

Private privak en Delaware LP: geen geslaagd huwelijk?

De private privak werd destijds in het leven geroepen als fiscaal neutraal beleggingsvehikel om samen met andere investeerders in niet-beursgenoteerde bedrijven te investeren. Uit de praktijk blijkt dat die fiscale neutraliteit niet voor elke investering van toepassing is. Investerings in bedrijven in de Verenigde Staten of Amerikaanse fondsen gebeuren immers vaak via een Delaware Limited Partnership. Dit kan nadelige fiscale gevolgen hebben voor de achterliggende investeerder die in België woont.

Private privak

De private privak werd in het leven geroepen om investeerders gezamenlijk te laten investeren in niet-beursgenoteerde bedrijven. Voor de belegger mag het, vanuit fiscaal oogpunt, geen verschil uitmaken of hij rechtstreeks investeert in het niet-genoteerde bedrijf dan wel onrechtstreeks via de private privak. Daartoe werd een bijzonder regime in de vennootschapsbelasting voorzien waardoor de private privak slechts belast wordt op een beperkte belastbare basis bestaande uit de verworpen uitgaven (andere dan waardeverminderingen en minderwaarden op aandelen), ontvangen abnormaal goedgeunstige voordelen en de aanslag geheime commissielonen.

Categorie 1 vs. categorie 2

Dit bijzonder fiscaal regime geldt enkel voor private privaks die het 'categorie 1'-statuut hebben. Daarvoor moet de private privak investeren in zgn. goede aandelen: aandelen van vennootschappen die onderworpen zijn aan een 'normaal' belastingregime. Bedrijven gelegen in een belastingparadijs of die niet of aan een laag (< 15%) tarief zijn onderworpen in de vennootschapsbelasting, kwalificeren niet als een geldige belegging. Is niet aan de voorwaarden voldaan, dan krijgt de private privak een 'categorie 2'-status en is ze onderworpen aan het gewone regime van de vennootschapsbelasting.

Fiscaliteit in hoofde van de aandeelhouder

Als de private privak de 'categorie 1'-status heeft, dan geldt er in hoofde van de Belgische investeerder-natuurlijke persoon een vrijstelling van roerende voorheffing op de dividenduitkeringen door de privak, voor zover die uitkeringen zelf voortkomen uit een gerealiseerde meerwaarde op aandelen. Inkoop- en liquidatieboni zijn eveneens vrijgesteld. Belgische investeerdersvennootschappen kunnen dan weer toepassing maken van de DBI-aftrek of de vrijstelling van meerwaarden op aandelen.

Problematiek van de Delaware LP

Een investering door de private privak in een Delaware LP kan echter roet in het eten gooien. Een Delaware LP is immers een zgn. omgekeerde hybride-entiteit, een Limited Partnership (LP) die naar Amerikaans recht rechtspersoonlijkheid

heeft, maar in de VS wel als fiscaal transparant behandeld wordt. De belastingheffing gebeurt in de VS in principe op het niveau van de achterliggende vennoten (de 'limited partners') in verhouding tot hun aandeel en niet in hoofde van de entiteit zelf. Vanuit Belgisch fiscaal perspectief wordt de Delaware LP omwille van de rechtspersoonlijkheid in de VS voor Belgische fiscale doeleinden beschouwd als een niet-fiscaal transparant vehikel ('lex societatis'-principe).

Geen goede aandelen

Voor Belgische fiscale doeleinden wordt er gekeken naar de toepasselijke fiscaliteit in hoofde van de Delaware LP. De eventuele taxatie in hoofde van de onderliggende bedrijven waarin de Delaware LP investeert, wordt niet mee in rekening gebracht. Aangezien de Delaware LP in de VS zelf niet aan belasting is onderworpen, is deze naar Belgische fiscale normen een vennootschap die niet aan een belasting is onderworpen 'die van gelijke aard is als de Belgische vennootschapsbelasting', zodat de taxatievoorwaarde niet is vervuld, waardoor de private privak niet kwalificeert als een categorie 1 private privak.

Geen goede aandelen

Het Belgisch-Amerikaanse dubbelbelastingverdrag biedt helaas geen uitweg. Er is weliswaar een specifieke vrijstellingsbepaling voorzien voor 'omgekeerde hybride-entiteiten', maar de toepassing ervan is onderworpen aan de voorwaarde dat de Belgische rijksinwoner (die ook limited partner is) effectief in de VS belast is geweest op inkomsten die de Delaware LP heeft ontvangen. In deze context van een Delaware LP die investeert in bedrijven en een meerwaarde op aandelen realiseert n.a.v. de verkoop van een participatie, kan die vrijstellingsbepaling echter niet toegepast worden. De heffingsbevoegdheid voor meerwaarden op aandelen wordt door het dubbelbelastingverdrag immers niet toegekend aan de VS, zodat de limited partner-Belgisch rijksinwoner niet effectief belast geweest zal zijn in de VS.

Gelijkbehandelingsclausule

Ook de zgn. gelijkbehandelingsclausule kan hier geen soelaas bieden. Deze bepaling voorziet dat België gehouden is tot de verlening van een vrijstelling indien de dividenden die een Belgische vennootschap verkrijgt vanuit een vennootschap die inwoner is van de VS zouden zijn vrijgesteld, mochten die dividenden zouden zijn uitgekeerd door een Belgische vennootschap. De Delaware LP is evenwel geen 'inwoner van de Verenigde Staten' volgens de definitie in het Belgisch-Amerikaanse dubbelbelastingverdrag en dus geen verdragsgerechtigde entiteit, zodat toepassing van de vrijstellingsbepaling is uitgesloten.

'Lex fori'-toets als uitweg?

Aangezien het Amerikaans recht expliciet voorziet dat de Delaware LP "a separate legal entity" is, stelt de Belgische fiscus op basis van het 'lex societatis'-principe dat de Delaware LP ook voor Belgische fiscale doeleinden beschouwd wordt rechtspersoonlijkheid te hebben en dus een niet-fiscaal transparante entiteit is. Naar Amerikaanse fiscale normen is de Delaware LP echter wel fiscaal transparant en wordt deze dus zelf niet belast, wat dus de hierboven besproken fiscale nadelen met zich meebrengt aan Belgische zijde. Aangezien Belgische investeerders of fondsen (van fondsen) in veel gevallen geen impact hebben op de keuze voor het gebruik van een Delaware LP, betekent dit in de praktijk al eens de keuze tussen niet-deelnemen aan de investering en de fiscale gevolgen ervan aanvaarden. In Luxemburg bijvoorbeeld wordt de Delaware LP wel beschouwd als een fiscaal transparante entiteit en stelt deze problematiek zich niet.

Nochtans zien we in de praktijk dat in de feiten dergelijke limited partnerships vaak de kenmerken vertonen van een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid, zoals: een afzonderlijke kapitaalrekening voor elke vennoot; beperkte duurtijd van het limited partnership; het partnership kan zelf niet in rechte optreden, maar

moet steeds vertegenwoordigd worden door de general partner of de limited partners; er is geen afzonderlijke raad van bestuur; de rechtstreekse toekenning van inkomsten en kosten aan de vennoten. De vraag stelt zich of er niet om pragmatische redenen beargumenteerd kan worden dat in zo'n geval ook naar Belgisch recht de Delaware LP beschouwd kan worden als een vehikel zonder rechtspersoonlijkheid en dus fiscaal transparant is. Ook de Rulingcommissie zelf past die 'lex fori'-benadering reeds toe in het geval wanneer het 'lex societatis'-concept geen duidelijke indicatie geeft omtrent de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid. Een dergelijke benadering van de problematiek zou in bepaalde gevallen de nadelige fiscale gevolgen van de investering in een Delaware LP via een Belgische private privak kunnen wegnemen. Dit gebrek aan fiscale neutraliteit staat immers haaks op de bedoeling van de wetgever, die met de private privak de belegger net wilde toelaten tot dit type van investeringen zonder er fiscaal voor afgestraft te worden.

Als een private privak via een Delaware LP investeert in de VS, dan verliest de privak haar fiscaal gunstregime omdat het LP voor Belgische fiscale doeleinden niet als transparant beschouwd wordt en niet onderworpen is aan een belasting van gelijke aard als de Belgische vennootschapsbelasting. Een mogelijke uitweg bestaat er idealiter in om op basis van een aantal kenmerken van het LP te argumenteren dat deze ook naar Belgisch recht als een vehikel zonder rechtspersoonlijkheid beschouwd kan worden.

Erik Sansen en Bernd Tiebout
Advocaten
Sansen International Tax Lawyers

Oktober 2021