

Hoge Raad legt btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer ruim uit: beheren van individuele vermogens in profielen is vrijgesteld

Op 4 december 2020 zijn in twee belangwekkende vermogensbeheerzaken arresten verschenen van de Hoge Raad. De hoofdvraag in beide zaken was of de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer 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. Anders dan advocaat-generaal (hierna: A-G) Ettema in haar [conclusies](#) bevestigt de Hoge Raad de toepassing van de btw-vrijstelling. De Hoge Raad kwalificeert de in de beleggingsprofielen belegde vermogens als een collectief fonds, omdat de wijze waarop het vermogen is bijeengebracht en wordt belegd vergelijkbaar is met een instelling voor collectieve belegging in effecten (hierna: icbe). Ook is het fonds onderworpen aan bijzonder overheidstoezicht, omdat de beheerder vergunningsplichtig is en onder toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) staat.

Deze arresten zullen een grote impact hebben voor vermogensbeheerders en hun cliënten. De Hoge Raad staat namelijk een ruimere uitleg van de btw-vrijstelling voor dan die van de staatssecretaris van Financiën. Vermogensbeheerders, maar ook partijen die vermogensbeheerdiensten uit het buitenland afnemen, moeten nagaan of er meer ruimte is om de btw-vrijstelling toe te passen. Als dit het geval is, dan is het raadzaam om te bekijken of bezwaar kan worden gemaakt tegen btw die in het verleden mogelijk ten onrechte is voldaan.

1. Achtergrond en rechtsvragen

In beide zaken is belanghebbende een vermogensbeheerder die een beleggingsproduct aanbiedt onder een vergunning voor individueel vermogensbeheer. Het beleggingsproduct stelt beleggers in staat om hun vermogen te beleggen in vier tot vijf beleggingsprofielen met elk een ander risicoprofiel. De keuze voor het beleggingsprofiel hangt af van de risicobereidheid van de belegger. Elk beleggingsprofiel is gekoppeld aan een modelportefeuille, die de samenstelling ervan bepaalt. Het vermogen van alle beleggers binnen een bepaald beleggingsprofiel wordt in dezelfde verhouding en in dezelfde financiële instrumenten belegd. Individuele afwijkingen van het beleggingsprofiel zijn niet mogelijk. Behoudens het beleggings- en risicoprofiel hebben beleggers geen verdere invloed op de keuze van de beleggingen.

Om aan de uit de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) voortvloeiende verplichting van vermogensscheiding te voldoen, storten beleggers hun vermogen op een centrale rekening van een stichting bewaarinstelling (hierna: Stichting). Deze centrale rekening wordt aangehouden bij een externe (depot)bank. De Stichting is juridisch rechthebbende tot de aangekochte effecten en andere financiële instrumenten op de centrale rekening bij de (depot)bank. De belegger heeft een vordering op de Stichting luidende in (fracties van) effecten en andere financiële instrumenten. De waarde van de vordering wordt bijgehouden via een zogeheten beleggersgirorekening die door de Stichting wordt geadmistreerd. De waarde van alle beleggingen in effecten en financiële instrumenten is gelijk aan de saldi van de

beleggersgirorekeningen. Belanghebbenden brengen de vergoedingen voor hun beherdiensten rechtstreeks in rekening aan de belegger. Deze worden verrekend met het saldo op de individuele beleggingsrekening. In geschil is of de beherdienstverlening kan delen in de btw-vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen (hierna: collectief vermogensbeheer) ex artikel 11, lid 1, onderdeel i, ten derde, Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB).

In haar conclusie twijfelt de A-G of sprake is van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Zij stelde in beide zaken voor om op dit punt te verwijzen naar de relevante gerechtshoven. Op het punt van het vereiste bijzonder overheidstoezicht kwam zij tot de voorzichtige conclusie dat aan die voorwaarde zou moeten zijn voldaan.

In de zaken staan de volgende twee rechtsvragen centraal:

1. 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?
2. Is aan het vereiste van bijzonder overheidstoezicht ook voldaan als de beheerder zijn diensten verleent onder een vergunning voor individueel vermogensbeheer?

2. Arrest Hoge Raad

In een van de twee zaken onderbouwt de Hoge Raad zijn oordeel inhoudelijk. In de andere zaak doet de Hoge Raad dat niet. In beide zaken krijgt belanghebbende evenwel gelijk.

Met betrekking tot de eerste rechtsvraag bevestigt de Hoge Raad dat het vermogen aangehouden op de beleggersgirorekeningen kwalificeert als een fonds dat vergelijkbaar is met een icbe. Volgens de Hoge Raad is sprake van een fonds als:

1. het vermogen van verschillende beleggers is samengevoegd en gespreid belegd in verschillende financiële instrumenten;
2. door de samenvoeging het risico van de beleggers wordt gespreid; en
3. iedere belegger een evenredig belang heeft bij de beleggingen, maar niet de beleggingen zelf bezit.

In deze zaken werd het vermogen niet bijeengebracht tegen de uitgifte van aandelen of participatiebewijzen. De beleggers hebben een vordering op de Stichting naar rato van hun belegde vermogen. Volgens de Hoge Raad is dit verschil in beginsel niet relevant. De Hoge Raad neemt een principiële beslissing en acht doorslaggevend dat de deelnemers recht hebben op de (geldelijke) waarde van een evenredig deel van het vermogen van het fonds.

Een ander aspect in de zaken was dat de vermogensbeheerders die het geld bij de beleggers hebben opgehaald het vermogen niet zelf beleggen, maar dit overlaten aan

de Stichting. Dit doet volgens de Hoge Raad niet af aan de vergelijkbaarheid met een icbe. De Hoge Raad volgt op dit punt de vaststelling van het gerechtshof dat de beleggers na hun inleg geen zeggenschap meer hebben over de aan- en verkoop van financiële instrumenten.

Om vergelijkbaar te zijn met een icbe was volgens de A-G nodig dat een fonds een zekere feitelijke maatschappelijke zelfstandigheid bezit en, bovendien, belastingplichtig is voor de btw. De Hoge Raad stelt deze eisen niet.

De tweede rechtsvraag ziet op het vereiste van bijzonder overheidstoezicht. Uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Fiscale Eenheid X volgt dat een fonds vergelijkbaar is met een icbe indien het onder bijzonder overheidstoezicht staat, dat vergelijkbaar is met het toezicht dat geldt voor (de beheerders van) icbe's. De staatssecretaris van Financiën stelt zich op het standpunt dat de vergunning van belanghebbende voor individueel vermogensbeheer niet voldoende vergelijkbaar is.

De Hoge Raad oordeelt echter dat wordt voldaan aan het vereiste van bijzonder overheidstoezicht. Hij volgt hiermee het oordeel van het gerechtshof dat een vergunning voor collectief vermogensbeheer in hoofdlijnen vergelijkbare eisen stelt aan de vermogensbeheerder als een vergunning voor individueel vermogensbeheer, en dat alleen op detailniveau verschillen bestaan. De Hoge Raad voegt toe dat het in de Wft geregelde systeem van vergunningsplicht en toezicht van de AFM als bijzonder overheidstoezicht kan worden beschouwd. Het vermogen van een fonds niet zijnde een icbe staat, aldus de Hoge Raad, onder bijzonder overheidstoezicht als de beheerder een in de Wft geregelde vergunning heeft en daarmee is onderworpen aan toezicht van de AFM. Voor het vereiste van bijzonder overheidstoezicht is daarom niet nodig dat het toezicht, zoals de staatssecretaris betoogt, is gericht op het vermogen. Voldoende is dat de beheerder of het fonds onder toezicht van de AFM staat.

3. Impact Nederlandse praktijk

Het arrest van de Hoge Raad zal grote impact hebben voor vermogensbeheerders en hun cliënten. Vooral de invulling van de Hoge Raad van het begrip 'fonds' en het vereiste bijzonder overheidstoezicht zullen gevolgen hebben voor het toepassingsbereik van de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer.

Met betrekking tot het fondsbegrip neemt de Hoge Raad een principiële beslissing. Om te kwalificeren als gemeenschappelijk beleggingsfonds is niet nodig dat aandelen of andere deelnemingsrechten worden uitgegeven. Voldoende is dat de deelnemers recht hebben op de (geldelijke) waarde van een evenredig deel van het vermogen van het fonds. Dit recht hoeft geen recht op het eigen vermogen van het fonds te zijn. De Hoge Raad verwijst hier naar het ATP-arrest van het Hof van Justitie, waaruit blijkt dat een pensioenfonds waarin de deelnemers ook geen aandelen of deelnemingsrechten hebben, onder omstandigheden een gemeenschappelijk beleggingsfonds kan zijn. In de zaken waarin de Hoge Raad nu heeft beslist, gaat het om een vorderingsrecht op een Stichting waarmee niet wordt deelgenomen in het eigen vermogen van die Stichting.

Het oordeel van de Hoge Raad brengt met zich mee dat veel meer fondsen en bijeengebrachte beleggingen als gemeenschappelijk beleggingsfonds kunnen worden aangemerkt in de zin van de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer. Dat geldt voor situaties waarin beleggersgiro's aan de orde zijn, maar bijvoorbeeld ook voor zogenoemde CLO-, CBO-, CDO- en CSO-vennootschappen die vermogen bijeenbrengen door de uitgifte van verschillende klassen leningen, derivaten, obligaties en andere schuldbewijzen. Dergelijke fondsen en vennootschappen kunnen als gemeenschappelijk beleggingsfonds kwalificeren voor zover de deelnemers recht hebben op de (geldelijke) waarde van een evenredig deel van het vermogen van het fonds. Dit is in ieder geval ook van belang in het kader van de [recent door de Belastingdienst opgezegde standpuntbepaling aangaande CLO-, CBO-, CDO- en CSO-vennootschappen](#).

Daarnaast valt op dat de Hoge Raad de beleggersrisicotoets enigszins anders formuleert dan in het ATP-arrest en in zijn arrest van 9 december 2016 over een 'defined benefit pensioenfonds'. Voor de Hoge Raad is het voldoende dat een deelnemer recht heeft op een evenredig deel van het vermogen van het fonds. Hiermee ontstaat mogelijk meer ruimte om pensioenfondsen als gemeenschappelijke beleggingsfondsen aan te merken en daarmee het beheer als vrijgesteld van btw te beschouwen.

De Hoge Raad staat ook een ruime invulling van het begrip 'bijzonder overheidstoezicht' voor. Sinds het arrest Fiscale Eenheid X van het Hof van Justitie is duidelijk dat fondsen alleen vergelijkbaar zijn met een icbe indien zij onder bijzonder overheidstoezicht vallen. Lange tijd was onduidelijk welk toezicht kwalificeerde als bijzonder overheidstoezicht. De staatssecretaris van Financiën heeft met het [Besluit bijzonder overheidstoezicht](#) invulling aan dit criterium gegeven. Volgens de Hoge Raad is het voldoende dat de beheerder van een fonds onder toezicht van de AFM staat, waarbij het niet relevant is of dit toezicht voortvloeit uit een vergunning voor collectief vermogensbeheer dan wel een vergunning voor individueel vermogensbeheer. Deze invulling van het criterium van bijzonder overheidstoezicht is ruimer dan het besluit. Gevallen waarin, anders dan de staatssecretaris meent, aan dit vereiste zou kunnen worden voldaan betreffen vrijgestelde beleggingsinstellingen (vbi's), fondsen voor gemene rekening (FGR's) waarvan de beheerder niet onder de vergunnings- of registratieplicht van de AIFM-richtlijn valt en pooling van vermogens door pensioenfondsen, maar ook CLO-, CBO-, CDO- en CSO-vennootschappen.

Het oordeel van de Hoge Raad ziet op vergunningsplichtige beheerders die in Nederland zijn gevestigd en die onder toezicht staan van de AFM. Het is de vraag wanneer in het buitenland gevestigde vergunningsplichtige beheerders van Nederlandse fondsen kwalificatie voor het vereiste van bijzonder overheidstoezicht opleveren. Het komt ons redelijk voor dat als het buitenlandse toezichtregime in hoofdlijnen vergelijkbare eisen stelt als het Nederlandse toezichtregime – ook als dat een regime is voor individueel vermogensbeheer – dit toezicht kwalificeert als bijzonder overheidstoezicht. Met de invulling van het bijzonder overheidstoezicht en het fondsbegrip lijkt de koers van de Hoge Raad overigens wel af te wijken van de wijze

waarop andere lidstaten omgaan met de uitleg van de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer.

Met de invulling van de Hoge Raad van het vereiste van bijzonder overheidstoezicht zal het Besluit bijzonder overheidstoezicht in ieder geval voor een belangrijk deel moeten worden aangepast.

4. Wat kunt u doen?

De beslissing van de Hoge Raad is van groot belang voor de hele vermogensbeheermarkt. Voor vermogensbeheerders is het met name van belang om voor verschillende cliënten na te gaan of niet toch sprake is van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Er bestaat namelijk mogelijk meer ruimte om de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer toe te passen, wat voordelig zal zijn voor cliënten. De beslissing van de Hoge Raad is daarnaast belangrijk voor partijen die vermogensbeheerdiensten afnemen uit het buitenland en daarover momenteel niet of beperkt aftrekbare verlegde btw rapporteren en voldoen.

Het is zaak om zo snel mogelijk te bepalen of er ruimte is voor de toepassing van de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer. Als dit het geval is, dan raden wij aan om op korte termijn – waar mogelijk – in bezwaar te gaan tegen de voldoening van btw. De bezwaartermijn staat mogelijk nog open voor btw die is voldaan op de btw-aangifte over het derde kwartaal van 2020 of, wanneer u btw-maandaangifte doet, over september en oktober 2020.

Indien u van gedachten wilt wisselen over deze arresten, 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
7 december 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.