

Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk

## Når deltagere i transparente selskaber sætter sig selv på aktier

*Af advokat (L) Bodil Christiansen, Advotax Advokatfirma  
advokat (H), cand. merc. (R) Tommy V. Christiansen*

[www.v.dk](http://www.v.dk)

Skatterådet har ved en afgørelse af 25. maj 2021 udvidet muligheden for at "sætte sig selv på aktier" for personer, der driver selvstændig erhvervsvirksomhed som deltager i et transparent selskab (interessentskab eller partnerselskab).

### "Sætte sig selv på aktier"

Ved begrebet "sætte sig selv på aktier" forstås den disposition, hvor en fysisk person, der driver erhvervmæssig virksomhed, omdanner sin virksomhed til et aktie- eller anpartsselskab, kaldet et kapitalsselskab.

I nærværende sammenhæng anvendes dette udtryk om det tilfælde, hvor en fysisk person som deltager i et interessentskab overdrager sin andel i interessentskabet til et **kapitalsselskab** (aktieselskab eller anpartsselskab), som herefter er deltager i interessentskabet, og dermed er rette indkomstmottager af afkastet af en ejerandel fra interessentskabet, medens personen nu modtager løn og eventuelt udbytte fra kapitalsselskabet.

### Selvstændig erhvervmæssig virksomhed ved deltagelse i et transparent selskab

Et transparent selskab er karakteriseret ved, at selskabet er en selvstændig juridisk enhed, men at driftsresultatet skal beskattes hos ejerkredsen. Det gælder eksempelvis et interessentskab, et partnerselskab og et kommanditselskab. En person, der deltager i et interessentskab, skal således beskattes af sin andel af over- og underskud i interessentskabet

Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk

#### Ligningslovens § 4

Folketinget vedtog den 8. juni 2017 en særregel om virksomhedsdrift i et transparent selskab. Særreglen, ligningslovens § 4, har følgende ordlyd:

*”Deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at deltagerens indkomst fra det skattemæssigt transparente selskab kan anses for indkomst ved selvstændig erhvervsvirksomhed.”*

Denne bestemmelse om deltagelse i et transparent selskab retter sig mod fysiske personer, da der kun sjældent er tvivl om, hvorvidt selskabet i sig selv (partnerselskabet eller interessentskabet som sådant) driver selvstændig erhvervmæssig virksomhed.

Før lovændringen var problemet nærmere, at der forekom eksempler på optagelse af lønmodtagere som nye partnere i partnerselskaber, hvor de ny partnere fik formel status af selvstændige erhvervsdrivende med bl.a. adgang til at anvende de lempeligere skatteregler for erhvervsdrivende, herunder eksempelvis anvendelse af virksomhedsskatteordningen, men hvor de pågældende nye partnere i forhold til økonomisk risiko og indflydelse på partnerselskabets virksomhed i overvejende grad (fortsat) med rette kunne anses som lønmodtagere.

Under den forudgående høring af et udkast til lovforslaget var interessentskaber ikke omfattet. Da lovforslaget efter høringsfasen blev fremsat, var interessentskaber nu også omfattet af bestemmelse, men fik en noget stedmoderlig behandling i forarbejderne.

#### Hvornår driver en deltager i et transparent selskab selvstændig erhvervsvirksomhed?

Praksis ved afgrænsning af, hvornår en deltager i et transparent selskab driver selvstændig erhvervsvirksomhed, har selvsagt udviklet sig i overensstemmelse med lovmotiverne til særreglen. Der anlægges en konkret *helhedsvurdering*, hvor særligt to forhold indgår ved bedømmelsen af, om en deltager i et transparent selskab skatteretligt kan anses for at drive selvstændig erhvervsvirksomhed.

## Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk

Det drejer sig - meget summarisk - om følgende forhold:

1. Omfanget af **den økonomiske risiko**, som den enkeltes ejerskab indebærer, herunder vederlagsform, og
2. Omfanget af **den enkeltes indflydelse i virksomheden**.

Ved opgørelsen af **den økonomiske risiko** indtager størrelsen af indskuddet i det transparente selskab en central placering, således at et stort indskud peger i retning af stor økonomisk risiko og dermed understøtter, at der er tale om selvstændig erhvervsvirksomhed, mens en lille indskud peger i retning af et lønmodtagerforhold.

Det præciseres, at der anlægges en helhedsvurdering, hvor indskuddets størrelse indgår som et blandt flere momenter - men dog som et vigtigt moment.

Vedrørende muligheden for at **”sætte sig selv på aktier”** fremgår det blot af forarbejderne til særreglen, at dette er muligt, hvis personen forud herfor driver selvstændig erhvervsmæssig virksomhed qua sin deltagelse i det transparente selskab.

Hverken lovbestemmelsen som sådan eller forarbejderne opstiller - alt i overensstemmelse med hidtil gældende praksis - forøgede krav eller forudsætninger for at ”sætte sig selv på aktier”.

### Skatterådets afgørelse af 25. maj 2021

I en sag afgjort af Skatterådet den 25. maj 2021 traf rådet en principiel afgørelse i henseende til, hvilke krav, der kan stilles til det kapitalselskab (aktie- eller anpartsselskab), som indtræder som deltager i et interessentskab, hvis interessenten ønsker at ”sætte sig selv på aktier”.

Med andre ord: Hvis en person som følge af indflydelse og økonomisk risiko m.v. må anses som selvstændig erhvervsdrivende ved personlig deltagelse i et transparent selskab, (i denne sag et interessentskab), er spørgsmålet: Kan den pågældende da ved at ”sætte sig selv på aktier” reducere sin økonomiske risiko derved, at egenkapitalen i ak-

Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk

tie-/anpartsselskabet, der nu indtræder som interessent, er mindre end indskuddet i interessentskabet?

### Skattestyrelsens udkast til begrundelse

I den konkrete sag anførte Skattestyrelsen i denne sammenhæng følgende i styrelsens indstilling til afgørelse til Skatterådet:

*”Det fremgår af de særlige bemærkninger til ligningslovens § 4, at deltagere i interessentskaber som udgangspunkt i højere grad end deltagere i partner- eller kommanditselskaber vil opfylde kriterierne for at kunne blive anset for selvstændig erhvervsdrivende, fordi deltagere i interessentskaber - modsat deltagere i partner- eller kommanditselskaber, der alene hæfter begrænset - som udgangspunkt har en personlig, direkte, solidarisk og ubegrænset hæftelse for interessentskabets forpligtelser.*

....

*Det er Skattestyrelsens opfattelse, at i det tilfælde, hvor deltagelsen sker via et selskab, vil den ultimative ejers ....(dvs. personen, nedenfor benævnt B)....risiko kunne begrænses af værdien af det deltagende selskab. Ud fra regnskabsoplysningerne vedrørende .... (kapitalselskabet).... må det lægges til grund, at .....(B's).... deltagelse via det nævnte selskab ikke væsentlig begrænser den risiko, .....(B).... har ved deltagelse i interessentskabet, idet selskabet har en egenkapital på x mio. kr.*

*Denne risiko må anses for tilstrækkelig, således at .....(B).... ville blive anset for selvstændig erhvervsdrivende, hvis han personligt havde deltaget i interessentskabet.”*

Herefter nåede Skattestyrelsen i sin indstilling frem til, at den pågældende interessent kunne ”sætte sig selv på aktier”.

### Skatterådet tilsidesatte Skattestyrelsen begrundelse

Skatterådet var enig i Skattestyrelsens forslag til afgørelse, men uenig i Skattestyrelsens begrundelse for denne afgørelse. Skatterådet udtalte således, at:

Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk

*”Det er Skatterådets opfattelse, at der ikke i ligningslovens § 4 er den fornødne hjemmel til at stille krav til kapitalforholdene i et kapitalselskab, i den situation, hvor en deltager i et interessentskab, der er anset for selvstændigt erhvervsdrivende, vælger at deltage gennem et kapitalselskab. Når det således i Skattestyrelsens indstilling til begrundelse ..... konkluderes, at B kunne anses for selvstændigt erhvervsdrivende, hvis han havde deltaget personligt i interessentskabet, kan der efter Skatterådets opfattelse ikke stilles krav til kapitalforholdene i .... (kapitalselskabet), ... (Kapitalselskabet)... er derfor rette indkomstmodtager af den overskudsandel, der følger ejerskabet i interessentskabet.”*

### **Begrundelse for synspunktet om manglende hjemmel**

På den ene side kan anføres, at såfremt en partner i et **partnerselskab** - hvor indskuddet er anset som tilstrækkeligt stort til, at den pågældende partner kan anses for at drive selvstændig virksomhed – ønsker at ”sætte sig selv på aktier” med en ganske beskedne egenkapital i kapitalselskabet, vil dette medføre en udhulning af kravet i særreglen om en given økonomisk risiko. Og videre må det medgives Skattestyrelsen, at lovmotiverne ikke klart sondrer mellem partnerselskaber og interessentskaber, når bortset fra de ovennævnte, af Skattestyrelsen, citerede bemærkninger.

På den anden side omfatter **ordlyden af selve loven**, som nævnt ovenfor, kun spørgsmålet om en fysisk persons deltagelse i et transparent selskab. Loven opstiller således intet krav til kapitalselskabets egenkapital.

Heller ikke **lovmotiverne** til særreglen giver belæg for, at der kan eller skal stilles krav til kapitalselskabets egenkapital i tilfælde, hvor det forudgående er anerkendt, at en interessent må anses for selvstændigt erhvervsdrivende i kraft af sin deltagelse i interessentskabet.

Hertil kan føjes Skattedepartementets udtalelser i TfS 1998, 137, hvorfra der kan citeres følgende uddrag:

**Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk**

*”Skatteministeriet har her på baggrund af de højesteretsdomme, som ministeriet tabte i 1996, foretaget en undersøgelse af, hvad der nærmere kan udledes af dommene om Højesterets holdning til skattemyndighedernes afgørelser.*

...

*Den væsentligste hovedkonklusion er, at Højesteret synes at have indskærpet kravet om klar hjemmel til beskatning i lovgivningen.*

...

*Synspunktet er formentlig, at er der tvivl om hjemmelsgrundlaget, er dette ubetinget myndighedernes problem. Heri ligger ikke blot, at der ikke kan fortolkes i skærpende retning, ud over hvad lovens tekst - og eventuelt klare lovmotiver - berettiger til; men tillige, at usikkerhed om rækkevidden af en hjemmel trækker i retning af en udvidende fortolkning, hvor dette er til gunst for skatteyderen.”*

Som allerede nævnt giver hverken lovens ordlyd eller lovmotiverne klart grundlag for en skærpelse af den hidtidige praksis, hvorefter kravet for at ”sætte sig selv på aktier” er, at den pågældende driver selvstændig erhvervsmæssig virksomhed. Og at der i øvrigt ikke stilles krav til kapital selskabets egenkapital. Formålet med at ”sætte sig selv på aktier” vil i sagens natur ofte være begrundet med, at den pågældende person ønsker at begrænse sin hæftelse, hvilket i sig selv formentligt kan anerkende som værende udslag af en forretningsmæssig overvejelse

### **Reale hensyn i forhold til interessentskaber**

Efter min opfattelse kan der herudover anføres en række reale hensyn, der fører frem til, at der ikke er grundlag for den udledning, at der kan stilles krav til størrelsen af kapital selskabets egenkapital i tilfælde, hvor en interessent ”sætter sig selv på aktier”. Hensyn, der dog *ikke* kan overføres til partnerselskaber eller kommanditselskaber.

Det beror således efter min opfattelse på en underliggende fejlslutning at basere bedømmelsen af interessentens (personens) økonomiske risiko ved deltagelse i interessentskabet på størrelsen af personens indskud i interessentskabet i den første fase, hvor der

**Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk**

skal tages stilling til, om person som interessent kan anses som selvstændig erhvervsdrivende.

Ret beset forholder det sig omvendt, således at jo større indskud interessenterne (personerne) har i interessentskabet, desto mindre økonomisk risiko for den enkelte interessent, hvilket kan illustreres med et par enkle eksempler:

### **Et eksempel - et udgangspunkt**

Med henvisning til, at bedømmelsen i relation til ligningslovens § 4 beror på en konkret helhedsvurdering kan spørgsmålet om indskuddets størrelse isoleres ved - i følgende stærkt forenklede eksempel - at opstille følgende *øvrige* forudsætninger, der ikke kolliderer med ligningslovens § 4:

En murermester og en tømrermester slår sig sammen og stifter et interessentskab, hvor de bygger huse, som de sælger med fortjeneste. De har lige stor indflydelse og ejerandel i interessentskabet. Deres arbejdsindsats er lige store, og de deler overskuddet lige, ligesom de hver især hæfter fuldt ud som interessenter for interessentskabets gæld, dvs. med hele deres formue. Dvs. hæftelsen er personlig, direkte, solidarisk og ubegrænset.

Samtlige forudsætninger peger i retning af, at de to interessenter driver selvstændig erhvervsvirksomhed i relation til ligningslovens § 4.

Tilbage står alene spørgsmålet betydningen af indskuddets størrelse

### **Indskuddet er spinkelt**

Med ovennævnte momenter gælder det, at selv om de to interessenters indskud er spinkelt, vil dette ikke ændre på det udgangspunkt, at de begge i relation til ligningslovens § 4 må anses som selvstændige erhvervsdrivende ved deltagelse i interessentskabet.

Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk

### **Interessentens økonomiske risiko ved stort eller lille indskud fra interessenterne**

Med ovennævnte udgangspunkt kan man videre rejse det i nærværende sammenhæng helt centrale spørgsmål, om den økonomiske risiko er stigende med et stigende indskud i interessentskabet.

Det kan umiddelbart konstateres, at som følge af en interessents personlige, ubegrænsede og direkte hæftelse for interessentskabets gæld er det som udgangspunkt uden betydning, hvorvidt der er foretaget et indskud eller ej,

I ovennævnte eksempel hæfter de to interessenter personligt, ubegrænset og direkte med alt, hvad de ejer, for gæld, der har sit udspring i interessentskabets drift. Disse kreditorer benævnes ”fælleskreditorer” i modsætning til den enkelte interessents øvrige kreditorer, benævnt ”særkreditorer”.

Begge interessenter har imidlertid en interesse i, at der foretages et positivt indskud i interessentskabet svarende til summen af fælleskreditorernes krav ud fra et *egennyttigt* synspunkt:

Jo større indskud, jo mere er der til dækning af fælleskreditorernes krav. Er interessentskabets kapital ikke tilstrækkelig til dækning af fælleskreditorernes krav, hæfter interessenterne med deres egenkapital udenfor interessentskabet. Er der tale om et lille eller intet indskud, forøger det følgelig den enkelte interessents økonomiske risiko – således risikoen for at skulle betale en uforholdsmæssig stor del af fælleskreditorerne krav i forhold til den situation, hvor alle interessenterne har foretaget et stort indskud.

Den maksimale risiko for den enkelte interessent opstår i det tilfælde, hvor interessenternes indskud ligefrem er negativt som følge af, at interessenterne har trukket mere ud af interessentskabet, end der var dækning for i kraft af overskud i selskabet. Til overflod kan bemærkes, at i det omfang en interessent som følge af hæftelsen skal udrede en del af den gæld, der i den sidste ende påhviler en anden interessent, vil førstnævnte langt fra



**Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk**

altid opnå skattemæssig fradragsret for et eventuelt tab på fordringen mod den anden interessent.

Sammenfattende kan det anføres, at hvis man antager, at den økonomiske risiko øges i takt med interessenternes forøgelse af indskuddet, er det at vende tingene på hovedet.

Kilden til denne fejlslutning er formentligt den enkle, at man i lovmotiverne har haft fokus på partnerselskaber, hvor hæftelsen er begrænset til indskuddet, men næppe har gennemtænkt synspunktets gennemslagskraft i forhold til interessentskaber. <sup>(1)</sup>

Til overflod kan i denne sammenhæng bemærkes, at det er meningsløst at sammenligne en persons økonomiske risiko i form af på den ene side indskuddets størrelse ved personlig deltagelse i interessentskabet med på den anden side størrelsen af kapitalsekskabets egenkapital, allerede fordi indskuddets størrelse ved personlig deltagelse i interessentskabet ikke viser noget om hverken den økonomiske risiko eller den reelle hæftelse, men kun om fælleskreditorernes fortrinsret. En interessent hæfter jo ikke blot med sit indskud og alle sine private aktiver. En interessent hæfter tillige med andre erhvervs-mæssige aktiver, uanset at disse ikke indgår i interessentskabet.

---

<sup>1)</sup> Professor Liselotte Madsen anfører med rette i Den skatteretlige behandling af personselskaber, 2011, s. 28 ff., at der i litteraturen er enighed om, at fælleskreditorerne har fortrinsret til interessentskabets aktiver, men at det i de forløbne omkring 100 år stedse har været omtvistet, hvad der er den nærmere begrundelse for denne ulovhjemlede fortrinsret..

I vores artikel i Revision & Regnskabsvæsen 2018 nr. 7, *Nye regler om begrænsning af underskuds-fremførsel i interessentskaber, partnerselskaber, kommanditselskaber mv* om nærværende emne, er påvist, at svaret herpå findes i voteringsprotokollen til en hidtil upåagtet Højesteretsdom U 1954.1.H. Undertegnede fik for nogle år siden mulighed for at gennemse denne voteringsprotokol. Det fremgår af voteringsprotokollen, at fælleskreditorernes fortrinsret anerkendes primært af hensynet til interessenterne, der har en selvstændig interesse i, at selskabsformuen fortrinsvis anvendes til fyldestgørelse af selskabskreditorerne, da interessenterne hæfter personligt, direkte og solidarisk for denne gæld.

Offentliggjort d. 24. august 2021 på Vidensportalen V.dk

### **Partnerselskaber**

Udsagnet i Skatterådets begrundelse - at særreglen ikke skaber hjemmel til at stille krav til kapitalselskabets egenkapital - gælder i sagens natur alle transparente selskaber, og altså ikke kun interessentskaber som i sagen afgjort af Skatterådet den 25. maj 2021.

De øvrige ovenfor ovenanførte "reale hensyn" gælder dog kun, når der er tale om interessentskaber.

— o —