

Tax shelters onder vuur

Advocatenkantoren, banken en accountantskantoren brachten in de VS jarenlang eendrachtig tax shelters aan de man. Ingewikkelde financiële constructies met maar één doel: belastingontduiking. De Amerikaanse belastingdienst IRS slaat nu hard terug. En ook justitie onderneemt actie.

MICHA KAT

Mogen we even voorstellen? De naam is Cobra. Identiteit: tax shelter. In 1997 geboren in New York, met als ouders twee Amerikaanse advocatenkantoren. Cobra staat voor *Currency Options Bring Reward Alternatives*. Samen met al zijn 'broertjes en zusjes' kostte Cobra de Amerikaanse schatkist volgens een rapport van de Amerikaanse belastingdienst (IRS) in 1999 veertien tot achttien miljard dollar. De US General Accounting Office noemt voor de totale periode 1993-2002 een 'weggelekt' bedrag van 85 miljard dollar.

Cobra was zo effectief dat Ernst & Young, KPMG en BDO Seidman al snel aan boord sprongen om deze shelters te verkopen aan hun klanten. De Deutsche Bank verzorgde de implementatie.

Aansprakelijk

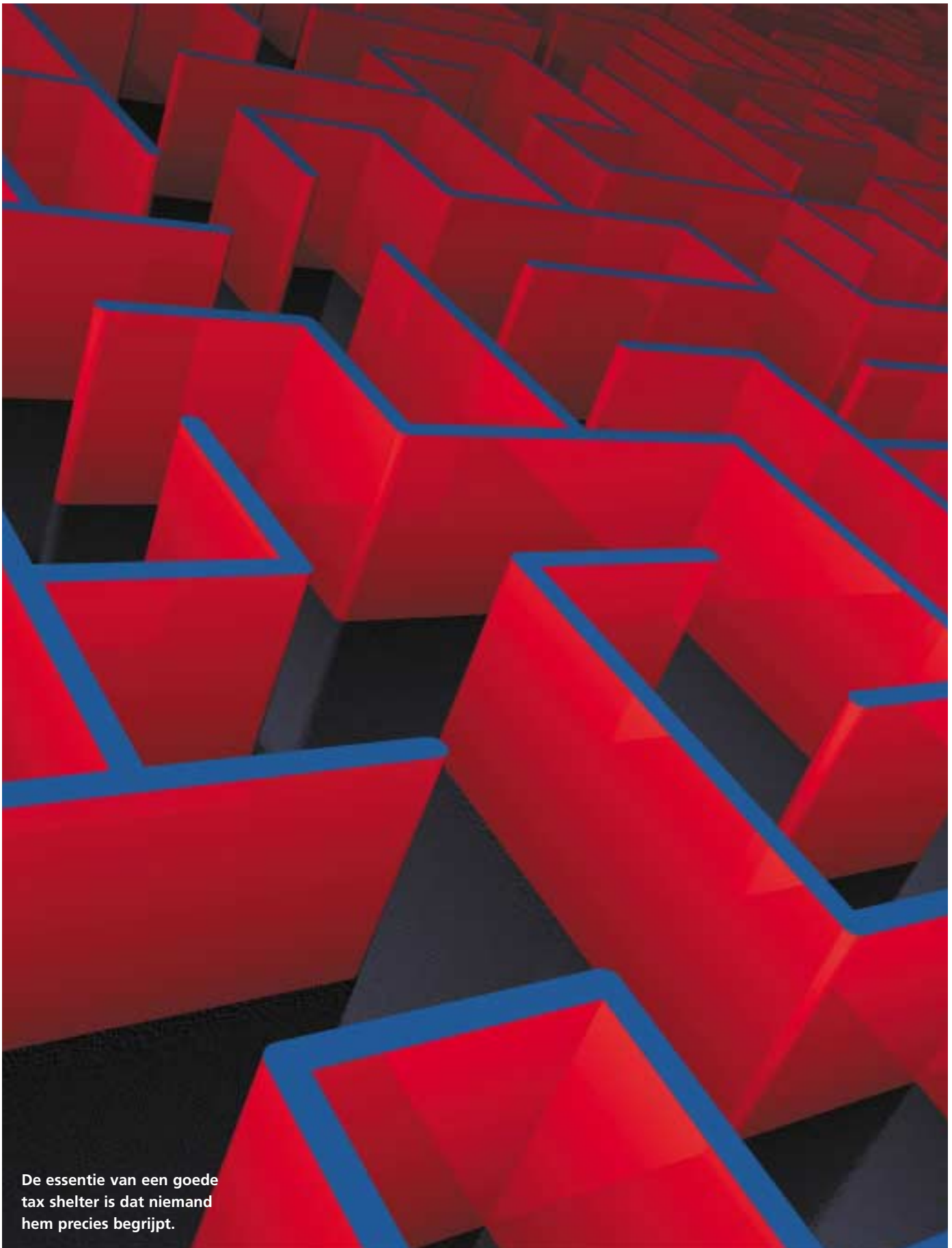
De *New York Times* schreef op 1 februari 2004 over een Amerikaanse ondernemer die een Cobra kocht van BDO Seidman en het advoca-

tenkantoor Jenkens & Gilchrist. De kantoren zeiden hem dat hij zo 'zijn complete inkomen over 1999 kon neutraliseren'. Kosten: zeshonderdduizend dollar in fees to all parties. In een andere zaak, geanalyseerd in *the American Lawyer*, werd een zakenman uit Indiana door Ernst & Young een Cobra 'verkocht'. Hij betaalde meer dan twee miljoen dollar aan fees. In september 2000 zette de IRS Cobra op een blacklist en in december 2003 werd de transactie verboden verklaard. Beide zakenmannen stellen het complete 'Cobra-team' thans in een civiele procedure aansprakelijk voor de miljoenen aan ontdoken belasting die ze alsnog moeten gaan betalen.

Enron

Even een stukje geschiedenis. Tax shelters komen natuurlijk niet uit de lucht vallen. Begin jaren negentig zagen we de opkomst van de LiLo-transacties: *lease in lease out*. Hierbij leasen grote bedrijven infrastructurele objecten zoals bruggen en waterleidingen, van de overheid om ze vervolgens weer uit te leasen aan diezelfde overheid. Net als bij Cobra gebeurt er de facto niets, maar de fiscus loopt wel miljarden mis.

De meeste (thans verboden) tax shelters ontstonden eind jaren negentig, tijdens de dotcom-hype. Dit vanuit de vraag van de nieuwe rijken om hun kapitalen aan de fiscus te kunnen onttrekken. Maar het fenomeen kwam pas bovenaan de politieke agenda te staan toen begin 2003, als 'nageboorte' van het Enron-schan- ►



De essentie van een goede tax shelter is dat niemand hem precies begrijpt.

FOTO: FOTOSTOCK

daal, duidelijk werd dat 'Enron' niet alleen een controleprobleem was, maar ook een gigantisch belastingprobleem: het bedrijf bleek tussen 1996 en 1999 nauwelijks belasting te hebben afgedragen, dankzij twaalf tax shelters.

Letter en geest

Tax shelters, zo leggen deskundigen uit, profiteren van het feit dat de Amerikaanse belastingwetgeving uiterst gedetailleerd is. Door gebruik te maken van deze zeer gedetailleerde regels, in combinaties waaraan de wetgever niet heeft gedacht, kunnen belastingvoordelen worden geclaimd die volgens de letter van de wet legaal zijn, maar volgens de geest natuurlijk niet.

Tax shelters verschillen voorts op twee belangrijke inhoudelijke punten van 'gewoon' belastingadvies. Allereerst is 'gewoon' belastingadvies maatwerk: de adviseur maakt elk advies speciaal en exclusief voor elke tax-klant. Shelters daarentegen worden nu juist als product ontwikkeld en in de markt gezet, waarna ze worden gemarket. Iedereen die ze wil kopen is welkom.

Zakelijk doel

Daarnaast is er het leerstuk van de *economic substance*. Dit komt erop neer dat elke investering van een ondernemer een zakelijk doel moet dienen, ofwel: een *non-tax business purpose*. Als ondernemers, zoals voor een Cobra of LiLo-transactie, grote investeringen doen zonder dat ze daarbij kunnen uitleggen om welk zakelijk doel het gaat - anders dan het ontduiken van belastingen - is er geen sprake van 'normaal belastingadvies' maar van een (foute) tax shelter. Ten slotte is er nog het aspect van het geld: 'gewoon' belastingadvies wordt in de regel gedeclareerd op uurbasis, terwijl de ontwikkelaars en aanbieders van shelters bij voorkeur werken met *contingencies*, ofwel percentages van de bespaarde bedragen. Deze fees, zo zullen we zien, liepen in de tientallen miljoenen.

KPMG

Vanaf eind 2003 laat de Amerikaanse overheid er geen gras over groeien: de shelters moeten worden uitgeroeid, met wortel en tak. Tijdens de hoorzittingen die de Amerikaanse senaat eind vorig jaar hield over tax shelters zijn getuigen anoniem gehoord. De voorzitter van de Finance Committee, senator Charles Grassley, zei bij die gelegenheid: "I say to these hucksters, it's time to find an honest living." De senaat deed meer dan een jaar onderzoek,

Hoe werkt een Cobra?

Begrijpen van een Cobra is niet nodig. De essentie van een goede tax shelter is juist dat niemand hem precies begrijpt. Maar omdat chique advocatenkantoren in zogeheten *opinion letters* verklaren dat ze juridisch deugen, vindt niemand dat erg. Toch een poging. De belastingbetaler koopt en schrijft twee sets van valuta-optiecontracten, die zodanig zijn gestructureerd dat ze economisch zo goed als geheel *gematched* zijn, zodat de belastingbetaler per saldo nauwelijks winst of verlies kan realiseren. De Amerikaanse belastingwetgeving staat toe dat op de ene set contracten verliezen mogen worden genomen, maar behandelt de andere set totaal anders: winsten zijn niet belast en verliezen niet aftrekbaar. De truc is dat de belastingbetaler het (belaste) winstgevendende deel van de ene set en de (niet-aftrekbare) verliezen van de andere set (in omvang ongeveer gelijk) wegschenkt aan een niet-belastingplichtige instelling zoals een charitatieve stichting. De sets worden dus uit elkaar getrokken en vormen met de wederzijdse onderdelen nieuwe combinaties. De belastingplichtige houdt zo het onbelaste winstgevendende deel in handen, samen met de aftrekbare verliezen. Met die laatste kan hij, hoewel er niets is gebeurd van economische betekenis, bijna al zijn andere inkomsten wegpoetsen. Ook de stichting opereert 'economisch neutraal', maar is niet-belastingplichtig, zodat het daar aanwezige winstgevendende deel van de sets niet wordt belast.

Chique advocatenkantoren verklaren in zogeheten *opinion letters* dat een tax shelter juridisch deugt.

Tax shelters in Nederland

Ook in Nederland worden tax shelter-achtige producten aangeboden. De meeste komen uit het buitenland. Bekeken is dan of ze ook geschikt zijn voor de Nederlandse markt. Er wordt reclame gemaakt met brochures en bedrijven worden gebeld of ze een presentatie willen. De markt is echter schuchter. Bovendien gaat het er hier een stuk minder agressief aan toe dan in de Verenigde Staten en gebeurt het op veel beperkter schaal. De big four verkochten dit type belastingproducten ook aan controleklanten, net als in de VS, tegen vaste (zeer hoge) bedragen. Net als in de VS worden in Nederland geen producten aangeboden die 'klip en klaar' illegaal zijn. Anders dan de VS kent Nederland het beginsel van de 'fraus legis': ook constructies die in strijd zijn met de geest van de wet kunnen worden aangepakt. In de VS, waar wetten zeer letterlijk worden toegepast, is dat veel moeilijker. Advocatenkantoren gaven ook hier vaak opinies af, maar stonden soms ook aan de wieg van de shelters zelf.

'Voortschrijdend inzicht'

Geen van de big four wil over het onderwerp tax shelter worden geïnterviewd. Alleen Ernst & Young geeft een inhoudelijke reactie en verklaart onder meer: 'Belastingwetgeving is geen dode letter, maar een proces dat door voortschrijdend politiek, economisch en maatschappelijk inzicht zijn eigen dynamiek kent. Binnen dit proces wordt in het belang van cliënten gezocht naar de meest voordelige interpretatie van wet- en regelgeving. Hierover vindt in het belang van alle betrokken partijen een continue dialoog plaats met Belastingdienst en ministerie.'

vooral naar de tax-praktijk van KPMG, waarvan vier specifieke shelters (BLIPS, FLIP, OPIS en SC2) werden onderzocht. In het rapport *US Tax Shelter Industry: The role of Accountants, Lawyers and Financial Professionals* staat: 'KPMG ontkent bij hoog en bij laag een promotor te zijn van tax shelters, maar het bewijsmateriaal dat we hier presenteren is verpletterend in het aantonen van KPMG's actieve

en bij tijden agressieve rol in het promoten en profiteren van tax-producten, verkocht aan individuen en bedrijven, hierbij inbegrepen mogelijk illegale tax shelters.' Het rapport onderstreept de grote inspanningen die KPMG deed de producten af te zetten, met een 'full-fledged telemarketing centre staffed with people trainend to make cold calls to find buyers for specific tax products'.

Vervolg

De IRS heeft inmiddels een lijst opgesteld van 27 (categorieën) tax shelters (www.irs.gov) die gelden als *determined to be abusive*. Alle belastingplichtigen die deze shelters gebruiken of hebben gebruikt, moeten ze melden bij de IRS, zodat ze vervolgd kunnen worden.

Afzonderlijke onderzoeken startte de IRS naar advocatenkantoren en accountantsfirma's: zij moeten in enkele gevallen lijsten overleggen van klanten aan wie ze de shelters hebben verkocht. Het gaat om honderden klanten per shelter. De Amerikaanse media verwachten strafrechtelijke vervolging van de hoofdrolspelers in de shelter-praktijk. De officier van justitie is inmiddels een onderzoek begonnen naar de rol van KPMG. In theorie kunnen de hoofdrolspelers worden beschuldigd van 'samenzwering om de wettelijke functies van het Treasury Department in het verzamelen van inkomstenbelasting te beletten en te frustreren, hetgeen op basis van de strafwet oplevert *a conspiracy to defraud te United States*'.

'Muterer'

Vervolg van belastingplichtigen blijft een lastig verhaal, omdat de overheid tegen elke belastingplichtige een aparte zaak moet opstarten. Daar is geld noch mankracht voor. Bovendien zou een individuele zaak maximaal een verbod kunnen opleveren voor het specifieke type shelter in die specifieke zaak, terwijl shelters nu juist de eigenschap hebben als virussen te 'muteren'.

De strategie van de IRS is er dan ook meer op gericht grote bekendheid te geven aan de shelter-lijst, om zo een afschrikkende werking te bewerkstelligen om ze te gebruiken. Om het 'muteren' te voorkomen zijn de shelters onderverdeeld in categorieën, zoals *Foreign Tax Credit Transactions*, *Guam Trust Structures* en *Inflated Partnership Basis Transactions*. Ook BLIPS, FLIP en OPIS staan inmiddels op de lijst. BLIPS staat voor *Bond Linked Issue Premium Structure*. Iets met obligaties dus. BLIPS, als dus het genoemde rapport van de Senaat, leverde KPMG tachtig miljoen dollar op aan fees van 184 klanten. Benadeling van de schatkist: meer dan 1,4 miljard. Het totale bedrag dat KPMG in vijf jaar aan de shelters verdiende stelt het rapport op 124 miljoen dollar.

'Sales people'

De rol van de grote accountantskantoren in de wereld van de tax shelters laat zich het best omschrijven als die van *sales people*. Zowel bij controle- als niet-controleklanten werden de



De US General Accounting Office noemt voor 1993-2002 een 'weggelekt' bedrag van 85 miljard dollar.

producten onder de aandacht gebracht. KPMG ging duidelijk verder en ontwikkelde zelf ook (mede) producten. De *New York Times* beschreef hoe KPMG mede door henzelf ontworpen BLIPS in de markt zette samen met de Deutsche Bank, wiens jaarrekeningen KPMG overigens ook controleert.

Ontbonden

Hoe reageren de grote kantoren zelf op deze tax-affaire? Ernst & Young schikte medio 2003 voor vijftien miljoen dollar met de IRS (waarvoor exact is onduidelijk) maar wordt nog op een aantal punten onderzocht. Met name een type shelter speciaal voor topmannen, waarmee vooral optiewinsten konden worden 'geneutraliseerd', is object van onderzoek. Ook lopen er civiele claims, onder meer van Cobra-gedupeerden.

Mark Weinberger, vice-voorzitter Tax van Ernst & Young, kondigde voor de Senaat 'organisatorische aanpassingen' aan die 'een professionele omgeving van de hoogste kwaliteit moeten garanderen'. "Daarnaast hebben we de afdeling die was betrokken bij het ontwikkelen en markten van de producten in kwestie ontbonden."



De officier van justitie is in de VS een onderzoek begonnen naar de rol van KPMG.

Marktdruk

PricewaterhouseCoopers verklaarde bij monde van senior tax partner Richard Berry dat in de jaren negentig toenemende druk werd gevoeld vanuit de markt om agressieve shelters te ontwikkelen die konden worden afgezet bij grote groepen belastingplichtigen.

Berry: "PwC raakte tussen 1997 en 1999 betrokken bij drie shelters: FLIP, CDS en BOSS.

Hoewel het totale aantal transacties dat door ons werd gedaan beperkt bleef tot 767 in drie jaar, erkennen we dat we er geen enkele hadden mogen doen. Sedert medio 1999 hebben we de meest stringente maatregelen genomen om betrokkenheid bij deze shelters te voorkomen. De firma heeft lering getrokken uit deze betreurenswaardige fout." In juni 2002 kwam PwC een regeling overeen met de IRS.

Fel verweer

De positie van KPMG is een geheel andere: de firma besloot tot het voeren van een fel verweer tegen alle aantijgingen. In november 2003 kondigde KPMG in een uitgebreide verklaring weliswaar aan met de shelter-praktijk te stoppen en tal van shelter-groepen te hebben ontbonden, maar van de handelwijze in het ►



Senator Charles Grassley: 'I say to these hucksters, it's time to find an honest living.'

verleden wordt geen afstand genomen. De *New York Times* (31 december 2003) geeft de verdediging van KPMG aldus weer: 'De shelters hebben betrekking op een vroegere periode bij de firma, toen er nog andere regels golden. Ze zijn in overeenstemming met de wetten en werden onderworpen aan uitgebreid intern onderzoek. Naarmate de regelgeving veranderde heeft de firma de laatste drie jaar belangrijke veranderingen doorgevoerd in procedures, operaties en structuur. We voorzagen onze tax-kanten bovendien ook nog van een *more likely than not-opinion* dat de shelter in kwestie meer dan vijftig procent kans had stand te houden tegenover de IRS. KPMG heeft de klanten in iedere stap van het proces gewaarschuwd dat het transacties inging die qua wetgeving onzeker waren en waarover in veel gevallen geen jurisprudentie bestond.'

Afscheid

In januari 2004, zes weken na deze verklaring, kondigde KPMG's CEO Eugene O'Kelly aan dat twee topmensen van KPMG Tax afscheid moesten nemen. Het gaat om de reeds genoemde Jeff Eischeid en Jeff Stein, *deputy chairman* van KPMG en voorheen vice-voorzitter Tax.

Coördinatiegroep Constructiebestrijding

Het ministerie van Financiën heeft vanaf 1988 een 'Coördinatiegroep Constructiebestrijding (CCB)'. Op de website lezen we: 'De CCB buigt zich over in de praktijk voorkomende constructies en brengt de bestrijdingswijze van nieuwe constructies en van bestaande constructies waarvan door middel van jurisprudentie de contouren inmiddels zijn uitgekristalliseerd, ter kennis van de Belastingdienst. Het is van belang dat de CCB inzicht krijgt in de omvang en de verschijningsvorm van mogelijk te bestrijden constructies. De inspecteurs wordt dan ook verzocht de in hun praktijk voorkomende gevallen te signaleren bij het secretariaat van de CCB.' Niemand is echter bereid het werk van de CCB nader toe te lichten. Roel van Koperen, woordvoerder van Financiën: "De Belastingdienst vindt dat er genoeg duidelijk wordt uit openbare stukken. Verantwoording wordt afgelegd aan de Tweede Kamer. Over bijvoorbeeld het rulling-beleid zijn veel Kamervragen gesteld en de antwoorden daarop zijn openbaar. Ook bestaat de angst dat er te snel gesproken zou gaan worden over individuele belastingplichtigen en daarover bestaat geheimhoudingsplicht."

Henk Langendijk: "Lage kwaliteit van winst"

Henk Langendijk, hoogleraar externe verslaggeving aan Nyenrode en de Universiteit van Amsterdam, ergert zich al lange tijd aan bedrijven die voor hun winst te zeer leunen op fiscale constructies. Hij spreekt dan van "een zeer lage kwaliteit van de winst". Langendijk: "Parmalat had 35 vehikels in *tax havens*: Luxemburg, Malta, Nederland, de Kaaiman Eilanden, ga zo maar door. Enron had een fiscale druk van acht procent waar het 35 procent had moeten zijn, dat is uitgerekend. Bedrijven zouden helder naar de markt moeten communiceren hoeveel procent van de omzet en fiscale winstvoordelen wordt behaald in dergelijke belastingparadijzen. Dan is er uiteraard het gevaar dat ontstaat als de firma van de controlerend accountant dergelijke riskante fiscale constructies adviseert. De onafhankelijkheid van de auditor kan op deze manier onder hevige druk komen te staan. De oplossing is simpel: geen tax meer bij controleklanten, ook niet voor het simpelste werk. Onafhankelijkheid heeft zijn prijs. Voor de public interest entities moet in elk geval gaan gelden: audit only!"

'Bedrijven zouden moeten communiceren hoeveel procent van de omzet en fiscale voordelen wordt behaald in belastingparadijzen.'

Richard Smith, op dat moment vice-voorzitter Tax, is van zijn functie ontheven maar blijft 'binnen boord'. Het nieuws sloeg in als een bom. De IRS doet nog altijd onderzoek naar KPMG's belastingpraktijk. Deloitte komt in de stukken uit de VS niet voor. Opmerkelijk, want deze firma speelde een sleutelrol bij Enron's *tax evasion*.

'Net zo wijd verbreid'

De consequenties van dit alles voor de belastingpraktijken van de big four zijn nog moeilijk in te schatten. Het is in elk geval koren op de molen van de voorvechters van de 'audit only-firma' (zie kader Henk Langendijk). Dat het 'product' tax shelter met het vertrek van accountantskantoren uit die markt tot het verleden behoort, is overigens niet aannemelijk. De Amerikaanse Senaat concludeerde na

alle onderzoeken en verhoren in de eindrapportage dat per eind 2003 'tax shelters net zo wijd verbreid zijn als vroeger, dit ondanks verzekeringen door vele grote namen in de belastingpraktijk dat de ernstigste misstanden tot het verleden behoren. De tax shelter-industrie als geheel blijft actief en ontwikkelt nieuwe producten, brengt twijfelachtige shelters op de markt voor talloze individuen en bedrijven, en blijft op onheuse wijze doorgaan met het onttrekken van miljarden dollars aan de schatkist'. ■

Noot

Bronnen: *New York Times*, *The Guardian*, *The American Lawyer*, *The Accountant*, *AccountingWeb*, *Business Crimes*, www.irs.org, *New York Law Journal*, *International Accounting*, www.minfin.nl.