

## Hoge Raad 23 september 2011, nr. 10/00383

### Arrest

gewezen op het beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën tegen de uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam van 17 december 2009, nr. P08/00104, betreffende een aan X B.V. te Z (hierna: belanghebbende) opgelegde naheffingsaanslag in de omzetbelasting.

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

Aan belanghebbende is over het tijdvak 1 april 2003 tot en met 30 juni 2005 een naheffingsaanslag in de omzetbelasting opgelegd, welke aanslag, na daartegen gemaakt bezwaar, bij uitspraak van de Inspecteur is gehandhaafd.

De Rechtbank te Haarlem (nr. AWB 07/5179) heeft het tegen die uitspraak ingestelde beroep gegrond verklaard en de uitspraak van de Inspecteur alsmede de naheffingsaanslag vernietigd.

Het Hof heeft de uitspraak van de Rechtbank bevestigd. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

#### 2. Geding in cassatie

De Staatssecretaris heeft tegen 's Hofs uitspraak beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend.

De Minister van Financiën heeft een conclusie van repliek ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van dupliek ingediend.

De Advocaat-Generaal M.E. van Hilten heeft op 4 januari 2011 geconcludeerd tot ongegrond verklaren van het beroep in cassatie.

#### 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

3.1.1. Belanghebbende heeft in het onderhavige tijdvak geldsommen verkregen door het uitgeven van obligatieleningen. Deze geldsommen werden door belanghebbende ter beschikking gesteld aan een in Bulgarije gevestigde financiële instelling, A AD, op basis van een aantal deposito-overeenkomsten. In die overeenkomsten is het in deposito verstrekte bedrag vermeld en de rente die aan belanghebbende wordt vergoed. Voorts is onder meer een looptijd met mogelijkheid van verlenging overeengekomen.

3.1.2. Belanghebbende heeft in haar aangifte voor het onderhavige tijdvak in totaal € 38.392 aan omzetbelasting in aftrek gebracht. De Inspecteur heeft dit bedrag bij de onderwerpelijke naheffingsaanslag geheven op de grond dat belanghebbende in dat tijdvak niet handelde als belastingplichtige in de zin van de Zesde richtlijn en mitsdien niet als ondernemer in de zin van de Wet op de omzetbelasting 1968.

3.2.1. Het Hof heeft uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 april 2004, EDM, C-77/01, BNB 2004/285, punt 67, afgeleid dat degene die bedrijfsmatig geldsommen tegen vergoeding ter beschikking stelt, handelt in de hoedanigheid van belastingplichtige. Naar het oordeel van het Hof handelt degene die - zoals belanghebbende - regelmatig geldsommen verwerft door het uitgeven van obligaties en deze geldsommen tegen vergoeding ter beschikking stelt aan een derde, bedrijfsmatig in evenbedoelde zin. Voor het handelen als belastingplichtige is in dat geval naar het oordeel van het Hof niet noodzakelijk dat naast die activiteiten nog andere activiteiten worden verricht. Voorts blijkt naar 's Hofs oordeel uit punt 69 van bovenvermeld arrest genoegzaam dat het uitlenen van geldsommen op basis van deposito-overeenkomsten als zodanig niet kan worden uitgesloten van de werking van de omzetbelasting.

3.2.2. Het middel verzet zich tegen deze oordelen met het betoog dat een deposito niet meer is dan het in bewaring geven van geldsommen tegen een rente en dat deze opbrengst voortvloeit uit de enkele eigendom van de geldsommen. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, Régie dauphinoise, C-306/94, V-N 1997/965, volgt, aldus het middel, dat indien - zoals in dit geval - een

betrokkene naast het verstrekken van geldsommen en de ontvangst van rente op deposito's geen belastbare activiteiten verricht, die betrokkene in zoverre niet de hoedanigheid van belastingplichtige verkrijgt.

3.3. Het middel faalt. Het Hof heeft - in navolging van de Rechtbank - vastgesteld dat de in geding zijnde handelingen van belanghebbende niet worden verricht op dezelfde wijze als een particuliere investeerder doet, maar bedrijfsmatig worden uitgeoefend. Dit oordeel kan, als van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk, in cassatie niet met vrucht worden bestreden. Deze vaststelling brengt mee, naar het Hof terecht heeft geoordeeld, dat belanghebbende deze handelingen verricht als belastingplichtige (zie HvJ 14 november 2000, *Floridienne/Berginvest*, C-142/99, V-N 2000/53.17, punt 28). Uit laatstvermeld arrest van het Hof van Justitie moet worden afgeleid dat hieraan niet afdoet dat de belanghebbende daarnaast geen (andere) economische activiteiten in de zin van de Zesde richtlijn verricht. Voorts doet hieraan, anders dan het middel betoogt, niet af hetgeen het Hof van Justitie heeft overwogen in de punten 49, 63 en 64 van het hiervoor in 3.2.1 vermelde arrest EDM. Anders dan in deze punten gaat het in het onderhavige geval niet om (de opbrengst van) beleggingen in investeringsfondsen, maar om (de opbrengst van) deposito's die aan de orde worden gesteld in de punten 69 en 70 van dat arrest.

#### **4. Proceskosten**

De Staatssecretaris van Financiën zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

#### **5. Beslissing**

De Hoge Raad:  
verklaart het beroep in cassatie ongegrond, en  
veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van het geding in cassatie aan de zijde van belanghebbende, vastgesteld op € 2622 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.G. van Vliet als voorzitter, en de raadsheren A.R. Leemreis, E.N. Punt, J.A.C.A. Overgaauw en M.A. Fierstra, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 23 september 2011.

Van de Staat wordt ter zake van het door de Staatssecretaris van Financiën ingestelde beroep in cassatie een griffierecht geheven van € 447.