



Datum van inontvangstneming : 30/11/2022

uitspraak

RECHTBANK GELDERLAND

Zittingsplaats Arnhem

Belastingrecht

zaaknummer: AWB 19/6769

uitspraak van de meervoudige belastingkamer van 06 OKT 2022

in de zaak tussen

Fiscale Eenheid Achmea B.V., te Zeist, eiseres
(gemachtigde: prof. G.J. van Norden),

en

de inspecteur van de Belastingdienst, kantoor Amsterdam, verweerder.

Procesverloop

Eiseres heeft bezwaar gemaakt tegen de voldoening van omzetbelasting over het derde kwartaal van 2017.

Verweerder heeft bij uitspraak op bezwaar van 11 oktober 2019 het bezwaar ongegrond verklaard.

Eiseres heeft daartegen tijdig beroep ingesteld.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2021. [REDACTED]

Bij brief van 8 februari 2022 heeft de rechtbank partijen medegedeeld dat het onderzoek is heropend en heeft zij partijen in de gelegenheid gesteld schriftelijk te reageren op het voornemen van de rechtbank om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie). Partijen hebben van die gelegenheid gebruik gemaakt. De schriftelijke reacties zijn in afschrift verstrekt aan de wederpartij.

Overwegingen

Inleiding

1. Eiseres verrichtte diensten aan een bedrijfstakpensioenfonds. In deze zaak is de

vraag aan de orde of het bedrijfstakpensioenfonds als een gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn kan worden aangemerkt.

Het Nederlandse pensioenstelsel

2. Het Nederlandse pensioenstelsel bestaat uit drie pijlers: het wettelijke basispensioen, een pensioenregeling vanuit de werkgevers en vrijwillige (individuele) pensioenvoorzieningen. De tweede pijler van het pensioenstelsel is vastgelegd in de Pensioenwet.

3. De Pensioenwet maakt onderscheid tussen bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen. Een bedrijfstakpensioenfonds is een pensioenfonds ten behoeve van een of meer bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak. Een ondernemingspensioenfonds is een pensioenfonds dat is verbonden aan een specifieke onderneming of een groep van ondernemingen.¹

4. Een werkgever dient een nieuwe werknemer te informeren of hij een aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst.² De pensioenovereenkomst kan een uitkeringsovereenkomst, een premieovereenkomst of een kapitaalovereenkomst zijn.³ Een uitkeringsovereenkomst betreft de overeenkomst over een vastgestelde pensioenuitkering. Een premieovereenkomst betreft een overeenkomst over een vastgestelde premie die uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een vastgestelde of variabele pensioenuitkering. Een kapitaalovereenkomst betreft een overeenkomst met een vastgesteld kapitaal dat uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een vastgestelde of variabele pensioenuitkering.⁴

5. Een werkgever brengt een pensioenovereenkomst onder bij een pensioenuitvoerder of pensioeninstelling door onmiddellijk met de pensioenuitvoerder of pensioeninstelling een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten en in stand te houden. Deze verplichting geldt niet bij de uitvoering door een bedrijfstakpensioenfonds waarbij de werkgever gehouden is tot naleving van de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds en waarbij een uitvoeringsreglement door het bedrijfstakpensioenfonds is opgesteld dat aan de wettelijke vereisten voldoet.⁵ De pensioenuitvoerder stelt een pensioenreglement vast in overeenstemming met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement.⁶

6. Een pensioenfonds kan een vrijwillige pensioenregeling uitvoeren maar uitsluitend als dit een aanvulling is op een door datzelfde pensioenfonds uitgevoerde basispensioenregeling.⁷ De basispensioenregeling is de collectieve pensioenregeling of het deel van de pensioenregeling waaraan de werknemer op basis van de pensioenovereenkomst gehouden is om deel te nemen.⁸

¹ Artikel 1 van de Pensioenwet.

² Artikel 7 van de Pensioenwet.

³ Artikel 10 van de Pensioenwet.

⁴ Artikel 1 van de Pensioenwet.

⁵ Artikel 23 van de Pensioenwet.

⁶ Artikel 35 van de Pensioenwet.

⁷ Artikel 117 van de Pensioenwet.

⁸ Artikel 1 van de Pensioenwet.

7. Een basispensioenregeling in de vorm van een uitkeringsovereenkomst die wordt uitgevoerd door een pensioenfonds moet aan de voorwaarde voldoen dat de werkgever ten minste 10 procent van de actuariële kosten van de basispensioenregeling bijdraagt of dat de werknemerspremie voor de basispensioenregeling voor alle deelnemers gelijk is of een gelijk percentage van het voor de pensioenberekening in aanmerking genomen loon bedraagt (de doorsneepremie).⁹

8. Het Nederlandse pensioenstelsel is gebaseerd op het solidariteitsbeginsel. Het solidariteitsbeginsel komt onder meer tot uitdrukking in het verbod op uitsluiting van deelname aan de pensioenregeling vanwege deeltijdwerk of leeftijd (vanaf 21 jaar)¹⁰ en de hiervoor genoemde doorsneepremie. Ook mag bij de toekenning van toeslagen geen onderscheid worden gemaakt tussen deelnemers en gewezen deelnemers.¹¹

9. Het solidariteitsbeginsel komt ook tot uitdrukking in de voorgeschreven financiële regels. Deze financiële regels bepalen de speelruimte van het pensioenfonds. De financiële regels maken geen onderscheid tussen een uitkeringsregeling, een premieregeling en een kapitaalregeling. In het pensioenreglement is nader uitgewerkt op welke wijze het pensioenfonds die speelruimte invult.

10. Het ouderdomspensioen wordt gefinancierd op basis van kapitaaldekking.¹² Dit wil zeggen dat de basis voor de pensioenuitkering wordt gevormd door het ingelegde kapitaal en het daarop behaalde rendement.

11. Een pensioenfonds dient te beschikken over een vereist eigen vermogen. Een pensioenfonds stelt het vereiste eigen vermogen zodanig vast dat met een zekerheid van 97½ procent wordt voorkomen dat het pensioenfonds binnen een periode van één jaar over minder waarden beschikt dan de hoogte van de technische voorzieningen.¹³ Een pensioenfonds dient ook te beschikken over een minimaal vereist eigen vermogen, tenzij het pensioenfonds tot volledige overdracht of inbrenging is overgegaan of de toezichthouder ermee heeft ingestemd niet over een minimaal vereist eigen vermogen te beschikken. Het minimaal vereiste eigen vermogen wordt vastgesteld aan de hand van voorgeschreven berekeningen.¹⁴

12. De beleidsdekkingsgraad van een pensioenfonds is de gemiddelde dekkingsgraad van de twaalf maanden voorafgaand aan het moment van vaststelling.¹⁵ De dekkingsgraad wordt berekend door de actuele waarde van de beleggingen te delen door de contante waarde van de pensioenverplichtingen (de technische voorzieningen). De hoogte van de technische voorzieningen moet worden vastgesteld op basis van de contante waarde van de verwachte uitgaande kasstromen die voortvloeien uit de tot de datum van vaststelling opgebouwde pensioenverplichtingen. De contante waarde wordt vastgesteld op basis van een door De Nederlandsche Bank gepubliceerde actuele rentetermijnstructuur (de rekenrente). De omvang van de verwachte uitgaande kasstromen wordt vastgesteld op basis van de verwachte

⁹ Artikel 118 van de Pensioenwet.

¹⁰ Artikel 8 van de Pensioenwet.

¹¹ Artikel 58 van de Pensioenwet.

¹² Artikel 127 van de Pensioenwet.

¹³ Artikel 132 van de Pensioenwet.

¹⁴ Artikel 131 van de Pensioenwet en artikel 11 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds.

¹⁵ Artikel 133a van de Pensioenwet.

marktontwikkelingen en de voor het fonds prudente verzekeringstechnische grondslagen waaronder begrepen de voorzienbare trend in overlevingskansen (het lang-leven-risico).¹⁶ De beleidsdekkingsgraad en het vereiste eigen vermogen bepalen in wezen de financiële positie van het pensioenfonds. Deze bepalen ook in aanzienlijke mate de hoogte van de kostendekkende premie en eventuele kortingen daarop, of voorwaardelijke toeslagen (indexatie) kunnen worden verleend en of de pensioenuitspraken en -uitkeringen moeten worden gekort.

13. Het pensioenfonds stelt een kostendekkende premie vast, gebaseerd op de aangroei van de pensioenverplichtingen en de opslag voor het daarbij behorende vereiste eigen vermogen, een opslag voor de uitvoeringskosten en een opslag voor toeslagverlening. De kostendekkende premie kan worden gedempt met een voortschrijdend gemiddelde van de rente of met verwacht rendement.¹⁷ Een korting of terugstorting van de premie kan alleen plaatsvinden als cumulatief is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- gelet op de beleidsdekkingsgraad wordt voldaan aan de vermogensvereisten;
- de voorwaardelijke toeslagen met betrekking tot de afgelopen tien jaar zijn verleend en kunnen ook in de toekomst worden verleend;
- de kortingen op pensioenaanspraken en pensioenrechten in de afgelopen tien jaar zijn gecompenseerd.¹⁸

14. Geen voorwaardelijke toeslagverlening vindt plaats als de beleidsdekkingsgraad onder een bepaald niveau is gedaald. Er wordt niet meer toeslag¹⁹ verleend dan naar verwachting in de toekomst kan worden gerealiseerd en incidentele toeslagverlening voor de compensatie van niet toegekende toeslagen is toegestaan, mits dit geen gevolgen heeft voor toekomstige toeslagverlening. Deze beperkingen gelden niet indien een pensioenfonds volledig is verzekerd bij een verzekeraar. Pensioenfondsen kunnen de voorwaardelijke toeslagverlening financieren door het creëren van technische voorzieningen, het creëren van eigen vermogen boven het vereiste eigen vermogen ten behoeve van de toeslagverlening, het putten uit het eigen vermogen boven het vereiste eigen vermogen ten behoeve van de toeslagverlening, het hanteren van een opslag op de premie of overrendement.²⁰

15. Een pensioenfonds kan verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten uitsluitend verminderen indien:²¹

- a. het pensioenfonds gezien de beleidsdekkingsgraad niet voldoet aan de eisen ten aanzien van het minimaal vereiste eigen vermogen of de eisen ten aanzien van het vereiste eigen vermogen;
- b. het pensioenfonds niet in staat is binnen een redelijke termijn daaraan te voldoen zonder dat de belangen van deelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden of andere aanspraakgerechtigden onevenredig worden geschaad; en
- c. alle overige beschikbare sturingsmiddelen, met uitzondering van het beleggingsbeleid, zijn ingezet in een herstelplan.

¹⁶ Artikel 126 van de Pensioenwet en artikel 2 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.

¹⁷ Artikel 128 van de Pensioenwet.

¹⁸ Artikel 129 van de Pensioenwet.

¹⁹ Een toeslag betreft een verhoging van het pensioenrecht of een pensioenaanspraak van een gewezen deelnemer.

²⁰ Artikel 137 van de Pensioenwet.

²¹ Artikel 134 van de Pensioenwet.

16. Afkoop van pensioenrechten en -aanspraken is slechts toegestaan in specifieke situaties, bijvoorbeeld bij ingang van kleine ouderdomspensioenen of als het gaat om een fiscaal bovenmatig pensioen.²²

17. Een pensioenfonds voert een beleggingsbeleid dat in overeenstemming is met de prudent-person regel en met name gebaseerd is op de volgende uitgangspunten:

- a. de waarden worden belegd in het belang van aanspraak- en pensioengerechtigden; en
- b. de beleggingen worden gewaardeerd op basis van marktwaardering.²³

18. Een pensioenfonds dient een actuariële en bedrijfstechnische nota vast te stellen. Hierin wordt het financiële uitvoeringsbeleid opgenomen, alsmede de samenstelling van de feitelijke premie en de hoogte van de premiecomponenten en een verklaring over de beleggingsbeginselen.²⁴

19. Indien een pensioenregeling eindigt en er geen sprake meer is van verwerving van pensioen tijdens een periode waarin de beleidsdekkingsgraad van het pensioenfonds ligt onder de gestelde eisen ten aanzien van het minimaal vereist eigen vermogen, gaat het pensioenfonds binnen een door de toezichthouder te stellen termijn over tot het verzekeren bij een verzekeraar, overdragen aan een verzekeraar of onderbrengen bij een pensioenfonds van de pensioenverplichtingen op basis van een procedure welke ter kennis en instemming van de toezichthouder wordt gebracht.²⁵

Feiten

20. Achmea Pensioenservices N.V. (APS) is onderdeel van eiseres en verzorgt onder meer de pensioenadministratie van Stichting Pensioenfonds Wonen (het Pensioenfonds).

21. Het Pensioenfonds is een bedrijfstakpensioenfonds voor werknemers in het woninginrichtingsbedrijf. Ondernemingen in deze branche waren tot 1 januari 2018 verplicht hieraan deel te nemen. Vanaf 1 januari 2018 is deze verplichting vervallen, omdat de cao 'wonen' is geïntegreerd in de cao 'fashion, sport en lifestyle'. De ondernemingen vallen vanaf 1 januari 2018 onder de verplichte deelname van het bedrijfstakpensioenfonds van die cao. Vanaf 1 januari 2018 kent het Pensioenfonds daarom geen actieve opbouw meer. Er vinden dus vanaf 1 januari 2018 geen premiebetalingen meer plaats. Vanwege de lage dekkingsgraad is het Pensioenfonds verplicht over te gaan tot een collectieve waardeoverdracht aan een verzekeraar.

22. Het Pensioenfonds voert twee pensioenregelingen uit: één voor deelnemers geboren voor 31 december 1949 en één voor deelnemers die daarna zijn geboren. Beide pensioenregelingen betreffen middelloonregelingen, waarbij de hoogte van het pensioen wordt vastgesteld aan de hand van het aantal dienstjaren en het gemiddelde loon. De pensioenregeling voor deelnemers die zijn geboren vóór 31 december 1949 is per 1 januari 2015 komen te vervallen, omdat alle deelnemers de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt. De pensioenregeling voor deelnemers geboren na 31 december 1949 is opgenomen in het Pensioenreglement 2017 (het Pensioenreglement). Voor de uitvoering van

²² Artikel 66 tot en met 69 van de Pensioenwet.

²³ Artikel 135 van de Pensioenwet.

²⁴ Artikel 145 van de Pensioenwet.

²⁵ Artikel 150 van de Pensioenwet.

de pensioenregelingen is een uitvoeringsreglement (het Uitvoeringsreglement) opgesteld en het Pensioenfonds heeft een actuariële en bedrijfstechnische nota 2017 (de Nota) opgesteld.

23. Volgens het Pensioenreglement zijn de pensioenaanspraken gebaseerd op een uitkeringsovereenkomst.²⁶

24. De pensioenregeling voorziet in een ouderdomspensioen, een partnerpensioen, een nabestaandenpensioen, een wezenpensioen en een arbeidsongeschiktheidspensioen. Het jaarlijkse ouderdomspensioen bedraagt voor elk opbouwjaar 1,75% van de pensioengrondslag over het desbetreffende jaar. Op ingangsdatum van het pensioen is het jaarlijks ouderdomspensioen gelijk aan de som van de opgebouwde ouderdomspensioenen.²⁷ De pensioengrondslag is het pensioengevend loon verminderd met een (zo nodig voor deeltijdwerk gecorrigeerde) franchise.²⁸ Het pensioengevend loon is het loon dat ook in aanmerking wordt genomen voor de premieheffing voor de verplichte sociale verzekeringen, met inachtneming van het daarvoor geldende maximum. Bij deeltijdwerk wordt het maximum naar evenredigheid toegepast.²⁹ Het partnerpensioen bedraagt voor elke opbouwjaar 1,225% van de pensioengrondslag over het desbetreffende jaar. Het nabestaandenpensioen wordt toegekend in aanvulling op de wettelijke nabestaandenuitkering en bedraagt € 7.980 per jaar, uitgaande van een voltijdsdienstverband. Het wezenpensioen is 20% van het jaarlijkse partnerpensioen. Het arbeidsongeschiktheidspensioen gaat in als de deelnemer een bepaalde periode een arbeidsongeschiktheidsuitkering heeft gekregen en de uitkering in verlaagde vorm wordt voortgezet.³⁰

25. Voor iedere deelnemer werd jaarlijks premie geheven voor de financiering van de verplichte pensioenregeling. De premie werd jaarlijks door het bestuur van het Pensioenfonds (hierna: het bestuur) vastgesteld na overleg met de cao-partijen en zo nodig gewijzigd. De premie was verschuldigd door de werkgever en een gedeelte daarvan kan worden ingehouden op het loon van de werknemer. De premie was voor het jaar 2017 vastgesteld op 23,10% (in 2016 22,2%) van de pensioengrondslag. Het werknemersdeel was vastgesteld op 6,3525 % van het loon (in 2016 6,19%). De premie was in beginsel kostendekkend. De cao-partijen konden besluiten tot een hogere premie, in welk geval het bestuur het surplus kon benutten voor extra buffervorming voor herstel, of kapitaalsdekkingstoeslag voor toekomstige toeslagverlening, of andere nader omschreven doelen.³¹ Onder de in artikel 129 van de Pensioenwet gestelde voorwaarden kon het bestuur een premiekorting verlenen.³² Na beëindiging van de dienstbetrekking was vrijwillige voortzetting mogelijk.³³ Gedurende de periode dat de deelnemer een wettelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering ontving naar een arbeidsongeschiktheid van 25% of meer, werd de pensioenopbouw in aangepaste vorm voortgezet, zonder dat een premie was verschuldigd.³⁴

²⁶ Artikel 6 van het Pensioenreglement.

²⁷ Artikel 14 van het Pensioenreglement.

²⁸ Artikel 11 van het Pensioenreglement.

²⁹ Artikelen 8 tot en met 11 van het Pensioenreglement.

³⁰ Artikelen 24, 25, 26 en 37 van het Pensioenreglement.

³¹ Artikel 4 van het Uitvoeringsreglement en artikel 41 van het Pensioenreglement.

³² Artikel 20 van het Uitvoeringsreglement.

³³ Artikel 34 van het Pensioenreglement.

³⁴ Artikel 35 en 36 van het Pensioenreglement.

26. In het jaarverslag van het Pensioenfonds voor het jaar 2017 is vermeld dat door de overgang van de actieve opbouw van de pensioenaanspraken naar een ander bedrijfstakpensioenfonds, de werkgevers een premievoordeel hebben, omdat de premie voor dat fonds lager is. Bij een eventuele korting op de pensioenaanspraken en -rechten kan geen beroep meer worden gedaan op de werkgevers om een premiebijdrage. Daarom is in 2017 een extra premie van de werkgevers geheven van 1.5% over de pensioengrondslag 2017.³⁵

27. Het bestuur kan onder nader vastgestelde voorwaarden besluiten een toeslag te verlenen van maximaal de stijging van het CBS-consumentenprijsindexcijfer. De toeslag is afhankelijk gesteld van de beleidsdekkingsgraad. Als de beleidsdekkingsgraad minder dan 110% is, wordt geen toeslag verleend. Bij een beleidsdekkingsgraad van boven de 110% kan een toeslag worden verleend, mits aan de wettelijke voorwaarden voor toekomstbestendige toeslagverlening is voldaan. In het verleden niet toegekende toeslagen kunnen worden gecompenseerd, mits is voldaan aan de wettelijke voorwaarden.³⁶ Vanaf 2010 zijn geen toeslagen toegekend vanwege de financiële positie van het Pensioenfonds.

28. Als de beleidsdekkingsgraad te laag is heeft het bestuur sturingsmogelijkheden in het premiebeleid, het toeslagbeleid en het beleggingsbeleid.³⁷ Ook kan het bestuur verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten verminderen, indien is voldaan aan de in de Pensioenwet gestelde voorwaarden. De tot en met 31 december 2013 verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten zijn per 1 april 2014 verminderd tot 3.6%.³⁸

29. In het derde kwartaal 2017 heeft eiseres diensten verricht aan het Pensioenfonds en hiervoor een bedrag van € 986.163,22 vermeerderd met € 207.094 aan omzetbelasting in rekening gebracht. Eiseres heeft bezwaar gemaakt tegen de voldoening op aangifte van een bedrag aan omzetbelasting van € 201.959, dat betrekking heeft op de dienstverlening op het gebied van de pensioenadministratie.

Geschil

30. In geschil is of eiseres ten onrechte € 201.959 aan omzetbelasting heeft voldaan, omdat de diensten die zij aan het Pensioenfonds heeft verricht zijn vrijgesteld op grond van artikel 11, eerste lid, letter i, ten derde, van de Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB).

31. Het geschil spitst zich toe op de vraag of het Pensioenfonds is aan te merken als een beleggingsfonds of beleggingsmaatschappij van ter collectieve belegging bijeengebracht vermogen in de zin van artikel 11, eerste lid, letter i, ten derde, van de Wet OB c.q. een gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn. Indien het antwoord op die vraag bevestigend luidt, is niet in geschil dat sprake is van beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen en dat de vrijstelling van toepassing is.

32. Eiseres stelt zich op het standpunt dat het Pensioenfonds is aan te merken als een gemeenschappelijk beleggingsfonds, omdat de deelnemers beleggingsrisico dragen en niet in geschil is dat aan de overige voorwaarden is voldaan. Ook voert eiseres aan dat het beginsel van fiscale neutraliteit met zich brengt dat ook een vergelijking moet worden gemaakt met

³⁵ Jaarverslag 2017, p. 16.

³⁶ Artikel 16 van het Uitvoeringsreglement en artikel 12 van het Pensioenreglement.

³⁷ Artikel 18 van het Uitvoeringsreglement.

³⁸ Artikel 19 van het Uitvoeringsreglement en artikel 40 van het Pensioenreglement.

pensioenfondsen die als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden beschouwd.

33. Verweerder stelt zich op het standpunt dat het Pensioenfonds niet is aan te merken als een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Volgens verweerder is het risico dat de deelnemers lopen van onvoldoende betekenis. Verweerder wijst in dat verband op een arrest van de Hoge Raad van 9 december 2016³⁹.

Beoordeling van het geschil

34. Artikel 11, eerste lid, aanhef en letter i, ten derde, van de Wet OB luidt als volgt:

1 Onder bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen voorwaarden zijn van de belasting vrijgesteld:

(...)

i. de volgende leveringen en diensten:

(...)

3° het beheer van door beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen ter collectieve belegging bijeengebrachte vermogens;

(...)

35. Artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn luidt als volgt:

1. De lidstaten verlenen vrijstelling voor de volgende handelingen:

(...)

g) het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten;

(...)

36. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie⁴⁰ kan worden opgemaakt dat fondsen die instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) in de zin van de Icbe-richtlijn⁴¹ vormen, gemeenschappelijke beleggingsfondsen zijn in de zin van artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn.

37. Niet in geschil is dat het Pensioenfonds geen icbe is.

38. Uit dezelfde rechtspraak van het Hof van Justitie volgt ook dat indien een fonds geen icbe is, maar dezelfde kenmerken als een icbe vertoont, en dus dezelfde handelingen verricht of op zijn minst zodanig vergelijkbaar is met een icbe dat zij ermee concurreert, als een gemeenschappelijk beleggingsfonds moet worden aangemerkt. Een pensioenfonds kan als een gemeenschappelijk beleggingsfonds worden aangemerkt, indien:⁴²

- het fonds aan bijzonder overheidstoezicht is onderworpen;
- het fonds wordt gefinancierd door de deelnemers;

³⁹ Hoge Raad 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2786.

⁴⁰ Zie Hof van Justitie 13 maart 2014, C-464/12, ECLI:EU:C:2014:139 (ATP), Hof van Justitie 7 maart 2013, C-424/11, ECLI:EU:C:2013:144 (Wheels Common) en Hof van Justitie 9 december 2015, C-595/13, ECLI:EU:C:2015:801 (Fiscale eenheid X).

⁴¹ 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.

⁴² Zie Fiscale eenheid X, r.o. 52 en ATP, r.o. 59.

- de inleg wordt belegd volgens het beginsel van risicospreiding en
 - het beleggingsrisico wordt gedragen door de deelnemers.
- Deze voorwaarden zijn ontleend aan artikel 1, tweede lid, van de icbe-richtlijn.

39. Partijen zijn het erover eens dat aan de eerste drie voorwaarden is voldaan, maar verschillen van mening over de vraag of de deelnemers van het Pensioenfonds beleggingsrisico dragen.

40. In de arresten *Wheels Common* en *ATP* heeft het Hof van Justitie een oordeel gegeven over de vraag of de pensioenfondsen in die zaken als gemeenschappelijk beleggingsfondsen konden worden aangemerkt.

41. De pensioenregeling in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Wheels Common* voorzag in de uitkering aan een categorie gewezen werknemers van pensioenen die waren berekend op basis van het laatste loon van de aangesloten leden en hun aantal dienstjaren bij de onderneming. Alle werknemers konden zich op vrijwillige basis aansluiten bij de regeling, en tijdens hun tewerkstelling vaste bijdragen storten, die werden ingehouden op hun loon. Ook de werkgever storte bijdragen, ten belope van voldoende hoge bedragen om de resterende kosten van de pensioenuitkeringen te kunnen financieren. Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijk fonds geen openbaar fonds was, maar een aan een arbeidscontract verbonden voordeel vormde dat de werkgevers enkel aan hun werknemers boden. De leden van deze pensioenregeling droegen niet het risico dat verbonden is aan het beheer van het beleggingsfonds waarin de activa van die regeling zijn samengebracht. Het pensioen was niet afhankelijk van de resultaten van de beleggingen en de financiële gevolgen waren niet vergelijkbaar.

42. De pensioenregeling in de zaak die heeft geleid tot het arrest *ATP* betrof een ouderdomspensioen waarbij de werkgevers een vaste premie betaalden aan een instelling die in een pensioenregeling voorzag, waarbij de werknemers vrijwillig aanvullende premies konden betalen. Het uit te keren pensioen hing af van het bedrag van de premiebetalingen en het succes van de door het pensioenfonds verrichte beleggingen (na aftrek van de kosten).⁴³ Het Hof van Justitie overwoog dat de Deense rechter in de gestelde prejudiciële vraag als feit heeft opgenomen dat het investeringsrisico werd gedragen door de leden van het pensioenfonds. Vervolgens maakte het Hof van Justitie een vergelijking met het situatie in het arrest *Wheels Common*:

52 In dit verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen het in het hoofdgeding aan de orde zijnde beleggingsfonds en dat waarover het ging in het arrest *Wheels*. In laatstbedoelde zaak droegen de leden van de pensioenregeling met name niet het risico dat verbonden is aan het beheer van het beleggingsfonds waarin de activa van de rustpensioenregeling waren samengebracht, want het pensioen was vooraf vastgesteld naargelang het aantal dienstjaren bij de werkgever en het bedrag van het loon, en de bijdragen die de werkgever aan de pensioenregeling betaalde, waren voor hem een middel om zijn wettelijke verplichtingen jegens zijn werknemers na te komen (zie arrest *Wheels*, punten 27-29). Zoals in punt 51 van het onderhavige arrest is uiteengezet, worden de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regelingen gefinancierd door de pensioenontvangers en dragen zij het investeringsrisico.

43. De Hoge Raad heeft in het eerder genoemde arrest van 9 december 2016 een oordeel

⁴³ Zie conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:840, r.o. 10.

gegeven over de pensioenregeling van een bedrijfstakpensioenfonds. In die zaak kwamen de premies deels ten laste van de werknemers en deels ten laste van de werkgevers. De omvang van de premies was afhankelijk van het loon van de werknemers en van de levensverwachting van de deelnemers. Wanneer, gelet op de beleidsdekkingsgraad, sprake was van onderdekking kon van de werkgevers een premieopslag van maximaal 2,5 procent worden gevorderd. Bij overdekking konden de premies worden gematigd. De aan de deelnemers vanaf pensioendatum uit te keren pensioenen werden berekend op basis van het gemiddeld verdiende loon van de werknemers en hun aantal dienstjaren bij de werkgevers. De dekkingsgraad was bepalend voor de mate waarin opgebouwde aanspraken konden worden geïndexeerd. Indien de dekkingsgraad onvoldoende was, konden de pensioenaanspraken en ingegane pensioenen worden verminderd, maar alleen nadat besloten is tot vordering van de hiervoor genoemde premieopslag. De advocaat-generaal bij de Hoge Raad concludeerde⁴⁴ dat de deelnemers van het pensioenfonds in kwestie het restryco op non-indexatie en korting collectief dragen, dat er geen andere persoon is die dat risico draagt en dat de deelnemers daarom het beleggingsrisico dragen. Volgens de advocaat-generaal vallen het risico op non-indexatie en korting binnen de definitie van het beleggingsrisico. De Hoge Raad oordeelde echter als volgt:

“(…) 2.3.3 Uit de hiervoor in 2.1.1 tot en met 2.1.5 vermelde feiten volgt dat het risico dat de deelnemers dragen bij de beleggingen van het Pensioenfonds en de doorwerking van het resultaat daarvan in de hoogte van hun pensioenuitkeringen niet van voldoende betekenis is om deze gelijk te stellen met het risico dat deelnemers van een icbe dragen. De hoogte van de pensioenuitkeringen die de deelnemers ontvangen, wordt in beginsel immers niet bepaald naar gelang de resultaten van de beleggingen van het Pensioenfonds, maar naar gelang het aantal dienstjaren bij de werkgevers en het bedrag van het gemiddeld verdiende loon (vgl. HvJ 7 maart 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees Ltd*, C-424/11, ECLI:EU:C:2013:144, V-N 2013/28.17, punt 27). Eventuele reserveringen ten gevolge van meevallende beleggingsresultaten komen (uiteindelijk) ten goede aan de – collectiviteit van de – deelnemers, maar ook in dat geval worden de (aanspraken op de) pensioenuitkeringen berekend aan de hand van het aantal dienstjaren en het gemiddeld verdiende loon van de individuele werknemers en niet naar de vermeerdering van het vermogen van het Pensioenfonds.

Aan het oordeel dat een beleggingsrisico van voldoende betekenis ontbreekt, doet niet af dat niet is uitgesloten dat de pensioenaanspraken en de ingegane pensioenen niet worden geïndexeerd, dan wel worden verminderd. Dit risico is van een andere orde dan het risico dat deelnemers van een icbe op hun ingelegde gelden dragen als gevolg van tegenvallende beleggingsresultaten. Laatstgenoemd risico zal zich immers direct vertalen in een vermindering van de waarde van de deelgerechtigdheid. (...)”

44. De pensioenregeling van het Pensioenfonds is niet (volledig) vergelijkbaar met de pensioenregelingen die aan de orde waren in de arresten ATP en *Wheels Common* en ook niet met die in het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2016.

45. Het uitgangspunt voor de hoogte van de pensioenaanspraken en -uitkeringen op grond van de pensioenregeling van het Pensioenfonds is een opbouw van 1,75% van de pensioengrondslag, die is gebaseerd op de hoogte van het arbeidsinkomen (met inachtneming van een maximum en een franchise) en dienstjaren. De hoogte van het pensioen is niet direct

⁴⁴ Conclusie van A-G C.M. Ettema van 23 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:91.

afhankelijk van de rendementen van de beleggingen van het pensioenfonds, maar de hoogte van het pensioen ligt ook geenszins vast. De pensioenopbouw betreft het beoogde pensioen, maar is niet gegarandeerd. Het risico van waardeverandering van de activa komt in (de berekening van) de beleidsdekkingsgraad tot uitdrukking en bepaalt daarmee samen met de rekenrente en het lang-leven-risico of en in hoeverre toeslagen kunnen worden toegekend, en of in een voorkomend geval op de aanspraken en uitkeringen moet worden gekort. Op deze wijze komen de beleggingsrendementen en de waardeveranderingen tot uitdrukking in de hoogte van de pensioenen. De deelnemers in het Pensioenfonds hebben dit ook daadwerkelijk ondervonden. Vanaf 2010 zijn geen indexatietoeslagen toegepast en de opgebouwde rechten tot en met 31 december 2013 zijn verminderd tot 3,6%. De werkgever is niet verplicht tot bijstorting, maar wel is in 2017 een afspraak gemaakt om een extra premie te storten van 1,5% in verband met de beëindiging van de verplichtstelling. Vanaf 1 januari 2018 vindt in het geheel geen premiestorting plaats. Er kan daarom, anders dan in het arrest *Wheels Common* het geval was, niet worden geoordeeld dat de pensioenuitkering geenszins afhankelijk is van de waarde van de activa en de beleggingsrendementen. De pensioenregeling die eiseres uitvoert wijkt echter ook af van de pensioenregelingen uit het arrest ATP. In dat arrest lijkt het te gaan om pensioenregelingen die vergelijkbaar zijn met een Nederlandse premieregeling, waarbij een vaste premie en de daarop behaalde rendementen het uitgangspunt zijn voor de hoogte van het pensioen. In de zaak van eiseres ligt de premie niet vast. De premie wordt in beginsel in overleg tussen werknemers en werkgevers vastgesteld en is dus de uitkomst van sociaal overleg. Tekorten komen ten laste van (het collectief van) de deelnemers via het (niet) verlenen van toeslagen of het doorvoeren van een korting. Ook overschotten komen ten goede aan (het collectief van) de deelnemers, via de (inhaal)toeslagverlening of compensatie van in het verleden toegepaste kortingen. Het risico van tekorten en overschotten wordt dus verspreid over het collectief van deelnemers. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan niet worden afgeleid of het gegeven dat het risico wordt gedragen door de collectiviteit van deelnemers een beletsel vormt om een pensioenfonds als eiseres als gemeenschappelijk beleggingsfonds aan te merken. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan ook niet worden afgeleid hoe het begrip 'beleggingsrisico' moet worden gedefinieerd en of hierbij voldoende is dat de deelnemers enig beleggingsrisico dragen, of dat het beleggingsrisico bij de deelnemers in een bepaalde mate, en in welke mate dan, aanwezig moet zijn en hoe dit moet worden bepaald.

46. Eiseres heeft zich verder op het standpunt gesteld dat het beginsel van fiscale neutraliteit met zich brengt dat ook een vergelijking moet worden gemaakt met pensioenfondsden die als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden beschouwd. De rechtbank overweegt ten aanzien van deze stelling als volgt.

47. De Nederlandse wetgeving sluit geen specifieke instellingen uit als gemeenschappelijk beleggingsfonds. De staatssecretaris van Financiën heeft in een brief van 19 september 2014 aan de Tweede Kamer zijn standpunt gegeven over de toepassing van de vrijstelling zoals bedoeld in artikel 11, eerste lid, letter i, ten derde, van de Wet OB bij pensioenfondsden.⁴⁵ De staatssecretaris stelt zich in de brief op het standpunt dat een individuele defined contribution pensioenregeling (DC-pensioenregeling) een gemeenschappelijk beleggingsfonds is. De staatssecretaris baseert zijn standpunt in wezen op de aanname dat bij een individuele DC-pensioenregeling de deelnemers beleggingsrisico dragen. Daarnaast kunnen bepaalde collectieve DC-pensioenregelingen ook als

⁴⁵ Kamerstukken II 2014/15, 32 043, nr. 228. Opgenomen in de conclusie van A-G C.M. Ettema van 23 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:91, r.o. 5.1.

gemeenschappelijk beleggingsfonds worden aangemerkt, namelijk als de pensioenaanspraken op een vergelijkbare wijze zijn opgebouwd als bij individuele DC-pensioenregelingen. Op grond van nationale rechtspraak dient de brief van de staatssecretaris van Financiën als beleid te worden beschouwd. De Belastingdienst is gehouden te handelen overeenkomstig (gepubliceerd) beleid. Dit neemt niet weg dat een belanghebbende in een voorkomend geval zich erop kan beroepen dat het beleid niet in overeenstemming is met de wet, en het beleid dus niet dient te worden toegepast. Het beleid heeft in die zin dus geen onbetwistbare dwingende rechtskracht.

48. Zoals hiervoor reeds uiteengezet maakt de Nederlandse pensioenwetgeving onderscheid tussen uitkerings-, premie- en kapitaalovereenkomsten. De uitkeringsovereenkomst gaat uit van een vastgestelde uitkering, de premieovereenkomst van een vastgestelde premie en de kapitaalovereenkomst van een vastgesteld kapitaal. Het primaire doel van de pensioenovereenkomsten is het verzorgen van een ouderdomspensioen. Het ouderdomspensioen wordt bij alle pensioenovereenkomsten gefinancierd op basis van het ingelegde kapitaal en het behaalde beleggingsrendement. De beleggingsresultaten kunnen bij alle pensioenovereenkomsten in meer of mindere mate gevolgen hebben voor de hoogte van de pensioenuitkering. De wijze waarop de beleggingsresultaten tot uiting komen in de hoogte van de pensioenen is echter wel verschillend. Bij een uitkeringsovereenkomst kunnen al tijdens de opbouwfase aanpassingen plaatsvinden op de vastgestelde uitkering in de vorm van toeslagen, kortingen of (in sommige gevallen) een gewijzigde opbouw. Of de aanpassingen plaatsvinden is afhankelijk van de financiële positie van het pensioenfonds. De financiële positie is met name afhankelijk van de waarde van de activa, de rekenrente en het lang-leven-risico. Bij premieovereenkomsten zijn diverse varianten te onderskennen. De zuivere premieovereenkomst betreft de premieovereenkomst waarbij de ingelegde premie en de beleggingsresultaten de opbrengst bepalen waarmee bij ingangsdatum van het pensioen de pensioenuitkering wordt aangekocht. Er zijn echter ook premieovereenkomsten waarbij de premie direct wordt omgezet in een aanspraak op kapitaal of een uitkering.

49. Op grond van de brief van de staatssecretaris van Financiën moet ervan uit worden gegaan dat de pensioenfonds die uitvoering geven aan zuivere premieovereenkomsten en sommige andere premieovereenkomsten door de Belastingdienst als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden beschouwd.

50. Het beginsel van fiscale neutraliteit verzet zich ertegen dat ondernemers die dezelfde handelingen verrichten, verschillend worden behandeld ter zake van de btw-heffing.⁴⁶ Het beginsel van fiscale neutraliteit verzet zich er ook tegen dat soortgelijke goederen of diensten, die met elkaar concurreren, uit het oogpunt van de btw verschillend worden behandeld. Bij de beantwoording van de vraag of goederen of diensten soortgelijk zijn, moet voornamelijk rekening worden gehouden met het oogpunt van de gemiddelde consument.⁴⁷

51. Aan de hand van de criteria zoals die zijn geformuleerd door het Hof van Justitie in de arresten *Wheels Common* en *ATP*, wordt beoordeeld of ondernemers dezelfde handelingen verrichten. Deze criteria vloeien juist voort uit de toepassing van het beginsel van fiscale neutraliteit. In zoverre lijkt hierin geen steun te vinden voor het standpunt van eiseres dat ook een vergelijking moet worden gemaakt met andere pensioenfonds, die wel als gemeenschappelijk beleggingsfonds zijn beschouwd. Het is op grond van de rechtspraak

⁴⁶ ATP, r.o. 44 en JP Morgan r.o. 46.

⁴⁷ Zie onder meer Hof van Justitie 3 februari 2022, B, C-515/20, ECLI:EU:C:2022:73, r.o. 43 en 44.

van het Hof van Justitie echter niet zonder meer uit te sluiten dat ook een beoordeling dient plaats te vinden gezien vanuit de gemiddelde consument. Gezien vanuit het perspectief van het Pensioenfonds, is naar het oordeel van de rechtbank de gemiddelde consument de (gemiddelde) werknemer. Het is de vraag of vanuit het oogpunt van de gemiddelde werknemer in Nederland een betekenisvol verschil bestaat tussen de verschillende pensioenovereenkomsten, nog daargelaten dat de individuele werknemer in de regel geen invloed heeft op het type pensioenovereenkomst waarvoor wordt gekozen. Het pensioen bestaat immers in alle gevallen uit de ingelegde premie en het beleggingsrendement en in alle gevallen kan de beoogde uitkomst wijzigen. In deze benadering dient dus niet alleen te worden beoordeeld of een pensioenfonds voldoende vergelijkbaar is met icbe's, maar dient vanuit het oogpunt van de gemiddelde consument ook te worden beoordeeld of het pensioenfonds (voldoende) vergelijkbaar is met andere (pensioen)fondsen die geen icbe zijn, maar die door de lidstaat wel als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden beschouwd.

Conclusie

52. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is het niet buiten redelijke twijfel op welke wijze artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn moet worden uitgelegd. Daarom zal de rechtbank op de voet van artikel 267 VWEU de hierna geformuleerde vragen voorleggen aan het Hof van Justitie.

Beslissing

De rechtbank verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende vragen over de uitleg van het Unierecht te beantwoorden:

1) Dient artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn aldus te worden uitgelegd dat deelnemers aan een pensioenfonds zoals in het hoofdgeding aan de orde is, kunnen worden geacht beleggingsrisico te lopen, en brengt dit mee dat het pensioenfonds een 'gemeenschappelijke beleggingsfonds' in de zin van deze bepaling vormt? Is daarbij van belang:

- of deelnemers een individueel beleggingsrisico lopen, of is het voldoende dat de deelnemers als collectief, en niemand anders, de gevolgen dragen van de resultaten van de beleggingen?
- wat de omvang van het collectieve dan wel het individuele risico is?
- in hoeverre de hoogte van de pensioenuitkering mede afhankelijk is van andere factoren, zoals het aantal jaren van pensioenopbouw, de hoogte van het salaris en de rekenrente?
- dat het pensioenfonds vanaf 1 januari 2018 geen actieve opbouw meer kent en vanwege de lage beleidsdekkingsgraad verplicht is over te gaan tot een collectieve waardeoverdracht aan een verzekeraar of een ander pensioenfonds?

2) Brengt het beginsel van fiscale neutraliteit met zich dat voor de toepassing van artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn, bij fondsen die geen icbe zijn, niet uitsluitend moet worden beoordeeld of deze vergelijkbaar zijn met een icbe, maar ook of zij bezien vanuit het oogpunt van de gemiddelde consument vergelijkbaar zijn met andere fondsen die geen icbe zijn, maar die door de lidstaat wel als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden beschouwd?

De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie naar aanleiding van vorenstaand verzoek uitspraak heeft gedaan.

