

## **Hof van Justitie: pensioenfondsen mogelijk gemeenschappelijke beleggingsfondsen**

Op 5 september 2024 heeft het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ) in zes zaken arrest gewezen over de vraag of Nederlandse pensioenfondsen met een uitkeringsregeling kunnen kwalificeren als gemeenschappelijke beleggingsfondsen. In dat geval is het beheer van deze pensioenfondsen vrijgesteld van btw. Het HvJ oordeelt dat een pensioenfonds als gemeenschappelijk beleggingsfonds wordt aangemerkt als het bedrag van de pensioenrechten en -uitkeringen in de eerste plaats afhankelijk is van de resultaten van de beleggingen van het pensioenfonds. Het is nu aan de Nederlandse (feiten)rechters om vast te stellen of dit het geval is. Wij zien hiervoor goede argumenten.

Het HvJ oordeelt bovendien dat, zelfs als een bepaald pensioenfonds niet aan dit criterium voldoet, het fonds als gemeenschappelijk beleggingsfonds moet worden aangemerkt als de juridische en financiële positie van een deelnemer in het fonds vergelijkbaar is met die van deelnemers in pensioenfondsen met een premieregeling. Deze laatste beschouwt Nederland immers als gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

### **Kern van de problematiek**

Pensioenfondsen maken aanzienlijke kosten voor de inkoop van diensten voor het beheer van het fonds. Op dit moment neemt de Belastingdienst het standpunt in dat hierover btw verschuldigd is als sprake is van een pensioenfonds met een uitkeringsregeling. Die btw kunnen de pensioenfondsen niet volledig in aftrek brengen, waardoor deze btw de kosten verhoogt. In de procedures ligt de vraag voor of de pensioenfondsen moeten worden aangemerkt als gemeenschappelijke beleggingsfondsen. In dat geval is het beheer vrijgesteld van btw.

Het HvJ heeft in eerdere rechtspraak het criterium geformuleerd dat de fondsen hiervoor vergelijkbaar moeten zijn met icbe's (instellingen voor collectieve belegging in effecten). Daarvoor is onder andere nodig dat deelnemers een *vergelijkbaar beleggingsrisico* dragen. De Belastingdienst meent dat dit niet het geval is, omdat bij uitkeringsregelingen de hoogte van de pensioenrechten en -uitkeringen niet (enkel) op basis van de beleggingsresultaten, maar op andere wijze wordt berekend (vaak op basis van arbeidsinkomen en aantal dienstjaren). De betrokken pensioenfondsen betogen juist dat de beleggingsresultaten van het pensioenfonds uiteindelijk de hoogte van de uitkeringen bepalen. De procedures gaan aldus met name over de vraag hoe moet worden vastgesteld of sprake is van een vergelijkbaar beleggingsrisico. Rechtbank Gelderland heeft deze vraag aan het HvJ gesteld.

### **Oordeel HvJ**

#### *Vergelijkbaar beleggingsrisico*

Het HvJ oordeelt dat sprake is van een met een icbe vergelijkbaar beleggingsrisico als de pensioenrechten en -uitkeringen in de eerste plaats afhankelijk zijn van de resultaten van de beleggingen van dat fonds. Dit is het geval als de beleggingsresultaten een aanzienlijke invloed op dit bedrag hebben en dit bedrag niet grotendeels vooraf wordt bepaald op basis van andere criteria (bijvoorbeeld aantal dienstjaren en loon).

Het HvJ laat het eindoordeel hierover aan de Nederlandse rechters. Die gaan immers over de feiten. Het HvJ neemt wel een voorschot op het antwoord door aan te geven dat uit de door de rechtbank naar voren gebrachte elementen lijkt voort te vloeien dat de pensioenuitkeringen grotendeels vooraf zijn bepaald, maar het is daar niet zeker van. Het HvJ noemt een aantal elementen die het oordeel zouden kunnen doen omslaan:

- Als uit alle kenmerken van een specifieke pensioenovereenkomst blijkt dat het beleggingsresultaat de belangrijkste factor vormt voor de omvang van de pensioenrechten en -uitkeringen, dan is sprake van een vergelijkbaar beleggingsrisico.
- Als alleen de deelnemers collectief (of individueel) de risico's van de beleggingen van het pensioenfonds dragen, met uitsluiting van bijvoorbeeld de betrokken werkgevers, én de resultaten van deze beleggingen een meer dan marginale invloed hebben op het bedrag van de pensioenrechten en -uitkeringen, dan lijkt sprake te zijn van een vergelijkbaar beleggingsrisico.
- Zelfs als een werkgever zich deels garant stelt voor de opbouw van de pensioenrechten, kan nog steeds sprake zijn van een vergelijkbaar beleggingsrisico, afhankelijk van de invloed die blijft uitgaan van de beleggingsresultaten. Alleen als een werkgever volledig garant staat, kan hier geen sprake meer van zijn (dan is er immers geen beleggingsrisico voor de deelnemers).

#### *Oordeel A-G over andere elementen vergelijkbaarheid niet overgenomen*

Eerder heeft A-G Kokott conclusie gewezen in dezelfde zaken (zie ons [tax alert](#) van 15 maart 2024 hierover). Zij meende dat andere elementen dan het beleggingsrisico ervoor zorgden dat pensioenfondsden niet vergelijkbaar waren met een icbe. Met name zou het relevant zijn dat pensioenfondsden niet openstaan voor het algemene publiek en afkoop door deelnemers slechts in uitzonderingsgevallen mogelijk is. Het HvJ gaat niet in op deze elementen, maar impliceert in onze visie dat deze geen deel uitmaken van de vergelijkbaarheidstoets. Het HvJ merkt immers op dat het concreet gaat om vergelijkbaarheid met betrekking tot het samenbrengen van beleggingen van meerdere deelnemers in een fonds.

Dit is belangrijk voor andere (pensioen)fondsden die op dit moment in Nederland al wel worden aangemerkt als gemeenschappelijke beleggingsfondsden. Deze kwalificatie leek ter discussie gesteld te kunnen worden, maar dit is wat ons betreft na het oordeel van het HvJ niet meer aan de orde.

Dit betekent bovendien dat pensioenfondsden onder het nieuwe stelsel van de Wet toekomst pensioenen (Wtp) vergelijkbaar zullen zijn met icbe's en dat het beheer van de pensioenfondsden dan vrijgesteld van btw kan plaatsvinden (zoals reeds bevestigd in de parlementaire geschiedenis van de Wtp).

#### *Vergelijkbaarheid met pensioenfondsden met een premiereregeling*

In Nederland is bevestigd dat pensioenfondsden met een premiereregeling (de DC-pensioenfondsden) op dit moment al wel worden aangemerkt als gemeenschappelijke beleggingsfondsden. Het HvJ oordeelt daarom dat pensioenfondsden met een uitkeringsregeling niet alleen moeten worden vergeleken met icbe's, maar ook met

deze andere Nederlandse pensioenfondsen met een premieregeling. Als de juridische en financiële situatie van een deelnemer van een pensioenfonds met een uitkeringsregeling vergelijkbaar is met die van een deelnemer van een pensioenfonds met een premieregeling, dan moet een dergelijk fonds worden aangemerkt als een gemeenschappelijk beleggingsfonds, zelfs als het beleggingsrisico niet vergelijkbaar zou zijn met dat van een icbe.

### **Onze visie en vervolgstappen**

KPMG Meijburg & Co is als gemachtigde betrokken bij een aantal pensioenzaken onder de rechter, waaronder twee van de hiervoor besproken zaken. Vanuit onze ervaring zijn wij van mening dat het voor veel pensioenfondsen mogelijk zal zijn om met overtuigende argumenten te onderbouwen dat de pensioenrechten en -uitkeringen in de eerste plaats afhankelijk zijn van de beleggingsresultaten.

De Nederlandse rechters staan nu voor de taak om hiervoor een zorgvuldige toetsing aan te leggen waarbij alle kenmerken van een individueel pensioenfonds worden meegewogen. Het gaat daarbij niet meer om een *gelijkstelling* van het beleggingsrisico met dat van een icbe (zoals de Hoge Raad eerder ten onrechte als toetsing heeft aangelegd), maar om een economische en juridische vaststelling over de mate van invloed van beleggingsresultaten op de hoogte van pensioenrechten en -uitkeringen.

Daarnaast menen wij dat er in het Nederlandse pensioenlandschap goede argumenten kunnen worden aangedragen dat deelnemers van premieregelingen en uitkeringsregelingen in een vergelijkbare juridische en financiële situatie verkeren. Ook dan moeten de pensioenfondsen worden aangemerkt als gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

Omdat er op dit moment veel zaken onder de rechter zijn, is het nog de vraag hoe lang het gaat duren voor er meer duidelijkheid is. De verwijzende rechter, Rechtbank Gelderland, zal de zaken waarin het HvJ heeft geoordeeld verder behandelen en uitspraak doen. Daartegen kan nog hoger beroep worden aangetekend. Wij verwachten dat de Hoge Raad in de op dit moment bij hem al aanhangige andere zaken ook tot een oordeel zal komen over de betekenis van het arrest van het HvJ.

Veel pensioenfondsen en hun dienstverleners hebben ondertussen bezwaar aangetekend tegen de btw-heffing op het beheer van de fondsen. In afwachting van de oordelen van de Nederlandse rechters moeten deze bezwaren in onze visie worden gehandhaafd om de rechten veilig te stellen. Pensioenfondsen die nog geen bezwaar hebben aangetekend, doen er naar ons idee goed aan om dat naar aanleiding van dit arrest alsnog te doen. Daarnaast is het van belang dat alle betrokken partijen ervoor zorgen dat de administratie bewaard blijft, om de btw-posities voor het verleden te kunnen bepalen als mocht blijken dat de btw-vrijstelling inderdaad kan worden toegepast.

Mede door onze betrokkenheid bij de huidige zaken beschikken wij over de juiste kennis en ervaring om pensioenfondsen en hun dienstverleners hierbij te assisteren. U kunt hiervoor contact opnemen met uw gebruikelijke adviseur of de bij dit alert genoemde adviseurs.

KPMG Meijburg & Co  
5 september 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.*