

Minister voor Rechtsbescherming
T.a.v. heer F.M. Weerwind
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Amsterdam, 2 februari 2023

Betreft: NVP – Consultatiereactie Wetsvoorstel modernisering Personenvennootschappen

Geachte heer Weerwind,

De Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen ("NVP") is de branchevereniging van private equity en venture capital in Nederland. De NVP vertegenwoordigt 90% van het door participatiemaatschappijen beheerde vermogen in Nederland. Leden zijn professionele nationale en internationale investeerders die risicodragend vermogen investeren in Nederland.

1 INLEIDING

Een belangrijk deel van de Nederlandse beleggingsinstellingen in private equity en venture capital is vormgegeven als een commanditaire vennootschap (een "CV"). Professionele investeerders van over de gehele wereld leggen als commanditaire vennoten kapitaal in om te investeren in niet-beursgenoteerde ondernemingen. In geval van venture capital wordt het kapitaal geïnvesteerd in vaak jonge, innovatieve en snel groeiende ondernemingen. Daarmee is het personenvennootschapsrecht van doorslaggevend belang voor het Nederlandse vestigingsklimaat en in het bijzonder voor private equity en venture capital.

Via de CV wordt beoogd op een fiscaal neutrale wijze kapitaal bijeen te brengen en te investeren waardoor de deelnemers in de CV worden belast alsof zij op individuele basis en rechtstreeks zouden investeren. De CV zou aan dergelijke fiscale neutraliteit niet in de weg moeten staan.

De NVP reageert hierdoor graag op het wetsontwerp Wet modernisering personenvennootschappen (het "Wetsontwerp") dat op 10 oktober 2022 door het Ministerie van Justitie ter consultatie is aangeboden.

2 ALGEMEEN

De NVP juicht de modernisering van de wettelijke regeling van personenvennootschappen en meer in het bijzonder van de CV toe. Een duidelijke en eenvoudige regeling kan bijdragen aan de rechtszekerheid en het vestigingsklimaat in Nederland. Indien de regeling wordt aangepast met betrekking tot de rechtspersoonlijkheid van de CV die beleggingsinstelling of icbe is (wij doen hierna een voorstel), draagt het Wetsontwerp bij aan een goed vestigingsklimaat.

Ook steunt de NVP de keuze dat het Wetsontwerp in beginsel regelend recht omvat. De afspraken die worden opgenomen in CV overeenkomsten tussen veelal professionele deelnemers in CV's zijn uitvoerig en gedetailleerd en worden voor een belangrijk deel

gedicteerd door hetgeen internationaal hiervoor gebruikelijk is. Nederlands dwingend recht dat daarvan afwijkt zal er toe leiden dat de CV niet meer hiervoor geschikt is en dat zal worden uitgeweken naar veelal buitenlandse rechtsvormen.

3 RECHTSPERSOONLIJKHEID EN FISCALITEIT IN INTERNATIONALE CONTEXT

De fiscale kwalificatie van beleggingsinstellingen speelt voor beleggers uit binnen- en buitenland een grote rol. Het ontwerp van de memorie van toelichting merkt terecht op dat behoud van fiscale transparantie van personenvennootschappen gewenst is onder meer om hybride kwalificaties zoveel mogelijk te voorkomen.

Sommige landen, waaronder België en Japan, merken personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid aan als niet-transparant voor fiscale doeleinden. De in het Wetsontwerp voorgestelde rechtspersoonlijkheid van de CV kan daarmee ook tot nieuwe fiscale kwalificatieconflicten leiden, wat fiscaal neutraal investeren via Nederlandse rechtsvormen in voorkomende gevallen belemmert. We verwijzen graag naar de bijlage voor een nadere technische toelichting en voorbeelden ter illustratie.

Ter voorkoming van deze gevolgen pleiten wij ervoor aan CV's die beleggingsinstelling of icbe zijn als gedefinieerd in de Wet op het financieel toezicht ("Wft") in beginsel geen rechtspersoonlijkheid toe te kennen, tenzij zij daarvoor kiezen. Beleggingsinstellingen en icbe's in de vorm van een CV die door een beheerder met een Wft-vergunning worden beheerd moeten op grond van de Wft¹ al gebruikmaken van een aparte rechtspersoon die de juridische eigendom van de beleggingen houdt. Voor dergelijke beleggingsinstellingen of icbe's is het ontbreken van rechtspersoonlijkheid geen bezwaar. Deze wijziging zou kunnen worden geïmplementeerd door toevoeging van het volgende artikel:

"Artikel 820a De commanditaire vennootschap die beleggingsinstelling of icbe is

1. In afwijking van de artikelen 800 lid 2 en 810 lid 1 is de commanditaire vennootschap die beleggingsinstelling of icbe is geen rechtspersoon. Uitsluitend afdelingen 1 en 3 van deze titel zijn van toepassing op de commanditaire vennootschap die beleggingsinstelling of icbe is. Artikel 802 is van overeenkomstige toepassing op de commanditaire vennootschap die beleggingsinstelling of icbe is.
2. Lid 1 is niet van toepassing indien de commanditaire vennootschap die beleggingsinstelling of icbe is aan het rechtsverkeer deelneemt onder een door haar gevoerde naam² met aan het slot de vermelding "beleggingsinstelling met rechtspersoonlijkheid" respectievelijk "icbe met rechtspersoonlijkheid".
3. In dit artikel is een beleggingsinstelling en icbe, een beleggingsinstelling en icbe als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht."

Toevoeging van dit artikel dient gepaard te gaan met enkele technische wijzigingen in de flankerende fiscale maatregelen. In het bijzonder zou de CV zonder rechtspersoonlijkheid op dezelfde wijze behandeld moeten worden als een stille vennootschap voor de overdrachtsbelasting. Terzijde merken we op dat de huidige regeling inzake

¹ Artikel 4:37 j lid 1 en artikel 44 lid 1 Wft.

² Indien onze hierna vermelde suggestie wordt overgenomen om rechtspersoonlijkheid afhankelijk te maken van inschrijving in het handelsregister, dient "aan het rechtsverkeer deelneemt onder een door haar gevoerde naam" te worden gewijzigd in "is ingeschreven in het handelsregister met een door haar gevoerde naam".

beleggingsfondsen zoals opgenomen in artikel 2, leden 3 tot en met 6 Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 alleen van toepassing zou moeten zijn ten aanzien van kwalificerende stille personenvennootschappen (en de hiervoor genoemde CV zonder rechtspersoonlijkheid).

Zoals hiervoor vermeld moeten beleggingsinstellingen en icbe's in de vorm van een CV die door een beheerder met een Wft-vergunning worden beheerd op grond van de Wft gebruikmaken van een aparte rechtspersoon die de juridische eigendom van de beleggingen houdt (zie artikel 4:37 j lid 1 en artikel 44 lid 1 Wft). Dit vereiste is in de wet opgenomen om te voorkomen dat de vennoten, de beheerder of de bewaarder de juridische eigendom verkrijgen. Voor personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid vervalt de reden voor het aanstellen van een aparte rechtspersoon die het juridisch eigendom houdt. In afwijking van artikel 810 lid 1, zou het vereiste van een aparte rechtspersoon die de juridische eigendom van de beleggingen houdt niet van toepassing moeten zijn op de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid.

4 RECHTSPERSOONLIJKHEID: CONSTITUTIEF VEREISTE

Het wetsvoorstel bepaalt dat een personenvennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt indien deze "op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door de personenvennootschap gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt". Dit is een feitelijk criterium waarvan moet worden vastgesteld of hieraan is voldaan. Hierdoor kan onduidelijkheid ontstaan over de rechtspersoonlijkheid van een personenvennootschap en daarmee ook over de eigendom van het vermogen (zie artikel 810 lid 4). Dit is ongewenst voor de vennoten maar ook voor andere betrokkenen zoals wederpartijen. Om rechtsonzekerheid te voorkomen pleiten wij ervoor alleen de inschrijving in het handelsregister bepalend te laten zijn. Inschrijving is dan een verantwoordelijkheid van de vennoten die zich op de rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap willen beroepen. Derden kunnen door inzage in het handelsregister eenvoudig en ondubbelzinnig vaststellen of de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid heeft.

Het criterium van inschrijven in het handelsregister heeft als bijkomend voordeel dat het wetsontwerp kan worden vereenvoudigd zodat geen onderscheid meer hoeft te worden gemaakt tussen de openbare personenvennootschap die is ingeschreven in het handelsregister en de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid. De variant van de personenvennootschap met beperkte rechtsbevoegdheid zou dan verdwijnen (zie artikel 810 lid 4).

Een CV zal zich altijd moeten inschrijven in het handelsregister. In het hiervoor onder 3 vermelde voorstel zal daarbij vermeld kunnen worden dat de naam van de CV "beleggingsinstelling met rechtspersoonlijkheid" respectievelijk "icbe met rechtspersoonlijkheid" bevat waardoor de CV rechtspersoonlijkheid heeft.

5 DE OPEN CV

Het ontwerp neemt als uitgangspunt dat de fiscale kwalificatie van personenvennootschappen niet wordt gewijzigd, en dat dit nader bezien wordt als onderdeel van de aangekondigde wijziging van de fiscale kwalificatieregels van Nederlandse en buitenlandse rechtsvormen. De behandeling van de "open" CV lijkt echter niet consistent. Enerzijds blijft de open CV (vooralsnog) bestaan als belastingplichtige en inhoudingsplichtig

voor vennootschapsbelasting-, dividendbelasting- en bronbelastingdoeleinden. Anderzijds sluiten bepaalde regelingen die uitgaan van fiscale transparantie van openbare personenvennootschappen de open CV niet uit. We nemen aan dat de achtergrond is dat het Wetsontwerp er impliciet vanuit gaat dat de aangekondigde wijziging van de fiscale kwalificatieregels eerder van kracht wordt en deze wijziging voorziet in "afschaffing" van de open CV. Daarmee zou dit punt ten aanzien van de open CV komen te vervallen. Voor het "open fgr" verwijzen we naar paragraaf 6.

6 REIKWIJDTE: HET FONDS VOOR GEMENE REKENING EN PERSONENVENNOOTSCHAPPEN

Het fonds voor gemene rekening is een veel gebruikte rechtsvorm voor beleggingsfondsen (zoals gedefinieerd in artikel 1:1 Wft). Het Burgerlijk Wetboek bevat geen definitie van een fonds voor gemene rekening. Hierdoor kunnen vragen ontstaan over de civielrechtelijke duiding ervan. In het geval van een beleggingsfonds verplichten de deelnemers zich tot de inbreng van geld en goederen die door een beheerder voor hen gezamenlijk worden beheerd. Door collectieve belegging kunnen onder meer schaal- en kostenvoordelen worden behaald. De deelnemers beogen niet samen te werken of een overeenkomst met elkaar aan te gaan. Een overeenkomst wordt veelal aangegaan door enerzijds iedere deelnemer afzonderlijk, en anderzijds de beheerder en de rechtspersoon die juridisch eigenaar wordt van de beleggingen (als voorgeschreven voor vergunninghouders door artikel 4:37 j lid 1 en artikel 44 lid 1 Wft). Hierdoor wordt niet voldaan aan het eerste vereiste van artikel 800, dat de deelnemers met elkaar een overeenkomst hebben gesloten. Is dit niet het geval dan is er geen vennootschapsovereenkomst en derhalve ook geen vennootschap. Bij een CV is dat anders. Daar wordt een overeenkomst aangegaan tussen de deelnemers (als commanditaire vennoten) en de beherend vennoot (die veelal wordt bestuurd door de beheerder).

Om als personenvennootschap te worden aangemerkt is naast een overeenkomst tussen de deelnemers ook – onder meer – vereist dat de deelnemers samenwerken. Het gezamenlijk uitoefenen van bevoegdheden door deelnemers, bijv. in een vergadering van deelnemers, vormt niet een dergelijke samenwerking.³ Samenwerking tussen deelnemers wordt bij fondsen voor gemene rekening veelal niet beoogd. De deelnemers beogen veelal niet samen het vermogen te beheren of te houden, maar geven juist opdracht aan de beheerder om het vermogen voor hen te beheren en aan de juridisch eigenaar om het voor hen te houden.

De kwalificatie van het fonds voor gemene rekening als personenvennootschap kan vergaande consequenties hebben voor onder meer de aansprakelijkheid van de deelnemers. Die kunnen hierdoor aansprakelijk worden voor de verplichtingen van het fonds voor gemene rekening. Hierdoor zouden zij meer dan hun inleg kunnen verliezen. Over het algemeen is dat niet acceptabel. Institutionele beleggers, zoals pensioenfondsen en verzekeraars, mogen niet het risico van onbeperkte aansprakelijkheid aanvaarden.

Teneinde onduidelijkheid over de civielrechtelijke duiding van een fonds voor gemene rekening te voorkomen pleiten wij ervoor het hiervoor toegelichte onderscheid tussen het

³ Zie ook de Minister van Justitie naar aanleiding van het ingetrokken wetsvoorstel "Invoeringswet titel 7:13 Burgerlijk Wetboek", Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 8, p. 2.

fonds voor gemene rekening en de personenvennootschap te vermelden in de memorie van toelichting. Graag verwijzen wij hiervoor ook naar hetgeen de Minister van Justitie hierover heeft opgemerkt naar aanleiding van het ingetrokken wetsvoorstel “Invoeringswet titel 7:13 Burgerlijk Wetboek”, Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 8, p. 2.

Annex – fiscale kwalificatieconflicten

Een 'besloten' CV, zoals die doorgaans gebruikt wordt voor beleggingsinstellingen, is in beginsel fiscaal transparant. Echter, op grond van de per 1 januari 2022 ingevoerde "omgekeerde hybride lichaam regels" wordt een dergelijke CV toch als niet-transparant, te weten als binnenlands belastingplichtig (voor vennootschaps-belastingdoeleinden) en als inhoudingsplichtig (voor de dividendbelasting en de bronbelasting op rente en royalty's), aangemerkt indien 50% van de stemrechten, kapitaalbelangen of winstrechten worden gehouden door een of meer gelieerde lichamen die zijn gevestigd in een land dat de CV voor de winstbelasting niet als transparant beschouwt. Door de besloten CV rechtspersoonlijkheid te geven, zal in relatie tot meerdere landen (bijvoorbeeld België en Japan) sneller sprake zijn van een besloten CV die als 'omgekeerde hybride' kwalificeert. Volledigheidshalve merken we op dat de fiscale wetgeving bepaalde beleggingsinstellingen en icbe's uitsluit van de kwalificatie als omgekeerd hybride lichaam. De tekst van de relevante wetsbepaling beperkt deze uitzondering echter tot beleggingsinstellingen die beleggen in effecten, terwijl de activiteiten van veel investeringsfondsen veelal niet als zodanig kwalificeren.⁴

In gevallen waarin de hiervoor genoemde "omgekeerde hybride regels" niet van toepassing zijn, kunnen kwalificatieconflicten tot toepassing van "reguliere" hybride regels – zoals Nederland die per 1 januari 2020 heeft ingevoerd ter implementatie van de EU Anti Tax Avoidance Directive (Richtlijn 2017/952 van de Raad) en vergelijkbare regels van andere EU en niet-EU landen – leiden. Zo kunnen deze regels fiscale aftrek van betalingen aan een "hybride" CV beperken. Hybride kwalificaties kunnen bovendien leiden tot onbedoelde uitsluitingen of beperkingen van verdragstoepassing op het niveau van de commanditaire vennoten.⁵ Ook hier geldt dat door de CV rechtspersoonlijkheid te geven sneller sprake zal zijn van hybride kwalificatie.

De hiervoor genoemde gevallen kunnen leiden tot dubbele belasting of, ingeval van vrijgestelde investeerders zoals pensioenfondsen, een hogere belastingdruk dan ingeval van een consistent transparante kwalificatie van de CV zoals die kan worden verwacht onder huidig recht. In deze gevallen zal het concept wetsvoorstel tot een hogere belastingdruk leiden dan onder de huidige regels.

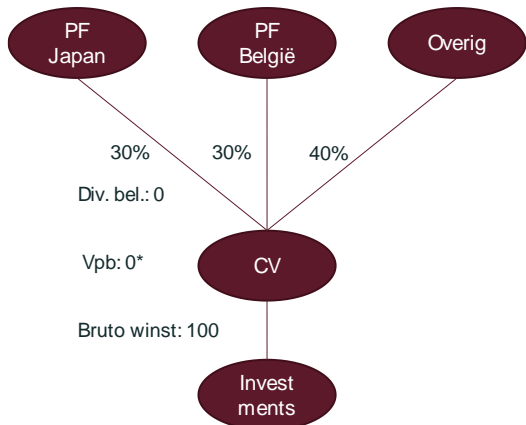
De onderstaande voorbeelden waarbij een Japans en een Belgisch pensioenfonds deelnemen in een CV dienen ter illustratie.

⁴ Zie artikel 2, lid 13 Wet Vpb jo. artikel 4, leden 4 en 5, AWR. Overigens kan in meer algemene zin worden opgemerkt dat deze en andere Nederlandse fiscale regels belemmeringen kennen ten aanzien van fiscaal neutraal beleggen via vanuit Nederland beheerde fondsen.

⁵ Zie artikel 3, lid 1 van het multilateraal instrument, artikel 1, lid 2 OESO Modelverdrag (versie 2017) en paragraaf 3.3 van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020.

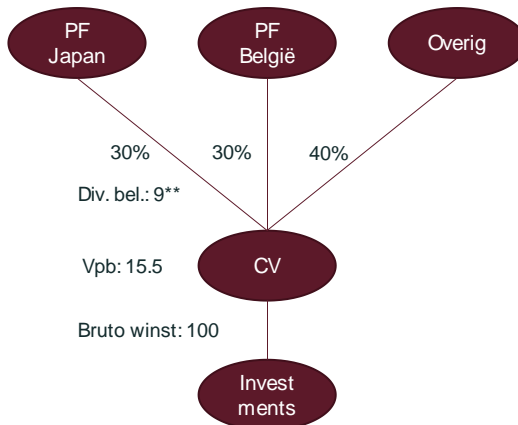
Voorbeeld 1

Voor verkrijgen rechtspersoonlijkheid CV



* Aanname dat investeerders niet buitenlands belastingplichtig of vrijgesteld zijn

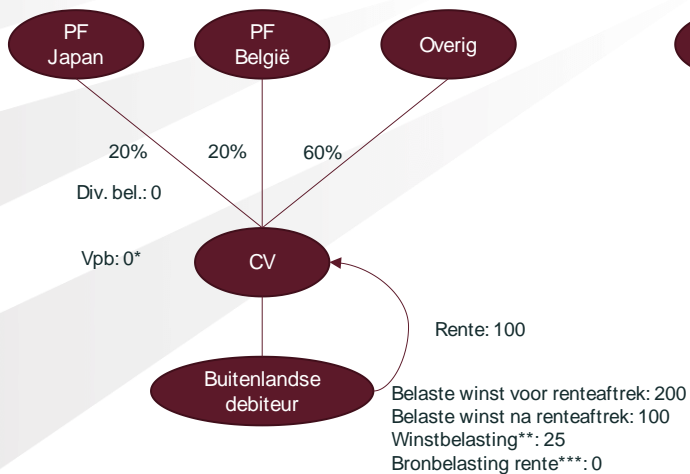
Na verkrijgen rechtspersoonlijkheid CV



* Aanname dat investeerders niet buitenlands belastingplichtig of vrijgesteld zijn
 ** Aanname dat Nederland geen teruggaaf verleent op basis van het toepasselijke belastingverdrag of nationaal recht

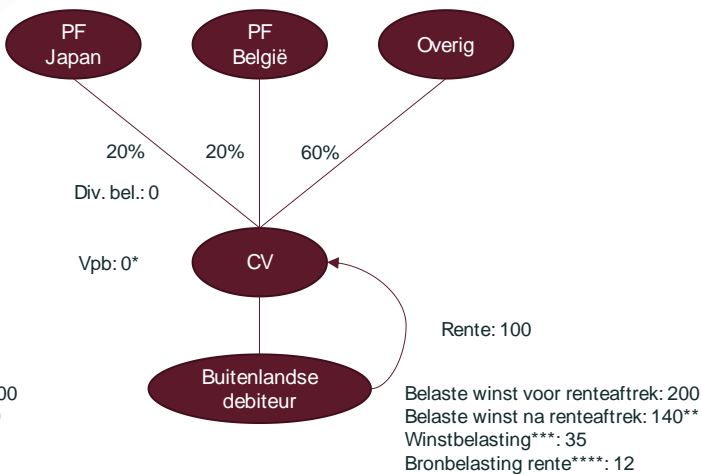
Voorbeeld 2

Voor verkrijgen rechtspersoonlijkheid CV



* Aanname dat investeerders niet buitenlands belastingplichtig of vrijgesteld zijn
 ** Aanname tarief: 25%
 *** Aanname tarief: 30%, maar vrijstelling op basis van belastingverdragen

Na verkrijgen rechtspersoonlijkheid CV



* Aanname dat investeerders niet buitenlands belastingplichtig of vrijgesteld zijn
 ** Aanname dat bronland renteaftrek toerekenbaar aan de pensioenfondsen niet toestaat op basis van hybride regels
 *** Aanname tarief: 25%
 **** Aanname tarief: 30%, maar vrijstelling op basis van belastingverdragen. Toepassing vrijstelling verlangt wel dat de rente direct bij de investeerders in aanmerking wordt genomen, wat niet het geval is als het woonland de CV niet als transparent beschouwt