

# Btw op een likje verf? De advocaat-generaal heeft er lak aan!

Wet OB 1968

**Collectief vermogensbeheer is vrijgesteld van btw. Volgens de advocaat-generaal voor het Europese Hof van Justitie geldt de vrijstelling niet alleen voor effectenfondsen, maar ook voor het beheer van vastgoedfondsen. Bovendien concludeert de advocaat-generaal in dit kader tot een ruime uitleg van het begrip 'beheer'. Ongeacht of het Europese Hof van Justitie de overweging van de advocaat-generaal volgt of juist niet, de invulling van de beheervrijstelling zal hoe dan ook een impact hebben voor vastgoedbeleggers, -fondsen en -beheerders.**



mr. E.W.E.M.  
Cox

## VRIJSTELLINGEN EN DE PARADOX VAN DE BTW

De btw is in beginsel vrij overzichtelijk: volgens de hoofdregel dient iedere vorm van consumptie in de heffing te worden betrokken. Zoals bij zoveel wet- en regelgeving, wordt het pas echt moeilijk, wanneer een uitzondering op deze hoofdregel om de hoek komt kijken. In de btw spelen de vrijstellingen daarbij vaak een rol. Naast vrijstellingen voor onder meer scholing en gezondheidszorg, kent de btw vrijstellingen voor geld- en effectenverkeer, financiële dienstverlening en verzekeringen. Maar ook de levering en verhuur van onroerende zaken is in de regel btw-vrijgesteld.

De achtergrond van de vrijstellingen is verschillend. Handelingen met betrekking tot betaalmiddelen en betaalverkeer zijn onder meer vrijgesteld met het oog op de converteerbaarheid van die middelen en om te bereiken dat een consument geen btw wordt berekend voor het doen van een betaling, maar alleen voor de aanschaf van een product of dienst. De vrijstelling voor kredietverlening kent een vergelijkbare intentie: particuliere consumptie moet niet duurder worden door btw-heffing over eventueel benodigde financiering. Voor verzekeringen geldt een btw-vrijstelling, mede omdat er reeds een Europees geharmoniseerde assurantiebelasting wordt geheven.

Bij onroerende zaken speelt iets anders. Vanwege de vaak lange levensduur van een gebouw en de mogelijkheid dat het pand verschillende keren van eigenaar wisselt, bestaat het risico op cumulatieve btw. Wanneer bijvoorbeeld een gebouw btw-belast wordt geleverd aan een particuliere gebruiker, kan deze de btw niet in aftrek brengen. Bij een latere verkoop zal de onverrekenbare btw ongetwijfeld in de verkoopprijs worden opgenomen. Als de danmalige koper echter een ondernemer betreft, zou bij een volgende verkoop weer btw zijn verschuldigd. Die ondernemer zal dan btw moeten factureren over een vergoeding, waarin zijn aankoopprijs inclusief btw is verdisconteerd. Er wordt dan btw over onverrekenbare btw berekend en zo ontstaat cumulatieve btw. Om dit te voorkomen, is de levering van gebouwen buiten de consumptiefase (die tot twee jaar na eerste ingebruikneming voortduurt) over het algemeen vrij van btw.

De btw-vrijstelling voor de verhuur van onroerend goed kent voornamelijk een sociaaleconomische achtergrond. Met de

vrijstelling wordt enerzijds beoogd de btw-druk bij koop en huur zoveel mogelijk gelijk te houden en anderzijds de huurwoningmarkt niet te zwaar te belasten.

Hoewel men over het algemeen zou verwachten dat een belastingvrijstelling voordelig is, hoeft dat in de btw niet altijd het geval te zijn. Ondernemers kunnen de aan hen gefactureerde 'input-btw' immers aftrekken, mits hun output ook aan de btw-heffing is onderworpen. Het doet hen dan ook geen pijn, wanneer btw is verschuldigd over hun inkopen. Een ondernemer die btw-vrijgestelde handelingen verricht, heeft echter geen recht op aftrek voor voorbelasting. Hij zal trachten goederen en diensten zo veel mogelijk vrij van btw in te kopen en, wanneer dat niet lukt, de btw op kosten doorgeven in de prijs voor zijn eigen product doorberekenen. Om die reden is het voor een aftrekgerechtigde ondernemer veelal onvoordelig om goederen of diensten af te nemen van een btw-vrijgestelde ondernemer, omdat diens producten uiteindelijk duurder zullen zijn. Een btw-belaste inkoop is in de regel gunstiger. Dit fenomeen wordt ook wel 'de paradox van de btw' genoemd: de inkopen door btw-belaste ondernemers zijn per saldo feitelijk vrijgesteld, terwijl ondernemers die vrijgestelde handelingen verrichten in wezen worden belast.

Een btw-vrijstelling bereikt daarentegen wel zijn effect, wanneer deze wordt toegepast op een levering of dienst aan een particulier of aan een niet-aftrekgerechtigde ondernemer aan het eind van de productie- en distributieketen. Binnen de keten leiden vrijstellingen echter tot verstoringen, zoals ook blijkt uit het vorenstaande. Dit vormt een inbreuk op hetgeen in de btw wordt aangeduid met 'fiscale neutraliteit'. De neutraliteitsgedachte behelst dat het voor de eindgebruiker geen verschil mag uitmaken bij welke ondernemer hij zijn product koopt of hoe lang de productie- en distributieketen is, althans niet als het gevolg van de gecumuleerde btw-druk.

## BTW-VRIJ BELEGGEN

Zoals hiervoor al bleek, kent de btw een vrijstelling voor handelingen inzake effecten en andere waardepapieren. Bij het rechtstreeks beleggen in effecten zal ter zake van de aan- en verkoop in beginsel dan ook geen btw worden berekend. De

bewaring en het beheer van effecten is overigens van de vrijstelling uitgezonderd.

Voor kleinere (particuliere) beleggers zal het evenwel moeilijk zijn om hun beleggingsrisico's te spreiden, wanneer zij rechtstreeks beleggen (in effecten of andere beleggingsobjecten). Om toch een risicospreiding te bewerkstelligen kunnen zij ervoor kiezen om te beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen en -maatschappijen. Tegen de achtergrond van de fiscale neutraliteit, is een btw-vrijstelling gecreëerd voor het beheer van dergelijke gemeenschappelijke beleggingsfondsen (hierna: de beheervrijstelling). Over de vergoeding die de beheerder in rekening brengt voor onder meer de selectie van de beleggingen en de kosten voor de aan- en verkoop van effecten die hij aan de beleggers doorberekent, is daardoor geen btw verschuldigd. Door btw-kosten in beide situaties uit te sluiten, heeft de belegger vrijelijk de keuze tussen rechtstreeks beleggen en via een gemeenschappelijk beleggingsfonds.

De Hoge Raad heeft aan het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) de vraag voorgelegd of de beheervrijstelling ook kan worden toegepast, wanneer het gemeenschappelijk beleggingsfonds niet in effecten, maar in onroerende zaken belegt. Naar mijn ervaring, werd toepassing van de vrijstelling voor het beheer van vastgoedfondsen over het algemeen geaccepteerd door de Nederlandse Belastingdienst. Wellicht is de Hoge Raad aan het twijfelen gebracht, doordat in verschillende Europese lidstaten – met de invoering van de AIFM-richtlijn<sup>1</sup> – het beheer van dergelijke fondsen buiten de vrijstelling is gehouden c.q. geplaatst. Daarnaast vraagt de Hoge Raad naar de reikwijdte van het begrip 'beheer' (waarover hierna meer).

Op 20 mei 2015 heeft A-G Kokott (hierna: de A-G) haar conclusie genomen in deze zaak.<sup>2</sup> Aldus de A-G, blijkt niet uit de bewoording van de beheervrijstelling – noch in de Btw-richtlijn (2006/112/EG), noch in de nationale wettekst – dat slechts een bepaalde beleggingsvorm onder de betreffende bepaling behoort te vallen. De omstandigheid dat bij de aan- en verkoop van vastgoed btw kan zijn verschuldigd, terwijl de handel in effecten is vrijgesteld, is volgens de A-G niet van belang. De beheervrijstelling beoogt immers niet (zozeer) de aan- en verkoop van de beleggingsobjecten van een beleggingsfonds vrij te stellen, maar juist het beleggen via een fonds niet duurder te maken met 'extra' btw-heffing over de vergoeding voor beheerhandelingen. Bij rechtstreeks beleggen zou de belegger het beheer immers zelf voeren, zodat van meet af aan geen btw-druk wordt ervaren. De conclusie van de A-G luidt dan ook dat ook het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen btw-vrijgesteld behoort te zijn, ook wanneer deze in onroerende zaken beleggen.

Deze conclusie is op zichzelf begrijpelijk en klinkt sympathiek. Indien het HvJ EU de lezing van de A-G volgt, betekent dit dat de belegger in een vastgoedfonds geen extra btw-druk (meer) ervaart ter zake van het beheer van het fonds. Of het eindoordeel ook volledig fiscaal-neutraal uitpakt, hangt echter niet alleen af van de btw-positie van de belegger. De crux zit hem volgens mij in het ondernemerschap.

### Btw-ondernemerschap

Het louter houden van aandelen is geen ondernemersactiviteit voor de btw. Een aandeelhouder heeft over het algemeen geen relevante output voor de btw. Dividend wordt namelijk niet gezien als de vergoeding voor een btw-prestatie van de aandeelhouder (het aandelenbezit).<sup>3</sup> Dit kan overigens anders zijn,

wanneer de belegger met regelmaat handelt in aandelen of als de aandeelhouder zich tegen vergoeding moeit in het beheer van de betreffende vennootschap. Hij doet dan meer dan sec beleggen; je zou kunnen spreken van 'beleggen-plus'. Echter, in het eerste geval zullen de handelingen veelal zijn vrijgesteld, zodat om die reden geen aanspraak kan worden gemaakt op btw-afrek. En ook in de laatste situatie ontstaan in de praktijk vaak moeilijke discussies over de vraag of de btw op onder meer advieskosten rondom de aan- en verkoop van aandelen in afrek kan worden gebracht, omdat de link tussen deze kosten en de btw-belaste activiteiten in menig geval door de Belastingdienst ter discussie wordt gesteld. Een passieve belegger kan in ieder geval geen btw-afrek plegen.

Vastgoedexploitatie leidt daarentegen in de regel juist wel tot ('quasi') ondernemerschap. Ingevolge art. 7, lid 2, onderdeel b, Wet op de omzetbelasting 1968, wordt 'exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen' immers an sich al als economische activiteit aangemerkt. Vervolgens is de exploitatie van een onroerende zaak weliswaar in beginsel btw-vrijgesteld, maar ter zake van de verhuur van commercieel vastgoed wordt gewoonlijk geopteerd voor btw-heffing, (mede) om te voorkomen dat de verhuurder de voor hem anders niet-verrekenbare btw op kosten in de vorm van een opslag op de huursom doorberekent.<sup>4</sup> Bij de verhuur aan vrijgestelde ondernemers en de verhuur van woningen kan niet geopteerd worden voor een btw-belaste huur. Niettemin heeft menig vastgoedbelegger een (deels) btw-belaste output, zodat hij – anders dan een belegger in aandelen – de aan hem gefactureerde btw navenant kan aftrekken. Dit geldt niet alleen voor partijen die rechtstreeks in onroerend goed beleggen, maar evenzeer voor vastgoedfondsen.

In zoverre bestaat er voor de btw dus een relevant verschil tussen het beleggen in aandelen en het beleggen in vastgoed, of dat nu rechtstreeks of via een gemeenschappelijk beleggingsfonds geschiedt. De vastgoedbelegger heeft namelijk een afnemer (de huurder), een – al dan niet btw-belaste – output en mogelijk recht op btw-afrek; de aandelenbelegger heeft dat meestal niet. De A-G betreft het neutraliteitsbeginsel een aantal maal in haar conclusie, maar past het beginsel telkens slechts toe op de positie van de belegger. Volgens mij zou het voor de huurder echter ook fiscaal neutraal moeten uitpakken, of hij nu huurt van een individuele vastgoedbelegger of een vastgoedfonds. Ik meen dat de neutraliteit kan worden gewaarborgd, wanneer een juiste invulling wordt gegeven aan het begrip 'beheer'.

### Vermogensbeheer of vastgoedbeheer?

De vraag welke handelingen nu precies onder de beheervrijstelling vallen ligt ook voor het HvJ EU. Is de btw-vrijstelling enkel van toepassing op beheerwerkzaamheden rondom de aan- en verkoop van beleggingsobjecten, of omvat deze vrijstelling ook de feitelijke exploitatie (de verhuur, het beheer van bestaande huurovereenkomsten, alsook het geven van onderhoudsopdrachten en de controle daarop)? Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de vrijstelling alleen geldt voor handelingen die kenmerkend en essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.<sup>5</sup> Welke werkzaamheden kenmerkend en essentieel zijn, hangt af van de aard van het beleggingsobject. In ieder geval is het de taak van de beheerder om het hem toevertrouwde beleggingsvermogen in stand te houden en daaruit een rendement te behalen. Alle handelingen die hij moet verrichten om het betreffende beleggingsobject deug-

delijk te exploiteren, zijn daarmee in principe specifieke, btw-vrijgestelde beheeractiviteiten.

Het loutere houderschap van het eigendomsrecht van een onroerende zaak resulteert over het algemeen niet in een continu rendement. Een specifieke taak van de beheerder van een vastgoedfonds is daarom de verhuur (opbrengst genereren) en het onderhoud van het vastgoed. Dat is een meeromvattende opdracht dan die van de beheerder van een effectenfonds. De bedrijfsvoering ligt dan immers in beginsel in de handen van de vennootschap waarin de aandelen worden gehouden. Tegen deze achtergrond meent de A-G dat ook de handelingen van een beheerder van een vastgoedfonds die zien op de feitelijke exploitatie van de beleggingsobjecten onder de btw-vrijstelling vallen. Zij stelt aldus een ruime interpretatie van het begrip 'beheer' voor.

Toch leidt deze conclusie niet altijd tot een fiscaal-neutraal resultaat. Wanneer de beheerder bijvoorbeeld – ten behoeve van het fonds – onderhoudsdiensten afneemt, mag hij over een kostendoorbelasting geen btw in rekening brengen. Bijgevolg kan de beheerder de btw op de onderhoudsdiensten niet aftrekken. Hij zal de kosten dan normaliter inclusief btw doorberekenen aan het fonds en het fonds op haar beurt aan de huurder. Dit terwijl het fonds en de huurder de btw op de onderhoudskosten zelf mogelijk wel hadden kunnen verrekenen. De uitkomst zou anders zijn geweest, wanneer de belegger rechtstreeks eigenaar en exploitant was van het vastgoed. De btw op uitbestede werkzaamheden had dan wel kunnen worden afgetrokken, mits de belegger het onroerend goed btw-belast exploiteert. De huurder zou dan niet geconfronteerd worden met een hogere huur. De A-G ziet dit anders en verwijst naar het eerdere GfBk-arrest van het HvJ EU.<sup>6</sup> In dit arrest wordt opgemerkt dat ook een individuele effectenbelegger btw in rekening gebracht krijgt over bijvoorbeeld externe advieskosten, terwijl een fondsbeheerder voor dezelfde of soortgelijke werkzaamheden geen btw in rekening zou brengen aan een collectief effectenfonds. Het HvJ EU acht deze afwijkende fiscale benadering niet bezwaarlijk, maar merkt in dit kader nadrukkelijk op dat investeerders die rechtstreeks in effecten beleggen niet aan de btw-heffing zijn onderworpen. Zij hebben immers geen btw-relevante output. Zoals ik hiervoor al opmerkte, handelen vastgoedinvesteerders – zowel de individuele belegger als een collectief fonds – in de regel juist wel als btw-ondernemer. Ik vraag me sterk af of een verschillende fiscale behandeling van beide typen vastgoedexploitanten door de beugel van de fiscale neutraliteit kan en of het HvJ EU het ondernemerschap niet prominenter in haar oordeel zal betrekken. Immers, voor de huurder zou het toch niet mogen uitmaken van wie hij huurt.

Volgens mij zou een zo fiscaal-neutraal mogelijke oplossing worden bereikt, wanneer het HvJ EU de beheervrijstelling beperkt tot het daadwerkelijk fonds- en vermogensbeheer ('asset management'). Daaronder moet mijns inziens onder meer de selectie van de beleggingsobjecten, het vaststellen van het rendement van de verschillende participanten en de opstelling van rendementsprognoses, het beheer van de huurcontracten en de daaraan verbonden administratieve taken worden begrepen. De meer fysieke werkzaamheden in het kader van 'property management', zoals het onderhoud van de onroerende zaken, acht ik uiteraard essentieel voor vastgoedexploitatie, maar niet zozeer een specifieke taak voor een fondsbeheerder. Iedere vastgoedondernemer zal zijn panden moeten (laten) onderhouden en daarbij zullen ongetwijfeld kosten met btw opkomen; is het niet over het arbeidsloon, dan wel over de

gebruikte materialen. Deze handelingen verdienen naar mijn mening – vanwege de fiscale neutraliteit – geen andere behandeling, wanneer zij door of wegens de beheerder van een vastgoedfonds worden verricht. Met andere woorden, ik meen dat btw zou moeten worden berekend over een vergoeding voor onderhoudskosten.

### (Mogelijke) consequenties

Indien het HvJ EU de conclusie van de A-G op alle punten volgt, wordt het voor fondsen die beleggen in commercieel vastgoed fiscaal gunstiger om (onderhouds)diensten van externen niet langer via de beheerder, maar rechtstreeks in te kopen. Op die manier kan een btw-lek worden gepareerd. Voor woningfondsen is de wijze waarop dergelijke taken worden uitbesteed fiscaal minder relevant. Er ontstaat sowieso btw-druk; ofwel op het niveau van de beheerder, ofwel bij het fonds zelf.

Ten aanzien van de werkzaamheden die de beheerder zelf verricht, zijn de btw-gevolgen eminenter. Omdat de fondsbeheerder geen btw (meer) hoeft te factureren over zijn fee, kunnen bepaalde kostencomponenten (zoals salarissen) volledig vrij van btw aan het collectief worden doorberekend.

Dit zal vooral voordelig zijn voor woningfondsen, die btw over de beheervergoeding niet in aftrek zouden kunnen brengen. Aan de andere kant kan de beheerder zelf geen btw-aftrek plegen ten aanzien van extern gemaakte kosten, zoals kosten voor huisvesting en IT-kosten. Voor fondsen die beleggen in commercieel vastgoed zal dat nadelig zijn, want de niet-verrekenbare btw veroorzaakt over het algemeen een hogere beheervergoeding. Een kostenopslag voor niet-aftrekbare btw moet dan wel goed zijn of worden overeengekomen. Waar mogelijk, kan 'insourcing' een btw-opslag beperken.

Ik kan me overigens goed voorstellen dat fondsbeheerders thans al (ambtshalve) in bezwaar komen tegen hun btw-afdracht, voor zover toepassing van de vrijstelling voor het fonds uiteindelijk gunstiger is en zij tot op heden btw hebben gefactureerd over hun fee.

### EN DAN NOG DIT

Volgens de A-G behoort een beleggingsfonds onder bijzonder overheidstoezicht te staan, wil het beheer daarvan voor de btw-vrijstelling in aanmerking komen. Deze enigszins verbazingwekkende koppeling tussen het fiscale en het toezichtrecht zal – naar verwachting – in de Nederlandse praktijk echter op weinig tot geen bezwaar stuiten. Nagenoeg alle professionele fondsen vallen immers onder de AIFM-richtlijn dan wel de ICBE-richtlijn<sup>7</sup>, zij het dat er dikwijls gebruik wordt gemaakt van het verlichte (registratie)regime van de AIFM-richtlijn.

### Wordt ongetwijfeld vervolgd...

**Etienne Cox is als fiscalist werkzaam bij CMS en heeft zich gespecialiseerd in vastgoed en financiering.**

- 1 Richtlijn 2011/61/EU inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen.
- 2 HvJ EU 20 mei 2015, zaak C-595/13 (Fiscale Eenheid X N.V. c.s.).
- 3 Zie onder meer HvJ EG 20 juni 1991, zaak C-60/90 (Polysar), r.o. 13-14; HvJ EG 6 februari 1997, zaak C-80/95 (Harnas & Helm), r.o. 18-19; HvJ EG 14 november 2000, zaak C-142/99 (Floridienne & BergInvest); r.o. 28-29; HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-102/00 (Welthgrove), r.o. 14-15 en HvJ EG 27 september 2001, zaak C-16/00 (Cibo Participations), r.o. 44.

- 4 Conform art. 19 Algemene Voorwaarden bij het ROZ-modelverdrag voor kantoorruimtes (februari 2015) en art. 20 Algemene Voorwaarden bij het ROZ-modelverdrag voor winkelruimtes (september 2012).
- 5 Zie HvJ EG 4 mei 2006, zaak C-169/04 (Abbey National II), r.o. 63-67; HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-44/11 (Deutsche Bank), r.o. 23-25, 34 en 52-54 en HvJ EU 13 maart 2014, zaak C-464/12 (ATP PensionService), r.o. 51-52 en 62-69.
- 6 HvJ EU 7 maart 2013, zaak C-275/11 (GfBk), r.o. 29-30.
- 7 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) (herschikking).