

Til
Jesper Wang-Holm
Tinna Bohn Voigt
Betina Schack Adler Kristensen
Karin Rasmussen

Skattestyrelsen
Østbanegade 123
2100 København Ø

Høringsvar - udkast til styresignal om definition af begrebet "investeringsforeninger"

Forsikring & Pension har modtaget og gennemgået Skattestyrelsens udkast til styresignal om definitionen af begrebet "investeringsforeninger", som fremgår af momsfrigørelsen i momslovens § 13, stk. 1, nr. 11, litra f).

Vi er meget overraskede over, at Skattestyrelsen på nuværende tidspunkt – 5 år efter EU-Domstolens dom vedrørende det danske pensionssystem i sag C-464/12, ATP PensionService – tilsyneladende ser bort fra indholdet af denne dom, og udarbejder definitioner på baggrund af ikke-bindende guidelines fra momskomiteen og en dom fra EU-Domstolen i sag C-424/11, Wheels, der blev afsagt ét år tidligere end dommen vedrørende ATP PensionService.

Ud over manglende henvisninger til dommen vedrørende ATP PensionService, er vi af den opfattelse, at indholdet af udkastet til styresignalet i øvrigt er problematisk af følgende grunde:

1. Skattestyrelsen overser, at der i sagen vedrørende ATP PensionService er gjort endeligt op med de danske pensionsordninger
2. Rækkevidden af EU-Dommen vedrørende Wheels overfortolkes
3. Guidelines fra momskomiteen kan ikke tillægges vægt
4. Arbejdsrapporten fra EU-kommissionen og guidelines er taget ud af deres kontekst
5. Begrebet "risiko" har en anden betydning end Skattestyrelsen lægger op til
6. Guidelines fra momskomiteen er unuanceret gengivet

I dette høringssvar redegør vi nærmere for hvert af disse punkter i detaljer. I beskrivelserne inddrager vi elementer fra det dokument om det danske pensionssystem, som vi sendte til Skattestyrelsen den 10. december 2018, da indholdet af dokumentet ser ud til ikke at have givet Skattestyrelsen anledning til overvejelser. Vi vedlægger dette dokument som bilag 1, og anser det som en del af høringssvaret, da pointerne stadig er relevante.

03.05.2019

Forsikring & Pension
Philip Heymans Allé 1
2900 Hellerup
Tlf.: 41 91 91 91
fp@forsikringogpension.dk
www.forsikringogpension.dk

Torsten Schiøler
Chefkonsulent, cand. polit.
Dir. 41 91 90 94
tsc@forsikringogpension.dk

Vores ref. tsc
Sagsnr. GES-2014-00171
DokID 381864

Konklusionen af vores gennemgang er, at udkastet til styresignal ikke kan offentliggøres i dets nuværende form. Vi bidrager gerne med yderligere forklaringer/udbygninger m.v., hvis Skattestyrelsen ønsker dette.

Forsikring & Pension

Vores ref. tsc
Sagsnr. GES-2014-00171
DokID 381864

1. Retspraksis og fortolkninger

De konkrete bemærkninger er en blanding af citater og vores betragtninger/fortolkninger. Citater vil være gengivet med kursiv, og i visse tilfælde markeret med overstregning af os. Hvis der er huller i sammenhængen mellem enkeltafsnit af citaterne, vil vi anføre det med [...].

Betragtninger/fortolkninger vil være anført med sædvanlig skrifttype.

1.1 Skattestyrelsen overser, at der i sagen vedrørende ATP PensionService er gjort endeligt op med danske pensionsordninger

EU-Domstolen afsagde den 13. marts 2014 dom vedrørende ATP PensionServices leverancer til pensionsinstitutter som PensionDanmark, PBU, og Industriens Pension. Sagen var henvist af Østre Landsret, som havde bedt om en fortolkning af følgende spørgsmål, jf. dommens præmis 38:

Skal artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), i [sjette direktiv] fortolkes således, at begrebet »investeringsforeninger, således som disse er fastsat af medlemsstaterne« skal omfatte pensionskasser som de i hovedsagen omhandlede med følgende karakteristika, når medlemsstaten anerkender de i afsnit 2 i forelæggelseskendelsen [gengivet i denne doms præmis 19-24] angivne institutter som investeringsforeninger:

- a) *afkastet til lønmodtageren (pensionskunden) afhænger af afkastet af pensionskassens investeringer*
- b) *arbejdsgiveren skal ikke foretage supplerende indbetaling for at sikre pensionskunden et bestemt afkast*
- c) *pensionskassen investerer kollektivt de opsparede midler ud fra et princip om risikospredning*
- d) *den væsentligste del af indbetalingerne til pensionskassen beror på kollektive aftaler mellem arbejdsmarkedets organisationer, der repræsenterer de enkelte lønmodtagere og arbejdsgivere, og ikke på den enkelte lønmodtagers individuelle beslutning*
- e) *den enkelte lønmodtager kan individuelt beslutte at foretage yderligere indbetalinger til pensionskassen*
- f) *selvstændige erhvervsdrivende, arbejdsgivere og direktører kan vælge at indbetale pensionsbidrag til pensionskassen*
- g) *en forud fastsat del af den kollektivt aftalte pensionsopsparing for lønmodtagerne anvendes til en livsvarig livrente*
- h) *pensionskunderne afholder pensionskassens omkostninger*

i) indbetalinger til pensionskassen er fradragsberettiget inden for visse beløbsmæssige grænser i henhold til national indkomstskatteret

j) indbetalinger på en individuel pensionsordning, herunder på en pensionsordning oprettet i et pengeinstitut, hvor midlerne kan placeres i en investeringsforening, er fradragsberettiget i henhold til national indkomstskatteret i samme omfang som under litra i)

k) fradragsretten for indbetalinger under litra i) modsvares af beskattningen af udbetalinger, og

l) **de opsparede midler skal som udgangspunkt udbetales** efter pensionsalderens indtræden?

Forelæggelseskendelsen er dateret 8. oktober 2012. Følgende fremgår af forelæggelseskendelsen:

Det danske pensionssystem kan overordnet opdeles i tre søjler, hvor første søjle omfatter den lovbestemte pension (folkepension mv.), anden søjle omfatter supplerende arbejdsmarkeds-relaterede pensionsopsparinger, og tredje søjle omfatter supplerende individuelle pensions-opsparinger. Hvor den første søjle er skattefinansieret, er den **anden og tredje søjle (den supplerende pensionsopsparing) finansieret af den person, der skal have pensionen udbetalt (pensionskunden).**

Den supplerende pensionsopsparing (anden og tredje søjle) sker typisk ved løbende indbetalinger til en pensionsordning i et pensionsinstitut (herunder en pensionskasse) eller i et pengeinstitut. Ved arbejdsmarkedsrelaterede pensionsopsparinger (anden søjle) indbetaler arbejdsgiveren normalt pensionsbidraget på vegne af lønmodtageren til en pensionskasse, men det kan også være til et pengeinstitut.

En supplerende pensionsopsparing (anden og tredje søjle) er normalt bidragsdefineret, hvilket indebærer, at **størrelsen af pensionsbidraget er aftalt, hvorimod størrelsen af pensionsudbetalingen beror på dels størrelsen af det indbetalte beløb, og dels afkastet fra investeringen heraf (fratrasket omkostningerne forbundet med opsparingen).**

En supplerende pensionsopsparing vil typisk omfatte et eller flere af følgende elementer:

- **En livsvarig livrente**, der udbetales indtil pensionskundens død.
- En ratepension, der kan udbetales i rater fra pensionstidspunktet.
- En kapitalpension, der kan udbetales på en gang på pensionstidspunktet.

[...]

Ved en livsvarig livrente kan en pensionskunde fra pensionstidspunktet få et løbende pensionsbeløb udbetalt frem til sin død. **Dette beløb er beregnet ud fra dels den forventede gennemsnitlige levealder for pensionskunderne og dels det opsparede beløb på pensionstidspunktet.** En pensionskunde kan anvende opsparingen på en rate- eller en kapitalpension til at købe en livrente eller til at foretage et yderligere indskud på en eksisterende livrente.

Nødvendigheden af Østre Landsrets forelæggelseskendelse skyldes, at Landsskatterettens kendelse af 13. maj 2009 blev indbragt for domstolene. Der er således godt tre år fra indbringelsen til tidspunktet for selve forelæggelseskendelsen.

Forsikring & Pension

Vores ref. tsc
Sagsnr. GES-2014-00171
DokID 381864

Vi antager, at disse tre år blandt andet er blevet brugt af parterne på at fastlægge indholdet i forelæggelseskendelsen, herunder at udvælge og præsentere relevante dele af det danske pensionssystem for at kunne præsentere de karakteristika, som dette system og danske pensionsinstitutter/danske pensionsprodukter har.

Når forelæggelseskendelsen indeholder de ovenstående fakta – og spørgsmål 1 er stillet under den nævnte forudsætning om at afkastet til pensionstageren afhænger af pensionskassens afkast – skal det efter vores opfattelse ses som udtryk for, at parterne (Skatteministeriets repræsentant fra Kammeradvokaten og ATP PensionService/PensionDanmarks repræsentant) er enige om dette.

Følgende fremgår af præmis 51, 52, 53, 54 og 55 i dommen:

Det afgørende kriterium for en investeringsforening er, at flere kunders aktiver sammenlægges, hvilket gør det muligt at sprede disse kunders risiko på en række værdipapirer. Ifølge den forelæggende rets oplysninger synes dette at være tilfældet i hovedsagen, eftersom anden og tredje søjle i det danske pensionssystem finansieres af de personer, der skal have pensionen udbetalt. Østre Landsret har desuden anført i det første spørgsmåls litra c), at de omhandlede midler investeres ud fra et princip om risikospredning, og i dette spørgsmåls litra a), at investeringsrisikoen bæres af pensionskunderne.

I denne forbindelse skal der sondres mellem de i hovedsagen omhandlede investeringsforeninger og dem, der var omhandlet i Wheels-dommen. I den sag, der gav anledning til sidstnævnte dom, bar pensionskunderne således ikke den risiko, der var forbundet med forvaltningen af den investeringsfond, hvori pensionsordningens aktiver var samlet, idet pensionen var fastsat på forhånd i forhold til varigheden af ansættelsen hos arbejdsgiveren og lønnen, og idet de bidrag, som arbejdsgiveren indbetalte til pensionsordningen, udgjorde et middel for den pågældende til at opfylde sine retlige forpligtelser i forhold til sine ansatte (jf. Wheels-dommen, præmis 27-29). Som det er anført i denne doms præmis 51, er de i hovedsagen omhandlede pensionsordninger derimod finansieret af de personer, der skal have pensionerne udbetalt, ligesom det er disse personer, der bærer investeringsrisikoen.

Hvad angår fastlæggelsen af, om et institut udgør en investeringsforening, er det uden relevans, at arbejdsgiveren betaler bidragene. Arbejdsgiveren kan således være forpligtet til at overføre et beløb svarende til arbejdstagernes bidrag til pensionskassen. Et sådant materielt mellemlid ændrer ikke ved den omstændighed, at bidragene betales på pensionskundernes vegne med midler, som skal anses for at tilhøre dem på grund af det arbejde, de udfører, og at pensionskunderne bærer risikoen for de investeringer, der herved foretages. Østre Landsret har i denne forbindelse anført i det første spørgsmåls litra b), at arbejdsgiveren ikke er forpligtet til at foretage supplerende indbetalinger for at sikre pensionskunderne et bestemt afkast.

Den omstændighed, at størrelsen af indbetalingerne til pensionskassen beror på kollektive aftaler mellem arbejdsmarkedets organisationer, er ligeledes

uden relevans. Dette forhold ændrer nemlig ikke ved den omstændighed, at bidraget betales af arbejdstageren, eller i det mindste i dennes navn og på dennes vegne, eller ved, at arbejdstageren får afkastet af sine investeringer, ligesom den pågældende bærer risikoen herved. Det har endvidere ingen betydning, at arbejdstagerne har mulighed for at indbetale supplerende bidrag, eller at andre personer kan betale til pensionskassen via individuelle pensionsopsparinger.

Den måde, hvorpå pensionskunderne får udbetalt deres opsparing på pensionstidspunktet, hvad enten det er i form af en kapitalpension eller en livrente, berører heller ikke de væsentlige elementer ved den opsparing, der er foretaget i pensionskassen. Det drejer sig således om en forskel i metoden til beregning af opsparingen, og skift mellem de forskellige muligheder kan ganske enkelt ske ved en finansiel transaktion, således som generaladvokaten har anført i punkt 59 i forslaget til afgørelse.

Østre Landsrets spørgsmål til EU-Domstolen er stillet ud fra en forudsætning om, at afkastet til lønmodtageren (pensionskunden) afhænger af afkastet af pensionskassens investeringer. I behandlingen af sagen bruger EU-Domstolen denne forudsætning til at nå en konklusion om, at investeringsrisikoen dermed bæres af pensionskunderne.

Disse væsentlige præmisser (38 og 53) fra EU-Domstolens dom om ATP Pension-Service er helt fraværende i det foreliggende udkast til styresignal til trods for, at følgende fremgår af juridisk vejledning, afsnit D.A.5.11.9.2:

Med baggrund i EU-Domstolens dom i sag C-464/12, ATP PensionService A/S, anerkender SKAT, at pensionskasser som de i sagen omhandlede efter en konkret vurdering kan anses for at være en investeringsforening i momsmæssig forstand. Denne praksis finder både anvendelse på supplerende arbejdsmarkedsrelaterede pensionsopsparinger og supplerende individuelle pensionsopsparinger. Praksis finder anvendelse på arbejdsmarkedspensionskasser, andre pensionskasser og andre pensionsinstitutter.

Vi er opmærksomme på, at det intetsteds fremgår eksplicit, at der positivt er taget stilling til samtlige pensionsprodukter på det danske marked i forbindelse med sagen.

Som det fremgår af SKM2015.734.SKAT, endte nævnte Østre Landsretssag ikke med en dansk dom, men med at Skatteministeriet indgik forlig med de pågældende pensionsinstitutter, som altså var PensionDanmark, PBU, og Industriens Pension. Skatteministeriet må dermed have anerkendt disse institutter og deres produkter som investeringsforeninger.

Det nuværende udkast til styresignal kan læses således, at Skattestyrelsen nu forsøger at få afskåret andet end markedsrenteprodukter fra at kunne være omfattet af definitionen "investeringsforeninger". Markedsrenteprodukter er i vidt omfang først blevet markedsført i den sidste del af den årrække, som sagen vedrørende ATP PensionService drejer sig om. På baggrund af de produkter pensionsinstitutterne i forligskredsen må antages at have udbudt i den årrække sagen drejede sig om, tillader vi os at antage, at den problemstilling om investeringsrisikoen, som Skattestyrelsen rejser i udkastet til styresignalet tidligere har været

grundigt overvejet og fundet irrelevant både i forbindelse med forelæggelsen og det efterfølgende forlig.

Forsikring & Pension

For Forsikring & Pension er det derfor uforståeligt, at Skattestyrelsen nu – fem år efter dommen – for første gang i dette udkast til styresignal beskriver problemstillingen, og præsenterer det som en præcisering. Vi gør i den forbindelse opmærksom på, at tidligere versioner af udkastet til styresignalet, som har været i offentlig høring (og et enkelt alene i præhøring), ikke har adresseret dette emne.

Vores ref. tsc
Sagsnr. GES-2014-00171
DokID 381864

Efter vores opfattelse har EU-Domstolen og Østre Landsret allerede taget stilling til at pensionskunderne i danske pensionsinstitutter bærer investeringsrisikoen, og at udbetalingsmåden er irrelevant for den vurdering. Skattestyrelsen kan ikke administrativt ændre domstolspraksis.

1.2 Rækkevidden af EU-dommen vedrørende Wheels overfortolkes

EU-Domstolens dom vedrørende Wheels (sag C-424/11) blev afsagt 7. marts 2013, altså lidt mere end ét år tidligere end dommen vedrørende ATP PensionService. Domstolen har altså haft fakta fra Wheels-dommen til rådighed, da den afsagde dommen vedrørende ATP PensionService, og det danske pensionssystem. Alligevel ender de to domme med hver sin konklusion.

I dommen vedrørende ATP PensionService er der 12 referencer til Wheels-dommen. To af disse referencer vedrører sondringen mellem de danske pensionsordninger, og ordningerne i Wheels sagen (præmis 52 i ATP PensionService):

I denne forbindelse skal der sondres mellem de i hovedsagen omhandlede investeringsforeninger og dem, der var omhandlet i Wheels-dommen. I den sag, der gav anledning til sidstnævnte dom, bar pensionskunderne således ikke den risiko, der var forbundet med forvaltningen af den investeringsfond, hvori pensionsordningens aktiver var samlet, idet pensionen var fastsat på forhånd i forhold til varigheden af ansættelsen hos arbejdsgiveren og lønnen, og idet de bidrag, som arbejdsgiveren indbetalte til pensionsordningen, udgjorde et middel for den pågældende til at opfylde sine retlige forpligtelser i forhold til sine ansatte (jf. Wheels-dommen, præmis 27-29). Som det er anført i denne doms præmis 51, er de i hovedsagen omhandlede pensionsordninger derimod finansieret af de personer, der skal have pensionerne udbetalt, ligesom det er disse personer, der bærer investeringsrisikoen.

Det er EU-Domstolens forklaring af forskellen på dommen i Wheels-sagen, og det domstolen argumenterer sig frem til i ATP PensionService sagen. Det er således væsentligt for domstolen, at de danske pensionsordninger er finansieret af pensionskunderne, og at de bærer investeringsrisikoen.

Dette ses på ingen måde reflekteret i udkastet til styresignal, der ser ud til at bygge på en helt anden – og efter vores opfattelse forkert – fortolkning af Wheels dommen. I udkastet til styresignalet fremgår det under punkt 4.1:

Ved afgørelsen blev der lagt særlig vægt på, at de personer, der var omfattet af pensionsordningen, ikke bar den risiko, der var forbundet med forvaltningen af den investeringsfond, hvori pensionsordningens aktiver var samlet.

Arbejdsgiveren skulle således indbetale bidrag indtil et beløb, der var tilstrækkeligt til at sikre finansieringen af de resterende omkostninger i forbindelse med pensionsydelse.

Dette er ikke et citat fra dommen, men vi er enige i konklusionen. Den centrale præmis i dommen er efter vores opfattelse præmis 27:

Særligt bærer de personer, der er omfattet af en pensionsordning som den i hovedsagen omhandlede, ikke den risiko, der er forbundet med forvaltningen af den investeringsfond, hvori nævnte ordningsaktiver er samlet, til forskel fra de private investorer, som investerer deres formuer i et institut for kollektiv investering (jf. i denne retning Claverhouse-dommen, præmis 50). Mens den pension, der kan udbetales til en ansat, som er omfattet af en pensionsordning som den i hovedsagen omhandlede, på ingen måde afhænger af værdien af ordningens aktiver eller af resultaterne af de investeringer, der foretages af ordningsforvalterne, men er fastsat på forhånd i forhold til varigheden af ansættelsen hos arbejdsgiveren og lønnen, står det udbytte, som de personer, der køber andele i et institut for kollektiv investering, kan forvente, i forhold til resultatet af de investeringer, som fondsforvalterne har foretaget i den periode, hvori nævnte personer besidder disse andele.

Det engelske First-tier Tribunal (Tax Chamber) har i forbindelse med formuleringen af spørgsmålene til EU-Domstolen beskrevet ordningen således (dommens præmis 14):

- a) De pensionsydelse, som et medlem kan modtage, er defineret på forhånd i de juridiske dokumenter om ordningens oprettelse (ud fra en formel baseret på varigheden af medlemmets ansættelse hos arbejdsgiveren og medlemmets løn) og ikke ud fra værdien af ordningens aktiver.
- b) Arbejdsgiveren er forpligtet til at betale bidrag til ordningen.
- c) Kun ansatte hos arbejdsgiveren kan deltage i ordningen og opnå pensionsydelse i henhold til denne (en deltager i ordningen er herefter benævnt et »medlem«).
- d) En ansat kan selv bestemme, om han/hun vil være medlem.
- e) En ansat, som er medlem, er normalt forpligtet til at betale en procentdel af sin løn i bidrag til ordningen.
- f) Arbejdsgiverens og medlemmernes bidrag samles af ordningens formueforvalter i en pulje og investeres (almindeligvis i værdipapirer) med henblik på at tilvejebringe en fond, ud af hvilken ydelserne i henhold til ordningen betales til medlemmerne.
- g) Hvis ordningen har flere aktiver, end hvad der kræves til at finansiere de ydelser, som udbetales i henhold til ordningen, kan formueforvalteren og/eller arbejdsgiveren i henhold til ordningens betingelser og de relevante bestemmelser i national ret iværksætte en eller en kombination af følgende foranstaltninger: for det første nedsætte arbejdsgiverens bidrag til ordningen; for det andet overføre hele eller en del af afkastet af overskuddet til arbejdsgiveren; eller for det tredje forbedre ydelserne til ordningens medlemmer.

h) Hvis ordningen har færre aktiver, end hvad der kræves til at finansiere de ydelser, som udbetales i henhold til ordningen, er arbejdsgiveren normalt forpligtet til at dække underskuddet, og hvis arbejdsgiveren ikke gør dette, eller ikke kan gøre dette, nedsættes de ydelser, som medlemmerne modtager.

i) Ordningen giver medlemmerne mulighed for at indbetale supplerende frivillige bidrag («additional voluntary contributions» eller »AVC«), som ikke indehaves af ordningen, men overføres til en tredjepart til investering og udbetaling af supplerende ydelser på grundlag af denne investerings afkast (sådanne ordninger pålægges ikke moms).

j) Medlemmer har ret til at overføre deres opsparede ydelser i henhold til ordningen (værdiansat på grundlag af den aktuarmæssige værdi af disse ydelser på overførelstidspunktet) til andre pensionsordninger.

k) Arbejdsgiverens og medlemmernes bidrag til ordningen anses ikke for medlemmernes indtægt i forbindelse med medlemsstatens opkrævning af skat.

l) Pensionsydelser modtaget af medlemmerne i henhold til ordningen anses for medlemmernes indtægt i forbindelse med medlemsstatens opkrævning af skat.

m) Arbejdsgiveren, ikke ordningens medlemmer, bærer omkostningerne til honorarer for ordningens forvaltning?

I Wheels-sagen var fakta således, at de fremtidige pensionsydelser blev beregnet ud fra en formel, som indeholdt elementer som anciennitet og slutløn. Formlen afspejlede på ingen måde de løbende indbetalinger, der var foretaget til ordningen, eller afkastet af disse indbetalinger.

Arbejdsgiveren – en tredjemand i forhold til dem der nyder godt af pensionsordningen – var forpligtet til at indbetale bidrag, hvis aktiverne ikke dækkede over forpligtelserne. Hvis aktiverne oversteg forpligtelserne, kunne arbejdsgiveren stoppe med at indbetale, tage penge ud til sig selv, eller, som tredje mulighed, beslutte at give medarbejderne ekstra i pensionsydelser. Altså igen afhæng denne mulighed for stigning af en tredjemandsbeslutning. Hvis et medlem ville træde ud, havde medlemmet ikke et depot med en værdi, som vedkommende kunne tage med. Der skulle derfor en aktuarmæssig beregning af nutidsværdien af de fremtidige pensionsydelser til (formentlig ud fra løn og anciennitet på udtrædelsestidspunktet), for at opgøre det beløb, den ansatte skulle have med til en anden pensionsudbyder. Endelig afholdt og bar arbejdsgiveren omkostningerne til ordningens forvaltning.

Alle disse fakta har været væsentlige for domstolens konklusion, jf. i øvrigt også forklaringen i præmis 52 i dommen vedrørende ATP PensionService. Nuancerne fra Wheels-dommen, og forskellene i forudsætninger mellem de to sager synes at være forsvundet i udkastet til styresignalet.

1.3 Guidelines fra momskomiteen kan ikke tillægges vægt

The **VAT Committee** was set up under Article 398 of the VAT Directive to promote the uniform application of the provisions of the VAT Directive. **Because**

it is an advisory committee only and has not been attributed any legislative powers, the VAT Committee cannot take legally binding decisions. It can however give some guidance on the application of the Directive.

The VAT Committee also examines questions concerning the application of EU VAT provisions raised by the Commission or a Member State. As a result of the discussion, the VAT Committee may agree guidelines on specific matters.

Please bear in mind that guidelines issued by the VAT Committee are merely views of an advisory committee. They do not constitute an official interpretation of EU law and do not necessarily have the agreement of the European Commission. They do not bind the European Commission or the Member States who are free not to follow them.

Dette er de indledende bemærkninger fra den hjemmeside, som EU-kommissionen har sat op om moms-komiteen, og som indeholder link til arbejds-papirer og guidelines.

Vi hæfter os især ved, at det understreges, at moms-komiteen ikke kan tage juridisk bindende beslutninger, og at medlemsstaterne er frit stillet i forhold til at bruge de guidelines, der nogle gange bliver resultatet af drøftelserne på møderne.

Samtidig hæfter vi os ved, at det fremgår af de guidelines udarbejdet efter det 109. møde i moms-komiteén, som udkastet til styresignalet er baseret på, at

The VAT committee is of the almost unanimously view that [...]

“Almost Unanimously” er det udtryk som bruges, når 24-27 medlemslande har samme opfattelse.

Når man læser referatet af mødet, kommer det bag på en, at der er 24-27 medlemslande, der er af den opfattelse, som guidelines giver udtryk for. Som vi forstår proceduren i forbindelse med tilblivelsen af disse guidelines, er antallet udtryk for at “den der tier samtykker”. Det vil sige, at når guidelines sendes ud i høring, bliver lande der undlader at tage stilling, taget til indtægt for, at de accepterer.

På den baggrund kan vi bedre forstå, at disse guidelines generelt ikke er juridisk bindende, og at antallet der samtykker i det konkrete tilfælde er så højt. Der er forventeligt en del medlemsstater, for hvem spørgsmålet reelt er uinteressant, f.eks. fordi deres pensionssystemer ikke er specielt udviklede, eller fordi deres systemer ikke indeholder de problemstillinger, Holland adresserede i deres spørgsmål til behandling på moms-komiteen på 109. møde.

Dette faktum om tilblivelse og juridisk validitet af guidelines underbygger vores påstand om, at Skattestyrelsen burde ignorere de nævnte guidelines, fordi de ikke handler om det danske pensionssystem, men om det hollandske.

Det er dybt problematisk, at Skattestyrelsen alene på baggrund af nogle ikke-bindende udtalelser vælger rent administrativt at ændre den retspraksis, der er gældende på baggrund af EU-Domstolens dom vedrørende ATP PensionService og det efterfølgende forlig indgået mellem parterne.

Hvis der så i det mindste var en vis grad af sikkerhed for, at EU-kommissionens holdninger i diverse arbejdsrapporter og momsudvalgets guidelines er i overensstemmelse med den praksis, som EU-Domstolen må forventes at anlægge. Det er der imidlertid ikke sikkerhed for.

Der er således eksempler på, at drøftelser i momsudvalget efter en EU-dom efterfølgende viser sig at være helt forkerte, når EU-Domstolen får lejlighed til at udtale sig endnu engang om det pågældende eksempel.

Seneste eksempel på dette er guidelines fra det 102. møde (30. marts 2015), hvor momsudvalget behandler EU-Domstolens dom vedrørende Le Credit Lyonnais (sag C-388/11), baseret på EU-kommissionens arbejdsrapport nr. 841.

Ved EU-Domstolens dom vedrørende Morgan Stanley (sag C-165/17) bliver det klart, at de "almost unanimously" vedtagne guidelines er forkerte.

Andre medlemslande – f.eks. Holland – følger da heller ikke momsudvalgets guidelines på samme måde som Danmark i dette konkrete tilfælde. Efter vores oplysninger har Holland således netop udsendt retningslinjer om fortolkningen af "særlig statsligt tilsyn", som også blev drøftet på momsudvalgets 109. møde.

Holland mener ikke, at der er en forskel på, om en forvalter af en AIF har en registrering eller en tilladelse, jf. lovgivningen om forvaltning af alternative investeringsfonde. Dette lægger Skatteministeriet op til i udkastet til styresignalet skal udgøre en forskel i Danmark, netop med henvisning til guidelines.

Dette understreger vores pointe om, at Danmark skal ignorere momsudvalgets guidelines i dette konkrete tilfælde, endda fordi de tillægges en vægt de ikke kan tillægges, og som er baseret på en misforståelse af den kontekst, som drøftelsen i momsudvalget er startet i.

De emner fra møder i momsudvalget, som alle medlemslandene føler interesse i, kan efterfølgende blive inkluderet i Rådets gennemførelsesforordning 282/2011 (med senere tilpasninger). Andre retningslinjer har ingen virkning.

1.4 Arbejdsrapporten fra EU-kommissionen og guidelines er taget ud af deres kontekst

Udkastet til styresignal kan læses således, at Skatteministeriet på nuværende tidspunkt mener, at alle andre produkter i det danske pensionssystem end markedsrenteprodukter, reelt skal bedømmes på samme måde som pensionsordningerne i Wheels-dommen.

Fraværet af ATP PensionService kan efter vores opfattelse tilskrives, at Skatteministeriet læser baggrunden for diskussionen på det 109. møde i momsudvalget forkert. Skatteministeriet tager således de hollandske spørgsmål ud af kontekst, og misfortolker de efterfølgende udstedte guidelines fra komiteen.

Fakta er, at Holland – ikke Danmark – havde et ønske om at diskutere en problemstilling vedrørende pensionsordninger i momsudvalget.

Det hollandske pensionssystem er omhandlet i EU-Domstolens dom vedrørende PPG Holdings (sag C-26/12). EU-Domstolen konkluderede i sin dom af 18. juli

2013, at det hollandske pensionssystem skal anskues som det engelske, der blev behandlet i Wheels-dommen. Derfor kunne PPG Holdings' pensionskasse ikke sidestilles med en investeringsforening.

Efterfølgende har det været diskuteret i Holland (og der har været ført sager om det), hvorvidt en pensionsordning, hvor pensionsydelse udregnes på baggrund af ansættelse og anciennitet, kan anses for en investeringsforening, når arbejdsgiverens forpligtelser er skubbet over i fonden. Det hollandske retssystem var af den opfattelse, at sådanne pensionsfonde stadig ikke kunne sidestilles med investeringsforeninger, og parlamentet bad Finansministeriet undersøge, om dette var i overensstemmelse med EU-retten.

De hollandske myndigheders ønske om at undersøge dette spørgsmål tager udgangspunkt i, hvornår et DB-pensionssystem (et system hvor ydelsen er baseret på anciennitet og slutløn) reelt kan sammenlignes med et DC-pensionssystem, fordi den ansattes ydelser er afhængig af afkastet på investeringerne.

Hollænderne spørger i den forbindelse, hvor andre lande sætter grænsen mellem DB og DC.

Ifølge referatet fra det 109. møde, hvor emnet blev drøftet, ser det ikke ud til at Danmark har bidraget med en præsentation af, hvor Skatteministeriet/Skattestyrelsen, på baggrund af EU-Domstolens dom og det efterfølgende forlig vedrørende ATP PensionService, sætter grænsen mellem DB og DC. Dette ville ellers have været naturligt, givet at ATP PensionService omhandler det danske system. I referatet er der ingen konklusion på spørgsmålet, endside nogle konkrete retningslinjer.

EU-Kommissionens arbejdsrapport 936 giver tilsvarende ikke nogen konklusion på de hollandske spørgsmål. Det fremgår således af arbejdsrapporten (side 31/44):

The CJEU justified the difference in outcome mainly on the grounds that the investment risk was borne by different persons: "In Wheels [DB pension funds], the members of the scheme did not bear the risk arising from the management of the investment fund in which the scheme's assets were pooled, because the pension was defined in advance on the basis of length of service with the employer and the amount of the salary (...). By contrast, the schemes at issue [DC pension funds] (...) are funded by the persons to whom the retirement benefit is to be paid and those persons bear the investment risk".

EU-kommissionens svar på den hollandske problemstilling er følgende (side 32/44):

And secondly, where the financial risk of an investment is shared between the investors and some other party (e.g. the employer, or the fund itself) – that is, where the line between DB and DC schemes is less clear – the extent to which the investors can be said to bear the risk should be assessed on a case-by-case basis. A fund could only be qualified as a special investment fund for the purposes of Article 135(1)(g) of the VAT Directive if the risk is substantially borne by investors.

Kommissionens oplæg er således, at hvis risikoen er delt mellem et medlem i et pensionsinstitut og en tredjepart, skal det efter kommissionens opfattelse undersøges, om risikoen er substantielt båret af medlemmet i pensionsinstituttet. Det første punkt er derfor at fastslå, om risikoen er delt, og i den sammenhæng er det vigtigt stadig at huske udgangspunktet for undersøgelserne. Udgangspunktet for arbejdspapiret er en afklaring af, hvornår en DB-ordning reelt krydser grænsen og kan betragtes som en investeringsforening i momslovens forstand, fordi investeringsrisikoen ikke længere er arbejdsgiverens, men pensionsfondens eller måske pensionskundens. Se i denne sammenhæng illustrationen i vedlagte bilag 2.

I den kontekst er det logisk, at kommissionen konkluderer, at en væsentlig del af investeringsrisikoen skal ligge hos pensionskunden, for at DB-ordninger skal kunne behandles momsmæssigt som DC-ordninger, og have status at af være investeringsforeninger.

Skattestyrelsen bruger tilsyneladende nu arbejdspapiret til at konkludere, at DC-ordninger, hvor ydelsen er defineret ud fra medlemmets indbetaling gennem ansættelsesforløbet og afkastet af denne indbetaling, reelt er en DB-ordning.

En sådan konklusion giver arbejdspapiret efter vores opfattelse ikke grundlag for at drage, og da slet ikke, når Skattestyrelsen derved kommer i konflikt med både EU-Domstolens dom vedrørende ATP PensionService og Østre Landsrets opfattelse af det danske pensionssystem, samt Skattestyrelsens egen forklaring af indholdet i forliget, jf. juridisk vejledning, afsnit D.A.5.11.9.2.

1.5 Begrebet "risiko" har en anden betydning end Skattestyrelsen lægger op til

Skattestyrelsen definerer i udkastet til styresignalet, hvad der efter Skattestyrelsens opfattelse ligger i EU-Domstolens kriterie om, at investeringsrisikoen skal bæres af pensionskunderne:

*Ud fra **en almindelig sproglig fortolkning** må begrebet "risiko" være udtryk for sandsynligheden, for at en uønsket hændelse indtræffer.*

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at det momsretlige begreb "investeringsrisiko" derfor skal forstås som risikoen for at realisere et investeringsafkast, der er markant ringere end det forventede, herunder at afkastet af de enkelte investeringer kan blive negativt og dermed vil kunne indebære tab for investorkunden.

For en pensionskunde med en garanti om en vis minimumsrente/minimumsforrentning – eventuelt blot en minimumsrente/minimumsforrentning på 0 pct. – er der ingen risiko for tab af allerede foretagne indbetalinger på pensionsordningen, ligesom der heller ikke er risiko for tab af det afkast af investeringerne, som allerede er tilskrevet den pågældende pensionskundes depot.

Der er ingen steder grundlag for denne definition, og den er langt fra det EU-kommissionen har givet udtryk for i arbejdspapir 936 (side 14/44):

If the fund is a DC pension fund, the level of the contributions made to the fund (from employer and employee) is pre-defined but the retirement benefit

to be received by the employee will mainly depend on how well the investment performs [...]

Den er også langt mere detaljeret end EU-Domstolen har givet udtryk for i dommen vedrørende ATP PensionService, hvor Østre Landsrets formulering af spørgsmål fører til en konklusion fra domstolen (præmis 38 og 51):

a) afkastet til lønmodtageren (pensionskunden) afhænger af afkastet af pensionskassens investeringer

og i dette spørgsmåls litra a), at investeringsrisikoen bæres af pensionskunderne

Vi har tilsvarende undersøgt, om der er holdepunkter for Skattestyrelsens opfattelse i enten generaladvokaternes indstillinger eller EU-Domstolens domme i de øvrige sager, hvor dette kriterie er relevant (C-595/13, Fiscale Eenheid X; C-363/05, JP Morgan Claverhouse; C-169/04, Abbey National; C-275/11, GfBk; og C-8/03, BBL).

Ingen af disse domme indeholder den definition af begrebet risiko, som Skattestyrelsen nu lægger op til i udkastet til styresignalet.

I Fiscale Eenheid X bruger domstolen ordene "*deltagerne har ret til fortjenesten eller bærer den risiko der er forbundet med fondens forvaltning*", og "*investorerens fortjeneste i form af dividende afhænger af afkastet på de pågældende selskabers aktiver*" samt "*idet de sidstnævnte også drager fordel af andelens værdistigning*".

Investeringsinstitutter, der – uden at udgøre institutter for kollektiv investering som omhandlet i UCITS-direktivet – fremviser lignende kendetegn som disse og dermed foretager de samme transaktioner, eller i det mindste fremviser sammenlignelige træk i en sådan grad, at de konkurrerer med dem, skal ligeledes anses for investeringsforeninger. Dette følger f.eks. af EU-Domstolens dom vedrørende Fiscale Eenheid X.

Det er derfor også i forbindelse med risikobegrebet relevant at undersøge, hvad EU-Domstolen mener karakteriserer UCITS-investeringsinstitutter på dette område.

I Abbey National (sag C-169/04, præmis 61), GfBk (sag C-275/11, præmis 22), og BBL (sag C-8/03, præmis 42) bruger domstolen følgende definition:

"Med den kapital, som medlemmerne indbetaler ved køb af andele, opretter og administrerer investeringsinstitutterne nemlig for medlemmernes regning og mod vederlag porteføljer sammensat af værdipapirer"

Efter vores opfattelse skal begrebet "investeringsrisiko" ud fra de sidstnævnte tre domme forstås anderledes end Skattestyrelsen lægger op til. Også i pensionsordninger rummer det alle de situationer, hvor investeringerne sker for medlemmernes regning, med den kapital som medlemmet indbetaler, med den virkning at medlemmerne har ret til både gevinster og tab på de enkelte investeringer, og betaler omkostningerne forbundet med investeringerne.

At pensionskassen ud fra et garanteret grundlag på betryggende vilkår sammensætter sine porteføljer således, at der nærmest ikke er nogen risiko for et samlet tab på alle investeringer i porteføljen under ét på samme tid til gavn for pensionskunden ændrer ikke ved konklusionen om, at investeringerne grundlæggende er foretaget for pensionskundens regning, og ikke for pensionskassens.

I den forbindelse er det også væsentligt at genopfriske EU-Domstolens dom i sagen vedrørende JP Morgan Claverhouse, sag C-363/05, præmis 50:

[...] hvilket gør det muligt for private investorer at investere i en mere spredt portefølje og således mindske risikoen.

Det, at en porteføljeforvalter minimerer investeringsrisikoen, er således helt generelt et formål med kollektive investeringsinstitutter, og en afgørende del af begrundelsen for at opnå momsfrigørelse for omkostninger til den slags investeringsinstitutter.

Garanterede produkter administreres ved, at pensionskassen løbende tilbageholder noget af afkastet fra pensionskundernes midler som kollektive reserver. Dette sker ikke fordi pensionskassen selv kan og vil råde over afkastet, men som et udslag af kollektivitet, fordi der ikke er en 3. mand til at dække tab.

At begrebet risiko skal forstås som "regning" – altså for hvis regning en investering sker – er netop det, der er baggrunden for, at EU-Domstolen i ATP Pension-Service konverterer forudsætning 1a i Østre Landsrets spørgsmål, jf. dommens præmis 38 (afkastet til lønmodtageren afhænger af afkastet af pensionskassen investeringer), til en konstatering i præmis 51 om, at investeringsrisikoen bæres af pensionskunderne. Investeringerne foretages med andre ord for pensionskundernes regning.

Der er således intet i retspraksis der underbygger Skattestyrelsens holdning om, at der SKAL være risiko for at tabe værdien af depotet. Det afgørende er, at pensionsordningen er tegnet på et garanteret grundlag med betryggende vilkår, og finansieres af pensionskunderne, samt at investeringerne sker for pensionskundernes regning (og derfor blandt andet at pensionskunderne betaler omkostningerne forbundet med forvaltningen). Når disse betingelser er opfyldt, er der efter vores opfattelse tale om en DC ordning, der kan sammenlignes med aktiviteten i en UCITS investeringsforening.

Som beskrevet bruger EU-Domstolen begrebet "investeringsrisiko" som et udtryk for, at investeringen sker for pensionskundens regning (ret til afkast og betaling af omkostninger). Det er derfor den sondring, der er den væsentlige ved vurderingen af, hvem der bærer investeringsrisikoen.

1.6 Guidelines fra momskomiteen bruges unuanceret

Skattestyrelsen synes at bruge guidelines fra momskomiteen til at slå fast, at det kun er rene markedsrentepensionsordninger, hvor pensionskunden bærer investeringsrisikoen. Udkastet til styresignal indeholder i hvert fald ikke andre eksempler på ordninger, der kan sidestilles med den aktivitet, der foregår i en investeringsforening.

Det vil sige, at Skattestyrelsen gør sig til talsmand for, at alle andre pensionsordninger reelt ikke er DC-ordninger, men DB-ordninger i deres natur, og derfor reelt er sammenlignelige med dommen i sagen vedrørende Wheels.

Dette står i skærende kontrast til de forudsætninger, som Østre Landsret bad EU-Domstolen om fortolkningsbidrag ud fra. Det står efter vores opfattelse også i skærende kontrast til indholdet af EU-dommen og det efterfølgende forlig, da markedsrenteprodukter først er begyndt at vinde indpas i takt med de vigende rentesatser i det betryggende grundlag, som pensionsordninger skal tegnes under.

Det går efter vores opfattelse også langt ud over konteksten i den hollandske henvendelse, der afledte kommissionens arbejdsrapport nr. 936, som blev drøftet på momskomiteens 109. møde. Arbejdsrapporten er udarbejdet ud fra et spørgsmål om, hvornår DB-ordninger (ydelse beregnet ud fra slutløn og anciennitet) reelt er at sammenligne med DC-ordninger, fordi investeringen i den pågældende DB-ordning reelt sker for pensionskundernes regning.

Selv hvis arbejdsrapporten skulle omhandle spørgsmålet om, hvorvidt der i DC-ordningerne (hvor pensionsydelsen er beregnet ud fra forventninger til forrentningen af de indskudte midler) findes variationer, der reelt gør sådanne DC-ordninger til DB-ordninger, bliver arbejdsrapporten brugt nuanceret.

Der er således ingen tvivl om, at en sådan omklassificering af en DC-ordning til en DB-ordning vil kræve, at investeringerne klart og utvivlsomt foretages enten for pensionskassens eller en tredjemands regning. Udkastet til styresignal behandler ikke denne sondring og det er en samtidig en anden form for vurdering, end om man som pensionstager kan miste værdier, der er tilskrevet sit depot.

2. Defined Benefit ctr. Defined Contribution – de væsentlige forskelle

Skattestyrelsen lægger i styresignalet op til, at der skal anvendes en skala til at placere den enkelte pensionsordning som hhv. Defined Benefit (ikke investeringsforening) og Defined Contribution (investeringsforening). I den forbindelse synes Skattestyrelsen at være af den opfattelse, at ethvert element af garanti reelt udelukker en given pensionsordning fra at kunne sidestilles med aktiviteten i en investeringsforening.

Som analysen under punkt 1 viser, er der ikke støtte for et sådant synspunkt i retspraksis.

Anvendelsen af en skala og en case-by-case tilgang er unødvendig, da DB-ordninger og DC-ordninger er så fundamentalt forskellige, at det sjældent vil være vanskeligt at skelne.

Defined Benefit	Defined Contribution
Tilsagn om fremtidig ydelse er uafhængig af indbetaling og uafhængig af hvordan de underliggende investeringer udvikler sig	Fremtidig ydelse afhænger af størrelse på indbetaling og afkast
Omkostninger til ordningen betales af 3. mand	Omkostninger til ordningen dækkes af pensionskunden

Investeringerne sker for 3. mands regning	Investeringerne foretages for pensionskundens regning
Der er intet depot, og værdien af ordningen ved udtrædelse skal beregnes af en aktuar	Ordningen har en individuel værdi, der kan gøres op, og afkastet bliver løbende gjort op og indberettet.
Selvstændig regulering af solvens (IORP II)	Selvstændig regulering af solvens (Solvency II)

Forsikring & Pension

Vores ref. tsc
 Sagsnr. GES-2014-00171
 DokID 381864

De hybrider, som er drøftet på momskomiteens møde, er fødte Defined Benefit-ordninger, hvor arbejdsgiveren har overladt en del af risikoen til fonden i stedet for at bære den selv. Komiteens opsummering skal læses i denne kontekst, og hverken EU-kommissionens arbejdsrapport eller momskomiteens retningslinjer behandler fødte Defined Contribution-ordninger, hvor investeringerne foretages for medlemmernes regning, og hvor ordningerne er tegnet med et garanteret grundlag på betryggende vilkår.

Langt de fleste danske ordninger er Defined Contribution-ordninger, som opfylder de krav EU-Domstolen har stillet op i dommen vedrørende ATP PensionService, og derfor kan de sammenlignes med investeringsforeninger.

Vi henviser i denne sammenhæng igen til vores brev af 10. december 2018.

3. Afslutning

Som nævnt i indledningen, er Forsikring & Pension meget uenig i indholdet af styresignalet afsnit om, i hvilket omfang de danske pensionsprodukter opfylder betingelsen om, at investeringsrisikoen skal bæres af pensionstageren.

Vi har beskrevet, at uenigheden opstår af følgende årsager:

1. Skattestyrelsen overser, at der i sagen vedrørende ATP PensionService er gjort endeligt op med de danske pensionsordninger
2. Rækkevidden af EU-Dommen vedrørende Wheels overfortolkes
3. Guidelines fra momskomiteen kan ikke tillægges vægt
4. Arbejdsrapporten fra EU-kommissionen og guidelines er taget ud af deres kontekst
5. Begrebet "risiko" har en anden betydning end Skattestyrelsen lægger op til
6. Guidelines fra momskomiteen er unuanceret gengivet

I praksis er det i de fleste tilfælde enkelt at skelne mellem DB - og DC - ordninger, men Skattestyrelsen har med udkastet til styresignal lagt op til en sontring og kompleksitet, som er unødvendig og som ikke er i overensstemmelse med den foreliggende retspraksis.

Det vil være yderst u hensigtsmæssigt og administrativt tungt for såvel den danske pensionsbranche som for Skattestyrelsen med endnu en periode med usikkerhed, hvor retstilstanden, som ellers fastlagt ved EU-Domstolens dom vedrørende ATP PensionService og det tilhørende danske forlig, skal endeligt bekræftes ved domstolene.

Dette leder frem til, at udkastet til styresignalet efter vores opfattelse er uegnet til offentliggørelse i dets nuværende form.

Forsikring & Pension stiller sig gerne til rådighed for yderligere drøftelser, såfremt Skattestyrelsen ønsker dette.

Forsikring & Pension

Vores ref. tsc

Sagsnr. GES-2014-00171

DokID 381864

Med venlig hilsen

Torsten Schiøler

Vedlagt:

Bilag 1: "Nogle pointer i relation til pensionsselskabers SIF-status", F&P-notat af 10.12.2018 sendt til Skattestyrelsen.

Bilag 2: Illustration af DB ctr. DC - ordninger