

De fiscus probeert meer greep te krijgen op het verschijnsel internationale belastingfraude met buitenlandse rechtspersonen en trustkantoren.

In dit artikel wordt beschreven hoe internationale belastingfraudeurs te werk gaan en wat de fiscus hiertegen probeert te doen.

Astrid Klein Sprokkelhorst en Tjalling Jan van Koningsveld

b_m
18

Fiscus bindt strijd aan met 'high tech' katvanger

Gebruik buitenlandse rechtspersoon geldt als belangrijk risicosignaal

Belastingfraudeurs en criminele organisaties nemen voor hun praktijken steeds vaker hun toevlucht tot buitenlandse rechtspersonen, bijvoorbeeld een Engelse Ltd., een Amerikaanse Delaware corporation, een Antilliaanse NV of een Panamese SA. Deze vaak alleen op papier bestaande rechtspersonen worden gebruikt om zwart geld weg te sluisen, de betrokkenheid van de oprichter te verhullen of voor niet-winstgerichte activiteiten als het parkeren van vermogensobjecten of de financiering van terrorisme. De buitenlandse rechtspersoon is in die gevallen een 'hightech'-versie van de klassieke katvanger geworden.

Bij het verhullingproces spelen trustkantoren en belastingparadijzen een grote rol. Met name in de sector financieel-economische criminaliteit is het gebruik van buitenlandse rechtspersonen voor het plegen van strafbare feiten een 'conditio sine qua non'. Er bestaat nog weinig inzicht in aard, ernst en omvang van dit verschijnsel.

Poldervermogen als exotisch kapitaal

Door de aankoop van een buitenlandse rechtspersoon – dat wil zeggen: een rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap die in het buitenland is opgericht volgens het daar geldende recht – verwerft de belastingplichtige een zelfstandige entiteit die formeel in het buitenland is gevestigd. Hij kan daarmee tegenover derden de schijn wekken dat het om een onafhankelijke rechtspersoon gaat, terwijl de entiteit volledig door hemzelf wordt gecontroleerd. De belastingplichtige is hierdoor ook in staat om zelf de waarde van deze entiteit te beïnvloeden, afhankelijk van het beoogde doel. 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.

Vormen van misbruik

De buitenlandse vennootschappen die hierboven werden genoemd 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 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. De motieven voor de aanschaf van een offshore vennootschap zijn vaak het plegen van financiële fraude, zoals:

- belasting- en premiefraude (art. 68/69 AWR);
- witwassen van door misdaad verkregen gelden (art. 420 bis WvSr);
- fictieve eigendomsconstructies in verband met de ontnemingmaatregel (Plukze, art. 36e WvSr);
- georganiseerde criminaliteit (art. 140 WvSr);
- het verstrekken van steekpenningen/omkoping (art. 177/362 WvSr)
- oplichting (art. 326 WvSr)
- faillissementsfraude/bedrieglijke bankbreuk (art. 340-344 WvSr)
- beurs en effectenfraude zoals voorkennis en frontrunning (art. 46 Wte juncto art 1 WED).
- financiering van terrorisme.

Deze vormen van criminaliteit vullen elkaar vaak aan. Zo gaat witwassen vrijwel altijd gepaard met belastingfraude en valsheid in geschrifte. Belangrijke nevendoeleinden zijn:

- de mogelijkheid anoniem te blijven;
- het bemoeilijken van toezicht, controle, heffing en opsporing;
- afschermen van vermogen (asset protection).

Het instrument van de buitenlandse rechtspersoon levert dus nogal wat voordelen op: 1 verhullen van de identiteit van de werkelijke eigenaar (beneficial owner);

- 2 verhullen van de oorspronkelijke herkomst van uit misdaad verkregen gelden;
- 3 weg-, door- en terugsluizen van uit misdaad verkregen gelden;
- 4 het creëren van fictieve eigendom om verhaal van schuldeisers (onder andere fiscus en staat) te frustreren.

Als buitenlandse rechtspersonen worden gebruikt voor het plegen van belastingfraude kan worden gedacht aan:

- 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 juist verhogen van de douanewaarde;
- het opgeven van gefingeerde of te hoge kostenposten.

De buitenlandse rechtspersoon is bij deze fraudevormen vaak instrumenteel. 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 krijgen of controles uit te voeren.

Derdenonderzoeken zijn niet goed mogelijk en het toepassen van onderzoeksmethoden als telefoontaps en observeren geeft praktische problemen. Een groter probleem is echter de bewijslast.

Aankoop buitenlandse rechtspersoon

Het is voor een Nederlandse belastingplichtige niet moeilijk om te kunnen beschikken over een buitenlandse rechtspersoon naar zijn keuze. In de landelijke dagbladen worden deze vennootschappen vrijwel dagelijks aangeboden. In de praktijk wordt de aankoop vaak geregeld door een professionele dienstverlener, zoals een belastingadviseur. Ook via internet is het makkelijk om een buitenlandse rechtspersoon aan te kopen of te laten oprichten. Als een belastingplichtige eenmaal beschikt over een buitenlandse rechtspersoon, dan kan deze worden gebruikt voor doeleinden als:

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

Loanback-constructie

De witwasconstructie die nog steeds met stip op nummer één staat is de zogenoemde loanback-methode. De kern hiervan is het (via



Ook het gebruik van een Delaware corporation geldt als een belangrijk risicosignaal

verschillende schakels) lenen van eigen geld. Dit geschiedt vaak via een buitenlandse rechtspersoon die men met dit doel heeft aangekocht. Het lijkt dus op het verstrekken van vreemd kapitaal door een onafhankelijk derde. Deze is gevestigd in een belastingparadijs en de directie wordt gevoerd 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 rechtshabende (beneficial owner) is blijft dus onbekend. Bij deze constructie speelt de fiscus ongewild een grote rol, omdat de lening is opgenomen in de belastingaangiften in de inkomstenbelasting/vermogensbelasting en de vennootschapsbelasting. Het geheel wordt fiscaal onderbouwd met contracten en facturen. Vaak wordt ook rente betaald, die als aftrekpost in de verlies- en winstrekening is opgenomen.

Inmiddels is een wetsvoorstel Toezicht Trustkantoren ingediend. Als de wet is aangenomen zal alleen nog een vergunning worden verleend als de gegevens over de identiteit en de antecedenten van de bestuurders van de trustmaatschappij bekend zijn. Ook zullen de namen van de eigenaren van de vennootschappen die door de trustkantoren worden vertegenwoordigd ter inzage beschikbaar moeten zijn voor De Nederlandsche Bank.

Fiscale aspecten

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

- 1 de aanvaardbaarheid van de als aftrekpost opgevoerde 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 inspecteur zal zich afvragen of het hier

gaat om een echte lening (vreemd vermogen) of dat het om het verstrekken van zwart kapitaal gaat dat als exotische lening wordt gepresenteerd (eigen vermogen). In beginsel is de privaatrechtelijke vorm van een geldverstrekking doorslaggevend voor de vraag of sprake is van een lening dan wel van een kapitaalverstrekking. Als echter de feitelijke omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan de fiscus het standpunt innemen dat er – ondanks het bestaan van een privaatrechtelijke overeenkomst van lening – toch sprake is van een kapitaalverstrekking. Bijvoorbeeld als een overeenkomst van lening is afgesloten onder voorwaarden die een onafhankelijke derde nimmer zou accepteren. De lening zal dan als onzakelijk worden bestempeld. De inspecteur gaat er dus vanuit dat in wezen sprake is geweest van een kapitaalstorting. De betaalde rente kan nu niet meer 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. Inmiddels heeft de (belasting)rechter over dit onderwerp enige malen uitspraak gedaan:

Drie rechterlijke uitspraken

De eerste uitspraak betreft een standaardarrest van de Hoge Raad uit 1988, waarin de belastingkamer van ons hoogste rechtscollege oordeelde dat 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 deelneemt in de onderneming van de schuldenaar. Dit doet zich voor als de vergoeding afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij de 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, terwijl hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat het verstrekte bedrag niet zal kunnen worden terugbetaald.¹

De tweede uitspraak werd gedaan door de Amsterdamse rechtbank in 2002 en is bekend geworden als de Clickfonds-uitspraak.² Deze bekende zaak 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. Deze werd onder meer verdacht van het plegen van valsheid in geschrifte (art. 225 WvSr) en belastingfraude. Volgens het Financiële Dagblad zou hij € 4.620.000 aan inkomsten en € 45.950.000 aan vermogen hebben verzwegen.³ De burgerlijke rechter veroordeelde hem mede op grond van 'circumstantial evidence' (indirect verkregen bewijs). Het vonnis in deze zaak is interessant omdat de rechter hierin een algemene bewijs-overweging wijdt aan de verhouding tussen de verdachte E. S. en vennootschappen waarvan hij gebruik maakte.

Via de rekeningen van drie buitenlandse vennootschappen werden betalingen en effectentransacties gedaan. E. S. stelde dat hij niet de rechthebbende van het geld was, maar slechts vermogensbeheerder. De burgerlijke rechter oordeelde echter 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. Hij had namelijk handelingen verricht die een privé karakter hadden, en geen vergoeding ontvangen voor zijn werk als vermogensbeheerder. Bovendien bleek uit de trustovereenkomst dat alleen E. S. instructies kon geven en kon bepalen wie als begunstigde werd aangewezen. Op grond hiervan 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 15 maanden en een geldboete van € 225.000. Een gering bedrag dat E. S. graag zal hebben betaald, de verzwegen gelden in aanmerking genomen.

Wetgeving strijdig met EU-recht

In een poging paal en perk te stellen aan constructies met buitenlandse vennootschappen heeft de Nederlandse wetgever de Wet formeel buitenlandse vennootschappen in het leven geroepen.⁴ Daarin wordt het filiaal van een buitenlandse vennootschap afhankelijk gesteld van voorwaarden inzake het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders zoals die in het Nederlandse vennootschapsrecht voor de oprichting van vennootschappen worden gesteld. Dit brengt een openbaarmakingsplicht mee. Een half jaar geleden oordeelde het Europese Hof van Justitie echter dat deze wet in strijd is met EU-recht. Het Europese Hof oordeelde dat artikelen 43 en 48 van het EG-verdrag zich tegen deze wet verzetten. De redenen waarom de vennootschap in de andere lidstaat is opgericht – en de omstandigheid dat zij haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend

in de lidstaat van vestiging uitoefent – ont-nemen haar niet het recht zich op de door het EG-verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging te beroepen, tenzij er sprake is van misbruik, hetgeen van geval tot geval moet worden aangetoond, aldus het Europese Hof.⁵

Exploitatie van imagerechten

Ook de sportwereld heeft de buitenlandse rechtspersoon ontdekt als instrument om de belasting te ontduiken. Het gaat dan voornamelijk om takken van sport waarbij veel geld wordt verdiend, zoals het profvoetbal en tennis. Buitenlandse rechtspersonen die zijn gevestigd in belastingparadijzen zoals de Kanaaleilanden Jersey en Guernsey spelen hierin een centrale rol. Deze buitenlandse rechtspersonen verkrijgen formeel het exclusieve recht om de imagerechten van een bepaalde speler te exploiteren. Als 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 de club loonbelasting betalen, en de speler inkomstenbelasting.

Twee partijen hebben er dus belang bij om de heffingsgrondslag te verminderen.

Waarschijnlijk wordt een deel van het inkomen van de speler door de club of sponsor betaald als vergoeding inzake 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 op grond van het arbeidscontract tussen de club en de speler, en anderzijds een geldstroom naar de bankrekening van de buitenlandse rechtspersoon in verband met het imagecontract. Het fiscale geschil betreft dan de vraag of bedragen die door een voetbalclub of sponsor betaald worden aan een buitenlandse rechtspersoon in verband met imagerechten toegerekend kunnen worden aan de speler in Nederland.

Gele kaart voor spelbederf

Inmiddels heeft de belastingrechter zich over dit probleem gebogen. Een voorbeeld uit de jurisprudentie is het geval R. 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 bepaalde inkomsten toegerekend moesten worden aan R. of aan de buitenlandse

rechtspersoon op 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 de buitenlandse rechtspersoon. R. moest dus alsnog belasting betalen.⁶

Recentelijk kocht voetbalclub Vitesse voor ruim € 400.000 strafvervolgning af wegens belastingfraude bij spelertransfers. Vitesse betaalde daarnaast een naheffingsaanslag van ruim € 725.000. **b.m**

Dr mr A.K.H. Klein Sprokkelhorst mr T.J. van Koningsveld zijn werkzaam bij de Belastingdienst/FIOD-ECD. Zij schrijven hun bijdragen op persoonlijke titel

Noten

- 1 Hoge Raad 27 januari 1988, BNB 1988/217.
- 2 Rechtbank Amsterdam, 27 juni 2002, nr. 013/12937097, LJN nummer AE4700.
- 3 Het Financieel Dagblad van 30 juni 2002.
- 4 Wet van 17 december 1997, Stb. 1997, 697.
- 5 HvJ EG 30 september 2003, C-167/01 (Inspire Art Ltd).
- 6 Hoge Raad 24 juli 2001, VN 2001/41.6.

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 dus 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 plaatsvinden/aanvangen;
 - een trustkantoor voert directie en beheer over de vennootschap;
 - het adres van het trustkantoor is tevens het vestigingsadres van de 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.
- De fiscus beoordeelt deze signalen niet op zichzelf, maar in onderlinge samenhang. Hoe meer van deze risicosignalen zich voordoen, hoe alerter de fiscus zal zijn.