

---

# ECLI:NL:HR:2016:2786

Permanente link:	<a href="http://via.rechtspraak.nl">via rechtspraak.nl</a>
Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	09-12-2016
Datum publicatie	09-12-2016
Zaaknummer	15/00148
Formele relaties	Conclusie: <a href="#">ECLI:NL:PHR:2016:91</a> , Contrair In cassatie op : <a href="#">ECLI:NL:GHDHA:2014:3990</a> , Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Omzetbelasting; art. 11, lid 1, letter i, onder 3(, Wet OB; art. 135, lid 1, letter g, BTW-richtlijn 2006; vrijstelling voor beheer van een door een beleggingsfonds ter collectieve belegging bijeengebracht vermogengemeenschappelijk beleggingsfonds; het pensioenfonds is geen gemeenschappelijk beleggingsfonds aangezien door de deelnemers van het pensioenfonds niet een beleggingsrisico van voldoende betekenis wordt wordt gedragen; vrijstelling niet van toepassing.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl FutD 2016-3002 met annotatie van Fiscaal up to Date

## Uitspraak

9 december 2016 nr. 15/00148 Arrest

Gewezen op het beroep in cassatie van de fiscale eenheid [X1], [X2] B.V. c.s. te [Z] (hierna: belanghebbende) tegen de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 5 december 2014, nr. BK-11/00508, op het hoger beroep van belanghebbende tegen een uitspraak van de Rechtbank Den Haag (nr. AWB 09/8541 OB) betreffende een door belanghebbende op aangifte voldaan bedrag aan omzetbelasting over het tijdvak juli 2009. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

### 1 Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen 's Hofs uitspraak beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris van Financiën heeft een verweerschrift ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van repliek ingediend.

De Staatssecretaris heeft een conclusie van dupliek ingediend.

De Advocaat-Generaal C.M. Ettema heeft op 23 februari 2016 geconcludeerd tot het gegrond verklaren van het beroep in cassatie (ECLI:NL:PHR:2016:91).

Zowel belanghebbende als de Staatssecretaris heeft schriftelijk gereageerd op de conclusie.

## **2 Beoordeling van het middel**

### 2.1.

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

#### 2.1.1.

Belanghebbende is ondernemer in de zin van artikel 7, lid 4, van de Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: de Wet). De tot belanghebbende behorende vennootschap [X2] B.V. beheert tegen vergoeding een aan haar ter beschikking gesteld deel van het vermogen van Stichting [A] (hierna: het Pensioenfonds).

#### 2.1.2.

Het Pensioenfonds is het bedrijfstakpensioenfonds voor werknemers in de sector zorg en welzijn. Het voert de pensioenregeling uit die de organisaties van werkgevers en werknemers in deze bedrijfstak (hierna: de werkgevers respectievelijk de werknemers) zijn overeengekomen in het kader van het collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg.

#### 2.1.3.

Het Pensioenfonds stelt zich ten doel de bescherming van de werknemers, van gewezen werknemers en van hun nagelaten betrekkingen (deze groep tezamen hierna ook: de deelnemers) tegen de financiële gevolgen van ouderdom, invaliditeit en overlijden. Hiertoe int het Pensioenfonds geldelijke bijdragen (premies) van de werkgevers, laat zij deze gelden beheren, en kent zij daaruit uitkeringen toe bij ouderdom, invaliditeit en overlijden van de deelnemers. Zowel de inning van premies als de toekenning van uitkeringen geschiedt volgens het pensioenreglement van het Pensioenfonds.

#### 2.1.4.

De premies komen deels ten laste van de werknemers en deels ten laste van de werkgevers. De omvang van de premies is afhankelijk van het loon van de werknemers en van de levensverwachting van de deelnemers.

De verhouding tussen enerzijds de totale activa van het Pensioenfonds, berekend op basis van de marktwaarde, en anderzijds de totale pensioenverplichting (hierna: de dekkingsgraad) aan het einde van een boekjaar van het Pensioenfonds is bepalend voor de mate waarin pensioen kan worden uitgekeerd. Wanneer zich een situatie van 'onderdekking' voordoet, wordt een premieopslag van maximaal 2,5 percent van de werkgevers gevorderd. Wanneer zich een situatie van 'overdekking' voordoet, kunnen de premies worden gematigd.

#### 2.1.5.

De aan de deelnemers vanaf pensioendatum uit te keren pensioenen worden berekend op basis van het gemiddeld verdiende loon van de werknemers en hun aantal dienstjaren bij de werkgevers ('middelloonstelsel'). De dekkingsgraad is bepalend voor de mate waarin opgebouwde aanspraken kunnen worden geïndexeerd. Indien de dekkingsgraad onvoldoende is, kunnen pensioenaanspraken en ingegane pensioenen worden verminderd, maar alleen nadat besloten is tot vordering van de hiervoor in 2.1.4 bedoelde premieopslag. Wanneer de beleggingsinkomsten positief zijn, vallen de opbrengsten het Pensioenfonds toe. De deelnemers kunnen daarop geen aanspraak maken.

Pensioenaanspraken en ingegane pensioenen kunnen niet worden afgekocht. Indien een werknemer in dienst treedt van een niet bij het Pensioenfonds aangesloten werkgever voordat het pensioen is ingegaan, kunnen de tot dan toe opgebouwde aanspraken onder voorwaarden worden overgedragen aan een ander pensioenfonds.

#### 2.1.6.

Belanghebbende heeft ter zake van het beheer van het vermogen van het Pensioenfonds op aangifte omzetbelasting voldaan over het tijdvak juli 2009 en daarna tegen het voldane bedrag bezwaar gemaakt. Daarbij heeft zij zich op het standpunt gesteld dat dit beheer moet worden aangemerkt als het beheer van door een beleggingsfonds ter collectieve belegging bijeengebracht vermogen, dat op grond van artikel 11, lid 1, letter i, onder 3°, van de Wet is vrijgesteld van omzetbelasting.

#### 2.2.1.

Het Hof heeft geoordeeld dat het beheer van het vermogen van het Pensioenfonds niet van omzetbelasting is vrijgesteld omdat het Pensioenfonds niet een gemeenschappelijk beleggingsfonds is in de zin van artikel 11, lid 1, letter i, onder 3°, van de Wet in samenhang gelezen met artikel 135, lid 1, aanhef en letter g, van BTW-richtlijn 2006.

#### 2.2.2.

Het Hof heeft aan het hiervoor in 2.2.1 weergegeven oordeel – in navolging van partijen – ten grondslag gelegd dat het Pensioenfonds geen instelling is voor collectieve belegging in effecten in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten.

#### 2.2.3.

Naar het oordeel van het Hof kan voorts, gelet op de voorhanden zijnde gegevens, van het Pensioenfonds niet worden gezegd dat het dezelfde kenmerken vertoont als

een instelling voor collectieve belegging in effecten (hierna: een icbe) noch dat het dezelfde handelingen verricht of op zijn minst zodanig vergelijkbaar is dat het met een dergelijke instelling concurreert.

Aan dat oordeel heeft het Hof ten grondslag gelegd:

- 1) dat het Pensioenfonds niet opereert met het uitsluitende doel de collectieve belegging in effecten,
- 2) dat de rechten van deelneming niet op verzoek van de deelnemers ten laste van de activa van deze instellingen direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald,
- 3) dat de deelnemers niet zelf de beleggingsproducten van het Pensioenfonds bezitten, en
- 4) dat niet kan worden gezegd dat het risico bij deelneming enkel afhankelijk is van en wordt gespreid over een aantal beleggingen, dit gelet op:
  - i) de regeling omtrent de hiervoor in 2.1.4 bedoelde premieopslag,
  - ii) de afhankelijkheid van de deelnemers van derden omtrent de wettelijke vaststelling van de dekkingsgraad voor indexering van en het op niveau houden van de uitkering,
  - iii) het beperkt mogelijk zijn het aandeel bij uittrekking mee te nemen, en
  - iv) het fors beperkt zijn van het recht op uitkering in geval van (voortijdig) overlijden.

Aldus heeft een deelnemer naar het oordeel van het Hof een (in de tijd) begrensd recht op een pensioenuitkering en niet een vast recht op een deel van het vermogen.

In het perspectief van dat alles moet het ervoor worden gehouden, aldus nog steeds het Hof, dat het karakter van een instelling als het Pensioenfonds wezenlijk anders is dan dat van een (gemeenschappelijk) beleggingsfonds.

#### 2.3.1.

Het middel richt zich tegen de hiervoor in 2.2.1 en 2.2.3 weergegeven oordelen van het Hof en herhaalt daartoe – onder verwijzing naar hetgeen het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft overwogen in de punten 51 tot en met 59 van zijn arrest van 13 maart 2014, ATP PensionService A/S, C-464/12, ECLI:EU:C:2014:139, BNB 2014/207 (hierna: het arrest ATP) – het voor het Hof gehouden betoog dat, gelet op de omstandigheden van dit geval, belanghebbende recht heeft op toepassing van de vrijstelling van artikel 11, lid 1, letter i, onder 3°, van de Wet.

#### 2.3.2.

Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld.

Op grond van artikel 11, lid 1, aanhef en letter i, onder 3o, van de Wet is van omzetbelasting vrijgesteld het beheer van door beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen ter collectieve belegging bijeengebrachte vermogens. Met deze bepaling heeft de wetgever uitvoering gegeven aan artikel 135, lid 1, aanhef en letter g, van BTW-richtlijn 2006, op grond waarvan is vrijgesteld "het

beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen als omschreven door de lidstaten”.

Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moeten de lidstaten bij de selectie van de instellingen die zij als gemeenschappelijke beleggingsfondsen aanmerken de door de Uniewetgever voor de vrijstelling gebruikte bewoordingen eerbiedigen en moeten zij bij die selectie de doelstelling van de vrijstelling en het beginsel van fiscale neutraliteit in acht nemen (zie HvJ 9 december 2015, X, C-595/13, ECLI:EU:C:2015:801, BNB 2016/45 (hierna: het arrest X), punten 32 tot en met 34 en punten 36 en 37 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Icbe's zijn volgens die rechtspraak in ieder geval gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Bovendien moeten beleggingsfondsen die geen icbe's zijn maar dezelfde kenmerken vertonen als deze instellingen en dus dezelfde handelingen verrichten, als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden aangemerkt, evenals beleggingsfondsen die op zijn minst zodanig vergelijkbaar zijn met deze instellingen dat zij ermee concurreren, mits ook deze fondsen aan bijzonder overheidstoezicht zijn onderworpen (zie het arrest X, punten 47 en 48 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

In dit verband heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat sprake is van een gemeenschappelijk beleggingsfonds, wanneer personen rechten van deelneming in dat fonds hebben gekocht, het rendement van de aldus gedane belegging afhankelijk is van de resultaten van de beleggingen door de beheerders van het fonds in de periode waarin zij deze rechten van deelneming aanhielden, en de deelnemers winstgerechtigd zijn of het risico dragen dat verbonden is aan het beheer van het fonds. Volgens deze criteria kunnen naar het oordeel van het Hof van Justitie ook (bedrijfs)pensioenfondsen als gemeenschappelijk beleggingsfonds worden aangemerkt wanneer zij worden gefinancierd door de pensioenontvangers, het spaargeld wordt belegd volgens het beginsel van risicospreiding en het beleggingsrisico wordt gedragen door de leden van het pensioenfonds (zie het arrest ATP, punten 51 en 59).

### 2.3.3.

Uit de hiervoor in 2.1.1 tot en met 2.1.5 vermelde feiten volgt dat het risico dat de deelnemers dragen bij de beleggingen van het Pensioenfonds en de doorwerking van het resultaat daarvan in de hoogte van hun pensioenuitkeringen niet van voldoende betekenis is om deze gelijk te stellen met het risico dat deelnemers van een icbe dragen. De hoogte van de pensioenuitkeringen die de deelnemers ontvangen, wordt in beginsel immers niet bepaald naar gelang de resultaten van de beleggingen van het Pensioenfonds, maar naar gelang het aantal dienstjaren bij de werkgevers en het bedrag van het gemiddeld verdiende loon (vgl. HvJ 7 maart 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees Ltd*, C-424/11, ECLI:EU:C:2013:144, V-N 2013/28.17, punt 27). Eventuele reserveringen ten gevolge van meevallende beleggingsresultaten komen (uiteindelijk) ten goede aan de – collectiviteit van de – deelnemers, maar ook in dat geval worden de (aanspraken op de) pensioenuitkeringen berekend aan de hand van het aantal dienstjaren en het gemiddeld verdiende loon van de individuele werknemers en niet naar de vermeerdering van het vermogen van het Pensioenfonds.

Aan het oordeel dat een beleggingsrisico van voldoende betekenis ontbreekt, doet niet af dat niet is uitgesloten dat de pensioenaanspraken en de ingegane pensioenen niet worden geïndexeerd, dan wel worden verminderd. Dit risico is van een andere orde dan het risico dat deelnemers van een icbe op hun ingelegde gelden dragen als gevolg van tegenvallende beleggingsresultaten. Laatstgenoemd risico zal zich immers direct vertalen in een vermindering van de waarde van de deelgerechtigdheid.

#### 2.3.4.

Gelet op hetgeen hiervoor in 2.3.3 is overwogen, kan het Pensioenfonds niet als een gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van artikel 135, lid 1, aanhef en letter g, van BTW-richtlijn 2006 worden aangemerkt. Dit betekent dat het vermogen van het Pensioenfonds niet is een 'door een beleggingsfonds of beleggingsmaatschappij ter collectieve belegging bijeengebracht vermogen' als bedoeld in artikel 11, lid 1, aanhef en letter i, onder 3<sup>o</sup>, van de Wet. 's Hofs oordeel dat het beheer van het vermogen van het Pensioenfonds niet is vrijgesteld van omzetbelasting, is derhalve juist.

#### 2.3.5.

Op grond van hetgeen hiervoor in 2.3.3 en 2.3.4 is overwogen, faalt het middel.

### **3 Proceskosten**

De Hoge Raad acht geen termen aanwezig voor een veroordeling in de proceskosten.

### **4 Beslissing**

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie ongegrond.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.A.C.A. Overgaauw als voorzitter, en de raadsheren E.N. Punt, P.M.F. van Loon, L.F. van Kalmthout en M.E. van Hilten, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 9 december 2016.