

## Opmerkelijke conclusie A-G HvJ in btw-pensioenfondszaken

Op 14 maart 2024 is de conclusie van advocaat-generaal ('A-G') Kokott verschenen in de pensioenfondszaken bij het Hof van Justitie ('HvJ'). Ze gaat in op de twee prejudiciële vragen van rechtbank Gelderland over de vraag of beheerdiensten aan Nederlandse pensioenfondsen van btw zijn vrijgesteld. Daarvoor is nodig dat de pensioenfondsen kwalificeren als 'gemeenschappelijke beleggingsfondsen'. De A-G vindt dat Nederlandse pensioenfondsen niet voldoende vergelijkbaar zijn met icbe's om aangemerkt te kunnen worden als gemeenschappelijk beleggingsfonds. Haar conclusie roept helaas veel vragen op. Hieronder gaan we nader in op de conclusie.

### 1. Vergelijkbaarheid met icbe's

De eerste vraag die voorligt, is of Nederlandse pensioenfondsen als 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' kunnen worden aangemerkt. Er moet hiervoor een vergelijking worden gemaakt met icbe's (instellingen voor collectieve belegging in effecten): fondsen die dezelfde kenmerken vertonen als icbe's of op z'n minst zodanig vergelijkbaar zijn dat ze met icbe's concurreren, worden ook als 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' aangemerkt. De A-G stelt vast dat de elementen op basis waarvan deze vergelijking moet worden gemaakt niet duidelijk volgen uit rechtspraak van het HvJ. Volgens haar kent de vergelijkbaarheidstoets vijf specifieke elementen. Zij stelt – terecht – vast dat twee van de vijf elementen, namelijk beleggen op basis van risicospreiding en bijzonder overheidstoezicht, niet in geschil zijn tussen partijen. Zij behandelt deze verder niet.

De resterende drie elementen zijn volgens de A-G:

1. Het kapitaal moet uit het publiek worden aangetrokken;
2. Er bestaat een inkoop- of terugbetalingsverplichting; en
3. De deelnemers lopen beleggingsrisico.

De A-G concludeert dat de Nederlandse pensioenfondsen de eerste twee kenmerken niet vertonen. Volgens haar zijn de betrokken pensioenfondsen enkel voor een beperkt publiek toegankelijk, namelijk de werknemers van de betrokken bedrijfstak, beroepsgroep of onderneming. Bovendien is er sprake van verplichte deelneming aan de pensioenregeling, hetgeen in haar ogen concurrentie uitsluit. De voor icbe's kenmerkende inkoop- of terugbetalingsverplichting acht de A-G bij pensioenfondsen in onvoldoende vergelijkbare mate aanwezig, omdat afkoop slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk is. Onzes inziens zijn deze twee elementen nieuw in de vergelijkbaarheidstoets. De vraag is niet alleen of dit relevante elementen zijn in de vergelijkbaarheidstoets, maar ook hoe dit zich verhoudt tot eerdere oordelen van het HvJ, zoals in de zaak ATP (C-464/12) waarin een Deens pensioenfonds als een gemeenschappelijk beleggingsfonds werd aangemerkt. Bovendien gaat het om 'vergelijkbaarheid' met een icbe, terwijl de toets die de A-G aanlegt veeleer gaat over 'gelijk zijn aan' een icbe.

Het laatste kenmerk van icbe's is dat deelnemers het beleggingsrisico moeten lopen. Dit is het belangrijkste discussiepunt voor de kwalificatie van pensioenfondsen als gemeenschappelijk beleggingsfonds. Dat is ook de kern van de prejudiciële vragen van rechtbank Gelderland. Volgens de A-G moet worden nagegaan of er sprake is van een

gegarandeerde pensioentoezegging die met name afhankelijk is van het aantal dienstjaren en het arbeidsinkomen. Het feit dat de pensioenuitkering of -aanspraak ook in beperkte mate indirect afhankelijk is van het beleggingsrendement, is onvoldoende om te concluderen dat sprake is van een vergelijkbaar beleggingsrisico. Is de toezegging daarentegen in de eerste plaats afhankelijk van het rendement van de beleggingen, dan dragen de deelnemers wel een voldoende vergelijkbaar beleggingsrisico. Het karakter van de toezegging moet worden vastgesteld aan de hand van de pensioenovereenkomst: is in de eerste plaats sprake van gegarandeerde *toezeggingen* of is de *toezegging* afhankelijk van de ontwikkeling van het rendement?

Het is opvallend dat de A-G focust op de uitwerking in de pensioenovereenkomst, maar de werkelijke financiële situatie van een pensioenfonds, en daarmee de werkelijke uitkeringen, niet relevant acht. Daardoor is niet meegewogen wat door partijen is ingebracht over de onzekerheid van de uitkering voor de pensioendeelnemers. Er is immers geen sprake van een garantie bij de regelingen van de betrokken pensioenfonds, maar van een streefpensioen waarbij de deelnemers het beleggingsrisico lopen.

## **2. Vergelijkbaarheid met Nederlandse pensioenfonds met een DC-regeling (fiscale neutraliteit)**

De tweede prejudiciële vraag is of de onderhavige pensioenfonds vergelijkbaar zijn met Nederlandse pensioenfonds die een individuele DC-regeling (Defined Contribution regeling) uitvoeren. Deze pensioenfonds zijn op basis van Nederlands beleid als een gemeenschappelijk beleggingsfonds aangemerkt. Het staat vast dat dit geen icbe's zijn. De A-G meent evenwel dat lidstaten vrij zijn om de btw-vrijstelling uit te breiden door deze pensioenfonds toch binnen de reikwijdte van de vrijstelling te brengen. Als sprake is van vergelijkbaarheid tussen de onderhavige pensioenfonds en Nederlandse DC-pensioenfonds, dan moet Nederland de fiscale neutraliteit in acht nemen en moeten de onderhavige pensioenfonds hetzelfde worden behandeld. Deze toets moet door de nationale rechter worden uitgevoerd. Desondanks geeft de A-G haar visie op deze vergelijkbaarheid:

1. Verwarring Nederlands pensioenstelsel: de A-G gaat er onterecht van uit dat de individuele DC-regelingen tot de derde pijler behoren in het Nederlandse pensioenstelsel, waarvan de deelname vrijwillig is. Daarom twijfelt zij of sprake is van vergelijkbare regelingen. Nederlandse DC-pensioenfonds zijn er echter niet op gericht om overige pensioenuitkeringen op vrijwillige basis aan te vullen, maar behoren gewoon tot de tweede pijler evenals de onderhavige pensioenfonds. In dat kader verwijzen wij ook naar de feiten in de Deense zaak ATP van het HvJ. In die zaak betrof het ook bedrijfspensioenen in de tweede pijler, waarbij werkgevers in beginsel de pensioenbijdragen voor rekening van hun werknemers betalen aan een pensioenfonds.
2. Garantie: het tweede element waar de A-G onvoldoende vergelijkbaarheid ziet met individuele DC-regelingen is dat de deelnemers aan de onderhavige pensioenfonds een ander beleggingsrisico lopen. De reden die zij hier aanvoert is dat sprake zou zijn van gegarandeerde pensioentoezeggingen. De

vraag is of dit een juiste aanname is van de A-G. De rechtbank heeft in de verwijzingsbeschikking vastgesteld dat de hoogte van de pensioenen geenszins vastligt. Er is daarom geen sprake van een garantie. De pensioenfondsen hebben aangegeven dat het om een streefpensioen gaat waarbij de deelnemers het beleggingsrisico lopen. Dit is ook duidelijk aan de orde gesteld tijdens de hoorzitting bij het HvJ op 5 oktober 2023.

### **3. Vervolg**

De zaak is van groot belang voor Nederlandse pensioenfondsen en dienstverleners. Het lijkt er op dat de A-G nieuwe voorwaarden stelt om als gemeenschappelijk beleggingsfonds te worden aangemerkt. Zij maakt bijna een één-op-één vergelijking met een icbe. De vraag is of dit niet een te strenge toets is die bovendien niet in overeenstemming is met eerdere rechtspraak, in het bijzonder het ATP-arrest van het HvJ. De voorzichtige conclusie van de A-G is dat het beleggingsrisico dat de pensioendeelnemers lopen niet vergelijkbaar is met het beleggingsrisico van de deelnemers in een icbe. Zoals aangegeven, toetst de A-G het beleggingsrisico onterecht aan de hand van de toezeggingen in de pensioenovereenkomst, zonder de onzekerheid van de uitkering mee te nemen in haar overwegingen. Uiteindelijk laat de A-G veel aan de verwijzende rechter (rechtbank Gelderland) over om definitief over te oordelen. Tevens lijkt de A-G op een aantal punten uit te gaan van onjuiste feiten en een onjuist begrip van het Nederlandse pensioenstelsel.

Het is nu aan het HvJ om een finaal oordeel te geven. Wij hopen dat het HvJ bij het uitvoeren van de vergelijkbaarheidstoets de onzekerheid van de uitkering voor de pensioendeelnemers meeweegt, en tot het oordeel komt dat de deelnemers het (collectieve) beleggingsrisico lopen. Daarna is rechtbank Gelderland weer aan zet.

Wat ons betreft moet de conclusie van de A-G specifiek in de context van Nederlandse pensioenfondsen worden gelezen. Als het HvJ de A-G volgt, kan het arrest echter ook van belang zijn voor de uitleg van het begrip 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' buiten de pensioensector.

De adviseurs van de Financial Services Indirect Tax Group van KPMG Meijburg & Co helpen u graag verder indien u nog vragen of opmerkingen heeft. Neem gerust contact op met een van hen of met uw gebruikelijke adviseur.

KPMG Meijburg & Co  
15 maart 2024

*De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.*