

Den skatteretlige dimension af erhvervsjura som ledelsesredskab

af

Ph.D.-stipendiat Jakob Bundgaard

1. Indledning

Emnet for denne korte fremstilling tager udgangspunkt i et fænomen, som i Danmark blev introduceret af nuværende Højesteretsdommer, daværende professor, *Børge Dahl*, nemlig »Erhvervsjura som ledelsesredskab«. *Børge Dahl* formulerede sine tanker i FSR's årsskrift, *Erhvervsret*, 1990, s. 99-147. Emnet er inspireret fra USA, hvor fænomenet kendes under etiketten: »Law as a Management Tool.«

Ud fra denne tankegang antages det, at rationel virksomhedsledelse i vore dage tillige indbefatter styring af juridiske risici. Af denne årsag er der behov for udviklingen af en præventivt orienteret retsvidenskab. I praksis er der dog ikke tvivl om, at tankegangen har vundet stor udbredelse og vinder større og større udbredelse. Moderne juridisk rådgivning indebærer således i højere og højere grad præventive ex ante vurderinger af juridiske forhold.

I denne artikel skal først emneområdet almindelige del fremstilles. Der fokuseres i denne forbindelse på parternes relationer i kontraktsforhold og der fremhæves i denne forbindelse visse generelle reguleringstemaer. Herefter behandles emnets skatteretlige dimension.

Denne skatteretlige dimension vedrører ikke udelukkende det præventive aspekt. Derimod behandles såvel præventive muligheder i skatteretten ligesom mere traditionelle ledelsesmæssige overvejelser i form at økonomistyring kobles sammen med de skatteretlige overvejelser. Det bemærkes herved, at emnet »erhvervsjura som ledelsesredskab« indeholder såvel et præventivt element som et optimerende element.

Denne fremstilling skal ses som en tentativ skildring af et endnu svævende område, hvor enkelte elementer skal fremhæves og uddybes, men ingenlunde bør opfattes som en udtømmende opregning af relevante forhold.

2. Forsøgsvis fremstilling af emneområdet

2.1 Almindelige betragtninger

Indledningsvis må det generelt antages, at det ovenfor præsenterede synspunkt om det

præventive element i erhvervsjuraen kan udbygges. Således kan der introduceres en grundlæggende sondring mellem *formel* og *reel* forebyggelse.¹ Den *formelle* forebyggelse tager sigte på tilstrækkelig klausulering i kontrakter med henblik på at tage højde for en hvilken som helst tænkelig situation. Forebyggelsen har ingen teoretisk begrænsning, men det må dog nok erkendes, at muligheden for formel forebyggelse ikke i sin fulde udstrækning er realistisk.² Her overfor står den *reelle* forebyggelse, der tager sigte på at skabe en sådan situation, at konflikter ikke opstår. Det at konflikten ikke opstår antages i denne sammenhæng også, specielt vedrørende handelsforhold, at omfatte relationsbevarelse ved indtræden af de udløsende hændelser.³ Når erhvervsjura anskues som et ledelsesredskab, må det, som allerede nævnt ovenfor, anføres, at der findes såvel et præventivt aspekt som et optimerende aspekt, samt at disse i nogen grad overlapper hinanden.

Konfliktforebyggelse kræver på dette plan en integration i den juridiske verden af problemstillinger, som er ikke-juridiske, specielt tænkes på økonomiske forhold når fokus er rettet mod virksomhedsledelse. Ved præventiv jura skal da i denne sammenhæng forstås *dels* minimering af juridiske risici, herunder undgåelse og forudsigelse af konflikter mellem kontraktsparter og *dels* undgåelse af offentlige indgreb i forholdet eller lignende. Generelt indebærer synsvinklen altså, at der tages sigte på at afdække de juridiske risici, der opstår i forbindelse med virksomhedsdrift.

Virksomheder ledes efter forskellige rationaler og principper, der traditionelt tager sigte på styring af økonomiske variable, herunder økonomistyring, produktstyring, prispolitik etc. Derimod er der ikke tradition for juridisk styring, hvilket i og for sig forekommer overraskende, når det tages i betragtning, at virksomheder er underlagt regulering på stort set alle aktivitetsområder. Begrundelsen for dette manglende interessefokus har kunnet søges i udformningen af den traditionelle jurauddannelse, der tidligere adskilte sig markant fra virksomhedsledelse, et forhold der i nogen grad er rettet op på siden. Det blev anført, at den lærdom, der doceredes på jurauddannelserne, var retrospektiv, national og konfliktløsningsorienteret («Conflict solution»). Dette harmonerer ikke med erhvervsvirksomhedsdrift, idet denne er fremadrettet, international og snarere udøves ved problemløsning og forhandling under hensyntagen til økonomi, samfundsforhold og almene retsprincipper. Traditionel juridisk fremgangsmå-

¹ Se om denne sondring *Henrik Zahles* indlæg ved det juridiske fakultets konference »Hvad vil vi med jurauddannelsen?«, september 1996, refereret i *juristen* 1997, s. 77 ff.

² Således erindres det, at der eksempelvis i dele af nyere økonomisk teori opereres med en forudsætning om, at kontrakter er ufuldstændige, hvorved spørgsmålet efterfølgende er, hvorledes agenterne kan indrette sig i forhold til dette udgangspunkt.

³ Det skal bemærkes, at denne tolkning af den reelle forebyggelse ikke ganske harmonerer med den af *Henrik Zahle* introducerede definition. I henhold til *Zahles* definition omfatter den reelle forebyggelse alene det forhold, at risikoen ikke opstår.

de har således ikke umiddelbart noget at tilbyde erhvervsvirksomheder.⁴ Heroverfor kan ses den erhvervsjuridiske styring, der tager sigte på præventiv anvendelse af juraen til forebyggelse af konflikter og indgreb (»Conflict avoidance«), der må opfattes som en integreret del af virksomhedens samlede ledelse.⁵ I denne forbindelse kan estimeres, at omtrent 80% af en erhvervsjurists arbejde ligger inden for det præventive område.

Den ledelsesmæssige opgave, som eksistensen af retlig regulering stiller en virksomhedsledelse overfor, er af en helt anden karakter end den traditionelle juridiske. Det drejer sig om på forhånd, når der disponeres, at sikre, at der træffes en beslutning under hensyntagen til den relevante jura. Den erhvervsjuridiske opgave kan siges at bestå i at integrere juraen med virksomhedens øvrige styringsredskaber, således at virksomheden alt taget i betragtning disponerer optimalt. Herunder må fejl forhindres. For virksomheden er juraen i mange tilfælde ikke andet end én faktor blandt flere, og den optimale beslutning beror på, at alle relevante faktorer inddrages, afstemmes og afvejes på forhånd. Kendskab og hensyntagen til den juridiske baggrund for ledelsesmæssige dispositioner er én blandt flere forudsætninger for, at en virksomhedsledelse kan handle forretningsmæssigt optimalt og samfundsmæssigt acceptabelt. I jo højere grad, der træffes beslutning i en erhvervsvirksomhed under respekt for den retlige regulering, des bedre for virksomheden og for samfundet som helhed.⁶

I det følgende er det ikke intentionen at gennemgå relevante økonomisk ledelsesmæssige overvejelser og beslutningsparametre. Derimod skal i det følgende kort peges på visse minima af overvejelser, der kan og bør indgå i konciperingsammenhæng, samt i forbindelse med generel undgåelse af offentlige indgreb.

Som noget ganske grundlæggende må inddrages et *forsigtighedsprincip* i den præventive jura. Dette indebærer, at der ved den juridiske risikovurdering tages højde for den værst tænkelige situation, og denne inddrages i beslutningsgrundlaget. Det kan udtrykkes således, at der hos koncipisten mv. er behov for evner til at definere risikoen under denne hensyntagen. Før fremdragelse af konkrete forebyggende elementer, er det passende at illustrere situationen, hvor der ikke har været tænkt præventivt, og disse er mangfoldigt forekommende. Som eksempler kan fremdrages vedtagelse af standardvilkår og mundtlige aftaler. I situationer, hvor der til en købs- og salgsaftale vedhæftes almindelige vilkår, består der en risiko for, at virksomheden har overskredet de grænser, retssystemet accepterer samt en risiko for, at vilkårene ikke anses som værende

⁴ Se *Henrik Zahle* i *Juristen* 1997, s. 78 der bemærker, at der ud over på universiteterne tillige hos domstolene er betydelig inerti i traditionen. Således anføres det, at man hos domstolene bemærker en betydelig udtalt forkærlighed for konfliktløsning, hvilket efter forfatterens vurdering blandt andet ytrer sig i nødtørftige eller konkretiserende domspræmisser, der i stedet kunne være udformet som brugbare ledetråde.

⁵ Jf. *Børge Dahl*: *Erhvervsjura som ledelsesredskab*, FSR's årsskrift, 1990, s. 102.

⁶ Jf. *Børge Dahl* op.cit., s. 103.

indgået.⁷ Se hertil eksempelvis UfR 1986. 654 H.

I UfR 1986. 654 H bestilte firmaet R i september 1977, til brug for fremstillingen af en ny type beauty box, hos T 3 sprøjtestøbeværktøjer til levering senest 4. januar 1978. I november 1977 garanterede en medarbejder hos T levering senest den nævnte dato. Værktøjerne blev leveret i løbet af januar 1978, men viste sig ved afprøvning mangelfulde. T prøvede gentagne gange i løbet af 1978 at udbedre manglerne, men i august 1978 erklærede R aftalen for misligholdt og krævede erstatning for tab af avance ved salg af beauty box'en. For Højesteret påstod T frifindelse under henvisning til, at T i sine vilkår, der var trykt på bagsiden af ordrebekræftelsen, havde angivet en garanti for afhjælpning, som ikke omfattede erstatning for driftstab. I alt fald da T ikke trods afhjælpningsforsøg gennem mere end ½ år havde formået at bringe værktøjet i anvendelig stand, fandtes T ikke at kunne fritages for erstatningsansvar ved garanti- og ansvarsfraskrivelserne, som ikke havde været omtalt under salgsforhandlingerne og ikke var R bekendt. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 300.000 kr.

Navnlig i forbindelse med skattespørgsmål er eksemplerne legio.

2.2 Generelle reguleringstemaer

I det følgende skal søges uddraget nogle generelle temaer, der bør inddrages i erhvervsjuristens overvejelser.

I relation til den formelle forebyggelse kan der knyttes nogle kommentarer til den ovenfor refererede dom. Af referatet fremkom, ud over det her fremhævede, at det på grund af forsinkelsen og manglerne ikke var muligt for producenten at klare efterspørgslen i 1978, og at man måtte annullere mange ordrer, hvilket videre medførte, at mange meddelte, at de ikke ønskede at fortsætte samarbejdet. Herved fremgår det, at der er problemer for begge involverede virksomheder. Sælgeren skal udrede erstatning på trods af de eksisterende standardvilkår, mens aftageren mister kunder ved forsinkelsen, hvilket medfører tab, der ikke umiddelbart lader sig opgøre. Den ledelsesmæssige opgave afspejler sig efterfølgende for de to parter forskelligt. Sælgeren skal sørge for at standardvilkårene bliver en del af aftalen, mens aftageren skal sørge for særligt at opnå kontraktsregulering af forhold, der har direkte relation til produktionen af dennes produkt.

Kendetegnende for den formelle forebyggelse er, at denne sigter til at styre eventuelle juridiske risici. Eksempelvis kan indgrebsrisici i relation til beskyttelsespræceptive regler overvejes og søges minimeret. Selvom juraen er brugt præventivt, er der stadig behov for at regulere uforudsete hændelser. Navnlig to måder kan i handelsforhold tænkes benyttet til imødegåelse hertil: (1) der kan søges udformet detailregulering⁸

⁷ Jf. *Børge Dahl* op.cit, s. 104 ff med eksempler på erhvervsjuridiske ledelsesproblemer.

⁸ Grundet eksistensen af begrænset rationalitet og tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger anses en sådan mulighed ikke som værende realistisk. Ligeledes må det holdes for øje, at ikke alle konflikter kan forebygges.

eller (2) der kan alternativt indføres en mekanisme til genforhandling.⁹ Den formelle forebyggelse må antages primært at have betydning, hvor parterne ikke har ubetinget tillid til domstolens håndtering af uklarheder og rammende udfyldning. Tillige må den formelle forebyggelse have betydning, hvor parternes tillid til handelsrelationen generelt ikke er stærk. I sådanne situationer vil der således bestå et behov for at koncipere aftaler med retsfaktum og retsfølge. Begrundelserne herfor er *dels* præventive - bevidstheden om, hvad der vil følge af at bringe aftalens pligtvirkning til live, kan i sig selv virke motiverende - *dels*, at retsreglen trods alt giver mulighed for gennemtvivning, som kan være nødvendig, eksempelvis hvis aftalens opfyldelse, på grund af personudskiftning i ledelse eller ejerkreds eller insolvent bobehandling, nu varetages af andre. Ligeledes under den formelle forebyggelse må falde de tiltag, der skal udføres som modværge mod opportunistisk adfærd fra medkontrahentens side.¹⁰ Dette element antages ikke umiddelbart at falde under den reelle forebyggelse, idet man her må formodes at haves tiltro til relationen og ønsker dennes eksistens opretholdt. Dog må koncipisten være realistisk og foregribe også disse situationer, hvorfor elementet kan inddrages ved beskrivelsen af såvel formel som reel forebyggelse.

Som eksempel kan henvises til visse standardformuleringer i forbindelse med etableringen af Venture capital selskaber samt disses selskabers investeringer i porteføljeselskaberne. I sådanne standardkontrakter forekommer en betydelig hensyntagen til de særlige principal-agent problemstillinger. Nævnes skal venture kapitalisternes mulighed for at gennemføre kapitalnedsættelse i tilfælde af misligholdelse. Det er ligeledes udbredt, at der opereres med præferenceaktier, ligesom der i stedet for egenkapital-investeringer kan foretages udlån i form af konvertible lån, således at investoren i tilfælde af konkurs er bedre stillet end aktionærerne. Ved disse og mange andre tiltag søges fremtidige konflikter imødegået og i vidt omfang undgået gennem tilstrækkelig klausulering.

Det er nok muligt i vidt omfang at imødekomme offentlighedens specifikke krav til virksomheder (eksempelvis gennem miljøkrav, skattelovgivning, arbejdslovgivning, selskabslovgivning etc.) gennem konciperingen, selv med de ustandselige ændringer og det betydelige omfang af disse krav in mente. Det er således principielt muligt at forhåndsanalysere, hvilke regler de enkelte virksomheder har berøringsflader til, og efterfølgende søge at inddrage disse i konciperingsarbejdet.

I forbindelse med *reel forebyggelse* sikres, at handelsrelationen består, uanset at visse hændelser indtræder samt også at her tilses, at risici minimeres. Det må generelt anbefales, at koncipister inddrager overvejelser, der kan sikre en sådan målsætning. Hertil kan fremhæves muligheden for at *forhandle* i kontraktsforløbet ved at indføre

⁹ Jf. herom *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret*, 1995, s. 73.

¹⁰ Netop opportunistisme antages at være en af faktorerne i nyere økonomisk teori, der begrundet konflikters opståen. Andre er begrænset rationalitet, følelser og virkelighedsopfattelse.

forhandlingsklausuler i kontrakten i tilfælde at uoverensstemmelser eller lignende.¹¹ Som et andet element der kan henføres til den reelle forebyggelse, kan nævnes tvistløsningsklausuler. Såfremt en sådan efter sit indhold henviser til løsning ved brug af mediation, må det antages at relationen har bedre overlevelseshemmeligheder. Specielt med en standardformulering in mente må dette standpunkt opretholdes: »Hvis en tvist opstår mellem parterne i forbindelse med denne aftale, skal sådanne tvister om muligt søges løst i mindelighed ved mediation«. Øvrige konfliktløsningsmetoder antages ikke at have samme relationsbevarende værdi. Endelig er det vigtigt, at en reelt forebyggende aftale får tilstrækkelig af *fleksibilitet* indbygget, et tema der dog kan medtages i såvel formel som reel forebyggelse.

Overholdelse af offentlighedens krav antages at være sværere ud fra den reelle forebyggelse. Der haves ikke på konciperings- eller dispositionstidspunktet kendskab til fremtidens krav, hvormed man i sagens natur ikke kan forebygge risikoen herved.

2.3 Retskilder i den præventive jura

Selv om den erhvervsjuridiske synsvinkel indebærer, at vægten ikke lægges på efterfølgende konfliktløsning, men på forudgående forebyggelse af konflikter og indgreb, har den præventive jura den tvistløsende juras retskildemateriale som sit basismateriale.¹² Den præventivt orienterede jura kan imidlertid ikke nøjes med at benytte et sådant materiale, men må inddrage hjælpemidler, som i højere grad er udarbejdet med henblik på anvendelse af juraen ved den normale disponering i erhvervsvirksomheder. Det betyder blandt andet, at standardkontrakter, som er udarbejdet ved forhandling mellem organer, der repræsenterer de modstående interesser, eller efter nationale eller internationale organisationers vejledninger, får en selvfølgelig plads blandt de kilder, som finder anvendelse i virksomhedens juridiske styring.¹³ Der opereres ofte med begrebet *selvregulering* i sådanne situationer. Derimod er der ikke samme vejledning at hente med henblik på at kunne foretage en tilstrækkelig inddækning i forhold til økonomiske konsekvenser som følge af specifik lovgivning. I disse situationer er det op til den enkelte nøje at analysere situationen præventivt og indføre de relevante overvejelser i konciperingen.

¹¹ Det lægges herved til grund, at konflikter kan afværges ved forhandling, smh. *Henrik Zahle* i *Juristen* 1997, s. 80 med note 11 og *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret*, 1995, s. 68.

¹² Jf. *Børge Dahl* op.cit. s, 142.

¹³ Se *Jan Hellner: Kommersiell avtalsrätt*, 1989, s. 26, hvor det anføres, at »...Et sätt att minska den juridiska osäkerheten är att använda i försäg utarbetade förebilder, om vilke man en gang för alla förvissat sig om att de eliminerer eller inskränker osäkerheten s”gott der är möjligt...«.

3. Den skatteretlige dimension

3.1 Generelt

Erhvervsjura som ledelsesredskab har i høj grad en skatteretlig dimension. Grænseoverskridende virksomhedsdrift medfører et stort behov for *skatteplanlægning*, idet skattebetalingerne ønskes nedbragt, som også tilfældet er det for virksomhedens øvrige omkostninger. På linie med ovenstående betragtninger kan *skatteplanlægning* anskues som en integreret bestanddel af virksomheders økonomiske styring.¹⁴

Ved skatteplanlægning forstås traditionelt, at virksomheden indretter sine forhold således, at dennes situation skattemæssigt set maksimeres. Begrebet anvendes ofte synonymt med begrebet skattetænkning, jf. hertil *Robert Koch Nielsen* i SO 1984.46 og *Jan Pedersen: Skatteudnyttelse*, 1989, s. 27 med note 11. Dog kan det anføres, at skattetækningsdefinitionen vækker odiøs klang og i realiteten er et snævrere begreb end skatteplanlægningsbegrebet. Skattetænkning defineres som *sådanne skatteudnyttelser, som efter gældende skatteret må opretholdes ved ligningen uden hensyn til, om de herved indebærer en af lovgivningsmagten utilsigtet eller uønsket skattefordel*. Her overfor må det nok antages, at skatteplanlægning som begreb er en overbetegnelse for såvel skattetænkning som den optimale anvendelse af skatteregler, hvor lovgivningen eksplicit lægger op til, at der skal være forbundet fordele med at anvende den pågældende skattelovgivning.¹⁵

Uanset den valgte definition lader der til at være enighed om, at det essentielle i begrebet er det, at der på legitim vis tilsigtes en minimering af skattebyrden. Efter en pragmatisk vurdering findes det dog, at begrebet bør udvides til også at indbefatte et *præventivt element*, idet noget sådant efter min vurdering falder ganske naturligt inden for et planlægningsbegreb, såfremt dette skal have almén gyldighed.

¹⁴ Jf. *Ulrik Gorm Møller: Skatterådgivning - metode og teknik*, 1995 og samme *Skattemæssig metode*, 2000, s. 29.

¹⁵ Generelt om den definitoriske behandling af begrebet kan henvises til *Jan Pedersen: Skatteorientering* 3.7. 1985 og samme i *Skatteudnyttelse*, 1989, s. 25 ff og i *Skatte & afgiftsstrafferet*, 1996, s. 61 overført til *fiskalstrafferetten* samt *Ulrik Gorm Møller: Skatterådgivning- metode og teknik*, 1996, s. 21f. Begrebet gives i den skatteretlige litteratur en egentlig retlig definition, mens det modsat tillægges økonomistyringsindhold hos *Ulrik Gorm Møller op.cit.*, en antagelse der er alment accepteret og benyttet i den revisionsorienterede skatteret. Se blot *Søren Stenholdt* i *Skatteplanlægning i internationale koncerner*, *Skatteorientering*, Artikler 57, 7.7, 1990, *Lena Falk & Claus Pedersen: Skatteplanlægning i internationale koncerner*, 1996 med side 12 samt forudsætningsvis *Jo Ann Catalano og Ines Maly »Planning Opportunities Through Loss Utilization Strategies«*, *World Tax News* 1995/3, s. 1 ff. *Lena Falk & Claus Pedersen* fremhæver i *Skatteplanlægning i internationale koncerner*, 1996, s. 17, at optimal skatteplanlægning på tværs af landegrænser indebærer undgåelse af dobbeltbeskatning, høj skatteværdi af fradragsberettigede udgifter og lav skatteværdi af skattepligtige indtægter.

Skatteplanlægning må altså (i henhold til min - erkendt - noget brede definition) anskues som et præventivt redskab samt et redskab, der er tæt knyttet af virksomhedernes økonomistyring. Derfor kan skatteplanlægning i vidt omfang siges at udgøre den skatteretlige dimension af erhvervsjura som ledelsesredskab. I henhold til den ovenfor introducerede terminologi bevæger skatteplanlægningen sig på området for såvel den formelle som på den reelle forebyggelse.

I det følgende skal omtales nogle specifikt skatteretlige aspekter af erhvervsjuraen som ledelsesredskab. Da skatteplanlægning imidlertid dækker over et temmelig bredt spektrum af overvejelser i forbindelse med skattemæssig rådgivning, vil jeg blot tage nogle enkelte emner ud til eksemplifikation.¹⁶

Skatteplanlægning kan i henhold til gængs terminologi inddeles i *ex ante* planlægning¹⁷ og *ex post* planlægning.¹⁸ Det præventive element må kunne henføres i *ex ante* blokken uden herved at ændre på terminologien. Da langt de fleste elementer af skatteplanlægning kan placeres i kategorien *ex ante* skatteplanlægning, drejer bemærkningerne i det følgende sig herom.

3.2 Muligheder under *ex ante* skatteplanlægning

Overordnet består *ex ante* planlægning i at bedømme de skatteretlige konsekvenser af en påtænkt disposition. Det har således stor betydning for mange beslutninger allerede i planlægnings- og forhandlingsfasen at gøre sig det klart, hvorledes dispositionen behandles skatteretligt. Er der usikkerhed om den skatteretlige bedømmelse af den påtænkte disposition, opstår spørgsmålet om, hvem der skal påtage sig risikoen for, at sagen bedømmes anderledes af skattemyndighederne, end de forventer i aftaleøjeblikket. *Erik Werlauff* leverer i *Selskabsskatteret*, 1999, s. 56 ff en oversigt over parternes handlemuligheder i dansk skatteret.¹⁹

For det første kan parterne disponere som de påtænker, og herved lade den part, som en anderledes skatteretlig bedømmelse vil ramme, bære risikoen herfor. *For det andet*

¹⁶ I adskillige situationer er det tvingende nødvendigt at have kendskab til givne dispositioners skattemæssige konsekvenser. Således kan det nævnes, at finansielle beslutninger, beslutninger om strukturændringer og beslutninger om etablering i udlandet nødvendigvis forudsætter et kendskab til de skattemæssige konsekvenser heraf således, at et valg kan træffes på et efter-skat grundlag.

¹⁷ Hvilket er udtryk for dispositioner i indkomstårets løb og tilrettelæggelse af den gunstigst mulige skatteposition.

¹⁸ Hvilket er udtryk for dispositioner i forbindelse med selvangivelsens udarbejdelse, dvs. efter indkomstårets udløb. Som eksempler herpå fremhæver *Lena Falk & Claus Pedersen* i *Skatteplanlægning i internationale koncerner*, 1996, s. 112 ff, indtræden af sambeskatning og afskrivninger.

¹⁹ Forfatteren anfører, at risikoen typisk bæres af den, hvis skatteforhold der hersker tvivl om, såfremt der er tale om ikke-interesseforbundne parter. Er der modsat tale om interesseforbundne parter, vil et skatteforbehold – som det anføres – jævnligt være en realistisk mulighed.

kan parterne handle i tillid til, at det efterfølgende er muligt at omgøre deres disposition, jf. adgangen i henhold til skattestyrelseslovens § 37 C. Når der er tale om skatteplanlægning, vil dette dog ofte ikke udgøre en reel mulighed grundet de restriktive betingelser herfor. Derimod kan den specifikke omgørelsesbestemmelse i LL § 2, stk. 4 finde anvendelse ved indkomstoverførsler mellem interesseforbundne parter. *For det tredje* kan navnlig interesseforbundne parter tage et skatteforbehold. Hovedindholdet heri er, at én af parterne eller begge parterne under visse betingelser kan træde tilbage fra aftalen eller kræve denne justeret på en bestemt angiven måde, jf. herom skattestyrelseslovens § 37 B. *Videre for det fjerde* kan parterne eller en af disse inden dispositionens gennemførelse indhente en bindende forhåndsbesked hos Ligningsrådet, jf. herom skattestyrelseslovens §§ 20 A-C. Endelig *for det femte* kan parterne eller én af dem foreligge sagen for de lokale eller regionale skattemyndigheder (uformal forhåndsbesked).

Alle de skitserede tilgangsvinkler anvendes i vidt omfang i praksis. Mulighederne berører selvsagt udelukkende dansk beskatning og billedet sløres noget, hvor flere skattejurisdiktioner involveres. I det følgende skal problemstillingen belyses ved hjælp af nogle aktuelt forekommende problemstillinger.

3.3 Eksemplifikation – aktuelle problemstillinger

3.3.1 Beslutningen om at indhente en APA

Med henblik på at løse eventuelle transfer pricing problemer i grænseoverskridende koncerner benyttes til tider i den internationale skatteret muligheden for at indhente advance pricing arrangements/agreements (APA). Muligheden er dog endnu ikke udbredt. En APA kan defineres som »An arrangement that determines in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparables and appropriate adjustments thereto, critical assumptions as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time. An advance pricing arrangement may be unilateral involving one tax administration and a taxpayer or multilateral involving the agreement of two or more tax administrations.«²⁰

Som det første opstår spørgsmålet naturligtvis, om der juridisk består en mulighed for at opnå APA'ere. I Danmark findes der ikke særlige regler herom. Dog må der i henhold til den gensidige aftaleprocedure i vore dobbeltbeskatningsaftaler (modelleret over OECD's model art. 25) kunne indledes forhandlinger herom. Internretligt kan der argumenteres for, at de allerede omtalte regler om bindende forhåndsbesked vil kunne finde anvendelse på forhold af denne karakter.

Ét er dog, om der findes tilstrækkelige regelsæt til håndtering af problematikken. Noget ganske andet er, om det overhovedet kan betale sig at indhente en APA. Til beslutning

²⁰ Jf. OECD Transfer Pricing Guidelines, G-1.

heraf kan der formentlig med fordel anvendes en cost-benefit-baseret beslutningsmodel som foreslået af *Jeffrey D. Gramlich & Ulrik Gorm Møller* i *Tax Planning International Review*, 1997/10, s. 13 ff. I henhold til en sådan model kan beslutningen om at indhente en APA baseres på et trade-off mellem estimerede costs og benefits. Forfatterne anfører, at den forventede værdi ved at indhente en APA udgør nettoresultatet af de forventede fordele og forventede omkostninger. Ved forventede fordele eller omkostninger forstås produktet af fordelens eller omkostningens multipliseret med sandsynligheden for omkostningens eller fordelens indtræden. På denne baggrund præsenteres to beslutningsmodeller, hvoraf den første vedrører situationen hvor det besluttes at indhente en APA, og den anden vedrører situationen, hvor det besluttes ikke at indhente en APA. Som *fordele* kan fremhæves: skattebesparelser som følge af APA'en, risikominimering for koncernen og større skatte- og budgetplanlægningsmuligheder. Som *omkostninger* kan fremhæves: brugerbetaling, omkostninger ved at hyre eksterne eksperter, omkostninger ved intern arbejdskraft og endelig muligheden for, at den samlede skattebetaling forøges som følge af APA'en. Er den forventede værdi større ved at indhente en APA end ved ikke at gøre dette, må en APA søges indhentet.²¹ Beslutningen om indhentelse af APA'er udgør et godt eksempel på en situation, hvor økonomistyringen er integreret i virksomhedens ex ante skatteplanlægning. Ligeledes udgør en APA'er et eksempel på præventiv tænkning vedrørende skatteforhold.

3.3.2 Mobile income

Stadig som en del af koncerners skatteplanlægningsmuligheder kan nævnes muligheden herfor via fænomenet *mobile income*.²² Der er herved tale om at identificere mobile indkomststrømme i multinationale koncerner og herved overføre *income drivers (profit drivers)* til lavskattelands.²³ Effekten heraf er en minimering af koncernens globale skattebetaling samt en reduktion i den effektive skattesats.²⁴

Instrumentet har særlig relevans, hvor *mobile profit drivers* kan identificeres. Dette gælder navnlig for immaterielle aktiver, idet disse relativt let kan overføres gennem cost sharing arrangements. Flytningen kan efter omstændighederne kræve en rent fysisk hel

²¹ *Jeffrey D. Gramlich & Ulrik Gorm Møller* fremhæver op.cit, s. 15 ff nogle situationer, hvor APA'ere med overvejende sandsynlighed vil være anbefalelsesværdige.

²² Ordinære transfer pricing forhold udgør naturligvis tillige en skatteplanlægningsmulighed. Dette er tillige tæt knyttet til virksomhedens økonomistyring. Udarbejdelse af den påkrævende dokumentation i henhold til skattekontrollovens § 3 B udgør videre et præventivt instrument, idet koncernen bevismæssigt stilles bedre herved ligesom skønsmæssige forhøjelser undgås.

²³ Skatteplanlægningsteknikken har særligt relevans for følgende brancher: E-business, software industri, computer hardware industri, teknisk service industri, modebranchen, medicinalindustrien samt andre højteknologiske brancher.

²⁴ Der er nært slægtskab mellem begrebet *mobile income* og begrebet *tax reengineering*.

eller delvis omplacering af aktiver, men i flere tilfælde kan rene justeringer af koncernselskabernes indbyrdes og eksterne kontrakter være tilstrækkelige. Ligeledes kan transaktionsbaserede eller forretningsmæssige risici relativt let overføres gennem kontraktlige ændringer. Derimod er det straks mere vanskeligt at overføre funktioner og fysiske aktiver, dog således at dette ikke er udelukket.

Hvor danske koncerner foretager skatteplanlægning via mobile income, skal særligt to danske risici fremhæves. For det første kan det understreges, at armslængdeprincippet skal overholdes, idet der ellers består en mulighed for vilkårskorrektioner. Videre skal man være påpasselig med overførslen af immaterielle aktiver fra Danmark til udlandet, idet der består en risiko for, at der foretages en dispositionskorrektion, hvorved overførslen ikke anerkendes i skatteretlig henseende, jf. herved resultatet i UfR 1989. 605 H *Direktør Holger Bagger Sørensen*, hvor en overdragelse af nogle licensrettigheder til et schweizisk selskab ikke blev anerkendt, idet det blev lagt til grund at rettighederne aldrig reelt var blevet overdraget til det schweiziske selskab. Forpligtelserne vedrørende kontrakterne forblev i Danmark hos det overdragende selskab, mens rettighederne i henhold til kontrakterne blev overdraget til det schweiziske selskab, hvormed den eneste ændring i forholdet var, at indtægterne blev kanaliseret til Schweiz. Det kan ikke tillægges afgørende betydning, om oprettelsen af udenlandske selskaber og overdragelse af rettigheder hertil er forretningsmæssigt begrundet. Koncernerne skal derfor med omhu gennemføre de påkrævede strukturændringer eller aktivoverdragelser, således at der er substans i arrangementet og ikke blot er tale om en overflytning af indkomstgrundlag til et skattesubjekt uden selvstændig aktivitet.

Ved brug af instrumentet ses det således, at der dels tilgodeses et optimerings- og dermed økonomistyringsbehov. Det skal herved bemærkes, at der kan opnås endog betydelige skattebesparelser ved brug af instrumentet. Ligeledes er der grund til at handle og tænke præventivt ved aktivering af mobile income som skatteplanlægningsinstrument, særligt med henblik på at undgå vilkårs- eller dispositionskorrektioner.

3.3.3 Etablering og justering af koncernstrukturer

Det er en løbende opgave i internationale koncernforhold at operere med den rette koncernstruktur. Bag sådanne tiltag ligger der oftest mange forretningsmæssige overvejelser, ligesom almindelige juridiske overvejelser ligeledes kan ligge til grund for dispositionerne. Dog ses det ofte, at koncernstrukturer ændres (eller etableres) med henblik på at optimere koncernens globale skattemæssige position i relation til det grænseoverskridende betalingsflow selskaberne imellem. Herved ses således igen et økonomistyringssigte i forbindelse med den internationale koncernskatteplanlægning. Et hyppigt anvendt redskab er brugen af internationale holdingselskaber navnlig til brug for udbyttegennemstrømning. Ved etablering af sådanne selskaber kan koncernens skatteposition forbedres betragteligt. Dog er der også på dette område adskillige faldgruber. Undladt præventiv tænkning kan således medføre, at forudsætningerne for eksempelvis store virksomhedsoverdragelser falder til jorden. Navnlig eksisterer der i denne henseende risikoområder, hvor placering af selskaber i lavskattelande indgår i

overvejelserne, idet de fleste vestlige lande har regler til modvirkning af sådanne situationer. I Danmark tænkes herved på CFC-reglerne i selskabsskattelovens § 32, ligningslovens § 16 H og fondsbeskatningslovens § 3 A samt reglerne i aktieavancebeskatningslovens § 2 a til modvirkning af finansielle investeringer i selskaber og aktier i lavskattelande. I sådanne tilfælde er der grund til at gennemføre detaljerede studier om risikoen ved sådanne arrangementer, idet konsekvenserne ved en uforudset bedømmelse kan være uoverstigelige.

3.3.4 Ventureselskaber

For at følge eksemplet fra tidligere med venture capital selskaber, skal det fremhæves, at der i høj grad også må gøres brug af den præventive skatteret ved etableringen af sådanne selskaber. Således skal venturekapitalisten nøje overveje, hvilken virksomhedsstruktur venture selskabet skal drives i, samt hvorledes investeringerne i porteføljeselskaberne skal tilrettelægges. Der indgår i denne planlægning såvel aspekter af moms- og afgiftsretten som aspekter vedrørende den direkte beskatning. I denne artikel skal jeg dog kun forholde mig til én enkelt praktisk problemstilling: nemlig om et ventureselskabs aktiebesiddelser skal betragtes som næringsaktier. Såfremt dette spørgsmål kan besvares bekræftende, må det siges, at der herved kan indtræde betydelige ændringer i forudsætningen for etableringen og driften af ventureselskaber.²⁵ Dog lader spørgsmålet sig ikke besvare generelt idet det må antages at afhænge af en konkret og individuel vurdering.²⁶ Baggrunden herfor er, at ventureselskaber er placeret i grænseområdet mellem anlæg og næring, idet pengeinstitutter normalt er næringsaktionærer, mens forsikringselskaber normalt er anlægsaktionærer, og at disse virksomhedstyper ofte udgør aktionærgruppen i ventureselskaberne.²⁷ *Christen Amby* har i nævnte artikel præsenteret de elementer, der efter hans opfattelse bør lægges vægt på i bedømmelsen. Således anføres, at der kan læges vægt på de vedtægtsmæssige formål. Dette element kan tale for begge resultater.²⁸ En formålserklæring (og faktisk efterlevelse heraf), der er udtrykt anlægspræget, vil således tale for aktiernes anlægskarakter. Derimod vil erklæringer om at investeringer kun tilsigtes at have en vis (kortere) varighed, samt

²⁵ Det erindres herved, at fortjeneste eller tab ved afståelse af næringsaktier omfattet af ABL § 3 medregnes opgørelsen af den skattepligtige indkomst uden hensyn til ejertid. Der gælder altså ikke skattefrihed for selskabsaktionærer efter 3 års ejertid, hvilket ellers er tilfældet for selskabsaktionærer, jf. ABL § 4, stk. 6.

²⁶ Jf. herved *Christen Amby* i SR-Skat 1989, s. 374 ff (375 f) og *Preben Underberg Poulsen & Søren Rasmussen: Aktieavancebeskatning*, 1995, s. 121.

²⁷ Jf. *Christen Amby* i SR-Skat 1989, s. 375.

²⁸ Dog kun under forudsætning af at der er overensstemmelse mellem dette formål og den faktiske forretningsmæssige strategi.

aftaler, der sikrer og letter videresalg formentlig tale i retning af næring.²⁹ Ligeledes taler det formentlig for, at der er tale om anlægsinvesteringer, såfremt investeringer er egenkapitalfinansieret, mens det modsatte vil være tilfældet, såfremt disse er fremmedkapitalfinansieret - begge dog uden at have afgørende indflydelse ved bedømmelsen. Videre antager forfatteren, at aktionærkredsens sammensætning kan få betydning. Således antages det, at der utvivlsomt kan ske en afsmitning på ventureselskabet. Hvis ventureselskabet ejes fuldt ud af et pengeinstitut, og anser pengeinstituttet ventureselskabet som anlægsinvestering, smitter moderselskabets aktivitet sådan af på ventureselskabet, at dets aktieinvesteringer må beskattes som næring, også selv om der er tale om relativt langsigtede investeringer. Tilsvarende antages det, at ventureselskaber, der udelukkende ejes af typiske anlægsinvestorer, herunder forsikringselskaber, normalt vil blive anset for at foretage anlægsinvesteringer. Det er i forlængelse heraf problematisk, hvor aktionærkredsen er blandet. Efter *Ambys* vurdering må det afgørende her være det faktiske virke.

Som det ses udgør spørgsmålet et skatteretligt tvivlsspørgsmål, der skal undergives en konkret vurdering i hver enkelt situation. Foretages en sådan vurdering og planlægning ikke tilpas omhyggeligt, kan store dele af grundlaget for selve ventureinvesteringen på dansk grund bortfalde. Budskabet er igen det samme- tænk præventivt!

3.3.5 Forholdet mellem skatteret og civilret

Endelig skal det nævnes, at også forholdet mellem skatteret og civilret kan give anledning til betydelige præventive hovedbrud. Når dispositioner er på planlægningsstadiet, er det nødvendigt for rådgivere i det moderne samfund at være tværfaglige, når man har med virksomhedsrådgivning at gøre. For juridiske rådgivere må disse i det mindste være tværdisciplinære. Af samme årsag ses den internationale udvikling at gå i retning af, at der udvikles de såkaldte *Multidisciplinary Partnerships (MDP's)*. Når således tværdisciplinær indsigt synes påkrævet, er det tillige væsentligt at fokusere på samspillet mellem de forskellige discipliner. Da skatteretlig og civilretlig normering af samme problemkomplekser ikke altid medfører ensartet behandling, er problemstillingen tillige overordentlig betydningsfuld i det praktiske retsliv. Som et eksempel på at skatte- og civilretten så at sige trækker i hver sin retning, kan nævnes det forhold, at den skatteretlige og den selskabsretlige behandling af aktionærlån er ukoordineret. I selskabsretlig henseende gælder der et forbud mod aktionærlån, jf. aktieselskabslovens § 115, mens man i skatteretlig henseende anerkender lånet i det omfang, der sker en formalisering heraf, eventuelt blot med rentefiksering til følge, jf. LL § 2. Der henvises til *Lene Bendix* i TfS 1995, 531 for en behandling af denne problemstilling. Herudover findes utallige andre faldgruber. Det er dog ofte på dette område vanskeligt at udføre præventiv tænkning ex ante, idet der ofte ikke er taget stilling til samspillet mellem skatteret og civilret i lovgivning eller praksis.

²⁹ Modsatrettede aftaler vil dog formentlig tale i modsat retning.

4. Sammenfatning og perspektiver

Som det burde være fremgået er der et udtrykt behov for en retsvidenskab med præventivt sigte. Begrundelsen herfor skal søges i erhvervslivets udprægede behov for dette. Det skal anføres, at anvendelsen af juraen som et ledelsesredskab ikke skal afløse traditionelle ledelsesteorier, endsiige rette indvendinger herimod. I stedet skal fokuseringen ses som et supplement hertil. Det har hidtil pågået en helt urimelig negligering af den præventive jura som disciplin. Dette forhold er der dog i de allerseneste år rettet lidt op på.

En præventivt orienteret jura kan ikke nøjes med den danske jura som basis, men må udvide perspektivet til eksempelvis at omfatte hele Europa. Yderligere må den traditionelle juras krav om fuldstændighed ned til mindste detalje opgives til fordel for en mere overordnet, interessemodsatningsfremdragende og analyserende behandling af de enkelte problemer.

Tankegangen om en præventivt orienteret jura som disciplin synes i nogen grad at have lydt. Således er opgaveløsningen på jurauddannelserne drejet i en mere præventivt orienteret retning.³⁰ Ligeledes er der i forbindelse med dommerrekrutteringen åbnet mulighed for andre juristers indtræden i dommerstanden, herunder eksempelvis erhvervsadvokater. Herved kan sættes en udvikling i gang væk fra en mekanisk bedømmelse af sager i retning af en mere substantiel vurdering, som bærer præg af - og er baseret på - kendskab til samfundsmæssige og andre forhold.

Emnets skatteretlige dimension er behandlet, og det er fremhævet, at den skatteretlige pendant til erhvervsjura som ledelsesredskab udgøres af et bredt skatteplanlægningsbegreb. Til belysning heraf er fremhævet ex ante skatteplanlægningens muligheder, og der er givet eksempler herpå. Af fremstillingen kan det udledes, at der i denne henseende består et mindst lige så udbredt behov for at anvende skatteretten som ledelsesredskab, herunder som et led i virksomhedernes økonomistyring. Dog må det ligeledes anføres, at den præventive og optimerende tænkning i meget vid udstrækning er dagligdag i skatteretten. Forklaringen herpå må søges i de håndgribelige økonomiske resultater af de påtagne anstrengelser.

³⁰ Hermed er evalueringerne af uddannelsen blev imødekommet. I Evaluering af Jurauddannelserne, Evalueringscenteret 1996, s. 12 hed det, at »...Det anbefales, at fokus i uddannelserne ikke rettes for ensidigt mod konfliktløsning gennem indlæring af regelanvendelse, men i højere grad også betoner konfliktforebyggelse...«.