

Direktør Merete Agergaard
Skattestyrelsen
Hannemanns Allé 25
2300 København S

Opfølgning på vores møde om moms på forvaltning af garanterede pensionsprodukter

Kære Merete

Jeg vender her tilbage til dig som opfølgning på vores møde om ATP-sagen torsdag den 26. november hos Jer på Hannemanns Allé¹.

Jeg er glad for, at vi fik lejlighed til at fremføre vores synspunkter på sagen, særligt i relation til jeres afvisning af, at garanterede pensionsprodukter kan være omfattet af momsfratagelsen, der udspringer af ATP-dommen.

Efter mødet har vi tænkt videre over, hvordan vi bedst kan følge op på jeres efterspørgsel efter at bringe nyt til bordet. Her har vi set nærmere på jeres argumentation for at kunne udelukke garanterede pensionsprodukter med støtte i EU-momskomitéens Guidelines - og hvorfor vi mener, at I har fortolket Guidelines forkert - og dermed alt for hårdt.

I sammenfattet form er vores synspunkter (svarende til afsnitsnummereringen):

1. Vi har den opfattelse, at en ny sag om danske pensionsprodukter ved EU-domstolen vil føre til, at ATP-dommen vil blive lagt til grund, og danske DC-ordninger, herunder med tilknyttede garantier, fortsat vil være anset for momsfratagne. Dette uanset diskussionen ført i EU's momskomite, som var foranlediget af blandt andet spørgsmål om hollandske DB- ordninger.
2. Skattestyrelsen har i sin vurdering stort set ikke anvendt ATP-dommen, som er den toneangivende dom for danske DC-ordninger. Man støtter sig i stedet til EU's Momskomité's Guidelines, som ikke har retskildeværdi, og tilsvarende til dialoger med Skateministeren og "andre".
3. Skattestyrelsen anvender imidlertid heller ikke Guidelines korrekt. "Hybride" produkter skal efter Guidelines vurderes på deres indhold af risiko, ikke udelukkes fra momsfratagelsen per se. Er DC-ordninger med garantier "hybride" i kraft af garantien, så skal også deres risikoinhold vurderes konkret.

¹ Ved mødet deltog Kent Damsgaard, Jan. V. Hansen og Torsten Schiøler fra F&P, Jon Johnsen, PKA, Karsten Kjeldsen, Lærernes Pension samt Merete Agergaard, Karin Degnbøel Thstrup og Jesper Wang-Holm fra Skattestyrelsen

14.12.2020

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. KED/tsc
Sagsnr. GES-2014-00171
DokID 415376

Guidelines inkl. forarbejder indikerer klart, at risikovurderingen foretages med udgangspunkt i gængse, standardiserede beregningsmetoder. Intet steds omtales behovet for eller anvendelsen af "en særlig momsretlig definition på risiko".

4. Styrelsens position resulterer i et helt selvskabt problem om den momsmæssige status i tilfælde af betingede garantier. Det kan næppe løses uden at skabe nye udfordringer. De ville forsvinde, hvis man i det mindste havde anvendt Guidelines korrekt. Vi ser frem til at få et nyt udkast til styresignal i høring.
5. Vi forventer, at en ny EU-sag vil bekræfte garanterede DC-ordningers generelle moms-fritagelse. Alternativt – og tættere på tankegangen i Guidelines – kunne udfaldet være, at der anvises kriterier for "tilstrækkelig" investeringsrisiko som udgangspunkt for medlemsstaternes case-by-case vurderinger, herunder for garanterede DC-ordninger. Skattestyrelsen vil således under alle omstændigheder blive underkendt, så sagsbehandling skal genoptages på nye præmisser. Derfor er der brug for en fortsat dialog, og herunder trepartsdrøftelser med Finanstilsynet for at finde en holdbar løsning.

1. Om vores syn på retsgrundlaget

EU-Domstolen har med ATP-dommen² taget stilling til det danske pensionsystem³ i afgørelsen om momsfritagelse for forvaltningsydelse. De danske pensionsinstitutters produkter er dermed som udgangspunkt omfattet af momsfritagelsen i det omfang, de opfylder betingelserne i dommen, først og fremmest ved at være pensionsordninger af typen defined contribution (bidragsdefinerede ordninger)⁴.

Den dialog, som over årsskiftet 2017-18 fandt sted i EU's momskomité vedrørende momsfritagne investeringsforeninger, var initieret af, at hollandske pensionselskaber, der udbyder ordninger af typen defined benefit (tilsagnsordninger)⁵ - og dermed ikke lever op til betingelserne i ATP-dommen, men i stedet som udgangspunkt er omfattet af Wheels-dommen⁶ - forsøgte at indfortolke "hybride" defined benefit produkter under momsfritagelsen. Synspunktet fik ikke medhold ved en hollandsk domstol, men det hollandske finansministerium forelagde desuden spørgsmålet for EU's Momskomité for at få yderligere sikkerhed.

Fra vores synspunkt er det afgørende, at Wheels-dommen og den derpå baserede hollandske afgørelse vedrører selskaber og produkter, der er væsensforskellige fra det danske marked. Udover den grundlæggende forskel på DC- og DB-ordninger, som momsretligt spiller direkte ind i de to EU-domme, er der forskelle på reguleringen og selskaberne, da de er underlagt forskellige EU-regelsæt (Solvens II henholdsvis IORP II).

Vi og vores rådgivere er derfor af den opfattelse, at hvis spørgsmålet om de danske produkters momsfritagelse for investeringsydelse blev ført ved en domstol, ville ATP-dommen blive lagt til grund, og de danske produkter altovervejende blive erklæret momsfritagne.

² Dom af 13.03.2014 i sag C-464/12, ATP PensionService,

³ Sagen gik herefter tilbage til Østre Landsret, hvor der blev indgået forlig med tre konkrete pensionsinstitutter omfattende garanterede såvel som ugaranterede pensionsprodukter

⁴ I det følgende blot benævnt DC-ordninger

⁵ I det følgende blot benævnt DB-ordninger

⁶ Dom af 7.03.2013 i sag C-424/11, Wheels Common Investment Fund Trustees and Others

2. Om vores syn på Skattestyrelsens tilgang til retsgrundlaget

Skattestyrelsen har konkluderet, at DC-pensionsprodukter omfattet af en garanti er udelukket fra momsfrigtagelsen: "Det er således Skattestyrelsens opfattelse, at en tilknyttet garanti vil være udtryk for, at pensionskunden ikke bærer investeringsrisikoen".

Denne konklusion baserer sig blandt andet på de Guidelines⁷, der er udarbejdet og (i varierende omfang) tiltrådt af EU's Momskomiteé, og som tager sit udgangspunkt i et Notat⁸, som EU-kommissionens juridiske tjeneste har udarbejdet.

Disse Guidelines (og dermed også Notatet) har ikke karakter af retskilde⁹, og ændrer altså ikke ved, at ATP- og Wheels-dommene er de centrale retskilder, som EU-domstolen vil forholde sig til, hvis sagen forelægges igen.

Vi mener derimod, at garanterede DC-pensionsprodukter med ret til bonus, som er reguleret under Solvens II og underlagt Finanstilsynets tilsyn må anses for at indeholde "tilstrækkelig" risiko til at være omfattet af momsfrigtagelsen, også jf. senere. Aktuelt er Finanstilsynet ved at nedjustere den maksimale grundlagsrente til reelt -0,5 pct. eller endnu lavere, hvilket illustrerer, at kunderne bærer en betydelig investeringsrisiko knyttet til retten til bonus. Disse produkter er efter deres natur som DC-ordninger omfattet af ATP-dommen, og det må være udgangspunktet, at de tilhørende garantier som altovervejende hovedregel påfører pensionsopspareren en investeringsrisiko i en sådan grad, at det kvalificerer til momsfrigtagelsen.

Dette i modsætning til DB-ordninger, hvor udgangspunktet, jf. Wheels-dommen er, at kunden ingen investeringsrisiko har, og hvor evt. ret til bonus, herunder i form af diskretionær forhøjelse af pensionstilsagnene i tilfælde af større investeringsafkast end forudsat, ikke ændrer grundlæggende ved ordningens natur.

3. Skattestyrelsen og Momskomiteéens Guidelines

Som nævnt i min indledning har vi efter mødet med jer overvejet, hvordan jeres position i forhold til garanterede DC-produkter egentlig hænger sammen med Guidelines fra EU's Momskomiteé.

Vi har ganske vist tidligere – herunder i vores høringssvar til jeres styresignal – kommenteret også på jeres anvendelse af Guidelines, men her er så den synsvinkel, som jeg, som omtalt i indledningen til mit brev, omtaler som et nyt bidrag fra vores side:

Skattestyrelsen har ud fra Guidelines konkluderet, at en garanti knyttet til en DC-pensionsordning er udtryk for, at pensionskunden ikke bærer investeringsrisikoen.

⁷ Guidelines resulting from the the 109th meeting, 1.12.2017, Document B, taxud.c.1(2018)3869725

⁸ Working Paper No 936, 9.11.2017, taxud.c.1(2017)6168695

⁹ "ATTENTION: Please bear in mind that guidelines issued by the VAT Committee are merely views of a consultative 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.

Reproduction of this document is subject to mentioning this caveat"

Styrelsen overholder dog ikke dette ufravigelige krav i sit styresignal SKM2019.548.SKTST

Forud for denne konklusion ligger en argumentation, der bygger på en særlig momsretlig definition af "risiko" – som I også var inde på ved vores møde. Det vender vi tilbage til.

Forsikring & Pension

Vores ref. KED/tsc

Sagsnr. GES-2014-00171

DokID 415376

Det relevante afsnit i Guidelines lyder:

"The VAT Committee is of the almost unanimous view that for hybrid pension funds containing element of both DC and DB pension funds to be seen as sufficiently comparable to UCITS and, therefore, qualify as special investment funds for the purposes of Article 135(1)(g) of the VAT Directive, it must be required that the investors bear themselves a substantial part of the risk connected with the pension fund" (vores udhævning)

I udgangspunktet forudsætter Guidelines altså, at der skal ske en konkret bedømmelse af risikofordelingen i "hybride produkter": Investor skal selv bære en væsentlig ("substantial") del af risikoen, hvis der skal være tale om momsfristagelse.

Guidelines – og det bagvedliggende Notat fra den juridiske tjeneste - omtaler ikke selv "garantier". Det er således ikke klart, om det i disse kilders tankeverden er opfattelsen, at en DC-pensionsordning med tilknyttet garanti kvalificerer som en "hybrid" ordning.

Det kan naturligvis afklares. Men lad os blot acceptere jeres præmis om, at DC-produkter kan karakteriseres som "hybrid funds" i og med, at de har tilknyttet en garanti.

Så skal der efter det ovenfor gengivne afsnit i Guidelines ske en konkret bedømmelse af, om investor, her pensionsopspareren, bærer en væsentlig del af investeringsrisikoen.

Men i stedet for at fastsætte konkrete kriterier for bedømmelse af risikofordelingen i disse produkter har Skattestyrelsen blot bestemt, at selve det forhold, der gør produkterne "hybride", nemlig garantien, udelukker dem fra momsfristagelsen.

Det er jo en fejltagtig forståelse af Guidelines. Det bliver mere tydeligt, når man går til "forarbejdet" til Guidelines, nemlig EU-kommissionens Notat:

"In particular, in a pension fund where there is a shift of the financial risk from the employer to the fund in itself, and where the beneficiaries of the investment (e.g. the employees) do not bear the risk, the fund could not be said to be comparable to UCITS, based on the existing case-law. In cases where the financial risk of an investment is shared between the investors and some other party (e.g. the employer, or the fund itself), the extent to which the investors can be said to substantially bear the risk (and thus be comparable to UCITS) should be assessed on a case-by-case basis." (vores udhævninger)

Uanset, at garantier som sådan ikke omtales i Notatet, kan dette citat dog tydeliggøre garantiens rolle i pensionsprodukter: Garantien er jo netop det instrument, som i aftalen med pensionskunden er bestemmende for, hvorledes investeringsrisikoen (og evt. levetidsrisiko) deles mellem kunden og pensionsinstituttet. Og det er så denne fordeling, som ifølge Guidelines skal underkastes en konkret (case-by-case) bedømmelse for at fastlægge, om produktet er momsfristaget.

Jeg må desuden fremhæve, at når EU-Kommissionen netop anvender udtrykket "financial risk of an investment" i denne forbindelse, så har tanken næppe været, at de enkelte medlemsstater hver især skal fastlægge en særlig momsretlig definition på risiko (i relation til fx hybride pensionsprodukter), men derimod, at den momsretlige bedømmelse helt konkret foretages ud fra en vurdering af investeringsrisikoens faktiske fordeling på pensionsopsparere og pensionsinstitut – ud fra gængse regneprincipper, som anvendes i reguleringen.

Der kan her fx tages udgangspunkt i de helt standardiserede, kvantitative beregninger, som i forvejen anvendes i danske pensionsinstitutter, som er omfattet af den finansielle regulering og af Finanstilsynet, og som reflekterer de reguleringsmæssige begrænsninger af den risiko, som pensionsinstitutterne selv må påtage sig.

I denne mere begrænsede kontekst er vores udgangspunkt derfor, at hvis man accepterer Styrelsens præmis, om at DC-ordninger med tilknyttet garanti er "hybride" produkter, og i øvrigt anvender Guidelines som de er tiltænkt, så kan pensionsprodukter med tilhørende garantier (betingede såvel som ubetingede), som efter dansk regulering er afgivet på et såkaldt betryggende grundlag, anses for at dele risikoen mellem pensionsinstitut og pensionskunde i et forhold, som muliggør momsfrigtagelse.

Subsidiært hertil vil vi så mene, at der ud fra en korrekt anvendelse af Guidelines på garanterede produkter skal ske en konkret bedømmelse af fordelingen af risikoen på pensionsinstitut og pensionsopsparere for de enkelte pensionsaftaler, baseret på garantiniveauet, de tilknyttede pensionsprognoser inklusive fordelingen på garanterede ydelser og bonus, den evt. kapital, som pensionsinstituttet skal holde for at udstede garantien, eventuelle vedtægtsmæssige begrænsninger på garantier udstedt af pensionsinstituttet og øvrige regulatoriske rammebetingelser. Eksempelvis er der tilfælde i branchen, hvor de garanterede ydelser er meget små i forhold til bonus, og hvor kapitalen helt åbenlyst er så lille, at den på ingen måde kan sikre en garanti.

En korrekt anvendelse af Guidelines ville i det mindste gøre op med en del af de uforståelige, urimelige og vanskeligt kommunikerbare konsekvenser for pensionssekskabernes medlemmer og kunder, som Styrelsen nuværende position indebærer, og som Jon Johnsen og Karsten Kjeldsen søgte at belyse på vores møde.

Jeg håber, at det med ovenstående står klart, at Styrelsens synspunkt om, at en hvilken som helst garanti diskvalificerer fra momsfrigtagelsen, ikke har nogen form for støtte i Styrelsens egne præmisser, nemlig guidelines og det forudgående notat fra kommissionen.

Anvendes disse præmisser derimod korrekt, er der mulighed for mere fornuftige løsninger, som kunne drøftes med branchen og Finanstilsynet¹⁰.

¹⁰ Skattestyrelsen anerkender allerede, at Finanstilsynets vurdering skal lægges til grund ved afgørelsen af, om underliggende investeringsenheder, der ikke er underlagt direkte tilsyn, alligevel kan anses for at opfylde betingelsen om at være underlagt statsligt tilsyn i relation til kriterierne for at opnå momsfrigtagelse

4. Collateral damage – om betingede garantier

Skattestyrelsens opfattelse fører – udover de problemer, som Jon Johnsen og Karsten Kjeldsen var inde på ved mødet – desuden til en helt selvskabt udfordring om forståelsen af betingede garantier.

Styrelsen står over for at tage stilling til om betingede garantier er "garantier" i styresignalets (SKM2019.548.SKTST) forstand. Her er ingen hjælp at hente i selve styresignalet, hvorfor denne kommende stillingtagen får karakter af en selvstændig afgørelse, som må forventes kommunikeret via et nyt styresignal efter forudgående høring.

På Styrelsens præmis om, at garantier som sådan diskvalificerer fra momsfrigørelsen, skal der foretages en kvalitativ bedømmelse, hvor der skal gives et overordnet svar, som enten er "ja" eller "nej".

Betingede garantier er betingede ved, at der stilles pensionsopsparer noget i udsigt, som pensionsinstituttet kan kalde tilbage på nogle forud aftalte forudsætninger om udviklingen i fx markedsrenteniveau og levetider.

Som vi nævnte på vores møde, behandles disse produkter, uanset deres faktiske værdi for kunden efter Finanstilsynets regler som ugaranterede produkter, og som sådan skal de behandles i beregningen af pensionstilsagnet og kommunikeret til kunden. Der findes et stort antal varianter heraf¹¹.

Med dette in mente giver det ingen mening at behandle betinget garanterede produkter på samme måde som de garanterede produkter, da det blot vil resultere i, at de to typer produkter momsmæssigt bliver behandlet lige forkert.

Omvendt synes det ud fra Styrelsens nuværende position at være vanskeligt at begrunde, at betingede garantier ikke diskvalificerer for momsfrigørelsen. Dette dilemma skyldes dog alene, at Styrelsens position er fejlagtig.

5. Det videre forløb

Vi er overbevist om, at Skattestyrelsen vil blive underkendt – i sidste ende ved EU-domstolen.

Hvad Domstolen i den forbindelse vil stille i stedet, er naturligvis usikkert. Vi og vores rådgiveres forventning er, som omtalt tidligere, at Domstolen når frem til, at DC-ordninger og DB-ordninger ligger så langt fra hinanden, at deres grundnatur som udgangspunkt er afgørende for den momsretlige bedømmelse, uanset tilstedeværelsen af garantier i DC-ordninger eller diskretionær bonus mv. i DB-ordninger – og at ATP-dommen vil være toneangivende for danske pensionsprodukter.

Men alternativt – og dermed tættere på opfattelsen i Guidelines – kunne man forestille sig, at Domstolen når til, at der mellem Wheels- og ATP-dommene er en fællesmængde af "hybride" produkter, som kræver en særskilt momsretlig stillingtagen. I tilfælde heraf forventer jeg, at Domstolen vil give nogle anvisninger for, hvad der kan anses som "tilstrækkelig" investeringsrisiko, som kan bruges som udgangspunkt for medlemsstaternes case-by-case vurderinger, herunder for DC-ordninger med tilknyttede garantier.

¹¹ Sidestillingen af lave garantier og markedsrenteprodukter foretages også fra Finanstilsynets side i diskussionsoplægget af 27.02.2017: "Pension, når garantierne forsvinder", side 7

Forsikring & Pension

Vores ref. KED/tsc
Sagsnr. GES-2014-00171
DokID 415376

Skattestyrelsen vil således under alle omstændigheder blive underkendt med den følge, at sagsbehandlingen skal genoptages på nye præmisser.

Ingen kan have interesse i et sådant forløb, og jeg skal derfor igen opfordre dig til trepartsdrøftelser med os og Finanstilsynet for at finde en holdbar vej ud af denne sag. Vi håber meget, at vi gennem fælles trepartsdialog kan lande en holdbar og robust løsning for alle parter.

Med venlig hilsen

Kent Damsgaard