



Datum van inontvangstneming : 30/11/2022

uitspraak

RECHTBANK GELDERLAND

Zittingsplaats Arnhem

Belastingrecht

zaaknummers: AWB 21/1421, 21/1423, 21/1424 en 21/1425

uitspraak van de meervoudige belastingkamer van 06 OKT 2022

in de zaken tussen

Stichting BPL Pensioen, te Woerden, eiseres
(gemachtigde: [REDACTED]),

en

de inspecteur van de Belastingdienst, kantoor Utrecht, verweerder.

Procesverloop

Eiseres heeft bezwaar gemaakt tegen de voldoening van omzetbelasting over het eerste tot en met het vierde kwartaal 2018.

Verweerder heeft bij uitspraken op bezwaar van 29 januari 2021 de bezwaren ongegrond verklaard.

Eiseres heeft daartegen tijdig beroep ingesteld.

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

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 22 november 2021. [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 bedrijfstakpensioenfonds voor de agrarische en groene sector. 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 ondernemingspensioenfonds. 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. Op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 kan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt, deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een of meer bepaalde groepen van personen die in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn, verplicht stellen. Indien sprake is van een verplicht ingesteld bedrijfstakpensioenfonds, dan dienen de deelnemers en werkgevers de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven. Eens in de vijf jaar dient te worden beoordeeld of het georganiseerde bedrijfsleven in de betrokken bedrijfstak dat de verplichtstelling wenst een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt. De verplichtstelling is bedoeld om een bedrijfstakbrede solidariteit te bevorderen.²

5. Een werkgever dient een nieuwe werknemer te informeren of hij een aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst.³ De pensioenovereenkomst kan een uitkeringsovereenkomst, een premieovereenkomst of een kapitaalovereenkomst zijn.⁴ 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.⁵

6. Een werkgever brengt een pensioenovereenkomst onder bij een pensioenuitvoerder of pensioeninstelling door onmiddellijk met de pensioenuitvoerder of pensioeninstelling een

¹ Artikel 1 van de Pensioenwet.

² Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 1.

³ Artikel 7 van de Pensioenwet.

⁴ Artikel 10 van de Pensioenwet.

⁵ Artikel 1 van de Pensioenwet.

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.⁶ De pensioenuitvoerder stelt een pensioenreglement vast in overeenstemming met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement.⁷ Hierin is de verhouding tussen pensioenuitvoerder en deelnemer geregeld.

7. Een pensioenfonds kan een vrijwillige pensioenregeling uitvoeren maar uitsluitend als dit een aanvulling is op een door datzelfde pensioenfonds uitgevoerde basispensioenregeling.⁸ 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.⁹

8. 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).¹⁰

9. 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)¹¹ en de hiervoor genoemde doorsneepremie. Ook mag bij de toekenning van toeslagen geen onderscheid worden gemaakt tussen deelnemers en gewezen deelnemers.¹²

10. 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.

11. Het ouderdomspensioen wordt gefinancierd op basis van kapitaaldekking.¹³ Dit wil zeggen dat de basis voor de pensioenuitkering wordt gevormd door het ingelegde kapitaal en het daarop behaalde rendement.

12. 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

⁶ Artikel 23 van de Pensioenwet.

⁷ Artikel 35 van de Pensioenwet.

⁸ Artikel 117 van de Pensioenwet.

⁹ Artikel 1 van de Pensioenwet.

¹⁰ Artikel 118 van de Pensioenwet.

¹¹ Artikel 8 van de Pensioenwet.

¹² Artikel 58 van de Pensioenwet.

¹³ Artikel 127 van de Pensioenwet.

waarden beschikt dan de hoogte van de technische voorzieningen.¹⁴ 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.¹⁵

13. De beleidsdekkingsgraad van een pensioenfonds is de gemiddelde dekkingsgraad van de twaalf maanden voorafgaand aan het moment van vaststelling.¹⁶ 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). Bij een lagere rekenrente is de contante waarde hoger en is dus sprake van een lagere dekkingsgraad. 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 lang-leven-risico).¹⁷ 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.

14. 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 toeslagverlening¹⁸. De kostendekkende premie kan worden gedempt met een voortschrijdend gemiddelde van de rente of met verwacht rendement.¹⁹ 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.²⁰

15. 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

¹⁴ Artikel 132 van de Pensioenwet.

¹⁵ Artikel 131 van de Pensioenwet en artikel 11 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.

¹⁶ Artikel 133a van de Pensioenwet.

¹⁷ Artikel 126 van de Pensioenwet en artikel 2 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.

¹⁸ Een toeslag betreft een verhoging van het pensioenrecht of een pensioenaanspraak van een gewezen deelnemer.

¹⁹ Artikel 128 van de Pensioenwet.

²⁰ Artikel 129 van de Pensioenwet.

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.²¹

16. Een pensioenfonds kan verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten uitsluitend verminderen indien:²²

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.

17. 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.²³

18. 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.²⁴

19. 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.²⁵

Feiten

20. Eiseres is een verplicht bedrijfstakpensioenfonds dat pensioenregelingen uitvoert voor werknemers in de agrarische en groene sector. Het statutaire doel van eiseres is het verzorgen van een duurzame en betrouwbare pensioenregeling voor de deelnemers. Het bestuur van eiseres kan, na inwinning van advies bij het verantwoordingsorgaan, het pensioenreglement en het uitvoeringsreglement vaststellen en wijzigen.²⁶ Het bestuur van eiseres bestaat uit tien bestuurders waarvan vijf bestuurders namens de werkgevers, drie bestuurders namens de werknemers en twee bestuurders namens de pensioengerechtigden. Geldige besluiten kunnen worden genomen bij volstreekte meerderheid, waarbij ten minste sprake moet zijn van vier stemmen voor, bestaande uit één stem van een namens de

²¹ Artikel 137 van de Pensioenwet.

²² Artikel 134 van de Pensioenwet.

²³ Artikel 66 tot en met 69 van de Pensioenwet.

²⁴ Artikel 135 van de Pensioenwet.

²⁵ Artikel 145 van de Pensioenwet.

²⁶ Artikel 8 van de statuten van eiseres.

werknemers benoemde bestuurder, één stem van een namens de werknemers of de pensioengerechtigden benoemde bestuurder en twee stemmen van de namens de werkgevers benoemde bestuurders.²⁷

21. Het bestuur van eiseres heeft een pensioenreglement (het Pensioenreglement), een uitvoeringsreglement en een actuariële en bedrijfstechnische nota vastgesteld.

22. Deelnemers van de pensioenregeling zijn degenen van 21 jaar en ouder die verplicht meedoen aan de pensioenregeling omdat hun werkgever valt onder de verplichtstelling of omdat de werkgever een uitvoeringsovereenkomst heeft gesloten met eiseres.²⁸

23. De pensioenregeling is in het Pensioenreglement aangemerkt als een uitkeringsovereenkomst. De pensioenregeling voorziet in een levenslang ouderdomspensioen, een levenslang partnerpensioen, een tijdelijk partnerpensioen, een levenslang bijzonder partnerpensioen en een wezenpensioen.²⁹ In het Pensioenreglement is de pensioenovereenkomst aangeduid als hetgeen tussen cao-partijen is overeengekomen met betrekking tot pensioen zoals kan blijken uit de cao, een cao-protocol of het pensioenreglement.

24. Het pensioen wordt opgebouwd over de pensioengrondslag. De pensioengrondslag is het loon verminderd met een op een vast bedrag vastgestelde franchise, waarbij rekening is gehouden met het deeltijdpercentage. Boven een maximum premieloon wordt geen pensioen opgebouwd.³⁰ De jaarlijkse opbouw van het ouderdomspensioen bedraagt vanaf 1 januari 2018 1,875% van de pensioengrondslag.³¹ Van 1 januari 2013 tot 1 januari 2015 gold een opbouw van 1,95%, in 2012 was dit 1,85% en vanaf 2007 tot 2012 2%.³²

25. Het partnerpensioen is in beginsel 70% van het opgebouwde ouderdomspensioen. Het wezenpensioen is 20% van het partnerpensioen. Het tijdelijke partnerpensioen betreft een vastgesteld bedrag per jaar, in 2018 € 8.077.³³

26. Het bestuur stelt in overleg met de werknemers en de werkgeversorganisatie de premie vast. De deelnemer (werknemer) betaalt premie voor de basispensioenregeling en de werkgevers en werknemers betalen allebei een deel van de premie. De totale pensioenpremie wordt door de werkgever overgemaakt aan eiseres. De werkgever houdt het werknemersdeel in op het loon. De premie is een doorsneepremie uitgedrukt in een percentage van het pensioengevend loon van de deelnemer. De pensioenopbouw gaat ook door als de werkgever de premie niet betaalt, tenzij bepaalde, nader genoemde uitzonderingen van toepassing zijn.³⁴ Bij arbeidsongeschiktheid wordt premievrij pensioen opgebouwd als de deelnemer een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangt, naar de mate van arbeidsongeschiktheid.³⁵ Een algemene korting op de kostendeekkende premie wordt uitsluitend verleend als is voldaan aan

²⁷ Artikel 12 van de statuten van eiseres.

²⁸ Artikel 1 van het Pensioenreglement.

²⁹ Artikel 2 van het Pensioenreglement.

³⁰ Artikel 3 van het Pensioenreglement.

³¹ Artikel 5 van het Pensioenreglement.

³² Artikel 47 van het Pensioenreglement.

³³ Artikelen 6 tot en met 11 van het Pensioenreglement.

³⁴ Artikel 13 van het Pensioenreglement.

³⁵ Artikel 12 van het Pensioenreglement.

de wettelijke voorschriften ten aanzien van de technische voorzieningen, het vereist eigen vermogen, en de dekking door waarden, en als de toeslagen kunnen worden nagekomen.³⁶ Eiseres stort geen premies terug en de werkgever heeft geen bijstortingsverplichting.³⁷

27. Een korting op de pensioenuitkeringen en -aanspraken kan alleen plaatsvinden als is voldaan aan de in de Pensioenwet gestelde voorwaarden.³⁸

28. Een toeslag op opgebouwde of aangegane pensioenen wordt alleen verleend als de dekkingsgraad minimaal 110% is, de hoogte van de toeslag niet tot gevolg heeft dat eiseres niet op tijd kan voldoen aan de wettelijke vereisten van het eigen vermogen, en is onderzocht dat in de toekomst een vergelijkbare toeslag kan worden verleend. De hoogte van de toeslag wordt hierop aangepast. Bij een voldoende hoge dekkingsgraad kan het bestuur besluiten tot een inhaaltoeslag. De ambitie van het bestuur is de pensioenen te laten meestijgen met de CBS³⁹-consumentenprijsindex. De toeslagen worden betaald uit de beleggingsrendementen en niet uit de premie.⁴⁰

29. Eiseres hanteert als financiële sturingsmiddelen het premiebeleid, het toeslagbeleid en het beleggingsbeleid. Eiseres heeft onweersproken gesteld dat de afgelopen jaren geen toeslagen zijn verleend. Ook kan eiseres de cao-partijen adviseren de pensioenovereenkomst aan te passen waar het de opbouw van toekomstige aanspraken betreft. Zo is vanaf 2021 de jaarlijkse opbouw voor actieve deelnemers verlaagd naar 1,700% van de pensioengrondslag. Als laatste middel kan eiseres de pensioenaanspraken en -rechten verminderen.⁴¹

30. Eiseres kent een algemene reserve om alle niet-beleggingsrisico's op te vangen, een reserve tijdelijk partnerpensioen, bedoeld om tegenvallers in de regeling tijdelijk partnerpensioen op te vangen, en een beleggingsreserve, bedoeld om koersdalingen in de beleggingsportefeuille te kunnen opvangen.⁴²

31. Eiseres heeft in 2018 vermogensbeheerdiensten afgenomen van buiten Nederland gevestigde dienstverleners. Eiseres heeft in de aangiften omzetbelasting met toepassing van de verleggingsregeling € 549.907 aan verschuldigde omzetbelasting opgenomen en voldaan. Hiertegen heeft eiseres bezwaar gemaakt.

Geschil

32. In geschil is of eiseres ten onrechte € 549.907 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).

33. 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

³⁶ Artikel 20 van het Uitvoeringsreglement.

³⁷ Artikel 21 van het Uitvoeringsreglement.

³⁸ Artikel 14 van het Pensioenreglement.

³⁹ Centraal Bureau voor de Statistiek.

⁴⁰ Artikel 17 van het Pensioenreglement.

⁴¹ Artikel 18 van het Uitvoeringsreglement.

⁴² Paragraaf 5.3 van de actuariële en bedrijfstechnische nota.

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.

34. Eiseres stelt zich op het standpunt dat zij is aan te merken als een gemeenschappelijk beleggingsfonds, omdat de deelnemers beleggingsrisico dragen en ook aan de overige voorwaarden is voldaan.

35. 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 en wordt eiseres niet gefinancierd door de deelnemers. Verweerder wijst in dat verband op een arrest van de Hoge Raad van 9 december 2016⁴³.

Beoordeling van het geschil

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

I 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;

(...)

37. 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;

(...)

38. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie⁴⁴ kan worden opgemaakt dat fondsen die instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) in de zin van de Icbe-richtlijn⁴⁵ vormen, gemeenschappelijke beleggingsfondsen zijn in de zin van artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn.

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

40. Uit dezelfde rechtspraak van het Hof van Justitie volgt ook dat indien een fonds geen

⁴³ Hoge Raad 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2786.

⁴⁴ 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).

⁴⁵ Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten.

icbe 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:⁴⁶

- 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.

41. Partijen zijn het erover eens dat aan de eerste en de derde voorwaarde is voldaan, maar verschillen van mening over de vraag of eiseres wordt gefinancierd door de deelnemers en of de deelnemers beleggingsrisico dragen.

Financiering door de deelnemers

42. Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat eiseres niet wordt gefinancierd door de deelnemers.

43. Uit het Pensioenreglement volgt dat een deel van de door eiseres ontvangen premies wordt ingehouden op het loon van de deelnemers. In zoverre wordt eiseres gefinancierd door de deelnemers. Het feit dat de werkgevers ook een deel van de premies betalen leidt de rechtbank niet tot een ander oordeel. Eiseres is een verplicht ingesteld bedrijfstakpensioenfonds, maar deze verplichtstelling is in wezen op aanvraag van de bedrijfstak zelf afgegeven en uitsluitend bedoeld om de solidariteit te bevorderen. Het bestuur van eiseres bepaalt na overleg tussen werkgevers en werknemers de premie. De premie wordt vastgesteld op basis van de pensioengrondslag van de werknemer en de beoogde pensioenuitkering neemt als uitgangspunt een opbouwpercentage over de pensioengrondslag van de werknemer. Onder deze omstandigheden, en ook gelet op de bewoordingen van het Pensioenreglement, moet worden aangenomen dat de werkgever zijn aandeel in de premies in naam en voor rekening van de werknemer (de deelnemer) betaalt waarop de werknemer uit hoofde van zijn arbeid recht heeft. Deze situatie is vergelijkbaar met de situatie in het arrest ATP waarbij ook sprake was van de storting van premies door werkgevers, die contractueel waren vastgelegd in een overeenkomst tussen vakorganisaties die individuele werknemers en werkgevers vertegenwoordigen. In die zaak betaalde alleen de werkgever de premie, de werknemers konden wel vrijwillig aanvullende bijdragen betalen, maar naar het oordeel van het Hof van Justitie werden de pensioenregelingen gefinancierd door de pensioenontvangers⁴⁷. Dat premies werden betaald door de werkgever en het bedrag van de premies was vastgelegd in een collectieve arbeidsovereenkomst was volgens het Hof van Justitie niet relevant.⁴⁸

Dragen de deelnemers beleggingsrisico?

44. 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.

45. De pensioenregeling in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Wheels Common*

⁴⁶ Zie Fiscale eenheid X, r.o. 52 en ATP, r.o. 59.

⁴⁷ ATP, r.o. 52.

⁴⁸ ATP, r.o. 53 en 54.

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.

46. 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).⁴⁹ 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.

47. 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

⁴⁹ Zie conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:840, r.o. 10.

Raad concludeerde⁵⁰ 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 vermindering van de waarde van de deelgerechtigdheid. (...)”

48. 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.

49. Het uitgangspunt voor de hoogte van de pensioenaanspraken en -uitkeringen op grond van de pensioenregeling van eiseres is een opbouw van (in 2018) 1,875% van de pensioengrondslag, die is gebaseerd op de hoogte van het arbeidsinkomen (met inachtneming van een maximum en een franchise) en het aantal dienstjaren. De hoogte van het pensioen is niet direct afhankelijk van de rendementen van de beleggingen van eiseres, 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 eiseres hebben dit ook daadwerkelijk ondervonden. De afgelopen jaren zijn geen indexatietoeslagen verleend, in de periode vanaf 2012 is het opbouwpercentage een aantal keer gewijzigd en vanaf 2021 is de opbouw voor actieve deelnemers verlaagd. De werkgever is niet verplicht tot bijstorting. Er kan daarom, anders dan in het arrest *Wheels Common* het geval was, niet worden geoordeeld dat de

⁵⁰ Conclusie van A-G C.M. Ettema van 23 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:91.

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, het verlagen van de opbouw of het doorvoeren van een korting. Ook overschotten komen ten goede aan (het collectief van) de deelnemers, via de (inhaal)toeslagverlening. 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

50. 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 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?

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

