



Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

Aan de Hoge Raad der Nederlanden  
Postbus 20303  
2500 EH Den Haag

Directoraat Generaal  
Belastingdienst

Korte Voorhout 7  
2511 CW Den Haag  
Postbus 20201  
2500 EE Den Haag

Inlichtingen

T  
F

Ons kenmerk  
DGB 2016-943

Uw brief (kenmerk)  
15/00148

Datum - 8 MRT 2016

Betreft: Conclusie van de Advocaat-Generaal

Edelhoogachtbaar College,

Naar aanleiding van de op 24 februari 2016 toegezonden conclusie van de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) van 23 februari 2016, inzake de fiscale eenheid [redacted] B.V. c.s. te Rotterdam (rolnummer 15/00148), merk ik het volgende op.

#### *Inleiding*

Zoals de A-G terecht constateert is de vraag of een pensioenfonds kan worden beschouwd als 'gemeenschappelijk beleggingsfonds' in de zin van de omzetbelasting al geruime tijd onderwerp van discussie. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet algemeen pensioenfonds is hiervoor ook weer de aandacht gevraagd.

Mede tegen deze achtergrond hecht ik er aan dat de juiste kenmerken van de onderhavige Stichting [redacted] (hierna: Stichting Pensioenfonds) in beeld zijn, zodat daarmee ook mogelijke implicaties van het door uw Raad in deze zaak te wijzen arrest beter kunnen worden doorgrond. Het is vooral om die reden dat ik in aanvulling op het door mij gestelde in de eerdere processtukken hierna nog nadrukkelijk op een aantal punten wil inzoomen.

#### *Geen beleggingsrisico gedragen door de deelnemers*

In punt 7.30 van haar conclusie komt de A-G uiteindelijk tot de conclusie dat de deelnemers in de onderhavige casus het beleggingsrisico dragen, aangezien zij het restrisico op non-indexatie en afstempeling collectief dragen. Dat zou een gevolg

KOPIE

zijn van de omstandigheid dat de bij Stichting Pensioenfonds aangesloten werkgevers geen verplichtingen hebben om bij te storten in geval van tekorten. De A-G gaat er hierbij vanuit dat dit anders lag in de Wheels zaak, in die zin dat de bijstortingsverplichting van de werkgever daar ongelimiteerd was. Dat is echter een verkeerde aanname.

Bij de beschrijving van de kenmerken wordt in de zaak Wheels o.a. het volgende vermeld, dat indien de regeling onvoldoende activa heeft om alle in de regeling vastgestelde uitkeringen te verrichten, de werkgever in beginsel verplicht is om het tekort aan te zuiveren en, indien hij dit niet doet of daartoe niet in staat is, worden de uitkeringen aan de leden verminderd (zie punt 14, onder 1, letter h, van het arrest Wheels).

Dusdoende konden ook bij Wheels in het geval van tekorten uitkeringen van deelnemers worden verminderd indien de werkgever naliet bij te storten of daartoe niet in staat was. Bovendien besteedt de A-G geen aandacht aan de mogelijkheid dat Stichting Pensioenfonds een vrijwillige bijstorting verricht.

Evenals in de zaak Wheels komt een bijstorting door de werkgever uiteindelijk uit het arbeidsvoorwaardenbudget. Ook de incidentele premiebetalingen in de zaak Wheels vormen loonkosten en zullen uiteindelijk ertoe leiden dat minder budget beschikbaar is voor regulier loon. Zo komt iedere premiebetaling (periódiek en incidenteel) voor rekening van de werknemer.

Een Indexatiestreven en afstempeling zijn kenmerkend voor een uitkeringsverplichting en doen zich niet voor bij beleggingsfondsen. Het risico op non-indexatie en afstempeling betreffen *geen* beleggingsrisico's. Dit zijn financiële sturingsmiddelen die het bestuur van een pensioenfonds binnen de grenzen van de pensioenwetgeving kan inzetten bij onderdekking.

Onderdekking betreft het totale pensioenuitvoeringsrisico en thans in het bijzonder de lage rente die leidt tot een hoge waardering van de pensioenverplichting.

Vanwege het prudente beleggingsbeleid van pensioenfondsen wordt onderdekking in veel mindere mate beïnvloed door de beleggingsresultaten (die voor pensioenfondsen sinds 2010 gemiddeld 11% bedroegen, zie het Financieel Dagblad 7 september 2015). Reden voor het pleidooi van de Pensioenfederatie om af te stappen van de uitkeringsbelofte en over te gaan naar individuele opbouw/spaarregelingen, zodat pensioenfondsen niet langer afhankelijk zijn van rente- en loon- c.q. indexontwikkelingen (zie het Financieel Dagblad van 20 januari 2016).

Het verschil van de onderhavige zaak met de zaak *Wheels* is mijns inziens dermate marginaal – ook vanuit het oogpunt van de btw - te noemen, dat daarmee een afwijkende behandeling in de omzetbelasting van die zaken niet logisch voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU, althans een dergelijke onderscheidene behandeling valt daar zeker niet buiten elke twijfel uit te begrijpen.

*In concurrentie treden met icbe's of pensioenverzekeraars*

Onder punt 7.4 van haar conclusie benoemt de A-G het verschil in de manier van deelname tussen de zaak ATP, waar de deelnemers een persoonlijke pensioenrekening bezitten, en Nederlandse pensioenregelingen, zoals de onderhavige, waarbij de deelnemers 'slechts' een recht op pensioenuitkeringen bezitten. De A-G doet dit verschil in 7.5 af als een "klein juridisch technisch verschil", dat weinig invloed zal hebben op de concurrentieverhoudingen van verschillende aanbieders van oudedagvoorzieningsregelingen. De A-G meent dat het verschil niet van belang is.

De vraag is of deze benadering wel recht doet aan de economische werkelijkheid en niet mede ook een rol speelt bij de vraag of Stichting Pensioenfonds concurreert met een icbe. In de zaak ATP gaat het om de opbouwfase van een pensioenregeling, waarin de individuele inleg en het desbetreffende aandeel in alle beleggingsresultaten voor rekening van de deelnemers zijn en derhalve afzonderlijk worden bijgehouden op een individuele, persoonlijke beleggersrekening. Bij Stichting Pensioenfonds is geen sprake van een individuele rekening voor de opbouw van kapitaal tot aan pensioendatum, waarmee de deelnemer vervolgens tegen de dan geldende rente een lijfrentepolis moet aanschaffen.

Er is in casu sprake van een door premies gefinancierde aanspraak op levenslange uitkeringen vanaf de pensioendatum ten laste van het pensioenfonds. Dit is derhalve geen (spaar)beleggingsproduct, maar veeleer een (pensioen/lijfrente)verzekeringsproduct zoals dat in de pensioenmarkt door verzekeraars wordt aangeboden. Stichting Pensioenfonds concurreert derhalve met deze verzekeraars, die over de uitbesteding van uitvoeringstaken wel btw betalen. Vgl. ook de conclusie van de Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie EU van 23 december 2015 in de zaak C-40/15 (*Aspiro*).

Er is bovendien bij Stichting Pensioenfonds geen sprake van een aanspraak die evenredig is aan de inleg, zoals bij een icbe, omdat:

- a. De pensioenpremie staat niet in verhouding tot de hoogte van de toegezegde uitkering of het te lopen risico. Voor elke deelnemer, jong en oud, is de premie gelijk, i.e. de doorsneepremie uitgedrukt in een percentage van (een gedeelte van) het loon van de deelnemer, en geldt een gelijke pensioenopbouw terwijl bij een jonger iemand de premie langer kan renderen;
- b. Stichting Pensioenfonds belegt alleen de netto premieontvangsten die niet benodigd zijn voor de uitkeringen of voor herverzekering van haar risico's;
- c. Stichting Pensioenfonds houdt vanuit de premieontvangsten als dekking voor de toegekende pensioenaanspraken een (verplichte) buffer aan. In tijden van tegenvallende beleggingsresultaten zorgt deze buffer ervoor dat Stichting Pensioenfonds de toegekende pensioenaanspraken kan nakomen. Hierdoor spreidt Stichting Pensioenfonds de beleggingsrisico's over de generaties;
- d. Er geldt een premievrije deelneming bij arbeidsongeschiktheid. De deelnemer die arbeidsongeschikt is verklaard, bouwt ten laste van het vermogen van Stichting Pensioenfonds een pensioenaanspraak op;
- e. Alle onder de cao vallende deelnemers hebben aanspraak op een pensioen, ook als de werkgever geen premie heeft betaald (tenzij dit verwijtbaar is aan werkgever/werknemer). De gedeerde premie komt ten laste van Stichting Pensioenfonds.

Deze aspecten vormen het wezen van het Nederlandse pensioenstelsel. Zij komen voort uit het principe van solidariteit tussen deelnemers, dat verankerd is in onze pensioenwetgeving. Bij Stichting Pensioenfonds vinden vermogensoverdrachten plaats tussen deelnemers, oud en jong, ziek en gezond, alleenstaand en gehuwd e.d.

Geen enkele belegger in een icbe zou dergelijke vermogensoverdrachten accepteren. Er is dan ook geen sprake van concurrentie tussen een icbe en Stichting Pensioenfonds. De neutraliteit vereist veeleer dat in vergelijking met lijfrente/uitkeringsproducten van verzekeraars het beheer van het vermogen van Stichting Pensioenfonds wordt aangemerkt als het beheer van een individueel vermogen. Zie ook *MvT, Kamerstukken II, 1989-1990, 21 607, nr. 3, blz. 3 en 4*, waarin dienaangaande het volgende is vermeld:

"De term 'gemeenschappelijk' ziet op collectief bijeengebrachte vermogens met het doel deze voor gemeenschappelijke rekening te beleggen"

(...)

"Vergoedingen voor individueel vermogensbeheer blijven belast. Onder een individueel (bijeengebracht) vermogen is niet slechts te verstaan het vermogen van een particulier, maar ook bij voorbeeld het vermogen van institutionele belegger zoals een pensioenfonds (...)"

Hoogachtend,

DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN,  
namens deze,  
DE DIRECTEUR-GENERAAL BELASTINGDIENST,  
lrc



