

Zetelverplaatsing: oppassen

De Hoge Raad heeft begin van deze zomer weer eens een arrest gewezen over de feitelijke vestigingsplaats van een vennootschap. Dat is een topic dat in praktijk en rechtspraak nog steeds veelvuldig aan de orde is en tot discussies leidt. Het belang kan groot zijn: het land waar een vennootschap is gevestigd heeft immers in de regel onbeperkte heffingsbevoegdheid over de winst en waar het in dit geval over gaat: de heffing van dividendbelasting. Nu is het in het algemeen natuurlijk zo dat over de vestigingsplaats helemaal geen discussie bestaat omdat het glashelder is waar deze zich bevindt. Vooral bij actieve ondernemingen is dat het geval. Niet omdat de feitelijke activiteiten daarvoor beslissend zijn, maar wel omdat in die situaties ook de feitelijke leiding, het bestuur, daar in de regel zal zijn gevestigd. De problemen bestaan vooral bij de passieve vennootschappen, zoals beleggingsvehikels en holdings. Dergelijke entiteiten kunnen eigenlijk overal in de wereld bestuurd worden. Het is in de regel niet relevant naar welk recht ze zijn opgericht en evenmin waar het vermogen, de beleggingen, is ondergebracht. Die beleggingen zijn bovendien uiterst mobiel. Waar het voor de fiscale vestigingsplaats om gaat zijn de bestuurswerkzaamheden en de locatie waar de bestuursbesluiten worden genomen. Een beetje bijzonder voorbeeld dat op zich niet aansluit bij beleggingsvennootschappen maar de problematiek wel duidelijk maakt: als de raad van bestuur van Shell de bestuursbesluiten in de BVI neemt, is Shell in principe niet in Nederland gevestigd maar in de BVI. Dat zal zich bij actieve vennootschappen zoals gezegd niet voordoen, maar bij passieve vennootschappen ligt dat natuurlijk heel anders. In dit verband zijn de werkzaamheden van trustkantoren ook van groot belang. Zij besturen vennootschappen en daarmee zijn de vennootschappen gevestigd in het land waar de werknemer van het trustkantoor zijn besluiten neemt, in de regel het land waar het trustkantoor is gevestigd. Het is een in Curacao bekend fenomeen. Maar daarbij is het wel van groot belang dat deze bestuurder, de (werknemer van de) trust, ook daadwerkelijk zelf bestuurt ofwel de bestuursbesluiten neemt. De ervaringen en de praktijk wijzen uit dat dit niet altijd correct verloopt. Veelal zijn de aandelen in handen van de één aandeelhouder die voorheen bestuurder was en die een substantieel vermogen in de vennootschap heeft opgebouwd. Het ligt in de reden te veronderstellen dat die niet altijd bereid zal zijn de touwtjes daadwerkelijk uit handen te geven. Anderzijds kan men natuurlijk ook zeggen dat er nauwelijks bestuursbesluiten genomen hoeven te worden als het 'slechts' om een beleggingvehikel gaat: er valt immers weinig te besturen. Dat kan kloppen, enigszins afhankelijk hoe actief het vermogen wordt beheerd, maar feit is dat er jaarlijks toch altijd wel een enkel bestuursbesluit moet worden genomen. En dat moet de (werknemer van de) trust dan wel zelfstandig doen zonder ruggespraak met de achterliggende (groot)aandeelhouder. Zoals gezegd gaat het daar nog wel eens mis.

In de zaak waarover de Hoge Raad oordeelde ging het om een naar Nederlands recht opgerichte bv. Het vermogen van de bv bestond uit deelnemingen, beleggingen en vorderingen. De feitelijke leiding werd op enig moment verplaatst naar Singapore: die kwam in handen van een aldaar gevestigde werknemer van een trustkantoor. Deze verplaatsing hing samen met het feit dat de dga van de vennootschap emigreerde naar Sint Maarten. Hij bleef wel aandeelhouder maar droeg zijn bestuurswerkzaamheden over aan de trust. Nadien werd door de vennootschap dividend uitgekeerd en de vraag was of Nederland daarover voor wat betreft de dividendbelasting heffingsbevoegd was. De Nederlandse dividendbelasting kent weliswaar de fictie dat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap in Nederland is gevestigd waardoor reeds dividendbelasting kan worden geheven, maar onder verdragstoepassing prevaleert in principe de feitelijke vestigingsplaats. Dat zou in dit geval betekenen - althans dat was de opzet - dat in Nederland geen dividendbelasting was verschuldigd en overigens ook niet in Singapore. De inspecteur bestreed echter dat de zetel van de

vennootschap was verplaatst naar Singapore. Normaliter pleegt dat aannemelijk te worden gemaakt door aan te tonen dat de aandeelhouder in feite nog steeds de bestuursbesluiten neemt. In dit geval echter had de inspecteur zich – uiteraard na het nodige onderzoekswerk – op het standpunt gesteld dat de besluitvorming geschiedde door de in Nederland wonende zoon van de aandeelhouder en de eveneens in Nederland wonende belastingadviseur van de aandeelhouder. De Hoge Raad ging mee in die visie van de inspecteur, met name ook ten aanzien van de rol van de belastingadviseur. Het is op zich nogal vergaand de stelling te betrekken dat de belastingadviseur (mee-)bestuurt maar de Hoge Raad erkent dit expliciet als mogelijkheid en meent dat daarvan in deze zaak sprake is. Interessant is bovendien dat de Hoge Raad ook overweegt dat indien de belastingadviseur daartoe overlegt met de aandeelhouder, dit er niet aan in de weg hoeft te staan dat de feitelijke leiding bij de belastingadviseur ligt. Dat oordeel gaat dus heel ver want erg logisch is dat normaliter niet. Dit punt kwam aan de orde omdat het subsidiaire standpunt was ingenomen dat als de vennootschap niet in Singapore is gevestigd, zij in Sint Maarten zou zijn gevestigd. Maar ook daar ging de Hoge Raad dus niet in mee. Hoe dan ook dus een arrest dat er maar weer eens op wijst dat zetelverplaatsingen goed geregeld en vooral uitgevoerd en toegepast moeten worden, in het bijzonder van passieve vennootschappen. Vooral aan die uitvoering en toepassing schort het nogal eens.

Peter Kavelaars is hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en of counsel bij Deloitte.