

2020-11-10

Finansdepartementet

Via e-post till:
fi.registrator@regeringskansliet.se

Riskskatt för vissa kreditinstitut

Sammanfattning

Bankföreningen avstyrker förslaget till riskskatt för vissa kreditinstitut. Skatten har ett oklart motiv, är rättsosäker samt har negativa effekter på tillväxt och konkurrens. Lagtexten är svårtolkad och därutöver skapar den snedvridningar mellan kreditinstitut med olika legal struktur. Dessutom står förslaget till skatt med stor sannolikhet i strid med EU:s statsstödsregler.

Förslaget innebär att svenska banker får en betydande nackdel i konkurrensen med utländska banker. Bankföreningens uppskattning är att de största bankerna möter utländsk konkurrens för i genomsnitt 15–20 procent av den verksamhet som återfinns på den svenska bankens balansräkning, på grund av att verksamheten utgörs av utlåning till stora företag som har direkt tillgång till en internationell bankmarknad. En sannolik effekt av skatten är att utlåning till svensk allmänhet förskjuts mot att ske genom låneförmedling från en utländsk bank.

Att skatten enbart träffar ett fåtal aktörer på den svenska marknaden ger upphov till betydande konkurrenssnedvridningar. Aktörer vars skulder inte når upp till gränsvärdet och aktörer som använder alternativa finansieringsformer så som värdepapperisering eller bolånefonder, gynnas i förhållande till dem som träffas av skatten.

Genom ökade lånekostnader för svenska företag, kommuner och hushåll kommer skatten i förlängningen även att fördröja investeringar.

Sannolikheten är ytterst låg för att svenska kreditinstitut vid en finansiell kris riskerar att orsaka väsentliga indirekta kostnader för samhället mot bakgrund av de stabilitetsskapande åtgärder som genomförts de senaste tio åren.



Kapitaltäckningskraven har sedan 2008–2009 skärpts avsevärt och i än högre grad för svenska banker än för banker i andra länder. Ett omfattande krishanteringsregelverk har införts i syfte att eliminera risken för att skattemedel ska behöva användas för att hantera finansiella kriser. Sverige har dessutom byggt upp ekonomiska skyddsvallar i form av unikt stora avsatta medel. De senaste fem åren har de svenska bankerna betalat in 37 miljarder kronor till insättningsgarantifonden och resolutionsreserven. De totala medel som är avsatta för att hantera banker i kris är närmare 130 miljarder kronor.

I sin konstruktion framstår skatten som rättsosäker. Det saknas bärande motiv till varför gränsen för att omfattas har satts till skulder på 150 miljarder kronor. Konstruktionen med ett gränsvärde innebär dessutom en betydande och tillväxthämmande tröskeeffekt eftersom banker som passerar tröskelvärdet får en omedelbar skatteeffekt på omkring 100 miljoner kronor.

Grunden för skatteuttaget är *skulder hänförliga till verksamhet som kreditinstitutet bedriver i Sverige*. Lagförslaget är svårtolkat i detta avseende. Omfattas till exempel de skulder som svenska banker har och som används för att finansiera bankernas utländska dotterbanker? I författningskommentaren anges att skulder som är hänförliga till verksamhet i ett utländskt fast driftsställe inte ska beaktas. Skillnaden mellan hur skatten träffar banker med filial- respektive dotterbanksstruktur strider sannolikt mot etableringsfriheten och inbjuder tillsammans med andra delar av förslaget till olika former av skatteplanering.

Mot bakgrund av att enbart ett fåtal av de konkurrerande aktörer som säljer finansiella tjänster träffas av skatten har Bankföreningen gett två professorer – Ulf Bernitz, professor i europeisk integrationsrätt, och Jérôme Monsenego, professor i internationell skatterätt – i uppdrag att göra rättsliga bedömningar av om förslaget strider mot EU:s statsstödsregler. Båda två konstaterar att skatten är selektivt missgynnande och inte kan rättfärdigas mot bakgrund av sitt oklara syfte. Deras slutsats är att förslaget till riskskatt sannolikt strider mot EU:s statsstödsregler.

1 Bakgrund

Regeringen föreslår en särskild skatt för ett fåtal kreditinstitut. Skatten benämns riskskatt och ska betalas av kreditinstitut med en viss minsta skuldmassa hänförlig till verksamhet som kreditinstitutet bedriver i Sverige. Syftet med skatten beskrivs som att större kreditinstitut bör betala mer skatt för att täcka upp för framtida eventuella indirekta kostnader orsakade av en finansiell kris. Den angivna anledningen till att enbart kreditinstitut med skulder överstigande en viss nivå omfattas är att större kreditinstitut anses ge upphov till mer omfattande indirekta kostnader för samhället vid en finansiell kris.

Skatten är tänkt att tas ut oavsett om kreditinstitutet gör vinst eller förlust och kommer inte att fonderas eller på annat sätt öronmärkas för några indirekta kostnader orsakade av en finansiell kris.

Skatteuttaget beräknas år 2022 vara cirka 6,3 miljarder kronor och ska från och med år 2023 ökas med cirka en miljard kronor. Enligt Bankföreningens beräkning motsvarar skatteuttaget en genomsnittlig ökning av bolagsskatten för de aktuella kreditinstituten från 20,6 procent till cirka 30 procent.

2 Övergripande synpunkter på förslaget

Bankföreningen anser att lagförslaget saknar legitimitet och att det i flera avseenden kommer att leda till negativa effekter. I de följande avsnitten lämnar Bankföreningen övergripande synpunkter på förslaget.

2.1 Skälen är otillräckliga

Förslaget innebär att initialt nio kreditinstitut kommer att betala en särskild skatt. Dessa nio institut utgörs av fem svenska banker, två svenska filialer till utländska banker och två offentligt ägda kreditinstitut. Instituterna är sinsemellan olika till storlek, verksamhetsinriktning, ägarstruktur och riskprofil.

För att en omfattande skattepåлага, som endast träffar en avgränsad grupp, ska vara legitim måste det finnas tydliga och skäliga motiv till varför just denna grupp ska träffas av skatten. Att beskatta en sektor för risken att den orsakar indirekta kostnader i samhället är en aldrig tidigare prövad beskattningslogik som kräver en grundligare utredning än vad som finns i promemorian. Bankföreningen anser att de i promemorian angivna skälen till skatten är otillräckliga för att ge skatten legitimitet.

Utöver skälen till skatten måste även basen för skatteuttaget vara välmotiverad. Även i denna del kan förslaget ifrågasättas. Jämför till exempel med resolutionsavgiften där avgiften differentieras beroende på ett antal riskindikatorer. Någon sådan viktning görs inte när det gäller underlaget för den föreslagna skatten.



2.2 De indirekta kostnaderna är inte kvantifierade

Regeringen har vid tidigare lagda förslag hävdat att ett motiv för att införa en skatt på den finansiella sektorn är att branschen skulle vara underbeskattad, vilket visat sig svårt att leda i bevis. Den här gången motiveras inte den föreslagna skatten med detta argument. Istället hänvisar promemorian till risk för substantiella kostnader vid en eventuell kris, men utan att kvantifiera dessa. För att skatten ska anses motiverad bör det åtminstone finnas en analys som visar att det angivna motivet till skatten är relevant för införandet och att det valda skatteuttaget motsvarar den kostnad som samhället riskerar att drabbas av. Eftersom en sådan analys saknas anser Bankföreningen att den föreslagna skatten inte är motiverad.

I promemorian anges att *"[s]yftet med förslaget i denna promemoria är att stärka de offentliga finanserna för att därigenom skapa utrymme för att klara en framtida finansiell kris. Därför föreslås att kreditinstitut som vid en finansiell kris riskerar att orsaka väsentliga indirekta kostnader för samhället ska betala riskskatt. Om förslaget inte genomförs uteblir de intäkter skatten beräknas ge upphov till och förstärkningen av de offentliga finanserna kommer inte till stånd."* Med tanke på att de belopp som skatten ska generera inte kommer att fonderas är det oklart hur ett utrymme för att klara en framtida finansiell kris ska skapas. Den sista meningen i citatet är i och för sig sann, men ett analogt resonemang kan föras för vilken skattehöjning eller utgiftsminskning som helst. Det är inte ett argument som skapar legitimitet för att särskilt beskatta ett fåtal kreditinstitut.

2.3 Gränsvärdet saknar bärande motivering

Gränsvärdet på 150 miljarder kronor för att träffas av skatten förefaller godtyckligt uppskattat och saknar bärande motivering. Förslaget brister bland annat eftersom det saknas en klar koppling mellan storlek på skuld och risken för att orsaka indirekta kostnader vid en finansiell kris. Vidare återspeglar inte skattebasen risken för att kreditinstitutet går omkull och uppskattar inte de indirekta kostnaderna för det fall institutet gör det.

Risken för indirekta kostnader torde påverkas av ett antal faktorer som var och en behöver identifieras och kvantifieras för att i sin tur göra det anförda motivet för skatten trovärdigt. Det kan handla om till exempel risken för att ett enskilt kreditinstitut går omkull, vilket till viss del beror på hur riskfyllda tillgångarna är, hur starkt kreditinstitutet står efter de stabilitetsstärkande lagstiftningsåtgärder som genomförts de senaste åren, vilken miljö man verkar i och vilken egen motståndskraft institutet har att möta en i omvärlden stressad situation genom en stark verksamhet. Förslaget beaktar inte någotdera.

Erfarenhetsmässigt kan i vissa situationer betydligt mindre kreditinstitut medföra stora risker för finansiell instabilitet. När Carnegie bedömdes som ett systemviktigt



institut i november 2008 hade institutet skulder på i storleksordningen 40 miljarder kronor. I den då rådande situationen, med betydligt lägre kapital- och likviditetskrav, bedömdes att en konkurs i Carnegie skulle ha fått långtgående konsekvenser för den finansiella stabiliteten. Generellt sett medför problem i stora kreditinstitut större konsekvenser än i små kreditinstitut, men kostnaderna för ett eventuellt fallissemang är långtifrån den enda parametern av intresse. Risken för att ett problem uppstår är minst lika viktig. Det är därför även i detta hänseende svårt att se att den föreslagna skatten är särskilt träffsäker.

2.4 Reformen som minskat risken för såväl direkta som indirekta kostnader

Bankerna lyder redan under flera regelverk vars huvudsakliga syfte är att minimera risken för att skattemedel ska behöva användas för att hantera finansiella kriser. Ett av dem är resolutionsregelverket. Kärnan i resolutionsprocessen är att bankernas ägare och långgivare snarare än skattebetalarna ska bära eventuella förluster. Den EU-rättsliga basen för resolutionsregelverket begränsar också kraftigt staternas möjlighet att använda offentliga medel för att hantera kriser. Eventuella statliga insatser i samband med en kris ska, efter att aktie- och fordringsägarna har tagit största möjliga del av kostnaderna, finansieras av medel ur resolutionsreserven. Bankerna betalar årligen en avgift till resolutionsreserven så länge som behållningen i resolutionsreserven understiger tre procent av bankernas och institutens sammanlagda garanterade insättningar. Resolutionsreserven uppgick till 43,5 miljarder kronor vid utgången av 2019, vilket motsvarar drygt 2,7 procent av de sammanlagda garanterade insättningarna. Detta gör den svenska resolutionsreserven till den största i Europa.

Utöver resolutionsreserven finns stabilitetsfonden och insättningsgarantifonden. Stabilitetsfonden uppgår till cirka 40 miljarder kronor och kan användas av staten för att förebygga uppkomsten av finansiella kriser. Insättningsgarantifonden, som även den finansieras av avgifter från banker och kreditinstitut, uppgår till drygt 44 miljarder kronor och ska användas för att skydda insättarna i den händelse ett institut går i konkurs.

Svenska banker har betalat 37 miljarder kronor i resolutions- och insättningsgarantiavgift under de senaste fem åren. De fonder och reserver som är avsatta för att stötta bankers kunder och det finansiella systemet i händelse av kris uppgår idag till närmare 130 miljarder kronor. Fonderna och reserverna är större än i något annat EU-land.

Kapitaltäckningsreglerna har till syfte att stärka stabiliteten i det finansiella systemet. Kapitaltäckningsreglerna anger minimivån på det kapital som bankerna måste ha för att kunna möta oförutsedda förluster i verksamheten. På så sätt begränsas storleken av de eventuella förluster bankerna kan ådra sig för det fall en kund eller en grupp av kunder inte kan infria sina åtaganden mot banken. Vilket kapitalkrav



som gäller för en svensk bank följer dels av EU-regler och svensk lagstiftning, dels av beslut som fattas av Finansinspektionen inom ramen för myndighetens tillsyn. De tre stora svenska bankerna har i jämförelse med resten av EU höga kapitalkrav. Dessutom håller bankerna kapital som med marginal överstiger kapitalkraven. Detta betyder att bankerna sammantaget har mycket goda förutsättningar att hantera eventuella oförutsedda förluster.

Enligt Bankföreningens uppfattning är de risker som ligger bakom skatteförslaget mer eller mindre eliminerade genom de skyddsvallar som byggts upp efter finanskrisen 2008/2009 och att branschen redan gott och väl täcker sina egna kostnader avseende risker för samhällsekonomin.

Bankföreningen vill dessutom poängtera att ursprunget till finanskriser sällan är att hänföra till större svenska kreditinstitut, utan istället till händelser i omvärlden. Som exempel kan nämnas finanskrisen 2008 som hade sitt ursprung i en värdepapperiserad bolånemarknad i USA och den europeiska statskuldkrisen 2010 som hade sitt ursprung i hög offentlig skuldsättning och svaga statsfinanser. Bankföreningen anser det omotiverat att belägga en snäv krets av aktörer inom en bransch med skatt för en kostnad som dessa eller branschen med stor sannolikhet inte kommer att ge upphov till.

2.5 Förslaget kan öka risken

Det finns ett antal mekanismer som talar för att riskerna i det finansiella systemet snarare ökar än minskar om skatten skulle införas.

Stora internationella bolag med bas i Sverige har alternativet att finansiera sig på den internationella marknaden. Dyrare lån från svenska banker kommer att ge incitament att välja utländska banker. När det råder stor osäkerhet på finansmarknaderna har det historiskt visat sig att banker i första hand värnar sina kärnkunder på den lokala marknaden. Att ha ett starkt och konkurrenskraftigt inhemskt bankväsende är därför en trygghet för svenska företag i kristider.

Svenska banker är numera hårt reglerade, men frågan är vad som händer nästa gång det blir oro på finansmarknaderna om utlåningen skiftat över till värdepappersmarknaden och oreglerade företag. Finanskrisen 2008 hade sitt ursprung i s.k. subprime-lån, där lånen finansierades av skuggbanker. Den nu föreslagna skatten skulle leda till ett ökat inslag av finansieringsformer likt det som skapade finanskrisen i USA. Därmed lämnas en större del av risken i det finansiella systemet utanför de skyddsmekanismer samhället byggt upp med kapitalkrav och annan reglering. Då försvagas det finansiella systemets motståndskraft och kontraproduktivt nog kan skatten öka riskerna i ekonomin.



Bankerna har likviditetsbuffertar för att stärka sin motståndskraft mot tillfälliga likviditetsstörningar. Erfarenheter från tidigare finansiell oro visar att bristande likviditet ofta varit en utlösande orsak till att banker hamnat i kris. Den skatt som nu föreslås kommer att medföra att kostnaden även för upplåning som används för att finansiera hållande av likvida medel ökar. Därmed kan det konstateras att skatten motverkar uppbyggnad av likviditetsbuffertar och att den således *ökar* risken för finansiell instabilitet.

2.6 Negativ särbehandling av en specifik bransch

Annan verksamhet än bankverksamhet kan ge upphov till indirekta kostnader för skattebetalare om verksamheten fallerar. Ett företag som är dominerande inom sin bransch, eller en dominerande arbetsgivare inom ett visst geografiskt område, orsakar stora indirekta kostnader för skattebetalarna vid en större kris eller konkurs. Ett stort företag har oftast ett antal underleverantörer och en konkurs kan därmed slå ut många andra företag. Någon särskild beskattning för andra branscher för att täcka upp för indirekta kostnader har dock inte föreslagits. Varför den finansiella sektorn ska hanteras annorlunda, när det inte är påvisat att det finns en indirekt kostnad för staten, förklaras inte.

Även andra branscher skapar positiva och negativa indirekta effekter på ekonomin. Byggsektorn och investeringsvaruindustrin är starkt procykliska. Svensk export är i stor utsträckning inriktad mot investerings- och kapitalvaror, vilket tenderar att skapa starkare konjunktursvängningar än för export av konsumtionsvaror. Om beskattning ska ta hänsyn till indirekta effekter i form av starkare konjunktursvängningar framstår det som inkonsekvent att lägga en skatt på bankverksamhet men inte på byggverksamhet eller investeringsvaruindustri.

2.7 Bankerna är stora bolagsskattebetalare

Svenska banker är stora bolagsskattebetalare och bidrar med väsentligt större bolagsskatteintäkter i förhållande till både antal anställda och till förädlingsvärde än de flesta andra branscher. De tre stora svenska bankerna och Nordeas svenska bankfilial är samtliga bland de allra största bolagsskattebetalarna i Sverige. Till detta ska läggas att bankerna redan har en särbeskattning genom avdragsförbudet för räntor på efterställda skulder. När bankerna redan står för en mycket stor del av bolagsskatteintäkterna är det svårt att se legitimiteten för ytterligare beskattning, i synnerhet när det i promemorian inte ens kan fastslås storleken på de kostnader som uppges vara motiv för skatten.

2.8 Konkurrensnedvridningar på svensk och internationell marknad

De samhällsekonomiska konsekvenserna av förslaget kan delas upp i två frågor. Den ena frågan är om en högre beskattning av bankverksamhet medför snedvridningar jämfört med verksamhet i andra branscher. Generellt sett gäller att

beskattningen bör vara neutral mellan olika branscher, om det inte finns särskilda skäl som talar emot det.

Den andra frågan är om och i vilken grad utformningen av den föreslagna skatten är snedvridande inom finanssektorn. Frågan kompliceras av att det inte är helt tydligt hur den föreslagna skatten kommer att tillämpas.

Effekter på inhemsk konkurrens

Eftersom skatten inte omfattar alla kreditinstitut och då det föreslagna gränsvärdet inte heller beaktar all risk, leder detta till en omotiverad snedvridning av konkurrensen. Konkurrenssnedvridningen tar sig olika uttryck och är olika stark på olika delmarknader. Exempelvis har sparbankerna (som inte träffas av skatten) ofta en stark lokal ställning på såväl marknaden för utlåning till små och medelstora företag som för olika tjänster riktade till hushållskunder.

Ett annat konkret exempel är bolånemarknaden. Skulder som används för att finansiera bolån utgör en betydande del av det totala skatteunderlaget, varför det finns skäl att anta påverkan kan bli extra stor på denna marknad.

På den svenska bolånemarknaden finns totalt sett ett tjugotal aktörer. Den långsiktiga trenden är mycket tydlig; nya aktörer tillkommer och de mindre aktörerna växer snabbare än de större. För tio år sedan hade gruppen aktörer som inte berörs av den föreslagna skatten en marknadsandel vad gäller nya bostadslån på 3,6 procent. År 2019 hade marknadsandelen mer än sexfaldigats till 23 procent.

Den föreslagna skatten innebär således en betydande konkurrenssnedvridning mellan de sju banker som blir skattskyldiga, och därmed får en högre finansieringskostnad, och övriga aktörer på marknaden.

Skatten ger vidare incitament att välja finansieringsformer som inte belastas med skatt. På bolånemarknaden torde det i första hand bli aktuellt med värdepapperisering av tillgångar eller att använda finansiering i form av så kallade bolånefonder. De aktörer som använder alternativa finansieringsformer har på kort tid kommit upp i en utlåningsvolym om cirka 30 miljarder kronor. Båda dessa finansieringsformer brukar kategoriseras som skuggbanksverksamhet eftersom de inte är reglerade i samma utsträckning som bankernas vanliga finansiering.

Även på marknaden för bankinlåning från hushåll, där aktörer som inte träffas av skatten har en marknadsandel på 27 procent, blir konkurrenssnedvridningen tydlig.

En annan viktig konkurrenssnedvridning kan uppstå när en utländsk bank riktar sig mot den svenska marknaden genom *förmedling* av lån i den svenska verksamheten. Beviljandet av lånen och även upptagande av skulder för att finansiera kredit-

givningen kan ske från utlandet. Svenska banker som har utländska filialer skulle i princip kunna sköta utlåning från sin utländska filial och på så sätt undvika skatten. I dessa situationer finns ingen svensk skattebas. Svenska aktörer utan utländska filialer, som SBAB, Kommuninvest och SEK, har inte den möjligheten.

Bankerna bedriver även annat än traditionell bankverksamhet, till exempel kapitalkrävande venture capital-verksamhet. Med förslaget uppstår en konkurrenssnedvidning även här eftersom en bank som träffas av skatten får betala riskskatt på den typen av verksamhet medan aktörer i andra sektorer slipper.

Effekter på internationell konkurrens

De stora svenska bankerna, och även de stora nordiska banker som har filialverksamhet i Sverige, har samtliga verksamhet som är internationellt konkurrensutsatt. Det kan till exempel vara frågan om att bankerna finansierar stora svenska exportföretag som i sin tur kan använda krediten för verksamhet i andra länder än i Sverige. Det kan också vara frågan om finansiering direkt från den svenska moderbanken till utländska motparter. Vidare kan "icke-svensk" verksamhet finansieras genom bankernas utländska dotterbolag (som i sin tur kan finansieras genom den svenska moderbanken) eller genom utländska filialer. I samtliga dessa fall sker finansieringen ofta i hård konkurrens med utländska banker. En ökad finansieringskostnad med sju räntepunkter bedöms av bankerna ha mycket stor betydelse för möjligheten att konkurrera med utländska aktörer.

Bankföreningen har inhämtat uppgifter från de tre stora svenska bankerna och kommit fram till att i genomsnitt 15–20 procent av den totala utlåningen sker i stark konkurrens med utländska banker.

Ett konkret exempel är Svensk Exportkredit (SEK) som har tre huvudtyper av affärer: lån till utländska köpare av svenska varor och tjänster, rörelsekrediter till exporterande bolag samt köp av fakturor som företagen ställt ut till sina utländska kunder. Av den totala utlåningen på 270 miljarder kronor vid utgången av år 2019 avsåg enbart cirka en tredjedel den svenska marknaden. SEK har avgörande betydelse för att svenska exportföretag ska kunna hävda sig i internationell konkurrens. En betydande del av SEK:s exportfrämjande verksamhet är finansiering av utländska kunder till svenska exportföretag. Om denna finansiering fördyras kan det leda till att svenska exportörer går miste om stora, och för svensk ekonomi viktiga, affärer.

2.9 Skatten fördyrar investeringar

Banklån används för att finansiera företagets investeringar och hushållens bostäder. Högre skatt på bankers upplåning leder till högre räntor på bankers utlåning. Med dyrare och därmed mindre tillgängligt kapital minskar företagets förmåga att

investera i nya innovationer och maskiner vilket begränsar den svenska ekonomins tillväxtpotential. Vidare fördyras, som nämns ovan, svensk export med resultat att tillväxten hämmas.

Kommunägda Kommuninvest står för närmare 60 procent av finansieringen av svenska kommuner och kommunala bostadsföretag, främst i små och medelstora kommuner. Den fördyring som skatten skulle medföra har således central betydelse för finansieringen av investeringar i välfärd, bostäder och infrastruktur.

2.10 Svenska bankers indirekta effekter på svensk ekonomi

I grund och botten har svenska banker stora positiva indirekta effekter på svensk ekonomi. I en krissituation kan ett svagt banksystem medföra indirekta kostnader för andra delar av ekonomin.

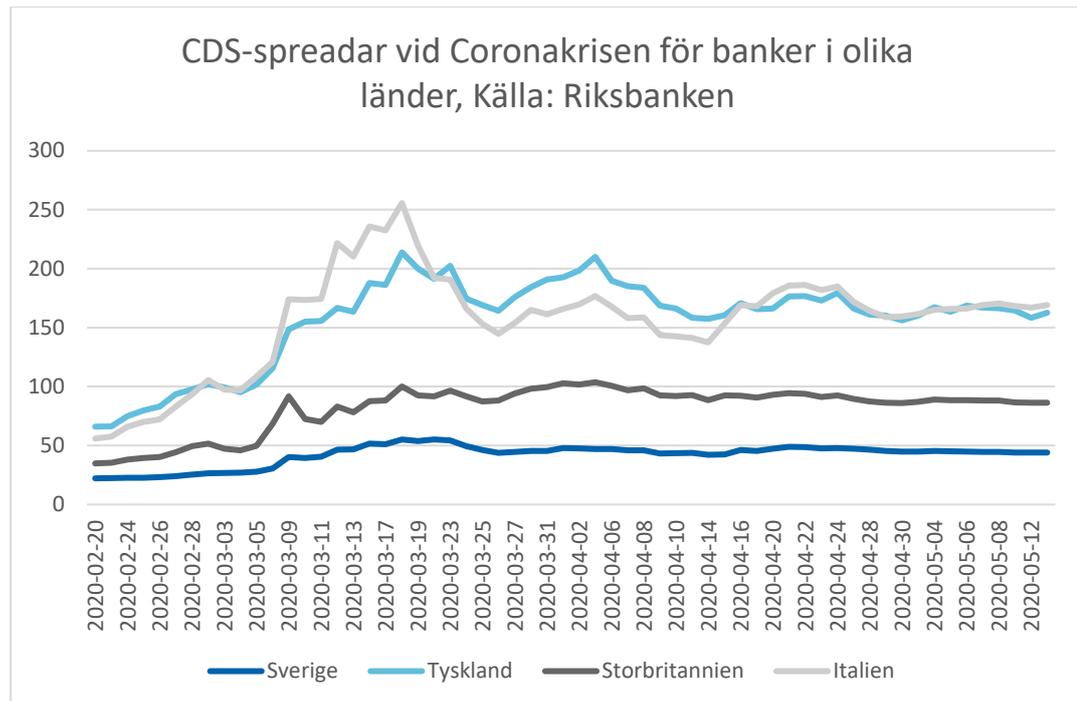
Det är inte enkelt att kvantifiera de positiva och negativa indirekta effekterna av bankverksamhet på svensk ekonomi. De positiva effekterna torde vara mycket stora, då banker står för en mycket stor del av finansieringen av företagens investeringar och privatpersoners bostäder. Även under en djup kris kan det mycket väl vara så att banker netto skapar positiva indirekta effekter. En förutsättning torde dock vara att bankerna är starka nog att upprätthålla sin verksamhet även i oroliga tider. I det följande beskrivs de svenska bankernas motståndskraft i jämförelse med banker från andra länder.

Det finns olika sätt att mäta hur riskfyllda banker är. Det går att köpa försäkring mot betalningsinställelse på obligationer utgivna av banker. En sådan försäkring kallas för en Credit Default Swap, CDS. Den som ställer ut en CDS åtar sig att ersätta köparen av en CDS för kostnaderna för en eventuell betalningsinställelse (kallad credit event). För att överta risken måste utställaren av en CDS få betalt. Denna betalning kallas CDS-premie. Priset på CDS-kontrakt kan observeras på daglig basis, på samma sätt som räntor, börskurser eller råvarupriser. Räntan på obligationer som ges ut av banker kan ses som summan av den riskfria räntan och CDS-premien. För att kunna göra vinst måste banker kunna finansiera sig till en lägre ränta än de tar på sin utlåning. Om CDS-premien ökar kraftigt innebär det att bankens räntekostnader ökar och i längden är det en ohållbar situation om skillnaden mellan inlåningsräntan och utlåningsräntan inte är tillräckligt stor för att täcka bankens kostnader.

Risken för betalningsinställelse, som kan mätas genom CDS-premien, varierar förstås mellan olika banker och över tid. Vid finanskrisen, eurokrisen och inledningen av coronakrisen steg CDS-premierna generellt sett. Ökningen tenderade att vara störst för de banker som redan innan krisen hade högre CDS-premier än andra banker.

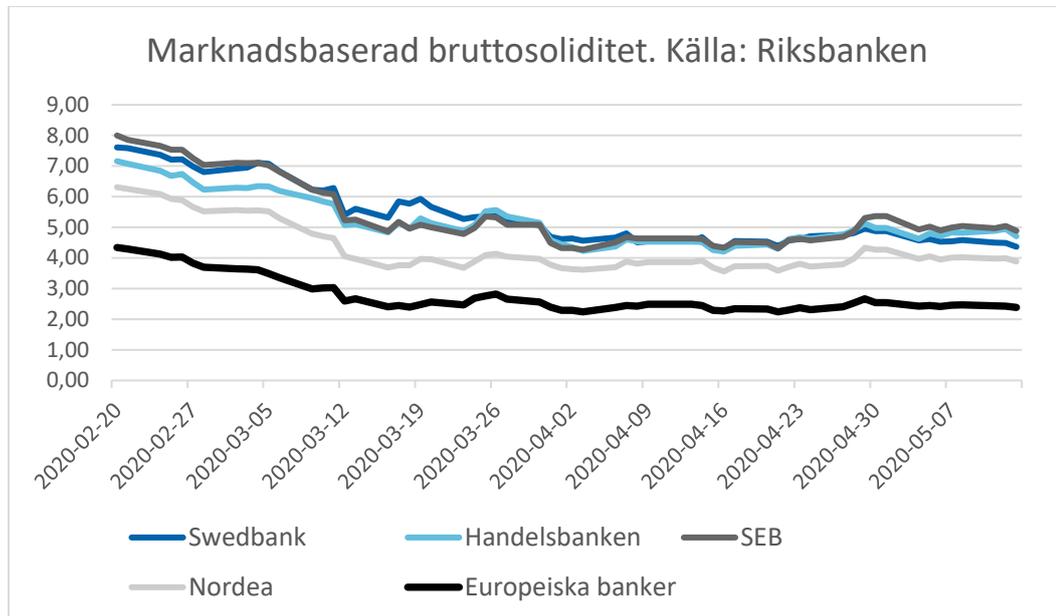


Nedan visas utvecklingen av CDS-premierna vid inledningen av coronakrisen. Till att börja med kan man konstatera att svenska banker har mycket starkare förtroende än andra europeiska banker (faktum är att svenska banker har starkare förtroende än nästan alla andra banker i världen). Ser man på CDS-premier är de mycket låga.



När WHO utlyste pandemi steg riskpremierna för banker i alla länder. Av de här jämförda länderna var Sverige på lägst nivå innan coronakrisen och Sverige hade också minst ökning när krisen slog till.¹

¹ Data över CDS-premier är inte allmänt tillgängliga. Att Sverige, Tyskland, Storbritannien och Italien visas i diagrammet beror på att det är de länder som Riksbanken publicerat uppgifter ifrån. Den övergripande bilden, att svenska banker är bland de allra säkraste i världen, stämmer dock även om man ser till ett bredare urval av länder.



Ett annat, grovt, mått på bankers finansiella ställning är dess marknadsbaserade bruttosoliditet, det vill säga bankers börsvärde i förhållande till dess utlåning. Även här kan vi se att svenska banker ligger bra till i en europeisk jämförelse. I samband med coronakrisen förlorade bankaktier i värde, men även efter aktieprisfallet hade de banker som har stor verksamhet i Sverige betydligt högre börsvärde i förhållande till utlåning än europeiska banker i genomsnitt. Det innebär att svenska banker har mer marginaler att ta av om kreditförlusterna skulle stiga.

Sist men inte minst är svenska banker mycket högt rankade av de kreditvärderingsinstitut som utvärderar kreditrisker vid utlåning till olika banker.

Sammantaget är det tydligt att svenska banker har större motståndskraft och medför betydligt mindre risker för den finansiella stabiliteten än banker i andra europeiska länder.

3 Tekniska synpunkter på utformningen av lagförslaget

Utformningen av lagen leder till tolkningssvårigheter, snedvridningar och olyckliga incitament. I de följande avsnitten lämnas tekniska synpunkter på utformningen av lagförslaget.

3.1 Kretsen av skattskyldiga och skattens storlek

Bankföreningen konstaterar att det saknas en analys som visar varför institut med skulder överstigande 150 miljarder kronor ska omfattas av skatten. Gränsvärdet förefaller skönsmässigt bestämt.

I promemorian saknas även motiv till varför skattesatsen ska uppgå till 0,06 procent det första året och därefter 0,07 procent, liksom en analys av vilka och hur stora de indirekta kostnaderna är. Den föreslagna storleken på skattebasen och skattesatsen synes vara valda för att generera en viss förutbestämd skatteintäkt.

Genom avgränsning till reglerade kreditinstitut utesluts den oreglerade skuggbanksverksamheten. Vidare innefattas inte utländska institut som bedriver verksamhet i Sverige utan fast driftsställe. Sannolikt omfattas inte heller utländska institut som bedriver verksamhet i Sverige genom ett fast driftsställe, men där filialverksamheten sker i form av låneförmedling.

3.2 Skuld hänförlig till verksamhet i Sverige

Skattebasen utgörs av kreditinstitutets skulder, minskat med skulder till annat kreditinstitut inom koncernen, till den del de fordringar som motsvarar skulderna är hänförliga till verksamhet kreditinstitutet bedriver i Sverige. Avsättningar och obeskattade reserver ska inte ingå, inte heller vissa efterställda skulder enligt lagen om resolution. Vidare ska skulder hänförliga till verksamhet i utländskt fast driftsställe inte beaktas, förutsatt att det inte bedriver verksamhet i Sverige.

Bankföreningen anser att såväl begreppet *skuld hänförlig till verksamhet kreditinstitutet bedriver i Sverige* som begreppet *skuld hänförlig till utländskt fast driftsställe* är svårtolkade och måste förtydligas.

Med skulder som är hänförliga till verksamhet i Sverige avses huvudsakligen in- och upplåning (inklusive emittering av värdepapper) som används för att finansiera kreditgivning i den svenska verksamheten, men även andra typer av skulder som är ett resultat av verksamheten i Sverige omfattas. Det framstår initialt klart att skulder i det svenska kreditinstitutet som används i verksamhet i utländsk filial inte ingår, men den avgränsningen kan i praktiken vara mycket svår att göra. Ett exempel är när en utländsk filial till ett svenskt kreditinstitut placerar överskottslikviditet i kreditinstitutets centrala upplåningsfunktion (Treasury) i Sverige. Ska den interna skuld till filialen som bokförs i det svenska kreditinstitutet ingå i den svenska verksamhet som omfattas av riskskatten?

Det är också oklart om upplåning i det svenska institutet som vidareutlånas för att användas för kreditgivning i ett utländskt koncernbolag ingår i skattebasen. Bankföreningen menar att förslaget strider mot etableringsfriheten om upplåning i det svenska kreditinstitutet som vidareutlånas till ett utländskt koncernbolag ingår i skattebasen, till skillnad från upplåning i kreditinstitut som används i en utländsk filials verksamhet.



3.3 Valet av skattebas kontra risken för indirekta samhällskostnader

Beskattningen baseras på skuld utan beaktande av risken på tillgångssidan. Vid finanskriser är det erfarenhetsmässigt bankernas tillgångssida som har lidit. I promemorian anförs trots det och utan hänvisning till källor eller empiri att storleken på skulderna är ett bra riskmått. Jämfört med resolutionsregelverket, vilket beaktar riskfylld tillgångsmassa som en bank hanterar, tar förslaget sikte enbart på skuldsidan utan hänsyn till om den finansierar riskfyllda tillgångar eller inte. Med andra ord: i förslaget behandlas en skuld som finansierar svenska bolån till mycket kreditvärdiga låntagare, eller för den skull en skuld som finansierar svenska kommunlån, på samma sätt som en skuld som finansierar riskfyllda blancolån.

3.4 Tröskeeffekt till följd av gränsvärdet

Det förhållandet att skattskyldigheten inträder om skulderna överstiger 150 miljarder kronor medför en betydande tröskeeffekt. Tröskeeffekten av att vid ingången av år 1 ha skulder under gränsvärdet, för att vid ingången av år 2 överstiga det är en ökad beskattning på cirka 100 miljoner kronor. Varierar institutets risk för indirekta kostnader så märkbart enbart på grund av att institutets skulder ligger över eller under gränsen, att det motiverar cirka 100 miljoner kronor i skillnad i skatt?

3.5 Filial- respektive dotterbolagsstruktur hanteras inte lika

I den föreslagna lagtexten står att skulder hänförliga till verksamhet som kreditinstitutet bedriver i Sverige ska ingå i underlaget. Som påpekats ovan råder dock oklarhet kring vad som gäller om man som svensk bank lånar ut till utländskt dotterbolag för kreditgivning i det utländska dotterbolaget; är det utlåning som ingår i verksamhet som bedrivs från Sverige och ska finansieringen för kreditgivningen till dotterbolaget ingå i skatteunderlaget? Är det skillnad jämfört med utlåning till en filial?

Nedan följer ett exempel som illustrerar problemet. En svensk bank bedriver verksamhet i Sverige och i en utländsk filial. Balansräkningen ser ut enligt nedan.

	Banken	<i>- svenska huvudkontoret</i>	<i>- utländska filialverksamheten</i>
Tillgångar			
Kassa och likvida värdepapper	150	150	-
Inlåning i svenska delen av banken	-	-	30
Internationell utlåning	200	150	50
Utlåning svensk allmänhet	800	750	50
Utlåning utländsk allmänhet	200	30	170
Fordran på den utländska filialen	-	238	-
Summa	1 350	1 318	300
Skulder och eget kapital			
Inlåning allmänheten	420	370	50
Inlåning från den utländska filialen	-	30	-
Internationell inlåning	80	70	10
Emitterade värdepapper	770	770	-
Skuld till huvudkontoret	-	-	238
Eget kapital	80	78	2
Summa	1 350	1 318	300

Enligt Bankföreningens tolkning kan underlaget för riskskatt beräknas på följande sätt:

1. Sammanlagda skulder <i>Beräkning: summan av skulder och eget kapital (1 350), minskat med eget kapital (80).</i>	1 270
2. Avgår <i>Utlåning från utländsk filial till utländsk allmänhet</i>	-170
<i>Internationell utlåning från utländsk filial</i>	-50
<i>Utlåning från utländsk filial till svensk allmänhet</i>	-50
3. Underlag för skatt	1 000

En fråga är hur de 50 miljarder kronor som avser utlåning från den utländska filialen till svensk allmänhet ska hanteras. Bankföreningens tolkning är att eftersom utlåningen sker från den utländska filialen ska de 50 miljarder kronorna reducera underlaget för riskskatt. En annan fråga är hur de 30 miljarder kronor som avser lån från den utländska filialen till det svenska huvudkontoret ska hanteras. I tabellen ovan har Bankföreningen antagit att utlåningen från filialen till huvudkontoret inte reducerar underlaget, men denna tolkning är inte självklar. Givet dessa antaganden uppgår underlaget till 1 000 miljarder kronor.

Beräkningen kan även göras med utgångspunkt endast i den svenska balansräkningen. Om det är korrekt kan underlaget beräknas på följande sätt:

1. Sammanlagda skulder i svenska balansräkningen <i>Beräkning: summan av skulder och eget kapital (1 318), minskat med eget kapital (78).</i>	1 240
2. Avgår <i>Fordran på utländsk filial</i>	-238
3. Underlag för skatt	1 002

Skillnaden i resultat mellan de två beräkningsmetoderna är således hänförlig till det egna kapitalet i den utländska filialen. Det leder till frågan om allokering av fritt kapital enligt OECD:s vinstallokeringsrapport, eller liknande justeringar där bokningar i balansräkningen och risktagandet finns i olika länder eller delas mellan olika länder, ska beaktas vid beräkning av underlaget av riskskatten. Vidare måste klargöras om utgångspunkten för beräkningen ska vara bankens balansräkning eller det svenska huvudkontorets balansräkning.

Vi använder oss av samma siffror och förutsättningar som i exemplet ovan, men verksamheten i utlandet bedrivs nu i ett dotterbolag istället för filial.

	Koncernen	<i>- svenska moderbanken</i>	<i>- utländska dotterbolaget</i>
Tillgångar			
Kassa och likvida värdepapper	150	150	-
Inlåning i svenska banken	-	-	30
Internationell utlåning	200	150	50
Utlåning svensk allmänhet	800	750	50
Utlåning utländsk allmänhet	200	30	170
Fordran på det utländska dotterbolaget	-	238	-
Summa	1 350	1 318	300
Skulder och eget kapital			
Inlåning allmänheten	420	370	50
Inlåning från det utländska dotterbolaget	-	30	-
Internationell inlåning	80	70	10
Emitterade värdepapper	770	770	-
Skuld till svenska banken	-	-	238
Eget kapital	80	78	2
Summa	1 350	1 318	300

Enligt Bankföreningens tolkning är utgångspunkten för att beräkna underlaget för riskskatt 1 240 miljarder kronor, dvs. summan av skulder och eget kapital

(1 318 miljarder kronor), minskat med eget kapital (78 miljarder kronor). Underlaget uppgår då till 1 240 miljarder kronor, jämfört med 1 000 eller möjligen 1 002 miljarder kronor i filialstrukturen ovan.

Förslaget kan även komma att gynna utländska banker (utländskt huvudkontor) framför svenska banker (svenskt huvudkontor).

- 1) Svenskt huvudkontor lånar ut till utländsk filial ⇒ Ingår inte i skattebas
- 2) Svenskt huvudkontor lånar ut till utländskt dotterbolag ⇒ Ingår i skattebas
- 3) Det svenska huvudkontoret flyttar utomlands (den svenska verksamheten blir filial till det utländska huvudkontoret) och det nya huvudkontoret lånar ut till annan utländsk filial eller utländskt dotterbolag ⇒ Ingår inte i skattebas

Slutsatsen är att det bör anses strida mot EU:s etableringsfrihet om upplåning i ett svenskt kreditinstitut beskattas olika beroende på om kreditinstitutet vidareutlånar medlen till en utländsk verksamhet som bedrivs i filial- eller dotterbolagsform. Detta eftersom förslaget missgynnar en lokal utländsk bolagsetablering framför att det svenska bolaget bedriver filialverksamhet i utlandet. Likaså inbjuder förslaget till att förlägga koncernens treasury-verksamhet utanför Sverige och från ett annat land finansiera övriga koncernbolag.

Men förslaget kan också leda till nackdel för utländska banker. Ett exempel på snedvridning är när en utländsk banks svenska filial inte behåller årets resultat som eget kapital, utan för över resultatet till huvudkontoret och istället tar filialen upp ett lån från huvudkontoret. Skulden kan sägas ha sitt ursprung i filialens verksamhet i Sverige. I ett svenskt bankaktiebolag hade årets resultat bokförts som eget kapital och i den delen skulle ett internt lån inte behövs ta upp. Om den skuld filialen bokför till det utländska huvudkontoret ska ingå i underlaget uppstår en snedvridning som missgynnar utländska bankers svenska filialverksamhet. Promemorian ger ingen vägledning om reglerna kopplat till allokerat fritt kapital enligt OECD:s vinstallokeringsrapport skulle påverka underlaget.

3.6 Avräkning av utländsk skatt

Beskattningsunderlaget ska enligt förslaget minskas med kreditinstitutets skulder till ett annat kreditinstitut som ingår i samma koncern, till den del de fordringar som motsvarar skulderna är hänförliga till verksamhet som det andra kreditinstitutet bedriver i Sverige. Genom denna inhemska exemptmetod undviks *svensk* dubbelbeskattning (det vill säga svensk riskskatt två gånger) i situationen att ett svenskt kreditinstitut tagit upp en skuld och vidareutlånat medlen till ett annat svenskt koncernbolag som också är skattskyldigt.

Däremot ska skuld till utländsk filial och utländskt dotterbolag inkluderas, förutsatt det inte bedriver verksamhet i Sverige. För att i någon mån läka snedvridningen att



skuld till utländskt dotterbolag ingår i beskattningsunderlaget, medan skuld till inhemskt dotterbolag inte ingår, föreslås i promemorian en mekanism för avräkning av utländsk motsvarighet till riskskatten.

Avräkningsmekanismen är komplicerad och därtill endast teoretisk då det förefaller otroligt att en motsvarande bankskatt skulle införas ens i ett fåtal länder. Förslaget leder därför till snedvridningar och en uppenbar risk för dubbelbeskattning om den utländska skatten inte motsvarar den föreslagna svenska.

4. Skattens förenlighet med EU-rätten

EU:s statsstödsregler innebär ett förbud mot statliga åtgärder som påverkar handeln mellan medlemsstaterna och snedvrider konkurrensen genom att otilbörligt gynna vissa företag. Bankföreningen har låtit ta in rättsutlåtanden från Ulf Bernitz, professor i europeisk integrationsrätt, och Jérôme Monsenego, professor i internationell skatterätt, för att analysera om förslaget strider mot EU-rätten. Utlåtandena konstaterar att förslaget kommer att leda till konkurrenssnedvridning mellan svenska kreditinstitut med skulder över respektive under gränsvärdet, men också mellan svenska kreditinstitut och utländska kreditinstitut utan fast driftställe i Sverige.

I båda rättsutlåtandena bedöms att den föreslagna skatten sannolikt innebär ett otillåtet statsstöd riktat till de kreditinstitut som inte behöver betala den. De två rättsutlåtandena bifogas.

SVENSKA BANKFÖRENINGEN

Hans Lindberg

Richard Edlepil

Bilagor:

1. Rättsutlåtande av Ulf Bernitz, professor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet
2. Rättsutlåtande av Jérôme Monsenego, professor i internationell skatterätt vid Stockholms universitet

R Ä T T S U T L Å T A N D E

Angående EU-rättslig bedömning av förslagen i departementspromemorian Riskskatt för vissa kreditinstitut, särskilt sett i relation till EU:s statsstödsregler

1. Uppdraget

Finansdepartementet har i september 2020 lagt fram en promemoria (Fi2020/03725/S1, nedan Promemorian) i vilken föreslås att Sverige ska införa en ny lag om riskskatt för vissa kreditinstitut, avsedd att träda i kraft 1 jan. 2022. Svenska Bankföreningen är remissinstans. Bankföreningen har gett mig i uppdrag att i anslutning till remissarbetet göra en rättslig bedömning av lagförslaget med särskild inriktning på hur det torde förhålla sig till EU:s statsstödsregler.

Jag har tagit del av promemorian och har fått kompletterande information om relevanta förhållanden från Bankföreningen. Jag ber att få anföra följande.

2. Faktiska förhållanden i korthet

Det är en på flera sätt ny typ av beskattning av banker och kreditinstitut som föreslås i Promemorian. Den tar till skillnad från vad som är normalt och vedertaget inte sikte på att beskatta företagens inkomster utan företagens skulder föreslås vara skattesubjekt. Den föreslagna nya skatten, benämnd riskskatt, är vidare inte generell utan träffar bara banker och

kreditinstitut vars skulder överstiger ett visst gränsvärde. Detta har utan motivering satts till 150 miljarder kronor för år 2022, beräknat på koncernbasis. Gränsvärdet är indexerat. Underlag för beräkningen är de skulder som är hänförliga till den verksamhet som banken eller kreditinstitutet i fråga bedriver i Sverige, se vidare avsnitt 3.

Bankföreningen har beräknat att den föreslagna ”riskskatten” skulle omfatta nio banker och kreditinstitut medan övriga skulle gå fria. För de berörda företagen skulle skatten slå hårt med det föreslagna uttaget 0,06 procent av beskattningsunderlaget för år 2022 och 0,07 procent för år 2023 och senare år. Det motsvarar enligt Bankföreningens beräkning en höjning av bolagsskattesatsen från 20,6 procent till cirka 30 procent.

Det som nu föreslås att bli infört i Sverige är alltså en helt ny typ av skatt med speciell utformning och kraftiga skattehöjande effekter.

3. Bristande konkurrensneutralitet

Det kan konstateras att den föreslagna skatten inte är neutralt utformad genom att den endast träffar vissa stora kreditinstitut. Bristen på neutralitet visar sig i två skilda hänseenden.

Genom att den föreslagna nya skatten bara träffar sådana banker och andra kreditinstitut vars skulder överskrider gränsvärdet 150 miljarder kronor, beräknat på koncernbasis, träffar skatten inte banker och kreditinstitut vars skulder ligger under gränsvärdet. Hit hör bland annat alla sparbanker, andra medelstora och mindre banker samt ett antal aktörer på bolånemarknaden. Marknadsandelen för de företag som inte träffas av skatten varierar framför allt beroende på typ av tjänst men också beroende på geografisk marknad. På marknaden för bankinlåning från svenska hushåll var marknadsandelen för de institut som inte träffas av skatten 27 procent år 2019. På marknaden för nya bolån var motsvarande marknadsandel 23 procent samma år. Här uppkommer en tydlig konkurrensnedvridning. Bankföreningen har framhållit att de mindre bankerna och kreditinstitutet bedriver en intensiv konkurrens och att deras marknadsandelar tenderar att växa.

Den föreslagna nya skatten är vidare avgränsad på så sätt att de skulder som föreslås ligga till grund för beräkningen av tröskelvärdet 150 miljarder kronor är sådana skulder som är hänförliga till den verksamhet som kreditinstitutet bedriver i Sverige. Skatten föreslås även omfatta utländska banker som har filial i Sverige och som i den svenska verksamheten har

skulder som når upp till tröskelvärden. Skulder hänförliga till svenska bankers och kreditinstituts verksamhet i utlandet omfattas enligt förslaget av skattskyldighet till del verksamheten bedrivs inom ramen för utlåning från Sverige. I vissa hänseenden synes det dock föreligga oklarhet om vad som är avsett att ingå vid beräkningen av tröskelvärden. Svenska banker har en omfattande utlåning till företag med verksamhet i utlandet och utländska banker har förmedling av lån till företagsverksamhet i Sverige. Det senare ligger utanför sådan verksamhet som omfattas av den föreslagna nya skatten till den del den inte sker genom svensk filial. Bankföreningen har framhållit att i genomsnitt 15 – 20 procent av de stora svenska bankernas utlåning sker i stark konkurrens med utländska banker som inte omfattas av den nu föreslagna skatten. Här uppkommer en väsentlig konkurrenssnedvridning.

De snedvridande effekterna förstärks genom att den föreslagna nya skatten skulle få en hög tröskeleffekt. Ett institut som passerar gränsvärden för skatteuttag om 150 miljarder utsätts därigenom för en direkt och omedelbar skatteeffekt i storleksordningen 100 miljoner kronor.

Sammanfattningsvis kan konstateras att den föreslagna skatten brister väsentligt i konkurrensneutralitet.

Jag återkommer i avsnitt 5 till en bedömning från statsstödssynpunkt av denna bristande konkurrensneutralitet.

4. Har den föreslagna skatten en övertygande motivering?

Bankföreningen har bett mig överväga frågan huruvida den föreslagna ”riskskatten” har en övertygande motivering.

Den föreslagna skatten motiveras med att stora kreditinstitut riskerar att orsaka samhällets stora kostnader vid en eventuellt uppkommande ekonomisk krisituation och att detta gör det motiverat att pålägga dessa företag en särskild ”riskskatt”. Som bakgrund erinrar man i Promemorian om den ekonomiska krisen på 1990-talet och den mycket omfattande bankkriserhantering från statens sida som då förekom. Man nämner också finanskrisen 2008, vars effekt på de offentliga finanserna dock blev begränsad.

Man pekar vidare i Promemorian på att särskilt de stora bankerna har en central roll i samhällsekonomin. I Promemorian uttalas bl. a. att den föreslagna skatten har till ”syfte att

förstärka de offentliga finanserna för att därigenom skapa utrymme för att klara en framtida finansiell kris” (sid. 24) och att ”skatten är tänkt att kompensera för indirekta kostnader i Sverige i händelse av en finansiell kris” (sid. 25). I Promemorian uttalas vidare att ”ett högt risktagande hos kreditinstituten ökar sannolikheten för att en finansiell kris inträffar och att samhällskostnaderna blir betydande” (sid. 23). Det är dock inte så att man föreslår att de nya intäkter som skulle inflyta till staten om den föreslagna skatten blir införd ska reserveras eller fonderas för användning i en eventuell framtida krissituation. Förslaget är utformat som en ren skattehöjning som skulle förstärka statsbudgetens intäktssida. Såsom förslaget är utformat i Promemorian ställs det inte upp några hinder för att använda de nytillkommande skatteintäkterna för statliga utgiftsökningar av vilket slag som helst. Härigenom förblir det oklart vad som är den föreslagna skattens egentliga syften och legitima intresse.

Den framförda motiveringen för den nya skatten går förbi och beaktar inte de grundläggande förändringar som har skett sedan bankkrisen på 1990-talet när det gäller att förebygga och hantera finansiella krissituationer.

Här märks först och främst det särskilda förfarande, resolution, som gäller sedan 2016 för finansiella företag som har hamnat i kris, väsentligen banker och andra större kreditinstitut. Reglerna om resolution bygger på ett EU-direktiv om krishantering och överensstämmer i huvudsak med vad som tillämpas inom EU:s bankunion.¹ Det grundläggande syftet med resolution är att rekonstruera eller avveckla viktiga finansiella företag som fallerar, om möjligt utan att det inträffar betydande störningar eller avbrott i samhällsviktig verksamhet. Det är dock endast systemkritiska banker och ev. andra finansiella företag som får vara föremål för resolution. Vid resolution gäller att det är företagets ägare och borgenärer som ska bära förlusterna så långt möjligt. Statens roll har begränsats till att kunna gå in i sista hand för att rädda systemkritiska företag. Medel avsatta i resolutionsreserven kan därvid användas för skuldnedskrivning, konvertering av skulder till eget kapital och återkapitalisering. Staten kan även agera genom Riksgälden för att garantera skyddade insättningar.

Utmärkande för regelverket om resolution är som framgått att det endast får användas under strikta förutsättningar. För att undvika s.k. moral hazard, alltså att ägare inte ska kunna förlita sig på statligt stöd i krissituationer, är regelverket helt medvetet endast inriktat på

¹ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag, Proposition 2015/16, Genomförande av krishanteringsdirektivet och Ulf Bernitz, Bankstöd och resolution i Sverige och EU, Festskrift till Göran Millqvist, 2019 s. 153 ff.

rekonstruktion i en krissituation av systemviktiga företag. Andra finansiella företag förutsätts skola avvecklas i en krissituation. Genom detta EU-rättsliga regelverk är alltså förutsättningarna för statligt stöd till banker och andra kreditinstitut i finansiella svårigheter starkt reglerade och kringgärdade. Situationen är härigenom en helt annan än under den ekonomiska krisen under 1990-talet, då det i Sverige som bekant förekom ett mycket omfattande statligt stöd till banker m.m. Det EU-baserade regelverket för resolution medför att en liknande massiv stödinsats från statens sida inte skulle vara möjlig numera. Hänvisningen i Promemorian till 1990-talskrisen och dess hantering är alltså missvisande.

Promemorian beaktar inte heller att det i Sverige har lagts upp mycket stora ekonomiska reserver för krishantering av finansiella företag i svårigheter. Sverige har ett väsentligt högre avgiftsuttag till resolutionsreserven än vad EU:s regler kräver och vad som i allmänhet tillämpas i Europa. Resolutionsreserven uppgick till 43,5 miljarder kronor vid utgången av 2019 och förvaltas av Riksgäldskontoret. Vidare är att märka att det i Sverige i samband med finanskrisen 2008 infördes en särskild s.k. stödlag enligt vilken kreditinstituten, särskilt bankerna, ålades att betala avgifter till en särskild stabilitetsfond. Fonden har bibehållits efter tillkomsten av regelverket om resolution och resolutionsreserven. Syftet med stabilitetsfonden, som likaledes förvaltas av Riksgäldskontoret, är något oklart sedan Sverige infört en särskild resolutionsordning. Den hålls emellertid fortsatt tillgänglig för stödåtgärder. Stabilitetsfonden uppgår till ca 40 miljarder kronor. Härutöver finns en av banker och andra kreditinstitut finansierad insättningsgarantifond som uppgår till cirka 44 miljarder kronor. Den är avsedd att säkerställa den särskilda statliga insättargarantin, baserad på EU-rätten.

Svenska staten förfogar sålunda över mycket stora ekonomiska reserver avsedda att kunna tillgripas i händelse av en ekonomisk kris som träffar bankerna och andra kreditinstitut.

Härtill kommer att Sverige tillämpar internationellt sett speciellt höga kapitaltäckningskrav för banker.

Mot bakgrund av de snäva förutsättningarna för att kunna tillgripa resolution, de mycket omfattande ekonomiska medel som är tillgängliga för svenska staten för stödåtgärder samt de höga svenska kraven för banker på kapitaltäckning framstår den motivering som lagts fram för den föreslagna skatten inte som övertygande. Det framstår som högst oklart hur de nya skatteintäkter som staten skulle få om den föreslagna skatten blir genomförd är avsedda att vara länkade till statens möjligheter till finansiell krishantering vid en allvarlig finansiell krissituation. Vad som anförs i Promemorian om syftet med den föreslagna nya skatten framstår

som starkt missvisande. Det som föreslås i Promemorian är i sak inte något annat än en nytillkommande skatt som rent allmänt ökar statens inkomster och därigenom bidrar till att vidga möjligheterna att öka statens utgifter för olika ändamål. Kvar står dock att den anförda motiveringen för förslaget om införande av en ”riskskatt” på de stora bankernas och kreditinstitutets skulder är att det trots den reglering och tillsyn som omgärdar kreditinstituten och de stödmöjligheter som står till förfogande skulle finnas behov av nya skatteintäkter för att täcka stödåtgärder och liknande för det fall att nya finansiella kriser uppstår i framtiden.

Sammanfattningsvis framstår inte den motivering som lagts fram för förslaget att införa en ny typ av skatt, baserad på de stora bankernas och kreditinstitutens skulder, som övertygande mot bakgrund av de snäva förutsättningarna för att kunna tillgripa resolution, de mycket omfattande ekonomiska medel som är tillgängliga i nuläget för svenska staten för stödåtgärder samt de höga svenska kraven för banker på kapitaltäckning.

5. Är utformningen av den föreslagna skatten förenlig med EU-rättens statsstödsregler?

I Promemorian görs bedömningen att utformningen av den föreslagna nya skatten torde vara förenlig med EU:s regler om statligt stöd. Bankföreningen har bett mig att överväga om denna bedömning kan antas vara korrekt.

Den föreslagna skatten är som behandlats i avsnitt 3 inte neutralt utformad utan träffar endast vissa stora banker och andra kreditinstitut. Som där framgått brister utformningen i flera hänseenden i konkurrensneutralitet.

Det finns anledning att närmare överväga om denna snedbelastning kan innefatta ett sådant gynnande/missgynnande av företag som utgör otillåtet statsstöd enligt EU:s statsstödsrätt. Utgångspunkten vid en rättslig bedömning av denna fråga är unionsrättens grundläggande bestämmelsen om förbud mot statsstöd i artikel 107.1 i fördraget om EU:s funktionssätt (FEUF), som lyder:

”Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”

Otillåtet statsstöd behöver inte ha formen av utbetalning av ekonomiska förmåner och liknande från det allmänna utan kan även ha den formen att företag har ekonomiska fördelar eller åsamkas ekonomiska nackdelar genom bristande neutralitet vid bestämning av skatter och avgifter som ska betalas till det allmänna.² Det kan påpekas att begreppet ekonomisk fördel uppfattas vidsträckt på statsstödsområdet och inbegriper varje ekonomisk förmån eller fördel som ett företag inte skulle ha fått under normala marknadsförhållanden.³

En oproblematisk utgångspunkt för det följande är att svenska banker och kreditinstitut normalt har en verksamhet som i vart fall i någon omfattning berör ett eller flera andra EU/EES-länder än Sverige, ofta ett antal sådana länder. EU-rättens grundläggande krav på att samhandeln mellan medlemsstaterna ska vara berörd för att regelverket om statsstöd ska vara tillämpligt är alltså uppfyllt.

Det står vidare klart att den föreslagna nya skatten inte omfattas av de särskilda undantagen inom ramen för regelverket om statsstöd för regionalstöd, kulturstöd, avhjälpan av allvarlig ekonomisk störning m.m. i artikel 107.2 och 107.3 FEUF. Den omfattas heller inte av den förordning genom vilken vissa kategorier av stöd förklarats förenliga med den inre marknaden.⁴

En central utgångspunkt för bedömningen är att skatter och därmed jämställda avgifter, som genom bristande neutralitet medför ett selektivt missgynnande av vissa företag, kan vara att bedöma som otillåtet statsstöd genom att medföra att dessa företag åsamkas högre kostnader. Skatter och avgifter, som medför ett selektivt missgynnande, kan indirekt utgöra ett från statsstödsynpunkt otillåtet gynnande av andra företag som slipper kostnaderna. Den ovan citerade fördragstexten talar som framgår om ”snevrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion.” Skatteselektivitet är en välkänd form av statsstöd. Vid bedömningen av frågan om det föreligger en sådan selektivitet är det vedertaget att tillämpa en trestegsmetod.⁵

² Se till det sagda C. Quigley, *European State Aid Law and Policy*, 3 ed., Oxford 2015.

³ Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01) punkt 66.

⁴ Kommissionens förordning (EU) 651/2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget.

⁵ Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd (EUT C 262, 19.7.2016 punkt 128 ff. och avsnitt 5.4. Trestegsmetoden tillämpas av EU-domstolen vid avgörande av om skatteregler har en utformning som kan strida mot statsstödsreglerna, se t ex mål C-20/15 P och C-21/15 P, EU:C:2016:981, *World Duty Free Group* m.f. och mål C-203/16 P, *Dirk Andres mot kommissionen*, EU:C:2017:1017, särskilt generaladvokat Wahls yttrande i målet. Se vidare bl a J. Monsenego, *Selectivity in State Aid Law and the Methods for the Allocation of the Corporate Tax Base*, Kluwer Publ., 2018.

I ett första steg identifieras ett referenssystem i form av en avgränsning att ha som riktmärke vid bedömningen.

I ett andra steg ska det fastställas om en viss åtgärd, i detta fall en skattehöjning, utgör ett undantag från referenssystemet på så sätt att åtgärden gör åtskillnad mellan ekonomiska aktörer som befinner sig i en faktiskt och rättsligt jämförbar situation. Man ska härvid beakta de mål som eftersträvas med åtgärden. Görs det en åtskillnad mellan aktörer i jämförbar situation är åtgärden att betrakta som selektiv.

I ett tredje steg ska det undersökas om selektiviteten kan motiveras och berättigas av vad som brukar benämnas referenssystemets art eller allmänna systematik. Analysen i det följande sker enligt denna ordning.

Det första steget är som nämnt avgränsning av referensramen. I detta fall, där utgångspunkten är skatt på skulder, synes referensramen för bedömningen med hänsyn till den föreslagna skattens utformning böra avgränsas till banker och kreditinstitut som är verksamma med att bedriva utlåning till kunder på den svenska marknaden. Dessa företag är marknadsaktörer som inom vissa ramar bedriver i huvudsak likartad verksamhet på samma marknad och förutsätts kunna konkurrera med varandra på lika villkor. De befinner sig härigenom i en jämförbar situation, där huvudprincipen är skattemässig likabehandling.⁶

Promemorian gör på denna punkt en annan bedömning, se sid. 35. Man framhåller att ett specifikt kreditinstituts betydelse för dess påverkan på det finansiella systemet är beroende på institutets storlek och komplexitet samt omfattningen av dess verksamhet. Man hävdar att det endast är de institut som enligt förslaget blir belastade med den nya skatten som utgör en potentiell risk för väsentliga indirekta kostnader för samhället. De är därför i en annan rättslig och faktisk situation avseende syftet med skatten än övriga banker och kreditinstitut. Promemorian synes bygga på uppfattningen att den referensram som ska användas för den statsstödsrättsliga bedömningen endast ska anses omfatta de företag som blir skattskyldiga enligt förslaget. Man urskiljer alltså dessa företag som en särskild kategori.

Denna snäva avgränsning av referensramen framstår inte som övertygande. Det finns inget redovisat underlag för hur man gjort bestämningen av den nedre beloppsgränsen för skattskyldighet. Gränsen framstår som tämligen arbiträr. Härtill kommer att även företag som

⁶ Likvärdiga konkurrensförutsättningar och åtgärder för att begränsa snedvridningar av konkurrensen bedömdes ingående av kommissionen i t ex dess beslut K(2010) 3124 slutlig ang. statligt omstruktureringsstöd till Carnegie Investment Bank.

ligger under beloppsgränsen skulle kunna orsaka väsentliga indirekta kostnader vid ett fallissemang, möjligen bortsett från särskilt små aktörer. Som nämnt bedriver i Sverige verksamma banker och kreditföretag i stort sett likartad verksamhet på samma marknad och förutsätts konkurrera med varandra på lika villkor oavsett om de ligger över eller under den föreslagna beloppsgränsen för skattskyldighet för skulderna.

Sammanfattningsvis bör referensramen – till skillnad från resonemanget i Promemorian - innefatta banker och kreditinstitut som är verksamma med att bedriva utlåning till kunder på den svenska marknaden oberoende av beloppsgräns.

Det andra steget innefattar som nämnt en bedömning av om den föreslagna skatten är selektiv genom att göra skillnad mellan banker och kreditföretag som befinner sig i en faktiskt och rättsligt likartad situation, dvs tillhör samma referensram.

Såsom belysts ovan i avsnitt 3 brister den föreslagna skatten i två hänseenden i konkurrensneutralitet.

Den ena situationen avser förhållandet mellan särskilt stora banker och kreditinstitut på den svenska marknaden och övriga, relativt sett mindre aktörer på denna marknad. Genom att den föreslagna nya skatten bara träffar sådana banker och andra kreditinstitut vars skulder överskrider gränsvärdet 150 miljarder kronor, beräknat på koncernbasis (i nuläget totalt nio företag eller koncerner) träffar skatten inte svenska banker och kreditinstitut vars skulder ligger under gränsvärdet. Hit hör bland annat alla sparbanker, andra mindre och medelstora banker samt ett antal aktörer på bolånemarknaden. På flera betydelsefulla delmarknader har de institut som inte träffas av skatten sammanlagda marknadsandelar på 20 procent eller högre. Förslaget om ett tröskelvärde för skattskyldighet på 150 miljarder kronor i skulder är inte förenligt med den grundläggande principen om skatteneutralitet genom att den inte träffar företag vars utlåning ligger under tröskelvärdet. Den föreslagna skatten skulle härigenom slå selektivt, verkar konkurrensnedvridande och strida mot den grundläggande principen om likabehandling och skatteneutralitet.

Den andra situationen avser förhållandet mellan utländska banker och de svenska banker och kreditinstitut som enligt förslaget i promemorian ska betala skatt även på de skulder i sin svenska balansräkning som används för att finansiera utlåning i stark konkurrens med utländska banker och kreditinstitut utan att detta sker via svensk filial. Det kan exempelvis vara frågan om svensk exportfinansiering eller finansiering av svenska företags utlandsverksamhet. Utlåning av den typen uppskattas av Bankföreningen ha en andel motsvarande i genomsnitt 15–

20 procent av beskattningsunderlaget. Också i detta hänseende skulle den föreslagna skatten slå selektivt och verka konkurrenssnedvridande.

Promemorian gör här en annan bedömning genom att som nämnt utgå från att de banker och kreditinstitut som enligt förslaget ska belastas med den nya skatten utgör en egen kategori (se sid. 35). Enligt Promemorian omfattar referensramen endast dessa företag. Promemorian når med denna utgångspunkt slutsatsen att det faktum att andra kreditinstitut inte kommer att beskattas inte innebär ett selektivt gynnande av dessa företag ur statsstödshänseende.

Promemorians bedömning av referensramen är som redan nämnt inte övertygande. Utgår man, som ter sig korrekt, från en referensram som innefattar de banker och kreditinstitut som är verksamma med att bedriva utlåning till kunder på den svenska marknaden oberoende av beloppsgräns står det klart att den föreslagna skatten slår selektivt och verkar konkurrenssnedvridande.

En tänkbar invändning i viss mån i linje med resonemanget i Promemorian skulle kunna vara att den föreslagna skatten träffar den övervägande delen av utlåningen från svenska banker och kreditinstitut och att selektiviteten i utformningen därför inte skulle ha någon egentlig betydelse. Skatten träffar som framgått inte mindre och medelstora svenska banker och kreditinstitut och omfattar inte heller utländska banker som direkt konkurrerar med svenska banker till den del denna verksamhet inte sker inom ramen för svensk filial (se avsnitt 3 ovan). Det räcker emellertid att endast ett fåtal företag gynnas eller missgynnas av en selektiv skatteåtgärd för att en fördel eller nackdel ska anses föreligga som medför att statsstödsreglerna anses vara tillämpliga.⁷ Invändningen att den föreslagna skatten endast skulle undanta en relativt sett mindre del av marknaden och därför vara godtagbar kan alltså inte anses bärkraftig.

Sammanfattningsvis innebär det sagda att den föreslagna skatten är selektiv genom att göra åtskillnad mellan aktörer i jämförbar situation och genom att brista i konkurrensneutralitet. Det innebär att man har att gå vidare till steg tre för att pröva om det föreligger sådana omständigheter som skulle göra skattens utformning godtagbar från statsstödsynpunkt.

Det tredje steget innebär som nämnt att man ska pröva om selektiviteten kan motiveras av vad som brukar benämnas systemets art eller allmänna systematik. I detta steg får man undersöka vad som är syftet eller målet med den föreslagna skatten och om detta gör det möjligt att

⁷ Se t ex kommissionens beslut 29 juni 2016, C (2016) 4809 final (nr SA.42007) punkt 43, gällande schablonbeskattning av diamanthandlare i Belgien.

rättfärdiga skatten med beaktande av de syften som ligger bakom EU och dess statsstödsregler.⁸ För att nämna ett exempel kan en viss avgränsning av en miljöskatt på ett särskilt område vara motiverad av överväganden som har till syfte att styra eller begränsa ett visst slag av konsumtion som bedöms vara mindre lämplig från miljöskyddssynpunkt. En sådan avgränsning kan vara fullt förenlig med EU-rätten.

När det gäller att bedöma om selektiviteten i utformningen av den föreslagna nya skatten kan anses godtagbar vid en bedömning enligt EU:s statsstödsregler gäller det alltså att bedöma syftet med skatten mot bakgrund av EU-rätten och utformningen av statsstödsreglerna.

Syftet med den föreslagna nya skatten har behandlats i Promemorian och ovan i avsnitt 4. Som framgått motiveras skattens införande och utformning med att stora banker och kreditinstitut riskerar att orsaka samhällets stora kostnader vid en eventuellt uppkommande ekonomisk krissituation. Det anförs vidare i Promemorian (sid. 23 ff.) bl a att de stora bankerna har en central roll i samhällsekonomin, att den föreslagna skatten har till ”syfte att förstärka de offentliga finanserna för att därigenom skapa utrymme för att klara en framtida finansiell kris,” att ”skatten är tänkt att kompensera för indirekta kostnader i Sverige i händelse av en finansiell kris” och att ”ett högt risktagande hos kreditinstituten ökar sannolikheten för att en finansiell kris inträffar och att samhällskostnaderna blir betydande”. De kreditinstitut som föreslås bli skattskyldiga ”utgör en potentiell risk för väsentliga indirekta kostnader för samhället”. Syftet kommer också till uttryck i den föreslagna benämningen riskskatt.

I Promemorian uttalas att det finns ingen rättspraxis om hur det föreslagna skattesystemet skulle bedömas utifrån EU:s statsstödsregler (sid. 35).

Det står klart att huvudsyftet med den föreslagna skatten är att ge svenska staten en förstärkt buffert för ingripanden med åtgärder vid en eventuellt uppkommande finansiell kris. Vad som ska närmare förstås med väsentliga indirekta kostnader för samhället klargörs dock inte. Sådana åtgärder skulle sannolikt åtminstone till stor del få karaktär av stödåtgärder i EU-rättens mening. Såsom framgått är emellertid möjligheterna för staten att gå in med stödåtgärder för att stöda banker och andra kreditinstitut i finansiella svårigheter numera helt medvetet högst begränsade genom regelverket om resolution. Statsstöd ska ju inte lämnas till svaga finansiella företag i situationer som ligger utanför vad som omfattas av ordningen för resolution. Med tanke på att

⁸ Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd nämner i punkt 139 som exempel bl a behovet av att bekämpa bedrägerier och skatteundandragande, behovet av att beakta särskilda redovisningskrav och administrativ hanterlighet.

detta faktum är välbekant förblir det oklart vad det är för slags stödåtgärder m m som den avsedda nya finansiella bufferten är tänkt att tillgodose.

När det gäller att ta ställning hur den föreslagna skatten förhåller sig till det tredje steget vid bedömningen enligt EU:s statsstödsregler gäller det att bedöma om skatten kan rättfärdigas med beaktande av de syften som ligger bakom dessa regler. Bedömningen försvåras i viss mån av den oklarhet som kännetecknar förslaget om denna nya buffert för åtgärder från svenska statens sida vid en krissituation och hur den är avsedd att tillämpas. Såsom den föreslagna skatten utformats och motiverats är det dock svårt att se hur den skulle kunna förenas med EU:s syn på stödåtgärder och därmed kunna godtas vid en bedömning enligt det tredje steget.

Sammanfattningsvis är det min bedömning att den föreslagna "riskskatten" sannolikt strider mot EU:s statsstödsregler på grund av sin selektiva utformning, sina konkurrensnedvridande effekter och sin inriktning på att bygga upp en buffert för former av stödåtgärder från svenska statens sida, vars tillämpning ter sig svår att förena med EU:s syn på vad som utgör godtagbara stödåtgärder.

6. Anmälan och prövning av statsstöd

I Promemorian uttalas (bl a sid. 34) att även om förslaget att vissa kreditinstitut ska betala riskskatt till staten bedöms inte utgöra statligt stöd avser man att anmäla förslaget till EU-kommissionen för att erhålla rättslig säkerhet. Detta torde få förstås så att man även inom Finansdepartementet har gjort bedömningen att förslaget är tveksamt från statsstödssynpunkt.

En sådan anmälan sker enligt artikel 108.3 FEUF. Anmälan ska ske i så god tid att kommissionen kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärden. Härvid gäller enligt artikel 108.3 FEUF det s. k. genomförandeförbudet, vilket innebär att det är olagligt för en medlemsstat att genomföra ett icke anmält statsstöd.

Beslutar man sig inom Regeringskansliet för att gå vidare med lagförslaget i Promemorian och göra en anmälan till EU-kommissionen bör Bankföreningen överväga att i nära anslutning till denna anmälan lämna in ett formellt klagomål till kommissionen. Det finns särskilt formulär för detta.

7. Sammanfattande slutsatser

Med hänvisning till vad som anförts i det föregående finner jag sammanfattningsvis

Att den motivering som lagts fram för förslaget att införa en ny typ av skatt, baserad på de stora bankernas och kreditinstitutens skulder, inte framstår som övertygande mot bakgrund av de snäva förutsättningarna för att kunna tillgripa resolution, de mycket omfattande ekonomiska medel som i nuläget är tillgängliga för svenska staten för stödåtgärder samt de höga svenska kraven för banker på kapitaltäckning,

Att den föreslagna skatten är selektiv genom att göra åtskillnad mellan aktörer i jämförbar situation och genom att brista i konkurrensneutralitet,

Att den föreslagna skatten sannolikt strider mot EU:s statsstödsregler på grund av sin selektiva utformning, sina konkurrensnedvridande effekter och sin inriktning på att bygga upp en buffert för former av stödåtgärder från svenska statens sida, vars tillämpning ter sig svår att förena med EU:s syn på vad som utgör godtagbara stödåtgärder,

Att om man inom Regeringskansliet beslutar sig för att gå vidare med lagförslaget i Promemorian och göra en anmälan till EU-kommissionen bör Bankföreningen överväga att i nära anslutning till denna anmälan lämna in ett formellt klagomål till kommissionen.

Stockholm den 5 november 2020

Ulf Bernitz

Professor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet, jur dr, Dr jur h.c.

Legal opinion: analysis of the proposal for a risk tax on certain credit institutions from a State aid perspective

Jérôme Monsenego
Professor of international tax law
Gammelgårdsvägen 19, 112 64 Stockholm, Sweden

Stockholm, 2 November 2020

1 Purpose of the legal opinion and limitations

This legal opinion is written at the initiative of the Swedish Bankers' Association. The purpose of the opinion is to analyse the compatibility with the State aid rules of the proposal for a risk tax on certain credit institutions as it is presented in a memorandum drafted by the Swedish Ministry of Finance.¹

This opinion does not contain a fully exhaustive assessment of the compatibility with the State aid rules of the suggested tax, as it only focuses on the analysis from a State aid perspective of the reliance on a liabilities threshold in the design of the tax. Other issues are not in the scope of this opinion.

I have not performed investigations outside the field of State aid law. In that respect, I have been relying on the information contained in the memorandum drafted by the Swedish Ministry of Finance.

2 Short summary of the proposal for a risk tax on certain credit institutions

The suggested tax is designed so that credit institutions (*kreditinstitut*) that have liabilities at the beginning of a tax year that are connected to credit activities in Sweden, pay a risk tax consisting of a percentage of the liabilities after certain adjustments are made to their liabilities. The tax is to be levied, however, only if the liabilities exceed a given threshold. The tax rate suggested for 2022 is 0,06% of the liabilities, and the threshold suggested for 2022 is 150 billion SEK. The tax rate is set to 0,07% as from 2023, and the liabilities threshold is intended to increase each year.

The suggested tax is designed so that credit institutions are divided in two categories: those with liabilities below the threshold, and those with liabilities above it. These two categories are subject to different tax treatments: while the former category does not pay the tax at all, the second category pays the tax on all its liabilities. This is illustrated with a simplified example, where banks 1 and 2 are Swedish banks with liabilities on their balance sheets for their credit activities in Sweden:

¹ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1.

- Bank 1 has liabilities amounting to 140 billion SEK. It pays no risk tax, because its liabilities are below the threshold of 150 billion SEK.
- Bank 2 has liabilities amounting to 160 billion SEK. It is in the scope of the risk tax, because its liabilities are above the threshold of 150 billion SEK. For year 2022, the tax paid by bank 2 amounts to $160.000.000.000 * 0,06\% = 96.000.000$ SEK

The suggested risk tax on certain credit institutions does not function as a typical progressive tax; this is because a progressive tax rate would typically be designed so that all undertakings are subject to the same treatment, especially the benefit of lower rates. If the suggested risk tax were designed with a more traditional progressive tax rate, a reduction of the tax base equal to the threshold would be granted to all undertakings. The risk tax would be payable only for what exceeds the threshold. The tax treatment of banks 1 and 2 would be the following:

- Bank 1 has liabilities amounting to 140 billion SEK. It pays no risk tax, because its liabilities are below the threshold of 150 billion SEK.
- Bank 2 has liabilities amounting to 160 billion SEK. It is in the scope of the risk tax, because its liabilities are above the threshold of 150 billion SEK. Bank 2 pays the risk tax only for what exceeds the threshold. For year 2022, the tax amounts to:
 - o $160.000.000.000 - 150.000.000.000 = 10.000.000.000$
 - o $10.000.000.000 * 0,06\% = 6.000.000$ SEK

Progressive income tax rates or progressive turnover tax rates have, in certain situations, been deemed compatible with the EU fundamental freedoms in view of the fiscal autonomy of the Member States.² Their compatibility with the State aid rules is yet to be settled in view of the advantage given to the undertakings that qualify for the lower tax rates.³ However, the suggested risk tax has a peculiar design, because of the lack of exemption up to the threshold for credit institutions that have liabilities above it. This results in a clear difference in the taxation of the two categories of credit institutions, something that accentuates the potentially selective character of the tax.

3 Methodology to assess the compatibility of a tax measure with the EU State aid rules

Article 107(1) of the TFEU is drafted as follows: “Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.”

² See Case C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*; Case C-75/18, *Vodafone Magyarország*.

³ See Case C-562/19 P, *European Commission v Republic of Poland*, Opinion of Advocate General Kokott delivered on 15 October 2020, paragraph 33, last sentence.

According to settled case-law from the Court of Justice of the European Union (hereinafter the “CJEU”), the classification of a national measure as State aid, within the meaning of Article 107(1) TFEU, requires several conditions to be fulfilled cumulatively. First, there must be an intervention by the State or through State resources. Second, the intervention must be liable to affect trade between the Member States. Third, it must confer a selective advantage on the recipient. Fourth, it must distort or threaten to distort competition.

The selectivity criterion is traditionally considered as the most complex element of the State aid definition in the area of taxation, and it is the main issue studied in this opinion. Therefore, in the below section I will be discussing the three other criteria (section 4). I will then focus on the selectivity criterion (section 5).

4 Intervention by the State or through State resources, effect on trade between the Member States, and distortion of competition

First, according to article 107(1) of the TFEU, there must be an intervention by the State or through State resources for a measure to be able to constitute illegal State aid. This requirement is automatically fulfilled with respect to tax measures since only the State, or a public organisation within the State, has the right to levy taxes. The fact that a tax is not levied implies an indirect transfer of resources to the benefit of the taxpayers that are not subject to the tax. Thus, depending on its design, a tax measure may constitute State aid.⁴ The risk tax on certain credit institutions suggested in the memorandum would be levied by the Swedish State and it would be imputable to the State. It would strengthen the public finances of the State. Therefore, the risk tax would be considered as an intervention by the State or through State resources for the purpose of the application of the first element of article 107(1) of the TFEU. This criterion is thus fulfilled.

Second, the intervention must be liable to affect trade between the Member States for the measure to potentially constitute State aid. This criterion is normally considered to be fulfilled by the European Commission and by the Union courts when a measure affects undertakings that are globally active and operate in several Member States of the Union.⁵ The financial sector is open to cross-border trade and it is frequent that banks or other financial institutions in one Member State operate in other Member States, assuming they are allowed to do so.⁶ Swedish banks are often active abroad or have foreign clients, and several foreign banks are active on the Swedish market. Therefore, in my view a risk tax on credit institutions would be liable to affect trade

⁴ See e.g. Case C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, paragraph 132.

⁵ See e.g. Commission Decision of 21.10.2015 on State aid SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) which Luxembourg granted to Fiat, paragraph 189; see also Case C-53/00, *Ferring SA v Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, paragraph 21.

⁶ On the effect on trade and the distortion of competition in the financial sector, see Case C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, paragraphs 139 and following.

between the Member States in the sense of article 107(1) of the TFEU, thereby making this criterion fulfilled.

Third, an intervention must distort or threaten to distort competition for it to be potentially deemed as an illegal State aid. It is usually considered in State aid law that a measure granted by a Member State distorts or may threaten to distort competition when it is liable to improve the competitive position of the recipient compared to other undertakings with which it competes.⁷ It can reasonably be assumed that the suggested tax measure would distort or threaten to distort competition, since the undertakings subject to the tax and exempted from it are, at least in some respects, competing on similar markets or for similar clients. It is also acknowledged in the memorandum drafted by the Swedish Ministry of Finance that competition would probably be affected if the tax were implemented.⁸ Indeed, since it is possible that the banks subject to the risk tax would transfer at least part of this additional cost to their clients via e.g. increased fees, higher interests charged, or lower interests paid, competition might be distorted as credit institutions that are not in the scope of the tax would save this cost and thus be able to sell their products and services at lower prices. Therefore, it can be assumed that this criterion is fulfilled.

The above analysis leaves one criterion to investigate, the selective advantage, which is investigated in the section below.

5 Analysis of the potential existence of a selective advantage

Although the notion of “selective advantage” is frequently used in State aid practice, it is settled case law that the two notions of advantage and selectivity need to be distinguished: “the requirement as to selectivity under Article 107(1) TFEU must be clearly distinguished from the concomitant detection of an economic advantage”.⁹ However, the General Court has found that this does not prevent the two criteria from being examined “simultaneously”, in situations where they overlap.¹⁰

For the sake of clarity, I will first analyse the potential existence of an advantage (section 5.1), before turning to the selectivity criterion (section 5.2).

5.1 The potential existence of an advantage

With respect to the existence of an advantage in the sense of article 107(1) of the TFEU, the CJEU has held in numerous cases that measures that relieve an undertaking of a

⁷ See e.g. Commission Decision of 21.10.2015 on State aid SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) which Luxembourg granted to Fiat, paragraph 189, with further references to the case law of the European Courts at footnote 75.

⁸ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, pp. 40-41.

⁹ See Case C-15/14 P, *European Commission v. MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt.*, paragraph 59.

¹⁰ See Cases T-778/16 and T-892/16, *Ireland and Others v European Commission*, paragraphs 136-138.

cost, including a tax cost, may constitute an aid.¹¹ For example, in the *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* case, the CJEU held that “measures which, in various forms, mitigate the charges that are normally included in the budget of an undertaking and which therefore, without being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect are considered to constitute aid”;¹² on that basis, the Court considered that a tax exemption would confer an economic advantage on its beneficiary.¹³ To take another example, in the *ANGED* case the CJEU ruled that an exemption from a tax on large retail establishments that was granted to collective large retail establishments with a surface area equal to or greater than 2 500 m² did constitute State aid.¹⁴ In the case of the suggested risk tax, and when considering the fact that certain credit institutions are in the scope of the tax while others are not, it is unquestionable that the credit institutions being exempted from the tax receive an economic advantage consisting in this very tax relief. The advantage is all the more patent that the credit institutions that are in the scope of the tax do not benefit from a tax exemption up to the threshold.

The advantage criterion is thus fulfilled. This does not make the tax at breach of the State aid rules: it remains to be investigated whether or not the selectivity criterion is fulfilled.

5.2 The selectivity criterion

With respect to the selectivity criterion, a first question might be whether or not the suggested risk tax on certain credit institutions could be deemed selective because of its sectoral nature: indeed, by only applying to the financial sector, all other sectors are exempted from the tax, and thus indirectly receive an advantage through not being subject to a tax on their liabilities. However, the practice of the European Commission and the case law of the Union courts tend to accept the right of the Member States to impose sectoral taxes. In this respect, the CJEU has especially held that “in the absence of European Union rules governing the matter, it falls within the competence of the Member States, or of infra-State bodies having fiscal autonomy, to designate bases of assessment and to spread the tax burden across the different factors of production and economic sectors”.¹⁵

¹¹ See Case C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, paragraph 132.

¹² See Case C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v Ayuntamiento de Getafe*, paragraph 66.

¹³ See Case C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v Ayuntamiento de Getafe*, paragraph 68.

¹⁴ See Case C-233/16, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*, paragraph 68.

¹⁵ See Joined cases C-106/09 P and C-107/09 P, *European Commission (C-106/09 P) and Kingdom of Spain (C-107/09 P) v Government of Gibraltar and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, paragraph 97.

This formulation has been used in several cases,¹⁶ and the acceptance of sectoral taxes such as environmental taxes or certain taxes on the financial sector¹⁷ confirms the possibility for the Member States to implement sectoral taxes, as long as they prove non-selective.¹⁸ Therefore, I do not analyse the potential selectivity of the risk tax because of its sectoral nature, although an incompatibility cannot be excluded.¹⁹ Also, the potential selectivity of a sectoral tax is mostly relevant when such a tax is applied homogeneously. In the case of the risk tax on certain credit institutions, the tax includes an intrinsic differentiation. Therefore, in this opinion I shall investigate the potential selectivity that may exist *within* the risk tax system.

The selectivity criterion implies a prohibition of discriminations between comparable undertakings,²⁰ which in essence leads to an obligation to provide equal treatment.²¹ To test the potential selectivity of a tax measure, the CJEU has developed a method in several steps: one must first identify the ordinary or “normal” tax system applicable in

¹⁶ See e.g. Case C-233/16, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*, paragraph 50.

¹⁷ For example, the European Commission has found that “the peculiar nature of banking could, in principle, justify the introduction of specific tax rules for the sector”: see Commission Decision of 11 December 2001 on the tax measures for banks and banking foundations implemented by Italy (2002/581/EC), paragraph 32.

¹⁸ Certain taxes that improve or worsen the competitive situation of one sector have been deemed illegal State aid. See e.g. Case 173/73, *Italy v Commission*; Case C-75/97, *Kingdom of Belgium v Commission of the European Communities*. In this respect see Pierpaolo Rossi, ‘The Paint Graphos Case: A Comparability Approach to Fiscal Aid’, in Dennis Weber (ed.), *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead* (IBFD 2013), p. 130: “it is not State aid to apply general taxes to different sectors (e.g. banking compared to manufacturing), but it is State aid to apply sectoral (and therefore non-general) taxes to different sectors (banking compared to manufacturing)”.

¹⁹ One may, for example, question the need for an additional tax on credit institutions as they are already contributing to the public finances by paying various types of taxes and by not being able to deduct VAT on their purchases. They are also contributing to schemes such as the bank resolution system, and they are subject to capital requirements. One may also observe that the suggested risk tax is not linked to the ability-to-pay of credit institutions, and may make the financial sector less attractive to investors and customers (see *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 39). Additionally, one may observe that several types of sectoral taxes have a behavioural and not only fiscal objective, such as environmental taxes or taxes on products that are not healthy; in such cases, the sectoral nature of the tax may be compatible with the State aid rules given the fundamentally different situations of the undertakings to which they apply. No such differences exist in the case of the proposed risk tax on certain credit institutions. Finally, certain sectoral taxes apply instead of the normal income tax, such as tonnage taxes (see e.g. the Commission decision SA.45300 approving the Danish tonnage tax) or the Belgian alternative income tax regime for the wholesale diamond sector (see the Commission decision SA.42007, where it accepted such a regime); this is not the case of the risk tax, which applies in addition to the corporate income tax. However, the question of the compatibility with State aid law of the sectoral nature of the suggested risk tax on certain credit institutions is not studied in more details in this opinion, the scope of which is limited to the potential selectivity resulting from the liabilities threshold.

²⁰ See Case C-233/16, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*, paragraph 38; Joined Cases C-105/18 to C-113/18, *Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) and Others v Administración General del Estado*, paragraph 60.

²¹ See Case C-524/14 P, *European Commission v. Hansestadt Lübeck*, paragraph 53.

the Member State concerned.²² Second, one needs to demonstrate that the tax measure at issue is a derogation from that ordinary system to the benefit of only certain undertakings, in so far as it differentiates between operators who, in the light of the objective pursued by that ordinary tax system, are in a comparable factual and legal situation; even if there is no formal derogation included in the tax system from what is deemed as “normal taxation”, a measure may still be selective if its effects favour certain undertakings over others (so-called *de facto* selectivity).²³ Third, assuming that a tax measure is *a priori* selective (i.e. it implies a difference in treatment between comparable undertakings) it may nevertheless be justified if it flows from the nature or the general structure of the system of which it forms part,²⁴ and is in line with the principle of proportionality.²⁵

The potential selectivity of the suggested risk tax for certain credit institutions is analysed below in the light of this methodology.

5.2.1 What is the reference system?

The reference system must be determined carefully, because an improperly chosen reference system is likely to lead to a biased State aid analysis.²⁶

The European Commission defines the reference system as follows: “a consistent set of rules that generally apply — on the basis of objective criteria — to all undertakings falling within its scope as defined by its objective. Typically, those rules define not only the scope of the system, but also the conditions under which the system applies, the rights and obligations of undertakings subject to it and the technicalities of the functioning of the system”.²⁷ The European Commission observes that the reference system “is based on such elements as the tax base, the taxable persons, the taxable event and the tax rates”. Consequently, it will often be the tax system itself that constitutes the reference system.²⁸ This is especially true for sectoral taxes, which are taxes with a narrow scope of application, and where it is logical to take into account the whole sectoral tax as a reference system for it to include all the elements necessary to its full functioning. Examples of sectoral taxes such as turnover taxes applied on the retail sector or environmental taxes illustrate the use of the whole sectoral tax as a reference system, as opposed to excluding from the reference system the undertakings that are

²² See Case C-88/03, *Portugal v Commission*, paragraph 56; Cases C-78/08 to C-80/08, *Paint Graphos*, paragraph 49.

²³ See Joined Cases C-20/15 P and C-21/15 P, *Commission v World Duty Free Group and Others*, paragraph 74.

²⁴ See e.g. Case C-88/03, *Portugal v Commission*, paragraph 52; Joined Cases C-20/15 P and C-21/15 P, *Commission v World Duty Free Group and Others*, paragraph 58.

²⁵ See Cases C-78/08 to C-80/08, *Paint Graphos*, paragraph 75.

²⁶ See Case C-203/16 P, *Dirk Andres v European Commission*, paragraph 107.

²⁷ See Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, paragraph 133.

²⁸ See Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, paragraph 134.

excluded from its scope of application.²⁹ As the General Court emphasises, a reduction from a tax “de facto forms part of the structure of taxation”;³⁰ therefore, although it is exempt from a tax, an exempted activity falls within the sectoral scope of application of the tax. It can also be observed that the European Commission and the Union courts have adopted a broad approach to the determination of the reference system, even for taxes that have broader scopes than a sectoral tax.³¹ In certain cases the reference system may even encompass legal provisions that are not included in the tax system under review, if there is a link between the two.³²

Accordingly, in this case the most correct reference system is the whole risk tax, including the elements of the risk tax that result in the exclusion of certain credit institutions from the scope of the tax. In support of this conclusion, one should keep in mind the fact that the CJEU has repeatedly held that the regulatory technique should not influence the outcome of a State aid analysis; instead, focus is on the effects of a tax.³³ The credit institutions excluded from the scope of the risk tax are, in effect, subject to the same rules as the ones in the scope of the tax, but with a 0% tax rate instead of a 0,06% or 0,07% tax rate. One could not validly argue that the two tax rates operate in parallel, each of them constituting a separate reference system: the reference system needs to be a *consistent* set of rules, which needs to include all its rules so that its effects can be assessed. Also, even though the drafting of the proposal does not precisely determine a main rule (i.e. the conditions leading to one of the two possible tax treatments) and an exception to it (i.e. the conditions leading to the other of the two possible tax treatments), the selectivity criterion does not necessarily suppose the objective determination of a main rule and an exception.³⁴ The question of which tax

²⁹ Concurring, see Rita Szudoczky and Balázs Károlyi, ‘Progressive Turnover Taxes under the Prism of the State Aid Rules: Effective Tools to Tax High Financial Capacity or Inconsistent Tax Design Granting Selective Advantages?’, 19 *European State Aid Law Quarterly* (2020) 3, p. 256.

³⁰ See Joined Cases T-836/16 and T-624/17, *Republic of Poland v European Commission*, paragraph 68.

³¹ See e.g. the decisions and court cases in the field of corporate income tax. It is in most cases the whole corporate income tax system that constitutes the reference system, as opposed to a specific provision within the corporate income tax. An example is provided by the *Apple* case, where the General Court found that the provisions for the attribution of profits to permanent establishments could not constitute a reference system on its own: see Cases T-778/16 and T-892/16, *Ireland and Others v European Commission*, paragraph 163. Generally on the question of the scope of the reference system, see Jérôme Monsenego, *Selectivity in State Aid Law and the Methods for the Allocation of the Corporate Tax Base*, Kluwer Law International 2018, pp. 45 and following.

³² See Case C-308/01, *GIL Insurance Ltd and Others v Commissioners of Customs & Excise*.

³³ See Case C-487/06 P, *British Aggregates Association v Commission of the European Communities and United Kingdom*, paragraph 89, last sentence; Joined cases C-106/09 P and C-107/09 P, *European Commission (C-106/09 P) and Kingdom of Spain (C-107/09 P) v Government of Gibraltar and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, paragraph 92; Case C-219/16 P, *Lowell Financial Services GmbH v European Commission*, paragraph 92; Joined Cases C-20/15 P and C-21/15 P, *Commission v World Duty Free Group and Others*, paragraph 67; Case C-219/16 P, *Lowell Financial Services GmbH v European Commission*, paragraph 93.

³⁴ For an illustration of this view, see e.g. Joined Cases C-105/18 to C-113/18, *Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) and Others v Administración General del Estado*, paragraph 63: “while the tax criterion, relating to the source of production of the electricity, does not appear to derogate formally from a given legal reference framework, its effect is nonetheless to exclude such electricity

rate is the main one is mostly relevant to determine whether or not taxes have to be reimbursed, and if so how to quantify the amount of the aid;³⁵ this does not necessarily imply the existence of two separate reference systems.

The next question is whether the suggested tax system implies a difference in treatment between undertakings that are in a comparable situation.

5.2.2 Is there a difference in treatment between undertakings that are in a comparable situation?

The suggested tax system implies a dual treatment of credit institutions: either credit institutions are in the scope of the tax, or they are exempted from it. The size of the liabilities of the credit institutions is one of the parameters that lay the ground for this classification: only credit institutions that have liabilities at the beginning of a tax year that are equal or superior to a certain threshold (150 billion SEK in 2022) would be subject to the tax. Clearly, this implies a difference in treatment to the benefit of only certain undertakings, those that have liabilities below the threshold.

This leads to the question of whether or not the difference in treatment takes place between operators who, in the light of the objective pursued by the tax system, are in a comparable factual and legal situation: are credit institutions with liabilities below and above the threshold in a comparable factual and legal situation, in the light of the objective pursued by the tax system? The question of comparability is complex, and the Swedish Ministry of Finance rightly identified a need to analyse it.³⁶

To start with, one should determine the objective pursued by the tax system. This might be a difficult exercise, because the objective of a tax system is not necessarily explicitly mentioned in the legislative material relevant for the tax, such as the preparatory works or the actual tax provisions. Even if the objective of a tax is explicitly mentioned in the tax law or in the preparatory works, in my opinion it would not be correct to fully and solely rely on what the lawmaker chose to mention or not.³⁷ I believe that a more correct method rather consists in understanding the essence and the practical operation of a tax system, to be able to deduce its objective. However, this method may not always be satisfactory, for example when a tax system pursues several objectives not necessarily consistent with each other.

producers from the scope of that tax”; the effects of a tax system may, accordingly, make it selective (see paragraph 64 of this judgement).

³⁵ See e.g. Joined Cases C-164/15 P and C-165/15 P, *European Commission v Aer Lingus Ltd and Ryanair Designated Activity Company*.

³⁶ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 35.

³⁷ Concurring see Michael Lang, ‘State Aid and Taxation: Selectivity and Comparability Analysis’, in Isabelle Richelle, Wolfgang Schön and Edoardo Traversa (eds.) *State Aid Law and Business Taxation* (Springer 2016), p. 34: “Searching for the legislator’s intention (...) cannot lead to any result”. See also Case C-562/19 P, *European Commission v Republic of Poland*, Opinion of Advocate General Kokott delivered on 15 October 2020, paragraph 75, where the objective pursued by the tax system is considered to be determined “by way of interpretation from the nature of the tax and its design”.

In the case of the proposal for a risk tax on certain credit institutions, the main objective of the tax mentioned in the memorandum is the need to strengthen the Swedish public finances to be able to assume the indirect costs caused by future financial crises.³⁸ However, as from 2023 the tax rate is to increase from 0,06% to 0,07% of the liabilities; the difference (0,01%, or approximately 1 billion SEK per year³⁹) is, according to the press release that accompanied the proposal,⁴⁰ to be attributed to the defense budget, which is a different objective than the one stated as a main purpose for the tax. In addition, the objective that initially motivated the idea of a “bank tax” (at that time it was not yet, at least not officially, a risk tax on certain credit institutions) was the strengthening of the defense budget.⁴¹ The impression that the proposal for a risk tax on certain credit institutions is motivated by the objective to strengthen the defense budget is consistent with the revenues yielded by the suggested risk tax, which broadly match the revenues to be allocated to the defense budget in the original presentation of a bank tax.

The precise determination of the objective of the tax might be important for the comparability analysis between the two categories of undertakings: if the objective of the tax is generally to strengthen the Swedish public finances, the revenues of which would contribute to different public efforts, it is more likely that the two categories of undertakings will be in a comparable situation. This is because the objective to levy taxes and improve the public finances does not, in itself, mandate a differentiated taxation between credit institutions with liabilities below or above the threshold. If, in contrast, the objective of the tax is really to face the indirect costs caused by a financial crisis, and that the two categories of credit institutions indeed may trigger different indirect costs for the State, a differentiated levy of the risk tax may appear more motivated.

However, in this case I do not believe that the choice of either objective is decisive to proceed with the comparability analysis. This is because the levy of the risk tax is still a tax, which by definition is not directly affected to a special purpose, be it the defense budget or the indirect costs that occur with a financial crisis; it is rather a general contribution to the State’s revenues, which may, in turn, be affected (or not) to different purposes. The general character of the risk tax is demonstrated by the fact that it might aim at covering *indirect* costs that occur with a financial crisis (i.e. the deteriorated public finances due to an economic downturn, with no precise determination of who should benefit from the intervention of the State), not the *direct* costs that the State may have to assume in case of financial crisis (i.e. when the State must improve the financial stability by targeting its interventions). The risk tax would apply in addition to existing

³⁸ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, e.g. at p. 24.

³⁹ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 38.

⁴⁰ See <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2020/09/forslag-om-riskskatt-for-storre-kreditinstitut-pa-remiss/> (accessed 24 October 2020): “Den beräknade offentligfinansiella effekten från höjningen planeras användas till ökade försvarsanslag”.

⁴¹ See the press release dated 31 August 2019:

<https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2019/08/langsiktig-finansiering-av-det-militara-forsvaret/> (accessed 24 October 2020).

mechanisms such as the resolution fees and capital requirements, the purpose of which is to mitigate the risk that a financial crisis happens and the exposure of the State in case such a crisis occurs. There is no mention of investments aimed at decreasing the probability of a financial crisis or at minimizing the consequences of a financial crisis that might be financed with the revenues of the risk tax. The suggested risk tax does not either aim predominantly at influencing behaviours, for example by discouraging credit institutions from taking risks that may result in a financial crisis. The risk tax would be affected to the State budget, which supports various types of public expenditures, including (but not limited to) both the defense budget and the indirect costs that occur with a financial crisis. There is no obligation for the State to actually allocate the revenues of the risk tax to certain purposes; the State may also change its priorities over time.

Also, as a subsidiary way of reasoning, if there really were a need to specifically strengthen the financial reserves of the State in view of potential future financial crises, one could have conceived a system that is not a tax, but a fee paid to a blocked account, the funds of which are reimbursed after some time in case the risk has not (fully) materialized. However, the suggested risk tax does not follow this kind of logic: the risk tax is to be paid whether or not the risk materializes.

Accordingly, in my opinion the objective of the tax, for the purpose of a State aid analysis, is the taxation of the largest credit institutions to generally finance public expenditure.

Now that the objective pursued by the tax system has been determined, the next question consists in analysing whether undertakings that are in the scope of the tax and those that are exempted from it, are, in the light of this objective, in a comparable factual and legal situation. If they are not in a comparable situation, the differentiation included in the tax system on the basis of the liabilities threshold cannot have a selective nature.

I will analyse factual comparability first. The standard set by the CJEU with respect to factual comparability is such that there must be clear differences between different undertakings with respect to the purpose of a given tax, for these undertakings to be in a different factual situation. For example, electricity producers are not in a comparable situation with respect to a tax on the use of inland waters for the production of electricity, when electricity producers do or do not use water as a source of electricity production;⁴² in such a case, the tax makes sense only with respect to certain undertakings, which are not comparable to other undertakings. It is argued in the memorandum that all credit institutions do not imply the same risks for the functioning of the financial system. The difference would mainly stem from the size of the operators: bigger credit institutions would constitute such an important part of the financial system that when they are exposed to serious difficulties, highly negative consequences may be triggered both for the financial system and for the economy in

⁴² See Joined Cases C-105/18 to C-113/18, *Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) and Others v Administración General del Estado*, paragraphs 66-67.

general.⁴³ Such institutions would have a systemic importance, as serious difficulties or a collapse would entail a systemic risk for the stability of the financial market. In contrast, smaller credit institutions would not entail such risks for the State.⁴⁴ Therefore, it is considered in the memorandum that the two categories of undertakings are not, in the light of the objective pursued by the tax system, in a comparable factual and legal situation,⁴⁵ something that would enable a differentiated taxation with a threshold based on liabilities.

I have not performed an independent and critical assessment of the correctness of the alleged relation between the size of the liabilities of credit institutions, and the indirect costs that occur in case of financial crisis. I can nevertheless observe that the criteria leading to classifying a financial institution as risky, or the parameters triggering the application of mechanisms to prevent crises or mitigate their consequences are not identical: this is evidenced by a comparison between the mechanism suggested by the Swedish Ministry of Finance in the memorandum, the criteria used by the *Riksgälden* to determine which institutions are in the scope of the resolution mechanism, the parameters that determine the capital requirements applicable to banks, and the criteria used by the *Finansinspektionen* for the purpose of categorisation. The diversity in these parameters suggests that the size of the liabilities of credit institutions is not, as observed in the memorandum⁴⁶, necessarily the only parameter that may trigger indirect costs in case of financial crisis, something that would point to the factual comparability of the two categories of credit institutions. It can also be assumed that different credit institutions with similar liability levels may have different risk profiles, being more or less eager to take on risks when granting loans. Yet, the size of liabilities does not take into account the risk factor connected to each loan. This too points to liabilities not being the only parameter that may trigger indirect costs for the State.

If one nevertheless assumes that the alleged relation between the size of the liabilities of credit institutions and the indirect costs that occur in case of financial crisis is correct, such a relation does not necessarily preclude the comparability between credit institutions with liabilities below and above the threshold. If indeed there is a relation between the size of credit institutions and the indirect costs for the public finances that may be triggered in case of financial crisis, the only argument that could justify that the two categories of undertakings are not comparable is if the undertakings exempted from the tax present no risk for the public finances in case of financial crisis, while the undertakings in the scope of the tax would present such risks. In other words, the two categories of undertakings may be in different situations if they indeed trigger different risks, meaning that no risk is associated to smaller credit institutions since they are not deemed in need of contributing to covering the risks of indirect costs, while bigger

⁴³ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 23.

⁴⁴ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 35: ”På grund av sin marknadsposition är de beskattningsbara kreditinstituten de enda kreditinstitut som på företagsnivå utgör en potentiell risk för väsentliga indirekta kostnader för samhället”.

⁴⁵ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 35.

⁴⁶ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 23: ”Faktorer som spelar roll för detta är institutens storlek, dess betydelse för samhällsekonomin, dess komplexitet och sammanlänkning”.

credit institutions would trigger indirect costs, thereby motivating the levy of an additional tax. If, in contrast, the risk supported by the State is commensurate with the size of the credit institutions, it is my understanding that there is no support in the case law of the CJEU to preclude the comparability of credit institutions with liabilities below and above the threshold.

In my view it would be enough that there is a correlation (not necessarily a strict proportionality) between the liabilities of credit institutions and the level of exposure of the State to indirect costs in case of financial crisis, to find smaller and bigger credit institutions comparable from a factual perspective. If indeed the risk supported by the State is commensurate with the size of the credit institutions, and assuming that the State aims at strengthening the public finances in order to build reserves so as to face future indirect costs, a design of the risk tax that is consistent with this objective would imply that all credit institutions are subject to a tax that is commensurate with the risk that their activities imply for the State. I have not analysed such an alternative design of the risk tax, but one could conceive a tax that is simply proportional to the liabilities, i.e. with no exemption below a given threshold.⁴⁷

The system suggested in the memorandum, which implies that credit institutions are in the scope of the tax if their liabilities exceed the threshold, is not connected to a demonstration that credit institutions with liabilities below the threshold do not trigger any risks, or that indirect costs for the State in case of financial crisis increase exponentially with the level of liabilities of credit institutions.⁴⁸ There are actually arguments that would contradict the idea of an exponential exposure of the State, especially the fact that the largest banks are in the scope of the resolution system that protects the State from being too exposed to the costs of a financial crisis, and the capital requirement regulations: thanks to these protection mechanisms, bigger banks do not automatically imply risks for the State that increase exponentially with the liabilities of credit institutions.

The type of financial activities conducted by credit institutions with liabilities below the threshold does not prevent the State from being exposed to indirect costs in case of financial crisis;⁴⁹ the difference between the two categories of credit institutions is thus not related to the *existence* of risks assumed by the State, but rather to the *extent* of such risks. This means that the need for a threshold to distinguish between the two categories

⁴⁷ Such a tax may, however, prove selective for other reasons, for example because of its sectoral nature.

⁴⁸ For a similar reasoning in the area of turnover taxes, see Commission Decision of 4.11.2016 on the measure SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Hungary on the taxation of advertisement turnover, paragraph 69.

⁴⁹ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 35, where it is indicated that the credit institutions in the scope of the tax are the only ones that present risks of *significant* (“*väsentliga*”) indirect costs; this means, a contrario, that credit institutions below the threshold may still trigger risks of indirect costs, albeit at a lower level. The notion of significant indirect costs (“*väsentliga indirekta kostnader*”) is not defined in the memorandum, and it does not seem to be possibly defined (see p. 41 of the memorandum: “*Det är svårt att avgöra var gränsen går för att ett kreditinstitut ska riskera att orsaka väsentliga indirekta kostnader i händelse av en finansiell kris*”).

of credit institutions is not objectively proved, especially in view of the completely different consequences depending on whether or not the threshold is exceeded. In addition, the level of the threshold is not either objectively demonstrated: it is acknowledged in the memorandum that it is difficult to determine where the border should go between credit institutions that are, or are not, important from a systemic perspective.⁵⁰ The lack of arguments justifying an objectively different situation between the two categories of credit institutions points to their comparability in the light of the objective of the risk tax.

Moreover, absent an objective demonstration that the risks borne by the State materialize only when the liabilities threshold is passed, there is an inconsistency in the design of the tax: while the risks borne by the State seem to increase in a linear fashion as liabilities increase, the tax is only paid by the largest credit institutions, with no exemption up to the level of the threshold. If one goes back to the example in section 2 of this opinion, bank 1 and bank 2 should reasonably be deemed to trigger relatively comparable levels of risks for indirect costs for the State, as their liabilities amount to 140 and 160 billion SEK. Yet only bank 2 would pay the tax, hence the inconsistency between the objective and the design of the tax. The inconsistency is all the more patent that only a few of all the credit institutions active in Sweden are to pay the risk tax: 21 credit institutions, belong to 9 banking groups (7 Swedish and two foreign) are to pay the risk tax,⁵¹ whereas there are 125 banks (among which 37 are foreign) active in Sweden.⁵²

With respect to factual comparability and the compatibility with State aid law of differentiated taxation, a parallel can also be made with case law on differentiated taxation and environmental objectives. There are two cases that are particularly interesting in this respect:

- First, in the *Adria-Wien Pipeline* case the CJEU found that different sectors using more or less energy were in a comparable situation, and that a relief from energy taxation granted only to undertakings manufacturing goods was illegal State aid. The parallel between the *Adria-Wien Pipeline* case and the proposal for a risk tax on certain credit institutions is the following: in *Adria-Wien Pipeline* the Court found that the environmental damage caused by energy consumption was proportional to this energy consumption, so there was no need for differentiated taxation between service providers and manufacturers: “energy consumption by each of those sectors is equally damaging to the environment”.⁵³ The outcome of the case results in taxation in line with the polluter pays principle, where energy taxation is proportional to the energy consumption, and thus to the environmental damage. Transposed to the context of the risk tax on certain credit institutions, if indeed the liabilities of credit institutions trigger risks for indirect costs that are commensurate to their size,

⁵⁰ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, pp. 23 and 41.

⁵¹ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 40.

⁵² See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 17.

⁵³ See Case C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, paragraph 52.

the logic of the *Adria-Wien Pipeline* case would imply that taxation should not be differentiated on the basis of the size of the liabilities, since risks for indirect costs occur in any case: a proportional tax, with no exception or threshold, would ensure that all credit institutions, no matter the size of their liabilities, contribute to the public finances to an extent that is commensurate with the risks they expose the State to.

- Second, in the *ANGED* case the CJEU has found that certain undertakings with different impact on the environment were not in a comparable situation, and thus could be subject to differentiated taxation.⁵⁴ This view was confirmed in the *UNESA* case.⁵⁵ What is interesting in these cases, for the purpose of the risk tax on certain credit institutions, is the difference that exists between certain environmental taxes and the proposal for a risk tax. Environmental taxes can be specifically designed so as to target polluters. Moreover, environmental taxes often have as a primary objective to influence behaviours since different operators may have different impact on the environment, so that economic operators that pollute the most change their processes and pollute less. No such characteristics seem to be at hand with respect to the proposal for a risk tax on certain credit institutions, if one accepts the idea – which is an assumption in the memorandum – that the risks to which the State is exposed are commensurate with the size of the liabilities of credit institutions: as already emphasised above, credit institutions cannot be objectively divided in two categories, only one of which presents risks of indirect costs for the State. Therefore, the characteristics of credit institutions do not mandate differentiated taxation, as opposed to certain environmental activities. Furthermore, the risk tax has not as a principal purpose to influence behaviours in terms of the risks taken by credit institutions with the highest liability levels:⁵⁶ since all credit institutions imply some level of risks for the State, all credit institutions should be encouraged to mitigate their risks. This means that while in the field of environmental taxation certain operators may indeed be in a different situation with respect to an environmental objective, thus justifying a differentiated tax system, no such clear differentiation can be made between credit institutions, thus pointing to the factual comparability of different credit institutions and the lack of motivation to enact a differentiated tax system.

It results from the foregoing that credit institutions that are in the scope and outside the scope of the risk tax are in a factual comparable situation, seen in the light of the objective of the tax system.

I now turn to the analysis of legal comparability. Incomparability from a legal perspective requires true differences between the categories of undertakings subject to

⁵⁴ See Case C-233/16, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*.

⁵⁵ See Joined Cases C-105/18 to C-113/18, *Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) and Others v Administración General del Estado*.

⁵⁶ In contrast, capital requirements and the resolution system do intend at minimizing the risks taken by financial institutions.

different tax rules, as emphasised in the *Paint Graphos* case.⁵⁷ From a legal perspective, credit institutions with liabilities below and above the threshold are not subject to clearly different compliance, accounting, and tax requirements that would rely on the same type and level of liabilities threshold. Here, a parallel can also be made to the bank resolution system, which is a legally binding mechanism relevant for the legal comparability. First, the threshold suggested for the risk tax does not correspond to the scope of the resolution fee: while in 2019 179 institutions paid the resolution fee,⁵⁸ the risk tax is estimated to be paid by 21 credit institutions belonging to 9 groups.⁵⁹ The scope of the resolution fee is broader, which tends to indicate that the credit institutions exempted from the risk tax still present a risk for the stability of the financial markets since many banks excluded from the risk tax are nevertheless subject to the resolution fee. Second, the resolution fees aim at preventing the taxpayers, i.e. the State, from supporting banks in case of financial crisis; this contradicts the argument according to which the credit institutions in the scope of the risk tax may trigger systemic risks implying significant indirect costs for the State, while the institutions exempted from the tax would not present such risks. Therefore, credit institutions with liabilities below and above the threshold are in a comparable legal situation, in the light of the objective of the suggested risk tax.

The above analysis leads me to the conclusion that the credit institutions that are in the scope and outside the scope of the risk tax are in a comparable legal and factual situation in the light of the objective of the tax system. Since the suggested risk tax implies a difference in treatment between undertakings that are in a comparable situation, the risk tax is a priori selective. The next step in the selectivity analysis consists in investigating whether or not the difference in treatment may be justified by the logic of the tax system, and if so, if it is in line with the principle of proportionality. This is the purpose of the following section.

5.2.3 May the difference in treatment be justified by the logic of the tax system, and is it in line with the principle of proportionality?

Treating differently credit institutions depending on whether their liabilities are below or above the threshold might be justified, but solely by the logic of the tax system. To that end, the reason for discriminating must flow from the nature or the general structure of the system of which the measure forms part.⁶⁰ This test is strictly applied by the Union courts and leaves little leeway to the Member States. The European Commission interprets the case law of the Union courts so that a measure may be justified if it “derives directly from the intrinsic basic or guiding principles of the reference system or where it is the result of inherent mechanisms necessary for the functioning and effectiveness of the system. In contrast, it is not possible to rely on external policy

⁵⁷ See Cases C-78/08 to C-80/08, *Paint Graphos*.

⁵⁸ See <https://www.riksgalden.se/sv/var-verksamhet/finansiell-stabilitet/sa-finansieras-krishantering/> (accessed 27 October 2020): “För 2019 betalade 179 institut resolutionsavgift”.

⁵⁹ See *Riskskatt för vissa kreditinstitut*, Fi2020/03725/S1, p. 38.

⁶⁰ See e.g. Case C-203/16 P, *Dirk Andres v European Commission*, paragraph 87; Case C-88/03, *Portuguese Republic v Commission of the European Communities*, paragraph 52.

objectives which are not inherent to the system”.⁶¹ In other words, it must be the intrinsic characteristics of the tax system that make it necessary to treat differently the two categories of undertakings. This may be the case, for example, with respect to “the need to fight fraud or tax evasion, the need to take into account specific accounting requirements, administrative manageability, the principle of tax neutrality, the progressive nature of income tax and its redistributive purpose, the need to avoid double taxation, or the objective of optimising the recovery of fiscal debts”.⁶² The judgement of the Grand Chamber of the CJEU in the *A-Brauerei* case illustrates the view of the Court on the possibility to justify a difference in treatment with respect to the intrinsic characteristic of a tax system: the need to avoid double taxation in case of corporate restructurings, and thus in essence the need to preserve the principle of neutrality, justified the exemption from tax in certain cases.⁶³ In contrast, a tax advantage that is motivated by external reasons, such as the preservation of employment or the safeguard of certain enterprises, has repeatedly been rejected as a justification by the Union Courts.⁶⁴

Considering how the justification test has been applied by the Union courts, in this case the Swedish Ministry of Finance would need to demonstrate that the distinction on the basis of a liabilities threshold is mandated by the inner logic of a risk tax on credit institutions. However, no such argument is found in the memorandum, at least no such argument is referred to explicitly as a ground to justify the *a priori* selective character of the risk tax on certain credit institutions. And indeed, there does not seem to be intrinsic reasons for exempting credit institutions the liabilities of which are below the threshold, as the tax could very well be levied on any credit institution or not levied at all. Undertakings that exceed the threshold could also be granted an exemption from tax up to the threshold. In other words, there are no technical reasons linked to the design of a risk tax for exempting the credit institutions with liabilities below the threshold. The exemption is justified in the memorandum by policy reasons, i.e. the higher exposure of the State to indirect costs in case of financial crisis; such policy reasons should reasonably be deemed *external* to the risk tax system, as opposed to *internal*, as the case law of the CJEU requires. Even the policy argument – which is not valid for justification purposes – can be questioned, as it has not been demonstrated that a risk for the public finances exists only for credit institutions above the threshold. Other external reasons potentially explaining the limited scope of the tax, such as the limitation of the administrative burden on banks and the tax administration, or the higher fiscal revenues produced by banks with higher liabilities, would not either be acceptable justifications. Consequently, the inherent features of a risk tax do not, as such, require the exemption of credit institutions with liabilities below the chosen threshold.

⁶¹ See Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, paragraph 138, and the case law referred to at footnotes 212 and 213.

⁶² See Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, paragraph 139.

⁶³ See Case C-374/17, *Finanzamt B v A-Brauerei*.

⁶⁴ See e.g. Case C-6/12, *P Oy*; Case C-88/03, *Paint Graphos*, paragraph 82.

Even if the need to distinguish on the basis of the threshold were mandated by the logic of the risk tax on certain credit institutions, it would still need to pass the proportionality test. To that end, it must be demonstrated that the measures “are proportionate and do not go beyond what is necessary to achieve the legitimate objective being pursued, in that the objective could not be attained by less far-reaching measures”.⁶⁵ In this respect, the memorandum contains no argument pointing to the technical necessity of designing the risk tax with a liabilities threshold. The difference in treatment between undertakings that are just below and above the threshold appears also to go beyond what is necessary to achieve the objective pursued by the tax: if the objective is to improve the public finances so as to assume indirect costs in case of financial crisis, a less important difference in treatment would be achieved with a proportionate tax rate with no threshold, or if an exemption up to the threshold were granted to credit institutions the liabilities of which exceed the threshold.

In addition, no objective arguments are provided in support of the level of the threshold (150 billion SEK for 2022) and the choice of the tax rate (0,06% in 2022), making the difference in treatment between credit institutions in the scope and outside the scope of the tax subjective, as opposed to objective.

Consequently, the design of the risk tax is disproportionate: this is because the difference in treatment goes beyond what is necessary to raise revenues in a manner that is commensurate with the exposure of the State to indirect costs.

6 Conclusion

To conclude, the Swedish Ministry of Finance correctly identified the need to inform the European Commission of the project to implement a risk tax on certain credit institutions, in accordance with Article 108(3) of the TFEU. If the suggested risk tax were to be subject to State aid control, it is my interpretation of the case law of the Union courts that the inclusion of a liabilities threshold in the design of the tax would probably make it selective, and thus in breach of the State aid rules.⁶⁶

Jérôme Monsenego
Stockholm, 2 November 2020

⁶⁵ See Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, paragraph 140, referring to the *Paint Graphos* case.

⁶⁶ A similar conclusion, albeit in respect of a tax on financial transactions, is reached in Raymond H.C. Luja, ‘Taxing Financial Transactions: A State Aid Perspective’, in Otto Marres and Dennis Weber (eds.), *Taxing the Financial Sector: Financial Taxes, Bank Levies and More* (IBFD 2012), p. 148: “A tax aimed at covering *all* financial transactions may not be designed in such a manner that some transactions or financial institutions will escape the tax based on their peculiar characteristics, even if the way out is the result of the normal application of (a generally applicable loophole in) the tax law concerned”.