

[UDGIVET I SR-SKAT (Karnov Group) NOVEMBER 2016, NR. 6, SIDE 390-397]

KOMMANDITISTERS FRADRAGSKONTO - ANSVARLIG INDSKUDSKAPITAL OG SELVSKYLDNERKAUTION

Af advokat Torben Buur, DAHL Advokatfirma
88 91 92 43 | 30 51 92 45 | tbu@dahladvokater.dk

I denne artikel behandles spørgsmålet om opgørelse af fradragskontoen for kommanditister i et K/S på grundlag af deres forpligtelse til at indskyde ansvarlig indskudskapital samt ved at påtage selvskyldnerkaution for kommanditselskabet. For det første behandles gældende praksis om opgørelsen af ansvarlig indskudskapital. Den seneste afgrænsning vedr. opgørelsen i forhold til gældskonvertering og indbetaling med overkurs behandles, ligesom seneste praksis vedr. ejerstrukturer med flere K/S'er over hinanden behandles. For det andet behandles den seneste praksis om selvskyldnerkaution. I den forbindelse foretages på baggrund af denne praksis en afgrænsning af, hvornår påtagelse af en selvskyldnerkaution mister sin karakter af at være en yderligere hæftelse og dermed ikke kan medtages på fradragskontoen. Afgrænsningen sker i forhold til de situationer, hvor selvskyldnerkautionen enten påtages i kombination med transport af en restindkudsforpligtelse overfor K/S'et eller hvor kautionistens regreskrav kan modregnes i restindkudsforpligtelsen.

1. Kommanditselskaber og fradragkontoreglerne

Et K/S er i Lov om visse erhvervsdrivende virksomhed § 2, stk. 2, defineret som en virksomhed, hvor en eller flere deltagere, komplementarerne, hæfter personligt, uden begrænsning, og hvis der er flere, solidarisk for virksomhedens forpligtelser, mens en eller flere deltagere, kommanditisterne, hæfter begrænset for virksomhedens forpligtelser. Komplementaren skal have forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser.¹

Et K/S er ikke et selvstændigt skattesubjekt i dansk skatteret. Et K/S siges derfor at være skattemæssigt transparent, dvs. beskatning og fradrag sker direkte hos de enkelte deltagere (transparensprincippet)².

Transparensprincippet indebærer, at de enkelte deltagere anses at være direkte ejere af K/S'ets enkeltaktiver og passiver. Deltagerne anses således hver at eje en bruttoanpart af de enkelte aktiver og passiver i K/S'et svarende til den pågældende deltagers ejerandel i K/S'et. Fastlæggelsen af ejerandelen har betydning for fordeling af afskrivninger og avancebeskatning.

Som udgangspunkt³ fordeles K/S'ets over- og underskud ligeledes forholdsmæssigt mellem deltagerne i forhold til deres ejerandel. Fordeling af over-/underskud kan dog aftales anderledes mellem deltagerne, hvilket i så fald typisk reguleres i

¹ Se om kommanditselskaber Jytte Mikkelsen m.fl., Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar, 2007, 2. udgave.

² Årsagen til, at et K/S ikke er selvstændigt skattesubjekt, er, at et K/S ikke er angivet som skattesubjekt i selskabsskattelovens § 1 eller andre tilsvarende bestemmelser. Om transparensprincippet se Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 2015, 7. udgave, side 701 ff., Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 2015, 16. udgave, side 1083 ff. og Liselotte Madsen, Den skatteretlige behandling af personselskaber, 2011, 1. udgave.

³ Jf. Liselotte Madsen, Den skatteretlige behandling af personselskaber, 2011, 1. udgave, s. 135 med yderligere henvisninger.

K/S'ets vedtægter eller en ejeraftale. Fastlæggelse af fordeling af over- og underskud har betydning for, hvorledes de løbende indtægter og udgifter skal beskattes hos de enkelte deltagere.⁴

Da kommanditisternes hæftelse for K/S'ets forpligtelser er begrænset, er der ligeledes en skattemæssig begrænsning for kommanditisternes adgang til at foretage fradrag for afskrivninger, tab og underskud ved deres deltagelse i K/S'et. Kommanditisters fradragsret er begrænset til deres hæftelse, som opgøres på en såkaldt fradragskonto. Kontoens udvisende er det maksimale beløb, som kommanditisten har fradrag for ved deltagelsen i K/S'et. Oprindeligt var en kommanditist ikke undergivet særlige begrænsninger. Fradragsbegrænsningen blev indført med Landsskatterettens kendelse af 7. januar 1974 (LSR1974.38). I Landsskatterettens præmisser anføres blandt andet: *"... efter kontrakten hæftede skatteyderen kun med sit indskud på 200.000 kr., og da han ikke kunne komme til at deltage i tab med større beløb, fandtes hans ret til at fradrage underskud - herunder den del heraf, der repræsenterer skattemæssige afskrivninger, som må sidestilles med driftsudgifter - at måtte begrænses til dette beløb."*

Praksisændringen blev godkendt i Højesteret ved UfR1983.8H. Reglerne om fradragskontoen fremgik tidligere af TSS-cirkulære 1990-1. De nærmere retningslinjer for opgørelse af fradragskontoen følger i dag af Den juridiske vejledning 2016-1 afsnit C.C.3.3.4.

Den juridiske vejledning 2016-1 afsnit C.C.3.3.4 angiver bl.a., at følgende beløb medtages på fradragskontoen, jf. litra a og c:

Indskud der kan anses for ansvarlig indskudskapital. Der medregnes både indbetalt og skyldigt indskud.

...

Forpligtelser som følge af kommanditistens medhæftelse som selvskyldner for selskabsgæld i det omfang, forpligtelsen påhviler kommanditisten endeligt, uden regres over for andre deltagere.

Hvis underskud, afskrivning eller tab ikke skattemæssigt kan fradrages i et indkomstår, fordi fradragskontoen ikke er positiv, kan det videreføres til fradrag i et senere indkomstår efter de almindelige regler, indtil fradragskontoen kan rumme fradraget, fx fordi selskabsdeltageren indbetaler ny indskudskapital eller påtager sig en selvskyldnerkaution.⁵

2. Ansvarlig indskudskapital

Ved den ansvarlige indskudskapital forstås den vedtægtsbestemte indskudskapital, jf. SKM2005.450V (TfS2005.885V).

Ansvarlig indskudskapital omfatter både indbetalt stamkapital eller påtaget forpligtelse hertil ved K/S'ets stiftelse og efterfølgende indskudskapital ved en kapitalforhøjelse. Også forhøjelse af stamkapitalen ved en gældskonvertering indebærer, at den konverterede gæld overgår til at være ansvarlig indskudskapital, jf. SKM2013.790SR (TfS2014.218SR).

Ved tegning af kommanditanparter er det ofte forekommende, at hele tegningsbeløbet ikke indbetales. Også restindskudsforpligtelsen kan medtages ved opgørelsen af fradragskontoen, jf. litra a. Restindskudsforpligtelsen opgøres som

⁴ Se herom Liselotte Hedetoft Madsen, Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, 1. udgave, side 167 ff. og samme i Den skatteretlige behandling af personselskaber, 2011, 1. udgave, side 131 ff.

⁵ Jf. eksempelvis SKM2013.790SR (TfS2014.218SR).

forskellen mellem indskudsforpligtelsen og de faktisk foretagne indskud, jf. SKM2005.450V (TfS2005.885V).

I dommen angiver landsretten, at det forudsættes, at restindskudsforpligtelsen ikke er ganske hypotetisk. Udgangspunktet er, at SKAT skal anse den vedtægtsbestemte indskudskapital som ansvarlig indskudskapital. At kommanditistens risiko er søgt begrænset via non-recourse vilkår kan ikke statuere, at hæftelsen er hypotetisk.⁶

Tegnes kommanditanparterne i et K/S med en overkurs, afhænger retten til at medtage overkursen på fradragskontoen af, om selskabet er afskåret fra uden kreditorernes samtykke at tilbageføre overkursen til kommanditisten, jf. SKM2012.378H (TfS2012.480H). Det er ifølge dommen et krav, at indbetalingsforpligtelsen følger direkte af vedtægterne. Følger indbetalingsforpligtelsen derimod alene af en tegningsaftale, eller er selskabet i øvrigt ikke afskåret fra at tilbagebetale overkursen til kommanditisterne uden samtykke fra kreditorerne, kan overkursen ikke medtages på fradragskontoen⁷. Det her anførte om overkurs gør sig tilsvarende gældende for andre indbetalinger, som kommanditisten indbetaler til kommanditselskabet.⁸

Hvis kommanditisten i vedtægterne er pålagt løbende at indbetale en vis procentdel af hvert års underskud, må denne indbetalingsforpligtelse som udgangspunkt medtages på fradragskontoen, idet kommanditisten hæfter for det pågældende beløb og K/S'et kan forlange beløbet indbetalt. Kommanditistens hæftelse opstår ved udløbet af det indkomstår, hvori underskuddet konstateres. Ifølge praksis er det en betingelse, at kommanditisten faktisk foretager indbetaling af det opgjorte beløb, eller at K/S'et som minimum optager tilgodehavendet i sit regnskab og givetvis også søger indbetalingen inddrevet hos kommanditisten. Se hertil SKM2006.96LSR (TfS2006.294LSR) og SKM2008.258LSR (TfS2008.459LSR). Hvis ejerstrukturen indebærer, at kommanditisten ejer anparter i et K/S, som fungerer som moderselskab for et underliggende K/S, er det i SKM2015.609Ø (TfS2015.828Ø) fastslået, at kommanditisten skal opføre en fradragskonto for hvert af de to K/S'er, idet de må anses for to selvstændige virksomheder. Det forhold, at kommanditselskaberne havde indbyrdes krydsende garantier for gæld fandtes ikke at kunne føre til et andet resultat, hvorved tillige bemærkedes, at de udstedte garantier ikke havde ført til en udvidelse af kommanditistens hæftelse ud over dennes andel af stamkapitalen. Dommen er et naturligt udslag af, at det ikke er den skattemæssige transparens, som definerer fradragskontoen, men i stedet kommanditistens hæftelse, og at K/S'er selskabsretligt er selvstændige juridiske personer med begrænset hæftelse for kommanditisterne.

Hvor ejerstrukturen etableres med flere lag af K/S'er er det ifølge administrativ praksis en betingelse for at medregne kommanditistens andel af stamkapitalen på fradragskontoen, at stamkapitalen svarende til kommanditisternes indskudsforpligtelse i det øverste K/S videreføres med samme stamkapital i de underliggende K/S'er, jf. SKM2011.152SR (TfS2011.355SR). I sagen skulle et dansk K/S stiftes med en stamkapital på 16 mio. kr., og K/S'et skulle eje et tysk K/S

⁶ Jf. specialkonsulent i Landsskatteretten, Henriette Glerup, i TfS2008.450.

⁷ Se tilsvarende Liselotte Madsen, Den skatteretlige behandling af personselskaber, 2011, 1. udgave, side 167 f.

⁸ Se hertil om overkurs ved tegning af anparter i et partnerselskab advokat Jan Steen Hansen, Fradragskontoen i kommanditselskaber og partnerselskaber – seneste praksis, SR-Skat 2/2014, side 97 ff. For partnerselskaber gør det sig særligt gældende, at disse omfattes af selskabslovens regler om kapitaltegning og -afgang.

(GmbH & Co KG), der igen skulle eje en italiensk K/S (SAS), hvori driften fandt sted. Skatterådet udtalte, at *"det er en forudsætning at såvel Italiensk SAS som Tyske GmbH & KG stiftes med en stamkapital, der i Euro svarer til kr. 16 mio."*⁹ Dette giver god mening, da fradragsretten knyttes op på den reelle hæftelse. Hvis hæftelsen ved en struktur med flere K/S'er under hinanden reelt begrænses som følge af kommanditistens begrænsede hæftelse i det enkelte K/S, bør fradragskontoen for kommanditisten i det øverste K/S i strukturen tilsvarende begrænses.

Der ses ikke at være offentliggjort praksis, som endeligt tager stilling til, hvorvidt ansvarlig lånekapital kan anses som ansvarlig indskudskapital. At lånekapitalen er "ansvarlig" indebærer, at långiveren står tilbage for øvrige kreditorer, og dette kunne tale for at anse ansvarlig lånekapital for at være "ansvarlig indskudskapital" og dermed at kunne medtages på fradragskontoen. Heroverfor står imidlertid, at ansvarlig lånekapital er fremmedkapital og ikke egenkapital eller i K/S-terminologi stamkapital. Ansvarlig lånekapital er derfor ikke "vedtægtsbestemt indskudskapital" sådan som "ansvarlig indskudskapital" defineres i SKM2005.450V (TfS2005.885V). Da ansvarlig lånekapital på lige fod med almindelig lånekapital indebærer en tilbagebetalingsforpligtelse for K/S'et, synes det nærliggende at den ansvarlige lånekapital ikke kan anses for "indskudt" i K/S'et som egenkapitalen og således ikke er blevet til "ansvarlig indskudskapital".¹⁰

3. Selvskyldnerkaution

Hvis en kommanditist udover indskudsforpligtelsen påtager sig en selvskyldnerkaution for K/S'ets forpligtelser, kan denne forpligtelse medtages ved opgørelsen af fradragskontoen, jf. Den juridiske vejledning 2016-1 afsnit C.C.3.3.4, litra c.

Der skal sondres mellem simpel kaution og selvskyldnerkaution, idet alene sidstnævnte kan medtages på fradragskontoen. Ved simpel kaution indtræder kautionistens betalingspligt først, når hovedmanden misligholder og det ved retsforfølgning eller på anden måde er konstateret, at beløbet ikke kan inddrives hos hovedmanden. Ved selvskyldnerkaution er hovedmandens misligholdelse derimod en tilstrækkelig betingelse for, at kautionsforpligtelsen forfalder.¹¹ Rubriceringen af kautionen afhænger primært af en fortolkning af kautionsaftalen. Det er en betingelse, at forpligtelsen i henhold til selvskyldnerkautionen påhviler kommanditisten endeligt, uden regres overfor andre deltagere, jf. herom nedenfor i afsnittet nedenfor om regresadgang.

Selvskyldnerkautionen kan først medtages på fradragskontoen, når kautionshæftelsen er opstået. Kautionshæftelsen er opstået, når kautionsaftalen er underskrevet, og det kautionssikrede lån er optaget. En påtagelse i fx tegningsaftalen af pligt til at kautionere for lån, der senere optages, udgør ikke i sig selv en kaution og kan ikke medtages på fradragskontoen, jf. SKM2008.612H (TfS2008.902H).

⁹ Se tilsvarende SKM2014.10SR (TfS2014.129SR).

¹⁰ Se om ansvarlig lånekapital også advokat Jan Steen Hansen, Fradragskontoen i kommanditselskaber og partnerselskaber – seneste praksis, SR-Skat 2/2014, side 99 f. Om ansvarlige lån generelt, se Lars Hedegaard Kristensen, Studier i erhvervsfinansiering, 2003, 1. udgave, side 407 ff. og Erik Werlauf i UfR1991B.416.

¹¹ Jf. eksempelvis Henry Ussing, Kaution, 1928, side 36 og Halfdan Krag Jespersen, Solidaritet, 1996, side 56 og 63.

En kaution kan være beløbsbegrænset, og i så fald fastsætter beløbsbegrænsningen det maksimale beløb, som kan medtages på fradragskontoen. Det er dog alene kommanditistens andel i den aktuelle gæld på det underliggende gældsforhold på tidspunktet for opgørelsen af fradragskontoen, der kan tillægges kontoen, og ikke den eventuelt større maksimale hæftelse, som måtte fremgå af kautionserklæringen. Dette følger af SKM 2006.96LSR (TfS2006.294LSR), hvor landsskatteretten fastslog, at idet kommanditistens kautionsforpligtelse blev reduceret ved en nedbringelse af det underliggende lån, da skulle der ske en tilsvarende regulering af den kautionsforpligtelse, der var godskrevet på fradragskontoen.

4. Regresadgang

Det er efter litra c en betingelse for medregning af kautionshæftelsen, at forpligtelsen påhviler kommanditisten endeligt, uden regres overfor andre deltagere. Det følger af SKM2002.567V¹² (TfS2002.223V) at der ved deltagere forstås både komplementar og kommanditister. Ligeledes følger det af dommen, at det afgørende for regresspørgsmålet er, om der er en juridisk ret til at gøre regreskrav gældende, mens det er uden betydning, om regreskravet er uerholdeligt, og om dette har været kendt fra starten.

Hvis der er flere solidarisk hæftende kommanditister, følger det af gældsbrevsloven § 61, jf. § 2, at har en af kautionisterne betalt gælden, da kan han afkræve hver enkelt af medskyldnerne deres del. I denne situation kan kommanditisten således alene medtage den del af kautionsforpligtelsen, som i det indbyrdes forhold endeligt påhviler ham uden regresadgang til øvrige solidarisk hæftende deltagere. Dette er tillige fastslået i SKM2007.467LSR (TfS2007.1052LSR).¹³

Adgangen til regreskrav kan være afskåret ved, at kommanditisten har fraskrevet sig dette, enten i vedtægterne eller på andet grundlag¹⁴. Fraskrivelsen af regreskrav kan gives ved kautionens påtagelse, men kan også gives efterfølgende. Det afgørende er, at fraskrivelsen af regres er juridisk bindende, og at fraskrivelsen sker *før* kautionsforpligtelsen *aktualiseres*, jf. SKM2002.567V (TfS2002.223V). Landsretten henviste til, at regreskravet ikke var afskåret i K/S'ets vedtægter og at der ikke var oprettet en kommanditistkontrakt eller et andet skriftligt dokument, hvori kommanditisten fraskrev sig denne regresret, og *"i overensstemmelse med de for landsretten afgivne forklaringer lægges det til grund, at sagsøgeren heller ikke inden kautionsforpligtelsen blev aktuel - over for komplementarselskabet mundtligt gav afkald på sin regresret"*. Med denne præmis må det forudsætningsvist gælde, at hvis kommanditisten havde fraskrevet sig regresadgangen inden kautionsforpligtelsen blev aktuel, da kunne kautionsforpligtelsen være medtaget på fradragskontoen.

Spørgsmålet er herefter, hvornår en selvskyldnerkautionsforpligtelse er *aktualiseret*. Dette er behandlet i Den juridiske vejledning 2016-1 afsnit C.A.11.2.3.2 i forhold til, hvornår kautionisten kan begynde at få skattemæssigt fradrag for renteudgifterne på den kautionssikrede gæld. Dette aktualiseringstidspunkt synes i tråd med landsrettens præmisser i SKM2002.567V

¹² Stadfæstet i henhold til landsrettens grunde af højesteret i SKM2005.118H (TfS2005.173H).

¹³ Se tilsvarende SKM2013.727Ø (TfS2014.106Ø).

¹⁴ Se eksempelvis SKM2007.521Ø (TfS2007.729Ø), hvor en vedtægtsbestemmelse om at kommanditisterne ingen regres havde mod komplementaren dog blev fortolket til ikke at omfatte regresafkald for kautionsforpligtelse.

(TfS2002.223V) naturligt ligeledes at være afgørende for, hvornår fraskrivelsen af regreskravet skal være sket, for at opfylde betingelsen i litra c om, at kautionen skal *"påhvile kommanditisten endeligt, uden regres over for andre deltagere"*.

I Den juridiske vejledning 2016-1, afsnit C.A.11.2.3.2 angives herom: *"Ved selvskyldnerkaution er kautionsforpligtelsen aktuel, når 'hoveddebitor' ikke betaler rettidigt."* Videre angives om selvskyldnerkaution: *"Kautionsistens forpligtelse til at betale kreditor indtræder straks ved 'hoveddebitors' misligholdelse af sin forpligtelse. Kreditor skal altså ikke have foretaget retsforfølgning imod 'hoveddebitor', inden han kan kræve beløbet af kautionsisten."*

Det er ifølge det citerede afsnit fra Den juridiske vejledning ikke afgørende, hvorvidt kreditor (typisk banken) har gjort kautionen gældende, men om kautionen kunne gøres gældende. Dette følger også af praksis, jf. SKM2012.130LSR (TfS2012.231LSR), hvor landsskatteretten udtalte: *"For en selvskyldnerkautionist er forpligtelsen blevet aktualiseret, når debitor ikke betaler rettidigt."* Det var i sagen derimod ikke afgørende, at det først var flere måneder senere, at kautionen blev kaldet af kreditoren.

Det afgørende er herefter, om der juridisk bindende er sket en fraskrivelse af regreskravet *før* kautionen aktualiseres. Er regreskravet ikke fraskrevet, så kan kautionsforpligtelsen ikke medtages på fradragskontoen; er regreskravet fraskrevet, så kan kautionsforpligtelsen medtages på fradragskontoen.

Det kan overvejes, om det har betydning, hvilket motiv kommanditisten har for at fraskrive sig regresadgangen. I SKM2016.299B anfører Skatteministeriet i sin procedure som argument for, at fraskrivelsen af regreskrav ikke kan godkendes: *"Fraskrivelsen af regres skete på et tidspunkt, hvor det stod klart, at regreskravet var værdiløst, hvorfor fraskrivelsen ikke var forretningsmæssigt begrundet men alene skyldtes ønsket om at opnå skattemæssige fordele."*

En sådan betragtning synes ikke korrekt og rimelig og tillige i strid med SKM2002.567V (TfS2002.223V). Fradragskontoen opgøres ud fra den betragtning, at et K/S er transparent og beskatningen sker hos deltagerne. Begrundelsen for fradragskontoen er, at deltageren skal have fradrag svarende til sin hæftelse, og ikke mere, men heller ikke mindre. Hvis fraskrivelsen af regreskravet er sket juridisk bindende før kautionen aktualiseres, så indebærer fraskrivelsen, at hæftelsen endeligt påhviler kommanditisten (kautionisten), og følgelig må kautionsforpligtelsen indgå på fradragskontoen.

5. Selvskyldnerkautionen i kombination med restindskudsforpligtelse

Når en kommanditist påtager sig en selvskyldnerkaution for K/S'et, kan han medtage kautionsforpligtelsen på sin fradragskonto, forudsat at kautionsforpligtelsen endeligt påhviler ham, uden regresadgang overfor øvrige deltagere.

I praksis er en sådan endelig selvskyldnerkautionsforpligtelse imidlertid blevet nægtet medtaget på fradragskontoen i situationer, hvor der for kommanditisten samtidig består en restindskudsforpligtelse overfor K/S'et.

I SKM2016.299B¹⁵ havde et K/S udstedt en række anparter á 100.000 kr., hvoraf den i sagen omhandlede kommanditist havde tegnet 35 og således havde en samlet indbetalingsforpligtelse på 3.500.000 kr. til K/S'et. Heraf blev ved tegningen indbetalt 941.395 kr., og resthæftelsen udgjorde 2.558.605 kr.

¹⁵ Se tilsvarende SKM2015.260BR (TfS2015.504BR), som stadfæstet ved SKM2016.328ØLR.

K/S'et optog en lån hos en bank og som sikkerhed for dette lån fik banken for det første fra K/S'et transport i fordringen på restindskuddet mod kommanditisten, og for det andet afgav kommanditisten selvskyldnerkaution for K/S'ets tilbagebetaling af lånet. Kommanditisten hæftede herefter overfor banken for både den tiltransporterede fordring på restindskudsforpligtelsen til K/S'et og for kautionen for K/S'ets eget lån.

I kautionsdokumentet mellem kommanditisten og banken var det aftalt, at selvskyldnerkautionen var beløbsbegrænset til 2.558.605 kr. svarende til restindskudsforpligtelsesbeløbet. Ud fra dette hæftede kommanditisten altså således for i alt 5.117.210 kr. (2x2.558.605) overfor banken - nemlig den tiltransporterede restindskudsforpligtelse og kautionen. Imidlertid var det i kautionsaftalen pkt. 3.2 yderligere aftalt *"at det samlede beløb, som kautionisten er forpligtet til at betale i henhold til denne garanti og overdragelsen, ikke overstiger"* 2.558.605 kr.

Konsekvensen af denne bestemmelse var, at uanset, at banken havde modtaget både transport ("overdragelsen") i restindskudsforpligtelsen og modtaget selvskyldnerkaution, så hæftede kommanditisten maksimalt for 2.558.605 kr. overfor banken.

Spørgsmålet i sagen var, om både restindskudsforpligtelsen og kautionshæftelsen skulle medtages ved opgørelsen af kommanditistens fradragskonto.

Kommanditisten argumenterede for, at begge betalingsforpligtelser skulle optages på fradragskontoen, og anførte bl.a. *"at der ingen sammenhæng er mellem indfrielsen af kommanditisternes selvskyldnerkautionsforpligtelse og størrelsen af deres resthæftelsesforpligtelse, der konkret var transporteret til [banken] til sikkerhed for [K/S'ets] betaling af dennes gældsforpligtelse."*

Byretten afviste, at begge betalingsforpligtelser kunne medregnes ved opgørelsen af fradragskontoen. Byretten udtalte i den forbindelse: *"I henhold til punkt 3.2 i kautionsdokumentet var det samlede beløb, som sagsøgeren var forpligtet til at betale i henhold til kautionsforpligtelsen og overdragelsen af kommanditselskabets fordring mod sagsøgeren således begrænset til det ansvar, han allerede havde påtaget sig i henhold til den vedtægtsmæssige hæftelse overfor kommanditselskabet. Der er ikke fremlagt dokumentation for, at sagsøgeren havde påtaget sig andre økonomiske forpligtelser overfor kommanditselskabet, end dem, der var omfattet af overdragelsen til banken. Derfor ville kommanditselskabet ikke have kunnet afkræve sagsøgeren betalinger på grundlag af sagsøgerens vedtægtsmæssige hæftelse over for kommanditselskabet samtidig med, at sagsøgeren var forpligtet til at betale samme beløb til banken i henhold til overdragelsen af kommanditselskabets fordring mod ham og i henhold til kautionen. Der kan derfor ikke gives sagsøgeren medhold i synspunktet om, at han ved aftalen med kommanditselskabet og ved kautionen overfor banken har påtaget sig to selvstændige betalingsforpligtelser, der begge kan medtages på fradragskontoen for indkomståret 2010."*

En beløbsbegrænsning af den påtagne selvskyldnerkaution bevirker ikke i sig selv, at selvskyldnerkautionen som sådan ikke skal medtages på fradragskontoen. Dette gælder uanset, om beløbsbegrænsningen er større end, mindre end eller præcist svarer til restindskudsforpligtelsen. Beløbsbegrænsningen afgør derimod med hvilket beløb, at kautionsforpligtelsen kan medregnes på fradragskontoen. Hvis selvskyldnerkautionen imidlertid mister sin karakter af at være en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen, kan selvskyldnerkautionen ikke

medtages på fradragsskontoen. Det er denne test, som må foretages for at afgøre, om selvskyldnerkautionen kan medtages på fradragsskontoen.

Der kan opstilles flere situationer, hvor testen medfører, at selvskyldnerkautionen ikke kan medtages på fradragsskontoen helt eller delvist. Nedenfor er to typiske situationer angivet.

Situation 1: Selvskyldnerkaution kombineret med transport i restindskudsforpligtelsen

I SKM2016.299B medførte testen, at selvskyldnerkautionen ikke kunne medtages på fradragsskontoen. Kombinationen af, at kommanditisten havde afgivet selvskyldnerkaution for K/S'ets lån hos banken samtidig med, at K/S'et havde givet transport til banken i restindskudsforpligtelsen, bevirkede, at selvskyldnerkautionen mistede sin karakter af at være en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen. Dette skyldtes, at kommanditistens samlede hæftelse overfor banken var beløbsbegrænset til restindskudsforpligtelsen. Hvis banken således havde opkrævet restindskudsforpligtelsen, ville banken ikke kunne kræve betaling af selvskyldnerkautionen. Og hvis banken havde opkrævet selvskyldnerkautionen, ville banken ikke kunne kræve betaling af restindskudsforpligtelsen.

Kommanditisten argumenterede med, at selvom banken krævede selvskyldnerkautionen indfriet (som jo var sikkerhed for K/S'ets gæld til banken), da ville restindskudsforpligtelsen fortsat bestå overfor K/S'et, og følgelig skulle både kautionsforpligtelsen og restindskudsforpligtelsen medtages på fradragsskontoen. Dette synspunkt vil i udgangspunktet være korrekt (jf. dog nedenfor om modregning i Situation 2). Imidlertid var restindskudsforpligtelsen i den konkrete sag transporteret til banken, og som følge af dette kreditorskifte bestod ikke længere en indbetalingsforpligtelse overfor K/S'et, og netop dette forhold kombineret med beløbsbegrænsningen bevirkede, at kommanditisten ikke (umiddelbart) kunne komme til at betale både selvskyldnerkautionen og restindskudsforpligtelsen. Byretten fastslog derfor, at selvskyldnerkautionen ikke kunne anses som en særskilt hæftelse, der kunne medtages på fradragsskontoen. Ved vurderingen af, om selvskyldnerkautionen i kombination med transport i restindskudsforpligtelsen til samme kreditor bevirker, at selvskyldnerkautionen mister sin karakter af at være en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen, må udgangspunktet være, at dette ikke er tilfældet, da selvskyldnerkautionen og restindskudsforpligtelsen er to selvstændige og uafhængige forpligtelser. Selvskyldnerkautionen og restindskudsforpligtelsen skal derfor hver især medtages på fradragsskontoen.

Hvis der imidlertid med banken (kreditoren) er aftalt en samlet beløbsbegrænsning netop svarende til restindskudsforpligtelsen, bliver udgangspunktet derimod omvendt, at selvskyldnerkautionen ikke er en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen. Ved denne test bør det imidlertid også testes, om restindskudsforpligtelsen uanset transporten kan genopstå efter, at banken har kaldet selvskyldnerkautionen. I så fald udgør selvskyldnerkautionen en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen og må derfor medtages på fradragsskontoen.

Kommanditisten anførte i relation hertil i SKM2016.299B: "*Ved en indfrielse af selvskyldnerkautionsforpligtelserne, vil kommanditisternes indbetalingsforpligtelse overfor kommanditselskabet fortsat bestå qua resthæftelsesforpligtelsen. Dette fordi [banken] herefter ikke vil have sikkerhed*

i denne resthæftelsesforpligtigelse, der påhvilede kommanditisterne, herunder A [dvs. kommanditisten som var sagsøger i sagen]. Efter indfrielse af selvskyldnerkautionsforpligtelserne, ville [K/S'et] således - og uafhængig af [bankens] tidligere transport - kunne kræve resthæftelsen indbetalt."

Som aftalegrundlaget for kautionen og transporten af restindskudsforpligtelsen er refereret i dommen, er dette ikke muligt at efterprøve. Det fremgår ikke af domsreferatet, at transporten på restindskudsforpligtelsen skulle bortfalde, hvis selvskyldnerkautionen blev kaldet, med den virkning, at K/S'et selv kunne kalde restindskudsforpligtelsen. Det fremgår blot: "*Banken havde transport i kommanditisternes indbetalingsforpligtelser på resthæftelsen over for kommanditselskabet*". Byretten synes at lægge til grund, at restindskudsforpligtelsen ikke kunne genopstå, jf. byrettens præmisser som citeret ovenfor.

Det synes i denne situation nødvendigt at sondre mellem, om restindskudsforpligtelsen er transporteret til banken (kreditoren) til eje eller til pant.

Hvis restindskudsforpligtelsen er transporteret *til pant*, vil indfrielse af den pantsikrede fordring bevirke, at pantet pr. definition ophører¹⁶. Dermed kan panthaveren ikke søge fyldestgørelse i den pantsatte fordring, men fordringen består dog fortsat. Den pantsatte fordring (restindskudsforpligtelsen) går derved tilbage til pantsætteren (K/S'et), som herefter kan gøre krav på restindskuddet. I denne situation udgør selvskyldnerkautionen en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen, og kautionen må medtages på fradragsskontoen. Hvis restindskudsforpligtelsen er transporteret *til eje*, vil banken være ny kreditor, og fordringen kan ikke gå tilbage til K/S'et uden en ny overdragelse. Da restindskudsforpligtelsen er en simpel fordring, kan den ikke overdrages - hverken til en tredjemand eller tilbage til K/S'et - uden at erhververen og herunder altså K/S'et skal respektere den beløbsbegrænsning, som banken i den mellemliggende periode har indgået med kommanditisten, jf. gældsbrevsloven § 27, hvorefter erhververen ved en overdragelse af fordringen ikke får bedre ret end overdrageren. I denne situation udgør selvskyldnerkautionen derfor ikke en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen, da restindskudsforpligtelsen nu inkluderer et vilkår om, at den ikke beløbsmæssigt kan overstige selvskyldnerkautionen. Kautionen må derfor i denne situation ikke medtages på fradragsskontoen.

Situation 2: Modregningsadgang

Hvis en kautionist indfrier en kaution, erhverver kautionisten et regreskrav mod hovedmanden og eventuelle øvrige solidarisk hæftende personer.

Hvis en kommanditist påtager sig en selvskyldnerkaution for et K/S, erhverver kommanditisten således ved kautionens indfrielse et regreskrav mod K/S'et (hovedmanden) og eventuelt mod øvrige deltagere i K/S'et.

Vedrørende regreskravet mod øvrige deltagere følger det allerede af reglerne om opgørelsen af fradragsskontoen i den juridiske vejledning 2016-1, C.C.3.3.4, litra c, at kautionsforpligtelsen ikke kan medtages på fradragsskontoen, jf. betingelsen om, at kautionen skal være "*uden regres over for andre deltagere*". Se herom ovenfor.

¹⁶ Se hertil også princippet i forældelsesloven § 25 og L 162 2004/05 (virksomhedspant), bemærkninger til TL § 47 d om, at en fordring udgår af pantet ved fordringens indfrielse.

Vedrørende regreskravet mod K/S'et (hovedmanden) kan det overvejes, om regresadgangen i sig selv gør, at kautionsforpligtelsen ikke kan medtages på fradragskontoen. Dette synes ikke at være tilfældet, idet K/S'et ikke er selskabsdeltager i K/S'et.¹⁷ At det ikke synes at være tilfældet følger også forudsætningsvis for hele tvisten i eksempelvis SKM2016.299B om, hvorvidt selvskyldnerkautionen er en yderligere forpligtelse eller ej. Hvis regresadgangen mod K/S'et i sig selv afskar, at kautionsforpligtelsen kunne indgå på fradragskontoen, ville sagen være nærmest overflødig. Det må derfor konkluderes, at det ikke er et krav, at regres skal fraskrives overfor selve kommanditselskabet. Det følger dog af testen ovenfor, at hvis selvskyldnerkautionen mister sin karakter af at være en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen, kan kautionsforpligtelsen ikke indgå på fradragskontoen. I det omfang, at kommanditisten derfor kan modregne regreskravet mod K/S'et i restindskudsforpligtelsen, kan kautionsforpligtelsen ikke forøge fradragskontoen. Adgangen til at bringe regreskravet i modregning mod restindskudsforpligtelsen afgøres efter de almindelige modregningsbetingelser i dansk ret samt eventuelle aftaler herom mellem K/S'et og dets deltagere, herunder eventuelle reguleringer i K/S-vedtægterne. Der gælder for et K/S ikke samme begrænsning for kommanditisten til at bringe et regreskrav i modregning, som der gælder for kapitalselskaber jf. selskabsloven § 34, stk. 4, hvorefter kapitalejer *"ikke uden samtykke fra kapitalselskabets centrale ledelsesorgan [kan] bringe fordringer på kapitalselskabet i modregning mod sin forpligtelse til at indbetale udestående beløb."*

Hvis der ikke er et vedtægtsbestemt eller aftalt modregningsforbud med regreskravet i restindskudsforpligtelsen, er en kommanditist, som har indfriet sin selvskyldnerkaution, derfor berettiget til at modregne regreskravet i indskudsforpligtelsen, forudsat de almindelige modregningsbetingelser er opfyldt. I det omfang, at modregningen af regreskravet kan ske i restindskudsforpligtelsen, mister selvskyldnerkautionen sin karakter af at være en yderligere hæftelse ud over restindskudsforpligtelsen, og følgelig kan selvskyldnerkautionen i dette omfang ikke medtages på fradragskontoen. Det afgørende måletidspunkt må her være udløbet af det enkelte indkomstår, jf. indkomstårets udelelighed jf. SL § 4. Pr. dette tidspunkt må derfor for det enkelte år opgøres, i hvilket omfang regreskravet kan modregnes i indskudsforpligtelsen. Det er ikke afgørende, hvorvidt kommanditisten har foretaget modregning, men i stedet hvorvidt kommanditisten har *ret* til at foretage modregning. I det omfang kommanditisten foretager indbetalinger af restindskudsforpligtelsen, reduceres modregningsadgangen med regreskravet naturligvis, og følgelig forhøjes fradragskontoen tilsvarende.

¹⁷ Se også på linje hermed advokat Jan Steen Hansen, Fradragskontoen i kommanditselskaber og partnerselskaber – seneste praksis, SR-Skat 2/2014, side 100 f. At regresadgangen mod K/S'et ikke afskærer at kautionsforpligtelsen kan medtages på fradragskontoen harmonerer også med ordlyden af fradragskontoreglerne som opstillet i Den juridiske vejledning 2016-1, afsnit C.C.3.3.4, litra c, hvor det alene er et krav at forpligtelsen påhviler kommanditisten endeligt, *"uden regres over for andre deltagere."*