



Datum van
inontvangstneming

:

30/11/2022

uitspraak

RECHTBANK GELDERLAND

Zittingsplaats Arnhem

Belastingrecht

zaaknummer: AWB 20/451

uitspraak van de meervoudige belastingkamer van

in de zaak tussen

Y [eiseres], te [vestigingsplaats], eiseres
(gemachtigde: [gemachtigde]),

en

de inspecteur van de Belastingdienst, kantoor Amsterdam, verweerder.

Procesverloop

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

Verweerder heeft bij uitspraak op bezwaar van 30 augustus 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 22 november 2021. Namens eiseres is [naam 1] verschenen, bijgestaan door [naam 2], [naam 3], [naam 4] en [naam 5]. Namens verweerder zijn [naam 6], [naam 7] en [naam 8] verschenen.

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 is een ondernemingspensioenfonds. In deze zaak is de vraag aan de orde of eiseres 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 Hierin is de verhouding tussen pensioenuitvoerder en deelnemer geregeld.

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 deel te nemen.⁸

7. Een basispensioenregeling in de vorm van een uitkeringsovereenkomst die wordt

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.

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 marktontwikkelingen en de voor het fonds prudente verzekeringstechnische grondslagen,

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 pensioenfondsen.

¹⁵ Artikel 133a van de Pensioenwet.

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 kostendeekkende 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 kostendeekkende 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 toeslagverlening¹⁷. De kostendeekkende premie kan worden gedempt met een voortschrijdend gemiddelde van de rente of met verwacht rendement.¹⁸ 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.¹⁹

14. Geen voorwaardelijke toeslagverlening vindt plaats als de beleidsdekkingsgraad onder een bepaald niveau is gedaald. Er wordt niet meer toeslag 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 Een toeslag betreft een verhoging van het pensioenrecht of een pensioenaanspraak van een gewezen deelnemer.

¹⁸ Artikel 128 van de Pensioenwet.

¹⁹ Artikel 129 van de Pensioenwet.

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

Feiten

19. Eiseres is een ondernemingspensioenfonds. Eiseres heeft met [naam 9], de bij [naam 9] aangesloten [ondernemingen] en de aan hen gelieerde instellingen (hierna gezamenlijk: de werkgever) een op 31 oktober 2013 vastgestelde uitvoeringsovereenkomst gesloten. In de uitvoeringsovereenkomst is, voor zover relevant en kort weergegeven, onder meer het volgende opgenomen:

- De financiële aansprakelijkheid van de werkgever jegens eiseres beperkt zich tot de premiebetaling, een en ander met inachtneming van de hierna te noemen garantstelling.
- De werkgever betaalt jaarlijks een pensioenpremie die wordt vastgesteld in het vierde kwartaal voorafgaand aan het desbetreffende jaar.
- De jaarlijkse pensioenpremie bedraagt maximaal 36% van de som van de pensioengrondslagen van de medewerkers die deelnemen in de pensioenregeling.
- Aan de werkgever worden geen premiekortingen of premierestituties verleend.
- Van de werkgever kan geen extra premie worden gevraagd, anders dan de hierna genoemde garantstelling.
- De garantstelling houdt in dat de werkgever zich gedurende de periode 2014 tot en met 2020 garant stelt voor de realisatie van de inkoop van de nagestreefde pensioenopbouw voor een bedrag van € 250.000.000, door het betalen van een hogere dan de maximale premie. Indien de vooraf vastgestelde en op 36% gemaximeerde premie minder is dan nodig is voor de realisatie van de nagestreefde pensioenopbouw, wordt het verschil door de werkgever aangevuld, voor zover hiervoor binnen de garantstelling nog een bedrag beschikbaar is.
- De garantstelling eindigt op 31 december 2020 of zoveel eerder als het maximaal beschikbare bedrag uit hoofde van de garantstelling ten gevolge van aanvullende premiebetalingen door de werkgever is teruggelopen tot nihil.
- Indien in enig jaar vanuit de vastgestelde premie de nagestreefde pensioenopbouw in dat jaar niet (volledig) kan worden gefinancierd, zal de pensioenopbouw van alle deelnemers in dat jaar zodanig worden vastgesteld dat de premie voldoende is, tenzij (en voor zover) uit de garantstelling in het premietekort kan worden voorzien. Een lagere opbouw van pensioenaanspraken in enig jaar zal later niet worden hersteld.
- Het bestuur van eiseres besluit jaarlijks of en in hoeverre de pensioenrechten

²² Artikel 66 tot en met 69 van de Pensioenwet.

²³ Artikel 135 van de Pensioenwet.

²⁴ Artikel 145 van de Pensioenwet.

en -aanspraken kunnen worden verhoogd. Er bestaat geen recht op een verhoging.

20. Eiseres heeft het Pensioenreglement [naam 9] 2014 (het Pensioenreglement) vastgesteld, dat ook geldt voor het jaar 2017. De door eiseres uit te voeren pensioenregeling wordt gekarakteriseerd als een uitkeringsovereenkomst.²⁵ Het Pensioenreglement voorziet in een levenslang ouderdomspensioen, een (tijdelijk) partnerpensioen, een wezenpensioen en een arbeidsongeschiktheidspensioen.²⁶ Een werknemer heeft de mogelijkheid voor de opbouw van extra aanspraken door de aanwending van een levenslooptegoed, storting van extra individuele bijdragen op een daarvoor bestemde rekening (flexioen) en storting van netto bijdragen voor de hogere arbeidsinkomens (netto pensioenspaarregeling).²⁷

21. Deelnemer in de pensioenregeling van eiseres is de werknemer waarvoor een pensioenverzekering tot stand is gekomen.²⁸ De pensioenverzekering komt tot stand zodra een werknemer deelnemer is met dien verstande dat geen pensioenverzekering tot stand komt als dit uitdrukkelijk arbeidsvoorwaardelijk is uitgesloten of als de werknemer afstand heeft gedaan van deelname aan de pensioenregeling.²⁹

22. Bij het bepalen van de opbouw van het ouderdomspensioen wordt een pensioengrondslag gehanteerd. De pensioengrondslag is gelijk aan het pensioengevend jaarinkomen (het bruto arbeidsinkomen tot een bepaald maximum) verminderd met een vastgestelde franchise, welke uitkomst wordt vermenigvuldigd met het voor de deelnemer geldende percentage arbeidsduur op jaarbasis.³⁰

23. De deelnemer bouwt ieder kalenderjaar een gedeelte van het ouderdomspensioen op. De opbouw is op jaarbasis in beginsel gelijk aan 2% van de pensioengrondslag in dat kalenderjaar (het opbouwpercentage).³¹ Voor arbeidsongeschikte deelnemers in de zin van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen kan een afwijkende pensioengrondslag van toepassing zijn.³²

24. Het ouderdomspensioen per jaar is gelijk aan de som van de opgebouwde rechten.³³ Het partnerpensioen is in beginsel gelijk aan 70% van het opgebouwde ouderdomspensioen³⁴, het tijdelijke partnerpensioen betreft een door het bestuur vast te stellen percentage van het partnerpensioen³⁵. Het wezenpensioen is in beginsel 14% van het opgebouwde ouderdomspensioen.³⁶ Het jaarlijkse arbeidsongeschiktheidspensioen betreft in beginsel 10% van het laatste genoten bruto arbeidsinkomen tot een bepaald grensbedrag, voor hogere arbeidsinkomens wordt een toeslag verleend naar mate van de arbeidsongeschiktheid, voor de arbeidsinkomens lager dan een tweede grensbedrag is het

²⁵ Artikel 3.2 van het Pensioenreglement.

²⁶ Artikelen 5 tot en met 11 van het Pensioenreglement.

²⁷ Artikel 15 en bijlagen 1 en 2 van het Pensioenreglement.

²⁸ Artikel 1.4 van het Pensioenreglement.

²⁹ Artikel 2.1 van het Pensioenreglement.

³⁰ Artikelen 1.15 tot en met 1.17 van het Pensioenreglement.

³¹ Artikel 4.2.3 van het Pensioenreglement.

³² Artikelen 4.2.3, 12 en 13 van het Pensioenreglement.

³³ Artikel 4.2.4 van het Pensioenreglement.

³⁴ Artikel 6.2 van het Pensioenreglement.

³⁵ Artikel 7.2 van het Pensioenreglement.

³⁶ Artikel 8.2 van het Pensioenreglement.

arbeidsongeschiktheidspensioen 15%.³⁷ Bij volledige arbeidsongeschiktheid en tijdelijke arbeidsongeschiktheid wordt het arbeidsongeschiktheidspensioen vastgesteld op 80% van het laatste arbeidsinkomen verminderd met de genoten uitkeringen.³⁸

25. De werkgever stelt jaarlijks een volgens een in de cao vastgelegde systematiek bepaalde pensioenpremie beschikbaar aan eiseres. De premie wordt vooraf per individuele deelnemer vastgesteld. Met deze pensioenpremie beoogt eiseres een pensioenopbouw te realiseren zoals beschreven in het pensioenreglement. Als echter in een bepaald jaar de collectieve, vooraf bepaalde pensioenpremie die de werkgever beschikbaar stelt, verhoogd met de middelen uit hoofde van de tijdelijke garantstelling, niet voldoende is om de nagestreefde pensioenopbouw voor dat jaar te realiseren, zal de pensioenopbouw in dat jaar naar rato van het tekort lager worden vastgesteld. Voor het jaar 2020 is het opbouwpercentage ook daadwerkelijk verlaagd naar 1,748%. De werkgever geeft geen garantie ten aanzien van de hoogte van de reeds opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten.³⁹ De premies worden direct belegd en de pensioenuitkeringen worden gefinancierd uit dividendopbrengsten of andere ontvangsten.

26. Het bestuur van eiseres beslist elk jaar of en in hoeverre een toeslag wordt verleend op de pensioenrechten en pensioenaanspraken. Voor deze voorwaardelijke toeslagverlening is geen bestemmingsreserve gevormd. De toeslagverlening wordt uit de vrije reserves gefinancierd. De toeslag wordt alleen verleend als de vermogenspositie van eiseres dit toelaat. Als in enig jaar geen (volledige) toeslagverlening heeft plaatsgevonden, zal dit in latere jaren niet worden ingehaald. De toeslagen vinden plaats op basis van de door het Centraal Bureau voor de Statistiek gepubliceerde consumentenprijsindex alle huishoudens.⁴⁰

27. Een korting op de pensioenuitkeringen en -aanspraken kan alleen plaatsvinden als is voldaan aan de in Pensioenwet gestelde voorwaarden.⁴¹

28. Eiseres heeft een actuariële en bedrijfstechnische nota 2014 (de nota) opgesteld. In de nota is onder meer opgenomen dat als de garantstelling niet toereikend is of geëindigd is, het opbouwpercentage dusdanig zal worden verlaagd dat de kostendeckende premie precies gefinancierd kan worden. Een verminderde opbouw van pensioenaanspraken in enig jaar zal later niet worden hersteld.

29. Eiseres heeft in het vierde kwartaal 2017 vermogensbeheerdiensten afgenomen van buiten Nederland gevestigde dienstverleners. Eiseres heeft in de aangifte omzetbelasting voor dat tijdvak met toepassing van de verleggingsregeling € 181.398 aan verschuldigde omzetbelasting opgenomen en voldaan. Hiertegen heeft eiseres bezwaar gemaakt.

Geschil

30. In geschil is of eiseres ten onrechte € 181.398 aan omzetbelasting heeft voldaan, omdat de vermogensbeheerdiensten die door buitenlandse dienstverleners aan haar zijn verricht, zijn vrijgesteld op grond van artikel 11, eerste lid, letter i, ten derde, van de Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB).

³⁷ Artikel 9.3 van het Pensioenreglement.

³⁸ Artikel 10.1 en 10.2 van het Pensioenreglement.

³⁹ Artikel 3.2 van het Pensioenreglement.

⁴⁰ Artikel 17 van het Pensioenreglement.

⁴¹ Artikelen 3.1.4 en 17.4 van het Pensioenreglement.

31. Het geschil spitst zich toe op de vraag of eiseres 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. als 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 zij 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.

33. Verweerder stelt zich op het standpunt dat eiseres 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 2016⁴².

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 Justitie⁴³ kan worden opgemaakt dat fondsen die instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) in de zin van de Icbe-richtlijn⁴⁴ vormen, gemeenschappelijke beleggingsfondsen zijn in de zin van artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn.

⁴² Hoge Raad 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2786.

⁴³ 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).

⁴⁴ 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.

37. Niet in geschil is dat eiseres 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, zij als een gemeenschappelijk beleggingsfonds moet worden aangemerkt. Een pensioenfonds kan als een gemeenschappelijk beleggingsfonds worden aangemerkt, indien:⁴⁵

- het fonds aan bijzonder overheidstoezicht is onderworpen;
- het fonds wordt gefinancierd door de deelnemers;
- 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 eiseres 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 beleggingsfonds 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 stortte 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).⁴⁶ 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

⁴⁵ Zie Fiscale eenheid X, r.o. 52 en *ATP*, r.o. 59.

⁴⁶ Zie conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:840, r.o. 10.

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 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 concludeerde⁴⁷ dat de deelnemers van het pensioenfonds in kwestie het restrisico 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

⁴⁷ Conclusie van A-G C.M. Ettema van 23 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:91.

vermindering van de waarde van de deelgerechtigdheid. (...)”

44. De pensioenregeling van eiseres 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 eiseres is een opbouw van 2% 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 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 uitgangspunt is dat de werkgever maximaal 36% premie betaalt. Indien met deze premie de beoogde opbouw niet kan worden gerealiseerd wordt de opbouw verlaagd. Dit heeft zich in 2020 ook daadwerkelijk voorgedaan. Deze lagere opbouw wordt niet in latere jaren ingehaald. Wel heeft de werkgever zich in de periode 2014-2020 garant gesteld voor een bedrag van € 250.000.000 om de nagestreefde pensioenopbouw te garanderen. Deze garantstelling kon de verlaging van de opbouw in 2020 echter niet voorkomen. 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. 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 premiereregeling, 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, maar deze is wel gemaximeerd en de werkgever heeft geen bijstortingsverplichting. Tekorten komen ten laste van (het collectief van) de deelnemers via het (niet) verlenen van toeslagen, het verlagen van de opbouw of het doorvoeren van een korting. De garantstelling voor de periode 2014-2020 heeft hierop echter wel een dempend effect voor zover het gaat om tekorten waarmee bij het vaststellen van de premie op basis van het verwachte rendement rekening is gehouden. Ook overschotten komen ten goede aan (het collectief van) de deelnemers, via de toelageverlening. Wel kan op basis van het verwachte rendement de premie lager worden vastgesteld. 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 van betekenis aanwezig moet zijn, en zo ja, in welke mate dan en hoe dit moet worden bepaald.

Conclusie

46. 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

