ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

5 september 2024*

„Prejudiciële verwijzing – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (btw) – Richtlijn 2006/112/EG – Vrijstellingen – Artikel 135, lid 1, onder g) – Beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen – Begrip – Pensioenfonds – Vergelijkbaarheid met een instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe) – Beleggingsrisico gedragen door de deelnemers – Omvang – Noodzaak van een vergelijking met een pensioenfonds dat door de betrokken lidstaat als een gemeenschappelijk beleggingsfonds wordt beschouwd”

In de gevoegde zaken C-639/22 tot en met C-644/22,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de rechtbank Gelderland (Nederland) bij beslissingen van 5 en 6 oktober 2022, ingekomen bij het Hof op 12 oktober 2022, in de procedures

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 (C-642/22)

tegen

* Procestaal: Nederlands.

Inspecteur van de Belastingdienst Maastricht (C-642/22),

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: C. Lycourgos, kamerpresident, O. Spineanu-Matei (rapporteur), J.-C. Bonichot, S. Rodin en L. S. Rossi, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: A. Lamote, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 oktober 2023,

gelet op de opmerkingen van:

– X, Y, Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten en Stichting BPL Pensioen, vertegenwoordigd door K. R. Carton, E. M. van Kasteren en J. P. A. Vermeer, belastingadviseurs,

– Fiscale Eenheid Achmea BV en Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf (BPFL), vertegenwoordigd door U. N. C. Boy en G. J. van Norden, belastingadviseurs,

– de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. K. Bulterman, A. Hanje en J. Langer als gemachtigden,

– de Deense regering, vertegenwoordigd door D. Elkan, J. F. Kronborg en C. A.-S. Maertens als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Jokubauskaitė en W. Roels als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 maart 2024,

het navolgende

Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 2006, L 347, blz. 1; hierna: „btw-richtlijn”).

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van zes gedingen tussen, ten eerste, X, een verplicht beroepspensioenfonds (zaak C-639/22), en Stichting BPL Pensioen en Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf (BPFL), bedrijfstakpensioenfondsen (respectievelijk zaak C-643/22 en zaak C-644/22), enerzijds en de Inspecteur van de Belastingdienst Utrecht (Nederland) anderzijds; ten tweede, Fiscale Eenheid Achmea BV, een

onderneming die diensten heeft verricht ten behoeve van een bedrijfstakpensioenfonds, en Y, een ondernemingspensioenfonds (respectievelijk zaak C-640/22 en zaak C-641/22), enerzijds en de Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (Nederland) anderzijds, en ten slotte, ten derde, Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, een verplicht beroepspensioenfonds (zaak C-642/22), enerzijds en de Inspecteur van de Belastingdienst Maastricht (Nederland) anderzijds, over de toepassing van de vrijstelling van belasting over de toegevoegde waarde (btw) van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn op deze pensioenfondsen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Btw-richtlijn

3 Artikel 2, lid 1, onder c), van de btw-richtlijn bepaalt:

„1. De volgende handelingen zijn aan de btw onderworpen:

[...]

c) de diensten die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht;

[...]”

4 Artikel 135, lid 1, onder g), van deze richtlijn luidt:

„1. De lidstaten verlenen vrijstelling voor de volgende handelingen:

[...]

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

Icbe-richtlijn

5 In artikel 1 van 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's) (PB 2009, L 302, blz. 32) (hierna: „icbe-richtlijn”) is het volgende bepaald:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) die op het grondgebied van de lidstaten zijn gevestigd.

2. 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

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.

[...]"

Nederlands recht

6 Artikel 11, lid 1, aanhef en onder i), punt 3, van de Wet van 28 juni 1968, houdende vervanging van de bestaande omzetbelasting door een omzetbelasting volgens het stelsel van heffing over de toegevoegde waarde (Wet op de omzetbelasting) (Stb. 1968, 329), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie, bepaalt:

„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;

[...]"

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

7 Verzoeksters in de hoofdgedingen in de zaken C-639/22 en C-641/22 tot en met C-644/22, te weten respectievelijk X, Y, Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, Stichting BPL Pensioen en Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf (BPFL), zijn Nederlandse pensioenfondsen die vermogensbeheerdiensten hebben afgenomen van een buiten Nederland gevestigde beleggingsbeheerder. In zaak C-640/22 heeft verzoekster in het hoofdgeding, Fiscale Eenheid Achmea, een vennootschap naar Nederlands recht, vermogensbeheerdiensten verleend aan een bedrijfstakpensioenfonds.

8 Verzoeksters betwisten voor de rechtbank Gelderland (Nederland), de verwijzende rechter in elk van de in het vorige punt genoemde zaken, de door de inspecteurs van de belastingdiensten van Utrecht, Amsterdam en Maastricht (hierna: „belastingdienst") berekende btw over de verwerving van deze vermogensbeheerdiensten. Verzoeksters zijn van mening dat het pensioenfonds dat deze diensten heeft afgenomen of waarvoor zij zijn verricht een „gemeenschappelijk beleggingsfonds" in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn is. Bijgevolg is de verwerving of het verrichten van dezelfde diensten vrijgesteld krachtens artikel 11, lid 1, onder i), punt 3, van de Wet op de omzetbelasting, in de op het hoofdgeding toepasselijke versie.

9 Uit de verwijzingsbeslissingen blijkt dat het Nederlandse pensioenstelsel bestaat uit drie pijlers, namelijk het wettelijke basispensioen, een pensioenregeling vanuit de werkgevers en vrijwillige (individuele) pensioenvoorzieningen. Tot de tweede pijler, die wordt geregeld in de Wet houdende regels betreffende pensioenen (hierna: „Pensioenwet") behoren de ondernemingspensioenfondsen en de bedrijfstakpensioenfondsen. Verplichte beroepspensioenfondsen in de zin van de Wet verplichte beroepspensioenregeling vallen volgens de verwijzende rechter eveneens onder deze tweede pijler.

10 De pensioenfondsen die in de hoofdgedingen aan de orde zijn, betreffen verplichte beroepspensioenfondsen (zaken C-639/22 en C-642/22), bedrijfstakpensioenfondsen (zaken C-640/22, C-643/22 en C-644/22) en een ondernemingspensioenfonds (zaak C-641/22).

11 De verwijzende rechter zet in elk van de prejudiciële verwijzingen uiteen dat de pensioenregeling die door de betrokken pensioenfondsen ten uitvoer wordt gelegd, gebaseerd is op een „uitkeringsovereenkomst", die wordt gekenmerkt door de betaling van vaste pensioenuitkeringen. Dit is een van de drie soorten overeenkomsten waarin de Pensioenwet voorziet. Deze overeenkomst verschilt van de „premieovereenkomst", die voorziet in vastgestelde bijdragen die later worden omgezet in een vaste of een variabele pensioenuitkering, en van de „kapitaalovereenkomst", die betrekking heeft op een vastgesteld kapitaal dat later wordt omgezet in vaste of variabele pensioenuitkeringen.

12 Pensioenfondsen zijn onderworpen aan overheidstoezicht wat betreft de inachtneming van een beleidsdekkingsgraad, die ziet op de verhouding tussen de door hen aangehouden activa en de contante waarde van hun pensioenverplichtingen. De verwijzende rechter preciseert dat de beleidsdekkingsgraad en het eigen vermogen van een pensioenfonds bepalend zijn voor de financiële situatie van dat fonds en, in belangrijke mate, de hoogte van de bijdragen en de eventuele verminderingen daarvan, alsook voor de verlening van voorwaardelijke toeslagen op de pensioenuitkeringen (indexering) of de eventuele verminderingen daarvan en van de pensioenrechten.

13 Het bedrag van de te betalen bijdragen wordt door het pensioenfonds zodanig vastgesteld dat de nodige verhoging van het eigen vermogen als gevolg van de toename van de pensioenverplichtingen wordt gedekt, waarbij tevens rekening wordt gehouden met het verwachte beleggingsrendement.

14 Voor bepaalde pensioenfondsen, namelijk de fondsen die in de zaken C-640/22, C-643/22 en C-644/22 aan de orde zijn, stelt het bestuur van elk fonds het bedrag van de bijdragen vast die in die fondsen worden gestort na overleg met de werkgevers- en werknemersorganisaties. De bijdragen worden door de werkgever gestort en gedeeltelijk ingehouden op het loon van de werknemer. In het geval van het pensioenfonds Y, dat in zaak C-641/22 aan de orde is, wordt de bijdrage per individuele deelnemer bepaald, maar deze is niettemin begrensd. In deze laatste zaak

preciseert de verwijzende rechter dat de werkgevers zich tussen 2014 en 2020 garant hebben gesteld voor een bedrag van 250 miljoen EUR, dat kon worden gebruikt om de bijdragen aan te vullen wanneer zij ontoereikend zouden zijn om de verwachte pensioenrechten te garanderen. In de zaken C-639/22 en C-642/22 dragen de deelnemers aan het pensioenfonds bij op basis van hun beroepsinkomen of de winst van hun onderneming.

15 In alle hoofdgedingen, met uitzondering van zaak C-639/22, worden de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen in de betrokken pensioenregelingen berekend op basis van het loon en het aantal dienstjaren van elke werknemer. In dit verband zet de verwijzende rechter uiteen dat het bedrag van die pensioenrechten en pensioenuitkeringen in de pensioenregelingen die in die zaken aan de orde zijn wijzigingen kan ondergaan. Dit bedrag kan worden verhoogd, bijvoorbeeld op basis van de ontwikkeling van de consumentenprijsindex. Het bestuur van elk pensioenfonds beslist over de verlening van deze toeslag. In zaak C-644/22 preciseert de verwijzende rechter dat de verlening van een eventuele toeslag volledig wordt gefinancierd door het rendement van de beleggingen van het betrokken pensioenfonds.

16 In de pensioenregeling die in zaak C-639/22 aan de orde is, wijst de verwijzende rechter erop dat het ouderdomspensioen wordt vastgesteld op basis van het aantal kwartalen dat er bijdragen zijn betaald. Het gaat om een referentiepensioen, waarvan het bedrag door het bestuur van het pensioenfonds volgens een bepaalde formule kan worden verhoogd ten opzichte van het voorgaande jaar, indien daarvoor voldoende financiële middelen beschikbaar zijn.

17 In de pensioenregeling die in zaak C-641/22 aan de orde is, beslist het bestuur van het pensioenfonds jaarlijks, voor zover de vermogenssituatie van dat fonds dat toelaat, of en in welke mate er een toeslag op de pensioenrechten en pensioenuitkeringen wordt toegekend. In de pensioenregeling die in zaak C-642/22 aan de orde is, wordt jaarlijks een toeslag van 2 % toegekend op de pensioenrechten en pensioenuitkeringen. Afhankelijk van de financiële situatie van het pensioenfonds kan het bestuur ervan beslissen om een hogere toeslag toe te kennen. Deze wordt gedeeltelijk gefinancierd door de bijdragen en deels door het overrendement van de beleggingen.

18 Omgekeerd kan een pensioenfonds verplicht zijn het bedrag van deze rechten en uitkeringen te verlagen, zoals in zaak C-641/22 het geval is, wat het opbouwpercentage van de pensioenrechten voor het jaar 2020 betreft. Dergelijke verlagingen en verhogingen zijn geregeld in de Pensioenwet. In dit verband merkt de verwijzende rechter op dat er geen toeslag kan worden verleend indien de beleidsdekkingsgraad tot onder een bepaald niveau is gedaald. Zo heeft het pensioenfonds in zaak C-644/22 enkel in 2009 een toeslag kunnen verlenen. Aangezien de financiële situatie van dit pensioenfonds was verslechterd, is bovendien een herstelplan ingediend bij De Nederlandsche Bank (de Nederlandse centrale bank), dat voorzag in een verlaging van de opgebouwde pensioenen met 0,85 %.

19 De verwijzende rechter vraagt zich af of de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde pensioenfondsen moeten worden beschouwd als „gemeenschappelijke beleggingsfondsen” die in aanmerking komen voor de btw-vrijstelling van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn.

20 In dit verband merkt de verwijzende rechter op – onder verwijzing naar de arresten van 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144), 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139), en 9 december 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801) – dat een pensioenfonds dat geen icbe in de zin van de

icbe-richtlijn is, zoals de pensioenfondsen in de bij hem aanhangige gedingen, niettemin kan worden beschouwd als een „gemeenschappelijk beleggingsfonds" in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn wanneer het bepaalde kenmerken vertoont.

21 De rechter vraagt zich in het bijzonder af hoe een van deze kenmerken, namelijk het vereiste dat het beleggingsrisico door de deelnemers aan het pensioenfonds wordt gedragen, moet worden uitgelegd. Hij merkt op dat het risico dat verbonden is aan de beleggingen van de pensioenfondsen in de bij hem aanhangige gedingen en dat de deelnemers van deze pensioenfondsen lopen, volgens de belastingdienst, die op dit punt verwijst naar een arrest van de Hoge Raad, niet voldoende groot is.

22 De verwijzende rechter is van oordeel dat de aan de orde zijnde pensioenregelingen niet volledig vergelijkbaar zijn met de regelingen die aan de orde waren in de arresten van 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144), en 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139), of met de regeling die aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad dat hij in de verwijzingsbeslissing heeft aangehaald.

23 Volgens deze rechter wordt de hoogte van de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen uit hoofde van de pensioenregelingen in de bij hem aanhangige gedingen namelijk berekend op basis van het arbeidsinkomen van de deelnemers en het aantal dienstjaren of een referentiepensioen.

24 Hieruit volgt dat de situatie verschilt van die welke in het arrest van 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144), aan de orde was, aangezien niet kan worden geoordeeld dat de voor de verwijzende rechter aan de orde zijnde pensioenrechten en pensioenuitkeringen geenszins afhankelijk zijn van de waarde van de activa en van het rendement van de beleggingen van de pensioenfondsen. Hoewel de hoogte van die pensioenrechten en pensioenuitkeringen niet rechtstreeks afhangt van het rendement van de beleggingen, is het verwachte pensioenbedrag niet gegarandeerd. Het risico van waardeverandering van de activa komt tot uiting in de beleidsdekkingsgraad en bepaalt daarmee samen met andere berekeningsparameters of en in hoeverre toeslagen kunnen worden toegekend dan wel of de pensioenrechten en pensioenuitkeringen integendeel moeten worden verlaagd. Volgens deze rechter komen het rendement van de beleggingen en de waardeveranderingen van de activa dan ook tot uiting in de hoogte van de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen.

25 Voorts verschillen de pensioenregelingen in de bij deze rechter aanhangige gedingen ook van de pensioenregeling die is bedoeld in het arrest van 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139), waarin de hoogte van het pensioen werd bepaald door het bedrag van de vaste bijdragen en het rendement daarop, hetgeen volgens de verwijzende rechter veeleer overeenkomt met een pensioenregeling die is opgezet op basis van „premieovereenkomsten" in de zin van de Pensioenwet. Dit belet evenwel niet dat het risico van tekorten en overschotten in alle voor de verwijzende rechter aan de orde zijnde regelingen door alle deelnemers wordt gedragen doordat de opgebouwde rechten worden verlaagd of de uitkering wordt verlaagd, of integendeel door de toekenning van toeslagen of een compensatie van eerder doorgevoerde verminderingen.

26 De verwijzende rechter wenst te vernemen of het feit dat het beleggingsrisico door alle deelnemers wordt gedragen eraan in de weg staat dat een pensioenfonds zoals de fondsen in de bij hem aanhangige gedingen wordt beschouwd als een gemeenschappelijk beleggingsfonds, en of het volstaat dat de deelnemers dienaangaande enig risico dragen dan wel of zij dit risico in aanzienlijke mate moeten dragen.

27 Verder blijkt uit de verwijzingsbeslissingen dat verzoeksters in de hoofdgedingen in de zaken C-640/22 en C-644/22, Fiscale Eenheid Achmea en Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf (BPFL), betogen dat het beginsel van fiscale neutraliteit vereist dat een vergelijking wordt gemaakt met bepaalde pensioenfondsen die premieovereenkomsten uitvoeren en die geen icbe's zijn, maar door de belastingdienst als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden behandeld. In dit verband merkt de verwijzende rechter op dat bepaalde pensioenfondsen die uitvoering geven aan premieovereenkomsten op grond van een brief van de Staatssecretaris van Financiën door de belastingdienst als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden behandeld.

28 Deze rechter betwijfelt echter of een dergelijke vergelijking noodzakelijk is, aangezien de criteria die zijn geformuleerd in de arresten van 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a. (C-424/11, EU:C:2013:144), en 13 maart 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139), en die het mogelijk maken om te beoordelen of ondernemers dezelfde handelingen verrichten als icbe's, tot stand zijn gekomen in het licht van het beginsel van fiscale neutraliteit. Bovendien vraagt deze rechter zich af of er voor een individuele werknemer, die niet altijd zelf het soort pensioenovereenkomst kan kiezen, een wezenlijk verschil bestaat tussen deze verschillende soorten pensioenovereenkomsten.

29 In die omstandigheden heeft de rechtbank Gelderland de behandeling van de zaak geschorst en het Hof in zaak C-644/22 de volgende prejudiciële vragen 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?

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?"

30 In de zaken C-639/22, C-642/22 en C-643/22 heeft de rechtbank Gelderland de behandeling van de zaak geschorst en het Hof een prejudiciële vraag gesteld die identiek is aan de eerste vraag in zaak C-644/22.

31 In zaak C-640/22 preciseert deze rechter dat sinds 1 januari 2018 geen betaling of actieve opbouw van pensioenrechten heeft plaatsgevonden in het betrokken pensioenfonds waaraan verzoekster in het hoofdgeding in deze zaak vermogensbeheerdiensten heeft verleend, waardoor het pensioenfonds in het bij hem aanhangige geding, wegens de lage beleidsdekkingsgraad

gedwongen was zijn activa over te dragen. De rechter vraagt zich af of dit gegeven relevant is voor het onderzoek van het risico van de beleggingen van dat pensioenfonds dat door de deelnemers ervan wordt gedragen.

32 In die omstandigheden heeft de rechtbank Gelderland de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over dezelfde vragen als in zaak C-644/22, waarbij de eerste vraag evenwel is verduidelijkt als volgt:

„[…] Is daarbij van belang:

[…]

– 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?

[…]”

33 Ten slotte vraagt de verwijzende rechter zich in zaak C-641/22 af of de reeds in punt 14 van het onderhavige arrest vermelde omstandigheid dat de werkgevers zich gedurende een bepaalde periode garant hebben gesteld om de opbouw van pensioenrechten te verzekeren, van invloed is op het bestaan van een risico dat verbonden is aan de beleggingen van het pensioenfonds dat door de deelnemers ervan wordt gedragen.

34 In die omstandigheden heeft de rechtbank Gelderland de behandeling van de zaak geschorst en het Hof een prejudiciële vraag gesteld die identiek is aan de eerste vraag in zaak C-644/22, waarbij deze vraag evenwel is verduidelijkt als volgt:

„[…] Is daarbij van belang:

[…]

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

35 Bij beslissing van de president van het Hof van 15 november 2022 zijn de zaken C-639/22 tot en met C-644/22 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling alsmede voor het arrest.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

36 Met zijn eerste vraag, die in alle gevoegde zaken hetzelfde is, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de deelnemers aan een pensioenfonds dat uit hoofde van een collectieve pensioenregeling uitvoering geeft aan een pensioenovereenkomst die voorziet in pensioenrechten en pensioenuitkeringen waarvan het bedrag weliswaar wordt bepaald op basis van een referentiepensioen of van de arbeidsinkomsten en het aantal dienstjaren van elke

deelnemer, maar onder bepaalde voorwaarden kan variëren als gevolg van de resultaten van de beleggingen van dat pensioenfonds, kunnen worden geacht het beleggingsrisico te dragen. Deze rechter wenst tevens te vernemen of de omvang van het gelopen risico, het feit dat dat risico individueel dan wel collectief is, het aantal jaren dat een deelnemer pensioenrechten heeft opgebouwd, het feit dat bij een pensioenfonds de opbouw van pensioenrechten op een bepaald moment is onderbroken of het feit dat een werkgever zich gedurende een bepaalde periode garant heeft gesteld voor de verwachte opbouw van de pensioenrechten, relevant is.

37 Overeenkomstig artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn verlenen de lidstaten btw-vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten.

38 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de wetgever van de Unie het weliswaar aan de lidstaten heeft overgelaten om het begrip „gemeenschappelijk beleggingsfonds” te omschrijven, maar dat fondsen die icbe's in de zin van de icbe-richtlijn vormen als gemeenschappelijke beleggingsfondsen moeten worden beschouwd (zie in die zin arrest van 13 maart 2014, ATP PensionService, C-464/12, EU:C:2014:139, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 Zoals blijkt uit artikel 1, lid 2, van deze richtlijn, zijn icbe's instellingen waarvan het uitsluitende doel de collectieve belegging in effecten van uit het publiek aangetrokken kapitaal is, met toepassing van het beginsel van risicospreiding, en 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 (arrest van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X, C-595/13, EU:C:2015:801, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Concreet zijn icbe's instellingen waarin een groot aantal beleggingen is samengevoegd en gespreid over verschillende waardepapieren, die doeltreffend kunnen worden beheerd met het oog op een optimaal resultaat en waarin de individueel belegde bedragen betrekkelijk klein kunnen zijn. Deze fondsen beheren hun beleggingen in eigen naam en voor eigen rekening, terwijl elke belegger een deelneming in het fonds, maar niet de beleggingsproducten zelf van het fonds bezit (arrest van 13 maart 2014, ATP PensionService, C-464/12, EU:C:2014:139, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 Volgens vaste rechtspraak moeten ook fondsen die geen instellingen voor collectieve belegging in de zin van de icbe-richtlijn 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 (arrest van 9 december 2015, Fiscale Eenheid X, C-595/13, EU:C:2015:801, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Er zij aan herinnerd dat het Hof heeft geoordeeld dat een van de kenmerken waaraan een entiteit moet voldoen om te kunnen worden geacht vergelijkbaar te zijn met een icbe en dus om te worden beschouwd als een gemeenschappelijk beleggingsfonds dat in aanmerking komt voor de btw-vrijstelling van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn, erin bestaat dat de deelnemers recht hebben op winst of het aan het beheer van het fonds verbonden risico dragen. Met andere woorden, de deelnemers moeten het beleggingsrisico dragen (zie in die zin arresten van 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a., C-424/11, EU:C:2013:144, punt 27; 13 maart 2014, ATP PensionService, C-464/12, EU:C:2014:139, punt 59, en 9 december 2015, Fiscale Eenheid X, C-595/13, EU:C:2015:801, punten 51 en 52).

43 In dit verband heeft het Hof gepreciseerd dat deelnemers aan een pensioenregeling – anders dan personen die rechten van deelneming verwerven in een instelling voor collectieve belegging, waarvan het rendement afhankelijk is van de resultaten van de beleggingen door de beheerders van het fonds in de periode waarin zij deze rechten aanhielden – niet het risico dragen dat verbonden is aan het beheer van het beleggingsfonds waarin de activa van deze regeling zijn samengebracht, wanneer het pensioen dat een werknemer ontvangt 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 aantal dienstjaren bij de werkgever en het bedrag van het loon (arrest van 7 maart 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e.a., C-424/11, EU:C:2013:144, punt 27).

44 Hieruit volgt dat het, om te kunnen vaststellen dat een deelnemer aan een pensioenfonds het vereiste beleggingsrisico draagt, noodzakelijk is dat het door die deelnemer ontvangen pensioen afhankelijk is van de beleggingen van dat fonds in een mate die vergelijkbaar is met de mate waarin het rendement van een houder van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging afhankelijk is van de beleggingen van deze instelling.

45 Opdat een pensioenfonds kan worden aangemerkt als een gemeenschappelijk beleggingsfonds dat in aanmerking komt voor de vrijstelling van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn, moet het risico dat de deelnemers aan dit pensioenfonds dragen als gevolg van de beleggingen van dit fonds dus vergelijkbaar zijn met het risico dat de houders van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging lopen op de activa die zij bij die instelling hebben ingelegd.

46 Aangezien een dergelijk risico tot uiting moet komen in de hoogte van de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen, moet, om te bepalen of de deelnemers aan een pensioenfonds een risico lopen dat vergelijkbaar is met dat van de houders van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging, worden vastgesteld of de resultaten van de beleggingen van het pensioenfonds een aanzienlijke invloed hebben op het bedrag van de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen.

47 Aangezien het rendement dat de houders van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging kunnen verwachten hoofdzakelijk afhankelijk is van de resultaten van de beleggingen van deze instelling tijdens de periode waarin zij deze rechten bezitten, hetgeen een onmiddellijke impact heeft op de waarde van die rechten, veronderstelt de toepassing van de vrijstelling van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn op een pensioenfonds namelijk dat het bedrag van de pensioenrechten en pensioenuitkeringen dat op grond van de betrokken pensioenovereenkomst verschuldigd is, niet is gegarandeerd, maar in de eerste plaats, in positieve of in negatieve zin, afhankelijk is van de resultaten van de beleggingen van dat fonds.

48 Om vast te kunnen stellen dat een beleggingsrisico dat wordt gedragen door de deelnemers aan een pensioenfonds vergelijkbaar is met dat van de houders van rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging, kan het bedrag van de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen dus niet in ruime mate vooraf worden bepaald op basis van het aantal dienstjaren bij de werkgever en het bedrag van het loon van elke deelnemer. In dit verband staat het aan de nationale rechter om vast te stellen, zoals de advocaat-generaal in punt 44 van haar conclusie in essentie heeft opgemerkt, of de pensioenrechten en pensioenuitkeringen in de eerste plaats afhankelijk zijn van de resultaten van de beleggingen van het betrokken pensioenfonds.

49 In casu merkt de verwijzende rechter op dat in de pensioenregelingen die in de hoofdgedingen aan de orde zijn de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen in beginsel worden berekend op basis van een referentiepensioen of het arbeidsinkomen en het aantal dienstjaren van elke deelnemer en dat de hoogte ervan niet rechtstreeks afhangt van de resultaten van de beleggingen van het pensioenfonds, maar evenmin is gewaarborgd. Aan de hand van de beleidsdekkingsgraad kan worden bepaald of en in welke mate toeslagen kunnen worden toegekend aan de deelnemers dan wel of pensioenrechten en pensioenuitkeringen juist moeten worden verlaagd. Volgens de verwijzende rechter komen de resultaten van deze beleggingen dan ook tot uiting in het bedrag van de pensioenen. Het risico van tekorten en mogelijke overschotten wordt voorts gespreid over alle deelnemers.

50 Uit deze elementen lijkt voort te vloeien dat het bedrag van de pensioenrechten of de pensioenuitkeringen grotendeels vooraf wordt bepaald op basis van het aantal dienstjaren bij de werkgever en het loon van elke deelnemer. Bovendien hangt de wijziging van dit bedrag af van de beleidsdekkingsgraad, die met name wordt bepaald aan de hand van de contante waarde van de pensioenverplichtingen. Hoewel dit bedrag kan worden verlaagd of verhoogd en de toekenning van toeslagen in bepaalde gevallen volledig wordt gefinancierd door de resultaten van de beleggingen van het pensioenfonds, lijkt dat bedrag dus afhankelijk te zijn van verschillende factoren. De resultaten van de beleggingen van de betrokken pensioenfondsen lijken daarbij niet de belangrijkste factor, hetgeen evenwel aan de verwijzende rechter staat om na te gaan, rekening houdend met alle kenmerken van de betrokken pensioenovereenkomsten.

51 Om te bepalen of de deelnemers aan de pensioenfondsen die in de hoofdgedingen aan de orde zijn een beleggingsrisico dragen dat vergelijkbaar is met dat van de houders van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging, is het bovendien niet voldoende dat wordt vastgesteld dat deze deelnemers individueel of gezamenlijk het risico van de beleggingen van een dergelijk pensioenfonds dragen, met uitsluiting van andere personen of entiteiten. Indien deze beleggingen slechts een marginale invloed op het bedrag van de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen hebben, is het door de deelnemers gelopen risico namelijk niet vergelijkbaar met dat van de houders van rechten van deelneming in een instelling voor collectieve belegging inzake de activa die zij bij die instelling hebben ingelegd.

52 Wanneer het risico van de beleggingen van een pensioenfonds een aanzienlijke invloed heeft op het bedrag van de uit hoofde van de pensioenovereenkomst verschuldigde pensioenrechten en pensioenuitkeringen, is het daarentegen van weinig belang dat dit risico wordt verdeeld over alle deelnemers aan dat pensioenfonds en dat de impact ervan daardoor wordt gematigd. Deze omstandigheid vloeit namelijk voort uit het feit dat de middelen van dat fonds samengevoegd zijn en belet niet dat dat beleggingsrisico individuele gevolgen teweegbrengt voor de rechten van alle deelnemers van hetzelfde pensioenfonds.

53 Het aantal jaren dat nodig is opdat een deelnemer pensioenrechten opbouwt of het feit dat bij een pensioenfonds de periode waarin deze rechten werden opgebouwd op een bepaald moment is onderbroken, zoals het geval is in zaak C-640/22, is evenmin van belang. Zoals de advocaat-generaal in punt 46 van haar conclusie heeft opgemerkt, is namelijk alleen van belang hoe de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen in de pensioenovereenkomst van de deelnemer zijn vormgegeven en in hoeverre die rechten en uitkeringen afhankelijk zijn van de resultaten van de beleggingen van het pensioenfonds. Het feit dat het pensioenfonds heeft opgehouden te bestaan of dat het wegens zijn financiële situatie verplicht is zijn activa over te

dragen aan een andere entiteit, heeft geen invloed op de kwestie of door de deelnemers aan dat pensioenfonds een beleggingsrisico wordt gedragen, tenzij die overdracht inhoudt dat het risico aan een derde entiteit wordt overgedragen.

54 Dat zou het geval kunnen zijn in geval van faillissement van een pensioenfonds, dat een collectief risico vormt dat moet worden onderscheiden van de mogelijkheid dat het bedrag van de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen wordt gewijzigd. In dat geval staat het aan de nationale rechter om na te gaan of er voor het betrokken pensioenfonds een vorm van staatsgarantie of herverzekering bestaat, teneinde vast te stellen of de deelnemers ook het risico dragen dat het faillissement van dat fonds met zich brengt.

55 Voorts is het niet uitgesloten dat het feit dat een werkgever zich gedurende een bepaalde periode garant heeft gesteld met het oog op de verwachte opbouw van pensioenrechten, gevolgen kan hebben voor de pensioenrechten en de pensioenuitkeringen, aangezien in dat geval de betaalde bijdragen kunnen leiden tot een gegarandeerd pensioenbedrag dat losstaat van de resultaten van de beleggingen van het betrokken pensioenfonds, hetgeen het risico zou kunnen uitsluiten dat vereist is opdat dit fonds kan worden geacht kenmerken te vertonen die vergelijkbaar zijn met die van een icbe. Behoudens wanneer een dergelijke garantstelling volledig is, moet de nationale rechter evenwel nagaan in hoeverre de resultaten van die beleggingen van invloed zijn op het totale bedrag van die pensioenen.

56 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de deelnemers aan een pensioenfonds dat uit hoofde van een collectieve pensioenregeling uitvoering geeft aan een pensioenovereenkomst die voorziet in pensioenrechten en pensioenuitkeringen waarvan het bedrag, hoewel het wordt bepaald op basis van een referentiepensioen of van de arbeidsinkomsten en het aantal dienstjaren van elke deelnemer, onder bepaalde voorwaarden kan variëren als gevolg van de resultaten van de beleggingen van dat pensioenfonds, slechts kunnen worden geacht het beleggingsrisico te dragen wanneer dat bedrag in de eerste plaats afhankelijk is van de resultaten van die beleggingen. Bij een dergelijke beoordeling is noch het aantal jaren dat een deelnemer pensioenrechten heeft opgebouwd, noch het feit dat de opbouw van pensioenrechten bij een pensioenfonds op een bepaald moment is onderbroken, relevant. De omstandigheden dat het risico individueel dan wel collectief wordt gedragen, met name in geval van faillissement, en dat een werkgever zich gedurende een bepaalde periode garant heeft gesteld voor de verwachte opbouw van de pensioenrechten, zijn wel relevante factoren, die als zodanig echter niet doorslaggevend zijn.

Tweede vraag in de zaken C-640/22 en C-644/22

57 Met zijn tweede vraag in de zaken C-640/22 en C-644/22 wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn, gelezen in het licht van het beginsel van fiscale neutraliteit, aldus moet worden uitgelegd dat, om te bepalen of een pensioenfonds dat geen icbe is in aanmerking komt voor de vrijstelling van deze bepaling, niet alleen een vergelijking met een icbe moet worden gemaakt, maar ook moet worden beoordeeld of dit pensioenfonds vanuit het oogpunt van de juridische en financiële situatie van de deelnemer ten opzichte van het pensioenfonds vergelijkbaar is met andere fondsen die geen icbe's zijn maar door de betrokken lidstaat worden beschouwd als gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van deze bepaling.

58 Uit de punten 38 en 41 van het onderhavige arrest volgt dat de lidstaten bij de toepassing van deze vrijstelling verplicht zijn fondsen die icbe's in de zin van de icbe-richtlijn vormen als gemeenschappelijke beleggingsfondsen te behandelen, en dat ook fondsen die geen instellingen voor collectieve belegging in de zin van deze richtlijn zijn, maar dezelfde handelingen verrichten of op zijn minst zodanig vergelijkbaar zijn met deze instellingen dat zij daarmee concurreren, als gemeenschappelijke beleggingsfondsen moeten worden beschouwd.

59 Hoewel de vrijstelling van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn strikt moet worden uitgelegd, vereisen het beginsel van fiscale neutraliteit en de doelstelling om beleggingen in effecten via beleggingsinstellingen voor beleggers te vergemakkelijken namelijk dat aan deze vrijstelling volle werking wordt gegeven (zie in die zin arrest van 17 juni 2021, K en DBKAG, C-58/20 en C-59/20, EU:C:2021:491, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60 In het bijzonder verzet dit beginsel zich ertegen dat soortgelijke goederen of diensten, die met elkaar concurreren, uit het oogpunt van de btw verschillend worden behandeld (zie in die zin arrest van 3 februari 2022, Finanzamt A, C-515/20, EU:C:2022:73, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat bepaalde pensioenfondsen die uitvoering geven aan premieovereenkomsten op grond van een brief van de Staatssecretaris van Financiën door de belastingdienst moeten worden behandeld als gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn.

62 In deze brief heeft de Staatssecretaris van Financiën zich op het standpunt gesteld dat een zogenoemde individuele „defined contribution"-pensioenregeling een gemeenschappelijk beleggingsfonds vormt, in essentie op grond dat de deelnemers in een dergelijke pensioenregeling het beleggingsrisico dragen. Daarnaast kunnen ook bepaalde collectieve „defined contribution"-pensioenregelingen als gemeenschappelijk beleggingsfonds worden aangemerkt, namelijk als de pensioenrechten worden opgebouwd op een vergelijkbare wijze als bij individuele „defined contribution"-pensioenregelingen.

63 In deze context moet de deelnemer aan een pensioenfonds worden beschouwd als de gemiddelde consument waarnaar de verwijzende rechter verwijst. In casu staat het dus aan deze rechter om een concreet onderzoek te verrichten teneinde vast te stellen of de pensioenrechten die zijn verworven op grond van pensioenovereenkomsten die ten uitvoer worden gelegd door een pensioenfonds als in de hoofdgedingen en die volgens het verzoek om een prejudiciële beslissing „uitkeringsovereenkomsten" vormen, vanuit het oogpunt van de juridische en financiële situatie van die deelnemer ten opzichte van het pensioenfonds vergelijkbaar zijn met pensioenrechten die zijn verworven op grond van een „premieovereenkomst" die ten uitvoer wordt gelegd door een pensioenfonds dat door een lidstaat als gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn is gekwalificeerd en met name wordt gekenmerkt door het feit dat de deelnemers het beleggingsrisico dragen.

64 Gelet op een en ander dient op de tweede vraag in de zaken C-640/22 en C-644/22 te worden geantwoord dat artikel 135, lid 1, onder g), van de btw-richtlijn, gelezen in het licht van het beginsel van fiscale neutraliteit, aldus moet worden uitgelegd dat, om te bepalen of een pensioenfonds dat geen icbe is in aanmerking komt voor de vrijstelling van deze bepaling, niet alleen een vergelijking met een icbe moet worden gemaakt, maar ook moet worden beoordeeld of dit pensioenfonds vanuit het oogpunt van de juridische en financiële situatie van de deelnemer ten

opzichte van het pensioenfonds vergelijkbaar is met andere fondsen die geen icbe's zijn maar door de betrokken lidstaat worden beschouwd als gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van deze bepaling.

Kosten

65 Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **Artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde,**

moet aldus moet worden uitgelegd dat

de deelnemers aan een pensioenfonds dat uit hoofde van een collectieve pensioenregeling uitvoering geeft aan een pensioenovereenkomst die voorziet in pensioenrechten en pensioenuitkeringen waarvan het bedrag, hoewel het wordt bepaald op basis van een referentiepensioen of van de arbeidsinkomsten en het aantal dienstjaren van elke deelnemer, onder bepaalde voorwaarden kan variëren als gevolg van de resultaten van de beleggingen van dat pensioenfonds, slechts kunnen worden geacht het beleggingsrisico te dragen wanneer dat bedrag in de eerste plaats afhankelijk is van de resultaten van die beleggingen. Bij een dergelijke beoordeling is noch het aantal jaren dat een deelnemer pensioenrechten heeft opgebouwd, noch het feit dat de opbouw van pensioenrechten bij een pensioenfonds op een bepaald moment is onderbroken, relevant. De omstandigheden dat het risico individueel dan wel collectief wordt gedragen, met name in geval van faillissement, en dat een werkgever zich gedurende een bepaalde periode garant heeft gesteld voor de verwachte opbouw van de pensioenrechten, zijn wel relevante factoren, die als zodanig echter niet doorslaggevend zijn.

2) **Artikel 135, lid 1, onder g), van richtlijn 2006/112, gelezen in het licht van het beginsel van fiscale neutraliteit,**

moet aldus moet worden uitgelegd dat,

om te bepalen of een pensioenfonds dat geen instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe) is in aanmerking komt voor de vrijstelling van deze bepaling, niet alleen een vergelijking met een dergelijke instelling moet worden gemaakt, maar ook moet worden beoordeeld of dit pensioenfonds vanuit het oogpunt van de juridische en financiële situatie van de deelnemer ten opzichte van het pensioenfonds vergelijkbaar is met andere fondsen die geen instellingen voor collectieve belegging in effecten zijn maar door de betrokken lidstaat worden beschouwd als gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van deze bepaling.

Lycourgos Spineanu-Matei Bonichot

Rodin Rossi

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 5 september 2024.

De griffier
A. Calot Escobar

De kamerpresident
C. Lycourgos