



Datum van inontvangstneming : 30/11/2022

uitspraak

RECHTBANK GELDERLAND

Zittingsplaats Arnhem

Belastingrecht

zaaknummer: AWB 21/1448

uitspraak van de meervoudige belastingkamer van 06 OKT 2022

in de zaak tussen

Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf, te Heerlen, eiseres
(gemachtigde: [REDACTED]),

en

de inspecteur van de Belastingdienst, kantoor Utrecht, verweerder.

Procesverloop

Verweerder heeft aan eiseres over het jaar 2009 een naheffingsaanslag omzetbelasting opgelegd van € 12.384. Tevens is bij beschikking € 1.784 aan heffingsrente in rekening gebracht.

Verweerder heeft bij uitspraak op bezwaar van 1 februari 2021 de naheffingsaanslag verminderd tot € 12.260 en de beschikking heffingsrente verminderd tot € 1.766.

Eiseres heeft daartegen tijdig beroep ingesteld.

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

Bij brief van 5 november 2021 heeft eiseres een nader stuk ingediend dat in afschrift is verstrekt aan verweerder.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 22 november 2021. [REDACTED]

mr. [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. Eiscres is een verplicht bedrijfstakpensioenfonds voor de levensmiddelenbranche. 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. 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, verplichtstellen. Als sprake is van een verplicht ingesteld bedrijfstakpensioenfonds, 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 schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten en in stand te houden. Deze verplichting

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.

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). 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 compensatie van niet toegekende toeslagen is toegestaan, mits dit geen gevolgen heeft voor

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.

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 heeft hiertoe een pensioenreglement (het Pensioenreglement) en een uitvoeringsreglement opgesteld. Partijen hebben in deze zaak de reglementen aan het dossier toegevoegd die van toepassing zijn op het jaar 2018, maar zij zijn het erover eens dat deze niet wezenlijk verschillen van de reglementen die in 2009 van toepassing waren. Ook heeft eiseres een actuariële en bedrijfstechnische nota opgesteld.

21. Volgens het Pensioenreglement is de pensioenregeling gebaseerd op een uitkeringsovereenkomst in de zin van de Pensioenwet.²⁶ De pensioenregeling voorziet in een levenslang ouderdomspensioen, een levenslang partnerpensioen, een levenslang bijzonder partnerpensioen, een tijdelijk wezenpensioen, een tijdelijk arbeidsongeschiktheidspensioen

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 6 van het Pensioenreglement.

en een tijdelijk ANW-pensioen voor de partner.²⁷ De deelnemer is de werknemer die verplicht is tot deelneming in het fonds op grond van de verplichtstelling.²⁸

22. Het pensioenreglement voorziet tevens in een voorwaardelijke pensioenregeling (VPL-regeling)²⁹ en een excedentregeling (een aanvullende pensioenregeling)³⁰. De excedentregeling is gebaseerd op een premieovereenkomst.

23. Het jaarlijkse ouderdomspensioen bedraagt (in 2018) 1,875% van de pensioengrondslag voor elk opbouwjaar.³¹ De pensioengrondslag is het pensioengevend loon verminderd met een jaarlijks vastgestelde franchise.³² Het pensioengevend loon is het loon in de zin van de sociale verzekeringen en gemaximeerd op het maximum premieloon voor de sociale verzekeringen.³³ Het jaarlijkse partnerpensioen bedraagt (in 2018) 1,313% van de pensioengrondslag voor elk opbouwjaar.³⁴ Het wezenpensioen betreft 20% van het partnerpensioen.³⁵ Het ANW-pensioen betreft een jaarlijks door het bestuur te bepalen vast jaarlijks bedrag, in 2018 € 7.476.³⁶

24. Voor iedere deelnemer wordt jaarlijks premie geheven voor de financiering van de verplichte pensioenregeling. Deze premie is door de aangesloten werkgever verschuldigd. De aangesloten werkgever kan een gedeelte van de premie op het loon van de werknemer inhouden.³⁷ De premie wordt door het bestuur vastgesteld na overleg met de werknemers- en werkgeversverenigingen. De premie is (in 2018) vastgesteld op 20% van het pensioengrondslag voor het ouderdomspensioen. Hiervan kan maximaal 5,77% op het loon van de werknemer worden ingehouden.³⁸ Indien de werkgever nalaat premie te betalen, dan wordt toch pensioen opgebouwd, met uitzondering van nader genoemde gevallen.³⁹

25. Indien de deelnemer een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangt voor een arbeidsongeschiktheid van 25% of meer, dan wordt de pensioenopbouw premievrij voortgezet. In dat geval geldt wel een aangepaste opbouw.⁴⁰

26. Jaarlijks kan een toeslag worden verleend voor de pensioenaanspraken en -rechten. De toeslag is maximaal de stijging van het CBS⁴¹-consumentenprijsindexcijfer voor alle huishoudens. Het bestuur beslist over de toeslagverlening. De toeslagverlening wordt volledig gefinancierd uit het beleggingsrendement. De toeslag wordt alleen verleend als is voldaan aan de wettelijke vereisten. Het bestuur kan besluiten in het verleden niet genoten

²⁷ Artikel 7 van het Pensioenreglement.

²⁸ Artikel 1, letter, a, van het Pensioenreglement.

²⁹ Artikel 59 van het Pensioenreglement.

³⁰ Artikel 60 e.v. van het Pensioenreglement.

³¹ Artikel 15 van het Pensioenreglement.

³² Artikel 12 van het Pensioenreglement.

³³ Artikelen 8 en 9 van het Pensioenreglement.

³⁴ Artikel 25 van het Pensioenreglement.

³⁵ Artikel 27 van het Pensioenreglement.

³⁶ Artikel 26 van het Pensioenreglement.

³⁷ Artikel 43 van het Pensioenreglement.

³⁸ Artikel 42 van het Pensioenreglement.

³⁹ Artikel 44 van het Pensioenreglement.

⁴⁰ Artikel 36 van het Pensioenreglement.

⁴¹ Centraal Bureau voor de Statistiek.

toeslagen of doorgevoerde verlagingen te compenseren, indien wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 137, tweede lid, van de Pensioenwet. Het bestuur is te allen tijde bevoegd het toeslagbeleid en de daarvoor geldende voorwaarden aan te passen.⁴² In de periode vanaf 2009 tot heden is uitsluitend in het jaar 2009 een toeslag verleend van 0,22%.

27. Een korting op de pensioenuitkeringen en -aanspraken kan alleen plaatsvinden als is voldaan aan de in de Pensioenwet gestelde voorwaarden.⁴³

28. Eiseres hanteert als financiële sturingsmiddelen het premiebeleid, het toeslagbeleid, en het beleggingsbeleid. Tevens kan eiseres de cao-partijen adviseren de pensioenovereenkomst aan te passen voor de opbouw van toekomstige aanspraken. Als laatste redmiddel kan eiseres de pensioenaanspraken en -rechten verlagen. Bij het beleggingsbeleid houdt het bestuur van eiseres rekening met het uitgangspunt dat de cao-partijen bereid zijn een verantwoord beleggingsrisico te nemen om zoveel als mogelijk toeslagen te kunnen verlenen. Dit kan op korte termijn een kans op verlaging opleveren, maar de cao-partijen hebben de voorkeur voor een zo beperkt mogelijke verlaging van de pensioenaanspraken en -rechten.⁴⁴

29. De financiële situatie van eiseres is de afgelopen jaren verslechterd. De actuele dekkingsgraad van eiseres op 31 december 2020 is 87,5%. Vanwege de lage dekkingsgraad heeft eiseres een herstelplan ingediend bij De Nederlandsche Bank. Het herstelplan voorziet in een verlaging van de opgebouwde pensioenen per 31 december 2021 met 0,85%.

30. Eiseres heeft in 2009 vermogensbeheerdiensten afgenomen van een buiten Nederland gevestigde vermogensbeheerder. Zij heeft in de aangiften omzetbelasting voor het jaar 2009 geen omzetbelasting voldaan voor de door de vermogensbeheerder aan haar verrichte diensten. Eiseres heeft hiervoor wel een suppletieaangifte ingediend. Naar aanleiding van de suppletieaangifte heeft verweerder met dagtekening 31 december 2014 de naheffingsaanslag en beschikking heffingsrente opgelegd.

31. In de bezwaarfase heeft verweerder erkend dat de excedentregeling kwalificeert als ter collectieve belegging bijeengebracht vermogen en dat de hiervoor verrichte beheerdiensten zijn vrijgesteld. Verweerder heeft de naheffingsaanslag en beschikking heffingsrente op die grond verminderd.

Geschil

32. In geschil is of de naheffingsaanslag moet worden vernietigd, omdat de vermogensbeheerdiensten die door de buitenlandse dienstverlener aan eiseres 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 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

⁴² Artikel 13 van het Pensioenreglement en artikel 16 van het Uitvoeringsreglement.

⁴³ Artikel 41 van het Pensioenreglement en artikel 19 van het Uitvoeringsreglement.

⁴⁴ Artikel 18 van het Uitvoeringsreglement.

van beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen en dat de vrijstelling van toepassing is. Tussen partijen is niet langer in geschil dat de VPL-regeling niet onder de vrijstelling valt.

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. Ook voert eiseres aan dat het beginsel van fiscale neutraliteit met zich brengt dat ook een vergelijking moet worden gemaakt met pensioenfondsen die als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden beschouwd.

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 2016⁴⁵.

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 Justitie⁴⁶ kan worden opgemaakt dat fondsen die instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) in de zin van de Icbe-richtlijn⁴⁷ vormen, gemeenschappelijke beleggingsfondsen zijn in de zin van artikel 135, eerste lid, letter g, van de Btw-richtlijn. De rechtbank gaat er in navolging van partijen van uit dat deze

⁴⁵ Hoge Raad 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2786.

⁴⁶ 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).

⁴⁷ 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.

rechtspraak ook van toepassing is op Richtlijnen 2001/107/EG⁴⁸ en 2001/108/EG⁴⁹, die in 2009 nog van toepassing waren.

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 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:⁵⁰

- 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 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 betaalden alleen de werkgevers de premie, de werknemers

⁴⁸ Richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) met het oog op de reglementering van beheermaatschappijen en vereenvoudigde prospectussen.

⁴⁹ Richtlijn 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), betreffende beleggingen van icbe's.

⁵⁰ Zie Fiscale eenheid X, r.o. 52 en ATP, r.o. 59.

konden wel vrijwillig aanvullende bijdragen betalen, maar naar het oordeel van het Hof van Justitie werden de pensioenregelingen gefinancierd door de pensioenontvangers. Het feit 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.⁵¹

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* 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).⁵² 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

⁵¹ ATP, r.o. 52 tot en met 54.

⁵² Zie conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:840, r.o. 10.

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 concludeerde⁵³ 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 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

⁵³ Conclusie van A-G C.M. Ettema van 23 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:91.

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, en de opbouw is vanaf 31 december 2021 verlaagd met 0,85%. De werkgever is niet verplicht tot bijstorting. Er kan daarom niet worden geoordeeld dat, anders dan in het arrest *Wheels Common* het geval was, de pensioenuitkering geenszins afhankelijk is van de waarde van de activa en de beleggingsrendementen. De pensioenregeling die eiseres uitvoert wijkt echter ook af van de pensioenregelingen uit het arrest ATP. In dat arrest lijkt het te gaan om pensioenregelingen die vergelijkbaar zijn met een Nederlandse premieregeling, waarbij een vaste premie en de daarop behaalde rendementen het uitgangspunt zijn voor de hoogte van het pensioen. In de zaak van eiseres ligt de premie niet vast. De premie wordt in beginsel in overleg tussen werknemers en werkgevers vastgesteld en is dus de uitkomst van sociaal overleg. Tekorten komen ten laste van (het collectief van) de deelnemers via het niet verlenen van toeslagen, het verlagen van de opbouw of het doorvoeren van een korting. Ook overschotten komen ten goede aan (het collectief van) de deelnemers, via (inhaal)toeslagverlening of compensatie van eerder verleende kortingen. Het risico van tekorten en overschotten wordt dus verspreid over het collectief van deelnemers. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan niet worden afgeleid of het gegeven dat het risico wordt gedragen door de collectiviteit van deelnemers een beletsel vormt om een pensioenfonds als eiseres als gemeenschappelijk beleggingsfonds aan te merken. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan ook niet worden afgeleid hoe het begrip 'beleggingsrisico' moet worden gedefinieerd en of hierbij van belang is of de deelnemers enig beleggingsrisico dragen, of dat het beleggingsrisico bij de deelnemers in voldoende mate, en in welke mate dan, aanwezig moet zijn en hoe dit moet worden bepaald.

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

51. De Nederlandse wetgeving sluit geen specifieke instellingen uit als gemeenschappelijk beleggingsfonds. De staatssecretaris van Financiën heeft in een brief van 19 september 2014 aan de Tweede Kamer zijn standpunt gegeven over de toepassing van de vrijstelling zoals bedoeld in artikel 11, eerste lid, letter i, ten derde, van de Wet OB bij pensioenfonds.⁵⁴ De staatssecretaris stelt zich in de brief op het standpunt dat een individuele defined contribution pensioenregeling (DC-pensioenregeling) een gemeenschappelijk beleggingsfonds is. De staatssecretaris baseert zijn standpunt in wezen op de aanname dat bij een individuele DC-pensioenregeling de deelnemers beleggingsrisico dragen. Daarnaast kunnen bepaalde collectieve DC-pensioenregelingen ook als gemeenschappelijk beleggingsfonds worden aangemerkt, namelijk als de pensioenaanspraken op een vergelijkbare wijze zijn opgebouwd als bij individuele DC-pensioenregelingen. Op grond van nationale rechtspraak dient de brief van de staatssecretaris

⁵⁴ Kamerstukken II 2014/15, 32 043, nr. 228. Opgenomen in de conclusie van A-G C.M. Ettema van 23 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:91, r.o. 5.1.

van Financiën als beleid te worden beschouwd. De Belastingdienst is gehouden te handelen overeenkomstig (gepubliceerd) beleid. Dit neemt niet weg dat een belanghebbende in een voorkomend geval zich erop kan beroepen dat het beleid niet in overeenstemming is met de wet, en het beleid dus niet dient te worden toegepast. Het beleid heeft in die zin dus geen onbetwistbare dwingende rechtskracht.

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

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

54. Het beginsel van fiscale neutraliteit verzet zich ertegen dat ondernemers die dezelfde handelingen verrichten verschillend worden behandeld ter zake van de btw-heffing.⁵⁵ Het beginsel van fiscale neutraliteit verzet zich er ook tegen dat soortgelijke goederen of diensten, die met elkaar concurreren, uit het oogpunt van de btw verschillend worden behandeld en bij de beantwoording van de vraag of goederen of diensten soortgelijk zijn, voornamelijk rekening worden gehouden met het oogpunt van de gemiddelde consument.⁵⁶

55. Aan de hand van de criteria zoals die zijn geformuleerd door het Hof van Justitie in de arresten *Wheels Common* en *ATP*, wordt beoordeeld of ondernemers dezelfde handelingen verrichten. Deze criteria vloeien juist voort uit de toepassing van het beginsel van fiscale neutraliteit. In zoverre lijkt hierin geen steun te vinden voor het standpunt van eiseres dat ook een vergelijking moet worden gemaakt met andere pensioenfonds, die wel als gemeenschappelijke beleggingsfonds zijn beschouwd. Het is op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie echter niet zonder meer uit te sluiten dat ook een beoordeling dient plaats te vinden gezien vanuit de gemiddelde consument. Gezien vanuit het perspectief van een pensioenfonds, is de gemiddelde consument de (gemiddelde) werknemer. Het is de vraag

⁵⁵ ATP, r.o. 44 en JP Morgan r.o. 46.

⁵⁶ Zie onder meer Hof van Justitie 3 februari 2022, B, C-515/20, ECLI:EU:C:2022:73, r.o. 43 en 44.

of vanuit het oogpunt van de gemiddelde werknemer in Nederland een (wezenlijk) verschil bestaat tussen de verschillende typen pensioenovereenkomsten, nog daargelaten dat de individuele werknemer in de regel geen keus heeft voor welk type pensioenovereenkomst wordt gekozen. De pensioenuitkering bestaat immers in alle gevallen uit de ingelegde premie en het beleggingsrendement en in de meeste gevallen kan de beoogde uitkomst wijzigen. In deze benadering dient dus niet alleen te worden beoordeeld of een pensioenfonds voldoende vergelijkbaar is met icbe's, maar dient vanuit het oogpunt van de gemiddelde consument ook te worden beoordeeld of het pensioenfonds (voldoende) vergelijkbaar is met andere (pensioen)fondsen die geen icbe zijn, maar die door de lidstaat wel als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden beschouwd.

Conclusie

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

Beslissing

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

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

- of deelnemers een individueel beleggingsrisico lopen, of is het voldoende dat de deelnemers als collectief, en niemand anders, de gevolgen dragen van de resultaten van de beleggingen?
- wat de omvang van het collectieve dan wel het individuele risico is?
- in hoeverre de hoogte van de pensioenuitkering mede afhankelijk is van andere factoren, zoals het aantal jaren van pensioenopbouw, de hoogte van het salaris en de rekenrente?

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

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

