

## **Aanpassing btw-besluit: ruimere toepassing vrijstelling vermogensbeheer**

Op 2 november 2021 is het geactualiseerde Besluit bijzonder overheidstoezicht van de staatssecretaris van Financiën (hierna: staatssecretaris) gepubliceerd. In dit besluit geeft de staatssecretaris invulling aan de kwalificatie 'bijzonder overheidstoezicht'. Dit is een van de voorwaarden die door het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) is gesteld voor de toepassing van de btw-vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

Actualisering van het oorspronkelijke besluit van 22 maart 2019 was nodig vanwege jurisprudentie van de Hoge Raad van 4 december 2020 waarin een ruimere uitleg is gegeven van bijzonder overheidstoezicht dan in het eerdere besluit werd gehanteerd.

### **Inleiding**

Uit de HvJ-rechtspraak kan worden opgemaakt dat aan de volgende cumulatieve voorwaarden moet worden voldaan om te kwalificeren als 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' in de zin van artikel 135, lid 1, punt g van de Btw-richtlijn (hierna: de btw-vrijstelling):

1. Het fonds moet worden gefinancierd door meer dan een deelnemer.
2. De inleg moet worden samengevoegd ter gezamenlijke belegging volgens het beginsel van risicospreiding.
3. Het beleggingsrisico moet worden gedragen door de deelnemers.
4. Via zijn deelname in het fonds heeft iedere belegger een evenredig belang bij de beleggingen, maar bezit niet de beleggingen zelf.
5. Het fonds moet zijn onderworpen aan bijzonder overheidstoezicht.

De laatste voorwaarde is door het HvJ geformuleerd in de zaak Fiscale Eenheid X (C-595/13) en door de Hoge Raad bevestigd in het verwijzingsarrest van Fiscale Eenheid X op 25 november 2016. In de praktijk heeft deze voorwaarde, c.q. beperking, van de btw-vrijstelling in Nederland veel vragen opgeroepen. Welke typen (overheids)toezicht zijn voldoende?

In het oorspronkelijke besluit van 22 maart 2019 heeft de staatssecretaris een kader verschaft voor de uitleg van de voorwaarde van het bijzonder overheidstoezicht. Indien een fonds volgens dit besluit voldoet aan de voorwaarde voor bijzonder overheidstoezicht, dient het nog wel te voldoen aan de hierboven genoemde voorwaarden 1 tot en met 4 om als gemeenschappelijk beleggingsfonds te kwalificeren in de zin van de btw-vrijstelling. Wij verwijzen naar ons [nieuwsbericht](#) van 3 april 2019 voor meer achtergrond bij het oorspronkelijke besluit.

### **Evenredig belang bij, maar geen bezit van de beleggingen zelf**

Voordat wij ingaan op de actualisering van de uitleg van de voorwaarde van bijzonder overheidstoezicht, merken wij op dat het geactualiseerde besluit nog een additionele voorwaarde voor kwalificatie als gemeenschappelijk beleggingsfonds vermeldt, die niet in het oorspronkelijke besluit stond. Dit betreft de vierde voorwaarde, die bepaalt dat iedere belegger een evenredig belang moet hebben bij de beleggingen via zijn deelname in het fonds, maar niet de beleggingen zelf bezit.

Deze voorwaarde is afgeleid uit de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arresten van 4 december 2020, maar is als zodanig niet als afzonderlijke voorwaarde geïdentificeerd door het HvJ. Deze voorwaarde ligt wat ons betreft in feite besloten in de eerste drie hierboven genoemde voorwaarden. Wij menen dat met het opnemen van deze voorwaarde in het geactualiseerde besluit in ieder geval geen specifieke Nederlandse beperking van de vrijstelling kan zijn beoogd. Daar is Europeesrechtelijk geen ruimte voor. Het lijkt er eerder op dat de staatssecretaris hiermee heeft willen bevestigen dat het vermogen van een fonds op andere wijze kan worden bijeengebracht dan door uitgifte van aandelen of participatiebewijzen. Naar het oordeel van de Hoge Raad is doorslaggevend dat de deelnemers recht hebben op de (geldelijke) waarde van een evenredig deel van het vermogen van het fonds.

### **Ruimere uitleg bijzonder overheidstoezicht**

Zoals aangegeven is de aanleiding voor de actualisering van het besluit de ruimere uitleg die de Hoge Raad op 4 december 2020 heeft gegeven van het vereiste bijzonder overheidstoezicht. Het besluit bevat een aanvulling op de in het oorspronkelijke besluit genoemde gevallen waarin sprake is van bijzonder overheidstoezicht. In ons [nieuwsbericht](#) van 3 april 2019 hebben wij die gevallen beschreven.

De hoofdvraag in de zaken waarin de Hoge Raad op 4 december 2020 arrest heeft gewezen was of de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer ook kan worden toegepast op een beleggingsproduct dat een vermogensbeheerder aanbiedt onder een vergunning voor individueel vermogensbeheer, waarbij beleggingen van individuele beleggers worden samengevoegd op basis van beleggingsprofielen. In dat kader was ook de vraag aan de orde of was voldaan aan het vereiste dat sprake was van bijzonder overheidstoezicht. Wij verwijzen naar ons [nieuwsbericht](#) van 7 december 2020 voor meer achtergrond over de arresten van de Hoge Raad.

Volgens de Hoge Raad is het voldoende dat de beheerder van een fonds onder toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (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 ruimere invulling is nu expliciet vastgelegd in het geactualiseerde besluit. Een vergunning in de zin van artikel 2:96 van de Wet op het financieel toezicht (MiFID II-vergunning) volstaat voor het onderworpen zijn aan bijzonder overheidstoezicht.

Het geactualiseerde besluit gaat in op een aantal specifieke situaties aangaande instellingen en fondsen waarvan kan worden uitgegaan dat als gevolg van de ruimere uitleg door de Hoge Raad wordt voldaan aan de voorwaarde van bijzonder overheidstoezicht.

Het geactualiseerde besluit gaat bijvoorbeeld expliciet in op de vergunningsplicht van banken. Banken mogen op grond van hun bankvergunning ook beleggingsdiensten verlenen. Als een bank met bankvergunning optreedt als beheerder van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, dan is voldaan aan de voorwaarde van bijzonder overheidstoezicht.

Het besluit bevestigt ook dat met betrekking tot (van vennootschapsbelasting) vrijgestelde beleggingsinstellingen (vbi's), Fondsen voor Gemene Rekening (FGR's) en zogenoemde CLO (Collateralized Loan Obligation)-vennootschappen en dergelijke kan worden voldaan aan het criterium van bijzonder overheidstoezicht, als zij onder een van de in het besluit genoemde categorieën van bijzonder overheidstoezicht vallen. Deze bevestiging komt de rechtszekerheid ten goede. Het besluit vermeldt in dit verband overigens nog wel expliciet dat voor toepassing van de btw-vrijstelling op beheerdiensten ook moet zijn voldaan aan de voorwaarden 1 tot en met 4 zoals genoemd in de inleiding.

Het besluit omvat geen uitputtende beschrijving van alle situaties die in de praktijk voorkomen. Wij denken hierbij bijvoorbeeld aan de situatie dat de beheerder buiten Nederland is gevestigd en niet vergunningsplichtig is op grond van de Wet op het financieel toezicht, zoals in de situatie dat het beheerde vermogen is ondergebracht in een buitenlands fonds. De in Nederland gevestigde afnemer van de beheerdiensten staat dan voor de vraag of sprake is van bijzonder overheidstoezicht. Voor situaties die niet expliciet in het besluit staan genoemd blijft het zaak om steeds van geval tot geval te beoordelen of sprake is van bijzonder overheidstoezicht.

### **Belang voor de praktijk**

Het geactualiseerde besluit werkt terug tot en met 4 december 2020, de datum waarop de Hoge Raad een ruimere uitleg heeft gegeven aan de voorwaarde bijzonder overheidstoezicht. De arresten en het geactualiseerde besluit zijn van groot belang voor de hele vermogensbeheermarkt. Er bestaat meer ruimte om de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer toe te passen dan voor 4 december 2020.

Het is zaak om voor uw situatie te bepalen of er ruimte is voor de toepassing van de btw-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer, zowel wanneer u vermogensbeheerdiensten verleent als wanneer u vermogensbeheerdiensten (eventueel vanuit het buitenland) afneemt.

Indien u van gedachten wilt wisselen over het bovenstaande, neemt u dan gerust contact op met de adviseurs van de Indirect Tax Financial Services Group van Meijburg & Co of met uw gebruikelijke adviseur. Mocht u vragen hebben over toezichtrechtelijke vraagstukken, dan staan onze collega's van Meijburg Legal u graag te woord.

Meijburg & Co  
november 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.*