

Pensioenfondsen en BTW – de stand van zaken

TPV 2015/5

1. Inleiding

In deze bijdrage besteden wij aandacht aan drie actuele onderwerpen die betrekking hebben op de BTW-positie van in Nederland gevestigde pensioenfondsen.

In de eerste plaats gaan wij in op de ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) met betrekking tot het al dan niet kwalificeren van pensioenfondsen als gemeenschappelijk beleggingsfonds. Het betreft het arrest PPG Holdings B.V. (hierna: het PPG-arrest of de PPG-zaak) van 18 juli 2013,² het arrest Wheels Common Investment Fund Trustees (hierna: het Wheels-arrest of de Wheels-zaak) van 7 maart 2013³ en het arrest ATP PensionService A/S (hierna: het ATP-arrest of de ATP-zaak) van 13 maart 2014.⁴ In deze arresten komt de vraag aan de orde of bepaalde diensten die worden verricht aan pensioenfondsen (of 'trusts'⁵ in het geval van de Wheels-zaak) omdat die taken hebben uitbesteed, belast zijn met BTW. Uit deze arresten blijkt dat het type pensioenregeling van groot belang is.⁶ Wij zullen daarom ook stilstaan bij de verschillende typen pensioenregelingen en de BTW-gevolgen voor dienstverlening aan pensioenfondsen in dat verband (onderdeel 3).

In de PPG-zaak komt bovendien de vraag op of een werkgever die de kosten draagt voor de uitvoering van de pensioenregeling en de bedrijfsvoering van het pensioenfonds recht op aftrek van voorbelasting heeft. Volgens de belastingautoriteiten bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting omdat deze kosten zonder vergoeding zijn doorgeleid naar het pensioenfonds. De aftrek van voorbelasting door de werkgever vormt het tweede centrale onderwerp van ons artikel (onderdeel 4).

Het derde onderwerp dat wij bespreken, betreft de afschaffing van de zogenaamde koepelvrijstelling voor de

BTW (omzetbelasting)⁷ voor pensioenuitvoering met ingang van 1 januari 2015.⁸ Als gevolg hiervan moeten veel samenwerkingsverbanden van pensioenfondsen die zich bezig houden met pensioenuitvoering per 1 januari 2015 ineens BTW berekenen over de aan het pensioenfonds in rekening gebrachte kosten voor pensioenuitvoering. Voorheen maakten zij gebruik van de koepelvrijstelling waardoor zij geen BTW hoefden te berekenen aan de deelnemende pensioenfondsen. Bij pensioenadministratie valt volgens de toelichting op de wijziging van het Uitvoeringsbesluit OB 1968 te denken aan de financiële administratie, het beheer van gegevens en aanspraken, het vaststellen en innen van premies en het vaststellen en uitbetalen van pensioenen (onderdeel 5).^{9, 10}

Voordat wij toekomen aan de behandeling van de drie onderwerpen, zullen wij voor het gemak van de lezer eerst een korte algemene inleiding geven tot de BTW-positie van pensioenfondsen (onderdeel 2). Wij sluiten af met een conclusie (onderdeel 6).

2. BTW-heffing van pensioenfondsen

Pensioenfondsen zijn ondernemers voor de BTW. BTW-ondernemers hebben in beginsel het recht om BTW in aftrek te brengen op door hen ingekochte goederen en diensten: het recht op aftrek van voorbelasting. Pensioenfondsen hebben echter grotendeels activiteiten die onder een BTW-vrijstelling vallen. Het gevolg van een vrijstelling is dat geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor kosten die rechtstreeks aan de vrijgestelde activiteiten zijn toe te rekenen. Er zijn ook vrijgestelde activiteiten van een pensioenfonds die wel recht op aftrek van voorbelasting geven voor kosten die daaraan rechtstreeks toerekenbaar zijn. Voor kosten die zowel betrekking hebben op activiteiten waarvoor wel recht op aftrek bestaat als activiteiten waar geen recht op aftrek van voorbelasting voor bestaat, dient een pro rata-percentage te worden toegepast, dat in beginsel wordt berekend op basis van omzet. In het navolgende gaan wij nader in op het BTW-ondernemerschap van pensioenfondsen en de toepassing van de BTW-vrijstelling op het grootste deel van hun activiteiten.

1 Mr. dr. R.M.J.M. de Greef is advocaat pensioenrecht en financieel recht alsmede fiscalist bij Houthoff Buruma. Tevens is hij redacteur van *TPV*. Mw. mr. dr. M.M.W.D. Merckx is werkzaam voor het Wetenschappelijk Bureau van Deloitte Belastingadviseurs BV en als docent en onderzoeker verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg van de Universiteit van Tilburg.

2 HvJ EU 18 juli 2013, C-26/12, PPG Holdings BV, V-N 2013/48.17.

3 HvJ EU 7 maart 2013, C-424/11, Wheels Common Investment Fund Trustees, V-N 2013/28.17.

4 HvJ EU 13 maart 2014, C-464/12, ATP PensionService A/S, BNB 2014/207.

5 Wij gaan ervan uit dat een trust een vergelijkbare positie inneemt met een pensioenfonds. Voor de toepassing van de vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen is de rechtsvorm bovendien niet relevant.

6 In het ATP-arrest was sprake van een pensioenregeling volgens het defined contribution systeem. In *Wheels* ging het om een regeling volgens het defined benefit systeem. De vraag doet zich dan voor of de arresten ook betrekking kunnen hebben op andere soorten pensioenregelingen, zoals CDC-regelingen.

7 Art. 11 lid 1 onderdeel u Wet op de omzetbelasting 1968, jo. art. 9 lid 3 Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 jo. art. 9a Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968.

8 Wijziging van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968, *Stcrt.* 2014, 18872.

9 Besluit van 1 juli 2014, IZV 2014/183, Wijziging van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968, artikelsgewijze toelichting op art. 1, *Stcrt.* 2014, 18872.

10 Hierbij merken wij op dat de financiële administratie ingevolge art. 9 lid 1 sub f Uitvoeringsbesluit OB 1968 naar onze mening al buiten het bereik van de koepelvrijstelling viel vóór 1 januari 2015.

2.1 **Activiteiten pensioenfondsen en ondernemerschap: uitgaande diensten**

Pensioenverzekeringen

Een pensioenfonds verricht verschillende activiteiten. De primaire activiteit van een pensioenfonds betreft het in ruil voor een te betalen premie voorzien in pensioenen voor haar deelnemers. Deze activiteit is te bestempelen als een verzekeringsactiviteit, welke is vrijgesteld van omzetbelasting op grond van art. 11 lid 1 onderdeel k Wet OB 1968.

Investerings

Een pensioenfonds doet daarnaast diverse investeringen om haar verplichtingen richting de deelnemers na te komen. Het kan daarbij zowel gaan om investeringen in onroerend goed als investeringen in aandelen, obligaties en andere effecten. Bij investeringen in onroerend goed dat wordt geëxploiteerd/verhuurd is ingevolge art. 7 lid 2 onderdeel b Wet OB 1968 sprake van BTW-ondernemerschap. Het enkel verwerven, houden en verkopen van aandelen, obligaties of andere effecten vormt echter geen economische activiteit en leidt derhalve in beginsel niet tot BTW-ondernemerschap. In bepaalde gevallen kunnen deze activiteiten echter wel leiden tot BTW-ondernemerschap. Dit is het geval indien een van de hierna genoemde situaties zich voordoet:

1. de activiteiten vinden plaats met het oog op de directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen;¹¹
2. de activiteiten vinden plaats in het kader van een bedrijfsmatig handelen in effecten;¹²
3. de activiteiten vormen het rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de ondernemersactiviteiten.¹³

Bij pensioenfondsen zal de situatie zoals onder 1 beschreven zich nagenoeg niet voordoen wanneer het gaat om het beleggen van de door deelnemers ingelegde premies. Mogelijk kunnen de activiteiten van het pensioenfonds kwalificeren als activiteiten die plaatsvinden in het kader van een bedrijfsmatig handelen in effecten. Daarvoor zullen op zeer regelmatige basis effecten moeten worden aan- en verkocht met het oog op het behalen van een voordeel. In ieder geval kunnen de investeringsactiviteiten van het pensioenfonds naar onze mening worden gezien als een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de ondernemersactiviteiten. Het doen van de investeringen is noodzakelijk om te voldoen aan de verplichtingen die het pensioenfonds is aangegaan richting de deelnemers. Anderzijds zijn het de gelden die worden ontvangen in het kader van de ondernemersactiviteiten, de premies, die worden gebruikt om de investeringen te doen.^{14, 15}

Net als de verzekeringsactiviteiten zijn handelingen inzake aandelen, obligaties en andere effecten vrijgesteld van BTW (art. 11 lid 1 onderdeel i onder 2 Wet OB 1968). Verhuur van onroerend goed is eveneens een vrijgestelde activiteit (art. 11 lid 1 onderdeel b Wet OB 1968). Onder bepaalde voorwaarden is het echter mogelijk dat huurder en verhuurder opteren voor een BTW-belaste verhuur (art. 11 lid 1 onderdeel b onder 5 Wet OB 1968), in welk geval de exploitatie van onroerend goed een belaste prestatie vormt. Op de positie van pensioenfondsen die onroerend goed exploiteren gaan wij niet specifiek in.¹⁶

Vrijstelling voor activiteiten pensioenfondsen

De conclusie luidt dus dat een pensioenfonds volledig als belastingplichtige in de zin van de BTW-Richtlijn en daarmee als ondernemer in de zin van de Wet OB moet worden aangemerkt. Wel is een groot aantal activiteiten van het pensioenfonds vrijgesteld van BTW, zodat het pensioenfonds geen BTW in rekening hoeft te brengen over de voor die activiteiten ontvangen vergoedingen, zoals pensioenpremies, rentes en verkoopopbrengsten. Een ander gevolg van de toepassing van vrijstellingen, is dat geen recht op aftrek van BTW bestaat voor in verband met die vrijgestelde activiteiten gemaakte kosten. Ten aanzien van financiële handelingen die zijn vrijgesteld op grond van art. 11 lid 1 onderdeel i, j en k Wet OB 1968, bestaat echter een belangrijke uitzondering op dit punt. Indien de afnemer van een financiële handeling namelijk een buiten de EU woonachtig of gevestigd persoon is, bestaat op grond van art. 15 lid 2 onderdeel c Wet OB 1968 wel recht op aftrek van voorbelasting ondanks het feit dat de handelingen zijn vrijgesteld. Indien pensioenfondsen dus bijvoorbeeld aandelen verkopen aan buiten de EU gevestigde personen is dit wel een handeling waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Pensioenfondsen hebben dan ook vaak deels recht op aftrek van voorbelasting op algemene kosten (de zogenoemde pro rata).

2.2. **Uitbesteding vermogensbeheer: inkomende diensten**

Algemeen

Door vrijwel alle pensioenfondsen in Nederland wordt het vermogensbeheer uitbesteed. De dienstverlening op dit vlak betreft bovendien een belangrijke – zo niet de belangrijkste – kostenpost van een pensioenfonds. Aangezien een pensioenfonds voor het grootste deel vrijgestelde prestaties verricht, heeft dit, zoals hiervoor geconcludeerd, tot gevolg dat aan het pensioenfonds in rekening gebrachte BTW voor een groot deel niet in aftrek kan worden gebracht, indien een pensioenfonds een dienst afneemt van bijvoorbeeld een externe vermogensbeheerder.

11 HvJ EU 20 juni 1991, C-60/90, FED 1991/633 (*Polysar*) en HvJ EU 14 november 2000, C-142/99, V-N 2000/53.17 (*Floridienne/Berginvest*).

12 HvJ EU 20 juni 1996, zaak C-155/94, *Welcome Trust Ltd.*, FED 1996/577.

13 HvJ EU 11 juli 1996, C-306/94, *BNB 1997/38 (Régie Dauphinoise)*.

14 In dat verband is de situatie vergelijkbaar met die in *Régie Dauphinoise*.

15 Aldus ook Joep Swinkels, 'Retirement Funds and VAT', *International VAT Monitor* January/February 2007, section 3.2.3 and 3.3.

16 In dit kader loopt nog een procedure die gaat over de vraag of een beleggingsfonds dat enkel belegt in onroerende goederen kan kwalificeren als gemeenschappelijk beleggingsfonds en of als dit het geval is, de feitelijke exploitatie van de onroerende goederen kwalificeert als 'beheer' van dit gemeenschappelijk beleggingsfonds, zie HR 1 november 2013, 11/04540. De procedure is bij het HvJ EU bekend onder het nummer C-595/13 en de naam *Fiscale eenheid X*.

De dienst van de vermogensbeheerder is overigens belast in het land waar de afnemer, het pensioenfonds, is gevestigd. Zowel indien gebruik wordt gemaakt van de diensten van een buitenlandse beheerder als wanneer gebruik wordt gemaakt van de diensten van een Nederlandse beheerder is bij vermogensbeheer voor een Nederlands pensioenfonds in principe BTW verschuldigd in Nederland. In geval van een buitenlands vermogensbeheerder is het het pensioenfonds dat deze BTW moet voldoen op grond van de verleggingsregeling, art. 12 lid 2 Wet OB 1968. Nederlandse pensioenfondsen dienen erop bedacht te zijn dat zij deze BTW ook daadwerkelijk aangeven en voldoen. Dit wordt in de praktijk wel eens 'vergeten'.

De vraag is echter of de dienst van een externe vermogensbeheerder wel belast is met BTW of dat hiervoor een vrijstelling geldt. Bij de beantwoording van deze vraag is van belang een onderscheid te maken tussen het soort vermogensbeheer dat de derde verzorgt, namelijk een onderscheid tussen individueel- en collectief vermogensbeheer.

Individueel vermogensbeheer

Wanneer een pensioenfonds zijn vermogensbeheer uitbesteedt aan een derde voor *individueel* vermogensbeheer is de aan het pensioenfonds verrichte dienst vrijgesteld. Uit de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat het vermogen van een institutionele belegger zoals een pensioenfonds moet worden aangemerkt als individueel vermogen.¹⁷ Aangezien individueel vermogensbeheer belast is, zal een vermogensbeheerder BTW in rekening brengen. Deze BTW zal het pensioenfonds echter grotendeels niet in aftrek kunnen brengen vanwege haar vrijgestelde activiteiten.

Collectief vermogensbeheer

Kwalificeert de geleverde dienst van de vermogensbeheerder aan het pensioenfonds als *collectief* vermogensbeheer, dan is de dienst vrijgesteld van omzetbelasting op grond van art. 11 lid 1 onder i ten derde, Wet OB.¹⁸ Er is dan geen BTW verschuldigd door het pensioenfonds (verlegging), noch door de beheerder. Zoals gezegd is de Nederlandse wetgever echter van mening dat in het geval van een pensioenfonds sprake is van individueel vermogensbeheer. Anders is dit overigens volgens de Staatssecretaris van Financiën wanneer pensioenfondsen hun vermogen onderbrengen in een afzonderlijk gemeenschappelijk fonds, het zogenoemde asset pooling. In dat geval kan wel worden gesproken van collectief vermogen.¹⁹ Uit de hierna te bespreken arresten *PPG*, *Wheels* en *ATP* blijkt echter dat het uitgangspunt van de Staatssecretaris van Financiën dat in geval van een pensi-

oenfonds sprake is van individueel vermogensbeheer, slechts ten dele juist is.

3. Collectief of individueel vermogen bij een pensioenfonds

De PPG- en Wheels-zaak

In de Nederlandse *PPG*-zaak heeft Hof Leeuwarden op 3 januari 2012 prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU²⁰ om over het standpunt van de Nederlandse wetgever dat in geval van een pensioenfonds sprake is van individueel vermogensbeheer duidelijkheid te krijgen. In het *PPG*-arrest heeft het HvJ EU geen direct antwoord gegeven op deze vraag, maar verwezen naar zijn arrest van eerdere datum, het *Wheels*-arrest.

In de *Wheels*-zaak oordeelde het HvJ EU dat pensioenfondsen die een pensioenregeling volgens het defined benefit principe (DB-regeling)²¹ uitvoeren niet kwalificeren als een gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van art. 13B sub d punt 6 Zesde Richtlijn (Richtlijn 77/388/EEG).²² De reden daarvoor is dat deelnemers in een DB-regeling niet het risico dragen dat is verbonden aan het beheer van het beleggingsfonds waarin de activa van een pensioenregeling zijn ondergebracht. De hoogte van het pensioen is namelijk vooraf vastgesteld naargelang het aantal dienstjaren bij de werkgever en het bedrag van het loon en derhalve geenszins afhankelijk van de waarde van de activa van de pensioenregeling en de resultaten van de door de beheerders verrichte beleggingen. Ook vanuit het oogpunt van de werkgever verschilt een pensioenregeling zoals aan de orde in de *Wheels*-zaak van een instelling voor collectieve belegging. Voor de werkgever in kwestie zijn de bijdragen aan de pensioenregeling namelijk een middel om zijn wettelijke verplichtingen jegens zijn werknemers na te komen.

Omdat het HvJ EU in het *PPG*-arrest ten aanzien van de prejudiciële vraag met betrekking tot de kwalificatie van het pensioenfonds als gemeenschappelijk beleggingsfonds heeft verwezen naar de *Wheels*-zaak, heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn uitspraak van 1 april 2014²³ naar aanleiding van de in de *PPG*-zaak gestelde prejudiciële vragen, op dit punt geen nadere uitspraken gedaan.

De ATP-zaak

Anders dan in de zaken *PPG* en *Wheels* gaat het in het *ATP*-arrest om een pensioenfonds waar de bijdragen die door de werkgever aan het pensioenfonds worden gedaan vaststaan, maar waarbij de uitkering afhankelijk is van het rendement van de beleggingen. In Nederland wordt een dergelijke regeling beschouwd als een defined contribution regeling, ook wel bekend als DC-regeling of

17 Kamerstukken II 1989/90, 21607, 3, p. 3-4.

18 Deze vrijstelling is gebaseerd op art. 13B sub d punt 6 Zesde Richtlijn (Richtlijn 77/388/EEG), thans art. 135 lid 1 onderdeel g BTW-Richtlijn (Richtlijn 2006/112/EEG).

19 Brief van de Minister van Financiën en de Staatssecretaris van Financiën van 18 oktober 2007, DGB2007/4884, V-N 2007/49.18. Laatstelijk bevestigd in de brief van 19 september 2014, DGB/2014/5116U, V-N 2014/52.14.

20 Hof Leeuwarden 3 januari 2012, 11/00010, V-N 2012/32.18.

21 Dat is een uitkeringsovereenkomst als bedoeld in art. 10 Pw.

22 Thans art. 135 lid 1 onderdeel g BTW-Richtlijn (Richtlijn 2006/112/EEG).

23 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, zaak 11/00010 t/m 11/00014, PJ 2014/99.

premieregeling (art. 23 Pw),²⁴ uitvoert. De vraag is wederom of het beheer van een pensioenfonds, is vrijgesteld van BTW-heffing. ATP is een in Denemarken gevestigde pensioenuitvoerder die diensten aanbiedt ten behoeve van pensioenfondsen. De diensten bestaan uit ICT-diensten, administratieve diensten en betalingsdiensten. ATP is niet betrokken bij de belegging van de premies. Dat doet het pensioenfonds zelf.

Ondanks dat ATP geen beleggingsdiensten verricht, heeft de verwijzende rechter onder meer een prejudiciële vraag aan het HvJ EU gesteld over de uitleg van het begrip 'gemeenschappelijke beleggingsfondsen'. ATP meende dat haar diensten onder die vrijstelling (art. 13B sub d punt 6 Zesde Richtlijn, thans art. 135 lid 1 onderdeel g BTW-Richtlijn) vallen.

De pensioenregeling die ATP uitvoerde was van het type, waarbij sprake is van een pensioenregeling tegen een (vaste) premie. Bij een dergelijke regeling liggen de risico's (met name het beleggingsrisico) geheel bij de werknemer. De enige verplichting van de werkgever betreft het betalen van de overeengekomen premie. De regeling bij ATP stond ook open voor zelfstandigen.

De verwijzende Deense rechter vraagt zich af of een pensioenfonds dat een regeling uitvoert zoals aan de orde in de ATP-zaak, aangemerkt kan worden als een collectief beleggingsfonds en vervolgens de activiteiten van ATP kunnen worden aangemerkt als beheer, zodat voor de diensten van ATP de BTW-vrijstelling voor collectief vermogensbeheer geldt. Indien geen gebruik gemaakt kan worden van deze vrijstellingsgrond, is de vraag of de diensten van ATP onder een andere BTW-vrijstelling zouden kunnen vallen, te weten de vrijstelling betreffende deposito's, rekening-courantverkeer, betalingen en overmakingen. Op de reikwijdte van die laatstgenoemde vrijstelling gaan wij niet in, omdat dit buiten het bestek van het onderwerp van dit artikel valt.

Het HvJ EU gaat in de zaak ATP in op het begrip 'gemeenschappelijke beleggingsfondsen'.²⁵ Aan dit begrip wordt in de Zesde Richtlijn (thans BTW-richtlijn) geen nadere invulling gegeven. Net als in eerdere arresten benadrukt het HvJ EU dat icbe-fondsen²⁶ in elk geval kwalificeren als gemeenschappelijk beleggingsfonds.²⁷ Ook fondsen die geen icbe 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, dienen als gemeen-

schappelijke beleggingsfondsen te worden aangemerkt. Het essentiële criterium is daarbij volgens het HvJ EU dat de activa van verschillende begunstigen worden samengevoegd, waardoor het risico van deze begunstigen kan worden gespreid over een aantal effecten. Bij de pensioenregelingen in de zaak ATP is daar volgens het HvJ EU aan voldaan. Anders dan in de pensioenregeling die aan de orde was in de zaak *Wheels*, wordt de pensioenregeling in de zaak ATP gefinancierd door de pensioenontvangers en dragen zij het investeringsrisico. Niet relevant is dat de bijdrage wordt betaald door de werkgever. De interventie van de werkgever doet niet af aan het feit dat bijdragen voor rekening van de pensioenspaarders worden betaald uit gelden waarop zij uit hoofde van hun arbeid recht hebben, noch aan het feit dat de pensioenspaarders het risico van aldus gedane investeringen dragen. Evenmin is van belang dat de bijdragen zijn vastgelegd in een collectieve arbeidsovereenkomst tussen werkgeversorganisaties en vakbonden of dat de werknemers de mogelijkheid hebben aanvullende bijdragen te storten. De wijze waarop het spaargeld van de pensioenontvangers wordt uitgekeerd (in de vorm van kapitaal dan wel een rente) heeft evenmin zijn weerslag op deze door het HvJ EU genoemde essentiële kenmerken van een gemeenschappelijk beleggingsfonds. Tot slot brengen het feit dat de bijdragen in de inkomstenbelasting aftrekbaar zijn en dat een verzekeringselement wordt toegevoegd het HvJ EU niet tot een ander oordeel, mits het verzekeringselement ondergeschikt is. Samengevat kwalificeert een pensioenfonds als een gemeenschappelijk beleggingsfonds als:

- het pensioenfonds wordt gefinancierd door de pensioenontvangers;
- het geld wordt belegd volgens het beginsel van risicospreiding; en
- het beleggingsrisico wordt gedragen door de leden van het pensioenfonds

Ook voor de invulling van het begrip 'beheer' uit de vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen sluit het HvJ EU aan bij de icbe-richtlijn. Ook hier is de icbe-richtlijn echter niet limitatief. Ook handelingen die niet in de bijlage van deze richtlijn worden genoemd kunnen kwalificeren als beheer.²⁸ De activiteiten van ATP waarbij zij de rechten van de leden van pensioenfondsen materialiseert door accounts aan te maken en de gestorte bijdragen op hun account in het systeem van de pensioenregelingen te boeken, kwalificeren als beheer. Het begrip beheer omvat mede diensten in verband met de boekhouding en de verstrekking van informatie over de rekeningen.

Opvatting staatssecretaris

Volgens de Staatssecretaris van Financiën valt het beheer van collectieve DB-regelingen ingevolge de zaken *Wheels* en ATP niet onder de BTW-vrijstelling voor gemeenschappelijk beleggen, terwijl het beheer van individuele DC-

24 Deze terminologie wordt echter in het arrest *ATP Pension Service* niet gebruikt.

25 Ook de in de MvA van de Wijziging van de Wet op de omzetbelasting 1968 wordt een definitie gegeven. Zie *Kamerstukken II 1989/1990, 21607, 3, p. 3-4*.

26 Dit betreft fondsen genoemd in Richtlijn 2009/65/EG van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), zoals in Nederland verankerd in de Wet financieel toezicht. In het tijdvak waarop de zaak ATP betrekking heeft gaat het nog om Richtlijn 85/611.

27 Zie o.a. HvJ EU 19 juli 2012, C-44/11, V-N 2012/42.15 (*Deutsche Bank*).

28 Zie voor de uitleg van het begrip beheer ook nog HvJ EU 7 maart 2013, C-275/11, V-N 2013/28.16 (*GjBk*).

regelingen daar volgens de staatssecretaris zonder meer onder valt.²⁹

De vraag die zich vervolgens voordoet is of collectieve DC-regelingen (de zogenoemde CDC-regelingen) het beleggingsrisico in voldoende mate neerleggen bij de (gevozen) deelnemers om ook in dat geval de vrijstelling voor het beheer van collectief bijeengebrachte vermogens deelachtig te kunnen worden. De staatssecretaris voelt daar niet zonder meer voor en laat dit oordeel afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval,³⁰ terwijl in de literatuur daar ook anders over wordt gedacht.³¹ Waar het natuurlijk om gaat is wat in een concreet geval onder 'CDC'-regeling wordt verstaan, met name welke risico's in welke mate in een dergelijke regeling bij de deelnemers worden gelegd.

Vanuit die redenering zou men zelfs kunnen betogen dat er ook voor DB-regelingen een vrijstelling zou moeten gelden indien vastgesteld kan worden dat de deelnemers de facto ook in dergelijke regelingen het beleggingsrisico dragen. De mogelijkheid tot afstempelen (art. 134 Pw) van pensioenregelingen indachtig, zou men tot die conclusie kunnen komen. Het onderscheid van de staatssecretaris tussen DB- (geen gemeenschappelijk beleggingsfonds) en DC-regelingen (wel een gemeenschappelijk beleggingsfonds) lijkt daarmee te rigide te zijn.

Inmiddels is overigens gebleken dat het standpunt van de Staatssecretaris van Financiën onverkort geldt voor het algemeen pensioenfonds (APF), waarvan het wetsvoorstel op 19 december 2014 naar de Tweede Kamer is gestuurd.

Overigens heeft Hof Den Haag meest recent geoordeeld dat het bedrijfstakpensioenfonds zorg en welzijn niet kwalificeert als gemeenschappelijk beleggingsfonds.³² Het hof overweegt hierbij:

“Niet kan worden gezegd dat de rechten van deelneming op verzoek van de houders ten laste van de activa van deze instellingen direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald. Weliswaar is [A] een instelling waarin een groot aantal beleggingen is samengevoegd en gespreid over verschillende waardepapieren, die doeltreffend worden beheerd met het oog op een optimaal resultaat en waarin de individueel belegde bedragen betrekkelijk klein zijn, en beheert dit fonds, zo nodig met behulp van buitenstaanders als belanghebbende, de beleggingen in eigen naam en voor eigen rekening, maar niet kan worden gezegd dat elke deelnemer, te weten de pensioengerechtigde, zelf de beleggingsproducten van het fonds bezit. Gelet op de voorhanden zijnde gegevens, in het bijzonder de rege-

ling omtrent de storting van mogelijk verschuldigde herstellpremies, 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, het beperkt mogelijk zijn het aandeel bij uittreding, bijvoorbeeld wanneer door een deelnemer van werkkring wordt veranderd, mee te nemen en het fors beperkt zijn van het recht op uitkering in geval van (voortijdig) overlijden, kan niet worden gesproken van begunstigen in de zin dat hun risico bij deelneming enkel afhankelijk is van en wordt gespreid over een aantal beleggingen. Een deelnemer in [A] heeft aldus een (in de tijd) begreemd recht op een pensioenuitkering en daarmee niet een vast recht op een deel van het vermogen. In het perspectief van dat alles, waaruit ook blijkt dat het verzekeringselement in de verplichtingen die [A] heeft ten overstaan van de deelnemers vooropstaat en de beleggingsresultaten in feite het doel dienen de verzekeringsuitkeringen mogelijk te maken, moet het ervoor worden gehouden dat het karakter van een instelling als [A] wezenlijk anders is dan dat van een (gemeenschappelijk) beleggingsfonds.”

Het hof legt in zijn oordeel niet alleen de nadruk op de vraag of de deelnemers het beleggingsrisico lopen. Het acht van belang of de deelnemer een recht heeft op het deel van het vermogen van het pensioenfonds of slechts recht heeft op een uitkering. Daarbij staat het verzekeringselement in deze pensioenregeling volgens het hof voorop. Het karakter van het pensioenfonds is volgens het hof bovendien wezenlijk anders van karakter van een (gemeenschappelijk) beleggingsfonds.

4. BTW-aftrek door de werkgever voor kosten van het pensioenfonds?

In de PPG-zaak is niet alleen de prejudiciële vraag omtrent de kwalificatie van het pensioenfonds als gemeenschappelijk beleggingsfonds aan de orde, maar komt tevens de vraag aan bod of de werkgever (PPG Holdings BV) de BTW op de kosten van diensten die betrekking hebben op het pensioenfonds, die hij voor zijn rekening had genomen, in aftrek mocht brengen op de door hem af te dragen BTW. De kosten zijn door de PPG Holdings BV betaald en niet doorberekend aan het pensioenfonds. Deze vraag gaat zelfs vooraf aan de vraag of de diensten waarvoor PPG heeft betaald, vallen binnen het bereik van de vrijstelling voor het beheer van collectieve beleggingsfondsen.

Voor het bestaan van het recht op aftrek is vereist dat een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de gemaakte kosten en één of meer in een later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat (de zogenoemde directe kosten). Indien een rechtstreeks verband met een bepaalde handeling in een later stadium niet bestaat, heeft de belastingplichtige toch recht op aftrek indien de kosten voor de betrokken diensten deel uitmaken van de *algemene kosten* van de belastingplichtige en als zodanig zijn opgenomen in de prijs van de door

29 Brief van 19 september 2014, DGB/2014/5116U, V-N 2014/52.14, punt 2.1 (DB-regelingen) en 2.2 (DC-regelingen).

30 Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 september 2014 aan de TK, kenmerk DGB/2014/5116 U.

31 Zie bijvoorbeeld F. Oomen en B. Moosdorff, 'Geen koepelvrijstelling meer, maar toch BTW-vrij inkopen?', *PM* 2014/5.

32 Hof Den Haag 5 december 2014, zaak 11-00508, ECLI:NL:GHDHA:2014:3990.

hem geleverde goederen of diensten. Er is namelijk een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen dergelijke kosten en de algehele economische activiteit van de belastingplichtige.

In het geval van PPG dient het HvJ EU, naar eigen zeggen, te onderzoeken of ondanks de omstandigheid dat het door PPG opgerichte fonds een juridisch van PPG Holdings afgescheiden entiteit vormt, het bestaan van het genoemde verband uit het geheel van omstandigheden van de betrokken transacties naar voren komt. Volgens het HvJ EU zijn de kosten van de administratieve diensten van de pensioenen van de werknemers en de kosten van de diensten van vermogensbeheer van het pensioenfonds algemene kosten van PPG. Door het fonds op te richten is PPG een wettelijke verplichting nagekomen die op haar als werkgever ruste. De belastbare activiteiten van PPG zijn de uitsluitende oorzaak van de afgenomen administratieve en vermogensbeheerdiensten.

In zijn einduitspraak in de zaak *PPG* bevestigt Hof Arnhem-Leeuwarden³³ het oordeel van het HvJ EU en komt het tot een BTW-aftrek voor PPG. Subsidiar door de inspecteur ingebrachte stellingen acht het hof tardief, omdat zij pas in een reactie op het oordeel van het HvJ EU door de inspecteur zijn ingenomen. De inspecteur heeft subsidiar twee stellingen ingenomen:

1. er is sprake van een belaste kostendoorbelasting aan het pensioenfonds;
2. de aftrek is uitgesloten op grond van het Besluit Uitsluiting Aftrek

Omdat verwacht kan worden dat deze stellingen, indien zij een kans van slagen hebben, in toekomstige situaties worden ingenomen door de Belastingdienst en de staatssecretaris beroep in cassatie heeft ingesteld tegen de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden, achten wij het zinvol om kort bij deze stellingen stil te staan.

Ad 1

Uit de feiten zoals die aan het HvJ EU zijn gepresenteerd blijkt dat de door PPG gemaakte kosten niet zijn doorbelast aan het pensioenfonds. Indien de kosten zouden zijn doorbelast, is naar onze mening sprake van een belaste prestatie en zou ook het recht op aftrek van PPG buiten kijf staan. Indien de kosten niet zijn doorbelast, waar het HvJ EU vanuit gaat, zou hooguit sprake kunnen zijn van een fictieve dienst door PPG aan het pensioenfonds. Ingevolge art. 4 lid 2 Wet OB 1968 is belast: het om niet verrichten van diensten door de ondernemer voor eigen privédoeleinden of voor privédoeleinden van zijn personeel, of, meer in het algemeen, voor andere dan bedrijfsdoeleinden. Naar onze mening kan niet worden gesproken van het verrichten van diensten door PPG ten behoeve van privédoeleinden van het personeel of voor andere dan bedrijfsdoeleinden. PPG handelt nu juist, zo is komen vast te staan in de procedure, voor bedrijfsdoeleinden.

Ook kan niet worden gesteld dat zij handelt ten behoeve van privédoeleinden van haar personeel, omdat zij zich door het oprichten van het pensioenfonds en het maken van kosten daarvoor kwijt van een verplichting die aan haar is opgelegd als werkgever.

Ad 2

Het BUA is van toepassing indien sprake is van een relatiegeschenk, gift of personeelsverstrekking. Art. 1 lid 2 BUA definieert relatiegeschenken en giften als: alle prestaties welke de ondernemer in verband met zakelijke verhoudingen of uit vrijgevigheid ten behoeve van anderen verricht zonder vergoeding of tegen een vergoeding welke lager is dan de aanschaffings- of voortbrengingskosten dan wel, in geval van diensten, de kostprijs van die prestaties de omzetbelasting niet daaronder begrepen. Om te kunnen spreken van een relatiegeschenk dient ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad sprake te zijn van een andere zakelijke verhouding tussen de betrokkenen als die in welk kader de verstrekking plaatsvindt. Giften zijn bedoeld ter bevoordeling aan de persoon aan wie zij worden verstrekt.³⁴ Naar onze mening is slechts sprake van één zakelijke relatie tussen het pensioenfonds en PPG, namelijk die in het kader waarvan PPG premies stort in het pensioenfonds en het pensioenfonds een pensioen voor de werknemers van PPG verzekert. Het dragen van de kosten van administratie en vermogensbeheer valt binnen het kader van die zakelijke relatie. Ook is geen sprake van het oogmerk van PPG om het pensioenfonds te bevoordelen. Zoals door het HvJ EU is vastgesteld heeft zij de kosten uitsluitend gemaakt in verband met haar eigen belastbare activiteiten. Van een personeelsverstrekking kan naar onze mening bezwaarlijk worden gesproken. Het BUA vereist dat de verstrekking plaatsvindt aan het personeel. Dit impliceert naar onze mening dat het gaat om verstrekkingen die het personeel rechtstreeks toekomen. In casu is hooguit sprake van een niet-rechtstreekse verstrekking.

Conclusie

Uit de zaak *PPG* volgt dat de werkgever de BTW kan aftrekken indien hij kosten van administratie en vermogensbeheer van een ondernemingspensioenfonds voor zijn rekening neemt, ook al vormt dat pensioenfonds een afzonderlijke entiteit. Doorbelasting van deze kosten aan het pensioenfonds is daarvoor niet vereist en is ook ongunstig, omdat de doorbelasting naar onze mening in principe een belastbare prestatie is en het pensioenfonds in de regel een beperkt recht op aftrek heeft. Om tot recht op aftrek te concluderen moeten wel per geval alle omstandigheden in overweging worden genomen. Vastgesteld moet worden of de kosten uitsluitend hun oorzaak vinden in de belastbare handelingen van de betreffende werkgever, zodat een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de gemaakte kosten en de algehele economische activiteit van de werkgever kan worden vastgesteld. Ook zullen het contract en de factuur op naam van de werkgever moeten staan. Bovendien is het

³³ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, 11/00010 t/m 11/00014, V-N 2014/30.2.3.

³⁴ Zie HR 29 april 1987, 23731, BNB 1987/205.

maar de vraag of werkgevers gelet op andere regelgeving, de kosten als die aan de orde waren in PPG in de praktijk altijd kunnen dragen.

5. Vervallen koepelvrijstelling

De afschaffing van de BTW-koepelvrijstelling voor pensioenuitvoering/administratie met ingang van 1 januari 2015 is een gegeven.³⁵

De BTW-koepelvrijstelling zoals bedoeld in art. 11 lid 1 onderdeel u Wet OB³⁶, geldt voor diensten van samenwerkingsverbanden van vrijgestelde BTW-ondernemers, zoals pensioenfondsen. Onder voorwaarden mag het samenwerkingsverband (de koepelorganisatie) vrijgesteld van BTW diensten verrichten voor zijn leden. De koepelvrijstelling mag niet worden toegepast als het gevolg daarvan is dat sprake is van ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen. Volgens de Staatssecretaris van Financiën is dat het geval wanneer het gaat om diensten van pensioenuitvoering door koepelorganisaties. Het gaat dan om diensten bestaande uit het voeren van de financiële administratie, het beheer van gegevens en aanspraken, het vaststellen en innen van premies en het vaststellen en uitbetalen van pensioenen. Daarnaast vallen hieronder de activiteiten die rechtstreeks verband houden met de genoemde administraties, zoals het opstellen van rapportages aan externe toezichthouders en het voldoen aan de door de toezichthouder opgelegde verplichtingen met betrekking tot (ex-)deelnemers als ook het (desgevraagd) aanleveren van de deelnemersgegevens aan maatschappelijk relevante instellingen. De concurrentieverstoring is de reden die wordt aangevoerd om de koepelvrijstelling af te schaffen.³⁷ Hoewel het vervallen van de koepelvrijstelling tevens een belangrijke pijler is van de overheidsfinanciën voor de komende jaren (€ 110 mln. structureel per jaar aan belastingopbrengst).³⁸

De vraag is nu of het inderdaad zo is dat pensioenuitvoerders na het vervallen van de koepelvrijstelling massaal BTW moeten gaan betalen over de verrichte diensten van pensioenadministratie.

Uit de zaak ATP blijkt dat het begrip 'beheer' een ruime betekenis heeft.³⁹ Ook diensten in verband met de boekhouding en het verstrekken van informatie over de rekeningen valt onder het begrip beheer, aldus het HvJ EU. Bij een dergelijke ruime uitleg van het begrip beheer vallen pensioenadministratiediensten wellicht (voor een deel) onder de vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

Zoals in onderdeel 3 uiteengezet, kan een pensioenfonds daarnaast onder omstandigheden worden aangemerkt als een collectief beleggingsfonds. Onder een individuele DC-regeling is dat volgens de staatssecretaris in elk geval zo.

Ook hoeft geen BTW in rekening te worden gebracht indien sprake is van een fiscale eenheid voor de BTW tussen het pensioenfonds en diens uitvoerder. Daarvan is sprake indien organisaties

1. financieel (meer dan 50% van de aandelen direct of indirect in bezit bij rechtspersonen met een in aandelen verdeeld kapitaal), economisch en organisatorisch verweven zijn;
2. alle partijen ondernemer zijn voor de BTW; en
3. alle partijen in Nederland zijn gevestigd.

Dat is met name het geval bij de destijds (begin van deze eeuw) ontzafte pensioenfondsen (de zelfadministrerende pensioenfondsen die hun uitvoeringsbedrijf 'op afstand' hebben gezet door dit juridisch te scheiden van het pensioenfonds). Vaak zijn de pensioenfondsen nog aandeelhouder gebleven of op andere wijze nauw verbonden met de pensioenuitvoerder. In zo'n geval kan sprake zijn van een fiscale eenheid voor de BTW.

Ten slotte wordt in de literatuur ook wel getwijfeld aan het antwoord op de vraag of het gelet op Europese jurisprudentie wel is toegestaan om de koepelvrijstelling als zodanig voor pensioenuitvoering af te schaffen. Volgens Schrauwen, Verbaan en Makkus volgt uit het arrest *Taksatorringen*⁴⁰ van het HvJ EU dat per geval dient te worden beoordeeld of sprake is van een concurrentieverstoring, in welk geval de koepelvrijstelling niet zal gelden. Indien de groepering erin slaagt hun leden als klant te behouden, ongeacht enige belasting of vrijstelling, kan niet worden aangenomen dat onafhankelijke marktdeelnemers door de aan die groeperingen verleende vrijstelling van de markt worden uitgesloten. Volgens de auteurs zullen pensioenfondsen en/of pensioenverzekeraars blijven samenwerken op het gebied van de pensioenuitvoering, los van elke BTW-heffing of BTW-vrijstelling. De reden daarvoor is omdat zij bepaalde kwaliteitseisen omtrent de dienstverlening willen waarborgen. Als dit daadwerkelijk het geval is, lijkt ingevolge de zaak *Taksatorringen* de afschaffing van de koepelvrijstelling voor pensioenuitvoering in zijn algemeenheid niet in lijn met de Europese jurisprudentie.⁴¹

6. Conclusies

In dit artikel zijn wij ingegaan op drie belangrijke ontwikkelingen betreffende de BTW-positie van pensioenfondsen:

35 Wijziging van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968, *Stcrt.* 2014, 18872.

36 Art. 11 lid 1 onderdeel u Wet op de omzetbelasting 1968, jo. art. 9 lid 3 Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 jo. art. 9a Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968.

37 Opvallend is overigens dat er kennelijk in het verleden geen sprake was van concurrentieverstoring.

38 Toelichting bij Wijziging van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968, *Stcrt.* 2014, 18872.

39 Dit blijkt overigens ook uit de zaak HvJ EU *Gbfk*, reeds aangehaald.

40 HvJ EU 20 november 2003, C-8/01, V-N 2003/63.11.

41 M.C. Schrauwen, J. Verbaan & E.J. Makkus, 'De BTW-koepelvrijstelling – het kind van de rekening', *WFR* 2014/529.

1. de ontwikkelingen in de jurisprudentie;
2. BTW-af trek voor de werkgever; en
3. de afschaffing van de koepelvrijstelling.

Een pensioenfonds is ondernemer voor de Wet OB, maar heeft doorgaans slechts een beperkt recht op aftrek van voorbelasting, omdat voor de meeste van zijn activiteiten een BTW-vrijstelling geldt.

Doordat het recht op aftrek van voorbelasting is beperkt, is het interessant indien voor het vermogensbeheer van het pensioenfonds door een extern beheerder de vrijstelling voor beheer van collectieve beleggingsfondsen van toepassing is. De zaak *ATP* geeft daartoe de mogelijkheid indien het pensioenfonds voldoet aan drie voorwaarden:

- het pensioenfonds wordt gefinancierd door de pensioenontvangers;
- het geld wordt belegd volgens het beginsel van risicospreiding;
- het beleggingsrisico wordt gedragen door de leden van het pensioenfonds.

Volgens de Staatssecretaris van Financiën voldoen individuele DC-regelingen aan deze voorwaarden, terwijl DB-regelingen niet aan deze voorwaarden voldoen. Bij CDC-regelingen moet volgens de staatssecretaris worden oordeeld of zij vergelijkbaar zijn met individuele DC-regelingen, waardoor de vrijstelling binnen bereik komt voor beheersdiensten. Naar onze mening dient echter van geval tot geval bepaald te worden of sprake is van een collectief beleggingsfonds aan de hand van de door het HvJ EU geformuleerde voorwaarden en is het onderscheid dat de staatssecretaris maakt te rigide.

De tweede ontwikkeling waar wij op ingegaan zijn, is dat het HvJ EU in de *PPG*-zaak aangeeft dat de werkgever een recht op aftrek van voorbelasting heeft indien hij kosten die betrekking hebben op het pensioenfonds voor zijn rekening neemt. Ook dit is gunstig indien de werkgever wel, maar het pensioenfonds niet een volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft. Om de vraag te beantwoorden of een werkgever recht op aftrek van voorbelasting heeft, moet per geval worden vastgesteld of de kosten uitsluitend hun oorzaak vinden in de belastbare handelingen van de betreffende werkgever, zodat een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de gemaakte kosten en de algehele economische activiteit van de werkgever kan worden vastgesteld.

De derde ontwikkeling, het vervallen van de koepelvrijstelling, leidt in principe tot belastingheffing van BTW tussen de pensioenuitvoerder en de pensioenfondsen die bij deze pensioenuitvoerder zijn aangesloten over de kosten voor het voeren van de pensioenadministratie. Indien en voor zover deze diensten echter zijn vrijgesteld, bijvoorbeeld als gevolg van het feit dat sprake is van beheer van het pensioenfonds als gemeenschappelijk beleggingsfonds, maakt het vervallen van de koepelvrijstelling in zoverre geen verschil; er hoeft dan om andere redenen geen BTW ingehouden en afgedragen te worden. De zaak

ATP biedt hiertoe de ruimte door een ruime interpretatie van het begrip 'beheer'.

Indien sprake is van een fiscale eenheid voor de BTW tussen de entiteiten binnen een koepelorganisatie, dan hoeft er eveneens geen BTW ingehouden en afgedragen te worden over de binnen het samenwerkingsverband verrichte diensten. Er dient echter wel voldaan te zijn aan de voorwaarden voor een fiscale eenheid, waaronder het vereiste dat het pensioenfonds voor meer dan 50% een belang heeft in de pensioenuitvoerder.

Tot slot is het maar de vraag of de generieke afschaffing van de koepelvrijstelling voor pensioenuitvoering wel in lijn is met de Europese jurisprudentie.