

Aan: Ministerie van Justitie en Veiligheid
Van: Prof.dr.mr. E.J.W. Heithuis – Universiteit van Amsterdam, sectie Fiscale Economie
Betreft: **Internetconsultatie voorontwerp van wet ‘Wet modernisering
personenvennootschappen’**

Op 21 februari 2019 is de internetconsultatie van het voorontwerp van wet ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ gestart. Hoewel dit wetsvoorstel louter de civielrechtelijke aspecten van de personenvennootschappen regelt en niet de fiscale aspecten, vraag ik langs deze weg alvast aandacht voor enkele fiscale aspecten. De reden daarvoor is dat met betrekking tot civielrechtelijke wetsvoorstellen fiscaal al snel de neiging bestaat om ‘alles bij het oude te laten’ en zo min mogelijk te veranderen, zo heeft het verleden uitgewezen. Zo gebeurde dat bijvoorbeeld met betrekking tot het eerdere wetsvoorstel met betrekking tot de personenvennootschappen dat uiteindelijk in de Eerste Kamer is ingetrokken. Toch is er met betrekking tot dit onderwerp naar mijn mening juist geen reden om fiscaal ‘alles bij het oude te laten’. Ik licht dit hieronder nader toe.

1. Huidige fiscale regime voor personenvennootschappen

De kernvraag die op fiscaal gebied voorligt, is of het huidige fiscale regime met betrekking tot de personenvennootschappen ongewijzigd moet blijven. Het huidige regime in de *directe belastingen* (inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting) houdt in dat de personenvennootschappen fiscaal als transparant worden beschouwd. Dit betekent dat ‘door’ de personenvennootschap wordt ‘heen gekeken’ en niet de personenvennootschap als zodanig wordt belast voor de door haar behaalde winsten maar de achterliggende participanten in de personenvennootschap. Is de participant in de personenvennootschap een natuurlijke persoon, dan vindt de belastingheffing plaats in de inkomstenbelasting. Drijft de personenvennootschap een (materiële) onderneming, dan geschiedt dit volgens de bron ‘winst uit onderneming’ in box 1. Drijft de personenvennootschap geen onderneming maar belegt zij vermogen, dan geschiedt dit volgens het regime van de vermogensrendementsheffing van box 3. Is de participant in de personenvennootschap een bv, nv of coöperatie, dan wordt de winst van de personenvennootschap belast met vennootschapsbelasting, ongeacht of de personenvennootschap een onderneming drijft of niet. Is de participant in de personenvennootschap een stichting, vereniging of overheidslichaam, dan wordt de winst van de personenvennootschap ook belast met vennootschapsbelasting maar alleen als de stichting, vereniging of overheidslichaam een onderneming drijft.

Deze fiscale transparantie geldt enkel voor de directe belastingen (inkomsten- en vennootschapsbelasting). Voor de *indirecte belastingen* (omzetbelasting en accijnzen) is dit namelijk niet het geval en wordt de personenvennootschap zelf en niet de achterliggende participanten als de ondernemer aangemerkt. Voor de *loonbelasting* geldt iets soortgelijks. Voor die belasting wordt de personenvennootschap aangemerkt als de inhoudingsplichtige voor de loonheffingen (loonbelasting en premies werknemersverzekeringen). Een eenvoudig systeem dat per belastingsoort dus verschilt, is dit allerm minst. De vraag laat zich derhalve stellen of onderhavig wetsvoorstel geen aanleiding zou moeten zijn om ook op fiscaal gebied orde op zaken te stellen en een meer doorzichtig en eenduidig systeem tot stand te brengen met betrekking tot de fiscale behandeling van personenvennootschappen.

2. *Voorstel: Beëindiging fiscale transparantie van personenvennootschappen*

De afbakening qua heffingssubject tussen de diverse rechtsvormen in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting verloopt grosso modo langs de lijnen van de civielrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Rechtspersonen, zoals de bv en nv, worden als zodanig in de heffing van (vennootschaps)belasting betrokken en niet de achterliggende aandeelhouders. Bij niet-rechtspersonen, zoals de eenmanszaak en personenvennootschappen, gebeurt dit niet en worden juist de achterliggende participant(en) in de heffing van (veelal inkomsten)belasting betrokken. Nu aan de personenvennootschappen volgens het voorontwerp van wet rechtspersoonlijkheid wordt toegekend, is naar mijn mening de logische fiscale gevolgtrekking om dan ook de fiscale transparantie van personenvennootschappen te beëindigen en de personenvennootschappen, net als de andere rechtspersonen, zoals bv's en nv's, als zodanig te (gaan) onderwerpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. Hiermee wordt de directe belastingheffing van personenvennootschappen gelijkgetrokken met de heffing van omzetbelasting en loonbelasting (zie hiervóór), wat de eenduidigheid van het (toch al ingewikkelde) belastingrecht ten goede komt. De gemiddelde ondernemer begrijpt maar moeilijk het onderscheid tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting enerzijds en de omzet- en loonbelasting anderzijds, terwijl voor dit merkwaardige onderscheid ook helemaal geen dringende noodzaak is.¹ Voorts hoeft men zich dan niet af te vragen of de rechtspersoonlijkheid is gebaseerd op boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) of op boek 7 BW, in die zin dat de rechtspersonen van boek 2 BW wel onder de vennootschapsbelasting vallen en de rechtspersonen van boek 7 BW niet. Een dergelijk onderscheid zou mijns inziens ook gekunsteld zijn.

Hier komt bij dat door de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen de personenvennootschap voor de *overdrachtsbelasting* voortaan, zonder nadere wetswijziging, reeds wordt gezien als een lichaam, waar een personenvennootschap thans (ook) voor de overdrachtsbelasting nog als fiscaal transparant wordt beschouwd. Voor de overdrachtsbelasting heeft de toekenning van rechtspersoonlijkheid in het Burgerlijk Wetboek derhalve, zonder aanvullende wetgeving, al onmiddellijk gevolgen.

Derhalve bepleit ik op deze plaats om de fiscale transparante van personenvennootschappen ook in de directe belastingen te beëindigen en alle personenvennootschappen voortaan als zodanig als subject te onderwerpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. De voordelen van deze benadering zijn naar mijn mening evident:

1. Alle rechtspersonen, ongeacht of de rechtspersoonlijkheid nu is gebaseerd op boek 2 BW of op boek 7 BW, vallen onder de vennootschapsbelasting en worden op dezelfde wijze belast;²

¹ Onder het huidige fiscale recht is het onderscheid tussen bv's en nv's enerzijds en de personenvennootschappen anderzijds al niet onomstreden. Ik wijs op het proefschrift van M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, Schoordijk Instituut/CCL, Tilburg University, 1999. Ook ikzelf heb eerder een dergelijk pleidooi gehouden in mijn oratie *Zonder aanzien des (rechts)persoons, De Wet VPB 2007: de ondernemingswinstbelasting van de 21^{ste} eeuw*, Deventer: Kluwer 2005.

² In aansluiting hierop kan ook het via het toestemmingvereiste (van art. 2 lid 3 onderdeel c AWR) gemakkelijk te bespelen onderscheid tussen een open en een besloten commanditaire vennootschap (cv) vervallen. Een besloten cv is (net als de maatschap en vennootschap onder firma) fiscaal transparant, de open cv alleen voor het gedeelte dat toekomt aan de beherende venno(o)t(en) (vide HR 7 juli 1982, nr. 20 655, *BNB* 1982/268). Voor het commanditaire gedeelte wordt de open cv belast met vennootschapsbelasting. De open cv is derhalve een hybride figuur, met zowel trekken van fiscale transparantie als van een lichaam (rechtspersoon). Het hoeft geen betoog dat zo'n hybride figuur (internationale) fiscale planning in de hand werkt.

2. Congruentie met de omzetbelasting en loonbelasting en, na inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel, ook de overdrachtsbelasting (zie hiervóór);
3. Door zowel de ‘ondernemende’ als de ‘beleggende’ personenvennootschappen (op dezelfde wijze als bv’s en nv’s) onder de vennootschapsbelasting te brengen, verdwijnt (ook) voor personenvennootschappen de altijd ingewikkelde en somtijds arbitraire (vermogens)etiketteringsproblematiek;³
4. Sfeerovergangen van de inkomstenbelasting naar de vennootschapsbelasting en omgekeerd doen zich niet langer voor, waardoor de ingewikkelde fiscaal geruisloze doorschuifregelingen⁴ kunnen vervallen. Binnen de vennootschapsbelasting kunnen dergelijke omzettingen eenvoudiger worden vormgegeven, langs de lijnen van de huidige omzettingsregeling voor omzettingen van bv’s in nv’s en omgekeerd.⁵

3. Nadelen beëindiging fiscale transparantie van personenvennootschappen

Nadelen aan dit voorstel zijn er uiteraard ook, maar die vloeien vooral voort uit imperfecties in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Die imperfecties heeft de praktijk dan weten op te lossen door een personenvennootschap te gebruiken maar dit is uiteraard de omgekeerde wereld. De imperfectie dient immers zelfstandig te worden opgelost, niet doordat de praktijk ‘zich redt’ door middel van een personenvennootschap. Daarvoor is de personenvennootschap immers niet bedoeld, om fiscale imperfecties op te lossen. Ik noem een aantal van die imperfecties.⁶

3.1 Verliesverrekening

Zo wordt als voordeel van de fiscale transparantie van personenvennootschappen genoemd het feit dat verliezen van de personenvennootschap kunnen worden verrekend met de winsten van de achterliggende participanten.⁷ Hierdoor is de kans kleiner dat verliezen onverrekend blijven en op enig moment (na zes jaar) verdampen. Kernprobleem van deze beperkte verliesverrekening is niet de fiscale transparantie van de personenvennootschap maar de te beperkte werking van het fiscale groepsregime – fiscale eenheid – in de vennootschapsbelasting. De fiscale eenheid heeft namelijk tot doel om verliezen van de ene vennootschap te verrekenen met winsten van de andere vennootschap. Probleem is echter dat die fiscale eenheid pas mogelijk is bij, kort gezegd, een aandelenbelang van ten minste 95%. Bv’s die minder dan 95%, bijvoorbeeld 50% (joint ventures), van de aandelen houden in een andere bv kunnen de verliezen van die andere bv dus niet verrekenen met hun eigen winsten, waarvoor dan weer lapmiddelen nodig zijn, zoals een liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling.⁸ Het werkt ook de handel in verlieslichamen in de hand, waartegen

³ De regels van vermogensetikettering houden in dat vermogensbestanddelen moet worden geëtiketteerd in (verplicht) ondernemingsvermogen, (verplicht) privévermogen en keuzevermogen. Voor de laatste categorie is de wil van de ondernemer doorslaggevend.

⁴ Art. 3.65 Wet IB 2001 voor de fiscaal geruisloze inbreng in de bv en art. 14c Wet VPB 1969 voor de fiscaal geruisloze terugkeer uit de bv.

⁵ Art. 28a Wet VPB 1969.

⁶ Feitelijk zijn dit de argumenten om de fiscale transparantie van personenvennootschappen te handhaven die de Werkgroep personenvennootschap noemt in hoofdstuk 11 van haar rapport ‘Modernisering personenvennootschappen’ van september 2016.

⁷ Zie hoofdstuk 7 van het rapport ‘Modernisering personenvennootschappen’ van de Werkgroep personenvennootschap van september 2016.

⁸ Art. 13d Wet VPB 1969.

dan weer een zeer ingewikkelde antimisbruikmaatregel is getroffen.⁹ Deze onmogelijkheid om verliezen van een bv te verrekenen met de winsten van haar aandeelhouders wordt in de praktijk als een groot gebrek van de bv en nv beschouwd. Nu kan men dit probleem uiteraard ‘oplossen’ door in plaats van een bv of nv een personenvennootschap te gebruiken om de samenwerking vorm te geven, maar dat is de omgekeerde wereld. Dit fiscale probleem moet fiscaal worden opgelost en niet civielrechtelijk, wat heel eenvoudig kan door verliesverrekening tussen vennootschappen al toe te staan, pro rata, bij een belang van één aandeel. Het probleem is hier dus niet het gebrek aan fiscale transparantie van de bv maar de te beperkte toegang tot het fiscale-eenheidsregime.¹⁰ Het om deze fiscale reden van de verliesverrekening aangaan van een personenvennootschap zou derhalve niet nodig moeten zijn. Naar mijn mening is dit ‘verliesverrekeningsargument’ dus een oneigenlijk argument om de fiscale transparantie van de personenvennootschap te handhaven. Verruiming van de mogelijkheid om in de vennootschapsbelasting verliezen over te dragen tussen groepsvennootschappen en hun aandeelhouders, zou ook voor bv’s en nv’s zeer welkom zijn. Er is geen doorslaggevende reden te geven, waarom deze ruimere verliesverrekeningsmogelijkheid alleen open zou moeten staan voor participanten in personenvennootschappen.

3.2 Fiscale ondernemersfaciliteiten

Een andere imperfectie waarvan bij een personenvennootschap gebruik wordt gemaakt, betreft de overstimulering van het ondernemerschap in de inkomstenbelasting door middel van de fiscale ondernemersfaciliteiten. Met name de zelfstandigenaftrek is hierbij belangrijk. Door een personenvennootschap op te richten in plaats van een bv (en de personenvennootschap een onderneming gaat drijven, zie hiervóór) kwalificeert de natuurlijke persoon/participant in de personenvennootschap als ondernemer voor de inkomstenbelasting en krijgt daarmee toegang tot deze fiscale ondernemersfaciliteiten. Een aandeelhouder in een bv krijgt die niet. Beëindigt men, zoals ik voorstel, de fiscale transparantie van de personenvennootschap, dan krijgen natuurlijke personen/participanten in een personenvennootschap niet langer deze fiscale ondernemersfaciliteiten.¹¹ Dit zal men uiteraard als een nadeel ervaren maar het probleem is hier de fiscale overstimulering van het ondernemerschap, niet de door mij bepleite fiscale non-transparantie van de personenvennootschap. De vraag is immers gerechtvaardigd of het wel terecht is dat ondernemers in de inkomstenbelasting zo sterk worden gestimuleerd. Dit leidt tot de als maatschappelijk ongewenst beschouwde problematiek van de zogenoemde schijnzelfstandige (zzp’er); het fiscale verschil met een reguliere werknemer in loondienst is immers simpelweg te groot. Dit probleem moet men dus oplossen in de sfeer van de belastingheffing over ondernemingswinst in relatie tot die over loon in de inkomstenbelasting. De fiscale transparantie of non-transparantie van personenvennootschappen staat hier los van, althans zou dat moeten staan.¹²

⁹ Art. 20a Wet VPB 1969.

¹⁰ Onder invloed van jurisprudentie van het Hof van Justitie EU te Luxemburg wordt het fiscale-eenheidsregime thans herzien.

¹¹ Wat voor de Werkgroep personenvennootschappen reden is om in haar rapport ‘Modernisering personenvennootschappen’ in hoofdstuk 11 te pleiten voor handhaving van de status quo.

¹² Overigens kan men, als men dat wil, de fiscale ondernemersfaciliteiten in de inkomstenbelasting ook verrekenen via een lager tarief voor mkb-bedrijven in de vennootschapsbelasting. Langs deze weg kunnen de fiscale ondernemersfaciliteiten dan materieel gehandhaafd blijven als de winst van personenvennootschappen voortaan, zoals ik bepleit, met vennootschapsbelasting worden belast. Voordeel van deze oplossing is ook dat mkb-bv’s eveneens toegang krijgen tot deze fiscale ondernemersfaciliteiten, wat de fiscale neutraliteit tussen rechtsvormen juist bevordert, iets wat het huidige fiscale stelsel ontbeert.

4. *Aanvullende fiscale maatregelen*

Als mijn voorstel wordt overgenomen om de fiscale transparantie van personenvennootschappen te beëindigen en hun winsten voortaan te belasten met vennootschapsbelasting, moeten natuurlijke personen/participanten in personenvennootschappen, net als aandeelhouders/natuurlijke personen in bv's en nv's, worden toegevoegd aan de kring van aanmerkelijkbelanghouders in box 2 in de inkomstenbelasting. Gebeurt dit niet, dan schiet de belastingheffing voor personenvennootschappen onder het huidige regime namelijk te kort, te weten slechts 15%/20,5% VPB (vanaf 2021) in plaats van 44% IB (vanaf 2021). Dit verschil in belastingdruk wordt thans (deels) goedge maakt door de box 2-heffing van 26,9% IB (vanaf 2021) voor aanmerkelijkbelanghouders in de inkomstenbelasting, zodat uiteindelijk de belastingheffing tussen natuurlijke personen/ondernemers (onder wie thans dus participanten in personenvennootschappen) in evenwicht is met de belastingheffing van natuurlijke personen/aandeelhouders in bv's en nv's. Dit staat bekend als het globale evenwicht. Een andere oplossing van deze globale-evenwichtsproblematiek is echter ook denkbaar, namelijk door de aanmerkelijkbelangheffing in box 2 voortaan te heffen als extra vennootschapsbelasting (surtax) bovenop de thans geldende VPB-tarieven. Dan kan box 2 in de inkomstenbelasting worden afgeschaft. Het voert te ver van het onderwerp van onderhavige internetconsultatie af om dit op deze plaats nader uit te werken, dus ik volsta met deze algemene opmerking. Uiteraard ben ik gaarne bereid, indien gewenst, een en ander nader toe te lichten.

5. *Tot slot*

Hoewel ik mij realiseer dat mijn, op onderdelen technische, fiscale voorstel buiten het bereik van onderhavige internetconsultatie ligt, leek het mij desalniettemin nuttig om reeds in dit vroegtijdige stadium aandacht te vragen voor de fiscale component van onderhavig voorontwerp van wet. Onderhavig wetsvoorstel zal immers gevolgd (moeten) worden door een Invoeringswet, waarin de fiscale aspecten zullen worden geregeld. Dit civielrechtelijke wetsvoorstel biedt nu naar mijn mening de uitgelezen kans om ook de belastingheffing van personenvennootschappen te herijken. Die is naar mijn mening net zo dringend noodzakelijk als de modernisering van het regime voor de personenvennootschappen in het civiele recht. Ik vertrouw er daarom op dat deze inbreng zal worden toe-/doorgezonden aan het Ministerie van Financiën dat zich te zijner tijd zal buigen over de fiscale aspecten van onderhavig wetsvoorstel.

Edwin Heithuis
Amsterdam, 27 mei 2019