

# FATCA en haar mogelijke implicaties voor fusie- en overnametransacties

*Mr. Nik Post* \*

## Inleiding

Op 18 maart 2010 ondertekende president Barack Obama de Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) Act. In deze HIRE Act is onder meer een nieuw raamwerk van bepalingen opgenomen met als doel het aanpakken van *offshore* belastingontduiking door Amerikaanse belastingplichtigen. Dit raamwerk, de Foreign Account Tax Compliance Act (hierna: FATCA), is verder uitgewerkt in een omvangrijke set regelgeving, die op 28 januari 2013 in werking is getreden.<sup>1</sup> FATCA is (vooral) vanwege de ingrijpende extraterritoriale werking inmiddels uitgegroeid tot een onderwerp van veel discussie binnen en buiten de Verenigde Staten. FATCA en de bijbehorende regelgeving zijn enorm complex en de exacte werking is op zijn zachtst gezegd nog niet helemaal duidelijk.

FATCA schakelt feitelijk buitenlandse (niet-Amerikaanse) partijen in voor het verstrekken van informatie over buitenlands inkomen van Amerikaanse belastingplichtigen om de inning van Amerikaanse belastinggelden door de Internal Revenue Service (hierna: IRS) te vergemakkelijken. Niet alleen Amerikaanse staatsburgers voelen de druk van belastingheffing onder FATCA, ook buitenlandse financiële instellingen en buitenlandse entiteiten kunnen door FATCA worden geraakt wanneer zij zich niet aan hun FATCA-verplichtingen houden.

De publieke discussie heeft zich tot nog toe vooral gericht op de vraag welke verplichtingen FATCA met zich mee zal brengen voor buitenlandse financiële instellingen en hoe deze financiële instellingen hieraan kunnen voldoen (*compliance*). In deze bijdrage zou ik graag een ander onderwerp willen belichten: de (mogelijke) implicaties van FATCA voor fusie- en overnametransacties. Betalingen in verband met dergelijke transacties kunnen namelijk ook worden geraakt door een verplichte bronheffing (en aansprakelijkheden) onder FATCA. Transactiepartijen en hun adviseurs zullen daar alert op moeten zijn. Wanneer moet nu rekening worden gehouden met FATCA en hoe kan bij het opstellen van transactiedocumentatie worden omgegaan met toepasselijkheid van FATCA?

Gezien de complexiteit en omvang van de FATCA-regelgeving zal ik in deze korte bijdrage volstaan met een bespreking op hoofdlijnen.

## FATCA

FATCA heeft officieel als doel het voorkomen van belastingontduiking door Amerikaanse belastingplichtigen met (financiële) belangen of investeringen in het buitenland.<sup>2</sup> FATCA doet dit met name door het opleggen van informatieverplichtingen aan buitenlandse (niet-Amerikaanse) financiële instellingen en overige buitenlandse entiteiten die betalingen vanuit Amerikaanse bron ontvangen. Indien een partij zich niet aan deze informatieverplichtingen houdt, wordt op betalingen uit Amerikaanse bron een bronheffing van in beginsel 30% ingehouden.<sup>3</sup>

Onder FATCA worden alle buitenlandse entiteiten onderverdeeld in twee categorieën: (1) buitenlandse financiële instellingen (Foreign Financial Institutions, hierna: FFI's) en (2) Non-Financial Foreign Entities (hierna: NFFE's).

## FFI's

FFI's omvatten niet alleen de reguliere financiële instellingen, zoals banken, verzekeraars en *hedge funds*, maar bijvoorbeeld ook *private equity funds* (inclusief houdstermaatschappijen).<sup>4</sup> FFI's zijn onder FATCA verplicht om bepaalde informatie over hun Amerikaanse *account holders* (rekeninghouders, klanten, investeerders, aandeelhouders, wederpartijen, enzovoort) te verstrekken aan de IRS.<sup>5</sup> Deze informatie betreft voornamelijk naam, adres, bankrekeningnummer, fiscaal registratienummer, het bedrag op de relevante bankrekening en af- en toenames van dat bedrag en (in geval van een financieel belang, zoals een aandeelhouderschap) de waarde van een financieel belang en af- en toenames van dat belang.<sup>6</sup> Daartoe dienen FFI's een overeenkomst aan te gaan met de IRS.<sup>7</sup> Deze verplichting geldt niet wanneer het land van vestiging daartoe reeds een overkoepelende Model I Intergovernmental Agreement (hierna: Model I IGA) is overeengekomen met de

\* Mr. Nik Post is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. De titel van het bij FATCA behorende uitvoeringsbesluit is: Regulations Relating to Information Reporting by Foreign Financial Institutions and Withholding on Certain Payments to Foreign Financial Institutions and Other Foreign Entities, Internal Revenue Service, Treasury, Federal Register Vol. 78, No. 18, 28 januari 2013 (hierna: Regs.).

2. Regs., p. 3.

3. §1471(a) en 1472(a) Internal Revenue Code (hierna: IRC) jo. Regs. §1.1471-2(a) en Regs. §1.1472-1(b).

4. §1471(d)(4) IRC jo. Regs. §1.1471-5(d).

5. §1471(b) IRC.

6. §1471(c) IRC.

7. §1471(b) IRC jo. Regs. §1.1471-4(a).

Verenigde Staten.<sup>8</sup> Daarbij dient te worden aangetekend dat dit enkel geldt voor de Model I IGA. Onder het alternatieve model, de Model II Intergovernmental Agreement (hierna: Model II IGA), zal elke FFI alsnog zelfstandig een overeenkomst met de IRS aan moeten gaan. Een belangrijk voordeel van een Model I IGA is dus dat de aan FATCA onderworpen financiële instellingen niet elk afzonderlijk een overeenkomst met de IRS hoeven aan te gaan en dat alle informatieverplichtingen via de nationale belastingdienst lopen. Daarnaast heeft de nationale belastingdienst grip op de informatieverstrekking richting de Verenigde Staten en is er ruimte voor intensieve gegevensuitwisseling met de Verenigde Staten. Dit laatste is iets wat met name de *privacy watchers* met argusogen zullen volgen. Staatssecretaris Weekers van Financiën staat in de startblokken om ook namens Nederland een dergelijke Model I IGA te sluiten.<sup>9</sup> Naast het sluiten van een overeenkomst of het onderworpen zijn aan een Model I IGA kunnen FFI's ook in aanmerking komen voor een vrijstelling.<sup>10</sup>

### NFFE's

Onder NFFE's vallen alle buitenlandse entiteiten die geen FFI zijn.<sup>11</sup> NFFE's dienen aan 'degene die een bepaalde betaling (een *withholdable payment*) aan hen verricht', de *withholding agent*, (1) informatie te verstrekken over hun Amerikaanse eigenaars met een substantieel belang (aandeelhouders of investeerders met een direct of indirect belang van 10% of meer<sup>12</sup>) of (2) aan te tonen dat zij geen substantiële Amerikaanse eigenaars hebben (de begrippen *withholdable payment* en *withholding agent* worden hierna behandeld in de paragraaf 'Bronheffing als stok achter de deur'). De *withholding agent* verstrekt deze informatie vervolgens weer aan de IRS.

Sommige categorieën FFI's, zoals pensioenfondsen, en NFFE's, zoals bepaalde beursvennootschappen, zijn vrijgesteld van FATCA-verplichtingen, maar het reikt te ver om dat hier verder te bespreken.

### Bronheffing als stok achter de deur

Goed, FATCA brengt vrij vergaande verplichtingen met zich mee voor niet-Amerikaanse entiteiten. Maar wat als deze partijen niet aan hun verplichtingen voldoen?

Allereerst kunnen FFI's die geen overeenkomst met de IRS hebben gesloten en die niet onder een Model I IGA vallen (hierna: niet-deelnemende FFI's) en niet-meewerkende NFFE's een bronheffing van in beginsel 30% verwachten op betalingen van (1) jaarlijkse of periodieke inkomsten<sup>13</sup> vanuit Amerikaanse bron (zoals rente betaald door een Amerikaanse inwoner of entiteit of een Amerikaanse vaste inrichting van een buitenlandse entiteit en dividend van een Amerikaanse entiteit) en (2) bruto-opbrengsten van vervreemding van bezittingen die rente of dividend kunnen genereren vanuit Amerikaanse bron (zoals leningen en aandelen van een Amerikaanse entiteit). Deze beide varianten van betalingen worden *withholdable payments* genoemd.<sup>14</sup> De bronheffing dient te worden toegepast door eenieder die 'controle' heeft over de betaling van de *withholdable payment*, de zogenoemde *withholding agent*.<sup>15</sup> Daarmee wordt eenieder die een dergelijke betaling maakt feitelijk een *withholding agent* en tegelijkertijd aansprakelijk voor het inhouden van belasting en afdracht daarvan aan de IRS, maar ook voor rente en eventuele boetes.<sup>16</sup> Voor FFI's die onder een Model I IGA vallen, geldt dit regime uitdrukkelijk niet. De nationale belastingdienst zal in dat geval toezien op naleving van de Model I IGA-informatieverplichtingen, bijvoorbeeld door middel van een boeteregime.<sup>17</sup> Een bijkomend risico voor FFI's die zich niet aan een Model I IGA houden, is dat de IRS hen als niet-deelnemende FFI kan bestempelen. In dat geval geldt het bronheffingsregime alsnog voor deze FFI's.

FFI's die een overeenkomst hebben gesloten met de IRS (maar niet de FFI's die onder een Model I IGA vallen) dienen straks, in aanvulling op de algemene plicht als *withholding agent*, ook zelf een bronheffing van 30% in te houden op uitgaande *withholdable payments* aan een niet-deelnemende FFI of niet-meewerkende *account holder*.<sup>18</sup> Verder zullen zij, afhankelijk van de nog vereiste nadere invulling van FATCA op dit punt, ten aanzien van voornoemde partijen een bronheffing in moeten houden op alle uitgaande betalingen die verband houden met een door de FFI ontvangen *withholdable payment* (ook wel *passthru payments* genoemd).<sup>19</sup> Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan betaling van aangegroeide rente over een ontvangen *withholdable payment*. Ook zij zullen daarmee aansprakelijk worden voor het inhouden en afdragen van de belasting, rente en eventuele boetes.

8. Volgens de IRS waren er in november 2011 gesprekken gaande inzake een IGA met meer dan vijftig landen: U.S. engaging with more than 50 jurisdictions to curtail offshore tax evasion, persbericht U.S. Department of the Treasury, 8 november 2012; op het moment van schrijven van deze bijdrage hebben het Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Mexico en Ierland een Model I IGA ondertekend. Zwitserland heeft een Model II IGA ondertekend.

9. 'Weekers verwacht eind dit jaar duidelijkheid over FATCA', nieuwsbericht rijksoverheid, 12 oktober 2012, <www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/10/12/weekers-verwacht-eind-dit-jaar-duidelijkheid-over-fatca.html>.

10. Dit betreft een zogenoemde *deemed compliant*-status. Zie §1471(b)(2) IRC jo. Regs. §1.1471-5(f).

11. §1472(d) IRC.

12. §1473(2) IRC jo. Regs. §1.1473-1(b).

13. Zogenoemd *fixed or determinable annual or periodic income*. §871(a)(1)(j) jo. §882(a)(1) IRC en Regs. §1.1473-1(a)(2)(i)(A).

14. §1473(1) IRC jo. Regs. §1.1473-1(a).

15. §1473(4) IRC jo. Regs. §1.1473-1(d).

16. §1474(a) IRC jo. Regs. §1.1474-1(a).

17. Zie de conceptregelgeving in het Verenigd Koninkrijk ter uitvoering van de Engelse Model I IGA: 'The International Tax Compliance (United States of America) Regulations 2013', <www.hmrc.gov.uk/drafts/uk-us-fatca-regulations.pdf>.

18. Regs. §1.1471-4(a)(1) jo. Regs. §1.1471-4(b).

19. §1471(b)(1)(D) IRC jo. Regs. §1.1471-4(b)(4).

## Overgangsregime

Om FFI's en NFFE's tijd te geven om zich op FATCA voor te bereiden, is een overgangsregime ingesteld. Bruto-opbrengsten van de vervreemding van bezittingen die rente of dividend kunnen genereren vanuit Amerikaanse bron (zoals de verkoop van aandelen in een Amerikaanse vennootschap), zijn pas vanaf 1 januari 2017 onderworpen aan een eventuele bronheffing.<sup>20</sup> Ook worden bepaalde verplichtingen, die weliswaar onderworpen zouden zijn aan bronheffing, uitgezonderd van de heffingsplicht indien zij voor een bepaalde datum (de *grandfathering* datum) zijn aangegaan. Zo gelden heffingsverplichtingen in beginsel enkel voor (contractuele) verplichtingen die vanaf 1 januari 2014 zijn aangegaan.<sup>21</sup> Voor de eerdergenoemde *passthru payments* geldt een latere *grandfathering* datum.<sup>22</sup> Als peildatum wordt daartoe steeds de datum van ondertekening van de relevante overeenkomst aangehouden.<sup>23</sup>

*Grandfathering* wordt alleen toegepast voor concrete verplichtingen met een uiterste datum en niet voor verplichtingen met een open einde (waarvoor tot ver in de toekomst betalingen mogelijk zijn).<sup>24</sup> Verder kan een overeenkomst die vóór de *grandfathering* datum is getekend alsnog bloot worden gesteld aan een FATCA-heffing, wanneer de overeenkomst nadien op materiële punten wordt gewijzigd door partijen.<sup>25</sup>

## Implicaties voor fusie- en overnametransacties

Heikel punt van FATCA is dat de regelgeving op een aantal punten nog niet is uitgekristalliseerd of nog wordt aangevuld. Verder kan de exacte invulling van de FATCA-verplichtingen per land (op onderdelen) afwijken via de diverse *Intergovernmental Agreements*. Het is daarom lang niet altijd duidelijk of de in de toekomst geldende heffingsverplichtingen nu al consequenties zouden (moeten) hebben voor transacties in de fusie- en overnamepraktijk.

Wel is duidelijk dat partijen bij fusie- en overnametransacties zich voorlopig geen zorgen hoeven te maken over FATCA als er geen sprake is van een *withholdable payment*. In deze context is daar eigenlijk alleen sprake van als aandelen in een Amerikaanse vennootschap worden overgedragen. Echter, partijen bij fusie- en overnametransacties waarbij Amerikaanse aandelen worden vervreemd, dienen zich wel nu al te realiseren dat FATCA mogelijke implicaties kan hebben voor hun deal.

Zodra de verkoper van aandelen in een Amerikaanse vennootschap een niet-deelnemende FFI of niet-meewerkende NFFE is, dient in beginsel een 30%-bronheffing over de brutoverkoopprijs te worden ingehouden door de koper. Dit is niet het geval als de koopovereenkomst uiterlijk vóór 1 januari 2014 is getekend en daarmee is ge-*grandfathered*. Om zeker te stellen

dat *grandfathering* effectief is, doen partijen er verstandig aan in het geval van bijvoorbeeld een koopovereenkomst voor aandelen in een vennootschap een einddatum op te nemen voor de koopovereenkomst, inclusief eventuele claims onder de overeenkomst. Deze einddatum geldt in de koopovereenkomst dan naast de gangbare einddata voor claims onder garanties en vrijwaringen en is als het ware een sluitstuk. Deze oplossing is niet geschikt voor joint-ventureovereenkomsten. Deze overeenkomsten kennen gezien hun karakter immers veelal geen definitieve einddatum.

Ook zullen pas bronheffingen dienen te worden ingehouden op betalingen inzake bruto-opbrengsten van de vervreemding van bezittingen die rente of dividend kunnen genereren vanuit Amerikaanse bron, die vanaf 1 januari 2017 worden verricht. Daarbij dient voor koopovereenkomsten die dit jaar nog worden getekend, te worden gedacht aan *earn out*-betalingen, uitgestelde betaling van de koopprijs en bijvoorbeeld ook aan eventuele toekomstige betalingen vanwege een inbreuk op een garantie of vanwege een vrijwaring. Overigens kwalificeren betalingen in het kader van een activa-/passivatransactie niet als *withholdable payment* en is het bronheffingsregime daarom ook niet van toepassing op activa-/passivatransacties.

De betalende partij (de koper, maar bijvoorbeeld ook de verkoper of een andere partij die een garantie in de koopovereenkomst schendt en de wederpartij daarvoor een vergoeding betaalt) moet daarom steeds goed nagaan of er sprake is van een *withholdable payment* en of er reden is tot het inhouden van een verplichte bronheffing. Daarvoor is essentieel dat voldoende informatie van de wederpartij wordt verkregen over haar *compliance* met FATCA. De bronheffing gaat immers pas dan gelden als FATCA-verplichtingen niet worden nageleefd. Hoewel een garantie op dit punt geen volledige bescherming biedt, kan het wel verstandig zijn om in een koopovereenkomst FATCA-garanties te vragen van de wederpartij. Ook kan het nuttig zijn om een informatieverplichting op te nemen, waarmee partijen elkaar op de hoogte houden van eventuele wijzigingen in hun FATCA-*compliance*-status. Door bijvoorbeeld veranderingen in (eigendoms)structuur van een vennootschap, wijziging van activiteiten of het niet verstrekken van relevante informatie aan de belastingdienst kan deze status immers wijzigen.

Verder dient te worden nagedacht over de verdeling van eventuele aansprakelijkheid. Wie betaalt de heffing, rente of boete als de IRS straks toch voor de deur mocht staan? Moet er een vrijwaring of andere vorm van risicoallocatie in de koopovereenkomst worden opgenomen om dit risico (deels) af te dekken? De betalende partij zal de betaling steeds willen onderwerpen aan mogelijke bronheffing en de ontvangende partij niet willen compenseren voor het in te houden bedrag. Andersom zal de ontvangende partij wensen dat de betaling zonder aftrek van heffing wordt ontvangen, althans dat de betalende partij het bedrag van de heffing wel afdraagt, maar de verschuldigde bronheffing niet van het te betalen bedrag

20. Regs. §1.1473-1(a)(i)(1).

21. Regs. §1.1471-2(b)(ii).

22. Regs. §1.1471-4(b)(4) jo. §1471-2(b)(B).

23. Regs. §1.1471-2(b)(iii).

24. Regs. §1.1471-2(b)(ii)(B)(2).

25. Regs. §1.1471-2(b)(iii).

afrekt (de zogenoemde *gross-up*). De verkoper zal het uiteraard niet kunnen waarden als zonder voorafgaande afspraken over de toepasselijkheid van FATCA slechts 70% van de koopprijs wordt ontvangen. Het is dus van belang dat ook op dit punt helder is wat de afspraken zijn.

Ook kan er op het moment van de transactie reeds aansprakelijkheid bestaan bij de over te nemen onderneming. Dit punt is ook relevant voor verkoop van niet-Amerikaanse vennootschappen. Wat als de vennootschap bijvoorbeeld royaltyvergoedingen betaalt voor bepaalde intellectuele eigendomsrechten die in de Verenigde Staten zijn geregistreerd of daar in de praktijk worden gebruikt? Inkomsten die daaruit voortvloeien, kwalificeren als *withholdable payment*. De vennootschap kan daarmee als *withholding agent* aansprakelijk zijn geworden voor het inhouden van bronheffing op uitgaande royaltybetalingen. Blijft de verkoper van een (zowel Amerikaanse als niet-Amerikaanse) vennootschap jegens de IRS aansprakelijk voor eventuele heffingen op de te betalen royalty's vanuit Amerikaanse bron? Hoewel dit mogelijk achter zal blijven bij de verkoper, zal de koper ook op dit punt voldoende *due diligence* wensen te doen en afdoende garanties of vrijwaringen wensen op te nemen in de koopovereenkomst.

Zoals eerder vermeld, is het regime rond de 'bruto-opbrengsten' en *pass thru payments* nog in ontwikkeling. Het is dus speculeren, maar het zou zelfs zo kunnen zijn dat straks de bank van de koper een 30%-bronheffing moet inhouden op de koopprijs van een vennootschap wanneer de bank van de verkoper een niet-deelnemende FFI is. Dan kan dus (vanaf 1 januari 2017) een situatie ontstaan dat de koper 100% betaalt en de verkoper uiteindelijk maar 70% ontvangt. De bank zou dan aansprakelijk zijn voor de bronheffing en de koper zal aansprakelijk zijn jegens de verkoper voor de ontbrekende 30% van de koopprijs. Dit wordt wellicht nog ingewikkelder als er verschillende geldstromen gaan lopen, bijvoorbeeld wanneer verschillende partijen als koper optreden of wanneer een deel van de koopprijs door een andere partij gefinancierd en rechtstreeks aan de ontvangende bank wordt betaald.

Voor de Nederlandse overnamepraktijk is verder interessant of de notaris die bijvoorbeeld een koopprijs op zijn derdenrekening ontvangt slechts als doorgeefluik wordt gezien (aangezien hij geen daadwerkelijke controle heeft over de betaling) of misschien toch als *withholding agent* kwalificeert en daarmee aansprakelijk wordt voor eventueel vereiste FATCA-bronheffing. Een argument tegen aansprakelijkheid van de notaris in dit voorbeeld kan worden gevonden in een heldere notarisbrief waarin de betalingsafspraken duidelijk zijn vastgelegd en de notaris daadwerkelijk geen controle heeft over de betaling. Dit is echter geen uitgemaakte zaak, ook weer omdat de exacte regelgeving rond 'bruto-opbrengsten' nog niet beschikbaar is. Als de notaris een betaling verricht aan een *non-compliant* partij, dient hij volgens de FATCA-regels strikt genomen een bronheffing in te houden. Voor *escrow agents* speelt deze vraag

eveneens, ook zij kunnen als *withholding agent* fungeren. Hoe het ook zij, in afwachting van verdere uitleg en uitwerking van de regels kan het verstandig zijn om hier goed naar te kijken en indien nodig vrijwaringen op te nemen in de relevante standaarddocumentatie.

### Implicaties van FATCA in een notendop

Hoewel de extraterritoriale werking van FATCA met name een groot effect op het internationale financiële verkeer zal hebben en ook bijvoorbeeld private-equitypartijen hun *compliance* op orde dienen te hebben, zullen de effecten op fusies en overnametransacties voornamelijk relatief beperkt zijn. Dit kan in de toekomst veranderen, wanneer meer duidelijkheid wordt verschaft op het 'bruto-opbrengsten'- en *pass thru payments*-regime en nu nog openstaande definities worden ingevuld.

De volgende vragen zijn met name van belang om te kunnen bepalen of FATCA relevant is voor een bepaalde (betaling)transactie:

1. Is er sprake van een betaling uit Amerikaanse bron, een *withholdable payment*?
2. Is de ontvangende partij een niet-deelnemende FFI of niet-meewerkende NFFE?

Als het antwoord op beide vragen positief luidt, dan zal met inachtneming van het overgangs- en *grandfathering* regime voor *withholdable payments* die hun oorsprong vinden in verplichtingen (overeenkomsten) die vanaf 1 januari 2014 zijn aangegaan, in beginsel een 30%-bronheffing moeten worden ingehouden en worden afgedragen aan de IRS. De betalende partij of *withholding agent* is aansprakelijk voor deze afdracht en eventuele rente of boetes.

Voor wat betreft fusies en overnames zal het daarbij in beginsel dienen te gaan om overdracht van aandelen (niet van enkel activa en passiva) van een Amerikaanse vennootschap. Deze aandelen worden gezien als bron van Amerikaans inkomen en de bruto-opbrengsten van de verkoop ervan vallen onder FATCA, al wordt het bronheffingssysteem van FATCA pas op 1 januari 2017 van toepassing op deze bruto-opbrengsten. FATCA wordt in beginsel dus pas van toepassing op dergelijke fusies en overnames voor overeenkomsten die vanaf 1 januari 2014 zijn aangegaan en waarvoor op of na 1 januari 2017 *withholdable payments* worden gedaan. In dat kader zullen partijen opmerkzaam moeten zijn ten aanzien van uitgestelde betalingen van de koopprijs of *earn out*-bepalingen, maar ook overige betalingen, zoals in het kader van garantieschending, die verband houden met de aandelen in de Amerikaanse vennootschap kunnen worden geraakt door FATCA.