CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 14 maart 2024[1]

Gevoegde zaken C-639/22 tot en met C-644/22

X (C-639/22)
Stichting BPL Pensioen (C-643/22)
Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf (BPFL) (C-644/22)
tegen
Inspecteur van de Belastingdienst Utrecht (C-639/22, C-643/22 en C-644/22)
en
Fiscale Eenheid Achmea BV (C-640/22)
Y (C-641/22)
tegen
Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (C-640/22 en C-641/22)
en
Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten
tegen
Inspecteur van de Belastingdienst Maastricht (C-642/22)

[verzoek van de rechtbank Gelderland (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Btw-richtlijn – Vrijstellingen – Beheer van beleggingsfondsen – Begrip ‚gemeenschappelijke beleggingsfondsen'– Vergelijkbaarheid met een icbe – Pensioenfondsen – Beleggingsrisico van deelnemers"

I. Inleiding

1. In meerdere prejudiciële zaken uit Nederland rijst de vraag of en onder welke voorwaarden bepaalde bedrijfstakpensioenfondsen als gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw-richtlijn")[2] moeten worden aangemerkt. Volgens deze bepaling omschrijven de lidstaten de „gemeenschappelijke beleggingsfondsen".

[1] Oorspronkelijke taal: Duits.

[2] Richtlijn van de Raad van 28 november 2006 (PB 2006, L 347, blz. 1), in de versie die gold in het belastingjaar dat in de hoofdgedingen aan de orde is (2009), zoals laatstelijk gewijzigd bij richtlijn (EU) 2022/890 van de Raad van 3 juni 2022 tot wijziging van richtlijn 2006/112/EG betreffende de verlenging van de toepassingsperiode van de facultatieve verleggingsregeling voor leveringen van bepaalde fraudegevoelige goederen en diensten en van het snellereactiemechanisme tegen btw-fraude (PB 2022, L 155, blz. 1).

Nederland heeft de aan de orde zijnde bedrijfstakpensioenfondsen tot nu toe niet als gemeenschappelijke beleggingsfondsen aangemerkt en gaat er daarom van uit dat de voor die fondsen verrichte beheersdiensten aan de btw zijn onderworpen.

2. De icbe-richtlijn is in het Unierecht deels boven de bevoegdheid van de lidstaten om het begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" te omschrijven komen te staan. Het Hof heeft zich daarom reeds in het verleden over de vraag gebogen of het beheer van pensioenfondsen van btw is vrijgesteld indien en omdat zij vergelijkbaar zijn met een instelling voor collectieve belegging in effecten.[3] Deze rechtspraak kan thans worden gepreciseerd.

3. Tevens dient te worden verduidelijkt onder welke voorwaarden belastingplichtigen zich rechtstreeks op de vrijstelling van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn kunnen beroepen. Met name rijst de vraag in hoeverre het neutraliteitsbeginsel de bevoegdheid van de lidstaten bij de omschrijving van het begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" beperkt. Meer bepaald dient te worden onderzocht of een btw-vrijstelling die aan bepaalde pensioenfondsen (uit de derde pijler van het nationale pensioenstelsel) wordt verleend, ook tot andere pensioenfondsen (in casu de tweede pijler) moet worden uitgebreid.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Recht van de Unie

1. Btw-richtlijn

4. Artikel 135, lid 1, onder g), van de richtlijn luidt als volgt:

„De lidstaten verlenen vrijstelling voor de volgende handelingen:

g) het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten".

2. Icbe-richtlijn

5. Artikel 1, lid 2, van richtlijn 2009/65/EG tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (hierna: „icbe-richtlijn")[4] luidt als volgt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn en behoudens artikel 3, wordt onder icbe's verstaan een instelling:

a) waarvan het uitsluitende doel is de collectieve belegging in effecten of in andere in artikel 50, lid 1, bedoelde liquide financiële activa van uit het publiek aangetrokken kapitaal, met toepassing van het beginsel van risicospreiding, en

[3] Arresten van 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139), en 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144).

[4] Richtlijn van de Raad van 13 juli 2009 (PB 2009, L 302, blz. 32), in de versie die gold in het belastingjaar dat in de hoofdgedingen aan de orde is, zoals laatstelijk gewijzigd bij richtlijn (EU) 2021/2261 van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2021 tot wijziging van richtlijn 2009/65/EG wat betreft het gebruik van essentiële-informatiedocumenten door beheermaatschappijen van instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB 2021, L 455, blz. 15).

b) waarvan de rechten van deelneming op verzoek van de houders ten laste van de activa van deze instellingen direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald. Met dergelijke inkopen of terugbetalingen wordt gelijkgesteld ieder handelen van een icbe om te voorkomen dat de waarde van haar rechten van deelneming ter beurze aanzienlijk afwijkt van de intrinsieke waarde.

De lidstaten kunnen toestaan dat een icbe uit meerdere beleggingscompartimenten bestaat."

B. Nederlands recht

6. Artikel 11, lid 1, onder i, 3°, van de Wet op de omzetbelasting 1968 luidt als volgt:

„1 Onder bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen voorwaarden zijn van de belasting vrijgesteld:

i. de volgende [...] diensten:

3°. het beheer van door beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen ter collectieve belegging bijeengebrachte vermogens;"

III. Feiten van de zes verzoeken om een prejudiciële beslissing

7. De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen allemaal specifieke bedrijfstakpensioenfondsen. In de zaken C-639/22 (X), C-641/22 (Y), C-642/22 (Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), C-643/22 (Stichting BPL Pensioen) en C-644/22 (Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf – BPFL) hebben de pensioenfondsen zelf het beroep ingesteld. Zij hebben diensten afgenomen van buiten Nederland gevestigde beheerders, waarvoor zij als afnemers van de diensten btw verschuldigd waren. In zaak C-640/22 (Fiscale Eenheid Achmea BV) heeft verzoekster, die in Nederland is gevestigd, zelf beheersdiensten verricht ten behoeve van een pensioenfonds, waarvoor zij btw verschuldigd was.

8. De betrokken bedrijfstakpensioenfondsen voeren telkens aan dat zij „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn zijn. In dat geval zouden de beheersdiensten van btw zijn vrijgesteld. De Nederlandse belastingdienst verwerpt dit onder verwijzing naar de structuur van het Nederlandse pensioenstelsel en de specifieke organisatie van de betrokken bedrijfstakpensioenfondsen.

9. Zaak C-644/22 is typisch voor de organisatie van de bedrijfstakpensioenfondsen die in de hoofdgedingen concreet aan de orde zijn. Verzoekster is in deze zaak een bedrijfstakpensioenfonds voor de levensmiddelenbranche. De werknemers zijn wettelijk verplicht tot deelneming in het pensioenfonds.

10. Het pensioenreglement van verzoekster is gebaseerd op een uitkeringsovereenkomst in de zin van de Nederlandse Pensioenwet en voorziet onder meer in een levenslang of tijdelijk ouderdomspensioen. De pensioengrondslag is het pensioengevend loon verminderd met een jaarlijks vastgestelde franchise. In dit verband hangt de hoogte van de pensioenaanspraken en -uitkeringen in de eerste plaats af van de hoogte van het arbeidsinkomen en het aantal dienstjaren.

11. Het ouderdomspensioen wordt gefinancierd op basis van kapitaaldekking. Ook stelt de Nederlandse wetgeving bepaalde vereisten aan de beleidsdekkingsgraad van pensioenfondsen, dat wil zeggen de verhouding tussen het vermogen van het fonds (activa) en de contante waarde van de bestaande pensioenverplichtingen (passiva). De naleving van die vereisten wordt gewaarborgd door overheidstoezicht.

12. De verzekerde werknemers verwerven pensioenrechten die jaarlijks op basis van de consumentenprijsindex kunnen worden aangepast (zogenoemde indexatie). Een verhoging van de pensioenrechten of -aanspraken (zogenoemde toeslag) moet aan de hand van het beleggingsrendement plaatsvinden. Bovendien kunnen geen toeslagen worden verleend wanneer de dekkingsgraad onder een bepaald niveau is gedaald. In het verleden is alleen in 2009 een toeslag verleend.

13. In een uiterst geval kan het bedrijfstakpensioenfonds omgekeerd ook verplicht zijn om de pensioenaanspraken en -rechten te verlagen. Vanwege de lage dekkingsgraad per 31 december 2020 heeft verzoekster een herstelplan ingediend bij De Nederlandsche Bank. Het herstelplan voorziet in een verlaging van de opgebouwde pensioenen per 31 december 2021 met 0,85 %.

14. De andere verzoeken om een prejudiciële beslissing (C-639/22, C-640/22, C-641/22, C-642/22 en C-643/22) berusten elk op vergelijkbare feiten.

15. In zaak C-641/22 was er alleen de bijkomende bijzonderheid dat de werkgevers zich gedurende de periode tussen 2014 en 2020 garant hadden gesteld voor een bedrag van 250 000 000 EUR ten aanzien van de nagestreefde pensioenopbouw.

16. In zaak C-640/22 kende het betrokken pensioenfonds al vanaf 1 januari 2018 geen actieve vermogensopbouw meer. Ook was het pensioenfonds vanwege de lage beleidsdekkingsgraad verplicht over te gaan tot een collectieve waardeoverdracht aan een verzekeraar of een ander pensioenfonds.

IV. Prejudiciële procedure

17. Verzoeksters zijn bij de rechtbank Gelderland (Nederland) opgekomen tegen de btw-heffingen. De rechter heeft de behandeling van de zaken geschorst en het Hof in het kader van de prejudiciële procedure krachtens artikel 267 VWEU in alle zaken de volgende eerste vraag en in zaak C-644/22 nog een tweede vraag gesteld:

„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 ‚gemeenschappelijk 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?"

In zaak C-641/22 aanvullend nog:

„– dat de werkgever zich voor de periode 2014 tot en met 2020 tot een bedrag van 250 000 000 EUR garant heeft gesteld voor de realisatie van de nagestreefde pensioenopbouw?"

In zaak C-640/22 in plaats daarvan aanvullend:

„– dat het pensioenfonds vanaf 1 januari 2018 geen actieve opbouw meer kent en vanwege de lage beleidsdekkingsgraad verplicht is over te gaan tot een collectieve waardeoverdracht aan een verzekeraar of een ander pensioenfonds?"

„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 bezien 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?"

18. Alle zes verzoeken om een prejudiciële beslissing zijn overeenkomstig artikel 54 van het Reglement voor de procesvoering gevoegd voor de schriftelijke of de mondelinge behandeling en de eindbeslissing.

19. In de procedure bij het Hof hebben de zes verzoeksters (X, Y, Stichting BPL Pensioen, Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf, Fiscale Eenheid Achmea BV, Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk Denemarken en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend en deelgenomen aan de terechtzitting van 5 oktober 2023.

V. Juridische beoordeling

20. Verzoeksters verwijzen naar artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn, dat bepaalt dat de lidstaten vrijstelling van de btw verlenen voor „het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten".

21. De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op het begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen", voor zover het Unierecht boven de bevoegdheid om dit begrip te omschrijven is komen te staan [5] (zie A). De tweede prejudiciële vraag betreft daarentegen de bij artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn aan de lidstaten toegekende bevoegdheid om „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" te omschrijven en de vraag aan welke beperkingen zij daarbij volgens het Unierecht onderworpen zijn (zie B).

[5] Zie met betrekking tot de oude bepaling, in artikel 13, B, onder d), punt 6, van richtlijn 77/388/EG – met in wezen dezelfde bewoordingen als artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn –, arrest van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, punt 46).

A. Eerste prejudiciële vraag

22. De eerste prejudiciële vraag betreft de kenmerken waaraan een pensioenfonds moet voldoen en in het bijzonder welk beleggingsrisico de deelnemers eraan moeten lopen om als „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" te worden aangemerkt (zie onder 1). Ook rijst – in elk geval subsidiair – de vraag of de bepaling rechtstreeks in het voordeel van de belastingplichtigen kan worden toegepast (zie onder 2).

1. Begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen"

23. De belastingvrijstelling van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn heeft tot doel om rechtstreeks beleggen in effecten en beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen die door derden worden beheerd, voor btw-doeleinden op dezelfde wijze te behandelen. Voor de particuliere belegger mag de investering in een gemeenschappelijk beleggingsfonds volgens de btw-wetgeving niet minder gunstig zijn dan een rechtstreekse belegging.[6] In het laatste geval is er geen sprake van een aan btw onderworpen beheersdienst die het beleggingsrendement vermindert. Het is dus van belang dat de fiscale neutraliteit van het btw-stelsel in het geval van verschillende beleggingsvormen wordt gewaarborgd.

24. Volgens de bewoordingen van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn is het aan de lidstaten om te bepalen welke gemeenschappelijke beleggingsfondsen in aanmerking kunnen komen voor de vrijstelling van beheersdiensten. Nadat de Unie bij de icbe-richtlijn een aanvang had gemaakt met de harmonisatie van de regelgeving inzake het toezicht op beleggingsfondsen, heeft het Hof de bevoegdheid van de lidstaten bij de omschrijving van dit begrip beperkt. Deze moesten vermogens die overeenkomstig de icbe-richtlijn (oude versie) zijn gereglementeerd, als „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" kwalificeren.[7] De aan de lidstaten door de btw-wetgeving toegekende bevoegdheid is hiermee als gevolg van de harmonisatie van het toezichtrecht deels aan banden gelegd.[8]

25. De betrokken bedrijfstakpensioenfondsen zouden daarom als „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn moeten worden aangemerkt indien er sprake zou zijn van icbe's. De partijen zijn het er echter over eens dat de bedrijfstakpensioenfondsen geen icbe's zijn.[9]

6 In die zin arrest van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

7 Arresten van 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, punt 46), en 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144, punt 23).

8 Arrest van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, punt 46); zie ook reeds mijn conclusies in de zaken Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, punt 23), JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust en The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:125, punt 32) en Abbey National (C-169/04, EU:C:2005:523, punt 38).

9 Bijvoorbeeld met betrekking tot andere bedrijfstakpensioenfondsen reeds arresten van 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, punt 48), en 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144, punt 25); de belangrijkste reden is dat de pensioenfondsen alleen toegankelijk zijn voor werknemers in de betrokken bedrijfstak, beroepsgroep of onderneming.

26. Om gelijke mededingingsvoorwaarden te creëren, moeten volgens de rechtspraak van het Hof daarenboven echter ook fondsen die geen icbe's zijn, maar dezelfde kenmerken als deze instellingen vertonen en dus dezelfde handelingen verrichten of op zijn minst zodanig vergelijkbaar zijn met deze instellingen dat zij ermee concurreren, als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden aangemerkt. [10]

27. Uit de rechtspraak blijkt nog niet ondubbelzinnig wat deze specifieke kenmerken zijn. In de zaken Wheels Common Investment Fund Trustees [11] en ATP PensionService [12] heeft het Hof zich reeds uitgesproken over de kwalificatie van pensioenfondsen als gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Beide beslissingen zijn echter gebaseerd op de bijzonderheden van elk afzonderlijk geval. Hieruit blijkt dus niet hoe de in casu aan de orde zijnde pensioenfondsen moeten worden gekwalificeerd.

28. Bijgevolg moet ook in casu op basis van de criteria van artikel 1, lid 2, eerste volzin, van de icbe-richtlijn worden beoordeeld of pensioenfondsen zoals die waarover het in deze zaak gaat, vergelijkbaar zijn met icbe's.

a) Uit het publiek aangetrokken kapitaal

29. Volgens artikel 1, lid 2, eerste volzin, onder a), van de icbe-richtlijn moet het kapitaal uit het publiek worden aangetrokken. Het fonds moet daarom voor een onbeperkt aantal beleggers toegankelijk zijn.

30. De betrokken pensioenfondsen zijn juist niet toegankelijk voor het publiek, maar enkel voor een beperkte groep beleggers, te weten de werknemers van de betrokken bedrijfstak, beroepsgroep of onderneming. Hierdoor is al prima facie uitgesloten dat de pensioenfondsen vergelijkbaar zijn met icbe's.

31. Dit wordt bevestigd door het feit dat volgens de rechtspraak van het Hof alleen fondsen die met icbe's „concurreren", daarmee vergelijkbaar zijn. [13] In beginsel kunnen enkel beleggingsfondsen die dezelfde kring van beleggers aanspreken, met elkaar concurreren. [14] Dit is om de in punt 30 uiteengezette redenen niet het geval bij pensioenfondsen en icbe's. Dit geldt des te meer wanneer de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds wettelijk verplicht is. De verplichte deelneming sluit in beginsel elke concurrentie ten opzichte van de beleggers uit.

b) Belegging volgens het beginsel van risicospreiding

32. Een ander essentieel kenmerk van een icbe is dat het aangetrokken kapitaal, met toepassing van het beginsel van risicospreiding, in effecten en/of in andere in artikel 50, lid 1, van de icbe-richtlijn bedoelde liquide financiële activa moet worden belegd [artikel 1, lid 2, eerste volzin, onder a), van de icbe-richtlijn].

[10] Arresten van 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, punt 47), en 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144, punt 24); zie ook arrest van 28 juni 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust en The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, punten 48 e.v.).

[11] Arrest van 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144).

[12] Arrest van 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139).

[13] Arresten van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, punt 37); 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, punt 48), en 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144, punt 24).

[14] Zie reeds mijn conclusie in de zaak Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, punt 27) en arrest van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, punt 48).

33. De partijen gaan er allemaal van uit dat er sprake is van een dergelijke risicospreiding. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of inderdaad aan dit vereiste is voldaan.

c) Inkoop- of terugbetalingsverplichting

34. Daarenboven bepaalt artikel 1, lid 2, eerste volzin, onder b), van de icbe-richtlijn dat de rechten van deelneming in een icbe op verzoek van de houders ten laste van de activa van deze instellingen direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald. Voorwaarde voor de belastingvrijstelling is bijgevolg een vergelijkbare inkoop- of terugbetalingsverplichting.

35. Ook in dit opzicht zijn de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde pensioenfondsen waarschijnlijk niet vergelijkbaar met een icbe als beleggingsinstrument. Volgens de verwijzende rechter is een afkoop immers slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk. Bij een verplichte deelneming zouden de pensioenontvangers waarschijnlijk a fortiori geen recht op inkoop- of terugbetaling ten opzichte van het pensioenfonds hebben.

d) Bijzonder overheidstoezicht

36. Net zoals icbe's op grond van artikel 12 van de icbe-richtlijn, moeten de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde pensioenfondsen in Nederland bovendien aan een bijzonder overheidstoezicht worden onderworpen. [15]

37. De partijen zijn het erover eens dat aan dit vereiste is voldaan in het geval van de betrokken Nederlandse pensioenfondsen. Dit is eveneens in overeenstemming met richtlijn (EU) 2016/2341 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening [16], op grond waarvan bedrijfspensioenvoorzieningen in beginsel aan overheidstoezicht moeten worden onderworpen [17].

e) Beleggingsrisico van de deelnemers

38. Het laatste essentiële kenmerk is het bestaan van een beleggingsrisico voor de belegger. De icbe-richtlijn wil een doeltreffende en uniforme bescherming van de deelnemers binnen de Unie verwezenlijken. [18] Deze bescherming is echter alleen noodzakelijk wanneer er een beleggingsrisico bestaat. [19] De overwegingen van alle partijen concentreren zich op dit kenmerk.

39. Het Hof heeft in de zaak Wheels Common Investment Fund Trustees om die reden geweigerd het pensioenfonds met een icbe gelijk te stellen, namelijk omdat het pensioen „geenszins afhankelijk is van de waarde van de activa van de regeling en de resultaten van de door de beheerders van de regeling verrichte beleggingen, maar vooraf is vastgesteld naargelang het

[15] Zie reeds mijn conclusie in de zaak Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, punt 27) en arrest van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, punt 48).

[16] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 (PB 2016, L 354, blz. 37).

[17] Zie reeds mijn conclusie in de zaak Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, punt 28), echter nog onder verwijzing naar de oude richtlijn, namelijk richtlijn 2003/41/EG.

[18] Zie overweging 3 van de icbe-richtlijn.

[19] Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2013:840, punt 64).

aantal dienstjaren bij de werkgever en het bedrag van het loon”[20]. Ook in de zaak ATP PensionService gold als voorwaarde dat het investeringsrisico door de leden van het pensioenfonds werd gedragen.[21]

40. In de onderhavige zaken worden de pensioenregelingen erdoor gekenmerkt dat het bedrag van de pensioenaanspraken en -uitkeringen enerzijds is gebaseerd op het bedrag van het arbeidsinkomen en het aantal dienstjaren. Anderzijds kan het van het beleggingsrendement afhangen of de aanspraken en uitkeringen worden geïndexeerd of juist worden verlaagd. Het beleggingsrendement heeft dus indirect invloed op het bedrag van de pensioenen.

41. De vraag is of er sprake is van een vergelijkbaar beleggingsrisico. Om dit te beoordelen, moet een onderscheid worden gemaakt op basis van de aard van de pensioentoezegging.

42. Indien uit de pensioenovereenkomst een gegarandeerde pensioentoezegging voortvloeit die met name afhankelijk is van het aantal dienstjaren en de hoogte van het arbeidsinkomen, lopen de begunstigden geen *vergelijkbaar* beleggingsrisico. Zoals ook Nederland heeft aangevoerd, volstaat het feit dat het bedrag van de pensioenuitkering of -aanspraak ook in beperkte mate indirect afhankelijk is van het beleggingsrendement, niet om te concluderen dat er sprake is van een vergelijkbaar beleggingsrisico. De eventuele aanpassing van het pensioenbedrag (naar boven of naar beneden) hangt af van een overeenkomstige dekkingsgraad, teneinde in het belang van alle begunstigden ten minste het voorziene pensioen zoveel mogelijk te garanderen. Beleggers in een icbe ontvangen echter geen minimumgarantie met betrekking tot de terugbetaling van hun beleggingen.

43. Indien er daarentegen volgens de pensioenovereenkomst sprake is van een pensioentoezegging die in de eerste plaats afhankelijk is van de ontwikkeling van het rendement van de beleggingen, kan de begunstigde geen gegarandeerd pensioenbedrag verwachten. Hij neemt veeleer rechtstreeks deel aan de waardeschommelingen van zijn beleggingen. Derhalve draagt hij het beleggingsrisico, net zoals bij een icbe.

44. Op basis van deze differentiatie dient de verwijzende rechter, met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval, na te gaan of de in de hoofdgedingen gesloten pensioenovereenkomsten, in hun geheel beschouwd, in de eerste plaats gegarandeerde of van de ontwikkeling van het rendement van de beleggingen afhankelijke pensioentoezeggingen bevatten. Hierbij is vooral van belang waarop de pensioenovereenkomst juist de nadruk legt, en is dus de verhouding tussen gegarandeerde en variabele pensioenaanspraken doorslaggevend.

45. Een gegarandeerd pensioenbedrag kan in individuele gevallen ook aldus worden gewaarborgd dat de werkgever, zoals in zaak C-641/22, een garantie voor de beoogde pensioenopbouw heeft gegeven. Ook in dat geval moeten echter alle omstandigheden van het concrete geval in hun geheel worden beoordeeld.

46. Het is daarentegen niet relevant of het pensioenfonds, zoals in zaak C-640/22, nog een actieve vermogensopbouw kent. Van belang is alleen de uitwerking in de onderliggende pensioenovereenkomst en niet de werkelijke financiële situatie van het pensioenfonds.

[20] Arrest van 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144, punt 27).

[21] Arrest van 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, punten 51 en 52).

47. Zoals blijkt uit de verzoeken om een prejudiciële beslissing van de Nederlandse rechter, lijken de meeste in de hoofdgedingen aan de orde zijnde regelingen in de eerste plaats gegarandeerde pensioentoezeggingen te zijn. De begunstigden lopen in dat geval geen beleggingsrisico dat vergelijkbaar is met dat van een icbe.

f) Voorlopige conclusie

48. De in de hoofdgedingen aan de orde zijnde pensioenfondsen zijn geen icbe's. Deze met beleggingsfondsen verbonden pensioenverzekeringen zijn, onder voorbehoud van de beoordeling van de verwijzende rechter, vermoedelijk ook niet vergelijkbaar met een icbe. Met name zijn de betrokken verplichte pensioenfondsen niet toegankelijk voor een onbeperkt aantal beleggers, zodat er evenmin sprake is van een concurrentiesituatie met een icbe. Bovendien lijkt er geen terugbetalingsverplichting te bestaan, zoals voor icbe's het geval is.

49. Ten aanzien van het kenmerk van het beleggingsrisico moet een onderscheid worden gemaakt naargelang het in de eerste plaats gaat om gegarandeerde pensioentoezeggingen of om pensioentoezeggingen die afhankelijk zijn van de ontwikkeling van het rendement van de beleggingen. Enkel in laatstgenoemd geval loopt de begunstigde een beleggingsrisico dat vergelijkbaar is met dat van de belegger van een icbe.

50. De lidstaten kunnen de belastingvrijstelling echter ook uitbreiden tot een pensioenfonds zoals het fonds dat in de hoofdgedingen aan de orde is. Het Unierecht voorziet echter niet in een verplichting daartoe.

2. Subsidiair: rechtstreekse toepassing van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn

51. Enkel indien het Hof oordeelt dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde pensioenfondsen als gemeenschappelijke beleggingsfondsen moeten worden aangemerkt, rijst vervolgens de vraag of verzoeksters zich op de vrijstelling van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn kunnen beroepen voor zover het nationale recht niet in overeenstemming met het Unierecht kan worden uitgelegd.

52. Daartoe moeten de bepalingen van de richtlijn inhoudelijk gezien voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn.[22] De uitvoering of werking van de bepaling mag niet afhangen van een handeling van de lidstaten.[23]

53. Dienovereenkomstig heeft het Hof in recentere uitspraken de rechtstreekse toepasselijkheid van de bepalingen inzake vrijstelling volgens artikel 132, lid 1, van de btw-richtlijn afgewezen wanneer de lidstaten een beoordelingsmarge hebben bij de bepaling van de individuele kenmerken.[24]

[22] Arresten van 10 december 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, punt 26), en 15 februari 2017, British Film Institute (C-592/15, EU:C:2017:117, punt 13 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[23] Zie arresten van 10 december 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, punt 27), en 16 juli 2015, Larentia + Minerva en Marenave Schiffahrt (C-108/14 en C-109/14, EU:C:2015:496, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[24] Bijvoorbeeld met betrekking tot het begrip „culturele diensten" in artikel 132, lid 1, onder n), van de btw-richtlijn arrest van 15 februari 2017, British Film Institute (C-592/15, EU:C:2017:117, punten 14, 16, 23 en 24), en met betrekking tot artikel 132, lid 1, onder m), van de btw-richtlijn arrest van 10 december 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, punten 31 en 42).

54. Het Hof heeft echter geoordeeld dat artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn ondanks de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de begripsomschrijving rechtstreeks toepasselijk is.[25] Een verklaring hiervoor is dat het Unierecht boven de bevoegdheid is komen te staan om het begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" te omschrijven. Hierdoor is de aan de lidstaten in het kader van hun bevoegdheid toegekende vrijheid dus „tot nul" gereduceerd, voor zover de icbe-richtlijn het begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" harmoniseert.

55. Indien het echter aan de lidstaten staat om te bepalen of zij een beleggingsfonds als gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn aanmerken, is een rechtstreekse toepasselijkheid uitgesloten. Zonder een overeenkomstige omschrijving van de lidstaat blijkt uit de richtlijn immers niet welke andere gemeenschappelijke beleggingsfondsen dan icbe's onder de vrijstelling moeten vallen.

56. Derhalve zouden verzoeksters zich alleen dan rechtstreeks op artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn kunnen beroepen indien de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde pensioenfondsen vergelijkbaar zijn met een icbe (en als een Unierechtconforme uitlegging van het nationale recht niet mogelijk is).

B. Tweede prejudiciële vraag

57. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het beginsel van fiscale neutraliteit met zich brengt dat voor de toepassing van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn ook moet worden beoordeeld of de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde pensioenfondsen vergelijkbaar zijn met andere fondsen die door de lidstaat als „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" worden beschouwd. In wezen gaat het om de vraag aan welke beperkingen van het Unierecht de lidstaten in het kader van de hun toegekende bevoegdheid bij de omschrijving van dat begrip zijn onderworpen en in hoeverre zij soortgelijke prestaties op dezelfde wijze moeten belasten.

58. Deze vraag is echter slechts relevant indien noch de betrokken pensioenfondsen, noch de door de lidstaat als gemeenschappelijke beleggingsfondsen aangemerkte fondsen vergelijkbaar zijn met een icbe. Bovendien zouden verzoeksters alleen baat hebben bij een vergelijkbaarheid indien het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht zou kunnen worden uitgelegd. Een rechtstreekse toepassing van de btw-richtlijn is immers in het kader van de aan de lidstaten toegekende begripsomschrijvingsbevoegdheid niet mogelijk, zoals uiteengezet in punt 55.

59. Bij de uitoefening van hun bevoegdheid om het begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" te omschrijven, moeten de lidstaten het beginsel van fiscale neutraliteit in acht nemen.[26] Dit beginsel verzet zich ertegen dat soortgelijke diensten die met elkaar concurreren, uit het oogpunt van de btw verschillend worden behandeld.[27]

[25] Arrest van 28 juni 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust en The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, punt 59), met betrekking tot de nagenoeg identieke oude regeling waarin artikel 13, B, onder d), punt 6, van richtlijn 77/388/EG voorzag.

[26] Arresten van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, punt 33); 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, punt 42), en 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144, punt 18).

[27] Zie inzonderheid arrest van 5 oktober 2023, Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej (Btw voor warme zuiveldranken) (C-146/22, EU:C:2023:739, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60. Op grond van het beginsel van democratie, dat een van de waarden is waarop de Unie is gebaseerd, zoals bepaald in artikel 2 VEU, kan het Hof echter alleen een schending van het neutraliteitsbeginsel door de democratisch gerechtvaardigde nationale wetgever vaststellen als deze zijn beoordelingsvrijheid kennelijk heeft overschreden. Dit is enkel het geval als, vanuit het oogpunt van de gemiddelde consument, de verschillend belaste diensten nagenoeg identiek zijn, zodat ze gemakkelijk kunnen worden vervangen. [28]

61. De kwestie van de gelijkstelling is hier slechts aan de orde omdat een zogenoemde individuele „defined contribution"-pensioenregeling (derde pijler van het Nederlandse pensioenstelsel) volgens de beleidslijn van de Nederlandse Staatssecretaris van Financiën, zoals toegelicht op 19 september 2014, een „gemeenschappelijk beleggingsfonds" is waarvan het beheer is vrijgesteld van belasting.

62. De individuele „defined contribution"-pensioenregeling van de derde pijler lijkt erop gericht om werknemers in staat te stellen de overige pensioenuitkeringen op vrijwillige basis aan te vullen. De verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds moet daarentegen een verplichte zekerheid voor alle werknemers waarborgen [naast het veiligstellen van de basisvoorziening (eerste pijler)]. Alleen al gezien de verschillende doelen die worden nagestreefd met de (verplichte) deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (tweede pijler) en met de individuele vrijwillige pensioenvoorziening (derde pijler), heb ik twijfels of ze vergelijkbaar zijn. Ook lijkt de concurrentie tussen verschillende pijlers van een pensioenvoorziening beperkt te zijn.

63. Volgens de verwijzende rechter gaat het beleid van de Nederlandse Staatssecretaris van Financiën bovendien uit van de aanname dat de deelnemers bij een individuele „defined contribution"-pensioenregeling een beleggingsrisico dragen. Zoals ik reeds heb uiteengezet, dragen beleggers in de tweede pijler geen dergelijk beleggingsrisico wanneer er voornamelijk sprake is van gegarandeerde pensioentoezeggingen (zie punt 42 hierboven). Ook dit zou tegen een vergelijkbaarheid spreken.

64. Derhalve bestaan er aanzienlijke verschillen die erop wijzen dat er geen sprake is van echte vergelijkbaarheid. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om dit definitief op basis van de uiteengezette criteria te beoordelen.

65. Kortom, de lidstaten moeten dus weliswaar het beginsel van fiscale neutraliteit in acht nemen bij de omschrijving van het begrip „gemeenschappelijke beleggingsfondsen" in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn, maar dit beginsel verzet er zich evenwel niet tegen dat een lidstaat een onderscheid maakt tussen verschillend gestructureerde pijlers van zijn pensioenstelsel, en meer specifiek tussen gegarandeerde pensioentoezeggingen enerzijds en pensioentoezeggingen die afhankelijk zijn van de ontwikkeling van het rendement van de beleggingen anderzijds.

[28] Zie reeds mijn conclusie in de zaak HPA – Construções (C-433/22, EU:C:2023:655, punten 50 en 52).

VI. Conclusie

66. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de rechtbank Gelderland te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde moet aldus worden uitgelegd dat een met een icbe vergelijkbaar beleggingsfonds, en dus een ‚gemeenschappelijk beleggingsfonds', een fonds is dat grotendeels voldoet aan de criteria genoemd in artikel 1, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2009/65/EG tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's). De voorwaarden hiervoor zijn met name dat het beleggingsfonds voor het publiek toegankelijk is, dat er een terugbetalingsverplichting bestaat die vergelijkbaar is met die van een icbe en dat de beleggers een vergelijkbaar beleggingsrisico lopen. Dit laatste hangt voornamelijk af van de vraag of de pensioentoezegging voorziet in hoofdzakelijk gegarandeerde uitkeringen of in uitkeringen die afhankelijk zijn van de ontwikkeling van het rendement van de beleggingen.

2) Voor de toepassing van artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112 bij fondsen die geen icbe zijn, moet niet uitsluitend worden beoordeeld of deze vergelijkbaar zijn met een icbe, maar ook of zij vergelijkbaar zijn met andere fondsen die wel geen icbe zijn maar door de lidstaat niettemin als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden beschouwd. De lidstaat kan het beheer van dergelijke gemeenschappelijke beleggingsfondsen vrijstellen, mits het neutraliteitsbeginsel in acht wordt genomen. Dit beginsel verzet zich echter niet tegen een duidelijke differentiatie tussen verschillend gestructureerde pijlers van het pensioenstelsel, en meer specifiek tussen gegarandeerde pensioentoezeggingen enerzijds en pensioentoezeggingen die afhankelijk zijn van de ontwikkeling van het rendement van de beleggingen anderzijds."