



Datum van
inontvangstneming

:

25/07/2022

Zaak C-288/22**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing op grond van artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

29 april 2022

Verwijzende rechter:

Tribunal d'arrondissement (Luxemburg)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

26 april 2022

Verzoeker:

TP

Verweerster:

Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA

1. Voorwerp en feiten van het geding:

- 1 Advocaat TP is lid van de raad van bestuur van een aantal naamloze vennootschappen naar Luxemburgs recht, te weten een in Luxemburg gevestigde bank, een holding van een aan de beurs van Frankfurt genoteerde logistieke groep en twee holdings van een aan de beurs van Parijs genoteerde farmaceutische groep. Als lid van deze raden neemt hij deel aan de vorming van besluiten inzake de boekhouding, risicomangement en de door de betrokken groep te volgen strategie en stelt hij mede voorstellen op die aan de aandeelhoudersvergaderingen worden voorgelegd. De dagelijkse leiding van de eerste twee vennootschappen is in handen van een directiecomité, dat bestaat uit gedelegeerd bestuurders of directeurs-bestuurders. De twee andere vennootschappen verrichten geen werkzaamheden waarvoor een directiecomité nodig is.
- 2 Op 28 juli 2020 heeft de Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA (dienst registratie, domeinen en btw; hierna: „btw-dienst”) ambtshalve btw geheven over de tantièmes die TP in 2019 als bestuurder had ontvangen. Bij besluit van 23 december 2020 is de ambtshalve geheven belasting bevestigd op

grond dat bestuurders van een vennootschap zelfstandig een economische activiteit verrichten en dus niet aan de heffing van btw ontkomen.

- 3 TP betwist dat zijn tantièmes aan btw zijn onderworpen. Op 26 januari 2021 heeft hij bij de Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (rechter in eerste aanleg Luxemburg, Luxemburg) een verzoek tot nietigverklaring van het besluit tot ambtshalve heffing van belasting ingediend.

2. Toepasselijke bepalingen:

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

- 4 In titel III, met als opschrift „Belastingplichtigen”, van deze richtlijn wordt bepaald:

„Artikel 9

1. „Als ‚belastingplichtige’ wordt beschouwd eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.

Als ‚economische activiteit’ worden beschouwd, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

(...)

Artikel 10

De in artikel 9, lid 1, bedoelde voorwaarde dat de economische activiteit zelfstandig moet worden verricht, sluit loontrekkenden en andere personen van de belastingheffing uit, voor zover zij met hun werkgever een arbeidsovereenkomst hebben aangegaan of enige andere juridische band hebben waaruit een verhouding van ondergeschiktheid ontstaat ten aanzien van de arbeids- en bezoldigingsvoorwaarden en de verantwoordelijkheid van de werkgever.”

3. Standpunten van partijen:

TP

- 5 TP zet uiteen dat een lid van de raad van bestuur zijn werkzaamheden niet als zelfstandige verricht, maar als lid van een collectief orgaan dat de rechtspersoon vertegenwoordigt.
- 6 Bij de beoordeling of er sprake is van werkzaamheden als zelfstandige „moet worden nagegaan of de betrokken persoon zijn activiteiten in eigen naam, voor eigen rekening en onder zijn eigen verantwoordelijkheid verricht en of hij het aan die activiteiten verbonden economische risico draagt” [arrest van 13 juni 2019, IO (Btw – Werkzaamheden als lid van de raad van commissarissen), C- 420/18, EU:C:2019:490, punt 39].
- 7 Het economische risico van de werkzaamheden van de leden van de raad van bestuur wordt gedragen door de vennootschap en het is de vennootschap die is aansprakelijk jegens derden. De overwegingen van de btw-dienst met betrekking tot de eventuele aansprakelijkheid van bestuurders zijn onjuist. Volgens TP is in artikel 441-8 van de Loi concernant les sociétés commerciales (wet inzake handelsvennootschappen) het beginsel neergelegd dat „bestuurders [...] geen persoonlijke verplichtingen [aangaan] met betrekking tot de verbintenissen van de vennootschap”. De bestuurder kan slechts persoonlijk aansprakelijk worden gehouden wanneer hij kennelijk buiten de grenzen van toelaatbaar gedrag treedt, zodat de onrechtmatige handeling losstaat van de bestuursfunctie. Volgens de rechtspraak van de Franse Cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken) is dit het geval wanneer de bestuurder „opzettelijk een bijzonder ernstige fout begaat die onverenigbaar is met de normale uitoefening van vennootschapsfuncties”.
- 8 Bovendien mag beslissingsbevoegdheid niet worden verward met vertegenwoordigingsbevoegdheid. De kwestie van de vertegenwoordiging van een vennootschap is niet van belang voor de vraag of een lid van een collectief bestuursorgaan individueel aan btw onderworpen bestuursdiensten verricht.
- 9 TP wijst er tevens op dat besluiten van de vennootschap meestal door werknemers van de vennootschap ten uitvoer worden gelegd, en niet door bestuurders afzonderlijk. Indien bestuurders individuele taken buiten de werkzaamheden van het collegiale orgaan vervullen en voor deze specifieke werkzaamheden worden bezoldigd, handelen zij in een andere hoedanigheid dan als lid van het collegiale orgaan. Zo wordt een gedelegeerd bestuurder weliswaar belast met de tenuitvoerlegging van de besluiten van de raad van bestuur, maar wordt de bezoldiging voor het dagelijkse beheer fiscaal gelijkgesteld met salaris. Op dit punt heeft Hof van Justitie zich in het arrest van 18 oktober 2007, ██████████ (C-355/06, EU:C:2007:615), zeer duidelijk uitgesproken.

- 10 Volgens TP hoeft enkel te worden onderzocht of de medewerking die een bestuurder binnen een collectief orgaan aan het beheer van een vennootschap verleent, kan worden aangemerkt als een dienst die zelfstandig wordt verricht. De analyse van het Hof van Justitie leidt zijns inziens tot de conclusie dat de „dienst” door het collectieve orgaan, en niet door zijn individuele leden wordt verricht. De raad van bestuur bespreekt de mogelijke opties collectief en neemt besluiten, waarbij het standpunt van een individueel lid lijnrecht tegenover dat van het collectieve orgaan kan staan.
- 11 TP benadrukt dat de raad van bestuur, als collectief bestuursorgaan, de wettelijke vertegenwoordiger van de vennootschap is, zodat de collectief verleende bestuursdienst wordt geacht door de vennootschap zelf te worden verricht.
- 12 Tot slot stelt TP voor om het Hof van Justitie een vraag voor te leggen die in wezen overeenkomt met de eerste prejudiciële vraag van de Tribunal d’arrondissement.

Btw-dienst

- 13 De btw-dienst betoogt dat TP als bestuurder een economische activiteit verricht, aangezien die activiteit permanent is en hij hiervoor als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.
- 14 De permanente aard van de activiteit is opgenomen in de wet inzake handelsvennootschappen, waarin is bepaald dat bestuurders worden benoemd voor een hernieuwbare termijn van ten hoogste zes jaar.
- 15 Ook ontvangt TP een vergoeding voor zijn diensten, namelijk tantièmes die op voorstel van de raad van bestuur door de algemene vergadering van aandeelhouders worden goedgekeurd. De diensten van TP ten behoeve van de vennootschappen waarvan hij bestuurder is, worden dus verricht om daaruit inkomsten te verkrijgen.
- 16 Er wordt slechts btw geheven wanneer er een rechtstreeks verband bestaat tussen de door TP ontvangen vergoeding, namelijk de tantièmes, en de diensten die hij verricht voor de vennootschappen waarvan hij bestuurder is.
- 17 Volgens de btw-dienst bestaat er in het onderhavige geval een dergelijk verband. TP is een doorgewinterde advocaat met een zeer ruime ervaring en expertise waarmee de vennootschappen die hem hebben benoemd, zich verzekerd weten van een zeer hoge kwaliteit van dienstverlening in zijn mandaat als bestuurder. Voor de deskundigheid die hij als bijzonder specialist te bieden heeft, moeten de vennootschappen TP een tegenprestatie bieden die in verhouding staat tot zowel de kwaliteit als de kwantiteit van de door hem verrichte diensten. De vergoeding die TP ontvangt, vloeit dus voort uit de taken die hij in het kader van zijn mandaat als bestuurder verricht.

- 18 Voorts stelt de btw-dienst dat een vergoeding in de vorm van tantièmes als voordeel heeft dat bestuurders, indien zij geen aandeelhouders zijn, er belang bij hebben dat de vennootschap goede resultaten boekt, en zij worden aangespoord zich daarop zo zorgvuldig toe te leggen dat hun bijdrage haar vruchten afwerpt.
- 19 De btw-dienst betwist de opvatting dat tantièmes op grond van zowel de soevereine beslissing van de algemene vergadering als het bestaan van uitkeerbare winst worden toegekend zodat er geen rechtstreeks verband zou bestaan tussen de tantièmes en de verrichte bestuursdiensten. Ten eerste is de toekenning van tantièmes naar Luxemburgs recht niet afhankelijk van het bestaan van uitkeerbare winst. De wet schrijft niet voor dat tantièmes moeten worden ingehouden op de winst van de vennootschap. Ten tweede houdt het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders om een minder hoog of hoger bedrag aan tantièmes toe te kennen, nauw verband met het belang van de diensten die de bestuurders in het desbetreffende boekjaar hebben verricht.
- 20 De btw-dienst herinnert eraan dat wanneer een bestuurder wordt vervangen, de algemene vergadering vaak beslist om de tantièmes toe te wijzen naar verhouding van de duur van ieders functie.
- 21 In dit geval bestaat er dus wel degelijk een juridische band tussen de door TP verrichte dienst en de vergoeding die hij daarvoor ontvangt in de vorm van tantièmes.
- 22 Wat het zelfstandigheids criterium betreft, wijst de btw-dienst erop dat in artikel 10 van de btw-richtlijn is vastgelegd dat op grond van dit criterium van de belastingheffing worden uitgesloten loontrekkenden en andere personen die met hun werkgever een arbeidsovereenkomst hebben aangegaan of enige andere juridische band hebben waaruit een verhouding van ondergeschiktheid ontstaat.
- 23 De btw-dienst benadrukt van meet af aan dat het door TP aangehaalde arrest van 13 juni 2019, IO (Btw – Werkzaamheden als lid van de raad van commissarissen, C- 420/18, EU:C:2019:490), enkel betrekking heeft op werkzaamheden van een lid van de raad van commissarissen van een stichting naar Nederlands recht in de door de verwijzende rechter uiteengezette context, en niet op de onderhavige zaak kan worden toegepast.
- 24 Meer in het algemeen wordt de verhouding van ondergeschiktheid volgens het Hof gekenmerkt door het feit dat de dienstverrichter voor de vaststelling van de arbeids- en bezoldigingsvoorwaarden afhankelijk is van de vennootschap, het feit dat de dienstverrichter niet individueel aansprakelijk jegens derden is voor de gevolgen van zijn werkzaamheden, en dat hij in het kader van zijn werkzaamheden dus geen economisch risico draagt. Derhalve moet worden onderzocht of deze voorwaarden in het onderhavige geval zijn vervuld.
- 25 Wat de arbeidsvoorwaarden van de bestuurder betreft, stelt de btw-dienst dat het feit dat marktdeelnemers zelfstandig, binnen de door de wet gestelde grenzen, het personeel en materieel kunnen aantrekken en organiseren dat nodig is voor de

- uitvoering van hun werkzaamheden, een aanwijzing vormt dat de economische activiteit zelfstandig wordt verricht. Dat geldt naar Luxemburgs recht voor bestuurders. Bovendien kan een bestuurder ad nutum uit zijn mandaat worden ontheven, terwijl er andere arbeidsvoorwaarden gelden voor personen die bij een werkgever in dienst zijn, aangezien zij in het algemeen bescherming tegen ontslag genieten.
- 26 De vergoeding van een bestuurder is, althans gedeeltelijk, afhankelijk van de resultaten, en dus van het economische risico, van de vennootschap. Dat risico wordt nooit door werknemers gedragen.
- 27 Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens derden en het risico dat hij in verband met zijn werkzaamheden draagt, benadrukt de btw-dienst dat bestuurders civielrechtelijk aansprakelijk zijn voor de handelingen die zij in het kader van het beheer van de vennootschap verrichten. Zij zijn zowel ten aanzien van de vennootschap als jegens derden aansprakelijk. Personen die zich in een verhouding van ondergeschiktheid bevinden, kunnen daarentegen doorgaans niet aansprakelijk worden gehouden voor fouten die zij bij de uitoefening van hun werkzaamheden begaan, hetgeen niet geldt voor bestuurders, die wel degelijk door derden aansprakelijk kunnen worden gehouden.
- 28 Het economische risico dat bestuurders daadwerkelijk lopen bij de uitoefening van hun werkzaamheden, is verre van louter hypothetisch. In Luxemburg worden bestuurders steeds vaker aansprakelijk gehouden voor achterstallige belastingen, in het bijzonder btw, van de vennootschap waarvoor zij een bestuursfunctie hebben vervuld. Uit hoofde van artikel 495 van de Code de commerce (wetboek van koophandel) kunnen bij faillissement van een vennootschap ook personen die rechtens en feitelijk bestuurder waren, wegens ernstige fouten persoonlijk failliet worden verklaard.
- 29 De verhouding van ondergeschiktheid die kenmerkend is voor de afhankelijkheid van een werknemer ten opzichte van een werkgever, ontbreekt derhalve in de structuur van de lastgevingsovereenkomst, die de betrekkingen tussen bestuurders en de vennootschap regelt. Het argument van TP dat de hoedanigheid van orgaan de hoedanigheid van aangestelde meebrengt, is wegens het beginsel van btw-autonomie irrelevant. De orgaantheorie heeft tot doel een aantal leemten in de juridische regeling van het mandaat op te vullen. De bevoegdheid van een bestuurder om de vennootschap te vertegenwoordigen, heeft geen invloed op de positie van de bestuurder ten opzichte van de vennootschap die hij vertegenwoordigt.
- 30 Tot slot wijst de btw-dienst op het arrest van 13 juni 2019, IO (Btw – Werkzaamheden als lid van de raad van commissarissen, C-420/18, EU:C:2019:490, punt 42), waarin het Hof in het bijzonder heeft opgemerkt dat „de situatie van een lid van een raad van commissarissen, zoals verzoeker in het hoofdgeding, in tegenstelling tot die van een ondernemer, [wordt] gekenmerkt door het feit dat hij geen enkel economisch bedrijfsrisico draagt. Volgens de

verwijzende rechter ontvangt een dergelijk lid immers een vaste vergoeding die niet afhankelijk is van zijn deelname aan vergaderingen of van zijn feitelijk gewerkte uren. In tegenstelling tot een ondernemer heeft hij dus geen aanzienlijke invloed op zijn inkomsten en uitgaven (...). Wanneer een lid van een dergelijke raad van commissarissen nalatig is in de vervulling van zijn taken, kan dit bovendien geen rechtstreekse invloed hebben op de vergoeding van dat lid, aangezien een dergelijke taakverwaarlozing volgens de statuten van de betrokken stichting slechts tot het ontslag van voornoemd lid kan leiden nadat een specifieke procedure is gevolgd.”

- 31 Deze elementen zijn in casu niet terug te vinden, aangezien de vergoeding voor bestuurders, althans gedeeltelijk, afhangt van de resultaten en dus van het economische risico van de onderneming, en voor bestuurders naar Luxemburgs recht bovendien een andere aansprakelijkheidsregeling geldt dan de regeling voor leden van de raad van commissarissen die in dat arrest aan de orde was.

4. Beoordeling door de Tribunal d'arrondissement:

- 32 Allereerst benadrukt de Tribunal d'arrondissement niet over alle gegevens te beschikken waaruit blijkt onder welke voorwaarden de betrokken mandaten worden uitgeoefend, en met name niet over de besluiten van de algemene vergaderingen waarbij de vergoedingen aan TP zijn toegekend. Aangezien de verwijzende rechter niet beschikt over de statuten van de vennootschappen waarvan TP bestuurder is, past hij de regels van het gemene vennootschapsrecht toe.
- 33 Het geschil tussen partijen heeft in wezen betrekking op de begrippen „economische activiteit” die „zelfstandig” wordt verricht in de zin van artikel 9, lid 1, van de btw-richtlijn.

Economische activiteit

- 34 Volgens de rechtspraak van het Hof wordt „[e]en activiteit [...] aldus in de regel als economisch beschouwd wanneer zij duurzaam wordt verricht en de verrichter een vergoeding ontvangt” (arrest van 29 oktober 2009, Commissie/Finland, C- 246/08, EU:C:2009:671, punt 37). „Hieruit volgt, aldus de rechtspraak, dat een dienst enkel ‚onder bezwarende titel’ wordt verricht in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn, wanneer tussen de verrichter en de ontvanger van de dienst een rechtsbetrekking bestaat waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld en waarbij de door de dienstverrichter ontvangen vergoeding de werkelijke tegenwaarde vormt voor de aan de ontvanger verleende dienst (...). Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof veronderstelt bijgevolg het begrip diensten die onder bezwarende titel worden verricht in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn, dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de verrichte dienst en de ontvangen tegenwaarde” (arrest van 29 oktober 2009, Commissie/Finland, C-246/08, EU:C:2009:671, punten 44 en 45).

- 35 Derhalve moet worden onderzocht of tantièmes die een lid van de raad van bestuur van een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht ontvangt, „de werkelijke tegenwaarde vorm[en] voor de aan de ontvanger verleende dienst” en of er „een rechtstreeks verband bestaat tussen de verrichte dienst en de ontvangen tegenwaarde”.
- 36 Volgens TP wordt de „dienst” niet door elk lid van de raad van bestuur afzonderlijk, maar door het collectieve orgaan verricht. De vergoeding die een lid van een raad van bestuur van een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht ontvangt, is geen vergoeding die een dienstverrichter met zijn cliënt is overeengekomen, maar een vergoeding die door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt toegekend.
- 37 De btw-dienst is om de in punt 17 uiteengezette redenen van mening dat TP een vergoeding ontvangt voor de taken die hij als bestuurder heeft verricht. Volgens deze dienst houdt het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders om een minder hoog of hoger bedrag aan tantièmes toe te kennen, daarnaast nauw verband met het belang van de diensten die in het desbetreffende boekjaar zijn verricht. De btw-dienst concludeert dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de door TP verrichte dienst en de ontvangen tegenwaarde, namelijk de tantièmes.
- 38 Aangezien er geen nadere gegevens zijn verstrekt over de vennootschappen en de vergoedingen die zij hebben betaald, is de Tribunal d’arrondissement van mening dat de tantièmes van TP zijn ingehouden op de winst die de naamloze vennootschappen naar Luxemburgs recht waarvan hij bestuurder is, hebben behaald en dat deze tantièmes bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders aan hem zijn toegekend.
- 39 Beide partijen in het geding verzoeken de Tribunal d’arrondissement om het Hof van Justitie de vraag voor te leggen of tantièmes die een natuurlijke persoon als lid van de raad van bestuur van een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht ontvangt, moeten worden geacht een vergoeding te zijn als tegenprestatie voor de diensten die voor deze vennootschap zijn verricht. Voor zover de Tribunal d’arrondissement bekend is, heeft het Hof van Justitie deze vraag nog niet onderzocht.
- 40 De Tribunal d’arrondissement legt daarom de hieronder uiteengezette eerste prejudiciële vraag voor.

Zelfstandigheid

- 41 Loontrekkenden en alle personen die een juridische band met hun werkgever hebben waaruit een verhouding van ondergeschiktheid ontstaat ten aanzien van de arbeids- en bezoldigingsvoorwaarden en de verantwoordelijkheid van de werkgever, zijn op grond van artikel 10 van de btw-richtlijn van btw-heffing uitgesloten.

- 42 Wat de arbeidsvoorwaarden betreft, heeft het Hof geoordeeld dat er „geen verhouding van ondergeschiktheid [is], wanneer [betrokkenen] zelfstandig, binnen de door de wet gestelde grenzen, het personeel en materieel kunnen aantrekken en organiseren, dat nodig is voor de uitvoering van hun werkzaamheden” (arrest van 25 juli 1991, Ayuntamiento de Sevilla, C-202/90, EU:C:1991:332, punt 11).
- 43 Leden van de raad van bestuur van naamloze vennootschappen naar Luxemburgs recht hebben geen verplichtingen met betrekking tot de werktijden en de werkplek en kunnen hun werkzaamheden zelf organiseren en uitvoeren. Er is dus geen sprake van een verhouding van ondergeschiktheid ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden noch op andere gronden, in de zin van artikel 10 van de btw-richtlijn. „Dientengevolge dient vervolgens in het licht van artikel 9 van die richtlijn te worden beoordeeld of een activiteit zoals aan de orde in het hoofdgeding moet worden aangemerkt als een activiteit die zelfstandig wordt uitgeoefend” [arrest van 13 juni 2019, IO (Btw – Werkzaamheden als lid van de raad van commissarissen), C- 420/18, EU:C:2019:490, punt 37].
- 44 Om te beoordelen of een persoon zelfstandig een economische activiteit verricht in de zin van artikel 9 van de btw-richtlijn, moet worden nagegaan of hij zich in de uitoefening van die activiteiten in een verhouding van ondergeschiktheid bevindt ten aanzien van de persoon die hem in diens functie heeft benoemd (arrest van 29 september 2015, Gmina Wrocław, C- 276/14, EU:C:2015:635, punt 33).
- 45 In casu moet dus worden onderzocht of een bestuurder ondergeschikt is aan de naamloze vennootschap die hem in diens functie heeft benoemd. „Om vast te stellen of er sprake is van een dergelijke ondergeschiktheidsverhouding moet worden nagegaan of de betrokken persoon zijn activiteiten in eigen naam, voor eigen rekening en onder zijn eigen verantwoordelijkheid verricht en of hij het aan die activiteiten verbonden economische risico draagt. Om vast te stellen of de betrokken activiteiten zelfstandig worden verricht, heeft het Hof dus in aanmerking genomen dat de betrokkene op geen enkele wijze hiërarchisch ondergeschikt was, en dat hij voor eigen rekening en onder zijn eigen verantwoordelijkheid handelt, vrijelijk zijn werkwijze bepaalt en zelf de vergoedingen ontvangt waaruit hij zijn inkomen haalt” [arrest van 13 juni 2019, IO (Btw – Werkzaamheden als lid van de raad van commissarissen), C- 420/18, EU:C:2019:490, punt 39].
- 46 In casu is TP van mening dat het door het Hof van Justitie bedoelde economische risico in werkelijkheid het economische risico is dat de rechtspersoon rechtstreeks loopt vanwege de besluiten van de raad van bestuur. Het economische risico van de werkzaamheden van de leden van de raad van bestuur wordt, bij nader onderzoek, gedragen door de vennootschap en ook de vennootschap is jegens derden aansprakelijk. TP voegt hieraan toe dat het Hof van Justitie in zaak C-420/18 geen rekening heeft gehouden met het feit dat een raad van bestuur, als collectief bestuursorgaan, de wettelijke vertegenwoordiger van de vennootschap is, zodat de collectief verleende bestuursdienst wordt geacht door de vennootschap

zelf te worden verricht. Zaak C-420/18 had immers betrekking op een collectief toezichtsorgaan, en niet op een collectief bestuursorgaan.

- 47 Volgens de btw-dienst hoeft niet zozeer te worden nagegaan of de orgaantheorie al dan niet moet worden toegepast op btw-gebied, maar is het relevanter om te onderzoeken of de bestuurder al dan niet aan de door het Hof van Justitie geformuleerde zelfstandigheidsvoorwaarden voldoet.
- 48 Beide partijen in het geding verzoeken de Tribunal d'arrondissement om het Hof van Justitie de vraag voor te leggen of een bestuurder van een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht zijn werkzaamheden zelfstandig uitoefent.
- 49 Voor zover de Tribunal d'arrondissement bekend is, heeft het Hof van Justitie deze vraag nog niet onderzocht. Zoals TP terecht benadrukt, lijkt de situatie van een lid van een bestuursorgaan namelijk op die van een lid van een toezichtsorgaan, maar verschilt zij daarvan tevens op een aantal punten. Het arrest van 13 juni 2019, IO (Btw – Werkzaamheden als lid van de raad van commissarissen, C- 420/18, EU:C:2019:490), kan dus niet als zodanig op het onderhavige geding worden toegepast.
- 50 De Tribunal d'arrondissement legt daarom de hieronder uiteengezette tweede prejudiciële vraag voor.
- 51 De Tribunal d'arrondissement verduidelijkt voorts de voorwaarden waaronder bestuurders naar Luxemburgs recht aansprakelijk zijn ten aanzien van de vennootschap (contractueel) en jegens derden (wegens een onrechtmatige daad).
- 52 Een bestuurder kan ten aanzien van de vennootschap aansprakelijk worden gehouden indien hij een fout inzake de „regelmatigheid” begaat (schending van de wet of van de statuten). In dat geval is hij hoofdelijk aansprakelijk met de andere bestuurders. Een bestuurder kan ook ten aanzien van de vennootschap aansprakelijk worden gehouden indien hij een bestuurlijke fout begaat. In dat geval moet worden onderzocht of elke andere normaal voorzichtige en zorgvuldige persoon in dezelfde omstandigheden dezelfde beslissing zou hebben genomen als de bestuurder. Hij is dan individueel aansprakelijk, tenzij de bestuurders een gemeenschappelijke fout hebben begaan, in welk geval zij hoofdelijk aansprakelijk zijn.
- 53 Ook wat de aansprakelijkheid jegens derden betreft, moet onderscheid worden gemaakt tussen fouten inzake de „regelmatigheid” en bestuurlijke fouten.
- 54 De aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden wegens fouten inzake de „regelmatigheid” vloeit voort uit voornoemd artikel 441-9, lid 2, van de wet inzake handelsvennootschappen.
- 55 Met betrekking tot de aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden wegens bestuurlijke fouten is de door TP aangevoerde orgaantheorie van toepassing. Indien de bestuurder een persoon is die rechtens onderscheiden is van de

rechtspersoon die hij vertegenwoordigt, is de handeling die hij namens de rechtspersoon verricht, de handeling van de rechtspersoon en niet die van de bestuurder. Aangezien de handeling, en dus de fout, aan de vennootschap kan worden toegerekend, is het orgaan niet aansprakelijk jegens derden.

- 56 Indien de bestuurder echter een fout begaat die losstaat van zijn functie, is hij als enige aansprakelijk voor de veroorzaakte schade. Een fout staat los van een functie wanneer de fout in wezen bijzonder ernstig en opzettelijk is.

5. Prejudiciële vragen:

- 57 De Tribunal d'arrondissement verzoekt het Hof van Justitie uitspraak te doen over de volgende vragen:

„Verricht een natuurlijke persoon die lid is van de raad van bestuur van een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht, een ‚economische’ activiteit in de zin van artikel 9 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, en moeten meer in het bijzonder de door deze persoon ontvangen tantièmes worden geacht een vergoeding te zijn als tegenprestatie voor de diensten die voor deze vennootschap zijn verricht?”

en

„Verricht een natuurlijke persoon die lid is van de raad van bestuur van een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht, zijn activiteit zelfstandig in de zin van artikel 9 en artikel 10 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde?”