

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

5 juli 1988 *

In zaak 289/86,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van het Gerechtshof te Amsterdam, in het aldaar aanhangig geding tussen

Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat, te Amsterdam,

en

Inspecteur der Omzetbelasting, te Amsterdam,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 2, sub 1, van de Zesde richtlijn van de Raad (77/388) van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB 1977, L 145, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: O. Due, kamerpresident, T. Koopmans, K. Bahlmann, C. Kakouris en T. F. O'Higgins, rechters,

advocaat-generaal: G. F. Mancini

griffier: B. Pastor, administrateur

gelet op de opmerkingen ingediend door:

— de Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat, vertegenwoordigd door F. D. Kouwenhoven, belastingadviseur,

— de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Seidel en A. Dittrich als gemachtigden,

* Procestaal: Nederlands.

- de regering van de Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. Guillaume en B. Botte als gemachtigden,
- de regering van het Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door E. F. Jacobs en G. Borchardt als gemachtigden,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. F. Buhl en M. Mees, advocaat, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting en ten gevolge op de mondelinge behandeling op 29 oktober 1987,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 april 1988,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij arrest van 28 oktober 1986, ingekomen ten Hove op 24 november daaraanvolgend, heeft het Gerechtshof te Amsterdam krachtens artikel 177 EEG-Verdrag drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 2, sub 1, van de Zesde richtlijn van de Raad (77/388) van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB 1977, L 145, blz. 1; hierna: de Zesde richtlijn).
- 2 Deze vragen zijn gerezen in het kader van een beroep van de Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat — een sociaal-culturele vereniging die een jongeren-centrum beheert waar bezoekers onder meer bij een „huisdealer” hasjes kunnen kopen — tegen een aanslag in de omzetbelasting, door de Nederlandse belastingdienst opgelegd ter zake van de levering van hasjes in dat jongeren-centrum.

- 3 Hasjiesj is een henneproduct, waarvan de verkoop en aflevering ingevolge de Opiumwet in Nederland is verboden. De richtlijnen van het Nederlandse Openbaar Ministerie voor het opsporings- en strafvorderingsbeleid inzake strafbare feiten van de Opiumwet (Stcrt. van 18.7.1980, nr. 137, blz. 7) bepalen evenwel met betrekking tot de kleinhandel in henneproducten en de huisdealer:

„Als huisdealer wordt beschouwd een handelaar in henneproducten die met het vertrouwen en onder bescherming van de staf van een jongeren centrum met uitsluiting van anderen gelegenheid krijgt in dat jongeren centrum henneproducten te verkopen. De huisdealer valt in beginsel onder de strafbepaling van artikel 11, tweede lid van de Opiumwet, gericht onder meer tegen de handelaren in middelen vermeld op lijst II.

Bij de opsporing van deze kleinhandel staat de betrekkelijke prioriteit daarvan voorop; ... overeenkomstig het systeem van de Opiumwet wordt de hoogste prioriteit gegeven aan de opsporing van de handel in verdovende middelen met onaanvaardbare risico's. De lagere prioriteit van de opsporing van de kleinhandel in henneproducten betekent in feite dat de politie het Openbaar Ministerie slechts in die gevallen met de kleinhandelaar confronteert, waarin deze zich als zodanig publiekelijk afficheert of op andere wijze provocerend zijn handel bedrijft.”

- 4 In haar beroep tegen de aanslag in de omzetbelasting ter zake van de betrokken hasjiesjverkoop beriep de Vereniging Happy Family zich met name op 's Hofs arrest van 28 februari 1984 (zaak 294/82, Einberger, Jurispr. 1984, blz. 1177), volgens hetwelk in beginsel geen omzetbelastingsschuld bij invoer ontstaat bij de illegale invoer van verdovende middelen.

- 5 Met het oog op de oplossing van het geschil heeft het Gerechtshof het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de navolgende vragen:

„1) Dient artikel 2, lid 1, van de Zesde Richtlijn van de Raad in het voetspoor van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 februari 1984 (zaak 294/82) aldus te worden uitgelegd dat eveneens geen omzetbelastingsschuld ontstaat ter zake van de levering van verdovende middelen binnen het grondgebied van een Lid-Staat ?

2) Ingeval de onder 1 gestelde vraag bevestigend wordt beantwoord, heeft dit antwoord dan betrekking op de levering van alle soorten verdovende middelen met name ook op de levering van hennepprodukten ?

3) Ingeval ook de onder 2 gestelde vraag bevestigend wordt beantwoord, kan dan de omstandigheid dat een terughoudend vervolgingsbeleid van de bevoegde justitiële autoriteiten het mogelijk maakt om verboden leveringen van hennepprodukten onder omstandigheden te verrichten zonder dat strafrechtelijk wordt ingegrepen, aanleiding geven tot een andersluidend oordeel omtrent het ontstaan van omzetbelastingsschuld ter zake van de levering van dergelijke produkten ?”

6 Voor een nadere uiteenzetting van de feiten van het hoofdgeding en de bij het Hof ingediende opmerkingen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting. Deze elementen van het dossier worden hierna slechts weergegeven voor zover dat noodzakelijk is voor de redenering van het Hof.

De eerste vraag

7 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of artikel 2, sub 1, van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat geen omzetbelastingsschuld ontstaat bij de illegale levering van verdovende middelen binnen een Lid-Staat.

8 In zijn arrest van 28 februari 1984 (reeds aangehaald) heeft het Hof artikel 2, sub 2, van de Zesde richtlijn aldus uitgelegd, dat geen omzetbelastingsschuld bij invoer ontstaat bij de illegale invoer in de Gemeenschap van verdovende middelen die niet deel uitmaken van het door de bevoegde autoriteiten streng bewaakte handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden.

9 De Vereniging Happy Family en de Commissie zijn van mening, dat de in dat arrest aanvaarde oplossing ook voor leveringen in het binnenland moet gelden. Het Hof zou zijn beslissing immers voornamelijk hebben gebaseerd op de overweging, dat verdovende middelen per definitie onder een volstrekt invoer- en verhan-

delingsverbod in de Gemeenschap vallen. Bijgevolg zou ook de levering van verdovende middelen in het binnenland buiten de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen.

- 10 De Nederlandse, de Franse en de Duitse regering betogen, dat genoemd arrest uitsluitend betrekking heeft op de illegale invoer van verdovende middelen en niet vooruitloopt op een beslissing over levering in het binnenland, te meer daar het Hof in hetzelfde arrest uitdrukkelijk heeft gewezen op de juridische en economische verschillen tussen de twee verrichtingen. Bij invoer namelijk zou het belastbare feit voor de BTW in hoofdzaak gekoppeld zijn aan het belastbare feit voor de invoerrechten, terwijl levering in het binnenland slechts belastbaar is indien zij door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel wordt verricht.
- 11 Gelet op deze uiteenlopende argumenten, zij eraan herinnerd, dat ingevolge artikel 2 van de Zesde richtlijn aan de belasting over de toegevoegde waarde zijn onderworpen:
- „1) de leveringen van goederen en de diensten, welke in het binnenland door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht;
- 2) de invoer van goederen”.
- 12 In dit verband moet vooreerst worden vastgesteld, dat de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter uitsluitend betrekking heeft op de illegale levering van verdovende middelen binnen de betrokken Lid-Staat. De vraag of over een dergelijke verrichting BTW verschuldigd is, is in 's Hofs rechtspraak nog niet ter sprake gekomen. Afgezien van de arresten betreffende het verschuldigd zijn van invoerrechten voor als smokkelwaar ingevoerde verdovende middelen, heeft het Hof zich enkel moeten uitspreken, in voornoemd arrest van 28 februari 1984, over de uitlegging van artikel 2, sub 2, van de Zesde richtlijn in verband met de illegale invoer van verdovende middelen in de Gemeenschap. In dat arrest is generlei beslissing gegeven over illegale leveringen in het binnenland.
- 13 Bij gebreke van uitdrukkelijke bepalingen dienaangaande in de richtlijn rijst in de eerste plaats de vraag, of de illegale levering van verdovende middelen in het binnenland al dan niet een belastbare handeling vormt, dan wel of de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat zij de beslissing daarover aan de Lid-Staten overlaat.

- 14 Zoals het Hof in genoemd arrest overwoog met betrekking tot de invoer van verdovende middelen, moet worden vastgesteld dat de richtlijn niet aldus kan worden uitgelegd, dat deze vraag buiten de werkingssfeer ervan valt. Een dergelijke uitlegging zou zich niet verdragen met het doel van de richtlijn, die op dit gebied en inzonderheid wat de werkingssfeer van de belasting over de toegevoegde waarde betreft, een uitgebreide harmonisatie beoogt.
- 15 Voorts moet worden onderzocht of de Zesde richtlijn, gelet op de context en doelstellingen ervan, eraan in de weg staat dat BTW wordt geheven ter zake van illegale levering van verdovende middelen in het binnenland.
- 16 Dienaangaande zij vastgesteld, dat de Zesde richtlijn gebaseerd is op de artikelen 99 en 100 EEG-Verdrag en „in het belang van de gemeenschappelijke markt” de harmonisatie of het nader tot elkaar brengen tot doel heeft van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting. Volgens de derde en de vierde overweging van de considerans moet de invoering van een gemeenschappelijk BTW-stelsel bijdragen tot de daadwerkelijke vrijmaking van het personen-, goederen-, diensten- en kapitaalverkeer en de onderlinge vervlechting van de economieën, en tot de verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt waar een gezonde mededinging bestaat en waarvan de kenmerken analoog zijn aan die van een echte binnenlandse markt.
- 17 Waar de schadelijkheid van verdovende middelen algemeen erkend is, is de verhandeling ervan in alle Lid-Staten verboden, afgezien van een streng bewaakt handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden. Gelijk het Hof in zijn arrest van 28 februari 1984 overwoog met betrekking tot de illegale invoer van verdovende middelen, vallen deze produkten per definitie onder een volstrekt invoer- en verhandelingsverbod in de Gemeenschap. Dergelijke goederen, zo vervolgde het Hof, die volstrekt niet in het economische en commerciële circuit van de Gemeenschap mogen worden gebracht en waarvan de illegale invoer slechts tot strafmaatregelen aanleiding kan geven, vallen volledig buiten de bepalingen van de Zesde richtlijn betreffende de vaststelling van de belastinggrondslag en kunnen bijgevolg geen omzetbelastingsschuld doen ontstaan.
- 18 Deze redenering geldt ook voor de heffing van BTW ter zake van levering in het binnenland. De binnenlandse illegale handel in verdovende middelen, die eveneens

slechts tot strafmaatregelen aanleiding kan geven, heeft immers evenmin iets van doen met de genoemde doelstellingen van de Zesde richtlijn en kan bijgevolg evenmin als de illegale invoer van die verdovende middelen een omzetbelastingsschuld doen ontstaan.

- 19 De andersluidende opvatting van de drie regeringen die in deze zaak opmerkingen hebben ingediend, lijkt te zijn ingegeven door de vrees, dat het onmogelijk zal blijken om in de rechtspraak onderscheid te maken tussen de illegale handel in verdovende middelen en andere illegale economische activiteiten; bijgevolg zou, door de gunstiger fiscale behandeling van de illegale handel in het algemeen, afbreuk worden gedaan aan het beginsel van fiscale neutraliteit van het BTW-stelsel.
- 20 Bij de heffing van BTW verzet het beginsel van fiscale neutraliteit zich inderdaad tegen een algemeen onderscheid tussen legale en illegale transacties. De levering van produkten zoals verdovende middelen staat daar evenwel buiten: deze produkten vormen een bijzonder geval doordat zij wegens hun aard in alle Lid-Staten onder een volstrekt verhandelingsverbod vallen, met uitzondering van het streng bewaakte handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden. In een dergelijke specifieke situatie, waarin elke mededinging tussen een legale en een illegale economische sector uitgesloten is, kan het niet verschuldigd zijn van BTW het beginsel van fiscale neutraliteit niet aantasten.
- 21 Om dezelfde reden faalt ook het argument dat de drie regeringen in dit verband ontlenen aan artikel 4, lid 1, van de Zesde richtlijn, dat iedere economische activiteit, „ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit”, aan de BTW onderwerpt. Hoewel deze bepaling bij de definitie van het begrip belastingplichtige spreekt van economische activiteiten in het algemeen, zonder daarbij onderscheid te maken tussen legale en illegale activiteiten, kan daaruit geen conclusie worden getrokken voor de belastingregeling voor verdovende middelen, aangezien deze reeds buiten de in artikel 2 van de Zesde richtlijn omschreven werkingsfeer van de BTW vallen.
- 22 Hieraan zij toegevoegd, dat deze vaststelling niet afdoet aan de bevoegdheid van de Lid-Staten om inbreuken op hun wetgeving inzake verdovende middelen met gepaste sancties te vervolgen, met alle, met name ook geldelijke consequenties die daaraan verbonden kunnen zijn.

- 23 Mitsdien moet op de eerste prejudiciële vraag worden geantwoord, dat artikel 2, sub 1, van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat geen omzetbelastingsschuld ontstaat bij de illegale levering van verdovende middelen, die in het binnenland onder bezwarende titel wordt verricht, voor zover die produkten geen deel uitmaken van het door de bevoegde autoriteiten streng bewaakte handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden.

De tweede en de derde vraag

- 24 Met deze vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of de regel inzake de niet-toepasselijkheid van de BTW ook geldt voor de illegale levering van henneproducten, zelfs in de bijzondere situatie waarin de autoriteiten van een Lid-Staat — in het kader van een selectief vervolgingsbeleid — de kleinschalige detailhandel in die verdovende middelen niet systematisch strafrechtelijk vervolgen.
- 25 Al aanstonds zij opgemerkt, dat ook al worden henneproducten in bepaalde Lid-Staten als „soft drugs” beschouwd, zij blijkens het dossier onder een volstrekt invoer- en verhandelingsverbod in de Gemeenschap vallen. Daarenboven behoort volgens het Enkelvoudig Verdrag van 1961 (Recueil des Traités des Nations Unies, 520, n° 7515), waarbij thans alle Lid-Staten partij zijn, dit soort verdovende middelen tot de stoffen die enkel mogen worden ingevoerd en verhandeld ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden.
- 26 Het op de eerste prejudiciële vraag gegeven antwoord geldt dus ook voor henneproducten als zodanig.
- 27 Met betrekking tot de vraag of het antwoord anders moet luiden indien, zoals in casu, de autoriteiten van een Lid-Staat onder bepaalde omstandigheden afzien van vervolging van de kleinschalige detailhandel in die verdovende middelen, betoogt de Commissie, dat men in dat geval niet te doen heeft met een naar haar aard illegale economische activiteit. Door af te zien van strafrechtelijke vervolging, zouden de bevoegde autoriteiten deze activiteit immers gedogen, hetgeen praktisch zou neerkomen op legalisatie ervan. Het zou niet gerechtvaardigd zijn, een dergelijke economische activiteit buiten de BTW-heffing te houden.

- 28 Daarentegen betoogt de Nederlandse regering dat, ook al wordt de verkoop van henneproducten onder bepaalde omstandigheden niet systematisch strafrechtelijk vervolgd, het niettemin een bij wet verboden transactie blijft. De omstandigheid, dat met het oog op een doeltreffende strafvervolging een betrekkelijke prioriteit wordt gegeven aan de vervolging van andere, door de bevoegde autoriteiten als gevaarlijker beschouwde delicten, zou aan dat illegale karakter niet afdoen. In dat beleid zou een erkend beginsel van het Nederlandse strafrecht tot uiting komen, namelijk dat het Openbaar Ministerie niet alle te zijner kennis gebrachte delicten behoeft te vervolgen, doch daarbij volgens opportuniteitscriteria tewerk kan gaan.
- 29 Dienaangaande zij in de eerste plaats opgemerkt, dat aan het voor verdovende middelen geldende volstreekte verhandelingsverbod niet wordt afgedaan door het enkele feit dat de nationale autoriteiten die er de hand aan moeten houden, wegens de uiteraard beperkte personele en materiële mogelijkheden en met het oog op de concentratie van de voor de drugbestrijding beschikbare middelen een lagere prioriteit toekennen aan de vervolging van een bepaald soort handel in verdovende middelen, omdat zij andere soorten gevaarlijker achten. Een dergelijke houding kan in geen geval leiden tot gelijkstelling van de illegale handel in verdovende middelen met het door de bevoegde autoriteiten streng bewaakte handelsverkeer in de medische en wetenschappelijke sfeer. Dit laatste is immers daadwerkelijk gelegaliseerd, terwijl de verboden handel, ook al wordt hij binnen bepaalde grenzen gedoogd, illegaal blijft en de politie er te allen tijde tegen kan optreden wanneer de bevoegde autoriteiten dat opportuun achten.
- 30 In de tweede plaats zou de in de Gemeenschap tot stand gebrachte harmonisatie van het stelsel van de belasting over de toegevoegde waarde in gevaar komen, indien de werkingssfeer van die belasting met betrekking tot een illegale transactie zou afhangen van de wijze waarop het vervolgingsbeleid in deze of gene Lid-Staat gestalte krijgt, ook wanneer dergelijke transacties in die staat in beginsel verboden blijven.
- 31 Mitsdien moet op de tweede en de derde vraag worden geantwoord, dat de regel van niet-toepasselijkheid van de BTW eveneens geldt voor de illegale levering van henneproducten, ook wanneer de autoriteiten van een Lid-Staat in het kader van een selectief vervolgingsbeleid de kleinschalige detailhandel in die verdovende middelen niet systematisch strafrechtelijk vervolgen.

Kosten

- 32 De kosten door de Duitse, de Franse en de Nederlandse regering alsmede door de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening hunner opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 28 oktober 1986 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) Artikel 2, sub 1, van de Zesde richtlijn van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Statens inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag, moet aldus worden uitgelegd, dat geen omzetbelastingsschuld ontstaat bij de illegale levering van verdovende middelen, die in het binnenland onder bezwarende titel wordt verricht, voor zover die produkten geen deel uitmaken van het door de bevoegde autoriteiten streng bewaakte handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden.
- 2) Dit geldt eveneens voor de illegale levering van henneproducten, ook wanneer de autoriteiten van een Lid-Staat in het kader van een selectief vervolgingsbeleid de kleinschalige detailhandel in die verdovende middelen niet systematisch strafrechtelijk vervolgen.

Due	Koopmans	
Bahlmann	Kakouris	O'Higgins

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 5 juli 1988.

De griffier

J.-G. Giraud

De president van de Zesde kamer

O. Due