

Artikler

804

Lager- eller realisationsbeskatning af finansielle kontrakter – TfS 2010, 629 Ø en domskommentar

Af ph.d.-stipendiat Katja Joo Dyppel, Copenhagen Research Group on International Taxation (CORIT) www.corit.dk, CBS og Deloitte

FAGFÆLLEBEDØMT. Artiklen behandler spørgsmålet om, hvornår betingelserne for dispensation til at anvende realisationsprincippet ved opgørelse af gevinster og tab på finansielle kontrakter kan anses for opfyldte. I den forbindelse kommenteres på TfS 2010, 629 Ø, som netop vedrører spørgsmålet om, hvornår opgørelsen af gevinster eller tab på finansielle kontrakter skal foretages efter lager- eller realisationsprincippet.

1. Indledning

Derivater er et samlet udtryk for en type af finansielle instrumenter, som kendetegnes ved, at afkastet på instrumentet er afledt af (*derive from*) værdien på et underliggende aktiv.¹ De mest traditionelle typer af derivater er optioner, forwards, futures og swaps.² Begrebet derivater anvendes ikke i dansk skatteret, men generelt er kontrakter, der betegnes som forwards (terminer) og optioner (aftaler om køberetter og salgsretter), omfattet af det skatteretlige begreb finansielle kontrakter. Finansielle kontrakter er særskilt reguleret i kursgevinstlovens kapitel 6, nærmere bestemt i §§ 29-33.³

Den skattemæssige behandling af finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstlovens § 29, jf. § 30, er ens *uanset formålet* (hedging, spekulation eller arbitrage) og er som udgangspunkt *generel og symmetrisk*, idet stort set alle skattepligtige skal medregne gevinster og tab ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.⁴ Det følger af kursgevinstlovens § 33, stk. 1, 1. pkt., at gevinster og tab som alt overvejende hovedregel beskattes efter lagerprincippet.

Den skatteretlige kvalifikation og behandling efter kursgevinstlovens §§ 29-33 er ikke ukompliceret. Navnlig afgrænsningen af den objektive skattepligt, herunder de positivt undtagne kontrakttyper, rækkevidden af tabsfradragbegrænsningsreglerne, den egentlige opgørelsen af gevinster og tab i praksis og endelig afgrænsning af betingelserne for fritagelse fra den generelle lagerbeskatning giver anledning til fortolkningsvanskeligheder. Denne artikel omhandler alene spørgsmålet om dispensationsadgangen til at anvende realisationsprincippet, hvilket er foranlediget af offentliggørelsen af TfS 2010, 629 Ø (SKM2010.449.ØLR), hvor Østre Landsret netop tager stilling til, om betingelserne for dispensation og derved beskatning efter realisationsprincippet anses for opfyldte. I TfS 2010, 629 Ø er det første gang, at domstolen tager stilling til rækkevidden af dispensationsadgangen.

2. Generelt om beskatning af finansielle kontrakter

Siden 1991 har beskatning af finansielle kontrakter været reguleret i kursgevinstloven, nu i §§ 29-33.⁵ Ifølge kursgevinstlovens § 29 skal gevinster og tab på finansielle kontrakter, som hovedregel, medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Med finansielle kontrakter forstås terminkontrakter⁶ samt købe- og salgsretter⁷ samt andre aftale- og kontrakttyper⁸ end de nævnte, hvis de er sammensat af terminkontrakter samt købe- og salgsretter.⁹ Det fremgår af kursgevinstlovens § 29, stk. 3, at – foruden terminkontrakter og købe- eller salgsretter – finder reglerne ligeledes anvendelse på for-

dringer, som reguleres helt eller delvist i forhold til udviklingen i priser og andet på værdipapirer, varer, andre aktiver m.v. (*reguleringskravet*), når blot udviklingen er af en karakter, som kan lægges til grund i en finansiel kontrakt (*karakterkravet*). Sådanne fordringer omtales almindeligvis som strukturerede fordringer.¹⁰

Beskatningen efter de særlige regler i kursgevinstloven bygger på det såkaldte *separationsprincip*, idet beskatningen sker uden hensyn til – separeret fra – de skatteregler, der gælder for det underliggende aktiv.¹¹ Efter separationsprincippet foretages en skattemæssig opsplitning af det samlede afkast, hvorefter gevinst/tab på kontrakten og gevinst/tab på det underliggende aktiv behandles særskilt, såfremt kontrakten opfyldes ved levering af det underliggende aktiv (eller passiv).¹² Det er således ligegyldigt, hvilket underliggende aktiv der er den finansielle kontrakts genstand.¹³ Det er alene gevinsten eller tabet på selve kontrakten i perioden frem til leveringen af det underliggende aktiv (eller passiv), som beskattes efter reglerne i kursgevinstlovens §§ 29-33. En eventuel skatterelevant gevinst eller et skatterelevant tab på det leverede aktiv behandles efter de herom gældende skatteregler.

Gevinster eller tab på finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstlovens § 29 er skattepligtige uden hensyn til afregningsformen, dvs. uanset om kontrakten differenceafregnes eller opfyldes ved levering af det underliggende aktiv.¹⁴ Konsekvensen heraf er, at også kontrakter, der ikke nødvendigvis tjener som finansielle kontrakter, i princippet inddrages under beskatningen, selv om de opfyldes og kun kan opfyldes ved levering af de aftalte aktiver eller passiver.¹⁵ Lovgiver har ikke anset det for hensigtsmæssigt, at reglerne om beskatning af finansielle kontrakter skulle gælde for andet end kontrakter, der kan anvendes som finansielle instrumenter, hvorfor der i kursgevinstlovens § 30, stk. 1, udtømmende er opregnet en række kontraktformer, der ikke omfattes af reglerne om finansielle kontrakter.¹⁶

I medfør af kursgevinstlovens § 29, stk. 1, 1. pkt., skal gevinster og tab på finansielle kontrakter medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for de skattepligtige, der er omfattet af kursgevinstlovens §§ 2 eller 12. Reglerne gælder for såvel udstedere som erhver-

vere af finansielle kontrakter. Gevinster og tab på finansielle kontrakter skal som hovedregel beskattes efter lagerprincippet, hvorfor urealiserede gevinster og tab løbende medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. kursgevinstlovens § 33, stk. 1.

3. Beskatning af finansielle kontrakter – kursgevinstlovens § 33

3.1 Lagerprincippet – hovedreglen

Det følger af kursgevinstlovens § 33, at den altovervejende hovedregel er, at gevinster og tab på finansielle kontrakter skal opgøres efter lagerprincippet, hvorefter gevinster og tab opgøres ved udgangen af hvert enkelt indkomstår. Gevinster og tab opgøres som forskellen mellem værdien af kontrakten ved indkomstårets udløb og værdien ved indkomstårets begyndelse.

Er kontrakten anskaffet (dvs. indgået eller overtaget) i indkomståret, opgøres gevinst eller tab som forskellen mellem kontraktens anskaffelsessum og kontraktens værdi ved indkomstårets udløb. Tilsvarende gælder for kontrakter, der er realiseret (dvs. afstået, udnyttet eller udløbet uudnyttet)¹⁷ i indkomståret, at gevinst eller tab opgøres som forskellen mellem værdien ved årets begyndelse og værdien ved realiseringen.¹⁸ Endvidere skal omkostninger i forbindelse med indgåelse af den finansielle kontrakt, f.eks. gebyrer og kurtage, medregnes i henholdsvis anskaffelsessummen og afståelsessummen for den pågældende kontrakt.¹⁹ Det er i bemærkningerne til loven præciseret, at værdien ved realisering for terminskontraktens vedkommende er værdien på terminsdagen, hvorved forstås den i en terminskontrakt fastsatte afviklingsdag (dvs. på exercisetidspunktet).²⁰ Endvidere er det præciseret, at værdien ved realisation for købe- og salgsretters vedkommende enten er afståelsessummen, hvis kontrakten afstås, eller værdien på udløbsdagen, hvorved forstås den dag, kontrakten udnyttes eller udløber uudnyttet. Er kontrakten anskaffet og realiseret inden for samme indkomstår, opgøres gevinsten eller tabet som forskellen mellem anskaffelsessummen og værdien ved realiseringen.

Ved anvendelse af lagerprincippet skal værdien af en finansiel kontrakt ved indkomstårets udløb/begyndelse opgøres til markedsværdien.

Opgørelsen efter lagerprincippet er derfor behæftet med en vis usikkerhed, når der henses til værdiansættelsen af urealiserede kontrakter, hvor hverken kontrakten eller det underliggende aktiv er børsnoteret. En vis vejledning hertil er givet i forarbejderne, hvorefter værdien i princippet må opgøres som anskaffelsessummen ved indkomstårets udløb for en tilsvarende finansiel kontrakt, der har samme restløbetid som den pågældende kontrakt.²¹ Det synes dog ikke helt klart, hvor stor en lighed der skal være mellem to kontrakter, før værdien af den ene kan opgøres på baggrund af værdien af den anden, men det må formodes, at der er krav om, at kontrakterne i høj grad er sammenlignelige. I takt med innovationen på det finansielle marked, muligheden for indgåelse af individuelle kontrakter – til forskel fra standardiserede kontrakter – samt udbredelsen af forskellige former for finansielle kontrakter, er det næppe altid muligt at kunne foretage en korrekt værdiansættelse af en specifik kontrakt via benchmarks.²² Uanset relevansen af værdiansættelsesproblematikken behandles spørgsmålet herom ikke yderligere i denne artikel.²³

En generel anvendelse af lagerprincippet for de finansielle kontrakter er ikke i overensstemmelse med skattelovgivningens almindelige princip om beskatning ved realisation. At lagerprincippet i visse tilfælde kan give anledning til en likviditetsbelastning, har man været opmærksom på allerede i Optionsudvalget betænkning nr. 1139/1988, som reglerne oprindeligt er baseret på. I betænkningen erkendes denne uensigtsmæssighed, men samtidig anføres det, at udvalget ikke har set sig i stand til at opstille andet effektivt værn mod skattetænkning i periodeafgrænsning end lagerprincippet.²⁴ Det fremgår også af forarbejderne til loven,²⁵ at lagerprincippet først og fremmest anvendes, fordi et realisationsprincip ville give betydelige muligheder for *timing arbitrage*.

Med *timing arbitrage* skal her forstås muligheden for at opnå en risikofri gevinst i form af skatteudskydelse. Denne situation opstår i særdeleshed i relation til finansielle kontrakter, såfremt instrumenterne beskattes efter realisationsprincippet.²⁶ Dette skyldes, at man eksempelvis ved at indgå både en købe- og salgsret med samme underliggende aktiv kan opnå et

rentefrit lån svarende til den skattemæssige værdi af det realiserede tab, såfremt den tabsgivende kontrakt afhændes umiddelbart før indkomstårets udløb, mens den gevinstgivende kontrakt udnyttes umiddelbart efter indkomstårets udløb. Dispositionen vil herved være risikofri, da tab på den ene kontrakt vil svare til gevinsten på den anden. Ved at indgå stadig større kontrakter ville metoden i princippet kunne anvendes til at opnå en skatteudskydelse af ubegrænset størrelse og ubegrænset tidsmæssig udstrækning.²⁷

Ved at periodisere gevinster og tab efter lagerprincippet betyder dette, at beskatningstidspunktet i større eller mindre omfang afviger fra den økonomiske likviditet i aftalerne. Hvis en kontrakt udvikler sig positivt mht. markedsværdi, kan dette medføre, at skatteyderen ikke qua kontrakten har likviditet til at betale skatten af indkomsten. Af denne årsag er det under givne forudsætninger muligt at opnå tilladelse til at anvende realisationsprincippet, jf. § 25, stk. 1, jf. kursgevinstlovens § 33, stk. 2. Denne dispensationsadgang samt de dertilhørende betingelser behandles straks nedenfor.

3.2 Realisationsprincippet – dispensation

I kursgevinstlovens § 33, stk. 2, er givet en dispensationsadgang til beskatning efter realisationsprincippet med den retsfølge, at beskatningen sker, når kontrakten udløber eller afstås.²⁸ Lovgiver har ved indførelsen af denne dispensationsadgang tænkt på nogle særlige tilfælde og anfører dog også, at det netop er i disse tilfælde, Ligningsrådet skal kunne give tilladelse til at anvende realisationsprincippet. De særlige tilfælde, som lovgiver har tænkt på, er:²⁹

“Visse virksomheder [som] indgår kontrakter, der skal sikre en stor del af virksomhedens omsætning. Det kan typisk dreje sig om lange terminkontrakter m.v. til sikring af valutabetalinger eller vareleverancer til eller fra virksomheden. Beskatningen efter lagerprincippet kan i sådanne tilfælde medføre væsentlig økonomisk belastning for virksomheden. Det vil være tilfældet, hvis det er forbundet med store omkostninger at realisere gevinsten på kontrakten for at skaffe midler til skattebetalingen samt indgå nye kontrakter for fortsat at sikre virksomhedens leverancer.”

Formålet med dispensationsadgangen fremgår da også implicit af bestemmelsen, hvor det følger af ordlyden, at tilladelsen til at anvende realisationsprincippet alene gives, såfremt følgende to betingelser opfyldes:

1. Den pågældende kontrakt indgås, som led i virksomhedens *primære drift* for at sikre leverancer til eller fra virksomheden, og
2. beskatningen efter lagerprincippet vil være til væsentlig økonomisk ulempe for virksomheden.

Disse to krav er ufravigelige i forhold til indrømmelse af dispensation, og det påhviler den skattepligtige at godtgøre over for Ligningsrådet, at betingelserne for dispensation er opfyldte.³⁰ Den skattepligtige kan ikke opnå en generel dispensation til at anvende realisationsprincippet. Derimod kan den skattepligtige opnå tilladelse til at fravige lagerprincippet for visse typer af aktiver, der opfylder de nævnte betingelser, således at der ikke skal søges dispensation for hver enkel kontrakt.³¹ Tilladelsen forudsætter endvidere, at der sker genoptagelse inden for den ordinære genoptagelsesfrist efter skatteforvaltningslovens § 26, således at realisationsprincippet også anvendes for de omfattede kontrakter for de tidligere år inden for denne frist.

Der er lagt op til en snæver dispensationsadgang og derved en restriktiv ordlydsfortolkning af de nævnte betingelser, hvilket følger af forarbejderne til bestemmelsen, hvorefter *det forudsættes, at dispensationen kun vil blive givet i ganske få tilfælde*.³²

Told- og Skattestyrelsen bemærker i sin kommentar³³ til TfS 1994, 285 LR (omtalt nedenfor), at afgørelsen kan tages til indtægt for, at man kan forvente, at Ligningsrådet vil efterkomme ansøgninger om tilladelse til at anvende realisationsprincippet i stedet for lagerprincippet for finansielle kontrakter, når følgende er opfyldt:

1. Kontrakterne skal være begrundet i den primære drift.
2. Der skal være tale om en valutakontrakt, der modsvarer køb eller salg af varer eller tjenesteydelser, der importeres eller eksporteres.

3. Ved kurssikring af salgsindtægter for eksporterede varer skal kontrakten angå varer, der ikke er leveret/faktureret ved indkomstårets udløb. Ved kurssikring af købsprisen for importerede varer skal kontrakten angå varer, der ikke er leveret/faktureret ved indkomstårets udløb. (Kurstab på fordringer eller gæld opstået ved allerede faktureret/leveret eksport eller import kan fratrækkes i den skattepligtige indkomst efter lagerprincippet pr. ultimo).
4. Der må ikke indgås modgående kontrakter.
5. Fastholdelse af lagerprincippet skal være til væsentlig økonomisk ulempe for virksomheden.
6. Der må ikke konkret være mulighed for, at en dispensation åbner op til skattearbitrage.

Første og andet punkt relaterer sig til kravet om, at kontrakten er indgået i virksomhedens primære drift for at sikre leverancer til eller fra virksomheden, hvor de øvrige punkter relaterer sig til betingelsen om, at beskatning efter lagerprincippet er af væsentlig økonomisk ulempe. Der er dog ikke tale om ufravigelige betingelser, men alene momenter hvorom det gælder, at dispensationen kan forventes, såfremt disse er opfyldte.³⁴ Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at TfS 1994, 285 LR vedrører tidligere dispensationspraksis, som ligeledes omfattede tilladelse til at anvende realisationsprincippet på valutakontrakter indgået som led i sædvanlige aftaler om vareleverancer m.v. i fremmedvaluta. Disse aftaler er nu – under visse betingelser – direkte omfattet af undtagelsesbestemmelsen i kursgevinstlovens § 30, stk. 1, nr. 7, og således ikke omfattet af reglerne om beskatning af finansielle kontrakter.³⁵ Den af Told- og Skattestyrelsen givne meddelelse i TfS 1994, 268 TSM og TfS 1994, 285 LR anses dog som udgangspunkt fortsat for gældende dispensationspraksis, idet valutakontrakter langt fra generelt er undtaget af beskatning efter reglerne for finansielle kontrakter. Endvidere har udvidelsen af undtagelsesbestemmelsen i kursgevinstlovens § 30, stk. 1, nr. 7, ikke ændret på det materielle indhold af kursgevinstlovens § 33, stk. 2. Lovgivers formål med en restriktiv dispensationspraksis må fortsat anses for tilgodeset, såfremt der kun gives dispensation i tilfælde, hvor ovennævnte betin-

gelses er opfyldte, da en dispensationspraksis som skitseret udelukker skattearbitrage ved skatteudskydelse gennem indgåelse af modsatrettede valutakontrakter.³⁶

Nedenfor i afsnit 3.2.1 og 3.2.2 behandles spørgsmålet om, hvad der nærmere skal forstås ved de to kumulative betingelser for dispensation.

3.2.1 Primære drift for at sikre leverancer

Den første betingelse indebærer både en godtgørelse af, at kontrakten vedrører virksomhedens *primære drift*, samt at kontrakten *sikrer leverancer til eller fra virksomheden*. Netop denne betingelse udelukker, at finansielle kontrakter, som anvendes til sikring af *anlægsaktiver*, kan meddeles dispensation fra lagerprincippet.³⁷ Ej heller vil kontrakter med obligationer eller aktier som underliggende aktiver kunne omfattes af en dispensation, hvilket fremgår direkte af bemærkningerne til bestemmelsen.³⁸

Som yderligere fortolkningsbidrag følger det af forarbejderne til loven, at de omfattede kontrakter typisk vil være valutaterminskontrakter og kontrakter vedrørende virksomhedens råvarer eller produkter.³⁹ Et konkret eksempel herpå ses i TfS 1994, 285 LR, hvor valutaterminskontrakter indgås for at afdække salgsindtægter i fremmedvaluta gives dispensation efter kursgevinstlovens § 8 E, stk. 2 (nu kursgevinstlovens § 33, stk. 2). Beslutningsgrundlaget for størrelsen/omfanget af de indgåede valutaterminskontrakter var allerede indgåede varesalgskontrakter for levering i det relevante regnskabsår (1993) samt forventede salgsindtægter i fremmed valuta til opfyldelse af selskabets salgsbudget. Det kunne konstateres, at det forventede salg stort set blev realiseret, og at terminskontrakterne var indgået i 1992 til afdækning af de risici, som selskabet havde i forbindelse med eksport af landbrugsprodukter. Terminskontrakterne blev således indgået udelukkende med henblik på at afdække den risiko, som selskabet havde i forbindelse med tilgodehavender i fremmed valuta hos udenlandske samhandelspartnere. I vurderingen af, om kontrakterne kunne anses for at vedrøre virksomhedens primære drift samt sikre leverancer til eller fra virksomheden pegede Ligningsrådet på:

“... at mellemværenderne opstod som led i virksomhedens løbende handel med landbrugsprodukter, og selskabet havde ikke indgået terminsforretninger i spekulationsøjemed, idet kontrahenterne, kun blev indgået i et omfang, der modsvarede handelsmellemværende i den løbende drift.”⁴⁰”

Det kan på denne baggrund konkluderes, at der ved vurderingen af, om kontrakten *sikrer* leverancer til eller fra virksomheden, lægges vægt på, om mængden og størrelsen af de indgåede kontrakter står i passende forhold til de underliggende aktiver, som ønskes sikret. At dette skal indgå i vurderingen heraf synes ikke at være en overraskelse, men snarere en selvfølge, idet der er lagt op til en snæver dispensationsadgang og derved en restriktiv ordlydsfortolkning af bestemmelsen, hvor kontrakter indgås af spekulative årsager selvsagt ikke omfattes af den nævnte betingelse. Kravet om, at kontrakten skal *stå i passende forhold* til de underliggende aktiver, synes at rumme mulighed for en vis afvigelse mellem kontraktens størrelse og størrelsen på de leverancer, som ønskes sikret. Under hensyn til, at kontrakterne bl.a. kan anvendes til at hedge risiko på *forventet* salg m.v., synes det dog også rimeligt og ikke i modstrid med den ellers restriktive fortolkning, som skal lægges til grund, at en vis afvigelse accepteres i denne henseende. Mindre sikkert er det dog, hvor stor afvigelse der må være på de forventede salgsindtægter og realiserede salgsindtægter, før de indgåede finansielle kontrakter ikke længere kan anses for at *sikre* leverancer til eller fra virksomheden.

I TfS 2002, 857 TSS (nærmere omtalt nedenfor) havde de indgåede swapaftaler samme løbetid som de lån, hvor den uønskede risiko blev hedget, hvorved det ansås for godtgjort, at swapaftalerne ikke havde et islæt af spekulation. Om udfaldet havde været anderledes, såfremt swapaftalerne havde haft en længere løbetid end de underliggende aktiver fremgår ikke, spørgsmålet må dog formodes besvaret bekræftende, såfremt løbetiden på swapaftalerne ikke stod i passende forhold til de underliggende lån. En mere præcis afgrænsning heraf kan ikke udledes af den sparsommelige praksis på området, hvorefter

ter det afgørende må være, at kontrakterne står i passende forhold til den risiko, som ønskes hedget.⁴¹

Også i TfS 2002, 876 TSS meddelte Told- og Skattestyrelsen tilladelse til at anvende realisationsprincippet. Dispensationen vedrører finansielle kontrakter på køb og salg af varer, som afvikles ved differenceafregning og således er en finansiell afdækning af virksomhedens fysiske handel (dvs. aftale om spotkøb og -salg) samt valutaterminskontrakter til afdækning af valutarisiko af virksomhedens handler af finansielle varekontrakter på børsen i bl.a. Oslo. I anmodningen bekræftede Told- og Skattestyrelsen, at også andre kontrakter end valutakontrakter kan indrømmes dispensation, når blot betingelserne herfor er opfyldte, og i den konkrete anmodning vurderes det, at både varekontrakterne og valutakontrakterne anses for knyttet til virksomhedens primære drift, *idet de afdækker virksomhedens kommercielle risiko på et marked med store sæson- og vejrafhængige prisudsving.*

I TfS 2002, 857 TSS blev det lagt til grund, at indgåelse af de omhandlede swaps skete som *led i afdækning af erhvervsmæssige lån*, og at der dermed var tale om *afdækning af risiko ved primær drift*. Ansøgningen omhandlede en renteswapaftale indgået i 1995 til dækning af renterisiko på et stående lån på 200 mio. kr. med variabel rente samt en valutawapaftale indgået i 1996 til dækning af valutarisiko ved stående lån på ca. 52. mio. DEM. Denne sag synes således at kunne tages til indtægt for, at erhvervsmæssige lån anses for omfattet af begrebet primær drift i relation til kursgevinstlovens § 33, stk. 2, hvorfor kontrakter, som reducerer rente- og/eller valutarisiko forbundet hermed, ikke er udelukket fra dispensationen. Dette er uanset, at det i forarbejderne til loven specifikt er anført, at kontrakter med obligationer (og aktier) som underliggende aktiv(er) ikke vil kunne omfattes af en dispensation.⁴² Derfor må det formodes, at den i forarbejderne anførte bemærkning er en præcisering af, at dispensationsadgangen ikke tillades for kontrakter, som søger at sikre investeringer i obligationer og aktier i almindelighed. Dette må dog også anses for at være i tråd med en almindelig fortolkning af bestemmelsen, idet investeringer i obligationer og aktier – i almindelighed

– næppe omfattes af begrebet *primær drift for at sikre leverancer*. Ej heller rummer bestemmelsen dispensationsadgang for kontrakter indgået som led i afdækning af lån, der ikke kan anses for erhvervsmæssige eller mere specifikt ikke vedrører finansiering af virksomhedens primære drift, hvilket følger af bestemmelsens ordlyd.

Spørgsmålet om, hvorvidt finansielle kontrakter, der indgås som *led i afdækning af erhvervsmæssige lån*, anses for at være indgået for at *afdække risiko ved primær drift*, behandles i TfS 2010, 629 Ø. Dommen omhandler dispensation til at medregne gevinster og tab på swapaftaler efter realisationsprincippet. Swapaftalerne var indgået til sikring af renter på lån optaget af Rolf Barfoed A/S' (sagsøgeren) datterselskaber i forbindelse med datterselskabernes køb af ejendomme med henblik på udlejning. Swapaftalerne er altså indgået af Rolf Barfoed A/S (koncernens moderselskab), som fungerer som koncernadministrationsselskab for en lang række 100 pct. ejede datterselskaber, der alle opkøber og ejer ejendomme med henblik på udlejning. Foruden at varetage administration og vedligeholdelse udfører Rolf Barfoed A/S desuden køb og salg af ejendomme til koncernen, planlægning og udførelse af større ombygninger og nybygninger, kontakt med kreditforeninger og banker, presse og samarbejdspartnere samt ansættelse og afskedigelse af medarbejdere. Rolf Barfoed A/S varetager ligeledes regnskabs- og økonomifunktioner for koncernens selskaber, herunder bogføring af lejeindtægter og driftsudgifter for de enkelte ejendomsselskaber, udarbejdelse af årsrapporter, kvartalsregnskaber og budgetter. Ejendomsadministrationen varetages ligeledes af Rolf Barfoed A/S, der således varetager annoncering, fremvisning og udlejning af lejemål, udarbejdelse af lejekontrakter samt opkrævning og bogføring af deposita og leje. Koncernens datterselskaber er ejendomsselskaber, der ejer ejendommene med tilhørende prioritetsgæld, lejeindtægter og driftsomkostninger samt andre indtægter og udgifter relateret til ejendomsdrift. Datterselskaberne har ingen ansatte, idet viceværtsfunktionen, ejendomsadministrationen og lignende varetages af Rolf Barfoed A/S, der fakturerer datterselskaberne for de købte ydelser.

I dommen afviser Østre Landsret, at den foretagne sikring af rentebetalinger på gæld ved brug af renteswaps:

“hverken efter ordlyden af kursgevinstlovens § 33, stk. 2, eller bestemmelsens forarbejder kan sidestilles med sikringer af “leverancer til eller fra virksomheden”.”

I denne vurdering lagde Østre Landsret til grund, at de omtvistede swapaftaler var indgået til sikring af renter på lån optaget af skatteyderens datterselskaber i forbindelse med datterselskabernes køb af ejendomme med henblik på udlejning og anfører, at:

“... efter det oplyste om koncernens virksomhed med opkøb af ejendomme med henblik på udlejning, lagde landsretten yderligere til grund, at samtlige indgåede swapaftaler vedrørte finansiering af koncernens anlægsaktiver.”

Af denne grund fandt landsretten, at swapaftalerne ikke kunne karakteriseres som kontrakter indgået som led i den skattepligtiges primære drift for at sikre leverancer til eller fra virksomheden, og i den forbindelse blev der særligt lagt vægt på:

“... at der ikke var tale om finansielle kontrakter, der modsvarede køb eller salg af tjenesteydelser eller varer til indgåelse i koncernens produktion eller videre omsætning.”

Det følger således implicit af TfS 2010, 629 Ø, at domstolen bekræfter den tidligere administrative praksis, hvorefter kontrakter indgået som led i afdækning af lån, som vedrører finansiering af virksomhedens primære drift – erhvervsmæssige lån – kan omfattes af dispensationsadgangen i kursgevinstlovens § 33, stk. 2.

Endvidere synes dommen at kunne tages til indtægt for, at begrebet *virksomhed* i kursgevinstlovens § 33, stk. 2's forstand ikke er begrænset til at rumme den konkrete skatteyers *“virksomhed”*, men i en hvis udstrækning også den *koncern*, som skatteyderen måtte indgå i, hvilket følger af de ovenfor anførte citater. Her fremgår det, at landsretten i sin begrundelse lagde vægt på:

“det oplyste om koncernens virksomhed, koncernens anlægsaktiver samt koncernens produktion eller videre omsætning.”

Denne fortolkning af begrebet giver indledningsvis anledning til tvivl om, hvad der i denne sammenhæng skal forstås ved en koncern. TfS 2010, 629 Ø omhandler et moderselskab og dets 100 pct. ejede datterselskaber og opfylder derfor den ultimative opfattelse af en koncern. Det fremgår dog ikke, hvornår dette koncernbegreb i øvrigt er opfyldt, eller om tilstedeværelsen af økonomisk fællesskab er tilstrækkeligt. Nærliggende er det at antage, at der i mangel på fortolkningsbidrag må lægges det i kursgevinstloven anvendte koncernbegreb til grund. Nogen egentlig konklusion herpå kan dog ikke foretages, og det må erkendes, at der hersker tvivl om, hvorvidt der foreligger hjemmel til en sådan udvidet fortolkning af bestemmelsen.

Det synes ikke klart, hvad konsekvensen af denne udvidede fortolkning er. Særligt når henses til kravet om, at kontrakten skal vedrøre *virksomhedens primære drift*, opstår spørgsmålet om, hvorvidt der skal forstås den primære drift i den enkelte (erhvervs)virksomhed eller den primære drift i det enkelte selskab/i den samlede koncern. Denne sondring er væsentlig – særligt i relation til selskaber og koncerner med flere aktiviteter, hvor en afvejning af, hvilken af aktiviteterne, som er den primære, ikke er ukompliceret i sig selv. Der synes ikke at være hjemmel til at opstille krav om, at der alene kan opnås dispensation for kontrakter, som vedrører den samlede koncerns primære drift, idet en sådan fortolkning vil indskrænke bestemmelsens anvendelsesområde markant og være uden for formålet hermed.

Denne udvidede fortolkning, som anlægges i TfS 2010, 629 Ø, bør således alene kunne tages til indtægt for at lempe dispensationsreglen, således at betingelsen om, at kontrakten er indgået som led i virksomhedens primære drift, ligeledes anses for opfyldt, såfremt kontrakten er indgået for at sikre produktion eller omsætning, som vedrører et koncernforbundet selskab. Der er dog ingen tvivl om, at det i hvert enkelt tilfælde er en konkret vurdering af de specifikke omstændigheder, som skal lægges til grund for vurderingen af, om betingelsen anses for opfyldt.

3.2.2 Væsentlig økonomisk ulempe

Tilladelsen til at få dispensation til at anvende realisationsprincippet kræver – foruden opfyldelse af betingelsen om, at kontrakten vedrører virksomhedens primære drift og sikrer leverancer til eller fra virksomheden – at anvendelse af lagerprincippet vil være af væsentlig økonomisk ulempe, jf. kursgevinstlovens § 33, stk. 2.

Ifølge forarbejderne til bestemmelsen⁴³ indebærer dette blandt andet, at der skal være betydelige omkostninger forbundet med frigørelse af likviditet til skattebetalingen, f.eks. ved at realisere gevinsten på kontrakten og eventuelt indgå en ny kontrakt. Endvidere indebærer det, at dispensationen normalt kun vil blive givet for kontrakter med lang løbetid, hvor lagerprincippet betyder en væsentlig fremrykket beskatning i tilfælde af gevinst. Denne betingelse vil selvsagt ikke være opfyldt, såfremt gevinst på kontrakten realiseres inden det tidspunkt, hvor skatten af den lagerbeskattede gevinst forfalder.⁴⁴

Implicit er det en betingelse for at få dispensation, at virksomheden ikke har tegnet *modgående kontrakter*, der i store træk neutraliserer den fremtidige risiko på den oprindelige kontrakt – dvs. to kontrakter, hvor en værdistigning på den ene kontrakt automatisk medfører et tab på den anden. Det skyldes, at lagerprincippet ved modgående kontrakter ikke medfører en likviditetsmæssig belastning, da gevinst på den ene kontrakt modsvares af tab på den modgående kontrakt, hvorfor betingelsen om *væsentlig økonomisk ulempe* ikke er opfyldt.⁴⁵ I vurderingen af, om betingelsen er opfyldt, ses således ikke kun på den enkelte aftale, men på virksomhedens indgåede aftaler samlet under ét. I denne forbindelse skal begrebet modgående kontrakter formentlig fortolkes på samme måde som modgående kontrakter efter kursgevinstlovens § 30, stk. 4.⁴⁶

Det er ikke klart defineret i kursgevinstlovens § 30, stk. 4, hvad der præcist forstås ved modgående kontrakter. Begrebet er i forarbejderne til kursgevinstloven defineret bredt som:

“to (eller flere) kontrakter, hvor et givent aktiv købes på én (eller flere) kontrakt(er) og af samme deltager sælges på en anden eller flere kontrakter.”⁴⁷

Bestemmelsen tager efter denne definition sigte på kontrakter, hvor den skattepligtige køber og sælger samme aktiv, uanset om udnyttelsesprisen og udnyttelsesperioden er den samme for kontrakterne.⁴⁸ Hvorvidt der ligeledes skal være tale om en samme mængde af aktivet kan ikke udledes. Endeligt skal begrebet modgående kontrakter defineres bredt således, at alle situationer, hvor der kan siges at foreligge et økonomisk interessefællesskab, inddrages, hvilket følger af kursgevinstlovens § 30, stk. 4, 3. pkt. Her præciseres det, at modgående kontrakter derfor ligeledes dækker de tilfælde, hvor skattepligtiges ægtefælle, et selskab, som den skattepligtige er koncernforbundet med, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, eller et selskab, hvor den skattepligtige er hovedaktionær, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4, eller omvendt indgår modgående kontrakter og skal i denne sammenhæng betragtes som værende indgået af samme skattesubjekt. Ud fra en formålsfortolkning af dispensationsadgangen i kursgevinstlovens § 33, stk. 2, giver det mening, at også situationer, hvor der kan siges at foreligge et økonomisk interessefællesskab, inddrages ved vurderingen af, om der er indgået modgående kontrakter. Dette skal ses ud fra den sammenhæng, at formålet med kursgevinstlovens § 30, stk. 4, er at udelukke muligheden for skattearbitrage som konsekvens af en undtagelse fra kursgevinstlovens § 29 og derved lagerprincippet⁴⁹, hvilket netop også er formålet med denne betingelse efter kursgevinstlovens § 33, stk. 2.⁵⁰

Afgørende må det dog være, om der i kursgevinstlovens § 33, stk. 2, er hjemmel til at fortolke denne betingelse sådan, at der ligeledes tages højde for kontrakter indgået af koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, eller et selskab, hvor den skattepligtige er hovedaktionær, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4, eller omvendt i vurderingen af, om betingelserne for dispensationsadgangen anses for opfyldte. Såfremt der ved fortolkning af betingelsen ligeledes ses på dispositioner foretaget af subjekter, med hvem den skattepligtige har et økonomisk interessefællesskab, vil dette være til ugunst for den skattepligtige. Det fremgår af kursgevinstlovens § 33, stk. 2, at beskatningen efter lagerprincippet skal være af *væsentlig økonomisk ulempe for virksomheden*. Afgørende er

derfor, hvad der i denne forbindelse skal forstås med *“virksomhed”*. Det fremgår ovenfor, at TfS 2010, 629 Ø synes at kunne tages til indtægt for, at netop dette virksomhedsbegreb formentlig skal fortolkes udvidet, således at der ligeledes kan tages højde for aktiviteter m.v. i koncernforbundne selskaber. På denne baggrund kan der formentlig opstilles en betingelse om, at kravet om, at der foreligger en *økonomisk ulempe*, ikke anses for opfyldt, såfremt enten den pågældende skatteyder eller dennes interesseforbundne parter har indgået *modgående kontrakter*, der i store træk neutraliserer den fremtidige risiko på den oprindelige kontrakt.

I relation til kursgevinstlovens § 33, stk. 2, skal der med *økonomisk ulempe* mere specifikt forstås *økonomisk ulempe*, som opstår på grund af selve periodiseringen efter lagerprincippet. Der skal således sondres mellem *økonomisk ulempe*, som opstår ved anvendelsen af lagerprincippet, og *økonomisk ulempe*, som opstår af anden grund, f.eks. fordi den skattepligtige ikke har været opmærksom på reglerne på et specifikt område, jf. bl.a. TfS 2002, 857 TSS. I denne sag, som vedrører swaps indgået til afdækning af erhvervsmæssige lån, meddeler Told- og Skattestyrelsen afslag på anmodning om dispensation efter kursgevinstlovens § 33, stk. 2. Afslaget blev givet eftersom en korrekt anvendelse af lagerprincippet ikke fandtes at være af væsentlig *økonomisk ulempe* for ansøgeren. Det følger af sagens faktum, at det i forbindelse med udarbejdelsen af ansøgerens selvangivelse i 1999 blev konstateret, at urealiserede gevinster og tab på de omhandlede swaps ikke var medtaget i selskabets selvangivelser for de foregående år som påkrævet efter kursgevinstlovens § 33. Ansøgeren fik efterfølgende tilladelse til genoptagelse af årene 1997 til 1999, men blev nægtet ekstraordinær genoptagelse af årene 1995-1996. Kontrakterne gav et samlet tab på omkring 6 mio. kr. i hvert af årene i 1995 og 1996. I hvert af de følgende år var der samlet set gevinst på kontrakterne. På denne baggrund ansøgte skatteyderen om dispensation fra anvendelse af lagerprincippet. I denne vurdering lagde Told- og Skattestyrelsen vægt på, at såfremt lagerprincippet havde været anvendt som foreskrevet i § 33, stk. 1, ville dette have medført et fradrag i såvel 1995 og 1996 sammenholdt med, at såfremt dis-

pensationen blev søgt i et af de senere år, hvor lagerprincippet ville have medført beskatning af gevinst, ville disse tidligere års fradrag skulle indgå i vurderingen af, om en dispensation på dette senere tidspunkt ville kunne indrømmes. Afslaget gives på baggrund heraf samt følgende udtalelse:

“Efter en konkret vurdering af selskabets økonomiske forhold og størrelse af indkomstårets tab og gevinster på kontrakterne findes selve anvendelsen af lagerprincippet ikke at være til væsentlig ulempe for ansøgeren. Den økonomiske belastning opstår udelukkende, fordi ansøgeren ikke har anvendt reglerne korrekt og ikke pga. anvendelse af lagerprincip. Fejlen kan pga. genoptagelsesreglerne ikke rettes, men dette ændrer ikke ved vurderingen af, om lagerprincippet er til væsentlig økonomisk belastning for selskabet.

Det ligger i forældelses- og genoptagelsesreglernes natur, at de kan være til enten fordel eller ulempe for skatteyderen. Muligheden for dispensation fra lagerprincippet kan ikke anvendes til at reparere på en ulempe forårsaget af forældelsesreglerne.”

Afgørende er det altså, at den *økonomiske ulempe* opstår grundet pligten til at anvende lagerprincippet. Dette var tilfældet i både i TfS 1994, 285 LR og TfS 2002, 876 TSS, hvor det blev anset for godtgjort, at det ville være til *økonomisk ulempe* for virksomheden at skulle anvende lagerprincippet vedrørende omhandlede finansielle kontrakter. I TfS 1994, 285 LR havde selskabet gjort gældende, at den skattebetaling, der udløses på grund af urealiserede gevinster på terminskontrakterne (ca. 27 mio. kr.), ville belaste selskabets likviditet og ikke stå i forhold til den reelle indtjening, som selskabet i øvrigt havde. Mere specifikt påviste ansøgeren i TfS 2002, 867 TSS, at såfremt realisationsprincippet anvendtes, fremkom der et beløb på ca. 29 mio. kr. til beskatning i 2002. Anvendtes derimod lagerprincippet, udløstes en skattepligtig avance på 36 mio. kr. i 2001. På baggrund heraf anså Told- og Skattestyrelsen, at kontrakternes samlede omfang i år 2001 var øget til en grad, hvor afregningen af skat efter lagerprincippet var en væsentlig ulempe for virksomheden. Der

blev således også lagt vægt på mængden af kontrakter og derved den samlede likviditetsbyrde ved skattebetalingen.

I TfS 2010, 629 Ø bekræftede domstolen, som forventet, at der skal være tale om en væsentlig økonomisk ulempe, som den skattepligtige skal godtgøre. Mere interessant følger det ligeledes af dommen, at *alle* forhold, som anvendelsen af lagerprincippet medfører, skal medtages i vurderingen af, om betingelsen “om væsentlig økonomisk ulempe” anses for opfyldt.

Rolf Barfoed A/S godtgør, at det for 2007 forventes, at beskatningen efter lagerprincippet medfører en skat på ca. 31.000.000 kr. Endvidere bemærkes det, at samspillet mellem reglerne i kursgevinstloven, kapitel 6, og reglerne i selskabsskattelovens §§ 11 B og 11 C medfører, at der ikke gennemføres en fuld symmetrisk og generel beskatning af de finansielle instrumenter, idet Rolf Barfoed A/S’ nettofinansieringsudgifter begrænses som følge af et større tab, der udelukkende opstår på baggrund af lagerbeskatningen af de finansielle instrumenter. Det gøres af Rolf Barfoed A/S gældende, at denne asymmetri er et moment, der skal henses til ved vurderingen af, hvorvidt lagerbeskatningen vil kunne have en væsentlig økonomisk ulempe. Endvidere bemærker Rolf Barfoed A/S, at det forventede resultat efter skat er i niveauet 125.000.000-150.000.000 kr., og at den budgetterede likviditetsreserve pr. 30. juni 2007 er 280.686.000 kr., herunder 270.316.000 kr. i ubehæftede aktier og obligationer. I relation til betingelsen om væsentlig økonomisk ulempe begrundet Østre Landsret afslaget med, at det:

“...for landsretten i øvrigt [er] uoplyst, hvilke omkostninger der for Rolf Barfoed A/S vil være forbundet med at frigøre likviditet til skattebetalingen. Henset hertil – og til skattebetalingens størrelse sammenholdt med oplysningerne om Rolf Barfoed A/S likviditetsberedskab i 2007 – finder landsretten det desuden ikke godtgjort, at en skattebetaling efter lagerprincippet, jf. kursgevinstlovens § 33, stk. 1, vil være til væsentlig økonomisk ulempe for virksomheden. Den omstændighed at selskabet måtte omfattes af reglerne i selskabsskattelovens §§ 11 B og 11 C, vil i hvert fald under disse omstændigheder ikke kunne føre til andet resultat.”

At det nævnes, at den omstændighed, at selskabet omfattes af rentefradragsbegrænsningsreglerne – *i hvert fald under disse omstændigheder* – ikke kan føre til andet resultat, må tolkes således, at det ikke kan udelukkes, at et sådan sammenfald under andre omstændigheder kan medvirke til, at anvendelsen af lagerprincippet anses for at være en væsentlig økonomisk ulempe, og dispensationen derved kan indrømmes. Konsekvensen heraf er, at der i betragtningen ikke alene skal ses på likviditetsbyrden af at skulle beskattes af urealiserede gevinster, men at der ligeledes skal tages højde for, om samspillet mellem lagerbeskatning af finansielle kontrakter og rentefradragsbegrænsningsreglerne resulterer i en øget økonomisk ulempe. En lignende vurdering må kunne tillægges betydning i andre tilfælde, hvor samspillet mellem lagerbeskatningen af finansielle kontrakter og den øvrige skattelovgivning resulterer i en væsentlig økonomisk ulempe set i forhold til den situation, hvor realisationsprincippet alternativt anvendes. Denne mulighed udvider, alt andet lige, skatteyderens mulighed for at godtgøre, at anvendelsen af lagerprincippet er af væsentlig økonomisk ulempe. I den konkrete dom var dette dog ikke tilfældet, idet skatteyderen ikke havde godtgjort, at skattebetalingen ville være en væsentlig økonomisk ulempe.

4. Afrunding

Den generelle anvendelse af lagerprincippet ved periodisering af gevinster og tab på finansielle kontrakter giver i visse tilfælde anledning til en likviditetsbelastning for skatteyderen, hvorfor der i kursgevinstlovens § 33, stk. 2, er mulighed for dispensation, således at realisationsprincippet kan anvendes.

I TfS 2010, 629 Ø er det første gang landsretten har taget stilling til spørgsmål herom. I dommen bekræftes den tidligere administrative praksis, hvorefter kontrakter, som sikrer erhvervs-mæssige lån til finansiering af den primære drift, er omfattet af dispensationsbestemelsen. Endvidere bekræftes det, at dispensationen alene kan indrømmes, såfremt skatteyderen selv godtgør, at betingelserne herfor er opfyldt.

Af mere overraskende karakter synes dommen at udvide anvendelsesområdet for bestemmelsen – uagtet at det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at denne skal underlægges en restriktiv ordlydsfortolkning.

Indledningsvis synes Østre Landsret at åbne op for, at man ved vurderingen af, om kontrakten vedrører virksomhedens primære drift og sikrer leverancer til eller fra virksomheden, i en vis udstrækning ikke alene skal se på den konkrete skatteydets virksomhed, men ligeledes den koncern, som skatteyderen måtte indgå i. Det præciseres dog ikke, hvad der i denne relation skal forstås ved en koncern, ej heller præciseres det, om det har nogen betydning, om koncernen kan anses for at bestå af flere “virksomheder”, når det skal vurderes, om kontrakten vedrører virksomhedens primære drift. Endeligt synes dommen at åbne for, at der ved vurderingen af, om anvendelse af lagerprincippet anses for at udgøre en væsentlig økonomisk ulempe, ligeledes kan tillægges samspillet mellem lagerbeskatningen og øvrige skatteregler, i dette tilfælde rentefradragsbegrænsningsreglerne, betydning.

Med denne Østre Landsretsdom kan det uden tøven konkluderes, at rækkevidden af dispensationsadgangen efter kursgevinstlovens § 33, stk. 2, fortsat er underlagt en del fortolkningsvanskeligheder – om end ikke flere end før. Det er således næppe sidste gang, at der opstår tvivl om, hvorvidt betingelserne for at anvende realisationsprincippet ved opgørelse af gevinster og tab på finansielle kontrakter, kan anses for opfyldte.

Noter

1) Der eksisterer et utal af forskellige former for derivater, som alle besidder individuelle karakteristika. Samlet forstås dog: *a financial instrument, the price of which has a strong relationship with an underlying commodity, currency, economic variable, or financial instrument*. Se i hovedtræk Hull: Options, Futures and Other Derivatives, 2006, p. 1; Hudson: The Law on Financial Derivatives, 2006, p. 13; McDonald: Derivative Markets, 2003, p. 1; Edgar: The Income Tax Treatment of Financial Instruments: theory and Practice, 2000, p. 5; Hilling: Income Taxation of Derivatives and other Financial Instruments – Economics Substance versus Legal Form, 2007, p. 20 og Laukkanen: Taxation of Investment Derivatives, 2007, p. 28 ff. For et mere praktisk syn herpå se eksempelvis Southern som i Taxation of Corporate Debt, Foreign

Exchange and Derivatives Contracts, 2004, p. 390 anfører, at “... derivatives consists of a number of building blocks, which can be assembled, broken down and reassembled in a variety of ways.” Dette stemmer i høj grad overens med Smithsons Building Block Approach, som han introducerede i Midland Corporate Finance Journal (MCFJ), vol. 4, 1987, pp. 16-28.

- 2) Dette fremgår bl.a. implicit af Smithson: A LEGO Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options, MCFJ, vol. 4, 1987, p. 25; Edgar: The Income Tax Treatment of Financial Instruments: theory and Practice, 2000, p.1 samt Merton: Financial Innovation and Economic Performance, 1992.
- 3) For derivater, som ikke er omfattet af disse særregler, gælder ikke en almen skattefritagelse. Instrumenterne må i stedet bedømmes efter skattelovgivningens almindelige regler, navnlig statsskattelovens §§ 4-6 samt de relevante kapitalgevinstbeskatningslove. Afgrænsningen af den objektive skattepligt af finansielle kontrakter efter kursgevinstlovens §§ 29 og 30 er ikke genstand for denne artikel.
- 4) Jf. pkt. 116 og 118 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194). Dog findes der i kursgevinstlovens §§ 31 og 32 regler, der begrænser tabsfradragsretten såvel for selskaber som for personer.
- 5) Reglerne blev vedtaget ved lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2) og indsat som §§ 8 C-8 G i den daværende kursgevinstlov. Reglerne bygger i vidt omfang på forslagene i Optionsudvalgets betænkning nr. 1139/1988, hvorefter formålet med reglerne først og fremmest var at skabe klare og mere enkelte regler for den skattemæssige behandling af kontrakter og aftaler, der fortrinsvis har finansielle formål, jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2). Efter revideringen af kursgevinstloven i 1997 fik reglerne om beskatning af finansielle kontrakter deres eget kapitel i den reviderede kursgevinstlov, nærmere bestemt §§ 29-33 i lovens kapitel 6, jf. lov nr. 439 af 10/6 1997. Størstedelen af den reviderede kursgevinstlov er en videreførelse af 1985-kursgevinstloven og bemærkningerne til lovforslaget består i vidt omfang i henvisning til CIR nr. 134 af 29/7 1992, som er citeret i bemærkningerne til de enkelte bestemmelser. Praksis m.v. i relation til de hidtidige regler kan fortsat påberåbes, i det omfang reglerne ikke er ændret i den gældende kursgevinstlov, jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
- 6) Ved en terminkontrakt omfattet af kursgevinstlovens § 29, stk. 1, forstås en aftale om overdragelse af et aktiv eller en gældsforpligtelse til en på forhånd fastsat pris, hvor afviklingen af aftalen finder sted efter aftaletidspunktet. Terminkontrakter giver således erhververen og udstederen pligt til at købe henholdsvis sælge en fastsat mængde af et bestemt aktiv eller passiv på en fremtidig dato til en pris, der er aftalt i kontrakten, jf. pkt. 120 i

- CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
- 7) Ved aftaler om køberetter og salgsretter omfattet af kursgevinstlovens § 1, stk. 1, nr. 3, forstås en option, som udsteder indrømmer en erhverver, jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2), hvor det bemærkes, at *skattereligt må en option betragtes som en køberet eller salgsret*. Herefter er en option et instrument, som giver erhververen en ret, men ikke en pligt til at købe eller sælge en bestemt mængde af et bestemt aktiv eller passiv på eller inden en udløbsdag til en aftalt pris. Erhververen af en option har således en valgret, mens udstederen har en tilsvarende eventualforpligtelse, jf. pkt. 122 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
 - 8) Jf. bemærkningerne til § 29, hvoraf det fremgår, at et eksempel på en kontrakt, der kan være omfattet af kursgevinstlovens § 29 er en swap. Om den skatteretlige behandling af swaps se bl.a. *Jacobsen*: TfS 2009, 397; *Madsen og Nissen-Petersen*: SR-Skat, 2007, p. 130 ff.; *Børjesson m.fl.*: Kursgevinstloven med kommentarer, 2004, p. 420; *Bergenfelt og Rasmussen*: Kursgevinstloven, juli, 1992, afsnit 7.3.2. samt *Füchsel m.fl.*: Håndbog i finansielle instrumenter, 1991, afsnit 10. For administrativ- og domspraksis om afgrænsningen af den objektive skattepligt efter kursgevinstlovens § 29, se bl.a. i TfS 1994, 268 LR, TfS 1994, 431 LR, TfS 1996, 469 H, TfS 1997, 127 LSR, TfS 1999, 214 H, TfS 2002, 625 LR, TfS 2003, 113 LR, TfS 2005, 933 H, TfS 2006, 767 SR, TfS 2007, 146 SR, TfS 2009, 699 SR, TfS 2010, 749 BR samt TfS 2010, 182 Ø.
 - 9) Afgrænsning af den objektive skattepligt efter kursgevinstlovens § 29 skal selvsagt foretages efter den skatteretlige fortolkning af begreberne – som ikke nødvendigvis følger den finansielle terminologi. For sammensatte aftale- og kontrakttyper som består af andre elementer end terminskontrakter og købe- og salgsretter omfattet af kursgevinstlovens § 29 sker beskattningen ligeledes efter kursgevinstloven kapitel 6 for de enkelte elementer, som kvalificeres som finansielle kontrakter. Der anlægges således et dekomponeringsprincip, hvorefter sammensatte instrumenter dekomponeres, og de enkelte elementer selvstændigt kvalificeres og ikke instrumentet som sådant. Indeholder en kontrakt derimod ikke de ovennævnte elementer, beskattes den efter skatteavgivningens almindelige regler, jf. pkt. 128 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194). Ved afgrænsningen af rækkevidden af den objektive skattepligt efter kursgevinstlovens § 29 er det således afgørende, om de enkelte elementer af instrumentet omfattes af de skatteretlige begreber "terminskontrakter" og "købe- og salgsretter".
 - 10) Også i denne relation er den skatteretlige fortolkning af de anvendte begreber og krav afgørende i vurderingen af, om en given fordring kan kvalificeres som en struktureret fordring omfattet af kursgevinstlovens § 29, stk. 3, eller ej. Den skatteretlige kvalifikation og behandling af strukturerede fordringer er bl.a. behandlet af *Jørgensen* i R&R 2008, nr. 4, p. 48 ff., *Jensen og Knudsen* i R&R 2008, nr. 8, p. 18 ff. og *Frøkjær og Sønderholm* i SR-Skat, 2007, p. 493 ff..
 - 11) Jf. eksempelvis pkt. 118 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
 - 12) Ved differenceafregning vil en sådan opsplitning af afkastet ikke give mening, da differenceafregningen netop er et udtryk for, at parterne alene overfører den gevinst/det tab, som alene hidrører fra den indgåede finansielle kontrakt.
 - 13) Kontrakter om syntetiske aktiver vil altid være finansielle kontrakter, idet de kun kan opfyldes ved differenceafregning, jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2)
 - 14) Jf. bemærkningerne til kursgevinstlovens § 29. Differenceafregning består i, at den kontrahent, som har gevinst på kontrakten, modtager forskellen mellem markedsprisen og den i kontrakten aftalte pris på det underliggende aktiv. I denne kontekst synes begrebet differenceafregning at skulle afgrænses negativt over for begrebet "levering", hvilket bl.a. følger af TfS 2010, 482 Ø, hvorefter det ikke var godtgjort, at sagsøgeren på noget tidspunkt havde været reel ejer af de omhandlede aktier, og udnyttelsen derved var foretaget ved differenceafregning. Dette er uagtet, at det var tredjemand (banken), som udbetalte nettoprovenuet til den skattepligtige. Denne dom er ikke ubetinget korrekt, idet domstolen ikke overbevisende synes at kunne argumentere for, hvorfor aktierne ikke synes at have været ejet. Dommen er kommenteret af *Booker* i TfS 2010, 477, som omhandler difference afregning af aktieløn.
 - 15) *Bundgaard i Pedersen et al.*: Skatteretten 1, 2009, p. 661.
 - 16) Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 18, i lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2). Rækkevidden af undtagelsesbestemmelsen indhold har ikke været genstand for en lang række artikler, der henvises dog særligt til *Hansen og Vinther* i TfS 2009, 624, *Jacobsen* i TfS 2009, 375, *Madsen* i SR-Skat, 2007, p. 300 ff. og *Stenholdt* i TfS 1994, 167, hvor emnet berøres mere dybdegående.
 - 17) Ændrede aftalevilkår m.v. kan ligeledes resultere i, at kontrakten anses for afstået og derved realiseret. Sådanne situationer opstår primært i to tilfælde (1) ved ændring af aftalevilkår, hvorefter aftalen anses for afstået i forbindelse med stiftelse af en ny samt, (2) ved ændring af én af aftaleparterne. Dette emne behandles bl.a. af *Vinther* i SKAT januar 2006 samt *Hansen og Vinther* i TfS 2009, 624, hvor det analyseres, hvornår afståelsesbeskatning udløses af tilfælde, hvor en skatteyder ikke udnytter en købe- eller salgsret, men alligevel opnår økonomiske fordele, der udspringer af ejerskabet til købe- eller salgsretten.
 - 18) Jf. pkt. 138 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 33 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).

- 19) Loc. cit. For administrativ praksis se TfS 2002, 625 LR, hvor en præmie for et optionsbaseret tillægsprodukt anses for at skulle lægges ind i en allerede fradragsberettiget udgiftspost, der relaterer sig til det bagvedliggende lån. Derved opnås fuld fradragsret for optionspræmien.
- 20) Jf. pkt. 139 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 33 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
- 21) Loc. cit.
- 22) At benchmarktilgangen ikke altid er anvendelig erkendes da også i bemærkningerne til bestemmelsen, hvorfor det tilføjes, at værdiansættelse af kontrakter uden for de organiserede markeder skal ske under hensyn til forholdene på markedet, med hvilket der navnlig menes markeder med høj pris volatilitet. Eftersom det ofte vil være særdeles vanskeligt at vurdere likviditeten af kontrakten, skal markedsværdien af sådanne kontrakter ansættes forsigtig i årene forud for realisation af gevinst og tab på kontrakten, jf. pkt. 143 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 33 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194). Det fremgår ikke, hvad der nærmere skal forstås med en forsigtig ansættelse af markedsværdien, hvorfor bestemmelsen må siges at indeholde en vis elastik. Ej heller, fremgår det, om det i sådanne tilfælde accepteres, at de kontraherende parter ikke ansætter kontraktens markedsværdi ens, hvilket dog synes at ligge implicit i konsekvensen af, at finansielle kontrakter er et zero-sum game, hvor den ene part opnår en gevinst og den anden et tilsvarende tab, og begge parter skal anlægge en forsigtig værdiansættelse.
- 23) For mere om værdiansættelsesproblematikken se bl.a. *Stenholdt*: TfS 1994, 167 om værdiansættelse af terminskontrakter og købe- og salgssretter om salg af noterede aktier, *Meldgaard*: TfS 1991, 383, som i relation til stockoptions også berører værdiansættelsesproblematikken, samt *Børjesson et al*: Kursgevinstloven med kommentarer, 2004, pp. 521-526, hvor praksis på området opsummeres.
- 24) Betænkning nr. 1139/1988, p. 151.
- 25) Jf. pkt. 137 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 33 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
- 26) Dette forhold er netop årsagen til indførelsen af kursgevinstlovens § 33 [tidligere § 8 E], jf. bemærkningerne til § 1, nr. 18, i lov nr. 392 af 6/6 1991 (L 6-2) samt bemærkningerne til den eksisterende bestemmelse vedtaget ved lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
- 27) Eftersom det ville give næsten uoverstigelige administrative vanskeligheder for skattemyndighederne at identificere og tilsidesætte sådanne arrangementer med skattetænkning i periodeafgrænsning, ansås det for nødvendigt at underlægge finansielle kontrakter en generel lagerbeskatning, jf. loc. cit.
- 28) Bestemmelsen er en videreførelse af § 8 E i den tidligere kursgevinstloven, hvorfor praksis, lovbemærkninger og øvrige fortolkningsbidrag i relation til den tidligere § 8 E fortsat finder anvendelse.
- 29) Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 18, i lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2).
- 30) Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 18, i lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2). Her anføres det endvidere, at det normalt er en forudsætning, at ansøgningen indgives seneste, når kontrakten indgås. At det normalt er en forudsætning betyder samtidig, at det ikke nødvendigvis er en forudsætning, hvilket bl.a. følger af, at tilladelsen forudsætter genoptagelse inden for den ordinære genoptagelsesfrist efter skatteforvaltningslovens § 26. Ligeledes følger det af TfS 2002, 876 TSS, hvor en skatteyder i indkomståret 2001 fik tilladelse til at anvende realisationsprincippet på kontrakter indgået i tidligere indkomstår (i dette tilfælde også kontrakter indgået i 1999 og 2000). Til dette anfører Told- og Skattestyrelsen: “§ 33, stk. 2, er ikke en regel om “principskifte”. Dermed er det ikke muligt, at den skattemæssige behandling af en kontrakt først sker efter lagerprincippet og herefter overgår til realisationsprincippet. Dette taler for, at lagerprincippet fortsat anvendes på de kontrakter, der er indgået i 1999 og 2000. Ulempen af lagerprincippet opstår imidlertid ved en akkumulering af samtlige af virksomhedens kontrakter såvel nye kontrakter som kontrakter indgået i et af de tidligere år med lang løbetid. Det vil derfor sige, at det ikke kun er kontrakter indgået i 2001, der medfører væsentlig økonomisk ulempe for virksomheden”.
- 31) Bemærkningerne til § 1, nr. 18, i lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2).
- 32) Loc. cit.
- 33) TfS 1994, 286 TSM.
- 34) Jf. bl.a. TfS 2002, 857 TSS samt TfS 2002, 876 TSS, hvor Told- og skattestyrelsen bekræfter, at dispensationen også kan indrømmes for andre kontrakter end valutakontrakter.
- 35) Se *Madsen* som i SR-Skat, 2006, p. 300 ff., behandler en række fortolkningsspørgsmål knyttet til afgrænsningen af de sædvanlige aftaler og valutakontrakter, som efter kursgevinstlovens § 30, stk. 1, nr. 7, er undtaget af beskatningen som finansielle kontrakter.
- 36) Dette følger af Skatteministeriets kommentar gengivet i TfS 1994, 286 TSM.
- 37) Allerede under lovforslagets behandling i 1991 blev det i en henvendelse til Folketingets Skatteudvalg foreslået, at der også skulle kunne meddeles dispensation fra lagerprincippet ved kurssikring af anlægsaktiver. Skatteministeren afviste imidlertid i en kommentar til henvendelsen at udvide dispensationsreglen ud over kontrakter, der indgås som led i virksomhedens primære drift for at sikre leverancer til og fra virksomheden. Det materielle indhold af bestemmelsen er ikke ændret siden vedtagelsen heraf.
- 38) Bemærkningerne til § 1, nr. 18, i lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2).
- 39) Loc. cit. Det skal som nævnt bemærkes, at valutakontrakter indgået som led i sædvanlige aftaler om varer og andre aktiver samt tjenesteydelser siden vedtagelsen af

lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194) har været undtaget af reglerne om finansielle kontrakter, jf. § 30, stk. 1, nr. 7, såfremt kontrakterne ikke er optaget til handel på et reguleret marked, og der ikke er indgået modgående kontrakter. For mere herom, se bl.a. Madsen: SR-Skat, 2006, p. 300 ff.

- 40) TfS 1994, 285 TSS er kommenteret af Told- og Skattestyrelsen i TfS 1994, 286 TSM, hvor det bl.a. præciseres, i hvilke tilfælde det kan forventes, at Ligningsrådet efterkommer en anmodning om anvendelse af realisationsprincippet efter kursgevinstlovens § 8 E, stk. 2 (nu kursgevinstlovens § 33, stk. 2).
- 41) I vurderingen heraf må praksis om sikring efter statskattelovens § 5, litra a, i relation til kvalifikation af derivater uden for kursgevinstlovens § 29's anvendelsesområde samt praksis vedrørende kravet om tilknytning efter kursgevinstlovens § 30, stk. 1, nr. 7, i et vist omfang kunne lægges til grund.
- 42) Bemærkningerne til § 1, nr. 18, i lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2).
- 43) Jf. pkt. 145 i CIR nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 33 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
- 44) Et eksempel herpå ses i TfS 1994, 285 LR, hvor den givne dispensation alene omfattede kontrakter der ikke var afsluttet ved indkomstårets udløb.
- 45) Bemærkningerne til § 1, nr. 18 i lov nr. 394 af 6/6 1991 (L 6-2).
- 46) For aktie- og valutakontrakter samt sædvanlige leveringsaftaler er det en betingelse for fritagelsen efter kursgevinstlovens § 29, jf. kursgevinstlovens § 30, stk. 1, at der ikke indgås modgående kontrakter. Formålet med betingelsen er at udelukke muligheden for skattearbitrage som konsekvens af en undtagelse fra kursgevinstlovens § 29 og derved lagerprincippet. Begrebet modgående kontrakter og derved bestemmelsen er efter lovtæksten samt de tilhørende forarbejder generelt udformet, hvorfor det er vanskeligt på baggrund herefter at opstille en præcis entydig afgrænsning af bestemmelsens rækkevidde. Ifølge *Falk og Sønderholm* i R&R, 1999, nr. 10, p. 19 ff., må bestemmelsen skulle afgrænses i overensstemmelse med formålet. *Madsen* bemærker i SR-Skat, 2006, 300 ff., at man ved fortolkning af bestemmelsen bør være opmærksom på, at kontrakterne i kursgevinstlovens § 30, stk. 1, er undtagelser til hovedreglen i kursgevinstlovens § 29 og derfor skal fortolkes indskrænkende. Betingelser knyttet til undtagelser bidrager blot til en yderligere indsnævring af bestemmelsens anvendelsesområde.
- 47) Bemærkningerne til § 30 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
- 48) Begrebet modgående kontrakter skal afgrænses negativt over for den situation, hvor eksempelvis en aktionæroverenskomst både indeholder købe- og salgssretter. I en sådan situation anses der ikke at være indgået modgående kontrakter, hvorved det er lagt til grund, at den foreskrevne begivenhed i aftalen (f.eks. egen eller en medaktionærs fratreden) giver den enkelte kontraktspart ret til enten at købe eller sælge, men ikke ret til både at købe og sælge – idet sidstnævnte situation netop udgør en modgående kontrakt, jf. loc. cit. Andre aftaler end aktionæroverenskomster med lignende vilkår, som de først anførte, må ligeledes anses for ikke at være omfattet af begrebet modgående kontrakter.
- 49) Loc. cit.
- 50) Det fremgår af TfS 1994, 286 TSM, hvor Told- og Skattestyrelsen kommenterer TfS 1994, 285 LR, at der ikke må være mulighed for, at dispensationen efter kursgevinstlovens § 33, stk. 2, åbner op til skattearbitrage, hvilket netop kan være tilfældet, hvis der bortses fra modgående kontrakter indgået af interesseforbundne parter.