter van de concreet genoemde vrijgestelde financiële diensten zijn derhalve niet analoog van toepassing op het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Hier is juist niet alleen de „collectieve belegging van het uit het publiek aangetrokken kapitaal” vrijgesteld, maar het „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds”. Wat de algemene opmerkingen inzake de belastingvrijstelling van een uitbestede dienst of wat de mogelijkheid betreft om diensten ook elektronisch te verrichten, kan echter worden aangehaakt bij de aangehaalde arresten. Het blijft evenwel met name de vraag of het passieve gedogen van het gebruik van de software reeds het uitvoeren van het risicomanagement en de performancemeting vormt en of deze activiteit een afzonderlijk geheel vormt, zoals is vereist.

- 15 Het doel van de vrijstellingsbepaling dat bij de uitlegging in acht moet worden genomen, is om het beleggen in effecten via beleggingsinstellingen mogelijk te maken voor kleine beleggers. Het beleggen via een beleggingsfonds en het rechtstreeks beleggen in effecten moeten fiscaal neutraal zijn. De voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen specifieke en kenmerkende diensten moeten daarom in beginsel vrijgesteld van belasting kunnen worden uitbesteed om te voorkomen dat het beleggen via beleggingsfondsen ongewild duurder wordt. Zo stelt het Hof in het arrest GfBk (punt 31) ook vast dat een ondernemer die de vrijgestelde administratieve diensten met eigen personeel verleent, niet mag worden bevoordeeld ten opzichte van een ondernemer die deze diensten heeft uitbesteed. Er rijzen echter vragen doordat volgens de rechtspraak van het Hof vrijstellingsbepalingen „evenwel” (arrest van het Hof in de zaak Abbey National, punt 70) in beginsel strikt dienen te worden uitgelegd en om die reden de criteria van het Hof (dat de diensten kenmerkend en essentieel moeten zijn en een afzonderlijk geheel moeten vormen) die de vrijstelling mogelijk beperken, in strijd zijn met het in acht te nemen doel van de vrijstelling.

*Beheerdienst door licentiegever of door licentienemer*

- 16 DBKAG betoogt dat de wijze waarop de dienst in concreto wordt verricht, elektronisch, automatisch of handmatig, van geen enkele invloed is voor de toepassing van de vrijstelling. Het enkele feit dat een dienst volledig elektronisch wordt verricht, staat niet in de weg aan een toepassing van de vrijstelling, aldus DBKAG. Omvat de dienst echter alleen de technische en elektronische ondersteuning van diegene die de voor de vrijstelling essentiële en specifieke activiteiten verricht, is de vrijstelling niet van toepassing. Dit vloeit evenwel voort uit de aard van de dienst en niet uit de wijze van uitvoering (arrest van het Hof in de zaak SDC, punt 37).
- 17 Volgens het arrest Abbey National, punt 66 e.v., wordt het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen gedefinieerd op basis van de aard van de geleverde diensten en niet op basis van de verrichter of de ontvanger van de dienst. In het arrest Bookit vult het Hof (punt 52) aan dat de omstandigheid dat een dergelijke dienst automatisch wordt verricht en inzonderheid het feit dat de transmissie van het afwikkelingsbestand automatisch de betalingen of overmakingen in gang zet, geen verandering kan brengen in de aard van de geleverde dienst en dientengevolge niet van invloed is op de toepassing van de betrokken vrijstelling.
- 18 De aan het Hof voorgelegde vraag rijst in het bijzonder omdat in het hoofdgeding in de zaak SDC (volgens punt 8 e.v.) de opdrachtnemer aan zijn opdrachtgevers geen gebruiksrecht op software had verleend en SDC de daar aan de orde zijnde dienst met haar software elektronisch had uitgevoerd. Ook in de situatie zoals aan de orde in de zaak Bookit heeft Bookit haar diensten zonder overdracht van gebruiksrechten op software voor haar opdrachtgever uitgevoerd. In de situatie zoals in casu aan de orde werd daarentegen door SC het gebruik van de software door de opdrachtgever DBKAG tegen een eenmalige licentievergoeding gedoogd. Om die reden is het de vraag of SC onder deze voorwaarden überhaupt zelf een dienst inzake het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen verricht. Pas als deze fundamentele vraag is beantwoord, kan de verwijzende rechter onderzoeken of is voldaan aan de overige criteria.

*Kenmerkend en essentieel karakter en bestaan van een over het geheel genomen afzonderlijk geheel*

- 19 De bovengenoemde functies van de componenten risicomanagement en performancemeting zijn volgens de verwijzende rechter in beginsel specifiek voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Deze diensten houden in ieder geval intrinsiek verband met de exploitatie van het fonds, hebben rechtstreekse gevolgen voor de financiële situatie van het fonds en beïnvloeden in beslissende mate en rechtstreeks de beoordeling van de financiële risico's of beslissingen (respectievelijk maken deze mogelijk).



- 20 De berekeningen van de SC-software vormen in ieder geval een essentiële grondslag voor de vervulling van de boven genoemde wettelijk voorgeschreven functies van het risicomangement en de performancemeting (zie richtlijn 85/611/EEG). Per saldo vervullen de twee softwaremodules de functies 1 en 2 echter zelfstandig en leveren zij voor de functies 3 en 4 de wezenlijke berekeningsresultaten aan DBKAG, zodat deze haar beheertaken kan uitoefenen. Op grond van de door het Hof vereiste aansprakelijkheid voor de overgenomen functies en de eis dat de uitbestede beheerdienst een afzonderlijk geheel vormt, rijst evenwel de vraag of de uitvoering van afzonderlijke componenten van diensten voor de specifieke functies risicomangement en performancemeting van belasting vrijgesteld kan zijn.

#### *Aansprakelijkheid*

- 21 De vrijgestelde dienst in de zin van de richtlijn moet worden onderscheiden van het verrichten van een eenvoudige materiële of technische handeling. Daartoe moet door de nationale rechter in het bijzonder de omvang van de aansprakelijkheid van de derde worden onderzocht, met name de vraag of deze aansprakelijkheid beperkt is tot de technische aspecten dan wel zich uitstrekt tot de specifieke overgenomen functies van de vrijgestelde dienst (arresten van het Hof Bookit, punt 40, en DPAS, punt 36).
- 22 Indien ervan uit moet worden gegaan dat de risicoanalyse en de performancemeting specifieke elementen van het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds zijn, moet worden vastgesteld welke functies deze elementen dienen te vervullen respectievelijk welke resultaten voor deze functies kenmerkend zijn en of de aansprakelijkheid van SC zich ook uitstrekt tot deze voor de betrokken functie specifieke resultaten. De verrichter van de uitbestede diensten risicomangement en performancemeting zou derhalve aansprakelijk moeten zijn voor de boven genoemde essentiële functies van de risicoanalyse en de performancemeting.
- 23 SC is op zijn minst in de onderlinge verhouding tegenover DBKAG aansprakelijk voor de twee eerste functies. Wat betreft de punten 3 en 4 zou SC aansprakelijkheid kunnen zijn, voor zover DBKAG bij het vervullen van deze functies gebruik maakt van de door de SC-programma's gegenereerde indicatoren.
- 24 Bij de drie toepasselijke arresten van het Hof, Abbey National, GfBk en Fiscale Eenheid, is het Hof niet ingegaan op het onderwerp aansprakelijkheid in de zin zoals hier opgevat. Dit aspect werd door het Hof behandeld in de arresten die betrekking hadden op concreet benoemde vrijgestelde financiële diensten. In het arrest GfBk heeft het Hof bevestigd dat de vrijstelling van toepassing was, ofschoon de beleggingsmaatschappij in laatste instantie verantwoordelijk bleef. Het lijkt dus onzeker of de kwestie van de aansprakelijkheid in de situatie zoals hier aan de orde überhaupt van belang is en, zo ja, of de hier op SC rustende aansprakelijkheid voldoende is in de zin van de rechtspraak van het Hof.

*Afzonderlijk geheel*

- 25 Of de bijdrage die SC levert aan de beheerdiensten risicomanagement en performancemeting, een voldoende hoge mate van autonomie in de zin van de bestaande rechtspraak van het Hof heeft ten opzichte van de totale inhoud van deze beheerdiensten en met het oog op de toepasselijkheid van de vrijstelling, is volgens de verwijzende rechter niet duidelijk.
- 26 Wat moet worden verstaan onder een „over het geheel genomen afzonderlijk geheel”, heeft de advocaat-generaal in haar conclusie in de zaak *Abbey National* van 8 september 2005 uiteengezet (punt 98 e.v.): vóór de conclusie dat de diensten een zelfstandig geheel vormen, pleit het feit dat met betrekking tot een kenmerkende en essentiële beheercomponent niet enkel afzonderlijke ondersteunende werkzaamheden, maar in zekere zin een totaalpakket van diensten wordt verstrekt. Aan het vereiste van zelfstandigheid is dus voldaan wanneer de derde een geheel van diensten op zich neemt dat een essentieel onderdeel vormt van alle bij het beheer van een fonds te verrichten taken.
- 27 Volgens de belastingdienst vervult de SC-software hooguit een deel van de beheerdiensten risicomanagement en performancemeting, en wordt deze beheerdienst in geen geval door de SC-software verricht in de vorm van een totaalpakket. DBKAG meent daarentegen dat uit het feit dat het criterium van voldoende zelfstandigheid niet in het arrest van het Hof in de zaak *GfBk* is gebruikt, kan worden afgeleid dat het Hof dit criterium van ondergeschikt belang acht. Om die reden is volgens haar van belang dat het moet gaan om een af te bakenen eigen activiteit van de dienstverrichter, die intrinsiek verband houdt met de eigen activiteiten van een beheermaatschappij. Bovendien verricht de SC-software het essentiële deel van de betrokken componenten van de dienst, te weten de berekening van het risico en de performance-indicatoren. De onbeduidende bijdragen die DBKAG levert kunnen volgens haar in het licht van het arrest in de zaak *GfBk* geen belemmering vormen voor de belastingvrijstelling.
- 28 Volgens de verwijzende rechter vloeit duidelijk voort uit de arresten van het Hof inzake de uitbesteding van financiële diensten van na het arrest in de zaak *GfBk* (*Bookit*, *DPAS*, *Fiscale Eenheid* en *Cardpoint*), dat het Hof voor de toepassing van de belastingvrijstelling op een uitbestede dienst vasthoudt aan de noodzaak dat sprake is van een „over het geheel genomen afzonderlijk geheel”. Blijkens de punten 38 tot en met 41 van het arrest *Bookit*, punt 34 van het arrest *DPAS* en punt 71 van het arrest *Fiscale Eenheid*, zijn de functionele aspecten van een dienst van belang: om als handelingen betreffende het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds te kwalificeren, moet een dienst over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen dat de kenmerkende en essentiële functies van het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds vervult. Het is de verwijzende rechter echter niet duidelijk in welke mate een uitbestede beheerdienst onafhankelijk moet zijn om te kunnen worden aangemerkt als een over het geheel genomen afzonderlijk geheel.

- 29 Het is de vraag of ook het verrichten van een deel van de betrokken diensten reeds als voldoende afzonderlijk geheel kan worden beschouwd en derhalve over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormt. Indien wordt vastgehouden aan het vereiste van een over het geheel genomen afzonderlijk geheel, rijst de vraag of de dienst van SC vanwege de beschreven samenwerking tussen DBKAG en SC voldoende autonoom is in de zin van de bestaande uitlegging door het Hof.
- 30 De beantwoording van de vragen inzake de uitlegging van artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG, met name wat betreft de strekking van het begrip „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds”, is van doorslaggevend belang voor de beslissing van het Bundesfinanzgericht in de aanhangige zaak wat betreft de vraag of de verlening van het gebruiksrecht op de betrokken software moet worden behandeld als van belasting vrijgestelde dan wel als belaste handeling. Met name vanwege het feit dat de boven beschreven feitelijke situatie afwijkt van de tot dusver beoordeelde zaken, meent het Bundesfinanzgericht niet dat de uitlegging van het Unierecht in het onderhavige geval geen reden voor twijfel overlaat. Bovendien is het ten behoeve van een neutrale mededinging binnen de Europese Unie van belang dat de uitlegging van de betrokken bepaling van de richtlijn binnen korte termijn wordt verduidelijkt.

WERKDOCUMENT