

De buitenlandse rechtspersoon als hightech versie van de klassieke stroman

Mr. Tjalling Jan van Koningsveld*

Bij het verhullingsproces door middel van misbruik van rechtspersoonlijkheid spelen trustkantoren en belastingparadijzen een grote rol. Het gebruik van buitenlandse rechtspersonen is voor het plegen van strafbare feiten een *conditio sine qua non*; met name in de sector van de financieel-economische criminaliteit. Er bestaat nog weinig inzicht in aard, ernst en omvang van dit fenomeen. Dit artikel geeft een uiteenzetting van deze problematiek.

1. Inleiding

Belastingfraudeurs en criminele organisaties zoeken steeds vaker hun toevlucht tot buitenlandse rechtspersonen, zoals een Engelse Ltd., een Antilliaanse NV of een Panamese SA.¹ Deze veelal slechts op papier bestaande rechtspersonen worden gebruikt om zwart geld weg te sluisen, de betrokkenheid van de oprichter te verhullen of om andere strafbare feiten te plegen. Daarnaast kunnen buitenlandse rechtspersonen ook worden misbruikt voor niet-winstgerichte activiteiten als het parkeren van vermogensobjecten of de financiering van terrorisme. Oorspronkelijk maakten belastingfraudeurs veelal gebruik van de diensten van een stroman, ook wel katvanger genoemd. Zo'n katvanger is een natuurlijk persoon die veelal niet beschikt over vermogen en/of een traceerbaar inkomen. Zijn identiteit wordt gebruikt om rechtshandelingen te verrichten die de crimineel niet op eigen naam wil doen. De buitenlandse rechtspersoon zou men een 'hightech' versie van de klassieke katvanger kunnen noemen.

2. Poldervermogen vermomd als exotisch kapitaal

Door de aankoop van een buitenlandse rechtspersoon verwerft de belastingplichtige een zelfstandige entiteit die formeel in het buitenland is gevestigd en waarover hij zeggenschap heeft. Hij kan dan tegenover een derde de schijn wekken dat het om een onafhankelijke rechtspersoon gaat, terwijl het in wezen om een entiteit gaat die door hemzelf

wordt gecontroleerd. De belastingplichtige is hierdoor ook in staat om zelf de koopprijs/waarde te beïnvloeden c.q. te bepalen. Afhankelijk van het door hem beoogde doel kan deze koopprijs/waarde op papier worden verlaagd of verhoogd.

3. Begrip buitenlandse rechtspersoon

In dit artikel versta ik onder een buitenlandse rechtspersoon een rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap die in het buitenland is opgericht volgens het daar geldende recht. Voorbeelden hiervan zijn: de Engelse Limited, een Antilliaanse NV, een Panamese SA of een Amerikaanse Delaware Corporation. Deze vennootschappen worden ook wel offshore vennootschap, papierenbedrijf, brievenbusmaatschappijen, pseudo-vennootschap of 'formeel buitenlandse vennootschap' genoemd.

Het accent ligt hierbij op kapitaalvennootschappen die naar buitenlands recht zijn opgericht. Dat wil niet zeggen dat andere rechtsvormen niet kunnen voorkomen, zoals bijvoorbeeld een Anstalt (stichting naar Liechtensteins recht).

4. Enige vormen van misbruik

De hiervoor genoemde buitenlandse vennootschappen zijn in het bijzonder geschikt voor personen die in het land van oprichting geen activiteiten ontplooiën, maar daar wel hun zwarte geld veilig willen parkeren. In sommige landen zijn hiervoor aparte vennootschappen ontwikkeld, zoals een

* Werkzaam bij de Belastingdienst/FIOD-ECD te Amsterdam. De auteur schrijft zijn bijdragen op persoonlijke titel.

1. Onder meer: rapport commissie Van Traa uit 1996; Rapport van de OESO uit 2001 'Behind the corporate

Veil'; zie www.oecd.org, het OESO-rapport uit 1998 'Harmful Tax Competition' en het Euroshore rapport uit 2000.

*De buitenlandse rechtspersoon als hightech versie
van de klassieke stroman*

International Business Company (IBC). In andere landen kent men aan vennootschappen die aan bepaalde eisen voldoen bepaalde (fiscale) privileges toe. De naam van de *beneficial owner* vindt men niet terug in enig (openbaar) register. Zo'n offshore-bedrijf is derhalve per definitie niet-transparant. Er zijn verscheidene motieven denkbaar waarom iemand een buitenlandse rechtspersoon koopt. Die motieven zijn veelal het plegen van financiële fraude. Hierbij valt te denken aan de volgende vormen van financieel-economische criminaliteit:

- belasting- en premiefraude (art. 68-69 AWR);
- witwassen van misdaadgeld (art. 420 bis WvSr);
- fictieve eigendomsconstructies i.v.m. de ontnemingmaatregel (art. 36e WvSr);
- georganiseerde criminaliteit (art. 140 WvSr);
- het verstrekken van steekpenningen/omkoping (art. 177/362 WvSr);

**Doel is in het algemeen het witwassen
of veilig parkeren van zwart geld**

- oplichting (art. 326 WvSr);
- faillissementsfraude/bedrieglijke bankbreuk (340-344 WvSr);
- beurs en effectenfraude zoals voorkennis en frontrunning (art. 46 Wte jo. art. 1 WED);
- financiering van het terrorisme.

Deze vormen van criminaliteit sluiten elkaar niet uit, maar vullen elkaar veelal aan of overlappen elkaar. Zo gaat witwassen vrijwel altijd gepaard met belastingfraude en valsheid in geschrifte. Het is immers vrijwel onmogelijk om deze delicten te plegen zonder tevens valsheid in geschrifte (art. 225 WvSr) te plegen.

Er zijn drie belangrijke motieven waarom iemand een buitenlandse rechtspersoon koopt, te weten:

1. de mogelijkheden van de werkelijke eigenaar om anoniem te blijven;
2. het bemoeilijken van toezicht, controle, heffing en opsporing;
3. afschermen van vermogen (*asset protection*).

Het instrument van de buitenlandse rechtspersoon levert derhalve de volgende voordelen op:

- verhullen van de identiteit van de werkelijke eigenaar (de *beneficial owner*);
- verhullen van de oorspronkelijke herkomst van het misdaadgeld;
- weg-, door- en terugsluizen van misdaadgeden;
- verrichten van schijnhandelingen waarbij eigendomsconstructies worden gefingeerd. Hierdoor worden verhaalsmogelijkheden voor schuldeisers (onder andere fiscus en staat) teniet gedaan.

Enige voorbeelden van situaties waarin buitenlandse rechtspersonen worden gebruikt voor het opzetten van constructies die als hoofddoel hebben het plegen van belastingfraude:

- het verzwijgen van omzet, winst, loon en inkomsten;
- het ten onrechte terugvragen van omzetbelasting;
- het niet betalen van accijns (sigaretten- en dranksmokkel);
- het fictief verminderen of verhogen van de douanewaarde;
- het opgeven van gefingeerde of te hoge inkoop- of kostenposten.

Het kenmerk van deze fraudevormen is, dat het instrument van de buitenlandse rechtspersoon regelmatig wordt toegepast. Met het inschakelen van een buitenlandse rechtspersoon wordt een internationale component aan de fiscale constructie toegevoegd, waardoor het voor de fiscus moeilijker wordt om informatie te verkrijgen dan wel om controles in te stellen. Ook derdenonderzoeken zijn niet goed mogelijk. Een groter probleem is echter de bewijslast ten aanzien van de identiteit van de *beneficial owner*. Ook het toepassen van onderzoeksmethoden als telefoontaps, observeren enzovoort geeft praktische problemen.

5. De aankoop van een buitenlandse rechtspersoon

Het is voor een Nederlandse belastingplichtige niet erg moeilijk om te kunnen beschikken over een buitenlandse

**Buitenlandse rechtspersonen worden
vrijwel dagelijks in de krant
aangeboden**

rechtspersoon naar zijn keuze. Vrijwel dagelijks staan er in de landelijke dagbladen advertenties van professionele aanbieders van deze producten. In de praktijk wordt de aan-

koop vaak geregeld door een professionele dienstverlener, zoals een belastingadviseur. Ook via het internet is het gemakkelijk om een buitenlandse rechtspersoon aan te kopen c.q. te laten oprichten. Indien een belastingplichtige eenmaal beschikt over een buitenlandse rechtspersoon, dan kan hij deze gebruiken voor doeleinden als:

- het laten verstrekken van een geldlening;
- het registreren van vastgoed;
- het laten opmaken van valse inkoop- of kostenfacturen;
- het opmaken van negatieve aangiften omzetbelasting, en
- het creëren van fictieve inkomsten of vermogenswinsten.

6. De loanback-constructie

De witwasconstructie die nog steeds met stip op nummer één staat, is de zogenoemde loanback-methode. De kern van de loanback is het (via verschillende schakels) lenen van het eigen geld. Dit geschiedt veelal via een buitenlandse rechtspersoon die men met dit doel heeft aangekocht. Het lijkt derhalve op het verstrekken van exotisch kapitaal door een onafhankelijke derde (een buitenlandse rechtspersoon) die gevestigd is in een belastingparadijs en waarover een trustkantoor de directie voert. Bij deze constructie speelt de fiscus ongewild een grote rol, omdat de lening is opgenomen in de belastingaangifte IB/VB en VPB. Het geheel wordt gestaafd met contracten en facturen; vaak wordt ook rente betaald die als aftrekpost in de verlies- en winstrekening is opgenomen. Zoals gezegd, wordt de buitenlandse rechtspersoon vaak bestuurd door een trustkantoor. De plaatselijke kamer van koophandel vermeldt alleen de naam van de bestuurder(s), in casu het trustkantoor, en niet de naam van de aandeelhouder(s). Wie de werkelijke rechthebbende (*beneficial owner*) is, blijft derhalve onbekend.

7. Fiscale aspecten

7.1. Lening of kapitaalstorting?

Bij leningen uit het buitenland spelen met name de volgende twee heffingsaspecten een belangrijke rol:

1. de aanvaardbaarheid van de aftrekbare rente en andere hiermee gepaard gaande kosten (koersverlies);
2. het mogelijk belasten van de lening zelf als inkomsten uit een belaste bron.

Fiscaal worden de rente en eventuele koersresultaten ten laste van het resultaat gebracht. De vraag is echter of het hier gaat om een echte lening (vreemd vermogen) of dat het gaat om het verstrekken van zwart kapitaal dat als exotische

lening wordt gepresenteerd (eigen vermogen). Deze vraag is inmiddels enige malen aan de belastingrechter voorgelegd.

In beginsel is de privaatrechtelijke vorm van een geldverstrekking doorslaggevend voor de vraag of sprake is van een lening dan wel van een kapitaalverstrekking. Indien echter de feitelijke omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan de fiscus het standpunt innemen dat er, ondanks het bestaan van een privaatrechtelijke leningovereenkomst, toch sprake is van een kapitaalverstrekking. Tussen partijen kan een overeenkomst van lening zijn afgesloten onder voorwaarden die een onafhankelijke derde nimmer zou accepteren. Een dergelijke lening zal door de fiscus als onzakelijk worden bestempeld. De inspecteur gaat ervan uit dat in wezen sprake is geweest van een kapitaalstorting. De betaalde rente kan dan niet ten laste van het fiscale resultaat komen. In de ogen van de fiscus beïnvloeden de koersresultaten die met de lening samenhangen de fiscale winst evenmin.

7.2. Twee uitspraken

Voor de hier uiteengezette problematiek zijn twee rechterlijke uitspraken van belang: een standaardarrest van de Hoge

De bekende Clickfondszaak betreft de grootste beurs- en beleggingsfraude in de Nederlandse geschiedenis

Raad uit 1988 en een uitspraak van de Amsterdamse rechtbank uit 2002. Hierna volgt eerst het standaardarrest.

In 1988 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat op de volgende omstandigheden de regel dat de privaatrechtelijke vorm beslissend is voor de kwalificatie van een geldverstrekking opzij kunnen zetten:

1. *schijnlening*: alleen naar de schijn is sprake van een lening; partijen hebben in werkelijkheid beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen;
2. *deelnemerslening*: de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. Dit doet zich voor indien de vergoeding afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie;

3. *bodemloze put*: belastingplichtige verstrekt op grond van zijn positie als aandeelhouder aan de vennootschap een geldlening onder zodanige omstandigheden dat het hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat het door hem verstrekte bedrag niet zal kunnen worden terugbetaald.²

Naar mijn mening is er bij een loanback-constructie veelal sprake van een schijnlening, aangezien de partijen de schijn wekken dat het om een geldlening gaat, terwijl ze in wezen beoogd hebben om kapitaal te storten. Dat sprake is van een schijnlening moet blijken uit de vastgestelde feiten en omstandigheden van de concrete zaak in onderlinge samenhang bekeken.

7.3. De Clickfonds-uitspraak³

De bekende Clickfondszaak betreft de grootste beurs- en beleggingsfraude in de Nederlandse geschiedenis waarbij de verdenking met name betrekking had op misbruik van coderekeningen. In de hierna beschreven uitspraak (één van de vele in deze zaak) ging het om de vermogensbeheerder E.S., die onder meer werd verdacht van het plegen van valsheid in geschrifte (art. 225 WvSr) en belastingfraude. Volgens *Het Financieel Dagblad* zou hij € 4.620.000 aan inkomsten en € 45.950.000 aan vermogen hebben verzwegen.⁴ De strafrechter veroordeelde hem mede op grond van *circumstantial evidence* (indirect verkregen bewijs) en een aantal bijzondere omstandigheden. Het vonnis in deze zaak is interessant, omdat de rechter hierin een algemene bewijsoverweging wijdt aan de verhouding tussen de verdachte E.S. en de buitenlandse vennootschappen waarvan hij gebruikmaakte.

Via de rekeningen van drie buitenlandse vennootschappen werden er betalingen en effectentransacties gedaan. De verdachte E.S. stelde dat hij niet de rechthebbende van het geld was, maar dat hij hierover slechts beschikte als vermogensbeheerder. De strafrechter was een andere mening toegedaan. Hij oordeelde dat uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat de verdachte zich ten aanzien van de rekeningen had gedragen als ware hij over de vermogens van die vennootschappen volledig beschikkingsbevoegd. Dit oordeel berustte op de volgende feiten en omstandigheden ten aanzien van de rekeningen:

- E.S. had handelingen verricht die een privé-karakter hadden;
- E.S. kreeg geen vergoeding voor zijn werk als vermogensbeheerder;

- uit de trustovereenkomst volgde dat alleen E.S. instructies kon geven en kon bepalen wie als begunstigde werd aangewezen.

Gelet op deze feiten en omstandigheden oordeelde de rechter dat E.S. als ware hij aandeelhouder van de buitenlandse vennootschap als rechthebbende over het vermogen van deze rechtspersoon kon beschikken. E.S. werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van vijftien maanden en een geldboete van € 225.000.

8. Imagerechten

Ook de sportwereld heeft de buitenlandse rechtspersoon ontdekt als instrument om belasting te ontduiken. Het betreft voornamelijk vormen van sport waarbij veel geld wordt verdiend, zoals het profvoetbal en tennis. Het gaat dan om constructies waarbij buitenlandse rechtspersonen gevestigd op belastingparadijzen, zoals de Kanaaleilanden Jersey en Guernsey een centrale rol spelen. Deze buitenlandse rechtspersonen hebben dan formeel het exclusieve recht verkregen om de imagerechten van een bepaalde speler te exploiteren.

Indien een speler belangrijk is voor een club wil men hem graag behouden. Omdat de marktwaarde van de speler hoog is, zal deze vaak hoge salariseisen stellen. Over dit salaris moet door de club loonbelasting worden betaald en door de speler inkomstenbelasting. Er ontstaat derhalve een situatie waarbij twee partijen er belang bij hebben om de

Bij sporten als profvoetbal en tennis spelen belastingparadijzen een belangrijke rol

heffingsgrondslag te verminderen. Waarschijnlijk wordt een deel van het inkomen van de speler door de club of sponsor betaald als vergoeding voor het gebruik van bepaalde (image)rechten. Dit gedeelte wordt via de club doorbetaald aan een buitenlandse rechtspersoon. Uiteraard is onbekend wie daarvan de *beneficial owner* is. Hierdoor ontstaan twee geldstromen, enerzijds een geldstroom vanwege het arbeidscontract tussen de club en de speler en anderzijds een geldstroom naar de bankrekening van de buitenlandse rechtspersoon vanwege het imagecontract. Het fiscale geschil betreft dan de vraag of bepaalde inkomsten die door een voetbalclub of sponsor betaald worden aan een buitenlandse rechtspersoon ter zake van imagerechten

2. HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

3. Rb. Amsterdam 27 juni 2002, nr. 013/12937097, LJN nr. AE4700.

4. *Het Financieel Dagblad* van 30 juni 2002.

De buitenlandse rechtspersoon als hightech versie van de klassieke stroman

direct toegerekend kunnen worden als inkomsten (loon uit dienstbetrekking) aan de speler in Nederland.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie

De bekende Braziliaanse profvoetballer R wilde met een onnavolgbare schijnbeweging de Nederlandse fiscus op het verkeerde been zetten. Vermoedelijk wilde hij inkomsten uitstellen tot het tijdstip dat hij niet meer in Nederland zou wonen, waardoor geen inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn. De Hoge Raad gaf R echter een gele kaart voor spelbederf. Het ging in deze zaak om de vraag of, en zo ja op welk tijdstip, er bepaalde inkomsten toegerekend moeten worden aan de voetballer R of aan de buitenlandse rechtspersoon J. Ltd te Guernsey. De Hoge Raad oordeelde dat onder de omstandigheden van het geval de betalingen moesten worden aangemerkt als door R genoten op het moment van de betaalbaarstelling aan J (de buitenlandse rechtspersoon). R moest hierover alsnog belasting betalen.⁵

In een tweede zaak is nog geen uitspraak gedaan.⁶

9. Conclusie

Het is relatief eenvoudig voor een Nederlandse belastingplichtige om een buitenlandse rechtspersoon te kopen en met behulp hiervan belastingfraude te plegen. Mede door deze anonimiteit is het risico van ontdekking relatief klein. De aanschaf van een buitenlandse rechtspersoon is derhalve een uitstekende manier voor een belastingplichtige om zijn eigen identiteit verborgen te houden voor de buitenwereld, inclusief de fiscus. In de praktijk kan immers moeilijk

een relatie worden aangetoond tussen de buitenlandse rechtspersoon en de werkelijke eigenaar. De fiscus kan het gebruik van een buitenlandse rechtspersoon als een belangrijk risicosignaal opvatten. Hoe groot het risico is dat de belastingplichtige fraudeert, kan aan de hand van de volgende criteria worden vastgesteld:

- de belastingplichtige maakt gebruik van een naar buitenlands recht opgerichte (offshore) vennootschap;
- die vennootschap is opgericht en formeel gevestigd in een belastingparadijs;
- oprichting of aankoop vond plaats kort voordat de activiteiten plaatsvonden/aanvingen;
- trustkantoor voert directie en beheer over de vennootschap;
- adres trustkantoor is tevens vestigingsadres vennootschap;
- tegelijkertijd is een Nederlandse BV gekocht of opgericht;
- de geldstroom loopt via een buitenlandse bankinstelling, vaak gevestigd in een belastingparadijs;
- er is sprake van een ongebruikelijke geldstroom die geen enkel economisch motief lijkt te hebben;
- de belastingplichtige maakt gebruik van (valse) facturen met een vage, vaak niet stoffelijke dienstverlening als omschrijving van de geleverde prestatie.

Deze signalen zullen niet op zichzelf, maar in onderlinge samenhang moeten worden gezien en beoordeeld. Hoe meer van deze risicosignalen zich voordoen, hoe alerter de fiscus zou moeten zijn.

5. HR 24 juli 2001, nr. 36.208, V-N 2001/41.6.

6. Bron: www.minfin.nl/volgnr.01-872.doc/ Lopende procedure Hof Den Haag nr. 00/00153.