

**Toepassingsbereik van vrijstellingen in de
financiële- en verzekeringssector op basis van de
uitleg van het Hof van Justitie**

By: mr. K.R. Carton
Post-Master Indirecte Belastingen 2017 / 2018

Inhoudsopgave

| | |
|---|----|
| Inhoudsopgave..... | 1 |
| Lijst van gebruikte afkortingen..... | 2 |
| 1. Inleiding..... | 3 |
| 2. Achtergrond..... | 4 |
| 2.1 Historie Btw-richtlijn | 4 |
| 2.2 Vrijstellingen in de btw | 5 |
| 2.3 Taak van het Hof van Justitie | 6 |
| 2.4 Interpretatiemethoden | 6 |
| 2.4.1 Tekst | 7 |
| 2.4.2 Context..... | 7 |
| 2.4.3 Doel..... | 8 |
| 2.4.4 Neutraliteit | 8 |
| 2.4.5 Strikte interpretatie bij vrijstellingen | 9 |
| 3. Interpretatie bij vrijstellingen in de financiële sector | 10 |
| 3.1 Financiële diensten in het algemeen..... | 10 |
| 3.2 Handelingen betreffende overmakingen, betalingen en effecten..... | 12 |
| 3.3 Handelingen ter zake van verzekering | 13 |
| 3.4 Bemiddeling in de financiële- en verzekeringssector..... | 14 |
| 3.5 Beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen..... | 16 |
| 3.5.1 Gemeenschappelijk beleggingsfonds | 16 |
| 3.5.2 Beheer..... | 18 |
| 4. Conclusie | 20 |
| Literatuurlijst..... | 22 |

Lijst van gebruikte afkortingen

| | |
|-------------------------|--|
| A-G | Advocaat-Generaal |
| btw | belasting over de toegevoegde waarde |
| Btw-richtlijn | Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 |
| Commissie | Europese Commissie |
| Eerste richtlijn | Richtlijn 67/227/EEG van de Raad van 11 april 1967 |
| Hof van Justitie of HvJ | Hof van Justitie van de Europese Unie |
| ICBE | instelling voor collectieve belegging in effecten |
| ICBE-richtlijn | Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten |
| IVM | International VAT Monitor |
| MBB | Maandblad Belasting Beschouwingen |
| NTER | Nederlands tijdschrift voor Europees recht |
| NTFR | Nederlands tijdschrift voor Fiscaal recht |
| p. | pagina |
| Raad | Raad van de Europese Unie |
| r.o. | rechtsoverweging |
| SEW | Tijdschrift voor Sociaal Economische Wetgeving |
| Tweede richtlijn | Richtlijn 67/228/EEG van de Raad van 11 april 1967 |
| VEU | Verdrag betreffende de Europese Unie |
| VWEU | Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie |
| WFR | Weekblad Fiscaal Recht |
| Wft | Wet op het financieel toezicht |
| Zesde richtlijn | Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 |

1. Inleiding

Ruim 60 jaar geleden is binnen Europa begonnen met de integratie tussen de staten met als doel het creëren van een gemeenschappelijke markt. Van belang om dit te realiseren, was onder meer het vervangen van de diverse nationale omzetbelastingssystemen door een Europees btw-stelsel. Dit stelsel kreeg de vorm van een richtlijn, die sindsdien verschillende malen is aangevuld en uiteindelijk zelfs is herschikt tot de Btw-richtlijn die we nu kennen.

De Btw-richtlijn schrijft de lidstaten van de Europese Unie voor op welke wijze zij transacties aan de btw dienen te onderwerpen. Om de voor de gemeenschappelijke markt benodigde harmonisatie in de Europese Unie te bewerkstelligen, dienen de in de Btw-richtlijn opgenomen begrippen uniform te worden uitgelegd.¹

Eén van de factoren die de beoogde harmonisatie de facto bemoeilijkt, is dat het Europese btw-stelsel is voorzien van vrijstellingen. Vrijstellingen kunnen de neutraliteit verstoren in die zin dat zij een uitzondering vormen op het algemene uitgangspunt dat btw wordt geheven over de vergoeding voor elke levering van goederen en elke dienst verricht door een belastingplichtige onder bezwarende titel. Aangezien de reikwijdte van vrijstellingsbepalingen regelmatig tot discussie leidt, druisen vrijstellingen in beginsel in tegen de doelstelling van eenvoud en neutraliteit ten aanzien van de mededinging zoals vastgelegd bij invoering van het Europese btw-stelsel.

Een cruciale rol voor de afbakening van de Unierechtelijke vrijstellingsbegrippen is weggelegd voor het Hof van Justitie. Deze rechterlijke instantie heeft de taak om een uniforme uitlegging en toepassing van het recht van de Unie te verzekeren. In praktijk is het Hof van Justitie daarvoor afhankelijk van prejudiciële vragen van lokale rechters en inbreukprocedures die de Commissie tegen lidstaten start.

Om uitleg aan de in de Btw-richtlijn opgenomen vrijstellingsbegrippen te geven, kan het Hof van Justitie diverse interpretatiemethoden hanteren. Zo kan het onder meer kijken naar de bewoording van een wettelijke bepaling of het doel wat met deze bepaling is beoogd. Daarnaast dient het Hof van Justitie acht te slaan op de fundamentele beginselen van het btw-stelsel.

De wijze waarop het Hof van Justitie gebruik dient te maken van interpretatiemethoden is niet vastomlijnd. Dit leidt ertoe dat het Hof van Justitie een bepaalde keuzemogelijkheid heeft bij het interpreteren van de begrippen van Unierecht. Mede hierdoor zijn of lijken uitspraken niet altijd even helder verantwoord en wordt het Hof van Justitie weleens beticht van rechterlijk activisme.²

Hierdoor ontstond bij mij de vraag of in de jurisprudentie van het Hof van Justitie die gaat over de uitleg van vrijstellingen in de financiële- en verzekeringssector een lijn te onderkennen zou zijn. In deze verhandeling onderzoek ik die mogelijkheid. Ik ga hiervoor eerst in op de rol van het Hof van Justitie en de aanknopingspunten die het gebruikt om de begrippen in de vrijstellingsbepalingen in de Btw-richtlijn te interpreteren. Vervolgens ga ik verder met de interpretatie van de vrijstellingen in het algemeen om uiteindelijk de verschillende vrijstellingen in beeld te brengen. Om het enigszins overzichtelijk te houden heb ik ervoor gekozen niet alle vrijstellingen (afzonderlijk) te behandelen.

¹ Enkele, expliciet vermelde, uitzonderingen daargelaten. Denk aan het begrip 'bouwterrein', wat lidstaten op grond van artikel 12, lid 3 Btw-richtlijn zelf mogen omschrijven.

² Zie hierover onder meer H.C.F.J.A. de Waele, "Rechtspleging door het Europees Hof van Justitie: activistisch, kwaliteitsvol, methodisch zuiver, problematisch?", *SEW* 2013/11.

2. Achtergrond

2.1 Historie Btw-richtlijn

In 1957 is door België, de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap gesloten.³ Met dit verdrag beoogden de lidstaten een gemeenschappelijke markt van goederen en diensten te bewerkstelligen. In dat kader ontving de Commissie de taak onderzoek te verrichten naar de mogelijkheid om de wetgeving van de lidstaten met betrekking tot de btw te harmoniseren.

Het eerste voorstel voor een richtlijn op het gebied van de btw diende de Commissie in 1962 bij de Raad in.⁴ De vaststelling van de Eerste en Tweede richtlijn inzake de omzetbelasting markeerde vervolgens in 1967 het ontstaan van een stelsel van btw op Europees niveau.⁵ Om in alle lidstaten tot neutraliteit ten aanzien van de mededinging te komen, werden de tot dat moment geldende (cumulatieve cascade)stelsels vervangen door een gemeenschappelijk btw-stelsel. Uiteindelijk zouden de wijzigingen, in lijn met de doelstelling van harmonisatie, etappegewijs dienen te leiden tot een gemeenschappelijke markt waarin een gezonde mededinging bestaat analoog aan die van een binnenlandse markt.⁶

Door het nieuwe btw-stelsel in de vorm van een richtlijn uit te werken, verkregen lidstaten de vrijheid om zelf de methode en middelen te kiezen om het beoogde resultaat te bereiken.⁷ Een formele of letterlijke overname van bepalingen in de nationale wet is bij een richtlijn namelijk niet vereist. De gekozen implementatie moet echter wel zodanig zijn dat de volledige toepassing van de richtlijn is verzekerd.⁸

In de loop der jaren is meermaals aanleiding gevonden om de richtlijn aan te vullen of te wijzigen. In 1977 is de Zesde richtlijn inzake omzetbelasting vastgesteld naar aanleiding van het besluit om de financiële bijdragen van lidstaten aan de Europese Economische Gemeenschap te vervangen door 'eigen middelen'.⁹ Deze richtlijn gaf bovendien meer gepreciseerde regels op het gebied van de uniforme vaststelling van de belastinggrondslag. Omdat de wijzigingen en aanvullingen op de bestaande richtlijn in de loop der jaren de richtlijn niet overzichtelijker maakten, is deze uiteindelijk herschikt met de invoering van de Btw-richtlijn in 2006.¹⁰

Omdat het Unierecht niet dient te worden beïnvloed door nationaal recht en het Unierecht bij een conflict zal prevaleren¹¹, kan worden gesproken van een autonome rechtsorde. Binnen

³ Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957, Tractatenblad 1957, 91.

⁴ Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake harmonisatie van wetgevingen van lidstaten met betrekking tot de omzetbelasting, Supplement van het bulletin van de Europese Economische Gemeenschap, 1962, afl. 12.

⁵ Eerste Richtlijn 67/227/EEG van de Raad van 11 april 1967 en Tweede Richtlijn 67/228/EEG van de Raad van 11 april 1967.

⁶ Considerans van de Eerste Richtlijn 67/227/EEG van de Raad van 11 april 1967.

⁷ Conform artikel 288 VWEU is een richtlijn enkel verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat.

⁸ HvJ 23 mei 1985, nr. 29/84 (*Commissie/Bondsrepubliek Duitsland*) r.o. 23 en HvJ 8 juli 1987, nr. 247/85 (*Commissie/België*) r.o. 9.

⁹ Considerans van de Zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977.

¹⁰ Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.

¹¹ HvJ 14 januari 1964, nr. 6/64 (*Costa Enel*).

deze autonome rechtsorde leiden de in de Btw-richtlijn gehanteerde begrippen tot rechten en plichten voor belastingplichtigen.

2.2 Vrijstellingen in de btw

Vrijstellingen maken inbreuk op het algemene beginsel dat btw wordt geheven over elke levering van goederen en elke dienst die door een belastingplichtige onder bezwarende titel wordt verricht.¹² Van belang is om ervan bewust te zijn dat vrijstellingen niet in alle gevallen gunstig uitpakken voor de betrokkenen. Door het ontbreken van het recht op aftrek van voorbelasting toerekenbaar aan vrijgestelde activiteiten blijkt dat wie denkt te zijn vrijgesteld, de facto vaak juist wordt belast, en andersom. Dit fenomeen is ook wel bekend als de paradox van de btw.¹³

De werking van de vrijstelling leidt in principe niet tot bezwaar voor zover het prestaties aan particulieren en andere niet-aftrekgerechtigde belastingplichtigen betreft. Het toepassen van een vrijstelling heeft echter een versturende werking wanneer de vrijgestelde prestatie wordt verricht aan een belast presterende belastingplichtige. In dat geval zal de belastingplichtige die de vrijgestelde prestatie verricht, rekening dienen te houden met een bedrag aan niet-aftrekbare btw bij de bepaling van zijn prijs. De belast presterende belastingplichtige ziet deze niet-aftrekbare btw onderdeel worden van zijn kostprijs en daarmee van de prijs waarover hij btw in rekening brengt aan zijn klanten. Per saldo resulteert dit in cumulatie van btw. Dit gaat in tegen het beginsel van het btw-stelsel dat aan het einde van een productie- en distributieproces btw is geheven die strikt evenredig is aan de prijs van de goederen en diensten.¹⁴ In de literatuur wordt om die reden wel eens gepleit voor implementatie van de optie die op grond van artikel 137 Btw-richtlijn bestaat om over te gaan tot heffing ter zake van (bepaalde) financiële prestaties.¹⁵

Redenen voor het opnemen van vrijstellingen in de Btw-richtlijn ondanks de mogelijke versturende werking zijn te vinden in de wens om de btw in beginsel ruim toe te passen en basisbegrippen zoals belastingplichtige en belastbaar feit ruim te definiëren¹⁶, terwijl het onwenselijk is om al de daaronder vallende situaties aan de btw te onderwerpen. Denk aan maatschappelijke organisaties en handelingen inzake geld.¹⁷

Voor het gebruik van vrijstellingen in de financiële sector spelen veeleer motieven van politieke, economische en technische aard een rol. Illustratief is de redenering van het Hof van Justitie in het arrest bij de zaak Velvet & Steel en in de beschikking bij de gevoegde zaken Ladbroke en Derby.¹⁸

Het gebruik van vrijstellingen dient in het licht van de gewenste neutraliteit ten aanzien van de mededinging uiteraard uniform plaats te vinden. Daarnaast wordt met een uniforme toepassing ook bewerkstelligd dat in de gehele Europese Unie op een vergelijkbare wijze btw wordt geheven ten behoeve van de eigen middelen.¹⁹ Hierdoor is de wijze van interpretatie van de vrijstellingen van groot belang.

¹² HvJ 15 juni 1989, nr. C-348/87 (*Stichting Uitvoering Financiële Acties*), r.o. 13.

¹³ Zie bijvoorbeeld M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, 14^e druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 20.

¹⁴ Artikel 1, lid 2 Btw-richtlijn.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld W.J. Blokland, Een concernfinancieringsregime voor de omzetbelasting, *MBB* 2014/12-01.

¹⁶ Zie over de ruime toepassingsfeer bijvoorbeeld HvJ 4 december 1990, nr. C-186/89 (*Van Tiem*), r.o. 17.

¹⁷ M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, 14^e druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 255.

¹⁸ Zie hierover meer in onderdeel 3.1.

¹⁹ Zie de considerans van de Btw-richtlijn, punt 35.

2.3 Taak van het Hof van Justitie

Om te waarborgen dat de richtlijnimplementatie van de lidstaten past binnen de gewenste gemeenschappelijke markt in de Europese Unie is een gezaghebbende instantie vereist. Daarnaast dienen de rechten van belastingplichtigen gewaarborgd te worden. Dit laatste aspect komt in beginsel voor rekening van de nationale rechter. Belastingplichtigen kunnen zich bij een conflict met de nationale autoriteiten tot nationale rechtelijke instanties wenden.

Indien de nationale rechtelijke instanties tegen vragen of onduidelijkheden op het gebied van het Unierecht lopen en een beslissing op een specifiek punt noodzakelijk achten voor het wijzen van het vonnis, zijn zij bevoegd om vragen te stellen aan het Hof van Justitie.²⁰ Dit betreft de zogenoemde prejudiciële procedure. De prejudiciële procedure is derhalve gebaseerd op de samenwerking of dialoog tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie om tot een uniforme toepassing van het Unierecht in alle lidstaten te komen.²¹ Het Hof van Justitie gaat primair over de uitlegging van het Unierecht, terwijl de nationale rechter deze uitlegging zal moeten toepassen op het nationale geschil.²²

Aan het Hof van Justitie is vervolgens de taak gegeven om de eerbiediging van het Unierecht te verzekeren bij de uitleg en toepassing ervan.²³ Om te voorkomen dat nationale rechtelijke instanties het Hof van Justitie niet raadplegen en derhalve de uniformiteit te waarborgen en uiteenlopende rechtspraak te voorkomen, is de hoogste nationale rechter bovendien verplicht een vraag van Unierecht te verwijzen naar het Hof van Justitie. Dit is slechts anders indien deze heeft vastgesteld dat de betrokken gemeenschapsbepaling reeds door het Hof van Justitie is uitgelegd (de zogenoemde 'acte éclairé') of dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is, dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan (de zogenoemde 'acte clair').²⁴

2.4 Interpretatiemethoden

Het Hof van Justitie gebruikt verschillende aanknopingspunten om het Unierecht te interpreteren. In het spectrum van interpretatiemethoden is voor het Hof van Justitie voor zover bekend geen startpunt of volgorde aangegeven.²⁵

In het CILFIT arrest geeft het Hof van Justitie enkele eerste aanknopingspunten voor de interpretatie van het gemeenschapsrecht.²⁶ Het betreft de tekst, context en doelstelling van de bepaling. Later in de jurisprudentie is op basis daarvan verankerd dat "*voor de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet enkel rekening moet worden gehouden met de bewoordingen van de bepaling, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt, nastreeft.*"²⁷ Hiermee geeft het Hof van Justitie drie wijzen van interpreteren van de Unierechtelijke begrippen weer, die wijzen op een overwegend grammaticale interpretatie.

Hoewel het Hof van Justitie voormelde rechtsoverweging veelvuldig in de jurisprudentie herhaalt, betreffen de daarin opgenomen aspecten niet de enige bronnen van interpretatie en heeft het Hof van Justitie ook de mogelijkheid om van de daarin genoemde volgorde af te

²⁰ Artikel 267 VWEU.

²¹ Bijvoorbeeld te vinden in HvJ 1 december 1965, nr. 16/65 (*Schwarze*) en HvJ 12 februari 2008, nr. C-2/06 (*Kempter*).

²² Zie bijvoorbeeld HvJ 16 december 1981, 244/80 (*Foglia*).

²³ Artikel 19, lid 1 VEU.

²⁴ HvJ 6 oktober 1982, nr. C-283/81 (*CILFIT*).

²⁵ Zie in gelijke zin N.M.L. Dhondt en W.W. Geursen, Over gedeelde bevoegdheden en hiërarchie in interpretatiemethoden, *NTER* 2008/10.

²⁶ HvJ 6 oktober 1982, nr. C-283/81 (*CILFIT*), r.o. 17 t/m 20.

²⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ 17 november 1983, nr. 292/82 (*Firma E. Merck*) r.o. 12.

wijken. Zo heeft het Hof van Justitie in het arrest in de zaak Van Gend en Loos aangegeven dat “moet worden gelet op de geest, de inhoud en de bewoordingen”²⁸ en voegde het daar in het arrest in de zaak Continental Can Company “het systeem en de doeleinden”²⁹ aan toe. Hiermee geeft het Hof van Justitie zichzelf de vrijheid om op basis van de daarvoor benodigde interpretatiemethoden een afwijkend standpunt in te nemen ten opzichte van bijvoorbeeld de tekst van de richtlijn of een eerder door het Hof van Justitie gewezen arrest.³⁰ Niet zelden leidt dit tot kritische beschouwingen over de werkwijze van het Hof van Justitie.³¹

Hieronder volgt een beknopte omschrijving van enkele aanknopingspunten die het Hof van Justitie aangrijpt voor de interpretatie van begrippen, zowel in het algemeen als specifiek met betrekking tot vrijstellingen.

2.4.1 Tekst

Het Hof van Justitie kan zich allereerst uiteraard baseren op de bewoording van de bepaling door de begrippen waarover onduidelijkheid bestaat letterlijk uit te leggen. Wanneer mogelijk nadelige (financiële) gevolgen voor particulieren bestaan, mag een bepaling waarvan niet-naleving wordt bestraft met financiële sancties omwille van de rechtszekerheid in elk geval niet worden uitgelegd op een manier die niet strookt met de normale betekenis van de gebruikte woorden.³²

Bij de tekstuele interpretatie is het voor het Hof van Justitie van belang om rekening te houden met de diverse taalversies die van de Btw-richtlijn bestaan. Het Hof van Justitie zegt hierover: “Vooreerst moet in aanmerking worden genomen, dat de teksten van gemeenschapsrecht in verscheidene talen zijn opgesteld en dat de verschillende taalversies gelijkwaardig authentiek zijn; de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht vereist dan ook een vergelijking van de verschillende taalversies.”³³ Dit betekent dat iedere van de 24 taalversies van de Btw-richtlijn in principe als zelfstandig moet worden beschouwd en dat geen sprake is van één ‘originele’ of ‘doorslaggevende’ taalversie. Hierbij moet ook gelet worden op uitleggingsverschillen die zelfs bij gelijke bewoording kunnen bestaan door de verschillende nationale rechtsstelsels.³⁴ Gelet op de hoeveelheid aan taalversies en nationale rechtsstelsels die bestaan, verrast het uiteraard niet dat het problematisch kan worden wanneer het Hof van Justitie de uitleg enkel op de tekst dient te baseren.³⁵

2.4.2 Context

Een volgend aanknopingspunt waar het Hof van Justitie belang aan toekent, is de context van een bepaling. Dit staat ook wel bekend als de systematische interpretatiemethode. Het gaat hierbij om de samenhang tussen de verschillende rechtsregels. Het veronderstelt een functionele relatie tussen wettelijke bepalingen, waardoor de locatie van de bepaling in de betreffende wettelijke regeling inzicht in de strekking ervan kan geven.

²⁸ HvJ 5 februari 1963, nr. 26-62 (*Van Gend en Loos*).

²⁹ HvJ 21 februari 1973, nr. 6-72 (*Europeemballage Corporation en Continental Can Company Inc*)

³⁰ Zie in gelijke zin Christian Amand, “DNB Banka and Aviva: Has the ECJ Followed Its Own Interpretation Methods and Respected the Objectives Pursued by the EU Legislature?”, *IVM* 2017, vol. 28, no. 6.

³¹ Zie hierover onder meer H.C.F.J.A. de Waele, “Rechtspleging door het Europees Hof van Justitie: activistisch, kwaliteitsvol, methodisch zuiver, problematisch?”, *SEW* 2013/11.

³² HvJ 1 oktober 1998, nr. C-209/96 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 35; HvJ 27 januari 1988, nr. 349/85 (*Commissie/Denemarken*), r.o. 16 en HvJ 28 juni 2007, nr. C-467/05 (*Dell’Orto*), r.o. 54.

³³ HvJ 6 oktober 1982, nr. C-283/81 (*CILFIT*), r.o. 18.

³⁴ HvJ 6 oktober 1982, nr. C-283/81 (*CILFIT*), r.o. 19.

³⁵ Zie in gelijke zin J.G.H. Altena, *Legaliteitsbeginsel en doorwerking van Europees recht in Nederlandse materiële strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2016, onderdeel 6.4.1.

De wetssystematiek kan bovendien een aanknopingspunt zijn om het doel ervan te achterhalen. In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of strijd met het doel van de wet ook strijd met de systematiek kan omvatten.³⁶ Deze vraag laat ik voor deze verhandeling verder buiten beschouwing.

2.4.3 Doel

Een derde mogelijke wijze om de bepaling te interpreteren betreft het onderzoeken van het doel wat met de wettelijke bepaling beoogd is. Aanknopingspunten hiervoor kunnen bijvoorbeeld gevonden worden in de totstandkoming van de bepaling of het tegenwoordige doel dat we van de bepaling erkennen. Over de beweegredenen bij de totstandkoming van de Btw-richtlijn is slechts zeer beperkt informatie voorhanden. De voorbereidende documenten betreffende secundair gemeenschapsrecht waren bovendien lange tijd geheim³⁷ waardoor de wetshistorische interpretatie ook in de literatuur slechts zeer beperkt is bekeken.³⁸

In enkele zaken heeft het Hof van Justitie gebruik gemaakt van een wetshistorische interpretatie. Zo heeft het Hof van Justitie wel eens uit een vergelijking tussen eerdere versies van de Btw-richtlijn afgeleid dat de wetgever een nieuw element wilde introduceren.³⁹ Ook in zaken over bijvoorbeeld de interpretatie van het begrip bouwterrein⁴⁰ en de herzieningsregeling⁴¹ is verwezen naar de ontstaansgeschiedenis van de betreffende richtlijnbeepaling.

In andere zaken verwijst het Hof van Justitie naar het doel wat thans met de bepaling wordt beoogd. Hierbij is vrijwel nooit duidelijk waar dit doel van is afgeleid. Zo heeft het Hof van Justitie over de btw-vrijstelling voor medische diensten aangegeven dat het "ten doel heeft ervoor te zorgen dat medische verzorging en ziekenhuisverpleging niet ontoegankelijk worden vanwege de verhoogde kosten.⁴² Voor het doel bij de vrijstellingen in de financiële- en verzekeringssector verwijs ik naar onderdeel 3.

2.4.4 Neutraliteit

Naast de voormelde interpretatiemethoden is van meet af aan beoogd om de btw neutraal te laten uitwerken. In de Btw-richtlijn wordt de neutraliteit in de considerans genoemd in het licht van de doelstelling om een gemeenschappelijke markt te creëren. Zo wordt in punt 5 van de considerans onder meer gerefereerd aan het verkrijgen van de grootste mate van eenvoud en neutraliteit door de toepassingsfeer van de btw ruim te houden. Daarnaast

³⁶ Zie hierover bijvoorbeeld M. Chin-Oldenzel en M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis*, het normvereiste geanalyseerd, *WFR* 2013/1492.

³⁷ Zie hierover bijvoorbeeld Kamerstukken II, 1991/92, 22 334, nr. 4, pagina 8 waarin de Staatssecretaris van Financiën aangeeft dat hij geen Raadsnotulen van de besprekingen omtrent de Moeder-dochterrichtlijn met de Tweede Kamer kan delen in verband met de geheimhoudingsbepaling van artikel 18 van het Reglement van de Orde, vastgesteld door de Raad op 24 juli 1979. De Raad kan uitsluitend zelf beslissen om dergelijke informatie openbaar te maken. Overigens bestaat sinds 3 december 2001 de Verordening inzake openbaarheid voor documenten van de Europese Commissie, de Raad, het Europees Parlement en de met deze instellingen gelieerde agentschappen (Verordening 1049/2001, de zogenoemde 'Eurowob').

³⁸ Zie in gelijke zin H. van den Broek, *Interpretatiemethoden van het HvJ in belastingzaken*. In R. Baas e.a., *Rechtspleging en rechtsbescherming: liber amicorum voor prof. Dr. Leny E. de Groot van Leeuwen*, Kluwer, Deventer, 2015, p. 248.

³⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ 12 juli 1988, nr. 138 en 139/86 (*Direct Cosmetics Ltd en Laughtons Photographs Ltd*), r.o. 22 e.v.

⁴⁰ HvJ 27 april 1999, nr. C-48/97 (*Kuwait Petroleum*), r.o.23.

⁴¹ HvJ 30 maart 2006, nr. C-184/04 (*Uudenkaupungin Kaupunki*), r.o. 49.

⁴² HvJ 11 januari 2001, nr. C-76/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 23 en HvJ 20 november 2003, nr. C-307/01 (*Peter d'Ambrumenil, Dispute Resolution Services Ltd*), r.o. 58.

refereert punt 7 aan een mededingingsneutraal btw-stelsel. Wat deze vorm of vormen van neutraliteit exact inhouden, volgt echter niet uit de Btw-richtlijn. Het begrip neutraliteit komt daar namelijk enkel aan bod in verband met de geografische afbakening van het toepassingsbereik van de btw.⁴³

In het algemeen kunnen verschillende aspecten worden onderscheiden die op basis van de neutraliteit worden beoogd. Ten eerste dient binnen elke lidstaat een belastingdruk te bestaan die strikt evenredig is aan de prijs van de goederen en diensten, ongeacht de lengte van het productie- en distributieproces. Deze gedachte is terug te vinden in artikel 1, lid 2 van de Btw-richtlijn.

Daarnaast is beoogd de btw concurrentieneutraal uit te laten werken door een gelijke behandeling van soortgelijke prestaties. Aan deze vorm van neutraliteit refereert het Hof van Justitie doorgaans wanneer het in zijn jurisprudentie de term (fiscale) neutraliteit hanteert. Zo is in de zaak SDC bijvoorbeeld geoordeeld dat de vrijgestelde handelingen worden gedefinieerd op basis van de aard van de diensten en niet op basis van de verrichter of ontvanger van de dienst.⁴⁴ Eerder had het Hof van Justitie in de zaak Muys en De Winter⁴⁵ overigens al vastgesteld dat het verstrekken van krediet in de zin van de btw-vrijstelling niet uitsluitend mogelijk is door banken en financiële instellingen.⁴⁶

Het beginsel van fiscale neutraliteit in het btw-stelsel komt bij het Hof van Justitie als eerste voor in een arrest over de gevolgen van het verschil tussen legale en illegale activiteiten.⁴⁷ Het Hof van Justitie geeft aan dat de fiscale neutraliteit zich verzet tegen een algemeen onderscheid op deze basis. Overigens komt het Hof van Justitie hier tot de conclusie dat geen sprake kan zijn van mededingingsverstoring omdat het verhandelingsverbod de mogelijkheid tot concurrentie uitsluit. Neutraliteit speelt op gelijke wijze vaker een rol in zaken waarbij het Hof van Justitie de beslissing baseert op het doel van de Btw-richtlijn of een specifieke bepaling daarvan.⁴⁸

2.4.5 Strikte interpretatie bij vrijstellingen

Gelet op de versturende werking van vrijstellingen geeft het Hof van Justitie sinds jaar en dag aan dat (de bewoordingen van) de vrijstellingen strikt dienen te worden uitgelegd.⁴⁹ Dergelijke rechtsoverwegingen zijn in menig arrest van het Hof van Justitie over het toepassingsbereik van vrijstellingen herhaald en daarmee geworden tot één van de uitgangspunten voor interpretatie van de vrijstellingen door het Hof van Justitie.⁵⁰

Wat een strikte uitleg inhoudt, is niet vastgelegd in de Btw-richtlijn of andere Europese regelgeving. Als we ervan uitgaan dat de strikte uitleg volgt uit het algemene beginsel dat btw wordt geheven over elke levering van goederen en elke dienst die door een

⁴³ Artikel 8 Btw-richtlijn.

⁴⁴ HvJ 5 juni 1997, nr. C-2/95 (*Sparekassernes Datacenter*), r.o. 32 en 33.

⁴⁵ HvJ 27 oktober 1993, nr. C-281/91 (*Muys en De Winter*), r.o. 13 en 14.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld het arrest in de zaak Gregg & Gregg, HvJ 7 september 1999, nr. C-216/97 (*Gregg & Gregg*).

⁴⁷ HvJ 5 juli 1988, nr. C-269/86 (*Mol*), r.o. 17 en 18.

⁴⁸ Zie in gelijke zin bijvoorbeeld HvJ 14 februari 1985, nr. C-268/83 (*Rompelman*), r.o. 19-23, waarin het Hof van Justitie oordeelt dat aftrek voor voorbelasting in het licht van het stelsel van de btw mogelijk dient te zijn vanaf de eerste voorbereidende handelingen zoals verkrijging van bedrijfsmiddelen ten behoeve en ter verwezenlijking van een onderneming.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ 20 november 2003, nr. C- 8/01 (*Taksatorringen*), r.o. 36 en HvJ 15 juni 1989, nr. C-348/87 (*Stichting Uitvoering Financiële Acties*), r.o. 13.

⁵⁰ Ter illustratie kan worden vermeld dat deze zinsnede in 28 van de 35 arresten die voor deze verhandeling zijn bekeken als uitgangspunt stond opgenomen.

belastingplichtige onder bezwarende titel wordt verricht⁵¹, leidt een strikte uitleg te duiden op een 'enge' interpretatie van de vrijstelling om tot zo veel mogelijk btw-belaste transacties te komen. De strikte uitleg van de vrijstellingen leidt er dan ook toe dat uitzonderingen op een vrijstelling ruim geïnterpreteerd worden. Een uitzondering op een bepaling die strikt wordt uitgelegd, moet worden geacht een strekking te hebben die alle vormen omvat die de betreffende handeling kan aannemen.⁵²

Aan de andere kant mag de strikte uitleg ook niet tot een overmatig enge interpretatie leiden. Zo besliste het Hof van Justitie in de zaken DTZ Zadelhoff en AB SKF dat de betreffende vrijstelling niet beperkt mag worden op een wijze die geen grondslag vindt in de bewoordingen van de bepaling in kwestie. Een dergelijke benadering zou immers ingaan tegen de doelstellingen van het btw-stelsel om, onder meer, de rechtszekerheid te waarborgen.⁵³ Daarnaast mag de strikte uitleg ook niet leiden tot de situatie dat de vrijstellingsbepalingen geen effect meer sorteren.⁵⁴

Hierna volgen enkele voorbeelden van arresten die niet in de richting van een strikte uitleg van de vrijstellingsbepalingen wijzen, maar waarbij geen sprake is van een mogelijke inbreuk op de voormelde aspecten als rechtszekerheid of doeltreffendheid. Zo was er de inbreukprocedure van de Commissie tegen Griekenland uit 2006 waarin het Hof van Justitie ten aanzien van de verzekeringsvrijstelling overweegt dat, in weerwil van de strikte uitleg, *“de uitdrukking “handelingen ter zake van verzekering” in de zin van artikel 13, B, sub a, van deze richtlijn in beginsel ruim genoeg is om ook de dekking van een verzekering te omvatten welke wordt geboden door een belastingplichtige die zelf geen verzekeraar is, maar die in het kader van een collectieve verzekering zijn klanten een dergelijke dekking verschaft door gebruik te maken van de diensten van een verzekeraar die het verzekerde risico op zich neemt.”*⁵⁵ Deze uitleg duidt eerder op een verruiming van de bepaling. Een ander voorbeeld betreft het arrest Volker Ludwig waarin het Hof van Justitie ogenschijnlijk in weerwil van een eerder arrest oordeelt dat bemiddeling in het kader van kredietverlening ook kan plaatsvinden wanneer de belastingplichtige met geen van de partijen bij een kredietovereenkomst een contractuele band heeft en niet rechtstreeks met één van hen in contact treedt.⁵⁶ Hierover meer in onderdeel 3.4.

3. Interpretatie bij vrijstellingen in de financiële sector

3.1 Financiële diensten in het algemeen

Het Hof van Justitie gaat in de zaak Velvet & Steel voor het eerst in op het begrip financiële diensten c.q. financiële transacties. Voor toepassing van de vrijstellingen in de financiële sfeer dienen de handelingen naar hun aard financiële diensten te zijn. Het Hof van Justitie vervolgt met een opsomming van de vrijstellingen die in de Btw-richtlijn zijn opgenomen.⁵⁷

Hoewel het Hof van Justitie in de gevoegde zaken Ladbroke en Derby geen antwoord geeft op de door de nationale rechter gestelde prejudiciële vragen en het geheel afhandelde met

⁵¹ Dit verband is recent nog aangegeven in onder meer de zaak DNB Banka, HvJ 21 september 2017, nr. C-326/15 (*DNB Banka AS*), r.o. 35.

⁵² HvJ 26 juni 2003, nr. C-305/01 (*MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH*), r.o. 58 en 72-75.

⁵³ HvJ 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (*AB SKF*), r.o. 46 en HvJ 5 juli 2012, nr. C-259/11 (*DTZ Zadelhoff vof*), r.o. 40.

⁵⁴ Zoals bijvoorbeeld recent nog aangegeven in de zaak Kozuba Premium Selection, HvJ 16 november 2017, nr. C-308/16 (*Kozuba Premium Selection sp. z o.o.*), r.o. 40.

⁵⁵ HvJ 7 december 2006, nr. 13/06 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 13.

⁵⁶ HvJ 21 juni 2007, nr. C-453/05 (*Volker Ludwig*), r.o. 25 e.v.

⁵⁷ HvJ 19 april 2007, nr. C-455/05 (*Velvet & Steel Immobilien und Handels GmbH*), r.o. 21 en 22.

een beschikking, geeft het in deze beschikking wel aanwijzingen wanneer handelingen in elk geval niet als financiële diensten beschouwd dienen te worden.⁵⁸

Beide zaken betref de dienstverlening door een opdrachtnemer die handelt voor rekening van een opdrachtgever die weddenschappen op paardenrennen en andere sportieve evenementen aangaat. De betreffende opdrachtnemers c.q. agenten, zogenoemde 'buralistes', accepteerden de weddenschappen en waren verantwoordelijk voor de gehele afhandeling van deze weddenschappen, inclusief het innen van de inleg en het uitkeren van het prijzengeld. Zij handelden in naam van opdrachtgevers Tiercé Ladbroke en Derby en ontvingen in dat verband van hen een vergoeding. Aan het Hof van Justitie werd de vraag voorgelegd of deze vergoeding kon delen in de vrijstelling inzake betalingen en overmakingen.

Het Hof van Justitie geeft aan dat de dienst van de buralistes bestaat uit het aangaan van de weddenschappen, terwijl het innen van inleggeld slechts een bijkomstigheid vormt. Omdat de dienstverlening niet de kenmerken van financiële diensten, meer specifiek handelingen betreffende overmakingen of deposito's, heeft, sorteert het beroep op neutraliteit ten opzichte van deze financiële verrichtingen geen effect.⁵⁹ Op dezelfde grond concludeert het Hof van Justitie dat de buralistes ook geen financiële dienst bestaande uit een betalingsdienst verrichten.⁶⁰

Vervolgens refereert het Hof van Justitie aan het doel van de vrijstelling van financiële verrichtingen door aan te geven dat het gaat om het verhelpen van de moeilijkheden in verband met de vaststelling van de belastbare grondslag of het bedrag van de aftrekbare btw en het voorkomen van een verhoging van de kostprijs van het consumentenkrediet.⁶¹ Zelfs wanneer de dienstverlening van Tiercé Ladbroke en Derby wel hoofdzakelijk zou bestaan uit het innen van inleggeden, zou nog geen sprake zijn van een vrijstelling voor de handelingen van de buralistes omdat de voormelde moeilijkheden in dat geval niet aan de orde zijn.

Het Hof van Justitie zet hier enkele basale uitgangspunten voor de financiële vrijstellingen neer. Aan deze beschikking refereert het Hof van Justitie dan ook nog meermaals (al dan niet expliciet) in latere arresten. Het Hof van Justitie volgt in de zaak Ladbroke en Derby een letterlijke interpretatie en concludeert dat veeleer sprake is van het aangaan van weddenschappen dan enige vorm van dienstverlening op het financiële terrein. Gelet op onder meer het doel van de vrijstellingen zag het Hof van Justitie ook geen reden af te wijken. Daarnaast kan een transactie ook niet enkel op basis van de afnemer veranderen van beoordeling voor btw-doeleinden. Met andere woorden: een adviesdienst aan een verzekeraar is niet vrijgesteld omdat de verzekeraar vrij van btw verzekeringen verstrekt. Het gaat om de karakteristieken van de dienstverlening zelf, hetgeen bij de buralistes onvoldoende bleek om de vrijstelling te kunnen toepassen.

⁵⁸ HvJ 14 mei 2008, nr. C-231/07 en C-232/07 (*Tiercé Ladbroke SA en Derby*). Enkel beschikbaar in het Frans. Zie in gelijke zin C. Amand, *The limits of the EU VAT exemption for financial services*, *IVM* 2009, vol. 20, nr. 4.

⁵⁹ HvJ 14 mei 2008, nr. C-231/07 en C-232/07 (*Tiercé Ladbroke SA en Derby*), r.o. 22.

⁶⁰ HvJ 14 mei 2008, nr. C-231/07 en C-232/07 (*Tiercé Ladbroke SA en Derby*), r.o. 23

⁶¹ HvJ 14 mei 2008, nr. C-231/07 en C-232/07 (*Tiercé Ladbroke SA en Derby*), r.o. 24. Eerder opgenomen in HvJ 19 april 2007, nr. C-455/05 (*Velvet & Steel Immobilien und Handels GmbH*), r.o. 24.

3.2 Handelingen betreffende overmakingen, betalingen en effecten

Handelingen inzake overmakingen, betalingen en effecten zijn vrijgesteld van btw.⁶² Deze handelingen zijn in de Btw-richtlijn opgenomen in drie afzonderlijke bepalingen, die relatief uitgebreid met begrippen en enkele uitzonderingen zijn omschreven.

Wanneer we de reikwijdte van de vrijstelling inzake overmakingen en betalingen bekijken, geldt als uitgangspunt dat de handeling moet leiden tot het vervullen van de kenmerkende en essentiële functies voor de betreffende dienst. In het geval van een overmaking van geld dient voor toepassing van de vrijstelling sprake te zijn van een dienst die juridische en financiële wijzigingen met zich meebrengt.⁶³ Hoewel de bewoordingen van de richtlijnbevestiging dit niet uitsluiten, concludeert het Hof van Justitie op basis van een strikte uitleg van deze bewoordingen dat het niet volstaat om vast te stellen dat sprake is van een onontbeerlijk element van een financiële dienst.⁶⁴ Deze aanwijzingen zijn gegeven in het licht van de uitleg over de vrijstelling inzake overmakingen en de vrijstelling inzake betalingen. Het Hof van Justitie oordeelt in dezelfde zaak in soortgelijke zin voor de uitleg van de vrijstelling inzake effecten, meer specifiek waardepapieren, en bevestigt in een later arrest nogmaals dat deze analyse (en daardoor de uitleg) mutatis mutandis ook voor deze vrijstelling geldt.⁶⁵

Voor wat betreft de verdere uitleg geldt dat het Hof van Justitie slechts spaarzaam op toepassing van de vrijstelling lijkt aan te sturen. De oorzaak hiervoor lijkt het Hof van Justitie nagenoeg volledig toe te schrijven aan de algemene bepaling dat sprake dient te zijn van een strikte uitleg. Denk aan de uitsluiting van de vrijstelling bij SWIFT-diensten⁶⁶ en de verwerkingsdiensten ten aanzien van debet- en creditkaartbetalingen als onderdeel van de keten van handelingen die tot de betaling leidt⁶⁷. In het arrest over deze betalingen lijkt het Hof van Justitie aan te sturen op het uitgangspunt dat slechts één partij de juridische en financiële wijzigingen kan realiseren bij een transactie. Bij een opeenvolging van diensten om een transactie te bewerkstelligen, is het daarom nog maar de vraag of de vrijstelling in meerdere schakels toepassing kan vinden. Daarnaast valt ook nog te wijzen op de uitleg van het begrip inning van schuldvorderingen, wat het Hof van Justitie als uitzondering op de vrijstelling ruim uitlegt.⁶⁸

Uit het arrest Deutsche Bank blijkt bovendien dat de vrijstelling niet kan worden toegepast wanneer het vrijgestelde element deel uitmaakt van een samengestelde prestatie met een belast element. Alsdan is de handeling te ruim om binnen de vrijstelling te vallen.⁶⁹ Ook hierin zit een beperkende interpretatie. Het Hof van Justitie geeft hiervoor, naast de strikte interpretatie en de plaats in de Btw-richtlijn, ook de fiscale neutraliteit als argument. Het Hof van Justitie geeft aan dat de werkingssfeer van een vrijstelling bij ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling niet op grond van het neutraliteitsbeginsel kan worden uitgebreid, omdat geen sprake is van primair recht waaraan de geldigheid van een vrijstelling kan worden getoetst. Het neutraliteitsbeginsel dient gezien te worden als een uitleggingsbeginsel

⁶² Opgenomen in art. 135, lid 1, onderdeel d, e en f. Hierna respectievelijk aan te halen als de vrijstelling inzake overmakingen, de vrijstelling inzake betalingen en de vrijstelling inzake effecten. Voor de analyse van bemiddeling bij deze vrijstellingen verwijs ik naar onderdeel 3.4.

⁶³ HvJ 5 juni 1997, nr. C-2/95 (*Sparekassernes Datacenter (SDC)*), r.o. 66.

⁶⁴ HvJ 5 juni 1997, nr. C-2/95 (*Sparekassernes Datacenter (SDC)*), r.o. 65.

⁶⁵ HvJ 5 juni 1997, nr. C-2/95 (*Sparekassernes Datacenter (SDC)*), r.o. 73 en HvJ 13 december 2001, nr. C-235/00 (*CSC Financial Services*), r.o. 27.

⁶⁶ Zie in die zin HvJ 28 juli 2011, nr. C-350/10 (*Nordea Pankki Suomi*), r.o. 24.

⁶⁷ HvJ 26 mei 2016, nr. C-607/14 (*Bookit Ltd*), r.o. 45 t/m 53.

⁶⁸ HvJ 26 juni 2003, nr. C-305/01 (*MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH*), r.o. 71 t/m 80 en HvJ 28 oktober 2010, nr. C-175/09 (*AXA UK plc*), r.o.

⁶⁹ HvJ 19 juli 2012, nr. C-44/11 (*Deutsche Bank AG*), r.o. 42 t/m 46.

dat moet worden toegepast tezamen met het beginsel dat vrijstellingen strikt moeten worden uitgelegd.⁷⁰

Over het algemeen bezien kan derhalve worden gesteld dat het toepassingsbereik van de vrijstellingen betreffende overmakingen, betalingen en effectenverkeer op basis van de tekstuele en strikte interpretatie van het Hof van Justitie steeds nauwer lijkt te zijn geworden.

3.3 Handelingen ter zake van verzekering

Handelingen ter zake van verzekering en herverzekering zijn vrijgesteld van btw.⁷¹ In het arrest CPP verwijst het Hof van Justitie allereerst naar enkele verzekeringsrichtlijnen en bijbehorende bijlagen om het begrip verzekering te duiden.⁷² Vervolgens oordeelt het Hof van Justitie dat de vrijstellingsbepaling ruim genoeg is om ook handelingen van een belastingplichtige die geen verzekeraar is te ondervangen.⁷³

Het Hof van Justitie baseert zich in het arrest CPP op het doel van de bepaling die thans in artikel 401 Btw-richtlijn is opgenomen. Aangezien het lidstaten op grond van deze bepaling is toegestaan een belasting op verzekeringsovereenkomsten in te voeren, zou het onderwerpen van verzekeringsovereenkomsten van niet-verzekeraars tot heffing van zowel lokale belasting als btw kunnen leiden. Dit resultaat zou in strijd zijn met het doel van de vrijstellingsbepaling.⁷⁴ Hoewel dit niet expliciet staat vermeld, neem ik aan dat het Hof van Justitie hiermee doelt op de algemene doelstelling bij de vrijstellingen voor financiële diensten bestaande uit het voorkomen van een verhoging van de kostprijs zoals vermeld in het arrest in de gevoegde zaken *Ladbroke en Derby*.⁷⁵

Het daaropvolgende arrest over de verzekering, *Skandia*, ging het Hof van Justitie echter over tot een striktere interpretatie. Hoewel de verzekeringsrichtlijnen de verzekeringsmaatschappijen enkel toestaan om naast handelingen ter zake van verzekering in eigenlijke zin ook verrichtingen die daaruit rechtstreeks voortvloeien te verrichten, betekent dit volgens het Hof van Justitie nog niet dat al deze handelingen van de btw zijn vrijgesteld.⁷⁶ Gelet op het feit dat in de zaak *Skandia* geen risico uit de verzekeringsactiviteit werd gelopen, acht ik het in deze zaak overigens ook wenselijk dat de vrijstelling voor handelingen ter zake van verzekering in dergelijke gevallen niet kan worden toegepast.

De vraag of sprake kon zijn van samenhangende diensten verricht door assurantiemakelaars en verzekeringstussenpersonen kwam, gelet op de vraagstelling, in deze procedure niet aan de orde. Dit kwam omdat reeds in de vraagstelling van de nationale rechter besloten was dat geen sprake was van een assurantiemakelaar of verzekeringstussenpersoon. Op basis van een strikte tekstuele interpretatie van de bepaling komt het Hof van Justitie vervolgens tot de conclusie dat samenhangende diensten niet voor een verzekeraar binnen de vrijstelling passen.⁷⁷

⁷⁰ HvJ 19 juli 2012, nr. C-44/11 (*Deutsche Bank AG*), r.o. 45.

⁷¹ Opgenomen in art. 135, lid 1, onderdeel a. Voor de analyse van "de daarmee samenhangende diensten, verricht door assurantiemakelaars en verzekeringsagenten" verwijs ik naar onderdeel 3.4.

⁷² Dit betrof destijds de Eerste Richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan, zoals gewijzigd bij Richtlijn 84/641 van de Raad van 10 december 1984.

⁷³ HvJ 25 februari 1999, nr. C-349/96 (*Card Protection Plan Ltd (CPP)*), r.o. 22.

⁷⁴ HvJ 25 februari 1999, nr. C-349/96 (*Card Protection Plan Ltd (CPP)*), r.o. 23.

⁷⁵ HvJ 14 mei 2008, nr. C-231/07 en C-232/07 (*Tiercé Ladbroke SA en Derby*), r.o. 24.

⁷⁶ HvJ 8 maart 2001, nr. C-240/99 (*Skandia*), r.o. 33 en 34.

⁷⁷ HvJ 8 maart 2001, nr. C-240/99 (*Skandia*), r.o. 42 en 43.

In de zaak *Swiss Re* oordeelt het Hof van Justitie in gelijke zin over de overdracht van een portefeuille herverzekeringscontracten.⁷⁸ Het Hof van Justitie neemt hier allereerst nog een stap terug door aan te geven dat de cessie van herverzekeringscontracten naar haar aard geen bankverrichting vormt en vervolgt met de overwegingen op basis van onder meer het *Skandia* arrest dat geen sprake is van een verzekeringshandeling.⁷⁹ Met de beschikking bij *Ladbroke en Derby* in het achterhoofd over de aard van transacties in de financiële en verzekerings sfeer⁸⁰, lijkt mij dit ook geen onredelijke uitkomst.

Eén van de recentere arresten over de reikwijdte van de handeling ter zake van verzekering betreft de zaak *Aspiro*. *Aspiro* hield zich kortgezegd bezig met de volledige afwikkeling van schadegevallen. Een argument van *Aspiro* betrof dat deze afwikkeling een sleutelelement van de handeling ter zake van verzekering betreft en dat in navolging van de voor financiële diensten geldende rechtspraak toepassing van de vrijstelling mogelijk dient te zijn.⁸¹ Het Hof van Justitie geeft aan dat geen sprake kan zijn van analogie tussen de financiële diensten en handelingen ter zake van verzekering op basis van de tekst van deze bepalingen.⁸²

Het Hof van Justitie acht de opgebrachte argumenten omtrent de neutraliteit bovendien irrelevant omdat de werkingsfeer van een vrijstelling op grond van dit beginsel niet kan worden uitgebreid. Zie over dit punt meer in onderdeel 3.2. Omdat ook de argumenten dat de diensten van *Aspiro* met verzekering samenhangende diensten verricht door assurantiemakelaars en verzekeringstussenpersonen geen doel treffen (zie over bemiddeling onderdeel 3.4), oordeelt het Hof van Justitie dat de diensten niet onder de vrijstelling vallen.⁸³

Ook bij de interpretatie ten aanzien van de handeling ter zake van verzekering ontstaat hierdoor het beeld dat het Hof van Justitie na verloop van tijd een relatief striktere interpretatie hanteert waardoor de vrijstelling beperkter kan worden toegepast.

3.4 Bemiddeling in de financiële- en verzekeringssector

Bij diverse vrijstellingen in de financiële sector is het bemiddelen inzake deze handelingen eveneens vrijgesteld. Dit betreft de bemiddelingsdiensten op het gebied van het verlenen van krediet, het aangaan van borgtochten, overmakingen, betalingen en het effectenverkeer.⁸⁴ Ook bemiddeling bij verzekeringen is vrijgesteld, al heeft deze vrijstelling een andere bewoording gekregen. Hierbij wordt niet verwezen naar bemiddeling maar naar “*handelingen ter zake van verzekeringen en herverzekering met inbegrip van daarmee samenhangende diensten, verricht door assurantiemakelaars en verzekeringstussenpersonen*”.⁸⁵

De reikwijdte van bemiddeling komt voor het eerst naar voren in het arrest *CSC Financial services*.⁸⁶ Het Hof van Justitie geeft allereerst aan dat op grond van de bewoording van de vrijstelling (in dit geval rondom waardepapieren) kan worden aangenomen dat de toevoeging van ‘bemiddeling daaronder begrepen’ leidt tot een verruiming van de reikwijdte ervan.⁸⁷ Vervolgens volgen de criteria op basis waarvan sprake is van bemiddeling volgens het Hof

⁷⁸ HvJ 22 oktober 2009, nr. C-242/08 (*Swiss Re Germany Holding GmbH*).

⁷⁹ HvJ 22 oktober 2009, nr. C-242/08 (*Swiss Re Germany Holding GmbH*), r.o. 30 e.v.

⁸⁰ Zie onderdeel 3.1.

⁸¹ HvJ 17 maart 2016, nr. C-40/15 (*Aspiro SA*), r.o. 27.

⁸² HvJ 17 maart 2016, nr. C-40/15 (*Aspiro SA*), r.o. 29.

⁸³ HvJ 17 maart 2016, nr. C-40/15 (*Aspiro SA*), r.o. 45.

⁸⁴ Opgenomen in art. 135 lid 1, onderdeel b t/m f Btw-richtlijn.

⁸⁵ Opgenomen in art. 135 lid 1, onderdeel a Btw-richtlijn.

⁸⁶ HvJ 13 december 2001, nr. C-235/00 (*CSC Financial Services*).

⁸⁷ HvJ 13 december 2001, nr. C-235/00 (*CSC Financial Services*), r.o. 38.

van Justitie. Het betreft *“een activiteit van een tussenpersoon die niet de plaats inneemt van een partij bij een contract betreffende een financieel product en wiens activiteit verschilt van de typische contractuele prestaties die door de partijen bij zulke contracten worden verricht. Bemiddeling is immers een dienstverrichting ten behoeve van een contractpartij die door deze laatste als afzonderlijke tussenkomst wordt vergoed. Dit kan onder meer inhouden dat de contractpartij wordt gewezen op gelegenheden om dit contract te sluiten, dat voor hem contact met de wederpartij wordt gelegd, en dat in naam en voor rekening van de cliënt wordt onderhandeld over de details van de wederzijdse prestaties. Deze activiteit heeft dus tot doel het nodige te doen opdat twee partijen een contract sluiten, zonder dat de bemiddelaar een eigen belang heeft inzake de inhoud van het contract.”*⁸⁸

Het Hof van Justitie vervolgt met de overweging dat geen sprake is van bemiddeling *“wanneer een van de partijen bij het contract een onderaannemer belast met een deel van de aan het contract verbonden materiële handelingen, zoals de informatieverstrekking aan de wederpartij, alsmede de ontvangst en de verwerking van de verzoeken tot inschrijving op de waardepapieren die het voorwerp van het contract vormen. In dat geval neemt de onderaannemer dezelfde plaats in als de verkoper van het financieel product en is hij dus niet, in de zin van de betrokken bepaling, een tussenpersoon die niet de plaats van een contractpartij inneemt.”*⁸⁹

Contact met een contractspartij lijkt dus van belang te zijn voor het vrijgesteld bemiddelen. In lijn daarmee geeft het Hof van Justitie in de zaak Arthur Andersen aan dat ‘back office’ activiteiten niet kunnen delen in de vrijstelling, omdat de kenmerkende en essentiële aspecten van bemiddeling ontbreken.⁹⁰

In het latere arrest Volker Ludwig inzake kredietbemiddeling blijkt noch een contractuele band tussen bemiddelaar en een van de partijen, noch een rechtstreeks contact tussen de bemiddelaar en de twee contractspartijen vereist.⁹¹ Het Hof van Justitie geeft ten aanzien van de contractuele band aan dat deze vraag niet ter discussie stond en dat de vraag naar de draagwijdte van de term bemiddeling in de zaak CSC niet behoefde te worden gesteld.⁹² Daarnaast gebruikt het Hof van Justitie argumenten op grond van de neutraliteit om de bemiddeling zonder rechtstreeks contact toe te staan. Van belang is enkel dat de dienst wel de kenmerkende en essentiële functies van de bemiddelingsdienst vervult.⁹³

Ook in het arrest J.C.M. Beheer concludeert het Hof van Justitie tot de mogelijkheid om de vrijstelling voor bemiddeling toe te passen. J.C.M. Beheer betrof een subagent van een assurantiemakelaar en verzekeringsagent. Haar activiteit betreft het in naam van deze assurantiemakelaar c.q. verzekeringsagent sluiten van verzekeringsovereenkomsten, behandelen van polismutaties, afgeven van verzekeringspolissen, verrekenen van provisies en verstrekken van informatie aan de verzekeringsmaatschappij en aan polishouders. Daarnaast initieert zij zelfstandig aanvragen en acceptatie van nieuwe verzekeringen. In lijn met onder meer de zaak Arthur Andersen lijkt op het eerste gezicht geen aanspraak op de vrijstelling mogelijk. Het betreft immers de uitbesteding van diensten waarbij J.C.M. Beheer slechts indirecte betrekkingen met een contractspartij heeft. Het Hof van Justitie concludeert echter, net als bij de zaak Volker Ludwig, dat de vrijstelling op grond van de neutraliteit niet mag worden ontzegd omdat marktdeelnemers het organisatiemodel moeten kunnen kiezen

⁸⁸ HvJ 13 december 2001, nr. C-235/00 (*CSC Financial Services*), r.o. 39.

⁸⁹ HvJ 13 december 2001, nr. C-235/00 (*CSC Financial Services*), r.o. 40.

⁹⁰ HvJ 3 maart 2005, nr. C-472/03 (*Arthur Andersen*), r.o. 38.

⁹¹ HvJ 21 juni 2007, nr. C-453/05 (*Volker Ludwig*), r.o. 33 en r.o. 40.

⁹² HvJ 21 juni 2007, nr. C-453/05 (*Volker Ludwig*), r.o. 32.

⁹³ HvJ 21 juni 2007, nr. C-453/05 (*Volker Ludwig*), r.o. 36.

dat hun uit economisch oogpunt het beste uitkomt zonder het risico te lopen dat hun activiteiten worden uitgesloten van de vrijstelling.⁹⁴

Al met al duiden de arresten van het Hof van Justitie op een in de loop der tijd overwegend ruimer geworden mogelijkheid om diensten als bemiddeling in een vrijstelling te laten delen. Het Hof van Justitie ontleent hiervoor argumenten aan de neutraliteit. De vraag komt in dit verband op of het Hof van Justitie daarmee sinds het arrest Volker Ludwig een nieuwe weg heeft ingeslagen en of het in die zin inmiddels ook anders zou oordelen over bijvoorbeeld de Arthur Andersen zaak.⁹⁵ In de literatuur is hierover wel eens betoogd dat het Hof van Justitie mogelijk te ver door is geslagen in de economische neutraliteit.⁹⁶

3.5 Beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen

Om de reikwijdte van de vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen van artikel 135, lid 1 onderdeel g Btw-richtlijn te bepalen, dient uitleg gegeven te worden aan zowel het begrip 'beheer' als aan het begrip 'gemeenschappelijk beleggingsfonds'.

3.5.1 Gemeenschappelijk beleggingsfonds

Omdat de invulling van het begrip 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' aan de lidstaten is overgelaten⁹⁷ en over de achtergrond van deze vrijstelling weinig tot niets bekend is, lijkt het lastig om aanknopingspunten te vinden voor de uitleg van deze bepaling.⁹⁸

Met name over de invulling van het begrip 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' zijn de laatste jaren verschillende vragen aan het Hof van Justitie gesteld. Voor dit begrip zal een uitleg op grond van de tekst in elk geval tot weinig resultaat leiden omdat de invulling, zoals aangegeven, is overgelaten aan de lidstaten. Het Hof van Justitie heeft de toon voor deze invulling desalniettemin gezet door als uitgangspunt te nemen dat fondsen die zijn aan te merken als een instelling voor collectieve belegging in effecten in de zin van de ICBE-richtlijn⁹⁹, kwalificeren.¹⁰⁰

In het kader van de reikwijdte van dit begrip gemeenschappelijk beleggingsfonds verwijst het Hof van Justitie vervolgens nagenoeg uitsluitend naar de doelstelling van de bepaling en de neutraliteit om het begrip nader te duiden.¹⁰¹ Over het doel van de vrijstelling heeft het Hof van Justitie zich in de loop der jaren met enkele nuanceverschillen uitgelaten. De verschillende varianten zijn, op chronologische volgorde, als volgt [cursivering van mij, KC]:

| Overweging | Zaak |
|---|-------------------------------|
| "kleine beleggers het beleggen in effecten via beleggingsinstellingen <i>mogelijk te maken</i> ." | Abbey National ¹⁰² |
| "beleggen in effecten via beleggingsinstellingen voor | JP Morgan ¹⁰³ |

⁹⁴ HvJ 3 april 2008, nr. C-124/07 (*J.C.M. Beheer*), r.o. 28.

⁹⁵ Zie in gelijke zin A. Vroon, Zoek de verschillen, *BtwBrief* 2008, 20, nr 2.

⁹⁶ M.E. van Hilten, 'Vrijstellingen: hoe eng is strikt?', *WFR* 2009/1328.

⁹⁷ Zie de tekst van artikel 135, lid 1, onderdeel g Btw-richtlijn.

⁹⁸ Zie in gelijke zin A. Vroon, Btw-effecten van fondsbeleggen, *NTFR Beschouwingen* 2013/20.

⁹⁹ Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten.

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld HvJ 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National plc*).

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld HvJ 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National plc*), r.o. 62 en HvJ 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc*), r.o. 48.

¹⁰² HvJ 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National plc*), r.o. 62.

¹⁰³ HvJ 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc*), r.o. 45.

| | |
|--|---|
| beleggers te <i>vergemakkelijken door de btw-kosten uit te sluiten</i> " | |
| "beleggen in effecten via beleggingsinstellingen voor <i>kleine</i> beleggers te vergemakkelijken door de btw-kosten uit te sluiten" | GfBk ¹⁰⁴ |
| "beleggen in effecten via beleggingsinstellingen voor beleggers te vergemakkelijken door de btw-kosten uit te sluiten" | ATP PensionService ¹⁰⁵ en Fiscale eenheid X ¹⁰⁶ |

Deze overweging wordt in elk van voormelde zaken opgevolgd door de opmerking dat er hiermee voor wordt gezorgd dat de btw neutraal is met betrekking tot de keuze tussen rechtstreeks beleggen in effecten en beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

Het Hof van Justitie beoogt derhalve (kleine) beleggers het beleggen in effecten via beleggingsinstellingen mogelijk te maken of te vergemakkelijken door btw-kosten uit te sluiten. In het deel over het uitsluiten van btw-kosten komt het algemene doel van de vrijstellingen voor financiële diensten terug zoals in onderdeel 3.1 vermeld in het licht van de beschikking bij de zaak *Ladbroke en Derby*.¹⁰⁷

Het is niet geheel duidelijk of het Hof van Justitie hiermee enkel beoogt een specifiek type, 'kleinere' of 'particulier handelende' belegger te beschermen, of de belegger in het algemeen. In de laatste arresten over deze vrijstelling verwijst het Hof van Justitie niet meer expliciet naar de 'kleinere' belegger. Uit de bij het arrest *Fiscale eenheid X* geïntroduceerde voorwaarde dat voor toepassing van de vrijstelling sprake dient te zijn van aan bijzonder overheidstoezicht onderworpen beleggingen, kan naar mijn mening echter voorzichtig worden afgeleid dat het Hof van Justitie de vrijstelling toch met name in die richting wenst uit te leggen. De toezichtregelgeving zal in het algemeen namelijk gericht zijn op het beschermen van kleinere beleggers. In geval van grotere, institutionele beleggers bestaan in elk geval geregeld uitzonderingen van het toezicht.¹⁰⁸ In die lijn kan ik mij op grond van de doelstelling van de bepaling, naast uiteraard redenen van meer praktische aard, het aanknopen bij gereguleerde beleggingen goed voorstellen.

Naast de overwegingen omtrent neutraliteit om de (kleine) belegger te beschermen, kijkt het Hof van Justitie in de zaken over de reikwijdte van het begrip 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' met name naar de neutraliteit om ervoor te zorgen dat belastingplichtigen die dezelfde handelingen verrichten, niet verschillend worden behandeld ter zake van de btw-heffing.¹⁰⁹ In de zaak *JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust* legt het Hof van Justitie de reikwijdte van het begrip gemeenschappelijk beleggingsfonds op grond van dergelijke overwegingen zo uit dat naast ICBE's ook 'soortgelijke' beleggingsfondsen kwalificeren.¹¹⁰

Het Hof van Justitie heeft in deze zaak aanwijzingen aan de nationale rechters om vast te stellen wanneer sprake is van de benodigde vergelijkbaarheid om tot de vrijstelling te komen. Zo geeft het Hof van Justitie aan dat het moet gaan om vormen van gemeenschappelijke

¹⁰⁴ HvJ 7 maart 2013, nr. C-275/11 (*GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH*), r.o. 30.

¹⁰⁵ HvJ 13 maart 2014, nr. C-464/12 (*ATP Pension Service A/S*), r.o. 43.

¹⁰⁶ HvJ 9 december 2015, nr. C-595/13 (*Fiscale Eenheid X NV*), r.o. 34.

¹⁰⁷ HvJ 14 mei 2008, nr. C-231/07 en C-232/07 (*Tiercé Ladbroke SA en Derby*), r.o. 24.

¹⁰⁸ Zo bestaat bijvoorbeeld in Nederland onder meer een vrijstelling van de vergunningsplicht wanneer uitsluitend aan gekwalificeerde beleggers wordt aangeboden of de investeringen ten minste EUR 100.000 per belegger bedragen. Zie art. 5:3 Wft.

¹⁰⁹ HvJ 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National plc*), r.o. 56.

¹¹⁰ HvJ 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc*), r.o. 46 e.v.

beleggingsinstrumenten met risicospreiding, hetgeen beleggers in staat stelt te beleggen in grote beleggingsportefeuilles en aldus hun risico te verminderen.¹¹¹

In recentere jurisprudentie over de toepassing van de vrijstelling op het beheer van pensioenfondsen komen de voormelde criteria weer naar voren. Hoewel het beheer van het betreffende pensioenfonds in de zaak *Wheels Common Investment Fund Trustees* niet aan de benodigde criteria bleek te voldoen¹¹², liet deze uitspraak wel op grond van neutraliteit de deur open voor toepassing van de vrijstelling bij pensioenfondsen. Bij *ATP PensionService* bleek het vervolgens inderdaad mogelijk om een pensioenfonds aan te merken als een gemeenschappelijk beleggingsfonds.¹¹³

Ook bij de afweging over pensioenfondsen spelen met name overwegingen rondom de doelstelling van de bepaling en de neutraliteit een rol voor het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie toetst het essentiële criterium voor het bestaan van een gemeenschappelijk beleggingsfonds – “*de activa van verschillende begunstigden worden samengevoegd, waardoor het risico van deze begunstigden kan worden gespreid over een aantal effecten*”¹¹⁴ – in het licht van de vergelijkbaarheid van het pensioenfonds met een ICBE. Het feit dat sprake is van betaling van de inleg door een derde (de werkgever), dat sprake is van collectieve overeenkomsten met werkgeversorganisaties en vakbonden waardoor de deelnemer de facto weinig te zeggen zal hebben en de wijze van uitkering beschouwt het Hof van Justitie als irrelevant.¹¹⁵

Het Hof van Justitie had aan de hand van dergelijke argumenten in combinatie met een strikte uitleg van de vrijstelling of de bewoordingen van de bepaling wellicht ook tot een andersluidend oordeel kunnen komen. Doordat het Hof van Justitie echter steeds in licht van neutraliteit en het doel van de vrijstelling uitlegt, komt het tot het oordeel dat ook het beheer van een pensioenfonds onder deze vrijstelling kan vallen. Of een pensioenfonds dezelfde kenmerken als een beleggingsfonds vertoont en of het wenselijk is dat pensioenfondsen als gemeenschappelijk beleggingsfonds worden aangemerkt, laat ik in deze verhandeling verder buiten beschouwing.

3.5.2 Beheer

Daarnaast vereist ook het begrip ‘beheer’ een interpretatie om te bepalen of de vrijstelling toepasbaar is. In tegenstelling tot ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’, heeft dit begrip wel een autonoom Unierechtelijk karakter.¹¹⁶ Voor de uitleg van dit begrip zoekt het Hof van Justitie overigens eveneens steun in de ICBE-richtlijn.¹¹⁷ Dit betreft onder meer de verwijzing naar bijlage II van deze richtlijn met daarin een (niet-limitatieve) reeks van handelingen die in elk geval kwalificeren als beheer. Opmerkelijk is dat deze aanknopingspunt tot een relatief ruime toepassing van beheer lijkt te leiden, aangezien hieronder ook diensten kunnen vallen die verder van het beheer af lijken te staan.

Over het begrip beheer is door het Hof van Justitie verder geoordeeld in de zaak *GfBk*.¹¹⁸ *GfBk* houdt zich bezig met informatieverzorging en beleggingsadvies en heeft onder meer voor deze diensten een overeenkomst gesloten met een beheerder van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Nu deze diensten, die bovendien worden verricht in

¹¹¹ HvJ 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc*), r.o. 50.

¹¹² HvJ 7 maart 2013, nr. C-424/11 (*Wheels Common Investment Fund Trustees Ltd e.a.*).

¹¹³ HvJ 13 maart 2014, nr. C-464/12 (*ATP PensionService A/S*).

¹¹⁴ HvJ 13 maart 2014, nr. C-464/12 (*ATP PensionService A/S*), r.o. 51.

¹¹⁵ HvJ 13 maart 2014, nr. C-464/12 (*ATP PensionService A/S*), r.o. 53 t/m 55.

¹¹⁶ HvJ 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National plc*), r.o. 43.

¹¹⁷ HvJ 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National plc*), r.o. 64 en 65.

¹¹⁸ HvJ 7 maart 2013, nr. C-275/11 (*GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH*).

onderaanneming van de beheerder, niet specifiek staan opgenomen in bijlage II van de ICBE-richtlijn, vraagt de verwijzende nationale rechter het Hof van Justitie te oordelen over de kwalificatie als beheer in de zin van de vrijstelling.

Het Hof van Justitie geeft als aanwijzing dat de door een derde verrichte dienst enkel in de vrijstelling kan delen wanneer zij betrekking heeft op onderdelen die specifiek¹¹⁹ en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.¹²⁰ Het Hof van Justitie concludeert op basis van verschillende interpretatiemethoden dat dit met de diensten omtrent informatieverzorging en beleggingsadvies het geval is.¹²¹ Zo sluit de formulering van de vrijstelling deze diensten niet uit en ontstaat ook geen beletsel op grond van het doel van de vrijstelling en de neutraliteit. Hierbij refereert het Hof van Justitie aan de reeds vermelde overweging dat is beoogd het beleggen in effecten via beleggingsinstellingen voor kleine beleggers te vergemakkelijken door de btw-kosten uit te sluiten, teneinde te garanderen dat het gemeenschappelijke btw-stelsel fiscaal neutraal is met betrekking tot de keuze tussen rechtstreeks beleggen in effecten en beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

Verder refereert het Hof van Justitie aan de neutraliteit op basis van de vergelijking tussen een eigen adviseur ten opzichte van uitbesteding aan een derde. Deze redenering vind ik overigens opmerkelijk gelet op de hoeveelheid jurisprudentie en literatuur die over de uitbestedingsproblematiek is verschenen en alleen al bijvoorbeeld in deze verhandeling aan de orde is gekomen. Dat sprake is van een verschil in heffing zal in elk geval niet op zichzelf tot toepassing van de vrijstelling kunnen leiden. Dit lijkt bovendien in te druisen tegen de opmerking van het Hof van Justitie in het arrest *Deutsche Bank* dat het neutraliteitsbeginsel gezien dient te worden als een uitleggingsbeginsel dat moet worden toegepast tezamen met het beginsel dat vrijstellingen strikt moeten worden uitgelegd.¹²² Voor zover onderdelen specifiek en essentieel zijn kan ik het vermijden van een verschil in heffing uiteraard volgen.¹²³

Daarnaast noemt het Hof van Justitie de neutraliteit tussen legale en illegale transacties omdat het voor het gemeenschappelijke beleggingsfonds in kwestie op grond van de thans geldende versie van de ICBE-richtlijn feitelijk niet was toegestaan diensten uit te besteden aan GfBk.

Zo door de jaren heen beschouwd, lijkt het Hof van Justitie bij de uitleg van deze vrijstelling relatief weinig betekenis toe te kennen aan het uitgangspunt van een strikte uitleg. Enkel in het kader van wat de definitie van het begrip beheer inhoudt, benoemt het Hof van Justitie de noodzaak om de vrijstellingen strikt uit te leggen.¹²⁴ In de regel baseert het Hof van Justitie zich op de doelstelling en neutraliteit, waardoor de vrijstelling voor een ruimere interpretatie vatbaar lijkt. Met name bij het vaststellen of sprake is van een gemeenschappelijk beleggingsfonds is de neutraliteit een aanknopingspunt dat het Hof van Justitie veelvuldig aangrijpt.

¹¹⁹ Hoewel het Hof van Justitie in de regel de uitdrukking 'kenmerkend en essentieel' gebruikt, lijkt hier geen andere invulling mee beoogd.

¹²⁰ HvJ 7 maart 2013, nr. C-275/11 (*GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH*), r.o. 21.

¹²¹ HvJ 7 maart 2013, nr. C-275/11 (*GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH*), r.o. 24 t/m 32.

¹²² HvJ 19 juli 2012, nr. C-44/11 (*Deutsche Bank AG*), r.o. 45. Zie ook onderdeel 3.3.

¹²³ Zie in gelijke zin A. Vroon, *Btw-effecten van fondsbeleggen*, *NTFR Beschouwingen* 2013/20.

¹²⁴ HvJ 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National plc*), r.o. 60.

4. Conclusie

Om tot de beoogde gemeenschappelijke markt in de Europese Unie te komen is een btw-stelsel op een uniform niveau in alle lidstaten van belang. Het waarborgen van de uniforme uitleg van de Btw-richtlijn is een taak van het Hof van Justitie. De aanwijzingen die het Hof van Justitie geeft aan de lokale rechters is daarom de facto bepalend voor de heffing van btw, onder meer op het gebied van het toepassingsbereik van de vrijstellingen.

In deze verhandeling heb ik onderzocht of in de jurisprudentie een lijn valt te onderkennen in de wijze waarop het Hof van Justitie uitleg geeft aan de vrijstellingen. Het onderzoek is toegespitst op de vrijstellingen in de financiële- en verzekeringssector.

Het Hof van Justitie maakt in zijn jurisprudentie over de vrijstellingen in de financiële- en verzekeringssector uitgebreid gebruik van tekst, context en doel als aanknopingspunten voor interpretatie van de Btw-richtlijn zoals omschreven in onder meer het arrest CILFIT. Op hoofdlijn is bij de vrijstellingen in de financiële- en verzekeringssector in beginsel een strikte uitleg vereist. Hier tegenover staat dat het Hof van Justitie het beginsel van neutraliteit in acht dient te nemen, waardoor bepaalde situaties alsnog kunnen delen in de vrijstelling.

Bij de vrijstelling voor handelingen inzake overmakingen, betalingen en effecten lijkt het Hof van Justitie in verloop van tijd een steeds nauwere interpretatie te hanteren. Aan de vrijstelling wordt enkel toegekomen wanneer de kenmerkende en essentiële functies voor de betreffende dienst worden uitgevoerd. De dienst moet juridische en financiële wijzigingen met zich meebrengen. In het geval van overmakingen en betalingen ontstaat daardoor de vraag of bij een aaneenschakeling van diensten om een transactie mogelijk te maken, de vrijstelling slechts in één schakel kan plaatsvinden. Op basis van de neutraliteit als uitleggingsbeginsel kan de werkingssfeer van de vrijstelling niet worden uitgebreid wanneer de dienst ruimer is dan de strikte vrijstellingsbepaling.

Het Hof van Justitie lijkt een soortgelijke lijn bij de vrijstelling voor handelingen ter zake van verzekering en herverzekering te volgen. Hoewel het Hof van Justitie wel toestaat dat ook handelingen van een belastingplichtige die geen verzekeraar is in de vrijstelling kunnen delen, is na verloop van tijd een beperktere toepassing toegestaan op basis van de strikte uitleg.

In het kader van bemiddelingsdiensten in de financiële- en verzekeringssector is door het Hof van Justitie een andere lijn gevolgd. Onder verwijzing naar het neutraliteitsbeginsel is noch een contractuele band tussen bemiddelaar en een van de partijen, noch een rechtstreeks contact tussen de bemiddelaar en de twee contractspartijen vereist om tot toepassing van de vrijstelling te komen. Dit terwijl het Hof van Justitie in een eerder arrest nog leek te suggereren dat in elk geval contact met een contractspartij van belang is als kenmerkend en essentieel aspect van bemiddeling. De vrijstelling mag op grond van het neutraliteitsbeginsel in een situatie van uitbesteding echter niet worden ontzegd omdat marktdeelnemers het organisatiemodel moeten kunnen kiezen dat hun uit economisch oogpunt het beste uitkomt zonder het risico te lopen dat hun activiteiten worden uitgesloten van de vrijstelling.

Als laatste de jurisprudentie over het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. De invulling van het begrip gemeenschappelijk beleggingsfonds is aan de lidstaten gelaten. Voor een begrip waarvan de omschrijving aan de lidstaten is gelaten, is de hoeveelheid prejudiciële vragen die het Hof van Justitie zijn gesteld opmerkelijk. Gelet op de vrijheid die lidstaten op basis van de tekst zouden hebben, verbaast een toets op basis van de doelstelling van de bepaling naar mijn mening niet. Op grond van de neutraliteit heeft het Hof van Justitie een verruiming van het begrip gemeenschappelijk beleggingsfonds meermaals

toegestaan. Ook bij de interpretatie van het begrip beheer lijkt het Hof van Justitie een relatief ruime toepassing op grond van onder meer neutraliteit te aanvaarden.

Al met al lijkt tussen de vier onderzochte vrijstellingscategorieën een voorzichtige tweedeling te maken te zijn op basis van de interpretatiemethoden. Dit betreft enerzijds een relatief strikter wordende uitleg bij de vrijstellingen voor handelingen betreffende overmakingen, betalingen en effecten en de vrijstelling voor handelingen ter zake van verzekering. Aanknopingspunten voor het Hof van Justitie zijn de tekst c.q. formulering van de bepaling en de strikte uitleg van de bewoording van de betreffende bepaling of meer in het algemeen de vrijstellingen. Anderzijds zijn er de bemiddelingsvrijstellingen en de vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Met name bij de laatstgenoemde vrijstelling lijkt het Hof van Justitie het toepassingsbereik van de vrijstellingen enigszins te hebben opgerekt in de loop der tijd op basis van neutraliteit, al dan niet in combinatie met de doelstelling van de betreffende bepaling of vrijstellingen in het algemeen.

Literatuurlijst

Jurisprudentie:

- HvJ 5 februari 1963, nr. 26-62 (*Van Gend en Loos*)
- HvJ 14 januari 1964, nr. 6/64 (*Costa Enel*)
- HvJ 1 december 1965, nr. 16/65 (*Schwarze*)
- HvJ 21 februari 1973, nr. 6-72 (*Europeemballage Corporation en Continental Can Company Inc*)
- HvJ 16 december 1981, 244/80 (*Foglia*)
- HvJ 6 oktober 1982, nr. C-283/81 (*CILFIT*)
- HvJ 17 november 1983, nr. 292/82 (*Firma E. Merck*)
- HvJ 14 februari 1985, nr. C-268/83 (*Rompelman*)
- HvJ 23 mei 1985, nr. 29/84 (*Commissie/Bondsrepubliek Duitsland*)
- HvJ 8 juli 1987, nr. 247/85 (*Commissie/België*)
- HvJ 27 januari 1988, nr. 349/85 (*Commissie/Denemarken*)
- HvJ 5 juli 1988, nr. C-269/86 (*Mol*)
- HvJ 12 juli 1988, nr. 138 en 139/86 (*Direct Cosmetics Ltd en Laughtons Photographs Ltd*)
- HvJ 15 juni 1989, nr. C-348/87 (*Stichting Uitvoering Financiële Acties*)
- HvJ 4 december 1990, nr. C-186/89 (*Van Tiem*)
- HvJ 27 oktober 1993, nr. C-281/91 (*Muys en De Winter*)
- HvJ 5 juni 1997, nr. C-2/95 (*Sparekassernes Datacenter*)
- HvJ 1 oktober 1998, nr. C-209/96 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*)
- HvJ 27 april 1999, nr. C-48/97 (*Kuwait Petroleum*)
- HvJ 25 februari 1999, nr. C-349/96 (*Card Protection Plan Ltd (CPP)*)
- HvJ 7 september 1999, nr. C-216/97 (*Gregg & Gregg*)
- HvJ 11 januari 2001, nr. C-76/99 (*Commissie/Frankrijk*)
- HvJ 8 maart 2001, nr. C-240/99 (*Skandia*)
- HvJ 13 december 2001, nr. C-235/00 (*CSC Financial Services*)
- HvJ 26 juni 2003, nr. C-305/01 (*MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH*)
- HvJ 20 november 2003, nr. C-307/01 (*Peter d'Ambrumenil, Dispute Resolution Services Ltd*)
- HvJ 20 november 2003, nr. C- 8/01 (*Taksatorringen*)
- HvJ 3 maart 2005, nr. C-472/03 (*Arthur Andersen*)
- HvJ 30 maart 2006, nr. C-184/04 (*Uudenkaupungin Kaupunki*)
- HvJ 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National plc*)

- HvJ 7 december 2006, nr. 13/06 (*Commissie/Griekenland*)
- HvJ 19 april 2007, nr. C-455/05 (*Velvet & Steel Immobilien und Handels GmbH*)
- HvJ 21 juni 2007, nr. C-453/05 (*Volker Ludwig*)
- HvJ 28 juni 2007, nr. C-467/05 (*Dell'Orto*)
- HvJ 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc*)
- HvJ 12 februari 2008, nr. C- 2/06 (*Kempter*)
- HvJ 3 april 2008, nr. C-124/07 (*J.C.M. Beheer*)
- HvJ 14 mei 2008, nr. C-231/07 en C-232/07 (*Tiercé Ladbroke SA en Derby*)
- HvJ 22 oktober 2009, nr. C-242/08 (*Swiss Re Germany Holding GmbH*)
- HvJ 29 oktober 2009, nr. C- 29/08 (*AB SKF*)
- HvJ 28 oktober 2010, nr. C-175/09 (*AXA UK plc*)
- HvJ 28 juli 2011, nr. C-350/10 (*Nordea Pankki Suomi*)
- HvJ 5 juli 2012, nr. C-259/11 (*DTZ Zadelhoff vof*)
- HvJ 19 juli 2012, nr. C-44/11 (*Deutsche Bank AG*)
- HvJ 7 maart 2013, nr. C-275/11 (*GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH*)
- HvJ 7 maart 2013, nr. C-424/11 (*Wheels Common Investment Fund Trustees Ltd e.a.*)
- HvJ 13 maart 2014, nr. C-464/12 (*ATP PensionService A/S*)
- HvJ 9 december 2015, nr. C-595/13 (*Fiscale Eenheid X NV*)
- HvJ 17 maart 2016, nr. C-40/15 (*Aspiro SA*)
- HvJ 26 mei 2016, nr. C-607/14 (*Bookit Ltd*)
- HvJ 21 september 2017, nr. C-326/15 (*DNB Banka AS*)
- HvJ 16 november 2017, nr. C-308/16 (*Kozuba Premium Selection sp. z o.o.*)

Literatuur:

- N.M.L. Dhondt en W.W. Geursen, Over gedeelde bevoegdheden en hiërarchie in interpretatiemethoden, *NTER* 2008/10
- A. Vroon, Zoek de verschillen, *BtwBrief* 2008, 20, nr 2.
- C. Amand, The limits of the EU VAT exemption for financial services, *IJM* 2009, vol. 20, nr. 4
- M.E. van Hilten, 'Vrijstellingen: hoe eng is strikt?', *WFR* 2009/1328
- M. Chin-Oldenzien en M. Belkaid-Koubia, Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd, *WFR* 2013/1492
- A. Vroon, Btw-effecten van fondsbeleggen, *NTFR Beschouwingen* 2013/20

- H.C.F.J.A. de Waele, “Rechtspleging door het Europees Hof van Justitie: activistisch, kwaliteitsvol, methodisch zuiver, problematisch?”, *SEW* 2013/11
- W.J. Blokland, Een concernfinancieringsregime voor de omzetbelasting, *MBB* 2014/12-01.
- M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, 14^e druk, Kluwer, Deventer, 2014
- H. van den Broek, Interpretatiemethoden van het HvJ in belastingzaken. In R. Baas e.a., *Rechtspleging en rechtsbescherming: liber amicorum voor prof. Dr. Leny E. de Groot van Leeuwen*, Kluwer, Deventer, 2015
- J.G.H. Altena, *Legaliteitsbeginsel en doorwerking van Europees recht in Nederlandse materiële strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2016
- C. Amand, *DNB Banka and Aviva: Has the ECJ Followed Its Own Interpretation Methods and Respected the Objectives Pursued by the EU Legislature?*, *IVM* 2017, Vol. 28 no. 6