

PER ELEMENT UITSPRAAK HVJ EU – IMPACT OP PRIVATE EQUITY EN VENTURE CAPITALPRAKTIJK IN VOGELVLUCHT

1. INLEIDING

Op 22 februari 2018 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (**HvJ EU**) uitspraak gedaan in de gevoegde zaken X BV (zaak C-398/16) en X NV (C-399/16). Hierin komt zij tot het oordeel dat bepaalde elementen van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime (vennootschapsbelasting) strijdig zijn met de EU vrijheid van vestiging en daarom met primair Europees recht.

Eerder, op 25 oktober 2017 kondigde Wiebes, toenmalig staatssecretaris van Financiën, al spoedreparatiemaatregelen aan, nadat A-G Campos Sánchez-Bordona op die dag in zijn advies aan het HvJ EU concludeerde dat het fiscale-eenheidsregime zoals vastgelegd in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (**Wet Vpb**) wat hem betreft op punten niet in overeenstemming is met het EU-recht. In de aankondiging van de reparatiemaatregelen wordt beschreven dat deze, nadat deze zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wet, van kracht zullen zijn met terugwerkende kracht tot de dag (25 oktober 2017) en het tijdstip (11:00 uur CET) van de aankondiging. De fiscale gevolgen vanaf die datum zullen ook gelden voor transacties die voor die datum hebben plaatsgevonden.¹

Staatssecretaris Snel van Financiën schrijft na de uitspraak van het HvJ EU op 22 februari 2018 aan de Eerste en Tweede kamer dat hij de aangekondigde reparatiemaatregelen in het tweede kwartaal van 2018 als wetsvoorstel aan de Tweede Kamer ter behandeling zal aanbieden.

In de media zijn veel – soms weinig genuanceerde – berichten te vinden rondom de inhoud van de procedure, de uitspraak en de mogelijke gevolgen voor het Nederlandse bedrijfsleven. Het artikel op de voorpagina van het FD van woensdag 21 februari 2018 is hier een voorbeeld van. Omdat de NVP het belangrijk vindt dat de leden op hoofdlijnen bekend zijn met de gerezen problematiek, worden hieronder kort en op hoofdlijnen de verwachte gevolgen van de uitspraak besproken. Hierbij wordt vooral aandacht besteed aan de aftrekbaarheid van acquisitierente, mede aan de hand van een praktijkvoorbeeld. Dit is vooral ook relevant in puur binnenlandse verhoudingen. We raden onze leden aan fiscaal advies in te winnen over de impact van de uitspraak en de aangekondigde spoedmaatregelen in het bijzonder.

2. UITSPRAAK EN DE GEVOLGEN

Het HvJ EU concludeert dat het Nederlandse fiscale-eenheidsregime voordelen biedt aan geheel Nederlandse structuren terwijl deze voordelen niet worden toegekend aan grensoverschrijdende structuren. In de casus die ten grondslag ligt aan de uitspraak betreft het een Nederlandse moeder met een Italiaanse dochter. De uitspraak noopt ertoe dat Nederland deze voordelen (“elementen”) ook gaat toekennen in de grensoverschrijdende

¹ Er gaan stemmen op die stellen dat de terugwerkende kracht strijdig is met supranationaal recht (Eerste Protocol EVRM)

situaties, of deze voordelen juist ontzegt in de puur binnenlandse situaties. De gevolgen van de uitspraak kan de schatkist veel belastingopbrengsten doen mislopen² en om die reden wordt de reparatiewetgeving ingevoerd. Overigens is de reparatiewetgeving uiteraard beperkt tot bestaande wetgeving. Toekomstige wetgeving zal ook steeds “per element” waterdicht moeten worden gemaakt.

Het doel van de reparatiewetgeving is om ervoor te zorgen dat binnenlandse en buitenlandse situaties vanuit EU-rechtelijk perspectief gelijk worden behandeld. De gevolgen van de reparatiewetgeving beperken zich tot belastingplichtigen die gebruik maken van het fiscale-eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb. Dit is zeer gangbaar in private equity en venture capitalstructuren.

Voor zover aangekondigd omhelst de reparatiewetgeving dat enkele regelingen in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting moeten worden toegepast alsof er geen fiscale eenheid is. Kort gezegd wordt daarbij geregeld dat de renteaftrekbeperking ter voorkoming van winstdrainage (artikel 10a van de Wet Vpb), de deelnemingsvrijstelling (artikel 13, negende tot en met vijftiende lid, evenals zeventiende lid, van de Wet Vpb), de renteaftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente (artikel 13l van de Wet Vpb), de verliesverrekening bij wijziging van het belang (artikel 20a van de Wet Vpb) en een artikel in de Wet op de dividendbelasting 1965 (afdrachtsvermindering bij dooruitdeling), moeten worden toegepast als ware er geen fiscale eenheid. Overigens is niet uitgesloten dat ook andere bestaande en toekomstige regelingen uiteindelijk onder de reparatiewetgeving gaan vallen. Voor private equity kan vooral de per 1 januari 2019 van kracht wordende “30% EBITDA” renteaftrekbeperking relevant zijn.³

Het gevolg van de reparatiewetgeving is dat voor de toepassing van de genoemde regelingen de consolidatie die de fiscale eenheid tot gevolg heeft achterwege blijft. Deze regelingen moeten dus worden toegepast als ware de maatschappijen van de fiscale eenheid zelfstandig belastingplichtig. Vordering-schuldverhoudingen binnen een fiscale eenheid die door de consolidatie wegvallen, worden weer zichtbaar voor toepassing van de genoemde regelingen. Ook krijgen de maatschappijen voor dit doel weer een eigen balans, resultaat en verlieshistorie. Het wordt dus ook relevanter om intragroepverhoudingen goed in kaart te brengen en ook weer meer aandacht dan voorheen te besteden aan de (zakelijke) voorwaarden van die verhoudingen (zoals de rentevoet op leningen).

Het kabinet heeft aangekondigd dat later, naar verwachting binnen twee jaar, een geheel herzien consolidatieregime zal worden gepresenteerd ter vervanging van het huidige fiscale-eenheidsregime.

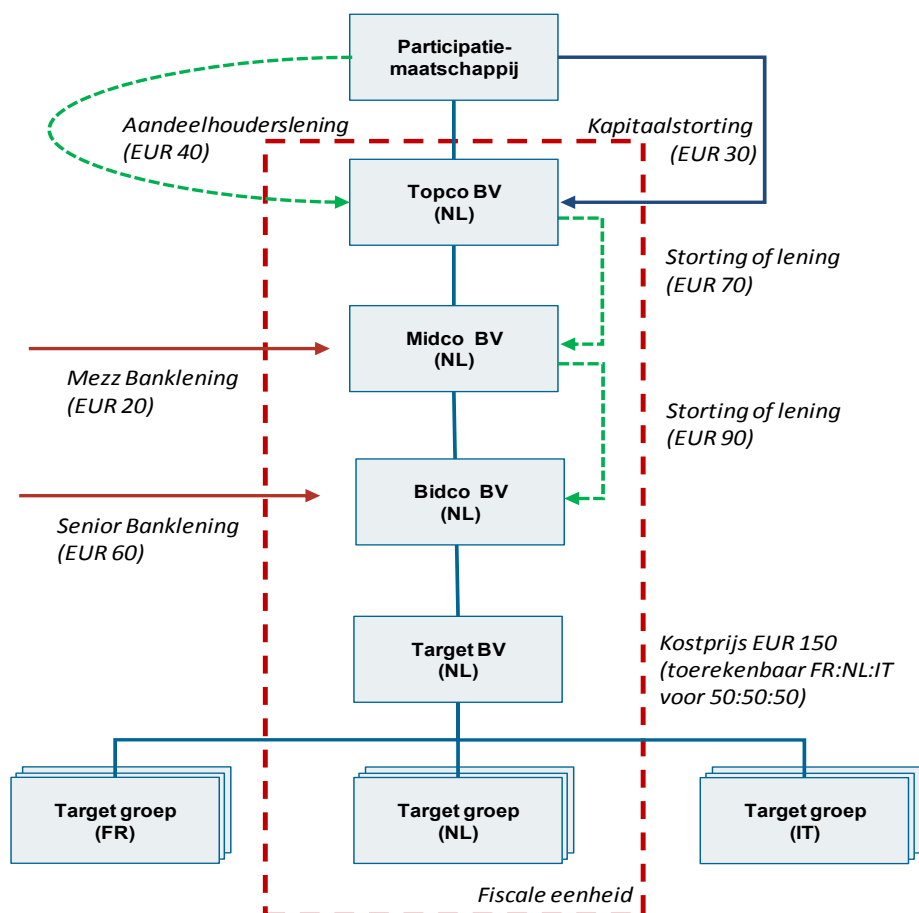
3. VOORBEELD

In het hiernavolgende voorbeeld beschrijven wij de voornaamste verwachte impact op de aftrekbaarheid van rente voor een voorkomende Nederlandse acquisitiestructuur waarin de

² En zal in ieder geval leiden tot gemis aan belastingopbrengsten over de periode tot 25 oktober 2017, 11.00uur CET ten aanzien van belastingplichtigen die een beroep hebben gedaan of nog kunnen doen op de strijd met EU recht.

³ Rente wordt in aftrek beperkt voor zover deze meer bedraagt dan het hoogste van 30% van de fiscale EBTDA en EUR 1 miljoen (het percentage, de grondslag van het percentage en de drempel zijn nog niet zeker omdat het wetsvoorstel nog moet worden gepubliceerd). Deze gegevens komen uit het consultatiedocument uit de zomer van 2017, het regeerakkoord en recente uitspraken van staatssecretaris Snel van Financiën.

acquisitie wordt gefinancierd met bankschuld en aandeelhoudersfinanciering (de equitymix). De participatiemaatschappij verwerft een Nederlands-Frans-Italiaanse groep (met aan het hoofd Target BV) voor EUR 150. In dat kader worden drie Nederlandse bv's opgericht (Topco BV, Midco BV en Bidco BV). Topco BV krijgt een kapitaalstorting (EUR 30) en een aandeelhouderslening (EUR 40), Midco BV een achtergestelde externe financiering (EUR 20) en Bidco BV trekt een (niet gegarandeerde) senior bankschuld aan (EUR 60).⁴



Renteaftrekbeperkingen

- Op basis van de huidige fiscale regels, zal de structuur op een zodanige wijze zijn opgezet dat de acquisitierente op alle financiering zoveel mogelijk in aftrek kan worden genomen en daarmee kan worden afgezet tegen de Nederlandse operationele winsten

⁴ In de praktijk worden geregeld meerdere lagen vennootschappen gebruikt om de verschillende financiers niet alleen in overeengekomen rangorde maar ook "structureel" achtergesteld te laten zijn. In deze notitie behandelen we het afzonderlijk financieren of acquireren van de buitenlandse targetvennootschappen niet.

van de targetonderneming.⁵ De fiscale eenheid wordt als één geheel gezien en de renteaftrekbeperkingen worden op het niveau van de fiscale eenheid toegepast.

- De per-elementbenadering heeft tot gevolg dat de renteaftrekbeperkingen, waaronder het notoire artikel 10a Wet Vpb (dat alleen schulden aan gerelateerde partijen treft⁶) in meer gevallen dan voorheen van toepassing kunnen worden. Dit kan het geval zijn ten aanzien van de rente die wordt betaald op de aandeelhouderslening aan Topco BV en mogelijk ook ten aanzien van de aandeelhoudersleningen binnen fiscale eenheid⁷ die samenhangen met besmette transacties binnen (naast buiten) de fiscale eenheid. In het voorbeeld zijn er dan drie mogelijk besmette transacties die door artikel 10a Wet Vpb worden getroffen: de acquisitie van Target BV, de storting door Topco BV in Midco BV en de storting door Midco BV in Bidco BV. Indien geen stortingen binnen de fiscale eenheid hebben plaatsgevonden maar enkel zakelijke leningen zijn verstrekt, dan zouden dit geen besmette rechtshandelingen voor artikel 10a Wet Vpb zijn⁸. Mocht artikel 10a Wet Vpb in beginsel van toepassing zijn, dient uiteraard getoetst te worden aan de tegenbewijsregelingen: (i) de zakelijkheid van de transactie en de geldleningen of (ii) voldoende belastingheffing over de rente bij de ontvanger. Ook die toetsen moeten eventueel binnen de fiscale eenheid toegepast gaan worden op basis van de fictie dat de eenheid niet bestaat. In veel gevallen zal artikel 10a Wet Vpb als gevolg van de reparatiewetgeving in theorie wel, maar in de praktijk niet tot problemen leiden.⁹
- De renteaftrekbeperking opgenomen in artikel 13I Wet Vpb beoogt bovenmatige of onwenselijke financiering van deelnemingen (buiten de fiscale eenheid) met geldleningen te beperken. Het artikel hanteert een rekenregel waarbij de aftrek van rente kan worden beperkt als sprake is van bovenmatige deelnemingsrente (rente ten aanzien van de totale deelnemingsschuld in overschrijding van een bedrag van EUR 750.000). Het gaat dan om de rente die acquisitieschulden betreft die uitgaan boven het eigen vermogen van de verkrijger (berekend op een pro rata wijze). Zonder de per-elementbenadering wordt de rekenregel toegepast op het niveau van de fiscale eenheid als geheel. Dat betekent bijvoorbeeld dat het totale eigen vermogen van de maatschappijen die deel uitmaken van de fiscale eenheid kan worden gebruikt om toe te rekenen aan de verkregen deelnemingen. In het voorbeeld de deelneming in de Franse en Italiaanse targetgroep¹⁰. Na invoering van de spoedreparatie (met terugwerkende kracht) moet de regel per vennootschap afzonderlijk worden getoetst. In het voorbeeld moet artikel 13I Wet Vpb worden toegepast op het niveau van Topco BV, Midco BV en Bidco BV. Indien Topco BV en Midco BV de opbrengst van de aandeelhoudersleningen en de achtergestelde financiering hebben doorgeleend, is de kostprijs van de deelneming in Midco BV respectievelijk Bidco BV zo laag dat artikel 13I Wet Vpb niet speelt. Indien Bidco BV geheel met schuld is gefinancierd omdat de

⁵ Vooral artikel 15ad Wet Vpb zal bij de grotere acquisities een rol spelen.

⁶ En schulden van een derde waarbij een garantie van een gerelateerde partij een voorwaarde is voor het verstrekken van de lening (conditio sine qua non garantie).

⁷ Over de impact van de uitspraak van het HvJ EU op leningen binnen een fiscale eenheid zijn nog geen expliciete uitspraken gedaan.

⁸ Dit is alleen maar juist als door Midco een lening zou worden verstrekt aan Bidco waarmee de target wordt gekocht. Ontvangt Bidco een kapitaalstorting van Midco net als Midco van Topco dan is bij een zelfstandige benadering geen sprake van een 10a transactie.

⁹ In de aangifte vennootschapsbelasting zal waarschijnlijk wel moeten worden aangegeven dat gebruik wordt gemaakt van de tegenbewijsregeling.

¹⁰ Op basis van de uitspraak van de HvJ EU zouden deze deelnemingen waarschijnlijk onder de huidige wetgeving ook niet meetellen omdat deze EU deelnemingen ook geacht moeten worden om in de fiscale eenheid te zijn gevoegd voor toepassing van renteaftrekbeperkingen van artikel 13I Wet Vpb.

opbrengst van de aandeelhoudersleningen en de achtergestelde financiering is doorgeleend en niet gestort, kan de rente van de fiscale eenheid deels niet-afteikbaar zijn geworden, terwijl deze aftrek onder het “oude” regime wel mogelijk was. Artikel 13I Wet Vpb kent echter als escape een “goedgekeurde” uitbreiding van operationele activiteiten waarop de financiering niet wordt meegeteld als deelnemingsschuld. In de praktijk kan in veel private equity structuren van die uitzondering gebruik worden gemaakt, niet alleen bij *add-on* acquisities maar ook bij de initiële. Overigens zou het ook zo maar kunnen dat de “vrije ruimte” van EUR 750.000 aan rentelasten per fiscale-eenhedenmaatschappij mag worden toegepast. We merken op dat artikel 13I Wet Vpb waarschijnlijk zal vervallen met ingang van 1 januari 2019 indien de nieuwe renteaftrekbeperking gebaseerd op een EU richtlijn wordt geïmplementeerd (zie hierna).

- Per 1 januari 2019 moet Nederland een nieuwe renteaftrekbeperking implementeren op basis van een Europese richtlijn (EU Anti-Tax Avoidance Directive of ATAD 1) Deze renteaftrekbeperking laat een positief saldo aan rentelasten (rentekosten minus rentebaten) in aftrek toe tot het hoogste van (i) een drempelbedrag van vermoedelijk EUR 1 miljoen, en (ii) 30% van het fiscale brutobedrijfsresultaat (EBITDA).¹¹ Deze nieuwe regel wordt logischerwijs niet genoemd in de aankondiging van de reparatiewetgeving (wat niet bestaat hoeft geen reparatie), maar het ligt voor de hand dat deze ook zal moeten worden toegepast op niveau van iedere maatschappij binnen de fiscale eenheid afzonderlijk in plaats van op de fiscale eenheid als geheel. Hierdoor wordt het van belang dat de maatschappij met de meeste rentelasten tevens een hoge EBITDA heeft. Ook ligt het voor de hand rentelasten over de maatschappijen te verdelen om zo optimaal gebruik te maken van het drempelbedrag van EUR 1 miljoen. Dat eerste is een uitdaging voor private equity omdat een acquisitievennootschap (zoals Bidco BV maar ook de vennootschappen daarboven¹²) geen of weinig fiscale EBITDA heeft (Bidco BV ontvangt vrijgesteld deelnemingsdividend of vervreemdingswinst en dat telt niet mee als EBITDA).
- De renteaftrekbeperking van artikel 15ad Wet Vpb die specifiek acquisities gevolgd door voeging in een fiscale eenheid betreft (de bekende degressieve 60% - 25% aftrekbeperking), blijft onverkort van toepassing. De spoedmaatregelen hebben op basis van de huidige informatie geen betrekking op die bepaling. Deze regel zal, net als artikel 13I Wet Vpb, naar verwachting ook per 1 januari 2019 uit de wet worden geschrapt.

Deelnemingsvrijstelling, verliesverrekening en dooruitdelingsfaciliteit:

Voor deze nieuwsbrief gaat het te ver om uitgebreid in te gaan op de verwachte toepassing van de reparatiewetgeving op de deelnemingsvrijstelling, verliesverrekening en de dooruitdelingsfaciliteit in de dividendbelasting, mede omdat die aspecten in mindere mate specifiek zijn voor private equity acquisitiestructuren. Maar de boodschap is hetzelfde. Goed bekeken moet worden op welke plaats binnen de fiscale eenheid winstpotentie, deelnemingen, andere bezittingen en schulden worden gealloceerd om zo onnodig nadelige effecten te voorkomen of beperken. Uiteraard zal de portfoliovennootschap zelf ook goed naar de impact van de nieuwe regels moeten kijken – in samenhang met de fiscale aspecten van de acquisitiestructuur.

¹¹ Nederland implementeert deze regeling mogelijk op basis van de EBITD, dus zonder amortisatie.

¹² Die kunnen de rentekosten afzetten tegen rentebaten indien de bedragen zijn doorgeleend en niet doorgestort.

4. SLOT

Wij hebben aan de hand van een praktijkvoorbeeld op hoofdlijnen de mogelijke impact van de voorgestelde reparatiewetgeving ten aanzien van acquisitiestructuren laten zien. Vermoedelijk hoeft de reparatiewetgeving voor een groot aantal private equity fiscale eenheden niet tot een additionele vennootschapsbelastinglast te leiden met betrekking tot de acquisitiestructuur, onder de belangrijke voorwaarde dat goed wordt gekeken naar de allocatie van winstpotentie, deelnemingen, andere bezittingen en schulden. In dat kader kan het in voorkomende gevallen efficiënt zijn om intragroepsschulden om te zetten in kapitaal of omgekeerd.

Dit artikel is door de Fiscale Commissie van de NVP samengesteld voor algemeen gebruik en vormt geen fiscaal advies. Wij raden ieder lid aan advies in te winnen bij haar eigen fiscaal adviseur over de impact van de uitspraak en de aangekondigde spoedmaatregelen in het bijzonder. Zie [hier](#) voor een overzicht van bij de NVP aangesloten fiscale adviespraktijken. Al deze partijen hebben ruime ervaring met het adviseren van participatiemaatschappijen en hun portefeuillebedrijven.