



Btw-af trek geweigerd voor transactiekosten private equity fonds

Op 2 juni is een uitspraak gepubliceerd van Rechtbank Noord-Holland waarin is besloten dat de aftrek van btw op transactiekosten voor het private equity fonds in kwestie is geweigerd. Het private equity fonds (hierna: “PE-fonds”) betrof een commanditaire vennootschap (“CV”) die voorbereidende werkzaamheden voor een transactie verrichtte en personen als commissaris van RvC’s ter beschikking stelde. De Rechtbank was van oordeel dat deze activiteiten niet leiden tot btw-ondernemerschap en derhalve kon de btw op transactiekosten niet in aftrek worden gebracht.

Achtergrond

Het in 2016 opgerichte PE-fonds is een CV die BidCo’s opricht om daarmee belangen te verkrijgen in portfolio companies. De CV wordt vertegenwoordigd door een beheerder met een AIFM-vergunning die namens het PE-fonds voorbereidende werkzaamheden verricht om geschikte investeringen te identificeren, waarvoor ook extern expertise (bijv. due diligence onderzoeken) wordt verkregen. Deze informatie is leidend voor het nemen van investeringsbeslissingen. De facturen van de externe dienstverleners ter zake van de voorbereide werkzaamheden zijn gericht aan en worden betaald door PE-fonds.

De transactiekosten worden feitelijk gemaakt voordat de BidCo’s door het PE-fonds worden opgericht, omdat dan een grote mate van onzekerheid bestaat dat de voorgenomen aankoop van de portfolio company doorgaat.

Op het niveau van de BidCo wordt een Raad van Commissarissen (RvC) ingesteld, waarvoor het PE-fonds personen ter beschikking stelt tegen vergoeding. Daarnaast heeft het PE-fonds een overeenkomst met de BidCo op grond waarvan het de informatie volgend uit de voorbereidende werkzaamheden verstrekt tegen vergoeding aan BidCo.

De vergoeding is gelijk aan de door het PE-fonds gemaakte transactiekosten. De inspecteur heeft de in het vierde kwartaal van 2017 door het PE-fonds in aftrek gebrachte btw op de transactiekosten geweigerd en heeft bepaald dat de door het PE-fonds op factuur in rekening gebrachte btw en de aan het PE-fonds verlegde btw verschuldigd is op aangifte. Het hiertegen door het PE-fonds gemaakte bezwaar is ongegrond verklaard door de inspecteur.

Voor de Rechtbank is in geschil:

- a) of het PE-fonds afnemer is van de prestatie verricht door de externe dienstverleners;
- b) of het PE-fonds als btw-ondernemer kwalificeert;



c) of het PE-fonds recht op aftrek heeft van de btw op de transactiekosten.

Beoordeling door de Rechtbank

De Rechtbank verklaart het beroep van het PE-fonds ongegrond en bevestigt dat de inspecteur terecht de aftrek van btw op transactiekosten door het PE-fonds heeft geweigerd.

Afnemer van de transactiekosten

De Rechtbank beoordeelt allereerst of het PE-fonds afnemer is van de prestaties van de externe dienstverleners. De engagement letters van de externe dienstverleners stonden op naam van de beherend vennoot van het PE-fonds, terwijl de facturen voor de transactiekosten wel zijn gericht aan het PE-fonds en door het PE-fonds zijn betaald. De beherend vennoot heeft zijn taken en die als manager van het PE-fonds op zijn beurt weer overgedragen aan zijn eigen aandeelhouder. Hoewel het PE-fonds wordt vertegenwoordigd bij het sluiten van de overeenkomsten van opdracht, volgt de Rechtbank het standpunt van het PE-fonds dat zij de afnemer is van de prestaties verricht door de externe dienstverleners.

Btw-ondernemerschap en het recht op aftrek van voorbelasting van het PE-fonds

Ondanks de constatering dat het PE-fonds de afnemer is van de prestaties van de externe dienstverleners, komt zij volgens de Rechtbank geen recht op aftrek

van btw op die transactiekosten toe, omdat zij geen economische activiteiten verricht. Er worden volgens de Rechtbank door het PE-fonds namelijk geen btw-belaste prestaties tegen vergoeding verricht.

Het tegen vergoeding ter beschikking stellen van RvC-leden aan de BidCo's of aan de portfolio companies kan volgens de Rechtbank niet als economische activiteit worden aangemerkt voor de btw. De Rechtbank verwijst hierbij naar eerdere jurisprudentie waaruit volgt dat werkzaamheden van een RvC-lid niet als economische activiteit kunnen worden aangemerkt. Dat het ter beschikking stellen van een commissaris tegen vergoeding wel als economische activiteit kwalificeert is volgens de Rechtbank onvoldoende aangetoond door het PE-fonds.

Het tegen vergoeding verstrekken van adviezen, transactiedocumentatie en due diligence rapportages aan de BidCo vormt volgens de Rechtbank ook geen btw-belaste prestatie. De Rechtbank volgt het standpunt van de inspecteur dat er sprake is van het enkel doorbelasten van kosten door het PE-fonds aan de BidCo, hetgeen buiten de reikwijdte van de btw valt. Volgens de Rechtbank zijn de prestaties van externe dienstverleners al door het PE-fonds als eindverbruiker verbruikt en zijn deze derhalve niet ook aan de BidCo verricht. Op grond hiervan is er geen rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de (transactie)kosten en een door het PE-fonds aan de BidCo verrichte prestatie.



De Rechtbank acht ook geen reëel verband aanwezig tussen het ter beschikking stellen van documentatie en de vergoeding (de doorbelaste kosten).

Commentaar

Wij achten het oordeel van de Rechtbank dat niet de beherend vennoot, maar het PE-fonds afnemer is van de prestaties verricht door de externe dienstverleners correct. Het feit dat de opdrachtbevestigingen en de facturen niet op dezelfde naam staan is hier niet vreemd. Voor commanditaire vennootschappen (ook niet-beleggings-CV's) is het gangbaar dat de beherende vennoot de handelingen van de CV voor zijn rekening neemt. Dit maakt de beheerder echter nog niet de afnemer van de prestaties die aan de CV worden verricht. In tegenstelling tot de Rechtbank zijn wij van oordeel dat er steekhoudende argumenten zijn ten gunste van het btw-ondernemerschap van het PE-fonds.

Zoals de Rechtbank ook benoemt, is de informatie van waarde voor de BidCo om externe financiering te verkrijgen. Overigens kan de verkregen informatie ook van waarde zijn in het kader van de koopovereenkomst en nader inzicht in de positie van de groep waar Bidco het hoofd van wordt. In tegenstelling tot het oordeel van de Rechtbank kan naar ons oordeel wel degelijk een prestatie tegen vergoeding onderkend worden in de situatie dat documentatie door het PE-fonds aan BidCo tegen vergoeding ter beschikking wordt gesteld.

Dat de Rechtbank oordeelt dat het PE-fonds de eindafnemer is en dat daarmee kennelijk sprake is van het puur doorbelasten van kosten vinden wij dan ook onjuist en lijkt ook in te druisen tegen het gegeven dat elke ondernemer vrij is om de opzet van de onderneming te bepalen. Ook het belang dat de rechtbank hecht aan de hoogte van vergoeding en de achterliggende gedachtegang vinden wij opvallend, aangezien de hoogte van de vergoeding subjectief is voor wat betreft de omzetbelasting.

Ook kan volgens ons niet worden uitgesloten dat het ter beschikking stellen van RvC-leden tegen vergoeding, anders dan de werkzaamheden als RvC-lid, een economische activiteit oplevert voor de btw. In feite is dit een bereidstellingsvergoeding om het RvC lid ter beschikking te stellen. Als de handeling duurzaam onder bezwarende titel wordt verricht en gepaard gaat bij de inmenging in het beheer van de deelneming dan levert dat een economische activiteit op voor de btw. Dat het geen beheersdienst in strikte zin betreft zou geen relevantie moeten hebben, daargelaten of überhaupt sprake moet zijn van beheersdiensten.

Ondanks dat de gekozen handelswijze in casu niet optimaal is, benadrukt de uitspraak van de Rechtbank volgens ons dat private equity fondsen en andere ondernemingen met M&A activiteiten altijd voorafgaand aan de transactie de mogelijke gevolgen voor de aftrek van btw op transactiekosten moeten beoordelen.



Hierbij is het van belang om duidelijk vast te leggen wie de ontvanger van de diensten is en bij voorbaat vast te stellen welke rol de afnemer speelt in het geheel, om met zekerheid te kunnen vaststellen dat de afnemer recht op aftrek toekomt in de beoogde structuur.

Vragen?

Mocht u naar aanleiding van deze nieuwsbrief vragen hebben, neem dan gerust contact met ons op.

Contactgegevens

Gerben Markink

E. gm@atlas.tax

M. +31 646 616 882

Christaan Herman de Groot

E. chdg@atlas.tax

M. +31 638 210 951

Tijmen Kraaijeveld

E. tkr@atlas.tax

M +31 6 4035 6727

Stefan Wieringa

E. sw@atlas.tax

M. +31 6 2163 8700

Ingmar Mul

E. im@atlas.tax

M. +31 6 8145 3625