

De lokroep van Delaware/2

HANS VAN VELZEN EN DICK MANS Deze tweedelige bijdrage dient enig inzicht te geven in rechtsvormen, waarvan een in Nederland gevestigde besloten vennootschap in de Verenigde Staten gebruik kan maken. In **BM 6/97** zijn de branch en de verschillende soorten partnerships behandeld. In deze aflevering worden de Amerikaanse civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten van de limited liability company en de verschillende soorten corporations behandeld.

Een limited liability company, afgekort LLC, is een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid, opgericht naar het recht van een van de staten van de Verenigde Staten. Een LLC vertoont sterke gelijkens met GmbH's, opgericht naar Duits recht. De rechtsvorm LLC is relatief nieuw in de Verenigde Staten; het gebruik ervan neemt snel toe. De rechtspersoon ontstaat door registratie van het Certificate of Formation bij de Secretary of State in Delaware. Een LLC dient, evenals corporations en DLLP's, een registered agent en een registered office in de staat Delaware aan te houden. De interne verhoudingen binnen de LLC worden bepaald door een daartoe op te stellen overeenkomst, de LLC Agreement, ook wel een operating agreement genoemd,¹ die niet hoeft te worden geregistreerd bij enige overheidsinstantie. Een LLC kent geen aandeelhouders of partners, maar members.

Een Delaware LLC kent een wettelijk beperkte bestaansduur van dertig jaar, tenzij in de operating agreement een andere termijn is overeengekomen, deze

kan onbepaald zijn. De operating agreement, en daarmee de duur van het bestaan van een LLC, kan echter naar het recht van Delaware mondeling worden overeengekomen. Members van een LLC behoeven niet in de staat van oprichting woonachtig te zijn.

Kenmerken van een LLC zijn of kunnen zijn: (1) verschillende members, (2) winst-oogmerk, (3) beperkte aansprakelijkheid, (4) gecentraliseerd bestuur, (5) onbepaalde of onbeperkte bestaansduur en (6) vrije overdraagbaarheid van interests (aandelen). Afhankelijk van de inrichting en organisatie van de LLC en haar organen kan een combinatie van (enige soort) corporation en van (enige soort) partnership ontstaan.

Opmerkelijk is dat de LLC een afgescheiden vermogen heeft en beperkte aansprakelijkheid voor haar members kent.² Dit ondanks de Amerikaans fiscaalrechtelijke behandeling van de LLC (zie hierna). Naar het recht van Delaware, maar ook naar dat van enkele andere VS-staten, kan een éénpersoons-LLC worden opgericht. Een LLC zou daarmee volledig in

handen kunnen zijn van een Nederlandse moedermaatschappij.

FISCAALRECHTELIJK

Tot 31 december 1996 was de fiscale behandeling van de LLC afhankelijk van de inhoud van de operating agreement. De IRS toetste namelijk aan de hand van een viertal criteria of de LLC voor de Amerikaanse belastingheffing als een partnership danwel als een corporation diende te worden behandeld (de zogenoemde Morrissey-test³). In tegenstelling tot de fiscale transparantie van de partnership wordt de corporation als een afzonderlijk belastbare entiteit voor de Amerikaanse belastingheffing beschouwd. De toetsingscriteria komen overeen met de hiervoor genoemde kenmerken 3 t/m 6 van de LLC. In geval de operating agreement aan tenminste drie van deze criteria voldeed, werd de LLC als een afzonderlijke entiteit voor de Amerikaanse belastingheffing aangemerkt en dienovereenkomstig (als een corporation) belast. Via een nauwkeurige afstemming van de inhoud van de ►

operating agreement kon derhalve voor de LLC fiscale transparantie worden bewerkstelligd.

Vanaf 1 januari 1997 moet voor de Amerikaanse belastingheffing de LLC echter worden beoordeeld aan de hand van 'check-the-box regulations',⁴ die recent door de IRS zijn gepubliceerd. Kort gezegd komt deze test op het volgende neer. Allereerst onderzoekt de IRS of de ondernemingsvorm (lees: de LLC) een 'separate entity' voor de (federale) Amerikaanse belastingwetten vormt. Indien de ondernemingsvorm als zodanig wordt aangemerkt, toetst de IRS de operating agreement aan de onderstaande criteria:

- > vormt de ondernemingsvorm (lees: LLC) een 'business entity'?
- > staat de ondernemingsvorm (lees: LLC) in de zogenoemde 'per se-lijst'⁵ vermeld (hetgeen automatisch tot Amerikaanse belastingheffing als een corporation leidt)?

Indien beide vragen bevestigend worden beantwoord, heeft de ondernemingsvorm (lees: de LLC) de keuze om haar status voor de Amerikaanse belastingheffing zelf te kiezen.⁶ In geval de LLC tenminste twee members heeft, kan de LLC een keuze maken om als partnership danwel als corporation voor de Amerikaanse belastingheffing te worden behandeld. In de situatie dat de LLC slechts één member heeft, bestaat deze keuze uit de fiscale behandeling als een corporation danwel het geheel negeren van de LLC als een afzonderlijke entiteit ten opzichte van de member.⁷ Op grond van de check-the-box regulations zal de LLC met tenminste twee members zonder verzoek daartoe als een partnership voor de Amerikaanse belastingheffing worden aangemerkt (de zogenoemde 'default classification'). De fiscale behandeling van de LLC als corporation kan worden bereikt als hier bij de IRS uitdrukkelijk om wordt verzocht. De LLC is vervolgens vijf jaren aan deze keuze gebonden.

In geval de LLC als een partnership voor de Amerikaanse belastingheffing wordt aangemerkt, kan voor de fiscaalrechtelijke aspecten naar hierboven worden verwezen. In geval de LLC voor de Amerikaanse belastingheffing overeenkomstig een corporation wordt behandeld, is hetgeen hieronder is beschreven van belang.

C-CORPORATIONS

De aanduiding C-corporation wordt gebruikt ter onderscheiding van de S-corporation. C-corporations zijn te onderscheiden naar 'General' en 'Close' corporations.

GENERAL CORPORATION

Een general corporation heeft rechtspersoonlijkheid, een in aandelen verdeeld kapitaal en kent beperkte aansprakelijkheid voor de aandeelhouders. Van het laatstgenoemde kenmerk kan echter worden afgeweken.

De statutaire doelomschrijving van de vennootschap kan 'allesomvattend' zijn. Een general corporation kent een board of directors en officers. De laatsten zijn met de dagelijkse leiding van de onderneming van de vennootschap belast. Noch directors, noch officers behoeven in Delaware of in één van de overige VS-staten woonachtig te zijn. Zowel natuurlijke als rechtspersonen kunnen als bestuurder en/of aandeelhouder optreden.

Een C-corporation kan een gevarieerd pakket aandelen uitgeven, waaronder (cumulatief) preferente aandelen, converteerbare aandelen, aandelen met en of zonder nominale waarde, aandelen met volledig, beperkt of zonder stemrecht en uiteraard gewone aandelen, het 'common stock'.

Een Delaware general corporation heeft het statutaire vestigingsadres, het 'registered office' in Delaware. De wettelijke vertegenwoordiger van de vennootschap, de 'registered agent', dient eveneens aldaar te zijn gevestigd.

De bestaansduur van een general corporation kan onbeperkt zijn. De rechtsvorm

van de general corporation, ook wel 'regular corporation' of 'open corporation' genoemd, is bedoeld voor grotere ondernemingen, welke bijvoorbeeld meer dan dertig aandeelhouders (verwachten te) hebben of ondernemingen die een beursgang beogen. De general corporation wordt echter als rechtsvorm veelal ook aangenomen door kleinere ondernemingen.

CLOSE CORPORATION

Deze rechtsvorm wordt meestal aangenomen door kleine(re) ondernemingen. Voor close corporations gelden naast de algemene bepalingen die van kracht zijn voor general corporations drie speciale bepalingen:

- > de aandelen van de corporation mogen niet op een beurs worden verhandeld;
- > het aantal aandeelhouders moet zijn bepaald en kan niet meer bedragen dan dertig in getal;
- > aan de overdracht van aandelen zijn beperkingen gesteld.

Beperkingen die aan de overdracht van aandelen kunnen worden gesteld betreffen onder meer kwaliteitseisen aan aandeelhouders, goedkeurings- en terugkoopregelingen. Overigens kunnen (soort)gelijke beperkingen eveneens worden gesteld aan overdrachten van aandelen in general corporations.

Een close corporation kan wel – evenals een general corporation maar in tegenstelling tot een S-corporation – meer soorten aandelen uitgeven.

Een general corporation kan na oprichting worden omgezet in een close corporation. Opmerkelijk is dat een close corporation kan worden bestuurd door haar aandeelhouders, hetgeen vergelijkbaar is met de situatie van een member-managed limited liability company. Een board of directors kan aldus achterwege blijven.

PROFESSIONAL CORPORATION

Indien activiteiten worden verricht die als personal services worden aange-

merkt, kan een professional corporation worden opgericht. Deze corporation vormt een specifieke C-corporation, die van de algemene 'personal services corporations' is afgeleid. Als professional services worden onder meer aangemerkt diensten die verband houden met gezondheidszorg, advocatuur, techniek, architectuur en accountancy. Als gevolg van de opkomst van het gebruik van de LLC is deze rechtsvorm reeds enige tijd in onbruik. De fiscaalrechtelijke aspecten van de professional corporation zullen hierna dan ook niet worden besproken.

FISCAALRECHTELIJK

In tegenstelling tot de hiervoor behandelde rechtsvormen wordt de corporation voor de Amerikaanse belastingheffing in beginsel als een afzonderlijke entiteit belast. Als gevolg van de strikte fiscale scheiding tussen de corporation en haar aandeelhouders moeten alle ondernemingsresultaten bij de corporation worden gealloceerd. Na belastingheffing van de ondernemingsresultaten op corporation-niveau zullen deze (positieve) resultaten van de corporation bij uitkering aan de aandeelhouders (dividend) nogmaals aan een belastingheffing worden onderworpen, omdat de VS voor haar belastingheffing het zogenoemde 'klassieke stelsel' hanteert. Deze economisch dubbele heffing wordt geheel danwel gedeeltelijk teruggenomen als de aandeelhouder van de corporation eveneens een Amerikaanse corporation is. De aandeelhouder/corporation mag het ontvangen dividend na opname in haar belastbare winst weer van deze winst aftrekken tot een bedrag van:

- > 70% van het ontvangen dividend, indien de aandeelhouder/corporation minder dan 20% van de aandelen van de dividenduitkerende corporation bezit;
- > 80% van het ontvangen dividend, indien de aandeelhouder/corporation meer dan 20%, maar minder dan 80% van de aandelen van de dividenduitkerende corporation bezit;

> 100% van het ontvangen dividend, indien de aandeelhouder/corporation meer dan 80% van de aandelen van de dividenduitkerende corporation bezit.⁸

De Amerikaanse fiscale behandeling van uitgekeerde dividenden vertoont enige gelijkheid met de Nederlandse deelnamevrijstelling.

Dividend dat de corporation aan haar oprichter/aandeelhouder, de BV, uitkeert, wordt in beginsel aan 30% Amerikaanse dividendbelasting onderworpen. Deze belasting wordt over het brutobedrag van het dividend, dat wil zeggen zonder aftrek van eventuele kosten, geheven. Op basis van het Verdrag wordt de Amerikaanse dividendbelasting tot 5% verminderd indien de BV tenminste 10% van het stemrecht in de corporation bezit en aan de beneficial ownership-test van het Verdrag voldoet. In de overige gevallen zal de Amerikaanse dividendbelasting tot 15% worden verminderd.

De belastbare winst van de corporation wordt berekend op basis van de netto-omzet ('gross income') verminderd met de door de Amerikaanse belastingwet toegestane aftrekbare kosten. Deze aftrekbare kosten kunnen in twee groepen worden onderscheiden. Enerzijds zijn er de kosten in verband met het realiseren van de netto-omzet van de corporation. Deze kosten worden bepaald aan de hand van de bedrijfseconomische principes. Anderzijds worden kosten onderscheiden met een afwijkende afschrijvingsbasis voor fiscale doeleinden. De Internal Revenue Code kent namelijk diverse categorieën assets, die afhankelijk van hun levensduur in wettelijk vastgestelde perioden kunnen worden afgeschreven. In het algemeen kent de Internal Revenue Code afschrijvingsperioden van drie, vijf, tien, vijftien resp. twintig jaren. Daarnaast noemt de Internal Revenue Code voorbeelden van assets die zonder meer in een bepaalde afschrijvingscategorie vallen. Bijvoorbeeld de computergestuurde tele-

fooncentrale en de personenauto, die als zogenoemde '5-year property' worden aangemerkt. De in de Internal Revenue Code vermelde voorbeelden zijn overigens niet limitatief.

Kosten zullen door de Amerikaanse belastingwet echter niet in aftrek worden toegelaten als ze in feite een vermold dividend⁹ vormen. Het karakter van de kosten is in deze situatie dan bedrijfsvreemd. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan hoge beloningen voor verrichte werkzaamheden en verliezen als gevolg van een transactie tussen de corporation en haar aandeelhouder die tenminste 50% van de aandelen van de corporation bezit. Kosten in verband met het verwerven van belastingvrije inkomsten worden eveneens door de Amerikaanse belastingwet niet in aftrek toegelaten.

In geval de corporation in enig jaar verlies lijdt, kan dit negatieve resultaat in het algemeen¹⁰ met positieve resultaten van de corporation uit de voorafgaande drie jaren en de komende vijftien jaren worden verrekend.

De belastbare winst van de corporation, zoals hierboven beschreven, wordt in het Amerikaanse belastingrecht ook wel als 'ordinary income' aangeduid. Dit ter onderscheiding van de afwijkende fiscale behandeling van door de corporation gerealiseerde capital gains en losses. Opgemerkt kan worden dat de door de corporation gerealiseerde capital losses enkel met (door de corporation gerealiseerde) capital gains kunnen worden verrekend. In het algemeen zijn capital losses van de corporation verrekenbaar met capital gains van de corporation uit de voorafgaande drie jaren en de komende vijf jaren.

De Amerikaanse belastingwet bevat thans nog enkele bepalingen die erop toezien dat in bepaalde situaties de door de corporation behaalde winsten worden aangemerkt als aan de aandeelhouders van de corporation uitgekeerde winsten (de 'Accumulated Earnings Tax'). De AET-bepalingen zijn in het verleden in de Amerikaanse belastingwet opge- ►

nomen omdat het vennootschapsbelastingtarief in het verleden minder dan het inkomstenbelastingtarief bedroeg. Aangezien de huidige tarieven van beide belastingen dicht(er) bij elkaar liggen is het belang van deze bepalingen afgenomen. Het ontwijken van de belastingheffing op aandeelhoudersniveau vormt nu geen reden meer om de winsten 'op te potten' in de corporation. Dit oppotten zal eerder worden ingegeven door de gedachte om belastingheffing op aandeelhoudersniveau uit te stellen.

OVERIGE RECHTSVORMEN

Hierna worden nog drie rechtsvormen behandeld die door de BV weinig of helemaal niet zullen worden gebruikt.

S-CORPORATION

De S-corporation, voorheen 'Subchapter S-corporation' genaamd, ontleent haar naam aan een sectie uit de Internal Revenue Code van 1958. De S-corporation vormt in feite een gewone C-corporation, die op basis van voornoemde sectie een zogenaamde 'S-election' heeft gemaakt. Deze S-status heeft tot gevolg dat de corporation voor de Amerikaanse belastingheffing als transparante entiteit wordt behandeld. Voorwaarde voor het verkrijgen van de S-status door de corporation is dat de aandeelhouders natuurlijke personen¹¹ zijn, en belastingplichtig en woonachtig in de VS. Corporations en LLC's, maar ook de BV als aandeelhouder zijn derhalve niet toegestaan voor de

verkrijging en het behoud van de S-status. De S-corporation vormt voor de BV dan ook geen alternatief om bedrijfsactiviteiten in de VS te starten.

MEMBERSHIP CORPORATION

Het recht van Delaware kent de mogelijkheid tot oprichting van Membership corporations. Dit betreft corporations die – gelijk LLC's – leden kennen in plaats van aandeelhouders. Membership corporations bezitten rechtspersoonlijkheid en kunnen al dan niet met een winstoogmerk worden georganiseerd. De membership corporation met winstoogmerk zal overeenkomstig de C-corporation in de Amerikaanse belastingheffing worden betrokken. De member corporation zonder winstoogmerk zal voor de BV als een rechtsvorm om bedrijfsactiviteiten in de VS te starten geen betekenis hebben.

NON-PROFIT CORPORATION

De rechtsvorm Non-Profit corporation is enigszins vergelijkbaar met de Nederlandse stichting en vormt geen alternatief voor de BV om bedrijfsactiviteiten in de VS te starten. **BM**

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 6 Del. Code § 18-101 (7). De meeste staten kennen aan een dergelijk document de benaming 'operating agreement' toe. J.A.J. van Velzen, *Limited Liability Companies, Transparantie in perspectief*, Culemborg, december 1996, p. 11.
- ² 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., DCL, Title 6, Chapter 18, § 18-303 (a).
- ³ Deze test is in door de IRS gepubliceerde regulations vastgelegd. De test is gebaseerd op de zaak *Morrissey vs. Commissioner*, 296 U.S. 344 (1935).
- ⁴ Ook wel als tick-the-box regulations aangeduid.
- ⁵ Deze lijst omvat een aantal Amerikaanse rechtsvormen, alsmede 80 niet-Amerikaanse rechtsvormen. Tot de laatstgenoemde categorie behoren bijvoorbeeld de Britse PLC., de Duitse en Zwitserse AG en de Nederlandse NV.
- ⁶ De ondernemingsvorm wordt in de check-the-box regulations als een eligible entity aangemerkt.
- ⁷ Een LLC met slechts één member kan niet voor de status van partnership kiezen.
- ⁸ De dividenduitkerende corporation wordt in deze situatie als een member of a affiliated group gezien.
- ⁹ Deze kosten worden herkwalificeerd door middel van de zgn. substance over form methode.
- ¹⁰ Behoudens de in de Amerikaanse belastingwet opgenomen uitzonderingen voor specifiek omschreven verliezen.
- ¹¹ Behoudens enkele uitzonderingen.

Kenmerken van veelvuldig gehanteerde rechtsvormen

Kenmerk	Branch	LLC	General corporation	Close corp.
Limited liability	Niet zelfstandig	Ja, behoudens uitzonderingen	Ja	Ja
Bestuursbevoegdheid	n.v.t.	Ja, behoudens uitzonderingen	Ja	Ja
Overdraagbaarheid belang	n.v.t.	Ja, tenzij beperkingen overeengekomen	Ja, tenzij beperkingen overeengekomen	Ja, tenzij beperkingen overeengekomen
Continuïteit	Afhankelijk van belanghebbenden	Afhankelijk van members, behoudens uitzonderingen	Ja	Ja
Aantal belanghebbenden	n.v.t.	Minimaal twee (fiscaal)	Eén of meer	Eén of meer
Fiscaliteit	Eén niveau	Eén niveau, behoudens uitzonderingen	Twee niveaus	Twee niveaus
Verliescompensatie in Nederland	Ja	Ja, behoudens uitzonderingen	Nee	Nee