

Valg af virksomhedsform i USA

af

Finn Martensen, Advokat(H), Attorney at Law

1. Indledning

En helt grundlæggende overvejelse i forbindelse med planlægningen af forretningsaktiviteter i USA er, under hvilken form denne aktivitet skal udøves. Hvordan virksomheden etableres afhænger helt af virksomhedens karakter. Hvis for eksempel formålet med aktiviteterne er at inddrage USA som eksportmarked, vil etablering ofte ske derved, at den danske virksomhed antager en handelsagent eller en distributør til at markedsføre virksomhedens produkter i USA. I dette tilfælde sker der ingen fysisk etablering af den danske virksomhed i USA. Et andet – og diametralt modsat eksempel – er, hvor en dansk virksomhed ønsker at udføre produktion i USA. I dette tilfælde vil der altid ske en fysisk etablering af virksomheden i USA, og aktiviteterne vil da sædvanligvis ske gennem et særligt dertil oprettet amerikansk selskab. Ud over at etableringsformen bør tilrettelægges i overensstemmelse med forretningsaktiviteterne, bør der altid henses til de skattemæssige konsekvenser af etableringen. Eksempelvis vil etablering af et datterselskab i USA altid bevirke, at dette datterselskab bliver skattepligtigt til USA. Dette indebærer administrative og dermed omkostningsmæssige konsekvenser. Hvis aktiviteterne i USA derfor for eksempel er begrænset til markedsføring af virksomhedens produkter, som er produceret i Danmark, kan det være at skyde over målet at foretage etablering af et selskab. Modsat vil noget sådant være naturligt, hvis der udføres fysiske aktiviteter i USA.

Formålet med den efterfølgende gennemgang er at illustrere, hvilke mulige virksomhedsformer, der foreligger samt at beskrive, i hvilken situation den enkelte form oftest er mest hensigtsmæssig. Beskrivelsen vil sammenholde de

enkelte virksomhedsformer i USA med den tilsvarende danske virksomhedsform (i det omfang der er en tilsvarende form i Danmark). Gennemgangen vil blive opdelt således, at der først fokuseres på virksomhedsformer uden fysisk etablering i USA og dernæst på virksomhedsformer, hvor der sker en fysisk etablering.

2 Eksport til USA – ingen fysisk etablering

2.1 Salg via handelsagent

I de tilfælde, hvor en dansk virksomhed ønsker at markedsføre sine produkter i USA, kan dette ske via antagelse af en eller flere personer, hvis opgave det er at indhente tilbud på køb af agentgiverens vare. Ligesom i Danmark karakteriseres en handelsagent¹ ved følgende karakteristika:

- Handelsagenten har normalt ikke noget varelager.
- Handelsagenten betales sædvanligvis via en provision, der er sat i forhold til størrelsen af det salg, som agentens virksomhed medfører.
- Handelsagenten opererer i producentens navn (og dermed ikke i eget navn).
- Aftalen om køb indgås direkte mellem producenten og den amerikanske køber (handelsagenten opnår ikke ejendomsret til varerne).
- Handelsagenten kan, afhængigt af det nærmere indhold af aftalen, enten indgå aftaler direkte på producentens vegne, eller hans bemyndigelse kan være begrænset til at indhente ordrer, som herefter må accepteres af producenten.²

¹ På amerikansk betegnes en handelsagent som en "sales agent".

² Som det vil fremgå af det efterfølgende, får denne sondring helt afgørende betydning ved vurderingen af den danske producents skattemæssige forhold.

Der findes i USA ingen generel lovgivning om agents retsstilling. Der er hermed åbnet vid mulighed for at regulere forholdet via den aftale, som indgås med agenten. Aftalen bør altid afpasses nøje efter de konkrete forhold. Standardaftaler bør derfor kun anvendes som inspirationskilde. Dog er der en række klausuler, som altid bør indgå i en agentaftale med en amerikansk agent. Disse refereres herefter kort:

Det bør altid beskrives nøje i aftalen, indenfor hvilket territorium agenten skal arbejde. Det ses ofte, at danske eksportører overlader alt for store geografiske områder til en enkelt agent. Det bør derfor i forbindelse med aftalens indgåelse nøje overvejes, om det tildelte territorium har en sådan størrelse, at agenten med rimelighed kan betjene det. Hvis agentens kvalifikationer ikke er kendt på forhånd, er det ofte en god idé at starte med et begrænset geografisk område og åbne mulighed for yderligere områder, hvis det viser sig, at agenten gør et godt stykke arbejde.

Det bør tillige altid bestemmes i aftalen, hvorvidt agenten skal være eneagent eller ikke. Det helt sædvanlige er, at agenten optræder som eneagent, hvorved eksportøren ikke kan ansætte andre agenter i området.

Reglerne om provisionens optjening og beregning bør ligeledes altid specificeres. Om ønsket, kan der eventuelt henvises til de retningslinier, som er fastsat i den danske lov om handelsagenter og handelsrejsende.

Det bør tillige nøje specificeres i aftalen, at agenten er ansat som handelsagent. Det bør i denne forbindelse nøje præciseres, at der via agentaftalen ikke etableres et partnerskab eller anden konstruktion, som indebærer, at eksportøren risikerer at blive bundet af handelsagentens dispositioner.

Ligeledes bør der indsættes detaljerede bestemmelser om, hvorledes agentaftalen kan bringes til ophør. Hvis der ikke er specifikke bestemmelser herom, risikerer eksportøren at blive mødt med betydelige erstatningskrav, når aftalen (berettiget eller uberettiget) opsiges fra eksportørens side.

Yderligere bør det anføres i aftalen, i hvilket omfang agenten skal have nogen kompensation i tilfælde af aftalens ophør. I Danmark er der i lov om Handelsagenter og Handelsrejsende indsat detaljerede regler, der regulerer agentens krav på godtgørelse ved aftalens ophør. (Lovens §§ 25-29) Sådanne regler findes ikke i USA. Det kan derfor lovligt aftales, at agenten ikke har krav på godtgørelse i tilfælde af aftalens ophør – også selv om det er eksportøren, der til sin tid måtte opsige aftalen.

Yderligere bør der altid tages stilling til, hvilket lands lovgivning der skal regulere aftalen, samt hvorledes eventuelle tvister løses. I forbindelse med agentaftaler gør der sig dog et særligt forhold gældende. Hvis det lykkes at aftale dansk ret, vil dette have den følge, at agenten bliver beskyttet efter de regler i Handelsagentlovens §§ 25-27, som i mange tilfælde sikrer agenten en godtgørelse ved aftalens ophør. Yderligere vil de bestemmelser, som findes i Handelsagentloven om parternes rettigheder og forpligtelser træde i kraft, med mindre disse er tilsidesat via aftalens ordlyd. Hvis dansk ret derfor aftales, vil det være en god idé udtrykkeligt at anføre i lovvalgsbestemmelsen, at dansk ret skal finde anvendelse med undtagelse af godtgørelsesreglerne i Handelsagentlovens §§ 25-29, samt eventuelt øvrige regler i denne lov, som ikke ønskes anvendt på retsforholdet. Der er juridisk intet i vejen for, at sådant ”delvist lovvalg” kan finde sted.

Endelig bliver det, af skattemæssige grunde, afgørende hvorledes agentens bemyndigelse beskrives i aftalen. Det sædvanlige er, at en handelsagent alene er berettiget til at indhente ordrer hos kunderne, og at disse ordrer efterfølgende sendes til eksportørens godkendelse. Hermed indgås købsaftalen direkte mellem eksportøren og den amerikanske kunde. Det ses imidlertid fra tid til anden, at agenten bemyndiges til at indgå aftaler på eksportørens vegne. I dette tilfælde indgås aftalen fortsat direkte mellem eksportøren og den amerikanske kunde, men agenten optræder som eksportørens fuldmægtig i henseende til aftaleindgåelse. I skattemæssig henseende får denne sondring afgørende betydning, hvilket beskrives nedenfor.

Afgørelsen af, om erhvervsvirksomhed i USA beskattes i USA afhænger helt af, om virksomheden drives gennem et "fast driftssted" i USA.³ Begrebet "fast driftssted" er nøje defineret i artikel 5 i konventionen til undgåelse af dobbeltbeskatning. Denne artikel indeholder i artikel 5, stk. 5 bestemmelse om, at forretningsvirksomhed i USA via en uafhængig repræsentant ikke medfører, at den danske virksomhed har "fast driftssted" i USA, med mindre den uafhængige repræsentant (her agenten) har fuldmagt til at indgå aftaler på den danske virksomheds vegne. Dette indebærer, at den danske virksomhed bliver skattepligtig i USA af den del af de salg, som finder sted ved agentens mellemkomst, såfremt agenten gives fuldmagt til at indgå aftaler i eksportørens navn. Modsat vil der ikke blive tale om beskatning til USA, hvis agenten ikke meddeles fuldmagt. Som følge af det lige nævnte tilrådes det, at der udvises stor

³ Denne hovedregel følger af artikel 7, stk. 1 i konventionen mellem USA og Danmark til undgåelse af dobbeltbeskatning. Denne grundlæggende artikel har følgende ordlyd: "Fortjeneste, der oppebæres af et foretagende i den kontraherende stat, skal kun beskattes i denne stat, med mindre foretagendet driver virksomhed i den anden kontraherende stat gennem et dér beliggende fast driftssted. Såfremt foretagendet driver en sådan virksomhed, kan dets fortjeneste beskattes i den anden stat, men dog kun for så vidt angår den del deraf, som kan henføres til dette faste driftssted."

omhyggelighed ved formuleringen af agentens beføjelser. Dette skyldes, at der ikke alene opstår forpligtelse til at betale skat i USA i de klare tilfælde, hvor agenten bemyndiges til at indgå købsaftaler på eksportørens vegne. Samme situation kan blive resultatet, hvis agenten gives en mere begrænset bemyndigelse, for eksempel til at forhandle priser og rabatter.

2.2 Salg via distributør

Et alternativ til markedsføring via en handelsagent er at lade salget til USA ske via en distributør⁴. Ligesom for handelsagenter gælder, at der ikke i USA er nogen lovgivning, som generelt set regulerer forholdet mellem eksportør og distributør. Aftalen kan derfor i meget vidt omfang tilrettelægges den konkrete situation.

Distributørens rolle adskiller sig fra agentens på følgende afgørende områder:

- Distributøren optræder som køber af eksportørens produkter, hvorefter eksportøren videresælger varerne med en fortjeneste til de amerikanske kunder. Distributøren opnår hermed ejendomsret til varerne inden disse videresælges.
- Distributøren handler i eget navn og kan således frit indgå aftaler om salg af varerne uden den danske virksomheds accept.
- Distributørens fortjeneste ligger sædvanligvis i den prisforskel, som består mellem distributørens indkøbspris fra eksportøren og distributørens salgspris til de amerikanske kunder.
- Distributøren indkøber som regel til lager.

⁴ På amerikansk benævnt "distributor".

Hvad angår udarbejdelse af distributøraftaler henvises til, hvad der foran er nævnt om agentaftaler, idet reglerne om beregning af provision og reglerne om eventuel godtgørelse ved ophør i henhold til den danske handelsagentlov, dog ikke er relevante.

For så vidt angår lovvalget spiller særlige forhold ind. Dette skyldes, at de salg, som ifølge distributøraftalen vil finde sted mellem den danske eksportør og den amerikanske distributør, vil være omfattet af bestemmelserne i den internationale købelov, der – dog i forskellige versioner – er ratificeret af såvel Danmark som USA.⁵ I forbindelse med lovvalget bør der altid tages stilling til, om den internationale købelov skal finde anvendelse. Hvis der blot henvises til enten dansk ret eller amerikansk ret, vil loven automatisk finde anvendelse, da loven er en del af de nationale lovgivninger. Idet den internationale købelov på en del områder stiller sælger dårligere end den danske købelov, bør det overvejes at indsætte bestemmelse i lovvalgsklausulen om, at den internationale købelov ikke skal finde anvendelse. Dette medfører, at den danske købelov finder anvendelse, hvis der i øvrigt er valgt dansk ret, samt at den amerikanske købelov (som er en del af den amerikanske Uniform Commercial Code)⁶ finder anvendelse, hvis amerikansk ret i øvrigt anvendes på aftaleforholdet. De lige nævnte forhold bør nøje vurderes i hvert enkelt tilfælde, idet der samtidig bør ske en nøje vurdering af de forskelligheder i eksportørens retsstilling, som følger af anvendelse af den danske købelov, anvendelse af den internationale købelov eller – hvis ”ren” amerikansk ret vælges – den amerikanske Uniform Commercial Code. Det ligger

⁵ I Danmark er den internationale købelov (ofte betegnet CISG) ratificeret i 1988. Danmark har ikke ratificeret lovens andet afsnit om aftalers indgåelse, medens USA har ratificeret loven i sin helhed.

⁶ Den såkaldte Uniform Commercial Code (forkortet UCC) er et stort lovkompleks, som blandt andet dækker de retsområder, der i Danmark er behandlet i aftaleloven, købeloven, gældsloven og tinglysningsloven. På trods af lovens betegnelse som værende ”uniform” varierer lovens indhold fra stat til stat, da hver stat har foretaget ændringer i det oprindelige forslag til lovtekst.

uden for rammerne af nærværende artikel detaljeret at beskrive disse forskelle. Blot bør eksportøren være opmærksom på, at der er væsentlige forskelligheder i de tre regelsæt, som regulerer køb og salg.

2.3 Salg via egne medarbejdere

Et alternativ til anvendelse af enten en handelsagent eller en distributør er at lade danske medarbejdere forestå salget i USA enten via kortvarige ophold eller via længerevarende udstationering.

Set fra et forretningsmæssigt synspunkt giver denne fremgangsmåde den umiddelbare fordel, at eksportøren har fuld og direkte kontrol over aktiviteterne i USA. Fremgangsmåden medfører dog ikke alene fordele, idet der er betydelige omkostninger forbundet med sådan aktivitet. Bortset fra disse forretningsmæssige overvejelser understreges det, at den salgsaktivitet, der i USA foretages af eksportørens egne medarbejdere, altid vil medføre, at fortjenesten for disse aktiviteter bliver skattepligtige i USA, hvis medarbejderen har bemyndigelse til at indgå aftaler på eksportørens vegne. Dette vil næsten altid blive anset for at være tilfældet, allerede som følge af den stillingsfuldmagt som medarbejderen har.⁷

Yderligere giver udsendelse af egne medarbejdere til USA anledning til visummæssige spørgsmål. Om visum reglerne henvises i det hele til Anne Grethe Martensens artikel derom på Martensen Wright LLPs hjemmeside, www.usa-eurolaw.com

⁷ Den lige anførte konklusion følger af den foran refererede bestemmelse i artikel 5, stk. 5 i konventionen til undgåelse af dobbeltbeskatning.

3 Virksomhed via fysisk etablering i USA

3.1 Indledning

I mange tilfælde er der forretningsmæssigt ønske om at foretage en fysisk etablering i USA, således at aktiviteterne sker fra et kontorsted, en fabrik eller lagerfacilitet i USA. De forretningsmæssige overvejelser herom er mangfoldige: Det kan være ønskværdigt at have egne medarbejdere tæt på kundekredsen. Det kan være ønskværdigt at være tæt på de områder, hvor der sker væsentlige aktiviteter (for IT-virksomheder eksempelvis Silicon Valley). Det kan være mere hensigtsmæssigt at producere i USA end i Danmark. Det giver ofte bedre forretningsmæssige muligheder generelt at være til stede i USA. Når sådanne, eller andre, overvejelser fører til en beslutning om, at der skal ske fysisk etablering i USA, bliver det afgørende spørgsmål, om etableringen skal ske via en selvstændigt etableret juridisk enhed i USA, eller om etableringen skal ske via en afdeling, altså direkte via den danske juridiske enhed. Som det vil fremgå af det efterfølgende, er det forfatterens generelle råd, at etablering kun helt undtagelsesvis sker via en afdeling, da dette har uheldige ansvarsmæssige og skattemæssige konsekvenser.

3.2 Etablering via amerikansk datterselskab

Indledning

I USA er der, i lighed med i Danmark, i alle stater mulighed for at etablere selskaber, der i vidt omfang har de samme juridiske karakteristika som et dansk

aktieselskab eller anpartsselskab. Heri ligger navnlig, at et amerikansk selskab⁸ er karakteriseret ved, at dette er en selvstændig juridisk enhed med den følge, at selskabets aktionærer ikke hæfter selvstændigt for selskabets forpligtelser. Selskabslovgivningen i USA er på statslig basis. Der findes hermed ikke et ensartet sæt selskabsretlige regler, som dækker hele USA. Dog gælder, at langt de fleste staters selskabslovgivninger følger de samme normer. Den efterfølgende beskrivelse af de selskabsretlige forhold, vil derfor være rammende for næsten alle staters vedkommende.

I hvilken stat bør selskabet registreres - Selskabsmyndighederne

Der har skabt sig en tradition for, at amerikanske selskaber stiftes i staten Delaware. Af de grunde, som beskrives nedenfor, opnås der ingen fordel ved at stifte selskabet i Delaware, medmindre selskabet skal drive erhvervsvirksomhed i denne stat. Selskabet bør som hovedregel etableres i den stat, hvorfra selskabet skal drive sin virksomhed - typisk den stat, hvor selskabet har ansatte. Dette skyldes, at selskabet, uanset i hvilken stat det er stiftet, skal registreres og beskattes i den stat, hvorfra virksomheden drives. Heraf følger, at der ikke opnås nogen fordel ved at lade selskabet etablere i en stat, hvor selskabsskatten er særlig lav, hvis virksomheden drives i en anden stat.

Et selskab etableres i alle stater ved anmeldelse til en offentlig myndighed betegnet the Secretary of State.⁹ Stiftelsen foretages via en stifter.¹⁰ Stiftelsen foretages via indsendelse af et ganske enkelt stiftelsesdokument, der alene behøver at indeholde angivelse af selskabets navn¹¹, selskabets formål, selskabets adresse samt det antal aktier, som selskabet skal være bemyndiget til at udstede.

⁸ Den amerikanske betegnelse for et selskab er "a corporation" eller "a business corporation". I visse stater anvendes betegnelsen en "C-corporation".

⁹ Denne myndigheds opgaver svarer i høj grad til de opgaver, som i Danmark er tillagt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

¹⁰ På amerikansk benævnt en "incorporator".

¹¹ Et amerikansk selskabsnavn skal ende på en af betegnelserne inc., co., ltd. eller disse ord stavet fuldt ud. Anvendelsen inc. er den meste anvendte, og det giver ofte anledning til misforståelser at anvende betegnelsen ltd., da denne betegnelse giver associationer om, at selskabet er af britisk herkomst.

Indskudskapital

Der er ikke krav om nogen mindste indskudskapital. De umiddelbare omkostninger i forbindelse med selskabets stiftelse begrænser sig derfor til en afgift til det offentlige (sædvanligvis omkring 100 \$) samt til stifterens salær.¹²

Stiftelsen i sig selv medfører ikke, at der sker valg af ledelse eller udstedelse af aktier. Heri ligger det meget væsentlige, at selskabet ikke anses for en separat juridisk enhed før efterfølgende handlinger gennemføres.

Selskabets bestyrelse

Den første handling, der gennemføres efter stiftelsen er, at stifteren udpeger selskabets bestyrelse. Bestyrelsen, der på amerikansk betegnes "the board of directors" udgør, ligesom i Danmark, selskabets overordnede ledelse. Bestyrelsen kan bestå af et eller flere medlemmer, der alle kan være udlændinge. Visse stater lovgivning tillader, at selskaber stiftes uden bestyrelse, i lighed med hvad der er tilfældet i henhold til den danske lov om Anpartsselskaber. Bestyrelsen vil som regel blive udpeget umiddelbart efter selskabets registrering på stifterens foranledning. Når bestyrelsen er udpeget, afholdes det konstituerende bestyrelsesmøde. Formålet med dette møde er at udpege den daglige ledelse, at udstede aktier, at godkende selskabets vedtægter, at fastsætte selskabets regnskabsår samt andre praktiske forhold.

Selskabets daglige ledelse

¹² *Omkring stifterens salær anbefales det at indhente flere tilbud fra advokatfirmaer eller andre, som påtager sig at stifte selskaber. Det er forfatterens erfaring, at disse salærer varierer meget betydeligt, samt at der er meget betydelige forskelle på, hvilke ydelser stiftelsen omfatter.*

Den daglige ledelse, der på amerikansk betegnes "the officers", skal i de fleste stater bestå af mindst tre personer, som udpeges af bestyrelsen. Der er tale om en president (alternativt betegnet "chief executive officer"), der svarer til en dansk administrerende direktør, en chief financial officer (alternativt betegnet en "treasurer"), der svarer til en dansk finansdirektør samt en "corporate secretary". Begrebet en "corporate secretary" findes ikke i dansk selskabslovgivning. Denne person deltager ikke i den daglige ledelse, men personens opgave er at påse, at selskabets forhold til enhver tid er i overensstemmelse med lovgivningen. Rollen som corporate secretary varetages ofte af en advokat. Alle tre roller kan besættes af den samme person, der kan være udlænding, og som samtidig kan være bestyrelsesmedlem. I tillæg til de tre nævnte officers udpeges der ofte supplerende officers, typisk vice-presidents med ansvar for specifikke arbejdsområder.

Selskabets vedtægter

Selskabets vedtægter, på amerikansk benævnt "by-laws", indeholder operative bestemmelser om selskabets forhold, herunder hyppigheden af generalforsamlinger og bestyrelsesmøder. Indholdet af "the by-laws" svarer i høj grad til indholdet af et dansk selskabs vedtægter, og der er vid adgang til at indrette vedtægterne efter selskabets specifikke forhold. Særligt forholder det sig således, at møder kan afholdes enten i den stat, hvor selskabet er stiftet, eller uden for denne stat (hermed også i Danmark).

Aktier og aktiebrev

For så vidt angår udstedelse af aktier forholder det sig således, at selskabets stiftelsesdokument indeholder bestemmelse om, hvor mange aktier selskabet skal være bemyndiget til at udstede. Bestyrelsen tager sædvanligvis under det første bestyrelsesmøde beslutning om, til hvem aktier skal udstedes og til hvilken pris. Aktier udstedes sædvanligvis uden pålydende værdi i lighed med, hvad tilfældet er for danske stykaktier. Sådanne aktier betegnes på amerikansk som "shares

without par value". Der udstedes altid fysiske aktier i form af aktiebrev. Hvert aktiebrev kan omfatte enten én aktie eller et antal aktier. Et aktiebrev er et ihændehavergælds-brev, og det er derfor altid væsentligt, at aktionæren opbevarer aktien på et sikkert sted.

Indbetaling af aktiekapital

Først når der er sket udstedelse af aktier og betaling herfor, anses selskabet for færdigstiftet, således at selskabets ledelse og aktionærer friholdes fra at hæfte for selskabets forpligtelser. Det er derfor af den største betydning, at der sker udstedelse af aktier og betaling deraf hurtigst muligt efter selskabets registrering. Hvad angår betalingen for aktierne, kan denne i de fleste stater være et nominelt beløb, for eksempel 1 \$ pr. aktie. Enkelte stater fordrer en mindste indbetaling, dog altid et mindre beløb, typisk 100 \$. Beslutningen om, hvilket beløb, der bør betales for aktierne, bør tages under nøje hensyntagen til aktionærens skatteforhold. Den danske aktionærs revisor bør derfor altid tages med på råd. Der er ikke begrænsning i adgangen for udenlandske aktionærer til at eje aktier i amerikanske selskaber. Amerikanske selskaber kan derfor altid stiftes som 100% ejede datterselskaber af et dansk selskab.¹³

Ledelsens ansvar

Som det er fremgået af det foranstående, svarer ledelsesstrukturen i et amerikansk selskab stort set til, hvad der kendes fra et dansk aktieselskab: Den øverste beslutningskompetence ligger hos aktionærerne, som vælger bestyrelsen (idet den første bestyrelse dog udpeges af stifteren), den overordnede ledelse af selskabets drift ligger hos bestyrelsen, og den daglige ledelse ligger hos the officers (svarende til den danske direktion). Hver enkelt stats lovgivning indeholder bestemmelser om ledelsens ansvar og forpligtelser. I al almindelighed gælder, at

¹³ *Et moderselskab betegnes på amerikansk som "the parent" og datterselskabet betegnes som "the subsidiary".*

disse forpligtelser er beskrevet i generelle vendinger med den undertone, at såvel bestyrelse som direktion skal varetage selskabets forpligtelser på loyal vis. Generelt set gælder derfor, at ledelsens risiko for at ifalde ansvar overfor selskabet i meget høj grad harmonerer med det ledelsesansvar, som kan komme på tale i henhold til den danske selskabslovgivning.

Hæftelsesgennembrud

I lighed med, hvad tilfældet er i Danmark, risikerer selskabets aktionærer og ledelse i visse tilfælde at komme til at hæfte direkte for selskabets forpligtelser. Det understreges indledningsvis, at risikoen for hæftelsesgennembrud¹⁴ i USA kun er til stede i ganske ekstraordinære tilfælde. De nærmere regler for, hvornår aktionærer og ledelse risikerer at blive holdt ansvarlige for selskabets forpligtelser er udviklet via retspraksis i de enkelte stater. For alle stater gælder, at hæftelsesgennembrud kun kan komme på tale, hvis der foreligger forhold, som er i strid med almindeligt anerkendte principper vedrørende driften af et selskab. For det første skal der af selskabet og dets ledelse være udvist svigagtigt forhold overfor den eller de personer, som gør hæftelsesgennembrud gældende. I tillæg hertil kræves, at et eller flere dadelværdige forhold skal være til stede. Dette kan eksempelvis være, at selskabet ikke har haft tilstrækkeligt kapitalberedskab, at selskabets bøger ikke har været ført, at selskabet ikke har været registreret ved de relevante myndigheder, at der ikke er udstedt aktier, eller at der ikke har været udpeget en ledelse for selskabet. Situationen er hermed, at hæftelsesgennembrud aldrig kan komme på tale, hvis selskabet etableres og drives i overensstemmelse med lovgivernes krav, og at selskabet i øvrigt drives efter anerkendte forretningsmæssige principper.

Supplerende registreringer

¹⁴ På amerikansk betegnet ”*piecing of the corporate veil*”.

Når selskabet er registreret ved the Secretary of State, skal der altid ske supplerende registreringer. Dels skal selskabet registreres hos de føderale og de statslige skattemyndigheder, og dels skal der sædvanligvis opnås et eller flere forretningslicenser (på amerikansk betegnet business licenses) hos de lokale myndigheder. Det er vigtigt, at disse registreringer finder sted, da det dels udløser bøder ikke at lade selskabet registrere, og da manglende registrering tillige kan være et argument for, at der kan ske hæftelsesgennembrud (se foran). I tillæg til de indledende registreringer, skal der hvert år følges op på registreringerne. Dette skal dels ske til the Secretary of State, som skal holdes orienteret om, hvem der sidder i den daglige ledelse. Dels skal der hvert år ske fornyelse af de relevante forretningslicenser.

Selskabet er en selvstændig juridisk enhed

Det forhold, at et selskab i USA, ligesom i Danmark, anses for en selvstændig juridisk enhed, indebærer en afgørende fordel, nemlig at aktionærerne ikke hæfter for selskabets forhold. Dette har den store betydning, at den eller de danske aktionærer ikke vil komme til at hæfte for det amerikanske selskabs forpligtelser i USA, hvad enten dette er forpligtelser over for selskabets kontraktsparter eller over for tredjemand, som retter et erstatningskrav mod selskabet. Ved at oprette et datterselskab opnår det danske moderselskab herved, at moderselskabet ikke risikerer at blive inddraget med rette i en amerikansk retssag, samt at krav mod datterselskabet ikke kan gøres gældende mod moderselskabet. Sagt med andre ord indkapsles risikoen for datterselskabets aktiviteter i datterselskabet og hermed til datterselskabets nettoværdi. En undtagelse til det lige nævnte er de situationer, hvor et erstatningskrav mod selskabet bygger på synspunkter om produktansvar, og hvor det danske moderselskab er producent af den vare, som har givet anledning til erstatningskravet. I disse tilfælde vil det danske moderselskab fortsat med rette kunne inddrages i en amerikansk retssag, da krav om produktansvar kan rettes mod ethvert led i produktions- og distributionskæden. Dog bemærkes, at en

dom over det danske moderselskab ikke kan tvangsfuldbyrdes i Danmark. Heri ligger, at den amerikanske sagsøger, som gør produktansvar gældende mod det danske moderselskab, er henvist til at anlægge sag i Danmark, hvis sagsøger ønsker en retskraftig dom over moderselskabet. Dette har som konsekvens, at sagen da vil blive ført under anvendelse af dansk ret med den følge, at risikoen for at blive dømt samt erstatningens størrelse bliver den samme, som om sag var anlagt af en dansk sagsøger.

grundlæggende skatteforhold

Det forhold, at et amerikansk selskab anses som en selvstændig juridisk enhed indebærer tillige, at selskabet beskattes selvstændigt. Heri ligger, at den profit, som selskabets aktiviteter genererer i USA, beskattes i USA, og kun i USA. Der bliver hermed i al almindelighed ikke tale om noget dobbeltbeskatningsproblem. Selskabers indkomst beskattes altid efter de føderale regler herom. Den amerikanske føderale indkomstskat for selskaber fastsættes efter en progressiv skala, der ligger mellem 15% og 39% af nettoindkomsten. I tillæg til den føderale indkomstskat skal der i visse stater betales en statslig indkomstskat. Den statslige indkomstskat kan være betydelig. Således udgør denne i staten Californien omkring 9% af den skattepligtige indkomst. Statslig indkomstskat skal betales til den stat, hvori erhvervsaktiviteterne foregår. Hvis der således sker etablering af et selskab i en stat, hvor der ikke skal betales statsskat (for eksempel staten Washington) og erhvervsaktiviteten udføres i Californien, skal der ske betaling af californisk indkomstskat. Afhængigt af, i hvilken stat erhvervsaktiviteterne finder sted, kan der hermed blive tale om en samlet selskabsskat i USA, der overstiger niveauet i Danmark.¹⁵ I det omfang selskabet har en negativ indkomst, kan denne negative indkomst fremføres i efterfølgende års underskud. Sådant fremførsel kan, i henhold til de føderale regler, ske i op til 15 år. Mulighederne for fremførsel af underskud vedrørende statsskat varierer fra stat til stat.

¹⁵ *Den danske selskabsskat er for tiden 28% af den skattemæssige indkomst.*

I tillæg til føderal og statslig indkomstskat opkræver visse kommuner og byer lokale skatter. Disse skatter varierer stærkt fra område til område og kan være væsentlige. Som følge af det lige anførte, bør de lokale skattemæssige forhold altid undersøges nøje inden der tages stilling til, med hvilken geografisk beliggenhed selskabet etableres, ikke blot i henseende til hvilken stat etableringen sker, men tillige indenfor hvilket geografisk område af staten dette sker.

Yderligere kan der - såfremt de interne danske betingelser derfor er opfyldt - eropnås sambeskatning med det danske moderselskab, således at et underskud i den amerikanske virksomhed kan modregnes i et eventuelt overskud i det danske moderselskab.

Ved udlodning af udbytter fra det amerikanske selskab til en dansk aktionær (typisk moderselskabet) sker der tilbageholdelse af udbytteskat i USA. Denne tilbageholdelse udgør 5% af udbyttet, hvis den danske aktionær ejer mindst 10% af aktiekapitalen i det amerikanske selskab, og 15% af udbyttet, hvis aktionæren ejer mindre end 10%.¹⁶ Det forventes, at den amerikanske tilbageholdelse af 5% udbytteskat bortfalder med virkning for udbytter, der udbetales efter den 01. januar 2007. Modtagne udbytter fra datterselskabet er som udgangspunkt skattefri i Danmark. Hvad yderligere angår udbyttebeskatning anføres, at udbetalte udbytter – ligesom i Danmark – ikke kan fradrages i selskabets indkomst. Selskabets nettoindkomst bliver hermed beskattet to gange – først via den beskrevne indkomstskat og dernæst via den nævnte udbyttebeskatning. Dette svarer fuldstændig til, hvad tilfældet er ved udbetaling af udbytter fra danske selskaber.

¹⁶Reglerne herom findes i artikel 10, stk. 2 i konventionen til undgåelse af dobbeltbeskatning. Denne bestemmelse reducerer de interne amerikanske regler om, at udbytter beskattes med 30 %.

3.3 Afdelingskontor i USA

Danske virksomheder, som ønsker at udøve forretningsaktiviteter i USA, kan simpelthen indlede sådanne aktiviteter via det danske selskab. Aktiviteterne udføres da via et afdelingskontor.¹⁷ Et sådant afdelingskontor er karakteriseret ved, at det juridisk set simpelthen er en del af den danske virksomhed. Hermed hæfter den danske virksomhed med hele sin formue for eventuelle krav, som i USA rettes mod afdelingen. Endvidere kan den danske virksomhed sagsøges i USA, idet den danske virksomhed anses for at have såkaldt ”general jurisdiction” der. Heri ligger, at den danske virksomhed kan sagsøges i USA for krav, der udspringer af afdelingens aktiviteter og ofte tillige for krav, som er uden relation hertil. Den danske virksomhed risikerer hermed ofte at blive inddraget i retssager i USA selv for krav, der intet har at gøre med de amerikanske aktiviteter.

Oprettelse af en afdeling i USA medfører, at de indtægter og udgifter, der stammer fra afdelingens aktiviteter, skal beskattes i USA.¹⁸ Dette forhold medfører, at der skal ske en særskilt bogføring af de amerikanske aktiviteter, således at disse kan holdes adskilt fra de danske aktiviteter. Om beskatningen af afdelingskontor i USA gælder, at afdelingen i USA beskattes efter samme regler som et amerikansk selskab. Beskatningen sker af det overskud, som er genereret af den amerikanske afdeling. Hermed bliver det altid nødvendigt at oprette et detaljeret regnskab for de amerikanske aktiviteter, således at disse kan adskilles fra virksomhedens øvrige (danske) aktiviteter. Overskuddet fra de amerikanske aktiviteter beskattes tillige i Danmark, men ifølge konventionen til undgåelse af

¹⁷ *Et afdelingskontor betegnes alternativt "en filial".*

¹⁸ *Dette følger af artikel 5, stk. 2 i konventionen til undgåelse af dobbeltbeskatning, hvori det bestemmes, at etablering af en filial i USA konstituerer etablering af såkaldt "fast driftsted".*

dobbeltbeskatning gives creditlempelse for den skat, som er betalt i USA. Slutresultatet bliver hermed, at de amerikanske aktiviteter beskattes med den højeste af de skattesatser, der i henholdsvis Danmark og USA gælder for det pågældende indkomstniveau.¹⁹

Det lige anførte er teoretisk ukompliceret. Realiteten er imidlertid, at de danske og de amerikanske skattemyndigheder ofte har forskellig opfattelse af, hvilke aktiviteter, der kan henføres til de ”amerikanske aktiviteter”. Hermed opstår en latent risiko for en betydelig administration samt for, at der i realiteten bliver tale om beskatning i begge lande af en del af de ”amerikanske aktiviteter”.

Af de forannævnte grunde anbefales det generelt ikke at drive virksomhed i USA via et afdelingskontor. Det er som regel betydeligt mere hensigtsmæssigt at drive sådan virksomhed via et amerikansk selskab. Dels undgås herved betydelige ansvarsmæssige risici og dels opnås en enklere skattemæssig situation. I tillæg hertil har det som regel forretningsmæssige fordele at drive virksomheden i et amerikansk selskab. Disse fordele ligger i, at amerikanske kunder og forretningsforbindelser som regel føler sig mere trygge ved at kontrahere med et amerikansk selskab end ved at kontrahere direkte med en udenlandsk enhed.

Såfremt det vælges at drive virksomheden i en afdeling, skal denne registreres som udenlandsk virksomhed i den stat, hvor afdelingen etableres. Endvidere skal afdelingen – i lighed med hvad tilfældet er for selskaber – ansøge om føderalt og statsligt skattnummer samt stedlige forretningslicenser. Den administrative byrde ved at oprette en afdeling vil hermed ofte overstige byrden ved at oprette et datterselskab.

¹⁹ *Det bemærkes, at der ikke gives lempelse for betalte statslige selskabsskatter, da disse ikke omfattes af konventionen til undgåelse af dobbeltbeskatning. Om beskatning af amerikanske selskaber henvises i øvrigt til afsnit 3.2.*

3.4 Virksomhedsformer involverende flere parter

3.4.1 Indledning

De virksomhedsformer, som er beskrevet foran i afsnit 3.2 og 3.3 er karakteriseret ved, at den danske virksomhed er den eneste deltager i aktiviteterne i USA. Det forekommer imidlertid ofte, at den danske virksomhed ønsker at udføre aktiviteterne i USA sammen med en eller flere amerikanske partnere eller måske sammen med en eller flere andre danske partnere. I denne situation er der mulighed for etablering af erhvervsvirksomhed i en række former. Disse former beskrives kort i dette afsnit. Den generelle konklusion er, at den mest hensigtsmæssige løsning nås via virksomhedsdrift i USA i form af et selskab, hvori de enkelte interesserede parter er aktionærer.

3.4.2 Amerikansk selskab

Virksomhedsdrift i USA via et selskab giver mulighed for, at flere parter kan have ejerinteresser i selskabet som aktionærer, ganske som tilfældet er i Danmark. Parternes indbyrdes forhold kan reguleres via en aktionæroverenskomst²⁰, hvori parternes forhold reguleres. For at opnå mulighed for sambeskatning og for at opnå bedste mulig baggrund for at regulere de danske investorers indbyrdes forhold, indskydes der ofte et amerikansk holdingselskab mellem det amerikanske driftsselskab og de danske aktionærer.

3.4.3 General partnership

²⁰ På amerikansk benævnt "a shareholders agreement".

To eller flere personer, som ønsker at indgå i et fælles forretningsmæssigt projekt, kan – uden iagttagelse af formaliteter – etablere et såkaldt general partnership. Et general partnership svarer i al væsentlighed til et dansk interessentskab. Heri ligger, at de enkelte partnere hæfter personligt og solidarisk for aktiviteter foretaget i partnerskabets navn ganske som om, deltagerne selv havde udført handlingen. Hvad yderligere angår ansvaret for opfyldelse af aftaler, der indgås i partnerskabets navn, er hver af parterne økonomisk ansvarlig for opfyldelse af disse forpligtelser. Det er væsentligt at bemærke sig, at dette solidariske ansvar overfor tredjemand ikke kan begrænses i partnerskabsaftalen. Hermed kan partnernes solidariske ansvar kun begrænses overfor partnerskabets kreditorer, hvis disse udtrykkeligt har accepteret, at der ikke skal være solidarisk hæftelse.

Et general partnership er endvidere karakteriseret ved, at det ikke er selvstændigt skattesubjekt. Heri ligger, at partnerskabets overskud eller underskud fordeles mellem partnerne i henhold til disses ejerandel, og at den enkelte partner herefter beskattes af denne del af overskuddet.

General partnerships er i alle stater lovreguleret via reglerne i the Uniform Partnership Act (forkortet UPA). Af denne lov fremgår blandt andet, at et general partnership kan anses for stiftet via parternes handlinger, selv om der ikke er indgået nogen skriftlig aftale om stiftelse af et sådant partnership. Loven indeholder ikke specifikke regler til konstatering af, om et general partnership er etableret via parternes handlinger, men generelt gælder, at et partnership anses for etableret, hvis parterne i deres dispositioner har ageret på samme måde som partnere i et general partnership. Hvis parterne således i fællesskab træffer beslutning om væsentlige forretningsmæssige dispositioner, og hvis parterne deler profit mellem sig i forhold til den indskudte kapital, anses et partnership i almindelighed for at være etableret. Det lige nævnte bør mane til forsigtighed.

Således anbefales det generelt altid at oprette en skriftlig aftale om et general partnership, hvis et sådant virkelig ønskes etableret. Yderligere anbefales det altid at nævne udtrykkeligt i kontrakter med amerikanske partnere, at der ikke er tale om et general partnership, hvis forretningsforholdet er et andet, for eksempel et agentgiver/agentforhold.

Lovgivningen indeholder ingen regler om, hvilke bestemmelser der skal indeholdes i en partnerskabsaftale. I lighed med, hvad tilfældet er for et dansk interessentskab, bør aftalen dog i almindelighed indeholde bestemmelser om partnernes kapitalindskud, fordeling af overskud og underskud, den daglige ledelse, fuldmagt til partnerne, partnernemøder, virksomhedens område samt opløsning af partnerskabet. General partnerships anmeldes ikke til de lokale selskabsmyndigheder, men virksomheden skal – i lighed med et selskab – have udstedt føderalt og statsligt skattnummer samt et eller flere lokale forretningslicenser. Hvis partnerskabet gives et navn, der indeholder andre betegnelser end partnernes navne, skal partnerskabet endvidere lade registrere dette navn hos det lokale varemærkeregister.²¹

I tillæg til den risiko, der for partneren er for at komme til at hæfte for partnerskabets forpligtelser gælder, at den danske partner – via sin deltagelse i partnerskabet – tillige udsætter sig for at blive sagsøgt i USA. Om denne risiko henvises i det hele til beskrivelsen om afdelingskontorer i afsnit 3.3 foran. Som følge heraf frarådes det i al almindelighed danske virksomheder at indgå som partnere i et amerikansk general partnership. Risikoen herfor kan nedbringes ved at lade et datterselskab af den danske virksomhed optræde som partner i the general partnership. Hermed ”indkapsles” ansvarsrisikoen i dette datterselskab, og

²¹ *Dette register drives som regel via kommunen ("the county") og sådan navneregistrering betegnes registrering af et "fictitious business name".*

den økonomiske risiko for det danske moderselskab minimeres hermed til de aktiver, som datterselskabet besidder.

Den danske partner vil i USA blive beskattet af den del af partnerskabets overskud, som i henhold til partnerskabsaftalen tilfalder den danske partner. Om beskattningen af sådan partnerskabsandel gælder som udgangspunkt ganske samme regler som er beskrevet foran i afsnit 3.3 om afdelinger. Dog forholder det sig således, at partnerskabet kan vælge at lade sig og partnerne beskatte efter reglerne om selskaber. For de amerikanske partnere indbærer dette, at disse ikke beskattes af deres del af partnerskabets indkomster, men alene af de beløb, som hæves fra partnerskabet (disse partnere stilles hermed skattemæssigt som aktionærer i et selskab). For den danske partner giver sådant tilvalg af selskabsskattestatus imidlertid anledning til økonomisk dobbeltbeskatning. Denne økonomiske dobbeltbeskatning sker derved, at der dels sker selskabsbeskatning i USA af den danske partners overskudsandel, hvorefter samme andel beskattes i Danmark. Dobbeltbeskatningen opstår, fordi der ikke i den danske skattelovgivning findes nogen hjemmel til at lade partnerskabet få skattemæssig status som et selskab.²²

Baseret på det lige anførte anbefales det, at en dansk partner i et amerikansk general partnership altid sikrer sig kontraktsmæssigt, at der ikke kan træffes beslutning om, at partnerskabet vælger at lade sig beskatte som et selskab i USA.

3.4.4 Limited partnership

²² Den amerikanske mulighed for at vælge skattemæssig status som et selskab minder om den danske virksomhedsskatteordning, der dog kun kan anvendes af personer. Det er netop denne forskel, der giver anledning til den beskrevne økonomiske dobbeltbeskatning.

Ved et limited partnership forstås en juridisk konstruktion, der svarer til et dansk kommanditselskab. Heri ligger, at et limited partnership består af en eller flere ansvarlige "general partners"²³, som står for den daglige ledelse samt en eller flere limited partners,²⁴ som indskyder kapital, og som ikke hæfter for partnerskabets forpligtelser ud over de indskudte beløb.

Da der i USA fortsat kan opnås skattefordele via anvendelse af limited partnerships, er disse langt mere udbredte i USA, end hvad tilfældet er med kommanditselskaber i Danmark. I modsætning til, hvad der er anført foran om general partnerships, kræver oprettelsen af et limited partnership altid, at der indgås en udtrykkelig aftale herom. En sådan aftale bør indeholde de elementer, der er nævnt foran omkring general partnerships, idet det dog altid er nødvendigt at lade den daglige ledelse forestå af the general partner (den partner, som er ubegrænset ansvarlig for partnerskabets forpligtelser). Det er meget væsentligt, at dette krav overholdes, idet en limited partner, som er tillagt ledelsesbeføjelser, kommer til at hæfte som general partner, altså ubegrænset.²⁵

Et limited partnership skal altid anvendes til den statslige kompetente myndighed, som regel the Secretary of State. Her ud over skal the limited partnership registreres ved skattemyndighederne, og der skal opnås forretningslicenser i lighed med, hvad tilfældet er for de øvrige beskrevne virksomhedsformer.

²³ Svarende til komplementaren i et dansk kommanditselskab.

²⁴ Svarende til kommanditisterne i et dansk kommanditselskab.

²⁵ De fleste stater har gennemført detaljerede love om limited partnerships. De fleste af disse love bygger på principper fastsat i to såkaldte uniform codes. Ved en uniform code forstås et "forslag til en lov", udarbejdet af en dertil nedsat føderal kommission. En sådan uniform code kan så optages som lov i de enkelte stater og med de modifikationer, som staten måtte indføre. Hvad angår limited partnerships er situationen den, at de enkelte staters lovgivning varierer betydeligt. Den lokale lovgivning bør derfor altid nøje undersøges, inden det besluttet at etablere et limited partnership.

Hvad angår beskatning af the limited partnership i USA gælder de samme regler som beskrevet foran i afsnit 3.4.3 vedrørende general partnerships, herunder muligheden for, at partnerskabet tilvælger sig skattemæssig status som et selskab. Om de negative skattemæssige konsekvenser heraf for den danske limited partner henvises ligeledes til afsnit 3.4.3.

Det lige nævnte indebærer, at the limited partnership ikke beskattes selvstændigt, men at partnerskabets indkomst indgår i de enkelte partners indkomst i forhold til disses ejerandel, med mindre der træffes beslutning om selskabsskattestatus.

I tilfælde, hvor the limited partnership er organiseret, så det ikke løber nogen erhvervmæssig risiko, er der risiko for, at partnerskabet under alle omstændigheder skal beskattes som et selskab. De detaljerede regler herom findes i Internal Revenue Code § 761(a). Som beskrevet i afsnit 3.4.3 indebærer selskabsbeskatning af partnerskabet økonomisk dobbeltbeskatning af en dansk limited partners overskudsandel. Ved deltagelse i amerikanske limited partnerships bør det derfor altid nøje påses, at partnerskabets aktiviteter ikke er eller kan blive af en art, som falder under reglerne i Internal Revenue Code § 761(a).

3.4.5 Limited liability company

De fleste stater har gennemført lovgivning om såkaldte limited liability companies. Et limited liability company er karakteriseret ved, at deltagerne i denne selskabsform ikke hæfter personligt for selskabets forpligtelser, men at selskabet ikke selvstændigt beskattes. Konstruktionen er hermed den, at deltagerne hæftelsesmæssigt stilles som aktionærer i et selskab og skattemæssigt stilles som deltagere i et general partnership. Anvendelsen af limited liability

companies (forkortet LLC) er blevet meget udbredt, specielt for små virksomheder. Et limited liability company oprettes ved anmeldelse til the Secretary of State og deltagernes indbyrdes forhold reguleres i et såkaldt "operating agreement", der svarer til en aktionæroverenskomst eller en partnerskabsaftale.

Et limited liability company skal, i lighed med de øvrige virksomhedsformer, have udstedt føderalt og statsligt skattnummer og eventuelle lokale forretningslicenser.

Et LLC er en hensigtsmæssig og praktisk ramme omkring en mindre erhvervsvirksomhed med flere deltagere, når alle deltagerne er amerikanske enheder. Hvis en eller flere af deltagerne er danske enheder, indebærer konstruktionen dog betydelig skattemæssig usikkerhed, idet traktaten til undgåelse af dobbeltbeskatning mellem Danmark og USA ikke henviser til limited liability companies, og idet denne virksomhedsform ikke er kendt i Danmark. Det anbefales derfor at indhente forhåndsudtalelser fra de danske skattemyndigheder med henblik på beskatningen af den indtægt, der måtte tilfalde en dansk deltager i et LLC. En skattemæssig klarere situation kan opnås ved at lade deltageren i LLC'et være et amerikansk datterselskab af den danske virksomhed. Hermed beskattes datterselskabet i USA som en "sædvanlig" amerikansk deltager i et LLC, og datterselskabets nettoindtægter kan da udloddes til det danske moderselskab som dividende.²⁶

3.4.6 Joint ventures

²⁶ *Se om beskatning af dividender foran i afsnit 3.2.*

Et samarbejde mellem to eller flere virksomheder betegnes ofte som et "joint venture". Der findes ingen specifik juridisk definition for et joint venture, idet et sådant samarbejde "blot" er karakteriseret ved, at visse forretningsmæssige forhold er til stede. Joint venture begrebet er særdeles bredt, og karakteriseres i USA som et erhvervsforetagende, hvor to eller flere af hinanden uafhængige virksomheder, i fælles forventning om opnåelse af profit, har allokeret aktiver til et fællesforetagende, over hvilket de deltagende virksomheder har ret til at udøve kontrol – eller ledelsesbeføjelser. Denne brede definition dækker snart set enhver situation, hvor to eller flere virksomheder går sammen om et fælles projekt.

Efter amerikansk terminologi kan joint ventures foreligge enten som "equity" eller "contract" joint ventures. Ved equity joint ventures forstås samarbejder, hvor samarbejdet drives inden for rammerne af en egentlig joint venture enhed, for eksempel et selskab eller et limited partnership. Contract joint ventures forstås som samarbejder, der alene baserer sig på en aftale om samarbejde mellem de deltagende virksomheder. Med henvisning til, hvad der er nævnt ovenfor i afsnit 3.4.3 om general partnerships, vil sådanne contract joint ventures ofte skattemæssigt blive behandlet som general partnerships.

Enhver af de virksomhedsformer, der er behandlet i afsnit 3.4, kan tjene som baggrund for et joint venture samarbejde. Baseret på, hvad der ligeledes er nævnt i dette afsnit, er den generelle anbefaling at lade joint venture aktiviteterne ske, enten i form af et amerikansk selskab, hvori de enkelte joint venture deltagere er aktionærer, eller – hvis en af de øvrige former anvendes – da lader et datterselskab af den danske virksomhed deltage som partner i joint venture aktiviteterne. Denne anbefaling dækker alle situationer, hvor joint venture etableres med henblik på udførelse af egentlige forretningsaktiviteter så som salg eller produktion. Hvis der derimod er tale om en meget begrænset joint venture aktivitet, eksempelvis et

forskningsprojekt, som ikke forventes at give indtægt, kan joint venturet hensigtsmæssigt etableres via parternes blotte aftale og altså uden etablering af en joint venture enhed.

Det har statistisk vist sig, at mindre end halvdelen af internationale joint ventures lever længere end i 5 år. I forbindelse hermed har det vist sig, at den helt væsentlige årsag til, at samarbejdet bryder sammen er, at partnerne har forskellige målsætninger med samarbejdet eller er uenige omkring disponering over indtjeningen. Ved indledning af joint venture samarbejder bliver det derfor altid meget væsentligt at være omhyggelig med udvælgelsen af joint venture partner. Der bør således altid gennemføres en "due diligence" forud for etableringen af joint venture-samarbejdet, således at partnerne får indblik i hinandens forhold. Sådant due diligence proces kræver, at der etableres indledende aftaler før den egentlige joint venture aftale indgås. Det første skridt i processen er, at der indgås en aftale om hemmeligholdelse af informationer, som udveksles. Væsentligheden af denne aftale kan ikke overdrives, idet det ofte ses, at indledende drøftelser af et muligt joint venture samarbejde ofte sker med det ene formål at skaffe sig informationer om den anden parts forretningshemmeligheder. Aftalen om hemmeligholdelse bør nøje specificere, hvilke typer af udvekslede informationer, der skal holdes hemmelige samt hvilke konsekvenser et brud på aftalen skal have. Endvidere bør aftalen indeholde bestemmelse om tilbagelevering af udleveret materiale, hvis det viser sig, at et samarbejde ikke indledes.

Aftalen om hemmeligholdelse bør kombineres med en aftale om, at ingen af parterne forhandler til den anden side så længe forhandlinger om etablering af et samarbejde mellem parterne pågår.²⁷

Såfremt parterne, efter at der er sket udveksling af informationer, fortsat er interesserede i et samarbejde, er det næste skridt, at der skrives en hensigtserklæring om etablering af joint venture.

²⁷ Sådant aftale betegnes på amerikansk som en "non-circumvention agreement".

En sådan hensigtserklæring²⁸ bør indeholde bestemmelser om hovedpunkterne i det forventede samarbejde samt en tidsplan for etablering af samarbejdet. I forbindelse hermed er det praktisk at træffe beslutning om, hvor forhandlingerne skal finde sted, samt hvem der skal deltage heri. Ved formuleringen af hensigtserklæringen er det væsentligt at sikre, at bestemmelserne om hemmeligholdelse samt forpligtelsen til ikke at forhandle til anden side gentages i hensigtserklæringen. Disse to forhold bør formuleres som bindende aftaler, medens resten af hensigtserklæringen (altså erklæringen om at ville etablere et joint venture) ikke pålægger nogen af parterne en forpligtelse til at nå dette mål.

4. Salg via Internettet

Salg af varer, software og tjenesteydelser via internettet er inde i en hastig udvikling. Med mindre den webside, hvorfra ydelserne udbydes, indeholder en udtrykkelig begrænsning heri, henvender udbuddet sig på internettet tillige til amerikanske købere. Dette forhold giver anledning til særlige overvejelser om værneting og lovvalg i forbindelse med websidens udformning med henblik på at opnå den bedst mulige position i tilfælde af at en amerikansk køber måtte anlægge sag mod internet-sælgeren. Disse overvejelser beskrives herefter kortfattet.

I USA har der indenfor de seneste år været ført en lang række retssager om, i hvilket omfang en udenlandsk udbyder af varer via internettet kan sagsøges i USA af en amerikansk køber. Konklusionen af denne retsudvikling er foreløbig, at udbud af varer eller ydelser via en webside, som giver mulighed for udveksling af informationer mellem køber og sælger, er tilstrækkeligt til, at sælgeren kan sagsøges i USA. Hvis en dansk producent hermed etablerer en webside således, at

²⁸ På amerikansk benævnt ”letter of intent” eller ”frames of agreement”.

en amerikansk køber alene via anvendelse af websiden kan bestille varer i Danmark, vil denne producent kunne sagsøges i USA.

Yderligere forholder det sig således, at den amerikanske domstol, som al overvejende hovedregel, vil anvende amerikansk ret ved afgørelsen af sagen.

For at undgå risikoen for at blive inddraget i en amerikansk retssag anbefales det, at websiden indrettes således, at den indeholder en udtrykkelig bestemmelse om, at enhver tvist skal løses i Danmark og da under anvendelse af dansk ret. Sådan aftale om værneting og lovvalg sker derved at køberen, som et led i sin bestilling, udtrykkeligt skal acceptere de to klausuler.

Det understreges, at en aftale om værneting alene binder køberen af det pågældende produkt. Hermed vil den danske udbyder af varer via internettet altid være i risiko for at blive sagsøgt i USA under teorierne om produktansvar i det omfang en bruger af produktet pådrager sig en skade ved produktets brug. Det bør derfor altid sikres, at produkter, der sælges til USA, overholder de der gældende sikkerhedsnormer samt at der tegnes produktansvarsforsikring for det amerikanske marked. Om produktansvar henvises i øvrigt til Finn Martensens artikel derom på Martensen Wright LLPs hjemmeside, www.usa-eurolaw.com

Sacramento, Californien i november 2006

Finn Martensen

Advokat(H), Attorney at Law