

DE LIMITED LIABILITY COMPANY:

Een nieuw en complex fenomeen

De Verenigde Staten kennen een bonte verzameling van zowel natuurlijke als rechtspersonen. Wat betreft de laatste verzameling; deze leek inmiddels begrensd, doch niets blijkt minder waar. Naast general partnerships, limited partnerships, registered limited liability partnerships en registered limited liability limited partnerships, general en close corporations, 'S'-corporations, membership corporations, professional corporations en non-profit corporations heeft nu ook de Limited Liability Company (LLC) vaste voet aan de grond gekregen.

Het bestaan en gebruik van vennootschappen als Antilliaanse N.V.'s, Delaware corporations en Engelse Ltd's in Nederland mag bekend worden verondersteld; sinds enige tijd worden hier te lande ook LLC's gesignaleerd.

Een LLC is een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid, die beperkte aansprakelijkheid biedt of kan bieden en tegelijkertijd fiscaal transparant is of kan zijn. Een LLC kon begin 1996 in op twee na alle van de Verenigde Staten worden opgericht. De Duitse rechtsvorm Gemeinschaft mit beschränkter Haftung heeft model gestaan voor de huidige (vele) gedaanten van LLC's. Het bijzondere van een LLC is het kameleon-achtige karakter. In afwijking van bijvoorbeeld een corporation opgericht naar het recht van een van de Verenigde Staten of een Nederlandse besloten vennootschap, bestaat niet altijd de situatie van dubbele belastingheffing. Deze treedt op indien door de rechtspersoon winsten worden gegenereerd die op dat niveau in de (vennootschaps-)belasting worden betrokken, en vervolgens de winst na aftrek van die belasting in de vorm van dividend wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders. Een LLC kan zodanig worden ingericht

dat 'slechts' enkelvoudige belastingheffing plaatsvindt, op 'aandeelhoudersniveau'. Opmerking verdient het feit dat een LLC geen aandeelhouders kent, doch members.

OPRICHTING VAN EEN LLC

Een LLC wordt gerekend tot de categorie non-corporate business associations. De oprichting - 'organization' of 'formation' genoemd - van deze rechtspersoon, geschiedt via registratie van de oprichtingsakte - de 'articles of organization', zie hierna - bij de Secretary of State van de staat van oprichting. Notariële tussenkomst is, behoudens uitzonderingen niet vereist. De oprichter van een LLC wordt een 'organizer' genoemd. De meeste staten met LLC-wetgeving staan toe dat een LLC via tussenkomst van slechts één organizer wordt opgericht. Deze mensen kunnen veelal zowel natuurlijke als rechtspersonen zijn en behoeven in de regel niet tevens als member deel te nemen in de vennootschap.

De statuten van een LLC zijn vervat in de articles of organization, in sommige staten aangeduid met certificate of formation of certificate of organization. De articles zijn wat betreft het aantal bepalingen, vrij summier. Bepalingen dienen te worden opgenomen met betrekking tot onder meer het adres van de statutaire zetel - het 'registered office' -, en dat van de wettelijke vertegenwoordiger - de 'registered agent'. Tevens worden in de statuten de naam en het adres van de oprichter(s) vermeld en dient de bestaansduur - de 'duration' - van de vennootschap te worden vermeld.

De wettelijk op te nemen aanduiding of afkorting in de statutaire naam van een luidt in het algemeen 'LLC' respectievelijk 'LLC'. Sommige staten staan toe dat een LLC wordt voorzien van een vennootschapsaanduiding of -afkorting, die ergens ter wereld is toegestaan. LLC's kunnen daarmee naar buiten toe de indruk wekken een Engelse Ltd., een Franse S.A.R.L. of een Nederlandse B.V. te zijn.

Opmerkelijk is dat veelal geen doelomschrijving in de statuten behoeft te worden opgenomen. Indien daarover niets is vermeld, is de doelomschrijving gelijk aan die welke is toegestaan onder de betreffende wetgeving. Daarin is veelal een 'all-purpose' doelstelling opgenomen, inhoudende dat 'a LLC may be organized for any lawful purpose'.

OPERATING AGREEMENT

Een operating agreement bevat bepalingen ter zake van onder meer de indeling van het bestuur, van bestuursorganen en -bevoegdheden en stemrecht. Een operating agreement kan worden beschouwd als een overeenkomst tussen members onderling en is enigszins vergelijkbaar met bylaws van een corporation of met een reglement van een vereniging. De bepalingen in deze overeenkomst, die naar het recht van de meeste staten met LLC-wetgeving zowel schriftelijk als mondeling tot stand kan komen, mogen niet strijdig zijn met (vennootschaps)wetgeving ter zake.

in Nederland

In tegenstelling tot de relatie statuten-by-laws bij bijvoorbeeld Delaware corporations, gaan statutaire bepalingen niet altijd voor op bepalingen in een operating agreement, indien daartussen strijdigheid bestaat. Een operating agreement en wijzigingen daarin behoeven niet te worden geregistreerd bij de Secretary of State in de staat van oprichting. Indien geen operating agreement is opgemaakt (hetgeen een aantal van de Verenigde Staten toelaat) dan gelden de bepalingen van de toepasselijke vennootschapswetgeving. Een LLC heeft kenmerken van zowel een partnership als van een corporation. Enkele van de corporation-kenmerken zijn het houden van een statutaire zetel in de staat van oprichting en het aanhouden van een wettelijke vertegenwoordiger aldaar. Een registered office wordt immer als zodanig aangeduid, slechts de modelwetgeving, de Uniform LLC Act, spreekt van een designated office. Een registered agent is als wettelijke vertegenwoordiger van de vennootschap in de staat van oprichting de aangewezen persoon om officiële documenten in ontvangst te nemen, waarbij kan worden gedacht aan de jaarlijkse statelijke belastingaanslag en processtukken. Een wettelijke vertegenwoordiger wordt bijna altijd met registered agent aangeduid; andere benamingen zijn 'agent for service of process', 'registered agent for service of process', 'statutory agent for service of process', 'statutory agent' en 'resident agent'.

MEMBERS EN MANAGERS

Een LLC kan worden bestuurd door zowel members als door managers-derden. Wordt een LLC bestuurd door alle members, dan wordt deze aangeduid met member-managed LLC. Indien ten behoeve van het bestuur gebruik wordt gemaakt van derden/niet-members of indien het bestuur wordt gevoerd door slechts een gedeelte van de members, wordt de vennootschap aangeduid met manager-managed LLC. Een combinatie van het voorgaande, bestuur door derden/niet-members en door een gedeel-

te van members is mogelijk; een member kan als manager optreden. In de laatste twee gevallen is, behoudens uitzonderingen sprake van gecentraliseerd bestuur. Afhankelijk van het recht van de staat van oprichting kunnen als bestuurders zowel natuurlijke als rechtspersonen optreden. De meeste staten vooronderstellen in hun LLC-wetgeving een bestuur door members. Bestuurstermijnen omvatten veelal twaalf maanden; afwijkingen zijn, behoudens uitzonderingen toegestaan. Alle members hebben stemrecht, hetgeen echter niet per definitie aan iedere member in gelijk mate hoeft toe te komen. Sommige staten kennen een contribution- of winstdeling-afhankelijk principe. Stemrecht van members in een manager-managed LLC is beperkt tot bijvoorbeeld be-

Opmerkelijk is dat veelal geen doelomschrijving in de statuten hoeft te worden opgenomen

sluiten tot statutenwijziging en verkiezing van managers.

Een LLC kent geen in aandelen maar een in deelnemingen verdeeld kapitaal. Deze deelnemingen worden contributions genoemd. Afhankelijk van het recht van de staat van oprichting kunnen contributions bestaan uit levering van financiële middelen, roerende en onroerende zaken, diensten en schuldbekentenissen.

Het belang van een member in een LLC, het zogenoemde membership, is te onderscheiden naar twee 'interests', het membership interest en het distributional interest. Een membership interest omvat onder meer zeggenschapsrechten. Een distributional interest omvat de financiële rechten. De overdracht van interests is, in ieder geval wat betreft membership interests, veelal aan beperkingen gebonden.

FISCALE TRANSPARANTIE

Een LLC heeft, zoals gezegd een kameleon-achtig karakter. Behoudens het kenmerk van rechtspersoonlijkheid kunnen

aan LLC's kenmerken van zowel een general partnership als van een general corporation als van enige 'tussenliggende' rechtsvorm worden toebedeeld, hetgeen zowel civiel- als fiscaalrechtelijk gevolgen heeft of kan hebben. Afhankelijk van de inrichting en organisatie van de vennootschap behoeft slechts een enkelvoudige belastingheffing plaats te vinden, op het niveau van de members van een LLC. Een LLC kan fiscaal transparant zijn, hetgeen kan worden bereikt door het nauwgezet inrichten en organiseren van de vennootschap. Fiscale transparantie kan worden bereikt, indien de vennootschap meerdere members heeft en de onderneming van de vennootschap met winsttoegmerk wordt gedreven en indien niet meer dan twee corporation-kenmerken aan de vennootschap zijn verbonden. Deze kenmerken zijn: (1) beperkte aansprakelijkheid van de members, (2) gecentraliseerd bestuur, (3) vrije overdracht van 'interests' en (4) onbeperkte bestaansduur. Overigens, eventuele fiscale transparantie onthefte een LLC en haar members niet

van een andere belastingplicht, de statelijke belastingen. Deze kunnen per staat verschillen en worden bijvoorbeeld geheven over de winst van de LLC. Ook komt het voor dat enkel of tevens een variabel of vast bedrag aan franchise tax of enige andere belasting wordt geheven.

Sommige statelijke wetgevingen maken het mogelijk een eenpersoons-LLC op te (doen) richten, zoals bij corporations mogelijk is. De verschijning van de eenpersoons-LLC doet afbreuk aan de achtergrond van de vennootschap:

rechtspersoonlijkheid, beperkte aansprakelijkheid voor de members en fiscale transparantie. Dat laatste gaat niet op in geval van eenpersoons-LLC's. Een LLC wordt voor de Amerikaanse federale belastingdienst enkel aangemerkt als fiscaal transparant indien, en voor zover overige relevante bepalingen zijn nageleefd, deze meerdere members heeft.

Iemand in Riddle, Idaho, in loondienst werkzaam als cartoonist, wenst zelf een onderneming te gaan uitoefenen, waarin

zijn vaardigheden omzet moeten gaan genereren. Hij heeft een mooi bedrijfspand met woonruimte gezien in Owyhee, Nevada, waar hij zal gaan wonen en werken. Evenals vele anderen wenst hij de onderneming onder te brengen in een rechtspersoon. Kennissen hebben hem geadviseerd toch vooral geen corporation op te richten, omdat de winst dan drie maal in de belastingheffing zou worden betrokken, één maal statelijk, en twee maal federaal, namelijk één maal door de staat Nevada en één maal door de federale belastingdienst - de IRS - over de winst op vennootschapsniveau, en één maal door de federale belastingdienst over aan hem

zijn werk en zich niet bemoeien met het bestuur van de onderneming en de rechtspersoon, dat doet zijn collega, mede-member.

Deze heeft van tevoren kenbaar gemaakt dat hij niet helemaal zeker is van zijn zaak en dat het 'ondernemerschap' voor hem van korte duur zou kunnen zijn. Dit wordt echter door geen van beiden als een probleem gezien; twee andere collega's hebben hun interesse voor deelname al getoond. De twee members besluiten elkaar in dat opzicht vrij te laten, er worden geen beperkingen aan de overdracht van hun interests gesteld. Wettelijk is bepaald dat de LLC wordt ontbonden in geval van

beëindigt, bijvoorbeeld in geval van overlijden of faillissement. Dat is hier het geval. Het derde criterium vindt geen toepassing. Cruciaal is nu of sprake is van gecentraliseerd bestuur, oftewel, wordt de LLC bestuurd door managers. De cartoonist meent van niet. Goed, hij heeft op de articles of organization aangegeven dat het management wordt gevoerd door zijn collega, maar die is tevens member. Daarin heeft de cartoonist zich vergist. Hier is feitelijk sprake van een manager-managed LLC, het bestuur wordt immers niet door alle members gevoerd. Ondanks het feit dat het bestuur door één van de twee members wordt gevoerd, wordt dit toch aangemerkt als management door een manager. Het vierde criterium 'gecentraliseerd bestuur' is van toepassing. De LLC zal niet als fiscaal transparant worden aangemerkt.

Zoals gezegd worden LLC's gerekend tot de categorie non-corporate business associations; de vennootschap heeft echter wèl rechtspersoonlijkheid. In de Nederlandse praktijk is gebleken dat daarover nog wel eens verwarring bestaat, onder meer bij de inschrijving van deze vennootschappen in het handelsregister hier te lande.

De VS kennen een bonte verzameling van zowel natuurlijke, als rechtspersonen. Wat betreft de laatste verzameling; deze leek inmiddels begrensd, doch niets blijkt minder waar

door de corporation uitgekeerde dividenden. Navraag leidt tot de conclusie dat van dubbele belastingheffing - door de staat en door de IRS - op vennootschapsniveau geen sprake zal zijn. Immers, Nevada kent geen corporate (noch personal) income tax. De corporation zou derhalve slechts op federaal niveau over de gegeneerde winst belasting dienen af te dragen. Uitgekeerde dividenden worden echter, eveneens op federaal niveau, wel in de inkomstenbelasting betrokken. De afwezigheid van statelijke personal en corporate income tax is voor de cartoonist nog niet genoeg. Hij wenst zo weinig mogelijk belasting af te dragen.

Na wederom navraag te hebben gedaan, blijkt dat de mogelijkheid bestaat om winsten rechtstreeks aan de cartoonist toe te laten komen, waarbij deze slechts enkelvoudig in de belastingheffing worden betrokken. Die mogelijkheid kan worden benut door de oprichting van een LLC. De adviseur van de cartoonist heeft hem echter wel verteld dat ten behoeve van die enkelvoudige belastingheffing, de fiscale transparantie, de LLC ten minste twee members dient te hebben. Met het winstoogmerk zit het wel goed. De cartoonist weet een collega zover te krijgen om samen met hem het bedrijf te starten. De cartoonist wil zich volledig toeleggen op

onder meer faillissement en overlijden van een van de members. De members zijn slechts beperkt aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap.

FISCAAL TRANSPARANT OF NIET?

De LLC heeft, met verwijzing naar het voorgaande, de volgende kenmerken: (1) meerdere members en (2) een winstoogmerk. Het voldoen aan deze criteria opent de mogelijkheid voor fiscale transparantie. Ter bepaling daarvan zijn 4 criteria van belang; fiscale transparantie wordt enkel toegepast indien op een LLC twee of minder van deze criteria van toepassing zijn. Criteria zijn:

(1) beperkte aansprakelijkheid, (2) vrije overdracht van interests, (3) onbeperkte bestaansduur en (4) gecentraliseerd bestuur. Met verwijzing naar het voorgaande is sprake van beperkte aansprakelijkheid en van vrije overdracht van interests. Twee criteria zijn reeds van toepassing. De cartoonist is van mening dat fiscale transparantie dient te worden toegepast, immers, de andere twee criteria zijn volgens hem niet van toepassing. De IRS zal anders oordelen. Inderdaad is geen sprake van een onbeperkte bestaansduur; dit criterium is wat de fiscale relevantie betreft mede afhankelijk of een LLC wordt ontbonden, indien een member zijn membership

CONCLUSIE

Dé LLC opgericht naar het recht van een van de Verenigde Staten is niet eenduidig te beschrijven. De statelijke LLC-wetgevingen verschillen onderling. Afhankelijk van de achtergrond van het gebruik van een LLC dient te worden gekozen voor het recht van een bepaalde staat; de keuze voor het recht van een staat anders dan die waarin de feitelijke activiteiten plaatsvinden, zal zeker niet uitzonderlijk zijn. Een LLC is als het ware een tussenvorm van een partnership en een corporation; de inrichting en organisatie ervan vereisen bijzondere aandacht, zowel wat betreft de civielrechtelijke als de fiscaalrechtelijke aspecten.

Dat deze vennootschappen reeds in Nederland worden gesignaleerd, zou wellicht minder met de idee van fiscale transparantie van doen kunnen hebben dan in de Verenigde Staten het geval is.

MR. J.A.J. VAN VELZEN IS JURIST TE CULEMBORG