

**Zaak C-58/20**

**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:**

30 januari 2020

**Verzoekster:**

K

**Verweerder:**

Finanzamt Linz (belastingdienst Linz, Oostenrijk)

---

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

Btw-vrijstelling van een uitbestede dienst (vervullen van bepaalde fiscale taken) in verband met het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen overeenkomstig artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG

**Prejudiciële vraag**

Dient artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG aldus te worden uitgelegd dat onder het begrip „beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen” ook de door de beheermaatschappij aan een derde overgedragen fiscale taken dienen te worden verstaan, die bestaan in het waarborgen dat de inkomsten die de deelnemers ontvangen uit beleggingsfondsen overeenkomstig de wet worden belast?

## **Aangehaalde bepalingen van Unierecht**

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

Artikel 1, lid 2, artikel 5octies en bijlage II van 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) (zoals ingetrokken bij richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009)

## **Relevante nationale bepalingen**

§§ 6, lid 1, punt 8, onder i), van het Umsatzsteuergesetz 1994 (wet inzake omzetbelasting 1994) (UStG 1994, BGBl. nr. 663/1994 in de versies BGBl. I nr. 24/2007 en BGBl. I nr. 112/2012)

Investmentfondsgesetz 1993 (wet op beleggingsfondsen 1993) (InvFG 1993, BGBl. nr. 532/1993 in de versie BGBl. I nr. 69/2008), in het bijzonder § 40, en Investmentfondsgesetz 2011 (wet op beleggingsfondsen 2011) (InvFG 2011, BGBl. I Nr. 77/2011), in het bijzonder § 2, lid 1, punt 1, en § 3, lid 2, punten 1 en 2, § 5, leden 1 en 2, punt 1, § 28 en § 30, lid 4, § 42 en §186

## **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, SDC, C-2/95; 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; 28 juli 2011, Nordea, C-350/10; 6 oktober 1982, CILFIT, C 283/81

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

- 1 In de jaren 2008 tot en met 2014 werden door verschillende beleggingsmaatschappijen (hierna: beleggingsmaatschappijen; volgens de terminologie van het Investmentfondsgesetz 2011: „beheermaatschappij”) bepaalde diensten voor de bepaling van fiscaal relevante waarden op het niveau van de deelnemers uitbesteed aan verzoekster K. Over de diensten die door haar werden verricht op grond van specifieke regels inzake winstbelasting en beleggingsfondsen en die per saldo niet tot de kernactiviteit van het portefeuillebeheer behoorden maar ertoe dienden de inkomsten van de deelnemers uit de fondsen overeenkomstig de wet te belasten, factureerde K geen

omzetbelasting. De reden daarvoor was dat deze diensten volgens K onder de belastingvrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen overeenkomstig § 6, lid 1, punt 8, onder i), Umsatzsteuergesetz 1994 [artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG] vielen. Volgens de belastingdienst is deze vrijstelling niet van toepassing, aangezien de diensten noch over het voor vrijgestelde beheerdiensten door het Hof geëiste kenmerkende of essentiële karakter beschikken, noch een afzonderlijk geheel vormen.

- 2 Een beleggingsmaatschappij is verplicht om aan de deelnemers alle informatie te verstrekken opdat deze hun fiscale openbaarmakings- en bewijsverplichtingen kunnen nakomen. Meer bepaald was de beleggingsmaatschappij ook wettelijk verplicht tot melding van de voor de inkomstenbelasting van de deelnemers relevante fiscale waarden, waarvoor de beleggingsmaatschappij aansprakelijk was. Hiervoor moesten door de beleggingsmaatschappij verschillende fiscale berekeningen worden uitgevoerd. De wettelijke regelingen met betrekking tot deze handelingen hebben uiteindelijk tot doel dat de fondsrendementen bij de deelnemers juist worden belast.
- 3 K had van meerdere beleggingsmaatschappijen opdracht gekregen voor het uitvoeren van de fiscale berekening en het doen van de gestandaardiseerde melding. De relevante waarden van de fondsadministratie werden aan K ter beschikking gesteld door de depotbank waaraan de fondsadministratie was uitbesteed. Formeel bleef de beleggingsmaatschappij echter de fiscale vertegenwoordiger, die de melding doorgaf aan het meldpunt. De beleggingsmaatschappijen die de opdracht verleenden, namen de door K opgestelde fiscale berekeningen respectievelijk meldingen van de fiscaal relevante waarden ongewijzigd over en gaven de gegevens door aan het meldpunt.
- 4 De beleggingsmaatschappijen die K de opdracht verleenden, hebben naast de zelf uitgevoerde omvangrijke beheertaken ook diverse beheertaken aan verschillende derden uitbesteed. Een van deze uitbestede activiteiten is de aan K overgedragen uitvoering van de fiscale berekening en de melding van de fiscaal relevante gegevens in het kader van bovengenoemd proces, waarbij gebruik werd gemaakt van de door de beleggingsmaatschappijen ter beschikking gestelde gegevens.
- 5 Vanwege de complexiteit van de fiscale aspecten van de belastingheffing op het rendement van beleggingsfondsen en de door de wetgever bepaalde aansprakelijkheid werd deze taak vaak uitbesteed aan externe dienstverrichters. Deze in de wet uitdrukkelijk toegestane uitbesteding tast de aansprakelijkheid van de beleggingsmaatschappij echter niet aan; deze blijft jegens derden aansprakelijk voor de handelwijze van de onderaannemer. Onderling was K jegens de beleggingsmaatschappij aansprakelijk op grond van algemene regels van civiel recht in het geval van schade ten gevolge van door haar veroorzaakte onjuistheden in de melding van de fiscaal relevante waarden. K was niet aansprakelijk voor beleggingsbeslissingen van de beleggingsmaatschappij. De aan K uitbestede werkzaamheden behelsden evenmin de bepaling van de waarden van het aandeel in het beleggingsfonds.

- 6 K heeft bij het Bundesfinanzgericht (federale belastingrechter in eerste aanleg, Oostenrijk), de verwijzende rechter, beroep ingediend tegen de btw-aanslagen van de belastingdienst voor de jaren 2008 tot en met 2014, waarbij K werd opgedragen voor deze activiteiten omzetbelasting in rekening te brengen.

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

- 7 Volgens de **belastingdienst** blijkt uit de relevante arresten van het Hof inzake het van belasting vrijgestelde beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, dat de in bijlage II bij de icbe-richtlijn vermelde diensten in ieder geval vrijgesteld kunnen zijn wanneer zij worden verricht door de beleggingsmaatschappij zelf. In casu zijn deze diensten in ieder geval kenmerkend voor het fonds. Worden deze diensten echter verleend door een derde beheerder, moet worden onderzocht of de diensten specifieke en essentiële functies van het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen vervullen en over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen. Hiervoor is volgens het arrest van het Hof in de zaak GfBk bijvoorbeeld noodzakelijk dat de uitbestede beheerdienst intrinsiek verband houdt met het beheer van het fondsvermogen in meer strikte zin (het portefeuillebeheer). De specifieke activiteit van een beleggingsmaatschappij bestaat volgens het genoemde arrest immers uit de collectieve belegging in effecten van uit het publiek aangetrokken kapitaal. De bepaling van de fiscaal relevante waarden om te voldoen aan de fiscale verplichtingen van de deelnemers is op zichzelf genomen niet kenmerkend voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, aldus de belastingautoriteit. Het gaat hierbij veeleer om voor het beroep van accountants en vergelijkbare beroepsgroepen kenmerkende diensten.
- 8 Bij de bepaling van de fiscaal relevante waarden ten behoeve van de belastingaanslag en de bij het meldpunt te maken melding gaat het slechts om voorbereidende handelingen voor de nakoming van de meldplicht door de fiscale vertegenwoordiger van de beleggingsmaatschappij voor fiscale doeleinden. Dergelijke diensten zijn niet specifiek voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen en zijn ook geen essentieel bestanddeel van de in bijlage II bij de icbe-richtlijn vermelde diensten, aldus de belastingdienst. Bovendien vormt het verrichten van voorbereidende handelingen voor het melden van de fiscaal relevante waarden door een andere persoon geen over het geheel genomen afzonderlijke beheerdienst. Er is slechts sprake van een afzonderlijk geheel wanneer essentiële centrale beheertaken – zoals genoemd in bijlage II – worden overgedragen en deze diensten in hun geheel een afzonderlijk geheel vormen en kenmerkend en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Het enkele feit dat een activiteit in bijlage II bij de icbe-richtlijn wordt genoemd, is volgens de belastingdienst op zichzelf niet voldoende. Ook het geringe bedrag van de vergoeding voor de diensten van K pleit ervoor dat slechts sprake is van diensten van ondergeschikt belang.
- 9 Volgens **K** blijkt daarentegen uit punt 22 van het arrest GfBk en punt 77 van het arrest Fiscale Eenheid dat naast het centrale portefeuillebeheer ook de

bijbehorende beheerdiensten (in het bijzonder die welke worden genoemd in bijlage II bij de icbe-richtlijn) specifieke diensten vormen voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Het is volgens K niet juist dat steeds een geheel van beheerdiensten moet worden uitbesteed. Veeleer kunnen ook enkele diensten worden uitbesteed waarbij beroep kan worden gedaan op vrijstelling, voor zover deze diensten intrinsiek verband houden met de eigen kenmerkende activiteit van de beleggingsmaatschappij. Aangezien de in bijlage II genoemde diensten volgens de rechtspraak van het Hof specifiek zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, moeten ook diensten die intrinsiek verband houden met dergelijke activiteiten kunnen worden vrijgesteld.

- 10 Wanneer een activiteit wordt uitbesteed die de beleggingsmaatschappij anders krachtens de bestaande wetgeving zelf zou moeten verrichten, houdt deze intrinsiek verband met een voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen specifieke dienst. De hier aan de orde zijnde prestaties ter bepaling van de fiscaal relevante waarden voor de belastingheffing bij de deelnemers bestaat volgens K ook alleen op het gebied van beleggingsfondsen, waardoor er in ieder geval sprake is van een voor het fonds specifieke en essentiële dienst. Diensten als de controle van en het toezicht op activiteiten van een beleggingsmaatschappij die door een bewaarder (depotbank) moeten worden verricht, mag een beleggingsmaatschappij helemaal niet zelf uitoefenen en kunnen derhalve helemaal niet specifiek zijn voor haar activiteiten. Om die reden heeft het Hof in zijn arrest *Abbey National* verklaard dat de vrijstelling overeenkomstig artikel 135, lid 1, onder g), richtlijn 2006/112/EG niet op dergelijke diensten van toepassing is.
- 11 Tegen het algemene argument van de belastingdienst dat de bepaling en de melding van de fiscaal relevante waarden door een fiscale vertegenwoordiger behoren tot de kenmerkende activiteiten van een accountant, heeft K ingebracht dat er enerzijds tal van beleggingsmaatschappijen zijn die de taken van fiscaal vertegenwoordiger zelf uitoefenen. Anderzijds zijn er ook meerdere kredietinstellingen die de functie van fiscaal vertegenwoordiger uitoefenen voor beleggingsfondsen die zij niet zelf beheren.
- 12 Ook ten aanzien van het criterium „vorming van een over het geheel genomen afzonderlijk geheel” hoeft niet nagenoeg de gehele beheeractiviteit te worden uitbesteed; volgens K is het voldoende dat de uitbestede activiteit een af te bakenen beheeractiviteit is. Aan dit criterium is volgens K voldaan, aangezien voor ieder aandeelbewijs een fiscale berekening wordt uitgevoerd en de te melden fiscaal relevante waarden worden bepaald. Hierbij worden weliswaar waarden overgenomen uit de op het niveau van het fonds op te stellen winst- en verliesrekening respectievelijk uit de fondsadministratie, maar deze moeten met toepassing van specifieke vakkennis vaak nog op basis van de regels inzake winstbelasting worden aangepast. Uit het arrest *GfBk* vloeit volgens K voort dat de formele melding bij het meldpunt door de beleggingsmaatschappij niet in de weg staat aan de belastingvrijstelling, aangezien de beslissingsmacht in de zaak *GfBk* ook bij de beleggingsmaatschappij zelf berustte.

- 13 Voor het bestaan van een essentiële beheerdienst volstaat het dat de dienst voor het juiste beheer van de collectieve beleggingen beslissend en kenmerkend is en hiervoor een zeker belang heeft. De vrijstelling is per saldo van toepassing op een uitbestede activiteit, als deze in de plaats treedt van een beheeractiviteit die intrinsiek verband houdt met een in beginsel door de beleggingsmaatschappij te verrichten activiteit en als de verleende dienst een af te bakenen en niet slechts onbeduidende beheeractiviteit vormt.
- 14 Aangezien de beleggingsmaatschappij op grond van de bepalingen in het InvFG verplicht is aan de deelnemer alle informatie te verstrekken die deze nodig heeft om te kunnen voldoen aan zijn fiscale verplichtingen, en hiervoor ook de fiscale berekening en de melding van de fiscaal relevante waarden moet opstellen en voor de openbaarmaking daarvan moet zorgen, gaat het hierbij in ieder geval om een voor het fonds kenmerkende specifieke activiteit in het kader van het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Dit wordt ook gesteund door het feit dat in bijlage II bij de icbe-richtlijn het opstellen van belastingaangiften onder „Administratie” wordt vermeld. Onder het begrip „belastingaangiften” valt volgens K niet enkel het opstellen van formele belastingaangiften, maar iedere activiteit om te voldoen aan de fiscale verplichtingen. De volgens de belastingdienst geringe vergoeding voor de aan K uitbestede werkzaamheden berust op de synergie met andere onderlinge prestaties tussen K en de uitbestedende beleggingsmaatschappij.

### **Motivering van de verwijzingsbeslissing**

- 15 Het Hof heeft 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 de verschillende uitlegging van deze criteria door de partijen in de aanhangige bestuursrechtelijke procedure en de tegenstrijdige doelen – enerzijds wordt een ruim toepassingsgebied beoogd zodat ook kleine beleggers hun geld via beleggingsfondsen met risicospreiding en vrijgesteld van omzetbelasting kunnen beleggen in effecten, anderzijds moeten de voor de omschrijving van de genoemde belastingvrijstelling gebruikte begrippen strikt worden uitgelegd omdat het om een uitzondering gaat – blijven volgens de verwijzende rechter evenwel gegronde twijfels bestaan aangaande de uitlegging conform het Unierecht van het begrip „beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen”. De onderhavige vragen rijzen in het bijzonder omdat de uitbestede diensten niet intrinsiek verband houden met de kernactiviteit van het portefeuillebeheer, te weten de rechtstreekse collectieve belegging van uit het publiek aangetrokken kapitaal. In casu gaat het veeleer om louter administratieve activiteiten in het belang van een wettige belastingheffing op de inkomsten van de

deelnemers op grond van specifieke fiscale regels en regels inzake beleggingsfondsen, die mogelijk voor de toepasselijkheid van de vrijstelling voldoende intrinsiek verband houden met de in bijlage II bij de icbe-richtlijn genoemde administratieve activiteiten. Bovendien is het de vraag of het door K verrichte deel van de dienst een afzonderlijk geheel vormt, zoals is vereist.

- 16 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 (arrest van het Hof in zaak Abbey National, punt 62). 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 evenwel vragen doordat volgens de rechtspraak van het Hof vrijstellingsbepalingen in beginsel strikt dienen te worden uitgelegd omdat het uitzonderingen zijn, 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, mogelijk strijdig zijn met het in acht te nemen doel van de vrijstelling.
- 17 De boven aangehaalde arresten van het Hof in de zaken SDC, CSC, Bookit, DPAS en Cardpoint hadden betrekking 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. Volgens het arrest Fiscale Eenheid (punten 72, 73 en 77) vormen, naast de taken van portefeuillebeheer, administratieve taken van instellingen voor collectieve belegging (icbe), zoals genoemd in bijlage II bij de icbe-richtlijn (niet uitputtend), taken die specifiek zijn voor gemeenschappelijke beleggingsfondsen. 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 in beginsel het „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds”. Wat de algemene opmerkingen inzake de belastingvrijstelling van een uitbestede dienst betreft, kan volgens de verwijzende rechter echter worden aangehaakt bij de aangehaalde arresten. Het blijft de vraag of de bepaling van de belastbare inkomsten per afzonderlijke belegger en specifiek voor beleggingsfondsen in het belang van een juiste belastingheffing bij de deelnemers, een kenmerkende en essentiële dienst voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds is, en of deze activiteit een afzonderlijk geheel vormt, zoals vereist.

*Beoordeling aan de hand van de doelstelling*

- 18 In de zaak *Abbey National* ging het enerzijds om diensten van een bewaarder waarmee werd gezorgd voor de naleving van de regelgeving en het fondsreglement, en anderzijds om verschillende administratieve en boekhoudkundige diensten van een derde beheerder (zie op dit laatste punt de onderstaande beoordeling aan de hand van het intrinsieke verband).
- 19 Het Hof heeft met betrekking tot de diensten ter naleving van de regelgeving en het fondsreglement beslist dat deze niet specifiek zijn voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Dit heeft het Hof gemotiveerd door te stellen dat met de betrokken diensten niet wordt beoogd effectenportefeuilles te vormen en te beheren met het kapitaal dat de inschrijvers inleggen door het kopen van aandelen. Deze diensten hebben eerder tot doel te garanderen dat het beheer van instellingen voor collectieve belegging volgens de wet plaatsvindt. Bijgevolg behoren deze diensten niet tot het beheer van dergelijke instellingen, maar tot de controle van en het toezicht op de activiteiten daarvan.
- 20 Volgens de verwijzende rechter acht het Hof niet van belang of er sprake is van een wettelijke of contractuele uitbesteding van een beherdienst, maar let het uitsluitend op hetgeen met de activiteit wordt beoogd. Terwijl de controleactiviteiten van de depotbank in het belang van de beleggersbescherming beogen het beheer te laten plaatsvinden in overeenstemming met de wet, beoogt de specifieke activiteit van een beleggingsmaatschappij het voor kleine beleggers eenvoudiger te maken om collectief te beleggen in effecten en de gevormde portefeuilles te beheren. Wegens de vrijstelling van deze activiteit mag de vergoeding die hiervoor door de beleggers wordt betaald evenmin met btw worden belast, zoals dit bij het rechtstreeks aankopen en beheren van effecten het geval is.



- 21 Ook in het arrest Fiscale Eenheid (punten 77 en 78) refereert het Hof aan het doel. Toegepast op het onderhavige geval zou dit ertoe kunnen leiden dat activiteiten van beheer en financiële verslaglegging die de wettige belastingheffing op het rendement van de deelnemers beogen, niet specifiek zijn voor de activiteiten van een fonds, maar voorkomen bij diverse wijzen van inkomstenverkrijging met verschillende wettelijke randvoorwaarden. In ieder geval zou er rekening mee moeten worden gehouden dat er in de onderhavige feitelijke situatie zeer specifieke voorschriften op het gebied van de beleggingsfondsen bestaan voor de belastingheffing op de rendementen van het fonds.
- 22 Mocht het Hof oordelen dat het toezicht op de naleving van de voorschriften voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds vanwege de algemene doelstelling daarvan niet kenmerkend is voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, zou dit ook kunnen gelden voor activiteiten die, op grond van de rechtsgrondslagen daarvan, beogen dat de deelnemers worden belast in overeenstemming met de wet. Daarom rijst de vraag of een activiteit die zich richt op een wettige belastingheffing op de rendementen van de deelnemers, specifiek is voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds.

*Beoordeling aan de hand van het intrinsieke verband*

- 23 In het arrest Abbey National ging het ook om verschillende administratieve en boekhoudkundige diensten door een derde beheerder. De regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie pleitten er toen voor de bepaling zo strikt uit te leggen dat alleen beheerdiensten die nauw verband houden met het portefeuillebeheer en derhalve rechtstreekse gevolgen hebben voor de activa en passiva van het fonds, kunnen worden vrijgesteld (restrictieve opvatting van het begrip beheerdienst).
- 24 Deze opvatting heeft het Hof niet overgenomen: de diensten van administratie zoals genoemd in bijlage II bij de icbe-richtlijn kunnen naast het pure portefeuillebeheer ook vrijgesteld zijn, aangezien deze specifiek zijn voor de activiteiten van een icbe (arrest Abbey National, punt 64). Deze activiteiten bestaan er immers in, uit het publiek aangetrokken kapitaal collectief in effecten te beleggen. Volgens de verwijzende rechter moet echter uit de door het Hof in punt 70 genoemde beperkende voorwaarde worden afgeleid dat de in bijlage II bij de icbe-richtlijn genoemde diensten in ieder geval dan specifiek zijn voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds en dus ook vrijgesteld zijn, wanneer zij door beleggingsmaatschappij zelf worden verricht. Wanneer deze diensten worden verleend door een derde beheerder, kunnen zij blijkens punt 70 alleen worden aangemerkt als van belasting vrijgestelde dienst, indien zij over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen, dat de kenmerkende en essentiële functies van het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds vervult (in die zin ook arrest GfBk, punt 21). De nationale rechter moet beslissen of aan deze voorwaarde is voldaan (punt 73). Het Hof sluit dit niet uit, maar bevestigt het ook niet, waardoor het volgens het arrest Abbey National

onbeantwoord blijft of de in deze zaak verleende omvangrijke beheerdiensten specifiek zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

- 25 Uit het arrest GfBk kunnen op dit punt nadere conclusies worden getrokken. In punt 23 van het arrest heeft het Hof vastgesteld dat sprake kan zijn van een vrijgestelde dienst, wanneer deze intrinsiek verband houdt met de eigen activiteit van een beleggingsmaatschappij, zodat met deze dienst de voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds specifieke en essentiële functies worden vervuld. Mocht men na deze uiteenzetting nog van mening kunnen zijn dat ook de bepaling van de inkomsten van de houders van een aandeel in het fonds een voor een beleggingsfonds eigen en kenmerkende activiteit vormt, moet dit volgens punt 24 van het arrest eventueel toch weer worden genuanceerd. Daarin stelt het Hof vast dat diensten waarbij aan een beleggingsmaatschappij aanbevelingen worden gedaan betreffende de aan- en verkoop van activa, intrinsiek verband houden met de specifieke activiteit van een beleggingsmaatschappij die bestaat in de collectieve belegging in effecten van uit het publiek aangetrokken kapitaal.
- 26 De in punt 22 eveneens als specifiek aangemerkte administratieve taken, zoals genoemd in bijlage II bij de icbe-richtlijn, worden hier door het Hof niet meer aangehaald. De reden hiervoor kan zijn dat het in de zaak GfBk juist om adviesdiensten ging die intrinsiek verband houden met het portefeuillebeheer in meer strikte zin, en het Hof dus uitsluitend deze heeft behandeld. Maar met name uit de uiteenzetting van de advocaat-generaal, waarnaar het Hof uitdrukkelijk verwijst, kan worden afgeleid dat in beginsel alleen het portefeuillebeheer op zich alsmede de daarmee intrinsiek verband houdende en voor het fondsbeheer kenmerkende beheerdiensten, die deze van andere economische activiteiten onderscheiden, specifiek zijn. Bijgevolg zou niet elke in bijlage II bij de icbe-richtlijn genoemde beheerdienst op voorhand specifiek zijn, maar zou deze in het geval van een uitbesteding aan een derde beheerder ook nog intrinsiek verband moeten houden met het portefeuillebeheer in meer strikte zin (gewijzigde restrictieve zienswijze).
- 27 Deze gewijzigde restrictieve zienswijze zou ook in overeenstemming zijn met de herhaaldelijke vaststelling door het Hof dat de in bijlage II bij de icbe-richtlijn genoemde activiteiten in ieder geval specifiek zijn voor het beheer van een beleggingsmaatschappij, wanneer zij deze zelf verricht. Maar wanneer deze worden verleend door een derde beheerder, moeten zij over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen en kenmerkend en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen door beleggingsmaatschappijen om onder de vrijstelling te kunnen vallen.
- 28 Uit de door het Hof ontwikkelde regel dat de omvang van de aansprakelijkheid alsmede de doelstelling van de te beoordelen dienst moeten worden getoetst om het specifieke karakter van een in bijlage II bij de icbe-richtlijn genoemde en uitbestede dienst vast te stellen, zou kunnen worden afgeleid dat het niet is toegestaan de cirkelredenering te volgen dat de in bijlage II bij de icbe-richtlijn genoemde diensten ook bij uitbesteding in ieder geval specifiek zijn voor het

beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen en deze diensten dus een specifiek doel dienen en ook een aansprakelijkheid voor een specifieke activiteit bestaat. Zou een dergelijke cirkelredenering wel zijn toegestaan, zouden de aanwijzingen van het Hof dat bij uitbesteding van een dergelijke dienst aan een derde de vrijstelling slechts van toepassing is als deze dienst kenmerkend en essentieel is en in voldoende mate een afzonderlijk geheel vormt, elke betekenis verliezen. Of een in bijlage II bij de icbe-richtlijn genoemde dienst in het geval dat deze door een derde beheerder wordt verricht, specifiek is voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, moet derhalve volgens andere maatstaven worden beoordeeld. Volgens de redenering van het Hof in het arrest GfBk ligt het voor de hand dat dit het bestaan van een intrinsiek verband met de kernactiviteit van het portefeuillebeheer zou kunnen zijn.

- 29 Deze zienswijze is echter mogelijk in strijd met de boven uiteengezette ruime zienswijze. Tegen de restrictieve zienswijze dat een activiteit alleen specifiek is voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen wanneer deze de kernactiviteit van een beleggingsmaatschappij betreft en derhalve gevolgen heeft voor de financiële situatie van het fonds, pleiten de bovenstaande redenering waaruit blijkt dat het Hof deze opvatting van de Commissie en het Verenigd Koninkrijk niet heeft overgenomen, alsmede de nadrukkelijke afwijzing van deze opvatting (arrest ATP PensionService, punt 69). Wat dan overblijft, is de gewijzigde restrictieve zienswijze volgens welke een in bijlage II bij de icbe-richtlijn genoemde beherdienst specifiek is wanneer deze – ook al leidt deze zelf niet tot een wijziging van de financiële situatie van het fonds – intrinsiek verband houdt met het portefeuillebeheer dat bepalend is voor de financiële situatie van het fonds. Indien deze laatste opvatting, zoals deze eventueel in het arrest GfBk tot uitdrukking komt, juist is, kunnen de hier aan de orde zijnde diensten bij gebrek aan een intrinsiek verband met de kernactiviteit van een beleggingsmaatschappij niet zijn vrijgesteld.

#### *Aansprakelijkheid*

- 30 Met betrekking tot het belang van de aansprakelijkheid heeft het Hof in punt 40 (tweede en derde zin) van zijn arrest Bookit en in punt 36 van zijn arrest DPAS het volgende verklaard: „In dat verband moet de vrijgestelde dienst in de zin van de btw-richtlijn worden onderscheiden van het verrichten van een eenvoudige materiële of technische dienst. Daartoe moet in het bijzonder de omvang van de aansprakelijkheid van de dienstverrichter worden onderzocht, met name de vraag of deze aansprakelijkheid beperkt is tot de technische aspecten dan wel zich uitstrekt tot de kenmerkende en essentiële functies van de handelingen.”
- 31 Indien de bepaling van de fiscaal relevante waarden voor het waarborgen van de belastingheffing bij de deelnemers volgens de voorschriften voor beleggingsfondsen kenmerkend en essentieel is voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, is K ook aansprakelijk voor deze kenmerkende en essentiële functies.

- 32 In het geval een onjuiste bepaling van de betrokken waarden negatieve gevolgen heeft voor de deelnemer, zou de beleggingsmaatschappij in eerste instantie aansprakelijk zijn voor diens schade. De beleggingsmaatschappij kan op haar beurt volgens algemene civielrechtelijke beginselen verhaal halen bij K. Dit geeft evenwel geen antwoord op de vraag of deze aansprakelijkheid zich uitstrekt tot kenmerkende en essentiële functies van de handelingen die de handelingen van een beleggingsmaatschappij onderscheiden. Als uitsluitend diensten van portefeuillebeheer in meer strikte zin of alleen beheerdiensten die intrinsiek verband houden met het loutere portefeuillebeheer in meer strikte zin kenmerkend zijn, zou K in verband met de hier te beoordelen activiteit niet aansprakelijk zijn.

*Vereiste van een afzonderlijk geheel*

- 33 Volgens de punten 27 e.v. van het arrest GfBk is het niet van belang of een uitbestede beheerdienst die intrinsiek verband houdt met het portefeuillebeheer, uitsluitend de basis vormt voor de beslissingsmacht van de beleggingsmaatschappij. Het Hof heeft ook de uitspraak herhaald dat het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen kan worden onderverdeeld in verschillende diensten die dan onder de vrijstelling kunnen vallen. In het geval dergelijke diensten aan een derde beheerder worden uitbesteed, geldt dit op voorwaarde dat met elk van deze diensten de specifieke en essentiële functies van het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds worden vervuld.
- 34 K is daarom van mening dat voor het vereiste van een afzonderlijk geheel geen sprake hoeft te zijn van een totaalpakket aan diensten, maar dat het volstaat als de uitbestede beheerdienst voldoende te onderscheiden is van andere diensten. Dit is volgens K het geval, aangezien zij in het kader van de bepaling van alle inkomsten uitsluitend die diensten verleent waarbij de van de depotbank overgenomen waarden overeenkomstig de fiscale eisen worden aangepast. Uit het feit dat het criterium van het afzonderlijk geheel in het arrest GfBk niet wordt genoemd, leidt K bovendien af dat het Hof dit criterium mogelijk heeft opgegeven of aan dit criterium in ieder geval niet meer hetzelfde grote belang toekent als in eerdere arresten.
- 35 Volgens de verwijzende rechter blijkt uit de algemene opmerkingen in de arresten van het Hof inzake de uitbesteding van financiële diensten, die na het arrest GfBk zijn geweest (arresten Bookit, DPAS, Fiscale Eenheid, Cardpoint), duidelijk dat het Hof vasthoudt aan het criterium van een „over het geheel genomen afzonderlijk geheel” voor de toepassing van de vrijstelling op een uitbestede financiële dienst. Volgens 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 handeling in het kader van het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds te kunnen worden aangemerkt, moet een dienst over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen dat de specifieke en essentiële functies van het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds vervult.

- 36 Het is de verwijzende rechter echter niet duidelijk hoe ver de afzonderlijkheid van een uitbestede beheerdienst moet gaan respectievelijk welke omvang deze moet hebben om te kunnen spreken van een over het geheel genomen afzonderlijk geheel. Daarom rijst de vraag of de door K verleende en in de weergave van de feiten beschreven dienst bestaande in de „overname van de fiscale taken voor het waarborgen van de belastingheffing bij de deelnemers” middels de beschreven fiscaalrechtelijke en aan de voorschriften voor beleggingsfondsen gerelateerde aanpassingen van de waarden die zijn overgenomen van de depotbank respectievelijk de beleggingsmaatschappij, voldoet aan de door het Hof gestelde voorwaarde dat sprake moet zijn van een over het geheel genomen afzonderlijk geheel.
- 37 De beantwoording van de vragen inzake de uitlegging van artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG, in het bijzonder wat betreft de strekking van het begrip „beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds”, is van belang voor de beslissing in de aanhangige zaak wat betreft de vraag of de uitbestede bepaling van de fiscaal relevante waarden moet worden behandeld als vrijgestelde dan wel als belaste handeling. Met name vanwege de boven beschreven feitelijke situatie die 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.

WERKDOCCENTRUM