

A-G Hoge Raad: beheren van individuele vermogens in profielen is belast met btw

Op 23 september 2020 zijn in twee belangwekkende vermogensbeheerzaken conclusies verschenen van advocaat-generaal Ettema (hierna: A-G) bij de Hoge Raad.

De hoofdvraag in deze zaken is of de btw-vrijstelling voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds ook kan worden toegepast op individueel vermogensbeheer waarbij beleggingen worden samengevoegd op basis van beleggingsprofielen. De Gerechtshoven Amsterdam en Arnhem-Leeuwarden oordeelden in deze twee zaken dat de vrijstelling van toepassing is. De A-G volgt de beslissingen niet. De A-G meent dat de Gerechtshoven onvoldoende hebben getoetst of het op een centrale rekening samengevoegde vermogen van de individuele beleggers een 'fonds' is dat vergelijkbaar is met een instelling voor collectieve belegging in effecten (hierna: icbe) welke voor de btw als gemeenschappelijk beleggingsfonds kwalificeert. Volgens de A-G is de btw-vrijstelling bovendien alleen aan de orde als het 'fonds' kwalificeert als btw-ondernemer. De A-G geeft de Hoge Raad in overweging de zaken te verwijzen naar een Gerechtshof om dit nader te beoordelen.

Een andere vraag die in de conclusies aan bod komt, is of belanghebbenden voldoen aan het vereiste van bijzonder overheidstoezicht dat voortvloeit uit de zaak Fiscale Eenheid X (nr. C-595/13) van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ). Dit is een ander vereiste voor toepassing van de btw-vrijstelling. De A-G ziet voldoende aanknopingspunten om van bijzonder overheidstoezicht te kunnen spreken.

1. Achtergrond en rechtsvragen

Belanghebbenden in deze twee zaken zijn vermogensbeheerders die een beleggingsproduct aanbieden onder een vergunning voor individueel vermogensbeheer. Het beleggingsproduct werkt als volgt. Beleggers kunnen hun vermogen laten beleggen volgens een aantal beleggingsprofielen (in casu vier tot vijf) die elk zijn gekoppeld aan een modelportefeuille. De keuze voor het beleggingsprofiel hangt af van de risicobereidheid van de belegger. Het vermogen van alle beleggers binnen een bepaald beleggingsprofiel wordt in dezelfde verhouding en in dezelfde financiële instrumenten belegd, waarvan (individueel) niet kan worden afgeweken. Beleggers hebben behalve de keuze voor het beleggingsprofiel geen verdere invloed op de keuze van de beleggingen.

Beleggers storten het te beleggen vermogen op een centrale rekening die door een stichting bewaarinstantie (hierna: Stichting) wordt aangehouden bij een (depot)bank. De Stichting is opgericht door de vermogensbeheerder met het oog op de uit de Wft voortvloeiende verplichting tot vermogensscheiding. De Stichting administreert per belegger een zogeheten beleggersgirekening. Op deze rekening worden de vorderingen van de belegger op de Stichting luidende in (fracties van) effecten en andere financiële instrumenten bijgehouden. De Stichting is juridisch rechthebbende tot de aangekochte effecten en andere financiële instrumenten op de centrale rekening bij de (depot)bank.

Belanghebbenden brengen de vergoedingen voor hun beherdiensten rechtstreeks in rekening aan de belegger door deze te verrekenen met het saldo op de individuele

beleggingsrekening. In geschil is of de beheerdienstverlening kan delen in de btw-vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen ex artikel 11, lid 1, onderdeel i, ten derde, Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB).

De A-G behandelt de twee voorliggende zaken gelijktijdig en identificeert twee rechtsvragen:

- (i) Kan door diverse beleggers bijeengebracht vermogen op een bankrekening van een beleggersgiro of andere bewaarinstantie, dan wel een andere pool, volstaan om een fonds aan te nemen, of moet een fonds een entiteit zijn die mogelijk zelfs ondernemer moet zijn in de zin van artikel 7 Wet OB?
- (ii) Kan aan het vereiste dat het beheerde vermogen onder bijzonder overheidstoezicht staat ook zijn voldaan als de beheerder zijn diensten verleent onder een vergunning voor individueel vermogensbeheer?

2. Conclusies A-G Ettema

De A-G gaat bij de behandeling van de eerste rechtsvraag in op de uitleg van de vrijstelling voor het beheer van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Uit vaste rechtspraak van het HvJ volgt dat het doel van de btw-vrijstelling erin bestaat de keuze tussen rechtstreeks beleggen in effecten en collectief beleggen via fondsen fiscaal neutraal te laten zijn. Het doel heiligt de middelen gaat hier echter niet op, omdat de btw-vrijstelling beperkt moet worden uitgelegd. Om te kunnen spreken van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, zoals bedoeld in de btw-vrijstelling, dient sprake te zijn van een icbe of van een fonds dat dezelfde kenmerken vertoont, en dus dezelfde handelingen verricht, of op zijn minst zodanig vergelijkbaar is met een icbe dat het ermee concurreert.

Essentieel voor een icbe is onder andere dat de vermogens van verschillende beleggers worden samengevoegd. In de tekst van de btw-vrijstelling staat dat deze samenvoeging van het vermogen moet plaatsvinden in een 'fonds', wat volgens de A-G een privaatrechtelijke rechtspersoon of een feitelijke maatschappelijke zelfstandigheid vereist. Om te komen tot voldoende vergelijkbaarheid met een icbe, dient het fonds volgens de A-G tevens te kwalificeren als btw-ondernemer. De A-G lijkt hierbij op basis van het arrest van het HvJ in de zaak BBL (nr. C-8/03) aan te nemen dat een icbe in het algemeen kwalificeert als btw-ondernemer. De A-G lijkt deze status bij belanghebbende in twijfel te trekken. De A-G concludeert dat een fonds niet als btw-ondernemer kwalificeert als het uitsluitend om niet aan beleggers presteert, bijvoorbeeld doordat beleggers direct alle beheerdiensten van een derde beheerder afnemen.

De A-G constateert vervolgens dat de Gerechtshoven niet hebben vastgesteld of het vermogen op de centrale rekening kwalificeert als 'fonds' en of sprake is van een fonds dat in eigen naam en voor eigen rekening beleggingen beheert. Bovendien is volgens de A-G niet duidelijk of het vermogen op de centrale rekening, het beweerdelijke fonds, als btw-ondernemer kwalificeert. Belanghebbenden in deze zaken hebben erkend dat noch zij als vermogensbeheerder noch de Stichting een fonds zijn. De A-G sluit niet volledig

uit dat het vermogen op de centrale rekening als fonds kwalificeert en geeft de Hoge Raad in overweging de zaken te verwijzen voor een hernieuwde beoordeling.

In theorie is het wat ons betreft ook mogelijk een gemeenschappelijk beleggingsfonds aan te nemen op niveau van de beleggingsprofielen. De A-G gaat hier helaas niet op in en verkent uitsluitend de mogelijkheden een fonds aan te nemen op niveau van de centrale rekening van de Stichting of de Stichting zelf.

Bij behandeling van de tweede rechtsvraag onderzoekt de A-G of de vermogensbeheerder, dan wel het 'fonds' of het samengevoegde vermogen, is onderworpen aan bijzonder overheidstoezicht dat voldoende vergelijkbaar is met het toezicht op (een beheerder van) een icbe. Het vereiste van bijzonder overheidstoezicht vloeit voort uit het arrest Fiscale Eenheid X van het HvJ en is vorig jaar opgenomen in het [besluit bijzonder overheidstoezicht](#). In casu bieden de vermogensbeheerders individuele beherdiensten aan onder een vergunning voor individueel vermogensbeheer ex artikel 2:96 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), dit in tegenstelling tot (beheerders van) icbe's die in principe zijn onderworpen aan toezicht voor collectief vermogensbeheer. Na een uitgebreide bestudering van de verschillende toezichtregimes concludeert de A-G voorzichtig dat sprake is van voldoende vergelijkbaarheid. Dat helpt de vermogensbeheerders echter niet, nu de A-G er zoals uiteengezet aan twijfelt of wel sprake is van een 'fonds'.

3. Aandachtspunten voor de praktijk

Indien de conclusies van de A-G worden gevolgd door de Hoge Raad, zullen de zaken voor hernieuwde beoordeling worden verwezen naar een Gerechtshof. Wij achten het waarschijnlijk dat het door de A-G geïntroduceerde fondsvereiste en btw-ondernemerschap een te grote drempel opwerpt voor toepassing van de btw-vrijstelling op individueel beheer via profielen.

De A-G lijkt bij de kwalificatie als beleggingsfonds veel waarde te hechten aan de vergelijkbaarheid met een icbe. Deze vergelijking hanteerde het HvJ bijvoorbeeld ook in de zaken *Wheels* (nr. C-424/11) en *ATP* (nr. C-464/12). Het Btw-comité, bestaande uit vertegenwoordigers van de Europese Commissie en de lidstaten, ziet de vergelijkbaarheid als (afzonderlijk) vereiste. De vergelijkbaarheidstoets die de A-G aanlegt, is evenwel veel te strikt. Het miskent de ontwikkelingen in de Europese toezichtsrechtelijke regelgeving voor beleggingsfondsen en ook de bevestiging van het HvJ in het arrest *Fiscale Eenheid X* dat alternatieve beleggingsinstellingen (hierna: *abi's*) ook als gemeenschappelijk beleggingsfonds voor de btw kwalificeren. Het gaat er niet om dat andere fondsen geheel gelijk moeten zijn aan icbe's om te kunnen worden aangemerkt als gemeenschappelijk beleggingsfonds. Deze strikte lezing door de A-G kan een bredere impact hebben. Deze bredere impact zien wij met name voor:

Beleggingsfondsen die geen btw-ondernemer zijn

De A-G ziet bijvoorbeeld in het vereiste van vergelijkbaarheid een eis dat het 'fonds' als btw-ondernemer moet kwalificeren. Hiermee lijkt de A-G de toepassing van de

Nederlandse btw-vrijstelling in te perken en zou de vrijstelling mogelijk beperkter worden uitgelegd dan in andere Europese lidstaten.

Zoals reeds aangegeven, haalt de A-G het BBL-arrest van het HvJ aan om tot de conclusie te komen dat een icbe kwalificeert als btw-ondernemer. Echter, in de praktijk leidt dit arrest dikwijls tot discussie. In die discussie wordt vaak aangehaald dat de icbe in het arrest BBL in- en uitstapvergoedingen berekent. Dit zou dan de vergoeding voor een economische activiteit zijn die de icbe ondernemer maakt. Naar onze overtuiging zouden icbe's ook economische activiteiten kunnen verrichten op basis van de handelingen met betrekking tot hun beleggingen, bijvoorbeeld ingeval van bedrijfsmatig handelen in effecten. In de praktijk wordt daar echter verschillend mee omgegaan. Het lijkt met de A-G conclusie in de hand belangrijker te worden om er voor te zorgen dat fondsen als ondernemer kwalificeren. Dit heeft ook impact op abi's die naar huidige opvattingen kwalificeren als gemeenschappelijk beleggingsfonds, maar geen in- en uitstapvergoeding berekenen en volgens de Belastingdienst niet kwalificeren als ondernemer. Langs de lijn van de A-G kan het beheer van deze abi's niet plaatvinden onder de btw-vrijstelling met btw-kosten tot gevolg.

Het kwalificeren als ondernemer heeft in principe tot gevolg dat een beleggingsfonds zich ook voor de btw moet registreren. Wat ons betreft helpt een btw-registratie als bewijs dat er inderdaad sprake is van een ondernemer en kan dit, wanneer de A-G wordt gevolgd, worden gebruikt in discussie met vermogensbeheerders over toepassing van de vrijstelling.

Kosten die rechtstreeks bij de belegger in rekening worden gebracht

Een valide vraag is of de btw-vrijstelling ook kan worden toegepast indien de kosten voor het beheer van een beleggingsfonds rechtstreeks aan de belegger in rekening worden gebracht. Wij zijn van mening dat in die situatie nog steeds aan de vrijstelling kan worden voldaan zolang de aard van de dienstverlening het beheer van het beleggingsfonds is. Dat is ook de staande praktijk in Nederland. De A-G lijkt dit echter in twijfel te trekken met de opmerking dat een fonds niet kwalificeert als ondernemer wanneer beleggers direct alle beheerdiensten van een derde beheerder afnemen. Het is de vraag of het betalen van een rekening alleen voldoende is om te spreken van het afnemen van beheerdiensten, maar deze opmerking geeft wat ons betreft wel extra aanleiding om dergelijke kostenstructuren kritisch te beoordelen.

Pensioenfondsen

Verder staan de conclusies van de A-G op gespannen voet met het arrest van het HvJ in de zaak ATP en roepen zij de vraag op of een pensioenfonds überhaupt kan kwalificeren als gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van de btw-vrijstelling. Uit de rechtspraak van het HvJ volgt dat om voldoende vergelijkbaar te zijn met een icbe is vereist dat de beleggers rechten van deelneming verkrijgen in het fonds. De A-G stelt dat individuele deelnemers in pensioenfondsen niet deelnemen in het eigen vermogen van een pensioenfonds en dat het HvJ dit punt heeft genegeerd in de zaak ATP. Dit kan de btw-discussies bij pensioenfondsen verder onder druk zetten.

Invulling bijzonder overheidstoezicht

Uit de conclusies blijkt verder dat de A-G het bijzonder lastig heeft gevonden om een toezichtrechtelijke vergelijking te maken en in dat kader verschillen te duiden tussen collectief en individueel vermogensbeheer. Daarom kan zij zich vinden in het oordeel van de Gerechtshoven: vergunningen voor collectief respectievelijk individueel vermogensbeheer zijn in grote lijnen vergelijkbaar en verschillen op detailniveau. De A-G acht het in ieder geval niet onaannemelijk dat het toezicht niet wezenlijk verschilt. Als de Hoge Raad dit volgt, zal het besluit bijzonder overheidstoezicht mogelijk moeten worden aangevuld met vergunningen voor individueel vermogensbeheer. De conclusies van de A-G bieden in onze ogen ook perspectief voor een ruimere interpretatie van 'bijzonder overheidstoezicht'. Het lijkt er op dat ook ter zake van het beheer van andere type fondsen zoals CDO, CBO of CLO en vrijgestelde beleggingsinstellingen kan zijn voldaan aan het toezichtvereiste mits het toezicht op de beheerder van voldoende niveau is.

Indien u van gedachten wilt wisselen over deze conclusies, neemt u dan gerust contact op met de adviseurs van de Indirect Tax Financial Services Group van Meijburg & Co of met uw gebruikelijke adviseur.

Meijburg & Co
25 september 2020

De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.