

## **HvJ arrest K en DBKAG: gebruiksrecht op software kan als btw vrijgesteld vermogensbeheer kwalificeren**

Op 17 juni 2021 heeft het Europese Hof van Justitie (hierna: 'HvJ') zich uitgelaten over de reikwijdte van het begrip 'beheer' in de zin van de fondsbeheervrijstelling. Kortgezegd kan een gebruiksrecht op software maar ook specifieke administratieve diensten volgens het HvJ een van btw vrijgestelde beheerdienst zijn. Het feit dat een gebruiksrecht op software op zichzelf al onder de btw-vrijstelling kan vallen, is een welkome verduidelijking voor de Nederlandse praktijk in het licht van de steeds verder geautomatiseerde vermogensbeheermarkt. Het oordeel van het HvJ is ook relevant voor partijen die specifieke administratieve diensten verrichten aan vermogensbeheerders, alsmede voor vermogensbeheerders die dergelijke diensten afnemen uit het buitenland.

### **1. Achtergrond en rechtsvragen**

In deze (gevoegde) zaken gaat het om de vraag of de btw-vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen ('fondsbeheervrijstelling') kan worden toegepast op de volgende twee diensten die zijn verricht aan beheerders van gemeenschappelijke beleggingsfondsen:

- In de zaak K betreft het bepaalde fiscale taken die erin bestaan ervoor te zorgen dat de inkomsten die de deelnemers uit een beleggingsfonds ontvangen overeenkomstig de nationale wet worden belast met inkomstenbelasting;
- In de zaak DBKAG betreft het de toekenning van een gebruiksrecht op software die uitsluitend wordt gebruikt voor berekeningen die essentieel zijn voor het risicomangement en de performancemeting van een beleggingsfonds. De software is specifiek afgestemd op beleggingsfondsen.

Voor toepassing van de fondsbeheervrijstelling is vereist dat de dienstverlening kwalificeert als 'beheer' én dat dit beheer betrekking heeft op een 'gemeenschappelijk beleggingsfonds'. In de voorliggende zaken gaat het alleen om de vraag of sprake is van 'beheer'. De Oostenrijkse verwijzende rechter twijfelt namelijk over de invulling van het begrip 'beheer', en of bovengenoemde dienstverlening daar wel onder kan vallen.

### **2. Wanneer is sprake van 'beheer' in de zin van de vrijstelling?**

Het begrip 'beheer' wordt als zodanig niet gedefinieerd in de btw-wetgeving. Uit de rechtspraak van het HvJ kan worden afgeleid dat de fondsbeheervrijstelling van toepassing is op uitbesteedde beheerhandelingen wanneer die handelingen:

- i. over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormen, en;
- ii. kenmerkend en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

Daarvan is in principe sprake als het gaat om een handeling die genoemd wordt in bijlage II bij de Europese richtlijn die betrekking heeft op instellingen voor collectieve beleggingen ('ICBE-richtlijn'). Deze bijlage beschrijft een aantal activiteiten rondom het beheer van een ICBE, waaronder administratie en verslaglegging. De

fondsbeheervrijstelling is niet beperkt tot de taken van bijlage II van de ICBE-richtlijn. Andere diensten kunnen ook kwalificeren als beheer, voor zover zij intrinsiek verband houden met de diensten die een vermogensbeheerder van een fonds verricht.

### **3. Oordeel HvJ**

Het HvJ oordeelt dat de diensten van onderhavige zaken onder de fondsbeheervrijstelling kunnen vallen. Het is volgens het HvJ niet nodig dat specifieke diensten in hun geheel worden uitbesteed.

#### *Over het geheel genomen een afzonderlijk geheel*

Het HvJ gaat eerst in op de voorwaarde dat de uitbestede diensten over het geheel genomen een afzonderlijk geheel moeten vormen. Zowel in de zaak K als in de zaak DKBAG werden bepaalde functies uitbesteed aan een derde partij, maar een deel van de verantwoordelijkheden bleef daarbij achter bij de vermogensbeheerder. De uitbesteding ontsloeg de vermogensbeheerder ook niet van zijn wettelijke verplichtingen. Gelet op de doelstelling van de vrijstelling, oordeelt het HvJ dat niet is vereist dat een bepaalde taak volledig wordt uitbesteed. Wanneer dat wel het geval zou zijn, zou dat betekenen dat de btw-vrijstelling alleen open staat voor specifieke taken die volledig worden uitbesteed, waarmee de praktische reikwijdte aldus het HvJ te ver wordt ingeperkt.

#### *Specifiek en essentieel*

Het HvJ gaat vervolgens in op het vereiste dat de uitbestede dienst specifiek en essentieel moet zijn voor de werkzaamheden van een vermogensbeheerder. Zoals gezegd, komen de typische taken van een vermogensbeheerder die zijn opgenomen in bijlage II van de ICBE-richtlijn in principe in aanmerking voor de vrijstelling, voor zover zij specifiek en essentieel zijn.

Uitbestede administratieve diensten waarmee een fiscale taak wordt vervuld, zijn volgens het HvJ te beschouwen als van btw vrijgesteld beheer voor zover die specifiek en essentieel zijn voor vermogensbeheer. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of aan die voorwaarde wordt voldaan.

Ook de licentie op software die het mogelijk maakt om berekeningen uit te voeren voor het risicomangement en performancemeting kan onder de fondsbeheervrijstelling vallen. Het HvJ herhaalt uit eerdere rechtspraak dat eenvoudige materiële en technische diensten zijn uitgesloten van de fondsbeheervrijstelling, maar benadrukt dat niet elke dienst die via software wordt verricht als zodanig kwalificeert. Doorslaggevend is waar de dienstverlening feitelijk uit bestaat.

Uit het arrest van het HvJ volgt dat diensten die alleen worden gebruikt door beheerders van beleggingsfondsen als uitgangspunt specifiek en essentieel zijn voor fondsbeheer, omdat verondersteld kan worden dat die dienstverlening specifiek is toegesneden op het beheer van beleggingsfondsen. In de praktijk wordt weleens gesuggereerd dat een

dienst die in soortgelijke vorm zowel aan beleggingsfondsen als aan anderen wordt verstrekt te generiek van aard is om voor fondsenbeheervrijstelling in aanmerking te komen. Het feit dat diensten in theorie ook aan andere partijen dan gemeenschappelijke beleggingsfondsen kunnen worden verricht, is naar onze mening niet doorslaggevend. Zo kunnen diensten zoals portefeuillebeheer en vermogensadvies naar hun aard ook aan andere partijen dan beleggingsfondsen worden verricht. Naar onze mening legt het HvJ deze toets vooral aan om eenvoudige materiële en technische diensten, maar ook de meer generieke diensten, van de toepassing van de fondsbeheervrijstelling uit te sluiten. Overigens geldt wel dat uitbestede diensten niet specifiek en essentieel zijn als één enkele dienst door een vermogensbeheerder feitelijk wordt gebruikt voor het beheer van zowel gemeenschappelijke beleggingsfondsen als andere fondsen. Het is niet mogelijk om voor die uitbestede dienst de fondsbeheervrijstelling gedeeltelijk toe te passen. In de zaken K en DBKAG is dit niet aan de orde.

Hoewel het HvJ mee lijkt te gaan in de argumentatie van K en DBKAG, is de zaak nog niet definitief gewonnen. Het HvJ geeft namelijk de opdracht aan de verwijzende rechter om na te gaan of de uitbestede diensten intrinsiek verband houden met en daarmee specifiek en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. De verwijzende rechter zal dus nog tot een eindoordeel moeten komen.

#### **4. Belang voor de praktijk**

Het oordeel van het HvJ geeft meer duidelijkheid over de reikwijdte van het begrip 'beheer'. Van belang is dat het in beide zaken gaat om zelfstandige dienstverlening. In de praktijk kunnen de uitbestede taken ook opgaan in een breder dienstenpakket en om die reden een andere btw-behandeling hebben.

Het oordeel dat voor de fondsbeheervrijstelling niet is vereist dat specifieke taken slechts gedeeltelijk worden uitbesteed is naar onze mening niet nieuw, want dit volgt al uit het GfBk-arrest. Dat het HvJ heeft bevestigd dat dit ook opgaat voor administratieve taken op fiscaal gebied, is voor de praktijk een welkome verduidelijking. Dit brengt overigens met zich mee dat een vermogensbeheerder meerdere taken (gedeeltelijk) uit kan besteden aan verschillende partijen zonder daarbij toepassing van de btw-vrijstelling te verliezen, mits deze diensten ieder voor zich de toets van specifiek en essentieel doorstaan.

Een belangrijk aspect van het arrest is dat een softwarelicentie tegen een eenmalige licentievergoeding intrinsiek verband kan houden, en daarmee onder de fondsbeheervrijstelling kan vallen. In de praktijk is het onderscheid tussen (btw-belaste) IT-diensten en (btw-vrijgestelde) financiële diensten niet altijd helder. In zekere mate is de huidige praktijk dat het sec verstrekken van een softwarelicentie btw-belast is. De Belastingdienst is daarbij niet altijd bereid om door te kijken naar de functies die de software heeft. Er is wel ruimte voor de toepassing van een btw-vrijstelling voor zover financiële diensten volledig geautomatiseerd worden verricht. Soms betekent dit dat een dienstverlener bij het verstrekken van software btw moet berekenen terwijl het gebruik van dezelfde software als zogenaamde "*software as a service*" btw-vrijgesteld is. Veel

software verstrekkers hebben echter niet de mogelijkheid om hun diensten in de vorm van software as a service te verstrekken, omdat er anders bijvoorbeeld een vergunning van de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') nodig is. Het verschil in btw-behandeling tussen software en software as a service wordt nu door het HvJ mogelijk weggenomen doordat naar de functies van de software wordt gekeken. Omdat het HvJ vaststelt dat de berekeningen die de software maakt essentieel zijn voor het risicomanagement en de performancemeting en daarbij een afzonderlijk geheel vormen, kan een softwarelicentie zonder aanvullend dienstbetoon als beheer kwalificeren. Dat het HvJ beoordeelt dat een softwarelicentie specifiek en essentieel kan zijn, komt naar onze mening ten goede aan de fiscale neutraliteit. Het oordeel van het HvJ ziet specifiek op de fondsbeheervrijstelling, maar heeft naar onze mening een bredere impact. Ook bij de toepassing van andere btw-vrijstellingen komt de vraag namelijk veelal aan bod of geautomatiseerde dienstverlening kwalificeert voor de btw-vrijstelling. De leer dat op basis van functionaliteiten moet worden beoordeeld of een softwarelicentie onder een btw-vrijstelling kan vallen, is een wat ons betreft juiste benadering gelet op de technologische ontwikkelingen in de financiële sector.

## **5. Wat kunt u doen?**

Het oordeel van het HvJ is van belang voor de vermogensbeheermarkt. Voor partijen die diensten verrichten aan vermogensbeheerders is het van belang om na te gaan of hun dienstverlening specifiek en essentieel is. Er bestaat voor die gevallen mogelijk meer ruimte om de btw-vrijstelling toe te passen, wat voordelig zal zijn voor cliënten. Het arrest is daarnaast ook van belang voor de vermogensbeheerders in Nederland die diensten afnemen uit het buitenland en daarover momenteel verlegde btw rapporteren en voldoen die niet of beperkt aftrekbaar is.

Het is belangrijk om op korte termijn te bepalen of ruimte is voor de toepassing van de fondsbeheervrijstelling om zodoende geen rechten te verliezen. Als dit het geval is, raden wij aan om op korte termijn – waar mogelijk – in bezwaar te gaan tegen de voldoening van btw.

Indien u van gedachte 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.

KPMG Meijburg & Co  
juni 2021

*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.*