

De lokroep van Delaware

HANS VAN VELZEN EN DICK MANS De Verenigde Staten kennen meer dan vijftig verschillende (statelijke) jurisdicties op het gebied van vennootschappen. Buiten- en binnenlandse (rechts-)personen kunnen dan ook naar hartelust 'winkelen' op de vennootschapsmarkt. De toon op deze markt wordt gezet door één van de kleinste van de Verenigde Staten: Delaware.

De wetgeving van Delaware wordt gezien als leidraad op vennootschapsgebied en blijkt veelal bepalend voor de wetgevingen van andere staten, binnen maar ook buiten de Verenigde Staten. Delaware wordt ook wel 'Corporate State of the World' genoemd.

Het vennootschapsrecht van Delaware biedt een scala aan mogelijkheden op het gebied van rechtsvormen. Een ondernemer/natuurlijke persoon kan zich een sole proprietorship aanmeten, de buitenlandse ondernemer/investeerder een branch (office), of indien deze zijn onderneming te zamen met één of meer (rechts)personen drijft een partnership. Partnerships kunnen worden onderverdeeld naar general partnerships, limited partnerships, registered limited liability partnerships en registered limited liability limited partnerships.

Deze rechtsvormen, uitgezonderd de sole proprietorship en uiteraard de branch, worden gerekend tot de noncorporate business associations, hetgeen inhoudt

dat de rechtsvormen geen rechtspersoonlijkheid hebben, maar wel, afhankelijk van de soort rechtsvorm, beperkte aansprakelijkheid voor één of meer vennoten/maten kennen. Een uitzondering op die regel vormt de limited liability company. Gezien de gelijkenis met de general en de limited partnership wordt deze rechtsvorm gerekend tot de categorie noncorporate business associations, maar bezit hij wel rechtspersoonlijkheid.

Corporate business associations kunnen worden gevonden in de 'hoofdvorm' van de corporation, onder te verdelen in de zogenoemde C-corporations, in casu general en close corporations, S-corporations, professional service corporations, membership corporations en non-profit corporations.

FISCAAL TRANSPARANT

Deze bijdrage¹ geeft enig inzicht in de rechtsvormen waarvan een in Nederland gevestigde besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in de Verenigde Staten gebruik kan maken. Het vennootschapsrecht van de staat Delaware dient daarbij als basis. Een aantal vaak en minder vaak voorkomende rechtsvormen zal de revue passeren, waarbij zowel Amerikaanse vennootschapsrechtelijke als fiscaalrechtelijke aspecten zullen worden behandeld. Hierbij zal de nadruk liggen op de branch, de partnership, de limited liability company en de C-corporation. In het scala van rechtsvormen vormt de limited liability company, die sinds enige tijd



veelvuldig door buitenlandse rechtspersonen als rechtsvorm voor hun bedrijfsactiviteiten in de VS wordt gebruikt, het overgangsbied tussen de fiscaal transparante rechtsvormen en de rechtsvormen die als zelfstandige entiteit worden belast.

DE BRANCH

Vennootschapsrechtelijk

De branch (office) is een afgeleide van de sole proprietorship, de rechtsvorm van een eenmanszaak. De sole proprietorship bezit geen rechtspersoonlijkheid. De ondernemer (natuurlijk persoon) is de eigenaar van de onderneming. Deze rechtsvorm is niet zelfstandig belastingplichtig, zodat de gegenereerde ondernemingswinsten fiscaal bij de ondernemer worden belast.

De kenmerken van de branch stemmen grotendeels overeen met het hiervoor gestelde. Een branch is een filiaal en bezit geen zelfstandige rechtspersoonlijkheid. Het filiaal wordt betrokken onder de paraplu van de rechtsvorm waar de hoofdzetel is gevestigd, bijvoorbeeld Nederland, indien het een filiaal van een in Nederland gevestigde Nederlandse besloten vennootschap betreft.

Fiscaalrechtelijk

Een branch in de VS betekent in feite dat de BV fysiek in de VS aanwezig is om daar ondernemingsactiviteiten te verrichten. Voor de Amerikaanse belastingheffing zal jaarlijks moeten worden beoordeeld of de ondernemingsactiviteiten als 'engaged in a trade or business' (in de VS) kunnen worden gekwalificeerd. De centrale toets hierbij vormt het vaststellen van enerzijds het 'profit motive' van de activiteiten en anderzijds het hebben van een vaste inrichting van de BV in de VS. Naar Amerikaanse fiscale maatstaven wordt de aanwezigheid van een vaste inrichting (in de VS) snel aan genomen.

De Amerikaanse belastingwet creëert voor de vaste inrichting een ruime

heffingsgrondslag door alle inkomsten van VS-origine, behalve specifiek in de wet vermelde uitzonderingen, als resultaat van de branch ('effectively connected income') aan te merken. Het resultaat van de branch wordt hierbij op een netto grondslag berekend.

De Amerikaanse belastingheffing over het resultaat van de VS-branch wordt echter door het Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, dat tussen Nederland en de VS is gesloten (hierna 'het Verdrag'), in twee opzichten beperkt. Allereerst bepaalt het Verdrag zelfstandig, dus zonder uitleg naar nationaal (lees: Amerikaans) recht, in welke situaties sprake is van een vaste inrichting; bijvoorbeeld een kantoor of filiaal, waar leiding wordt gegeven aan de ondernemingsactiviteiten in de VS. Daarnaast kan het in de VS behaalde resultaat van de BV slechts als branchresultaat in de VS worden belast 'in zoverre dit resultaat aan die branch kan worden toegerekend'. Dit heeft tot gevolg, dat de niet aan de branch toe te rekenen inkomsten van de BV afzonderlijk in de VS kunnen worden belast. Rentebaten bijvoorbeeld, die door de BV van een Amerikaanse inwoner zijn ontvangen, worden dan aan een Amerikaanse bronheffing overeenkomstig het interestartikel van het Verdrag onderworpen. In tegenstelling tot het branchresultaat zal deze bronheffing over het brutobedrag van de interest worden geheven.

De fiscale behandeling van de branch leidt ertoe, dat het resultaat van de branch direct aan de BV wordt toegerekend. Afhankelijk van de gewenste uitkomst zal een (positief) branchresultaat (ná belastingheffing in de VS) wederom voor de Amerikaanse ondernemingsactiviteiten danwel voor de ondernemingsactiviteiten van de BV worden aangewend. In de laatstgenoemde situatie wenst de VS het zogenaamde gerepatrieerde branchresultaat nog aan een extra belastingheffing, de 'branch profit tax', te onderwerpen. Vanuit Amerikaans

perspectief moet de branch profit tax worden gezien als een bronheffing op gerepatrieerde (positieve) branchresultaten, die als een soort quasi-dividend worden aangemerkt. In beginsel zal het nalaten van herinvestering van het branchresultaat door de BV in de branch als dividend in de zin van de branch profit tax worden aangemerkt. De heffingsgrondslag voor deze belastingheffing (met een proportioneel tarief van 30%) wordt namelijk vastgesteld aan de hand van de jaarlijkse mutaties in het vermogen van de branch.

De branch profit tax zal echter in Verdragssituaties² tot 5% worden beperkt als:

- > tenminste 50% van de aandeelhouders van de BV inwoner zijn van Nederland of de VS en dus Verdragsgerechtigd zijn (de zogenoemde 'stock ownership-test')³ en;
- > minder dan 50% van de opbrengsten van de Nederlandse BV door de BV zijn aangewend voor aftrekbare betalingen (ten laste van de belastbare winst) aan personen, die geen inwoner zijn van Nederland of de VS (de zogenoemde 'base erosion-test').

In geval de BV niet aan de voornoemde eisen voldoet, zal de branch profit tax in beginsel volledig worden geheven. In geval de BV echter een Verdragsgerechtigde persoon (in de zin van het Verdrag) is, zal de branch profit tax op basis van het Verdrag tot 5% worden beperkt. Deze beperking is niet van toepassing op de opbrengsten van in de VS gelegen onroerende zaken.

De fiscale behandeling van de branch in de VS laat duidelijk zien, dat de BV een weloverwogen keuze zal moeten maken om de ondernemingsactiviteiten in de VS via een branch vorm te geven.

DE PARTNERSHIP

General partnership

De general partnership bezit geen rechtspersoonlijkheid; de partners zijn onbeperkt aansprakelijk voor de schul- ➤

den van de partnership. Het bestuur berust bij alle partners, tenzij in de partnership agreement een afwijkende regeling is opgenomen.

Een partnership kan mondeling worden aangegaan; een partnershipovereenkomst is niet per definitie benodigd en behoeft evenmin te worden geregistreerd bij enige overheidsinstantie. Een general partnership kent geen wettelijk verplicht minimumkapitaal; in onderling overleg kunnen partners bepalen welk bedrag door ieder van hen zal worden ingebracht. Een partnership dient ten minste twee partners te hebben. Een general partnership is vergelijkbaar met een Nederlandse vennootschap onder firma.

Limited Partnership

Een limited partnership is een partnership met twee soorten partners: general en limited partners. Preventief toezicht van overheidswege, voor zover daarvan kan worden gesproken, is niet van toepassing. Wel zijn in afwijking van de general partnership vormvoorschriften verbonden aan de oprichtingsovereenkomst, het Certificate of Limited Partnership. Het Certificate dient te worden geregistreerd bij de Secretary of State. Tevens is de vestiging van een 'registered office' en aanwijzing van een 'registered agent' voorgeschreven. De partners kunnen de interne verhoudingen in een partnershipovereenkomst, het 'partnership agreement' neerleggen. De partnershipovereenkomst behoeft niet bij de Secretary of State te worden geregistreerd.

Een limited partnership dient ten minste één general partner en één of meer limited partners te hebben. De general partners zijn veelal belast met de leiding van de partnership; zij zijn volledig aansprakelijk voor de schulden van de partnership. De limited partners zijn beperkt aansprakelijk, hun aansprakelijkheid strekt zich uit tot het door hen in de partnership gestoken kapitaal. Indien echter een limited partner zich ten opzichte van derden gedraagt als een

general partner wordt deze volledig aansprakelijk voor de schulden van de partnership.

Eveneens dient een limited partner zich te onthouden van feitelijke (externe) leiding van en over de partnership, gesanc-tioneerd door het verlies van beperkte aansprakelijkheid. De limited partner kan echter wel naar buiten toe de partnership vertegenwoordigen, zij het niet in de hoedanigheid van (limited) partner, maar in die van officer of director. Evenals de general partnership bezit de limited partnership geen rechtspersoonlijkheid. Een limited partnership is te vergelijken met een Nederlandse commanditaire vennootschap.

Registered Limited Liability Partnership

Deze rechtsvorm, afgekort met 'DLLP' (Delaware Limited Liability Partnership), is een general partnership waarbij aansprakelijkheid van partners jegens elkaar kan worden beperkt.⁴ Deze beperking strekt zich uit tot onachtzaamheid, onrechtmatige daden of mismanagement van partners of medewerkers die onder directe leiding staan van (overige) partners. De partners blijven echter volledig aansprakelijk voor de partnership als entiteit.

In tegenstelling tot een general partnership dient voor oprichting van een DLLP een aanvraag te worden gedaan bij de Secretary of State in Delaware; jaarlijks dient een (hernieuwde aanvraag) tot behoud van deze status te worden gedaan (de 'renewal application') en dienen leges te worden betaald. Bij de (jaarlijkse) aanvraag wordt gecontroleerd of de DLLP de voorgeschreven (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering met een wettelijk bepaalde minimumdekking heeft afgesloten, of dat blijkt van een dergelijk bedrag aan voorzieningen.

In afwijking van een general partnership dient een DLLP, gelijk een limited partnership, een 'registered office' en een 'registered agent' in Delaware aan te houden.

Registered Limited Liability Limited Partnership

Deze rechtsvorm is een afgeleide van de limited partnership, waarbij behalve uitsluiting van externe aansprakelijkheid van de limited partners eveneens interne aansprakelijkheid tussen general en limited partners onderling kan worden beperkt. Deze beperking strekt zich uit tot onachtzaamheid, onrechtmatige daden of mismanagement van partners of van medewerkers die onder directe leiding staan van (overige) partners. Een limited partnership kan na oprichting worden omgezet in een registered limited liability limited partnership.

Het verschil met een registered limited liability partnership (DLLP) is gelegen in het feit dat de laatste een partnership betreft die vergelijkbaar is met een Nederlandse VOF en een registered limited liability limited partnership een rechtsvorm is die vergelijkbaar is met een Nederlandse CV. De general partners van een registered limited liability limited partnership blijven extern volledig aansprakelijk voor de partnership als entiteit; de limited partners zijn daarvan evenals bij de limited partnership, behoudens uitzonderingen gevrijwaard. Noch een registered limited liability partnership noch een registered limited liability limited partnership bezitten rechtspersoonlijkheid.

Fiscaalrechtelijk

In de Amerikaanse belastingwet wordt de term 'partnership' gedefinieerd als een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid, dat activiteiten in 'business, financial operation or venture' verricht en niet kan worden aangemerkt als een vennootschap, trust of estate ingevolge het Amerikaanse civiele recht. Een partnership in fiscale zin is dus een ruimer begrip dan in civielrechtelijke zin. De Amerikaanse belastingwet bevat een speciaal hoofdstuk gewijd aan de fiscale behandeling van partnerships, Subchapter K. Uitgesloten van de toepassing van de fiscale behandeling als een part-

nership zijn de samenwerkingsverbanden die tot doel hebben de exploitatie van onroerende zaken in de ruimste van het woord. Deze samenwerkingsverbanden kunnen echter kiezen om te worden behandeld als een vennootschap belastbaar voor de heffing van vennootschapsbelasting. Het achterwege blijven van deze keuze zal automatisch leiden tot toerekening van de afzonderlijke activa (en passiva) van de partnership aan de (achterliggende) partners.

De Amerikaanse belastingdienst (IRS) hanteert een aantal criteria om de gevormde partnership op haar realiteitsgehalte te toetsen. In geval de partnership niet als reëel wordt beschouwd heeft de IRS diverse middelen om toepassing van Subchapter K te verijdelen. De partnership kan bijvoorbeeld fiscaal geheel of gedeeltelijk worden genegeerd, de waarderingmethoden van de activa en passiva kunnen worden aangepast en de

inkomsten van de partnership kunnen worden heralloceerd.

Het negeren van de partnership voor de Amerikaanse belastingheffing heeft tot gevolg dat de inkomsten naar het bruto-bedrag aan Amerikaanse belastingheffing kunnen worden onderworpen. Deze inkomsten zijn namelijk als gevolg van de afwezigheid van de partnership niet aan een vaste inrichting in de VS van de buitenlandse partner(s) toerekenbaar, zodat de inkomsten afzonderlijk per bron zullen worden gekwalificeerd. Deze kwalificatie schept voor de VS de mogelijkheid om de inkomsten aan Amerikaanse (bron)heffingen overeenkomstig het Verdrag te onderwerpen.

Subchapter K bepaalt dat de partnership als zodanig niet aan de heffing van Amerikaanse belasting is onderworpen. De (achterliggende) partners worden derhalve voor (hun aandeel in) het resultaat van de partnership belast. De toere-

kening van het resultaat van de partnerships aan de partners vindt in eerste instantie plaats naar de inhoud van het partnershipcontract. De partners kunnen namelijk bepalen, dat bepaalde inkomsten van de partnership, in afwijking van het aandeel van de partners in de partnership, op andere wijze worden toegerekend. Daarnaast kunnen de partners beperkingen opnemen in het partnershipcontract met betrekking tot hun aansprakelijkheid voor schulden van de partnership. Dit verklaart de grote diversiteit van partnerships in de VS.

In geval een allocatie van inkomsten in het partnershipcontract niet is overeengekomen, worden de aan de partners toerekenbare inkomsten van de partnership op andere wijze bepaald. In eerste instantie wordt namelijk het resultaat van de partnership als zodanig vastgesteld. Vervolgens wordt aan de partner het gedeelte van het resultaat toegere- ➤

ILLUSTRATIE: GEB VAN ENCKEVORT



kend dat met zijn aandeel in de partnership overeenkomt.

Het aandeel van een BV in een partnership is aan de heffing van Amerikaanse belastingheffing onderworpen, indien sprake is van 'engaged in a trade or business' (in de VS). Hetgeen bij de fiscale behandeling van de branch van een BV is besproken, is hier van overeenkomstige toepassing. Het aandeel van een BV als partner in het resultaat van de partnership wordt belast volgens de tarieven van de Amerikaanse vennootschapsbelasting. Het (federale) tarief vennootschapsbelasting bedraagt bij benadering gemiddeld 35%.

In geval een BV tot verkoop van haar aandeel in de partnership wenst over te gaan zal een mogelijke capital gain als gevolg van deze verkoop in de VS belastbaar zijn. De capital gain wordt berekend aan de hand van het verschil tussen de verkrijgingswaarde en de 'tax basis'

van het aandeel, dat de BV in de partnership bezit. Bij de verkoop van het aandeel in de partnership dient rekening te worden gehouden met de mogelijke toepassing van zogenoemde 'clawback provisions'. Deze bepalingen hebben, kort gezegd, betrekking op het alsnog aanmerken van belastbare inkomsten in een drietal bijzondere situaties. We gaan daarop hier niet verder in.

De tax basis van een BV in een partnership is als zeer grove benadering te vergelijken met de kapitaalrekening van de firmanten van een Nederlandse vennootschap onder firma. **BM**

In de volgende aflevering van BM worden de rechtsvormen van de limited liability company en de verschillende corporations behandeld.

Mr J.A.J. van Velzen is werkzaam bij Van Velzen Juridisch Advies te Culemborg.

Mr D. Mans is werkzaam bij Deloitte & Touche Belastingadviseurs te Rotterdam.

De auteurs danken John P. Linders en Eric Overman, resp. verbonden aan Deloitte & Touche Belastingadviseurs te Rotterdam en DTTI te New York

Noten

¹ De concept-tekst van deze, uit twee delen bestaande bijdrage, is afgesloten op 29 april 1997.

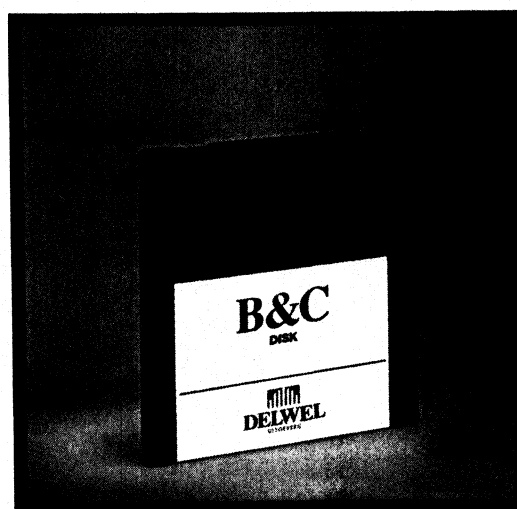
² De Verdragssituatie impliceert dat de BV verdragsgerechtigd is en derhalve aan de beneficial ownership-test in het verdrag voldoet.

³ Deze stock ownership-test is een andere dan die genoemd in het Verdrag ex artikel 26, par. 1, d: de shareholder-test.

⁴ Over dit onderwerp onder meer: H. Bungert, Die (Registered) Limited Liability Partnership, Neueste Variante des Konzepts der Personalgesellschaft in den USA, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1994, Heft 5, p. 360 e.v.; B. Wessels, Zorgen om morgen: beheersing van beroepsaansprakelijkheid in discussie, NJB 17 februari 1995, p. 236-237.

ADVERTENTIE

BESTUURDERS & COMMISSARISSEN WIE KENT WIE VIA WIE?



20.000 TOPBESTUURDERS VAN NEDERLAND MET FUNCTIES EN NEVENFUNCTIES, COMMISSARIATEN, OUDFUNCTIES EN LOOPBAANBESCHRIJVING. HET MEEGELEVERDE ZOEKPROGRAMMA ONTRAFELT DE NETWERKEN.

DELWEL
UITGEVERIJ

078 6148866