



Datum van inontvangstneming : 30/11/2022

uitspraak

RECHTBANK GELDERLAND

Zittingsplaats Arnhem

Belastingrecht

zaaknummer: AWB 20/946

uitspraak van de meervoudige belastingkamer van 06 OKT 2022

in de zaak tussen

Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, te Tilburg, eiseres
(gemachtigde: [REDACTED]).

en

de inspecteur van de Belastingdienst, kantoor Maastricht, verweerder.

Procesverloop

Eiseres heeft bezwaar gemaakt tegen een teruggaafbeschikking omzetbelasting voor het vierde kwartaal 2017.

Verweerder heeft bij uitspraak op bezwaar van 4 januari 2020 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 zijn verschenen [REDACTED]
[REDACTED]
[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 is een verplicht beroepspensioenfonds voor fysiotherapeuten. 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 bedrijfstakpensioenfonds en ondernemingsfondsen. 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.

4. Tot de tweede pijler van het Nederlandse pensioenstelsel behoren ook de beroepspensioenfonds in de zin van de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb). Een beroepspensioenfonds is een voor een bepaalde beroepsgroep werkend pensioenfonds, dat is opgericht ter uitvoering van een beroepspensioenregeling. Een beroepspensioenregeling betreft door beroepsgenoten overeengekomen rechten en plichten ten aanzien van pensioen ten behoeve van beroepsgenoten en gewezen beroepsgenoten. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan deelname aan een beroepspensioenregeling voor een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten verplicht stellen indien daartoe een aanvraag wordt gedaan door een beroepspensioenvereniging, en deze beroepsvereniging een belangrijke meerderheid van de beroepsgenoten vertegenwoordigt¹. Met een dergelijke verplichtstelling zijn beroepsgenoten van een bepaalde beroepsgroep verplicht deel te nemen aan het beroepspensioenfonds. Deze verplichting geldt dan ook ten aanzien van zelfstandig werkende beroepsgenoten.

5. In het verplicht vast te stellen pensioenreglement² wordt vastgelegd of de beroepspensioenregeling een uitkeringsregeling, een kapitaalregeling of een premieregeling is. Een uitkeringsregeling betreft een pensioenregeling met een vastgestelde pensioenuitkering. De premieregeling betreft een pensioenregeling met een vastgestelde premie die uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een vastgestelde of variabele pensioenuitkering. Een kapitaalregeling betreft een pensioenregeling met een vastgesteld kapitaal dat uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een vastgestelde of variabele pensioenuitkering.

6. Het Nederlandse pensioenstelsel is gebaseerd op het solidariteitsbeginsel. Het solidariteitsbeginsel komt onder meer tot uitdrukking in het verbod op uitsluiting van deelname aan de beroepspensioenregeling vanwege deeltijdwerk, de hoogte van het inkomen of leeftijd (vanaf 21 jaar).³ Ook mag bij de toekenning van toeslagen geen onderscheid

¹ Artikel 5, eerste lid, van de Wvb.

² Artikel 21 van de Wvb.

³ Artikel 22 van de Wvb.

worden gemaakt tussen deelnemers en gewezen deelnemers.⁴ De premie dient voor alle deelnemers gelijk te zijn of dient voor alle deelnemers een gelijk percentage te zijn van de gerealiseerde omzet, het gerealiseerde inkomen of het gerealiseerde loon, of het gedeelte daarvan dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen (de doorsneepremie).⁵

7. 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.

8. Het ouderdomspensioen wordt gefinancierd op basis van kapitaaldekking.⁶ Dit wil zeggen dat de basis voor de pensioenuitkering wordt gevormd door het ingelegde kapitaal en het daarop behaalde rendement.

9. Het beroepspensioenfonds dient te beschikken over een vereist eigen vermogen. Een beroepspensioenfonds stelt het vereiste eigen vermogen zodanig vast dat met een zekerheid van 97½ procent wordt voorkomen dat het beroepspensioenfonds binnen een periode van één jaar over minder waarden beschikt dan de hoogte van de technische voorzieningen.⁷ Het beroepspensioenfonds dient ook te beschikken over een minimaal vereist 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.⁸

10. De beleidsdekkingsgraad van een beroepspensioenfonds is de gemiddelde dekkingsgraad van de twaalf maanden voorafgaand aan het moment van vaststelling. 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 waaronder begrepen de voorzienbare trend in overlevingskansen (het langlevensrisico).⁹ De beleidsdekkingsgraad en het vereiste 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.

⁴ Artikel 69 van de Wvb.

⁵ Artikel 23 van de Wvb.

⁶ Artikel 122 van de Wvb.

⁷ Artikel 127 van de Wvb.

⁸ Artikel 126 van de Wvb en artikel 11 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds.

⁹ Artikel 121 van de Wvb en artikel 2 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds.

11. Het beroepspensioenfonds 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 toeslagverlening¹⁰. De kostendekkende premie kan worden gedempt met een voortschrijdend gemiddelde van de rente of met verwacht rendement.¹¹ 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.¹²

12. 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 beroepspensioenfonds volledig is verzekerd bij een verzekeraar. Beroepspensioenfonds 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.¹³

13. Een beroepspensioenfonds kan verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten uitsluitend verminderen indien:¹⁴

- a. het beroepspensioenfonds 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 beroepspensioenfonds 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.

14. 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.¹⁵

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

¹⁰ Een toeslag betreft een verhoging van het pensioenrecht of pensioenaanspraak van een gewezen deelnemer. Bij een premieregeling vloeit de toeslag niet voort uit het behaalde beleggingsrendement, bij een kapitaalregeling vloeit die niet voort uit rente- of winstdeling.

¹¹ Artikel 123 van de Wvb.

¹² Artikel 124 van de Wvb.

¹³ Artikel 132 van de Wvb.

¹⁴ Artikel 129 van de Wvb.

¹⁵ Artikelen 77 tot en met 80a van de Wvb.

- a. de waarden worden belegd in het belang van aanspraak- en pensioengerechtigden; en
b. de beleggingen worden gewaardeerd op basis van marktwaardering.¹⁶

16. Een beroepspensioenfonds 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 het beleggingsbeleid.¹⁷

Feiten

17. Eiseres is een verplicht gesteld beroepspensioenfonds in de zin van de Wvb. Het statutaire doel van eiseres is het uitvoeren van de beroepspensioenregeling voor fysiotherapeuten en daarmee te voorzien in pensioenen voor fysiotherapeuten en heilgymnasten-masscurs en hun nabestaanden volgens een pensioenreglement. Eiseres heeft hiertoe het Pensioenreglement 2017 (het Pensioenreglement) opgesteld.

18. Deelname aan de beroepspensioenregeling van eiseres is verplicht voor iedere BIG-geregistreerde¹⁸ fysiotherapeut of heilgymnast-masseur (hierna: de fysiotherapeuten) die als zodanig werkzaam is in Nederland, met uitzondering van de fysiotherapeut die in de verplichtstellingsbeschikking zijn uitgezonderd.¹⁹

19. De beroepspensioenregeling is in het Pensioenreglement aangemerkt als een uitkeringsregeling.²⁰

20. De basis voor de berekening van de hoogte van de pensioenopbouw (de pensioengrondslag) in enig jaar is gelijk aan het beroepsinkomen van de deelnemer voor dat jaar, verminderd met een naar een vast bedrag vastgestelde franchise waarbij rekening is gehouden met het deeltijdpercentage.²¹ Het in aanmerking te nemen beroepsinkomen wordt vastgesteld op het belastbaar loon in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964 dan wel de fiscale winst uit onderneming, afhankelijk van de situatie van de fysiotherapeut.²² Het maximaal in aanmerking te nemen beroepsinkomen wordt jaarlijks door het bestuur vastgesteld, waarbij voor fysiotherapeuten in loondienst een ander maximum geldt dan voor zelfstandig werkende fysiotherapeuten.

21. Deelnemers zijn een premie verschuldigd. De hoogte van de premie wordt jaarlijks vastgesteld door het bestuur, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen fysiotherapeuten in loondienst en zelfstandige werkende fysiotherapeuten. Deelnemers kunnen tegen betaling van een hogere premie vrijwillig extra pensioen opbouwen.²³

22. De beroepspensioenregeling voorziet in een aanspraak op een ouderdomspensioen

¹⁶ Artikel 130 van de Wvb.

¹⁷ Artikel 140 van de Wvb.

¹⁸ Om de titel fysiotherapeut te mogen voeren dienen fysiotherapeuten aan wettelijke opleidingseisen te voldoen en zich te registreren in een op grond van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) ingesteld register.

¹⁹ Artikel 1.1 van het Pensioenreglement.

²⁰ Artikel 3.1 van het Pensioenreglement.

²¹ Artikelen 3.2, 3.5 en 3.6 van het Pensioenreglement.

²² Artikel 3.3 van het Pensioenreglement.

²³ Artikelen 4.1, 4.2 en 4.3 van het Pensioenreglement.

voor de deelnemer en een partner- en wezenpensioen bij overlijden.²⁴ Het ouderdomspensioen is de levenslange uitkering die de (gewezen) deelnemer ontvangt vanaf pensioendatum. Het jaarlijks op te bouwen ouderdomspensioen bedraagt 0,57% (in loondienst) of 0,41% (zelfstandigen) van de jaarlijks vast te stellen pensioengrondslag.²⁵ Het partnerpensioen is in beginsel 70% van het ouderdomspensioen en het wezenpensioen is 20% van het partnerpensioen.²⁶ Bij ingang van het ouderdomspensioen kan de (gewezen) deelnemer kiezen voor een verhoogde uitkering waarbij reeds rekening is gehouden met toekomstige toeslagen (conversie). In ruil hiervoor wordt een afwijkende toeslagverlening toegepast.²⁷

23. De deelnemer kan zich vrijwillig verzekeren voor het geval hij gedwongen is te stoppen met de uitoefening van zijn beroep als fysiotherapeut als gevolg van blijvende en volledige arbeidsongeschiktheid. In het voorkomende geval wordt de opbouw voortgezet en is geen premie verschuldigd.²⁸

24. Op de opgebouwde pensioenaanspraken en ingegane pensioenrechten wordt jaarlijks een toeslag van 2% verleend. Afhankelijk van de financiële positie van eiseres kan het bestuur van eiseres besluiten een extra toeslag te verlenen. De toeslagverlening wordt gedeeltelijk uit de premie en gedeeltelijk uit overrendement gefinancierd.²⁹

25. Indien blijkt dat de bezittingen bestemd voor de dekking van de pensioenverplichtingen met de verwachte inkomsten ontoereikend zijn ter dekking van de pensioenverplichtingen, is het bestuur verplicht het reglement te wijzigen zodat het financiële evenwicht kan worden hersteld.³⁰ Indien blijkt dat de bijdragen van de deelnemers hoger zijn dan nodig, zal het bestuur, met inachtneming van een door het bestuur wenselijk geoordeelde extra reserve, besluiten om de overschotten te bestemmen voor verbetering van de pensioenaanspraken van de deelnemers en rechten van pensioengerechtigden.³¹

26. Een korting op de pensioenuitkeringen en -aanspraken kan alleen plaatsvinden als is voldaan aan de in de Wvb gestelde voorwaarden. In een voorkomend geval worden alle pensioenaanspraken en -rechten met een gelijk percentage verlaagd.³²

27. Buitenlandse dienstverleners hebben in het vierde kwartaal 2017 vermogensbeheerdiensten aan eiseres verleend. In verband met deze diensten heeft eiseres als gevolg van de toepassing van de verleggingsregeling onder meer € 31.085 aan verschuldigde omzetbelasting in de aangifte voor dit tijdvak vermeld. De aangifte heeft per saldo geleid tot een verzoek om teruggaaf van € 18.351. Bij beschikking met dagtekening 9 februari 2018 is de verzochte teruggaaf verleend. Hiertegen heeft eiseres bezwaar gemaakt.

Geschil

²⁴ Artikel 6.1 van het Pensioenreglement.

²⁵ Artikelen 7.1 en 7.3 van het Pensioenreglement.

²⁶ Artikelen 8 en 9 van het Pensioenreglement.

²⁷ Artikel 19 van het Pensioenreglement.

²⁸ Artikel 13 van het Pensioenreglement.

²⁹ Artikel 25.1 van het Pensioenreglement.

³⁰ Artikel 26.1 van het Pensioenreglement.

³¹ Artikel 26.2 van het Pensioenreglement.

³² Artikel 26.3 van het Pensioenreglement.

28. In geschil is of eiseres ten onrechte € 31.085 aan verschuldigde omzetbelasting in haar aangifte heeft opgenomen, 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).

29. 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.

30. 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.

31. 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 2016³³.

Beoordeling van het geschil

32. 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;

(...)

33. 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;

(...)

34. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie³⁴ kan worden opgemaakt dat fondsen die instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) in de zin van de Icbe-richtlijn³⁵

³³ Hoge Raad 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2786.

³⁴ 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).

³⁵ Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van

vormen, gemeenschappelijke beleggingsfondsen zijn in de zin van artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn.

35. Niet in geschil is dat eiseres geen icbe is.

36. 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, het fonds als een gemeenschappelijk beleggingsfonds moet worden aangemerkt. Een pensioenfonds kan als een gemeenschappelijk beleggingsfonds worden aangemerkt, indien:³⁶

- 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.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

40. 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).³⁷ 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

de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten.

³⁶ Zie Fiscale eenheid X, r.o. 52 en ATP, r.o. 59.

³⁷ Zie conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:840, r.o. 10.

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.

41. 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 concludeerde³⁸ 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

³⁸ Conclusie van A-G C.M. Ettema van 23 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:91.

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. (...)"

42. 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.

43. Het uitgangspunt voor de hoogte van de pensioenaanspraken en -uitkeringen op grond van de pensioenregeling van eiseres is een opbouw van 0,57% of 0,41% over de pensioengrondslag, die is gebaseerd op de hoogte van het beroepsinkomen (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 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 (extra) 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 premieregeling, waarbij een vaste premie en de daarop behaalde rendementen het uitgangspunt zijn voor de hoogte van het pensioen. De deelnemers van eiseres hebben in de regel geen formele werkgever en voor zover dit wel het geval is, is deze niet betrokken bij de pensioenregeling. Van een bijstortingsverplichting door een werkgever is dus geen sprake. Tekorten komen daarom te allen tijde ten laste van (het collectief van) de deelnemers, of het nu via premieaanpassing, toeslagverlening dan wel een korting op de aanspraken en uitkeringen is. Ook overschotten komen uitsluitend ten goede aan (het collectief van) de deelnemers, via de toeslagverlening. Het risico van tekorten en overschotten wordt dus verspreid over het collectief van deelnemers, maar niet over anderen dan de 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

44. 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 vraag voorleggen aan het Hof van Justitie.

Beslissing

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

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 beleggingsrisico 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?

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

