

Stockholm den 10 november 2020

R-2020/1721

Till Finansdepartementet

Fi2020/03725/S1

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 17 september 2020 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Riskskatt för vissa kreditinstitut.

### **Sammanfattning**

Advokatsamfundet anser att promemorian saknar tillräcklig kvantitativ konsekvensanalys av lagförslagets effekter. Motiven till varför skattskyldigheten ska avgränsas till det fåtal skattskyldiga som kommer omfattas av lagen och skälen för att beskattningen ska ske med utgångspunkt i kreditinstitutens skulder är inte heller tillräckligt utvecklade.

Advokatsamfundet konstaterar även att lagförslaget innehåller ett stort antal odefinierade begrepp samt hänvisningar till annan lagstiftning som riskerar att skapa osäkerhet vad gäller kretsen av berörda skattskyldiga, skattebasen och vilken skatt som ska utgå.

Promemorian saknar också analys av de följder som uppstår med anledning av att de skattskyldiga kreditinstituten kan komma att omfattas av reglerna om skattetillägg samt tillräcklig utredning om förslagets förenlighet med EU-rätten. Mot denna bakgrund kan Advokatsamfundet inte ställa sig bakom promemorians förslag i dess nuvarande utformning.

### **Bakgrund**

I promemorian föreslås att en helt ny skatt ska införas i Sverige. Skatten kan närmast beskrivas som inkomstskatt på skulder för vissa kreditinstitut. Förebild i någon utländsk motsvarighet förefaller inte finnas. Promemorians förslag bygger inte heller på något initiativ eller förslag inom EU eller OECD. Någon mer omfattande kvantitativ konsekvensanalys presenteras inte, trots att det handlar om en betydande förändring i det svenska skattesystemet. Enligt Advokatsamfundet är det en brist.

## Synpunkter på förslaget

### Rättssäkerhet och legitimitet

Skattelagstiftning bör utformas så enkelt som möjligt utifrån dess syften för att möjliggöra för berörda skattebetalare att uppfylla skatteplikten. Skatten måste uppfattas som adekvat och legitim av dem som ska bära den. Skatten måste vara förutsebar, så att de skattskyldiga kan förutse effekterna av sitt handlande. Beskattningen får inte heller utformas så att internationella aktiviteter hindras eller diskrimineras i strid med Sveriges internationella åtaganden.

De 21 institut som enligt promemorian träffas av den föreslagna skatten tillhör nio koncerner, varav sju svenska och två utländska. Den bedömning som görs i promemorian synes vara att det är legitimt att skatten ska bäras av ett fåtal skattskyldiga vars skulder uppgår till gränsvärdet. De berörda kommer behöva erlagga flera miljoner i riskskatt årligen, oberoende av om verksamheten gått med vinst eller förlust. Eftersom skatten kommer medföra betydande kostnader, som inte nödvändigtvis möts av intäkterna hos kreditinstituten, anser Advokatsamfundet det viktigt att motiven för att skattskyldigheten avgränsas till just dessa kreditinstitut är tydliga och kan uppfattas legitima.

För år 2020 har Riksgälden identifierat nio svenska institut som bedriver verksamhet som är kritisk för det finansiella systemet. Enligt promemorian kommer 21 kreditinstitut (bankaktiebolag, kreditmarknadsbolag eller utländska bankers filialer i Sverige) som tillhör sju svenska och två utländska koncerner bli skattskyldiga för riskskatt. Förslagets träffyta överensstämmer dock inte helt med Riksgäldens bedömning av vilka institut som är systemviktiga (där några systemviktiga institut ligger under 150 miljardersgränsen). Eftersom även mindre systemviktiga institut kan tänkas förorsaka betydande kostnader fordras enligt Advokatsamfundet en mer ingående förklaring än den att ett dynamiskt system, där det finansiella regelverket används för att bestämma vilka kreditinstitut som är systemviktiga och därmed skattskyldiga, skulle leda till osäkerhet beträffande beskattningen och därför inte lämpar sig för beskattningsändamål.

I promemorian redovisas inte heller något underlag som kvantifierar de förväntade indirekta kostnaderna, som visar något tydligt orsakssamband eller någon annan tydlig koppling mellan indirekta kostnader vid en finansiell kris och de nio koncerner som enligt förslaget ska träffas av skatten. Uppkomsten av en finansiell kris och indirekta kostnader i samband med en finansiell kris kan naturligtvis orsakas av instituten själva, men kan likväl ha andra orsaker som brister i regleringen eller andra politiskt fattade beslut.

Det är i och för sig möjligt att det kan finnas legitima skäl att differentiera det offentliga uttaget från de systemviktiga instituten ytterligare beroende på att de risker som föreligger avseende dessa är större än för de mindre instituten, eller beroende på effekter av hur nuvarande regelverk om bl.a. statliga uttag kontra statliga åtaganden ser ut. Av promemorian framgår exempelvis inte att de mindre och icke systemviktiga instituten, trots att de betalar resolutionsavgifter, inte omfattas av några statliga åtaganden eller

stödåtgärder utan ska fallera enligt vanliga konkursregler. Avsaknaden av mer ingående analyser om hur risker respektive statliga åtaganden faktiskt skiljer sig i förhållande till olika systemviktiga respektive icke systemviktiga institut saknas dock, vilket minskar förslaget legitimitet.

### Varför beskattas skulder men inte tillgångar?

Förslaget innebär en beskattning utifrån poster på balansräkningens skuldsida. Detta till skillnad från exempelvis resolutionsregelverket som baseras på riskerna på tillgångssidan, dvs. kvaliteten på utlåningen. Bakgrunden till utformningen av resolutionsregleringen är, mycket förenklat, att det är ”dåliga lån” (dvs. tillgångssidan) som har skapat problem i samband med tidigare finanskriser. Advokatsamfundet saknar utredning om andra regleringsalternativ vad gäller beskattningsunderlaget. I promemorian finns inget som förklarar valet av en helt ny modell, där man enbart tittar på skuldsidan. Det kan utan utredning inte heller uteslutas att gränsdragning med utgångspunkt i tillgångssidan skulle vara att föredra även från tillämpningssynpunkt (jämfört med det mer svårtolkade begreppet skulder avseende ”svensk verksamhet”, vilket kommenteras nedan).

### **Utformningen av lagförslaget**

Förslaget till lag om riskskatt för vissa kreditinstitut är relativt kortfattat. Det kan vara en fördel om det skapar ett enkelt och lättillämpat system. Advokatsamfundet konstaterar dock att förslaget innehåller ett stort antal odefinierade begrepp och hänvisningar till andra regelverk, vilket riskerar att skapa osäkerhet vad gäller kretsen av berörda skattskyldiga, skattebasen och vilken skatt som ska utgå. Eftersom skatten riktar sig till ett fåtal skattskyldiga, och därmed sannolikt inte kommer leda till något större antal tvister, anser Advokatsamfundet att eventuella tolkningsfrågor främst bör lösas genom ett tydligare och mer detaljerat regelverk, i stället för i rättskipande instanser.

### Skattskyldigheten

Enligt lagförslaget 4 § är skattskyldiga kreditinstitut sådana med skulder ”som är hänförliga till verksamhet i Sverige”. Eftersom ”skuld” enligt författningskommentaren till 7 § i lagförslaget definieras av vad som utgör god redovisningssed i Sverige behövs rimligen undantag om inte alla skulder som ska tas upp i en svensk balansräkning ska ingå i beskattningsunderlaget. Ett svenskt aktiebolag med obegränsad skattskyldighet redovisar skulder (och tillgångar) från aktiebolagets verksamhet i hela världen. Som förslaget är utformat beror beskattningsunderlaget mycket på vad som ingår i begreppet ”den svenska verksamheten”. Exempelvis skulle ett klagörande behövas av om skulder som finansierar utlåning till utländskt dotterbolag, som i sin tur använder medlen för att finansiera utlåning i utlandet, omfattas av begreppet ”den svenska verksamheten”.

I författningskommentaren framgår vidare att skulder som används för att finansiera kreditgivning i den svenska verksamheten omfattas, men även att andra typer av skulder som är ett resultat av den svenska verksamheten omfattas. Skulder hänförliga till

verksamhet i ett utländskt fast driftställe ska dock inte beaktas. Utifrån hänvisning till inkomstskattelagen (1999:1299), IL, i 2 § ska definition av fast driftställe finnas i 2 kap. 29 § IL. Det innebär att en filial till ett kreditinstitut bör falla inom tillämpningsområdet. Vid beräkning av underlag för riskskatt enligt förslaget ska skulder hänförliga till verksamhet i ett utländskt fast driftställe inte beaktas. Skulder till ett utländskt bankföretag eller ett utländskt kreditföretag som ingår i samma koncern ska däremot beaktas, om de fordringar som motsvarar skulderna inte är hänförliga till verksamhet som bedrivs från ett fast driftställe i Sverige.

Enligt kommentarerna till OECD:s modellskatteavtal erkänns som regel inte lån och räntor mellan ett företag och dess fasta driftställe, eftersom ett fast driftställe juridiskt sett är en del av företaget. Följaktligen kan ett fast driftställe, till skillnad från ett dotterbolag, i regel inte ta ett räntebärande lån från sitt huvudkontor. I stället ska lån (och ränta) allokeras till fast driftställe utifrån dess funktioner, risker och tillgångar. Ett svenskt kreditinstitut kan därmed ha skulder till ett utländskt dotterbolag eller till ett dotterbolags utländska fasta driftställe, men inte till sitt eget fasta driftställe i utlandet.

I en situation då ett svenskt kreditinstitut A har filial B i Tyskland och dotterbolag C i Frankrike, och 25 procent av A:s skulder allokeras till B och 25 procent avser en skuld till C, ska skulderna som allokats till filialen B inte ingå i beräkningen, men skulder till dotterbolaget C ingå i beräkningen, alltså 75 procent av A:s skulder ska ingå i beräkningen av gränsvärdet.

En skillnad i behandlingen avseende skulder hänförliga till utländska filialer respektive dotterbolag torde få stora och långtgående konsekvenser, eftersom bankerna valt olika organisationsstrukturer. Sådana konsekvenser beroende på organisationsstruktur är enligt Advokatsamfundet inte rimliga om det inte föreligger någon relevant skillnad exempelvis beträffande risk. Någon sådan har inte framkommit. Tvärtom torde svenska staten ha ett större intresse av att beskatta skulder i svenska bankers utländska filialer, som är en del av den svenska banken, jämfört med dotterbolagen som är föremål för den utländska statens (och dess myndigheters) banktillstånd, finansiella tillsyn, resolutionsåtgärder m.m. Mot bakgrund av syftet med den föreslagna skatten bör likabehandling av skattesubjekt eftersträvas. I sin nuvarande lydelse gynnar förslaget skattskyldiga med filialstruktur före sådana med utländska bolag i samma koncern. Advokatsamfundet efterlyser ett förtydligande av skälen för detta.

Advokatsamfundet noterar vidare att det inte framgår om skulder som finansierar koncerngemensamma funktioner som tillhandahålls från Sverige omfattas. Det är även oklart om de avsättningar och obeskattade reserver som ska utgå från beskattningsunderlaget avser avsättningar och obeskattade reserver för verksamheten i Sverige.

Beroende på hur ”svensk verksamhet” ska tolkas kan starka incitament att ”avlöva” svenska instituts skulder och därmed verksamhet som bedrivs i Sverige uppstå. Det finns med andra ord en risk för ”skatteplanering”, vilket inte bara minskar beräknade intäkter

från den föreslagna riskskatten, utan även riskerar medföra minskade skatteintäkter från inkomstbeskattning, förlorade arbetstillfällen m.m. till följd av att exempelvis koncerngemensamma verksamheter och funktioner, produktutveckling m.m. som i dag finns i Sverige flyttar utomlands.

### Koncernbegreppet

Med begreppet ”koncern” enligt 3 § lagförslaget ska förstås koncerner av sådant slag som anges i 1 kap. 4 § årsredovisningslagen (ÅRL). Koncerndefinitionen i ÅRL träffar endast sådana företagsgrupper i vilka moderbolaget är ett ”bolag”, dvs. ett svenskt aktiebolag eller ett svenskt handelsbolag. Enligt författningskommentaren till 3 § ska även utländska koncerner omfattas, om företagen upprätthåller förbindelser mellan varandra motsvarande vad som anges i ÅRL. Advokatsamfundet anser att det bör förtydligas vilka utländska motsvarigheter till ett svenskt aktiebolag eller ett svenskt handelsbolag som godtas som moderbolag i den utländska koncernen.

### Kreditinstitutsbegreppet

Definitionen av kreditinstitut har enligt författningskommentaren till 4 § samma innebörd som i 2 kap. 4 a § IL. Där stadgas att med kreditinstitut avses svensk bank och svenskt kreditmarknadsföretag samt utländskt bankföretag och utländskt kreditföretag enligt lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse. Enligt kommentarerna till 2 kap. 4 a § IL är definitionen speciellt anpassad för IL och skiljer sig från definitionen i 1 kap. 5 § lagen om bank- och finansieringsrörelse. Lagstiftningsteknik med hänvisningar i flera led till och snarlika, men inte identiska definitioner kan medföra att den riktiga innebörden av bestämmelsen blir svår att läsa ut, vilket försvårar tillämpningen.

### Förslagets förenlighet med EU-rätten

Beskattningsunderlaget ska enligt 7 § andra stycket minskas med skulder till ett annat kreditinstitut i samma koncern, förutsatt att både gäldenären och borgenären är skyldiga att betala riskskatt. Möjligheten till avräkning enligt förslaget till ändring i lagen om avräkning av utländsk skatt framstår dock närmast som en illusion när någon motsvarande skatt inte förefaller existera utomlands. Bestämmelsen förutsätter att det finns en motsvarande riskskatt (inte en avgift) i utlandet som kan bli föremål för avräkningsförfarandet. Enligt Praxis från EU-domstolen ska jämförbarheten av situationer mellan svenska och utländska bedömas utifrån faktiska förutsättningar, inte en teoretisk möjlighet att åtnjuta samma fördelar som skulle kunna tillfalla ett svenskt företag i en jämförbar situation (se bl.a. C-196/04, Cadbury Schweppes och C-382/16, Hornbach-Baumarkt).

Advokatsamfundet saknar närmare utredning om hur förslaget förhåller sig till principen om fri rörlighet av kapital i artikel 63 till 66 i EUF-fördraget och etableringsfrihet i artikel 49 EUF-fördraget.

## Skattetillägg

I promemorian föreslås att kreditinstitut ska lämna uppgifter till ledning för bestämmande av underlag för riskskatt i inkomstdeklarationen (förslag om ändring av 29 kap. 1 § skatteförfarandelagen [2011:1244]). Det innebär att oriktig uppgift som lämnas till ledning av fastställande av underlaget för riskskatt kan medföra skattetillägg. Det lägsta skatteuttaget utifrån gränsvärdet på 150 miljarder kronor och skattesatsen om 0,06 procent uppgår till 90 miljoner kronor. Skattetillägg om 40 procent på 90 miljoner kronor är 36 miljoner kronor. Det kan inte uteslutas att Skatteverket påför skattetillägg på hela den uteblivna riskskatten, inklusive de första 90 miljonerna upp till gränsvärdet, för kreditinstitut som inte redovisat underlaget enligt vad Skatteverket anser riktigt. Det kan alltså bli fråga om betydande belopp.

Skattetillägg bör vid tillämpning av Europakonventionen ses som en straffliknande påföljd. Det är därmed viktigt att det nu aktuella lagförslaget, som kan leda till skattetillägg, uppfyller högt ställda krav på förutsägbarhet, proportionalitet och icke-retroaktivitet motsvarande de krav som ställs på straffrättslig lagstiftning. Det måste därtill säkerställas att den föreslagna lagstiftningen och tillämpliga definitioner är tydliga och begripliga så att skattskyldighetens omfattning i det enskilda fallet entydigt kan fastställas.

Som framgår ovan anser Advokatsamfundet att lagförslaget i dess nuvarande utformning inte är tillräckligt tydligt. Promemorian saknar också analys av de effekter som uppstår till följd av att de skattskyldiga kreditinstituten kan komma att omfattas av reglerna om skattetillägg, exempelvis i fråga om ett sådant skattetillägg kan betraktas som proportionerligt. Enligt Advokatsamfundet bör dessa frågor bli föremål för behandling under den fortsatta beredningen av lagförslaget.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander