Udskriftsdato: 13. december 2025

AFG nr 9393 af 24/04/2018 (Gældende)

Renteswaps - tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed - overførsel til virksomhedsskatteordningen

Ministerium: Skatteministeriet

Journalnummer: 17-1455506

Renteswaps - tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed - overførsel til virksomhedsskatteordningen

Skatterådet fandt, at 2 renteswapaftaler kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, selv om en del af de underliggende erhvervsmæssige lån via valutaswaps reelt var omlagt til en anden valuta. Den tekniske hovedstol af renteswapaftalerne oversteg ikke den erhvervsmæssige gæld i den pågældende valuta.

Skatterådet fandt, at overførsel af renteswapaftalerne til virksomhedsskatteordningen skulle ske ved udløbet af det første indkomstår, hvor swapaftalerne ved skatteansættelsen anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Skatterådsmøde 24. april 2018 - SKM2018. 217. SR

Spørgsmål

1. Er SKAT enig i, at en fortolkning af SKM2016. 316. LSR medfører, at de 2 renteswapaftaler på 1.3xx. xxx EURO og 7xx. xxx EURO erhvervet i 2008, jf. nærmere nedenfor, kan anses for erhvervsmæssige, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum?
2. Kan renteswapaftalerne med en hovedstol på 1.3xx. xxx EURO og 7xx. xxx EURO anses for erhvervsmæssige, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum, når aftalerne fra og med 2012 svarer til de faktiske EURO lån?
3. Såfremt spørgsmål 1 og/eller 2 besvares med "ja", dvs. at de nævnte renteswapaftaler kan anses for erhvervsmæssige, kan swapaftalerne da overføres til virksomhedsordningen primo i det år, hvor kontrakten i forhold til kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum anses for erhvervsmæssig, jf. § 2, stk. 4, og/eller § 2, stk. 5, i virksomhedsskatteloven?
4. Såfremt overførslen, jf. spørgsmål 3, ikke kan foretages ved primostatus, vil overførslen da kunne foretages ultimo i det år, hvori man anser kontrakterne for erhvervsmæssige efter kursgevinstloven?
5. Kan SKAT bekræfte, at den skattepligtige erhvervsmæssige indkomst efter overgangen til en erhvervsmæssig kontrakt skal opgøres som forskellen mellem den negative markedsværdi på overførelsestidspunktet og markedsværdien ved ultimo status i det pågældende år? Årets betalinger på kontrakten indgår derudover i opgørelsen.
6. Såfremt der svares "nej" til både spørgsmålene 1 og 2, vil to nye swapaftaler oprettet i 2017 eller 2018 med hovedstole på henholdsvis 1.3xx. xxx og 7xx. xxx EURO og tilpasset de eksisterende EURO lån og med en negativ markedsværdi ved etableringen svarende til den negative markedsværdi af de nuværende renteswapaftaler, kunne anses for erhvervsmæssige, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum?

Svar

1. Ja, se dog indstilling og begrundelse.
2. Ja, se dog indstilling og begrundelse.
3. Nej.
4. Ja.
5. Nej.
6. Bortfalder.

Beskrivelse af de faktiske forhold

<u>Oversigt over swapaftalerne og SKAT´s afgørelse af 17. maj 2010</u>

A driver en større landbrugsejendom. Virksomheden drives med en slagtesvineproduktion og jorden dyrkes med blandt andet frøafgrøder, kartofler og korn, derudover er der skovdrift med traditionel juletræsproduktion samt salg af træ.

En del af virksomheden ejes og drives fra 2014 sammen med sønnen B. Nærværende anmodning vedrører kun A's virksomhed. De nedenfor anførte beløb vedrører også kun A's egne forhold.

Omsætningen i spørgers andel af virksomheden udgjorde i 2015 ca. 28 mio. kr.

I 2008 indgik A 2 renteswapaftaler og 3 valutaswapaftaler.

Ved en afgørelse af 17. maj 2010, der er vedlagt som bilag til anmodningen om bindende svar, afgjorde SKAT, at de 2 renteswapaftaler og den ene valutaswapaftale ikke var erhvervsmæssig.

Swapaftalerne bestod af nedennævnte aftaler m.m., hvilket også fremgår af side 4 i sagsfremstillingen i SKAT's afgørelse af 17. maj 2010. Aftalerne er her angivet i den tidsmæssige rækkefølge, hvori kontrakterne blev indgået i. Der var ikke tidligere indgået swapaftaler.

Der er senere indgået fastrenteswap DKK/DKK der holdt sig inden for gæld i DKK. Denne swap anses for erhvervsmæssig, jf. note xxx i regnskabet.

	Oprettet	Udløb	Hovedstol i valuta	Hovedstol omregnet til DKK	Kontrakten
Valutaswap DKK/CHF	13/2 2008	xx/12 2010	2.1xx. xxx CHF	9.xxx.xxx	Gæld i DKK swappes til CHF
Valutaswap EURO/CHF	1/10 2008	xx/9 2011	1.3xx. xxx EURO	9.9xx. xxx	Gæld i EURO swappes til CHF
Renteswap EURO/EURO	7/10 2008	xx/xx 2038	1.3xx. xxx EURO	9.9xx. xxx	Gæld i variabel rente swappes til fast rente
Valutaswap EURO/CHF	24/10 2008	xx/12 2011	1.3xx. xxx EURO	9.9xx. xxx	Gæld i EURO swappes til CHF
Renteswap EURO/EURO	30/12 2008	xx/xx 2038	7xx. xxx EURO	5.5xx. xxx	Gæld i variabel rente swappes til fast rente
I alt				45.3xx. xxx	

De omregnede hovedstole er opgjort med valutakursen ved etableringen af swapaftalerne.

Ultimo 2008 var den samlede gæld på ca. 68 mio. kr. Omregnet til DKK bestod denne gæld af ca. 48 mio. kr. i DKK, ca. 17,7 mio. kr. i EURO og ca. 3 mio. kr. i CHF jf. sagsfremstillingen i SKAT's afgørelse af 17. maj 2010, side 3.

SKAT afgjorde med henvisning til TSS cirkulære 2000-32, at det var en forudsætning for den erhvervsmæssige tilknytning, at der bl.a. var valutamæssig sammenhæng mellem de faktiske lån og swapaftalerne.

Da aftalerne i EURO i alt var på 4.xxx.xxx EURO svarende til ca. 29,9 mio. DKK., og da der i 2008 kun var EURO lån svarende til ca. 17,7 mio. DKK, blev de sidst indgående kontrakter i EURO ikke anset for erhvervsmæssige.

SKAT afgør således først, at aftalen erhvervet den 13. februar 2008 anses for erhvervsmæssig. Dernæst anses kontrakten erhvervet den 1. oktober 2008 for at være erhvervsmæssig.

SKAT afgør dernæst, at efter indgåelsen af kontrakten den 1. oktober 2008 var der kun en gæld i EURO tilbage, som ikke var dækket af med en aftale svarende til 17.7xx. xxx kr. – 9.9xx. xxx kr., dvs. ca. 7.7xx. xxx kr. Da man indgår den næste aftale den 7. oktober 2008 (renteswap EURO/EURO) svarende til 9.9xx. xxx kr., oversteg aftalen den resterende gæld i EURO i så væsentligt et omfang, at SKAT afgjorde, at aftalen i sin helhed ikke kunne anses for erhvervsmæssig.

Uanset at kontrakten af 7. oktober 2008 ikke blev anset for erhvervsmæssig, blev den dog i relation til vurderingen af erhvervsmæssig tilknytning for efterfølgende kontrakter anset for at have "omlagt" den resterende EURO gæld. Herefter var der reelt ikke nogen EURO lån tilbage, som kunne bruges som basis for finansielle aftaler.

Aftalen af 24. oktober 2008 (valutaswap EURO/CHF) oversteg derfor den EURO gæld, der var tilbage, og derfor blev også denne kontrakt anset for ikke-erhvervsmæssig.

Aftalen af 30. december 2008 (renteswap EURO/EURO) blev tilsvarende anset for en ikke-erhvervsmæssig kontrakt, idet hele EURO gælden reelt var "brugt" ved de 3 foregående aftaler på basis af EURO.

Man påklagede ikke afgørelsen og derfor accepterede skatteyder afgørelsen.

Tilpasning af lånene til de resterende kontrakter

I SKAT´s afgørelse af 17. maj 2010 blev således de 3 sidst indgåede aftaler ikke anset for erhvervsmæssige.

De 3 valutaswapaftaler udløb i 2010 og 2011 og blev ikke forlænget.

Fra og med 2012 har man derfor kun de 2 renteswapaftaler EURO/EURO på i alt 2.0xx. xxx EURO svarende til ca. 15,5 mio. kr. I disse aftaler sker der en teknisk (økonomisk) omlægning fra variabel EURO rente til fast EURO rente.

Aftalerne udløber i 2038 og indtil videre er det hensigten at opretholde disse aftaler.

Den samlede realkreditgæld i virksomheden var ved udgangen af 2016 på ca. 53 mio. kr. jf. note xxx i regnskabet for 2016, der er vedlagt anmodningen om bindende svar. Ultimo 2016 består denne gæld af EURO lån svarende til ca. 36,8 mio. kr. og ca. 16 mio. kr. i DKK. Dertil kommer ca. 4,8 mio. kr. i pengeinstitutlån (dansk valuta).

Der har siden 2012 været erhvervsmæssig variabel forrentet gæld i EURO svarende til ca. 30 – 40 mio. kr., dvs. en erhvervsmæssig gæld i EURO, der langt har oversteget kontrakterne i EURO.

Opgjort ultimo 2016 var restløbetiden på kontrakterne på ca. 22 år. Kontrakterne foretager en "økonomisk" omlægning (swappes) fra ERIBOR 3 (3 mdrs. rente) til fast rente på henholdsvis 3,97 og 4,38 pct.

Ultimo 2016 var der følgende lån i EURO jf. årsopgørelserne fra XXX, der er vedlagt anmodningen om bindende svar.

Alle lån er placeret i virksomhedsordningen.

	Restløbetid i år ca.	Restgæld ultimo 2016 (Omregnet til DKK)	Afdrag inden for kommende 5 år	Lånebetegnelsen
Lån 6	21	5.9xx. xxx	1.1xx. xxx	Var. obl. lån
Lån 33	21	1.0xx. xxx	2xx. xxx	Var obl. lån
Lån 35	21	2.7xx. xxx	5xx. xxx	Var obl. Lån
Lån 40	23	9xx. xxx	1xx. xxx	Tilpasningslån
Lån 43	28	6.7xx. xxx	9xx. xxx	Var obl. lån
Lån 10	21	1.8xx. xxx	3xx. xxx	Var. obl. Lån
Lån 15	22	17.4xx. xxx	2.4xx. xxx	Tilpasningslån
I alt gæld i EURO		36.8xx. xxx	5.8xx. xxx	

Bemærk at lån 33 – 43 har 2 låntagere fordelt med halvdelen til hver. Ovenfor er kun medregnet spørgers halvdel af de pågældende lån.

Ultimo 2016 var løbetiden på den erhvervsmæssige gæld i EURO på mellem ca. 21 år og ca. 28 år. De pågældende lån i EURO afdrages. I de kommende 5 år er det beregnede afdrag svarende til ca. 5,8 mio. kr. Siden 2008 har man mindst haft en gæld i EURO svarende til værdien af de 2 renteswapaftaler dvs. mindst svarende til 15.5xx. xxx DKK.

Selvom der tages hensyn til disse afdrag, vil swapaftalerne dog helt eller stort set helt svare til den resterende gæld i EURO i den resterende del af swapaftalernes løbetid.

Spørgers opfattelse og begrundelse

Spørgsmål 1

I spørgsmål 1 anmodes om svar på, om SKAT er enig i, at en fortolkning af SKM2016. 316. LSR medfører, at der ikke i afgørelsen af 17. maj 2010 skulle være sket en sammenlægning af valutaswapaftalerne og fastrenteswapaftalerne ved vurderingen af, om swapaftalerne oversteg de faktiske lån.

Af SKM2016. 316. LSR fremgår det, at et EURO lån med kort rente samtidigt kunne danne baggrund for en valutaswap (formentlig EURO/CHF) og en fastrenteswap (EURO variabel rente til EURO fast rente).

I SKM2016. 316. LSR havde skatteyder et EURO lån på 446.400 EURO. I januar 2008 havde man indgået en valutaswap mellem EURO og valuta i Y-land (formentlig CHF). Denne kontrakt havde et omfang på 268.000 EURO. Kontrakten udløb i 2012.

I marts 2009 indgik skatteyder en fastrenteswap med en hovedstol på 446.400 EURO. Kontrakten udløb i marts 2019.

SKAT havde alene anset valutaswappen for erhvervsmæssig, mens fastrente-swappen, som blev indgået efterfølgende, ikke blev anset for erhvervsmæssig. Efter indgåelsen af valutaswapaftalen var der efter SKAT´s opfattelse "brugt" 268.000 EURO af EURO lånet og der var herefter kun 178.400 EURO tilbage. Derfor oversteg fastrenteswappen i væsentlig omfang den del af EURO lånet, der kunne danne basis for swapaftaler. Fastrenteswappen erhvervet i marts 2009 kunne derfor ikke anses for erhvervsmæssig.

Landsskatteretten ændrede dog denne afgørelse. Da begge swapaftaler havde taget udgangspunkt i et faktisk optaget EURO lån, og da der ikke var påvist forskelle mellem renter i det modtagne ben i swapaftalerne og de faktiske forhold vedr. EURO lånene, som kunne begrunde, at swapaftalerne ikke havde tilknytning til det faktiske lån, blev begge swapaftaler anset for at være erhvervsmæssige.

Overført på forholdene i nærværende sag skulle de 2 renteswaps af 7. oktober 2008 og 30. december 2008 derfor anses for at være erhvervsmæssige også i 2008 og de følgende år, idet disse 2 swapaftaler tilsammen har en hovedstol, der i 2008 var mindre end lånene i EURO. Ved denne måling skal man efter Landsskatterettens opfattelse netop ikke hense til, at de nævnte EURO lån også havde dannet basis for indgåelsen af valutaswapaftalen af 1. oktober 2008 (EURO/CHF).

Derimod vil den sidst indgåede valutaswapaftale (indgået den 24. oktober 2008) stadig ikke kunne anses for erhvervsmæssig, idet denne aftale sammen med valutaswapaftale af 1. oktober 2008 (EURO/CHF), samlet set oversteg de erhvervsmæssige EURO lån i 2008.

SKM2016. 316. LSR, som vedrører indkomstårene 2010 og 2011, er omtalt i Juridisk vejledning afsnit C. B. 1.8.4.2. (under konkrete afgørelser). Der er ikke i selve tekstafsnittet draget nogen konsekvenser af afgørelsen, men der er ej heller anført noget om, at afgørelsen er indbragt for domstolene. Man har ej heller på anden måde taget afstand fra rigtigheden i denne afgørelse. Afgørelsen er endog medtaget i SKM og ikke bare "gemt" i afgørelsesdatabasen.

Spørgsmål 1 bør derfor besvares med "ja".

Spørgsmål 2

Det er spørgers opfattelse, at en finansiel aftale som i den konkrete situation er ovennævnte to renteswapaftaler, kan overgå fra ikke at have erhvervsmæssig tilknytning til at have erhvervsmæssig tilknytning, når man opfylder betingelserne ifølge praksis for, at kontrakterne kan anses for at have en tilstrækkelig tæt forbindelse til et eller flere erhvervsmæssige lån.

I Juridisk vejledning 2017-2 er der i afsnit C. B. 1.8.4.2 Tabsfradragsbegrænsning – personer bl.a. anført følgende vedrørende den erhvervsmæssige tilknytning:

"Ved vurderingen af, om finansielle kontrakter har den fornødne erhvervsmæssige tilknytning, skal der endvidere ses på følgende elementer:
– Svarer den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt til restgælden på den skattepligtiges erhvervsmæssige lån?

Hvis kontrakten lyder på et større beløb end restgælden, eller hvis løbetiden er længere end løbetiden på det bagvedliggende lån, vil det tale imod, at kontrakten er erhvervsmæssig.

Derimod vil det ikke tale imod, at kontrakten er erhvervsmæssig, hvis kontrakten lyder på et mindre beløb end restgælden, eller hvis løbetiden er kortere end på de underliggende lån, idet en kortere løbetid eller et lavere beløb kan være udtryk for en afvejning i forhold til den givne risiko ved kontrakten. Se SKM2011. 20. SR.
– Tager kontrakten udgangspunkt i det bagvedliggende låns valuta?

Hvis den valuta, det bagvedliggende lån er udstedt i, ikke indgår i kontrakten, vil det tale imod, at kontrakten er erhvervsmæssig. Spørgsmålet om, hvorvidt danske kroner og euro i denne relation kan anses for den samme valuta, verserer p.t. ved domstolene. "

Når en konkret aftale opfylder disse betingelser i relation til de faktiske lån, bør aftalen derfor anses for erhvervsmæssig uanset, at aftalen tidligere eller efterfølgende ikke opfylder disse betingelser for at være erhvervsmæssig.

Hvis en swapaftale har tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed, idet der er en tilknytning (i relation til valuta, rente, løbetid og størrelse) til eksisterende lån i virksomheden og man efterfølgende ændrer så meget på lånene evt. indfrier disse, at aftalen fra og med dette tidspunkt, ikke længere kan

anses for at have denne tilknytning til de faktiske lån, må konsekvensen være, at aftalen ikke længere kan anses for erhvervsmæssig efter kursgevinstlovens § 32. Dvs., at en konkret aftale kan overgå fra at være erhvervsmæssig til at være ikke-erhvervsmæssig, når de faktiske lån ændres i en sådan grad, at de ikke længere opfylder ovennævnte betingelser for erhvervsmæssig tilknytning.

Den gevinst/tab der efterfølgende konstateres (opgjort efter lagerprincippet) på aftalen må derfor fremover anses for at være omfattet af de kildeartsbegrænsede tab, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 2 – 5.

Men modsat – som tilfældet er i denne sag – må aftaler, der hidtil er anset for private aftaler (ikke-erhvervsmæssige), jf. SKAT´s afgørelse af 17. maj 2010, kunne anses for erhvervsmæssige, hvis lånene tilpasses de faktiske kontrakter.

Dette er tilfældet her. Når man tager udgangspunkt i SKAT´s begrundelse og afgørelse af 17. maj 2010 og når de valutaswapaftaler, der var knyttet til gælden i EURO, ikke længere eksisterer, må man derefter, dvs. fra og med 2012, kunne anse renteswap aftalerne for at være erhvervsmæssige. Fra og med 2012 ”bruger” valutaaftalerne ikke længere det faktiske EURO lån som ”basis” for den erhvervsmæssige tilknytning. Dermed må denne basis være ”frigjort” til, at lånene kan bruges som ”basis” i relation til renteswapaftalerne.

Derfor må de nævnte renteswapaftaler fra og med 2012, men også fremadrettet, kunne anses for erhvervsmæssige.

Derfor bør der svares ”ja” til spørgsmål 2.

Spørgsmål 3

Ifølge praksis sammenkæder man fortolkningen af kursgevinstlovens § 32, stk. 1, første del af 2 punktum og virksomhedsordningen således, at aftaler, der efter kursgevinstlovens § 32, stk. 1, ikke kan anses for erhvervsmæssige, også efter virksomhedsskatteloven skal anses for private aftaler, dvs. skal placeres uden for virksomhedsordningen.

Når en erhvervsmæssig swapaftale på baggrund af ændringerne i de bagvedliggende lån ikke kan anses for erhvervsmæssig længere, må det derfor antages, at aftalen samtidigt skal flyttes fra virksomhedsordningen til privatområdet. Det er faktisk også det, som SKAT gennemfører i deres afgørelse af 17. maj 2010.

Hvis aftalen har en negativ markedsværdi, vil en flytning ud af virksomhedsordningen i givet fald medføre et indskud på indskudskontoen, og hvis der er tale om en positiv markedsværdi, vil der være tale om en hævning i hæverækkefølgen efter § 5 evt. ved en hævning af en positiv saldo på mellemregningen.

Da en swapaftale næppe kan sidestilles med et lån/finansielt aktiv, jf. § 2, stk. 5, første del af 2. punktum i virksomhedsskatteloven, må flytningen af swappen fra virksomhedsordningen til privat i princippet skulle foretages med virkning fra det tidspunkt, hvor lånene faktisk ændres på en sådan måde, at kontrakten ikke længere kan anses for erhvervsmæssig. Det modsatte må være gældende ved en swapaftales overgang fra privat til erhvervsmæssig.

Som begrundelse for at finansielle kontrakter, jf. kursgevinstlovens § 29 – 32, ikke kan anses for at være finansielle aktiver/gæld henvises til svar på en henvendelse fra agroSkat vedr. lovforslag 123 fremsat 23. februar 2016, bilag 8 høringsskema side 5/94. (uddrag er vedlagt anmodningen om bindende svar som bilag 3)

Det var i henvendelsen efterlyst, at man tog stilling til, om finansielle swapaftaler m.m. skulle anses for gæld ifølge virksomhedsskattelovens § 10, stk. 6, og fremover § 4 b, stk. 1.

I svaret skriver Skatteministeriet:

Ved begrebet "gæld" i virksomhedsskattelovens § 10, stk. 6 og den foreslåede § 4 b, stk. 1 forstås det samme som i den øvrige skattelovgivning".

I relation til finansielle kontrakter anses disse aftaler ikke for "gæld" og derfor må det også i relation til virksomhedsskatteloven antages, at swapaftalerne ej heller er omfattet af begrebet "finansielle aktiver og passiver", jf. § 4, stk. 5, 2. punktum i virksomhedsskatteloven.

I denne forbindelse henvises også til, at finansielle aktiver og passiver kan deles mellem virksomheden og privat området, bl.a. kan en del af et lån placeres i privat og en anden del kan placeres i virksomheden. Denne praksis kan ikke anses for at vedrøre finansielle kontrakter, som kun delvist har sammenhæng med et erhvervsmæssigt lån jf. f.eks. SKM2016. 587. HR, hvor kontrakterne oversteg lånene i væsentligt omfang og hvor den samlede kontrakt af denne grund - og ej heller forholdsmæssigt - kunne anses for erhvervsmæssig.

Skatteministeriet (kammeradvokaten) anfører således i SKM2016. 587. HR, at én kontrakt ikke delvist kan være erhvervsmæssig og delvis "spekulativ" dvs. ikke-erhvervsmæssig. Det må antages, at Højesteret var enig i dette synspunkt, idet Højesteret ikke fandt anledning til at hjemvise sagen til SKAT vedr. delvis fradragsret for tabet på kontrakten.

Man må i øvrigt også antage, at placeringen af en swapaftale i relation til virksomhedsskatteloven, er en tvungen regel dvs., at hvis aftalen ændrer klassifikation i relation til kursgevinstlovens regler, så skal kontrakten også tvunget ændre placeringen i relation til virksomhedsskatteloven.

Det lovgivningsmæssige udgangspunkt er tabsbegrænsningsreglerne, og kun hvis skatteydere kan bevise/sandsynliggøre den erhvervsmæssige tilknytning, kan kontrakten anses for erhvervsmæssig. Selvom en kontrakt faktisk kunne anses for erhvervsmæssig, så må det derfor antages, at skatteyder alligevel kan anse kontrakten som en privat kontrakt (dvs. omfattet af tabsbegrænsningsreglerne samt holde den uden for virksomhedsordningen), hvis han undlader at bevise den erhvervsmæssige tilknytning. Denne fortolkning kan dog anses for noget usikker.

Det må som udgangspunkt derfor være skatteyder, der skal bevise/sandsynliggøre den erhvervsmæssige tilknytning.

Reglerne vedr. finansielle kontrakter afviger også fra placeringen af en gældspost og et finansielt aktiv. Hvis f.eks. et parcelhus overgår fra privat benyttelse til udlejning, skal parcelhuset indgå i virksomhedsordningen fra og med overgangen til udlejningen.

Evt. gæld i parcelhuset skifter i princippet samtidigt til en erhvervsmæssig gæld. Men i denne relation har man i praksis afgjort, at gælden først kan flyttes til virksomhedsordningen efter reglerne i § 2, stk. 5, første del af 2. punktum dvs. med virkning for ultimostatus. Ifølge praksis er man ej heller tvunget til at flytte gælden i parcelhuset til virksomhedsordningen jf. juridisk vejledning C. C. 5.2.5.5. Gælden i parcelhuset vil fra og med det tidspunkt, hvor udlejningen påbegyndes (og parcelhuset er en del af en eksisterende virksomhedsordning) blive en gæld med sikkerhed i et virksomhedsaktiv og dermed omfattet af § 4 b, stk. 1 (som en "fiktiv" hævning). Man kan dog ultimo samme år, som man påbegynder udlejningen, indskyde gælden i virksomhedsordningen, jf. § 4 b, stk. 4, jf. lov 652 af 8. juni 2016 uden, at der er tale om en fiktiv hævning. Men indskud af gælden i virksomhedsordningen er dog en faktisk hævning i hæverækkefølgen, jf. § 5.

Når det må antages, jf. ovenfor i spørgsmål 2, at en privat aftale efter kursgevinstlovens § 32, stk. 1, kan skifte til en erhvervsmæssig kontrakt, hvis den får den fornødne tilknytning til den faktiske belåning, må det samtidigt betyde, at aftalen – tvunget - skal flyttes til virksomhedsordningen.

Det korrekte tidspunkt for flytningen til virksomhedsordningen bør, jf. ovenfor, være det tidspunkt, hvor man igen kan bevise/sandsynliggøre den erhvervsmæssige tilknytning. Hvis dette tidspunkt ligger i et tidligere år, som ligningsmæssigt ikke kan genoptages, bør placeringen i virksomhedsordningen omfatte hele det indkomstår, hvori aftalen anses for erhvervsmæssig. Flytningen til virksomhedsordningen må derfor reelt skulle foretages med virkning for primo status i det år, hvori man anser aftalen for erhvervsmæssig efter kursgevinstloven.

Spørgsmål 3 bør besvares med "Ja".

Spørgsmål 4

Som beskrevet i argumentationen i spørgsmål 3 bør flytningen af en aftale fra privat til virksomhedsordningen foretages primo – såfremt forudsætningen (betingelsen) for, at aftalen er erhvervsmæssig allerede er opfyldt ved primo status.

Spørgsmål 4 bør derfor besvares med "nej".

Spørgsmål 5

I den udstrækning en finansiel kontrakt skifter status fra en ikke-erhvervsmæssig kontrakt til en kontrakt med erhvervsmæssig tilknytning, må en negativ markedsværdi af kontrakten på det tidspunkt, hvor skiftet gennemføres, jf. svaret på spørgsmål 3, skulle anses for hævet i virksomhedsordningen.

Indtil tidspunktet for skift til erhvervsmæssig kontrakt vil gevinst/tab være omfattet af reglerne om tabsbegrænsning, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 2 – 5. Efterfølgende vil gevinst/tab direkte skulle medregnes til virksomhedens indkomst uden at være omfattet af tabsbegrænsningsreglerne.

Gevinst/tab må skulle opgøres på basis af markedsværdien på overførelsestidspunktet og seneste statusværdi umiddelbart inden overførelsen henholdsvis statusværdien umiddelbart efter overførelsen.

I regnskabet for 2016 fremgår det af note xxx under privat, at de 2 fastrenteswap har følgende markedsværdier:

	Markedsværdi primo 2016	Markedsværdi ultimo 2016	Lager ændring i 2016
Fastrenteswap på basis af 1.3xx. xxx EURO	-5.8xx. xxx	-6.6xx. xxx	-7xx. xxx
Fastrenteswap på basis af 7xx. xxx EURO	-2.7xx. xxx	-3.1xx. xxx	-4xx. xxx
I alt	-8.6xx. xxx	-9.8xx. xxx	-1.2xx. xxx

I 2016 er der netto betalt 6xx. xxx kr. på kontrakten. Der er derfor et samlet tab (efter lagerprincippet) på 1.8xx. xxx kr. i 2016.

Det akkumulerede tab på ikke-erhvervsmæssige swapaftaler er ultimo 2016 opgjort til 14.0xx. xxx kr., jf. note xxx.

Hvis kontrakten kan anses for overført fra og med indkomståret 2016 og overførslen sker primo status, jf. spørgsmål 3, vil ovennævnte tab på i alt 1.8xx. xxx kr. være fradragsberettiget i 2016.

I relation til virksomhedsordningen vil overførslen af swapaftalen primo 2016 bestå i den negative værdi primo dvs. 8.6xx. xxx kr. Dette beløb må anses for en hævning i virksomhedsordningen primo 2016.

De årlige betalinger på swapaftalerne, dvs. 6xx. xxx kr., som i dag er konteret som hævet i virksomhedsordningen, vil i stedet blive anset for en betaling i selve virksomhedsordningen og påvirker derfor ikke hævningerne.

Fra det tidspunkt, hvor swapaftalen anses for erhvervsmæssig, indgår den negative markedsværdi ved opgørelsen af kapitalafkastgrundlaget.

Hvis swapaftalen, jf. spørgsmål 4, anses for overført ultimo, og 2016 anses for året hvori overførelsen foretages, vil ovennævnte tab i 2016 være en del af det kildeartsbegrænset tab på ikke-erhvervsmæssige kontrakter. Kontrakten vil i så fald skulle anses for hævet ultimo 2016 med markedsværdien ultimo.

Spørgsmål 5 bør derfor besvares med "ja".

Spørgsmål 6

Såfremt der svares nej til både spørgsmål 1 og 2, dvs. at kontrakterne ikke anses for at kunne skifte fra en ikke-erhvervsmæssig til en erhvervsmæssig aftale, agter skatteyder at indfri de 2 eksisterende ikke-erhvervsmæssige kontrakter og i stedet optage 2 nye kontrakter (evt. slået sammen til én kontrakt) med samme hovedstol, valuta, løbetid samt en swapaftale, hvor man flytter renten fra en variabel rente til fast rente.

Disse 2 nye aftaler vil herefter svare til (have en tilknytning) til de faktiske lån i EURO.

De 2 nye aftaler vil starte med en negativ markedsværdi svarende til den nuværende negative markedsværdi af de 2 indfriede kontrakter således ca. – 9.8xx. xxx kr. hvis ændringen var foretaget den 31. december 2016, jf. note xxx i 2016 regnskabet.

Når disse 2 aftaler svarer til (en del) af de eksisterende erhvervsmæssige lån, vil kontrakten efter praksis være erhvervsmæssig.

Forholdet svarer til situationen i SKM2016. 441. SR. dog med den afvigelse, at man i SKM2016. 441. SR både ændrede på lån og aftalen, medens man i nærværende anmodning om bindende svar kun optager nye aftaler svarende til de eksisterende aftaler og uden ændringen af de bagvedliggende lån, men hvor de nye aftaler svarer til (en del af) de nuværende faktiske lån.

Se tillige SKM2016. 293. SR hvor man også optager nye swapaftaler med en negativ markedsværdi.

SKAT anmodes om at bekræfte, at de nye kontrakter – når de svarer til de eksisterende lån – kan anses for erhvervsmæssige.

Spørger finder dog, at dette er en unødvendig kompleksitet. I stedet burde man direkte kunne anse de eksisterende aftaler for erhvervsmæssige (reelt fra og med 2008, jf. spørgsmål 1, eller fra og med 2012, jf. spørgsmål 2, og med de konsekvenser, der i øvrigt er anmodet om svar på, jf. ovenfor vedr. spørgsmål 2 – 5.

Etableringen af nye aftaler i stedet for de eksisterende aftaler vil i princippet have samme fremadrettede virkning som en ændring af klassifikationen af de eksisterende aftaler.

Derimod vil en ændret klassifikation af de eksisterende aftaler også have en tilbagerettet virkning.

Såfremt der ikke svares "Ja" til spørgsmål 1 og/eller 2, bør spørgsmål 6 besvares med "ja".

Høringssvar af 23. marts 2018

Spørgerens repræsentant har i høringssvar af 23. marts 2018 fremført følgende vedrørende spørgsmål 3, 4 og 5:

Hvis man kan genoptage ansættelserne efter skatteforvaltningslovens § 26, stk. 2 og anmodningen indsendes senest 1. maj 2018 kan man genoptage 2014 og efterfølgende år. Dette lægges nedenfor til grund, men man forbeholder sig dog stadig ret til evt. også at anmode om genoptagelse vedr. de tidligere år.

Spørgsmål 3 og 4 vedrører tidspunktet for overførsel af kontrakten fra privat til virksomheden.

I svarene er der henset til, at forholdet er omfattet af virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, sidste punktum om overførsel af finansielle aktiver og passiver, som overføres med virkning for ultimostatus.

Hvis man går ud fra denne fortolkning og 2014 er det ældste år, som man ligningsmæssigt kan genoptage, vil flytningen af swapaftalen til virksomhedsordningen skulle gennemføres med virkning for ultimo status 2014. Gevinst/tab i 2014 vil derfor ikke vedrøre virksomhedsordningen.

Derimod læser jeg svaret i spørgsmål 5 således, at kontrakten i relation til selve kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum, vil skulle anses for erhvervsmæssig allerede fra og med primo status i 2014.

Jeg er enig i, at når 2014 genoptages og når det lægges til grund, at de pågældende swapaftaler var erhvervsmæssige allerede inden primo status 2014, må gevinst/tab på kontrakten anses for erhvervsmæssig i 2014, dvs. at gevinst/tab i 2014 ikke vil være omfattet af tabsbegrænsningsreglerne i kursgevinstlovens § 32, stk. 2 - 4.

Et tab i 2014 på kontrakten vil derfor være negativ kapitalindkomst – uden for virksomhedsordningen – og ikke negativ virksomhedsindkomst. Beskatningsmæssigt er der nogen forskel på, om tab kun er negativ kapitalindkomst i stedet for negativ virksomhedsindkomst.

Jeg er ikke enig i denne fortolkning af spørgsmål 3 og 4.

I virksomhedsskattelovens § 2 er der reelt 3 forskellige regler om overførsel af aktiver/passiver mellem virksomhedsordningen og privatområde:.
- § 2, stk. 4, hvor det er det faktiske overførselstidspunkt, der er afgørende.
- § 2, stk. 5, 1. punktum vedr. biler, hvor det er primo status, der er afgørende.
- § 2, stk. 5, sidste punktum vedr. finansielle aktiver og passiver, hvor man overfører aktiverne/passiverne med virkning for ultimostatus.

I § 2, stk. 4 og 5 er der anført:

"Stk. 4. Beløb, der overføres mellem virksomhedsordningen og privatøkonomien, skal bogføres særskilt for hver post med virkning fra det tidspunkt, hvor overførslen finder sted, jf. dog stk. 5.

Stk. 5. Overførsel af biler, der benyttes både til erhvervsmæssige og private formål, skal bogføres med virkning fra starten af indkomståret. Overførsel af finansielle aktiver og passiver, indskud og overførsler efter § 5, der kan foretages inden fristen for indgivelse af selvangivelse, skal bogføres med virkning fra indkomstårets udløb. "

Som anført i stk. 5, sidste punktum omfatter denne bestemmelse overførslen af finansielle aktiver og passiver, der kan foretages inden fristen for indgivelsen af selvangivelsen.

Derfor må denne bestemmelse omfatte de situationer, hvor skatteyder – valgfrit – ved selve afslutningen af regnskabet beslutter, om et givent finansielt aktiv eller passiv overføres mellem privat og virksomhedsordningen. Når skatteyder kan bestemme dette, må der være tale om aktiver/passiver, hvor man valgfrit kan placere aktivet/passivet enten i virksomhedsordningen eller uden for virksomhedsordningen.

Derimod må overførsel af finansielle aktiver og passiver (og andre aktiver/passiver), hvor man tvungent skal placere aktivet eller passivet enten i virksomhedsordningen eller i privatområdet være omfattet af stk. 4. Der er ikke tale om en situation, hvor man ved afslutningen af regnskabet kan foretage flytningen. Flytningen styres, om fordringen/passivet ifølge skattelovgivningen i øvrigt har skiftet fra privat til erhvervsmæssig eller omvendt. Denne situation er omfattet af § 2, stk. 4, hvor det er det faktiske skifte som følge af den øvrige skattelovgivning, som er styrende for aktivets/passivets placering.

Der kan i denne forbindelse henvises til artikel i SR skat 1992 side 210 af John Bygholm vedr. de i 1992 gennemførte ændringer i virksomhedsskatteloven, herunder indførelsen af reglen i stk. 4 og 5. Tidligere placeret i stk. 5 henholdsvis stk. 6. John Bygholm var i øvrigt med i den arbejdsgruppe (overvågningsgruppen), som bl.a. foreslog de nævnte ændringer. Artiklen er vedlagt som bilag til høringssvaret.

Når det dertil lægges til grund, at der efter praksis er en tvungen placering af erhvervsmæssige finansielle kontrakter i virksomhedsordningen og omvendt, at ikke-erhvervsmæssige kontrakter skal placeres uden for virksomhedsordningen, vil der reelt ikke være tale om et valg, som skatteyder kan foretage ved afslutningen af regnskabet. Der er derimod tale om en tvungen placering af den finansielle kontrakt, som er en direkte følge af fortolkningen af kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum. Derfor må placeringen af kontrakten skulle afgøres ifølge virksomhedsskattelovens § 2, stk. 4 og ikke af stk. 5.

Da kontrakten som nævnt var erhvervsmæssig allerede inden primostatus 2014, må kontrakten også i relation til virksomhedsordningen skulle indgå i virksomhedsordningen ved primostatus 2014 – som er det ældste år, der på nuværende tidspunkt kan genoptages efter skatteforvaltningslovens § 26.

Der kan også henvises til, at en fast ejendom, som skifter fra egen brug som bolig til udlejning anses for en overførsel efter stk. 4 på tidspunktet, hvor udlejningen påbegyndes, dvs. at der er tale om en tvungen regel. Gælden i ejendommen kan derimod først overføres ved ultimostatus efter § 2, stk. 5, 2. punktum, men dette skyldes, at gælden valgfrit ikke skulle flyttes til virksomhedsordningen, men vil kunne blive i privatområdet.

Svar på spørgsmål 3 bør derfor ændres til ”ja” og svaret på spørgsmål 4 ændres til ”nej”. Svaret på spørgsmål 5 bør tilsvarende ændres.

Hvis Skatterådet afgiver svar i overensstemmelse med indstillingen til svaret på svaret på spørgsmål 3 og 4 bør svaret i spørgsmål 5 ændres fra ”nej” til ”nej, se dog indstilling og begrundelse” idet man jo faktisk afgiver et svar om selve tabsopgørelsen og at tabet er negativ kapitalindkomst, men dog uden, at der er tale om en erhvervsindkomst efter virksomhedsordningen således, som det var forudsat i spørgsmålet.

SKATs indstilling og begrundelse

Indledning

Spørgerens swaps kan skitseres således, idet alle beløb er omregnet til danske kroner:

Oprindelig erhvervsmæssig gæld	Valutaswap af 13.2.2008, udløbet xx. 12.2010:	Gæld herefter reelt	Valutaswap af 1.10.2008, udløbet xx. 9.2011:	Gæld herefter reelt

Gæld i DKK: 48.0xx. xxx kr.	- 9.9xx. xxx kr.	38.0xx. xxx kr.		38.0xx. xxx kr.
Gæld i EUR: 17.7xx. xxx kr.		17.7xx. xxx kr.	- 9.9xx. xxx kr.	7.7xx. xxx kr.
Gæld i CHF: 3.0xx. xxx kr.	+ 9.9xx. xxx kr.	12.9xx. xxx kr..	+ 9.9xx. xxx kr.	22.9xx. xxx kr.
I alt: 68.7xx. xxx kr.		68.7xx. xxx kr.		68.7xx. xxx kr.

Reel gæld, jf. ovenfor	Renteswap af 7.10.2008, udløber xx.xx. 2038:	Valutaswap af 24.10.2008, udløbet xx. 12.2011:	Renteswap af 30.12.2008, udløber xx.xx. 2038:
Gæld i DKK: 38.0xx. xxx kr.			
Gæld i EUR: 7.7xx. xxx kr.	9.9xx. xxx kr.	- 9.9xx. xxx kr.	5.5xx. xxx kr.
Gæld i CHF: 22.9xx. xxx kr.		+ 9.9xx. xxx kr.	
I alt: 68.7xx. xxx kr.			

Efter at de tre valutaswaps er udløbet henholdsvis den xx. 12.2010, den xx. 9.2011 og den xx. 12.2011, kan spørgerens swaps skitseres således, idet alle beløb er omregnet til danske kroner:

Oprindelig erhvervsmæssig gæld	Renteswap af 7.10.2008, udløber xx.xx. 2038:	Renteswap af 30.12.2008, udløber xx.xx. 2038:
Gæld i DKK: 48.0xx. xxx kr.		
Gæld i EUR: 17.7xx. xxx kr.	9.9xx. xxx kr.	5.5xx. xxx kr.
Gæld i CHF: 3.0xx. xxx kr.		
I alt: 68.7xx. xxx kr.		

Spørgeren har anvendt virksomhedsskatteordningen for alle de indkomstår, hvor de omhandlede swaps har været oprettet, dvs. indkomstårene 2008-2016.

Spørgsmål 1

Det ønskes bekræftet, at en fortolkning af SKM2016. 316. LSR medfører, at de 2 renteswapaftaler på 1.3xx. xxx EURO og 7xx. xxx EURO, erhvervet i 2008, jf. nærmere nedenfor, kan anses for erhvervsmæssige, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum.

Begrundelse

Ved SKATs afgørelse af 17. maj 2010 vedrørende spørgerens skatteansættelse for indkomståret 2008 blev de 2 renteswapaftaler, hvis tekniske hovedstol var i euro, ikke anset for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, idet renteswapaftalernes tekniske hovedstol ikke kunne rummes i den del af spørgerens gæld, der efter de indgåede valutaswaps reelt var i euro.

Landsskatteretten fandt imidlertid i SKM2016. 316. LSR, at en valuta- og en renteswap begge kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, selv om renteswappens tekniske hovedstol ikke kunne rummes i den del af gælden i den pågældende valuta, der ikke var swappet til en anden valuta.

For at en renteswapaftale kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, er det efter praksis en betingelse, dels at swapaftalens tekniske hovedstol ikke overstiger den erhvervsmæssige gæld i den pågældende valuta, og dels at renteswappens løbetid ikke går ud over løbetiden for den erhvervsmæssige gæld i den pågældende valuta, jf. Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. B. 1.8.4.2.

Det er oplyst, at der siden 2008 mindst har være en gæld i euro, der svarede til værdien af de to renteswapaftaler, dvs. mindst et beløb, svarende til 15,5 mio.kr.

Det er endvidere oplyst, at der siden 2012 har været en erhvervsmæssig variabelt forrentet gæld i euro, svarende til ca. 30-40 mio.kr., og at den tekniske hovedstol for de to renteswapaftaler fra og med 2012 udgjorde tilsammen 2.0xx. xxx euro, svarende til ca. 15,5 mio.kr. Den erhvervsmæssige gæld i euro har således langt oversteget swapaftalerne i euro. Det bemærkes, at euro og danske kroner heller ikke i denne relation kan anses for den samme valuta, jf. SKM2015. 764. VLR, selv om kursen mellem euro og danske kroner i henhold til aftale mellem Danmark og Den europæiske centralbank kun må svinge meget lidt.

Det er endvidere oplyst, at den erhvervsmæssige og variabelt forrentede gæld i euro ultimo 2016 udgjorde et beløb, svarende til 36.8xx. xxx kr.

Renteswapaftalerne udløber den xx. xxx 2038.

Det er endvidere oplyst, at afdrag indenfor de kommende 5 år vil udgøre et beløb, svarende til 5.8xx. xxx kr., og at renteswapaftalerne helt eller stort set helt vil svare til den resterende gæld i euro i den resterende del af swapaftalernes løbetid.

I overensstemmelse med Landsskatterettens kendelse i SKM2016. 316. LSR har renteswapaftalerne derfor efter SKATs opfattelse tilknytning til spørgerens erhvervsmæssige virksomhed, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1. Det er ved vurderingen taget i betragtning, at gælden ved renteswapaftalerne swappes fra variabel til fast rente. Der er således tale om risikoafdækning.

Hvis den tekniske hovedstol for renteswapaftalerne på et tidspunkt inden udløbsdatoen den xx. xxx 2038 kommer til at overstige den erhvervsmæssige gæld i samme valuta, vil renteswapaftalerne dog fra dette tidspunkt ikke længere kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Efter SKATs opfattelse kan det forhold, at den tekniske hovedstol for de to renteswapaftaler eventuelt adskillige år ude i fremtiden kommer til at overstige den erhvervsmæssige gæld i samme valuta, ikke begrunde, at swapaftalerne ikke på nuværende tidspunkt anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Der er ikke hermed taget stilling til muligheden for genoptagelse af skatteansættelser.

Indstilling

SKAT indstiller, at spørgsmål 1 besvares med ”Ja, se dog indstilling og begrundelse”.

Spørgsmål 2

Det ønskes bekræftet, at renteswapaftalerne med en hovedstol på 1.3xx. xxx EURO og 7xx. xxx EURO anses for erhvervsmæssige, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum, når aftalerne fra og med 2012 svarer til de faktiske EURO lån.

Begrundelse

SKAT er enig med spørgerens repræsentant i, at en finansiel kontrakt kan overgå fra ikke at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed til at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed eller omvendt. Der er ikke i kursgevinstlovens § 32, stk. 1, holdepunkter for, at en finansiel kontrakt ikke skulle kunne skifte status, og det fremgår udtrykkeligt af virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, at finansielle aktiver og passiver kan skifte status.

Efter at de tre valutaswaps er udløbet henholdsvis den xx. 12.2010, den xx. 9.2011 og den xx. 12.2011, kan renteswapsenes tekniske hovedstol, der er i euro (i alt en teknisk hovedstol, der svarer til 15.4xx. xxx kr.) rummes i den del af den erhvervsmæssige gæld, der er i euro (i alt en gæld i euro, der svarer til 17.7xx. xxx kr.). Både denne del af gælden og renteswapsene er i euro, og der er således sammenfald i valutaerne.

For at en renteswapaftale kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, er det efter praksis en betingelse, dels at swapaftalens tekniske hovedstol ikke overstiger den erhvervsmæssige gæld i den pågældende valuta, og dels at renteswappens løbetid ikke går ud over løbetiden for den erhvervsmæssige gæld i den pågældende valuta, jf. Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. B. 1.8.4.2.

Det er oplyst, at der siden 2012 har været en erhvervsmæssig variabelt forrentet gæld i euro, svarende til ca. 30-40 mio.kr., og at den tekniske hovedstol for de to renteswapaftaler fra og med 2012 udgjorde tilsammen 2.0xx. xxx euro, svarende til ca. 15,5 mio.kr. Den erhvervsmæssige gæld i euro har således langt oversteget swapaftalerne i euro. Det bemærkes, at euro og danske kroner heller ikke i denne relation kan anses for den samme valuta, jf. SKM2015. 764. VLR, selv om kursen mellem euro og danske kroner i henhold til aftale mellem Danmark og Den europæiske centralbank kun må svinge meget lidt.

Det er endvidere oplyst, at den erhvervsmæssige gæld i euro ultimo 2016 udgjorde et beløb svarende til 36.8xx. xxx kr.

Renteswapaftalerne udløber den xx. xxx 2038.

Det er endvidere oplyst, at afdrag indenfor de kommende 5 år vil udgøre et beløb, svarende til 5.8xx. xxx kr., og at renteswapaftalerne helt eller stort set vil svare til den resterende gæld i euro i den resterende del af swapaftalernes løbetid.

De omhandlede renteswaps må derfor i hvert fald fra og med indkomståret 2012 anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1, samt indstillingen til svar på spørgsmål 1.

Hvis den tekniske hovedstol for renteswapaftalerne på et tidspunkt inden udløbsdatoen den xx. xxx 2038 kommer til at overstige den erhvervsmæssige gæld i samme valuta, vil renteswapaftalerne dog fra dette tidspunkt ikke længere kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Efter SKATs opfattelse kan det forhold, at den tekniske hovedstol for de to renteswapaftaler eventuelt adskillige år ude i fremtiden kommer til at overstige den erhvervsmæssige gæld i samme valuta, ikke begrunde, at swapaftalerne ikke på nuværende tidspunkt anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Der er ikke hermed taget stilling til muligheden for genoptagelse af skatteansættelser.

Indstilling

SKAT indstiller, at spørgsmål 2 besvares med ”Ja, se dog indstilling og begrundelse”.

Spørgsmål 3

Såfremt spørgsmål 1 og/eller 2 besvares med "ja", dvs. at de nævnte renteswapaftaler kan anses for erhvervsmæssige, ønskes det bekræftet, at swapaftalerne da overføres til virksomhedsordningen primo i det år, hvor kontrakten i forhold til kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum anses for erhvervsmæssig, jf. § 2, stk. 4, og/eller § 2, stk. 5, i virksomhedsskatteloven.

Begrundelse

Ifølge virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, skal overførsel af finansielle aktiver og passiver mellem virksomhedsskatteordningen og privatøkonomien bogføres med virkning fra indkomstårets udløb.

Efter SKATs opfattelse må finansielle kontrakter anses for finansielle aktiver eller passiver, uanset at finansielle kontrakter ikke kan anses for fordringer eller gæld. Det følger dels af ordet "Finansielle kontrakter", jf. underoverskriften til kursgevinstlovens kapitel 6, og fremgår endvidere af Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. C. 5.2.2.4, hvor det i underafsnittet "Øvrige finansielle aktiver" er anført, at en renteswap kan indgå i virksomhedsskatteordningen, når den erhvervsmæssigt er knyttet til virksomheden, samt af SKATs styresignal, offentliggjort som SKM2017. 622. SKAT, pkt. 8.

SKAT fastslog i dette styresignal, at aktiver, der uretmæssigt er anbragt i virksomhedsordningen, skal udtages af ordningen i det første indkomstår, der ligger inden for genoptagelsesfristen, jf. styresignalets pkt. 3. SKAT fastslog endvidere, at finansielle kontrakter, der uretmæssigt er anbragt i virksomhedsskatteordningen, skal udtages af ordningen til markedsværdien ultimo indkomståret, jf. styresignalets pkt. 8.

Efter praksis er vurderingen af, om en finansiel kontrakt kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, den samme efter kursgevinstlovens § 32, stk. 1, og efter virksomhedsskattelovens § 1, stk. 2.

Efter SKATs opfattelse skal overførsel af swapaftalerne mellem virksomhedsøkonomien og privatøkonomien derfor skattemæssigt ske med virkning fra udløbet af det første indkomstår, for hvilket skatteansættelsen ændres og de finansielle kontrakter indlægges i virksomhedsskatteordningen, idet overførslen må anses for foretaget ved udløbet af dette år, jf. virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, og princippet i SKM2017. 622. SKAT. Styresignalet omhandler udtagelse fra virksomhedsskatteordningen, men princippet må gælde tilsvarende ved indlæggelse af finansielle kontrakter i virksomhedsskatteordningen.

Tilføjelse som følge af høringssvar af 23. marts 2018

Efter SKATs opfattelse er de aktiver og passiver, hvor en overførsel mellem virksomhedsordningen og privatøkonomien i henhold til virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, sidste punktum, skal bogføres med virkning fra indkomstårets udløb, dels finansielle aktiver og passiver, og dels indskud og overførsler efter § 5, der kan foretages inden fristen for indgivelse af selvangivelse. Efter SKATs opfattelse omfatter reglen i virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, sidste punktum, således alle overførsler af finansielle aktiver og passiver, dvs. også finansielle aktiver og passiver, hvor overførslen er obligatorisk. SKAT er enig i, at overførsel af de finansielle kontrakter til virksomhedsskatteordningen i nærværende sag er obligatorisk.

Der henvises i den forbindelse til Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. C. 5.2.7.1, hvori det er anført, at finansielle aktiver og passiver anses for overført med virkning for indkomstårets ultimobalance. Det fremgår endvidere, at hvis aktivet eller passivet fx overføres til privatøkonomien, vil det indgå i årets kapitalafkastgrundlag, og renteindtægter og –udgifter samt kursgevinster og –tab for hele året kan trækkes fra ved opgørelsen af årets overskud. Efter SKATs opfattelse må det samme princip være gældende, når der som i nærværende sag sker indlæggelse af en finansiel kontrakt med negativ markedsværdi i virksomhedsskatteordningen.

Da markedsværdien af de finansielle kontrakter er negativ, er der ved indlæggelsen i virksomhedsskatteordningen efter SKATs opfattelse tale om en hævning, jf. princippet i Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. C. 5.2.7.1, underafsnittet "Særligt om finansielle kontrakter".

Denne fortolkning fremgår også af pkt. 80 i Skattedepartementets cirkulære nr. 21 af 9. december 1986 om virksomhedsskatteloven, der blandt andet indeholder følgende: "Finansielle aktiver og passiver anses for overført med virkning for indkomstårets ultimobalance. Hvis aktivet eller passivet f.eks. overføres til privatøkonomien, vil det således indgå i årets kapitalafkastgrundlag, ligesom renteindtægter og –udgifter for hele året fradrages ved opgørelsen af årets overskud. "

Det nævnte cirkulære er ophævet ved cirkulære nr. 156 af 25. november 1997, der i pkt. 7.7 indeholder det samme.

Det sidstnævnte cirkulære er ophævet ved cirkulære nr. 38 af 15. april 1999, idet cirkulæret var indarbejdet i Told- og Skattestyrelsens ligningsvejledning 1998.

Ifølge den indsendte artikel af John Bygholm er den omhandlede lovregel en lovfæstelse af bestemmelserne i pkt. 80 i det daværende virksomhedscirkulære.

Det er derfor stadig SKATs opfattelse, at overførsel til virksomhedsskatteordningen skal ske efter virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, sidste punktum, og ikke efter § 2, stk. 4. Det er derfor også stadig SKATs opfattelse, at overførslen skal ske med virkning fra udløbet af det første indkomstår, for hvilket skatteansættelsen ændres og de finansielle kontrakter indlægges i virksomhedsskatteordningen.

Indstilling

SKAT indstiller, at spørgsmål 3 besvares med "Nej".

Spørgsmål 4

Såfremt overførslen, jf. spørgsmål 3, ikke kan foretages ved primostatus, ønskes der svaret nej til, at overførslen da vil kunne foretages ultimo i det år, hvori man anser kontrakterne for erhvervsmæssige efter kursgevinstloven.

Begrundelse

Efter SKATs opfattelse skal overførslen skattemæssigt ske med virkning fra udløbet af det første indkomstår, for hvilket skatteansættelsen ændres og de finansielle kontrakter indlægges i virksomhedsskatteordningen, idet overførslen må anses for foretaget ved udløbet af dette år, jf. virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, samt princippet i SKM2017. 622. SKAT. Se begrundelsen til indstillingen til svar på spørgsmål 3 med tilføjelse som følge af høringssvar af 23. marts 2018.

Indstilling

SKAT indstiller, at spørgsmål 4 besvares med "Ja".

Spørgsmål 5

Det ønskes bekræftet, at den skattepligtige erhvervsmæssige indkomst efter overgangen til en erhvervsmæssig kontrakt skal opgøres som forskellen mellem den negative markedsværdi på overførselstidspunktet og markedsværdien ved ultimo status i det pågældende år. Årets betalinger på kontrakten indgår derudover i opgørelsen.

Begrundelse

I henhold til virksomhedsskattelovens § 2, stk. 5, skal overførslen skattemæssigt ske med virkning fra udløbet af det indkomstår, hvori overførslen er sket, jf. SKATs indstilling til svar på spørgsmål 3 og 4. Efter SKATs opfattelse skal overførslen herefter ske ultimo i det første indkomstår, hvor kontrakterne ved skatteansættelsen anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Det gælder imidlertid alene spørgsmålet om, hvornår de finansielle kontrakter skal indgå i virksomhedsskatteordningen.

Der findes ikke en tilsvarende regel i kursgevinstlovens § 32, stk. 1, og efter SKATs opfattelse må kontrakternes overgang til at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i relation til kursgevinstlovens § 32, stk. 1, derfor ske på det tidspunkt, hvor betingelserne for, at kontrakten kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, er opfyldt. Er betingelserne for, at kontrakten kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, opfyldt før det første indkomstår, hvori kontrakterne ved skatteansættelsen kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, jf. indstillingen til svar på spørgsmål 1-4, må kontrakterne i relation til kursgevinstlovens § 32, stk. 1, anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i hele det første indkomstår, hvor kontrakterne ved skatteansættelsen anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Efter SKATs opfattelse kan ingen del af gevinst eller tab på kontrakterne i overgangsåret derfor indgå i virksomhedsskatteordningen.

Gevinst eller tab på kontrakterne i det første indkomstår, hvor kontrakterne ved skatteansættelsen anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, opgjort som forskellen mellem markedsværdien primo og markedsværdien ultimo i det pågældende år og reguleret med ind- eller udbetalinger i det pågældende år, må efter SKATs opfattelse anses som gevinst eller tab på en finansiel kontrakt.

Er der gevinst på kontrakterne i det første indkomstår, hvor kontrakterne ved skatteansættelsen anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, indgår gevinsten i kapitalindkomsten, jf. personskattelovens § 4, stk. 1, nr. 2.

Er der tab på kontrakterne i det første indkomstår, hvor kontrakterne ved skatteansættelsen anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, må tabet efter SKATs opfattelse anses som et tab på en finansiel kontrakt, der har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1. Dette tab er derfor ikke kildeartsbegrænset, men kan kun fradrages i kapitalindkomsten, jf. personskattelovens § 4, stk. 1, nr. 2.

Tilføjelse som følge af høringssvar af 23. marts 2018

De finansielle kontrakter anses først for indlagt i virksomhedsskatteordningen ved udløbet af det første indkomstår, for hvilket skatteansættelsen ændres, jf. indstillingen til svar på spørgsmål 3 og 4. Gevinst eller tab på kontrakterne i dette år indgår derfor ikke i virksomhedsindkomsten, men i kapitalindkomsten, jf. personskattelovens § 4, stk. 1, nr. 2. Det gælder, uanset at kontrakterne reelt var erhvervsmæssige allerede inden primostatus for det første indkomstår, for hvilket skatteansættelsen ændres. Det gælder også, uanset at kontrakterne i det første indkomstår, for hvilket skatteansættelsen ændres, anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i relation til kursgevinstlovens § 32, stk. 1, hvilket betyder, at et tab i dette år ikke er kildeartsbegrænset.

Indstilling

SKAT indstiller, at spørgsmål 5 besvares med "Nej".

Spørgsmål 6

Såfremt der svares "nej" til både spørgsmål 1 og 2, ønskes det bekræftet, at to nye swapaftaler, oprettet i 2017 eller 2018 med hovedstole på henholdsvis 1.3xx. xxx og 7xx. xxx EURO og tilpasset de eksisterende EURO lån og med en negativ markedsværdi ved etableringen svarende til den negative markedsværdi af de nuværende renteswapaftaler, kunne anses for erhvervsmæssige, jf. kursgevinstlovens § 32, stk. 1, sidste del af 2. punktum.

Begrundelse

Dette spørgsmål bortfalder, da det indstilles, at spørgsmål 1 og 2 besvares med "Ja, se dog indstilling og begrundelse".

Indstilling

SKAT indstiller, at spørgsmål 6 besvares med "Bortfalder".

Skatterådets afgørelse og begrundelse

Skatterådet tiltræder SKATs indstilling og begrundelse.

Lovgrundlag, forarbejder og praksis

Spørgsmål 1, 2 og 6

Lovgrundlag

Kursgevinstlovens § 32, stk. 1, 2 og 4

§ 32. Skattepligtige omfattet af § 12 kan fradrage tab på kontrakter, i det omfang det angives i stk. 2-5. Uanset 1. pkt. kan tab fradrages, hvis kontrakten indeholder ret eller pligt til at afstå eller erhverve aktier og den skattepligtige er omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 17 eller kontrakten har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. 2. pkt. gælder ikke tab på aftaler vedrørende fast ejendom, jf. stk. 5.

Stk. 2. Tab på en kontrakt som nævnt i stk. 1, 1. pkt., kan fradrages i indkomstårets gevinst på kontrakter. Yderligere tab kan fradrages, i det omfang tabet ikke overstiger forudgående indkomstårs skattepligtige nettogevinster på kontrakter, dog ikke et tidligere indkomstår end 2002. Tab, der ikke kan fradrages efter 1. eller 2. pkt., kan overføres til fradrag i en eventuel ægtefælles nettogevinster i indkomståret på kontrakter. Det er dog en betingelse, at ægtefællerne er samlevende ved indkomstårets udgang, jf. kildeskattelovens § 4.

(…)

Stk. 4. Tab, der ikke er fradraget efter stk. 2 eller 3, kan fradrages i de følgende indkomstårs nettogevinster på kontrakter og derefter i nettogevinster på aktier efter reglerne i stk. 2, 2.-4. pkt., og stk. 3. Tab kan kun fremføres til et senere indkomstår, hvis det ikke kan rummes i skattepligtig nettogevinst på finansielle kontrakter i et tidligere indkomstår.

(…)

Forarbejder

Kursgevinstlovens § 32, stk. 1, er vedtaget ved lov nr. 439 af 10. juni 1997, der er vedtaget på grundlag af lovforslag L 194 i folketingsåret 1996/1997. Bemærkningerne til § 32 i dette lovforslag har følgende ordlyd:

"Til § 32 Forslaget svarer i hovedtræk til reglerne i § 8 G i den nuværende kursgevinstlov.

Bestemmelsen omfatter som hidtil kun personer, men udvides til også at omfatte personers aktiebaserede kontrakter.

Bestemmelsen er den anden af to særregler om begrænsning i adgangen til at fratrække tab på de kontrakter, der er omtalt under bemærkningerne til § 29. Der henvises i øvrigt til bemærkningerne til § 31.

Tabsfradragsbegrænsningsreglen vedrører samtlige kontrakter for personer, bortset fra kontrakter der har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Tabsfradragsbegrænsningsreglen finder dog heller ikke anvendelse i forhold til aktiebaserede kontrakter, såfremt den skattepligtige driver næringsvirksomhed med aktier.

Der er med forslaget tale om en mindre lempelse af tabsfradragsbegrænsningsreglerne, i og med at tabsfradragsbegrænsningsreglerne for aktiebaserede og ikke-aktiebaserede kontrakter efter forslaget slås sammen til en regel. Derved vil tab på aktiebaserede kontrakter fremover kunne modregnes i nettogevinster på øvrige kontrakter og omvendt.

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. Også for så vidt angår ikke-aktiebaserede finansielle kontrakter, her benævnt øvrige kontrakter, gælder der for visse skattepligtige begrænsninger i retten til at fratrække tab.

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 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, at ..... de personer, for hvem kontrakten har tilknytning til personens erhvervsmæssige virksomhed, har fuld fradragsret på øvrige kontrakter.

158. Tabsfradragsbegrænsningen i § 8 G, stk. 2, indebærer, at tab på ikke-erhvervsmæssige øvrige kontrakter kan fradrages i den skattepligtige indkomst i det omfang, en nettoopgørelse for de 5 senest forudgående indkomstår for samtlige ..... kontrakter set under et udviser gevinst, som ikke er anvendt til modregning af tab fra ældre indkomstår. Fradrag kan således foretages, hvis der er konstateret en gevinst, hvori der ikke er modregnet tab på andre ikke-erhvervsmæssige øvrige kontrakter. Tab kan fradrages, uanset om gevinsten vedrører en kontrakt med eller uden erhvervsmæssig tilknytning, og tab kan fradrages, uanset om den tabgivende og gevinstgivende kontrakt ikke er af samme type, f.eks. en valutaterminskontrakt og en obligationsoption.

Tab fradrages i det indkomstår, tabet vedrører. Der skal således ikke ske regulering af indkomstopgørelsen for de tidligere indkomstår.

Et overskydende tab på kontrakten kan efter § 8 G, stk. 3, modregnes i det pågældende indkomstårs samt de følgende 5 indkomstårs nettogevinster på ... kontrakter.

Tab, der kan fradrages i et tidligere år, kan ikke fremføres til et senere år. Tabet skal således udnyttes i det tidligst mulige år.

(…)

Skatteministerens svar til Folketingets Skatteudvalg i forbindelse med Folketingets behandling af lovforslaget, bilag 17, pkt. 5, indeholder følgende:

"5. L 194 - § 32, stk. 1, sidste led - kontrakter der har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Hvorvidt en finansiel kontrakt kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig 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 erhvervsmæssig tilknytning og hvornår der ikke kan anses for at foreligge erhvervsmæssig tilknytning.

For så vidt angår valutaterminskontrakter, der vedrører valutalån, har Landsskatteretten i en række kendelser fastslået, at valutaterminskontrakter indgået til afdækning af kursrisikoen på erhvervsmæssige valutalån, hvor den danske krone ikke er en af valutaerne, men hvor der er inddraget en tredie 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 tredie valuta i stedet for danske kroner, er der ikke tale om kurssikring 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 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."

Lovreglerne om finansielle kontrakter blev oprindeligt indsat i den tidligere kursgevinstlovs §§ 8 C – 8 G ved lov nr. 394 af 6. juni 1991, der er vedtaget på grundlag af lovforslag L 6 i folketingsåret 1990/1991, 2. samling. Bemærkningerne til dette lovforslag indeholder ikke yderligere fortolkningsbidrag.

(…)

Praksis

Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. B. 1.8.4.2 Tabsfradragsbegrænsning - personer

"(…)

Regel

Udgangspunktet for personers adgang til fradrag for tab på finansielle kontrakter er, at adgangen til fradrag er kildeartsbegrænset. Det vil sige, at tab kun kan fradrages i gevinst på finansielle kontrakter. Dog kan tab på kontrakter i visse tilfælde modregnes i gevinst på aktier. Se nedenfor under afsnittet om, hvornår tab kan fradrages. Se KGL § 32.

Det er uden betydning, om tab og gevinst vedrører samme type kontrakt. Fx kan tab på en valutaterminskontrakt modregnes i gevinst på en aktieoption. Tab kan fx også fradrages, hvis den kontrakt, der har givet tab, ikke har erhvervsmæssig tilknytning, og den kontrakt, der har givet gevinst, er erhvervsmæssig.

Kildeartsbegrænsningen gælder ikke
– tab på aktiebaserede kontrakter, hvis den skattepligtige er omfattet af ABL § 17. Se afsnit **C. B. 2.4.1** om næringsbegrebet.
– tab på kontrakter, der har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Se KGL § 32, stk. 1, 2. pkt. Personen eller dødsboet har i disse tilfælde fuld fradragsret for tab på kontrakter.

Undtagelserne gælder ikke tab på aftaler vedrørende fast ejendom. Se KGL § 32, stk. 1, 3. pkt.

Hvornår er kontrakten tilknyttet erhvervsmæssig virksomhed?

Hvorvidt en finansiel kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning, afgøres ud fra en konkret vurdering.

Hvis kontrakten hverken har tilknytning til virksomhedens drift eller virksomhedens gæld, er adgangen til fradrag for tab kildeartsbegrænset efter reglerne i KGL § 32. Se SKM2011. 158. LSR.

Finansielle kontrakter, der er indgået for at afdække rente- eller valutarisici, kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, når visse betingelser er opfyldt. Se nærmere nedenfor.

Højesteret har i SKM2016. 587. HR taget stilling til spørgsmålet om, hvornår en finansiel kontrakt kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Højesteret har tilkendegivet, at en valutaterminskontrakt efter omstændighederne kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, hvis kontrakten indgås med henblik på at reducere finansieringsomkostningerne ved at stille skatteyderen, som om lånet var omlagt til den fremmede valuta. Det forudsætter dog, at de øvrige betingelser for at anse kontrakten for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed er opfyldt, hvilket ikke var tilfældet i den nævnte sag.

Der verserer p.t. flere sager for domstolene vedrørende spørgsmålet om, hvornår en finansiel kontrakt kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed i tilfælde, hvor kontrakten ikke er indgået for at afdække rente- eller valutarisici, men fx indgået for at reducere virksomhedens finansieringsudgifter. Se nærmere nedenfor.

Der vil blive udsendt et styresignal om spørgsmålet.

Ad kontrakter der afdækker rente- eller valutarisici

Fx kan kontrakter i følgende tilfælde have erhvervsmæssig tilknytning:
– En swap indgået mhp. at bytte en variabel rente på et erhvervsmæssigt lån til en fast rente.
– En valutaterminskontrakt der sikrer en virksomheds tilgodehavender og leverancer.
– En valutaterminskontrakt der afdækker kursrisikoen på erhvervsmæssige valutalån.

Ved vurderingen af, om kontrakten har den fornødne erhvervsmæssige tilknytning, er det bl.a. relevant at se på følgende elementer:
– Svarer den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt til virksomhedens leverancer, lån mv.?

Hvis kontrakten lyder på et beløb svarende til virksomhedens leverancer eller de bagvedliggende låns restgæld, og løbetiden svarer til løbetiden på de bagvedliggende aftaler/lån, taler det for, at kontrakten er erhvervsmæssig. Se fx SKM2010. 841. SR og SKM2012. 175. LSR.
– Tager kontrakten udgangspunkt i den bagvedliggende kontrakt/lånets valuta?

Kontrakten kan kun anses for erhvervsmæssig, hvis kontrakten afdækker en reel, underliggende risiko i forbindelse med virksomhedens tilgodehavender eller betalingsforpligtelser. Hvis den valuta, den

bagvedliggende kontrakt/lånet er udstedt i, ikke indgår i kontrakten, taler det imod, at kontrakten er erhvervsmæssig.

Ved afdækning af valutarisici i forbindelse med omlægning af lån skal den ene af valutakontraktens to valutaer være den valuta, som valutalånet er optaget i. Den anden valuta skal være den valuta, lånet fremover skal være i. Skatterådet har dog i SKM2007. 573. SR fastslået, at det ikke udelukkede anvendelse af virksomhedsskatteordningen (og dermed ikke udelukkede tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed), at en swapaftale var sammensat af to fremmede valutaer, såfremt der var en tilstrækkelig erhvervsmæssig begrundelse for dette. Spørgsmålet verserer p.t. ved domstolene. Desuden skal kontraktens løbetid og beløbsstørrelser til enhver tid være holdt inden for det erhvervsmæssige valutalåns næste rentetermin og restgæld. Se fx SKM2009. 357. SR og SKM2009. 152. SR.

Ad kontrakter der skal reducere virksomhedens finansieringsomkostninger

Skatterådet har i nogle afgørelser anerkendt nogle finansielle kontrakter som erhvervsmæssige, hvis de er indgået for at stille den erhvervsdrivende, som om virksomhedens lån var omlagt til andre rentevilkår, fx fra fast til variabel forrentning og/eller til en anden valuta, idet formålet med den finansielle kontrakt var et reducere virksomhedens finansieringsomkostninger. Se fx SKM2011. 20. SR og SKM2007. 411. SR.

Efter Skatterådets praksis kunne finansielle kontrakter derfor fx i følgende tilfælde have erhvervsmæssig tilknytning:
- En swap indgås for at bytte en fast rente på et erhvervsmæssigt lån til en variabel rente.
- En swap indgås for at bytte en rente i DKK til en (lavere) rente i CHF.
- En valutaterminskontrakt sælges for at opnå en gevinst som følge af renteforskellen mellem valutaen på virksomhedens lån og en lavere forrentet valuta.

Landsskatteretten har tidligere i flere afgørelser fastslået, at en finansiel kontrakt, der ikke havde til formål at afdække en rente- eller valutarisiko, men havde til formål at reducere virksomhedens finansieringsudgifter, ikke kunne anses for at have erhvervsmæssig tilknytning. Se fx SKM2012. 175. LSR, SKM2013. 772. LSR, SKM2014. 211. LSR, SKM2014. 477. LSR og SKM2015. 320. LSR.

Højesterets har imidlertid i SKM2016. 587. HR bl.a. udtalt, at valutaterminskontrakter, der indgås med henblik på at reducere finansieringsomkostningerne ved at stille den pågældende, som om lånet var omlagt til den fremmede valuta, efter omstændighederne kan anses for at have tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed. Dette må dog forudsætte en tæt sammenhæng mellem valutaterminskontrakterne og lånet. I den konkrete sag fandt Højesteret dog ikke, at der forelå den fornødne tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed i henhold til kursgevinstlovens § 32, stk. 1, 2. pkt. Der kunne således ikke ske fradrag for tab på valutaterminskontrakterne uden kildeartsbegrænsning.

Vestre Landsret har i SKM2015. 764. VLR fundet, at swap-aftalen ikke opfyldte kravet om erhvervsmæssig tilknytning i KGL § 32. Landsretten lagde vægt på, at swap-aftalen beløbsmæssigt oversteg det optagne og udbetalte erhvervsmæssige lån, som swap-aftalen var indgået i forbindelse med, samt at swap-aftalen anvendte danske kroner og schweizerfranc, hvorimod lånet var optaget i euro. Det kunne ikke føre til et andet resultat, at der var givet tilsagn om yderligere låneoptagelse, at landmanden også havde erhvervsmæssig gæld i danske kroner, eller at der føres en fastkurspolitik, hvorefter kursen på danske kroner overfor euro kun må svinge meget lidt.

Der verserer p.t. flere sager ved domstolene om finansielle kontrakters tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed.

Der vil blive udsendt et styresignal.

Ved vurderingen af, om finansielle kontrakter har den fornødne erhvervsmæssige tilknytning, skal der endvidere ses på følgende elementer:

– Svarer den indgåede kontrakt beløbs- og tidsmæssigt til restgælden på den skattepligtiges erhvervsmæssige lån?

Hvis kontrakten lyder på et større beløb end restgælden, eller hvis løbetiden er længere end løbetiden på det bagvedliggende lån, vil det tale imod, at kontrakten er erhvervsmæssig.

Derimod vil det ikke tale imod, at kontrakten er erhvervsmæssig, hvis kontrakten lyder på et mindre beløb end restgælden, eller hvis løbetiden er kortere end på de underliggende lån, idet en kortere løbetid eller et lavere beløb kan være udtryk for en afvejning i forhold til den givne risiko ved kontrakten. Se SKM2011. 20. SR.

– Tager kontrakten udgangspunkt i det bagvedliggende låns valuta?

Hvis den valuta, det bagvedliggende lån er udstedt i, ikke indgår i kontrakten, vil det tale imod, at kontrakten er erhvervsmæssig. Spørgsmålet om, hvorvidt danske kroner og euro i denne relation kan anses for den samme valuta, verserer p.t. ved domstolene.

Hvornår kan tab fradrages?

Hvis kontrakten er omfattet af fradragsbegrænsningen, kan tab kun fradrages, hvis det kan modregnes i gevinst på finansielle kontrakter.

(…)

Tabet modregnes i gevinster i denne rækkefølge:

1. Indkomstårets gevinst på kontrakter og skattepligtige nettogevinster på kontrakter i tidligere indkomstår, dog ikke et tidligere indkomstår end 2002**.** Se KGL § 32, stk. 2, 1. og 2. pkt.

Der må ikke i gevinsten være modregnet tab på kontrakter fra tidligere indkomstår. Tabet fradrages i det indkomstår, tabet vedrører. Der skal ikke ske regulering af indkomstopgørelsen for de tidligere indkomstår.

Gevinst og tab på kontrakter tilknyttet den erhvervsmæssige virksomhed indgår også i opgørelsen af årets nettogevinst. Derfor vil et tidligere års tab på en erhvervsmæssigt tilknyttet kontrakt kunne nedbringe den samlede nettogevinst, der danner grundlag for den skattepligtiges adgang til at fradrage tab på kontrakter uden erhvervsmæssig tilknytning. Se SKM2001. 412. LSR.

2. Ægtefælles nettogevinst på kontrakter i indkomståret. Det er en betingelse, at ægtefællerne er samlevende ved indkomstårets udgang efter KSL § 4. Se KGL § 32, stk. 2, 3. og 4. pkt.

Hvis tabet kan modregnes hos den skattepligtige i det pågældende indkomstår, kan tabet ikke overføres til ægtefællen.

(…)

5. Gevinst på kontrakter (herunder gevinst hos ægtefællen) og derefter gevinst på aktier (herunder gevinst hos ægtefællen) i senere indkomstår. Se KGL § 32, stk. 4.

Tab kan kun fremføres til et senere indkomstår, hvis det ikke kan udnyttes i et tidligere indkomstår. Tabet skal altså udnyttes i det tidligst mulige år. Se KGL § 32, stk. 4, 2. pkt.

(…)

LSRM 1983.70

En skatteyder havde optaget et finanslån i fremmed valuta til køb af en flyvemaskine, der blev anset for anvendt med 55 pct. til erhverv og 45 pct. til privat. Landsskatteretten fandt, at hele kurstabet på finanslånet var fradragsberettiget i henhold til den dagældende bestemmelse i ligningslovens § 8 D.

TfS 1999, 353 LSR

Landsskatteretten anerkendte, at nogle futures-kontrakter for en svineproducent havde tilknytning til skatteyderens erhvervsmæssige virksomhed, idet skatteyderen havde forsøgt at afdække risikoen for prisfald for svinekød. Skatteyderens produktion havde udgjort ca. 23.200 kg pr. måned, men han havde ved indgåelse af futures-kontrakterne alene afdækket i alt 16.000 kg pr. måned. Landsskatteretten tog ved afgørelsen i betragtning, at kontrakterne ikke havde vedrørt større mængder end mængden af skatteyderens leverancer af fedesvin til slagteriet.

SKM2003. 309. VLR¬

En svineproducent havde erhvervet nogle svinefutures på råvarebørsen i Amsterdam. Vestre Landsret anerkendte, at disse futures havde tilknytning til skatteyderens erhvervsmæssige virksomhed, idet landsretten fandt, at det var relevant for landmanden at søge at prissikre sin produktion. Landsretten lagde endvidere til grund, at den mængde svin, som kontrakterne angik, på intet tidspunkt oversteg skatteyderens egen svineproduktion.

SKM2007. 411. SR¬

Skatterådet fastslog, at en renteswap, der stillede skatteyderen, som om et fastforrentet lån i danske kroner var omlagt til variabel forrentning i schweizerfranc, havde erhvervsmæssig tilknytning. Swapaftalens hovedstol var den samme som hovedstolen for det erhvervsmæssige lån. Skatterådet lagde vægt på, at formålet med swappen var at få en lavere renteudgift, og at swapaftalens hovedstol udgjorde samme beløb som det oprindelige lån.

SKM2007. 573. SR¬

Skatterådet bekræftede, at en renteswap kunne medtages i virksomhedsskatteordningen, idet den kunne anses for et erhvervsmæssigt aktiv. SKAT havde indstillet, at det ville ændre besvarelsen, hvis renteswapaftalen var sammensat af to fremmede valutaer. Skatterådet bemærkede, at det ikke udelukkede anvendelsen af virksomhedsskatteordningen, at swapaftalen var sammensat af to fremmede valutaer, men at der i det foreliggende tilfælde ikke var anført en tilstrækkelig erhvervsmæssig begrundelse for dette. Skatterådet fastslog endvidere, at hvis renteswapaftalen dækker et noget større beløb end den erhvervsmæssige gæld, vil det trække i retning af, at der ikke er den fornødne tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed, idet vurderingen blandt andet vil afhænge af, hvor meget renteswappen overstiger den oprindelige erhvervsmæssige gæld. Skatterådet afviste derfor at besvare dette spørgsmål, idet det ikke kunne besvares med fornøden sikkerhed.

SKM2008. 108. SR¬

Skatterådet fastslog, at en swapaftale, der skulle afdække rente- og valutakursrisikoen på gæld i en erhvervsvirksomhed, bestående af fast ejendom, måtte anses for at have tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed. Swapaftalens hovedstol fulgte afviklingsmæssigt restgælden på det erhvervsmæssige lån.

SKM2009. 152. SR¬

Skatterådet fastslog, at en swapaftale måtte anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Swapaftalens hovedstol ville ikke overstige den aktuelle gæld i virksomheden på aftaletidspunktet.

SKM2009. 357. SR¬

Skatterådet fastslog, at valutaterminskontrakter og valutaoptioner, der er knyttet til erhvervsmæssige lån i fremmed valuta, kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, når det forudsættes, at valutaplejepuljens transaktioner altid involverer det bagvedliggende erhvervsmæssige låns valuta. Hvis den finansielle kontrakt indeholder valutaer, der er forskellige fra det oprindelige låns valuta, kan den finansielle kontrakt ikke anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

SKM2010. 841. SR¬

Skatterådet fastslog, at en renteswapaftale måtte anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Skatterådet lagde vægt på, at det oprindelige lån havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, idet det var en del af finansieringen af en udlejningsejendom. Skatterådet lagde endvidere vægt på, at renteswapaftalen var indgået for at imødekomme eventuelle forøgede udgifter ved rentestigninger på kreditforeningslånet, samt at renteswapaftalen havde et loft på 16.000.000 kr., medens hovedstolen på det oprindelige lån var på 16.040.000 kr.

SKM2011. 20. SR¬

Skatterådet fastslog, at lånepleje/gældspleje (en pulje af finansielle kontrakter) havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Skatterådet lagde vægt på, at formålet med låneplejen var at reducere finansieringsudgifterne i relation til skatteyderens erhvervsmæssige lån, at deltagelse i låneplejen højst kunne ske med et beløb, svarende til restgælden på skatteyderens erhvervsmæssige lån, samt at alle kontrakter tog udgangspunkt i det bagvedliggende låns valuta.

SKM2011. 158. LSR (påklage af SKM2010. 110. SR)

Landsskatteretten fastslog, at en finansiel kontrakt kan indgå i virksomhedsskatteordningen under forudsætning af, at kontrakten har tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed. Den i sagen påtænkte swapaftale var uden nærmere direkte tilknytning til fordringer, gæld eller andre transaktioner i skatteyderens virksomhed. Landsskatteretten fastslog derfor, at swapaftalen ikke kunne indgå i virksomhedsskatteordningen.

SKM2012. 175. LSR¬

Landsskatteretten fandt, at der ikke var sammenhæng i valutaer eller beløb mellem de i sagen omhandlede valutaterminsforretninger og skatteyderens erhvervsmæssige gæld. Landsskatteretten fastslog derfor, at valutaterminskontrakterne ikke kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

SKM2013. 772. LSR og SKM2014. 477. LSR¬

Landsskatteretten fandt, at de i sagerne omhandlede valutaswaps ikke kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, idet kontrakterne ikke var indgået for at afdække en risiko, men for at nedbringe virksomhedernes samlede finansielle udgifter. I den ene sag oversteg swappens tekniske hovedstol endvidere den erhvervsmæssige gæld.

SKM2015. 198. SR¬

Skatterådet fastslog, at en finansiel kontrakt om en "rentekorridor", hvorefter der blev etableret et renteloft og et rentegulv, og som blive indgået på baggrund af erhvervsmæssig gæld, måtte anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

SKM2015. 320. LSR¬

Landsskatteretten fandt, at en valutaterminskontrakt i schweizerfranc ikke kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, idet skatteyderens gæld var i euro og danske kroner.

SKM2015. 764. VLR¬

En landmand havde indgået en swapaftale, som medførte, at landmanden mod at betale en rente i schweizerfranc modtog rente af et tilsvarende beløb i danske kroner. Størstedelen af landmandens erhvervsmæssige lån var optaget i euro.

Landsretten fandt, at swapaftalen ikke kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Landsretten lagde vægt på, at swapaftalen beløbsmæssigt oversteg det optagne og udbetalte erhvervsmæssige lån, samt at swapaftalen anvendte danske kroner og schweizerfranc, medens lånet var optaget i euro. Det kunne ikke føre til et andet resultat, at der var givet tilsagn om yderligere låneoptagelse, at landmanden også havde erhvervsmæssig gæld i danske kroner, eller at der føres en fastkurspolitik, hvorefter kursen på danske kroner skal følge kursen på euro.

SKM2016. 35. LSR¬

Landsskatteretten fastslog, at en renteswap ikke kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Det blev taget i betragtning, at renteswappen var i danske kroner, medens de underliggende lån var i henholdsvis euro og danske kroner. Det blev endvidere taget i betragtning, at renteswappens tekniske hovedstol beløbsmæssigt havde oversteget det underliggende lån i danske kroner med et betydeligt beløb.

SKM2016. 316. LSR¬

Landsskatteretten fandt, at en renteswapaftale, hvor skatteyderen opnåede at bytte en variabel forrentning på et underliggende realkreditlån i en udlejningsejendom til en fast forrentning, måtte anses for tilknyttet udlejningsvirksomheden.

Skatteyderens erhvervsmæssige gæld udgjorde 446.400 EUR, der var optaget den 7. december 2007, og 116.900 EUR, der var optaget i 2010.

Ved en valutaswap, aftalt den 7. januar 2008, var 268.000 EUR af den erhvervsmæssige gæld reelt omlagt til en gæld på 439.225 CHF. Valutaswappen var anset for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

Ved en renteswap, aftalt den 27. marts 2009, var renten på en gæld på 446.400 EUR reelt omlagt fra en variabel til en fast rente.

Efter at 268.000 EUR af gælden reelt var omlagt til CHF, var der imidlertid reelt kun en gæld i EUR på 178.400 EUR. Uanset dette fandt Landsskatteretten imidlertid, at også renteswappen måtte anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

SKM2016. 441. SR¬

Skatterådet fastslog, at ikke ville have nogen skattemæssig effekt, at eksisterende renteswaps blev omlagt fra euro til danske kroner, selv om omlægningen måtte anses for en så væsentlig ændring af vilkårene

i swapaftalerne, at disse måtte anses for realiseret og nye kontrakter indgået. De underliggende realkreditlån, der vedrørte skatteyderens virksomhed, blev ligeledes omlagt fra euro til danske kroner. Renteswapsene blev derfor fortsat anset for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

SKM2016. 486. LSR¬

Landsskatteretten fastslog, at den omhandlede renteswap ikke kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Det blev taget i betragtning, at swappens hovedstol væsentligt oversteg skatteyderens erhvervsmæssige gæld på indgåelsestidspunktet, samt at skatteyderen omlagde sin erhvervsmæssige gæld i danske kroner til euro, uden at det påvirkede renteswappen. Renteswappen opfyldte herefter ikke betingelsen om, at der skal være overensstemmelse mellem valutaen i renteswappen og valutaen i den underliggende gæld.

SKM2016. 587. HR¬

Højesteret fastslog, at valutaterminskontrakter normalt kan anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, hvis kontrakten indgås med henblik på at afdække valutakursrisikoen ved lån eller tilgodehavender i fremmed valuta, samt efter omstændighederne for valutaterminskontrakter, der indgås med henblik på at reducere finansieringsomkostningerne ved at stille skatteyderen, som om et lån var omlagt til den fremmede valuta. Det forudsættes, at der er en tæt sammenhæng mellem valutaterminskontrakterne og lånet. I den konkrete sag var der ikke beløbsmæssig sammenhæng mellem valutaterminskontrakterne og gælden, og valutaterminskontrakterne kunne derfor ikke anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed.

SKM2017. 425. SR¬

Skatterådet fastslog, at hvedefutures, der indgås for at prissikre kommende forbrug af foderhvede og foderbyg til skatteyderens svineproduktion, kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Det gjaldt, uanset at de omhandlede hvedefutures var i euro, medens afregningen af foderhvede og foderbyg skulle ske i danske kroner, og uanset, at hovedstolen i de omhandlede hvedefutures eventuelt kunne komme til at overstige skatteyderens faktiske køb af foderhvede og foderbyg.

SKM2017. 426. SR¬

Skatterådet fastslog, at købsfutures vedrørende hvede for en planteavler, der allerede havde solgt sin hvede, **ikke** kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Det var uden betydning, at de omhandlede købsfutures var i euro, medens afregningen af hveden var sket i danske kroner.

SKM2017. 427. SR¬

Skatterådet fastslog, at hvede- og rapsfutures, der indgås inden høsten for at prissikre hvede henholdsvis raps for en planteavler, kunne anses for at have tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Det gjaldt, uanset at de omhandlede hvede- og rapsfutures var i euro, medens afregningen af høsten skulle ske i danske kroner, og uanset, at hovedstolen i de omhandlede hvede- og rapsfutures eventuelt kunne komme til at overstige skatteyderens faktiske salg af hvede og raps.

Spørgsmål 3, 4 og 5

Lovgrundlag

Virksomhedsskattelovens § 1, stk. 1 og 2, og § 2, stk. 4 og 5

§ 1. Skattepligtige personer, der driver selvstændig erhvervsvirksomhed, kan anvende virksomhedsordningen efter reglerne i dette afsnit på indkomst fra virksomheden. Dette gælder dog ikke, hvis indkomst fra virksomheden er kapitalindkomst efter § 4, stk. 1, nr. 9 eller 11, i personskatteloven. Endvidere kan virksomhedsordningen ikke anvendes på konkursindkomst, jf. konkursskattelovens § 6.

Stk. 2. Aktier m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven, uforrentede obligationer og præmieobligationer kan ikke indgå i virksomhedsordningen, medmindre den skattepligtige driver næring med sådanne aktiver. Konvertible obligationer omfattet af aktieavancebeskatningsloven, andele i foreninger omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 3 og 4, obligationer, der beskattes efter reglerne for finansielle kontrakter, samt aktier og investeringsbeviser m.v., når aktier og investeringsbeviser m.v. er udstedt af et investeringsselskab, jf. aktieavancebeskatningslovens § 19, kan dog indgå i virksomhedsordningen.

(…)

§ 2.

(…)

Stk. 4. Beløb, der overføres mellem virksomhedsordningen og privatøkonomien, skal bogføres særskilt for hver post med virkning fra det tidspunkt, hvor overførslen finder sted, jf. dog stk. 5.

Stk. 5. (…) Overførsel af finansielle aktiver og passiver, indskud og overførsler efter § 5, der kan foretages inden fristen for indgivelse af selvangivelse, skal bogføres med virkning fra indkomstårets udløb.

(…)

Praksis

Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. C. 5.2.2.4 Erhvervsmæssige aktiver

(…)

Resumé

Som hovedregel er det kun erhvervsmæssige aktiver, der kan indgå i virksomheden. Det er derfor nødvendigt at dele aktiverne op i en erhvervsmæssig og en privat del. Afsnittet indeholder eksempler på afgrænsningen mellem erhvervsmæssige og private aktiver.

Hovedregel

Når den selvstændigt erhvervsdrivende har valgt at bruge virksomhedsordningen for et indkomstår, skal reglerne anvendes for hele virksomheden i hele indkomståret. Se VSL § 2, stk. 2.

De erhvervsmæssige aktiver skal indgå i virksomhedsordningen. Som udgangspunkt er det ikke muligt at holde en del af de erhvervsmæssige aktiver uden for ordningen.

(…)

Bemærk

Private aktiver kan ikke indgå i virksomhedsordningen.

Se nærmere i afsnittet om aktiver, der ikke kan indgå i virksomhedsordningen, hvor der er eksempler på private aktiver.

Undtagelse

Aktiver i virksomheder omfattet af PSL § 4, stk. 1, nr. 9 og 11 (anpartsvirksomhed), kan ikke indgå i virksomhedsordningen. Se VSL § 1, stk. 1, 2. pkt.

Visse finansielle aktiver kan heller ikke indgå i virksomhedsordningen, selvom de er erhvervsmæssige. De kan dog indgå i virksomhedsordningen, hvis den selvstændige driver næringsvirksomhed med disse aktiver. Se **VSL § 1**, stk. 2.

Dette gælder fx
- aktier mv. omfattet af aktieavancebeskatningsloven
- uforrentede obligationer
- præmieobligationer.

Anpartsvirksomhed og aktier, andelsbeviser mv. er nærmere omtalt i afsnittene:
- C. C. 5.2.2.2 om anpartsvirksomhed
- C. C. 5.2.2.5 om aktier, andelsbeviser mv.

Aktiver, der kan eller skal indgå i virksomhedsordningen

Dette afsnit indeholder eksempler på erhvervsmæssige aktiver, der kan eller skal indgå i virksomhedsordningen. Eksemplerne er ikke udtømmende.

(…)

Finansielle aktiver er
- forudbetalt husleje, deposita og forudbetalinger på ovennævnte aktiver
- tilgodehavender fra salg af varer og tjenesteydelser
- periodeafgrænsningsposter
- konvertible obligationer omfattet af aktieavancebeskatningsloven
- andele i foreninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 og 4
- uforrentede obligationer og uforrentede indeksobligationer, hvis den selvstændige driver næring med disse aktiver eller de beskattes efter reglerne for finansielle kontrakter
- aktier og investeringsbeviser mv., når de er udstedt af et investeringsselskab. Se ABL § 19.
- beløb indskudt på en ordning omfattet af PBL § 53 A, kan i visse tilfælde medtages i virksomhedsordningen. En ordning, der fremstod som en almindelig bankkonto med en opsigelse på en måned og uden forsikringselementer, kunne således medtages i virksomhedsordningen. Se SKM2011. 701. LSR. Anvendes midlerne i ordningen derimod til investering i aktiver, der ikke kan indgå i virksomhedsordningen, fx aktier, vil disse ikke kunne medtages i virksomhedsordningen uanset et eventuelt fravær af forsikringselementer. Se SKM2017. 631. SR.

Investering i konvertible obligationer, udstedt af et selskab ejet af den skattepligtige, vil dog efter SKATs opfattelse skulle behandles på samme måde som andre udlån til selskabet. Se beskrivelsen heraf længere nede i dette afsnit.

Øvrige finansielle aktiver

Øvrige finansielle aktiver er aktiver, der ikke er nævnt i VSL § 1, stk. 2. Det kan fx være en kontantbeholdning eller en obligationspost.

Garantbeviser i en sparekasse er omfattet af VSL § 1, stk. 1, og kan indgå i virksomhedsordningen. Der kan ikke ske kursstigninger eller kursfald på disse garantbeviser. Se SKM2004. 146. LR.

En renteswap kan indgå i virksomhedsordningen, når den erhvervsmæssigt er knyttet til virksomheden. I praksis er der lagt afgørende vægt på, at en renteswaps hovedstol ikke må overstige den oprindelige hovedstol på det erhvervsmæssige lån på aftaletidspunktet, hvis swapaftalen skal anses for erhvervsmæssig. Se fx SKM2007. 573. SR og SKM2009. 152. SR, hvor en renteswap blev anset for erhvervsmæssig.

En valutaswap havde hverken tilknytning til virksomhedens drift eller gæld, og kunne derfor ikke indgå i virksomhedsordningen. Se SKM2011. 158. LSR. En hvede- og rapsfuture afdækkede erhvervsmæssige risici og kunne derfor indgå i virksomhedsordningen. Se SKM2017. 427. SR.

Det er vanskeligt at afgøre, om øvrige finansielle aktiver er erhvervsmæssige eller private. Derfor skal den selvstændiges fordeling eller placering af aktiverne som udgangspunkt lægges til grund. Det fremgår fx af SKM2007. 351. SR**.** Afgørelsen vedrørte en "working interest", der gav sin indehaver ret til en løbende nettoandel af indtjeningen fra et olie- og gasfelt i USA. Den selvstændiges fordeling mellem privat og erhverv var som udgangspunkt afgørende for, om aktivet var erhvervsmæssigt og kunne indgå i virksomhedsordningen.

Aktier, andelsbeviser mv. er nærmere omtalt i afsnit C. C. 5.2.2.5.

(…)

Aktiver, der ikke kan indgå i virksomhedsordningen

Dette afsnit indeholder eksempler på aktiver, der ikke kan indgå i virksomhedsordningen. Eksemplerne er ikke udtømmende.

Erhvervsmæssige aktiver, der ikke kan indgå i ordningen

Disse aktiver kan ikke indgå:
- Aktiver i anpartsvirksomhed omfattet af PSL § 4, stk. 1, nr. 9 eller 11. Se VSL § 1, stk. 1.
- Finansielle aktiver, der eraktier mv. omfattet af aktieavancebeskatningsloven
  - uforrentede indeksobligationer
  - uforrentede obligationer
  - præmieobligationer,

medmindre den selvstændige driver næring med sådanne aktiver. Se VSL § 1, stk. 2.

Uforrentede indeksobligationer og uforrentede obligationer kan dog indgå i virksomhedsordningen, hvis de er omfattet af kursgevinstlovens bestemmelser om finansielle kontrakter. Det er en betingelse, at de har tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed. Se KGL §§ 29 og **32**.

Finansielle aktiver omfattet af VSL § 1, stk. 2, er nærmere omtalt i afsnit C. C. 5.2.2.5

(…)

Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. C. 5.2.2.5 Aktier, andelsbeviser mv.

(…)

Resumé

Som udgangspunkt skal alle erhvervsmæssige aktiver indgå i virksomhedsordningen, når den selvstændige har valgt at benytte denne ordning. En række finansielle aktiver kan dog ikke indgå i virksomhedsordningen, selv om de har tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed.

Hovedregel

Finansielle aktiver, der er omfattet af **VSL § 1**, stk. 2, 1. pkt., kan ikke indgå i virksomhedsordningen, selv om de vedrører den erhvervsmæssige virksomhed.

Finansielle aktiver kan dog indgå i virksomhedsordningen, hvis
– den selvstændige driver næring med sådanne aktiver, fx som vekselerer, eller
– aktiverne beskattes efter reglerne for finansielle kontrakter i kursgevinstloven.

Se VSL § 1**,** stk. 2.

Undtagelse

Følgende finansielle aktiver kan indgå i virksomhedsordningen, hvis de har tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed:
– Konvertible obligationer omfattet af aktieavancebeskatningsloven
– Andele i foreninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 og 4

Se VSL § 1, stk. 2, 2. pkt.

Konvertible obligationer kan indgå i virksomhedsordningen, så længe de ikke er konverteret til aktier. Hvis de konverteres til aktier, kan aktierne ikke indgå i virksomheden, og et beløb svarende til aktiernes værdi anses for overført til den selvstændige i hæverækkefølgen, medmindre det bliver bogført på mellemregningskontoen. Investering i konvertible obligationer, udstedt af et selskab ejet af den skattepligtige, vil efter SKATs opfattelse skulle behandles på samme måde, som andre udlån til selskabet. Se beskrivelsen heraf i afsnit C. C. 5.2.2.4.

Aktiver, der ikke kan indgå efter hovedreglen

Efter VSL § 1, stk. 2, kan
– aktier mv. omfattet af aktieavancebeskatningsloven
– uforrentede indeksobligationer
– uforrentede obligationer
– præmieobligationer

ikke indgå i virksomhedsordningen, medmindre den selvstændige driver næring med sådanne aktiver fx som vekselerer.

(…)

Praksis

Den nærmere afgrænsning af, hvilke aktiver der er omfattet af VSL § 1, stk. 2, fremgår af en række afgørelser.

(…)

Konsekvenser ved investeringer i aktiver, der ikke kan indgå i virksomhedsordningen

Hvis en selvstændig investerer midler fra virksomheden i aktier eller andre værdipapirer, der ikke kan indgå i virksomhedsordningen, anses et beløb, der svarer til købsprisen, for overført til den selvstændige efter hæverækkefølgen i VSL § 5. Overførslen skal ske på det tidspunkt, hvor værdipapirerne bliver købt.

Se også afsnit A. A. 14 om mulighederne for omgørelse, skatteforbehold og ændring af valg i selvangivelsen.

(…)

Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. C. 5.2.7.1 Overførsler fra virksomhedsordningen til privatøkonomien

(…)

Oversigt over former for hævninger

Overførsel fra virksomhedsordningen til privatøkonomien kan ske med beløb eller andre værdier, der:
– faktisk overføres
– anses for overført
– er hensat til senere faktisk hævning
– er stillet til sikkerhed for privat gæld

Beløb eller andre værdier, der faktisk overføres

Beløb, der faktisk er overført til den selvstændige, er fx kontanter, værdipapirer, driftsmidler og andre aktiver. Faktiske overførsler skal registreres i virksomhedens regnskab.

(…)

Tidspunktet for overførslerne

Hver post skal bogføres særskilt, når der er overført beløb mellem virksomhedsordningen og privatøkonomien. Bogføringen skal ske med virkning fra det tidspunkt, hvor overførslen finder sted. Se VSL § 2, stk. 4.

Kontante overførsler skal løbende registreres i virksomhedens kasseregnskab. Der er derimod ikke krav om løbende registrering i kasseregnskabet af ikke kontante overførsler, ligesom der heller ikke kræves eksterne registreringer i fx pengeinstitutter, Værdipapircentralen, tinglysningskontorer mv.

Finansielle aktiver og passiver anses for overført med virkning for indkomstårets ultimobalance. Hvis aktivet eller passivet fx overføres til privatøkonomien, vil det indgå i årets kapitalafkastgrundlag. Renteindtægter og -udgifter og kursgevinster og -tab for hele året kan trækkes fra ved opgørelsen af årets overskud. Se VSL § 2, stk. 5.

Overførsler af ikke finansielle aktiver og passiver mellem virksomheden og den selvstændige skal som udgangspunkt ske på det faktiske overførselstidspunkt, idet der er tale om overgang til anden anvendelse.

(…)

Udtagning af aktiver, der fejlagtigt indgår i virksomhedsordningen (SKM2017. 622. SKAT)

Aktiver, som en skattepligtig har anbragt i virksomhedsordningen, uden at virksomhedsskattelovens betingelser herfor er opfyldt, skal udtages af ordningen med virkning fra det tidligst mulige indkomstår.

Som eksempler på aktiver, der ikke kan indgå i virksomhedsordningen, kan nævnes:
– Aktiver, der udelukkende benyttes privat
– Aktiver, der er overgået fra udelukkende erhvervsmæssig til delvis erhvervsmæssig benyttelse eller privat brug

– Aktiver, der både benyttes privat og erhvervsmæssigt, og hvorom der ikke er fastsat særlige regler i henhold til hvilke, aktiverne kan indgå i virksomhedsordningen
– Aktier omfattet af aktieavancebeskatningsloven, medmindre den skattepligtige driver næring med sådanne aktiver, eller der er tale om aktier, der er udstedt af et investeringsselskab, jf. ABL § 19¬
– Aktiver, der indgår i en virksomhed, hvorfra indkomsten er kapitalindkomst, jf. PSL § 4, stk. 1, nr. 9 eller 11.

Konsekvensen af, en skattepligtig uberettiget har ladet et aktiv indgå i virksomhedsordningen, er efter SKATs opfattelse, at aktivet skal udtages af virksomhedsordningen. Udtagelsen kan enten ske ved korrektion af indskudskontoen eller over hæverækkefølgen i VSL § 5 afhængigt af, hvornår udtagningen finder sted.

Overførsel af beløb og værdier fra virksomhedsordningen til privatøkonomien kan kun ske efter bestemmelserne i VSL § 5, medmindre der er særlig hjemmel i andre bestemmelser, fx VSL §§ 15 og 15a (hel eller delvis ophør eller afståelse af virksomhed) eller SFL § 30 (selvangivelsesomvalg). I disse tilfælde sker overførslen efter disse særlige bestemmelser.

I forbindelse med at et aktiv udtages af virksomhedsordningen, foretages de konsekvensændringer, der er afledt af, at aktivet udtages. Dette vil blandt andet kunne indebære, at der skal ske ændring af virksomhedens overskud, af kapitalafkastgrundlaget, kapitalafkastet, rentekorrektion og overskudsdisponering, herunder hensættelser til senere hævning. Endvidere vil der kunne ske tilbageførsel af skattemæssige afskrivninger. Konsekvensændringerne kan indebære, at der skal ske genoptagelse af skatteansættelserne for de efterfølgende indkomstår.

Frister for at udtage aktiver af virksomhedsordningen

Aktiver, der uretmæssigt er anbragt i virksomhedsordningen, skal udtages af ordningen i det første indkomstår, der ligger inden for genoptagelsesfristen. Dette betyder, at aktivets værdi skal anses for overført på dette tidspunkt.

Dette gælder tilsvarende for aktiver, der tidligere har opfyldt betingelserne for at blive anbragt i virksomhedsordningen, men som ikke længere opfylder betingelserne, fordi aktiverne er overgået til udelukkende eller delvis privat anvendelse.

Forud for at et aktiv udtages af virksomhedsordningen, må det vurderes, om SKAT kan genoptage ansættelsen inden for den ordinære frist i SFL § 26, stk. 1, eller om SKAT kan genoptage efter SFL § 27, stk. 1, nr. 5, hvor forældelsesfristen er 10 år for det afledte skattekrav, jf. SFL § 34 a.

Der kan efter SFL § 26, stk. 1, senest ske genoptagelse den 1. maj i det 4. indkomstår efter indkomstårets udløb. Se afsnit A. A. 8.2.1.1.

Hvis den skattepligtige i forbindelse med, at et aktiv uretmæssigt er blevet anbragt i virksomhedsordningen, har handlet mindst groft uagtsomt, kan der på SKATs initiativ ske ekstraordinær genoptagelse efter SFL § 27, stk. 1, nr. 5. Det er en forudsætning for, at der kan ske genoptagelse efter SFL § 27, stk. 1. nr. 5, at SKAT har sendt forslag til ændring af ansættelsen senest 6 måneder efter, at SKAT har fået kendskab til forholdet, jf. SFL § 27, stk. 2. Se afsnit A. A. 8.2.2.1.2.5. og A. A. 8.2.2.1.4.

Aktivet kan udtages fra indskudskontoen

Hvis aktivet er indgået på virksomhedens indskudskonto, og det er muligt at korrigere indskudskontoen inden udløbet af den ordinære genoptagelsesfrist, jf. SFL § 26, stk. 1, eller hvis SFL § 27, stk. 1, nr. 5, finder anvendelse, skal SKAT udtage aktivet fra indskudskontoen til det beløb, hvormed det er

indskudt, således at den skattepligtige bliver stillet som om, at det pågældende aktiv ikke var indskudt i virksomhedsordningen.

Aktivet kan ikke udtages fra indskudskontoen

VSL § **5** angiver, i hvilken rækkefølge beløb anses for hævet i virksomheden og overført til den skattepligtige. Hvis et aktiv uberettiget er indskudt i virksomhedsordningen, men det på grund af overskridelse af den ordinære genoptagelsesfrist i SFL § 26, stk. 1, ikke er muligt at korrigere indskudskontoen, og SFL § 27, stk. 1, nr. 5, ikke finder anvendelse, udtager SKAT aktivet som en hævning over hæverækkefølgen, jf. VSL § 5, i det første indkomstår, der ligger inden for den ordinære genoptagelsesfrist, jf. **SFL** § 26, stk. 1. Aktivet udtages med virkning fra primo indkomståret. Finansielle aktiver skal dog udtages med virkning ultimo indkomståret, jf. VSL § 2, stk. 4. Det er en konsekvens af, at finansielle aktiver udtages med virkning ultimo indkomståret, at afkast fra sådanne aktiver – fx aktieudbytte – der er erhvervet ret til i løbet af indkomståret, ikke kan udtages i samme indkomstår. I efterfølgende indkomstår behandles udbytte på samme måde som hovedaktivet.

Aktivet skal som hovedregel udtages til handelsværdien på det tidspunkt, hvor det udtages.

Der gælder den undtagelse til hovedreglen, at et aktiv, der både før og efter, at det tages ud af virksomhedsordningen, har været anvendt erhvervsmæssigt, skal udtages til den nedskrevne værdi, således at afskrivningerne foretages på samme grundlag som hidtil. Dette betyder, at et aktiv, der udtages af virksomhedsordningen, fordi ordningen ikke kan anvendes på indkomst fra virksomheder, hvis indkomst er kapitalindkomst efter PSL § 4, stk. 1, nr. 9 eller 11, skal udtages til den nedskrevne værdi.

Udtagelse af et aktiv, der ikke indgår på indskudskontoen

Hvis aktivet ikke indgår på indskudskontoen, fordi det efter virksomhedens start er anskaffet for virksomhedens midler, skal aktivet udtages som en hævning over hæverækkefølgen, jf. VSL § 5, hvis aktivet fra anskaffelsestidspunktet ikke anvendes erhvervsmæssigt, eller hvis aktivet er overgået fra erhvervsmæssig til privat anvendelse.

Hvis det inden for genoptagelsesfristen i SFL § 26, stk. 1, eller SFL § 27, stk. 1, nr. 5, og SFL § 34 a, er muligt at udtage aktivet på det tidspunkt, hvor det blev anskaffet, skal aktivet udtages med virkning fra dette tidspunkt til anskaffelsessummen.

Hvis det på grund af genoptagelsesfristen, ikke er muligt at udtage aktivet med virkning fra anskaffelsestidspunktet, skal aktivet udtages med virkning fra det første indkomstår, der ligger inden for genoptagelsesfristen.

Særligt om finansielle kontrakter

Finansielle kontrakter er selvstændige aktiver, der både kan have en positiv og en negativ værdi, og som kan indgå i virksomhedsordningen i det omfang, aktiverne knytter sig til den erhvervsmæssige virksomhed. En finansiel kontrakt, der ikke opfylder betingelserne for at være i virksomhedsordningen, skal udtages af ordningen til markedsværdien ultimo indkomståret. Hvis markedsværdien er positiv, skal udtagningen ske i form af en hævning, mens der skal foretages et indskud på indskudskontoen, hvis markedsværdien er negativ.

(…)

Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. C. 5.2.7.4 Private udgifter

(…)

Anskaffelse af aktier mv.

Aktier, anparter, mv. kan ikke indgå i virksomhedsordningen. Hvis aktier mv. er købt for virksomhedens midler, skal et beløb, som svarer til købesummen anses for overført til privatøkonomien efter hæverækkefølgen i VSL § 5, medmindre det er posteret på mellemregningskontoen. Se SKM2015. 291. SR.

(…)

Visse finansielle aktiver kan ikke indgå i virksomhedsordningen. Se VSL § 1, stk. 2. Disse aktiver skal altid indgå i den selvstændiges privatøkonomi. Det er uden betydning, om der er tale om en midlertidig investering af likvide midler i værdipapirer. Købesummen skal i alle tilfælde anses for hævet og overført til den selvstændige. Bliver værdipapirerne siden solgt, vil salget derfor blive behandlet helt på linje med salg af andre aktiver, der er placeret uden for virksomhedsordningen.

(…)

Den juridiske vejledning (2018-1), afsnit C. C. 5.2.8.1 Opgørelse efter skattelovgivningens almindelige regler

(…)

Hovedregel

Selvom den selvstændige har valgt at benytte virksomhedsordningen, skal virksomhedens skattepligtige indkomst opgøres efter skattelovgivningens almindelige regler. Se VSL § 6, stk. 1.

Undtagelse

Der er i virksomhedsskatteloven fastsat særlige regler om:
– Renteperiodisering. Se VSL § 6, stk. 2,
– Leasingbiler. Se VSL § 6, stk. 3,

(…)

Udover disse to bestemmelser gælder der ingen særlige regler for indkomstopgørelsen i virksomhedsskatteloven.

Betydningen af reglerne om opgørelse af virksomhedens indkomst

Den selvstændige skal opgøre indkomsten for virksomheden som sædvanligt. I opgørelsen indgår alle skattepligtige indtægter og udgifter vedrørende virksomheden, herunder renter og kursgevinster og -tab. Fortjeneste og tab i forbindelse med afståelse skal også med i indkomstopgørelsen.

(…)

Modregning af gevinst og tab på finansielle kontrakter i og uden for virksomhedsordningen

KGL § 32 indeholder regler, der begrænser adgangen til tabsfradrag på finansielle kontrakter for fysiske personer. Disse tab kan kun modregnes i gevinster på andre kontrakter. Det afgøres ud fra en konkret vurdering, om en finansiel kontrakt har erhvervsmæssig tilknytning. Kontrakter, der er indgået for at afdække erhvervsmæssig risiko eller i øvrigt knytter sig til virksomhedens drift, anses for erhvervsmæssige, jf. KGL § 32, stk. 1. Eventuelle tab på sådanne kontrakter kan modregnes i virksomhedens indkomst.

Tab på finansielle kontrakter, der ikke knytter sig til virksomhedens drift, jf. KGL § 32, stk. 1, omfattes efter Skatteministeriets opfattelse af kursgevinstlovens almindelige regler om modregning af gevinst

og tab på finansielle kontrakter, uanset om den skattepligtige anvender virksomhedsordningen eller ikke. Det anses således ikke for indskud/hævning, at tab og gevinster på finansielle kontrakter uden for virksomhedsordningen modregnes i gevinster og tab på finansielle kontrakter i virksomhedsordningen.

Se også

Se også afsnit
– **C. C. 5.2.2.5** om hvilke finansielle kontrakter, der kan indgå i virksomhedsordningen.

(…)

SKM2006. 307. SR¬

Skatterådet fastslog, at strukturerede obligationer, der beskattes efter reglerne om finansielle kontrakter, kunne indgå i virksomhedsskatteordningen.

SKM2007. 573. SR¬

Skatterådet bekræftede, at en renteswap kunne medtages i virksomhedsskatteordningen, idet den kunne anses for et erhvervsmæssigt aktiv. SKAT havde indstillet, at det ville ændre besvarelsen, hvis renteswapaftalen var sammensat af to fremmede valutaer. Skatterådet bemærkede, at det ikke udelukkede anvendelsen af virksomhedsskatteordningen, at swapaftalen var sammensat af to fremmede valutaer, men at der i det foreliggende tilfælde ikke var anført en tilstrækkelig erhvervsmæssig begrundelse for dette. Skatterådet fastslog endvidere, at hvis renteswapaftalen dækker et noget større beløb end den erhvervsmæssige gæld, vil det trække i retning af, at der ikke er den fornødne tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed, idet vurderingen blandt andet vil afhænge af, hvor meget renteswappen overstiger den oprindelige erhvervsmæssige gæld. Skatterådet afviste derfor at besvare dette spørgsmål, idet det ikke kunne besvares med fornøden sikkerhed.

SKM2011. 158. LSR (påklage af SKM2010. 110. SR)

Landsskatteretten fastslog, at en finansiel kontrakt kan indgå i virksomhedsskatteordningen under forudsætning af, at kontrakten har tilknytning til den erhvervsmæssige virksomhed. Den i sagen påtænkte swapaftale var uden nærmere direkte tilknytning til fordringer, gæld eller andre transaktioner i skatteyderens virksomhed. Landsskatteretten fastslog derfor, at swapaftalen ikke kunne indgå i virksomhedsskatteordningen.

SKM2017. 622. SKAT¬

SKAT fastslog i dette styresignal, at aktiver, der uretmæssigt er anbragt i virksomhedsordningen, skal udtages af ordningen i det første indkomstår, der ligger inden for genoptagelsesfristen, jf. styresignalets pkt. 3. SKAT fastslog endvidere, at finansielle kontrakter, der uretmæssigt er anbragt i virksomhedsskatteordningen, skal udtages af ordningen til markedsværdien ultimo indkomståret, jf. styresignalets pkt. 8.

Se endvidere de afgørelser, der er nævnt under spørgsmål 1, 2 og 6. Det bemærkes, at kriterierne for, hvornår en finansiel kontrakt har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed, er de samme i relation til kursgevinstlovens § 32, stk. 1 (hvor spørgsmålet er, om tab er kildeartsbegrænsede eller ej), og i relation til virksomhedsskattelovens § 1, stk. 1 og 2 (hvor spørgsmålet er, om kontrakterne kan indlægges i virksomhedsskatteordningen eller ej).