

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM NADRUUK VERBODEN

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

Zonder doel wordt altijd raak geschoten..., of mis?

Een onderzoek naar de reikwijdte en de wenselijkheid van de btw-vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen

Een scriptie door:
Johan F. Vink MSc.

Onder begeleiding van:
drs. P.C.J. Oerlemans

Rotterdam, 30 december 2012

Inhoud

Lijst van gebruikte afkortingen	1
Hoofdstuk 1. Inleiding.....	4
1.1 Vrijstelling beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.....	4
1.2 Het onderwerp	5
1.3 Probleemstelling.....	7
1.4 Belang van het onderzoek	8
1.5 Toetsingskader.....	9
1.6 Afbakening van het onderzoek en rechtvaardiging van de methode	9
1.7 Opzet.....	10
Hoofdstuk 2. Btw: doel, rechtskarakter en doelmatigheid.....	11
2.1 Inleiding.....	11
2.2 Doel	12
2.2.1 Richtlijn en verdrag.....	12
2.2.2 Historische context	13
2.2.3 Deelconclusie: het doel van de btw.....	15
2.3 Rechtskarakter	15
2.3.1 Definitie	15
2.3.2 De btw	16
2.3.3 Invloed rechtskarakter in wet en uitleg.....	18
2.3.4 Deelconclusie: het rechtskarakter van de btw	23
2.4 Doelmatigheid.....	23
2.4.1 Invloed doelmatigheid in wet en uitleg.....	24
2.4.2 Deelconclusie: het doelmatigheidsbeginsel en de btw	27
2.5 Neutraliteit	27
2.5.1 Jurisprudentie	29
2.5.2 Deelconclusie: het neutraliteitsbeginsel van de btw.....	32
2.6 Conclusie.....	33
Hoofdstuk 3. Beheer en beleggingsfondsen	34
3.1 Inleiding.....	34
3.2 Doel van beleggingsfondsen.....	34
3.3 Soorten beleggingsfondsen	35
3.3.1 Toezicht.....	35
3.3.2 Beleggingsstrategie	36
3.4 Structuur van beleggingsfondsen.....	38
3.5 Taken van de beheerder en de bewaarder	41
3.5.1 Beheerder.....	41
3.5.2 Bewaarder.....	43
3.6 Conclusie.....	44

Hoofdstuk 4. Positie beleggingsfonds in de btw	45
4.1 Inleiding.....	45
4.2 Prestaties en beleggingsfondsen	45
4.3 Belastingplicht.....	46
4.4 Activiteiten; belast of vrijgesteld.....	50
4.5 Conclusie.....	53
Hoofdstuk 5. Positief recht: de vrijstelling	54
5.1 De vrijstellingsbepaling.....	54
5.2 Doel van de vrijstelling.....	54
5.3 Interpretatie van de bepaling.....	55
5.4 Arresten HvJ EU	56
5.4.1 Abbey National II	56
5.4.2 JP Morgan Claverhouse	58
5.4.3 Deutsche Bank.....	59
5.5 Reikwijdte van de vrijstelling.....	60
5.5.1 Discretionaire bevoegdheid van de lidstaten	60
5.5.2 Beheer	63
5.5.3 Gemeenschappelijke beleggingsfondsen	77
5.6 Gelijk speelveld.....	103
5.7 Internationale situaties.....	105
5.8 Toekomstige ontwikkelingen.....	106
5.8.1 Lopende voorstellen aanpassing vrijstelling.....	107
5.8.2 Lange termijn strategie omzetbelasting	110
5.9 Conclusie.....	111
Hoofdstuk 6. Wenselijk recht: de vrijstelling	114
6.1 Inleiding.....	114
6.1.1 Entiteit en aftrekrecht.....	114
6.1.2 Argumenten voor een afwijkende behandeling.....	115
6.2 Wenselijkheid vrijstelling.....	118
6.2.1 Economisch argument niet-valide	118
6.2.2 Economisch argument valide	119
6.3 Conclusie.....	122
Hoofdstuk 7. Vergelijking wenselijk recht met positief recht	124
7.1 Inleiding.....	124
7.2 Positief recht	124
7.2.1 Economisch argument niet-valide.....	124
7.2.2 Economisch argument valide	124
7.3 Toekomstige ontwikkelingen.....	126
7.3.1 Lopende voorstellen.....	126
7.3.2 Lange termijn strategie	127
7.4 Conclusie.....	128
Hoofdstuk 8. Slotconclusie	129

Literatuuroverzicht	134
Lijst van aangehaalde jurisprudentie	137
EU	137
Hoge Raad	138
Gerechtshof.....	138
Rechtbank.....	138
Tariefcommissie.....	139
Overige bronnen	140
Europees	140
Nederlands	141
Overige verwijzingen.....	142
Appendix	143
Bijlage I: Taken van een bewaarder volgens richtlijn 85/611 art. 7/14	143
Bijlage II: verschillende taalversies van de richtlijnbe­paling bij invoering	144
Bijlage III: Verschillende nationale benaderingen van een aantal lidstaten	145
Bijlage IV: Tabel van uitleg lidstaten	147
Bijlage V: Beslisboom AFM ‘ondernemen of beleggen’	148

Lijst van gebruikte afkortingen

ABC-rapport	Algemeen rapport van de subgroepen A,B en C ingesteld ter bestudering van de verschillende mogelijkheden tot harmonisatie van de omzetbelastingen, Europese Economische Gemeenschap, Commissie, Januari 1962
A-G	Advocaat-Generaal
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AIFM richtlijn	Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010 Voor de EER relevante tekst.
art.	Artikel
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
b.v.	Besloten vennootschap
btw	Belasting over de toegevoegde waarde
btw-richtlijn	Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.
BGfo	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen wft.
COM	Commissiestuk
Commissie	Commissie van de Europese Unie
eerste richtlijn	Richtlijn 67/227/EEG betreffende de harmonisatie van nationale wetgeving inzake omzetbelasting bij besluit van 11 april 1967.
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Weekblad FED
HR	Hoge Raad de Nederlanden

HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
icbe	Instellingen voor collectieve belegging in effecten
icbe I richtlijn	Richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's).
icbe III richtlijn	Amendement van 85/611/EEG, bestaande uit twee richtlijnen. Richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) met het oog op de reglementering van beheermaatschappijen en vereenvoudigde prospectussen. Richtlijn 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), betreffende beleggingen van icbe's.
icbe IV richtlijn	Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's).
Lidstaten	Lidstaten van de Europese Unie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
nr.	Nummer
Neumark rapport	Rapport van het fiscaal en financieel comité, Europese economische Gemeenschap, Commissie, 1962.
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
OB	Omzetbelasting
p.	Pagina
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie

PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschap
Prospectusrichtlijn	Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG.
Raad	Raad van de Europese Unie
r.o.	Rechtsoverweging
TC	Tariefcommissie
tweede richtlijn	Richtlijn 67/228/EEG van de Raad van 11 april 1967 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lidstaten inzake omzetbelasting - Structuur en wijze van toepassing van het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.
V-N	Vakstudie nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet OB	Wet op de omzetbelasting van 1968
WFR	Weekblad fiscaal recht
wft	Wet op het financieel toezicht
wtb	Wet toezicht beleggingsinstellingen
zesde richtlijn	Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Statens inzake omzetbelasting - Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag.

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Vrijstelling beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen

De Wet op de omzetbelasting van 1968 is gebaseerd op de Europese btw-richtlijn en is vrij in vorm en opzet, maar in beginsel gelijk in resultaat. Iedere lidstaat heeft zich met het verdrag van de Europese Unie verplicht zijn nationale btw-wetgeving in overeenstemming te brengen met de Europese richtlijn. Hiermee wordt de belasting, in het belang van de interne markt, geharmoniseerd. Het is een indirecte verbruiksbelasting, welke wordt geheven over de verkoopprijs in iedere schakel van het productie- en distributieproces. Het beoogde belastingobject, verbruik van goederen en diensten door consumenten¹, zorgt ervoor dat ondernemers recht op aftrek (of teruggaaf) van voorbelasting hebben². De producten bevinden zich hierdoor in beginsel belastingvrij bij de ondernemers. De belasting resulteert in het belasten van de toegevoegde waarde bij de individuele ondernemers.

Bij de vorming van het huidige stelsel is besloten om enkele diensten vrij te stellen van de heffing van omzetbelasting. Formeel zou men van een vrijgestelde ondernemer spreken, indien geen omzetbelasting verschuldigd is over de geleverde diensten, in combinatie met het recht op aftrek. Op deze wijze is de dienst vrij van omzetbelasting. De richtlijngever heeft echter besloten om het recht op aftrek niet bij vrijgestelde diensten te verlenen. Hierdoor is die ondernemer dus in feite niet vrijgesteld maar belast, en ontstaat een verstoring binnen de productielijn door de cumulatie van niet aftrekbare btw³. De neutrale werking van de omzetbelasting wordt op deze wijze, met de introductie van vrijstellingen, verstoord.

Handelingen van beleggingsfondsen zijn doorgaans vrijgesteld⁴. Hierdoor is de btw op inkoop van deze fondsen niet aftrekbaar en wordt de keuze tot het uitbesteden van werkzaamheden beïnvloed. De belasting op inkoop van deze diensten is immers niet terug te vorderen. Voor externe beheerders van gemeenschappelijke beleggingsfondsen

¹ ABC-rapport, 1962, p. 24

² Voorbelasting is btw die door ondernemers wordt betaald over hun inkoop.

³ De voorbelasting bij vrijgestelde diensten is niet aftrekbaar. Doordat belaste ondernemers deze prestaties afnemen en doorberekenen aan afnemers wordt over die belasting opnieuw geheven.

⁴ Zie sectie 4.3

bestaat eveneens een vrijstelling. Voor deze dienstverleners is het voordelig om binnen de vrijstelling te vallen, aangezien de afnemers doorgaans vrijgesteld zijn en de btw in die situatie kostprijsverhogend zou werken. Op die manier wordt de cumulatie en de verstoring van de omzetbelasting als gevolg van de vrijstelling voorkomen.

1.2 Het onderwerp

De bepaling in de btw-richtlijn is kort en bondig⁵. Vrijgesteld is: “*Het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten*”. Een korte en bondige bepaling, waarop echter een alles behalve korte periode volgde van onduidelijkheid en onzekerheid. Deze initiële onduidelijkheid is op drie vlakken uiteen te zetten. Beheer; wat houdt dit in? Gemeenschappelijke fondsen; wat zijn dit? En zoals uitgelegd door de lidstaten; wat is de discretionaire bevoegdheid van een individuele lidstaat. Duidelijk is, dat op deze wijze weinig segmenten over blijven die niet ter discussie staan.

Er wordt vaak gewezen⁶ op het plotselinge opduiken van de vrijstellingsbepaling voor beheer van gemeenschappelijke fondsen. Bij de zesde richtlijn, de voorloper van de btw-richtlijn, is deze zonder uitleg opgenomen. Dit zegt niet dat dit ook gebeurd is tot de verrassing van de richtlijngever, maar het betekent wel dat slechts gegist kan worden naar het beoogde doel van de vrijstelling. Hierdoor is een belangrijk instrument ontnomen ter interpretatie van de bepaling. Logischerwijs kan alleen bij een bekend doel worden bepaald of een bepaalde benadering hiermee in lijn is. In combinatie met de korte en bondige richtlijntekst, ontstaat een onduidelijke situatie. Het is opmerkelijk dat de richtlijngever zo weinig rechtsbronnen geeft, indien deze een geharmoniseerde markt wenst te bereiken. Zonder een goede uitleg heeft geharmoniseerde regelgeving immers weinig waarde. Door de korte en bondige richtlijntekst blijft alleen rechtsgang en dus interpretatie door een rechter over. Dit is dan ook met enige regelmaat gebeurd en heeft geleid tot enkele belangrijke arresten.

Met de arresten *Abbey National II* (hierna *Abbey II*), *JP Morgan Claverhouse*⁸ (hierna *JP Morgan*) en *Deutsche Bank*⁹ is meer duidelijkheid omtrent de regeling gekomen. Toch

⁵ Art. 135 lid 1 onderdeel g Btw-richtlijn en art. 11 lid 1 onderdeel i van de wet OB 1968

⁶ Zie bijvoorbeeld M. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Kluwer, Deventer, 1992, p146-157

⁷ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*)

is met deze arresten lang niet alles verduidelijkt. Met het arrest *Abbey II* werd duidelijk dat ‘beheer’ een communautair begrip is. Beheer omvat handelingen, die specifiek zijn voor de activiteit van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Deze kunnen ook door een derde beheerder worden verricht. Gezien de nog lopende prejudiciële vragen¹⁰, bestaat onduidelijkheid of beleggingsadvies ook is vrijgesteld. Hiernaast is het de vraag of de reikwijdte van het begrip voldoende duidelijk is vastgesteld door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJ EU) en of de uitwerking wenselijk is.

Wat betreft het begrip ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ opende het arrest *JP Morgan* de mogelijkheid voor fondsen zich direct te beroepen op de richtlijn. Rechtstreeks beroep op de richtlijn is volgens het HvJ EU mogelijk, omdat de bepaling van de richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is¹¹. Het HvJ EU overwoog bovendien dat lidstaten niet de onbeperkte vrijheid hebben te bepalen welk soort fonds binnen de vrijstelling valt. In het arrest werd overwogen dat de definitie van de gemeenschappelijke beleggingsfondsen aan de lidstaten wordt overgelaten, voorzover dit het doel van de vrijstelling respecteert en het principe van fiscale neutraliteit niet schaadt¹². Iedere nationale rechter zou anders over deze principiële benadering kunnen denken. In hoeverre biedt dit de lidstaten ruimte de uitleg in te vullen? Kunnen lidstaten bijvoorbeeld bepalen dat pensioenfondsen er wel of niet onder vallen en is een dergelijke vrijheid gerechtvaardigd? Door dit arrest was het wachten tot het eerste, van de vrijstelling uitgesloten fonds, zich zou hierop zou beroepen. Vorig jaar zijn prejudiciële vragen gesteld over de status van pensioenfondsen uit het Verenigd Koninkrijk¹³ en dit jaar uit Nederland¹⁴.

Voor de toepassing van de vrijstelling voor beheer, dient een fonds over een gemeenschappelijke inleg te beschikken. De wetgever ziet er blijkbaar belang in individueel vermogensbeheer expliciet uit te sluiten. Gesteld kan worden dat het expliciet uitsluiten van individueel vermogensbeheer en het vrijstellen van beheer van collectieve vermogens, de fiscale neutraliteit schaadt. Feitelijk zal de dienstverlening

⁸ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse)

⁹ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank)

¹⁰ HvJ EU 3 juni 2011, nr. C-275/11 (GfBk) (prejudiciële vragen)

¹¹ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 58.

¹² Zie sectie 2.5 voor uitleg fiscale neutraliteit.

¹³ HvJ EU 11 augustus 2011, nr. C-424/11 (Wheels) (prejudiciële vragen)

¹⁴ HvJ EU 3 januari 2012, nr. C-26/12 (Fiscale eenheid PPG Holdings) (prejudiciële vragen)

niet veel uit elkaar lopen. In het arrest *Deutsche Bank*¹⁵ zijn onlangs vragen beantwoord over de behandeling van individueel vermogensbeheer. Hier is overwogen dat deze diensten niet onder de vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen vallen. Fiscale neutraliteit kan de werkingssfeer van een uitdrukkelijke bepaling niet uitbreiden. Het is de vraag of een dergelijke benadering wenselijk is. Bovendien is onduidelijk waar het onderscheid tussen individueel en collectief ligt. Het Nederlands beleid ziet bijvoorbeeld het beheer van een vermogen van een institutioneel fonds of een pensioenfonds als individueel vermogensbeheer.

De situatie roept meer vragen op. De bepaling kan door lidstaten uiteenlopend worden uitgelegd. Het doel van de omzetbelasting: een uniforme markt, komt dan niet overeen met haar uitwerking. De interpretatievrijheid van lidstaten leidt mogelijk tot een onwenselijke uitwerking. De vraag is in hoeverre dit leidt tot een minder geharmoniseerde markt en of dit wenselijk is.

Er bestaat onduidelijkheid over de reikwijdte van de vrijstelling en over de jurisdictie van de lidstaten. Het is de vraag of, met de lopende procedures, de regeling voldoende duidelijk wordt. Zolang nationale rechters geen duidelijkheid hebben over de uitleg van een richtlijnbeepaling, hebben deze de verplichting het HvJ EU om uitleg te vragen. Opmerkelijk in die zin is, dat het 30 jaar heeft moeten duren voordat het eerste arrest van het HvJ EU is verschenen. Verder is het de vraag of de uitwerking van de vrijstelling in overeenstemming is met een wenselijke benadering vanuit het doel en karakter van de omzetbelasting.

1.3 Probleemstelling

Op basis van het bovenstaande kom ik tot de volgende probleemstelling:

- Wat is de reikwijdte van de btw-vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen en in hoeverre is deze behandeling wenselijk? B brengen de voorzienbare ontwikkelingen in de toekomst hier verandering in?

Deze probleemstelling wordt aan de hand van de volgende deelvragen behandeld.

- Wat is de huidige uitwerking en reikwijdte van de vrijstelling, volgens de btw-richtlijn en de Wet OB 1968?

¹⁵ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11(*Deutsche Bank*)

- Bestaat een Europees gelijk speelveld inzake de vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen?
- Wat zijn de gevolgen van de aankomende wijzigingen van de btw-richtlijn en haar vrijstelling op de korte en lange termijn op de bovenstaande twee vragen?
- Hoe dienen de beheerstaken wenselijk gezien, in de omzetbelasting betrokken te worden?
- Komt de huidige uitwerking en de wenselijke uitwerking overeen?
- In hoeverre brengen de aankomende wijzigingen in de btw-richtlijn en haar vrijstelling op korte en lange termijn verandering in de overeenstemming tussen de huidige uitwerking van de vrijstelling en de wenselijke uitwerking?

1.4 Belang van het onderzoek

Een duidelijke regeling is van belang voor meerdere groepen. Voor deze partijen is het van belang uiteen te zetten of de regeling wel duidelijk is en in welke mate.

Voor de groep leveranciers en afnemers; een vraag naar duidelijkheid over de kosten van een dergelijk fonds. Belastbaarheid van beheerskosten is nadelig voor beheerders aangezien fondsbeheerders veelal worden afgerekend tegen een passieve graadmeter waar deze kosten niet spelen¹⁶. Verder is de rechtszekerheid gebaat bij een duidelijke definitie. Het aantal keren dat deze bepaling tot rechtsgang heeft geleid is substantieel. Onduidelijkheid leidt tot advieskosten en rechtszaken. Rechtszaken aan het HvJ EU kunnen enkele jaren onzekerheid betekenen. Voor bedrijven is zekerheid en voorspelbaarheid belangrijk, opdat de belastingrisico's te schatten en te minimaliseren zijn.

Voor de overheden en de EU¹⁷; inkomsten uit belasting en het doel een efficiënte geharmoniseerde markt te creëren, waar goede concurrentie mogelijk is met andere regio's. Momenteel wordt in Europa in deze sector ongeveer 8 biljoen euro in fondsen beheerd¹⁸. Bij een gemiddelde kostenratio van 1.5 %¹⁹ ontvangen deze fondsen ieder jaar

¹⁶ Dienstverleners aan publiek verhandelde fondsen zorgen indien niet vrijgesteld voor een extra verhoging van de 'total expense ratio' (TER), de procentuele kosten per jaar over de investering.

¹⁷ Lidstaten dragen jaarlijks een gedeelte van de opbrengsten van de omzetbelasting af aan de EU. Dit brengt een extra motivatie voor een gelijk speelveld met zich mee. Op de omzetbelasting gelijkende belastingen zijn bijvoorbeeld niet toegestaan volgens de Europese verdragen.

¹⁸ Bron: Efama, Efama investment fund industry fact sheet, april 2012, alleen beleggingsfondsen.

voor 120 miljard euro aan facturen voor beheer. Dit zou zonder de vrijstelling 23 miljard euro aan btw inkomsten betekenen²⁰.

Ten slotte voor de omzetbelasting zelf; deze belasting en haar rechtskarakter, vraagt een bepaalde behandeling van dergelijke diensten. Het ligt voor de hand dat een wetsartikel een bepaald nut dient. Door de verstorende werking van vrijstellingen op de neutraliteit en het doorgaans niet optionele karakter, geldt dit zeker voor deze categorie. Vrijstellingen zorgen bovendien voor een complexere heffing doordat ze een uitzondering op de algemene heffing zijn. Hierbij ontstaan doorgaans veel grijze gebieden. Toch is de bepaling al tientallen jaren te vinden in de richtlijn, zonder dat ooit een rechtvaardiging is gegeven.

1.5 Toetsingskader

De wenselijkheid van de regeling kan getoetst worden aan het doel, rechtskarakter en grondbeginselen van de btw, zoals deze zijn af te leiden uit de Europese rechtsbronnen en de behandeling daarvan in de Europese instellingen en adviescommissies. Op basis van deze instrumenten kan een onderzoek naar de wenselijkheid van de vrijstelling en haar uitwerking worden gedaan. Dit toetsingskader zal in het volgende hoofdstuk worden uitgewerkt.

1.6 Afbakening van het onderzoek en rechtvaardiging van de methode

De uitwerking in andere lidstaten zal slechts besproken worden voor zover de uitwerking afwijkt en voor zover dit redelijkerwijs nodig is, om de betreffende deelvraag te beantwoorden. Dit onderzoek zal in beginsel slechts betrekking hebben op de uitleg volgens de btw-richtlijn en de Wet OB 1968.

De bespreking van de vrijstelling naar positief recht, impliceert een objectieve beschouwing van de regeling, naar het recht dat nu geldt binnen de Europese Unie en meer in het bijzonder in Nederland. Gesteld kan worden dat een dergelijke bespreking altijd een normatief karakter draagt, aangezien een wettelijke bepaling vaak voor meerdere interpretaties open staat. Bij de bespreking van de regeling zoek ik de normen

¹⁹ Bij aandelenfondsen is de TER gemiddeld 175 basispunten en bij obligatiefondsen gemiddeld 117 basispunten per jaar. Bron: Efama, Fund Fees in Europe: Analysing Investment Management Fees, Distribution Fees and Operating Expenses, oktober 2011, p.5.

²⁰ Bij een tarief van 19%

in de gewezen jurisprudentie en, indien deze geen duidelijkheid biedt, in de richtlijn en de uitgangspunten van de belasting zoals wordt besproken in het volgende hoofdstuk. Hierdoor tracht ik de invloed van persoonlijke voorkeur en rechtvaardigheid te minimaliseren.

In deze studie wordt uitgegaan van het feit, dat een discussie over wenselijk recht op objectieve wijze mogelijk is. Een discussie over wenselijk recht dient per definitie vanuit normen te worden gevoerd. Deze normen ontleen ik uit de grondgedachten van de btw, zijnde het doel van de belasting en het rechtskarakter, rekening houdend met het doelmatigheidsbeginsel. Deze beginselen zijn gebaseerd op de uitgangspunten van de richtlijngever ten tijde van de invoering en de algemene interpretatie van het HvJ EU. Op deze wijze objectiveer ik een per definitie normatieve discussie. De rechtsfilosofische discussie over de merites van een dergelijke benadering hou ik verder buiten beschouwing. Naar mijn mening bieden de beschikbare rechtsbronnen op dit punt genoeg fundament voor deze analyse, zonder te vervallen in intuïtieve argumentaties.

1.7 Opzet

Eerst volgt een bespreking van de grondprincipen van de btw om tot een toetsingskader te komen. Hierop volgt een uiteenzetting van enkele praktische aspecten rondom beheer en gemeenschappelijke beleggingsfondsen, voorzover deze relevant zijn voor de beantwoording van de probleemstelling. De relevantie van de vrijstelling is afhankelijk van de manier hoe beleggingsfondsen in de btw worden betrokken. Om die reden wordt dit in Hoofdstuk 4 behandeld. Vervolgens wordt een uiteenzetting van de vrijstelling naar positief recht gedaan. Hier wordt stilgestaan bij de zekerheden en worden de onzekerheden geanalyseerd aan de hand van de beschikbare rechtsbronnen. Er wordt stilgestaan bij de uitwerking naar Europees en nationaal recht, het verschil in interpretatie tussen de lidstaten en de ruimte daartoe. Vervolgens wordt vanuit het toetsingskader een wenselijke benadering gededuceerd. Vanuit deze analyse wordt bekeken of de huidige uitwerking en de wenselijke uitwerking overeenkomen, en op welke punten, al dan niet gerechtvaardigd, niet overeenkomen. Ten slotte volgt de conclusie. Opgemerkt dient te worden dat, tenzij anders aangegeven, met de term beleggingsfonds ook een beleggingsmaatschappij wordt bedoeld. Dit stuk geeft de stand van zaken weer per december 2012.

Hoofdstuk 2. Btw: doel, rechtskarakter en doelmatigheid

2.1 Inleiding

De omzetbelasting bestaat in Nederland in verschillende vormen sinds 1934. Een omzetbelasting beoogt goederen op weg van producent naar consument op enige wijze te belasten²¹. De belasting kan zich in verschillende verschijningsvormen manifesteren. Sinds 1968 kent men deze belasting in Nederland in de vorm van de belasting over de toegevoegde waarde (btw). Dit is een indirecte algemene verbruiksbelasting, geheven door middel van een niet-cumulatief cascadestelsel, over alle schakels van het productie- en distributieproces. Hierbij duidt alleen de term ‘algemene verbruiksbelasting’ op het rechtskarakter, de rest op de systematiek. Zowel omzetbelasting als btw zijn feitelijk niet de meest voor de hand liggende definities. Het is immers een belasting op consumentenverbruik. Hierdoor komt het wat vreemd voor een belasting te noemen naar dat, wat het juist niet beoogt te belasten. Verbruik, waardetoevoeging of omzet komen niet op hetzelfde neer en hoeven zich niet gelijktijdig of zelfs in dezelfde lidstaat af te spelen. In zijn algemeenheid duiden de definities slechts op het heffingssysteem. Om een conclusie over een wenselijke benadering te kunnen trekken dient het karakter te worden gedefinieerd vanuit de basisprincipes van de belasting en dus niet vanuit de naam.

Dit hoofdstuk bestaat uit een algemeen deel wat ingaat op het doel, het rechtskarakter en het doelmatigheidsbeginsel van de omzetbelasting. Doel, rechtskarakter en het doelmatigheidsbeginsel zijn alle drie relevant om een wenselijke uitwerking in te kaderen. Het doel dient in zicht te worden gehouden bij vorming van de belasting. Dit werkt onder meer door in het neutraliteitsbeginsel. Het rechtskarakter geeft weer wat en wie ideaal gezien belast dient te worden en het doelmatigheidsbeginsel kan een inbreuk zijn op dit ideaal. Uit pragmatische overwegingen kan dus voor een andere systematiek of uitleg worden gekozen dan vanuit het rechtskarakter bezien het meest voor de hand ligt.

²¹ M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, elfde druk, Kluwer, Deventer, 2007, p 3

In dit hoofdstuk wordt alleen naar Europeesrechtelijke uitgangspunten gekeken. Via de Europese verdragen is bepaald, dat de richtlijn bindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij is bestemd²². Begrippen die ook in het nationale recht worden gebruikt, kunnen een andere betekenis hebben in het Europese recht. Art. 19 VEU geeft de basis voor het HvJ EU om algemene rechtsbeginselen te vormen in de rechtspraak. Dit zijn beginselen met een unierechtelijke betekenis. Nationale rechters moeten de bepalingen uitleggen, met inachtneming van deze gemeenschappelijke beginselen, door het gemeenschappelijke karakter van de btw. Voor dit hoofdstuk is alleen de Europese regelgeving en jurisprudentie van belang.

2.2 Doel

Uit de jurisprudentie en de richtlijn blijkt dat het doel belangrijk is bij de vorming en uitleg van de richtlijn²³. Met enige regelmaat wordt in de arresten van het HvJ EU het doel als instrument gebruikt bij de uitleg van de richtlijn²⁴. In het arrest *Hong Kong Trade Development Council* is overwogen: “*Beziet men deze twee artikelen, waarvan een tekstanalyse op het eerste gezicht niet bijdraagt tot de oplossing [...] dan blijkt dat men de relevante kenmerken van het gemeenschappelijk stelsel van de belasting over de toegevoegde waarde moet zoeken in het licht van de doelstelling van dit stelsel.*”²⁵

Het belang van het doel bij de vorming van de belasting is evident. Het is de vraag of het doel ook een dergelijk belang dient te hebben bij de uitleg. Indien het belang van harmonisatie en een uniforme uitleg invloed heeft op de uitleg van de rechter, bestaat het gevaar dat de rechtsprekende macht op de stoel van de richtlijngever gaat zitten. De rechtsprekende macht dient hier mijns inziens terughoudend mee om te gaan. Als de richtlijngever immers besluit iets niet te harmoniseren, is het niet de taak van het HvJ EU om dit wel te doen²⁶.

2.2.1 Richtlijn en verdrag

In de 1^e richtlijn van 11 april 1967 staat het voornaamste doel van de heffing:

²² Art. 288 VwEU

²³ Zie o.a. vierde considerans van de btw-richtlijn

²⁴ Zie o.a. r.o. 59 van HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 18 van HvJ EU 18 november 2004, nr. C284/03 (*Temco Europe*) en r.o. 28 van HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-428/02 (*Fonden Marselisborg Lystbådehavn*).

²⁵ HvJ EU 1 april 1982, nr. 89/81 (*Hong Kong Trade Development Council*), r.o. 5 en 6

²⁶ Zie ook M.M. Gabriël en F.J.G. Nellen, Verslag van het op 19 juni 2009 gehouden congres "40 jaar btw", WFR 2009/1353.

“het instellen, in het kader van een economische unie, van een gemeenschappelijke markt waarin een gezonde mededinging bestaat en waarvan de kenmerken analoog zijn aan die van een binnenlandse markt.”

Dit doel is ingegeven door het verdrag van Rome²⁷ van 1957 waarmee de Commissie zich heeft verplicht te onderzoeken, op welke wijze de indirecte belastingen, in het belang van de interne markt, geharmoniseerd dienden te worden. Het doel gaat hiermee dus voorbij aan de vraag of de belasting überhaupt wenselijk is. In plaats daarvan beoogt het bepaalde onwenselijke effecten, van de al aanwezige belastingen in de lidstaten, op te heffen.

Het belang van een interne markt komt voort uit de doelstellingen van de Europese Unie. Art. 3 lid 3 VEU geeft aan: *“De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. De Unie bevordert wetenschappelijke en technische vooruitgang. [...] De Unie bevordert de economische, sociale en territoriale samenhang, en de solidariteit tussen de lidstaten.”*

Door de economische integratie zouden de op nationaal niveau nagestreefde economische en sociale doeleinden worden overgebracht naar het gemeenschappelijk niveau²⁸.

2.2.2 Historische context

De btw is ingesteld om een interne markt tot stand te brengen. Het handhaven van de verschillende stelsels zou de goede werking van de gemeenschappelijke markt nadelig beïnvloeden. Hierdoor moest worden onderzocht, op welke wijze de harmonisatie bereikt kon worden²⁹. Eén commissie werd ten doel gesteld om zich zuiver op de omzetbelasting te richten en een ander comité werd ingesteld om de interne markt, meer algemeen, te beschouwen. Dit heeft respectievelijk het ABC-rapport (1962) en het Neumark rapport (1962) voortgebracht. Op basis van deze adviezen is het huidige stelsel tot stand gekomen, de btw.

²⁷ Art. 99 Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (verdrag van Rome)

²⁸ Neumark rapport, p3

²⁹ ABC-rapport, p. 1

Het nieuwe stelsel was nodig om de nadelen van het oude systeem op te heffen; belemmering van het vrije verkeer, de invloed van de aanwezige heffingen op de lengte van het productie- en distributieproces³⁰ en de complicaties van internationale handel door de veelheid van systemen³¹. Verder moest het systeem, volgens het ABC-rapport, administratieve en juridische lastenverzwaring voorkomen. De kosten van inning moesten dus zo gering mogelijk zijn, voor zowel de staat als de belastingplichtigen. De gemeenschappelijke markt moest dezelfde karakteristieken verkrijgen als een interne markt. Dispariteiten tussen de verschillende regio's waren hierbij niet uitgesloten, maar deze mochten niet van de omvang en van het soort zijn dat deze de vrijheid van vestiging van productiefactoren zouden beïnvloeden. Met het nieuwe systeem werd, kort gezegd, financiële rationaliteit³², neutraliteit ten opzichte van concurrentieverhoudingen en het beperken van de invloed van het systeem op prijzen en productiviteit als de belangrijkste aandachtspunten gezien³³. Feitelijk komen al deze criteria neer op het feit dat de belasting neutraal en zo eenvoudig mogelijk dient te zijn, rekening houdend met het budgettaire belang. Hiermee zijn het neutraliteitsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel de uitgangspunten van het systeem. Beide commissies kwamen tot de conclusie dat de btw met aftrek van voorbelasting het meest aan de eisen voldeed.

Na tien jaar btw is bij de bekrachtiging van de zesde richtlijn, in 1977, besloten tot afdracht van een gedeelte van de opbrengsten, direct ten bate van de Europese Unie³⁴ ³⁵. Door de afdracht van de lidstaten is het belang van een gelijke interne markt toegenomen. Het doel van deze richtlijn was een uniforme grondslag te creëren. Er zijn minimumtarieven afgesproken en het werd voor lidstaten verboden een met de btw vergelijkbare heffing in te voeren. Met de hierop volgende, huidige, btw-richtlijn, is slechts een herschikking bewerkstelligd en is geen inhoudelijke wijziging beoogd³⁶.

³⁰ Door de cumulatieve stelsels. Hoe minder schakels in de keten, hoe minder belasting uiteindelijk op het product aanwezig was doordat bij iedere schakel werd geheven zonder teruggaaf voor ondernemers.

³¹ ABC-rapport, p. 1

³² Financiële rationaliteit houdt in een hoge en constante opbrengst bij zo laag mogelijke heffingspercentages en zo gering mogelijke kosten van inning.

³³ Zie p. 20 ABC-rapport

³⁴ Besluit 70/243/EGKS, EEG; pbEG 1970 nr. L 94, p.224

³⁵ In 2011 is door Nederland 341 miljoen van totaal 42 miljard inkomsten afgedragen, bron: Beheersverslag Belastingdienst 2011

³⁶ Onderdeel 3 van de considerans van de Btw-richtlijn

2.2.3 Deelconclusie: het doel van de btw

Het doel van de belasting is het instellen van een gemeenschappelijke markt. Op basis van dit doel zijn de omzetbelasting-heffingen, binnen de Europese Unie, geharmoniseerd. Deze harmonisatie wordt bereikt door een gelijk systeem op te zetten, met een neutrale werking en een eenvoudige uitvoering. Het doel is ingegeven door economische redenen. Het moet de handel en hiermee de economie bevorderen. Het moet zorgen voor een duurzame groei, prijsstabiliteit, concurrentievermogen en een lage werkloosheid.

2.3 Rechtskarakter

Het rechtskarakter beantwoordt, kort gezegd, de vragen wie en wat er belast moet worden, en waarom³⁷. Het rechtskarakter is een belangrijk instrument voor zowel de wetgevende, als de rechterlijke macht, bij ontwerp en interpretatie van de wet en haar begrippen³⁸.

Van Kesteren³⁹ geeft aan dat omtrent de essentie van het begrip rechtskarakter consensus ontbreekt. Doordat in betogen vaak een inhoudsbepaling ontbreekt, boet het juridisch instrument, volgens van Kesteren, in die argumentaties aan waarde in. Wil het instrument waardevol zijn, is het van belang om de gehanteerde definitie duidelijk te maken. Hierdoor begin ik met het vaststellen van de gebezigde definitie.

2.3.1 Definitie

Van Kesteren⁴⁰ definieert rechtskarakter als:

“een algemeen, reeds bij ontwerp van de wet geformuleerd, ideaal dat in principe in ieder facet van de wet is vertaald; het is een leidraad die aangeeft wie en wat belast zou moeten worden.”

Hierdoor is het zowel bij opbouw, als bij uitleg normatief. Een andere uitleg zou volgens van Kesteren zijn, het totaalbeeld van alle bijzondere kenmerken van een reeds bestaande wet. Dit geldt dus in het geval er geen algemeen ideaal aan de belasting ten

³⁷ M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, elfde druk, Kluwer, Deventer, 2007, p 3

³⁸ M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, elfde druk, Kluwer, Deventer, 2007, p 3

³⁹ H.W.N. van Kesteren, Fiscale rechtswil, Gouda Quint, Deventer, 1994, p. 54

⁴⁰ H.W.N. van Kesteren, Fiscale rechtswil, Gouda Quint, Deventer, 1994, p. 55-56

grondslag ligt. Braun ⁴¹deelt deze opinie. Een belasting heeft niet altijd een op een duidelijk ideaal gebaseerd rechtskarakter. In dat geval is het een samenstelling van politieke compromissen. Wat voor de één ideaal is, hoeft dit niet voor de ander te zijn. Hiernaast staat het doelmatigheidsbeginsel in de weg van een duidelijk rechtskarakter. Op basis hiervan stelt Braun dat de btw geen rechtskarakter heeft. Denie⁴² lost dit op door een rechtskarakter naar doel en een rechtskarakter naar vorm te onderscheiden. Hoewel van Kesteren onderkent dat de aard van een belasting door beide wordt bepaald, staat hij voor om bij het begrip rechtskarakter een strikt afgebakende inhoud te behouden. Dit is belangrijk wil het juridisch instrument bruikbaar blijven.

Naar mijn mening is, zoals ik in dit hoofdstuk zal beschrijven, in het geval van de btw een duidelijk rechtskarakter te onderscheiden. Het is hierbij van belang deze niet te verwarren met de vorm waarin deze is gegoten. Ik hanteer hierbij de definitie van rechtskarakter zoals van Kesteren deze bracht. Het is een algemeen ideaal dat in beginsel in ieder facet van de wet is vertaald. Ik onderscheid hierbij geen rechtskarakter naar doel en een rechtskarakter naar vorm. Het rechtskarakter geeft het ideaal weer en kan daarom in mijn opinie nooit worden weergegeven als een rechtskarakter naar vorm. In het geval van de btw zijn het rechtskarakter en het doelmatigheidsbeginsel twee verschillende parameters, welke in afwisselende mate doorwerken in de uiteindelijke uitwerking. Het doelmatigheidsbeginsel kan een inbreuk vormen op het rechtskarakter en is er dus naar mijn mening, geen onderdeel van. De mening van Braun dat het rechtskarakter van de btw niet bestaat deel ik dan ook niet.

2.3.2 De btw

Het rechtskarakter van de omzetbelasting staat in art. 1 van de btw-richtlijn⁴³. In deze bepaling staat:

“Het gemeenschappelijke btw-stelsel berust op het beginsel dat op goederen en diensten een algemene verbruiksbelasting wordt geheven.”

Vervolgens de vraag wat een algemene verbruiksbelasting dan is. Volgens Tuk⁴⁴ is de strekking van de belasting:

⁴¹ K.M. Braun, Aftrek van voorbelasting in de BTW, Kluwer, Deventer, 2002, p. 49

⁴² A.H.R.M. Denie, De overheid in de omzetbelasting, Kluwer, Deventer, 1987.

⁴³ Dit is een vervanging van de oorspronkelijke 1^erichtlijn en een herschikking van de 6e richtlijn (Onderdeel 1 van de considerans van de Btw-richtlijn)

”het verbruik van goederen en diensten te treffen, in het bijzonder de verteringen van de particuliere consumenten (de gezinshuishoudingen), doch ook het consumptieve verbruik van de overheid en van die organisaties van consumenten, welke geheel tot de consumptieve sfeer moeten worden gerekend.”

Een algemene verbruiksbelasting is een belasting die consumptief verbruik of vertering beoogd te belasten. Van Hilten en van Kesteren omschrijven het als een belasting die de consumptie beoogt te belasten en dat doet door de besteding als maatstaf van die consumptie te hanteren. Naar mijn mening is in het geval van de btw een duidelijk rechtskarakter te definiëren. Ik sluit hierbij aan bij het eerste deel van de definitie van van Hilten en van Kesteren: ‘een belasting die de consumptie beoogt te belasten’, de rest is in mijn opinie systematiek. Dit is, zoals ik het lees, tevens een verkorte versie van de definitie van Tuk, zoals eerder omschreven.

Bij het rechtskarakter van de btw vindt een discussie plaats of de belasting niet eerder het karakter heeft van een bestedingsbelasting, een transactiebelasting of een verkeersbelasting⁴⁵. Van Hilten en van Kesteren⁴⁶ geven aan dat het de kenmerken heeft van een verkeersbelasting, maar meer door heffingstechniek dan door rechtskarakter. Volgens Van Norden⁴⁷ is de omzetbelasting, hoewel de btw-richtlijn art. 1 dus aangeeft dat het een algemene verbruiksbelasting is, naar haar systematiek van heffen een transactiebelasting of een verkeersbelasting. Bijl et al.⁴⁸ geven aan dat het consumptieve verbruik de dieper liggende achtergrond van de belasting is, maar feitelijk wordt aangegrepen bij de besteding door de consument. Zoals velen al aangeven gaat de discussie hier naar mijn mening meer over de definitie van de term rechtskarakter en hoe breed dit genomen dient te worden als instrument. Vaak wordt het doorgetrokken tot de materiële kenmerken. Dan is de vraag of het rechtskarakter een materieel samenstel van karaktereigenschappen is of een algemeen ideaal. Gezien mijn definitie van het rechtskarakter; een algemeen ideaal, is er binnen het rechtskarakter geen plaats

⁴⁴ C.P. Tuk, Wet op de Omzetbelasting 1968, Kluwer, Deventer, 1970, p. 33

⁴⁵ Zie ondermeer S.T.M. Beelen, K.M. Braun, O.L. Mobach, e.a., Cursus Belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2010, bij OB.0.0.5.C, D.B. Bijl, M.E. van Hilten en D.G. van Vliet, Europese BTW en Nederlandse omzetbelasting, derde druk, Kluwer, Deventer, 2001, p.1 en M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, elfde druk, Kluwer, Deventer, 2007, p.7.

⁴⁶ M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, elfde druk, Kluwer, Deventer, 2007, p. 4

⁴⁷ G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Kluwer, Deventer, 2007, p. 252

⁴⁸ D.B. Bijl, M.E. van Hilten en D.G. van Vliet, Europese BTW en Nederlandse omzetbelasting, derde druk, Kluwer, Deventer, 2001, p. 217

voor afwijkende objectieve kenmerken welke zijn toe te schrijven aan het doelmatigheidsbeginsel. Door het vormen van een algemeen karakter vanuit de praktische uitwerking, bestaat het gevaar dat de diepere achterliggende gedachte gemist wordt. Het karakter van een verbruiksbelasting zal naar mijn mening niet altijd dezelfde uitwerking geven als het karakter van een bestedingsbelasting. In de volgende sectie zal ik de invloed van het rechtskarakter in de heffing bespreken.

2.3.3 Invloed rechtskarakter in wet en uitleg

Vanuit het rechtskarakter volgt een aantal kenmerken.

- Het is een algemene belasting
- Er wordt consumptief verbruik belast
- Het is een objectieve heffing

Het algemene karakter houdt in dat de belasting algemeen van toepassing is op consumptief verbruik. In tegenstelling tot bijzondere verbruiksbelastingen zoals accijnzen, geeft het aan dat er geen ander doel is dan het belasten van verbruik. In beginsel dient hierdoor geen verschil in behandeling tussen de verschillende soorten verbruik te bestaan en dient de heffing zo breed mogelijk te worden toegepast.

Swinkels⁴⁹ merkt op, dat de Engelse vertaling van de eerste richtlijn de algemene verbruiksbelasting definieert als, een ‘general tax on consumption’. Consumptie en verbruik zijn dus hetzelfde. Van Hilten et al. omschrijven economische consumptie als het direct en uiteindelijk gebruik van goederen en diensten ter bevrediging van de behoeften van particulieren⁵⁰. Deze behoeftebevrediging impliceert een behaald voordeel of genot wat de consument ontvangt uit de consumptie.

Voor de verbruiksbelasting is het in beginsel onbelangrijk wie de leverancier is. Er wordt slechts gekeken naar de objectieve eigenschappen van het geleverde, naar de aard van het goed. Het verbruik impliceert een genot, dit is een subjectief criterium. Niet iedereen heeft met alle goederen en diensten hetzelfde voor. Binnen de huidige belasting wordt wel naar verbruik gekeken, maar door middel van een geobjectiveerde benadering; wat de gemiddelde consument met het product voor zou hebben. Hierdoor is de hoedanigheid

⁴⁹ J.J. Ph. Swinkels, De belastingplichtige in de Europese BTW, Koninklijke Vermande, 's-Gravenhage, 2001, p. 2

⁵⁰ M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, twaalfde druk, Kluwer, Deventer, 2010, p. 9

van de afnemer in beginsel ook onbelangrijk. Feitelijk komen dus alle kenmerken, die voor de belasting van belang zijn, terug in het product of de dienst.

Het rechtskarakter dient vertaald te worden in wet en uitleg. Het doel is het belasten van verbruik. Dit valt echter niet te meten. Hierdoor maak je de keuze om de transactie als middel te gebruiken om dit doel te bereiken. Bij uitleg van de belasting is dit relevant. Indien dit immers anders wordt uitgelegd; als het belasten van de transactie het doel is in plaats van het middel, wordt een ander doel bereikt. Hierop volgt een globaal overzicht van de invloed van het rechtskarakter op het gemeenschappelijke stelsel. Met de hierop volgende bespreking wordt niet een uitputtend overzicht beoogd. Het dient slechts ter argumentatie van de definitie van het rechtskarakter⁵¹.

Vrijstellingen en tarieven:

In een verbruiksbelasting zijn vrijstellingen en tariefdifferentiaties objectief. Deze zijn erop gericht bepaalde producten en diensten vrij te stellen of minder te belasten, niet een bepaalde ondernemer. Er wordt dus een bepaald soort verbruik gediscrimineerd en hiermee het genot wat uit deze prestatie wordt behaald⁵².

Vrijstellingen en tariefdifferentiaties worden in de wet omschreven aan de hand van de geleverde prestatie⁵³. In de jurisprudentie is dit verder uitgewerkt. De afweging of een bepaalde prestatie onder een vrijstelling valt, wordt bepaald door de aard van het geleverde⁵⁴. Hierbij dienen de prestaties kenmerkend en essentieel te zijn voor het vrijgestelde⁵⁵. Vrijstellingen dienen strikt te worden uitgelegd, aangezien ze een afwijking zijn van het algemene karakter van de belasting. Deze strikte uitleg gaat echter niet zover, dat de vrijstelling hierdoor geen effect meer heeft⁵⁶.

Indien een samenstel van prestaties wordt geleverd, wordt gekeken vanuit het standpunt van de afnemer. Welk soort genot onttrekt de afnemer uit het geleverde? Wordt het complete product verbruikt of de afzonderlijke delen. Hierbij geldt dat in

⁵¹ Zie voor een overzicht van de praktijk van de omzetbelasting, M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, twaalfde druk, Kluwer, Deventer, 2010, H4

⁵² Afgezien van de transacties waar geen verbruik plaats vindt.

⁵³ Lage tarief zie bijlage I van de Wet OB 1968, vrijstellingen van art. 11 van de Wet OB 1968

⁵⁴ Zie o.a. HvJ EU 5 juni 1997, nr. C-2/95 (SDC), r.o. 58 en HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 66

⁵⁵ Zie o.a. HvJ EU 5 juni 1997, nr. C-2/95 (SDC), r.o. 77 en HvJ EU 13 december 2001, nr. C-235/00 (CSC Financial Services), r.o.25

⁵⁶ HvJ EU 28 oktober 2010, nr. C-175/09 (Axa), r.o. 25 zie ook HvJ EU 19 november 2009, nr. 461/08 (Don Bosco OG), r.o. 25

principe de afzonderlijke prestaties moeten worden belast, maar dat dit niet zover strekt dat enkele economische prestaties kunstmatig uit elkaar moeten worden getrokken⁵⁷. In het arrest *CPP*⁵⁸ is overwogen, dat hierbij gekeken moet worden naar de bedoeling van de afnemer; wat de modale consument met de prestatie verbruikt. Door dit geobjectiveerde genot is de hoedanigheid en de intentie van de individuele afnemer in beginsel niet meer van belang. Het blijft echter wel het uitgangspunt van de heffing.

Belaste prestaties:

Voorzover een belastingplichtige geen economische prestaties verricht, valt dit buiten het bereik van heffing. Als geen economische prestaties worden verricht, is geen sprake van belastingplicht. Er is gekozen om de toepassing van dit criterium vrij breed te laten plaatsvinden en een beperking te maken door middel van vrijstellingen⁵⁹. Een vrijstelling wordt toegepast indien het rechtskarakter niet om heffing vraagt⁶⁰. Zoals van Hilten et al. overwogen, kan alleen met een breed ondernemersbegrip zoveel mogelijk consumptie worden getroffen. Bij een beperkte uitleg van het ondernemersbegrip, zou bovendien, de belasting drukken op niet consumptieve aanschaffingen, indien deze worden aangewend voor productief verbruik, door actoren die buiten bereik van de heffing zouden vallen⁶¹.

Een beperking van de term economische prestatie wordt op sommige onderdelen evenwel gemaakt. Er moet een prestatie worden geleverd, waarbij de objectieve eigenschappen van deze prestatie bepalend zijn voor de vraag of, en hoe, zij in de heffing worden betrokken⁶². Hierbij dient tussen prestatie en vergoeding een rechtstreeks verband te bestaan, waarbij de vergoeding de tegenwaarde vertegenwoordigt⁶³. De vergoeding moet bedongen zijn, anders is er geen prestatie⁶⁴. Dit betekent dat beide partijen de transactie aan willen gaan en impliceert een genot van de prestatie door de ontvanger. Dit is ook

⁵⁷ HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (*CPP*), r.o. 29, en HvJ EU 21 juni 2007, nr. C-453/05 (*Volker Ludwig*), r.o. 17, HvJ EU 22 oktober 2009, nr. C-242/08 (*Swiss re*), r.o. 51

⁵⁸ HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (*CPP*), r.o. 29, HvJ EU 21 juni 2007, nr. C-453/05 (*Volker Ludwig*) r.o. 17, HvJ EU 11 februari 2010, nr. C-88/09 (*Graphic Procédé*), r.o. 20, HvJ EU 2 december 2010, nr. C-276/09 (*Everything Everywhere*), r.o.26

⁵⁹ M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, 13^e druk, Kluwer, Deventer, 2012, p. 59, 244, 245

⁶⁰ Hiernaast bestaan vrijstellingen in de huidige heffing om sociale en economische redenen.

⁶¹ *Idem*, p.59

⁶² Conclusie A-G Jacobs van 6 juni 2002 bij C-315/00 (*Maierhof*)

⁶³ HvJ EU 5 februari 1981, nr. 154/80 (*Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats GA*), HvJ EU 8 maart 1988, nr. 102/86, (*Apple en Pear development Council*), r.o. 12

⁶⁴ HvJ EU 3 maart 1994, nr. C-16/93 (*Tolsma*), r.o. 12

bevestigd in *Jürgen Mohr* waar het verbruikscriterium is aangevoerd⁶⁵. Er dient aanwijsbaar verbruik te zijn, anders is er geen economische prestatie. In dit arrest kon geen specifiek individu worden aangewezen die heeft verbruikt en voordeel heeft gehad. Er dient een individualiseerbare dienst te zijn. De transactie en de geleverde dienst dienden ter algemeen nut. Van Hilten geeft hierbij aan: *“het gaat er niet om alle uitgaven te treffen, maar alleen om die uitgaven die aanleiding zijn tot verbruik (in ruime zin). Zonder verbruik geen reden om een verbruiksbelasting te heffen*⁶⁶.”

Bij subsidies worden alleen directe subsidies in de btw betrokken⁶⁷, subsidies die rechtstreeks met de prijs van de prestatie verband houden. Bij deze subsidies wordt betaald voor het directe genot van een eindgebruiker. Bij algemene subsidies is geen directe eindgebruiker aan te wijzen en is dus geen sprake van een belaste prestatie.

Bij schadevergoedingen wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘echte’ vergoedingen en verkapt verbruik. In het arrest *Societe thermale*, is overwogen dat hierbij sprake moet zijn van een rechtstreeks verband met enige dienst, die onder bezwarende titel is verricht⁶⁸. Indien een vergoeding slechts dient ter compensatie van geleden schade, is er geen sprake van een vergoeding voor een dienst. Hierdoor is er geen sprake van een belaste prestatie⁶⁹.

Onttrekking door ondernemer

Dat alleen consumptief verbruik belast dient te worden en niet productief verbruik, is vertaald in de systematiek door de neutrale productie- en distributieketen. Producent kan echter ook tegelijk consument zijn. Dit is van toepassing indien de producent zijn eigen goederen onttrekt en verbruikt. Bij een verbruiksbelasting zullen er leveringsficties moeten zijn, aangezien ook hier, dus zonder transactie, sprake is van consumptief verbruik⁷⁰. Om dit te compenseren zijn in de btw leveringsficties opgenomen voor onttrekkingen uit eigen onderneming⁷¹.

Gebruikte goederen

⁶⁵ HvJ EU 29 februari 1996, nr. C-215/94 (*Jürgen Mohr*), r.o. 19-23

⁶⁶ M.E. van Hilten, *Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen*, Kluwer, Deventer, 2010, p. 24

⁶⁷ Art. 73 btw-richtlijn

⁶⁸ HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-277/05 (*Société thermale d’Eugénie-les-Bains*), r.o. 36

⁶⁹ HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-277/05 (*Société thermale d’Eugénie-les-Bains*), r.o. 32

⁷⁰ A.L.C. Simons, *Theorie voor een algemene verbruiksbelasting*, WFR 1963/326

⁷¹ Art. 16 btw-richtlijn

Bij de geleverde prestatie wordt een geobjectiveerd motief van de consument gehanteerd. Hierbij wordt het verbruik aangenomen. Dit is ingegeven door het doelmatigheidsbeginsel, aangezien het moeilijk is bij iedere transactie de bedoeling van de afnemer te achterhalen. Indien gebruikte goederen weer in het handelscircuit belanden, dient door de gehanteerde methodiek, in combinatie met een verbruiksbelasting, voor deze goederen een regeling te worden getroffen, anders wordt het verbruik dubbel belast. Binnen de btw bestaat een margeregeling voor deze goederen, waardoor deze dubbele heffing wordt voorkomen. Bij de ondernemers die deze spullen inkopen, wordt alleen de marge tussen inkoop en verkoop belast⁷².

Bij het betrekken van onroerend goed in een verbruiksbelasting, ontstaat het probleem dat de levensduur van dergelijke objecten erg lang kunnen zijn. Door de levering van particulier-aan ondernemer-aan particulier, kan cumulatie van belastingheffing ontstaan⁷³. In de btw is de levering van nieuw onroerend goed belast en daarna vrijgesteld⁷⁴.

Afwenteling

Indien sprake is van een belastbaar feit, dient volgens de verbruiksbelasting de belasting te worden gedragen door de consument. In het arrest *Netto-supermarkt* is overwogen: *“In dit verband moet worden opgemerkt dat op het gebied van de btw de leveranciers optreden als belastingontvangers voor rekening van de staat en in het belang van de schatkist⁷⁵ [....] Deze leveranciers dienen de btw af te dragen, ook al wordt deze, als verbruiksbelasting, uiteindelijk door de eindgebruiker gedragen⁷⁶.”* Het belang van de afwenteling wordt vaak aangekaart door het HvJ EU, hierdoor kan de eindgebruiker worden bereikt⁷⁷.

Aftrek voorbelasting

⁷² artikelen 312 tot en met 325 btw-richtlijn

⁷³ Zie Beelen, S.T.M., K.M. Braun, O.L. Mobach, e.a., *Cursus Belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 2010, OB.2.3.1.A.a.

⁷⁴ Ter eenvoud een vrij ongenueanceerde bespreking. Zie voetnoot 69.

⁷⁵ HvJ EU 21 februari 2008, nr. C-271/06 (*Netto Supermarkt GmbH*), r.o. 21 zie ook HvJ EU 20 oktober 1993, nr. C-10/92 (*Balocchi*), r.o. 25

⁷⁶ HvJ EU 21 februari 2008, nr. C-271/06 (*Netto Supermarkt GmbH*), r.o. 21

⁷⁷ HvJ EU 1 april 1982, nr. 89/81 (*Hong Kong Trade Development Council*), r.o. 9 zie verder HvJ EU 26 juni 1997, nr. C-370/95 (*Careda SA*) HvJ EU 8 juni 1999, nr. C-338/97 (*Erna Pelzl e.a.*), HvJ EU 28 oktober 2010, nr. C-49/09 (*Commissie tegen Polen*)

In de richtlijn en de jurisprudentie wordt een koppeling gemaakt tussen de verrichting van belastbare prestaties en de aftrekbaarheid van de voorbelasting. Dit wordt objectief bekeken. Wordt een product voor een niet-economische prestatie of een vrijstelling gebruikt, dan is de voorbelasting niet aftrekbaar⁷⁸. De input wordt dus min of meer gevolgd door de productieketen en wordt gekoppeld aan de output.

De objectieve eigenschappen van de prestatie bepalen of, en hoe zij in de heffing wordt betrokken⁷⁹. Een verbruiksbelasting is alleen mogelijk indien het genot is af te kaderen binnen één ontvangen prestatie. Door het objectieve karakter wordt dit mogelijk gemaakt. Door de koppeling van de input aan de output, wordt ook binnen de productie- en distributieketen de verschillende delen zoveel mogelijk ingedeeld naar het genot wat met de eindproducten uiteindelijk wordt behaald.

2.3.4 Deelconclusie: het rechtskarakter van de btw

Het rechtskarakter beantwoordt wie, en wat, er belast dient te worden en waarom. Het is een algemeen ideaal dat in beginsel in ieder facet van de richtlijn is vertaald. In het geval van de btw is dit een algemene verbruiksbelasting. Dit is een belasting die de consumptie beoogt te belasten. Hierbij dient consumptief verbruik te worden belast en productief verbruik nadrukkelijk niet. De belasting is zo algemeen mogelijk van toepassing op consumptief verbruik. Het is een objectieve belasting. Hierdoor zijn de eigenschappen van het object belangrijk en niet die van de leverancier.

2.4 Doelmatigheid

Doelmatigheid of efficiëntie, geeft een verhouding weer tussen het te bereiken doel en de kosten om dit te bereiken. Dit houdt dus in dat de doelstelling aan waarde mag inboeten, indien dit de samenhangende kosten relatief sterk doet verminderen. De kosten zijn in dit geval administratieve verplichtingen en de complexiteit om hieraan te voldoen.

Het ABC-rapport schrijft, dat eenvoudigheid voor kan gaan ten opzichte van het nauwkeurig benaderen van de economische realiteit⁸⁰. Dit slaat weer terug op de eisen van het systeem. De heffing dient zo neutraal en zo eenvoudig mogelijk te zijn. Bij de wetgeving wordt getracht de administratieve lasten, voor zowel de staat als de

⁷⁸ Zie artikel 168 btw-richtlijn

⁷⁹ Conclusie A-G Jacobs van 6 juni 2002 bij C-315/00 (Maierhofer)

⁸⁰ ABC-rapport, p. 24

belastingplichtige, zo laag mogelijk te houden. Het doelmatigheidsbeginsel is een beginsel welk aan het begin van de ontwikkeling al als een belangrijk onderdeel werd gezien. Het doelmatigheidsbeginsel beantwoordt niet de vraag wie, of wat belast dient te worden, maar geeft een rechtvaardiging hiervan af te wijken.

2.4.1 Invloed doelmatigheid in wet en uitleg

Art. 401 btw-richtlijn bepaalt, dat geen lidstaat een belasting mag heffen welke naar het karakter lijkt op de btw. Als gevolg hiervan, is met enige regelmaat jurisprudentie ontstaan waarin de kenmerkende eigenschappen van de btw zijn omschreven^{81 82}:

- de btw is algemeen van toepassing op transacties betreffende goederen of diensten;
- het bedrag ervan is evenredig aan de prijs die de belastingplichtige voor zijn goederen of diensten ontvangt;
- de heffing van deze belasting vindt plaats in elke fase van het productie- en distributieproces, met inbegrip van de kleinhandelsfase, ongeacht het aantal transacties dat eraan voorafging;
- de belastingplichtige kan de in eerdere fasen van het productie- en distributieproces voldane bedragen op de verschuldigde btw in mindering brengen, zodat deze belasting telkens slechts over de in een bepaalde fase toegevoegde waarde wordt geheven en deze last uiteindelijk op de consument drukt.

Deze kenmerken zijn niet per definitie allemaal karakteristiek voor een belasting met dit rechtskarakter. Zoals gezegd zijn neutraliteit (doel en rechtskarakter) en doelmatigheid de belangrijkste uitgangspunten. Hierna volgt een uiteenzetting van de invloed van het doelmatigheidsbeginsel in de regelgeving en uitleg van de heffing. Er wordt geen uitputtend overzicht van de heffing nagestreefd, maar slechts een argument ter onderbouwing van de invloed van het beginsel.

Manier van heffen: indirect, niet-cumulatief cascdestelsel

De btw wordt niet geheven bij diegene die de belasting beoogt te treffen, maar bij zijn leverancier. Het rechtskarakter, of het doel van de belasting, vereist niet dat de belasting bij de ondernemer wordt opgehaald. Deze keuze is ingegeven doordat het de toepasbaarheid van de heffing niet ten goede zou komen om dit direct bij de consument

⁸¹ Zie o.a. HvJ 11 oktober 2007, nr. C-283/06 (KÖGÁZ), r.o. 37, HvJ EU 26 juni 1997, nr. C-370/95 (Careda SA), r.o. 14

⁸² De manier waarop de BTW wordt geheven staat in art. 1 van de Btw-richtlijn

te heffen. Door de combinatie van een verbruiksbelasting met deze systematiek, is het belangrijk dat de belasting eenvoudig op de eindgebruiker kan worden afgewenteld⁸³.

Het cascadestelsel betekent dat in iedere schakel van het productie- en distributiefase belasting wordt geheven, ongeacht de hoedanigheid van de afnemer. Er wordt dus ook belasting geheven van ondernemers. Door het niet-cumulatieve systeem bestaat er voor deze ondernemers recht op aftrek (of teruggaaf) van voorbelasting. Bij een cumulatief stelsel zou bij iedere schakel een gedeelte van de omzetbelasting in de prijs blijven 'hangen', maar door het recht op aftrek, blijft de productie- en distributieketen in beginsel vrij van omzetbelasting. Hierdoor is sprake van het belasten van de toegevoegde waarde⁸⁴. Het cascadestelsel biedt het voordeel dat de inkomsten voor de overheid meer gelijkmatig zijn⁸⁵. Het niet-cumulatieve systeem biedt hierin de hoogste mate van neutraliteit.

Er is gekozen om de belasting te innen bij de bedrijven en dit gespreid te doen over de productie- en distributiefase. Hierdoor is de belasting eenvoudiger en bevordert het de financiële rationaliteit. Tegelijkertijd is de belasting op deze wijze neutraal en in lijn met het rechtskarakter.

Maatstaf van heffing

“Als we dus over verbruik spreken dan hebben we het over het genot van het gepresteerde; al zal de waarde van dat genot, indien geen andere maatstaf aanwezig is, worden bepaald door de waarde van de werkzaamheden, die verricht zijn om tot het genot - het verbruik - te komen.”⁸⁶

Bij de belasting wordt de transactieprijs als de maatstaf van heffing gezien. Hoe ver de ideale maatstaf vanuit het rechtskarakter en de feitelijke maatstaf uit elkaar ligt, is discutabel. Ideaal gezien wordt verbruik belast vanuit het oogpunt van de consument, dus de waarde die de consument aan het verbruik hecht. Over het algemeen komt de transactieprijs slechts tot stand indien de kopende partij minimaal een waarde gelijk

⁸³ Wordt ook blijktens de Memorie van Toelichting, 9324 nr. 3, 67/68, p.14 als een voordeel gezien van de systematiek van het huidige btw-stelsel.

⁸⁴ Niet een zuivere BTW aangezien de BTW op investeringsgoederen direct wordt teruggeven en niet in de mate dat deze worden aangewend om waarde toe te voegen. Verder worden producten ook vaak niet direct verkocht.

⁸⁵ ABC-rapport, p. 21

⁸⁶ A.L.C. Simons, Theorie voor een algemene verbruiksbelasting, WFR 1963/326

aan de transactieprijs aan het product geeft. Deze waarde kan ook hoger liggen dan de transactieprijs, beide partijen willen immers beter worden van de transactie. Gezien de onmogelijkheid de verbruikswaarde van een goed voor een consument te bepalen, is voor deze benadering gekozen. Hier is dus sprake van een objectivering van de waarde van de consument.

Belastbaar feit

Feitelijk zou vanuit het rechtskarakter slechts verbruik belast moeten worden. Zodra een consument het product verbruikt, zou belasting moeten worden afgedragen. Aangezien het moeilijk is dit te constateren, is gekozen om aan te sluiten bij de transactie. In relatie tot het concrete aangrijpingspunt van de belasting geeft Tuk⁸⁷ aan:

“In de verbruiksbelasting, welke de omzetbelasting is, is de aanschaf door de consument dus het gehele verbruik, ongeacht wat in werkelijkheid met de goederen geschiedt.”

Op deze wijze wordt dus niet gekeken of de afnemers, volgens het karakter van de heffing, de belasting dienen te dragen (is er sprake van consumptief verbruik?), maar wordt verbruik aangenomen. Praktisch gezien beter toepasbaar aangezien de leverancier meestal niet in de gaten kan houden wat de afnemer met het goed gaat doen en het de eenvoud van de heffing niet ten goede zou komen. Ook hier vindt dus een objectivering van de beweegredenen van de consument plaats.

De belastingplicht ontstaat slechts indien met enige regelmaat economische prestaties worden verricht. Iemand die slechts een enkele keer een economische prestatie levert, valt dus niet binnen de greep van de btw. Van Hilten et al. geven hierbij aan dat dit mogelijk een concessie is aan de uitvoerbaarheid van de heffing⁸⁸. Volgens een verbruiksbelasting zou consumptie belast moeten zijn, ongeacht de leverancier.

Tarieven en vrijstellingen

Zoals eerder besproken zijn vrijstellingen en tariefdifferentiaties objectief. Hierbij is het doel een bepaald genot te discrimineren. Dit dient vanaf de consument te worden bekeken. Ook dit is praktisch gezien moeilijk toepasbaar. Daarom dienen de

⁸⁷ C.P. Tuk, Wet op de Omzetbelasting 1968, Kluwer, Deventer, 1970, pagina 31.

⁸⁸ M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, elfde druk, Kluwer, Deventer, 2007, p. 61

beweegredenen van de consument, vanuit een zekere objectivering te worden bekeken. De beweegredenen van de modale consument⁸⁹.

Plaats van heffing

Waar de transactie plaatsvindt of waar de waarde wordt toegevoegd, hoeft niet per definitie ook de locatie te zijn waar het verbruik plaatsvindt. Aan de verbruiksbelasting ligt het bestemmingslandbeginsel ten grondslag. De belasting dient te worden geheven, daar waar het verbruik plaatsvindt. In het btw-systeem vindt, bij transacties tussen ondernemers, de heffing in de hoofdregel plaats volgens dit beginsel. Bij transacties met consumenten is dit anders. De hoofdregel voor verkoop aan consumenten is, dat belast wordt in het land van oorsprong⁹⁰. Bij afstandsverkopen aan consumenten geldt echter, voor ondernemers die boven een bepaald bedrag verkopen en laten vervoeren naar andere lidstaten, wel het bestemmingslandbeginsel⁹¹. Wegens doelmatigheid wordt de belasting voor afstandsverkopen pas belast in de plaats van bestemming, als het een bepaald bedrag per jaar is. Anders zouden ondernemers zich bij afstandsverkopen immers in iedere lidstaat waar een product heen gaat, moeten registreren.

2.4.2 Deelconclusie: het doelmatigheidsbeginsel en de btw

Het doelmatigheidsbeginsel heeft een belangrijke invloed op de btw. Het weegt het belang van een goed toepasbare en eenvoudige heffing af tegen het meest effectieve bezien vanuit het rechtskarakter. In sommige gevallen kan van de economisch meest nauwkeurige benadering worden afgeweken om de regeling eenvoudig en praktisch uitvoerbaar te houden⁹².

2.5 Neutraliteit

Neutraliteit hoort feitelijk niet naast het doel en het rechtskarakter te staan. Dit is een uitvloeisel van zowel het doel als het rechtskarakter. Beide elementen spelen mee in de uitleg van het neutraliteitsbeginsel, maar vanuit een ander oogpunt. Bij het doel gaat het om de concurrentieverhoudingen; de werking van de markt. Bij het rechtskarakter om wie, en wat, belast dient te worden; er dient slechts consumptief verbruik te worden

⁸⁹ Zie o.a. HvJ EU 2 december 2010, nr. C-276/09 (Everything Everywhere), r.o.26, HvJ EU 11 februari 2010, nr. C-88/09 (Graphic Procédé), r.o. 20, HvJ EU 21 juni 2007, nr. C-453/05 (Volker Ludwig), r.o. 17, HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (CPP), r.o. 29

⁹⁰ Titel V van de btw-richtlijn

⁹¹ Artikel 34 btw-richtlijn, de drempel is € 100.000,- per lidstaat

⁹² ABC-rapport, p. 24

belast. In de literatuur wordt vaak juridische neutraliteit en economische neutraliteit onderscheiden. De economische neutraliteit wordt meer door het doel ingegeven; in welke mate heeft de belasting een neutrale werking op de markt en de concurrentieverhoudingen? De juridische neutraliteit heeft meer betrekking op het rechtskarakter; de belasting dient evenredig met de prijs te zijn en alleen te drukken op consumptief verbruik⁹³.

In zowel het Neumark rapport, als het ABC-rapport, werd het belang van neutraliteit benadrukt om het doel van de interne markt te verwezenlijken⁹⁴. Ook in de btw-richtlijn en haar considerans wordt neutraliteit meermaals gebracht als het streven van de heffing en haar systematiek⁹⁵. De neutrale werking moet hierdoor als een fundamenteel uitgangspunt van de btw worden gezien. De richtlijn en haar considerans geven geen definitie van het begrip. Het ABC-rapport doet dit wel en omschrijft meerdere aspecten van het begrip 'neutraliteit ten opzichte van de concurrentieverhoudingen'. Op internationaal niveau vereist dit begrip dat binnenlandse producten gelijk worden belast als ingevoerde producten, bekeken vanuit de consument. Op nationaal niveau wordt aan deze neutraliteit voldaan, indien de belasting geen voordelen biedt voor geconcentreerde bedrijfsketens, zodat gelijke goederen een gelijke belastingdruk hebben. Hierdoor is het deel belasting in de eindprijs van het product onafhankelijk van de lengte van de productie- en distributiefunctie. Hieruit blijkt tevens het vereiste dat gelijke goederen gelijk worden belast. Neutraliteit vereist een gemakkelijke afwentelbaarheid van de belasting, zodat de belasting slechts drukt op de eindgebruiker. Ten slotte vereist het een eenvoudige toepassing, waardoor kleinere ondernemingen niet relatief zwaarder worden getroffen door de administratieve verplichtingen⁹⁶.

De interne markt is met neutraliteit gebaat, doordat een neutrale belasting geen extra invloed op de markt heeft buiten het normale effect van de belasting⁹⁷. De belasting veroorzaakt dan geen hinder in de vrije mededinging. Wil een goede concurrentie mogelijk zijn, is het van belang dat de belasting ieder concurrerend product op gelijke wijze treft. Bij de publicatie van de eerste richtlijn gaf de considerans dan ook aan dat de

⁹³ Zie ook K.M. Braun, Aftrek van voorbelasting in de BTW, Kluwer, Deventer, 2002, p. 17

⁹⁴ P. 48/59 Neumark rapport, p. 20 ABC-rapport

⁹⁵ O.a. onderdeel 5, 13, 30 en 34 van de considerans en art. 8 van de btw-richtlijn

⁹⁶ Zie het ABC-rapport, p. 22-25

⁹⁷ De heffing is immers een kostprijsverhogende belasting waardoor deze per definitie een economische invloed zal hebben.

belasting moet leiden tot mededingingsneutraliteit, zodat binnen de lidstaten gelijke producten gelijk belast zou worden, ongeacht de lengte van de productie- en distributieketen. Bovendien zorgt het ervoor dat in internationale situaties de belastingdruk bekend is, waardoor nauwkeurige compensatie mogelijk is. Hierdoor kan het product het land belastingneutraal verlaten.

2.5.1 Jurisprudentie

In de jurisprudentie is het neutraliteitsbeginsel, net zoals door het ABC-rapport, als een multi-interpretabel begrip uitgelegd. Hierbij dient te worden opgemerkt dat dit beginsel de werkingssfeer van een duidelijke bepaling niet kan uitbreiden. Het beginsel gaat dus niet zo ver dat neutraliteit een richtlijnbevestiging kan oprekken. *“Dit beginsel is immers geen regel van primair recht waaraan de geldigheid van een vrijstelling kan worden getoetst, maar een uitleggingsbeginsel dat moet worden toegepast tezamen met het beginsel dat vrijstellingen strikt moeten worden uitgelegd.”*⁹⁸

Concurrentieverhoudingen

Fiscale neutraliteit verzet zich ertegen, *“dat ondernemers die dezelfde handelingen verrichten, verschillend worden behandeld inzake de btw-heffing”*⁹⁹. Het arrest *Kingcrest* geeft aan dat het beginsel van fiscale neutraliteit: *“zich er meer bepaald tegen verzet dat soortgelijke diensten, die dus met elkaar in concurrentie staan, uit het oogpunt van de btw verschillend worden behandeld.”*¹⁰⁰ Daaruit vloeien tevens de beginselen van uniformiteit van de BTW en van het opheffen van concurrentievervalsingen voort¹⁰¹. De concurrentievervalsing is aangetoond, zodra is vastgesteld dat de diensten met elkaar concurreren en ongelijk worden behandeld vanuit het oogpunt van de btw. Hierbij is het irrelevant of de vervalsing aanmerkelijk is¹⁰².

Fiscale neutraliteit vertaalt zich tevens in het beginsel van gelijke behandeling. Dit beginsel vereist dat, *“behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld”*¹⁰³. *“Bovendien verzet het beginsel van gelijke behandeling, dat inzake btw zijn uitdrukking vindt in het*

⁹⁸ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank), r.o. 45

⁹⁹ HvJ EU 16 september 2004, nr. C-382/02 (Cimber Air), r.o. 24

¹⁰⁰ HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-498/03 (Kingcrest Associates), r.o. 41,

¹⁰¹ HvJ EU 3 mei 2001, nr. C-481/98 (Commissie tegen Frankrijk), r.o. 22

¹⁰² HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 47

¹⁰³ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-250/11 (Lietuvos gelezinkeliai), r.o. 44

*beginsel van fiscale neutraliteit, zich er volgens vaste rechtspraak in het bijzonder tegen dat soortgelijke goederen of diensten, die dus met elkaar concurreren, voor de heffing van btw verschillend worden behandeld*¹⁰⁴.”

Illegaal/legaal

Uit het arrest *CPP*¹⁰⁵ blijkt dat een ongelijke behandeling tussen rechtmatige en onrechtmatige handelingen, die met elkaar concurreren, niet geoorloofd is. In het arrest *Fischer* is overwogen: *“Daar de in het hoofdgeding omstreden illegale handelingen concurreren met legale activiteiten, verzet het beginsel van fiscale neutraliteit zich ertegen, dat zij vanuit het oogpunt van de btw anders worden behandeld.*”¹⁰⁶

Overheid

Het arrest *Ilse of Wight*¹⁰⁷ gaat over concurrentie vanuit de overheid met de private sector. Aan het beginsel van fiscale neutraliteit dient zo weinig mogelijk afbreuk te worden gedaan, bij de uitleg van de mogelijke afwijkingen in de belastingwet die het beginsel doorkruisen¹⁰⁸. Bij concurrentie van de overheid met de private sector moet worden gekeken of er sprake is van daadwerkelijke of potentiële concurrentieverstoring van meer dan onbeduidende omvang.¹⁰⁹ Potentiële concurrentie telt in dit geval mee, indien de kans dat een private partij in de markt stapt reëel en niet zuiver hypothetisch is.

Subjectiviteit ondernemer; diploma

In het arrest *Solleveld*¹¹⁰ is aangegeven dat medici alleen op basis van de handeling gediscrimineerd mogen worden. Een diploma kan daarbij een aanwijzing zijn dat de handeling van een andere kwaliteit is, dan die van soortgelijke diensten van een ongediplomeerde dienstverlener. Hier worden dus de subjectieve eigenschappen van de ondernemer, vertaald in de objectieve eigenschappen van het product.

Rechtsvorm

¹⁰⁴ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-250/11 (Lietuvos gelezinkeliai), r.o. 45

¹⁰⁵ HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (CPP), c481/98

¹⁰⁶ HvJ EU 11 juni 1998, nr. C-283/95 (Fischer), r.o. 22

¹⁰⁷ HvJ EU 16 september 2008, nr. C-288/07 (Ilse Of Wight Council)

¹⁰⁸ HvJ EU 16 september 2008, nr. C-288/07 (Ilse Of Wight Council), r.o. 44

¹⁰⁹ HvJ EU 16 september 2008, nr. C-288/07 (Ilse Of Wight Council), r.o. 79

¹¹⁰ HvJ EU 27 april 2006, nr. C-443/04 (Solleveld)

In het arrest SPÖ is bepaald dat het begrip exploitatie betrekking heeft op alle handelingen ongeacht de rechtsvorm¹¹¹. In *Gregg* is uitgelegd: *“Het beginsel van de fiscale neutraliteit verzet zich er namelijk meer in het bijzonder tegen, dat ondernemers die dezelfde handelingen verrichten, verschillend worden behandeld bij de btw-heffing”*¹¹².

Winststreven

Dit strekt zich ook tot het doel van de onderneming. Het gaat om de concurrentie van producten en diensten. Of de ondernemer in kwestie winst beoogt of beweegredenen heeft vanuit een ideëel doel, is niet van belang. Indien hier onderscheid gemaakt zou worden, zou dit in strijd zijn met de fiscale neutraliteit¹¹³.

Consument als eindgebruiker en producent als eindgebruiker

In het arrest *De Jong* is overwogen dat de richtlijn tot doel heeft: *“een belastingplichtige die een goed aan zijn bedrijf onttrekt en een gewone consument die een zelfde soort goed koopt, gelijk worden behandeld”*¹¹⁴. Ondernemers mogen geen onredelijke voordelen genieten in vergelijking met een consument. Hierdoor dient deze ook belast te worden.

Voorloopkosten

In het arrest *Rompelman* is overwogen dat beginnende ondernemers, waar de opkomst van belastbare activiteiten nog niet zeker is, gelijk gesteld moeten worden met andere ondernemers. Hierbij is overwogen dat *“... de aftrekgeregeling tot doel heeft, de ondernemer geheel te ontlasten van de in het kader van al zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw. Het stelsel van belasting over de toegevoegde waarde waarborgt derhalve een volstrekt neutrale fiscale belasting van alle economische activiteiten, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteiten mits die activiteiten op zich aan de heffing van btw zijn onderworpen”*¹¹⁵. Een andere behandeling zou de fiscale neutraliteit schaden door het onderscheid tussen ondernemers die al belastbare activiteiten verrichten en beginnende ondernemers die dit (nog) niet hebben. Hiernaast schaadt het de fiscale neutraliteit door het onderscheid tussen beginnende ondernemers onderling, voor zover de aftrek zou afhangen van het slagen om belaste

¹¹¹ HvJ EU 6 oktober 2009, nr. C-267/08 (SPÖ Kärnten), r.o. 20, HvJ EU 4 december 1990, nr. C-186/89 (Van Tiem), r.o. 18

¹¹² HvJ EU 7 september 1999, nr. C-216/97 (Gregg), r.o. 20

¹¹³ HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-498/03 (Kingcrest Associates), r.o. 42

¹¹⁴ HvJ EU 6 mei 1992, nr. C-20/91 (P. de Jong), r.o. 15

¹¹⁵ HvJ EU 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), r.o. 19

prestaties te genereren¹¹⁶. Hierbij is het wel van belang dat sprake is van een economische activiteit, aangezien alleen alle economische activiteiten gelijk moeten worden behandeld¹¹⁷.

Internationaal

In het belang van de interne markt dient er een gelijke behandeling te zijn van binnen- en buitenlandse ondernemers. Het is van belang dat de belasting duidelijk te onderscheiden is van de vergoeding. De belasting dient hierdoor evenredig aan de prijs van het goed te zijn. Bij internationale handel kan de belasting hierdoor gecompenseerd worden. In het arrest *Société Générale des Grandes Sources* is overwogen dat, ingevolge het non-discriminatiebeginsel¹¹⁸, de communautaire reglementering “*er niet toe mag leiden dat belastingplichtigen verschillend worden behandeld naar gelang van de lidstaat waar zij zijn gevestigd*”¹¹⁹.

Dubbele belasting

In *Commissie tegen Italie* is uiteengezet dat de richtlijn als doelstelling heeft om dubbele belastingheffing te vermijden, welke in strijd is met het beginsel van de fiscale neutraliteit¹²⁰. *Kühne* geeft aan, dat het ontstaan van dubbele belasting in strijd is met het beginsel van de belastingneutraliteit¹²¹. Het hele systeem is ingericht om belastingcumulatie te voorkomen. Indien dit niet gebeurt, zullen de andere vormen van neutraliteit immers ook niet mogelijk zijn.

2.5.2 Deelconclusie: het neutraliteitsbeginsel van de btw

Neutraliteit bestaat uit een juridisch aspect vanuit het rechtskarakter en een economisch aspect vanuit het doel. Om neutraliteit te bereiken dient het bedrag aan omzetbelasting in de eindprijs van het product of dienst, onafhankelijk te zijn van het aantal schakels in de productie- en distributiefase, ongeacht de herkomst van de bestanddelen. Bovendien dienen vergelijkbare producten gelijk behandeld te worden en dient de belasting evenredig te zijn aan de verkoopprijs. Neutraliteit kan bij dezelfde casus in verschillende vormen voorkomen. Hierdoor is het niet altijd eenvoudig om

¹¹⁶ HvJ EU 26 februari 1996, nr. C-110/94 (Intercommunale voor zeewaterontzilting), r.o. 22

¹¹⁷ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust Ltd), r.o. 38

¹¹⁸ Van het Europese verdrag zoals in de considerans van de achtste richtlijn is opgenomen

¹¹⁹ HvJ EU 11 juni 1998, nr. C-361/96 (Société Générale des Grandes Sources), r.o. 34

¹²⁰ HvJ EU 25 juni 1997, nr. C-54/95 (Commissie tegen Italie)

¹²¹ HvJ EU 27 juni 1989, nr. 50/88 (Kühne), r.o. 17

vanuit dit beginsel een eenduidige conclusie te trekken, waardoor het de rechtsprekende macht een wat arbitrair instrument geeft, die vanuit veel invalshoeken als argument te gebruiken is¹²².

2.6 Conclusie

Doel, rechtskarakter en het doelmatigheidsbeginsel zijn de drie belangrijkste uitgangspunten van de btw. Het doel werkt verder in de systematiek en het neutraliteitsbeginsel. Het rechtskarakter is de basis van de belasting en bepaalt wie, en wat, belast dient te worden en waarom. Het doelmatigheidsbeginsel beïnvloedt de systematiek, waardoor kan worden afgeweken van de volgens het rechtskarakter meest voor de hand liggende aanpak. Alle drie de eigenschappen zijn van invloed op de btw.

Het doel van de btw is het instellen van een goed functionerende interne markt. Om dit te bereiken dienen de omzetbelastingen te worden geharmoniseerd. De btw is gebaseerd op het belasten van verbruik van consumenten. Zowel het doel als het rechtskarakter vereisen een neutrale werking. Dit houdt in dat de belasting alleen op consumptief verbruik mag rusten en het bedrag aan btw altijd evenredig is met de verkoopprijs.

¹²² Neutraliteit kan bijvoorbeeld zowel als argument gebruikt worden om prestaties in een vrijstelling te betrekken als deze uit te sluiten. Men kan deze argumentatie benaderen vanuit de optiek dat er sprake is van een gelijke situatie met een vrijgestelde ondernemer of dat sprake is van een gelijke situatie met een belaste ondernemer. Volgens Van Hilten dient deze echter slechts benaderd te worden vanuit de belaste prestaties en niet vanuit de vergelijkbaarheid van vrijgestelde prestaties. Dit zou leiden tot uitholling van de belastinggrondslag. Zie M.E. van Hilten, *Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen*, Kluwer, Deventer, 2010, p. 42.

Hoofdstuk 3. Beheer en beleggingsfondsen

3.1 Inleiding

De btw gaat over verbruik. Om een beoordeling te kunnen doen over de behandeling van dit verbruik volgens de btw wetgeving, dienen de feitelijke omstandigheden en de objectieve eigenschappen bekend te zijn. In dit hoofdstuk worden deze elementen, voor zover relevant voor de probleemstelling, uiteengezet.

Er wordt uiteengezet welk doel deelnemers van een fonds voor ogen hebben bij hun deelname en welke soorten beleggingsfondsen bestaan. Vervolgens wordt uiteengezet op welke wijze beleggingsfondsen zijn gestructureerd en hoe de taken zijn verdeeld.

3.2 Doel van beleggingsfondsen

Een beleggingsfonds is een instelling waar ter collectieve belegging gevraagde of verkregen gelden worden opgenomen, teneinde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen delen¹²³. Doel van een beleggingsfonds is de collectieve belegging in effecten, met toepassing van het beginsel van risicospreiding¹²⁴. Door een gezamenlijke inleg ontstaat een groter vermogen waardoor het vermogen over meer soorten activa gespreid kan worden. Hierdoor ontstaan diversificatievoordelen. De verhouding tussen het risico en het rendement verbetert. Studies uit het verleden hebben aangetoond, dat ongeveer 75% van het totale risico van enkele aandelen is weg te diversificeren door gespreid te beleggen¹²⁵. 25% is systematisch risico. De Moderne Portefeuille Theorie van Markowitz¹²⁶, de basistheorie van de financiële economie, stelt dat beleggers alleen worden beloond voor dit systematische risico. Daarom zou een rationele belegger alleen dit risico willen lopen.

Naast dit risicoargument participeren beleggers in beleggingsfondsen om kosten te delen. Door het delen van de kosten van de externe beheerder, verandert de afweging het

¹²³ Art. 1:1 wft

¹²⁴ Art. 1 lid 2 icbe I richtlijn

¹²⁵ R.A. Strong, *Portfolio Construction, Management, & Protection*, Fourth Edition, Thompson South-Western, Mason, p. 157

¹²⁶ H.M., Markowitz, *Portfolio Selection: Efficient Diversification of Investments*, John Wiles & Sons, New York, 1959.

vermogen zelf te beheren of dit uit te besteden. Het verlaagt de drempel om externe expertise in te huren en zorgt voor lagere transactiekosten.

3.3 Soorten beleggingsfondsen

3.3.1 Toezicht

Globaal gezien komen binnen de Europese Unie de volgende soorten fondsen voor:

- icbe fondsen;
- nationaal gereguleerde fondsen, waarvan de deelnemingsrechten alleen in de lidstaat van vestiging worden aangeboden;
- ongereguleerde fondsen; toegestaan afhankelijk van de nationale wetgeving voor deelneming van grotere (institutionele) beleggers;
- ongereguleerde fondsen die niet publiekelijk worden aangeboden.

Icbe fondsen worden gereguleerd door nationale toezichthouders, volgens Europese afspraken die zijn opgenomen in de nu geldende icbe IV richtlijn. Lidstaten moeten de icbe richtlijn in hun nationale wetgeving implementeren. In Nederland zijn deze regels opgenomen in de wft. Deze richtlijn beoogt de verhandelbaarheid van icbe's te vergemakkelijken door de toezichtregels te harmoniseren op Europees niveau en gelijktijdig beleggers meer bescherming te bieden. Als het fonds aan de eisen van deze richtlijn voldoet, mogen ze hun deelnemingsrechten binnen de Europese Unie aanbieden. 71% van de activa in beleggingsfondsen binnen Europa, wordt beheerd in icbe beleggingsfondsen¹²⁷. 29% valt onder nationale toezichtregels of kwalificeert voor een vrijstelling binnen die landen.

Fondsen die kwalificeren voor deze vorm van toezicht dienen hun beleggingsbeleid, organisatorische vorm, informatieverschaffing en taakverdeling af te stemmen aan de eisen van deze richtlijn. Deze regels zijn op sommige vlakken vrij beperkend. Zo mag slechts in een beperkte lijst activa worden belegd¹²⁸. Onder de icbe richtlijnen zijn bovendien alleen open-end fondsen toegestaan. Closed-end fondsen zijn derhalve uitgesloten¹²⁹.

¹²⁷ Efama, Asset Management in Europe, Facts and Figures, 5th annual review, may 2012.

¹²⁸ Zie sectie 3.5

¹²⁹ Open-end fondsen zijn fondsen met een variabel kapitaal. Bij in- of uitstappen worden de deelnemingsrechten teruggekocht en worden de bezittingen van het fonds respectievelijk

Fondsen die onder nationale toezichtregels vallen, mogen hun deelnemingsrechten in Nederland aanbieden. In Nederland zijn deze regels eveneens opgenomen in de wft. Toezicht is volgens deze regelgeving verplicht voor fondsen die publiekelijk worden aangeboden¹³⁰ en is ontstaan om beleggers te beschermen en voor een adequate werking van de financiële markten¹³¹.

Vanuit de toezichtregels bestaat een onderscheid tussen beleggingsinstellingen (beleggen) en holdingmaatschappijen (ondernemen). Holdingmaatschappijen hoeven alleen aan de prospectusrichtlijn te voldoen als ze de deelnemingsrechten publiekelijk aanbieden, terwijl beleggingsfondsen aan de zwaardere regels van de wft of de icbe IV richtlijn moeten voldoen. Aangezien het onderscheid niet altijd duidelijk is, heeft de AFM voor Nederland een beleidsregel ondernemen of beleggen opgesteld¹³². De hierbij horende beslisboom ‘ondernemen of beleggen’ is opgenomen in bijlage V.

Vanuit de icbe richtlijn heeft een dergelijk onderscheid nog geen aandacht gehad. Met de aankomende AIFM richtlijn, die per juli 2013 in nationale wetgeving moet zijn omgezet, wordt ook op Europees niveau deze discussie gevoerd¹³³. Met deze richtlijn wordt toezicht op fondsen die niet kwalificeren voor de icbe richtlijn eveneens geharmoniseerd. Hiermee wordt het onderscheid tussen holdingmaatschappijen en beleggingsfondsen belangrijker nu daar op Europees niveau de grens komt te liggen.

3.3.2 Beleggingsstrategie

De soorten beleggingsfondsen worden doorgaans opgedeeld op basis van de beleggingsstrategie. Zoals zichtbaar is in Tabel 1 is de meeste activa van beleggingsfondsen belegd in financiële instrumenten. Alleen vastgoedfondsen en wellicht een deel van de categorie ‘andere fondsen’ beleggen in (onroerende) goederen. Een

uitgebreid of deels verkocht. Hierdoor vertegenwoordigt het aandeel van de deelnemer de marktwaarde van de onderliggende activa. Closed-end fondsen hebben een vast kapitaal. In beginsel wordt alleen bij aanvang geld opgehaald waarmee wordt belegd. Het aantal aandelen staat vervolgens vast, waardoor de waarde wordt bepaald door vraag en aanbod. Hierdoor hoeft de waarde van het aandeel niet exact gelijk te zijn aan de marktwaarde van het aandeel in de onderliggende activa. Uit Tabel 1 van sectie 3.3.2 blijkt dat nagenoeg alle fondsen open-end zijn.

¹³⁰ In Nederland kan bij o.a. grotere deelnemingen en indien een fonds aan een beperkt publiek wordt aangeboden buiten verplicht toezicht vallen ingevolge art 2:65 wft jo. 1:12 Vrijstellingsregeling Wft.

¹³¹ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 21 127 nr. 3, 88/89, p. 3.

¹³² Staatscourant, 27 juli 2010, nr. 11816, Beleidsregel ondernemen of beleggen.

¹³³ Zie European Securities and Markets Authority, Discussion paper (ESMA), Key concepts of the Alternative Investment Fund Managers Directive and types of AIFM, 23 februari 2012.

gedeelte van de vastgoedfondsen belegt ook slechts in aandelen van vastgoedondernemingen. Hiermee is het gedeelte dat niet in financiële instrumenten belegd beperkt.

Tabel 1: Verdeling van beleggingsfondsen naar activawaarde binnen Europa.

Aandelen- fondsen	Obligatie- fondsen	mixed fondsen	Vastgoed- fondsen	Hedge fondsen	Andere fondsen	Geldmarkt- fondsen	Open- end	Closed- end
22%	31%	21%	4%	2%	6%	13%	99%	1%

Bron: ECB, Statistical Data Warehouse, Monthly Bulletin, november 2012. Gegevens zijn van augustus 2012

Het grootste deel van de fondsen stellen geld beschikbaar via aandelen, obligaties en geldmarktinstrumenten en gaan verplichtingen aan of dekken risico's af via derivaten. Hiernaast is er een gedeelte die goederen beschikbaar stellen. Hier valt vastgoed onder of andere lichamelijke beleggingsobjecten. Voor deze terbeschikkingstelling verwacht men een vergoeding. Hiernaast belegt men met het doel, dat deze lichamelijke of onlichamelijke zaken in waarde vermeerderen. De Efficiënte Markt Hypothese stelt dat deze voordelen echter niet voorzienbaar zijn; 'there's no such thing as a free lunch'¹³⁴. Hier ligt het onderscheid tussen beleggers en ondernemers. Ondernemers handelen ook in goederen, maar weten doorgaans dat ze het op een andere plek of via een ander platform voor een hogere prijs kunnen verkopen. Denk aan een retailer als Ahold. Voor beleggers is slechts de risico-vrije voet voorzienbaar. Op het overige dient risico te worden aangegaan.

Dit onderscheid kan worden aangeduid als de mate van betrokkenheid. Icbefondsen en overige fondsen die in waardepapieren beleggen, hebben over het algemeen weinig betrokkenheid met de onderliggende activa. Indien grotere deelnemingen worden verworven door een fonds, met als doel het uitoefenen van zeggenschap, zoals bijvoorbeeld bij private equity fondsen gebruikelijk is, kan getwijfeld worden of nog sprake is van een beleggingsfonds. Dit geldt ook voor vastgoedfondsen die zich richten op projectontwikkeling. In deze zin sluit dit aan bij het onderscheid in de toezichtwetgeving tussen ondernemen en beleggen. Bij de beslissingsboom van de AFM slaan we dan direct

¹³⁴ E.F. Fama, Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, Journal of Finance, 25, 1970, p. 383-417.

rechtsaf richting het ondernemerschap¹³⁵. De AFM verwoordt dit als arbeid verrichten waarmee de waardeontwikkeling van de activa wordt beïnvloed.

3.4 Structuur van beleggingsfondsen

Een beleggingsinstelling, kan volgens de wft, de vorm hebben van een beleggingsfonds of die van een beleggingsmaatschappij. Het onderscheid tussen de twee zit in de relatie tussen de deelnemers en de beleggingsinstelling. Bij een beleggingsfonds is dit een verbintenisrechtelijke verhouding, terwijl dit bij een beleggingsmaatschappij een rechtspersonenrechtelijke verhouding is¹³⁶. Dit betekent dat een besloten of naamloze vennootschap doorgaans een beleggingsmaatschappij zal betreffen¹³⁷. Van der Velden¹³⁸ plaatst hierbij een kanttekening: *“zodra een NV haar vermogen belegt ten behoeve van derden die verbintenisrechtelijk gerechtigd zijn tot de resultaten van de beleggingen, zal dus niet sprake zijn van een beleggingsmaatschappij, maar van een beleggingsfonds.”* Over het algemeen zal een beleggingsinstelling met rechtspersoonlijkheid echter een beleggingsmaatschappij betreffen en een beleggingsinstelling zonder rechtspersoonlijkheid een beleggingsfonds. Hierbij kan men denken aan een fonds voor gemene rekening of een personenvennootschap. Beleggingsfondsen ontstaan derhalve bij overeenkomst.

De rechtsvorm is, in hoofdlijnen, niet van belang voor de verdeling van de taken die kenmerkend zijn voor beleggingsinstellingen. Bij beleggingsinstellingen zijn de taken verdeeld via een verplichte driehoeksverhouding tussen de belegger, de beheermaatschappij en de bewaarmaatschappij¹³⁹. Het was al praktijk om dit te doen voor de invoering van de wft en de icbe I richtlijn, maar sinds deze maatregelen, is het voor onder deze regels vallende fondsen verplicht¹⁴⁰. Hierbij is een overeenkomst inzake beheer en bewaring tussen de beheerder en de bewaarder verplicht¹⁴¹. Deze

¹³⁵ Zie bijlage V.

¹³⁶ Zie o.a. J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 10.

¹³⁷ Dit zijn immers rechtspersonen. Voor een coöperatie geldt hetzelfde.

¹³⁸ Zie o.a. J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 10.

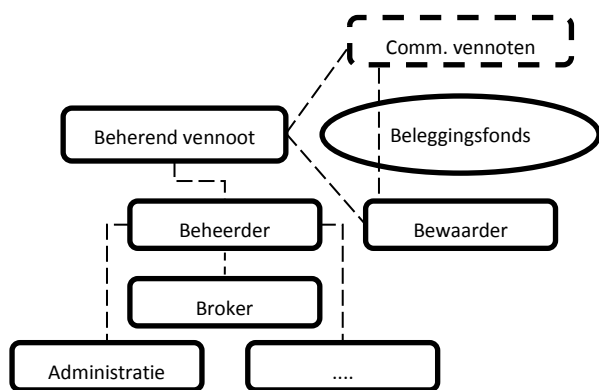
¹³⁹ Ar. 4:39 t/m 4:44 wft

¹⁴⁰ J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 21.

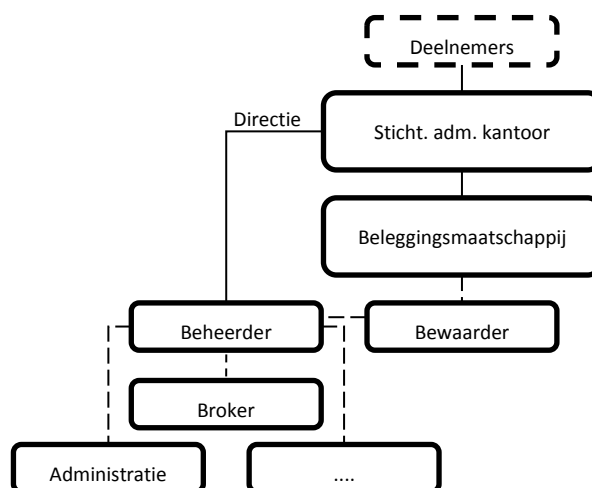
¹⁴¹ Art. 4:43 Wft

overeenkomst regelt de rechten, bevoegdheden en verplichtingen van de bewaarder en de beheerder en de rechten en verplichtingen van de deelnemers^{142 143}.

De feitelijke taakverdeling betekent, kort gezegd, dat de beheerder zorg draagt voor het financiële, operationele, commerciële en technische beheer van het fonds en de bewaarder een controlerende en een vermogensbeschermende functie heeft. De taken van een bewaarder en een beheerder kunnen ook bij de beheerder samenvallen, maar alleen indien het fonds niet onder toezicht staat. Van der Velden geeft echter aan, dat ook deze fondsen gebruikelijk gestructureerd zijn met een aparte beheerder en een aparte bewaarder¹⁴⁴. Een beleggingsmaatschappij is bovendien onder de wft niet verplicht de bewaardersfunctie in een aparte rechtspersoon onder te brengen. Deze bescherming is hier niet nodig, omdat de risico's daar niet spelen. Onder de icbe IV richtlijn is dit echter wel verplicht¹⁴⁵.



Figuur 1: Structuur omtrent een beleggingsfonds.
Gestippelde lijn is een overeenkomst. Bij een commanditaire vennootschap is het beleggingsfonds transparant ten opzichte van de beherend venoot.



Figuur 2: Structuur omtrent een beleggingsmaatschappij.
Ondoorbroken lijn is een rechtspersonenrechtelijke relatie. Gestippelde lijn is een overeenkomst.

In bovenstaande figuren staat schematisch een voorbeeld van de verhoudingen omtrent een beleggingsmaatschappij en een beleggingsfonds. De beheerder rekent een management fee ten laste van het vermogen van de beleggingsinstelling. Dit is een beheersvergoeding, veelal bestaande uit een percentage van het beheerd vermogen en

¹⁴² J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 186.

¹⁴³ Art. 116 BGfo regelt de minimale eisen van een dergelijke overeenkomst

¹⁴⁴ J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 21.

¹⁴⁵ Art. 32 icbe IV richtlijn

eventueel een performance fee welk gebonden is met de beleggingsresultaten van het fonds. De bewaarder rekent een vergoeding voor zijn taken direct ten laste van de instelling of via de beheerder.

Bij het beleggingsfonds heeft de beherend vennoot de dagelijkse leiding en kan deze met inachtneming van de afspraken van de cv-overeenkomst namens het fonds optreden en overeenkomsten sluiten. In het voorbeeld van een beleggingsmaatschappij zijn de aandelen gecertificeerd door middel van een stichting administratie kantoor. Hierdoor is het recht op zeggenschap en het recht op een winstaandeel gesplitst. De zeggenschap blijft achter bij het bestuur van de stichting administratiekantoor. In dit geval is de beheerder aangesteld als bestuurder van de stichting en de bevoegdheid van de bestuurder is geregeld in de statuten van de stichting. De beheerder is voor gereguleerde fondsen verplicht statutair bestuurder van een maatschappij¹⁴⁶.

Er zijn vele varianten op de bovenstaande structuren. Veelal spelen fiscale overwegingen en de mate van aansprakelijkheid voor de deelnemers een belangrijke rol. Een in Nederland veel gebruikte rechtsvorm is het fonds voor gemene rekening. Deze kunnen net als commanditaire vennootschappen onder voorwaarden fiscaal transparant zijn, waardoor de belastingheffing over de winst voor natuurlijk personen in box 3 van de inkomstenbelasting zal vallen. Op deze wijze kan de heffing van vennootschapsbelasting worden voorkomen. Bij de overige fiscaal intransparante lichamen, kan in Nederland, onder voorwaarden de heffing van vennootschapsbelasting worden voorkomen, door het regime van de vrijgestelde beleggingsinstelling of de fiscale beleggingsinstelling¹⁴⁷. De fiscale overwegingen die hierbij komen kijken hebben dus betrekking op de heffing over de winst en niet over het verbruik. De vele varianten op de bovenstaande structuren zijn derhalve voor de omzetbelasting niet van belang. Het deel dat belangrijk is voor de beantwoording van de probleemstelling van deze scriptie, is de verhouding tussen het fonds, de beheerder en de bewaarder. Hoewel er, zoals ik besproken heb, uitzonderingen zijn, is de standaard situatie omtrent beheer van beleggingsfondsen de hiervoor

¹⁴⁶ 4:41 wft

¹⁴⁷ Zie S.A.W.J. Strik en J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting 2012/2013 Studenteneditie*, Kluwer, Deventer, 2012. Voor de vbi sectie 1.0.8 en voor de fbi sectie 7.0.1.

besproken driehoeksrelatie. Voor de verdere bespreking van de vrijstelling is het derhalve niet nodig om uitgebreid variaties op deze structuur te bespreken¹⁴⁸.

3.5 Taken van de beheerder en de bewaarder

De taken omtrent een beleggingsfond bestaan uit zogenaamde frontoffice en backoffice taken. De frontoffice taken zorgen voor de beleggingsresultaten. Hieronder valt het portefeuillebeheer. De backoffice taken zijn ervoor, om te voldoen aan de verplichtingen die bij een beleggingsfonds komen kijken en ter ondersteuning van de frontoffice taken.

3.5.1 Beheerder

Maatschappelijk wordt een vermogensbeheerder gezien als een onderneming die zelf fondsen creëert en zichzelf aanstelt als beheerder¹⁴⁹. Deze beheerders beleggen het vermogen van het fonds volgens een bepaalde strategie, waarmee het fonds in de markt wordt gezet en deelnemers het fonds selecteren. De beheerder voert het dagelijkse beheer en het beleggingsbeleid uit¹⁵⁰.

De beheerder is de rechtspersoon betrokken bij het beleggingsfonds, die de beleggingstransacties voorbereidt, aangaat en verslag uitbrengt¹⁵¹. De beheerder draagt zorg voor het financiële, operationele, commerciële en technische beheer van het fonds. De specifieke taken van de beheerder zijn afhankelijk van het soort fonds en de gemaakte afspraken. De taken van een beheerder bestaan zowel uit frontoffice en backoffice taken. Onder de Frontoffice taken valt het beheer van het vermogen, het

¹⁴⁸ Hiernaast bestaan structuren om de heffing van omzetbelasting te voorkomen of te verlagen indien de vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen normaal gesproken niet zou gelden. Bijvoorbeeld een Swiss procurement hub; de Zwitserland route, de inkoop via een koepel samenwerkingsverband in een land zonder de koepelvrijstelling of een joint venture met een beheerder en een fiscale eenheid. Zie R. Vos, Btw-ontwijkende structuren door financiële instellingen: willen we roomser dan de paus zijn?, BTW-bulletin, Afl. 2 februari 2011. De bespreking van deze structuren valt buiten het bestek van deze scriptie. Dat de heffing eenvoudig kan worden ontweken is evenwel geen argument voor een strikte en beperkte toepassing van de vrijstelling aangezien het voor een erodering van de belastinggrondslag kan zorgen. Dit is een argument die in deze scriptie echter niet relevant is. Hier gaat het om de feitelijke en wenselijke uitwerking in het kader van de btw en haar uitgangspunten.

¹⁴⁹ Neem Robeco, Deze heeft een verzameling fondsen waarin kan worden deelgenomen. Deze worden door Robeco zelf opgericht en beheerd.

¹⁵⁰ R.M. van Poll, Financieel Woordenboek, Het Financieel Dagblad, 2000, p. 44

¹⁵¹ J.W.P.M. van der Velden, Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, Kluwer, Deventer, 2008, p. 15.

portefeuillebeheer¹⁵². Dit bestaat uit de verkenning en analyse van de beleggingsmogelijkheden, de strategische en tactische vermogensallocatie en de evaluatie van de gemaakte beslissingen. Backoffice taken zijn de administratieve taken, het risicobeheer, ondersteuning van de handelstransacties en de verkoop of marketing van het fonds¹⁵³. De administratieve taken bestaan uit de boekhouding van het fonds, het publiceren hiervan en het maken van de prospectus. Doordat de beheerder doorgaans zelf het fonds opricht en in de markt zet, zijn marketing- en verkoopactiviteiten eveneens onderdeel van de taken van een beleggingsfonds. Uiteindelijk zullen de deelnemers hiervoor betalen. Het risicobeheer regelt de evaluatie en rapportage van de blootstelling aan de lopende risico's. Feitelijk komen de taken van de beheerder neer op alles wat een deelnemer in staat stelt het fonds te selecteren, zijn deelname te evalueren en van de beleggingsresultaten te genieten. Hiernaast moet deze kunnen rekenen op de naleving van de bijkomende administratieve verplichtingen.

Vanuit de toezichtwetgeving worden specifieke taken verwacht van de beheerder. De wft stelt eisen aan de beheerder omtrent de publicatie van informatie omtrent het fonds en de regelmaat van de vastlegging hiervan¹⁵⁴. Volgens de icbe IV richtlijn bestaan de normale werkzaamheden van een beheermaatschappij de in bijlage II van die richtlijn vermelde taken¹⁵⁵. Dit omvat het beheer van beleggingen, de administratie en het verhandelen. De taken van de beheerder zijn niet strikt afgebakend door de toezichtwetgeving. Er zijn feitelijk slechts administratieve verplichtingen opgelegd naast de algemene functieomschrijving van de beheermaatschappij. Het zijn de taken en verantwoordelijkheden die minimaal nodig zijn om een redelijke mate van bescherming te bieden voor de deelnemers. Vanuit dit doel zijn de toezichtregels dan ook opgesteld.

Alle taken van de externe beheerder kunnen wederom zijn uitbesteed aan afzonderlijke dienstverleners zoals boekhouders en vermogensadviseurs. Beleggingsadvies wordt

¹⁵² L. Gremillion, *Mutual Fund Industry Handbook : A Comprehensive Guide for Investment Professionals*, Wiley & Sons, New Jersey, 2005, H. 5

¹⁵³ L. Gremillion, *Mutual Fund Industry Handbook : A Comprehensive Guide for Investment Professionals*, Wiley & Sons, New Jersey, 2005, H. 6

¹⁵⁴ Ondermeer de prospectusverplichting (4:49 wft), een verplichte website waar de belangrijkste informatie is te vinden (art. 4:46 wft), een regelmatige berekening van de intrinsieke waarde (art. 4:46a wft), een registratiedocument (4:48 wft), de jaarrekening en jaarverslag (4:51 wft, 4:52 wft, 4:52bwft), een deskundige onafhankelijke waardering eens per jaar (4:52a) en publicatie van de voorwaarden tussen de beleggingsinstelling en de deelnemers (4:47 wft),

¹⁵⁵ Art. 2 lid 2 icbe IV richtlijn

bijvoorbeeld ingewonnen indien de expertise in de betreffende sector of activa ontbreekt bij de beheerder¹⁵⁶.

3.5.2 Bewaarder

In het maatschappelijk verkeer wordt onder de bewaarder verstaan, diegene die tegen betaling de beleggingsobjecten bewaart en de daarbij horende administratieve handelingen verricht¹⁵⁷. Een bewaarder heeft in deze zin het juridisch eigendom van de activa van een fonds in bewaring, terwijl de deelnemers het economische belang in het fondsvermogen hebben. Door de tussenkomst van de bewaarder wordt het vermogen van het fonds beschermd tegen eventuele schuldeisers van de deelnemers en van de beheerder¹⁵⁸.

Volgens de wft heeft de bewaarder als enig statutair doel het bewaren van activa en het administreren van de goederen waar een beleggingsinstelling in belegt¹⁵⁹. Van der Velden geeft echter aan dat de bewaarder ook een aantal andere taken zal hebben. Hierdoor zal het statutaire doel in de praktijk ruimer zijn dan is toegestaan volgens de wft¹⁶⁰. *“ook zal de bewaarder een aantal andere taken hebben, zoals het toezicht houden op de beheerder, het aangaan van transacties, het beschikken over de goederen van het beleggingsfonds (samen met de beheerder), het meewerken aan inkoop en uitgifte, enzovoorts.”* Dit wordt, zo geeft Van der Velden aan, door de AFM toegestaan.

Vanuit de icbe IV richtlijn worden enkele aanvullende eisen gesteld. Deze eisen zijn opgenomen in bijlage I¹⁶¹. Beknopt geven deze bepalingen weer dat een bewaarder de activa van een fonds in bewaring heeft en hiernaast de activastromen en de naleving van het fondsreglement controleert. De bijkomende administratieve taken vallen eveneens onder de taken van een bewaarder.

De bewaarder heeft derhalve een controlerende en een beschermende functie, waardoor de deelnemers vertrouwen kunnen hebben in de naleving van de afspraken met de

¹⁵⁶ Zie EFAMA, EFAMA comments on VAT Compromise Texts dated 1 July 2011, 19 September 2011, p. 12

¹⁵⁷ R.M. van Poll, Financieel Woordenboek, Het Financieel Dagblad, 2000, p. 52

¹⁵⁸ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 29 708 nr. 19, 05/06, p. 528.

¹⁵⁹ Art. 4:44 wft

¹⁶⁰ J.W.P.M. van der Velden, Beleggingsfondsen en civielrechtelijke praktijk, Onderneming en Financiering 2009 (17) 3

¹⁶¹ richtlijn 85/611 (icbe I richtlijn) art. 7 en 14 geven een opsomming van de taken van een bewaarder, zie bijlage I.

beheerder en de bescherming van zijn vermogen. De taken van de bewaarder vallen onder de backoffice taken. Net als bij de beheerder, wordt vanuit de toezichtwetgeving geen specifieke maar een algemene taakomschrijving gegeven. De taken en verantwoordelijkheden die een bewaarder vanuit zijn functie dient te verrichten om een bepaalde mate van beleggersbescherming te garanderen.

3.6 Conclusie

Een beleggingsfonds bestaat zodat deelnemers een meer gespreide beleggingsportefeuille kunnen bereiken en zodat deelnemers de bijkomende kosten kunnen delen. In Europa bestaan zowel gereguleerde als ongereguleerde fondsen. Gereguleerde fondsen dienen aan toezichtwetgeving te voldoen om beleggers en het vertrouwen in de markt te beschermen. Het grootste gedeelte van de in Europa aanwezige beleggingsfondsen zijn gereguleerd en beleggen in geldmarktinstrumenten, effecten of andere financiële instrumenten.

Doorgaans zijn de taken omtrent beleggingsfondsen verdeeld binnen een driehoeksverhouding tussen de beheerder, de bewaarder en de belegger. De beheerder doet alles wat nodig is, zodat aan de verplichtingen is voldaan die toezichthouder en overheid aan het het fonds stellen en zodat de deelnemer in staat is het fonds te selecteren en te evalueren en van de vruchten kan genieten. De bewaarder controleert of de beheerder de afspraken naleeft en zorgt voor bescherming van het vermogen.

Hoofdstuk 4. Positie beleggingsfonds in de btw

4.1 Inleiding

Het belang van de vrijstelling is afhankelijk van de belastingplicht van beleggingsfondsen en de belastbaarheid van haar prestaties. Indien beleggingsfondsen overwegend belaste prestaties verrichten, heeft een vrijstelling alleen versturende gevolgen. Hiernaast is de belastingplicht van fondsen van belang voor beheerders van beleggingsfondsen, aangezien de belastingplicht van invloed is op de plaats van dienst van de beheerder. Voor de beheerder is dit derhalve van belang voor de bepaling van de toe te passen wetgeving.

Om tot heffing van btw te komen, dient er ten eerste sprake te zijn van een subjectieve belastingplicht. Als dit ontbreekt heeft de btw wetgeving geen toepassing. Zodra sprake is van belastingplicht, dient vervolgens te worden bepaald of sprake is van een objectieve belastingplicht. Deze stappen zullen achtereenvolgens worden besproken. Eerst wordt ingegaan op de prestaties die bij een beleggingsfonds komen kijken.

4.2 Prestaties en beleggingsfondsen

Bij het beleggingsfonds is tussen beheerder en eindgebruiker in eerste instantie geen prestatie tegen vergoeding te onderkennen. De beheersvergoeding zit verpakt in de waarde van de deelneming¹⁶². Een deelnemers zal niet rechtstreeks een factuur voor het beheer ontvangen. Dit wordt aan het vermogen van het fonds onttrokken. Bij deze fondsen zijn drie soorten transacties of prestaties te onderkennen. Gezien het rechtskarakter van de belasting dient alleen de transactie of prestatie belast te zijn waarmee de gemiddelde consument verbruik beoogt.

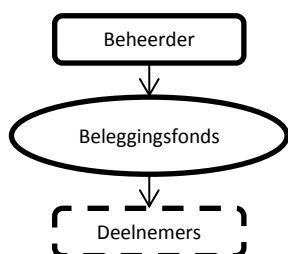
De eerste prestatie die te onderkennen is, betreft de omwisseling van geld in een deelneming in het fonds. Bij deze transacties is geen verbruik te onderkennen. Dit is een omwisseling van het ene waardepapier is het andere.

De tweede prestatie betreft de aan- en verkoop van activa door de beheerder en de exploitatie van deze zaken. Indien wordt uitgegaan van een fonds dat belegt in effecten

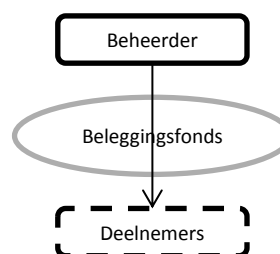
¹⁶² Vanuit de eindgebruiker bezien. Een externe beheerders factureert aan het fonds.

of andere waardepapieren is hier, in beginsel, eveneens geen verbruik te onderkennen. Dit is een inwisseling van het ene waardepapier in het andere. Indien het fonds lichamelijke of onlichamelijke zaken exploiteert zoals een vastgoedfonds ontstaat wel verbruik. Hierbij ontstaat huurgenot. Bij de tweede prestatie kan dus verbruik ontstaan.

De derde soort zijn de beheerdiensten van het vermogen tegen vergoeding. Dit kan enerzijds door een interne beheerder van het fonds zelf zijn geregeld of zijn uitbesteed aan een externe beheerder. Bij deze prestatie vindt verbruik plaats. De deelnemers ontvangen het genot van een naar verwachting optimaal gealloceerde portefeuille en hoeven dit niet zelf te doen.



Figuur 4: btw prestatie
Indien het fonds een entiteit voor de btw is.



Figuur 3: btw prestatie
Indien het fonds geen entiteit voor de btw is.

De belastbaarheid van beleggingsfondsen kan vanuit de btw op twee manieren worden benaderd. Door het fonds als een entiteit of belastingplichtige te zien of door dit niet te doen¹⁶³. Als wordt uitgegaan van een externe beheerder en het fonds een entiteit is voor de btw, zijn er twee 'btw prestaties'. De prestatie van beheerder aan fonds en de prestatie van fonds aan participant¹⁶⁴. Indien het fonds niet als entiteit voor de btw wordt gezien, bestaat het fonds niet voor de btw en is het dus feitelijk alleen een prestatie van beheerder aan klant via een 'kostenpool'.

4.3 Belastingplicht

De btw wordt alleen geheven van belastingplichtigen voor de omzetbelasting. Een belastingplichtige is volgens de btw-richtlijn: *“eenieder die, op ongeacht welke plaats,*

¹⁶³ Voor een uiteenzetting van het begrip 'entiteit' zie: E.H. van den Elsen en R.N.G. van der Paardt, Het begrip ondernemer in de omzetbelasting, Kluwer, Deventer, 1998.

¹⁶⁴ Doordat de vergoeding van het fondsvermogen wordt onttrokken zal sprake zijn van een fictieve prestatie.

zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.¹⁶⁵ Het discussiepunt omtrent de belastingplicht van beleggingsfondsen, ligt erin of een fonds economische activiteiten verricht. *“Als „economische activiteit” worden beschouwd, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.¹⁶⁶”*

Hoewel iemand belastingplichtig kan zijn ongeacht het oogmerk of resultaat, dienen de prestaties wel onder bezwarende titel te zijn verricht, anders is er geen sprake van een economische prestatie en valt deze niet binnen de heffing van de btw. Zoals in sectie 2.3.3 is uiteengezet, dient tussen prestatie en vergoeding, een rechtstreeks verband te bestaan, waarbij de vergoeding de tegenwaarde vertegenwoordigt. ‘Om niet’ presteren is derhalve geen economische prestatie. Hiernaast dienen de economische prestaties zich met enige frequentie voor te doen, wil er sprake zijn van belastingplicht. Dit blijkt uit het feit dat sprake moet zijn van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter. Dit impliceert een bepaalde mate van duurzaamheid. Art. 12 van de btw-richtlijn geeft enkele prestaties weer, die tot belastingplicht leiden indien incidenteel een handeling wordt verricht. Hierdoor kan men a contrario stellen dat dit in het algemene geval niet zo is¹⁶⁷. De term duurzaamheid, komt eveneens expliciet terug in het bijzondere voorbeeld van de term economische activiteit; de exploitatie van zaken.

In het arrest *Enkler* is deze duurzaamheid ter sprake gekomen. Belastingadviseur Renate Enkler koopt een kamper en trekt de voorbelasting af in haar aangifte omzetbelasting. Volgens haar wordt de kamper bedrijfsmatig als lichamelijke zaak geëxploiteerd. In werkelijkheid is de kamper vooral in privé gebruikt en werd deze slechts enkele malen aan derden verhuurd. Het HvJ EU heeft in dit arrest bepaald dat het begrip economische activiteit niet op slechts bij gelegenheid verrichte activiteiten

¹⁶⁵ Art. 9 lid 1 btw-richtlijn

¹⁶⁶ Idem

¹⁶⁷ M. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, elfde druk, Kluwer, Deventer, 2007, p. 61

ziet¹⁶⁸. Hierbij moet de nationale rechter vanuit de objectieve gegevens beoordelen of deze verhuur erop gericht is om duurzaam opbrengst te verkrijgen¹⁶⁹.

De verhuur of exploitatie van lichamelijke zaken via een beleggingsfonds zullen derhalve in beginsel tot belastingplicht leiden. Bij handel in aandelen, deelnemingen, obligaties en andere waardepapieren is de casus wat complexer. In het arrest *Polysar* is voor recht verklaard dat het enkele houden van aandelen *“niet aan te merken als exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat het eventuele dividend, de opbrengst van deze deelneming, voortspruit uit de loutere eigendom van het goed.”*¹⁷⁰ In dit arrest is bepaald dat dit anders is, indien sprake is van direct of indirect moeien in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen¹⁷¹. In het arrest *Wellcome Trust* is dit uitgebreid. Wellcome Trust is een liefdadige instelling, waarvan de opbrengsten van de trust worden aangewend voor medisch onderzoek¹⁷². De verdeling van de activa van de trust blijft doorgaans gelijk en wordt slechts bij wijze van uitzondering geherstructureerd. Volgens het HvJ EU kunnen handelingen inzake aandelen, deelnemingen, obligaties en andere waardepapieren, *“binnen het toepassingsgebied van de BTW vallen indien handelingen worden verricht in het kader van een handelsactiviteit van effectenmakelaar dan wel in het kader van een directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen.”*¹⁷³ Het HvJ EU constateert echter: *“dat het de trust verboden is zich met precies deze activiteiten in te laten, nu hij gehouden is zoveel als redelijkerwijs mogelijk is ervoor te zorgen, dat hij bij de uitoefening van zijn bevoegdheden geen handelsactiviteiten verricht, en hij geen meerderheidsparticipatie mag hebben in andere vennootschappen.”*¹⁷⁴ Volgens het hof is hierdoor sprake van een belegger, die beheert op gelijke wijze als een particuliere belegger¹⁷⁵.

Wat de handelsactiviteiten van een effectenmakelaar onderscheid van een particuliere belegger, lijkt hierdoor de handelsbevoegdheid van de beheerder te zijn en de relatie van het fonds met de deelnemers. Worden de prestaties verricht in het kader van de

¹⁶⁸ HvJ EU 26 september 1996, nr. C-230/94 (Renate Enkler), r.o. 20

¹⁶⁹ HvJ EU 26 september 1996, nr. C-230/94 (Renate Enkler), r.o. 24

¹⁷⁰ HvJ EU 20 juni 1991, nr. C-60/91 (Polysar), r.o. 13

¹⁷¹ HvJ EU 20 juni 1991, nr. C-60/91 (Polysar), r.o. 14

¹⁷² HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust Ltd), r.o. 34

¹⁷³ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust Ltd), r.o. 35

¹⁷⁴ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust Ltd), r.o. 35

¹⁷⁵ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust Ltd), r.o. 36

bedrijfsmatige handelsactiviteit van een effectenmakelaar of worden deze meer op een wijze gedaan vergelijkbaar als een particuliere belegger? In *Wellcome Trust* is geen sprake van een economische activiteit, aangezien geen sprake is van enige bevoegdheid en de beleggingen worden gedaan in het eigen belang van de trust.

In het arrest *EDM* is overwogen dat handelingen inzake waardepapieren, kunnen kwalificeren als een economische activiteit indien de activiteiten verder gaan dan het enkele verwerven en verkopen van aandelen¹⁷⁶. Dit zou het geval zijn bij de uitoefening van een handelsactiviteit inzake transacties van waardepapieren.¹⁷⁷

Een beleggingsfonds doet meer dan het enkele verwerven en verkopen van aandelen. Deze doet immers ook handelingen bij de uitoefening van een handelsactiviteit als verkoop van de deelnemingsrechten. Dit is ook bevestigd in het arrest *BBL*. Aan de hand van de definitie van een beleggingsfonds uit de icbe I richtlijn is bepaald dat dergelijke fondsen belastingplichtig zijn voor de btw. Een fonds is belastingplichtig, indien het fonds tegen vergoeding collectieve belegging doet in effecten, met uit het publiek aangetrokken kapitaal, waarmee portefeuilles worden gevormd en beheerd voor rekening van de inschrijvers¹⁷⁸.

Ik kan mij vinden in de argumentatie van Vroon. Hij stelt dat het ondernemerschap bij beleggingen afhankelijk is van de samenhang tussen de beleggingen en de kapitaalbreng. In *Wellcome Trust* zijn de beleggingen in het belang van het fonds zelf beheerd, terwijl in *BBL* de beleggingen voor rekening van de inschrijvers zijn gedaan¹⁷⁹. Mijns inziens zijn de bijkomende taken van een beleggingsfonds, die erop zijn gericht zijn om tegen vergoeding het vermogen te beheren, de doorslaggevende factor geweest voor de belastingplicht.

Er zijn dus twee mogelijkheden om tot een belastingplicht te komen bij handelingen inzake waardepapieren. Als moeiende holding of bij de handelsactiviteiten van een effectenmakelaar. Om de activiteiten van een holding als economische activiteit te zien is het van belang dat “*deze activiteit niet slechts incidenteel wordt uitgeoefend en niet beperkt is tot het beheer van investeringen op dezelfde wijze als een particulier*

¹⁷⁶ HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), r.o. 58

¹⁷⁷ HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), r.o. 59

¹⁷⁸ HvJ EU 21 oktober 2004, nr. C-8/03 (BBL), r.o. 42

¹⁷⁹ A. Vroon, Beheer is meer, WFR 2005/508,

*investeerder [...] maar dat zij bedrijfsmatig wordt uitgeoefend of met een commercieel oogmerk, onder andere gekenmerkt door het streven naar een maximaal rendement van het geïnvesteerde kapitaal.*¹⁸⁰” Zoals besproken werd deze duurzaamheid, ook in het arrest *Enkler* als bepalende factor gezien. De vraag of dit ook een relevant criterium is voor beleggingsfondsen en in hoeverre actief gehandeld moet worden om tot de belastingplicht te komen. Van der Paardt¹⁸¹ stelt dat in zijn optiek ieder fonds beoordeeld dient te worden op basis van zijn doel en de feitelijke beleggingen. Hierbij zou een fonds dat niet zo actief handelt, mogelijk geen ondernemer zijn voor de btw. Gezien de gewezen arresten is het niet ondenkbaar dat het HvJ EU een dergelijke benadering voor ogen heeft. Mijns inziens kan evenwel verdedigd worden, dat de duurzaamheid blijkt uit de prestatie tegen vergoeding die door het fonds wordt geleverd aan de deelnemers. Hierdoor is het fonds belastingplichtig, ook als weinig wordt gehandeld.

Pensioenfondsen zijn eveneens belastingplichtig. Verzekeringsactiviteiten zijn economische prestaties en mijn inziens worden de beleggingen meegetrokken door het arrest *Régie dauphinoise*, nu de beleggingen het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit van de onderneming is¹⁸². Door deze systematiek worden deze essentiële bijkomende zaken van de economische activiteiten van de onderneming meegetrokken in de belastingplicht.

De belastingplicht heeft gevolgen voor de plaats van dienst. Voor dienstverlening aan belastingplichtigen geldt immers, dat heffing in het land van bestemming geschiedt terwijl dienstverlening aan eindgebruikers in het land van oorsprong wordt belast. De nog aanwezige onduidelijkheden omtrent de belastingplicht van beleggingsfondsen, kan hierdoor zorgen voor een verschil in interpretatie.

4.4 Activiteiten; belast of vrijgesteld

Zodra sprake is van een subjectieve belastingplicht, dient vervolgens naar de objectieve behandeling van de economische prestaties te worden gekeken. De economische prestaties kunnen belast of vrijgesteld zijn en worden afzonderlijk bekeken. Binnen een

¹⁸⁰ HvJ EU 14 november 2000, nr. C-142/99 (*Floridienne en Berginvest*), r.o. 28

¹⁸¹ R.N.G. van der Paardt, *Beleggingsfondsen in plaats van beleggers ondernemer voor de BTW*, NTFR, 13 januari 2005.

¹⁸² HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-306/94 (*Régie dauphinoise*), r.o. 22

onderneming kunnen derhalve zowel belaste als vrijgestelde prestaties voorkomen, alsook niet-economische prestaties die buiten de heffing vallen.

De belastingplichtige is belasting verschuldigd over de door hem geleverde goederen en diensten¹⁸³. De levering van goederen bestaat uit de overdracht of overgang van de macht om als eigenaar over een lichamelijke zaak te beschikken¹⁸⁴. Als dienst wordt vervolgens iedere handeling beschouwd die geen levering van goederen is¹⁸⁵. Hierdoor worden in feite alle prestaties van de btw-ondernemers binnen de heffing betrokken, mits de prestatie als economische prestatie kwalificeert^{186 187}.

Een beleggingsfonds kan in beginsel in alle soorten activa beleggen. Afhankelijk van het soort activa zal het fonds belaste of vrijgestelde prestaties verrichten. Een beleggingsfonds dat belegt in tastbare goederen zal derhalve belaste prestaties verrichten. Zoals in sectie 3.3.2 uiteen is gezet, beleggen de meeste fondsen echter in effecten en andere financiële instrumenten. Financiële prestaties zijn over het algemeen vrijgesteld van btw ingevolge art. 135 lid 1 onderdeel f van de btw-richtlijn. Hieronder vallen *“handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, uitgezonderd bewaring en beheer, inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren, met uitzondering van documenten die goederen vertegenwoordigen.”* Bij de handel in derivaten bestaat meer discussie. Instrumenten als futures en forwards kunnen immers tot een feitelijke levering van goederen leiden¹⁸⁸. Binnen de huidige btw-richtlijn bestaat geen specifieke bepaling die uiteenzet hoe dergelijke instrumenten binnen de btw dienen te worden behandeld. Over het algemeen zal dit voor beleggingsfondsen niet tot een belaste prestatie leiden, doordat in beleggingsfondsen dergelijke instrumenten worden gebruikt in een doorrollende¹⁸⁹ strategie, die dus nooit tot een feitelijke levering zal leiden. Deze instrumenten worden doorgaans in een beleggingsportefeuille gebruikt als alternatief voor de feitelijke

¹⁸³ Art. 2 lid 1 onderdeel a en art. 2 lid 1 onderdeel c btw-richtlijn

¹⁸⁴ Art. 14 lid 1 btw-richtlijn

¹⁸⁵ Art. 24 lid 1 btw-richtlijn

¹⁸⁶ Zie sectie 2.3.3

¹⁸⁷ Het onderscheid is hoofdzakelijk van belang voor de plaats waar de prestatie belast is. Voor goederen gelden andere regels dan voor diensten (titel V btw-richtlijn). De maatstaf en het tarief zijn voor beide prestaties in beginsel gelijk (behoudens uitzonderingen).

¹⁸⁸ Zie verder: D. Euser, Niets is wat het lijkt, het BTW-risico van derivaten, Kluwer, Deventer, 2010.

¹⁸⁹ Contracten worden voor expiratie gesloten en gelijker tijd wordt een vergelijkbare positie ingenomen met een langere looptijd.

grondstof (de onderliggende waarde) of ter afdekking van een risico gerelateerd met de onderliggende waarde. Denk aan een aandeel Air France waar men het risico van een brandstofstijging wenst te voorkomen. Hier kan een termijncontract worden afgesloten met een tegenpartij, waarmee dit risico wordt verhandeld¹⁹⁰. Men zit in deze gevallen niet op de levering van een tanker brandstof te wachten.

Vastgoed kan zowel belast als vrijgesteld zijn. Ingevolge art. 135 lid 1 onderdeel l is vrijgesteld: “*de verhuur en verpachting van onroerende goederen.*” Ook de levering van bebouwd en onbebouwd onroerend goed is vrijgesteld (respectievelijk onderdeel j en k). Toch zullen de beleggingsfondsen onroerend goed doorgaans belast verhuren en overdragen.

Binnen de btw-richtlijn bestaan zogenaamde ‘kan’ en ‘moet’ bepalingen. De ‘moet’ bepalingen, moeten verplicht door de lidstaten worden omgezet in nationale wetgeving. ‘Kan’ bepalingen zijn facultatief, waardoor de lidstaten individueel kunnen kiezen of ze de bepaling doorzetten naar de nationale wetgeving.

Een kan bepaling is art 12 lid 1 onderdeel a btw-richtlijn. Deze bepaling regelt dat de levering van nieuwe of vernieuwde gebouwen en de levering van bouwterrein belast is. Hiernaast kan de lidstaat ervoor kiezen om het keuzerecht aan de belastingplichtige te geven, zodat belastingplichtigen kunnen opteren voor belaste levering bij dergelijke prestaties. Binnen de btw-richtlijn bestaan ‘kan’ bepalingen met dit keuzerecht, voor financiële handelingen¹⁹¹, de levering van een gebouw, de levering van onbebouwd onroerend goed en de verhuur of verpachting van onroerend goed¹⁹².

In Nederland zijn de ‘kan’ bepalingen omtrent onroerende goedouderen opgenomen in de wet OB. Het is over het algemeen voordelig voor beleggingsfondsen om belast te verhuren en te verkopen, omdat hoofdzakelijk aan btw-ondernemers wordt verhuurd. Denk aan winkelcentra en bedrijfspanden. De huurprijs zou hoger zijn, indien vrijgesteld wordt verhuurd, omdat de prijs waarover de huur wordt berekend hoger zou zijn.

¹⁹⁰ Er wordt een tegengestelde positie genomen met het al aanwezige risico.

¹⁹¹ Hiervan heeft alleen Frankrijk gebruik gemaakt.

¹⁹² Art. 137 lid 1 onderdeel a t/m d

4.5 Conclusie

Met de zaak *BBL* is, mijns inziens, duidelijk geworden dat beleggingsfondsen btw-belastingplichtig zijn. Welke rol duurzaamheid hierbij speelt is nog onduidelijk. Hierdoor zou een verschil in interpretatie tussen de lidstaten kunnen ontstaan, omtrent de belastingplicht van beleggingsfondsen. Voor beheersdiensten bij een belastingplichtig fonds, is de plaats van dienst de vestigingsplaats van het fonds. Indien het fonds niet belastingplichtig zou zijn, is dit de vestigingsplaats van de beheerder.

Fondsen kunnen zowel vrijgestelde prestaties, belaste prestaties als een combinatie van prestaties verrichten. Gezien de feitelijke verdeling van de soorten activa van beleggingsfondsen in Europa, zullen beleggingsfondsen hoofdzakelijk vrijgestelde prestaties verrichten. Dit betekent dat een vrijstelling voor beheersdiensten van beleggingsfondsen doorgaans voordelig is voor de betrokken partijen.

Hoofdstuk 5. Positief recht: de vrijstelling

5.1 De vrijstellingsbepaling

De onderhavige vrijstelling is opgenomen onder art. 135 lid één, onderdeel g van de btw-richtlijn. *“het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten”*. In de Nederlandse wetgeving is de bepaling opgenomen in art. 11 lid één onderdeel i sub 3° van de wet OB 1968. *“het beheer van door beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen ter collectieve belegging bijeengebrachte vermogens.”*

5.2 Doel van de vrijstelling

Het doel van de vrijstelling is van belang bij de bepaling van de reikwijdte. Het wordt gebruikt bij de beoordeling van de kenmerkende onderdelen en de bepaling van de vrijgestelde handelingen¹⁹³. Het doel van deze vrijstelling is echter niet bekend. Het HvJ EU lost dit vaak op, door het doel zelf te formuleren. Van Hilten stelt dat door het ontbreken van een doel in de richtlijngeschiedenis, deze ook niet van invloed kan zijn¹⁹⁴. Doordat het HvJ EU vaak zelf een doel formuleert, gaat deze op de stoel van de richtlijngever zitten. Dit is onwenselijk, aangezien door de onvoorspelbaarheid van de uitleg, de rechtszekerheid in het geding raakt. Volgens van Hilten moet zo dicht mogelijk bij de tekst worden gebleven, hoe redelijk het geformuleerde doel ook is¹⁹⁵.

Deze lijn wordt niet ingezet door het hof. De vrijstelling moet volgens het HvJ EU worden uitgelegd aan de hand van de doelstellingen, de algemene opzet, de achtergrond en de context van de richtlijn. Hierbij dient in het bijzonder rekening te worden gehouden met het doel van de vrijstelling¹⁹⁶. Het HvJ EU lost het ontbreken van een doel ook hier op door het doel zelf te formuleren.

¹⁹³ M. Bormann-Bakker en K.D.M. Langeveld, Vrijstellingen, een doelredenering?, BTW-Bulletin september 2006, nr. 9.

¹⁹⁴ M.E. van Hilten, Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen, Kluwer, Deventer, 2010, p. 34.

¹⁹⁵ Van Hilten wijst hierbij eveneens op een mogelijk sneeuwbaaleffect waarbij de vrijstellingen steeds ruimer worden. M.E. van Hilten, Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen, Kluwer, Deventer, 2010, p. 36

¹⁹⁶ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 59

In het arrest *Abbey II*, is het doel door het HvJ EU voor het eerst geformuleerd. Met de vrijstelling wordt met name bereikt, dat het voor kleine beleggers mogelijk wordt gemaakt, te beleggen in effecten via beleggingsinstellingen¹⁹⁷. Dit wordt mogelijk gemaakt door de btw-kosten uit te sluiten¹⁹⁸. Het *“beoogt te garanderen dat het gemeenschappelijke btw-stelsel fiscaal neutraal is met betrekking tot de keuze tussen rechtstreeks beleggen in effecten en beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen.”*¹⁹⁹ Opmerkelijk is dat in *JP Morgan*, een later arrest, de term ‘kleine beleggers’ niet meer voorkomt. Bruggen en Tetteroo²⁰⁰ gaan er hierdoor vanuit dat, het HvJ EU de doelstelling van de vrijstelling ruimer interpreteert dan in *Abbey II*. Door het gebruik van ‘met name’ in de overweging, zou dit bovendien slechts een voorbeeld zijn. Volgens hen is de doelstelling net zo goed van toepassing bij grotere beleggers.

*“Het gaat om het beleggen in effecten via een instelling voor collectieve belegging, hetgeen particuliere beleggers in staat stelt te beleggen in grote beleggingsportefeuilles en aldus hun risico op de aandelenmarkt te verminderen”*²⁰¹. Het gemeenschappelijke aspect zorgt ervoor, dat beleggers gezamenlijk een grotere diversiteit van beleggingsobjecten en een grotere mate van diversificatie kunnen bereiken. Deze diversificatievoordelen zorgen ervoor dat de verhouding tussen het risico en het rendement verbetert. Het resultaat is dat kleine beleggers geen grotere belastingdruk ervaren dan grotere beleggers, voor wie deze risico- rendementsverhouding via rechtstreekse belegging mogelijk is.

5.3 Interpretatie van de bepaling

Onderdelen van de bepaling die in eerste instantie duidelijk lijken, geven meer onzekerheden bij verdere verdieping. De begrippen van de bepaling zijn vrij ambigu. Uitgaande van de tekst slaat beheer op een bepaald complex van taken die, als geheel gezien, wordt ervaren als beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Vanuit de richtlijntekst is niet op te maken wat de definitie van beheer in deze context is. Dit geldt ook voor gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Men kan zich hiernaast afvragen

¹⁹⁷ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 62

¹⁹⁸ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Claverhouse*), r.o. 45

¹⁹⁹ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 62

²⁰⁰ G.J. van Bruggen en N. Tetteroo, Deur naar btw-vrijstelling voor gesloten beleggingsinstellingen geopend, BTW-Brief 8/9, 2007

²⁰¹ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Claverhouse*), r.o. 50

waarom voor beleggingsfondsen is gekozen en niet voor beleggingsinstellingen. Is het de bedoeling van de richtlijngever geweest om een beleggingsmaatschappij uit te sluiten? Bovendien is een beleggingsfonds per definitie gemeenschappelijk, waardoor de term een pleonasme lijkt. Heeft de richtlijngever hier een bedoeling mee voor ogen gehad? Van het laatste onderdeel van de bepaling: 'zoals omschreven door de lidstaten', kan men zich ten eerste afvragen op welke onderdeel dit slaat, beheer, gemeenschappelijke beleggingsfondsen of allebei, en vervolgens wat het doel van dit onderdeel is geweest. Het doel van de btw-richtlijn, is immers, Europese harmonisatie van de nationale wetgevingen op dit onderdeel, om een interne markt te creëren. Als vervolgens de invulling van alle definities aan de individuele lidstaten wordt overgelaten, kan men vraagtekens plaatsen bij de effectiviteit van deze maatregel.

De vragen die opkomen bij de interpretatie van de bepaling kunnen als volgt worden opgedeeld:

- Hoe ver reikt de discretionaire bevoegdheid van een individuele lidstaat bij het vaststellen van de definities omtrent deze bepaling?

Vervolgens, afhankelijk van de discretionaire bevoegdheid:

- Wat is de Europese definitie of het kader waarbinnen een lidstaat de definitie mag bepalen van 'beheer' en 'gemeenschappelijke beleggingsfondsen'?

In de volgende secties wordt ingegaan op bovenstaande vragen.

5.4 Arresten HvJ EU

De arresten van het HvJ EU zijn bepalend voor de reikwijdte van de vrijstelling. Om in sectie 5.5 tot een behandeling van de hiervoor genoemde vragen te komen, wordt eerst een chronologische aanloop gegeven, van de belangrijkste geschillen die door het HvJ EU op dit onderdeel zijn behandeld. Dit onderdeel is hierdoor slechts een eerste aanzet. De specifieke implicaties worden in de volgende sectie, per onderdeel besproken.

5.4.1 Abbey National II²⁰²

De fiscale eenheid Abbey National is de beheerder van 26 "authorised unit trusts" en van vier „Open ended investment companies”. Bij 'authorised unit trusts' bestaat, vergelijkbaar met beleggingsfondsen, de driehoeksrelatie beheerder, belegger en

²⁰² HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II)

bewaarder. De trustee is de 'legal owner'; de bewaarder, de deelnemers zijn de 'beneficial owners' en de beheerstaken worden gedaan door een aparte beheerder²⁰³. De trustees van de fondsen berekenen over hun algemene trusteevergoeding omzetbelasting. Deze vergoeding heeft geen betrekking op de algemene bewaarneming. De vergoeding voor de bewaarneming wordt apart berekend. Eén van de bewaarders verricht geen algemene bewaarneming. Abbey National heeft een beroep ingesteld tegen de in rekening gebrachte btw, omdat de taken die de trustees of bewaarders verrichten ook tot de beheerstaken zouden behoren. Indien een vrijstelling wordt verleend kan Abbey National meer rekenen voor het beheer en heeft het fonds lagere kosten²⁰⁴.

Een beheerder van de fiscale eenheid Abbey National, heeft bovendien enkele diensten uitbesteed aan de Bank of New York. Dit zijn taken op het gebied van de administratie en de verslaglegging. Deze taken bestaan met name uit de berekening van het bedrag aan inkomsten, de berekening van de prijs van de deelnemingen, de berekening van het uitkerings- en rendementspercentage, de waardering van de activa, de BTW-aangiften, de aangiften bij de Bank of New York, de verslaglegging en overige administratieve taken. Ook bij deze taken is btw in rekening gebracht. Abbey National betwist hier het in rekening brengen van BTW door de Bank of New York aan de beheerder. Abbey stelt dat de taken van verslaglegging en administratie, onderdeel zijn van de werkzaamheden als beheerder van een beleggingsfonds en dat afzonderlijke uitbesteding van deze diensten mogelijk moet zijn.

De Britse autoriteiten stellen dat de kenmerkende en essentiële functie van het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, de selectie en verkoop van beheerde activa inhoud. Dit sluit de administratieve taken uit. De trustees en de bewaarders zijn in het algemeen niet rechtstreeks betrokken bij de selectie en verkoop. Hun voornaamste functie is de bescherming van de consument. Hierdoor zijn ook de diensten van deze groep uitgesloten.

Doordat de regeling volgens de verwijzingsrechter niet duidelijk is, zijn prejudiciële vragen gesteld. De verwijzingsrechter vraagt, of de lidstaten gemachtigd zijn, te bepalen wat onder 'beheer' wordt verstaan. Hiernaast is gevraagd of de taken van de bewaarder

²⁰³ J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 158.

²⁰⁴ Doordat het fonds de voorbelasting niet kan aftrekken. Indien de vrijstelling wordt verleend zullen de partijen logischerwijs de opbrengst delen vanuit de prijsonderhandelingen.

en van de Bank of New York onder de definitie vallen, zodra de lidstaten deze macht niet hebben.

Het HvJ EU overweegt dat beheer een communiatair begrip is, waarvan de lidstaten de inhoud niet kunnen wijzigen. Onderbeheer, zoals door de Bank of New York, is mogelijk. Vrijgestelde taken dienen kenmerkend en essentieel voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen te zijn. Voor administratieve taken gaat dit op, maar voor de taken van een bewaarder niet. Deze taken vallen niet onder de vrijstelling nu deze taken betrekking hebben op de controle en toezicht en als zodanig niet kenmerkend zijn voor de taken van een beheerder.

5.4.2 JP Morgan Claverhouse²⁰⁵

JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc. (hierna Claverhouse) is een closed-end beleggingsmaatschappij die het beheer heeft uitbesteed. Toepassing van de btw-vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, wordt door HM Revenue & Customs (HMRC) uit het verenigd koninkrijk geweigerd, doordat Claverhouse een 'closed-end' fonds is. De beheersvergoeding is hierdoor onderworpen aan btw. In het Verenigd Koninkrijk wordt de vrijstelling, volgens de nationale btw-wetgeving, niet toegestaan voor het beheer van dergelijke fondsen. Doordat de vrijstellingsbepaling onduidelijk is, wordt door de verwijzingsrechter prejudiciële vragen gesteld. De nationale rechter vraagt of dergelijke fondsen onder de vrijstelling kunnen vallen en hoever de discretionaire bevoegdheid van een lidstaat reikt bij het vaststellen van de fondsen die aan deze definitie voldoen. Bovendien wordt gevraagd of de vrijstellingsbepaling een rechtstreekse werking heeft.

Het HvJ EU overweegt, dat aangezien 'closed-end' fondsen zich in objectief dezelfde situatie bevinden bij het uitbesteden van beheer als 'open-end fondsen', het in strijd met de fiscale neutraliteit zou zijn deze uit te sluiten van de vrijstelling. Lidstaten hebben niet de ruimte om fondsen te selecteren, maar mogen wel tot bepaalde hoogte definiëren. Hierbij dienen ze rekening te houden met de fiscale neutraliteit en het doel van de vrijstelling en dient de term gemeenschappelijke beleggingsfondsen het uitgangspunt te zijn. De richtlijnbeepaling is onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zodat een rechtstreeks beroep op de richtlijn mogelijk is.

²⁰⁵ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse)

5.4.3 Deutsche Bank²⁰⁶

Deutsche Bank beheert de effectenportefeuilles van haar cliënten naar eigen inzicht. Het betreft individueel discretionair vermogensbeheer. Dit is individueel vermogensbeheer waarbij de beleggingsbevoegdheid is gedelegeerd naar de beheerder. Hierbij handelt de beheerder in de naam van de cliënt, op basis van bepaalde strategische afspraken²⁰⁷. Een percentage van de waarde van de portefeuille wordt hierbij als beheersvergoeding gerekend. Volgens Deutsche Bank is deze vergoeding vrijgesteld van btw, uit hoofd van de vrijstelling van artikel 135, lid 1, sub f, van richtlijn (handelingen inzake effecten of bemiddeling bij dergelijke handelingen). De Duitse belastingautoriteit is het hier niet mee eens en heeft een aanslag opgelegd. Voor de cliënten is de btw een kostenpost. De vrijstelling zou voor Deutsche Bank derhalve meer opbrengst betekenen.

De verwijzingsrechter heeft twijfels over de vraag hoe portefeuillebeheer vanuit het oogpunt van de btw-vrijstelling moet worden gekwalificeerd en stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU. Gevraagd wordt of de dienstverlening onder de vrijstelling van handelingen inzake effecten valt, of de dienstverlening onder de vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen valt of dat de dienstverlening belast is omdat sprake is van individueel vermogensbeheer. De verwijzingsrechter geeft hierbij aan, dat sprake kan zijn van een schending van de fiscale neutraliteit, nu gemeenschappelijk beheer is vrijgesteld en individueel beheer is belast. Beide investeringsvormen concurreren met elkaar en het onderscheidende kenmerk is in beide gevallen de deskundige keuze van waardepapieren. Hiernaast wordt gevraagd hoe de totale prestatie gezien moet worden. Als afzonderlijke onderdelen of als geheel, die al dan niet, onder de vrijstelling valt.

Het HvJ EU bepaalt dat individueel vermogensbeheer niet overeenkomt met beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Het beginsel van de fiscale neutraliteit kan een richtlijnbeeping niet oprekken. Individueel vermogensbeheer valt dus niet onder de vrijstelling van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Doordat bij de vrijstelling voor handelingen inzake aandelen en overig waardepapier beheer expliciet is uitgesloten, en de dienstverlening over het geheel bezien als beheer wordt ervaren, valt het eveneens niet onder deze vrijstelling volgens het HvJ EU.

²⁰⁶ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11(Deutsche Bank)

²⁰⁷ Efama, Asset Management in Europe, Facts and Figures, 5th annual review, May 2012, P. 16

5.5 Reikwijdte van de vrijstelling

De in sectie 5.3 geformuleerde vragen komen, zoals blijkt uit de jurisprudentie, grotendeels terug in de onderhavige arresten. In deze sectie wordt besproken in hoeverre het HvJ EU hierin duidelijkheid heeft weten te scheppen. De onzekerheden worden hiernaast geanalyseerd aan de hand van de uitgangspunten van de btw en de overige gewezen jurisprudentie.

De uitleg van de bepaling bestaat uit twee delen: ‘Beheer’ en ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’. Eerst wordt echter uiteengezet in hoeverre het derde onderdeel van de bepaling; *‘zoals uitgelegd door de lidstaten’*, van toepassing is op deze delen.

5.5.1 Discretionaire bevoegdheid van de lidstaten

5.5.1.1 *Beheer*

De tekst luidt *“het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten.”* Uit deze bepaling kan niet direct worden afgeleid, waar ‘zoals omschreven door de lidstaten’ op slaat. De begrippen van de vrijstellingen van de richtlijn worden doorgaans gemeenschappelijk gedefinieerd, om verschillen tussen de lidstaten te voorkomen²⁰⁸. Dit geldt echter niet indien de richtlijngever de intentie had om op dit punt vrijheid aan de lidstaten te geven. Aan de hand van een tekstuele uitleg van de richtlijnbeepaling en de verschillende taalversies, is door het HvJ EU in de zaak *Abbey II* afgeleid, dat het onderdeel naar het begrip ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ verwijst²⁰⁹. Hierdoor werd overwogen dat *“het begrip „beheer” van gemeenschappelijke beleggingsfondsen als bedoeld in artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn, een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip is, waarvan de lidstaten de inhoud niet kunnen wijzigen²¹⁰.”*

5.5.1.2 *Gemeenschappelijke beleggingsfondsen*

In *Abbey II* is overwogen dat de term ‘zoals omschreven door de lidstaten’ op het onderdeel ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ slaat. Het is vaste rechtspraak dat de vrijstellingen in beginsel autonome begrippen van gemeenschapsrecht zijn²¹¹. De

²⁰⁸ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 38

²⁰⁹ Blijkt uit de Deense, Duitse, Franse en Italiaanse taalversies

²¹⁰ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 43

²¹¹ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Claverhouse*), r.o. 19

definitie van bepaalde termen kan echter aan de lidstaten worden overgelaten²¹². Hierbij mag geen afbreuk worden gedaan aan de doelstellingen van de richtlijn en het beginsel van fiscale neutraliteit²¹³.

Het HvJ EU overweegt dat hoewel de bepaling het recht aan lidstaten geeft de fondsen te definiëren, dit niet betekent dat deze ook mogen selecteren welke fondsen onder de vrijstelling vallen. De term ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ dient bij de beoordelingsvrijheid het uitgangspunt te zijn²¹⁴. Zodra lidstaten afzonderlijk de vrijheid zouden hebben te selecteren welke fondsen onder de definitie zouden vallen, zou dit alle betekenis uit het gemeenschappelijke begrip halen. Bovendien zou het in strijd zijn met het doel van de richtlijn, het voorkomen van verschillen in toepassing²¹⁵.

De lidstaten hebben derhalve alleen de bevoegdheid om in hun nationale recht de fondsen te definiëren, die onder het begrip gemeenschappelijke beleggingsfondsen vallen. Deze bevoegdheid moet worden uitgeoefend met inachtneming van de doelstelling van de Zesde richtlijn en van het beginsel van fiscale neutraliteit²¹⁶. Het uitsluiten van fondsen die concurreren met vrijgestelde fondsen en, die net als deze fondsen, beleggers in staat stellen te beleggen in effecten, zou in strijd met het doel van de vrijstelling zijn en met het beginsel van fiscale neutraliteit²¹⁷.

Gezien de verwijzing naar de icbe I richtlijn voor het uitgangspunt van de definitie ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’, is het uitgangspunt van deze definitie een communautair begrip²¹⁸. Het HvJ EU overweegt bovendien dat een kwalificatie naar nationaal recht als ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’ onvoldoende rechtvaardiging vormt om in aanmerking te komen voor een communautaire vrijstelling²¹⁹. Het moeten fondsen zijn die onder het begrip van de Europese richtlijn vallen.

Lidstaten mogen dus niet selecteren maar wel definiëren waarbij de term ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ het uitgangspunt moet zijn²²⁰. De lidstaten

²¹² HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 20

²¹³ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 22

²¹⁴ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 41

²¹⁵ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 42

²¹⁶ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 43

²¹⁷ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 48

²¹⁸ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 45

²¹⁹ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 53

²²⁰ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 41

moeten hierbij het doel van de vrijstelling eerbiedigen en acht slaan op het beginsel van fiscale neutraliteit. Vanuit het eerbiedigen van het doel, vloeit voort dat de vrijstelling niet zover beperkt mag worden dat de vrijstelling geen effect meer heeft.

De fiscale neutraliteit dient hier uitgelegd te worden in vergelijking met vrijgestelde fondsen²²¹. Van Hilten stelt dat het meer voor de hand ligt om de fiscale neutraliteit te benaderen door te vergelijken met entiteiten die belaste prestaties uitvoeren²²². Het is maar de vraag of vrijstellingen überhaupt kunnen stroken met het beginsel van fiscale neutraliteit²²³. Toch gaat het HvJ EU die kant op. De vraag is verder nog, hoe strikt naar dit concurrentie criterium moet worden gekeken. Zoals van Hilten aangeeft concurreert uiteindelijk bijna alles met elkaar²²⁴. Fiscale neutraliteit is geen regel van primair recht. Hierdoor kan bij het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling, de werkingssfeer van een vrijstelling niet op grond van dit beginsel worden uitgebreid. Het is een uitleggingsbeginsel dat samen moet worden overwogen, met het beginsel dat vrijstellingen strikt moeten worden uitgelegd²²⁵. Hieruit leid ik af dat Lidstaten geen onderscheid mogen maken in de btw behandeling van gemeenschappelijke beleggingsfondsen die met elkaar in concurrentie staan, met de beperking dat dit er niet voor kan zorgen dat een fonds die niet de objectieve kenmerken vertoont van een 'gemeenschappelijk beleggingsfonds', onder de vrijstelling valt. Hiernaast heeft het HvJ EU bepaald dat belastingplichtigen een rechtstreeks beroep op de richtlijn kunnen doen, omdat de bepaling van de richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is²²⁶. In mijn optiek is totaal bezien de vrijheid van de lidstaten beperkt tot uitzonderingsgevallen.

Het komt mij voor dat het HvJ EU, op een vrij gekunstelde wijze, zo veel mogelijk de discretionaire bevoegdheden van afzonderlijke lidstaten probeert te beperken, met als doel harmonisatie. Hiermee overschrijdt het HvJ EU mogelijk haar bevoegdheid. De bepaling delegeert mijns inziens duidelijk de omschrijving van een 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' naar de lidstaten. Het HvJ EU bepaalt echter dat het uitgangspunt een

²²¹ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 54

²²² M.E. van Hilten, Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen, Kluwer, Deventer, 2010, p. 42

²²³ M.E. van Hilten, Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen, Kluwer, Deventer, 2010, p. 33

²²⁴ M.E. van Hilten, Vrijstellingen: hoe eng is strikt?, WFR 2009/1328

²²⁵ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank), r.o. 45

²²⁶ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 58.

Europees begrip is. Indien lidstaten mogen selecteren welke fondsen onder de vrijstelling zouden vallen, zou dit alle betekenis uit het gemeenschappelijke begrip halen en zou dit in strijd zijn met het doel van de richtlijn, het voorkomen van verschillen in toepassing. Het HvJ EU laat derhalve expliciet het doel van de richtlijn meespelen in haar uitleg. Zoals besproken in sectie 2.2 is het discutabel dat het HvJ EU, indien de richtlijngever bepaalde aspecten niet heeft willen harmoniseren, zelf gaat harmoniseren. Het zou mijns inzien meer passen de definitie aan de lidstaten over te laten met inachtneming van het beginsel van de fiscale neutraliteit en het doel van de richtlijn.

5.5.2 Beheer

In 2006, ten tijde van het arrest *Abbey II*, was het standpunt van de Nederlandse belastingdienst dat beheer in de zin van de vrijstelling, moet inhouden dat de dienstverlener de volledige beslissingsbevoegdheid heeft over het beheerde vermogen²²⁷. Er was onduidelijkheid over de vrijheid van de lidstaten om de definitie van beheer te bepalen. Hierdoor is het opmerkelijk dat het zo lang heeft moeten duren voordat het HvJ EU werd geraadpleegd. Met het arrest *Abbey II* is meer duidelijkheid gekomen. Beheer is, zoals blijkt uit sectie 5.5.1.1, een communautair begrip. In dit onderdeel wordt de vraag behandeld wat de Europese definitie van 'beheer' is. Vervolgens wordt ingegaan op het Nederlands beleid en in welke mate deze in overeenstemming is met de richtlijn.

5.5.2.1 Europees recht

Definitie

De algemene definitie van beheer houdt in bestuur en toezicht en impliceert een bepaalde mate van verantwoordelijkheid. De administratie van geld en goed²²⁸. Beheer van beleggingsfondsen kan ook slechts slaan op het beheer van de beleggingen, het vermogensbeheer. Deze beheersdaden zijn handelingen waarmee men het vermogen in stand houdt en het vermogen vruchtdragend blijft²²⁹. De vraag is dus of beheer uit de richtlijn beperkt is tot vermogensbeheer of dat naar de algemene betekenis van beheer wordt verwezen. In *Abbey II* is dit aan de orde geweest. Door het ontbreken van een definitie in de richtlijn of andere rechtsbronnen, moet dit volgens het HvJ EU worden uitgelegd aan de hand van de doelstellingen, de algemene opzet, de achtergrond en de

²²⁷ M.S. Hartendorf, De BBL-zaak: over de BTW-positie van beleggingsfondsen en vermogensbeheerders, WFR 2005/438, p.1

²²⁸ Van Dale groot woordenboek van de Nederlandse taal,

²²⁹ Lycaeus Juridisch Woordenboek

context van de richtlijn. Hierbij dient in het bijzonder rekening gehouden te worden met het doel van de vrijstelling, de “ratio legis”²³⁰. De richtlijn vraagt om een algemene toepassing, vrijstellingen zijn hierop een uitzondering. Hierdoor dient de uitleg van de vrijstellingen strikt te zijn, maar niet zo strikt dat de vrijstelling haar doel niet bereikt²³¹. De doelstelling van de vrijstelling is zoals besproken een gelijke btw behandeling van rechtstreeks beleggen in effecten en beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

Taken

Het HvJ EU oordeelt in de zaak *Abbey II*, dat de bepaling ziet op taken die specifiek zijn voor de activiteit van gemeenschappelijke beleggingsfondsen²³². Hierbij is overwogen dat dit portefeuillebeheer omvat, maar ook de bijkomende administratieve taken. Het gaat dus om de kerntaken van het beheer van deze fondsen. Hierbij slaat de term dus op de algemene betekenis van beheer en niet slechts op vermogensbeheer. Dit zou immers in strijd zijn met het doel van de vrijstelling.

Het HvJ EU heeft voor recht verklaard dat de taken van een bewaarder niet onder de vrijstelling vallen. Dit zijn juist taken van controle en toezicht op de beheerder, die als zodanig niet kenmerkend zijn voor beheer²³³. Het HvJ EU verwijst naar de icbe I richtlijn voor de bewuste taken²³⁴. Beknopt geven de betrokken bepalingen weer dat een bewaarder het juridisch eigendom van de activa van een fonds in bewaring heeft. Hiernaast controleert het de activastromen en de naleving van het fondsreglement. Zie bijlage I voor een overzicht. Zoals van Dongen²³⁵ opmerkt, komt de term bewaarder vaker terug in de richtlijn²³⁶. Hierdoor had het HvJ EU ook kunnen volstaan met de opmerking dat de term ‘bewaring’ voor de richtlijngever een bekend fenomeen was. Een niet-expliciete verwijzing naar dit begrip, zou er op wijzen dat de wetgever nooit de intentie heeft gehad deze taken vrij te stellen. Voor zover de taken van de bewaarder niet zien op controle en toezicht, is de vrijstelling in mijn optiek wel toepasbaar. Het HvJ

²³⁰ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 59

²³¹ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 60

²³² HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 63

²³³ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 65

²³⁴ richtlijn 85/611 (icbe I richtlijn) art. 7 en 14 geven een opsomming van de taken van een bewaarder.

²³⁵ A. van Dongen, *De harmonisatie van de btw*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks nr. 8, Hoofdstuk 3, §3.3.4.6.

²³⁶ Art. 13 B onderdeel d, sub 5 zesde richtlijn

EU heeft immers slechts aangegeven dat de taken van controle en toezicht op de beheerder als zodanig niet kenmerkend zijn voor beheer. Er wordt naar de aard van de taken van de bewaarder gekeken en niet naar de verrichter of ontvanger van de dienst²³⁷. Met van Dongen ben ik het eens dat voor beleggers het belasten van de taken van een bewaarder net zo goed een drempel kan vormen. Vanuit het doel van de vrijstelling redenerend hadden deze taken dus ook vrijgesteld kunnen worden. Zoals eerder besproken geeft Van Hilten aan, dat bij het ontbreken van het doel, zoals hier het geval is, het HvJ EU dit niet zelf moet formuleren maar zo dicht mogelijk bij de tekst blijven. Hierdoor zou het vrijstellen van de bewaarder een politieke keuze zijn en is het dus niet aan het HvJ EU om dit te bepalen. Nu de term bewaarder een bekende term voor de richtlijn is en deze niet expliciet wordt genoemd in de vrijstellingsbepaling, is het niet aan het HvJ EU deze bepaling op te rekken. Doordat het HvJ EU toch belang ziet bij een doel, dit zelf formuleert, en vervolgens aangeeft dat het doel bepalend is, komt het mijns inziens vreemd voor dat het HvJ EU dit doel in dit geval niet heeft mee laten spelen.

Voor de vraag welke taken specifiek zijn voor de activiteiten van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, is verwezen naar de icbe I richtlijn, richtlijn 85/611. Bijlage II bij die richtlijn bevat een, zo overweegt het hof, niet-limitatieve lijst van taken, die deel uitmaken van het beheer van beleggingsmaatschappijen en beleggingsfondsen²³⁸. Dit omvat:

- Beheer van beleggingen
- Administratie:
 - a) uitvoeren van de wettelijk verplichte en voor het fondsbeheer vereiste werkzaamheden op het gebied van de verslaglegging;
 - b) verzoeken om inlichtingen van cliënten;
 - c) waardering en prijsstelling (met inbegrip van belastingaangiften²³⁹)
 - d) toezien op de naleving van de regelgeving;
 - e) bijhouden van een deelnemersregister;
 - f) bestemming van de inkomsten;
 - g) uitgifte en inkoop van rechten van deelneming;

²³⁷ Zie in die zin ook HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 66

²³⁸ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 13

²³⁹ Van het fonds. In het arrest ging het om de btw-aangiften.

- h) afwikkeling van contracten (met inbegrip van de verzending van deelbewijzen);
 - i) bijhouden van bescheiden.
- Verkoop

In de noot bij *Abbey II* geeft Swinkels²⁴⁰ aan, dat naar het onderdeel marketing²⁴¹ (verkoop) van de icbe I richtlijn, in de beoordeling van arrest expliciet niet is verwezen terwijl het wel wordt aangehaald in het rechtskader van het arrest in r.o. 13. Volgens Swinkels zou dit betekenen, dat hiermee kennelijk deze taken niet onder beheer zouden vallen. In de onderhavige casus ging het echter slechts om de vraag of administratieve taken onderdeel van de vrijstelling behoren te zijn. Aangezien het HvJ EU slechts de vragen beantwoordt die gesteld worden, dient er naar mijn mening geen waarde te worden gehecht aan het ontbreken van de term verkoop of marketing in de beantwoording van deze vragen. Hiernaast zal het mijns inziens in strijd met het doel van de vrijstelling zijn dergelijke taken buiten de vrijstelling te houden. Met de marketing- en verkoopactiviteiten wordt bereikt dat in het fonds een groter vermogen bijeenkomt waardoor betere diversificatiemogelijkheden ontstaan. Sterker nog, zonder deze activiteiten zal een gemiddeld beleggingsfonds moeilijk ontstaan omdat niemand van het bestaan afweet.

Een verwijzing naar een icbe richtlijn is niet per definitie vanzelfsprekend. Hiernaast is het de vraag hoe de 'niet-limitatieve' verwijzing naar de bijlage moet worden geïnterpreteerd. Bij bepaling van de definitie van 'gemeenschappelijke beleggingsfondsen', wordt in het arrest overwogen dat de icbe I richtlijn nog niet bestond ten tijde van de invoering van de zesde richtlijn, waardoor het nooit de intentie van de richtlijngever kon zijn. Bovendien komen de definities van de vrijstelling niet in alle taalversies overeen met de definities in de icbe I richtlijn²⁴². Voor de definitie van 'beheer' wordt vervolgens zonder voorbehoud verwezen naar de icbe I richtlijn. De icbe IV richtlijn ziet bovendien alleen op beleggingen in effecten en andere liquide geldmarktinstrumenten en sluiten het closed-end type uit²⁴³. De vrijstelling heeft deze

²⁴⁰ J.J.P. Swinkels, De reikwijdte van de BTW-vrijstelling inzake het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, FED 2006/84

²⁴¹ Marketing staat in de Engelse versie van de icbe I richtlijn.

²⁴² HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 55

²⁴³ Onderdeel 5 van de considerans van icbe IV richtlijn (2009/65/EG)

beperking niet²⁴⁴. Vroon stelt daarom dat de vrijstelling nooit algemeen kan worden gedefinieerd door deze richtlijn²⁴⁵. Hij stelt eveneens, dat in gedachte moet worden gehouden, dat de icbe I richtlijn met een heel andere doelstelling is opgesteld. Hierdoor is de uitleg vanuit deze richtlijn te beperkt, maar kunnen de definities wel dienen als een ‘richtsnoer’.

Zoals ik in sectie 3.5 aan de orde is gekomen, zijn de taken uit de icbe richtlijn slechts een minimale takenomschrijving om een bepaalde mate van bescherming voor de belegger te kunnen garanderen. Hierdoor bestaat het takencomplex van een beheerder minimaal uit deze lijst, maar is deze in ieder geval niet uitputtend. Het ligt mijns inziens wel voor de hand de takenlijst aan te dragen. Het zijn taken opgesteld vanuit de functie die een beheerder heeft binnen een beleggingsfonds. Hierdoor kan het als basis gelden. Bovendien zullen deze taken hoe dan ook onderdeel zijn van het gebruikelijke takencomplex van een beheerder. Als een beheerder verplicht koffie ter beschikking moet stellen van de toezichthouder, zal koffiezetten ook een beheerstaak zijn. Alle taken vanuit de icbe-richtlijn zijn taken in de zin van de vrijstelling, maar niet alle taken in de zin van de vrijstelling zijn taken vanuit de icbe-richtlijn.

Vrijgesteld zijn de kerntaken van een dergelijke instelling. Dit betreft de taken zoals besproken in sectie 3.5.1. Hierbij zijn de vrijgestelde taken afhankelijk van de aard van het fonds. Bij fondsen met een ander karakter dan een effectenfonds, dienen de kenmerken van het onderdeel vermogensbeheer, te worden doorgetrokken tot de vergelijkbare diensten in dat fonds. Zoals eerder is aangegeven zijn dit taken waarmee men het vermogen in stand houdt en het vermogen vruchtdragend blijft. Taken die zien op verbetering vallen hier, mijns inziens, dan buiten. Het (her)ontwikkelen van vastgoed valt in die zin bijvoorbeeld buiten de vrijstelling. Ook taken die zien op moeien met de deelnemingen van het beleggingsfonds vallen mijns inziens buiten de vrijstelling. Deze taken zijn niet kenmerkend en essentieel voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Dit vlak tussen ondernemen en beleggen komt ook terug in sectie 5.5.3.1 onderdeel d, bij het onderscheid tussen beleggingsfondsen en ondernemingen. Naar burgerlijk recht zullen fondsen die zich bezig houden met dergelijke taken geen beleggingsfonds zijn²⁴⁶. In sectie 5.5.3.1 zet ik uiteen dat een fonds dat zich bezig houdt

²⁴⁴ Zie sectie 3.3.2 onderdeel beleggingscategorieën

²⁴⁵ A. Vroon, Beheer is meer, WFR 2005/508, p. 2

²⁴⁶ Zie bijlage V.

met dergelijke taken geen beleggingsfonds is in de zin van de vrijstelling. Derhalve zullen de taken ook vanuit dat aspect niet zijn vrijgesteld.

Onderbeheer

In *Abbey II* stond ter discussie of door een derde beheerder verstrekte diensten, onder de vrijstelling behoorden te vallen. Het HvJ EU overwoog hierbij dat dit mogelijk is, indien de door een derde beheerder verleende diensten, over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormt, dat de kenmerkende en essentiële functies van een beheerder van gemeenschappelijke beleggingsfondsen omvat²⁴⁷. Het gaat hier om de taken die specifiek en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Eenvoudige technische of materiële diensten, zoals het terbeschikkingstelling van een systeem van gegevensverwerking, kwalificeren niet²⁴⁸. Waar de scheidslijn ligt, moet worden uitgelegd door de nationale rechter. De beoordeling moet worden gedaan op basis van de aard van de geleverde dienst en niet op basis van de verrichter of de ontvanger van de dienst²⁴⁹. In het arrest ging het om administratieve diensten. Deze zijn volgens het HvJ EU vrijgesteld. Vos en Hofman redeneren dat vanuit het doel bekeken bijna iedere dienst die bij de beheerder zelf vrijgesteld zou zijn, ook op de vrijstelling zou moeten kunnen rekenen. Ze stellen dat indien een beheerder een gedeelte uitbesteedt dit al vanzelf een afzonderlijk geheel vormt²⁵⁰.

Met het arrest *Abbey II* is geen verrassende lijn ingezet, aangezien dit vaste rechtspraak is sinds het arrest *SDC*. Hier werd overwogen dat de taken, indien ze een afzonderlijk geheel vormden en ze kenmerkend en essentieel voor deze diensten waren, onder de vrijstelling vallen. In *SDC* werd echter eveneens het criterium gegeven dat de diensten ook wijzigingen in de financiële en juridische verhoudingen moeten bewerkstelligen om onder de vrijstelling inzake effecten te vallen²⁵¹. In *Abbey II* is dit criterium niet herhaald. Dit is kennelijk niet kenmerkend voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Op deze wijze kon het HvJ EU tot de conclusie komen dat administratieve diensten verricht door derden ook zijn vrijgesteld. Dit geldt voor alle taken die specifiek en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke

²⁴⁷ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 70

²⁴⁸ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 71

²⁴⁹ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 66

²⁵⁰ R. Vos en R.D. Hofman, BTW-vrijstelling collectief vermogensbeheer: een beetje meer duidelijkheid..., BTW-bulletin, juni 2006, nr. 6, p. 4

²⁵¹ Art. 135 lid 1 onderdeel f (andere vrijstelling)

beleggingsfondsen en zal dus in ieder geval de lijst inhouden van bijlage II van de icbe I richtlijn.

Gedeeltelijke uitbesteding

Het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen kan bestaan uit verschillende afzonderlijke diensten die onder het begrip „beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen” in de zin van deze bepaling kunnen vallen²⁵². Dit volgt uit het beginsel van fiscale neutraliteit aangezien *“marktdeelnemers het organisatiemodel moeten kunnen kiezen dat hun uit strikt economisch oogpunt het beste uitkomt, zonder het risico te lopen dat hun activiteiten worden uitgesloten van de vrijstelling”*²⁵³. Hierdoor kunnen taken ook gedeeltelijk worden uitbesteed.

De argumentatie van Vos en Hofman kan mijns inziens worden doorgetrokken tot gedeeltelijk uitbestede diensten. Vanuit het doel redenerend dient de vrijstelling, voor iedere afzonderlijke dienst die normaal door de beheerder gedaan zou worden, ook moeten gelden. Dit blijkt mijns inziens ook uit het feit dat het HvJ EU administratieve taken afzonderlijk al kenmerkend en essentieel voor de taken van een beheerder van een gemeenschappelijk beleggingsfonds vindt.

Verantwoordelijkheid beheerder

De verantwoordelijkheid en inspraak van de beheerder bij bepaling van de beleggingsstrategie, kan in uiteenlopende mate zijn overeengekomen. Zo kan de beheerder slechts de bevoegdheid hebben om de dividenden te incasseren en de administratieve vastlegging te verzorgen. Anderzijds kan de beheerder de bevoegdheid hebben de gelden te beleggen naar eigen inzicht en zonder goedkeuring van de deelnemers. De vraag is in hoeverre deze rolverdeling van belang is voor de toepassing van de vrijstelling en in het bijzonder voor de reikwijdte van het begrip beheer.

Gezien het arrest *Abbey II*, waardoor ook andere taken behalve vermogensbeheer, die specifiek zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, op de vrijstelling kunnen rekenen, is het onderscheid minder relevant geworden. In dit arrest werd het criterium uit *SDC*, dat de taken wijzigingen in de financiële en juridische verhoudingen moeten bewerkstelligen, voor deze vrijstelling, niet herhaald. Hierdoor is,

²⁵² HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 67

²⁵³ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 68

in mijn optiek, de mate van bevoegdheid van de beheerder geen relevant criterium in de vrijstellingsbepaling.

Het is de vraag of beleggingsadvies ook onder de vrijstelling dient te vallen. In de zaak *GfBk*²⁵⁴ staan op dit punt prejudiciële vragen uit. Door de verwijzingsrechter is gevraagd of de vrijstelling ook van toepassing is indien een derde beheerder alleen adviseert over de beleggingsstrategie en dit advies, al dan niet, kan worden opgevolgd door de beleggingsinstelling. In dit geval heeft het fonds zijn eigen personeel om de beheerstaken uit te voeren. Dit personeel doet zelf geen beleggingsbeslissingen, maar heeft wel de zeggenschap om adviezen al dan niet uit te voeren. GfBk adviseert bij de koop en verkoop van activa. Normaal gesproken wordt het advies binnen minuten uitgevoerd. De vraag is of adviesactiviteiten voldoende specifiek zijn in de zin van de vrijstelling, of dat dit alleen voor beheersactiviteiten geldt.

A-G Villalon stelt dat door een derde verrichte adviesdiensten binnen de vrijstellingsbepaling kunnen vallen, mits die niet sporadisch of eenmalig worden verleend en mits de prestatie voldoende autonoom is²⁵⁵. Het dient voldoende autonoom te zijn om over het geheel genomen een afzonderlijk geheel te vormen ten aanzien van de daadwerkelijk door de dienstontvanger verrichte diensten²⁵⁶. Dit dient door de nationale rechter bepaald te worden. Een sporadisch ingeroepen advies bij het ontbreken van expertise leidt volgens deze gedachtegang niet tot toepassing van de vrijstelling.

Bij GfBk zijn de uitbestede taken beperkt tot beleggingsadvies. Deze taken hebben echter wel betrekking op de aanwezige portefeuille. De taken van de derde beheerder zijn derhalve onderdeel van de strategische en tactische activa allocatie. Het uitvoerende onderdeel ontbreekt. Naast deze vorm van advies, komt dit ook voor in de vorm waarbij externe beheerders expertise inkopen op gebieden waar dit intern ontbreekt. De taken omtrent de strategische en tactische activa allocatie vereisen een bepaald inzicht. Op basis van deze inzichten wordt het gewicht van bepaalde sectoren, regio's, aandelen of andere factoren zwaarder in de portefeuille.

²⁵⁴ HvJ EU 3 juni 2011, nr. C-275/11 (GfBk)(prejudiciële vragen)

²⁵⁵ Conclusie van A-G Villalon van 8 november 2012, nr. C-275/11 (GfBk), r.o. 36, 38

²⁵⁶ Conclusie van A-G Villalon van 8 november 2012, nr. C-275/11 (GfBk), r.o. 39, 46

De strategische en tactische activa allocatie is een wezenlijk onderdeel van vermogensbeheer²⁵⁷. De vormen van advies zijn een wezenlijk onderdeel van de strategische en tactische activa allocatie. Deze dienstverlening is derhalve een uitgeklede versie van de taken van vermogensbeheer. Hierdoor zijn deze taken een kenmerkend en essentieel onderdeel van beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen en zijn ze specifiek voor de vrijstelling. De beleggingsideeën zijn het beginpunt van vermogensbeheer. Al het overige is een uitbreiding van deze dienstverlening. Het criterium dat wijzigingen in de financiële en juridische verhoudingen moeten worden bewerkstelligd is blijkens *Abbey II* niet kenmerkend voor beheer. Hierdoor kunnen de taken van een derde beheerder die slechts betrekking hebben op administratieve werkzaamheden ook binnen de vrijstelling vallen. De scheidslijn ligt bij eenvoudige technische of materiële diensten, zoals het terbeschikkingstelling van een systeem van gegevensverwerking. Rekening houdend met de voorgaande overwegingen, dient mijns inziens, de vrijstelling ook te gelden voor adviesdiensten.

Volgens vaste rechtsspraak dienen de vrijstellingen strikt te worden uitgelegd, aangezien ze een afwijking zijn van het algemene karakter van de belasting. Deze strikte uitleg gaat echter niet zover dat de vrijstelling hierdoor geen effect meer heeft²⁵⁸. Bij de uitleg dient dus rekening gehouden te worden met de door de vrijstelling nagestreefde doelstelling en de eisen van het beginsel van fiscale neutraliteit²⁵⁹.

Indien de adviesdiensten zouden zijn uitgesloten van de vrijstelling, zou dit in mijn optiek in strijd zijn met de fiscale neutraliteit en met de doelstelling van de vrijstelling. Het verschil tussen beheerdiensten en adviesdiensten hoeft niet bijzonder groot te zijn. Dit is mijns inziens ook bij *GfBk* het geval. Indien de beheerder in de zaak *GfBk*, eveneens de macht zou hebben om de transacties te plaatsen zou er geen discussie zijn over de toepassing van de vrijstelling. Beheersdiensten en adviesdiensten zullen hierdoor met elkaar in concurrentie staan. De uitsluiting van dit gedeelte van vermogensbeheer is hierdoor in strijd met de neutraliteit.

²⁵⁷ Zie sectie 3.5.1

²⁵⁸ HvJ EU 28 oktober 2010, nr. C-175/09 (*Axa*), r.o. 25 zie ook HvJ EU 19 november 2009, nr. 461/08 (*Don Bosco OG*), r.o. 25

²⁵⁹ Zie in die zin o.a. HvJ EU 19 november 2009, nr. 461/08 (*Don Bosco OG*), r.o. 25

Een uitsluiting van de vrijstelling is tevens in strijd met het doel van de vrijstelling. Vanuit dit doel dient de vrijstelling beleggers in staat te stellen, te beleggen in grote beleggingsportefeuilles, waarmee hun risico op de aandelenmarkt vermindert. Beleggen in beleggingsfondsen die zonder expertise in de markt worden beheerd, zal weinig beleggers aanspreken. Het heeft weinig zin om zonder kennis van zaken effecten te kopen. Bovendien zal dit niet bevorderlijk zijn voor het beperken van de aanwezige risico's. De vrijstelling zal derhalve, voor deze fondsen, weinig zin hebben, waardoor het doel van de vrijstelling wordt gemist.

Een ander belangrijk argument, in mijn optiek, is dat het de manier hoe een fonds zijn organisatie inricht zal beïnvloeden. Uit *Abbey II* blijkt dat *“marktdeelnemers het organisatiemodel moeten kunnen kiezen dat hun uit strikt economisch oogpunt het beste uitkomt, zonder het risico te lopen dat hun activiteiten worden uitgesloten van de vrijstelling²⁶⁰.”* Door de dienstverlening, als in *GfBk*, uit te sluiten, dwing je marktpartijen tot andere afspraken op basis van de btw.

Deze argumenten gaan mijns inziens voor op een beperkte uitleg en de mogelijke schending van de juridische neutraliteit. Een vrijstelling dient immers niet zo beperkt te worden uitgelegd, dat deze geen uitwerking meer heeft. Juridische neutraliteit wordt slechts geschaad indien sprake is van belaste prestaties. Hier is in het geval van beleggingsfondsen niet vaak sprake van. Mijns inziens is bovendien de toepassing ruimer dan die volgens de uitleg van de A-G. Ook sporadisch ingekochte adviesdiensten zijn vrijgesteld.

Samengestelde diensten

Indien sprake is van bijkomende diensten die afzonderlijk niet onder de vrijstelling zouden vallen, kunnen deze onder voorwaarden het fiscale lot van de hoofddienst volgen. In *Volker Ludwig* wordt omschreven: *“In dit verband is er van één dienst met name sprake ingeval een of meer elementen moeten worden geacht de hoofddienst te vormen, terwijl een of meer andere elementen moeten worden beschouwd als een of meer bijkomende diensten, die het fiscale lot van de hoofddienst delen. Een dienst moet worden beschouwd als bijkomend bij een hoofddienst, wanneer hij voor de klant geen doel op zich is, maar een middel om de hoofddienst van de dienstverrichter zo*

²⁶⁰ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 68

*aantrekkelijk mogelijk te maken.*²⁶¹ Hierbij dient de dienst over het geheel genomen een afzonderlijk geheel te vormen, dat de kenmerkende en essentiële functies van de vrijgestelde dienst vervult. In die zin wordt overwogen door het HvJ EU: *“Om te bepalen of de belastingplichtige de consument, beschouwd als een modale consument, meerdere, van elkaar te onderscheiden hoofddiensten dan wel één enkele dienst verleent, moet worden vastgesteld wat de kenmerkende elementen van de betrokken handeling zijn en rekening worden gehouden met alle omstandigheden waarin zij plaatsvindt*²⁶².” Normaal gesproken dient iedere prestatie afzonderlijk te worden beschouwd, maar indien economisch sprake is van één dienst, dient deze niet kunstmatig uit elkaar te worden gehaald²⁶³. Door dit dogma wordt bereikt dat niet per onderdeel hoeft te worden nagegaan of dit onder de vrijstelling hoort te vallen. De lijst met vrijgestelde diensten is hierdoor minder relevant. Als de afnemer over het geheel gezien de dienstverlening ervaart als één dienst, die kwalificeert voor de vrijstelling, valt de prestatie onder de vrijstelling.

In het arrest *Deutsche Bank* is overwogen, dat tevens sprake kan zijn van twee hoofddiensten die samen één prestatie vormen. Bij individueel vermogensbeheer zijn de afzonderlijke elementen van de dienstverlening, zijnde analyse en toezicht van het vermogen enerzijds en de eigenlijke koop en verkoop van de effecten anderzijds, zo nauw verbonden dat sprake is van één prestatie voor de omzetbelasting²⁶⁴. Het heeft voor beleggers namelijk geen zin om een analyse te verkrijgen zonder deze uit te voeren en anderzijds heeft het ook geen zin om zonder kennis van zaken effecten te kopen of verkopen²⁶⁵. De aard van de dienstverlening dient over het geheel gezien specifiek te zijn voor de vrijgestelde diensten. De samengestelde prestatie kan er dan uiteraard ook voor zorgen dat het geheel buiten de vrijstelling valt, ook indien een gedeelte afzonderlijk wel vrijgesteld zou zijn.

²⁶¹ HvJ EU 21 juni 2007, nr. C-453/05 (Volker Ludwig), r.o. 18, zie ook HvJ EU 22 oktober 1998, nr. C-308/96 (Madgett en Baldwin), r.o. 24, HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (CPP), r.o. 30, HvJ EU 2 december 2010, nr. C-276/09 (Everything Everywhere), r.o. 23,24

²⁶² HvJ EU 2 december 2010, nr. C-276/09 (Everything Everywhere), r.o. 26 zie ook HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (CPP), r.o. 28 en 29, HvJ EU 21 juni 2007, nr. C-453/05 (Volker Ludwig), r.o. 17

²⁶³ HvJ EU 22 oktober 2009, nr. C-242/08, r.o. 51, HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (CPP), r.o. 29, HvJ EU 21 juni 2007, nr. C-453/05 (Volker Ludwig), r.o. 17

²⁶⁴ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank), r.o. 28

²⁶⁵ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank), r.o. 26

Hoewel de taken van de bewaarder zijn uitgesloten van de vrijstelling, kan deze methodiek in situaties toch tot toepassing van de vrijstelling leiden. Men kan denken aan een fonds met een beheerder-bewaarder, waarbij een rechtspersoon zowel de taken van beheer als de taken van bewaring voor zijn rekening neemt. Het doel van de deelnemer zal het beheer van zijn vermogen zijn en niet de bewaring. Hierdoor is sprake van een bijkomende dienst en zou de dienst kunstmatig uit elkaar moeten worden gehaald om de afzonderlijke onderdelen apart te behandelen.

5.5.2.2 Nationaal Recht

Nederlands beleid

In het Nederlands beleid is voor de definities van de bepaling, aansluiting gezocht bij de terminologie van de wet toezicht beleggingsinstellingen (thans wft)²⁶⁶. In deze wet wordt echter geen definitie van beheer gegeven, behalve dat de beheerder de rechtspersoon is die het beheer voert over één of meer beleggingsinstellingen. In een huidig wetsvoorstel²⁶⁷ wordt meer gedefinieerd. Het beheren van beleggingsinstellingen omvat de volgende aspecten:

- a) de werkzaamheden portefeuillebeheer en risicobeheer; en
- b) werkzaamheden als administreren, aanbieden en adviseren met betrekking tot de activa van de beleggingsinstelling.

Met het wetsvoorstel wordt aansluiting gezocht met het Europees recht en in het bijzonder met de icbe IV richtlijn. Toch komt de bepaling niet overeen met de definitie in bijlage II van de icbe IV richtlijn. Adviseren met betrekking tot de activa van de beleggingsinstelling, is iets wat in de richtlijn niet is te ontdekken. Hierdoor zou het Nederlands beleid ruimer zijn bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel. Naar huidig Nederlands beleid kan advies niet op toepassing van de vrijstelling rekenen²⁶⁸. Zoals eerder besproken is in mijn optiek dit standpunt niet houdbaar. In de zaak *GfBk* staan nu prejudiciële vragen over dit vraagstuk uit. Doordat beheer een gemeenschappelijk begrip is, heeft dit direct invloed op het Nederlandse beleid.

²⁶⁶ Memorie van Antwoord, Kamerstukken II, 21 607 nr. 6, 90/91, p. 5

²⁶⁷ Wijzigingswet Wft, BW en WED ter implementatie van Richtlijn 2011/61/EU, 19.08.2011

²⁶⁸ Beelen, S.T.M., K.M. Braun, O.L. Mobach, e.a., *Cursus Belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 2010, OB 2.3.3.G.c2

Sinds het arrest *Abbey II* kan worden gesteld dat Nederlands beleid van weinig belang meer is op dit punt. Beheer is immers een communautair begrip dat in iedere lidstaat op gelijke wijze dient te worden uitgelegd. Toch kan een belastingplichtige rekenen op het Nederlands beleid. Hiernaast kan deze een rechtstreeks beroep doen op de richtlijn.

Jurisprudentie

In de zaak *P. Jurriëns Beheer BV*²⁶⁹ zijn aanvankelijk door de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. Na het arrest *Abbey II* werd dit niet meer nodig geacht en zijn de vragen ingetrokken²⁷⁰. De vraag was of een rechtsbetrekking tussen de beheerder en de deelnemers van een fonds nodig is voor de toepassing van de vrijstelling of dat dit enkel afhankelijk is van de aard van de verrichte dienst. Hiernaast speelde de vraag of de beheersdiensten door een directeur van een organisatie, die als onderbeheerder fungeerde, kunnen worden aangemerkt als beheersdiensten in de zin van de vrijstelling. In deze casus werd een beheersvergoeding gefactureerd door b.v. 1 aan b.v. 2. De directeur van bv 1 deed de feitelijke werkzaamheden. B.v. 1 was directeur van b.v. 2 en b.v. 2 was de beheermaatschappij met de juridische overeenkomst om de beheersdiensten te verrichten ten behoeve van een aantal gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Eerder is door het gerechtshof Amsterdam overwogen dat de toepassing van de vrijstelling niet afhankelijk is van de voorwaarde dat de diensten worden verricht door een bepaald type rechtspersoon, maar slechts van de aard van de verrichte handelingen²⁷¹. Zoals in *Abbey National II* is overwogen, dient de beoordeling te worden gedaan op basis van de aard van de geleverde dienst en niet op basis van de verrichter of de ontvanger van de dienst²⁷². Een rechtsbetrekking is dus niet van belang. Bovendien kunnen de taken ook worden uitgevoerd door derden beheerders.

Rechtbank Breda van 6 mei 2009. Deze casus betreft een beheermaatschappij die het beheer verzorgt van drie beleggingsfondsen van pensioenfondsen. Van de fondsen zijn certificaten van de aandelen aan derden uitgegeven. Het vermogen van de beleggingsfondsen is in vastgoed belegd. De vraag is of de diensten die de beheermaatschappij verricht, onder de vrijgestelde diensten voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen valt. Rechtbank Breda oordeelt dat, doordat de

²⁶⁹ Hoge Raad 18 november 2005, 39 365, BNB 2006/55, V-N 2005/57.18

²⁷⁰ Besluit, Ministerie van Financiën, 23 juni 2006, DGB2006-3338

²⁷¹ Gerechtshof Amsterdam, 3 februari 2003, 02/2672, V-N 2003/11.2.5, r.o. 5.6,

²⁷² HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 66

drie beleggingsfondsen geen personeel in dienst hebben, het geheel van de werkzaamheden van de beheermaatschappij moet worden aangemerkt als beheer in de zin van de vrijstelling²⁷³. Hierop is de inspecteur in hoger beroep gegaan. De taken van de beheerder zijn alle taken die het fonds moest verrichten. Dit omvat het beheer en management, de exploitatie van het onroerend goed, de aan- en verkoop van onroerend goed, de financiële verslaggeving, de interne accountantscontrole, liquiditeitenbeheer en de acquisitie van certificaat- en aandeelhouders. *Het gerechtshof* is het hierbij niet met de belanghebbende eens, dat sprake is van één samengestelde prestatie. Dit vindt volgens het hof “*vanwege de verschillende aard van ieder van de diensten, geen steun in de feiten. Daaraan doet de onderlinge samenhang van verschillende diensten niet af*”²⁷⁴. Met een verwijzing naar *Abbey National II* verwerpt het gerechtshof het argument van de inspecteur, dat veel werkzaamheden niet onder de vrijstelling behoren te vallen, omdat het beheer van vastgoed is. Het gerechtshof stelt dat de taken kenmerkend en essentieel zijn voor het beheer van de vastgoedvennootschappen. Deze vloeien voort uit de aard van een vastgoedvennootschap²⁷⁵. De administratieve taken zijn, zoals blijkt uit *Abbey National II*, tevens kenmerkend en essentieel voor deze fondsen²⁷⁶. Het gerechtshof geeft aan dat het volgens *Abbey National II* aan de nationale rechter is om deze afweging te maken²⁷⁷. De uitspraak van de rechtbank wordt bevestigd. De staatssecretaris is in cassatie gegaan.

Vroon geeft in de noot bij het arrest aan, dat technisch beheer van onroerend goed in zijn optiek niet onder de vrijstelling behoort te vallen²⁷⁸. Dit technisch beheer heeft betrekking op waardevermeerdering. Deze werkzaamheden zullen normaal gesproken belast zijn. In zijn optiek dienen deze taken hetzelfde te worden behandeld als de bewaarfunctie bij belegging in effecten. Het doel van de vrijstelling vraagt om een gelijkstelling tussen direct beleggen en fondsbeleggen. Dergelijke taken zullen bij direct beleggen ook belast zijn. Hierdoor vraagt het doel niet om een vrijstelling van dergelijke diensten. Beheer slaat mijns inziens op instandhouding en niet op verbetering (zie p. 67).

²⁷³ Rechtbank Breda 6 mei 2009, AWB 07/1062

²⁷⁴ Gerechtshof van 's-Hertogenbosch 2 september 2011, nr.09/00314, r.o. 4.11

²⁷⁵ Gerechtshof van 's-Hertogenbosch 2 september 2011, nr.09/00314, r.o. 4.12

²⁷⁶ Gerechtshof van 's-Hertogenbosch 2 september 2011, nr.09/00314, r.o. 4.13

²⁷⁷ Gerechtshof van 's-Hertogenbosch 2 september 2011, nr.09/00314, r.o. 4.14

²⁷⁸ NTFR2012-39

5.5.3 Gemeenschappelijke beleggingsfondsen

Net als bij beheer bestond onduidelijkheid omtrent de term gemeenschappelijke beleggingsfondsen. De arresten *JP Morgan* en *Deutsche Bank* hebben het een en ander verduidelijkt. In dit onderdeel wordt de vraag behandeld wat het Europese kader is bij de definitie van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Zoals is uiteengezet in sectie 5.5.1.2, is het uitgangspunt van de definitie een Europees begrip. De vraag is hoe breed het kader van de bevoegdheid van de lidstaten is. Ten tweede wordt besproken of het Nederlands beleid hiermee in overeenstemming is.

5.5.3.1 Europees recht

Definitie

Een gemeenschappelijk beleggingsfonds kan worden vertaald in ‘een gemeenschappelijke instelling tot gemeenschappelijke belegging van gelden van individuele spaarders of inleggers’²⁷⁹. Gemeenschappelijk duidt op ‘aan meer dan één persoon in gemeenschap toebehorend’²⁸⁰. De richtlijn zou tekstueel gezien dus geen beperking geven, behalve dat vermogen moet worden belegd en dat het totaal aan meer dan één persoon in gemeenschap moet toebehoren. De vraag is wat de Europese definitie is zoals deze in de btw-richtlijn is opgenomen. Hoe ver reikt deze definitie? De nationale rechter moet uit kunnen leggen, wie wel en wie niet is vrijgesteld. Er heerst momenteel nog weinig duidelijkheid omtrent de term. Hierdoor zal het voor nationale rechters moeilijk zijn om de bepaling op een geharmoniseerde wijze uit te leggen en te bepalen hoe ver hun discretionaire bevoegdheid reikt.

In *Abbey II* wordt verwezen naar de icbe I richtlijn. In deze richtlijn worden beleggingsinstellingen omschreven als instellingen:

„– waarvan het uitsluitend doel is de collectieve belegging in effecten van uit het publiek aangetrokken kapitaal, met toepassing van het beginsel van risicospreiding,²⁸¹

In *Abbey II* wordt overwogen dat ten tijde van de invoering van de zesde richtlijn, de icbe I richtlijn nog niet bestond. Hiernaast komen de begrippen van beide richtlijnen niet in

²⁷⁹ Van Dale groot woordenboek van de Nederlandse taal

²⁸⁰ Van Dale groot woordenboek van de Nederlandse taal

²⁸¹ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 4 alsook art. 1 lid 2 icbe I richtlijn

iedere taalversie overeen²⁸². Zo komt de Nederlandse term ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’ niet terug in de icbe I richtlijn. Vervolgens wordt wel gewoon verder gegaan met de verwijzing naar de icbe I richtlijn. *“dat de diensten van icbe’s bestaan in de collectieve belegging in effecten van uit het publiek aangetrokken kapitaal. Met het kapitaal dat de inschrijvers deponeren door aandelen te kopen, vormen en beheren de icbe’s, voor rekening van de inschrijvers en tegen een vergoeding, effectenportefeuilles²⁸³.”*

De icbe richtlijn wordt regelmatig aangepast. Icbe I richtlijn, zesde overweging van de considerans geeft aan: *“...dat de regelgeving voor instellingen voor collectieve belegging waarop de richtlijn niet van toepassing is, andere problemen doet rijzen waarvoor andersluidende bepalingen nodig zijn, en dat de coördinatie voor dergelijke instellingen derhalve in een later stadium zal plaatsvinden.”* Deze bepaling wordt ook in *JP Morgan* aangehaald²⁸⁴. In de icbe I richtlijn werden alleen beleggingen in effecten toegestaan, in de icbe IV richtlijn worden ook andere soorten liquide financiële activa toegelaten. Dit verandert omdat het destijds niet haalbaar was dergelijke fondsen te reguleren. In *JP Morgan* wordt overwogen dat *“niet met succes kan worden verwezen naar de bepalingen van de icbe-richtlijn om daaruit een bepaalde uitlegging van het begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen” [...] af te leiden²⁸⁵.”* En verder: *“zijn gesloten fondsen niet definitief uitgesloten van de in deze richtlijn afgekondigde coördinatiemaatregelen. Uit de zesde overweging van de considerans daarvan blijkt immers dat deze fondsen eenvoudigweg tijdelijk buiten de coördinatie door de richtlijn zijn gehouden. Het is dan ook niet uitgesloten dat gesloten gemeenschappelijke beleggingsfondsen later zullen worden geharmoniseerd²⁸⁶.”* Door de tekst ‘bepaalde uitlegging’, in combinatie met de rechtvaardiging dat het fonds eventueel later wel onder de icbe richtlijn zou kunnen vallen, maak ik op dat de definiëring aan de hand van de icbe richtlijn het uitgangspunt voor vergelijking is. Vergelijkbare fondsen als “gemeenschappelijke fondsen”, zijn door het doel van de bepaling en de fiscale neutraliteit vrijgesteld²⁸⁷. De definitie van de icbe richtlijn is echter beperkter, doordat

²⁸² HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 55 alsook HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 32/33

²⁸³ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 61

²⁸⁴ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 6

²⁸⁵ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 31

²⁸⁶ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 34

²⁸⁷ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 51

het betrekken van sommige fondsen zal conflicteren met de doelstelling van deze richtlijn. Niet alle fondsen kunnen, willen, of moeten zich aan de richtlijn conformeren. Dit neemt niet weg dat dit het nog steeds ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ kunnen zijn.

In *Deutsche Bank* is tot nu toe de meest gedetailleerde beschrijving gegeven. Hiermee lijkt het hof een voorsprong te nemen op de uitspraak in *Wheels*, waar de vraag ter sprake staat of pensioenfondsen ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ zijn in de zin van de vrijstellingsbepaling. Wederom wordt verwezen naar de icbe (III) richtlijn en de definitie van een icbe, om een gemeenschappelijk beleggingsfonds te definiëren²⁸⁸. In dit arrest zijn de bezwaren om aan te sluiten bij de icbe richtlijn niet meer terug te vinden.

“In concreto gaat het om gemeenschappelijke fondsen waarin een groot aantal beleggingen is samengevoegd en gespreid over verschillende waardepapieren, die doeltreffend kunnen worden beheerd met het oog op een optimaal resultaat en waarin de individueel belegde bedragen betrekkelijk klein kunnen zijn. Deze fondsen beheren hun beleggingen in eigen naam en voor eigen rekening, terwijl elke belegger een deelneming in het fonds, maar niet de beleggingsproducten zelf van het fonds bezit²⁸⁹.”

Volgens Vroon kunnen de definities in de icbe richtlijn niet als algemene definitie voor de vrijstelling gelden. Doordat in de btw de objectieve kenmerken van belang zijn, kan de btw-vrijstelling van toepassing zijn, als de kenmerkende eigenschappen aanwezig zijn. Voor de vaststelling van deze kenmerkende eigenschappen kan de richtlijn wel als richtsnoer dienen²⁹⁰. Naar mijn mening is het HvJ EU met het arrest *Deutsche Bank*, deze richting nog duidelijker ingeslagen en kunnen de definities van de richtlijn als uitgangspunt dienen van waaruit de vergelijkbaarheid van de fondsen bepaald kan worden. Hierbij dient in gedachte te worden gehouden dat de icbe richtlijn een ander doel dient en definities dus beperkter kunnen worden uitgelegd. Alle beleggingsfondsen vanuit de icbe-richtlijn zijn derhalve beleggingsfondsen vanuit de vrijstelling, maar niet alle beleggingsfondsen vanuit de vrijstelling zijn beleggingsfondsen vanuit de icbe-richtlijn.

²⁸⁸ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11(*Deutsche Bank*), r.o. 32

²⁸⁹ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11(*Deutsche Bank*), r.o. 33

²⁹⁰ A. Vroon, *Beheer is meer*, WFR 2005/508, p. 2

Objectieve kenmerken

In de noot bij het arrest *JP Morgan* geeft Sanders aan dat het bij deze vrijstelling niet gaat over de vergelijkbaarheid van de beheersactiviteiten of over de gelijke behandeling van externe beheerders, maar over de vergelijkbaarheid van de beleggingsfondsen. Nu bij de vorming van de vrijstellingsbepaling is gekozen voor de tekst ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ en niet voor een beschrijving van het verbruik, gaat het om de vergelijkbaarheid van deze fondsen. Deze vergelijkbaarheid dient uit de objectieve kenmerken te blijken. Een lidstaat kan hiervan slechts afwijken voor zover dit niet in strijd is met het doel van de bepaling en met de fiscale neutraliteit.

De overweging of een fonds onder de vrijstelling valt, zal dus afhangen van de objectieve eigenschappen van het fonds. Aangezien alleen de objectieve kenmerken ertoe doen en beleggingsfondsen of vergelijkbare entiteiten in een grote diversiteit bestaan, is het mijns inziens zinvoller hier de objectieve kenmerken te bespreken. Hier wordt eveneens uiteengezet op welke punten individuele lidstaten discretionaire bevoegdheden hebben. Uit de algemene kenmerken van beleggingsfondsen en de Europese en nationale rechtsbronnen ontleen ik de volgende elementen:

- a) Is de rechtsvorm bepalend?
- b) Is de operationele vorm bepalend?
- c) Wanneer is een fonds gemeenschappelijk?
- d) Wanneer is sprake van beleggen?
- e) Dient het fonds open te staan voor het algemene publiek?
- f) Dient er sprake te zijn van risicospreiding?
- g) Dient er inspraak te zijn in het beleid?
- h) Is verplichte of vrijwillige deelname relevant?
- i) Is het soort activa waarin wordt belegd relevant?
- j) Is de omvang van de inleg relevant?

Gezien de beperkte jurisprudentie op dit vlak en door het ontbreken van andere rechtsbronnen, grijp ik waar nodig terug op de uitgangspunten van het btw-stelsel en de uitleg hiervan door het HvJ EU. Zoals is overwogen door het HvJ EU, mag alleen een onderscheid worden gemaakt indien dit blijkt uit de tekst en de context van de bepaling en voor zover geen afbreuk wordt gedaan aan de doelstellingen van de richtlijn en het beginsel van fiscale neutraliteit.

Ad a: Is de rechtvorm bepalend?

Zoals besproken in sectie 3.4 kunnen beleggingsinstellingen in verschillende rechtsvormen voorkomen. Het verschil tussen een beleggingsfonds en een beleggingsmaatschappij is, dat de laatste doorgaans via een rechtspersoon opereert. Ook in de icbe richtlijnen wordt dit onderscheid gemaakt²⁹¹. Beide kunnen onder deze richtlijn kwalificeren.

In de vrijstellingsbepaling van de btw-richtlijn zijn alleen beleggingsfondsen genoemd. Beleggingsmaatschappijen of meer algemeen beleggingsinstellingen niet. In *Abbey II* is overwogen dat de vrijstelling van toepassing is, ongeacht de rechtsvorm van de beleggingsinstellingen²⁹². Uit de context en de bewoording van de vrijstellingsbepaling blijkt niet dat het de bedoeling van de wetgever is geweest hier een onderscheid tussen te maken²⁹³. Verder zou het onderscheid in strijd zijn met de fiscale neutraliteit²⁹⁴. Vergelijkbare prestaties dienen gelijk te worden behandeld.

Ad b: Is de operationele vorm bepalend?

In *JP Morgan* is dit onderscheid behandeld. In het Verenigd Koninkrijk werd de vrijstelling niet toegestaan voor 'closed-end' fondsen²⁹⁵. Hier is een geschil over ontstaan waarbij het HvJ EU om uitleg is gevraagd. Hier is overwogen dat voorzover fondsen vergelijkbaar zijn met 'gemeenschappelijke beleggingsfondsen', het niet gerechtvaardigd is om deze uit te sluiten van de vrijstelling in het licht van het doel van de bepaling en het beginsel van fiscale neutraliteit²⁹⁶. Het HvJ EU overweegt in dit arrest, dat uit de tekst en de context niet blijkt dat de richtlijngever de bedoeling had om onderscheid te maken naargelang de operationele vorm²⁹⁷. Het maakt niet uit of verplicht gebruik gemaakt dient te worden van een externe beheerder, zoals bij 'open-end' fondsen het geval is. Hier wordt overwogen dat deze fondsen, indien ze er voor kiezen om een externe beheerder aan te trekken, zich in objectief dezelfde situatie bevinden²⁹⁸. In *Abbey II* is al duidelijk gemaakt dat geen onderscheid naar rechtsvorm gemaakt mag worden. Nu gaat

²⁹¹ RICHTLIJN 2009/65/EG, art. 1 lid 3

²⁹² HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 53, zie ook HvJ EU 7 september 1999, nr. C-216/97 (*Gregg*), r.o.20

²⁹³ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 54

²⁹⁴ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 56

²⁹⁵ Fondsen met vast kapitaal. Zie sectie 3.3.1.

²⁹⁶ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Claverhouse*), r.o. 51

²⁹⁷ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Claverhouse*), r.o. 28

²⁹⁸ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Claverhouse*), r.o. 36

het HvJ EU dus nog een stapje verder door aan te geven dat ook de operationele vorm geen onderscheidend element dient te zijn. In het arrest *JP Morgan* is niet ingegaan op andere fondsen aangezien het niet tot de gestelde vragen behoorde²⁹⁹. Mijns inziens zal operationeel gezien ieder fonds in de vrijstelling delen, zolang sprake is van de overige objectieve eigenschappen van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’. Bovendien is het niet vereist om onder toezicht te staan. ‘Closed end’ fondsen zijn immers van de icbe richtlijn uitgesloten.

Ad c: Wanneer is een fonds gemeenschappelijk?

Vroon stelt dat door het onderscheid tussen collectief en individueel vermogen, feitelijk dezelfde handeling, verschillend wordt belast. Dit is in strijd met het neutraliteitsbeginsel³⁰⁰. De neutraliteit wordt geschaad, maar hoe het ook zij, individueel vermogensbeheer is niet vrijgesteld. Dit is aan de richtlijngever en niet aan de rechtsprekende macht.

Dat individueel vermogensbeheer niet onder de vrijstelling valt, is onlangs bevestigd in de zaak *Deutsche Bank*³⁰¹. Hier werd het HvJ EU onder meer gevraagd of discretionair individueel vermogensbeheer ook onder de vrijstelling voor ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ kan vallen. Het HvJ EU heeft hierbij overwogen dat deze fondsen niet vergelijkbaar zijn. Gemeenschappelijke fondsen: “*beheren hun beleggingen in eigen naam en voor eigen rekening, terwijl elke belegger een deelneming in het fonds, maar niet de beleggingsproducten zelf van het fonds bezit*³⁰².” Diensten bij individueel vermogensbeheer “*hebben daarentegen over het algemeen betrekking op de activa van één individu, die een betrekkelijk hoge totale waarde moeten hebben, wil het beheer ervan rendabel zijn. De portefeuillebeheerder koopt en verkoopt beleggingsproducten in naam en voor rekening van de belegger, die tijdens de gehele duur van de overeenkomst alsook bij de beëindiging ervan eigenaar blijft van de persoonlijke waardepapieren.*” Bovendien is fiscale neutraliteit geen regel van primair recht waardoor het de bepaling niet kan oprekken.

Naast dat sprake dient te zijn van meerdere individuen, lijkt het HvJ EU er, blijkens deze vergelijking, ook belang in te zien dat het vermogen wordt vermengd, dat dit als

²⁹⁹ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 52

³⁰⁰ A. Vroon, Beheer is meer, WFR 2005/508, p. 3

³⁰¹ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank)

³⁰² HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank), r.o. 33

geheel wordt belegd en dat de participanten slechts een deelneming in het geheel hebben en dus niet het directe eigendom hebben van de belegde activa.

Vroon geeft aan dat door het ontbreken van verdere eisen omtrent ‘collectief’ hier al aan voldaan zal zijn, indien van tenminste twee (rechts)personen het vermogen is vermengd. Hier zal dus ook aan voldaan zijn indien één hiervan slechts een geringe inbreng heeft. Deze inbreng mag volgens Vroon echter niet zo beperkt zijn dat deze als symbolisch moet worden gezien. Hierdoor zou de collectiviteit betekenisloos worden. Vroon geeft aan dat het matchen van vermogens op basis van beleggingsprofielen niet tot een collectieve belegging zal leiden. Er kan dus niet worden volstaan met het gezamenlijk beheren van individuele vermogens omdat de beleggingsprofielen overeen komen. De vermogens moeten daadwerkelijk vermengd worden, waarbij de inleggers recht hebben op een evenredig deel van het vermogen aan de hand van hun inleg³⁰³.

Zoals in *Abbey II* wordt overwogen: “*met het kapitaal dat de inschrijvers deponeren door aandelen te kopen, vormen en beheren de icbe’s, voor rekening van de inschrijvers en tegen een vergoeding, effectenportefeuilles*³⁰⁴.” Dit impliceert een economische relatie tussen eigendom, opbrengst en risico. Een economisch eigendom impliceert zowel lasten als vruchten. Hierdoor dient naar mijn mening sprake te zijn van risicodeling, opbrengstdeling en van economisch eigendom door meer dan één participant. Dit volgt ook uit het arrest *Deutsche Bank* waar wordt gesproken van een deelneming. Vroon stelt hierbij dat een deelnemer die niet deelt in het risico, niet mee zal tellen in het collectief³⁰⁵. Hoe de inleg tot stand is gekomen is in mijn optiek niet relevant³⁰⁶. Het gaat erom dat het fonds ten tijde van de beheersdienst aan de eerder genoemde eigenschappen voldoet van risicodeling en gerechtigheidsdeling.

Het is de vraag in hoeverre sprake is van een collectief indien één persoon een gedeelte persoonlijk inlegt en een gedeelte via zijn b.v.. Vergelijkbaar in die zin kan men denken aan een 100% aandeelhouder van twee bv’s, waarvan het vermogen wordt vermengd en beheerd, of indien het vermogen van een groep samen is gebracht in een fonds. Het omvormen van een individueel vermogen in een collectief is op een dergelijke manier

³⁰³ A. Vroon, *Beheer is meer*, WFR 2005/508, p. 3

³⁰⁴ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (*Abbey National II*), r.o. 61

³⁰⁵ A. Vroon, *Beheer is meer*, WFR 2005/508, p. 3

³⁰⁶ Gedacht kan worden aan individueel vermogensbeheer via een beleggingsmaatschappij waarbij een gedeelte van de aandelen wordt geschonken aan een tweede partij. Hier zal mijns inziens, per dat moment sprake zijn van een gemeenschappelijk beleggingsfonds.

eenvoudig te bereiken. Het is de vraag of de genoemde vormen van collectief beleggen onder misbruik van recht kunnen vallen. Hier zal mijns inziens niet snel sprake van zijn. Misbruik van recht ontstaat indien uit de objectieve factoren blijkt dat het wezenlijke doel belastingbesparing is en dit ontstaat in strijd met het doel van de richtlijn³⁰⁷. De belastingplichtige hoeft echter niet de duurste route te kiezen³⁰⁸. Hij mag dus fiscale overwegingen mee laten spelen. Misbruik van recht zal alleen ontstaan als de constructie kunstmatig is. In eerder genoemde voorbeelden zal derhalve geen misbruik van recht ontstaan, indien de handelingen zijn ontstaan vanuit de normale bedrijfsvoering. Indien het vermogen van een persoon via de vennootschap wordt gesluisd, waarbij het enkele doel het creëren van een collectief is, zal mijns inziens, wel sprake zijn van een kunstmatige constructie en zal sprake zijn van misbruik van recht.

Ad d: Wanneer is sprake van beleggen?

Nu het door de tekst van de vrijstellingsbepaling gaat om de vergelijkbaarheid van beleggingsfondsen, is het doel van het fonds van belang en niet het doel van de participant. Om voor de vrijstelling te kwalificeren dient hierdoor uit het doel van het fonds te blijken dat de activa ter belegging wordt gekocht. Dit is een strikter criterium dan de eis dat participanten het fonds ter belegging dienen te houden. Uit de icbe IV richtlijn blijkt, dat het uitsluitende doel van beleggingsfondsen het beleggen in effecten en overige liquide activa is. Blijkens de icbe IV richtlijn mogen beleggingsfondsen niet zoveel aandelen met stemrecht verwerven dat zij daardoor invloed van betekenis kunnen uitvoeren op het bestuur³⁰⁹. Iets ter belegging houden impliceert een bepaalde afstand tussen activa en belegger. Het wijst op de instandhouding van het vermogen en het vruchtdragend maken ervan. Indien de activa anders dan ter belegging wordt gehouden, kan de vrijstelling mijns inziens niet worden toegepast. In dat geval is geen sprake van een beleggingsfonds.

Zoals in sectie 3.3 is besproken, dienen instellingen die ondernemen in plaats van beleggen, niet als een beleggingsfonds te worden gezien. Een concernholding of een private equity fonds³¹⁰ met een uitgebreide portfolio aan deelnemingen, kwalificeert niet

³⁰⁷ HvJ EU 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax)

³⁰⁸ HvJ EU 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax), r.o. 73

³⁰⁹ Art. 56 icbe IV richtlijn

³¹⁰ Dit zijn participatiemaatschappijen die meerderheidsbelangen innemen in ondernemingen. De deelnemingen zijn niet-beursgenoteerde ondernemingen of deze worden van de beurs

voor de vrijstelling, nu geen sprake is van belegging. Hier wordt actief invloed uitgeoefend op de waarde van de activa. Dit geldt ook voor vastgoedmaatschappijen als projectontwikkelaars. Een ander voorbeeld is een detaillist die als handelaar goederen koopt en in zijn winkel voor een hogere prijs verkoopt. De taken die deze verricht omvat het transport, het uitstellen en opdelen van de partijen, de reclame. Deze taken beïnvloeden actief de waardeontwikkeling van de producten, doordat bij deze taken het voordeel te voorzien is. Zoals besproken in sectie 3.3.2 is bij een belegging een koerswinst niet te voorzien. Uit de objectieve kenmerken van het fonds moet blijken dat geen sprake is van een actievere betrokkenheid met de activa, dan bij beleggen doorgaans het geval is. Bij dergelijke instellingen zal het probleem van de niet-aftrekbare voorbelasting ook niet spelen, indien het uitbesteed beheer belast zou zijn. Private equity fondsen kunnen als moeiende holdingvennootschappen gezien worden³¹¹ en vastgoedontwikkelaars zullen belaste prestaties verrichten.

Nu is de vraag waar op het vlak tussen een concernholding en een beleggingsfonds de overgang ligt? Het nadeel van dergelijke overgangsgebieden is dat het op deze punten vaak ingewikkeld neigt te worden. We komen dit grijze gebied meer tegen in het fiscale landschap, echter niet op Europees niveau. Zoals beschreven in sectie 3.3.1 bestaat dit onderscheid ook in het burgerlijk recht. De icbe richtlijn kan hier geen hulp bieden, aangezien daar geen onderscheid tussen ondernemen en beleggen wordt gemaakt. In die richtlijn wordt een onderscheid gemaakt tussen beleggen en op een andere manier beleggen. De AIFM richtlijn heeft dit onderscheid wel. Deze richtlijn dient per juli 2013 opgenomen te zijn in de nationale wetgeving en beoogt alle niet-icbe beleggingsfondsen te reguleren. De richtlijn is van toepassing op instellingen voor collectieve belegging, die rechtstreeks kapitaal ophalen en dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van deze beleggers beheren³¹². Holdings worden door deze richtlijn expliciet uitgesloten³¹³. Een holding is, volgens deze richtlijn, een onderneming die via haar dochtermaatschappijen een bedrijfsstrategie wil uitvoeren, om aan hun langetermijnwaarde bij te dragen³¹⁴. Hiernaast dient de onderneming niet te zijn opgericht met als hoofddoel voor haar beleggers rendement te genereren, tenzij de

afgehaald waaruit de term 'private' is ontstaan. Middels het zeggenschap kan een moeiende houding worden ingenomen en wordt getracht waarde toe te voegen aan het belang.

³¹¹ Zie sectie 4.3

³¹² Art. 4 lid 1 onderdeel a AIFM richtlijn

³¹³ Art. 2 lid 3 onderdeel a AIFM richtlijn

³¹⁴ Art. 4 lid 1 onderdeel o AIFM richtlijn

onderneming voor eigen rekening optreedt en de aandelen beursgenoteerd zijn. Dit criterium gaat derhalve over de relatie tussen de onderneming en de deelnemers. Hierdoor zullen private equity fondsen ook onder deze richtlijn vallen.

Mijns inziens neigt de uitleg van het HvJ EU omtrent de btw-vrijstelling niet tot een aansluiting met de AIFM richtlijn bij dit onderscheid. Bij de btw-vrijstelling gaat het om de vergelijkbaarheid van beleggingsfondsen. Dit zijn, ingevolge het arrest Deutsche Bank, instellingen waarin een groot aantal beleggingen is samengebracht. De AIFM heeft het over de relatie tussen de onderneming en de deelnemers. De onderneming moet als hoofddoel hebben rendement voor haar beleggers te generen. Dit is een lossere criterium dan de beschrijving die het HvJ EU tot nu toe aan een gemeenschappelijk beleggingsfonds heeft gegeven. Bij deze arresten wordt steeds de manier van beleggen aangehaald. De relatie tussen het fonds en de beleggingen.

Het onderscheid tussen ondernemen en beleggen is derhalve niet geheel duidelijk. Mijns inziens ligt dit onderscheid bij het woord beleggen. Het HvJ EU heeft aangegeven dat het gaat om de vergelijkbaarheid van beleggingsfondsen. De definitie van beleggingsfondsen wordt gedaan aan de hand van de icbe I richtlijn. Het doel van deze fondsen is het beheren van beleggingen. Uit het doel van het fonds dient hierdoor te blijken dat de activa ter belegging wordt gehouden. De maatschappelijke definitie van een belegging wijst op de instandhouding van het vermogen en het vruchtdragend maken ervan. De Nederlandse toezichtregels komen hiermee overeen. Verricht de instelling arbeid die de waardeontwikkeling van de activa, of van de activa van haar deelnemingen beïnvloedt, dan is sprake van ondernemen. Nederlands beleid heeft Europees gezien geen invloed, maar mijns inziens ligt het onderscheid op hetzelfde punt.

Het HvJ EU heeft in JP Morgan overwogen dat kwalificatie naar nationaal recht als 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' onvoldoende rechtvaardiging vormt om in aanmerking te komen voor een communautaire vrijstelling. Lidstaten mogen de grens tussen ondernemen en beleggen derhalve niet oprekken zodat meer fondsen onder de richtlijn vallen. Bij de uitleg dienen de lidstaten het doel van de vrijstelling te eerbiedigen; particuliere beleggers in staat stelt te beleggen in grote beleggingsportefeuilles en aldus hun risico op de aandelenmarkt te verminderen. Indien lidstaten de grens tussen ondernemen en beleggen meer richting beleggen zouden zetten, handelen ze in strijd met het doel van de vrijstelling. Mijns inziens heeft een lidstaat derhalve geen bevoegdheid dit criterium te definiëren.

Ad e: Dient het fonds open te staan voor het algemene publiek?

Het bijvoeglijk naamwoord ‘gemeenschappelijk’ in de vrijstellingsbepaling, lijkt een pleonasme. De definitie beleggingsfonds heeft al een gemeenschappelijk karakter³¹⁵. Hierdoor wordt gemeenschappelijk herhaald. In de Duitse tekst van de bepaling wordt gemeenschappelijk beleggingsfonds aangeduid als Sondervermögen, in de Engelse tekst als special investment funds³¹⁶. Gemeenschappelijk of speciaal zou hierdoor een extra criterium kunnen zijn. Er zou gedacht kunnen worden aan een fonds welke openstaat voor het algemene publiek, fondsen die in de gemeenschappelijke markt verhandeld en aangeboden worden. In de zesde overweging van de icbe III richtlijn, waar het arrest *JP Morgan* naar verwijst³¹⁷, wordt beschreven dat icbe’s instellingen zijn die *„hun rechten van deelneming aan het publiek in de Gemeenschap te koop aanbieden.”* Hiernaast wordt in dat arrest en in *Abbey II* verwezen naar de definitie in de icbe richtlijn waarin staat dat de beleggingen worden gedaan met *“van uit het publiek aangetrokken kapitaal”*. Over de definitie van de icbe richtlijn wordt evenwel aangegeven dat die te beperkt is. In *Deutsche Bank* wordt een definitie van ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ gegeven aan de hand van de definitie in de icbe III richtlijn. Hierin wordt dit argument niet herhaald. Hiermee geeft de HvJ EU mijns inziens een ruimere definitie. Door het weglaten van die passage geeft het mijns inziens bovendien aan dat open of besloten fondsen ook vergelijkbaar zijn. In de gewezen jurisprudentie is dus geen aanwijzing te vinden dat het HvJ EU dit criterium aan zal hangen. Bovendien ziet de richtlijn alleen toe op fondsen die zich per definitie open wensen te stellen voor het algemene publiek. Als dit niet het geval is hoeven ze zich hier niet aan te conformeren. In Nederland, onder de wft, is een fonds vrijgesteld van toezicht indien het fonds zich tot minder dan 150 mensen richt. Dit neemt mijns inziens niet weg dat nog steeds sprake is van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’.

Open of besloten heeft in mijn opinie geen invloed op de definitie van een beleggingsfonds. Een beleggingsfonds kan ook bestaan indien deze niet in de markt wordt gezet, maar alleen opgezet is voor een beperkte groep inleggers. Tekstueel of contextueel is het dus mijns inziens geen onderscheidend element.

³¹⁵ Zie eerste alinea van onderdeel - Reikwijdte van de definitie, sectie 3.3.2

³¹⁶ Zie bijlage II

³¹⁷ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Claverhouse*), r.o. 6

Volgens vaste rechtspraak dienen vrijstellingen strikt te worden uitgelegd doordat ze een inbreuk zijn op het algemene karakter van de belasting en kunnen zorgen voor een verstoring van de juridische neutraliteit. In het geval van beleggingsfondsen zal de verstoring van deze neutraliteit beperkt zijn, aangezien beleggingsfondsen zelf doorgaans ook vrijgesteld zijn. Deze strikte uitleg gaat bovendien niet zo ver dat de vrijstelling geen effect meer heeft. Hij wordt dus beperkt door het doel van de vrijstelling en door de economische neutraliteit. Het doel: het gelijkstellen van direct beleggen en fondsbeleggen, zal hier eveneens op gaan. De fondsen bevinden zich in objectief dezelfde situatie, indien ze er voor kiezen om een externe beheerder aan te trekken. Hiernaast zou de economische neutraliteit worden geschaad indien besloten fondsen worden uitgesloten van de vrijstelling. Vanuit de uitgangshouding zullen dergelijke fondsen in concurrentie staan met open fondsen. Bovendien zijn ze naar de definitie van het HvJ EU uit het arrest *Deutsche Bank* vergelijkbaar³¹⁸. Op basis van deze argumenten is het mijns inziens niet gerechtvaardigd besloten fondsen uit te sluiten van de vrijstelling. Besloten of open is dan geen onderscheidend element.

Ad f: Dient er sprake van risicospreiding te zijn?

In het effectenrecht omvat de term beleggingsfonds: instelling die gelden van individuele spaarders of inleggers belegt; het soort belegging die wegens spreiding van aandelen in diverse bedrijfssectoren door de bank genomen weinig fluctueert, waardoor het minder rendeert dan aandelen³¹⁹. Blijkens *Deutsche Bank* gaat het om fondsen waarin een groot aantal beleggingen is samengevoegd en gespreid over verschillende waardepapieren³²⁰. Bovendien verwijst de doelstelling zoals geformuleerd door het HvJ EU ernaar: “*hetgeen particuliere beleggers in staat stelt te beleggen in grote beleggingsportefeuilles en aldus hun risico op de aandelenmarkt te verminderen*”³²¹. In de icbe IV richtlijn, waar de definitie uit *Deutsche Bank* op is gebaseerd, wordt dit omschreven als het beginsel van risicospreiding³²². Onder deze richtlijn mogen fondsen niet meer dan 5% van het kapitaal beleggen in effecten of obligaties die door dezelfde partij wordt uitgegeven³²³. Bij *JP Morgan* is overwogen, dat de ter discussie staande beleggingsinstellingen, vormen van

³¹⁸ Zie sectie: reikwijdte van de definitie

³¹⁹ Lycaeus Juridisch Woordenboek

³²⁰ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11(*Deutsche Bank*), r.o. 33

³²¹ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (*JP Morgan Claverhouse*), r.o. 50

³²² Art. 1 lid 2 icbe IV richtlijn

³²³ Art. 52 icbe IV richtlijn. Dit is ingegeven ter voorkoming van tegenpartijrisico. Zie onderdeel 42 van icbe IV richtlijn.

gemeenschappelijke beleggingsinstrumenten met risicospreiding zijn, waardoor deze voldoen aan de definitie van de btw-vrijstelling³²⁴.

Bruggen en Tetteroo³²⁵ stellen na het arrest *JP Morgan* dat de aanhaling van risicospreiding door het HvJ EU geen expliciete betekenis heeft. Dit zou slechts door de bewoording van de verwijzingsrechter komen en wordt nergens herhaald. Dat de icbe richtlijn er wel naar verwijst heeft geen betekenis volgens hen, aangezien het hof al heeft aangegeven dat die richtlijn geen doorslaggevende betekenis heeft. Dit standpunt lijkt mij, na het arrest *Deutsche Bank* achterhaald, nu het HvJ EU expliciet naar dit beginsel verwijst bij de definitie van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’.

Volgens Vroon kunnen de definities in de icbe richtlijn niet als algemene definitie voor de vrijstelling gelden. Doordat in de btw de objectieve kenmerken van belang zijn, kan de btw-vrijstelling van toepassing zijn als de kenmerkende eigenschappen aanwezig zijn. Voor de vaststelling van deze kenmerkende eigenschappen kan de richtlijn als richtsnoer dienen³²⁶. Blijkens de algemene definitie en die vanuit de icbe richtlijn, is een bepaalde mate van diversificatie een kenmerkende eigenschap van de ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’. Zoals ik het afleid, dient dit criterium hierdoor tekstueel gezien als een onderscheidend element te worden gezien. Ook het HvJ EU lijkt die kant op te gaan met de door haar geformuleerde doelstelling van de vrijstelling. Het beginsel van de economische neutraliteit kan hier geen verandering in brengen aangezien het een definitie niet kan oprekken nu het geen regel van primair recht is. Bovendien zijn de fondsen niet vergelijkbaar nu de icbe richtlijn als uitgangspunt voor deze vergelijking dient. Gelet op het bovenstaande is het mijns inziens een onderscheidend element.

De risicospreiding dient te blijken uit de objectieve kenmerken van het beleggingsfonds. In een toonaangevende studie van Evans en Archer³²⁷ wordt aangetoond dat een portfolio van 10 aandelen ongeveer hetzelfde risico heeft als de marktportefeuille. Statman³²⁸ geeft weer aan dat dit minimaal om 30 aandelen dient te gaan. De meningen

³²⁴ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 50

³²⁵ G.J. van Bruggen en N. Tetteroo, Deur naar btw-vrijstelling voor gesloten beleggingsinstellingen geopend, BTW-Brief 8/9, 2007.

³²⁶ A. Vroon, Beheer is meer, WFR 2005/508, p. 2

³²⁷ J. L. Evans en S. H. Archer, Diversification and the reduction of dispersion: an empirical analysis, *Journal of Finance*, December 1968, p. 761-767

³²⁸ M. Statman, How many stocks make a diversified portfolio?, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, September 1987, p. 353-363.

zijn verdeeld. Waar de meningen wat mij betreft niet verdeeld dienen te zijn, is dat dit niet af dient te hangen van de btw-wetgeving. Hierdoor kan mijns inziens geen kwantitatief criterium worden ingelegd door de btw-regelgeving. Het zal moeten blijken uit de objectieve kenmerken, uitgelegd door nationale rechters. Zoals eerder overwogen, kan een kwalificatie naar nationaal recht niet voor toepassing van een vrijstelling zorgen³²⁹. Hierdoor kan een lidstaat dit criterium niet ruimer nemen dan de Europese definitie. Een verdere aanscherping van het criterium is eveneens niet mogelijk door de afzonderlijke lidstaten. Dit zou in strijd zijn met de fiscale neutraliteit.

Vroon wijst nog op het onderscheid tussen een concernholding en een beleggingsfonds. Een normale concernholding “zoals een beursvennootschap die geld vanuit het publiek verkrijgt in ruil voor aandelen” zal niet kwalificeren als beleggingsfonds. “Hun werkzaamheid pleegt niet als beleggen te worden aangeduid, doch als het verschaffen van kapitaal aan en het beheer over hun werkmaatschappijen en deelnemingen³³⁰.” Vroon geeft hierbij aan dat het onderscheid dun is. Aandeelhouders van een concernholding zullen immers ook een vermogenstoename beogen³³¹. Mijns inziens wordt dit onderscheid ondervangen door het beginsel van risicospreiding en dat sprake moet zijn van beleggen. Hoewel bij een concernholding wel sprake kan zijn van risicospreiding, zal van de combinatie geen sprake zijn.

Ad g: Dient er inspraak in het beleid te zijn?

Bij een participatie in een beursgenoteerd beleggingsfonds heeft men doorgaans geen inspraak in de beleggingsstrategie. Dit kan anders zijn bij een kleinschaliger fonds. Of deze factor van invloed is op de belastbaarheid van de beheersdiensten aan deze fondsen, blijkt niet uit de Europese jurisprudentie. Een tekstuele uitleg van de bepaling wijst hier mijns inziens niet op. De afwezigheid van een bepaalde mate van invloed op de strategie van het fonds verhindert niet dat tekstueel sprake kan zijn van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’. Dit is afhankelijk van andere factoren. Indien wordt uitgegaan van de definitie zoals gedefinieerd door het HvJ EU, blijkt niet dat dit een onderscheidend element is en zijn de fondsen vergelijkbaar ongeacht dit criterium. Het fonds moet beheerd kunnen worden in eigen naam en voor eigen rekening, met het oog op een optimaal resultaat.

³²⁹ Zie Ad d. (Wanneer is sprake van beleggen) op basis van J.P. Morgan r.o. 53

³³⁰ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 21 127 nr. 3, 88/89, p. 15

³³¹ A. Vroon, Beheer is meer, WFR 2005/508

Tekstueel kan, mijns inziens, dus sprake zijn van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, indien geen sprake is van enige inspraak. Het doel van de vrijstelling zal hier eveneens opgaan; het gelijkstellen van direct beleggen en fondsbeleggen. Bovendien zullen deze fondsen in concurrentie staan met andere gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Indien de fondsen voor de keuze staan om uit te besteden, bevinden ze zich in objectief dezelfde situatie. Hierdoor is dit mijns inziens geen onderscheidend element en is het niet gerechtvaardigd op basis van dit criterium fondsen uit te sluiten.

Ad h: Is verplichte of vrijwillige deelname relevant?

Mijns inziens heeft de verplichting tot deelname geen invloed op het feit of tekstueel sprake kan zijn van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Een verplichting tot deelname zorgt er niet voor dat het fonds objectief anders is dan een fonds zonder deze verplichting. Indien de fondsen voor de keuze staan tot het aantrekken van een externe beheerder bevinden ze zich in objectief dezelfde situatie. Bovendien blijkt niet uit de definitie van ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ van het HvJ EU, dat dit een onderscheidend element is.

Volgens de doelstelling van de vrijstelling, zoals blijkt uit de arresten *Abbey II*, beoogt het te garanderen dat het gemeenschappelijke btw-stelsel fiscaal neutraal is met betrekking tot de keuze tussen rechtstreeks beleggen in effecten en beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Aangezien deelnemers van een verplicht fonds geen keuze hebben, kan beargumenteerd worden dat het niet binnen de doelstelling van de regeling valt. Bovendien zullen verplichte fondsen niet met elkaar concurreren waardoor op dat punt de economische neutraliteit niet wordt geschaad door een uitsluiting van verplichte fondsen.

Uit het bovenstaande blijkt mijns inziens dat sprake is van een gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van de vrijstelling ongeacht of het een verplicht of vrijwillig fonds is. Het doel van de vrijstelling en de fiscale neutraliteit wordt in mijn optiek niet geschaad door een uitsluiting van verplichte fondsen. Hierdoor is een uitsluiting van dergelijke fondsen door afzonderlijke lidstaten gerechtvaardigd.

Ad i: Is waarin wordt belegd relevant?

Noch de btw-richtlijn, noch de uitleg van het HvJ EU geeft een uitleg of een beperking bestaat van de soorten activa waarin belegd mag worden. Het is dus onzeker of alle soorten activa zijn toegestaan voor de vrijstelling. Vroon geeft aan: *”er is geen aanleiding*

*te veronderstellen dat beleggingsinstellingen die in andere zaken beleggen, zoals onroerende zaken, buiten het bereik van de btw-vrijstelling blijven*³³².” Ook Bruggen en Tetteroo zien deze mogelijkheid: “*De door het HvJ EG geformuleerde criteria laten naar onze mening in ieder geval wel de deur open voor gebruik van de vrijstelling door andere types beleggingsinstellingen dan die in dit arrest aan de orde gekomen zijn*”³³³.”

De icbe IV richtlijn staat het beleggen in effecten en obligaties toe, naast banktegoeden, deelnemingen in icbe-fondsen en niet-icbe fondsen voor zover die vergelijkbaar zijn met icbe-fondsen. Ook derivaten zijn toegestaan voor zover de onderliggende waarde voldoet. Beleggen in vastgoed en grondstoffen is niet toegestaan. Bovendien kan alleen in liquide activa worden geïnvesteerd. Zoals ik heb overwogen, kunnen de definities in de icbe richtlijn, zoals die nu gelden onder de icbe IV richtlijn, als een uitgangspunt ter vergelijking dienen. De eisen aan de liquiditeit van de beleggingen zijn mijns inziens een gevolg van de doelstelling van de icbe-richtlijn. Het is bedoeld om de beleggers bescherming te bieden. Het zijn kwalitatieve eisen aan het fonds maar hebben geen invloed op de definiëring. Er is nog steeds sprake van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’.

De eigenschappen van ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’, zoals omschreven in het arrest *Deutsche Bank*, geven geen aanleiding te veronderstellen dat het HvJ EU hier anders over denkt. Een beleggingsfonds is een instelling “*waarin een groot aantal beleggingen is samengevoegd en gespreid over verschillende waardepapieren*”. De betekenis van het woord waardepapieren in deze context is onduidelijk. Voor de btw-richtlijn is het een bekend begrip. Het komt eveneens voor in de bepaling van de vrijstelling voor handelingen inzake aandelen en andere waardepapieren³³⁴. De richtlijn biedt geen verdere uitleg van de definitie en over de betekenis bestaat geen duidelijke consensus. Vaak aangehaalde eigenschappen zijn dat het stukken zijn met een bepaalde mate van liquiditeit, die in het leven zijn geroepen om de verhandelbaarheid te vergroten en dus de geld- en goederenmarkt te bevorderen³³⁵. Het gaat om aandelen, obligaties en andere eigendomsbewijzen die geld of goed vertegenwoordigt. Dit is echter gebaseerd op Nederlandse rechtsbronnen, een Europese definitie ontbreekt waardoor de

³³² Vroon, *Beheer is meer*, p 2

³³³ G.J. van Bruggen, en N. Tetteroo, *Deur naar btw-vrijstelling voor gesloten beleggingsinstellingen geopend*, BTW-Brief 8/9, 2007

³³⁴ Art. 135 lid 1 onderdeel f

³³⁵ TC 22 maart 1943, nr. 2678 O

betekenis onduidelijk is. Mijns inziens is een precieze definitie voor de reikwijdte van de vrijstelling van beheer van beleggingsfondsen niet cruciaal. Tekstueel dient sprake te zijn van een beleggingsfonds. De liquiditeit van de beleggingsobjecten heeft geen invloed op de definiëring van het fonds. Een fonds dat belegt in vastgoed, kan ook een beleggingsfonds zijn. De uitsluiting van fondsen die vergelijkbaar zijn met 'beleggingsfondsen' in de zin van de vrijstellingsbepaling zou een schending zijn van de fiscale neutraliteit. Bovendien is het in strijd met het doel van de vrijstelling. Eén van de manieren om meer diversificatie te bereiken is immers, dat het via een fonds mogelijk is om in vastgoed te beleggen. Dit is doorgaans niet erg liquide.

Bij aandelen- of obligatiefondsen bestaat bij een brede uitleg van de vrijstelling geen gevaar op de schending van de juridische neutraliteit. Deze fondsen zijn immers vrijgesteld. Dit bestaat wel bij andere beleggingscategorieën waarmee mogelijk belaste prestaties worden verricht, bijvoorbeeld de exploitatie van vastgoed. Niet aftrekbare voorbelasting verdwijnt in de belaste transactieketen, waardoor de neutraliteit wordt geschaad. Mijns inziens valt tekstueel en contextueel geen indicatie af te leiden dat de richtlijngever een dergelijke beperking van beleggingscategorieën heeft beoogd. Het doel van de vrijstelling zoals gedefinieerd door het HvJ EU gaat net zo goed op ongeacht de beleggingscategorie. Nog wel meer misschien, doordat sommige categorieën individueel niet open staan ter belegging voor de kleinere beleggers. Bovendien zullen de fondsen in concurrentie treden. Hierdoor wordt met de uitsluiting van deze fondsen de economische neutraliteit verstoord. Mijns inziens wegen deze argumenten op tegen de schending van de juridische neutraliteit. Een uitsluiting op basis van het soort activa is hierdoor mijns inziens niet gerechtvaardigd.

Ad j: Is de omvang van de inleg relevant?

Na het arrest *Abbey II* argumenteerde Voets³³⁶, dat hij zich kon voorstellen dat lidstaten de vrijheid hebben beleggingsinstellingen uit te sluiten van de vrijstelling indien die voor kleine beleggers ontoegankelijk zijn. Hierbij dacht hij aan fondsen met een hoog minimumbedrag of aan vastgoedfondsen.

In de zaak *JP Morgan* formuleerde het HvJ EU de doelstelling van de vrijstelling, in tegenstelling tot *Abbey II*, door uit te gaan van beleggers in plaats van kleine beleggers.

³³⁶ Voets, M.M.G.A., *Abbey National II: Een teken voor verdure harmonisatie?*, BtwBrief nr. 6/7 2006

Volgens Bruggen en Tetteroo³³⁷ is de doelstelling net zo goed van toepassing bij grotere beleggers. Bovendien zou het slechts een voorbeeld zijn. Als uit wordt gegaan van de tekst of de context, wordt geen ondersteuning gevonden voor het standpunt dat alleen kleine beleggers in de vrijstelling kunnen delen. Uit de definitie van beleggingsfondsen in *Deutsche Bank* “*waarin de individueel belegde bedragen betrekkelijk klein kunnen zijn*” maak ik op dat geen uitsluiting voor grote bedragen wordt gegeven. Bovendien wijst deze zin, mijns inziens, eerder op de activa allocatie van het fonds; dat het gedeelte wat in één soort activa is belegd relatief klein is. Dan wijst het niet naar de afmeting van de deelnemingsrechten maar van de beleggingen van het fonds.

Vanuit het doel van de vrijstelling kan worden gesteld, dat beleggers met een groter vermogen niet de diversificatievoordelen hebben bij het gezamenlijk beleggen, zoals kleine beleggers die wel hebben. Voor hen wordt slechts kostendeling bereikt. Fondsen die een grote, danwel een kleine minimale inleg vereisen, concurreren mijns inziens met elkaar. Het wordt voor deze ‘grote’ fondsen moeilijker gemaakt te concurreren bij een uitsluiting van de vrijstelling. Bij een lagere vereiste inleg zullen ze bovendien verplicht aan de eisen van de wft moeten voldoen. Hierdoor heeft de btw invloed op het organisatiemodel wat in strijd is met de fiscale neutraliteit³³⁸. Bovendien is een uitsluiting in mijn opinie in strijd met het beginsel van een gelijke behandeling. Als met een lager tarief op brood wordt beoogd personen met weinig draagkracht te ontzien bij de voorziening in de primaire levensbehoeften, past het niet om voor draagkrachtigere personen, die mogelijk duurder brood kopen, dit tarief niet toe te passen. Dit past niet binnen de btw en is niet effectief. De btw gaat uit van de modale consument en dan zou iedereen meedoen via kleinere deelnemingen. Mijn stelling is dus dat hier geen sprake is van een onderscheidend element nu de tekstuele uitleg hier geen reden voor geeft en het in strijd zou zijn met de fiscale neutraliteit.

Pensioenfondsen

Hoewel een uitputtend overzicht van de verschillende verschijningsvormen van fondsen, die al dan niet voor de vrijstelling kwalificeren, buiten het bereik van deze scriptie valt, wordt wel ingegaan op pensioenfondsen. Over de kwalificatie van deze fondsen valt naar verwachting begin 2013 een beslissing door het HvJ EU. Ik zal hierdoor de eerder

³³⁷ G.J. van Bruggen en N. Tetteroo, Deur naar btw-vrijstelling voor gesloten beleggingsinstellingen geopend, BTW-Brief 8/9, 2007

³³⁸ HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II), r.o. 68

besproken objectieve kenmerken die van belang zijn vergelijken met de objectieve kenmerken van een pensioenfonds. Dit dient tevens ter illustratie van de besproken reikwijdte.

Beleggingsfondsen worden gebruikt door particulieren en institutionele beleggers. De institutionele beleggers zijn, in deze zin, voornamelijk pensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen³³⁹. 69% van het beheerde vermogen is van institutionele beleggers afkomstig³⁴⁰. In beleggingsfondsen wordt het vermogen van institutionele beleggers vrijgesteld beheerd.

Naast de zeven biljoen in beleggingsfondsen, wordt in Europa ook nog eens ongeveer zeven biljoen discretionair beheerd³⁴¹. Dit is naar Nederlands beleid niet vrijgesteld. In landen waar zich grote pensioenfondsen bevinden, is dit discretionaire gedeelte een stuk groter. In Nederland en het Verenigd Koninkrijk, bestond eind 2010 84%, respectievelijk 70% van het beheerde vermogen uit discretionair beheer, terwijl dit in Duitsland 22% was³⁴². Een groot gedeelte hiervan is afkomstig van pensioenfondsen. Als blijkt dat een pensioenfonds eveneens een beleggingsfonds in de zin van de vrijstelling is, zal dit derhalve een substantiele impact hebben op de btw-inkomsten van deze landen.

Prejudiciële vragen over de kwalificatie van pensioenfondsen zullen naar verwachting begin 2013 worden beantwoord in de zaak *Wheels*. Capital International Limited is de beheerder van Wheels Common Investment Fund (hierna Wheels). Op de beheersvergoeding is btw berekend. Na de uitspraak in het arrest *JP Morgan* heeft Capital International Limited verzocht de afgedragen btw over de nog relevante periode terug te storten, op grond dat deze dienstverlening van btw was vrijgesteld. Dit verzoek werd afgewezen waarna een beroep werd ingesteld door de trustees van het fonds. Voor deze trustees is het van belang om onder de vrijstelling te vallen, omdat pensioenfondsen overwegend vrijgesteld zijn van btw.

De vijf trustees zijn de afzonderlijke trustees van de bedrijfspensioenregelingen die een deelneming hebben in Wheels. De bedrijfspensioenregelingen kunnen van een enkele werkgever zijn of van een groep verbonden werkgevers. De regelingen zijn van het

³³⁹ Efama, Asset Management in Europe, Facts and Figures, 5th annual review, May 2012, P. 25

³⁴⁰ Efama, Asset Management in Europe, Facts and Figures, 5th annual review, May 2012, P. 26

³⁴¹ Efama, Asset Management in Europe, Facts and Figures, 5th annual review, May 2012, P. 16

³⁴² Efama, Asset Management in Europe, Facts and Figures, 5th annual review, May 2012, P. 17

‘defined benefit’ soort. De hoogte van de pensioenuitkering wordt hierbij niet bepaald aan de hand van de aanwezige activa, maar op basis van de dienstjaren en het salaris. De leden en de werkgevers storten een percentage van het loon, maar indien de gestorte bedragen bij uitkering niet volstaan, is de werkgever gehouden bij te dragen. Dit is nationaal wettelijk geregeld op basis van de Pensions Act 2004. De werkgever kan, indien meer activa aanwezig is dan nodig, zijn bijdrage verlagen, het overschot aan zichzelf overmaken of de uitkeringen verhogen.

In de zaak *Wheels* wordt het HvJ EU gevraagd te verduidelijken of een pensioenfonds een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’ kan zijn in de zin van de vrijstellingsbepaling. Doordat nationale rechters de gemeenschappelijke beleggingsfondsen niet mogen selecteren, maar alleen tot bepaalde hoogte mogen definiëren, wordt nu, aan de hand van de eigenschappen van het fonds, specifiek aan het hof voorgelegd of een bepaald fonds onder de definitie valt. De gestelde vragen zorgen ervoor dat het er naar uitziet dat het HvJ EU hier niet wekomt met een herhaling van argumenten. Er wordt duidelijk om instrumenten gevraagd bij de kwalificatie van een fonds. Wanneer is sprake van concurrerende fondsen in de mate dat de fiscale neutraliteit een verschillende behandeling niet toestaat? In hoeverre is concurrentie intensiviteit en vergelijkbaarheid hierin van belang en in hoeverre spelen de genoemde kenmerken een rol?

De belastingdienst uit het Verenigd Koninkrijk (HMRC) stelt dat geen sprake is van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’. Het gaat hier om een zogenaamde ‘defined benefit’ regeling, waarbij de uitkering afhankelijk is van de jaren dat premie is betaald en het salaris, maar dus niet van de beleggingsresultaten. Doordat de opbrengsten voor de deelnemers uiteindelijk onafhankelijk zijn van de opbrengsten uit belegging, is geen sprake van een beleggingsfonds.

‘Defined benefit’ verzekert het uit te keren bedrag³⁴³. In het geval van een ‘defined benefit’ pensioen is naar de aard van het fonds sprake van een verzekering die toekomstige inkomsten verzekert. Er wordt een bedrag afgesproken dat wordt uitgekeerd en dus wordt het risico van een lang leven verzekerd. Het collectief draagt het risico van het individu. Dit is mijns inziens de kenmerkende eigenschap van een verzekering. De beleggingsprestaties komen bovendien niet direct ten bate of ten laste van de deelnemer. Risico en aanspraak worden niet verdeeld naar de grootte van de

³⁴³ Zie R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder*, Kluwer, Deventer, 2004, h 2

deelname in het fonds en zijn niet afhankelijk van de beleggingsresultaten, maar van loonhoogte, arbeidsduur en levensduur. Bij deze vorm is er geen “timingsrisico³⁴⁴” zoals Maatman omschrijft. Als de beleggingen erg laag staan zodra tot uitkering wordt overgegaan, worden deze risico's door andere generaties gedragen. Als een tekort ontstaat, komt dit in overwegende mate voor rekening van de werkgever³⁴⁵.

Uit bovenstaande feiten destilleer ik dat bij deze pensioenfondsen geen sprake is van ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ in de zin van de vrijstelling. Het belangrijkste argument hiervoor zie ik in het feit dat een pensioenaanspraak wordt verworven en niet een eigendom. Indien de persoon voortijdig overlijdt, vindt geen uitkering plaats. Bovendien deelt de deelnemer niet direct in de beleggingsresultaten, maar wordt het risico van de individuen, samen met de langlevensrisico's, door het geheel gedragen. Hierdoor is sprake van een verzekering. Het fonds voldoet dus niet aan de eis dat voor rekening en risico van het individu wordt belegd en er is geen sprake van economisch eigendom. Dat sprake is van een schending van de fiscale neutraliteit als een dergelijk fonds wordt uitgesloten of sprake is van concurrentie met beleggingsfondsen is mijns inziens niet relevant nu geen sprake is van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’ en de fiscale neutraliteit een bepaling niet kan oprekken.

Mijns inziens kan in de zaak *Wheels* wel sprake zijn van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’. Nu diverse bedrijfspensioenregelingen van diverse werkgevers een deelname in het fonds hebben, is in die zin sprake van een ‘gemeenschappelijk’ fonds. In feite dragen de bedrijfspensioenregelingen het risico en het rendement. In feite komt dit op hetzelfde neer, als een groep verzekeraars die gelden gezamenlijk in een beleggingsfonds laten beheren.

Hoewel ‘defined benefit’ afspraken in Nederland het meest voorkomen, bestaan ook ‘defined contribution’ afspraken. Hiermee zijn de ontvangsten wel afhankelijk van de opbrengsten uit belegging. Met deze vorm wordt een constante premie betaald en is de uiteindelijke uitkering volledig afhankelijk van de beleggingsresultaten. Aan het einde van de inlegperiode wordt het geheel uitgekeerd en kan (of moet) een pensioen worden aangeschaft. Het werkt feitelijk gelijk als een beleggingsfonds met het verschil dat

³⁴⁴ R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 38

³⁴⁵ R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 39

iedere maand de participatie in het fonds wordt uitgebreid³⁴⁶. Beleggen via een ‘defined contribution’ fonds vertoont hierdoor objectief dezelfde eigenschappen als beleggen via een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Risico en aanspraak kunnen worden verdeeld naar de grootte van de deelname in het fonds. Hierbij dient uiteraard wel sprake te zijn van de overige objectieve kenmerken van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. De cumulatieve premies van de deelnemers kunnen niet afzonderlijk worden beheerd, maar dienen vermengd te worden. Bovendien dient er sprake te zijn van risicospreiding. ‘Defined contribution’ kan overigens onder voorwaarden de uiterlijke kenmerken van een ‘defined benefit’ aannemen³⁴⁷. In die gevallen worden de beleggingsrisico’s door de pensioenuitvoerder overgenomen. Het past in die zin niet dat het beheer van dergelijke vermogens onder de vrijstelling valt.

Uit Nederland zijn in de zaak *PPG Holdings* ook prejudiciële vragen gesteld over de kwalificatie van pensioenfondsen. Hier is het onderscheid tussen ‘defined benefit’ en ‘defined contribution’ niet ter overweging meegegeven. Hier gaat het over pensioenfondsen in het algemeen. Door de algemene vraagstelling zou dit arrest wellicht meer ophelderen.

In Nederland is deelname in een pensioenfonds over het algemeen verplicht. Bovendien sluit Nederland pensioenfondsen, volgens huidig beleid, uit van de vrijstelling. Zoals ik eerder heb beargumenteerd³⁴⁸, is het gerechtvaardigd dat een afzonderlijke lidstaat verplichte fondsen kan uitsluiten van de vrijstelling. Dit is niet in strijd met het doel van de vrijstelling of het beginsel van fiscale neutraliteit.

Frehen en van Kasteren³⁴⁹ stellen dat pensioenfondsen behoren te kwalificeren voor de vrijstelling. Ze zien zich gesterkt in hun opvattingen door recente jurisprudentie van het HvJ EU en de visie van de Europese Commissie en lidstaten. Dat laatste lijkt mij niet relevant aangezien het een voorstel voor de aanpassing van de richtlijn is en de

³⁴⁶ In Nederland is het bovendien verplicht op per pensioendatum volledig uit te stappen en is het verplicht om hiermee een pensioen aan te schaffen behoudens de rente- en pensioenknip. Dit heeft in mijn optiek geen gevolgen voor de kwalificatie als ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’.

³⁴⁷ Zie M. Grashoff, Pensioenknip, een verbetering, of juist niet?, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, 2009/38.

³⁴⁸ Zie sectie verplichtte of vrijwillige deelname

³⁴⁹ R.F. Frehen en E.M. van Kasteren, Het pensioenfonds als beheerder van collectief pensioenvermogen: de tijd is rijp voor omzetbelastingtechnische erkenning!, Ondernemingsrecht, 2007, 153.

anticiperende interpretatiemethode niet wordt toegepast door het HvJ EU³⁵⁰. Dat lidstaten een andersluidende mening hebben dan de Nederlandse autoriteiten lijkt mij eveneens geen argument.

Uit het arrest JP Morgan destilleren ze dat het fonds aan de volgende onderdelen moet voldoen: *“(i) Instellingen die (ii) concurreren met van btw vrijgestelde fondsen en (iii) beleggers in staat te stellen (iv) gezamenlijk maar (v) voor eigen rekening en risico (vi) te beleggen in grote effectenportefeuilles om (vii) schaalvoordelen te behalen en beleggingsrisico’s te verminderen.”* Volgens hen voldoet een pensioenfonds aan alle kenmerken. De fondsen concurreren met beleggingsfondsen aangezien de dienstverlening soortgelijk is en mensen voor de keuze kunnen staan in één van beide te participeren. Hierbij is het verplichte element alleen van belang door de verzekeringstechnische risico’s van pensioenfondsen, die samenhangen met het wezen van pensioenfondsen. De collectiviteit vraagt een zekere solidariteit tussen deelnemers en generaties, aangezien deze risico’s worden gespreid. Hierdoor worden moeilijk verzekerbare personen niet uitgesloten. Dit heeft niet met de fiscale kwalificatie te maken, maar is bedoeld om de sociale doelstelling van het pensioenfonds te regelen. Mijns inziens is dit juist het objectieve kenmerk, dat ervoor zorgt, dat naar de aard van de dienstverlening sprake is van een verzekering. Er worden meer risico’s gespreid dan alleen de beleggingsrisico’s. Bovendien is geen direct verband tussen aanspraak en inleg.

5.5.3.2 Nationaal recht

Nederlands beleid

In de parlementaire behandeling wordt aangegeven dat de term ‘gemeenschappelijk’ ziet op collectief bijeengebrachte vermogens met het doel deze voor gemeenschappelijke rekening te beleggen.³⁵¹ *“ter collectieve belegging gevraagde of verkregen gelden of andere goederen zijn of worden opgenomen ten einde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen delen”*³⁵².

Voor de uitleg van de definities wordt aansluiting gezocht bij de terminologie van de Wet toezicht beleggingsinstellingen (thans wet op het financieel toezicht, wft) ³⁵³. Deze wet zet de eisen aan het fonds uiteen en regelt de verdeling van het toezicht tussen de AFM

³⁵⁰ Zie A. van Dongen, De harmonisatie van de btw, H. 4.3

³⁵¹ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 21 607 nr. 3, 89/90, p. 3

³⁵² Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 21 607 nr. 3, 89/90, p. 3

³⁵³ Memorie van Antwoord, Kamerstukken II, 21 607 nr. 6, 90/91, p. 5

en de Nederlandsche Bank. De definities uit de wft zijn echter te beperkt, aangezien hier alleen open-end fondsen onder kunnen vallen³⁵⁴. Closed-end fondsen zijn ook vrijgesteld.

Een beleggingsfonds of maatschappij is volgens de wft *“een ... vermogen waarin ter collectieve belegging gevraagde of verkregen gelden of andere goederen zijn of worden opgenomen teneinde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen delen”*³⁵⁵.

Het collectieve vermogen mag ook in een 100% dochter worden ondergebracht. Individueel vermogensbeheer is belast. Er is ook sprake van individueel vermogen indien het vermogen van een institutionele belegger, zoals een pensioenfonds, individueel wordt beheerd. Hierdoor zijn beheersdiensten van pensioenfondsen, voorzover ze dit uitbesteden, belast³⁵⁶. In de brief van de Minister van Financiën van 18 oktober 2007³⁵⁷ gaat deze in op de situatie van pensioenfondsen. Er is gebleken dat enkele lidstaten de vrijstelling op een wijze uitleggen, zodat diensten aan pensioenfondsen wel vrijgesteld zijn. De Minister legt uit met een verwijzing naar nationale jurisprudentie en de arresten *JP Morgan* en *Abbey II* dat deze uitleg op gespannen voet staat met de reikwijdte van deze vrijstelling. Voor zover de verwijzing naar nationale jurisprudentie wordt gedaan gaat deze argumentatie niet op. Dit speelt op Europees vlak geen rol. Zoals ik heb aangegeven, is naar Europees recht een ‘defined benefit’ regeling, zoals in Nederland overwegend het geval is, uitgesloten van de vrijstelling. Bovendien kan een afzonderlijke lidstaat verplichte fondsen uitsluiten van de vrijstelling. Op deze punten is het Nederlands beleid mijns inziens in lijn met de richtlijn.

Indien twee pensioenfondsen een gemeenschappelijk beleggingsfonds opzetten, kwalificeert deze wel. Dit geldt alleen indien het fonds kwalificeert als een beleggingsinstelling in de zin van de wft of daarmee vergelijkbaar is in de zin dat collectief wordt belegd en gezamenlijk risico wordt gelopen.

De premiepensioeninstelling (PPI) valt naar Nederlands beleid wel onder de vrijstelling³⁵⁸. Dit zijn ‘defined contribution’ afspraken. Met deze instellingen wordt het risico van belegging en overlijden niet verzekerd. De opbrengsten en risico’s van de beleggingen zijn direct voor de deelnemer. Hiermee is het Nederlands beleid, in mijn

³⁵⁴ Memorie van Antwoord, Kamerstukken II, 21 607 nr. 6, 90/91, p. 5

³⁵⁵ Wft art. 1:1

³⁵⁶ Resolutie van 6 december 1989, nr. WV89/381

³⁵⁷ Ministerie van Financiën, 18 oktober 2007, DGB 2007-4884

³⁵⁸ Nadere Memorie van Antwoord, Kamerstukken I, 31 891 nr. E, 16-12-2010

mening, in lijn met de vrijstelling behalve op één punt. Naar Nederlands beleid zijn de taken van pensioenadministratie niet vrijgesteld. In het geval van een PPI zijn dergelijke taken, in mijn optiek, gelijk aan de administratie van een beleggingsfonds en dienen ze hierdoor ook onder de vrijstelling te vallen.

Jurisprudentie

*Rechtbank Breda van 6 april 2006*³⁵⁹. Deze casus gaat over een pensioenfonds die stelt dat het uitbestede beheer van het vermogen van het fonds onder de vrijstelling voor gemeenschappelijke beleggingsfondsen behoort te vallen. De rechtbank oordeelt dat de kenmerkende werkzaamheden bestaan uit het (her)verzekeren van pensioenen. Hierdoor is de belanghebbende niet als een beleggingsfonds in de zin van de vrijstellingsbepaling aan te merken. In de noot bij de uitspraak zet Van Nieuwenhuizen zijn vraagtekens bij deze overweging. Volgens hem gaat de rechtbank hier te ver. Waar het vermogen van een beleggingsfonds vandaan komt, maakt volgens hem niet uit. Een beleggingsfonds is een beleggingsfonds, de vorm maakt hierbij niet uit³⁶⁰. Zoals we bij het beleid zien, zet de staatssecretaris daar in op de uitsluiting van pensioenfondsen door de term gemeenschappelijk. In het Nederlandse beleid worden dergelijke fondsen niet als een collectieve maar als een individuele belegging van het pensioenfonds gezien.

In een vergelijkbare situatie *Rechtbank Breda van 30 oktober 2006*³⁶¹. Met een verwijzing naar het doel van de vrijstelling, ziet de rechtbank niet in *“dat het beginsel van fiscale neutraliteit wordt geschonden doordat diensten van collectief vermogensbeheer van beleggingsfondsen of beleggingsmaatschappijen wel, maar diensten van vermogensbeheer voor pensioenfondsen niet zijn vrijgesteld nu sprake is van geheel verschillende situaties. Pensioengerechtigden – zo zij al als een collectief kunnen worden beschouwd – hebben immers geen zeggenschap over hun eigen inleg bij een pensioenfonds als het onderhavige en hebben niet de keuze om al dan niet via het fonds te beleggen, in tegenstelling tot beleggers die deelnemen in een beleggingsfonds of beleggingsmaatschappij*³⁶².” Hierdoor is geen sprake van een beleggingsfonds in de zin van de vrijstelling. De belanghebbende is in hoger beroep gegaan. Hierop heeft het gerechtshof prejudiciële vragen gesteld in de nu lopende zaak *PPG Holdings*.

³⁵⁹ Rechtbank Breda van 6 april 2006, 05/04159

³⁶⁰ Rechtbank Breda van 6 april 2006, 05/04159, NTFR 2006-984 met noot van W.A.P. van Nieuwenhuizen

³⁶¹ Rechtbank Breda van 30 oktober 2006, 06/453

³⁶² Rechtbank Breda van 30 oktober 2006, 06/453, r.o. 4.9

*Rechtbank Leeuwarden, 25 november 2010*³⁶³ ³⁶⁴. Ook in deze uitspraak gaat de rechtbank niet mee met de belanghebbende dat uitbesteed vermogensbeheer aan pensioenfondsen is vrijgesteld. Met een verwijzing naar *JP Morgan* geeft de rechtbank aan dat de invulling door de wetgever in overeenstemming met dit arrest is. Volgens de rechtbank is sprake van een heel verschillende situaties bij het beheer van beleggingsfondsen of het beheer van pensioenfondsen. Hierdoor is de fiscale neutraliteit niet geschonden. Bij het pensioenfonds hebben participanten immers geen enkele zeggenschap over het belegde vermogen. Bovendien hebben ze geen keuze om al dan niet via het fonds te beleggen. Dit is bij beleggingsfondsen volgens de rechtbank wel het geval. In de noot bij de uitspraak geeft Sanders³⁶⁵ aan dat hij het eens is met de gedachtegang, dat doordat geen enkele zeggenschap over hun inleg is, er geen sprake is van collectief. Er zijn veel werknemers die niets terug zien van hun inleg. De betaling van deze inleg is een (inkomens)verzekering.

*Rechtbank Breda 6 mei 2009*³⁶⁶. Deze uitspraak betreft een beheermaatschappij die het beheer verzorgt van drie beleggingsfondsen van pensioenfondsen. Van de fondsen zijn certificaten van de aandelen aan derden uitgegeven. Het vermogen van de beleggingsfondsen is in vastgoed belegd. In het beroep stond de kwalificatie als gemeenschappelijk beleggingsfonds volgens de definitie van de vrijstelling niet ter discussie. In hoger beroep heeft de inspecteur zich toch op het standpunt gesteld dat hier geen sprake van is, doordat het kapitaal is ingebracht door grote institutionele beleggers en niet, zoals het doel van de vrijstelling dicteert, kleine beleggers die eigenaar blijven van het vermogen. *Het gerechtshof*³⁶⁷ beslist dat noch de Europese jurisprudentie, noch de richtlijntekst aanleiding geeft voor de opvattingen van de inspecteur. Dat de beleggingsfondsen zich niet richten op het grote publiek en dat ze beleggen in onroerende zaken, zorgt er niet voor dat de fiscale neutraliteit wordt geschonden³⁶⁸. Doordat het kapitaal bijeen is gebracht door meer dan één institutionele belegger, is

³⁶³ Rechtbank Leeuwarden 25 november 2010, AWB 09/2662, V-N 2011/15.3.3

³⁶⁴ Tegelijk en zelfde criterium: Rechtbank Leeuwarden 25 november 2010, AWB 09/2659, V-N 2011/6.21.20

³⁶⁵ J. Th. Sanders, Pensioenfonds heeft geen recht op vrijstelling voor collectief belegde vermogens, NTFR, 2011/126.

³⁶⁶ Rechtbank Breda 6 mei 2009, AWB 07/1062

³⁶⁷ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 september 2011, 09/00314, r.o. 4.5

³⁶⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 september 2011, 09/00314, r.o. 4.6

sprake van een gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van de vrijstelling³⁶⁹. De staatssecretaris is in cassatie gegaan.

Volgens Vroon, in de noot bij het arrest³⁷⁰, is het enkele feit dat collectief is ingelegd, niet voldoende om voor de vrijstelling te kwalificeren. Hierbij dient het doel van de beleggingsinstelling en het doel van de beleggers ook van belang te zijn. Zo niet, dan zouden concernholdings ook zijn vrijgesteld. De uitleg van het gerechtshof staan niet in verhouding met een strikte uitleg van vrijstellingsbepalingen. In zijn optiek lijkt het HvJ EU in *JP Morgan* de vrijstelling te beperken tot effecten. Hoewel dit voor Vroon moeilijk denkbaar is, dient het wel opgehelderd te worden.

5.6 Gelijk speelveld

Deze scriptie richt zich op de Europese btw-richtlijn en de Nederlandse omzetbelasting die daarvan een implementatie is. Er wordt derhalve geen uitvoerig onderzoek gedaan naar de implementatie in andere lidstaten. In dit onderdeel wordt slechts gekeken of een gelijk speelveld bestaat binnen de Europese markt.

Met de arresten *Abbey II*, *JP Morgan* en *Deutsche Bank*, heeft het HvJ EU gezorgd voor een meer geharmoniseerde markt. De overwegingen van het HvJ EU worden door lidstaten geïnterpreteerd en vervolgens verwerkt in diens beleid. De arresten zijn niet altijd even duidelijk en niet alle discussiepunten zijn behandeld. Hierdoor ligt het voor de hand dat interpretatieverschillen bestaan tussen de afzonderlijke lidstaten. Dit kan slechts opgelost worden door de richtlijn te vervangen door een verordening. In bijlage IV is een vergelijkingstabel opgenomen van het beleid van enkele lidstaten.

De instellingen die door de afzonderlijke lidstaten worden gezien als ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’ is uiteenlopend. Dit komt door de open definitie in de richtlijn en de vage handreikingen van het HvJ EU. In het Verenigd Koninkrijk, heeft de nationale btw autoriteit aangegeven, dat een, door haar bepaalde, beperkt aantal instellingen is vrijgesteld³⁷¹ ³⁷². In Luxemburg zijn collectieve beleggingsfondsen vrijgesteld, voorzover

³⁶⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 september 2011, 09/00314, r.o. 4.7

³⁷⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 september 2011, 09/00314, NTFR 2012-39

³⁷¹ Alleen voor zover de fondsen worden aangeboden in het Verenigd Koninkrijk is beheer van een authorized unit trust scheme, van een trust based scheme, van een open-ended investment company en van een closed ended collective investment undertaking vrijgesteld.

³⁷² Zie bijlage III en IV

ze worden gereguleerd door een Luxemburgse toezichthouder of een vergelijkbare autoriteit in het land van vestiging. Ongereguleerde fondsen zijn niet vrijgesteld³⁷³. Polen en Frankrijk sluiten ook aan bij toezichtregels. Naar Nederlands beleid worden dergelijke beperkingen niet opgelegd.

Pensioenfondsen worden verschillend behandeld in de EU. In Nederland en het Verenigd Koninkrijk zijn de fondsen in beginsel niet vrijgesteld. In Luxemburg, België, Duitsland en Polen wel. Met de lopende zaak *Wheels* en *PPG Holdings* wordt hier naar verwachting meer harmonisatie in bereikt. *Wheels* gaat echter alleen over ‘defined benefit’ pensioenen. Zoals aangegeven zijn er nog enkele andere vormen. De vraag is of dit meteen door het HvJ EU wordt verduidelijkt.

Welke taken zijn vrijgesteld, wordt eveneens verschillend uitgelegd. Indien de dienstverlening is beperkt tot advieswerkzaamheden aan beleggingsfondsen, kan de beheerder in Luxemburg en België op de vrijstelling rekenen, terwijl in Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk btw berekend moet worden. Met de zaak *GfBk* zal door het HvJ EU duidelijk worden gemaakt of dit vrijgesteld is of niet. Beheer dient immers gelijk uitgelegd te worden door de lidstaten nu het een communautair begrip is.

De vraag is nog hoe breed ‘beheer’ uitgelegd moet worden. Zoals ik heb aangegeven zal dit afhankelijk zijn van de aard van het fonds. Diensten voor beleggingsvermogen ziet op instandhouding en niet op verbetering. Over het algemeen wordt de term beheer in Luxemburg breed uitgelegd en wordt een beperking gemaakt in de vrijgestelde fondsen³⁷⁴. In Nederland heeft de term beheer geen uitleg gekregen. Toch is de staatssecretaris in cassatie gegaan bij beheer van vastgoed aangezien veel taken niet zijn vrijgesteld in zijn optiek³⁷⁵.

Tussen de lidstaten bestaat bovendien een verschil in interpretatie van samengestelde diensten. Van Kasteren³⁷⁶ geeft aan dat, indien sprake is van een zogenaamde ‘all-in’ dienstverlening van de vermogensbeheerders, verschil in behandeling kan ontstaan.

³⁷³ C. Braquet, S. Heydari en E. van Kasteren, Why VAT Is Important for Investment Funds and Their Managers, Derivatives & Financial Instruments sep/okt 2010.

³⁷⁴ Zie C. Braquet, S. Heydari en E. van Kasteren, Why VAT Is Important for Investment Funds and Their Managers, Derivatives & Financial Instruments sep/okt 2010.

³⁷⁵ Gerechtshof van 's-Hertogenbosch 2 september 2011, nr.09/00314

³⁷⁶ Zie E. van Kasteren, How Recent ECJ Referrals May Palce Increased Pressure on the VAT Position of Asset Managers, Derivatives & Financial Instruments, nov/dec 2011.

Indien deze dienstverlening aan niet-gekwalificeerde fondsen wordt verricht, kan in sommige lidstaten de dienstverlening worden opgesplitst, waardoor een gedeelte van de handelingen onder de vrijstelling inzake effecten vallen. In andere lidstaten wordt het gezien als één prestatie en valt het totaal niet onder de vrijstelling. Over het geheel zal immers sprake zijn vermogensbeheer en niet van handelingen inzake effecten.

Hiernaast bestaat binnen de EU in de huidige richtlijn de mogelijkheid een optie tot belastingheffing in te voeren. Hierdoor kunnen financiële dienstverleners ervoor kiezen om belast te worden. Frankrijk heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Hierdoor bestaat een verschil in behandeling tussen de lidstaten.

De lopende zaken zullen op enkele punten meer harmonisatie bewerkstelligen. Naar verwachting zal echter ook na deze zaken nog veel punten uiteenlopend worden uitgelegd. Niet alle discussiepunten zijn vastgesteld door het HvJ EU en interpretatieverschillen zijn inherent aan een richtlijn.

5.7 Internationale situaties

Een ongelijke uitleg van de richtlijnbevestiging leidt tot rechtsongelijkheid tussen belastingplichtigen. De toe te passen wetgeving is afhankelijk van de belastingplicht van dergelijke fondsen, omdat dit bepaalt waar de dienst wordt geacht plaats te vinden.

Zoals ik heb uiteengezet in sectie 4.3 is een beleggingsfonds naar mijn inzicht belastingplichtig voor de omzetbelasting. Onduidelijk is echter hoe, en in welke mate, het criterium van duurzaamheid, invloed heeft op de belastingplicht. Dit nodigt wederom uit tot een verschil in interpretatie.

Van Dongen³⁷⁷ geeft aan, dat nog onduidelijk is vanuit welk land de definitie van het beleggingsfonds dient te worden bepaald, indien fonds en beheerder in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Ook Voets merkt het probleem op³⁷⁸. De beheerder valt immers onder de wetgeving van zijn vestigingsplaats. De plaats van dienst is echter een andere lidstaat. Dient het fonds en de dienstverlening dan te kwalificeren volgens de lokale wetgeving of volgens de wetgeving van het land waar het fonds is gevestigd? Hierbij

³⁷⁷ A van Dongen, Het duobeheer en bewaring in de BTW, Belastingbrief 2006/07.

³⁷⁸ M.M.G.A. Voets, Abbey National II: Een teken voor verdere harmonisatie?, BtwBrief nr. 6/7 2006.

geeft van Dongen aan dat het haar logisch lijkt dat wordt aangeknoopt bij de plaats waar de prestatie wordt geacht plaats te vinden.

Internationaal brengen de verschillende interpretaties derhalve verschillende problemen met zich mee. Neem, ter illustratie, pensioenfondsen. Zoals eerder besproken, wordt in sommige lidstaten de vrijstelling voor pensioenfondsen toegepast en in andere niet. Dit betekent dat in grensoverschrijdende situaties, de externe beheerder moet bekijken of het pensioenfonds in de betreffende lidstaat wordt vrijgesteld. Op basis daarvan wordt de prestatie van de externe beheerder belast en dient de beheerder zijn aftrek van voorbelasting af te stemmen. Het ABC-rapport beschrijft dat de belasting niet de vrijheid van vestiging van productiefactoren dient te beïnvloeden³⁷⁹. Toch ontstaan hierdoor verschillen tussen binnen- en buitenlandse pensioenfondsen. Bovendien ontstaan verschillen tussen vermogensbeheerders binnen hetzelfde land die exact dezelfde dienstverlening verrichten. Dit is immers afhankelijk van de afnemer.

Door de verschillende interpretatie van de belastingplicht van beleggingsfondsen ontstaat bovendien een onduidelijke situatie. Dit ontstaat doordat de verschillende standpunten gevolgen hebben voor de plaats van dienst. Hierdoor kan de dienstverlening in beide landen belastbaar zijn of in beide landen niet. Bovendien is dan onduidelijk naar de definities van welk land sprake dient te zijn van ‘beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen’.

5.8 Toekomstige ontwikkelingen

De economische realiteit verandert voortdurend en door de toenemende digitalisering met een toenemend tempo. Hiernaast verandert de politieke consensus in de lidstaten. Deze factoren geven aanleiding om het gemeenschappelijke btw-stelsel te evalueren en aan te passen. Toch is de vrijstelling al 35 jaar hetzelfde.

Wat betreft de vrijstellingen is een aantal belangwekkende ontwikkelingen gaande. Zo loopt een korte termijn voorstel om de financiële vrijstelling aan te passen en heeft de commissie een algemene btw-strategie voor de langere termijn uiteengezet. In deze sectie worden deze ontwikkelingen besproken en wordt gekeken naar de mogelijke impact op de vrijstelling van beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

³⁷⁹ Zie sectie 2.2.2

5.8.1 Lopende voorstellen aanpassing vrijstelling

Het ABC-rapport beschreef al dat stabiliteit van de belastingwetgeving belangrijk is. Onzekerheid leidt tot voorzichtigheid bij ondernemers en heeft dus invloed op de prijsvorming. Hiernaast leidt dit tot grotere administratieve lasten. Desalniettemin is een aanpassing van de vrijstellingen altijd toe te juichen voor zover het een verduidelijking betreft. Hiermee wordt de rechtszekerheid immers vergroot.

In 2007 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend om de vrijstellingen voor financiële diensten en verzekeringsdiensten een vernieuwingsronde te geven. Het voorstel gaat gepaard met een voorstel van een verordening waarmee voorbeelden worden gegeven van de uitwerking van het voorstel voor de richtlijn³⁸⁰.

De vernieuwing is in gang gezet door de Commissie, aangezien de huidige regels zijn achterhaald en verschillend worden uitgelegd³⁸¹. De Commissie spreekt van een *“uiterst complexe juridische situatie met uiteenlopende administratieve praktijken, wat voor rechtsonzekerheid bij de marktdeelnemers en de belastingautoriteiten zorgt”*³⁸². Aangezien de financiële sector een belangrijke bijdrage levert aan de groei, het concurrentievermogen en de werkgelegenheid, dient er een gelijke interne markt te zijn. Concurrentie wordt steeds groter. Doordat marktvoorwaarden worden gelijkgetrokken, kan de concurrentie binnen de EU worden vergroot. Voor de definities van beleggingsfondsen wordt nauwer aansluiting gezocht bij Europese regelgeving³⁸³. Verborgen btw is een ander probleem³⁸⁴. Werkzaamheden worden steeds vaker uitbested. De btw op deze kosten zijn vaak niet aftrekbaar bij ondernemers die vrijgestelde diensten verlenen. Het voorstel beoogt deze kostengevolgen te beperken³⁸⁵.

Mierop geeft aan dat de drijvende kracht achter dit voorstel het veiligstellen van inkomsten uit btw is en het voorkomen van agressieve btw-planning³⁸⁶. Dit budgettaire

³⁸⁰ Raad van de Europese Unie, 14 december 2011, 18650/11 fisc 170, 2007/0267 (CNS), overweging A1

³⁸¹ COM(2007) 747, 2007/0267 (CNS), Brussel, 28.11.2007, p. 9

³⁸² COM(2007) 747, 2007/0267 (CNS), Brussel, 28.11.2007, p. 3

³⁸³ COM(2007) 747, 2007/0267 (CNS), Brussel, 28.11.2007, p. 2/3

³⁸⁴ De voorbelasting die bij vrijgestelde diensten niet aftrekbaar zijn en in de productieketen verdwijnt.

³⁸⁵ COM(2007) 747, 2007/0267 (CNS), Brussel, 28.11.2007, p. 4

³⁸⁶ R. Mierop, ‘Vereenvoudiging’ btw-regelgeving voor dienstverlening in financiële en verzekeringssector, BTW-bulletin januari 2008, nr. 1.

belang wordt ook benadrukt door de Raad³⁸⁷. De verborgen btw wordt door de commissie als een probleem gezien maar is tegelijk een belangrijke bron van inkomsten. Dit is dus een ambivalent doel. Sanders en Vos³⁸⁸ geven aan dat iedere lidstaat de harmonisatie van harte steunt maar dat 'het niets mag kosten'. Ze geven als voorbeeld dat de vrijstelling voor pensioenfondsen Nederland jaarlijks 400 miljoen kan kosten.

Voor de vrijstelling van beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen betekent het voorstel, dat de definities van vrijgestelde verzekerings- en financiële diensten aan de actualiteit worden aangepast en duidelijker worden geformuleerd om te garanderen dat ze in de gehele Europese Unie op dezelfde wijze worden uitgelegd^{389 390}. Over de precieze invulling van het voorstel wordt sindsdien gediscussieerd in de Raad. De meeste lidstaten zijn voor de gelijke behandeling van beleggingsfondsen en pensioenfondsen ongeacht de rechtsvorm en samenstelling. Hierdoor komt het concurrentievermogen niet in gedrang en wordt het beheer van die fondsen niet bemoeilijkt³⁹¹. Het huidige voorstel ziet er als volgt uit:

“Vrijgesteld is: beheer van beleggingsfondsen en pensioenfondsen die op het grondgebied van de Gemeenschap gevestigd zijn;

onder "beheer van beleggingsfondsen en pensioenfondsen" worden verstaan de diensten betreffende het beheer van collectieve beleggingsportefeuilles die noodzakelijk zijn om de beleggingsdoelen van het betrokken beleggingsfonds of pensioenfonds te verwezenlijken;

onder "beleggingsfondsen" worden verstaan instellingen voor collectieve belegging die uitsluitend tot doel hebben het in effecten, contanten, andere financiële activa of onroerend goed beleggen van rechtstreeks of onrechtstreeks onder beleggers aangetrokken kapitaal, en die onderworpen zijn aan regels inzake beleggersbescherming en werken volgens het beginsel van risicospreiding;

³⁸⁷ Raad van de Europese Unie, 14 december 2011, 18650/11 fisc 170, 2007/0267 (CNS), overweging A2

³⁸⁸ J. Sanders jr. en R. Vos, Btw-regelgeving financiële diensten: een update, BTW-bulletin juni 2008, nr. 6.

³⁸⁹ Raad van de Europese Unie, 14 december 2011, 18650/11 fisc 170, 2007/0267 (CNS), overweging A1

³⁹⁰ Naast een aantal andere maatregelen: het opheffen van het keuzerecht om voor belastingheffing te kiezen en een koepelvrijstelling voor samenwerkingsverbanden met het oog op kostendeling

³⁹¹ Raad van de Europese Unie, 14 december 2011, 18650/11 fisc 170, 2007/0267 (CNS), overweging overweging C8

onder "pensioenfondsen" worden verstaan instellingen voor collectieve belegging die werken zoals beleggingsfondsen en [...]tot hoofddoel hebben het verstrekken van arbeidsgerelateerde pensioenuitkeringen³⁹²."

Verder wordt het volgende deel ingevoegd waarmee de door derden verrichte diensten worden vrijgesteld. Dit is een codificatie van de bestaande jurisprudentie.

"De in lid 1, punten a) tot en met g quater), bedoelde vrijstellingen gelden voor enig element van een vrijgestelde verzekeringsdienst of financiële dienst dat op zich een afzonderlijk geheel vormt en daadwerkelijk de kenmerkende en essentiële functies van deze vrijgestelde dienst vervult³⁹³."

De besprekingen worden nu al vijf jaar voortgezet. In de jaren waarin dit voorstel is besproken in de Raad is de consensus over de bepaling meerdere keren van richting veranderd. Hierdoor is het onzeker hoe de bepaling uiteindelijk eruit gaat zien. Zoals het er nu naar uit ziet, zullen beheerders van pensioenfondsen expliciet onder de vrijstelling vallen. Anderzijds dienen beleggingsfondsen onder toezicht te staan en in een gespreide portfolio te beleggen willen deze nog onder de vrijstelling vallen. Hiernaast kan uitsluitend in de genoemde soorten activa worden belegd.

Bakker en Jaegers³⁹⁴ merken op dat de meerderheid van de lidstaten de vrijstelling alleen willen laten gelden indien de fondsen onder toezicht staan. Volgens hen zal een verwijzing "naar (nationale) wetgeving op het gebied van toezicht onmiskenbaar tot verschillende behandeling in de lidstaten volgen."

Door de bijbehorende verordening wordt in ieder geval bereikt dat de uitwerking in de verschillende lidstaten meer uniform zal zijn en de rechtszekerheid toeneemt. Dit is uiteraard afhankelijk van de detaillering van de verordening welke nog besproken moet worden. Een expliciete aansluiting bij de Europese toezichtrichtlijnen zal ten goede komen aan de duidelijkheid door de vele uitgewerkte definities. Ook dit is een reden om de bepaling te vernieuwen. Uiteindelijk zal een volledige harmonisatie met een richtlijn niet bereikt kunnen worden. Deze zal immers altijd open staan voor interpretatieverschillen.

³⁹² Raad van de Europese Unie, 30 september 2011, 14964/11 fisc 122, 2007/0267 (CNS), p. 6

³⁹³ Raad van de Europese Unie, 30 september 2011, 14964/11 fisc 122, 2007/0267 (CNS), p. 7

³⁹⁴ P. Bakker en M.P.J. Jaegers, Btw-regelgeving financiële diensten: een update 2, BTW-bulletin februari 2009, nr. 2.

5.8.2 Lange termijn strategie omzetbelasting

Eind 2010 publiceerde de Europese Commissie het groenboek³⁹⁵, waarmee een eerste aanzet werd gegeven om de btw-strategie te bepalen. Hier werd een beroep gedaan op de lidstaten om hun visie en voorkeuren te geven. In december 2011 volgde uit deze consultatieronde een witboek waarin de strategie uiteen werd gezet³⁹⁶. Dit witboek is overigens net als het groenboek slechts gericht op het ontlocken van reacties om uiteindelijk tot een voorstel te komen. Het is evenwel concreter dan het groenboek. Deze ontwikkeling is nodig omdat de aanpak van modernisering en vereenvoudiging, zoals het voorstel uit de vorige sectie daar een onderdeel van is, zijn grenzen heeft bereikt.

De Commissie neemt een stijgende trend waar in het belang van de btw in de totale overheidsfinanciën³⁹⁷. Het doel is om het systeem minder complex te maken en de administratieve lasten te verlagen. Hierdoor functioneert de interne markt beter en zijn de netto opbrengsten voor de lidstaten hoger. Door het budgettaire belang moet dit uiteindelijk het potentieel als inkomstenbron verhogen. Hiernaast heeft de btw zich te traag ontwikkeld ten opzichte van de technologische en economische ontwikkelingen. Opgemerkt wordt nog dat bedrijven een passende erkenning dienen te krijgen voor de cruciale rol die zij binnen de btw spelen. De btw is een verbruiksbelasting en geen belasting op bedrijven. Hierdoor moet aan de administratieve lasten gedacht worden om hun concurrentievermogen te vergroten. Ideaal gezien wordt dit een stelsel op breder grondslag met één tarief³⁹⁸.

Voor de vrijstelling is het van belang dat de Commissie aangeeft dat ze een inbreuk zijn op het beginsel van een brede toepassing. De beperking van vrijstellingen zorgt voor een efficiënter en een neutraler systeem. Het is bovendien de vraag of de bestaande vrijstellingen nog relevant zijn³⁹⁹. De financiële vrijstellingen zijn destijds opgenomen omdat btw-heffing technisch moeilijk toepasbaar was. Met de economische en technologische veranderingen moeten deze vrijstellingen volgens de commissie worden

³⁹⁵ COM(2010) 695, Brussel, 1.12.2010

³⁹⁶ COM(2011) 851, Brussel, 6.12.2011

³⁹⁷ Door de economische crisis en de toenemende vergrijzing vallen de inkomsten uit directe belastingen terug. Hiernaast is een verschuiving van directe naar indirecte belastingen waar te nemen door de relatieve efficiëntie. De verbruiksbelasting biedt een bredere en stabielere grondslag waardoor de tarieven relatief laag gehouden kunnen worden waardoor de versturende werking beperkt is. Dit is gunstig voor de werkgelegenheid.

³⁹⁸ COM(2010) 695, Brussel, 1.12.2010, p. 3-5

³⁹⁹ COM(2010) 695, Brussel, 1.12.2010, p. 11

herzien⁴⁰⁰. Betreft de mate van harmonisatie moet een afweging worden gemaakt tussen enerzijds de verbetering van de werking van de interne markt en de lagere administratieve lasten en anderzijds de flexibiliteit van de lidstaten. Met verordeningen in plaats van richtlijnen kan een grotere harmonisatie bereikt worden⁴⁰¹.

Uit de consultatieronde bleek, dat het grootste probleem voor efficiënte handel binnen de EU, volgens de inbrengers, het gefragmenteerde gemeenschappelijke stelsel is. De heffing is immers onderverdeeld in 27 nationale btw-systemen. Hierdoor kunnen de vruchten van een gemeenschappelijk stelsel niet geplukt worden. De prijs wordt betaald in de vorm van complexiteit, administratieve lasten en rechtsonzekerheid⁴⁰². Bovendien zorgt het ervoor zorgen dat het systeem de economische beslissingen van bedrijven beïnvloedt en dus de fiscale neutraliteit schaadt.

Voor de vrijstelling van het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen heeft de strategie meerdere gevolgen. Op zijn minst kan verwacht worden dat de commissie door zijn streven naar harmonisatie de uitwerking in de verschillende lidstaten gelijk zal trekken. De door de commissie aangedragen variant op basis van een verordening sluit daar mijns inziens het meest op aan. Zeker nu de lidstaten de diversiteit aan nationale wetgevingen als het grootste probleem zien. Politiek gezien is dit echter wellicht een brug te ver. Ten tweede geeft de commissie als doelstelling grondslagverbreding aan. Er wordt bij de vrijstellingen gekeken of de economische, sociale of technische redenen nog steeds valide zijn. Hierbij is het onduidelijk of specifieke vrijstellingen uiteindelijk wegvallen of breder worden⁴⁰³.

5.9 Conclusie

Na bijna 30 jaar vrijstelling is met het arrest Abbey de verduidelijking van de bepaling in gang gezet. Nu, ruim 5 jaar later, weten we dat beheer een communautaire term is. Beheer is alles wat kenmerkend en essentieel is voor de taken van een beheerder van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Bewaardiensten zijn uitgesloten. Het begrip slaat op de algemene betekenis van 'beheer' en dus niet slechts op vermogensbeheer. Naast vermogensbeheer vallen administratieve taken en verkoop- of

⁴⁰⁰ COM(2010) 695, Brussel, 1.12.2010, p. 12

⁴⁰¹ COM(2010) 695, Brussel, 1.12.2010, p. 13

⁴⁰² COM(2011) 851, Brussel, 6.12.2011, p. 3

⁴⁰³ COM(2011) 851, Brussel, 6.12.2011, p. 10

marketingwerkzaamheden eveneens onder de vrijstelling. De specifieke taken zijn afhankelijk van de aard van het fonds. Deze taken kunnen ook gedeeltelijk door een derde beheerder worden uitgevoerd of gedeeltelijk worden uitbesteed. Hierbij dient de dienstverlening over het geheel genomen een afzonderlijk geheel te vormen, dat de kenmerkende en essentiële functies van een beheerder van gemeenschappelijke beleggingsfondsen omvat. Het gaat hier om de taken die specifiek en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

Hiernaast weten we dat lidstaten niet de ruimte hebben om gemeenschappelijke beleggingsfondsen te selecteren, maar ze wel mogen definiëren. Hierbij dient de Europese term ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ het uitgangspunt te zijn⁴⁰⁴. De lidstaten moeten hierbij het doel van de vrijstelling eerbiedigen en acht slaan op het beginsel van fiscale neutraliteit. Hierdoor mogen geen fondsen worden uitgesloten voor zover ze concurreren. Dit betekent niet dat de vrijstelling oneindig wordt uitgebreid, aangezien het beginsel van fiscale neutraliteit de werkingssfeer niet kan verbreden. Voor de vrijstelling is rechtsvorm en operationele vorm niet van belang.

Er zijn nog vele onduidelijkheden omtrent de vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Met de aankomende zaken *Wheels*, *PPG Holdings* en *GfBk* zal naar verwachting het een en ander worden verduidelijkt omtrent pensioenfondsen en adviesdiensten.

Bij ‘beheer’ is de specifieke reikwijdte niet geheel duidelijk. De vraag is bijvoorbeeld of taken die zien op verbetering ook onder de vrijstelling vallen. Mijns inziens is dit niet het geval. Belegging ziet op de instandhouding en het vruchtdragend maken van het vermogen. Hiernaast is het onduidelijk in hoeverre de dienstverlening gefragmenteerd kan worden. Mijns inziens kan dit voor ieder onderdeel die anders door de beheerder of het fonds zelf zou worden verricht.

Bij de definitie van ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’ is het de vraag wat de relevante objectieve kenmerken zijn. Ten eerste dient sprake te zijn van belegging en niet van ondernemen. Dit dient te blijken uit de relatie tussen het fonds en de beleggingen. Mijns inziens is verder vanuit een tekstuele interpretatie, en een teleologische interpretatie, af te leiden dat sprake moet zijn van risicodeling en

⁴⁰⁴ HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse), r.o. 41

opbrengstdeling, in relatie met de mate van economisch eigendom. Er dient sprake te zijn van een objectief collectief, dus meer dan één persoon. Hiernaast dient het fonds te beleggen met inachtneming van het beginsel van risicospreiding. Dit dient te blijken uit de objectieve eigenschappen van het fonds. Voor de vrijstelling is het niet relevant in welk soort activa wordt belegd.

Indien deelname in een fonds verplicht is, vindt geen concurrentie plaats. Bovendien vraagt het door het HvJ EU geformuleerde doel niet om toepassing van de vrijstelling. Hierdoor is het voor afzonderlijke lidstaten gerechtvaardigd deze fondsen uit te sluiten van de vrijstelling.

Beheer van pensioenfondsen is naar mijn mening vrijgesteld voor zover het een 'defined contribution' regeling betreft. 'Defined benefit' afspraken zijn belast.

Door de vele onduidelijkheden, wordt de regeling in de verschillende lidstaten uiteenlopend uitgelegd. Het ziet ernaar uit dat de huidige regeling vervangen is voordat alles is verduidelijkt. Met het richtlijnvoorstel ter vervanging van de huidige regeling wordt een meer geharmoniseerde vrijstellingsbepaling bewerkstelligd. De bepaling is duidelijker door de aansluiting bij de toezichtrichtlijnen en doordat een verordening wordt opgenomen waarmee de werking van de regeling uiteen wordt gezet. Voor de lange termijn loopt een ontwikkeling waarmee de btw-richtlijn grondiger op de schop wordt genomen. Hiermee wordt een bredere grondslag beoogt en meer harmonisatie.

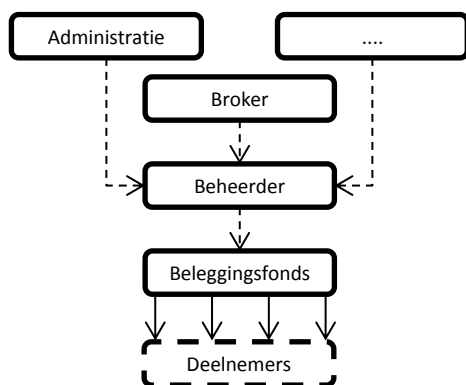
Hoofdstuk 6. Wenselijk recht: de vrijstelling

6.1 Inleiding

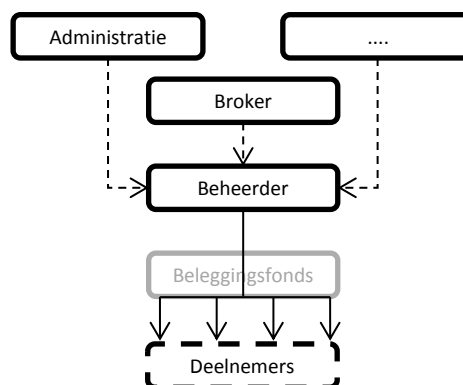
In dit hoofdstuk wordt, vanuit de uitgangspunten van de btw, een wenselijke benadering gededuceerd voor de behandeling van beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de btw. Eerst wordt ingegaan op de uitgangspunten van de analyse. Vervolgens zal ik deze situatie analyseren op argumenten voor een verschillende btw behandeling van de belastbare prestatie. Vrijstellingen kunnen nodig zijn indien dit sociaal, economisch of technisch wenselijk is. Het belang dat wordt gehecht aan de reden voor de vrijstelling is politiek. Ten slotte zal ik de wenselijke benadering afleiden.

In dit onderdeel gaat het over de derde prestatie van sectie 4.2, de beheerdiensten van het vermogen tegen een vergoeding.

6.1.1 Entiteit en aftrekrecht



Figuur 6: Btw prestaties indien het fonds een entiteit is voor de btw. De gestippelde lijnen zijn niet relevant voor de vrijstelling indien recht op aftrek van voorbelasting wordt verleend bij vrijstellingen.



Figuur 5: Bw prestaties indien het fonds geen entiteit is voor de btw. De gestippelde lijnen zijn niet relevant voor de vrijstelling indien recht op aftrek van voorbelasting wordt verleend bij vrijstellingen.

In deze sectie wordt uitgegaan van een btw-systeem dat dezelfde kenmerken vertoont als de huidige. Dit houdt in, dat ingeval van vrijgestelde prestaties, geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Deze variabele heeft geen invloed op de wenselijkheid van de belastbaarheid van 'beheer'. Hiernaast wordt uitgegaan van de belastingplicht van beleggingsfondsen. De wenselijke benadering van beheer is eveneens onafhankelijk van deze factor. Hierdoor zou het betrekken van deze extra variabelen slechts het onderzoek uitbreiden, maar niet de conclusies veranderen.

Zoals in figuur 5 en 6 is uiteengezet, maakt het aftrekrecht de situatie eenvoudiger. Voor vrijstellingen is dan alleen van belang om de transactie met de eindgebruiker te evalueren⁴⁰⁵. De transactie dient evenwel nog steeds te worden geëvalueerd. Het aftrekrecht heeft hierdoor geen invloed op de wenselijkheid van het vrijstellen van een dergelijk verbruik. Dit geldt ook voor de belastingplicht van fondsen. Het verandert de te evalueren transacties, maar niet de vraag of het wenselijk is het verbruik te belasten of vrij te stellen.

6.1.2 Argumenten voor een afwijkende behandeling

De overige financiële vrijstellingen zijn overwegend technisch van aard. Deze bestaan omdat er geen sprake is van verbruik. Door de brede belastingplicht dient de heffing op bepaalde vlakken te worden gecorrigeerd. Bij de onderhavige prestatie vindt daadwerkelijk verbruik plaats. Er zal sprake moeten zijn van een sociaal of economisch argument deze prestatie vrij te stellen⁴⁰⁶. Op dit punt bestaat derhalve een duidelijk verschil met de overige financiële vrijstellingen.

Bij het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen zijn twee elementen te onderscheiden. Ten eerste het professionele beheer, waarmee goed geïnformeerde beleggingsbeslissingen worden gedaan en waarvan de kosten worden gedeeld. Ten tweede het gemeenschappelijke beleggingselement. Hiermee staan meer soorten activa open ter belegging, waardoor een betere risico- rendementsverhouding kan worden bereikt.

Het professionele beheer wijst op een optimaal geïnformeerde dienstverlener die de investeringsbeslissingen overneemt van de particulier. Mijns inziens bestaat geen economisch argument om dit vrij te stellen. Bij de afnemer vindt verbruik plaats doordat een beheerder de beleggingszaken van de consument overneemt. Dit kan men zelf ook bereiken, maar men kiest ervoor dit uit te besteden. Regelmatig wordt aangetoond dat professionele beheerders niet structureel beter presteren dan hun passieve graadmeters⁴⁰⁷. Slechte fondsmanagers blijken bovendien meer consistent met hun

⁴⁰⁵ In dat geval is de gehele dienstverlening van deze fondsen vrij van btw. Hierdoor wordt het doel van de vrijstelling eveneens meer bereikt. Bovendien is de heffing eenvoudiger doordat minder schakels te maken hebben met een vrijstelling. Hierdoor kan eveneens meer harmonisatie bereikt worden.

⁴⁰⁶ Geen technisch argument. Deze bestaat als geen sprake is van verbruik.

⁴⁰⁷ Z. Bodie, A. Kane en A.J. Marcus, *Investments and Portfolio Management*, Global Edition, ninth edition, McGraw-Hill Irwin, New York, 2011, p. 136

resultaten te zijn dan goede⁴⁰⁸. Het verleden toont aan dat deelname in een actief fonds, op de lange termijn, minder oplevert dan een passieve strategie⁴⁰⁹. De vraag is waarom een richtlijngever, in dit opzicht, de dienstverlening vrij zou wensen te stellen. Het uitgangspunt van de financiële economie over de financiële markten is dan ook: "there's no such thing as a free lunch." Slechts de risico's kunnen worden beheerd, waardoor de verhouding tussen het risico en het rendement naar verwachting optimaal is. Met enige studie kan men dit zelf ook bereiken. Het rechtskarakter vraagt om een strikte uitleg vanuit het algemene karakter. Bovendien zou men dan vrijwel de gehele dienstensector kunnen vrijstellen.

In het tweede element is wel een economisch argument te onderkennen. Doordat met een collectief vermogen meer soorten activa ter belegging open staan en doordat met een groter vermogen een grotere diversificatie bereikt kan worden, kan belegd worden met een optimale risico- rendementsverhouding. Bij de afnemers ontstaat het nut van de bereikbaarheid van een meer optimale risico- rendementsverhouding. Voor beleggers met grote vermogens is dit direct bereikbaar. Het argument is derhalve dat de invloed van de btw, op de bereikbaarheid van een optimale risico- rendementsverhouding, wordt uitgeschakeld. Dit is geen technisch maar een economisch en een sociaal doel. Bovendien is het een politiek standpunt aangezien de politiek het belang aan een dergelijke benadering dient te verbinden.

De ratio van het argument achter een vrijstelling, is gestoeld op het feit dat een kleine belegger individueel niet met een optimale risico- rendementsverhouding kan beleggen. Nu in sectie 5.5.3.1 is aangeven dat een goed gediversifieerde portfolio al bereikbaar is met 10 of 30 aandelen, lijkt bij dit economisch belang vraagtekens gezet te kunnen worden. Met een kleine portfolio kan ook een optimale risico- rendementsverhouding worden bereikt. Dan blijft alleen het argument over dat collectief tevens in activa belegd kan worden die normaal niet open staan voor individuele kleine beleggers. Diversificatievoordelen spelen op door de ongecorreleerde aspecten van beleggingsobjecten⁴¹⁰. Als beide instrumenten perfect gecorreleerd zijn zal een

⁴⁰⁸ Z. Bodie, A. Kane en A.J. Marcus, *Investments and Portfolio Management*, Global Edition, ninth edition, McGraw-Hill Irwin, New York, 2011, p. 137

⁴⁰⁹ Zie ook K. Cuthbertson en D. Nitzsche, *Investment*, Second Edition, Wiley & Sons, Chichester, 2008, H. 29. Algemeen wordt verondersteld dat de fee van de beheerder het verschil is.

⁴¹⁰ Zie R.A. Strong, *Portfolio Construction, Management, & Protection*, Fourth Edition, Thompson South-Western, Mason, p. 144

samenvoeging niets veranderen aan de koersbeweging van de portefeuille. Aandelen zijn meer gecorreleerd met andere aandelen dan met andere soorten activa, waardoor wederom wat voor het economisch argument valt te zeggen. Dit, geldt echter, alleen voor instrumenten die groot van omvang zijn of illiquide, waardoor het voor individuele kleine beleggers niet ter belegging open staat. Hiernaast kan beargumenteerd worden dat met een grotere portefeuille een groter complex aan derivaten kan worden aangewend, waarmee meer uitvoerige risico(mijdende) structuren gecreëerd kunnen worden. Denk aan klikfondsen.

Met een optimale portefeuille is het onsystematische risico weggeprijsd, waardoor alleen nog risico wordt gelopen waar men ook voor wordt beloond. Evans en Archer tonen aan dat een extra toevoeging na 20 aandelen een marginaal effect heeft op de risico-rendementsverhouding. De toegevoegde waarde van extra beleggingsobjecten in de portefeuille neemt exponentieel af. Een optimale risico-rendementsverhouding is bij benadering ook bereikbaar met slechts financiële instrumenten. Het aanwenden van andere soorten activa zal dit slechts marginaal verbeteren. In beleggingsfondsen worden bovendien vaak financiële instrumenten gebruikt, om lichamelijke zaken te weerspiegelen als onderdeel van de portefeuille⁴¹¹. Zoals uit sectie 3.3.2 blijkt, bestaat slechts een klein gedeelte van de activa in beleggingsfondsen uit lichamelijke zaken. Hierdoor is het economisch argument mijns inziens niet van klaarblijkelijk belang.

Het onderdeel professioneel beheer in de totale dienstverlening is nodig om het hoofdverbruik af te nemen; het verbeteren van de mogelijke risico-rendementsverhouding. Indien het economische argument voor de vrijstelling in de dienstverlening discutabel is, neemt het belang van het professioneel beheer in de totale dienstverlening toe en gaat dit de overhand voeren in de dienstverlening. Over het geheel bezien is hierdoor voor de aanwezigheid van de vrijstelling weinig meer te zeggen nu de afnemers meer het professioneel beheer beogen dan de toename in het risico-rendementsverhouding.

⁴¹¹ Derivatenccontracten kan men bijvoorbeeld op praktisch alle soorten activa afsluiten. Ook aandelen in vastgoedondernemingen worden gebruikt om vastgoed te vertegenwoordigen.

6.2 Wenselijkheid vrijstelling

Het belang dat wordt verbonden aan het economische argument is politiek. Een grote politieke voorkeur kan, bij een beperkt economisch belang, alsnog tot een vrijstelling dwingen. Hoewel in mijn optiek verdedigd kan worden dat het economische argument op zijn minst discutabel is, kan hier geen objectief oordeel over gevormd worden. Dit is naast het beoogde nut van deelnemers afhankelijk van het politieke belang bij de vrijstelling. Indien wordt uitgegaan van de validiteit van het economische argument, bestaat het verbruik uit de mogelijkheid een meer optimale risico-rendementsverhouding te bereiken. In de andere situatie ontstaat verbruik doordat de deelnemer het vermogen niet meer zelf hoeft te beheren, doordat dit uit handen is gegeven aan een externe beheerder; het professionele beheer.

Doordat onduidelijk is wat consumenten beogen bij de deelname in deze fondsen en wat het politieke belang is bij dit economische argument, zal de wenselijkheid op twee niveaus worden geanalyseerd. Bij een uitgangspositie waar wordt uitgegaan van het ontbreken van de politieke steun voor een vrijstelling doordat het economische argument niet valide is en in een situatie waar de politieke steun voor het economische argument aanwezig wordt geacht en dit argument valide is.

6.2.1 Economisch argument niet-valide

Vanuit het rechtskarakter bezien dient consumptief verbruik algemeen belast te worden. Bij beheer van beleggingsfondsen vindt verbruik plaats. De beheerder van het fonds neemt de taken over van de deelnemers waardoor deze het vermogen niet zelf hoeven te beheren. Een vrijstelling voor dit beheer zorgt voor een inbreuk op het rechtskarakter nu verbruik plaatsvindt en dit een inbreuk zou zijn op de algemene toepassing van de heffing. Door de niet-aftekbare voorbelasting bij vrijstellingen wordt tevens de juridische neutraliteit geschaad. Het rechtskarakter van de heffing vraagt om het belasten van dergelijke prestaties. Zowel de prestatie van het beleggingsfonds aan de deelnemers als alle ingekochte diensten dienen derhalve belast te zijn.

Nu geen sprake is van een valide onderliggend economisch argument bevinden individueel vermogensbeheer en beleggingsfondsen zich in dezelfde situatie en zou het in strijd zijn met de fiscale neutraliteit een onderscheid tussen deze vormen van beheer te maken. Vanuit haar grondprincipen dient de belasting tot mededingingsneutraliteit te

leiden, zodat binnen de lidstaten gelijke producten gelijk belast zou worden. Hierdoor is het vrijstellen van beleggingsfondsen niet geoorloofd.

Het doel van de belasting vraagt om een gelijke uitleg in de verschillende lidstaten. Er mogen wel discrepanties bestaan maar deze mogen niet van het soort zijn dat het de keuze van vestiging van productiefactoren beïnvloedt. Indien geen vrijstelling bestaat, is de prestatie belast en zal dit in de hele Europese Unie gelden. Hierdoor is een volledige harmonisatie op dit punt bereikt. Bij het bestaan van een vrijstelling via de richtlijn ontstaan interpretatieverschillen. Indien de heffing via een verordening is georganiseerd, wordt dit beperkt. Vanuit het doel wordt optimaal gezien dus de vrijstelling afgeschaft. Als toch sprake dient te zijn van een vrijstelling, zou optimaal gezien de heffing via een verordening zijn georganiseerd.

Indien beheer van beleggingsfondsen met btw is belast, heeft het doelmatigheidsbeginsel geen invloed op de heffing. De prestatie is eenvoudig te belasten. Bovendien komt de algemene belastbaarheid de eenvoud van het systeem ten goede. Hierdoor wordt rechtsonzekerheid en administratieve lasten voorkomen. Met de aanwezigheid van een vrijstelling wordt de regelgeving complexer, meer uiteenlopend uitgelegd en ontstaat rechtsonzekerheid. Dit zorgt voor administratieve lasten en nalevingskosten.

Vanuit het rechtskarakter en het doelmatigheidsbeginsel dient derhalve beheer van beleggingsfondsen belast te zijn met btw. Indien wordt uitgegaan van de beperkte validiteit van het economische argument dient de prestatie belast te zijn. Over het geheel gezien wordt immers het professionele beheer afgenomen. Er is geen reden om dit vrij te stellen. Door het ontbreken van een vrijstelling en door de systematiek van de btw, is de heffing van omzetbelasting over de taken van beheer voor de consumenten niet aftrekbaar. Dit is echter ook de bedoeling van de heffing, het belasten van consumptie. Hiermee zal eveneens meer harmonisatie bereikt worden.

6.2.2 Economisch argument valide

De btw is een objectieve belasting die verbruik beoogt te belasten. Met een vrijstelling wordt, analoog hieraan, een bepaald verbruik vrijgesteld. Hierdoor dient de vrijstelling te worden uitgelegd, aan de hand van het verbruik. Indien wordt uitgegaan van de validiteit van het economische argument, onderliggende aan een vrijstelling voor beheer van beleggingsfondsen, is dit de verbetering van de mogelijke risico-rendementsverhouding. Vanuit het rechtskarakter dient dit belast te worden, er vindt

verbruik plaats. De reden voor de vrijstelling vraagt om een uitzondering voor dit verbruik.

Bezien vanuit het rechtskarakter, dient een vrijstelling zo strikt mogelijk te worden uitgelegd. Het verbruik dient evenwel, uitgaande van de politieke wil, vrijgesteld te zijn. Alle taken die nodig zijn om dit verbruik te leveren zijn dus vrijgesteld. Hier dient geen beperking te worden gemaakt voorzover de taken primair op dit verbruik zijn gericht⁴¹². Deze beperking dient te gebeuren bij de fondsen die kwalificeren. Indien sommige taken belast zullen zijn, is het verbruik immers niet geheel vrijgesteld. Hierdoor is het eveneens niet relevant wie de taken verricht en in hoeverre de dienstverlening is gefragmenteerd of uitbesteed.

De beperking van de vrijstelling dient te liggen bij de fondsen. Objectief gezien, dient uit de doelstelling van de modale consument te blijken, dat het fonds ter belegging wordt gehouden en ter verbetering van de mogelijke risico- rendementsverhouding. Uit de objectieve eigenschappen van het fonds dient te blijken, dat een gemiddelde deelnemer deze doelen voor ogen heeft. Vanuit het doel van de vrijstelling dient het fonds een bepaalde mate van diversificatie te hebben of dient het in objecten te beleggen die normaal gesproken niet bereikbaar zijn voor individuele beleggers, waardoor een betere risico- rendementsverhouding bereikt kan worden door de individuele belegger. Bovendien dient sprake te zijn van een collectief vermogen, waarbij het totale vermogen groter is dan het individuele. Het soort activa waarin wordt belegd is niet relevant. Het gaat om het doel van de deelnemer. Het doel van het fonds is slechts van belang indien dit niet strookt met het doel van de deelnemer.

Verplichte deelname in het fonds zal geen directe invloed hebben op de toepasbaarheid van de vrijstelling. Dit is afhankelijk van het nut dat de gemiddelde deelnemer uit de deelname onttrekt. Pensioenfondsen dienen belast te zijn, voorzover de modale deelnemer niet een verbetering van zijn risico- rendementsverhouding beoogt en dit niet ter belegging doet. Doordat in die gevallen een ander soort verbruik ontstaat, is dit onderscheid niet in strijd met de fiscale neutraliteit.

⁴¹² Er dient dus wel een onderscheid te bestaan tussen taken die onderdeel zijn van het verbruik dat ontstaat bij beheer van beleggingsfonds en andere ingekochte zaken zoals computers en dergelijke.

Het verschil tussen individueel vermogensbeheer en gemeenschappelijk beheer is in dit geval gerechtvaardigd. Er is geen sprake van gelijke gevallen, waardoor geen sprake is van de schending van de fiscale neutraliteit. Het verbruik bij individueel beheer is anders. Deze beoogt slechts het professionele beheer en niet de verbetering van de mogelijke risico- rendementsverhouding. Het onderdeel professioneel beheer dient, zoals ik eerder heb uiteengezet, belast te zijn. Dit geldt eveneens voor grote beleggers die diensten inkopen als advies. Deze taken zijn wel vrijgesteld voor kwalificerende fondsen. Het verschil is gerechtvaardigd omdat een ander soort verbruik wordt beoogd.

Vanuit het doel van de btw beargumenteerd, zijn vrijstellingen onwenselijk. Doordat lidstaten de richtlijn moeten omzetten in een nationale wetgeving, ontstaan veel interpretatieverschillen. Deze interpretatieverschillen kunnen beperkt worden door het gebruik van een verordening.

Het doelmatigheidsbeginsel kan ervoor zorgen dat de vrijstelling anders wordt vormgegeven. Een benadering vanuit het hiervoor geformuleerde verbruiskriterium is wellicht onwenselijk. Een bepaling aan de hand van het soort fonds kan de eenvoud ten goede komen. Hierdoor kan een lijst met fondsen of een algemene definitie uitkomst bieden. Uit doelmatigheidsoverwegingen kan dus voor een vrijstellingsbepaling worden gekozen waarin de vrijgestelde fondsen worden gedefinieerd. Bij deze definiëring dient het beoogde doel van de modale deelnemer het uitgangspunt te zijn⁴¹³. Deze dient overeen te komen met het vrijgestelde verbruik.

De uitwerking vanuit dit doelmatigheidsbeginsel samen met de kwalitatieve eisen vanuit het rechtskarakter, benadert mijns inziens het onderscheid in de aankomende AIFM richtlijn, zoals besproken is sectie 5.5.3.1 ad d). Deze richtlijn is van toepassing op instellingen voor collectieve belegging, die rechtstreeks kapitaal ophalen en dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van deze beleggers beheren⁴¹⁴. Holdings worden door deze richtlijn expliciet uitgesloten⁴¹⁵. Een holding is, volgens deze richtlijn, een onderneming die via haar dochtermaatschappijen een bedrijfsstrategie wil uitvoeren, om aan hun langetermijnwaarde bij te dragen. Een

⁴¹³ Vanuit dit criterium en de heffingssystematiek, dient geen verschil gemaakt te worden wie de feitelijke afnemer is. Het gaat om de modale deelnemer. Hierdoor kan de vrijstelling eveneens gelden indien de afnemer een b.v. is.

⁴¹⁴ Art. 4 lid 1 onderdeel a AIFM richtlijn

⁴¹⁵ Art. 2 lid 3 onderdeel a AIFM richtlijn

instelling valt onder de AIFM richtlijn als deze als hoofddoel heeft, om voor haar beleggers rendement te genereren. Het gaat vanuit deze richtlijn dus om de relatie tussen deelnemers en het fonds. Het is verwoord vanuit het doel van de instelling, maar benaderd het doel dat de modale deelnemer dient te hebben voor toepassing van de vrijstelling.

De doelmatigheid van de belastingwetgeving gaat achteruit bij de opname van vrijstellingen. Het leidt tot rechtsonzekerheid, complexe situaties en administratieve lasten. Dit dient op te wegen tegen de politieke wil een dergelijke bepaling op te nemen. De vrijstelling dient eenvoudig te interpreteren zijn. Kleine of grote verschillen tussen nationale wetgevingen zijn niet bevorderlijk voor de eenvoud van het btw-systeem. De nalevingskosten worden groter naarmate de verschillende systemen meer uit elkaar lopen. Hierdoor dient de vrijstelling zo geharmoniseerd mogelijk te zijn en met een duidelijke uitleg en een duidelijk doel. Wenselijk gezien zou dit georganiseerd zijn in de vorm van een verordening.

6.3 Conclusie

Een economisch argument voor het bestaan van een vrijstelling voor beheer van beleggingsfondsen, is het uitschakelen van de invloed van de btw op de mogelijkheid voor kleine beleggers een betere risico- rendementsverhouding te bereiken. Voor grote beleggers is dit rechtstreeks mogelijk. Met de vrijstelling worden kleine en grote beleggers gelijkgesteld.

De rechtvaardiging van een dergelijk vrijstelling is mogelijk beperkt. Een goed gediversifieerde portfolio is ook mogelijk met een relatief klein kapitaal.

De taken van een beheerder dienen, vanuit het rechtskarakter bezien, belast te zijn met btw. Het rechtskarakter vraagt om het algemeen belasten van consumptief verbruik. Het doel van de btw vraagt om een geharmoniseerde uitleg. Bij het ontbreken van een vrijstelling wordt een geharmoniseerde uitleg bereikt. Vanuit het doelmatigheidsbeginsel dient de belasting eenvoudig toepasbaar te zijn, waardoor administratieve kosten beperkt zijn. Met de aanwezigheid van een vrijstelling wordt de regelgeving complexer, meer uiteenlopend uitgelegd en ontstaat rechtsonzekerheid. Vanuit de uitgangspunten van de btw dient, derhalve, de vrijstelling geen toepassing te vinden indien wordt uitgegaan van de beperkte validiteit van het economische argument voor de vrijstelling.

Ten tweede is geanalyseerd wat de wenselijke benadering is, indien wordt uitgegaan van de validiteit van het economische standpunt en hier eveneens voldoende politiek belang aan wordt gehecht. Hierdoor wordt uitgegaan van het bestaan van een vrijstelling voor het besproken verbruik.

Wenselijk gezien wordt de vrijstelling, uitgaande van de aanwezigheid van de politieke wil, in de hele Europese Unie gelijk uitgelegd. Een verordening zou het meest optimaal zijn. Dit geldt vanuit het doel en het doelmatigheidsbeginsel.

Met de vrijstelling wordt bewerkstelligd dat een bepaald verbruik wordt vrijgesteld. Dit is inherent aan een verbruiksbelasting. Dit dient dan ook het uitgangspunt van de analyse te zijn. Hierdoor zijn de taken die de beheerder hiervoor dient te verrichten niet relevant, maar gaat het om wat de deelnemer met participatie in het fonds beoogt. Deze deelnemer dient met de participatie in het fonds een belegging te beogen, waarmee een verhoging van de mogelijke risico- rendementsverhouding wordt bereikt. Wegens doelmatigheid kan een dergelijk criterium worden vervangen door een algemene of specifieke definitie van het fonds, waar een dergelijk criterium doorgaans geldt. Mijns inziens biedt de aankomende AIFM richtlijn hiervoor veel raakvlakken.

Hoofdstuk 7. Vergelijking wenselijk recht met positief recht

7.1 Inleiding

In dit onderdeel wordt de uitwerking vanuit positief recht vergeleken met de wenselijke benadering. Hiernaast wordt onderzocht wat de toekomstige ontwikkelingen in deze relatie verandert.

7.2 Positief recht

7.2.1 Economisch argument niet-valide

Indien wordt uitgegaan van de beperkte validiteit van het economische argument, om een vrijstelling voor beheer van beleggingsfondsen te creëren, komt de huidige uitwerking niet overeen met de wenselijke benadering. Naar positief recht is beheer van beleggingsfondsen vrijgesteld terwijl dit wenselijk gezien belast is.

7.2.2 Economisch argument valide

Als wordt uitgegaan van de validiteit van het geformuleerde doel van een vrijstelling, is een aantal punten van de huidige vrijstelling, niet in overeenstemming met de wenselijke benadering.

In de huidige benadering wordt uitgegaan van 'beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen'. De toepassing van de vrijstelling is hierdoor afhankelijk van de kwalificatie van de fondsen en van de definitie van beheer.

Wenselijk gezien zijn de taken niet relevant, maar vindt de beperking van de vrijstelling plaats op basis van het fonds; wat de modale deelnemer met deelname in het fonds beoogt. Wegens doelmatigheid kan dit verbruikscriterium vervangen worden door een algemene of specifieke definitie van het fonds.

Uit de reikwijdte van de vrijstelling volgens positief recht, volgt dat bewaardiensten niet zijn vrijgesteld. Bovendien zijn taken die zien op verbetering van de activa niet vrijgesteld. Op deze punten is de huidige uitwerking niet wenselijk. Een beperking van de taken bestaat wenselijk gezien immers niet, zolang ze voor de dienstverlening van het fonds nodig zijn.

Naar positief recht wordt een fonds uitgesloten van de vrijstelling indien bij het fonds geen sprake is van beleggen, maar van ondernemen. Naar positief recht gaat het om de vergelijkbaarheid van beleggingsfondsen. Wenselijk gezien bestaat deze beperking niet, doordat wordt uitgegaan van het verbruik van de afnemer. Als het doel van de afnemer is, dit fonds ter belegging te houden en deze een verhoging van de risico-rendementsverhouding beoogt, zal het fonds kwalificeren. Het doel van het fonds is dan niet relevant. In plaats van dat het bij het fonds om beleggingen dient te gaan, dient het bij de deelnemer om een belegging te gaan. Het doel van een onderneming kan er wel voor zorgen dat een modale deelnemer de gestelde doelen niet zal hebben.

Door redenen van doelmatigheid kan het verbruikscriterium vervangen worden door het definiëren van de fondsen die kwalificeren. De objectieve kenmerken van een ‘gemeenschappelijk beleggingsfonds’, volgens positief recht komen, in deze zin, grofweg overeen met de wenselijke uitwerking. Pensioenfondsen zijn vrijgesteld voor zover de participant een verbetering van zijn mogelijke risico-rendementsverhouding beoogt en het ter belegging houdt. Dit komt mijns inziens overeen met de huidige benadering waarbij het beheer van het vermogen van een ‘defined benefit’ pensioen belast is en het beheer van het vermogen van een ‘defined contribution’ vrijgesteld is. Verder dient de deelnemer diversificatievoordelen te beogen en dient het totaal beheerde vermogen groter te zijn dan zijn aandeel. Verplichte of vrijwillige deelname is echter vanuit het wenselijk recht geen onderscheidend criterium. Dit is afhankelijk van het doel met de deelname. Waar de wenselijke uitwerking in meer belangrijke mate uiteenloopt met de huidige benadering, is bij het onderscheid tussen ondernemen en beleggen. Vanuit het wenselijk recht wordt dit benaderd vanuit de relatie tussen deelnemer en fonds, terwijl dit naar positief recht wordt benaderd vanuit de relatie tussen fonds en de aanwezige activa. Naar mijn mening kan bij een aansluiting bij de definities van de AIFM richtlijn een meer wenselijke benadering worden gevonden vanuit het rechtskarakter en het doelmatigheidsbeginsel. Private equity instellingen zullen wenselijk gezien bijvoorbeeld belast zijn, terwijl deze naar positief recht niet op de vrijstelling kunnen rekenen.

De huidige vrijstelling is niet wenselijk, aangezien geen gelijke uitwerking bestaat tussen de lidstaten. Bovendien is de huidige vrijstelling niet wenselijk doordat deze onduidelijk is. Vanuit het doel van de vrijstelling en het doelmatigheidsbeginsel zou de btw optimaal gezien via een verordening zijn geregeld, voorzien van een duidelijke uitleg en een verordeningsgeschiedenis waarop teruggegrepen kan worden.

7.3 Toekomstige ontwikkelingen

7.3.1 Lopende voorstellen

Met het voorstel ter vervanging van de vrijstellingsbepaling wordt de vrijstelling niet afgeschaft. Indien wordt uitgegaan van de wenselijke benadering dat geen sprake dient te zijn van een vrijstelling, brengt dit voorstel dus geen verandering in de situatie.

Indien wordt uitgegaan van de validiteit van het economische argument, dat aan het doel van een vrijstelling ten grondslag ligt, brengt dit een aantal veranderingen met zich mee.

Bij de vrijgestelde diensten spreekt het voorstel van de diensten “*die noodzakelijk zijn om de beleggingsdoelen van het betrokken beleggingsfonds of pensioenfonds te verwezenlijken.*” Onduidelijk is nog of dit een beperking of een verbreding van de taken betekent. Aangezien over beleggingsdoelen wordt gesproken, lijkt het eerder een vernauwing dan een verbreding. In die zin wordt dus verder afgeweken van de wenselijke benadering.

Onder de voorgestelde vrijstellingsbepaling dienen fondsen onder toezicht te staan. Hiermee wordt de benadering minder wenselijk. Wenselijk gezien zal de kwalificatie van het fonds immers afhangen van het doel van de deelnemer; het verbruik. Dit heeft geen relatie met het wel of niet onder toezicht staan. Voor de gebruikte definities is het echter wel wenselijk om aan te sluiten bij de AIFM richtlijn. Hiermee is de duidelijkheid van de vrijstelling gebaat.

Pensioenfondsen worden expliciet vrijgesteld. Wenselijk gezien is beheer van het vermogen van een pensioenfonds belast, indien de deelnemer hiermee een verzekering beoogt. Voor de vrijstelling dient de modale deelnemer een belegging te beogen en een verbetering van zijn mogelijke risico- rendementsverhouding.

Beleggen in iedere soort activa wordt met het voorstel toegestaan. Dit is in lijn met de benadering vanuit het wenselijk recht.

Er wordt meer harmonisatie bereikt door de uitgebreide definitie en de voorbeelden in de verordening. Deze verordening moet nog worden opgesteld. De duidelijkheid van de regeling en de mate van harmonisatie hangt dus af van de detaillering. Hoe duidelijker de regeling, hoe doelmatiger deze wordt en hoe meer aan het doel van de heffing wordt voldaan.

Over het geheel bezien, zal afhankelijk van de uitwerking, de nieuwe regeling meer of minder wenselijk zijn dan de oude. De doelmatigheid en het doel van de belasting zijn gebaat bij de vernieuwing. Door de vrijstelling van pensioenfondsen en de vrijstelling te beperken tot fondsen die onder toezicht staan, wordt minder recht gedaan aan het economisch argument van de vrijstelling. Verder is het de vraag wat het effect is op de vrijgestelde diensten.

7.3.2 Lange termijn strategie

Aangezien deze ontwikkeling zich nog in de verkenningsfase bevindt, bestaan nog geen concrete voorstellen. In de algemene strategie zijn twee ontwikkelingen te onderkennen. Meer harmonisatie; er wordt gesproken over de nadelen van het bestaan van 27 nationale wetgevingen. Een verordening zou hier, volgens de Commissie, beter passen. Ten tweede grondslagverbreding. Het nut van de vrijstellingen dient te worden geëvalueerd. Dit zou het afschaffen van de vrijstellingen kunnen betekenen.

Beide ontwikkelingen zouden zorgen voor een meer wenselijke behandeling van beheer van beleggingsfondsen. De harmonisatie zou een verbetering betekenen voor de doelstelling van de heffing en het doelmatigheidsbeginsel. Indien de heffing via een verordening wordt toegepast, betekent dit een minder complexe heffing, waardoor de administratieve- en nalevingskosten zullen worden beperkt en de rechtszekerheid verbetert. Een gelijke markt betekent dat de invloed van nationale wetgevingen op de vestigingsplaats van fondsen en beheerders⁴¹⁶ wordt weggenomen.

Het tweede punt waar de Commissie belang aan verbindt, is grondslagverbreding. Het nut van de vrijstellingen wordt geëvalueerd. Dit nut is afhankelijk van het belang dat de politiek verbindt met de btw-neutrale werking op de mogelijkheid een optimaal risico-rendementsverhouding te bereiken. Zoals ik eerder heb aangegeven is het economisch argument mijns inziens discutabel. Er kunnen vraagtekens worden gezet bij de merites van de vrijstelling. Aangezien een vrijstelling de eenvoud van de heffing niet ten goede komt, lijkt het afschaffen, mijns inziens, een serieuze optie. Hiermee wordt recht gedaan aan het rechtskarakter, ontstaat een doelmatiger systeem waardoor de administratieve lasten worden beperkt, ontstaat meer rechtszekerheid door de eenvoudigere heffing en ontstaat meer harmonisatie door het opheffen van de uiteenlopende uitleg.

⁴¹⁶ Afhankelijk van de belastingplicht van fondsen. Zie sectie 5.7

7.4 Conclusie

Indien wordt uitgegaan van het standpunt dat het economisch argument, onderliggend aan een vrijstelling voor beheer van beleggingsfondsen, weinig steun vindt, is de huidige regeling niet wenselijk. Wenselijk gezien wordt de vrijstelling dan afgeschaft.

Indien wordt uitgegaan van validiteit van het economisch argument en van de aanwezigheid van het politieke belang bij dit argument, is de regeling volgens het positieve recht, grofweg in overeenstemming met de wenselijke benadering. Het doelmatigheidsbeginsel zorgt ervoor dat de optimale regeling; waarbij de afhankelijkheid van de vrijstelling door het beoogde verbruik wordt bepaald, wordt vervangen door het definiëren van de fondsen die hieraan voldoen. Afwijkingen van de wenselijke benadering bestaan bij het onderscheid tussen ondernemen en beleggen, de mogelijkheid tot uitsluiting van verplichte fondsen en bij de aanwezige beperkingen van de kwalificerende taken.

De huidige regeling is niet wenselijk doordat geen gelijke uitwerking bestaat binnen de Europese Unie. Wenselijk gezien zou de heffing via een verordening worden geregeld.

Het lopende voorstel ter vervanging van de vrijstellingsbepaling zorgt voor een meer gelijke uitleg. In dat opzicht is deze regeling wenselijker. Het zorgt voor meer rechtszekerheid en lagere administratieve lasten. Het heeft een positieve invloed op de doelstelling van de btw en de doelmatigheid van het btw-systeem. Op een aantal punten wijkt het meer af van de wenselijke regeling. Pensioenfondsen worden algemeen vrijgesteld en fondsen dienen onder toezicht te staan. Beide punten zijn niet wenselijk. De uitwerking op de vrijgestelde taken is onduidelijk. Wenselijk gezien wordt hier geen beperking gegeven.

De lange termijn strategie van de Commissie op het gebied van de btw-wetgeving, laat twee ontwikkelingen zien; harmonisatie en grondslagverbreding. Beide ontwikkelingen zorgen voor een meer wenselijke bepaling. Een belasting via een verordening zorgt voor een gelijke uitleg en afhankelijk van de politieke consensus wordt de vrijstelling mogelijk afgeschaft.

Hoofdstuk 8. Slotconclusie

De vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, is sinds 1977 opgenomen in de richtlijn van het btw-systeem. Tot het arrest *Abbey II*, in 2006, was niet meer dan de richtlijntekst beschikbaar, om de bepaling te interpreteren. Vrijgesteld is:

“het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten”

Sinds het arrest *Abbey II* is de verduidelijking in gang gezet. Deze ontwikkeling is voortgezet met de arresten *JP Morgan* en *Deutsche Bank* en momenteel lopen prejudiciële vragen in de zaken *Wheels*, *GfBk* en *PPG Holdings*. Een onduidelijke regeling zorgt voor interpretatieverschillen, rechtsonzekerheid en nalevingskosten voor zowel het bedrijfsleven als de overheden.

In deze scriptie is de volgende probleemstelling behandeld:

Wat is de reikwijdte van de btw-vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen en in hoeverre is deze behandeling wenselijk. Brengt de toekomst hier verandering in?

Bij de bepaling van de reikwijdte van de vrijstelling, is uiteengezet of de regeling duidelijk is en in welke mate. Door de vergelijking tussen de uitwerking van de vrijstelling naar positief recht en naar wenselijk recht, is geëvalueerd of deze reikwijdte wenselijk is en in welke mate. De wenselijkheid is gededuceerd vanuit de uitgangspunten van de btw. Dit zijn het doel, het rechtskarakter en het doelmatigheidsbeginsel.

De vrijstelling is op te delen in twee onderdelen; ‘beheer’ en ‘gemeenschappelijke beleggingsfondsen’. Bovendien hebben afzonderlijke lidstaten een bepaalde mate van discretionaire bevoegdheid, door de term ‘zoals omschreven door de lidstaten’.

Beheer is een communautair begrip. Beheer omvat de taken die specifiek zijn voor de activiteit van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Vrijgesteld zijn de kerntaken van een dergelijke instelling. Dit betreft in ieder geval de taken van vermogensbeheer, de

administratieve taken van het fonds en marketing (verkoop). Hierbij zijn de vrijgestelde taken afhankelijk van de aard van het fonds. Taken die zien op verbetering van de activa zijn mijns inziens geen taken die specifiek zijn voor de activiteit van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Taken die zien op controle en toezicht zijn eveneens niet vrijgesteld.

De mate van verantwoordelijkheid van de beheerder is niet relevant. Mijns inziens zullen adviesdiensten, afzonderlijk, ook zijn vrijgesteld.

Door een derde beheerder verrichte diensten vallen eveneens onder de vrijstelling, indien de dienstverlening over het geheel genomen een afzonderlijk geheel vormt, dat de kenmerkende en essentiële functies van een beheerder van gemeenschappelijke beleggingsfondsen omvat. Dit geldt ook indien het fonds een interne beheerder heeft en slechts een gedeelte van de dienstverlening uitbesteedt. Eenvoudige technische of materiële diensten, zoals het terbeschikkingstelling van een systeem van gegevensverwerking, bezitten deze eigenschappen niet. Vanuit het doel redenerend dient de vrijstelling, voor iedere afzonderlijke dienst die normaal door de beheerder gedaan zou worden, ook te gelden.

In het Nederlands beleid is geen definitie of reikwijdte van de term beheer gegeven. Afzonderlijke adviesdiensten zijn niet vrijgesteld. Op dit punt acht ik het Nederlands beleid niet in overeenstemming met de richtlijn.

Bij uitleg van de term 'gemeenschappelijke beleggingsfondsen' hebben lidstaten een bepaalde discretionaire bevoegdheid. Lidstaten mogen geen onderscheid maken in de btw-behandeling van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, die met elkaar in concurrentie staan. Dit kan er echter niet voor zorgen dat een fonds, die niet de objectieve kenmerken vertoont van een 'gemeenschappelijk beleggingsfonds', onder de vrijstelling valt.

Voor de bepaling van de definitie is aansluiting gezocht bij de icbe III richtlijn. Het fonds moet aan de volgende objectieve kenmerken voldoen: er dient sprake te zijn van belegging van de activa, risicospreiding, het geheel dient in gemeenschappelijk bezit te zijn en dient voor gemeenschappelijke rekening en risico te zijn. Rechtsvorm en operationele vorm zijn niet relevant. Lidstaten kunnen, mijn inziens, ervoor kiezen om verplichte fondsen van de vrijstelling uit te sluiten, nu dit niet in strijd is met de doelstelling of de fiscale neutraliteit. Niet relevant is waarin wordt belegd, of het een

open of een besloten fonds is, of inspraak in het beleid mogelijk is en de omvang van de inleg.

Beheer van pensioenfondsen is mijns inziens vrijgesteld, voorzover het een 'defined contribution' regeling is en de overige objectieve kenmerken bij het fonds aanwezig zijn. 'Defined benefit' regelingen vallen niet onder de vrijstelling.

Ik acht het Nederlands beleid in lijn met de Europese richtlijn.

Zowel 'beheer' als 'gemeenschappelijke beleggingsfondsen' wordt binnen de Europese Unie uiteenlopend uitgelegd. Er bestaat geen harmonisatie op dit punt en naar verwachting is de regeling eerder vervangen dan dat hij compleet duidelijk is.

Momenteel wordt in de Raad onderhandeld over de precieze vormgeving van een vervanging van de vrijstellingsbepaling. De discretionaire bevoegdheid wordt ontnomen en pensioenfondsen worden expliciet vrijgesteld. Verder zullen alleen fondsen die onder toezicht staan nog kwalificeren. De uitwerking van de bijkomende verordening, waarin voorbeelden van de vrijstelling worden gegeven, moet nog worden vastgesteld. Afhankelijk van de duidelijkheid van de regeling ontstaat een meer geharmoniseerde heffing.

Voor de langere termijn is een strategie uiteengezet door de Commissie. Deze strategie bevindt zich nog in de verkenningsfase. Er wordt ingezet op harmonisatie en grondslagverbreding. Het nut van de vrijstellingen dient opnieuw vastgesteld te worden. Hierdoor wordt de vrijstelling mogelijk afgeschaft. Hiernaast wordt gesproken over een vervanging van de richtlijn door een verordening. Hierdoor wordt meer harmonisatie bereikt.

Vanuit de uitgangspunten van het btw-systeem, is een wenselijke benadering gededuceerd. De uitwerking is afhankelijk van de politieke voorkeur voor het economische argument. Dit argument is het voorkomen van invloed van btw, op de bereikbaarheid van een optimale risico- rendementsverhouding voor kleine beleggers. De economische argumenten vóór een vrijstelling zijn mogelijk beperkt geldig, doordat een optimale risico- rendementsverhouding ook met een beperkt vermogen bereikt kan worden.

Als wordt uitgegaan van het standpunt dat het economische argument discutabel is, wordt wenselijk gezien de vrijstelling afgeschaft. Vanuit het rechtskarakter dient de

prestatie belast te worden. Hiernaast heeft het een positieve invloed op de doelmatigheid van de heffing en wordt meer harmonisatie bereikt.

Zowel de uitwerking van de vrijstelling naar positief recht, als het richtlijnvoorstel die de regeling op termijn kan vervangen, is niet in lijn met een wenselijke benadering. De vrijstelling bestaat immers en zal ook blijven bestaan. Op de lange termijn wordt grondslagverbreding beoogd. De ratio van de vrijstellingen zal worden geëvalueerd en afhankelijk van de politieke consensus kan de vrijstelling worden afgeschaft. Op de lange termijn zou de behandeling van beheer van beleggingsfondsen, derhalve, in lijn kunnen zijn met de wenselijke benadering.

Indien wordt uitgegaan van de validiteit van het economische argument, dat aan een vrijstelling voor beheer van beleggingsfondsen ten grondslag ligt, geldt een andere conclusie. Met een vrijstelling wordt bewerkstelligd dat een bepaald verbruik wordt vrijgesteld. Dit is inherent aan een verbruiksbelasting. De deelnemer beoogt een verhoging van de mogelijke risico-rendementsverhouding van zijn beleggingen. Zodra een politieke voorkeur aanwezig wordt geacht voor het economisch argument, is dit verbruik vrijgesteld. Alle betrokken taken zijn hierdoor vrijgesteld. De beperking dient te liggen bij de fondsen. Toepassing van de vrijstelling is afhankelijk van de doelstelling van de modale deelnemer bij de participatie van het fonds. De deelnemer dient een verbetering van zijn mogelijke risico-rendementsverhouding voor ogen te hebben en dient het fonds ter belegging te houden. Wegens doelmatigheid kan een dergelijk criterium worden vervangen door een algemene of specifieke definitie van een fonds te geven, waar een dergelijk criterium voor geldt.

Wenselijk gezien wordt de vrijstelling, uitgaande van de aanwezigheid van de politieke wil, in de hele Europese Unie gelijk uitgelegd. Een verordening zou het meest optimaal zijn. Dit geldt vanuit het doel en het doelmatigheidsbeginsel.

De uitwerking van de vrijstelling naar positief recht is grofweg in overeenstemming met de wenselijke benadering. Het doelmatigheidsbeginsel zorgt ervoor, dat de optimale regeling; waarbij de toepassing van de vrijstelling door het beoogde verbruik wordt bepaald, wordt vervangen door het definiëren van de fondsen die hieraan voldoen. Afwijkingen van de wenselijke benadering vinden plaats, doordat naar positief recht het onderscheid tussen ondernemen en beleggen wordt benaderd, vanuit de relatie tussen het fonds en de aanwezige activa, terwijl dit wenselijk gezien wordt benaderd vanuit de

relatie tussen het fonds en de deelnemers. Wenselijk gezien wordt voor dit onderscheid bij de definities van de AIFM richtlijn aangesloten. Hiernaast is de huidige uitwerking niet wenselijk omdat er beperkingen bestaan voor de kwalificerende taken en lidstaten verplichte fondsen kunnen uitsluiten.

Vanuit het doel en het doelmatigheidsbeginsel is de huidige regeling niet wenselijk doordat geen gelijke uitwerking bestaat binnen de Europese Unie. Wenselijk gezien zou de heffing via een verordening worden geregeld.

Het lopende voorstel ter vervanging van de vrijstellingsbepaling zorgt voor een meer gelijke uitleg. In dat opzicht is de regeling meer wenselijk. Op een aantal punten wijkt het meer af van de wenselijke regeling. Pensioenfondsen worden algemeen vrijgesteld en fondsen dienen onder toezicht te staan. Dit is niet in lijn met een wenselijke benadering.

De lange termijn strategie op btw terrein, van de commissie, laten twee ontwikkelingen zien; harmonisatie en grondslagverbreding. Beide ontwikkelingen zorgen voor een meer wenselijke bepaling. Een belasting via een verordening zorgt voor meer harmonisatie en, afhankelijk van de politieke consensus, wordt de vrijstelling mogelijk afgeschaft.

Literatuuroverzicht

- Bakker, P. en M.P.J. Jaegers, Btw-regelgeving financiële diensten: een update 2, BTW-bulletin februari 2009, nr. 2.
- Beelen, S.T.M., K.M. Braun, O.L. Mobach, e.a., Cursus Belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2010.
- Bijl, D.B., M.E. van Hilten en D.G. van Vliet, Europese BTW en Nederlandse omzetbelasting, derde druk, Kluwer, Deventer, 2001.
- Bodie, Z., A. Kane en A.J. Marcus, Investments and Portfolio Management, Global Edition, ninth edition, McGraw-Hill Irwin, New York, 2011.
- Bormann-Bakker, M en K.D.M. Langeveld, Vrijstellingen, een doelredenering?, BTW-Bulletin september 2006, nr. 9.
- Braquet, C., S. Heydari en E. van Kasteren, Why VAT Is Important for Investment Funds and Their Managers, Derivatives & Financial Instruments sep/okt 2010.
- Braun, K.M., Aftrek van voorbelasting in de BTW, Kluwer, Deventer, 2002.
- Bruggen, G.J. van, en N. Tetteroo, Pensioenfondsen; internationalisering zonder btw-kosten?, BTW-Brief 1, 2007.
- Bruggen, G.J. van, en N. Tetteroo, Deur naar btw-vrijstelling voor gesloten beleggingsinstellingen geopend, BTW-Brief 8/9, 2007.
- Cuthbertson, K. en D. Nitzsche, Investment, Second Edition, Wiley & Sons, Chichester, 2008.
- Denie, A.H.R.M., De overheid in de omzetbelasting, Kluwer, Deventer, 1987.
- Doesum, A. van, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Kluwer, Deventer, 2009.
- Dongen, A van, Het duobeheer en bewaring in de BTW, Belastingbrief 2006/07.
- Dongen, A. van, De harmonisatie van de btw, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks nr. 8.
- Elsen, E.H. van den, en R.N.G. van der Paardt, Het begrip ondernemer in de omzetbelasting, Kluwer, Deventer, 1998.
- Elsen, E.H. van den, Groenboek over de toekomst van de btw, BTW-bulletin maart 2011, nr. 3.
- Euser, D., Niets is wat het lijkt: het BTW-risico van derivaten, Kluwer, Deventer, 2010
- Evans, J. L., en S. H. Archer, Diversification and the reduction of dispersion: an empirical analysis, Journal of Finance, December 1968, p. 761-767.

-
- Fama, E.F., Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, *Journal of Finance*, 25, 1970, p. 383-417.
- Frehen, R.F. en E.M. van Kasteren, Het pensioenfonds als beheerder van collectief pensioenvermogen: de tijd is rijp voor omzetbelastingtechnische erkenning!, *Ondernemingsrecht*, 2007, 153.
- Gabriël, M.M. en F.J.G. Nellen, Verslag van het op 19 juni 2009 gehouden congres "40 jaar btw", *WFR* 2009/1353.
- Grashoff, M., Pensioenknip, een verbetering, of juist niet?, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, 2009/38.
- Gremillion, L., *Mutual Fund Industry Handbook : A Comprehensive Guide for Investment Professionals*, Wiley & Sons, New Jersey, 2005, H. 5&6
- Hartendorf, M.S., De BBL-zaak: over de BTW-positie van beleggingsfondsen en vermogensbeheerders, *WFR* 2005/438.
- Hartendorf, M.S. en W. Kuipéri Pensioenfondsen en BTW: een balans van kansen en bedreigingen, *TVP*, 2008/3.
- Hilten, M. van, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Kluwer, Deventer, 1992.
- Hilten, M.E. van, *Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen*, Kluwer, Deventer, 2010.
- Hilten, M.E. van, *Vrijstellingen: hoe eng is strikt?*, *WFR* 2009/1328.
- Hilten, M. van en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, elfde druk, Kluwer, Deventer, 2007.
- Hilten, M. van en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, twaalfde druk, Kluwer, Deventer, 2010.
- Kasteren, E. van, *How Recent ECJ Referrals May Palce Increased Pressure on the VAT Position of Asset Managers, Derivatives & Financial Instruments*, nov/dec 2011.
- Kesteren, H.W.N. van, *Fiscale rechtswil*, Gouda, Quint, Deventer, 1994.
- Kinnegim, G., en N. Huisman, *Creating a More Level Playing Field for VAT*, *International Tax Review*, juni 2008.
- Maatman, R.H., *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder*, Kluwer, Deventer, 2004.
- Markowitz, H.M., *Portfolio Selection: Efficient Diversification of Investments*, John Wiles & Sons, New York, 1959.
- Mierop, R., 'Vereenvoudiging' btw-regelgeving voor dienstverlening in financiële en verzekeringssector, *BTW-bulletin januari 2008*, nr. 1.
- Nieuwenhuizen, W.A.P., *Pensioenfondsen en btw: een cryptgram van belastingplicht, vrijstellingen en aftrekrecht*, *BTW-bulletin september 2006*, nr. 9.
- Norden, G.J. van, *Het concern in de BTW*, Kluwer, Deventer, 2007.

-
- Plainchamp, C. en N. Devillers, Does investment fund VAT exemption match the modern world?, *International Tax Review*, oct 2011.
- Poll, van, R.M., *Financieel Woordenboek*, Het Financieele Dagblad, 2000.
- Preter, J. de, en E.J. Makkus, BTW en beheer: een tipje van de sluier opgelicht, *MBB* 2006/06.
- Simons, A.L.C., *Theorie voor een algemene verbruiksbelasting*, *WFR* 1963/326
- Statman, M., How many stocks make a diversified portfolio?, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, September 1987, p. 353-363.
- Terra, B.J.M., *Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer*, *FED Fiscale studieserie* nr. 23, *FED*, Deventer, 1984, p.5
- Tuk, C.P., *Wet op de Omzetbelasting 1968*, Kluwer, Deventer, 1970.
- Paardt, R.N.G. van der, *Beleggingsfondsen in plaats van beleggers ondernemer voor de BTW*, *NTFR*, 13 januari 2005.
- Sanders, J. Th., *Pensioenfonds heeft geen recht op vrijstelling voor collectief belegde vermogens*, *NTFR*, 2011/126.
- Sanders jr., J. en R. Vos, *Btw-regelgeving financiële diensten: een update*, *BTW-bulletin* juni 2008, nr. 6.
- Strong, R.A., *Portfolio Construction, Management, & Protection*, Fourth Edition, Thompson South-Western, Mason.
- Swinkels, J.J.Ph., *De belastingplichtige in de Europese BTW*, Koninklijke Vermande, 's-Gravenhage, 2001.
- Swinkels, J.J.Ph., *De reikwijdte van de BTW-vrijstelling inzake het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen*, *FED* 2006/84.
- Velden, van der, J.W.P.M., *Babylonische bewaarders*, *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht*, 2009, nr. 173.
- Velden, van der, J.W.P.M., *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 2008.
- Velden, van der, J.W.P.M., *Beleggingsfondsen en civielrechtelijke praktijk*, *Onderneming en Financiering*, afl. 3, 2009.
- Voets, M.M.G.A., *Abbey National II: Een teken voor verdere harmonisatie?*, *BtwBrief* nr. 6/7 2006.
- Vos, R. en R.D. Hofman, *BTW-vrijstelling collectief vermogensbeheer: een beetje meer duidelijkheid...*, *BTW-bulletin*, juni 2006, nr. 6.
- Vos, R., *Btw-ontwijkende structuren door financiële instellingen: willen we roomser dan de paus zijn?*, *BTW-bulletin*, Afl. 2 februari 2011
- Vroon, A., *Beheer is meer*, *WFR* 2005/508.

Lijst van aangehaalde jurisprudentie

EU

- HvJ EU 5 februari 1981, nr. 154/80 (Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats GA)
- HvJ EU 1 april 1982, nr. 89/81 (Hong Kong Trade Development Council)
- HvJ EU 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman)
- HvJ EU 8 maart 1988, nr. 102/86, (Apple en Pear development Council)
- HvJ EU 27 juni 1989, nr. 50/88 (Kühne)
- HvJ EU 4 december 1990, nr. C-186/89 (Van Tiem)
- HvJ EU 20 juni 1991, nr. C-60/91 (Polysar)
- HvJ EU 6 mei 1992, nr. C-20/91 (P. de Jong)
- HvJ EU 14 februari 1995, nr. C-279/93 (Schumacker)
- HvJ EU 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma)
- HvJ EU 26 februari 1996, nr. C-110/94 (Intercommunale voor zeewaterontzilting (Inzo))
- HvJ EU 29 februari 1996, nr. C-215/94 (Jürgen Mohr)
- HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust Ltd)
- HvJ EU 25 juni 1997, nr. C-54/95 (Commissie tegen Italië)
- HvJ EU 22 oktober 1998, nr. C-308/96 (Madgett en Baldwin)
- HvJ EU 11 juni 1998, nr. C-283/95 (Fischer)
- HvJ EU 11 juni 1998, nr. C-361/96 (Société Générale des Grandes Sources)
- HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (CPP)
- HvJ EU 5 juni 1997, nr. C-2/95 (SDC)
- HvJ EU 26 juni 1997, nr. C-370/95 (Careda SA)
- HvJ EU 8 juni 1999, nr. C-338/97 (Erna Pelzl e.a.)
- HvJ EU 7 september 1999, nr. C-216/97 (Gregg)
- HvJ EU 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest)
- HvJ EU 3 mei 2001, nr. C-481/98 (Commissie tegen Frankrijk)
- HvJ EU 13 december 2001, nr. C-235/00 (CSC Financial Services)
- HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM)
- HvJ EU 18 november 2004, nr. C-284/03 (Temco Europe)
- HvJ EU 16 september 2004, nr. C-382/02 (Cimber Air)

HvJ EU 21 oktober 2004, nr. C-8/03 (BBL)
HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-428/02 (Fonden Marselisborg Lystbådehavn)
HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-498/03 (Kingerest Associates)
HvJ EU 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax)
HvJ EU 27 april 2006, nr. C-443/04 (Solleveld)
HvJ EU 4 mei 2006, nr. C-169/04 (Abbey National II)
HvJ EU 21 juni 2007, nr. C-453/05 (Volker Ludwig)
HvJ EU 28 juni 2007, nr. C-363/05 (JP Morgan Claverhouse)
HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-277/05 (Société thermale d'Eugénie-les-Bains)
HvJ 11 oktober 2007, nr. C-283/06 (KÖGÁZ)
HvJ EU 21 februari 2008, nr. C-271/06 (Netto Supermarkt GmbH)
HvJ EU 16 september 2008, nr. C-288/07 (Ilse Of Wight Council)
HvJ EU 6 oktober 2009, nr. C-267/08 (SPÖ Kärnten)
HvJ EU 22 oktober 2009, nr. C-242/08 (Swiss re)
HvJ EU 19 november 2009, nr. 461/08 (Don Bosco OG)
HvJ EU 11 februari 2010, nr. C-88/09 (Graphic Procedé)
HvJ EU 28 oktober 2010, nr. C-175/09 (Axa)
HvJ EU 28 oktober 2010, nr. C-49/09 (Commissie tegen polen)
HvJ EU 2 december 2010, nr. C-276/09 (Everything Everywhere)
HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank)
HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-250/11 (Lietuvos gelezinkeliai)
Conclusie van A-G Villalon van 8 november 2012, nr. C-275/11 (GfBk)

Hoge Raad

Hoge Raad 18 november 2005, 39 365, BNB 2006/55, V-N 2005/57.18

Gerechtshof

Gerechtshof Amsterdam, 3 februari 2003, 02/2672, V-N 2003/11.2.5

Gerechtshof van 's-Hertogenbosch 2 september 2011, 09/00314

Rechtbank

Rechtbank Breda 6 mei 2009, AWB 07/1062

Rechtbank Breda van 6 april 2006, 05/04159, NTFR 2006-984 met noot van W.A.P. van Nieuwenhuizen

Rechtbank Breda van 30 oktober 2006, 06/453

Rechtbank Leeuwarden 25 november 2010, AWB 09/2659, V-N 2011/6.21.20

Rechtbank Leeuwarden 25 november 2010, AWB 09/2662, V-N 2011/15.3.3

Rechtbank Breda 6 mei 2009, AWB 07/1062

Tariefcommissie

TC 22 maart 1943, nr. 2678 O

Overige bronnen

Europees

Verdragen

Verdrag betreffende de Europese Unie

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (verdrag van Rome)

Richtlijnen

Richtlijn 67/227/EEG betreffende de harmonisatie van nationale wetgeving inzake omzetbelasting bij besluit van 11 april 1967.

Richtlijn 67/228/EEG van de Raad van 11 april 1967 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lidstaten inzake omzetbelasting - Structuur en wijze van toepassing van het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.

Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid- Staten inzake omzetbelasting - Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag

Richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's)

Richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) met het oog op de reglementering van beheermaatschappijen en vereenvoudigde prospectussen

Richtlijn 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), betreffende beleggingen van icbe's.

Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.

Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's)

Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de

Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010 Voor de EER relevante

Voorstellen

COM(2007) 747, 2007/0267 (CNS), Brussel, 28.11.2007

COM(2011) 851, Brussel, 06.12.2011

Raad van de Europese Unie, 30 september 2011, 14964/11 fisc 122, 2007/0267 (CNS)

Raad van de Europese Unie, 14 december 2011, 18650/11 fisc 170, 2007/0267 (CNS)

Prejudiciële vragen

HvJ EU 3 juni 2011, nr. C-275/11 (GfBk)(prejudiciële vragen)

HvJ EU 11 augustus 2011, nr. C-424/11 (Wheels) (prejudiciële vragen)

HvJ EU 3 januari 2012, nr. C-26/12 (Fiscale eenheid PPG Holdings) (prejudiciële vragen)

Conclusies

Conclusie A-G Jacobs van 6 juni 2002 bij C-315/00 (Maierhofer)

Besluiten en overige stukken

ABC-rapport, Algemeen rapport van de subgroepen A,B en C ingesteld ter bestudering van de verschillende mogelijkheden tot harmonisatie van de omzetbelastingen, Europese Economische Gemeenschap, Commissie, Januari 1962

Besluit 70/243/EGKS, EEG; pbEG 1970 nr. L 94

Rapport van het fiscaal en financieel comité, Europese Economische Gemeenschap, Commissie, 1962

EFAMA, EFAMA comments on VAT Compromise Texts dated 1 July 2011, 19 September 2011.

European Securities and Markets Authority, Discussion paper (ESMA), Key concepts of the Alternative Investment Fund Managers Directive and types of AIFM, 23 februari 2012.

Nederlands

Wetten

Wet op de omzetbelasting van 1968

Wet op het financieel toezicht

Wet toezicht beleggingsinstellingen

Kamerstukken, besluiten en overige stukken

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 9324 nr. 3, 67/68

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 21 127 nr. 3, 88/89

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 21 607 nr. 3, 89/90

Memorie van Antwoord, Kamerstukken II, 21 607 nr. 6, 90/91
Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 29 708 nr. 19, 05/06
Ministerie van Financiën, 23 juni 2006, DGB2006-3338
Ministerie van Financiën, 18 oktober 2007, DGB 2007-4884
Nadere Memorie van Antwoord, Kamerstukken I, 31 891 nr. E, 16-12-2010
Staatscourant, 27 juli 2010, nr. 11816, Beleidsregel ondernemen of beleggen.

Overige verwijzingen

Efama, Efama investment fund industry fact sheet, april 2012
Efama, Fund Fees in Europe: Analysing Investment Management Fees, Distribution Fees and Operating Expenses, oktober 2011
European Banking Federation, 'Design and Impact of the 'Option to Tax' System for Application of VAT to Financial Services, Oct. 28 2009.
Federale Overheidsdienst Financien België, BTW-Handleiding, 01-feb 2010
Lycaeus Juridisch Woordenboek
Van Dale groot woordenboek van de Nederlandse taal
Beheersverslag Belastingdienst 2011

Appendix

Bijlage I: Taken van een bewaarder volgens richtlijn 85/611 art. 7/14

- De activa van een beleggingsfonds moeten in bewaring worden gegeven bij een bewaarder.
- zich ervan te vergewissen, dat de verkoop, uitgifte, inkoop, terugbetaling en intrekking van rechten van deelneming voor rekening van het fonds of door de beheermaatschappij, overeenkomstig de wet of het fondsreglement geschieden;
- zich ervan te vergewissen dat de waarde van de rechten van deelneming wordt berekend overeenkomstig de wet of het fondsreglement;
- de aanwijzingen van de beheermaatschappij uit te voeren, tenzij deze in strijd zijn met de wet of het fondsreglement;
- zich ervan te vergewissen dat bij transacties met betrekking tot de activa van het fonds de tegenprestatie hem binnen de gebruikelijke termijnen wordt voldaan;
- zich ervan te vergewissen dat de opbrengsten van het fonds een bestemming krijgen in overeenstemming met de wet of het fondsreglement.

Bijlage II: verschillende taalversies van de richtlijnbeplating bij invoering

Nederlands:

het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten;

Engels:

the management of special investment funds as defined by Member States; (het beheer van speciale beleggingsfondsen, als omschreven door de lidstaten;)

Frans:

la gestion de fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les États membres; (het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals gedefinieerd door de lidstaten;)

Duits:

die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen; (de administratie van door de lidstaten als zodanig gedefinieerd speciaal fonds;)

Deens:

forvaltning af investeringsforeninger, således som disse er fastsat af medlemsstaterne; (beheer van beleggingsfondsen, als omschreven door de lidstaten;)

Italiaans:

la gestione di fondi comuni d'investimento quali sono definiti dagli Stati membri; (het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, als omschreven door de lidstaten;)

Bijlage III: Verschillende nationale benaderingen van een aantal lidstaten

België:

the management of collective investment bodies described in the law dated 20 July 2004 regarding certain forms of collective management of investment portfolios and the organizations for financing pensions described in Art. 8 of the Law dated 27 October 2006 regarding the supervision of bodies providing company pensions;

Duitsland

the management of special investment funds in accordance with the Investment Funds Act and the management of pension funds within the meaning of the Insurance Supervision Act;

Frankrijk

Wettekst:

the management of joint securities and debt investment mutual funds;

Beleid:

the management of special investment funds (OPCVMs = ICBE's);

Luxemburg:

management of undertakings for collective investment including SICAR (investment companies in venture capital) and specialized investment fund, and pension funds subject to the supervision of the "CSSF" (public body in charge of the supervision of the financial sector) or the "Commissariat aux Assurances" (public body in charge of the supervision of the insurance sector) as well as of securitization vehicles situated in Luxembourg;

Polen:

management services for:

- a) investment funds or collective securities portfolios – within the meaning of regulations on investment funds;
- b) investment portfolios of investment funds, referred to in (a), or parts thereof;
- c) unit-linked insurance funds within the meaning of the insurance regulations;
- d) open-ended pension funds, as well as the Guarantee Fund established under those regulations;

-
- e) employee pension plans within the meaning of the regulations on employee pension plans;
 - f) the mandatory offset system and the clearing fund established under the provisions of the law on public trading in securities, as well as other funds which are collected or established in order to secure proper clearing of transactions concluded in trading on the regulated market within the meaning of those provisions or in trading at commodity exchanges within the meaning of regulations concerning commodity exchanges, by a central partner, clearing agents or a clearing in payment system and systems for clearing of securities, as well as the principles for supervising those systems;

V.K.:

The management of an authorized unit trust scheme or of a trust based scheme by the operator of the scheme.

The services of the authorized corporate director of an open ended investment company so far as they consist of managing the company's scheme property.

(Bron: IBFD)

Bijlage IV: Tabel van uitleg lidstaten

	<i>Pensioen- fondsen</i>	<i>Vrijstelling advies</i>	<i>Alleen indien gereguleerd</i>	<i>Optie tot belasten</i>
<i>Frankrijk</i>	Onduidelijk	Onduidelijk	(+) ^{1,8}	(+) ⁷
<i>Nederland</i>	(-) ¹	(-)	(-) ⁸	(-) ⁷
<i>Belgie</i>	(+) ^{1,6}	(+) ⁶	(-) ⁶	(-) ^{7,6}
<i>Luxemburg</i>	(+) ^{2,1}	(+) ^{2,4}	(+) ^{1,2,4}	(-) ⁷
<i>V.K.</i>	(-) ³	(-) ²	(-) ²	(-) ⁷
<i>Polen</i>	(+) ¹	Onduidelijk	(+) ^{1,8}	(-) ⁷
<i>Duitland</i>	(+) ¹	(-) ⁵	(+) ⁵	(-) ⁷

1 Zie bijlage III

2 C. Braquet, S. Heydari en E. van Kasteren, Why VAT Is Important for Investment Funds and Their Managers, Derivatives & Financial Instruments sep/okt 2010

3 HvJ EU 11 augustus 2011, nr. C-424/11 (Wheels) (prejudiciële vragen)

4 C. Plainchamp en N. Devillers, Does investment fund VAT exemption match the modern world?, International Tax Review, oct 2011

5 Verwijzingsuitspraak HvJ EU 3 juni 2011, nr. C-275/11 (GfBk)(prejudiciële vragen)

6 BTW-Handleiding, Federale Overheidsdienst Financien, 01-feb 2010, p. 851/852

7 European Banking Federation, 'Design and Impact of the 'Option to Tax' System for Application of VAT to Financial Services, Oct. 28 2009.

8 G. Kinnegim en N. Huisman, Creating a More Level Playing Field for VAT, International Tax Review, juni 2008

Doel van de tabel is de globale benadering van de lidstaten weer te geven. Hierdoor volstaat het ongenueanceerde beeld van deze tabel.

Bijlage V: Beslisboom AFM 'ondernemen of beleggen'

Bron: Staatscourant, 27 juli 2010, nr. 11816, Beleidsregel ondernemen of beleggen, p. 3

