

TILKNYTNING TIL ERHVERVSMÆSSIG VIRKSOMHED ELLER EJ?

– FRADRAG FOR FYSISKE PERSONERS TAB PÅ FINANSIELLE KONTRAKTER

Af Katja Dyppel Weber, Ph.d., lektor, CBS,
associate partner, CORIT Advisory

Forfatteren behandler kravet om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed efter kursgevinstlovens § 32, stk. 1, 2. pkt. Afgrænsningen af bestemmelsens anvendelsesområde er relevant, da det er afgørende for, om fysiske personer har fradrag for tab på finansielle kontrakter eller ej. Med udgangspunkt i en række nyere landsskatteretskendelser behandles spørgsmålet om, hvorvidt der kan stilles krav til sikring, samt hvilken sammenhæng der skal være mellem det underliggende aktiv på den finansielle kontrakt og den erhvervsmæssige risikoeksponering.

1. Om fysiske personers fradrag for tab på finansielle kontrakter

Den skattemæssige behandling af finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstlovens (KGL) § 29 er som udgangspunkt ens *uanset formålet* med indgåelsen (hedging, spekulation eller arbitrage), således at alle gevinster og tab på finansielle kontrakter skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.¹ Denne generelle og symmetriske beskatning er fraveget i den forstand, at der for visse kontrakter er kildeartsbegrænset tabsfradrag.

For fysiske personer er kildeartsbegrænsning den praktiske hovedregel, hvorefter der alene er fradrag for årets nettotab på finansielle kontrakter i det omfang, tabet ikke overstiger forudgående indkomstårs skattepligtige nettogevinster på finansielle kontrakter (carry-back), jf. KGL § 32, stk. 2, jf. stk. 1.² Denne kildeartsbegrænsning gælder dog ikke for tab på kontrakter, der har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed,

jf. KGL § 32, stk. 1, 1. pkt.³ For fysiske personer kan det således være afgørende for fradragsretten, om den finansielle kontrakt har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed eller ej.

I de seneste år har Landsskatteretten og domstolene i en række kendelser/domme taget stilling til spørgsmålet om erhvervsmæssig tilknytning.⁴ Udfaldet i alle kendelserne er, at de omhandlede kontrakter ikke anses for at have den fornødne tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed efter KGL § 32, stk. 1, hvorfor tabet er kildeartsbegrænset og derfor ikke fradragsberettiget. I denne artikel analyseres og kommenteres begrundelserne for fradragsnægtelsen.

2. Formålet med betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed

Det er ikke anført i lovbemærkningerne, hvad formålet er med kravet om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, som begrænser tabsfradragsretten på fysiske personers ikke-erhvervsmæssige kontrakter.⁵ Reglerne om finansielle kontrakter bygger i vidt omfang på forslagene fra Optionsudvalget,⁶ hvorfor det er nærliggende at hense hertil for at identificere formålet med denne betingelse.

Selvom det ikke med sikkerhed kan udledes af Optionsudvalgets betænkning, hvad formålet med betingelsen var, følger det, at Optionsudvalget ikke anbefalede et konsekvent asymmetrisk regelsæt med beskatning af gevinster og ingen fradragsret for tab, idet sådant et regelsæt i realiteten ville nærme sig et forbud mod anvendelsen af (de nye) finansielle instrumenter.⁷ Derimod kunne

udvalget nærmere forestille sig en delvis asymmetrisk beskatning, hvor gevinster var skattepligtige, medens tab kun kunne modregnes i tilsvarende gevinster. Fordelen ved denne løsning ville være, at skattekontrolproblemerne ville blive formindsket, ligesom muligheden for skattetækning ville blive begrænset, når adgangen til tabsfradrag blev beskåret.⁸ De vedtagne regler synes at være i overensstemmelse med denne delvis asymmetriske beskatning.

Endvidere anførte Optionsudvalget, at en asymmetrisk ordning ikke ville kunne påføres næringskattepligtige og andre erhvervsdrivende, hvorfor ordningen havde den væsentlige ulempe, at der skulle ske en afgrænsning af den kreds af skattepligtige, der som erhvervsdrivende skulle have fuld fradragsret for tab. Det anførtes, at det imidlertid ikke alene var erhvervsdrivende, der ville anvende de nye finansielle instrumenter, idet også private kunne have brug for at anvende disse instrumenter, f.eks. til porteføljepleje eller risikoafdækning af formuen.⁹ Endelig anførtes det, at der ville være betydelige vanskeligheder forbundet med en afgrænsning af den kreds, som skulle have fuld fradragsret for tab.¹⁰

Efter Optionsudvalgets forslag til regler skulle gevinster og tab på finansielle kontrakter som udgangspunkt omfattes af en generel symmetrisk beskatning, hvor alle gevinster og tab skulle medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Det var Optionsudvalgets opfattelse, at dette udgangspunkt alene skulle fraviges, hvor beskatningsformen ville medføre betydelige skattetækningsmuligheder, dvs. i relation til aktiebaserede kontrakter uden erhvervsmæssig tilknytning.¹¹

Det er således ikke muligt med sikkerhed at udlede, hvad formålet med betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning er. Af Optionsudvalgets betænkning synes det dog at følge, at formålet med den delvis asymmetriske beskatning (kildeartsbegrænsningen) er at formindske skattekontrolproblemerne samt begrænse muligheden for skattetækning, hvor finansielle kontrakter med tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed ikke omfattes af denne begrænsning, idet der tillades fradragsret for tab på sådanne kontrakter. Baseret på Optionsudvalgets betænkning synes hensynet med denne undtagelse at være, at netop erhvervsdrivende mv. har *"anvendelse for de nye finansielle instrumenter"*.

Samlet synes det ikke at kunne peges på nogen saglige argumenter for at indføre (og opretholde)

en generel fradragsbegrænsning, ligesom forudsætningen for udformningen af fradragsbegrænsningen for aktiebaserede kontrakter ikke længere er til stede, idet der ikke længere er skattefrihed for fysiske personers beholdning af aktier ejet i mindst tre år.

3. Betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed

De særlige regler om finansielle kontrakter blev oprindeligt i 1991 indsat som §§ 8 C-8 G i den daværende kursgevinstlov.¹² Af daværende KGL § 8 G fulgte, at der var begrænset fradragsret for tab på finansielle kontrakter, for hvilke det ikke kunne godtgøres, at kontrakten havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Selvom ordlyden af denne bestemmelse er blevet ændret flere gange, har ændringerne ikke haft materiel karakter. Betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed efter den gældende KGL § 32, stk. 2, er således en videreførelse af de tidligere gældende regler, hvorfor tidligere praksis på området i vid udstrækning fortsat finder anvendelse.¹³ Det følger af forarbejderne til den oprindelige bestemmelse, at der ved vurderingen af, om betingelsen er opfyldt, kan tages udgangspunkt i praksis vedrørende den tidligere gældende affattelse af KGL § 6, stk. 1. Efter denne indgik personers gevinst og tab på fordringer og gæld i fremmed valuta i indkomstopgørelsen, såfremt fordringen eller gælden havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.¹⁴

Ud fra en almindelig ordlydsfortolkning af bestemmelsen må det lægges til grund, at kravet om erhvervsmæssig tilknytning indeholder en betingelse om, at den finansielle kontrakt vedrører en erhvervsrisiko. Dette stemmer overens med det i forarbejderne anførte eksempel, hvorefter valutaterminskontrakter, der indgås med henblik på at sikre en virksomheds tilgodehavender og leverancer, anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.¹⁵ Ligeledes må betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning betyde, at finansielle kontrakter, som er indgået med henblik på at opnå spekulative gevinster, ikke omfattes af bestemmelsen, eftersom begrebet spekulation ikke naturligt kan rummes i begrebet tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.¹⁶

I forbindelse med revisionen af kursgevinstloven i 1997 blev der fremsat spørgsmål til KGL § 32, stk. 1. Af skatteministerens svar til Folketingets

Skatteudvalget følger, at det hverken er muligt eller hensigtsmæssigt at opstille sort-hvide regler for, hvornår en kontrakt kan anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, da det er umuligt på forhånd at fastlægge alle tænkelige situationer, som finansielle kontrakter (med erhvervsmæssig tilknytning) kan indgå i.¹⁷ I stedet vil der i alle tilfælde være tale om en konkret bevisvurdering, hvor skatteyder skal godtgøre, at konkrete finansielle kontrakter har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Der kan således næppe stilles standardiserede betingelser op, idet der skal foretages en konkret vurdering af den enkelte situation. Når Landsskatteretten afviser fradrag med begrundelsen om, at skatteyder ikke har godtgjort, at der eksisterer administrativ praksis for godkendelse af fradrag for tab på finansielle kontrakter af de grunde, som klagerne har påberåbt sig, er denne begrundelse formentlig alene i overensstemmelse med gældende ret, såfremt der i en enslydende situation med rette er nægtet fradrag.¹⁸

Ifølge administrativ praksis kan finansielle kontrakter anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, når kontrakten vedrører valutaudsving, renter og øvrige finansieringsomkostninger, som opstår i relation til erhvervsmæssig gæld, herunder kassekreditter, ligesom det også gælder for valutakursudsving på omsætning mv.¹⁹ Endvidere fremgår det af administrativ praksis, at gæld optaget i relation til anlægsaktiver anses for erhvervsmæssig gæld,²⁰ hvilket må være et udtryk for, at anlægsaktiver ligeledes anses for erhvervsmæssige i denne henseende.

Når først det er fastslået, at både omsætnings- og anlægsaktiver/passiver anses for at have erhvervsmæssig karakter, opstår spørgsmålet om, hvorvidt der ligeledes stilles betingelse om, at kontrakten er indgået med henblik på sikring. Endvidere opstår spørgsmålet om, hvornår tilknytningen mellem den finansielle kontrakt og den relevante eksponering er tilstrækkelig til, at der tillades fuldt fradrag for tabet. Disse spørgsmål behandles i de følgende to afsnit.

3.1 ER DER ET KRAV OM SIKRING?

Det fremgår som nævnt direkte af bemærkningerne, at finansielle kontrakter indgået med henblik på at sikre virksomhedens tilgodehavender og leverancer anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.²¹ I vurderingen af, om kravet til erhvervsmæssig tilknytning er opfyldt, er det relevant, om det er tilstrækkeligt, at kontrakten vedrører en erhvervsmæssig disposition, eller om

der stilles betingelse om, hvilken vej kontrakten vender.²² Med andre ord, om en disposition indgået med henblik på at reducere en disponeret erhvervsmæssig udgift kan anses for at have den fornødne tilknytning, eller om der eksisterer et eksplicit krav om risikominimering/sikring.

Sikring eller risikominimering er et udtryk for, at de erhvervsmæssige dispositioner hedges, således at sandsynligheden for uventede prisudsving minimeres, hvorimod dette ikke nødvendigvis opnås, såfremt formålet med kontrakten er en reduktion af erhvervsmæssige udgifter. Såfremt en markedsdeltager eksempelvis har indgået et fastforrentet erhvervsmæssigt lån og nu forventer, at udlånsrenten vil falde, kan der handles forskelligt, afhængigt af om der ønskes reduktion af renterisikoen eller den forventede renteomkostning. Ønskes en reduktion af renterisikoen, dvs. en minimering af risikoen for, at låneomkostninger afviger fra det forventede, fastholdes det fastforrentede lån.²³ Ønskes det derimod at få del i dette forventede rentefald, skal der indgås en renteswap, som tillader at betale den (lavere) variable rente.²⁴ Hvorvidt den finansielle kontrakt resulterer i tab eller gevinst, afhænger bl.a. af, om udlånsrenten rent faktisk falder eller ej.

Skatterådet har flere gange anset swaps, som giver ret til et variabelt afkast, for at opfylde betingelsen om at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed efter KGL § 32.²⁵ Der kan bl.a. henvises til SKM2007.411.SR, som vedrører en swaptale, som bytter en fast rente i DKK med en variabel rente i CHF. Skatterådet lagde bl.a. vægt på, at formålet med swaptalen var at få en lavere renteudgift, idet låneoptagelse på tidspunktet normalt var billigere i Schweiz end i Danmark, hvorfor indgåelsen af swaptalen ikke ansås for at udgøre valutaspekulation i skatteretlig henseende. Endvidere blev der lagt vægt på, at swaptalen hang sammen med det oprindelige (erhvervsmæssige) lån. Derimod var det ikke afgørende, at der reelt skete omlægning af lånet fra én valuta til en anden. Skatterådet bemærkede endvidere, at det ikke var et argument imod at anse swappen for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, at det oprindelige lån havde fast rente, eftersom omlægningen alene medførte, at lånet fik samme risiko som et lån med variabel rente.

Med udgangspunkt i Skatterådets afgørelser synes der ikke at kunne opstilles en betingelse om, at kontrakterne skal være indgået i sikringsøjemed, dvs. med det formål at udgøre en traditionel risikominimering. Derimod anses kontrakter,

som *omlægger* en erhvervsmæssig risiko med det formål at reducere en erhvervsmæssig udgift/omkostning, ligeledes for at kunne opfylde betingelsen om at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i KGL § 32's forstand.²⁶ I overensstemmelse hermed anses terminsforretninger indgået med henblik på at omlægge et erhvervsmæssigt lån fra DEM til CHF også for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i en forligt landsretssag.²⁷

Tilsvarende fremgår det af SKATs Den juridiske vejledning, at finansielle kontrakter efter praksis kan anerkendes som erhvervsmæssige, hvis de er indgået for at stille den erhvervsdrivende, som om virksomhedens lån var omlagt til andre rentevilkår, f.eks. fra fast til variabel forrentning og/eller til en anden valuta. Det fremgår ligeledes, at en valutaterminskontrakt, som sælges for at opnå en gevinst som følge af renteforskellen mellem valutaen på virksomhedens lån og en lavere forrentet valuta, kan anses for at have erhvervsmæssig tilknytning.²⁸

I de seneste år har Landsskatteretten ved flere lejligheder netop taget stilling til spørgsmålet om erhvervsmæssig tilknytning. I modsætning til Skatterådets tidligere afgørelser, tegner Landsskatterettens kendelser et billede af, at kravet om erhvervsmæssig tilknytning indebærer en betingelse om, at den finansielle kontrakt skal være indgået med henblik på at afdække/sikre virksomhedens indtægter/udgifter eller finansielle grundlag.²⁹

SKM2012.175.LSR vedrører en landmand, der drev landbrug samt bivirksomhed med to udlejningsejendomme, som i henhold til rammeaftaler med hans pengeinstitut havde indgået en række valutaterminskontrakter, der gav tab. Det er oplyst, at formålet med valutaterminskontrakterne var at afdække/sikre virksomhedens finansielle grundlag samt at opnå lavere renteudgifter ved udnyttelse af rente- og valutaforskelle mellem de valutaer, som indgik i kontrakterne. Landsskatteretten anførte, at da klageren ved indgåelse af kontrakterne pådrog sig en yderligere risiko for tab, måtte der stilles strenge krav til beviset for den erhvervsmæssige tilknytning til landbrugsvirksomheden. Landsskatteretten nægtede fradrag for tabene med begrundelsen om, at tab på kontrakter, der har til formål at opnå gevinst ved udnyttelse af rente- og valutaforskelle, ikke har risikoafdækning til formål, og at landmanden ikke i øvrigt havde beviset, at kontrakterne faktisk var anvendt til at afdække/sikre virksomhedens finansielle grundlag.

SKM2013.722.LSR vedrører en landmand med realkreditgæld optaget i DKK, som samtidig indgik en swapaftale, hvorefter han af banken modtog en variabel rente af en teknisk hovedstol i DKK mod at betale en variabel rente af en teknisk hovedstol i CHF. Han omlagde således risikoen på den erhvervsmæssige realkreditgæld og blev i relation til renten stillet, som om lånet var optaget i CHF. Landsskatteretten anførte, at efter lovbestemmelsens forarbejder indebærer kravet om erhvervsmæssig tilknytning, at det ikke er tilstrækkeligt, at kontrakten er indgået med det formål at reducere de samlede erhvervsmæssige omkostninger ved opnåelse af en ønsket/tilstræbt gevinst på kontrakten, idet godkendelse af tab forudsætter, at kontrakten er indgået i sikringsøjemed. Baseret herpå nægtede Landsskatteretten fradrag for tabet ud fra den konkrete begrundelse om, at indgåelsen af swapaftalen forøgede landmandens risiko med hensyn til kursudviklingen på CHF og renteudviklingen på det schweiziske marked.

Tilsvarende følger af SKM2014.211.LSR (anket) og SKM2014.477.LSR, som vedrører samme forhold. I disse kendelser nægtede Landsskatteretten fradrag baseret på begrundelsen om, at udnyttelse af rente- og valutaforskelle mellem to valutaer ikke har risikoafdækning til formål, og at skatteyderen ikke havde godtgjort, at der i det relevante indkomstår eksisterede en bindende administrativ praksis, hvorefter swaps, der var indgået for at bytte en rente i DKK med en (lavere) rente i CHF, havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, selv om kontrakten ikke havde risikoafdækning til formål.³⁰

I den seneste kendelse offentliggjort som SKM2015.320.LSR, anfører Landsskatteretten:

"Det fremgår af forarbejderne til kursgevinstloven, at det beror på en konkret vurdering, om en finansiell kontrakt har tilknytning til erhvervsvirksomheden, som krævet i lovbestemmelsens ordlyd. Det fremgår ikke af kursgevinstlovens forarbejder eller af de cirkulærer, der blev udstedt i tilknytning til loven, at et "formål om at ændre rentedisponeringen" kan bevirke, at en finansiell kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning. Derimod omtales risikoafdækning som et formål, der kan begrunde, at en finansiell kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning."

Opsummerende fremgår det af kendelsen, at KGL § 32 må fortolkes således, at bestemmelsen hjemler fradrag for kontrakter, der afdækker/sikrer

virksomhedens indtægter/udgifter eller finansielle grundlag. Endelig anfører Landsskatteretten, at det påhviler klageren at godtgøre, at kontrakter, der ikke er indgået for at afdække/sikre virksomhedens indtægter/udgifter, er erhvervsmaessige.³¹

Det er næppe overraskende, når Landsskatteretten i SKM2012.175.LSR nægter fradrag med den begrundelse, at indgåelse af valutaterminskontrakter med det formål at opnå lavere renteudgifter ved udnyttelse af rente- og valutafor-skelle mellem de valutaer, som indgår i valutaterminskontrakterne, ikke kan anses for at opfylde kravet om erhvervsmaessig tilknytning.

Ligeledes kan det ikke anfægtes, når Landsskatteretten i SKM2013.772.LSR udtaler, at kontrakter, der har til formål at udnytte rente- og valutafor-skelle mellem to valutaer, ikke har risikoafdækning til formål. Dette er dog ikke ensbetydende med, at det virker overbevisende, når omlægning af et lån gennem indgåelse af finansielle kontrakter med henblik på at opnå en reduceret finansieringsomkostning ikke kan anses for at have tilknytning til erhvervsmaessig virksomhed. Endvidere er det ikke overbevisende, når Landsskatteretten anfører, at det følger af lovforarbejderne, at kravet om erhvervsmaessig tilknytning forudsætter, at kontrakten er indgået i sikringsøjemed.

Østre Landsret har taget stilling til anvendelsesområdet for KGL § 32, stk. 1, 1. pkt., i SKM2015.494. ØLR, hvor landsretten i sin begrundelse anfører:³²

"Efter bevisførelsen for landsretten findes det ikke godtgjort, at de i sagen omhandlede valutaterminskontrakter på mere end 165 mio. DKK reelt var led i en omlægning af alle de i ejendommen værende lån, der udgjorde lidt over 150 mio. DKK, hvoraf de lidt over 30 mio. DKK var i CHF, til CHF, eller at indgåelsen af valutaterminskontrakter skete med henblik på at blive stillet svarende til, at alle lånene var optaget i CHF. Landsretten har herved tillige lagt vægt på, at der, trods faldende restgæld, var budgetteret med en fast årlig indtægt fra valutaterminsforetningerne, og at dette muliggjorde et positivt likviditetsmaessigt resultat.

Landsretten kan som følge heraf ikke lægge til grund, at tabet på valutaterminskontrakterne er omfattet af kursgevinstlovens § 32, stk. 1, 2. pkt., om tilknytning til erhvervsmaessig virksomhed."

Østre Landsret nægter fradrag for tabet, men tager ikke eksplicit stilling til, hvorvidt det alene er

finansielle kontrakter, som er indgået med henblik på sikring, som kan opfylde betingelsen for at have erhvervsmaessig tilknytning. Baseret på det anførte kan det formentlig udledes, at såfremt skatteyder havde godgjort, at de i sagen omhandlede valutaterminskontrakter reelt var led i en omlægning af de erhvervsmaessige lån, kunne kontrakterne have været omfattet af betingelsen.

Senest i SKM2015.764.VLR har Vestre Landsret, i overensstemmelse med den ankede kendelse i SKM2014.211.LSR, nægtet fradrag for tab på en swaptale. I sin begrundelse anfører landsretten:

"A's swap-aftale har hverken haft til formål eller været egnet til at afdække en risiko ved hans erhvervsmaessige leverancer eller ved, at de erhvervsmaessige lån var optaget i euro. Tilknytningen mellem swap-aftalen og A's erhvervsmaessige virksomhed består alene i, at swap-aftalen er indgået i forbindelse med, at A indgik aftale om et erhvervsmaessigt lån af næsten samme størrelse, og at den forventede indtægt på swap-aftalen delvist kunne finansiere den erhvervsmaessige renteudgift ved lånet.

(...)

Efter den foreliggende administrative praksis efter kursgevinstlovens § 32, stk. 1, kunne swap-aftaler indgået i 2008 under omstændigheder som i denne sag anses som tilknyttet erhvervsmaessig virksomhed, hvis swap-aftalens hovedstol ikke oversteg det oprindelige låns hovedstol, og hvis der var overensstemmelse mellem lånets valuta og en af swap-aftalens valutaer.

Da swap-aftalen på 25 mio. kr. blev indgået, var der alene udbetalt et lån svarende til 20 mio. kr. minus omkostninger, og lånet var i euro, mens swap-aftalen omfattede schweizerfranc og danske kroner. Herefter har A ikke bevist, at han har ret til fradrag for tab på swap-aftalen efter kursgevinstlovens § 32, stk. 1, således som denne må fortolkes i lyset af administrativ praksis. Det kan ikke føre til et andet resultat, at der var givet tilsagn om yderligere lån på 4,5 mio. kr., at A også havde anden erhvervsmaessig gæld i danske kroner, eller at Danmark har besluttet, at kursen på danske kroner skal følge kursen på euro."

Heller ikke Vestre Landsret tager eksplicit stilling til, hvorvidt det alene er finansielle kontrakter, som er indgået med henblik på sikring, som kan opfylde betingelsen for at have erhvervsmaessig tilknytning.

Selvom landsretten har taget stilling til spørgsmålet om erhvervsmæssig tilknytning, er anvendelsesområdet for KGL § 32 stadig uklar. I SKM2015.320.LSR bemærkes det, at fortolkningen af lovbestemmelsens anvendelsesområde – kravet om sikring – stedse og vedvarende er kommet til udtryk i Landsskatterettens praksis. Samtidig anføres det i samme afgørelse, at det påhviler klageren at godtgøre, at kontrakter, der ikke er indgået for at afdække/sikre virksomhedens indtægter/udgifter, er erhvervsmæssige. Det udelukkes således ikke, at kontrakter, der *ikke* er indgået for at afdække/sikre virksomhedens indtægter/udgifter, kan anses for erhvervsmæssige. Det er dog fortsat uklart, hvad der i givet fald skal til.

Ved gennemlæsning af de seneste kendelser fra Landsskatteretten samt Østre og Vestre Landsrets domme er der to forhold, som særligt skal bemærkes. For det første er det flere gange anført som argument for fradragsnægtelse, at det af skatteyder anførte formål med indgåelsen af den eller de finansielle kontrakter – f.eks. "formål om at ændre rentedisponeringen" eller "hensigt om reducering af finansieringsomkostninger" – hverken fremgår af kursgevinstlovens forarbejder eller af de i tilknytning til kursgevinstloven udstedte cirkulærer.³³ I stedet anføres det, at der skal foretages en konkret vurdering af situationen, ligesom det fremhæves, at netop risikoafdækning omtales som et eksempel, hvor betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning er opfyldt. Det er vanskeligt at se, hvorfor dette i sig selv er et validt argument. Dette skal ses i lyset af, at det eneste eksempel, som fremhæves i forarbejderne, netop er risikoafdækning. Såfremt formålet med bestemmelsen var, at risikoafdækning/sikring var den eneste måde at opfylde betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning på, ville lovgiver næppe have anført det, som et eksempel, men derimod indskrevet det, som en eksplicit betingelse i lovens ordlyd, ligesom i KGL § 33, stk. 2, hvor dispensation for lagerbeskatning netop er betinget af, at kontrakten er indgået i sikringsøjemed.

For det andet fremhæver Landsskatteretten flere gange i sin begrundelse pkt. 60 i cirkulære nr. 120 af 9. oktober 1986 til kursgevinstloven, som omhandler spørgsmålet om tabsfradrag for valutaterminskontrakter efter statsskattelovens § 4, litra f. Herefter er der alene fradrag for tab på kontrakter efter § 4, litra f, såfremt kontrakterne er indgået i sikringsøjemed. Det er uklart, hvad formålet er med at fremhæve denne praksis, eftersom denne praksis vedrører fortolkning af

væddemålsbestemmelsen i SL § 4, litra f, som ikke finder anvendelse ved beskatning af finansielle kontrakter, efter der blev indsat særlige regler herom i kursgevinstloven.

3.2 TILSTRÆKKELIG TILKNYTNING

Foruden spørgsmålet om formålet med den indgåede kontrakt er det relevant at analysere, i hvilken grad der kan opstilles et eksplicit krav om sammenfald mellem den relevante erhvervsrisiko og kontraktens underliggende aktiv. Med andre ord er det ikke klart, om en finansiell kontrakt kan opfylde betingelsen om at have erhvervsmæssig tilknytning, hvis ikke kontraktens underliggende aktiv er identisk med den risiko, som søges omlagt.

Det følger af Skatterådets praksis, at der i relation til erhvervsmæssig gæld lægges vægt på, at rammen for de finansielle kontrakter er hovedstolen/restgælden på den erhvervsmæssige gæld.³⁴ Denne betingelse beror formentlig på et tidligere landsretsforlig, hvorefter der var fuldt fradrag for tabet, såfremt de omhandlede valutakontrakter tids- og størrelsesmæssigt var indgået i relation til omlægning af et erhvervsmæssigt lån og afdragene herpå, samt at valutakontrakterne vedrørte den valuta, det relevante lån var optaget i, og den valuta, lånet fremover skulle være i.³⁵ Betingelsen om, at den finansielle kontrakt skal involvere samme valuta, som de bagvedliggende erhvervsmæssige lån, er ligeledes anvendt i Skatterådets praksis.³⁶

Tilsvarende fremgår det af Den juridiske vejledning, at det ved vurderingen af, om kontrakten har den fornødne erhvervsmæssige tilknytning, bl.a. er relevant at se på, om den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt svarer nogenlunde til restgælden på det erhvervsmæssige lån, og om kontrakten indeholder den valuta, som gælden er udstedt i. Endvidere anføres det, at såfremt kontrakten lyder på et større beløb end restgælden, eller løbetiden er længere end løbetiden på det bagvedliggende lån, eller den valuta, gælden er udstedt i, ikke indgår i kontrakten, kan dette tale imod, at kontrakten skal anses for at være erhvervsmæssig.³⁷ Derimod taler det ikke imod, at kontrakten er erhvervsmæssig, at kontrakten kun afdækker en del af virksomhedens låneportefølje, eller at løbetiden på kontrakten er kortere end på de underliggende lån. Det oplyses, at dette skal ses i sammenhæng med, at kontrakter, der eksempelvis stiller personen svarende til, at virksomhedens lån var omlagt til fremmed valuta, indebærer en risiko. En kontrakt med en kortere løbetid, eller som kun vedrører en del af virksomhedens lån

(dvs. vedrører et mindre beløb end lånet hovedstol), kan således være udtryk for en afvejning i forhold til den givne risiko.³⁸

I relation til finansielle kontrakter, der vedrører rente- og valutarisici, lægges der således vægt på, om den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt svarer nogenlunde til restgælden på det underliggende erhvervsmæssige lån, ligesom der lægges vægt på, om valutakontrakter indeholder samme valuta som den underliggende valutaeksponering. I den samlede vurdering af det konkrete forhold kan opfyldelsen af kriterierne eller mangel på samme tale for eller imod, at kontrakten er erhvervsmæssig. Der synes dog hverken i Skatterådets praksis eller i Den juridiske vejledning at være krav om, at opfyldelsen af disse kriterier er altafgørende.

Et eksempel herpå ses i et bindende svar offentliggjort som SKM2009.152.SR, hvor en swap, som var indgået for at reducere renteomkostningerne på en erhvervsmæssig kassekredit, ansås for at have erhvervsmæssig tilknytning. Swappens hovedstol svarede til trækningsretten på kassekrediten. I afgørelsen blev der lagt vægt på, at swappen i sin helhed var afgrænset til sikring af de eksisterende erhvervsmæssige rammer, og at kassekreditens maksimum ikke oversteg, hvad der kunne sidestilles med sædvanlig realkreditbelåning af selskabets ejendomme. Derimod var det ikke afgørende, om kassekrediten i perioden var fuldt udnyttet, hvorfor trækket på kassekrediten – og dermed restgælden – kunne svinge, uden at dette påvirkede den skatteretlige behandling af swappen.

I de seneste år har Landsskatteretten taget stilling til spørgsmålet om krav til kontraktens beløbs- og tidsmæssige sammenhæng med den underliggende eksponering samt de valutaer, som kontrakten er indgået i. Disse kendelser behandles i det følgende.

Beviset for, at en finansiell kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning, påhviler den skattepligtige. Ifølge Landsskatteretten er det i denne forbindelse ikke tilstrækkeligt, at den skattepligtige har erhvervsmæssig gæld, og at den tekniske hovedstol på kontrakten beløbsmæssigt holder sig inden for (rest)gælden, jf. SKM2012.175.LSR og SKM2013.772.LSR. At en finansiell kontrakt ikke er erhvervsmæssig, alene fordi den tekniske hovedstol beløbsmæssigt holder sig inden for den skattepligtiges restgæld, må naturligvis anses for korrekt, idet der skal foretages en konkret vurdering af, om kontrakten har erhvervsmæssig *tilknytning*.

I SKM2012.175.LSR nægtede Landskatteretten fradrag for tab på de konkrete kontrakter, fordi der ikke var beløbsmæssig sammenhæng mellem værdien af kontrakterne og den underliggende gæld. I denne vurdering anså Landsskatteretten finansielle kontrakter, der var indgået samtidigt, som værende samlet under ét (i modsætning til enkeltvis). Dette var relevant, fordi kontrakterne hver for sig næsten havde samme hovedstol som gælden, men tilsammen havde en hovedstol, der var næsten dobbelt så stor som gælden. I sin begrundelse udtalte Landskatteretten, at:

"Det er i øvrigt ikke godtgjort, at der er en indre og direkte sammenhæng mellem kontrakterne og den erhvervsmæssige gæld, som kontrakterne skal afdække/sikre."

Baseret på denne udtalelse synes der at være en anerkendelse af, at der kan være en indre og direkte sammenhæng mellem den finansielle kontrakt og den erhvervsmæssige eksponering, selvom denne sammenhæng ikke nødvendigvis fremstår klart for enhver.

Spørgsmålet om sammenhængen mellem valutakontrakter og den relevante valutaeksponering har Landsskatteretten bl.a. taget stilling til i SKM2014.211.LSR. Her anføres det, at gæld i EUR ikke kan indgå ved vurderingen af, om den tekniske hovedstol på en swap i DKK overstiger restgælden på det oprindelige lån. Begrundelsen er, at EUR i relation til kursgevinstlovens regler er en fremmed valuta, og at der i forhold til et lån i DKK er en kursrisiko på et lån i EUR. I denne kendelse anerkender Landsskatteretten således ikke, at der er en indre og direkte sammenhæng mellem EUR og DKK. Den skattepligtige anmodede om genoptagelse af sagen, hvilket dog blev nægtet, hvorfor sagen blev indbragt for domstolene.

Vestre Landsret har netop afsagt dom i den anskede sag (SKM2015.764.VLR). Landsretten har nægtet fradrag for tab på swappaftalen og anfører i sin begrundelse, at det ikke kan føre til et andet resultat, at Danmark har besluttet, at kursen på danske kroner skal følge kursen på euro. Selvom dette indikerer, at Landsretten mener, at EUR skal anses som en fremmed valuta i denne sammenhæng, kan det ikke udelukkes, at Landsretten anerkender, at der er en indre og direkte sammenhæng mellem EUR og DKK, men at denne sammenhæng ikke kan ændre på resultatet i den konkrete sag, eksempelvis grundet manglende overensstemmelse mellem hovedstolen på lånet og swappen.

I genoptagelsessagen (SKM2014.462.LSR) anførte Landsskatteretten dog, at retten er enig i, at sondringen mellem DKK og EUR er uden betydning for opgørelsen af gevinster og tab på finansielle kontrakter. Ved stillingtagen til, om en finansiell kontrakt har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, er det således ikke valutaen i den underliggende gæld, der er afgørende, men om den finansielle kontrakt afdækker det underliggende lån. Det blev endvidere bemærket, at det har betydning, om valutaerne i swappen svarer til valutaerne i de underliggende lån, ligesom det har betydning, om betalingerne og betalingsterminerne i swappen og det underliggende lån følges ad – om end der ikke kan kræves fuldstændig sammenhæng. Herefter blev det præciseret, at når Landsskatteretten i SKM2014.211.LSR udtalte, at gælden i EUR ikke kunne indgå ved vurderingen af, om den tekniske hovedstol oversteg restgælden på det oprindelige lån på indgåelsestidspunktet, skyldtes det primært, at det nye lån først blev optaget efter indgåelsen af swapaftalen.

Det kan formentlig udledes heraf, at Landsskatteretten mener, at sondringen mellem DKK og EUR er uden betydning for opgørelse af gevinst og tab på finansielle kontrakter, og at retten derfor ikke længere mener, at EUR skal anses for en fremmed valuta i denne sammenhæng. Uanset om Vestre Landsret anerkender, at der er en indre og direkte sammenhæng mellem EUR og DKK eller ej, må Landsskatterettens ændrede opfattelse anses for korrekt, eftersom det er vanskeligt at finde belæg for, at en renteeksponering i EUR ikke kan anses for at blive hedget/afdækket via en renteswap i DKK og vice versa. Dette skal ses i lyset af, at det er almindeligt anerkendt inden for finansiering, at hedging ikke nødvendigvis behøver at involvere samme aktiv som den eksponerede risiko, eftersom det er muligt at hedge en risiko, såfremt to underliggende aktiver korrelerer.³⁹ Når der henses til fastkursaftalen og det forhold, at det reelle udsving på kursen mellem EUR og DKK de seneste 10 år kun har været ca. 0,5%, kan en renteswap i DKK afdække renterisikoen på gæld i EUR og omvendt. Dette skyldes, at fastkursaftalen medfører, at også renteudsvinget mellem den danske rente og Euro-renten er begrænset til et minimum.

Tilsvarende må finansielle kontrakter, som ikke udgør valutakontrakter, kunne anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, selvom den indgåede kontrakt ikke udgør et fuldstændigt match til den eksponering, som kontrakten vedrører. Dette skal ses i lyset af Landsskatterettens bemærkning om,

at det har betydning, om betalingerne og betalingsterminerne i swappen og det underliggende lån følges ad, om end der ikke kan kræves fuldstændig sammenhæng. Det er dog uklart, i hvilket omfang der stilles krav til sammenfald mellem den relevante eksponering og kontraktens underliggende aktiv.

Dette er eksempelvis relevant, når der skal afdækkes renter på F1-lån, eftersom der ofte vil være forskel mellem referencerenten (swappens rente) og den rente, som ønskes afdækket (renten på lånet). Årsagen er, at prisfastsættelsen på renteswaps foretages ud fra pengemarkedsrenten (eksempelvis Cibor), og prisfastsættelsen på real-kreditlån foretages ud fra obligationsmarkedet. Selvom man ønsker at minimere forskellen mellem referencerenten og den rente, som ønskes afdækket, er det således ikke altid muligt eller hensigtsmæssigt at lave et fuldstændigt match.

Hvorvidt en finansiell kontrakt anses for at have erhvervsmæssig tilknytning, når kontrakten ikke udgør et fuldstændigt match til den underliggende eksponering, er endvidere relevant i den situation, hvor en virksomhed ønsker at reducere prisusikkerheden på en unik vareleverance, men hvor det ikke er muligt at indgå en finansiell kontrakt, som netop vedrører denne specifikke vareleverance. Såfremt prisen på den unikke vareleverance korrelerer med prisen på et standardprodukt, kan virksomheden reducere prisusikkerheden ved at indgå en finansiell kontrakt, som vedrører det korrelerede standardprodukt.

I kølvandet på spørgsmålet om sammenhængen mellem den relevante eksponering og kontraktens underliggende aktiv følger spørgsmålet om, i hvor høj grad den *indre* og *direkte sammenhæng* mellem kontrakterne og den erhvervsmæssige eksponering anerkendes. Dette spørgsmål er også relevant i relation til kravet om, at den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt skal svare nogenlunde til restgælden på den skattepligtiges erhvervsmæssige gæld.

Ved indgåelse af renteswapaftaler er det vigtigt at forstå sammenhængen mellem de enkelte variable.⁴⁰ På en traditionel *vanilla* renteswap, som bytter en fast mod en variabel rente, er det primære risikoelement renterisikoen, hvor løbetiden og den nominelle hovedstol indgår som variable i målingen af graden af renterisikoen. Renterisikoen er direkte proportional med hovedstolen. For renteswaps med kortere løbetid kan rentefølsomheden også være nogenlunde proportional med løbetiden. Lidt fortegnet betyder dette, at en rente-

swap med en løbetid på 10 år har en dobbelt så høj følsomhed over for renteudsving som en renteswap på 5 år. Vælger man, at afdækningen skal ske med en 5-årig renteswap, skal den nominelle hovedstol på denne swapaftale således være dobbelt så stor for at opnå samme rentefølsomhed som ved at indgå en 10-årig renteswap. Denne sammenhæng kan nødvendiggøre, at swappens nominelle størrelse overstiger den konkrete gældsforpligtelse, hvis den ønskede risikoafdækning skal opnås. I det tilfælde, hvor man ønsker at lave et perfekt match, vil der, afhængig af den tidshorizont, som sikringen betragtes over, være "et hul" i afdækningen over tid, såfremt der ikke er sammenfald mellem løbetiden på swappen og gælden. Når renteswapaftaler med kortere løbetid anses for de i markedet mest hensigtsmæssige til at opnå den ønskede risikoafdækning, kan indgåelsen heraf – frem for swaps med lang løbetid – være det mest hensigtsmæssige, uanset om afdækningen ikke udgør et perfekt match.

Denne finansielle sammenhæng bør også anerkendes i skatteretlig henseende, når det skal vurderes, om renteswapaftalerne kan anses for at have tilknytning til erhvervs-mæssig virksomhed, da det afgørende må være, om renteswapaftalerne afdækker renterisikoen på de underliggende lån. Der synes således ikke at være støtte i de foreliggende retskilder til, at skattelovgivningen kan forhindre en sådan almindeligt forekommende metode til risikoafdækning. I modsat fald vil skattereglerne som følge af skattemyndighedernes fortolkning modvirke et velfungerende finansielt marked, idet almindelige finansielle sammenhænge ikke anerkendes, med den konsekvens at finansielle kontrakter, som kan anvendes til samme formål, ikke underlægges den samme skatteretlige behandling.

At det næppe har været hensigten at opstille for restriktive betingelser, hvor skatteretten ikke anerkender almindelige finansielle sammenhænge, fremgår af skatteministerens svar til Folketingets Skatteudvalg. Her anføres det bl.a., at eftersom det er umuligt på forhånd at fastlægge alle tænkelige situationer, finansielle kontrakter kan indgå i, er det heller ikke hverken muligt eller hensigtsmæssigt at opstille sort-hvide regler for, hvornår en kontrakt kan anses for at have erhvervs-mæssig tilknytning, og hvornår der ikke kan anses at foreligge erhvervs-mæssig tilknytning.⁴¹

Denne finansielle sammenhæng anerkendte Landsskatteretten i SKATM-2003-18-06 LSR, som er offentliggjort af Dansk Landbrugsrådgivning. Om baggrunden for renteswapaftalen var det i sagen oplyst, at:

"Swapaftalen havde en større teknisk værdi end lånet, fordi den skulle modsvare rentefølsomheden på realkreditlånet. Det fremgår således, at swapaftalen var konstrueret med henblik på, at A's gevinst eller tab på swapaftalen pr. 1. juli 1998 skulle modsvare en fordyrelse eller billig-gørelse af realkreditlånet i forhold til gældende rentevilkår pr. 1. februar 1996. Swapaftalen fungerede således som en rentesikring af det nye lån. Når swapaftalen var indgået med et beløb på 25 mio. kr., skyldtes det, at en swapaftale kun kan indgås med en løbetid på op til 10 år. Swapaftalen ville derfor pr. 1. juli 1998 have en restløbetid på 7 ½ år. Af hensyn til formålet med konstruktionen var det derfor nødvendigt at foretage tilretning af beløbet på swapaftalen i forhold til lånebeløbet. Derved blev der sammenhæng mellem gevinst og tab på swapaftalen på den ene side og udviklingen i renten på det 20-årige realkreditlån på den anden side.

Da swapaftalen havde en lav rentefølsomhed på 3,0, og et 20-årigt obligationslån havde en høj rentefølsomhed på 7,2 pr. 1. februar 1996, svarede det til, at rentefølsomheden på obligationslånet var ca. 2,4 gange højere end rentefølsomheden på swapaftalen. Beløbet på swapaftalen på 25 mio. kr. var risikoafdækning af den højere rentefølsomhed på obligationslånet."

Landsskatteretten udtalte på denne baggrund, at:

"Retten finder, at tabet ved renteswapaftalen ud fra det oplyste, herunder formålet med renteswapaftalen var at sikre renten på det fremtidige realkreditlån i den erhvervs-mæssige udlejnings-ejendom, må anses for at have den fornødne erhvervs-mæssige tilknytning til A's udlejnings-virksomhed. Retten finder derfor, at tabet herpå vil være fradragsberettigede efter kursgevinstlovens §§ 8 C og 8 G."

Endvidere kan det udledes af en kendelse offentliggjort som LSRM 1983.70, at betingelsen om erhvervs-mæssig tilknytning formentlig ikke skal fortolkes restriktivt. I LSRM 1983.70 blev der taget stilling til, om en gæld havde tilknytning til erhvervs-mæssig virksomhed i henhold til dagældende KGL § 6, stk. 1.⁴² I kendelsen ansås en skatteyder for berettiget til det fulde fradrag for tab på et lån, der var anvendt til køb af en flyvemaskine, som blev brugt 55 pct. erhvervs-mæssigt og 45 pct. privat. Retten fastslog således, at hele tabet

på gælden havde tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed, uanset at flyvemaskinen også blev benyttet privat. Selv om der ikke efter dagældende KGL § 6 skulle sondres mellem afdækning og spekulation, kan det alligevel udledes, at betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning ikke blev fortolket restriktivt.

I SKM2012.175.LSR nægtede Landsskatteretten fradrag netop fordi, skatteyderen ikke havde godtgjort, at der var en indre og direkte sammenhæng mellem kontrakterne og den erhvervsmæssige gæld. Herved åbnede Landsskatteretten således for, at en kontrakt kan anses for erhvervsmæssig, såfremt skatteyderen godtgør en sådan indre og direkte sammenhæng. Endvidere fremgår det både af Skatterådets praksis og Den juridiske vejledning, at kriteriet om beløbs- og tidsmæssig sammenhæng ikke er altafgørende, men taler for (eller imod) erhvervsmæssig tilknytning. Uanset dette er der ikke siden SKATM-2003-18-06 LSR offentliggjort en eneste afgørelse, hvor skatteyder har indgået en finansiel kontrakt, som enten beløbs- eller tidsmæssigt overstiger den erhvervsmæssige gæld, og hvor kravet om erhvervsmæssig tilknytning anses for opfyldt.

I vurderingen af, om den indgåede kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning, bør man antagelig skulle se på den økonomiske sammenhæng, f.eks. i relation til prisdannelsen mv. Sådanne kontrakter må efter en konkret vurdering kunne have erhvervsmæssig tilknytning, hvis der er en tilstrækkelig sammenhæng mellem værdiudsving på kontrakten og den relevante erhvervsmæssige risiko. Betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning i KGL § 32, stk. 1, bør således ikke kun kunne opfyldes, såfremt der indgås finansielle kontrakter, der udgør et fuldstændigt match til den underliggende erhvervsrisiko. En sådan betingelse ville medføre, at indgåelsen af de mest likvide standardiserede finansielle kontrakter ville blive underlagt en ringere skattemæssig behandling, idet de mest likvide standardiserede finansielle kontrakter selv sagt ikke altid udgør et fuldstændigt match til den konkrete erhvervsrisiko.

4. Opsamlende refleksioner

Det beror på en konkret bedømmelse, om en finansiel kontrakt kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Når det ikke fremgår af bestemmelsens ordlyd, hvad der specifikt menes med tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed,

skal vurderingen foretages med udgangspunkt i de øvrige retskilder, herunder lovforarbejderne og (administrativ) praksis. Den konkrete vurdering foretages med udgangspunkt i de konkrete forhold, som kendetegner den enkelte skatteydere forhold.

Det må hævdes som indiskutabelt, at formålet med at indgå renteswapaftaler med henblik på at omlægge risikoprofilen på et lån med variabel rente til en fast rente må anses for at være en afdækning af renterisikoen på den underliggende gæld. Mindre klart er det dog, om indgåelse af en finansiel kontrakt med henblik på omlægning af et erhvervsmæssigt lån kan opfylde betingelsen, når formålet ikke har været sikring. Baseret på bestemmelsens ordlyd samt forarbejderne hertil er der ikke noget, som forhindrer, at en sådan omlægning kan rummes i betingelsen. Ikke desto mindre har Landsskatteretten med sine seneste kendelser tilkendegivet, at der stilles strenge krav til beviset for erhvervsmæssig tilknytning, når den finansielle kontrakt ikke er indgået med henblik på sikring. Det er uklart, hvordan en skatteyder kan løfte denne bevisbyrde, og i praksis synes Landsskatterettens kendelser at medføre, at det alene er finansielle kontrakter indgået med henblik på sikring, som kan anses for at have tilstrækkeligt tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, som anført i KGL § 32.

Det synes ligeledes at følge af Landsskatterettens kendelser, at der stilles store tids- og størrelsesmæssige krav til sammenhængen mellem den finansielle kontrakt og den erhvervsrisiko, som kontrakten vedrører. Landsskatteretten synes dog at anerkende, at skatteyderen kan godtgøre, at der er en indre og direkte sammenhæng mellem kontrakterne og den erhvervsmæssige gæld, selvom der ikke er et fuldstændigt match mellem kontrakten og den eksponering, som kontrakten vedrører. Det er dog ikke klart, hvad der skal til.

Det er ikke muligt med sikkerhed at udlede, hvad formålet med betingelsen om erhvervsmæssig tilknytning i KGL § 32 er. Baseret på Optionsudvalgets betænkning er hensigten bag afgrænsningen formentlig at forhindre fradrag for tab på rendyrkede spekulationsarrangementer. Derimod er hensigten næppe at undergive reelle økonomiske dispositioner en ugunstig asymmetrisk skattemæssig behandling og ej heller at forhindre, at der kan anvendes standardiserede finansielle kontrakter til brug for risikoafdækning. Der er heller ikke nogetsteds støtte for, at helt almindeligt forekommende risikoafdækningsforretninger skal underlægges en så restriktiv skattemæssig behandling, at det reelt umuliggøres at foretage en fornuftig risikoafdæk-

ning. Der appelleres derfor til, at skattemyndighederne og domstolene i højere grad løsriver sig fra generelle kriterier og i stedet foretager en egentlig konkret vurdering af de enkelte forhold, hvor der i højere grad tages højde for den finansielle sammenhæng mellem den finansielle kontrakt og den erhvervsmæssige eksponering.

Dette skal i særdeleshed ses i lyset af, at det ikke synes at være muligt at pege på nogen saglige argumenter for at indføre (og opretholde) den generelle fradragsbegrænsning, som medfører uhensigtsmæssige skævvridninger, da den i realiteten begrænser anvendelsen af finansielle kontrakter, som ud fra et økonomisk synspunkt er egnet til at eliminere risici.

NOTER

- 1 Jf. punkt 116 og 118 i cirk. nr. 134 af 29/7 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10. juni 1997 (L 194).
- 2 Dog ikke et tidligere indkomstår end 2002, jf. KGL § 32, stk. 2.
- 3 I litteraturen er dette spørgsmål specifikt behandlet i Erik Banner-Voigt og Niels Josephsen: Hvornår er finansielle kontrakter erhvervsmæssige?, Revision og Regnskabsvæsen 2015, s. 1001; Jens Jul Jacobsen: Finansielle kontrakter, beskatning, selvangivelse og rådgivning – del 2, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, s. 397; Søren Dalby Madsen og Hans Nissen-Petersen: Swaps – indhold, anvendelse og beskatning, SR-Skat 2007, s. 130; Karen Leth Jensen: Næring med finansielle kontrakter, SR-Skat 2002, s. 319 samt Michael Juul Eriksen: Tab på terminsforretninger – forlig – erhvervsmæssig tilknytning – kursgevinstloven § 32, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2000, s. 593.
- 4 SKM2012.175.LSR, SKM2013.769.LSR, SKM2013.772.LSR, SKM2014.462.LSR, SKM2014.477.LSR, SKM2015.320.LSR, SKM2015.494.ØLR samt SKM2015.764.VLR.
- 5 Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 18, i L 6-2 (vedtaget som lov nr. 394 af 6. juni 1991).
- 6 Betænkning nr. 1139/1988.
- 7 Betænkning nr. 1139/1988, s. 163.
- 8 Betænkning nr. 1139/1988, s. 164.
- 9 Betænkning nr. 1139/1988, s. 164.
- 10 Betænkning nr. 1139/1988, s. 165.
- 11 Betænkning nr. 1139/1988, s. 209. Dette skal ses i lyset af dagældende ABL § 4 modsætningsvis, hvorefter der var skattefrihed for både selskaber og personers minoritetsaktier ejet i mindst tre år.
- 12 Jf. lov nr. 394 af 6. juni 1991.
- 13 Jf. bemærkningerne til L 194 (lov nr. 439 af 10. juni 1997), hvorefter reglerne om beskatning af finansielle kontrakter i §§ 8 C-8 G næsten uændret blev overført til §§ 29-33 i en nyskreven kursgevinstlov samt bemærkningerne til KGL § 32, stk. 2, som blev ændret ved L 112 (lov nr. 724 af 25. juni 2010).
- 14 Jf. punkt 157 i cirk. nr. 134 af 29. juli 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10. juni 1997 (L 194) samt bemærkningerne til den oprindelige bestemmelse i daværende KGL § 8 G indsat ved lov nr. 394 af 6. juni 1991 (L 6-2).
- 15 Jf. punkt 157 i cirk. nr. 134 af 29. juli 1992 citeret i bemærkningerne til § 29 i lov nr. 439 af 10. juni 1997 (L 194) samt bemærkningerne til den oprindelige bestemmelse i daværende KGL § 8 G indsat ved lov nr. 394 af 6. juni 1991 (L 6-2).
- 16 Samme afgrænsning følger af skatteministerens svar på spørgsmål vedr. bestemmelsen, jf. ministerens svar på spørgsmål 8 til L 17 (lov nr. 233 af 8. april 1992). Svaret er gengivet i TFS 1992.2 SKM.
- 17 Jf. bilag 17 til L 194 (lov nr. 439 af 10. juni 1997).
- 18 Se bl.a. SKM2013.769.LSR, SKM2014.211.LSR (senere instans 2015.764.VLR) og SKM2015.320.LSR.
- 19 Jf. bl.a. SKM2010.841.SR, SKM2011.20.SR, SKM2009.357.SR, SKM2009.152.SR, SKM2008.108.SR, SKM2007.573.SR og SKM2007.411.SR, hvor der bl.a. blev lagt vægt på, at formålet med indgåelse af aftalen var at opnå en lavere renteudgift.
- 20 Jf. bl.a. SKM2010.841.SR, SKM2008.108.SR, SKM2007.411.SR samt SKM2006.451.SR, hvor gæld optaget i relation til udlejningsejendomme anses for erhvervsmæssig.
- 21 Jf. punkt 158 i cirk. nr. 134 af 29/7 1992 som er citeret i bemærkningerne til § 32 i lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194). Se ligeledes TFS 1996.539 LSR.
- 22 Dette spørgsmål behandles ligeledes af Jens Jul Jacobsen: Finansielle kontrakter, beskatning, selvangivelse og rådgivning – del 2, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, s. 397.
- 23 Se ligeledes Jens Jul Jacobsen: Finansielle kontrakter, beskatning, selvangivelse og rådgivning – del 2, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, s. 397; Søren Dalby Madsen og Hans Nissen-Petersen: Swaps – indhold, anvendelse og beskatning, SR-Skat 2007, s. 130, som argumenterer for, at en ændring fra "fast til variabel" ikke kan udgøre en risikominimering.
- 24 Det er en forudsætning, at værdien af den reducerede rente er større end omkostningerne ved at indgå swappen og eventuelle senere renteudsving for, at denne disposition reducerer de samlede finansieringsomkostninger på det erhvervsmæssige lån.
- 25 Jf. SKM2006.451.SR, SKM2007.411.SR, SKM2008.108.SR, SKM2009.152.SR samt SKM2011.20.SR.
- 26 Se også Jens Jul Jacobsen: Finansielle kontrakter, beskatning, selvangivelse og rådgivning – del 2, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, s. 397 samt Søren

- Dalby Madsen og Hans Nissen-Petersen: Swaps – indhold, anvendelse og beskatning, SR-Skat 2007, s. 130.
- 27 Jf. TSS-cirkulære 2000-32 udsendt i forbindelse med et forlig indgået ved Vestre Landsret 21. marts 2000 (V.L. B-1664-96), tidligere TfS 1996.539. Forliget er kommenteret i Michael Juul Eriksen: Tab på terminsforretninger – forlig – erhvervsmæssig tilknytning – kursgevinstloven § 32, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2000, s. 593.
- 28 Se Den juridiske vejledning 2015-2, C.B.1.8.4.2 samt Jan Børjesson m.fl.: Kurggevinstloven med kommentarer, 3. udg. 2014, s. 669 ff.
- 29 Jf. SKM2012.175.LSR, SKM2013.722.LSR, SKM2014.211.LSR (senere instans SKM2015.764.VLR), SKM2014.477.LSR og SKM2015.320.LSR.
- 30 Se ligeledes Landsskatterettens kendelse af 3. september 2013 (12-0189888).
- 31 I overensstemmelse med Landsskatterettens kendelser har Skatterådet godkendt fradrag for tab på en "rentekorridor", som indgås for at "lægge lån om" fra variabel til fast rente med fastrenteswap, dog inden for et rentespænd, i stedet for en fast rentesats. Fradraget godkendes bl.a. med den begrundelse, at en finansiel kontrakt, der har til formål at sikre virksomheden mod rentestigninger, anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, jf. SKM2015.198.SR.
- 32 Se også Erik Banner-Voigt og Niels Josephsen: Hvor når er finansielle kontrakter erhvervsmæssige?, Revision og Regnskabsvæsen 2015, s. 1001, som ligeledes behandler denne dom.
- 33 Se eksempelvis SKM2015.320.LSR og SKM2015.494.ØLR.
- 34 Jf. bl.a. SKM2015.198.SR, SKM2010.841.SR, SKM2011.20.SR, SKM2009.357.SR, SKM2007.411.SR og SKM2006.451.SR.
- 35 Jf. TSS-cirkulære 200-32 udsendt i anledning af Vestre Landsrets forlig af 21. marts 2000 (V.L. B-1664-96), tidligere TfS 1996.539. Forliget er kommenteret i Michael Juul Eriksen: Tab på terminsforretninger – forlig – erhvervsmæssig tilknytning – kursgevinstlovens § 32, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2000, s. 593.
- 36 Jf. SKM2011.20.SR, SKM2009.357.SR, SKM2008.108.SR, SKM2007.573.SR og SKM2015.198.SR.
- 37 Se Den juridiske vejledning 2015-2, C.B.1.8.4.2 samt Jan Børjesson m.fl.: Kurggevinstloven med kommentarer, 3. udg. 2014, s. 669 ff.
- 38 Se bl.a. SKM2011.20.SR samt Den juridiske vejledning 2015-2, C.B.1.8.4.2.
- 39 Se f.eks. John. C. Hull: Fundamentals of Futures and Options Markets, Pearson Prentice Hall, 6. udg. 2008, s. 56 ff.
- 40 Se bl.a. Bjarne Astrup Jensen, Rentesregning, 6. udg. 2013, kapitel 9 og 10 samt Jørgen Just Andersen: Finansielle derivater, 1. udg. 2015, kapitel 6.
- 41 Bilag 17 til L 194 (lov nr. 439 af 10. juni 1997).
- 42 Det fremgår af forarbejderne til KGL § 32, at der i vurderingen af, om en finansiel kontrakt har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, kan tages udgangspunkt i den hidtidige praksis vedrørende afgrænsningen i den gældende KGL § 6, stk. 1.