

## DOM

Afsagt den 26. juni 2015 af Østre Landsrets 11. afdeling  
(landsdommerne Karsten Bo Knudsen, Charlotte Saltoft Thorlaksen (kst.) og Peter  
Hammershaimb (kst.)).

11. afd. nr. B-1833-14:

A

(advokat Kasper Bech Pilgaard)

mod

Skatteministeriet

(advokat Steffen Sværke)

Denne sag, der er anlagt ved Retten i Lyngby, er ved kendelse af 18. juni 2014 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt As tab på valutaterminsforretninger har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed og dermed er fradragsberettigede jf. kursgevinstlovens § 32.

Sagsøgeren, A, har nedlagt påstand om, at skatteansættelsen for indkomståret 2008 nedsættes med 1.294.395 kr. og at skatteansættelsen for indkomståret 2009 nedsættes med 19.027 kr.

Sagsøgte, Skatteministeriet, har påstået frifindelse.

### **Sagsfremstilling**

Der er mellem parterne enighed om, at sagsfremstillingen i Landsskatterettens kendelse kan lægges til grund.

Landsskatteretten afsagde den 3. september 2013 sålydende kendelse:

”...

Der klages over, at SKAT ikke har godkendt fradrag for tab på valutaterminskontrakter indgået af K/S Parken Tårn D.

### **Landsskatterettens afgørelse**

Indkomståret 2008

Personlig indkomst

SKAT har ikke godkendt nettotab på terminkontrakter på i alt 12.953.207 kr. Klagerens andel heraf udgør 1.295.321 kr.

Landsskatteretten stadfæster SKATs afgørelse.

Indkomståret 2009

Personlig indkomst

SKAT har ikke godkendt nettotab på terminkontrakter på 190.268 kr. Klagerens andel heraf udgør 19.027 kr.

Landsskatteretten stadfæster SKATs afgørelse.

### **Møde mv.**

Klagerens repræsentant har haft kontormøde med Landsskatterettens sagsbehandler. Repræsentanten har endvidere udtalt sig over for rettens medlemmer på et retsmøde.

### **Sagens oplysninger**

K/S Parken Tårn D er stiftet den 25. juni 2007 af Komplementarselskabet Parken Tårn D ApS, som den 25. juni 2007 blev 100 pct. ejet af advokat B. Kommanditselskabets formål i henhold til vedtægterne er at drive udlejningsvirksomhed med ejendomme beliggende i Danmark. På den stiftende generalforsamling blev advokat B valgt som dirigent og formand for bestyrelsen. På den stiftende generalforsamling blev det besluttet at erhverve ejendommen ”kontortårn D” i Parken. B tegnede hele kommanditkapitalen på 120 andele á 100.000 kr., i alt 12.000.000 kr.

Den 30. juni 2007 solgte B 40 kommanditandele á 100.000 kr. til C og 40 kommanditandele á 100.000 kr. til Ejendomsselskabet Øresundshøj A/S.

Den 4. juli 2007 indgik K/S Parken Tårn D en betinget købsaftale om køb af ejendommen matr. nr. 6176 Udenbys Klædebo Kvarter, København, ejerlejlighed nr. 2, beliggende Øster Allé 48, 2100 København fra PARKEN Sport & Entertainment A/S. På aftaletidspunktet var ejendommen endnu ikke selvstændigt matrikuleret. Den aftalte købesum udgjorde 135.000.000 kr., som senest på overtagelsesdagen den 1. september 2007 skulle deponeres i sælgers pengeinstitut. Den 16. august 2007 blev skødet lyst som endeligt.

Den 20. august 2007 blev der afholdt ekstraordinær generalforsamling i K/S Parken Tårn D med forslag om forhøjelse af kommanditselskabets kapital fra 12 mio. kr. til 48 mio. kr., således at kapitalen efter forhøjelsen var fordelt på 480 anparter á 100.000 kr. Efter generalforsamlingen var der 7 kommanditister i selskabet, herunder bl.a. Classen Finans A/S, som ejede 112 anparter á 100.000 kr. Ved brev af

21. august 2007 tilbød advokat B navngivne personer hver at tegne 48 anparter á 100.000 kr.

Af brevet fremgår bl.a. følgende:

..... (udeladt)

Budget

Som det fremgår af vedlagte budget, udgør ejendommens anskaffelsespris kr. 169 mio. i fuld finansieret stand. Der kommer altså ikke stempel, låne- eller andre omkostninger oven i.

Budgettet er udarbejdet for hele K/S'et, der ejes af 10 investorer. ... (udeladt).

Ejendommen er finansieret ved et lån i BRF kredit og bank på i alt kr. 126 mio. kr. og banklån på kr. 28 mio. og egenkapital på kr. 12 mio. Lånene er i danske kroner til variabel rente.

K/S'et forventes imidlertid at få bevilget en terminsramme på kr. 165 mio., hvorved lånet reelt omlægges til CHF med en rentebesparelse på 2 % - så selv om lånet formelt er optaget i DKK, er ejendommen altså reelt finansieret i CHF.

Dette indebærer, at budgettet er forbundet med en valutarisiko og usikkerhed - af nævnte størrelse.(....udeladt)."

Samme dato udarbejdede B et budget for K/S Parken Tårn D for årene 2008-2017.

Om budgetrisiko er følgende oplyst:

"Ved enhver erhvervmæssig investering er der en risiko. I denne forbindelse skal følgende specielt fremhæves: Der eksisterer en risiko for tomgangsleje med deraf følgende forringelser af budgettet og investeringen, da lånerenten er variabel, er der mulighed for, at den stiger eller falder med deraf følgende forringelse eller forbedring af budgettet. Valutaterminsforretninger er forbundet med en valutarisiko og - usikkerhed."

Af budgettet fremgår, at der i hvert af årene 2008 - 2017 inkl. er budgetteret med årlige indtægter på 3.300.000 kr. fra terminsforretninger.

Den 17. august 2007 indgik K/S Parken Tårn D en låne- og pantsætningsaftale med BRF-Bank vedrørende et banklån på 33.800.000 kr., som efter stiftelsesprovision og stempel- og retsafgift på hhv. 50.000 kr. og 508.400 kr. blev udbetalt med 33.241.600 kr. Det fremgår af låneaftalen, at lånet skal tilbagebetales over 20 år med en kvartalvis ydelse, som på låneoptagelsestidspunktet udgjorde 722.000 kr. Lånet er variabelt forrentet. Renten udgjorde på låneoptagelsestidspunktet 5,892 pct. p.a. Renten reguleres efter "CIBORrenten-3 måneder" pr. 31/3, 30/6, 30/9 og 31/12 med tillæg af 1,5 pct.

Den 27. august 2007 blev der lyst et pantebrev på 79.247.000 kr. med pant i kommanditselskabets ejendom. Det fremgår af pantebrevet, at det underliggende realkreditlån er på 79.247.000 kr., og at der er tale om et 30-årigt variabelt forrentet annuitetslån. Den 4. august 2008 blev der lyst et pantebrev på 13.556.000 kr. Betalingsterminerne er 1. marts, 1. juni, 1. september og 1. december. Långiver er BRF-Kredit.

Den 1. september 2007 erhvervede klageren 48 anparter á 100.000 kr. i K/S Parken Tårn D fra Classen Finans A/S for 1.000.000 kr. Det fremgår af aftalen, at parterne er enige om, at ejendommens værdi pr. 1. september 2007 udgjorde 169.000.000 kr.

Den 17. september 2007 indgik K/S Parken Tårn D en rammeaftale (FB Valutarammeaftale) med Forstædernes Bank A/S om handel med valuta og heraf afledte finansielle instrumenter. Aftalen giver tilladelse til, at kommanditselskabet kan indgå valutaterminforretninger og valutoptioner inden for en ramme på 8.500.000 kr. Rammen udtrykker den maksimale negative værdi af de indgåede forretninger. Det er aftalt, at samtlige gevinster og tab på indgåede forretninger bogføres på en dertil oprettet sikringskonto nr. 5475 2747 086 i Forstædernes Bank A/S. Det fremgår af FB Valutarammeaftalen, at kunden med sin underskrift bekræfter, at indgåelse af handel med finansielle instrumenter (også af spekulativ karakter) ligger inden for virksomhedens formål, og at kunden er vidende om, at køb/salg af finansielle instrumenter kan være forbundet med betydelig tabsrisiko.

Den 20. september 2007 gav K/S Parken Tårn D D fuldmagt til med bindende virkning for kommanditselskabet at indgå valutaterminforretninger i henhold til rammeaftalen.

Der er fremlagt et ikke underskrevet tillæg til FB Valutarammeaftale, hvor det aftales, at et tillæg til rammeaftalen af 17. september 2007 ophæves. Det ophævede tillæg er ikke fremlagt som bilag i sagen.

Den 20. september 2007 underskrev K/S Parken Tårn D en valutalåneaftale vedrørende et multicurrency-lån på 5.555.600 CHF, konto nr. 5475 9694 964. Lånet blev optaget som et stående lån med variabel rente. Lånet skulle indfries den 31. december 2017.

Den 20. oktober 2008 underskrev K/S Parken Tårn D en valutalåneaftale vedrørende et multicurrency-lån på 2.150.000 CHF. Lånet blev optaget som et stående lån med variabel rente. Lånet skulle indfries den 30. december 2013.

Långiveren i de to valutalån i CHF var Forstædernes Bank A/S.

Af årsrapporten for perioden 25. juni 2007 – 31. december 2007 (1. regnskabsperiode) fremgår et resultat før renter på 2.119.443 kr. Der er indtægtsført finansielle indtægter på 661.355 kr. og udgiftsført finansielle udgifter på 3.402.475 kr.

Af årsrapporterne for K/S Parken Tårn D for 2008 og 2009 fremgår i øvrigt følgende:

2008

2009

Huslejeindtægter	8.432.064 kr.	9.425.066 kr.
Administrationsomkostninger	-756.561 kr.	-383.947 kr.
Resultat før finansielle poster	7.675.503 kr.	9.041.119 kr.
Finansielle indtægter	104.549 kr.	0 kr.
Finansielle udgifter, netto	24.364.060 kr.	10.051.220 kr.
Årets resultat	-16.584.008 kr.	-1.010.101 kr.

Aktiver		
Ejendomme	169.661.431 kr.	170.621.431 kr.
Lejemellemværender	872.769 kr.	0
Periodeafgrænsningsposter	480.000 kr.	0 kr.
Aktiver, i alt	171.014.200 kr.	170.621.431 kr.

Passiver		
Stamkapital (kontant andel)	10.900.000 kr.	13.289.744 kr.
Overført resultat	-17.205.668 kr.	-17.735.789 kr.
Egenkapital, i alt	-6.305.688 kr.	-4.446.045 kr.

BRF-kredit	125.660.175 kr.	92.803.000 kr.
Forstædernes Bank, CHF-lån	27.662.999 kr.	59.691.857 kr.
Deposita	2.525.830 kr.	2.638.070 kr.
Langfristede gældsforpligtelser	155.849.004 kr.	155.132.927 kr.
Bankgæld	4.919.830 kr.	18.603.786 kr.
Anden gæld	15.705.701 kr.	213.154 kr.
Momsafregning	595.150 kr.	707.955 kr.
Skyldige omkostninger	250.203 kr.	409.654 kr.
Kortfristede gældsforpligtelser	21.470.884 kr.	19.934.549 kr.

Gældsforpligtelser, i alt	177.319.888 kr.	175.067.476 kr.
---------------------------	-----------------	-----------------

Passiver, i alt	171.014.200 kr.	170.621.431 kr.
-----------------	-----------------	-----------------

I regnskabet for 2008 er der fratrukket et nettotab på 12.953.207 kr. på terminsforretninger og i 2009 er der fratrukket et nettotab på 190.268 kr. Beløbet er fremkommet således:

	<u>Tab</u>	<u>Gevinst</u>
Differenceafregning 100.000.000 EUR, gevinst		1.156.750 kr.
Differenceafregning 100.000.000 EUR, tab	1.166.000 kr.	
Calloptioner		958.721 kr.
Terminskontrakter	13.902.678 kr.	0 kr.
Nettotab		12.953.207 kr.

### **Tab på finansielle kontrakter**

#### **Sagens oplysninger**

Den 2. oktober 2007 indgik K/S Parken Tårn D en terminskontrakt med Forstædernes Bank A/S om køb af 22,5 mio. EUR/CHF á kurs 165,4900 til levering den 4. februar 2008 svarende til 37.235.250 CHF.

Det er ubestridt, at kommanditselskabet ”forlængede/rullede” kontrakten ved indgåelse af én ny 3 måneders terminkontrakt om køb af 22,5 mio. EUR/CHF på andre vilkår, idet kurstabet på den ”gamle” kontrakt rullede videre til den nye kontrakt.

Kursspændet mellem EUR/CHF udviklede sig i den nye kontrakts løbetid på 3 måneder ikke gunstigt for K/S Parken Tårn D, og ved terminkontraktens udløb blev også den nye kontrakt ”forlænget/rullet” til en ny kontrakt på ændrede vilkår. Hen over kalenderåret 2008 videreførte kommanditselskabet kurstabene ved løbende forlængelser/rulninger. Den 20. januar 2009 blev den sidste kontrakt om køb af 22,5 mio. EUR/CHF lukket ned af Forstædernes Bank A/S ved en modgående salgskontrakt, hvilket medførte et samlet tab for K/S Parken Tårn D på 14.092.946,22 kr. Tabet blev bogført på K/S Parken Tårn D’s konto i Forstædernes Bank A/S, konto nr. 5475 2747085.

I 2007 og 2008 udstedte K/S Parken Tårn D endvidere calloptioner på 22,5 mio. EUR/CHF til Forstædernes Bank, der gav banken ret til på udløbsdatoen at købe 22,5 mio. EUR/CHF til en aftalt kurs mod betaling af en optionspræmie. Optionerne forpligtede K/S Parken Tårn D til at sælge de aftalte beløb til den aftalte kurs, hvis banken ønskede at benytte optionen.

Der blev f.eks. indgået én optionsaftale den 5. oktober 2007, som ikke blev udnyttet af Forstædernes Bank A/S på udløbsdatoen den 31. januar 2008, idet den aftalte kurs var 166,5000. K/S Parken Tårn D’s gevinst var præmien på 656.092,13 kr., som blev indsat på K/S Parken Tårn D’s konto i Forstædernes Bank, konto nr. 5475 2747086, den 5. oktober 2007.

Der blev f.eks. indgået en optionsaftale den 7. maj 2008, som ikke blev udnyttet af Forstædernes Bank A/S på udløbsdatoen den 6. november 2008, idet den aftalte kurs var 164,0000 og markedskursen var lavere. K/S Parken Tårn D’s gevinst var præmien på 958.720,73 kr., som blev indsat på K/S Parken Tårn D’s konto i Forstædernes Bank, konto nr. 5475 2747086.

I løbet af 2008 blev der indgået flere handler om køb hhv. salg af 100.000.000 EUR. Gevinst og tab er bogført på K/S Parken Tårn D’s konto i Forstædernes Bank A/S, konto nr. 5475 2747 086. På kontoen blev der f.eks. den 17. januar 2008 debiteret et tab på 200.000 kr. vedrørende bankens køb og salg af 100.000.000 EUR på termin. Samtlige bekræftelsesbreve indeholder følgende standardtekst:

”Bemærk:

Hvis denne nota vedrører et udlandslån, som er tilmeldt en FB valutalånepleje, skal De ikke foretage Dem noget, idet banken løbende optimerer Deres lån mellem DKK og CHF.”

Under sagens behandling i Landsskatteretten er der bl.a. fremlagt Sydbank A/S’s definition af en valutaswap og en erklæring afgivet af Private Banking Lloyds TSB vedrørende Ds faglige kompetencer og professionelle virke.

**SKAT Fredensborgs afgørelse**

I kommanditselskabet var der i 2008 et banklån på ca. 33 mio. kr. og et realkreditlån på ca. 93 mio. kr. Disse lån er optaget i danske kroner. Kommanditselskabet havde derudover et valutalån i CHF, som omregnet til DKK udgjorde ca. 28 mio. kr.

Det fremgår af det modtagne materiale, at der i 2008 er indgået flere terminsforretninger. Der ses en gennemgående kontrakt på EUR 22,5 mio. mod CHF. Aftalen er indgået i 2007 og er jævnlige blevet forlænget indtil udløb i januar 2009. Fra december 2008 til januar 2009 er der 2 kontrakter på EUR 22,5 mio. mod CHF. I perioden januar til februar 2008 er der indgået flere kontrakter på hver EUR 100 millioner mod DKK. I januar 2008 er der samtidigt flere kontrakter på hver EUR 100 millioner mod CHF. I januar 2009 er der indgået en kontrakt på EUR 3.773.415 mod CHF.

I 2007 modtog K/S Parken Tårn en præmiebetaling på 656.092 kr. i forbindelse med indgåelse af kontrakt. Beløbet er indtægtsført i årsregnskabet.

I 2008 er der fratrukket et tab på terminskontrakter på i alt 12.953.207 kr. Det opgjorte nettotab vedrører 2 modgående kontrakter om hhv. bankens køb hhv. salg af 22.500.000 EUR mod CHF på termin.

I 2009 er der fratrukket et tab på 190.268 kr., som er opgjort således:

	<u>Tab</u>	<u>Gevinst</u>
Realiseret tab i 2009	14.092.946 kr.	
Opgørelse pr. 31.12.2008:		
Kontrakt nr. 8104396		
Kontrakt nr. 8106338	13.902.678 kr.	
Nettotab	<u>190.268 kr.</u>	

Det er en betingelse for, at de opgjorte nettotab kan fratrækkes ved indkomstopgørelsen, at tabene har tilknytning til erhvervmæssig virksomhed.

Hvad der skal forstås ved erhvervmæssig tilknytning er ikke nærmere bestemt i forarbejderne til kursgevinstlovens § 32. Det fremgår dog, at det beror på en konkret vurdering, samt at der kan tages udgangspunkt i den tidligere gældende kursgevinstlovs § 6, stk. 1. I TSS-cirkulære 2000-32, der efterfølgende er indarbejdet i ligningsvejledningen, er beskrevet praksis efter dagældende § 6, stk. 1, i kursgevinstloven.

Følgende betingelser skal være opfyldt for at en terminskontrakt kan anses for at have erhvervmæssig tilknytning: Den ene af valutaterminskontraktens valutaer skal være den valuta, som valutalånet er optaget i, og den anden valuta, skal være den valuta, som lånet fremover skal være i. Endelig skal terminskontrakten i relation til løbetid og beløbsstørrelser til enhver tid svare til en afdækning af fremtidige betaling af renter og/eller omlægning af restgæld. Med den første betingelse menes, at kontraktens ene valuta skal afdække risikoen på valutalånet og dermed overflytte risikoen til kontraktens anden valuta. Den anden betingelse betyder, at kontrakternes løbetid og beløbsstørrelse skal holdes inden for det erhvervmæssige låns/valutalåns rentetermin og restgæld, som kontrakten skal afdække.

Af Ligningsvejledningen for 2008 og 2009, afsnit A.D.2.18.4, fremgår bl.a. følgende:

”Ved vurderingen af kontraktens erhvervmæssige tilknytning kan der tages udgangspunkt i praksis vedrørende den tidligere gældende affattelse af kursgevinstlovens § 6, stk. 1, forud for den lovændring, der havde virkning fra 27. december 1990. Efter de gamle regler indgik personers gevinst og tab på fordringer og gæld i fremmed valuta i indkomstopgørelsen, såfremt fordringen eller gælden havde tilknytning til erhvervmæssig virksomhed. Eksempelvis anses en valutaterminskontrakt, der indgås med henblik på at sikre en virksomheds tilgodehavender og leverancer, for at have erhvervmæssig tilknytning. Heraf følger også, at valutaterminskontrakter, der er indgået til afdækning af kursrisikoen på erhvervmæssige valutalån, kun kan anses for at have tilknytning til erhvervmæssig virksomhed, såfremt kontrakten afdækker en reel, underliggende risiko i forbindelse med en faktisk betalingsforpligtelse i relation til lånet. Det forudsættes således, at den ene af valutaterminskontraktens to valutaer er den valuta, som valutalånet er optaget i, og at den anden valuta er den valuta, som.....”.

Denne praksis er videreført i behandlingen af rente- og valutaswaps, jf. bl.a. SKM2007.411SR.

På baggrund heraf kan det udledes, at hvis finansielle kontrakter skal have en erhvervmæssig tilknytning, skal kontrakterne være indgået til sikring mod risiko på valuta, pris eller rente på virksomhedens leverancer, fordringer eller gæld.

Vedrørende terminskontrakterne om køb hhv. salg af 22.500.000 EUR mod CHF anses første betingelse umiddelbart for opfyldt, da aftalen anses at dække valutalånet i CHF ved at flytte risikoen fra CHF til EUR. Den anden betingelse er imidlertid ikke opfyldt. Ved at sammenholde kontraktens beløbsmæssige størrelse mod det erhvervmæssige valutalåns restgæld, kan det konstateres, at kontrakten overstiger valutalånet med mere end 5 gange, idet værdien af kontrakterne udgør ca. 167 mio. kr. På et tidspunkt var der endda 2 ens kontrakter.

Kontrakterne på 100.000.000 DKK mod CHF oversteg lån/realkreditlånet mere end 8 gange, idet der er indgået kontrakter med en værdi på ca. 745 mio. kr. og kontrakterne på 100.000.000 EUR mod CHF oversteg valutalånet med mere end 26 gange.

Det er af de anførte grunde SKATs opfattelse, at kontrakterne ikke har erhvervmæssig tilknytning med den virkning, at tabene kan fratrækkes ved indkomstopgørelsen.

Det kan udledes af Landsskatterettens kendelse af 7. april 2010, sag nr. 09-02884, at der ikke kan ske en forholdsmæssig fordeling af tabet.

#### **Klagerens påstand og argumenter**

Klagerens repræsentant har nedlagt påstand om, at der godkendes tab på valutaterminskontrakter i 2008 og 2009 på hhv. 1.295.321 kr. og 19.027 kr.



Klagen vedrører ikke godkendt tab på valutaterminskontrakter indgået af K/S Parken Tårn D som led i kommanditisternes omlægning af lån, der er optaget i forbindelse med finansieringen ved kommanditselskabets anskaffelse af kontorejendommen Øster Allé 48, København. Terminskontrakterne og optionerne, som er indgået af K/S Parken Tårn D har tilknytning til kommanditselskabets erhvervs-mæssige virksomhed. I prospektet, som er udsendt i august 2007 i forbindelse med K/S Parken Tårn D's køb af ejendommen, er der forudsat etablering af en terminsramme på 165 mio. kr., svarende til købesummen for ejendommen. Det svarer reelt til, at realkreditlån og banklån i danske kroner omlægges til et lån i schweizerfranc. I budgetterne, som blev udarbejdet til brug for investorernes beslutning om køb, er der forudsat en årlig rentebesparelse på 2 pct. ved omlægning af finansiering fra danske kroner i schweizerfranc ved udnyttelse af en valuta-ramme på op til 165 mio. kr. Kommanditselskabet har som forudsat i prospekt-materialet etableret en valutalåneaftale i Forstædernes Bank A/S. Indgåelse af valutalåneaftalen er sket i tilknytning til kommanditselskabets erhvervelse af ejendommen Øster Allé 48, København. De indgåede valutaterminskontrakter og optioner i henhold til valutalånerammen med Forstædernes Bank A/S opgøres og afregnes i danske kroner således, at kontrakterne netop dækker kommanditselskabets lån i danske kroner. Valutaaftalen stiller kommanditselskabet på samme måde, som hvis kommanditselskabet havde omlagt sit lån til schweizer franc.

Forstædernes Bank A/S udførte en række fiktive handler for at dække overskridelserne på valutalinien. Kontrakterne er indgået og afviklet på samme dag.

Kontrakter, der har til formål at sikre en billigere finansiering i anden valuta på lån, der har tilknytning til erhvervs-mæssig virksomhed anses i henhold til offentlig tilgængelig ligningspraksis som erhvervs-mæssig, når aftalen tilsigter at afdække en reel risiko i forbindelse med faktiske betalingsforpligtelser i relation til det erhvervs-mæssige lån. Kontrakterne havde til formål at sikre en billigere finansiering af kontorejendommen. Formålet med indgåelse af valutaterminskontrakterne var at udnytte det rentespænd, der var mellem DKK/EUR og CHF. Kontrakterne er ikke indgået for at sikre selskabets indtægter.

Betingelserne om, at den ene af valutaterminskontraktens valutaer skal være den valuta, som valutalånet er optaget i, og den anden valuta skal være den valuta, som lånet fremover skal være i, samt at terminskontrakten i relation til løbetid og beløbsstørrelser til enhver tid svarer til en afdækning af fremtidige betaling af renter og/eller omlægning af restgæld har ikke støtte i den Juridiske Vejledning afsnit C.B.1.8.4.2, hvor det derimod er anført, at en kontrakt kan have erhvervs-mæssig tilknytning, hvis den har til formål at reducere virksomhedens finansieringsomkostninger. I den Juridiske Vejledning er tillige anført, at en swapaftale kan anses for erhvervs-mæssig, hvis den har til formål at bytte en rente i danske kroner med en rente i schweizerfranc. Det understøttes af Skatterådets afgørelser, gengivet i SKM2009.152 SR og TfS 2006,767 SR.

I den Juridiske Vejledning afsnit C.B.1.8.4.2 er det præciseret, at personer kan fratække tab på finansielle kontrakter, der falder inden for de rammer, der er beskrevet i Skatterådets afgørelser refereret i SKM2007.411 SR og SKM2011.20 SR. I sidstnævnte afgørelse godkendte Skatterådet, at lånepleje/gældspleje i en

pulje af finansielle kontrakter har tilknytning til erhvervmæssig virksomhed via et tilmeldt erhvervmæssigt lån. I afgørelsen lægges der ved vurderingen af, om kontrakterne er erhvervmæssige, vægt på, at formålet med låneplejen er at reducere finansieringsomkostningerne, at deltagelse i låneplejen alene kan ske med et beløb svarende til den skattepligtiges erhvervmæssige lån, og at alle kontrakter tager udgangspunkt i det bagvedliggende låns valuta.

I afgørelsen gengivet i SKM2012.175 LSR havde en landmand indgået en rammeaftale om indgåelse af valutaterminskontrakter. Landmandens rammeaftale med banken havde ingen tilknytning til landmandens erhvervmæssige aktiviteter. De indgåede kontrakter rettede sig ikke direkte mod de erhvervmæssige lån, og oversteg i øvrigt langt landmandens erhvervmæssige gæld. Landsskatteretten godkendte derfor ikke fradrag for de lidte tab, idet Landsskatteretten udtalte, at der ikke var en indre sammenhæng og direkte sammenhæng mellem kontrakterne og den erhvervmæssige gæld.

K/S Parken Tårn D's sag kan ikke sammenlignes med landmandens sag. I omhandlede sag er det forudsat, at kommanditselskabet omlægger finansieringen af købesummen ved indgåelse af en valutaterminsramme på 165 mio. kr., således at kommanditselskabet stilles, som om kommanditselskabet havde omlagt samtlige lån til schweizer franc. Kontrakterne har derfor opfyldt det formål, som blev stillet på tegningstidspunktet. Aftalerne er holdt inden for den aftalte ramme, der svarer til kommanditselskabets forpligtelser, og afdækningen er sket med udgangspunkt i den aftalte finansiering i tegningsprospektet. Der er i sagen en indre og direkte sammenhæng mellem kontrakterne og kommanditselskabets gæld.

I det fremlagte uddrag af den Juridiske Vejledning er der henvist til en række afgørelser forud for 2007. Den omtalte praksis har forud for udgivelsen af den Juridiske Vejledning været omtalt i ligningsvejledningen. SKATs ligningsmæssige bedømmelse af praksis er ikke i overensstemmelse med den Juridiske Vejledning. Vejledningen er bindende for SKAT. SKAT kan ikke fortolke praksis indskrænkende til skade for klageren. Kommanditselskabets deltagere kan støtte ret på SKATs Juridiske vejledninger og på Skatterådets afgørelse, gengivet i SKM2011.20 SR, vedrørende deltagelse i puljeordninger, selv om der ikke i omhandlede sag er tale om, at kommanditisterne har tilmeldt sig en puljeordning.

Såfremt Landsskatteretten kommer frem til, at de indgåede terminkontrakter og calloptioner ikke har tilknytning til kommanditselskabets virksomhed med at erhverve og drive erhvervsejendommen, er det gjort gældende, at K/S Parken Tårn D er næringsdrivende med handel med finansielle kontrakter, fordi D er næringsdrivende med handel med finansielle kontrakter.

#### **Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse**

Det fremgår af § 32, stk. 1, i lovbekendtgørelse nr. 140 af 5. februar 2008 og lovbekendtgørelse nr. 1002 af 26. oktober 2009 af kursgevinstloven, at skattepligtige omfattes af § 12 kan fradrage tab på kontrakter i det omfang, det angives i stk. 2 og 3. 1. pkt. gælder dog ikke tab på kontrakter, der har tilknytning til erhvervmæssig virksomhed.

Det fremgår af kursgevinstlovens § 32, stk. 2, at tab på en kontrakt som nævnt i stk. 1, 1. pkt., kan fradrages, i det omfang tabet ikke overstiger forudgående indkomstårs skattepligtige nettogevinster på kontrakter, dog ikke et tidligere indkomstår end 2002.

Generel beskatning af finansielle kontrakter efter kursgevinstloven blev indført ved lov nr. 394 af 6. juni 1991 med indsættelse af §§ 8 C – 8 G inkl. i dagældende kursgevinstlov. (Lovforslag L 5, fremsat den 2. oktober 1990, FT 1990-91, Till. A, spalte 119. Lovforslaget blev genfremsat som L 6 den 2. oktober 1991, FT 1990-91, Till. A, spalte 173).

I ny § 8 G blev det bestemt, at skattepligtige personer alene kunne fratække tab på kontrakter, såfremt det blev godtgjort, at kontrakten havde tilknytning til erhvervmæssig virksomhed.

Følgende fremgår af de specielle bemærkninger til ændringsloven:

Det beror på en konkret bedømmelse, om kontrakten har tilknytning til erhvervmæssig virksomhed. Ved vurderingen heraf kan der tages udgangspunkt i den hidtidige praksis vedrørende afgrænsningen i den gældende § 6, stk. 1, i kursgevinstloven. Efter denne bestemmelse er gevinst og tab på personers ikke-erhvervmæssige fordringer og gæld i fremmed valuta indkomstopgørelsen uvedkommende, for så vidt fordringernes pålydende rente på erhvervs-tidspunktet opfylder mindsterentekravet.

Følgende fremgår af pkt. 60 i cirkulære nr. 120 af 9. oktober 1986 til kursgevinstloven, jf. lov nr. 532 af 13. december 1985:

”Ministeren for skatter og afgifter har besvaret et spørgsmål fra folketingets skatte- og afgiftsudvalg om den skattemæssige behandling af gevinster og tab på terminshandler med udenlandsk valuta, når sådanne handler foretages af privatpersoner i enkeltstående tilfælde, på følgende måde (Folketinget 1985-1986, spørgsmål nr. 53 (alm. del – bilag 12)):

”Privatpersoners valutaterminsforretninger indgås med pengeinstitutter eller andre autoriserede valutahandlere. Valutaterminsforretningerne går ud på, at en bestemt udenlandsk valuta købes eller sælges til en bestemt kurs til levering på et fastsat fremtidigt tidspunkt. Kursen på dette tidspunkt vil være afgørende for, om den pågældende har haft en gevinst eller et tab på terminsforretningen.

I praksis anser ligningsmyndighederne sådanne valutaterminsforretninger for en art væddemålskontrakter. Dette indebærer, at en eventuel kursgevinst er indkomstskattepligtig efter statsskattelovens § 4, litra f, mens et tab ikke er fradragsberettiget. Synspunktet væddemålskontrakt vil antageligt ikke kunne gøres gældende i de tilfælde, hvor valutaterminsforretningen er indgået for at dække en valutakursrisiko, som den pågældende er udsat for i anden sammenhæng. Dette vil således kunne bevirke, at valutaterminsforretningen skatteretligt set må bedømmes i sammenhæng med

det arrangement, som terminsforretningen dækker. Den skatteretlige bedømmelse af valutaterminsforretningen må da følge af de skatteretlige regler, som gælder for arrangementet. Det afhænger af den enkelte valutaterminsforretnings karakter, om der foreligger en sådan sammenhæng.””

Det fremgår af forarbejderne til lov nr. 532 af 13. december 1985 (L 19, fremsat den 2. oktober 1985, FT 1985-86, Till. A, spalte 557), at praksis vedrørende ligningslovens § 8 D kan anvendes ved afgørelsen af om en gæld havde erhvervs-mæssig tilknytning. Følgende fremgår af Ligningsvejledningen for 1985:

”Der må foretages en konkret bedømmelse af, om fordringen eller gælden har tilknytning til den erhvervs-mæssige virksomhed. For denne vurdering er det uden betydning, om fordringen eller gælden vedrører driften eller anlægsformuen.”

Følgende fremgår af pkt. 157 i cirkulære nr. 134 af 29. juli 1992 til kursgevinstloven:

”Efter § 8 G gælder der begrænsninger i retten til at fradrage tab på personers ikke-erhvervs-mæssige kontrakter. Hvorvidt der foreligger erhvervs-mæssig tilknytning må afgøres ud fra en konkret vurdering. Ved vurderingen kan der tages udgangspunkt i praksis vedrørende den tidligere affattelse af § 6, stk. 1, hvorefter personers gevinst og tab på fordringer i fremmed valuta indgik i indkomstopgørelsen, såfremt fordringen eller gældende havde tilknytning til erhvervs-mæssig virksomhed. Eksempelvis anses en valutaterminskontrakt, der indgås med henblik på at sikre en virksomheds tilgodehavender og leverancer, for at have erhvervs-mæssig tilknytning.”

Ved lov nr. 439 af 10. juni 1997 (L 194, fremsat den 13. marts 1997) blev der vedtaget en ny kursgevinstlov, og reglerne om beskatning af finansielle kontrakter i §§ 8 C – 8 G i lovebekendtgørelse nr. 660 af 4. juli 1996 blev stor set uændret overført til §§ 29 – 32.

I forbindelse med behandling af lovforslaget blev der fremsat spørgsmål til Folketingets Skatteudvalg om kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste led, tidligere kursgevinstlovens § 8 G, om personers tab på kontrakter (bilag 17 til L 194).

Følgende fremgår af Skatteministerens svar til Skatteudvalget:

”Hvorvidt en finansiell kontrakt kan anses for at have tilknytning til erhvervs-mæssig virksomhed, må bero på en konkret vurdering foretaget med udgangspunkt i den gældende praksis på området. Da det er umuligt på forhånd at fastlægge alle de 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 for at foreligge erhvervs-mæssig tilknytning. For så vidt angår valutaterminskontrakter, der vedrører valutalån, har Landsskatteretten i en række kendelser fastslået, at valutaterminskontrakter indgæet til afdækning af kursrisikoen på er-

hvervsmæssige valutalån, hvor den danske krone ikke er en af valutaerne, men hvor der inddrages en tredje valuta, ikke kan anses for kontrakter, der har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. På den baggrund må det rimeligt klart kunne fastslås, at valutaterminskontrakter, der indgås til afdækning af kursrisikoen på erhvervsmæssige valutalån, efter praksis kun kan anerkendes som erhvervsmæssige, såfremt de valutaer, der indgår, er den danske krone og lånets valuta. Dette er der heller ikke noget urimeligt i. Hvis man inddrager en tredje valuta i stedet for danske kroner, er der ikke tale om kursikring af den valuta, der er nødvendig til at betale renter og afdrag på valutalånet, men derimod om indgåelse af en ny finansiel kontrakt med henholdsvis yderligere risiko for tab og med mulighed for gevinst. Endvidere ses denne praksis ikke at være i modstrid med det omtalte eksempel i pkt. 157 i det nuværende cirkulære til kursgevinstloven, idet pointen i eksemplet netop er, at kontrakten indgås med henblik på at sikre virksomhedens tilgodehavender m.m.”

Det fremgår af TS-cirkulære 2000-32, at tab på terminskontrakter, der indgås i direkte forbindelse med omlægning af et erhvervsmæssigt lån fra at være i én valuta til at være i én anden valuta, vil være fradragsberettiget under de forudsætninger, der er beskrevet i cirkulærets pkt. 3.

Praksis vedrørende fradrag for tab på finansielle kontrakter, der har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, er beskrevet i SKATs Ligningsvejledning, Almindelige del 2008-1, afsnit A.D.2.18.4. Afsnittet er, bortset fra redaktionelle ændringer, uændret overført til ligningsvejledningen for 2009. Det fremgår heraf, at valutaterminskontrakter, der er indgået til afdækning af kursrisikoen på erhvervsmæssige valutalån, kun kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, såfremt kontrakten afdækker en reel, underliggende risiko i forbindelse med en betalingsforpligtelse i relation til lånet.

Det lægges til grund, at K/S Parken Tårn D ikke omlagde sine lån fra danske kroner til schweizerfranc og ikke havde planer herom, hvorfor valutaterminskontrakterne og calloptionerne ikke er indgået som led i en låneomlægning. Der er bevismæssig usikkerhed med hensyn til, om klageren via kommanditselskabet tillige deltog i et låneplejearrangement med Forstædernes Bank A/S. Det kan konstateres, at tab og gevinst på køb og salg af 100.000.000 EUR/CHF faktisk er blevet debiteret og krediteret kommanditselskabets konto i Forstædernes Bank A/S, og at nettotabet har påvirket indkomstopgørelsen.

Kravet om erhvervsmæssig tilknytning i kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste pkt. fortolker Landsskatteretten således, at bestemmelsen hjemler fradrag for tab på kontrakter, der er indgået i sikringsøjemed. Denne fortolkning er i overensstemmelse med lovbestemmelsens forarbejder, og Landsskatterettens praksis er i overensstemmelse hermed.

Det påhviler klageren at godtgøre, at valutaterminskontrakterne blev indgået med det formål at afdække en reel, underliggende risiko i forbindelse med en faktisk betalingsforpligtelse i relation til erhvervslånet i schweizerfranc.

I henhold til praksis, som beskrevet i ligningsvejledningerne for 2008 og 2009, stilles der krav om, at den ene af valutaterminskontrakternes to valutaer, er den valuta, som lånet fremover skal være i, og kontraktens løbetid og beløbsstørrelser skal til enhver tid være holdt inden for det erhvervmæssige valutalåns næste rentetermin og restgæld.

I oktober 2007 hvor kommanditselskabet indgik valutaterminskontrakten om køb af 22.500.000 EUR/CHF havde kommanditselskabet primært gæld i danske kroner, og valutaterminskontrakten oversteg ca. 6 gange den erhvervmæssige gæld i schweizerfranc. Der er således ingen beløbsmæssig overensstemmelse mellem den underliggende gæld og valutaterminskontrakten, ligesom der, bortset fra det mindre lån i schweizerfranc, ikke er overensstemmelse mellem kontraktens valutaer og de underliggende lån, som primært er i danske kroner. Da terminskontrakten om køb af EUR/CHF løbende blev forlænget udløste den ingen likviditet til betaling af renter og afdrag på gælden i schweizerfranc. Kontrakten blev derimod i januar 2009 lukket ned med et samlet tab på ca. 14 mio. kr.

Tab på finansielle kontrakter, der har til formål at opnå gevinst ved udnyttelse af rente- og valutaforskelle, har ikke risikoafdækning til formål. Det fremgår af Landsskatterettens afgørelse af 15. december 2011, gengivet i SKM2012.175, og tab på kontrakterne kan derfor kun fratrækkes ved indkomstopgørelsen, såfremt klageren kan anses for næringsdrivende med handel med finansielle kontrakter.

Det er ikke godtgjort, at klageren er næringsdrivende med handel med finansielle kontrakter. Det er heller ikke godtgjort, at klageren kan anses for næringsdrivende ud fra et afsmitningssynspunkt. Landsskatteretten er derfor enig med SKAT i, at tabet på valutaterminskontrakten ikke er fradragsberettiget.

Landsskatteretten skal herefter tage stilling til, om SKATs afgørelse indebærer en praksisskærpelse, der ikke kan gennemføres med tilbagevirkende kraft til skade for klageren.

Det er ikke godtgjort, at der i 2008 og 2009 eksisterede en administrativ praksis for godkendelse af tab på valutaterminskontrakter, der ikke er indgået med det formål at afdække en reel, underliggende risiko i forbindelse med en faktisk betalingsforpligtelse i relation til et erhvervmæssigt lån i schweizerfranc.

Af de anførte grunde stadfæster Landsskatteretten SKATs afgørelse.  
..."

Af K/S Parken Tårn D's budget for 2008-2017 fremgår det blandt andet, at udgiften til 1. og 2. prioritets realkreditlån er uændrede i budgetperioden, og at udgiften til 3. prioritets realkreditlån samt banklån forventes faldende fra henholdsvis 2.028 t.kr. og 1.803 t.kr i 2008 til 1.435 t.kr. og 1.197 t.kr. i 2017. Det fremgår, at der afdraget på 3. prioritets realkreditlånet i perioden udgør fra 860 t.kr. i 2008 til 1.453 t.kr. i 2017. Der er ikke anført nogen udgift til

afdrag på banklånet. Indtægterne fra valutaterminsforretning er uændrede i perioden 3.300 t.kr. Det likviditetsmæssige resultat er stigende fra 405 t.kr. i 2008 til 2.234 t.kr. i 2017.

### **Forklaringer**

Der er afgivet forklaring af A, D og E.

A har forklaret bl.a., at han er beskæftiget med investering i fast ejendom og ejendomsadministration. Han blev i 2008 ejer af 10 % af K/S Parken Tårn D, og i begyndelsen af 2009 overtog han også administrationen af K/S Parken Tårn D. Han har kendskab til valutaterminsforretninger. Formålet med valutaterminskontrakter er, at man kan få glæde af forskellen mellem de to renter, der i nærværende tilfælde er EUR og CHF. Han vidste godt, at der var en risiko ved valutaterminsforretninger. Han instruerede banken i at lukke valutaterminskontrakterne i 2009, da han overtog administrationen af selskabet, idet han anså risikoen for yderligere tab for u hensigtsmæssig. Han forstår ikke oversigten over ”fiktive” terminsforretninger vedrørende 100 mio. EUR. Det er ikke teknisk muligt at ramme en gevinst eller tab på 200.000 DKK. Han har ikke set bilagene i selskabets bogholderi. Han anser det for et fiktivt bilag, som Forstædernes Bank A/S har lavet internt. K/S Parken Tårn D gik konkurs i 2013.

D har forklaret bl.a., at han er uddannet fondsmægler. Han var selv kommanditist i K/S Parken Tårn D, og han har en tilsvarende verserende skattesag. Han stod for finansiering og valutaterminsforretningerne i selskabet. Det fremgår af valutarammeaftale indgået den 17. september 2007 med Forstædernes Bank A/S, at der var en ramme på 8,5 mio. DKK, og kursudsvinget måtte således ikke overstige et tab på 8,5 mio. DKK. Formålet med valutaterminsforretningen var, at man ville omlægge hele lånet i ejendommen til et lån i CHF. Terminskontrakten af 2. oktober 2007, hvor K/S Parken Tårn D indgik aftale om 22,5 mio. EUR mod CHF til kurs 165,49, matchede lånets størrelse. Formålet var, at man ville opnå en rentefordel. Renteforskellen er indregnet i kursen. På daværende tidspunkt var renteforskellen mellem DKK og CHF omkring 3 %. Der var en risiko ved at optage lån i fremmed valuta. Man ville ikke lave spekulation, men man ville have mindst mulig risiko med størst mulig afkast. EUR og DKK er en og samme vare, men kursen på EUR er mere effektiv end DKK. Det skyldes en fejl, at der også blev indgået valutaterminsforretninger vedrørende det lånebeløb, som selskabet havde optaget i CHF. Når der blev indgået terminskontrakter vedrørende egenkapitalen i selskabet skyldes det, at man ønskede at få bedst mulig økonomi i ejendommen. Der blev

indgået terminskontrakter for ca. 37 mio. DKK mere end der var lån for i DKK. Aftalen af 5. oktober 2007 om salg af en såkaldt "call-option" i EUR mod CHF til Forstædernes Bank A/S gav selskabet en kontant præmie på 655.092 kr. Præmien er et udtryk for forskellen i rente og volatilitet. Hvis CHF faldt, ville man ikke tjene noget. Når man sælger en call-option, kan man aldrig tabe præmien. Optionen var med til at formindske risikoen på valutaterminskontrakten. Det endelige tab ville have været større, hvis der ikke havde været indgået call-options aftale. Valutaterminsforretningen blev forlænget med forskellig løbetid, fordi man ville have den største rentebesparelse, men man ændrede ikke størrelsen af hovedstolen på 22,5 mio. EUR. Der er forskel på de enkelte landes renteniveau på grund af forskellig pengepolitik. Schweiz har altid været et lavrenteland og havde dengang en stabil valuta. Man kan ikke optage lån i fremmed valuta i de danske kreditforeninger, men de fleste banker vil gerne udstede banklån i CHF. Terminsforretningerne vægtede ikke i bankernes solvens til forskel fra et banklån i fremmedvaluta. K/S Parken Tårn D stoppede valutaterminsforretningen, fordi man ikke havde penge til at betale banken, og fordi banken ikke længere ville indgå sådanne terminskontrakter. Terminskontrakterne vedrørende 100 mio. EUR er noget som banken lavede internt, og de blev aldrig handlet på børsen. Når tabet på valutaterminskontrakterne oversteg rammen på 8,5 mio. DKK indbetalte selskabet differencen til banken. Dette var for eksempel tilfældet den 17. januar 2008, hvor der blev trukket 200.000 kr. på selskabets konto. Det var nødvendigt for banken at lave disse interne valutaterminskontrakter for derved at inddække tabet.

E har forklaret bl.a., at han har været ansat i Forstædernes Bank A/S fra 2007. Banken bevilgede den 17. september 2007 selskabet en valutaramme til brug for valutaterminsforretninger. Der var tale om en slags kassekredit, hvor 8,5 mio. DKK var det maksimale tab på valutaforretningerne. Lånet i K/S Parken Tårn D skulle omlægges til CHF. CHF var en sikker og stabil valuta på det tidspunkt. Det var på det tidspunkt en nationalsport i Forstædernes Bank A/S at omlægge lån til CHF. Fidusen ved at omlægge lån til CHF var, at man ved at påtage sig en lille risiko ville få en rentebesparelse, i dette tilfælde omkring 3 %. Det er rigtigt, at der var tale om korte terminskontrakter med en løbetid omkring 3 måneder. Løbetiden kunne afhænge af mange ting, men det drejede sig om at få den bedste rente. Man kunne ikke omlægge sine lån i realkreditinstitutterne til CHF. Det var muligt at optage banklån i CHF, men det var oftest for dyrt. Valutaterminsforretninger kan også bruges til valutaspekulation. Man kan ikke i kontrakterne se, om der er tale om spekulanter, næringsdrivende eller låneomlæg-



gere. I nærværende sag var der ikke tale om spekulation. Man påtog sig en lille risiko mod at få større rentebesparelse. De i sagen fremlagte valutaterminskontrakter vedrørende 100 mio. EUR er fiktive handler, der blev lavet får at inddække tab eller gevinst i forhold til den indgåede valutaramme.

## **Procedure**

A har for landsretten i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sammenfattende processkrift af den 13. maj 2015, hvoraf fremgår:

”...

Det gøres til støtte for den nedlagte påstand overordnet gældende, at de indgåede valutaswapaftaler mellem K/S Parken Tårn D og Forstædernes Bank, hvorpå der for indkomståret 2008 er realiseret et nettotab på i alt kr. 12.294.395, er indgået i tilknytning til selskabets erhvervsmæssige virksomhed, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1.

Til støtte herfor gøres det navnlig gældende, at aftalerne er indgået med det formål at reducere selskabets finansieringsomkostninger ved selskabets erhvervsmæssige lån ved udnyttelse af den lavere rente på schweizerfranc (...).

Det gøres videre gældende, at et formål om reduktion af finansieringsomkostninger efter fast praksis fra Skatterådet opfyldte betingelserne for at opnå fradrag efter kursgevinstlovens § 32, jf. bl.a. SKM 2006.451, SKM 2007.411 samt SKM 2011.20.

Endelig gøres det gældende, at den af Landsskatteretten anlagte fortolkning, hvorefter alene terminskontrakter, der har til formål at afdække risiko, samt har en ”indre og direkte sammenhæng” med den erhvervsmæssige gæld, er omfattet af kursgevinstlovens § 32, jf. Landsskatterettens kendelse offentliggjort i SKM 2012.175, udgør en skærpende praksisændring, der alene finder anvendelse med fremadrettet virkning.

### 1. Nærmere om spørgsmålet vedrørende tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed

Den skattemæssige behandling af gevinst og tab på finansielle kontrakter er reguleret af kursgevinstlovens kapitel 6, §§ 29 – 33.

Det fremgår af hovedreglen i kursgevinstlovens § 29, at skattepligtige skal medregne gevinst og tab på terminskontrakter og andre aftaler om køberetter og salgsretter ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

Dette udgangspunkt om tabsfradrag er imidlertid for fysiske personer fraveget i lovens § 32, stk. 1, hvoraf det bl.a. fremgår, at tab alene kan fradrages i øvrig indkomst, hvis kontrakterne har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Det er efter skriftvekslingen ubestridt, at de i sagen omhandlede kontrakter er omfattet af kursgevinstlovens § 29. Det er ligeledes ubestridt, at de underliggende lån

optaget i ejendommen er af erhvervsmæssig karakter, idet de har tilknytning til selskabets drift.

Spørgsmålet er således alene, hvorvidt betingelsen om, at kontrakterne skal have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, er opfyldt.

Det fremgår af forarbejderne til kursgevinstlovens § 32, at spørgsmålet om, hvorvidt der er tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed, beror på en konkret vurdering.

Herudover fremgår det, at der ved vurderingen heraf kan henses til tidligere praksis vedrørende kursgevinstlovens § 6.

Skattemyndighederne og Landsskatteretten anlagde oprindeligt en restriktiv praksis vedrørende vurderingen af, om der var den fornødne erhvervsmæssige tilknytning i relation til kontrakter med formålet at afdække rente eller valutarisici ved finansieringen af den erhvervsmæssige gæld, herunder eksempelvis Landsskatterettens kendelse offentliggjort i TfS 1996.539.

Landsskatterettens kendelse blev indbragt for Vestre Landsret, hvor Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle, for så vidt angik hovedparten af de indgåede terminsforretninger. På baggrund af denne sag blev der udarbejdet et genoptagelses-cirkulære, TSS-Cirkulære 2000-32 af den 22. november 2000.

Efter cirkulæret var der imidlertid stadig uklarhed i forhold til retsstillingen vedrørende terminskontrakter, der blev indgået som egentligt alternativ til en låneomlægning, jf. TfS 2000.593.

Det fremgår af cirkulæret, at en række betingelser efter Skatteministeriets opfattelse skulle være opfyldt, førend der var fradragsret.

I tråd med at finansielle kontrakter er blevet mere og mere udbredt i erhvervslivet, har Skatterådet med sin praksis udvidet området for fradragsberettigede terminskontrakter i forhold til ordlyden af SKATs vejledninger.

Skatterådets afgørelse offentliggjort i SKM 2006.451 den 20. juni 2006 er det første eksempel på denne lempelige administrative praksis. I denne sag lagde Skatterådet afgørende vægt på, at den oprindelige renteswap var indgået for at modvirke rentestigninger på realkreditlånene, og at den nye swap som følge heraf også havde den fornødne tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed. På trods af at den nye swap medførte, at skatteyder gik fra en fast rente til en variabel rente, og dermed i princippet forøgede risikoen forbundet med virksomhedens belåning, fandt Skatterådet, at betingelsen om tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed var opfyldt.

Skatterådets afgørelse blev fulgt op af bindende svar af den 24. april 2007 offentliggjort i SKM 2007.411.

Sagen drejede sig om et bindende svar vedrørende et påtænkt køb af en udlejningsejendom. Den pågældende skatteyder påtænkte at købe en udlejningsejendom, der blandt andet skulle finansieres med et fastforrentet 4 pct. obligationslån med afdragsfrihed. Samtidig ville skatteyderen indgå en swaptale med en bank,

hvorefter skatteyderen fra banken modtog 2,85 pct. af hovedstolen i fast rente i danske kroner og skulle betale 0,99 pct. af hovedstolen i variabel rente i schweizerfranc. Swapaftalens hovedstol var identisk med obligationslånets hovedstol.

Der blev i sagen lagt vægt på, at det pågældende lån i sig selv utvivlsomt var erhvervsmæssigt, ligesom der blev lagt afgørende vægt på, at swappen havde til hensigt at opnå en lavere renteudgift, og ikke at indgå i valutaspekulation. Det afgørende var, at swappen havde direkte sammenhæng med det optagne lån.

På den baggrund var det ikke diskvalificerende, at det oprindeligt optagne lån havde fast rente, og at swapaftalen dermed i princippet var med til at forøge finansieringsrisikoen for skatteyder.

Såvel denne afgørelse som den ovenfor nævnte afgørelse offentliggjort i SKM 2006.451 knæsetter det klare udgangspunkt, at selvom en given finansiel kontrakt isoleret set medfører en forøget finansiering eller renterisiko for virksomheden, er dette ikke i sig selv diskvalificerende for tilknytningen til den erhvervsmæssige virksomhed, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1.

Det af SKAT indtagne synspunkt i SKM 2007.411, hvilket i realiteten er en gentagelse af Landsskatterettens underkendte kendelse offentliggjort i TfS 1996.539, er således klart underkendt af Skatterådet.

Skatterådet har efterfølgende fulgt op med tilsvarende afgørelser i SKM 2008.108, SKM 2009.152, SKM 2009.357 samt SKM 2010.841.

Særligt Skatterådets afgørelse offentliggjort i SKM 2011.20 er illustrativ. Sagen vedrørte et pengeinstitut, der planlagde at tilbyde sine kunder et låneplejeprodukt. Formålet var, at kunderne kunne anvende produktet som et alternativ til at optage lån i fremmed valuta, idet kunderne ville blive stillet, som om de havde optaget lånene i fremmed valuta uden at foretage egentlige omlægninger mv. Kunderne kunne herved opnå en rentebesparelse svarende til rentespændet mellem valutaerne.

I indstillingen i sagen konkluderede Skatteministeriet indledningsvis, at det beror på en konkret vurdering, om betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed er opfyldt.

I tråd med den ovenfor nævnte praksis konkluderede Skatteministeriet, at forholdene i sagen må sidestilles med den situation, at der sker en egentlig låneomlægning, idet terminskontrakterne har til hensigt at stille kunderne, som om der var foretaget låneomlægning med henblik på at reducere kundernes finansieringsomkostninger.

I overensstemmelse med de tidligere afgørelser beror det således på en konkret vurdering, om der er den fornødne sammenhæng med hovedstolen af de erhvervsmæssige lån og rammen for terminskontrakterne.

Af Skatteministeriets konklusion, der blev stadfæstet af Skatterådet, fremgår følgende:

*”Skatteministeriet lægger herved vægt på, at*  
*- formålet med Lånepleje er at reducere finansieringsudgifterne i relation til den skattepligtiges erhvervsmæssige lån,*  
*- deltagelse i Lånepleje højst kan ske med et beløb svarende til restgælden på den skattepligtiges erhvervsmæssige lån, og*  
*- alle kontrakter tager udgangspunkt i det bagvedliggende låns valuta.”*

Det kan på baggrund af Skatterådets afgørelse konkluderes, at såfremt disse tre betingelser konkret er opfyldte, vil der kunne opnås fradrag for tab på terminskontrakter mv.

Med henvisning til den ovenfor foretagne gennemgang af lovgivning og praksis gøres det gældende, at det er godtgjort, at der i perioden fra 2006 og frem til 2011 eksisterede en fast administrativ praksis knæsat af den øverste administrative ligningsmyndighed, Skatterådet.

Ifølge denne praksis vil betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed være opfyldt i relation til terminskontrakter, der har til formål at reducere finansieringsomkostninger, såfremt en række betingelser er opfyldt.

Ovennævnte betingelser fremgår ligeledes af SKATs juridiske vejledning 2013-2, afsnit C.B.1.8.4. Det er i denne forbindelse væsentligt at bemærke, at det i forhold til betingelserne er anført, at sådanne kontrakter f.eks. har erhvervsmæssig tilknytning. Herudover er det anført, at kontrakten kan have erhvervsmæssig tilknytning, hvis kontrakten er indgået for at afdække rente- eller valutarisici eller reducere virksomhedens finansieringsomkostninger.

Det fremgår således tydeligt heraf, at der ikke på forhånd kan angives en udtømmende opregning af, i hvilke situationer betingelsen om den erhvervsmæssige tilknytning er opfyldt. Ligeledes fremgår det af SKATs juridiske vejledning, at der kan opnås fradrag, i en situation hvor de finansielle kontrakter er indgået for at stille den erhvervsdrivende, som om lånene var omlagt til andre rentevilkår eller anden valuta. På denne baggrund fremgår det klart, at der lægges afgørende vægt på formålet med indgåelsen af kontrakterne, hvilket Skatterådets praksis med al tydelighed også indikerer.

#### 1.1. Nærmere om formålet med terminskontrakterne

Det gøres overordnet gældende, at terminskontrakterne i nærværende sag er indgået med det formål at reducere kommanditselskabets finansieringsudgifter ved optagelse af lån i selskabets ejendom, hvorfor betingelsen om tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i kursgevinstlovens § 32 er opfyldt.

I skrivelsen af den 21. august 2007 fra advokat B fremgår det med al tydelighed, at der i tilknytning til de optagne lån skulle indgås terminskontrakter i et tilsvarende omfang, hvilket ville stille selskabet, som om der var optaget lån i schweizerfranc med den dertilhørende lavere rente(...). Gevinsten på rentespændet indbygget i kursen ville konkret blive udløst enten via udstedelsen af call-optioner med dertilhørende præmier og/eller som kursgevinster ved en senere differenceafregning.

Formålet med indgåelsen af valutaterminskontrakterne var ene og alene at reducere selskabets finansieringsomkostninger tilknyttet selskabets lån i udlejnings-ejendommen. En reduktion af finansieringsomkostningerne udgør et erhvervsmæssigt kerneområde, hvilket understøtter, at der eksisterer den fornødne sammenhæng mellem kontrakterne og de underliggende lån.

I modsætning hertil fremgår det hverken af prospektet eller vedtægterne, at kommanditselskabet skulle udøve valutaspekulation.

### 1.2. Nærmere om sammenhængen mellem de underliggende lån og kontrakterne

Det er væsentligt at bemærke, at de relevante tabsgivende kontrakter alene udgør kontrakterne vedrørende euro mod schweizerfranc. Specifikt vedrører tabene selskabets kontrakt vedrørende EUR 22,5 mio. mod schweizerfranc, der første gang blev indgået den 5. oktober 2007 og herefter løbende blev forlænget, indtil der endelig den 9. januar 2009 blev realiseret et tab på kr. 14.092.946.

Det gøres gældende, at der ved vurderingen af, om der konkret har været tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, alene skal henses til de tabsgivende terminskontrakter vedrørende EUR 22,5 mio. mod schweizerfranc(...).

Indledningsvis bemærkes, at terminskontrakten er indgået vedrørende et beløb på EUR 22,5 mio., hvilket svarer til ca. kr. 167 mio. Som nævnt ovenfor udgjorde selskabets samlede passiver ca. kr. 165 mio.

Når samtidig henses til, at det direkte fremgår af selskabets prospekt, at gælden i forbindelse med erhvervelsen af selskabets ejendom søges tilrettelagt, som om den var optaget i fremmed valuta, gøres det gældende, at det konkret er godtgjort, at der er sammenhæng mellem den erhvervsmæssige gæld og de indgåede terminskontrakter.

I øvrigt bemærkes, at de indgående terminskontrakter er holdt inden for den overordnede ramme, som fremgår af prospektet.

I forhold til den tidsmæssige udstrækning fremgår det af Skatterådets ovennævnte afgørelser, at det konkret er blevet accepteret, at en terminskontrakt har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, selvom den tidsmæssigt har en kortere løbetid end de underliggende lån. De indgåede terminsforretninger er i overensstemmelse hermed.

### 1.3. Nærmere om sammenhængen mellem valutaerne

I nærværende sag er der ubestridt optaget lån i danske kroner i bank og realkreditinstitut i selskabets ejendom, ligesom der er optaget lån i schweizerfranc (...).

De for sagen relevante terminskontrakter er imidlertid indgået i euro mod schweizerfranc og dermed umiddelbart ikke i samme valuta som de underliggende lån.

Imidlertid fremgår det af terminskontrakterne, at disse afregnes i danske kroner, hvilket medfører, at kontrakterne reelt er indgået i danske kroner.

Herudover bemærkes, at danske kroner i forhold til euro skal sidestilles, idet Danmark som bekendt fører en fastkurspolitik over for euroen. Dette medfører, at kursudviklingen på euro er direkte overførbart på kursudviklingen på den danske krone. Vælger man således at optage et euro-lån ved for eksempel køb af en ejendom i Danmark, vil provenuet ved låneoptagelse udgøre præcis det samme beløb, som hvis man havde valgt et lån i danske kroner.

I nærværende sag er der således den fornødne sammenhæng mellem valutaen i de indgåede terminkontrakter og valutaen på de underliggende lån.

Det gøres på baggrund heraf gældende, at betingelsen om sammenhæng mellem valutaerne ligeledes er opfyldt i nærværende sag.

Sammenfattende gøres det gældende, at alle de af Skatterådet opstillede betingelser for at opnå fradrag for tab på terminkontrakter, der har til formål at reducere finansieringsudgifter, er opfyldt, hvorfor selskabet – og dermed også de underliggende kommanditister – er berettiget til at opnå fradrag for tabene.

#### 1.4. Nærmere om Landsskatterettens ændring af praksis

Det fremgår af Landsskatterettens kendelse af den 3. september 2013, at Landsskatteretten ikke har anset betingelserne for at opnå fradrag for opfyldte.

I Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse henvises bl.a. til SKATs ligningsvejledning for 2008, hvoraf det fremgår, at valutaterminkontrakter, der er indgået til afdækning af kursrisikoen på erhvervsmæssige valutalån, kun kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, såfremt kontrakten afdækker en reel, underliggende risiko i forbindelse med en betalingsforpligtelse i relation til lånet.

Som nævnt ovenfor må Skatterådets praksis, herunder SKM 2007.411.SR, anses for at have gjort op med denne praksis, hvorefter der ikke kunne opnås fradragsret, såfremt en given terminsforretning forøgede den finansielle risiko ved de erhvervsmæssige udlån, idet Skatterådet ligeledes anerkendte fradrag, i en situation hvor formålet var at reducere finansieringsomkostningerne, selv om risikoen isoleret set blev forøget.

Det gøres overordnet gældende, at Landsskatteretten med sin offentliggjorte praksis fra SKM 2012.175 og fremefter har tilsidesat Skatterådets faste administrative praksis, og at denne praksisændring alene har virkning fremadrettet, hvorfor A for indkomstårene 2008 og 2009 kan støtte ret på Skatterådets praksis.

Det fremgår af retspraksis, herunder bl.a. SKM 2008.36.LSR og UfR.1983.8H, at en skærpende praksisændring alene har virkning fremadrettet.

Alene såfremt praksis er åbenbart ulovlig, kan der ikke støttes ret herpå, jf. bl.a. TfS 2005.842 DEP, TfS 2005.936 V, TfS 2005.958 V, TfS 2006.923 SM, TfS 2007.91 LSR og TfS 2007.387. Det gøres i den forbindelse gældende, at Skatterådets praksis ikke kan anses for at være åbenbar ulovlig, allerede fordi der er tale om en vag lovbestemmelse, og der ikke ses at være offentliggjort praksis før 2006 i strid med Skatterådets praksis.

Det gøres derfor gældende, at A kan støtte ret på Skatterådets praksis, hvilket fører til, at han er berettiget til at fradrage K/S Parken Tårn D's tab på valutaterminsforretninger for indkomstårene 2008 og 2009.

...”

Skatteministeriet har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokument/sammenfattende processkrift af den 13. maj 2015, hvoraf fremgår:

”...

**1. KRAVET OM ERHVERVSMÆSSIG TILKNYTNING, JF. KURSGEVINSTLOVENS § 32, ER IKKE OPFYLDT**

Sagsøgeren bærer bevisbyrden for, at valutaterminskontrakterne opfylder kravet om *erhvervsmæssig tilknytning* efter kursgevinstlovens § 32, jf. f.eks. UfR 1998.1571 H (...) og SKM 2003.309 VLR (...). Denne bevisbyrde har sagsøgeren ikke løftet, og tabene er som følge heraf ikke fradragsberettigede efter denne bestemmelse.

Skattepligtige personer som sagsøgeren kan *alene* fradrage tab på finansielle kontrakter som valutaterminsforretninger efter reglerne i kursgevinstlovens § 32, stk. 2 – 5, jf. stk. 1, 1.pkt. og er dermed kildeartsbegrænset i fradragsretten. Det betyder, at sådanne tab ikke skattemæssigt kan fradrages i enhver form for skattepligtig indkomst som f.eks. lønindkomst eller overskud ved selvstændig erhvervsvirksomhed.

Der gælder den *undtagelse* fra denne fradragskildeartsbegrænsning, nemlig hvis den finansielle kontrakt, herunder valutaterminskontrakter, har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1, 2. pkt.

Kursgevinstlovens § 32, stk. 1, havde i den for sagen omhandlede periode (2008-2009) følgende ordlyd (...):

Af forarbejderne til hovedloven, lov nr. 439 af 10. juni 1997, (...) fremgår, at kursgevinstlovens § 32 i hovedtræk svarer til reglerne i § 8 G i den dagældende kursgevinstlov, jf. de specielle bemærkninger til § 32 i lovforslag nr. 194 af 13. marts 1997. Samme sted fremgår derudover følgende:

*”De gældende regler er beskrevet i Skatteministeriets cirkulære nr. 134 af 29. juli 1992, pkt. 157-159. Da forslaget for kontrakter indgået af personer bygger på hovedprincipperne i de hidtidige regler angående øvrige kontrakter, kan den gældende fortolkning stadig anvendes.*

*»Øvrige kontrakter  
157....*

*Efter § 8 G gælder der begrænsninger i retten til at fradrage tab på personers ikke-erhvervsmæssige øvrige kontrakter.*

*Hvorvidt der foreligger erhvervsmæssig tilknytning må afgøres ud fra en konkret vurdering. Ved vurderingen kan der tages udgangspunkt i praksis*

*vedrørende den tidligere gældende affattelse af § 6, stk. 1, hvorefter personers gevinst og tab på fordringer og gæld i fremmed valuta indgik i indkomstopgørelsen, såfremt fordringen eller gælden havde tilknytning til erhvervmæssig virksomhed. Eksempelvis anses en valutaterminskontrakt, der indgås med henblik på at sikre en virksomheds tilgodehavender og leverancer, for at have erhvervmæssig tilknytning.*

*Heraf følger, at de personer, for hvem kontrakten har tilknytning til personens erhvervmæssige virksomhed, har fuld fradragsret på øvrige kontrakter. (...)»" (mine understregninger)*

Af forarbejderne fremgår således, at kravet om erhvervmæssig tilknytning skal vurderes konkret i hvert enkelt tilfælde. Det fremgår endvidere for så vidt angår valutaterminskontrakter, at disse kan have erhvervmæssig tilknytning, hvis de indgås for at sikre tilgodehavender eller leverancer, dvs. driftsrelaterede risici.

Spørgsmålet om sammenhæng mellem et underliggende lån og en valutaterminskontrakt er yderligere omtalt i TSS-Cirkulære 2000-32, pkt. 2 og 3, (...):

"2. Skatteministeriet har den 21. marts 2000 indgået forlig i en sag, der af en skatteyder var indbragt for Vestre Landsret. (Landsskatterettens kendelse er offentliggjort i 1996.539). Sagen vedrørte en skatteyder, der var kommanditist i et K/S, der optog et lån i fremmed valuta. Lånet blev anset for at være erhvervmæssigt. K/S'et indgik desuden valutaterminskontrakter, hvor danske kroner ikke var en af valutaerne. Som følge heraf anså skattemyndighederne ikke kontrakterne for at afdække kursrisikoen i forbindelse med udlandslånet. Der blev derfor ikke anerkendt fradragsret for tab.

Ved forliget anerkender Skatteministeriet, at der under visse omstændigheder er fradragsret for tab på valutaterminskontrakter, når valutaterminskontrakterne er indgået i direkte tilknytning til en omlægning af et erhvervmæssigt lån fra at være i én valuta til at være i en anden valuta.

3. Det er således nu Skatteministeriets opfattelse, at der vil være fradragsret for tab på valutaterminskontrakter, under forudsætning af, at den ene af valutaterminskontraktens to valutaer er den valuta, valutalånet er optaget i, at den anden valuta er den, som valutalånet fremover skal være i, og at terminskontrakten i relation til løbetid og beløbsstørrelser til enhver tid svarer til en afdækning af fremtidige betalinger af renter og/eller omlægning af restgæld." (min understregning)

Cirkulæret omtaler eksplicit spørgsmålet om sammenhængen mellem valutaterminskontrakter og bagvedliggende gæld. Ministeriet lægger derudover vægt på, at der skal bestå en "*direkte tilknytning*" mellem valutaterminskontrakterne og omlægningen af et erhvervmæssigt lån fra én valuta til en anden. Risikoafdækningen kan dog finde sted også med en anden valuta end danske kroner, såfremt den ene af valutaerne indgår i det bagvedliggende lån, og kontraktens løbetid og beløb kan "indeholdes" i gældens.



Dette svarer overens med den retstilstand, der er beskrevet i Ligningsvejledning for den i sagen relevante periode, jf. Ligningsvejledningen 2009-2, afsnit A.D.2.18.4, (...):

*"Hvorvidt der foreligger en erhvervsmæssig tilknytning, afgøres ud fra en konkret vurdering. (...)*

*I SKM2007.411.SR fandt Skatterådet, at en renteswap havde tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed. Der blev lagt vægt på, at swappen hang sammen med det oprindeligt lån og når det oprindeligt lån er erhvervsmæssigt, så er swappen også erhvervsmæssig. Der blev i sagen lagt vægt på, at swaftalens hovedstol udgjorde det samme beløb som det oprindelige lån, dvs. at det ikke oversteg det oprindelige erhvervsmæssige lån.*

*(...)*

*Ved vurderingen af kontraktens erhvervsmæssige tilknytning kan der tages udgangspunkt i praksis vedrørende den tidligere gældende affattelse af KGL § 6, stk. 1, forud for den lovændring, der havde virkning fra 27. december 1990. Efter de gamle regler indgik personers gevinst og tab på fordringer og gæld i fremmed valuta i indkomstopgørelsen, såfremt fordringen eller gælden havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Eksempelvis anses en valutaterminskontrakt, der indgås med henblik på at sikre en virksomheds tilgodehavender og leverancer, for at have erhvervsmæssig tilknytning. Heraf følger også, at valutaterminskontrakter, der er indgået til afdækning af kursrisikoen på erhvervsmæssige valutalån, kun kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, såfremt kontrakten afdækker en reel, underliggende risiko i forbindelse med en faktisk betalingsforpligtelse i relation til lånet. Det forudsættes således, at den ene af valutakontraktens to valutaer er den valuta, som valutalånet er optaget i, og at den anden valuta er den valuta, som lånet fremover skal være i. Endelig skal kontraktens løbetid og beløbsstørrelser til enhver tid være holdt inden for det erhvervsmæssige valutalåns næste rentetermin og restgæld." (min understregning)*

### **1.1 Reducering af finansieringsudgifter**

Et formål om risikoafdækning kan - såfremt de øvrige betingelser er opfyldt - udgøre en erhvervsmæssig tilknytning. Ved risikoafdækning bringes skatteyderen fra en "usikker havn" over i en "sikker havn", idet fremtidige betalinger i en udenlandsk valuta kurssikres ved brug af en valutaterminskontrakt.

Et formål om spekulation i form af indgåelse af valutaterminskontrakterne udgør derimod *ikke* en erhvervsmæssig tilknytning. Her bringes skatteyderen fra en "sikker havn" over i en "usikker havn", idet skatteyderen påtager sig en kurschance/risiko i forbindelse med indgåelse af valutaterminskontrakten. En valutaterminskontrakt indgået i en sådan situation har derfor karakter af spekulation, hvorfor kontrakten ikke kan have erhvervsmæssig tilknytning.

Det fremgår ikke af hverken kursgevinstlovens forarbejder eller af de i tilknytning til kursgevinstloven udstedte cirkulærer, at "en hensigt om reducere af finansieringsomkostninger", som påstået af sagsøgeren, kan udgøre erhvervsmæssig tilknytning. I stedet fremhæves kravet om, at der skal foretages en konkret vurdering

af situationen, og risikoafdækning omtales som et eksempel, hvor betingelsen er opfyldt.

Forskellen mellem risikoafdækning og reducere af finansieringsomkostninger ved handel med valutaterminskontrakter er, at låntager i den første situation eliminerer en risiko forbundet med det oprindelige lån, hvorimod låntager i den anden situation skaber en risiko (og en mulighed for gevinst), der ikke bestod oprindeligt.

Valutaterminskontrakter i forbindelse med risikoafdækning af lån giver låntager mulighed for at fastlægge fremtidige betalingsstrømme i forbindelse med et lån, der ellers potentielt ville kunne påføre låntager et tab (eller en gevinst). En sådan kontrakt har dermed et sikringsformål.

I modsætning hertil skaber valutaterminskontrakter i forbindelse med "reducing af finansieringsudgifter" en yderligere risiko for tab (og mulighed for gevinst). Det er ikke muligt at forudsige, hvorledes valutakursen og renten vil udvikle sig, og dermed om aftalen vil medføre en gevinst eller et tab. Denne anvendelsesmåde har således karakter af spekulation.

Kravet om erhvervmæssig tilknytning i kursgevinstlovens § 32 er dermed ikke opfyldt, når formålet med valutaterminskontrakten - som her - har været at reducere finansieringsomkostningerne.

Det er i øvrigt reelt indholdsløst, når sagsøgeren hævder, at valutaterminskontrakten skal reducere finansieringsudgifter. En hvilken som helst indtægtsgivende aktivitet eller en aktivitet, der medfører besparelser i sagsøgerens virksomhedsdrift reducerer på helt samme måde sagsøgerens finansieringsudgifter. Reelt er der jo blot tale om at skaffe indtægter, der kan anvendes til at betale sagsøgerens finansieringsudgifter.

Sagsøgerens argumentation fører derfor til, at udgifter til enhver aktivitet, hvorved sagsøgeren har til hensigt at øge sine indtægter eller spare på sine udgifter har erhvervmæssig tilknytning efter kursgevinstlovens § 32. Det ville sådan set også gælde, hvis sagsøgeren foretog udgifter til energibesparende tiltag i sin private bolig, hvilket selvsagt er private udgifter. Men ved at sagsøgeren sparer på energien i sin private bopæl, er det med til at muliggøre, at han kan betale sine finansieringsudgifter.

Kravet om den erhvervmæssige tilknytning i kursgevinstlovens § 32 kan endvidere – udover risikoafdækningssituationen – være opfyldt, når det kan påvises, at hensigten med en finansiel kontrakt er at opnå et økonomisk resultat svarende til en omlægning af det bagvedliggende lån til en anden valuta, jf. SKM 2007.411 SR (...) og SKM 2011.20 SR (...). Der må foretages en samlet, konkret bevismæssig vurdering af, om hensigten reelt har været at opnå det samme resultat økonomisk set, som kunne være opnået ved en egentlig låneomlægning.

Sagsøgeren har ikke gjort gældende, at kontrakten er indgået med et konkret sigte om låneomlægning. Derimod gør sagsøgeren gældende, at aftalerne er indgået

med det formål at reducere finansieringsomkostningerne ved udnyttelse af den lavere rente på CHF(...).

Det bemærkes, at for at der foreligger en låneomlægning ved hjælp af et finansielt instrument, må det kræve, at skatteyderen godtgør, at der er tale om en hensigt om omlægning og ikke en hensigt om spekulation, herunder at det egentlige formål med dispositionen også er låneomlægning, jf. herved SKM 2004.162 HR (...), hvor Højesteret generelt lægger bevisbyrden på skatteyderen, hvis han ønsker et fradrag.

Det er ikke tilstrækkeligt, at formålet med kontrakten er et ønske om at opnå en rentebesparelse, da låneomlægning omfatter andet end at reducere finansieringsomkostninger.

Indgåelsen af en finansiell kontrakt på baggrund af et bagvedliggende ønske om i sidste ende at reducere finansieringsomkostninger er således *ikke* i sig selv tilstrækkeligt til at godtgøre, at en finansiell kontrakt er erhvervsmæssig, hvis sagsøgeren ikke kan godtgøre, at dispositionerne reelt svarer til en hel eller delvis omlægning af det bagvedliggende lån.

Selv hvis retten måtte finde, at et formål om reducere finansieringsomkostninger kan udgøre en erhvervsmæssig tilknytning, foreligger der dog ikke en erhvervsmæssig tilknytning og dermed ikke fradrag.

To forhold fører *hver for sig* til, at der ikke er den fornødne erhvervsmæssige sammenhæng.

For det første overstiger valutaterminskontrakten beløbsmæssigt det underliggende lån.

For det andet er en af de anvendte valutaer ikke identisk med flere af de underliggende låns valutaer, jf. nedenfor. Begge forhold bevirker, at der ikke er tale om låneomlægning, eller at terminskontrakten skulle have et sikringsformål. Dertil kommer også den manglende sammenhæng mellem den tidsmæssige udstrækning af de bagvedliggende lån og terminsforretningen. Finansielle instrumenters løbetid vil typisk være kortere end det bagvedliggende lån. Eksempelvis kan terminskontrakter normalt alene indgås for 12 måneder af gangen.

De konkrete terminsforretninger indgås imidlertid med kort løbetid – i første omgang indgås terminskontrakten for 4 måneder, og den forlænges efterfølgende med perioder på helt ned til få uger ad gangen. Det står i sig selv i modsætning til et ønske om egentlig låneomlægning, hvor der havde været en anden grad af standhaftighed overfor ønsket om at låne i CHF. Dette harmonerer imidlertid med, at sagsøgeren ikke gør gældende, at ideen bag terminsforretningen var at omlægge lånene. Formålet var derimod at reducere finansieringsomkostningerne.

## **1.2 Manglende sammenhæng mellem valutaterminskontrakter og det underliggende lån**

Valutaterminskontrakterne opfylder ikke kravene om beløbsmæssigt at modsvare (eller ikke overgå) det underliggende lån, og om at en af de anvendte valutaer skal

være identisk med valutaen i det underliggende lån. Også af denne grund foreligger der ikke en erhvervsmæssig tilknytning.

Den manglende sammenhæng mellem terminskontrakten og den bagvedliggende gæld viser, at der ikke foreligger en hensigt om hverken at afdække en konkret risiko eller at foretage en "de facto" låneomlægning.

### **1.2.1 Beløbsmæssig lighed mellem underliggende lån og valutaterminskontrakten**

Der foreligger righoldig praksis vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der skal være beløbsmæssig lighed mellem det underliggende lån og den indgåede valutaterminskontrakt, jf. f.eks. SKM 2003.309 VLR (...), SKM 2006.451 SR (...), SKM 2007.411 SR (...), SKM 2009.357 SR (...) og SKM 2011.20 SR (...).

I alle tilfælde er der lagt vægt på, at beløbet indeholdt i valutaterminskontrakten/swappen ikke overgik hovedstolen/restgælden.

Lånene har i den for sagen relevante periode udgjort hhv. kr. 151.607.200,-, 153.323.175,- og 152.494.857,-. Til sammenligning hermed skulle terminsrammen ifølge prospektet udgøre kr. 165.000.000,-. Den faktisk etablerede terminskontrakt vedrørte køb af EUR 22.500.000,- á kurs 165,4900 svarende til CHF 37.235.250,-, hvilket - ved anvendelse af kurs 745,1113 (svarende til gennemsnitskursen for EUR for 2008 og 2009) - svarer til kr. 167.650.042,-.

Den erhvervsmæssige gæld udgjorde ved etableringen af valutaterminskontrakterne i 2008 og 2009 et væsentligt mindre beløb end kontrakternes fiktive hovedstol. I opgørelsen af gælden skal alene medgå faktisk etableret gæld.

Sagsøgeren mener(...), at kommanditselskabets egenkapital skal medgå i beregningen af gældsstørrelsen. Det er ikke forklaret, hvorfor sagsøgeren mener dette. Egenkapital er ikke gæld, hvorfor der ikke er noget sikringsformål. Ligeledes kan der naturligvis heller ikke være tale om en de facto låneomlægning.

Den i sagen anvendte valutaterminskontrakt overstiger således beløbsmæssigt de bagvedliggende lån med næsten kr. 15.000.000,-.

Hertil kommer, at en stor andel af disse lån allerede var i CHF. Det gjaldt den bagvedliggende gæld af variabelt forrentede multicurrency-lån, der var i CHF. Der er tale om multicurrency-lånet af 20. september 2007 på CHF 5.555.600,-, og multicurrency-lånet af 20. oktober 2007 på CHF 2.150.000,-. Sagsøgeren gør gældende, at terminskontrakten indgås for at reducere finansieringsomkostningerne ved udnyttelse af den lavere rente på CHF (...). Dette formål kan naturligvis ikke opnås fsva. den del af lånene, der var i CHF. Valutaterminskontrakten forøgede derimod blot sagsøgerens eksponering mod CHF og var altså hverken en afdækning af en risiko eller en låneomlægning.

Når sagsøgeren gør gældende, at terminskontrakten indgås for at reducere finansieringsomkostningerne ved udnyttelse af den lavere rente på CHF, og der samtidig er tale om, at sagsøgeren medtager dels egenkapitalen og dels de variabelt forrentede CHF-lån i opgørelsen af den bagvedliggende gæld, så er der ikke tale om

en hensigt om låneomlægning. Der foreligger således ikke en klar sammenhæng mellem den bagvedliggende gæld og terminskontrakten.

Valutaterminskontrakten opfylder således ikke kravet om, at den beløbsmæssigt skal kunne indeholdes i den underliggende gæld, hvorfor der også af denne årsag ikke foreligger en erhvervsmæssig tilknytning.

### **1.2.2 De anvendte valutaer**

Som det fremgår af såvel TSS-Cirkulære 2000-32 (...) som af Ligningsvejledningen/Den juridiske vejledning (eksempelvis version 2015-1, afsnit C.B.1.8.4.2) (...), er det et krav, at en af de i valutaterminskontrakten anvendte valutaer skal være identiske med valutaen for det underliggende lån. Praksis er tillige på linje hermed, jf. f.eks. SKM 2007.573 SR (...), SKM 2009.357 SR (...), Landsskatterettens kendelse af 7. april 2010 i j.nr. 09-02884 (...) og SKM 2011.20 SR (...).

Valutaterminskontrakten i sagen er indgået i to valutaer, der ikke er anvendt i (størstedelen) af de underliggende lån. De underliggende lån er således for langt størstedel optaget i danske kroner, hvorimod valutaterminskontrakten anvender EUR og CHF.

Den danske krone kan ikke sidestilles med EUR, desuagtet at Danmark fører en fastkurspolitik over for denne valuta. Fastkurspolitikken medfører ikke en fuldstændig fastlåsning af kursen. Inddragelsen af EUR som den tredje valuta medfører således en yderligere, om end mindre, risiko.

## **2. ADMINISTRATIV PRAKSIS**

Den omstændighed, at valutaterminskontrakterne i nærværende sag af SKAT og senere Landsskatteretten ikke er anset for at opfylde kravet om erhvervsmæssig tilknytning efter kursgevinstlovens § 32, udgør ikke en skærpende praksisændring, der alene kan have fremadrettet virkning.

Det påhviler efter fast højesteretspraksis skatteyderen at dokumentere, at han har været udsat for en skærpende praksis med tilbagevirkende kraft, jf. herved UfR 1994.792 H (...), UfR 2011.3305 H (...), UfR 2014.478 H (...) og senest UfR 2015.915 H (...). Dette har sagsøgeren ikke dokumenteret.

Det fremgår klart af den af sagsøgeren påberåbte praksis, at valutaterminskontraktens løbetid og beløbsstørrelse til enhver tid skal være holdt inden for lånenes rentetermin og restgæld, jf. f.eks. TfS 1996.539 LSR (...), SKM 2003.309 VLR (...), SKM 2006.451 SR (...), SKM 2007.411 SR (...), SKM 2007.573 SR (...), SKM 2008.108 SR (...), SKM 2009.152 SR (...), SKM 2009.357 SR (...), SKM 2010.841 SR (...) og SKM 2011.20 SR (...).

Såfremt der ikke består en sådan sammenhæng, foreligger der ifølge praksis ikke en erhvervsmæssig tilknytning, jf. f.eks. Landsskatterettens kendelse af 7. april 2010 i j.nr. 09-02884 (...).

Allerede fordi der i nærværende sag ikke er sammenhæng mellem valutaterminskontraktens beløbsstørrelse og lånenes (samlede) restgæld, foreligger der ifølge den af sagsøgeren påberåbte praksis ikke en erhvervsmæssig tilknytning.

Derudover foreligger der heller ikke den efter praksis påkrævede sammenhæng mellem de anvendte valutaer.

Landsskatterettens afgørelse er således ikke i strid med praksis og udgør derfor ikke en skærpende praksisændring.

Sagsøgeren har gjort gældende, at der foreligger en fast praksis for, at et formål om reducere af finansieringsomkostninger kan udgøre erhvervsmæssig tilknytning efter kursgevinstlovens § 32. Bevisbyrden for en sådan praksis påhviler sagsøgeren, og sagsøgeren har ikke løftet denne bevisbyrde.

Der foreligger end ikke støtte i Ligningsvejledningen for den relevante periode (version 2009-2, afsnit A.D.2.18.4) (...) for, at der på dette tidspunkt skulle foreligge en praksis som anført af sagsøgeren.

Det bemærkes hertil, at de af sagsøgeren påberåbte skatterådsafgørelser, eksempelvis SKM 2007.411 SR (...) og SKM 2010.20 SR (...), er afgjort ud fra en forudsætning om, at formålet med anvendelsen af finansielle instrumenter var en egentlig hensigt om låneomlægning.

Der er således ikke tale om en praksisændring ved Landsskatterettens efterfølgende afgørelser, hvori Landsskatteretten udtrykkeligt afviser reducere synspunktet, jf. eksempelvis SKM 2012.175 LSR (...), SKM 2013.772 LSR (...), SKM 2014.211 LSR (...) og SKM 2014.477 LSR (...).

Det bemærkes i den forbindelse, at dét, sagsøgeren gør gældende, er, at formålet med terminsforretningen er at reducere finansieringsomkostninger, og ikke at der foreligger en egentlig hensigt om at omlægge lånet.

Da der *ikke* er en klar sammenhæng mellem den bagvedliggende gæld og terminsforretningen, jf. ovenstående afsnit 1.2, kan der heller ikke være tale om en sådan hensigt om låneomlægning. Kontrakten er således ikke baseret på samme valuta som størstedelen af den bagvedliggende gæld, og kontrakten kan ikke beløbsmæssigt holdes inden for gældens størrelse. Den finansielle kontrakt skal nødvendigvis afspejle den bagvedliggende gæld, såfremt en hensigt om låneomlægning skal anerkendes.

...”

### **Landsrettens begrundelse og resultat**

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 valuta-terminsforretningerne, og at dette muliggjorde et positivt likviditetsmæssigt 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 erhvervmæssig virksomhed.

Herefter, og da A ikke har bevist eksistensen af en fast administrativ praksis fra skattemyndighedernes side som påstået, tages Skatteministeriets frifindelsespåstand til følge.

Efter sagens udfald skal A betale sagsomkostninger til Skatteministeriet med i alt 60.000 kr., der dækker udgiften til advokatbistand. Ved fastsættelsen sagsomkostningerne er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens omfang og varighed.

#### T h i k e n d e s f o r r e t :

Skatteministeriet frifindes.

I sagsomkostninger skal A betale 60.000 kr. til Skatteministeriet.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.