

Btw-besluit bijzonder overheidstoezicht bij beleggingsfondsen

De staatssecretaris van Financiën (hierna: staatssecretaris) heeft op 1 april 2019 het Besluit bijzonder overheidstoezicht gepubliceerd, dat in werking is getreden per 2 april 2019. In dit besluit geeft de staatssecretaris invulling aan de kwalificatie 'bijzonder overheidstoezicht', die door het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) als een van de voorwaarden is gesteld voor de toepassing van de btw-vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen (artikel 135, lid 1, punt g Btw-richtlijn).

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 de btw-vrijstelling:

- a) Het fonds moet worden gefinancierd door meer dan een deelnemer.
- b) De inleg moet worden belegd volgens het beginsel van risicospreiding.
- c) Het beleggingsrisico moet worden gedragen door de deelnemers.
- d) Het fonds moet zijn onderworpen aan bijzonder overheidstoezicht.

De laatste voorwaarde is relatief nieuw en 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?

Met dit besluit verschaft de staatssecretaris een kader voor de uitleg van het begrip 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 a), b) en c) om als gemeenschappelijk beleggingsfonds te kwalificeren in de zin van de btw-vrijstelling.

Goedkeuring kwalificatie bijzonder overheidstoezicht

Het bijzonder overheidstoezicht moet van toepassing zijn op het (belegde vermogen in het) fonds. Hiervan kan ook sprake zijn indien het toezicht plaatsvindt via de vergunning(spllicht) van de beheerder van het fonds. In het besluit wordt daarom aangenomen dat de volgende instellingen zijn onderworpen aan bijzonder overheidstoezicht:

- instellingen voor collectieve belegging in effecten (hierna: icbe's) en beleggingsinstellingen die vergunningsplichtig zijn of waarvoor de beheerder vergunningsplichtig is op grond van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft);
- beleggingsinstellingen die vallen onder het registratieregime (het zogenoemde 'light toezicht') op grond van de Wft;
- zogenoemde huisfondsen van verzekeraars die vallen onder het toezicht van De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten op verzekeraars;

- interne fondsen in een 'master-feederbeleggingsstructuur' die vallen onder het financieel toezicht op de extern opererende 'feederbeleggingsinstelling' of 'feeder-icbe';
- pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen.

Het besluit bevat een nadere toelichting per categorie.

De staatssecretaris merkt op dat het toezicht op beleggingsondernemingen die een vergunning voor individueel vermogensbeheer hebben, niet kwalificeert als bijzonder overheidstoezicht in de zin van de btw-vrijstelling. Tevens kwalificeert individueel vermogensbeheer op grond van een bankvergunning ook niet voor de toepassing van de btw-vrijstelling, omdat er geen toezicht wordt gehouden op het beleggingsfonds. Belangrijk is dat Gerechtshof Amsterdam en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden recent uitspraak hebben gedaan in twee zaken, waarbij de gerechtshoven oordelen dat de belanghebbenden in die zaken met hun vergunning voor individueel vermogensbeheer voldoen aan de voorwaarde van bijzonder overheidstoezicht en de btw-vrijstelling wél kunnen toepassen. In de zaak bij het gerechtshof Amsterdam is in ieder geval cassatie ingesteld.

Tevens is de status van zogenoemde vrijgestelde beleggingsinstellingen (hierna: vbi's) en fondsen voor gemene rekening (hierna: fgr's) niet steeds duidelijk. In het besluit is opgenomen dat bij dergelijke fondsen van geval tot geval moet worden beoordeeld of voor de toepassing van de btw-vrijstelling is voldaan aan de voorwaarde van bijzonder overheidstoezicht.

Ook vermeldt het besluit dat gepoolde vermogens van twee of meer pensioenfondsen en/of andere institutionele beleggers (de zogenoemde asset pooling) voor toepassing van de btw-vrijstelling moeten voldoen aan de voorwaarde van bijzonder overheidstoezicht. Met het arrest Fiscale Eenheid X is het eerdere standpunt van de staatssecretaris achterhaald dat gepoolde vermogens steeds de btw-vrijstelling deelachtig kunnen worden.

In afwachting van het oordeel van de Hoge Raad in de bovengenoemde zaak raden wij aan om steeds kritisch te bezien of in weerwil van het besluit toch het standpunt kan worden ingenomen dat is voldaan aan de voorwaarde van bijzonder overheidstoezicht.

Grandfathering-regime

In een overgangsartikel waarmee de richtlijn voor alternatieve beleggingsinstellingen (AIFM-richtlijn) in de Wft is geïmplementeerd, is een uitzondering gemaakt op de vergunningsplicht voor beleggingsinstellingen die vallen onder het zogenoemde grandfathering-regime. Dit houdt in dat beheerders die voor 22 juli 2013 uitsluitend een of meer beleggingsinstellingen beheerden die 'closed-end' zijn en waarbij per 22 juli 2013 geen additionele beleggingen meer worden gedaan, uitgezonderd zijn van de Wft-vergunningsplicht. De staatssecretaris keurt goed dat de btw-vrijstelling in deze situaties kan worden toegepast.

Bijzonder overheidstoezicht in grensoverschrijdende situaties

In situaties waarbij het fonds een btw-ondernemer in Nederland is en de beheerder buiten Nederland is gevestigd, dient aan de hand van de Nederlandse btw-regels te worden bepaald of het fonds Nederlandse btw moet voldoen ter zake van de ingekochte diensten. Hierbij moet op basis van de Nederlandse regels worden getoetst of de beheerder van het fonds vergunningsplichtig is op grond van de Wft. De staatssecretaris noemt hierbij de meldingsplicht op grond van artikelen 2:70, 2:71 en 2:72 Wft voor EU-beheerders en de vergunningsplicht voor non-EU-beheerders op grond van artikel 2:65 of 2:69b Wft.

Graag merken wij nog op dat een Nederlands fonds dat niet kwalificeert als btw-ondernemer ook de bijzondere overheidstoets dient toe te passen indien zijn beheerder buiten de EU is gevestigd om te bepalen of het fonds btw moet voldoen over de ingekochte beheerdiensten. Hierbij gelden de regels voor werkelijk gebruik en exploitatie. Indien niet wordt voldaan aan de eis van bijzonder overheidstoezicht (of de overige voorwaarden om aangemerkt te worden als gemeenschappelijk beleggingsfonds), moet het fonds de btw ter zake van de ingekochte beheerdienst van de niet-EU-partij in principe zelf aangeven bij de Belastingdienst.

Belang voor de praktijk

De markt heeft lang gewacht op dit besluit, waarbij voor een aantal fondsen duidelijk is geworden dat zij zijn onderworpen aan de eis van bijzonder overheidstoezicht. Deze verduidelijking was naar ons idee meer dan welkom. Gelet op de lopende Hoge Raad-procedure over bijzonder overheidstoezicht is het raadzaam om ook wanneer op basis van het besluit niet is voldaan aan de voorwaarde van bijzonder overheidstoezicht, te bezien of er ruimte is voor het standpunt dat tóch aan die voorwaarde is voldaan. Dat zou onder meer bij bepaalde fgr's en vbi's aan de orde kunnen zijn.

Het besluit bevat geen overgangsregeling en is per 2 april 2019 in werking getreden. Uit het arrest Fiscale Eenheid X volgt echter dat de eis van bijzonder overheidstoezicht voor die datum al gold. Wij kunnen ons voorstellen dat een aantal financiële instellingen in afwachting van verdere verduidelijking de btw-vrijstelling is blijven toepassen. In voorkomende gevallen is mogelijk in strijd gehandeld met het arrest Fiscale Eenheid X. Afhankelijk van de specifieke situatie kan mogelijk een beroep worden gedaan op opgewekt vertrouwen. Het is nu in ieder geval zaak om snel actie te ondernemen en te beoordelen wat de betekenis van het besluit is voor uw situatie.

Vanzelfsprekend kunnen de adviseurs van de Indirect Tax Financial Services Group en de Indirect Tax Real Estate Group van Meijburg & Co u helpen bij het in kaart brengen van de mogelijke impact van dit besluit op uw onderneming. Neemt u gerust contact op met een van hen, of met uw gebruikelijke adviseur.

Meijburg & Co
april 2019

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.