UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De strafrechtelijke aanpak van dividendstripping

Lammers, M.H.W.N.

DOI
10.5553/NTS/266665532024005003006

Publication date
2024

Document Version
Final published version

Published in
Nederlands tijdschrift voor strafrecht

License
Other

Link to publication

Citation for published version (APA):
Lammers, M. H. W. N. (2024). De strafrechtelijke aanpak van dividendstripping. *Nederlands tijdschrift voor strafrecht*, *5*(3), 160-168. Article 39. https://doi.org/10.5553/NTS/266665532024005003006

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:10 Oct 2026

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

Artikel

De strafrechtelijke aanpak van dividendstripping

Mr. M.H.W.N. (Marloes) Lammers*

NTS 2024/39

1. Inleiding

Leuker kunnen we het niet maken, wel makkelijker. De Belastingdienst zal in de dossiers over kwesties met dividendbelasting het vaak niet met hun eigen, oude, slogan eens zijn. In dit geval geldt, in de ogen van de Belastingdienst, eerder de slogan, leuker kunnen we het niet maken, makkelijker ook niet.

In Nederland geldt een dividendbelasting van 15% over dividenden die door Nederlandse bedrijven worden uitgekeerd. Voor een groot deel van de ontvangers van dit dividend (aandeelhouders dus), is deze dividendbelasting een voorheffing op de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting. Dat betekent dat deze partijen eigenlijk geen dividendbelasting hoeven te betalen omdat ze dit bedrag aan belasting verrekenen via de belastingaangifte. Er is echter ook een deel waarvoor de dividendbelasting een eindheffing is. Dat zijn aandeelhouders die geen aanspraak kunnen maken op de verrekening van dividendbelasting omdat ze bijvoorbeeld in het buitenland zijn gevestigd. Voor een deel van deze laatste groep aandeelhouders geldt dat zij door de Belastingdienst worden beschuldigd van dividendstrippen.

Dividendstrippen houdt in dat een aandeelhouder het recht op dividend overdraagt aan een ander (rechtspersoon, natuurlijk persoon of lichaam) die een gunstiger recht heeft op teruggaaf, vermindering of verrekening van de op het dividend ingehouden dividendbelasting dan de oorspronkelijke aandeelhouder.[1] Dat doet de aandeelhouder meestal door kort voor de dividenddatum het aandeel over te dragen aan de andere partij om het aandeel daarna weer terug te nemen. Voor de overdracht en teruggave van het aandeel zijn meerdere opties mogelijk.

Bij dividendstrippen wordt door veel personen meestal meteen gedacht aan de cum/ex-zaken die op dit moment in Duitsland een grote rol spelen in de strafrechtpraktijk. Bij cum/ex-transacties worden aandelen verkocht voor de datum waarop het dividend wordt vastgesteld, maar vindt de levering van die aandelen plaats na deze datum. Daardoor krijgt de koper het dividend en moet de verkoper een vervangende betaling doen. Deze transacties onderscheiden zich van de zogenoemde cum/cum-transacties waarbij aandelen vlak voor de datum waarop het dividend wordt vastgesteld, worden gekocht om het dividend te krijgen om na die datum weer snel te worden verkocht. Het belangrijkste onderscheid tussen deze twee soorten transacties is dus dat bij cum/ex-transacties gebruik wordt gemaakt van de tijd tussen de verkoop en de levering van de aandelen terwijl cum/

* Mr. M.H.W.N. (Marloes) Lammers is advocaat fiscale (fraude)zaken bij HuygenLammers Advocaten en docent formeel belastingrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 Persbericht Hoge Raad 19 januari 2024, www.hogeraad.nl/actueel/nieuwsoverzicht/2024/januari/hoge-raad-fiscale-wettelijke-maatregel-geeft-uitputtende-regeling/#:~:text=Dividendstripping%20houdt%20in%20dat%20een,dividendbelasting%20dan%20de%20oorspronkelijke%20aandeelhouder.

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

cum-transacties erop zijn gericht om aandelen snel te kopen en snel te verkopen.

Door het Duitse openbaar ministerie worden verschillende (rechts)personen verdacht van cum/ex-transacties en van het opzettelijk ten onrechte claimen van dividendbelasting over dividendvervangende vergoedingen of het dubbel terugvragen van dividendbelasting. Daarmee ontstaat direct een belangrijk onderscheid met de discussies die in Nederland plaatsvinden. Nederland kent namelijk geen dividendvervangende vergoedingen en er zijn ook geen situaties geconstateerd of mogelijk dat de dividendbelasting dubbel is teruggevraagd.

In Nederland gaat het dus meestal enkel en alleen om de vraag wie of wat de uiteindelijk gerechtigde en dus de opbrengstgerechtigde is tot de dividenden en of dus de juiste (rechts)persoon of het juiste lichaam om teruggave van dividendbelasting heeft gevraagd. Daarover kunnen partijen (de belastingplichtige en de Belastingdienst) van mening verschillen. Die meningsverschillen leiden niet alleen tot fiscale discussies, maar inmiddels ook tot drie strafzaken die in behandeling zijn bij het openbaar ministerie en worden onderzocht door de FIOD.[2]

Of een zaak fiscaalrechtelijk (door de Belastingdienst) of strafrechtelijk (door het openbaar ministerie) wordt behandeld, wordt bepaald aan de hand van de criteria in het Protocol AAFD.[3] Als het nadeelbedrag (het bedrag aan belasting dat te weinig is betaald of geheven) meer dan € 100.000 bedraagt, dan wordt de zaak door de Belastingdienst aangemeld voor strafrechtelijke afdoening. Daarnaast moet uiteraard sprake zijn van opzet op het te weinig betalen of afdragen van die belasting. In het overleg tussen de Belastingdienst, FIOD en openbaar ministerie wordt vervolgens beoordeeld of strafrechtelijke afdoening opportuun is. Als dat het geval is, wordt het strafrechtelijk onderzoek geopend en zal in dat kader onderzoek worden verricht.

Door de hoofdofficier van justitie van het Functioneel Parket is opgemerkt dat in hun ogen de omvang echt groot, bijna bedrijfsmatig is. Daarbij merkt hij ook op dat sprake is van een ernstige vorm van georganiseerde wittenboordencriminaliteit. Gelet op deze uitlatingen is in het afstemmingsoverleg tussen de Belastingdienst, de FIOD en het openbaar ministerie dus de conclusie getrokken dat een strafrechtelijke vervolging in deze zaken opportuun is. Kennelijk ontbreekt het het openbaar ministerie nog wel aan informatie, want de hoofdofficier van justitie van het Functioneel Parket heeft betrokkenen bij deze kwestie opgeroepen om zich te melden bij de FIOD of het openbaar ministerie om informatie te verstrekken. Deze personen zouden in ruil daarvoor strafvermindering krijgen.

2 https://nos.nl/artikel/2479957-om-mogelijk-honderden-mensen-deden-mee-aan-miljardenfraude-met-dividend.

3 Protocol AAFD 2023, *Stcrt.* 2023, 16878.

Duidelijk is wel dat de Belastingdienst en ook het openbaar ministerie (en dus de FIOD) van het bestrijden van dividendstripping een hoofdthema hebben gemaakt.[4] Ook de inmiddels opgestapte staatssecretaris van Financiën, Folkert Idsinga, heeft zich in het verleden een fervent voorstander getoond van de aanpak van dividendstripping.[5] Daaruit kunnen we geen andere conclusie trekken dan dat dit thema de komende jaren de fiscale (strafrechtelijke) agenda zal blijven domineren.

Het is alleen de vraag of het openbaar ministerie überhaupt tot strafvervolging moet willen komen. In dit artikel bespreek ik daartoe de (on)mogelijkheden.

2. Verrekenen van dividendbelasting (voorheffing)

Artikel 25 Wet VPB 1969 bepaalt de wijze waarop moet worden omgegaan met de voorheffingen van rechtspersonen die belast zijn met vennootschapsbelasting. Een van die voorheffingen is, zoals gezegd, de dividendbelasting. De dividendbelasting wordt dus behandeld als een vooruitbetaling op de aanslag vennootschapsbelasting.

Van dividendstripping wordt gesproken als aandelen waarop op korte termijn een dividenduitkering wordt ontvangen worden overgedragen (verkocht) aan een andere (rechts)persoon of een ander lichaam[6] die/dat meer mogelijkheden heeft om de verschuldigde dividendbelasting te verrekenen of terug te vragen. Nadat het dividend is uitgekeerd, en de dividendbelasting dus is ingehouden, koopt de eerste partij de aandelen weer terug. De persoon of het lichaam die/dat de aandelen korte tijd in bezit heeft gehad, kan vervolgens de dividendbelasting als voorheffing in de aangifte inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting meenemen. De prijs waarvoor de aandelen terug worden gekocht hoeft niet noodzakelijkerwijs dezelfde prijs te zijn als waarvoor de aandelen zijn gekocht. De prijs is namelijk afhankelijk van het moment van verkoop en van terugkoop, maar ook van de marktbewegingen en andere factoren.

De vraag die bij deze gang van zaken opkomt, is of de verkoper van de aandelen met in het vooruitzicht het dividend, het belang bij de aandelen is blijven behouden. Als dat het geval is, dan verhindert dat het claimen

4 *Stcrt.* 2024, 5590.

5 Zie bijvoorbeeld de beantwoording door voormalig staatssecretaris Van Rij op vragen die door Idsinga als toenmalig lid van de Tweede Kamer (NSC) zijn gesteld op 22 januari 2024.

6 Vanaf 1 januari 2023 is de tekst van artikel 25, lid 2, Wet VPB 1969 gewijzigd. De zin 'een natuurlijk persoon of rechtspersoon die' is vervangen door 'een natuurlijk persoon die of lichaam dat'. Dit om ervoor te zorgen dat de antimisbruikmaatregelen zich niet alleen beperken tot rechtspersoon of natuurlijke personen maar ook geldig zijn voor een niet-transparant lichaam zonder rechtspersoonlijkheid.

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

van de dividendbelasting als vooraftrek bij de andere partij.

Dividendstripping kan zich in verschillende hoedanigheden voordoen. Een daarvan is de zogenoemde 'Hollandrouting'. In dat geval komen de aandelen van een buitenlandse aandeelhouder (zonder mogelijkheid tot verrekening van dividendbelasting) in handen van een Nederlandse partij die wel mogelijkheden heeft tot het verrekenen van de dividendbelasting. Een andere mogelijkheid is de zogenoemde 'Treaty shopping'. Met deze mogelijkheid wordt gedoeld op het overdragen van de aandelen van de ene buitenlandse aandeelhouder aan een andere buitenlandse aandeelhouder. Deze laatste aandeelhouder heeft op basis van een gesloten belastingverdrag recht op een (gedeeltelijke) verrekening van de ingehouden dividendbelasting.

Door de Belastingdienst zijn in het verleden verschillende pogingen gedaan om dividendstripping een halt toe te roepen. Daarbij ging het dan om een structuur die de 'bijnaam' Hollandrouting heeft gekregen.[7] In die structuur verkoopt een buitenlandse aandeelhouder zijn aandelen met recht op dividend (cum dividend) aan een binnenlands belastingplichtige die recht heeft op verrekening of teruggaaf van dividendbelasting. Nadat de binnenlands belastingplichtige het dividend heeft ontvangen, worden de aandelen weer terug verkocht aan de buitenlandse partij. De Belastingdienst heeft deze structuren in verschillende zaken voorgelegd aan de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft in deze arresten juridische kaders geboden aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de feiten en omstandigheden in een bepaalde structuur tot de conclusie kunnen leiden dat sprake is van dividendstripping. In het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2001 oordeelde de Hoge Raad dat een binnenlands belastingplichtige die medewerking verleent aan de zogenoemde 'Hollandrouting' niet direct beticht kan worden van het ontgaan van de heffing van dividendbelasting. Om dat motief op deze binnenlands belastingplichtige te kunnen plakken, had de Belastingdienst met meer en/of andere argumenten moeten komen, aldus de Hoge Raad.

De uitkomst van de procedure over de 'Hollandrouting' in het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2001 vond de wetgever onwenselijk en daarom zijn aan artikel 25 Wet VPB 1969 antimisbruikbepalingen (lid 2) toegevoegd. Deze bepalingen moeten ervoor zorgen dat het belang bij de aandelen daadwerkelijk van de ene partij naar de andere partij is overgegaan. In dat kader is de term uiteindelijk gerechtigde geïntroduceerd. Tot 1 januari 2024 lag de bewijslast hiervan bij de Belastingdienst. Met ingang van 1 januari 2024 is dit gewijzigd en dient de (rechts)persoon die of het lichaam dat een beroep doet op de verrekening van dividendbelasting aannemelijk te maken dat hij de uiteindelijk gerechtigde is tot het dividend. Deze wijziging is doorgevoerd om de aanpak van dividendstripping beter mogelijk te maken, aldus de parlementaire geschiedenis.[8] Daarnaast is in lid 3 van artikel 25 Wet VPB 1969 nog een nadere invulling gegeven aan het begrip 'samenstel van transacties' dat in de antimisbruikbepalingen van lid 2 wordt gehanteerd.

In het kader van de bestrijding van dividendstripping is door de FEC-projectgroep[9] Dividendstripping een kennisdocument 'Dividendstripping' opgesteld dat aan specialisten werkzaam bij onder andere de Belastingdienst, FIU en het openbaar ministerie, is verstrekt.[10] Dit kennisdocument zou deze specialisten helpen bij het detecteren van dividendstripping, maar ook bij de bestrijding daarvan. De vraag is echter of dit kennisdocument uit 2021 wel een objectieve informatiebron is voor deze specialisten. Het kennisdocument gaat namelijk ten onrechte uit van een te beperkte uitleg van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde'.[11] Daarnaast neemt het kennisdocument jurisprudentie als uitgangspunt die inmiddels door een hogere rechter (hof of zelfs Hoge Raad) al weer is vernietigd. Door de FEC-projectgroep worden bepaalde handelsstrategieën aangemerkt als evidente hoofdvormen van dividendstripping, terwijl niet evident is dat aan de eisen van de antimisbruikbepalingen wordt voldaan.[12] Of het kennisdocument een upgrade krijgt naar aanleiding van deze nieuwe ontwikkelingen is niet duidelijk. Vooralsnog is nog geen nieuwe versie van het document gepubliceerd.

3. Uiteindelijk gerechtigde

Het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' is, volgens de wettekst van artikel 25 lid 2 Wet VPB 1969 essentieel bij de bepalingen omtrent het bestrijden van dividendstripping. De verrekening van dividendbelasting als voorheffing is namelijk niet mogelijk als degene die het dividend heeft ontvangen en voor wiens rekening de dividendbelasting is ingehouden, niet de uiteindelijk gerechtigde is. De wet bevat geen definitie van wie onder dit begrip moet worden begrepen. Uit een recent arrest van de Hoge Raad van 19 januari 2024 volgt ook dat het beoordelen van de vraag wie de uiteindelijk gerechtigde is, niet de eerste stap is die moet worden gezet bij

7 Ik doel dan op de arresten van de Hoge Raad van 25 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AX3999 en 6 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5639 (*Marketmaker*-arrest), alsmede het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0156.

8 Wetsvoorstel overige fiscale maatregelen 2024, *Kamerstukken* II 2023/24, 36420, nr. 3.

9 De FEC-projectgroep is onderdeel van het Financieel Expertise Centrum (FEC), een samenwerkingsverband tussen autoriteiten met een toezichts-, controle-, vervolgings- of opsporingstaak in de financiële sector. Het doel van FEC is onder andere het uitwisselen van informatie over onderzoeksmethoden, fraudeprofielen, het ontwikkelen van expertise voor opsporingsonderzoeken en het gezamenlijk onderkennen van strafbare feiten.

10 Financieel Expertise Centrum, *Kennisdocument Dividendstripping Extern*, 20 augustus 2021, www.fec-partners.nl/media/yifblbh0/20211119-kennisdocument-dividendstripping-extern.pdf.

11 Zie ook par. 3 van dit artikel over het arrest van de Hoge Raad van 19 januari 2024.

12 Zie ook D.J. Franssen, 'De kruistocht tegen dividendstripping', *WFR* 2023/34.

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

de beoordeling of sprake is van dividendstripping.[13] De eerste stap die de Hoge Raad eist, is namelijk het vaststellen wie de belastingplichtige is ten laste van wie de dividendbelasting is ingehouden ofwel wie is de opbrengstgerechtigde tot het dividend. De opbrengstgerechtigde heeft namelijk de mogelijkheid om de dividendbelasting te verrekenen, tenzij deze niet kwalificeert als de uiteindelijk gerechtigde. De bewijslast van de vraag wie de opbrengstgerechtigde is, rust op de belastingplichtige.[14]

Nadat is vastgesteld wie de opbrengstgerechtigde is, moet worden beoordeeld of die ook kwalificeert als de uiteindelijk gerechtigde. Voor deze beoordeling haalt de Hoge Raad het arrest van 6 april 1994 (*Marketmaker*-arrest) aan. Uit deze verwijzing volgt dat de Hoge Raad een vrij ruime uitleg hanteert voor het begrip 'uiteindelijk gerechtigde'. Daarmee wijkt de Hoge Raad af van het idee dat de wetgever had bij de invoering van de antimisbruikbepalingen van artikel 25 lid 2 Wet VPB 1969. De wetgever wilde namelijk bij de antimisbruikbepalingen een beperktere groep (rechts)personen en lichamen onder het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' laten vallen. Echter, als de wetgever dat voor ogen had, dan had de wetgever dat – aldus vrij vertaald het arrest van de Hoge Raad – in de wet moeten opnemen. Nu de wetgever dat niet heeft gedaan, moet voor de uitleg van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' de reeds bestaande, vrij ruime uitleg worden gehanteerd.

Belangrijk op dit punt is ook om vast te stellen dat de inspecteur de bewijslast draagt van het standpunt dat de opbrengstgerechtigde niet zou kwalificeren als uiteindelijk gerechtigde. Dat betekent dat voor zaken tot 1 januari 2024 de inspecteur het bewijs zal moeten leveren. Voor kwesties over dividendstripping na 1 januari 2024 heeft de wetgever de inspecteur, zoals hiervoor al is opgenomen, de helpende hand gereikt en kan de inspecteur meer leunen op het bewijs dat de opbrengstgerechtigde zal moeten leveren. Op dit punt voorzie ik echter niet meteen het ei van Columbus voor de inspecteur. Doordat de Hoge Raad uitgaat van een ruime uitleg van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' zal het voor de inspecteur lastig zijn om dividendstripping te bestrijden. Bovendien moet voor het bepalen van de vraag of een (rechts)persoon of lichaam de opbrengstgerechtigde is (artikel 1a Wet DB 1965) ook worden gekeken naar de wetgeving van het land waar de verkoper van de aandelen met het toekomstige dividend is gevestigd. Afhankelijk van die wetgeving moet worden beoordeeld of de verkoper een vorm van belang bij de aandelen heeft behouden die ertoe leidt dat hij of zij kan worden aangemerkt als de opbrengstgerechtigde op de dividenden.

In het tweede lid van artikel 25 Wet VPB 1969 is bovendien slechts een beperkt aantal situaties genoemd waarbij de ontvanger van het dividend niet de uiteindelijk gerechtigde is. Daarbij gaat het om situaties waarin de opbrengst die is genoten door de bezitter van het aandeel of het dividend in feite wordt gedeeld (tegenprestatie) met de (rechts)persoon die of lichaam dat zelf niet tot bijvoorbeeld verrekening van de dividendbelasting kon overgaan. Kortom, de situaties die worden genoemd in dit artikellid beperken zich tot (rechts)personen of lichamen die hun oorspronkelijke belang bij het aandeel direct of indirect hebben behouden of dat na de dividenddatum opnieuw verkrijgen door een samenstel van transacties. Dat samenstel van transacties wordt verder uitgewerkt in lid 3 van artikel 25 Wet VPB 1969 en bespreek ik in paragraaf 4. Voordat ik daartoe overga, is het belangrijk om te vermelden dat de situaties die worden genoemd in artikel 25 lid 2 Wet VPB 1969 in de ogen van de Hoge Raad een limitatieve opsomming zijn. De Hoge Raad oordeelt in het *Morgan Stanley*-arrest[15] namelijk expliciet dat de tweede volzin van artikel 25 lid 2 in samenhang met artikel 25 lid 3 Wet VPB 1969 een uitputtende regeling bevat. Dit dus in tegenstelling tot de inspecteur van de Belastingdienst (fiscale zaken) en het openbaar ministerie (strafzaken) die graag hadden gezien dat het begrip uiteindelijk gerechtigde zeer beperkt werd uitgelegd.

4. Samenstel van transacties

In het derde lid van artikel 25 Wet VPB 1969 heeft de wetgever een nadere uitwerking gegeven aan het begrip 'samenstel van transacties' dat in het tweede lid wordt genoemd. Daarbij heeft de wetgever het oog op:

- transacties op een gereglementeerde effectenbeurs of markt;
- transacties die betrekking hebben op de enkele verwerving van een of meer dividendbewijzen of op de vestiging van kortlopende genotsrechten op aandelen;
- transacties die rechtens dan wel in feite direct of indirect zijn aangegaan door een met de belastingplichtige verbonden lichaam of (rechts)persoon.

In deze drie situaties is sprake van een samenstel van transacties en moet ervan worden uitgegaan dat de opbrengstgerechtigde niet de uiteindelijk gerechtigde is, hetgeen aan de verrekening of teruggaaf of vermindering van de dividendbelasting in de weg staat. Ook hier is van belang dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat sprake is van een limitatieve opsomming. Voldoet een samenstel van transacties niet aan de genoemde situaties dan kan dus niet tot een kwalificatie van 'samenstel van transacties' in de zin van artikel 25 lid 2 en 3 Wet VPB 1969 worden geconcludeerd.

Met de beperkte uitleg van artikel 25 lid 2 en 3 Wet VPB 1969 in de hand kunnen we vaststellen dat een belas-

13 HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:49 (*Morgan Stanley*).

14 HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1610.

15 HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:49 (*Morgan Stanley*).

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

tingplichtige niet als uiteindelijk gerechtigde kan worden beschouwd als hij:

i. in causaal verband met de genoten opbrengst (het dividend),
ii. een tegenprestatie (bijvoorbeeld het delen van de terugontvangen dividendbelasting) heeft verricht,
iii. als onderdeel van een samenstel van transacties,
iv. waarbij de opbrengst (het dividend) geheel of gedeeltelijk direct of indirect bij de oorspronkelijke aandeelhouder (die niet of in mindere mate was gerechtigd tot de vermindering, teruggaaf of verrekening van de dividendbelasting) terecht is gekomen,
v. terwijl die oorspronkelijke aandeelhouder zijn belang bij de aandelen (indirect) heeft behouden of weer heeft verkregen.

In deze uitleg zit een groot aantal factoren dat zal moeten worden bewezen. Alles bij elkaar is het dus niet zo eenvoudig voor de Belastingdienst of het openbaar ministerie om te kunnen stellen en door de rechter ook bewezen verklaard te krijgen dat sprake is van dividendstripping. Het wordt de Belastingdienst en het openbaar ministerie in mijn ogen nog moeilijker gemaakt door uitlatingen die door bewindspersonen en medewerkers van de overheid zijn gedaan.

5. Belastingontwijking of belastingontduiking?

Belangrijk is om vast te stellen of de structuren waar thans onderzoek naar wordt gedaan over de vraag of sprake is van dividendstripping, structuren zijn die belasting ontwijken of belasting ontduiken.

De eerste opmerking die in dit kader relevant is, is de opmerking van voormalig staatssecretaris Bos. In zijn reactie op het advies van de Raad van State over de aanpassing van belastingwetten in verband met dividendstripping merkte de staatssecretaris op:[16]

> *'De maatregel zal overigens alleen in evidente gevallen van dividendstripping worden ingeroepen. De bewijslast rust dan bovendien op de inspecteur. Dit betekent derhalve dat het niet in aanmerking komen voor verrekening, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting meer een theoretische kwestie is. Ik verwacht namelijk niet dat deze gevallen zich in de praktijk zullen voordoen; de bepaling zal vooral een regulerende werking moeten hebben.'*

Met andere woorden, de toenmalig staatssecretaris zag de aanpassingen van de wet als een theoretische exercitie omdat in zijn ogen evidente gevallen van dividendstripping niet aan de orde waren.

Daarnaast is van belang dat een van de speerpunten van het vorige kabinet was om belastingontwijking en belastingontduiking tegen te gaan. Deze termen worden in één adem genoemd, maar de definities ervan kunnen niet meer van elkaar verschillen. Bij belastingontwijking kiest een belastingplichtige de voor hem fiscaal meest gunstige regeling uit. De Hoge Raad heeft jaren geleden al geoordeeld dat dit is toegestaan.[17] En van die vrijheid maken we allemaal min of meer gebruik. Want wie schuift in het voorjaar van elk jaar niet met de hypotheekrenteaftrek tussen de fiscale partners om op het sublieme punt uit te komen waarop het meeste geld aan belasting wordt terugontvangen? Of wie rijdt in de zomervakantie niet via Luxemburg naar het vakantieadres om aldaar goedkoper benzine te tanken of sigaretten te kopen? Om onder de term 'belastingontwijking' te vallen is het dus van belang dat sprake is van een juridisch correcte structuur, zonder schijnhandelingen.

Belastingontduiking is echter van een andere orde. Bij belastingontduiking doet iemand expres (opzettelijk) een onjuiste of verkeerde belastingaangifte waardoor geen of te weinig belasting wordt betaald. Belastingontduiking is ook strafbaar gesteld in artikel 69 AWR.

Belastingontwijking is dus legaal, maar kan maatschappelijk wel discussie opleveren. In zijn opinie in het FD vraagt Stevens hiervoor al aandacht.[18] Hij merkt daarbij op dat belastingontwijking niet met belastingontduiking moet worden verward. Ook geeft hij aan dat de pijlen ofwel de maatschappelijke verontwaardiging zich beter kunnen richten op overheden die verstorende belastingconcurrentie stimuleren dan op ondernemingen die de geboden mogelijkheden benutten. Ook De Haan gaat in zijn opinie in NLFiscaal in op de vraag of het gebruikmaken van de fiscale mogelijkheden maatschappelijk ongewenst kan zijn.[19] Afdronk van deze opinies is dat belastingontwijking maatschappelijk ongewenst kan zijn, maar dat dit niet meteen betekent dat het illegaal en dus strafbaar is. Ook Weber laat zich in soortgelijke bewoordingen uit over de gebruikmaking van een gunstig(er) rechtsstelsel binnen de Europese Unie.[20] Onder verwijzing naar een groot scala aan Europese jurisprudentie werkt hij uit dat deze gebruikmaking in overeenstemming is met het doel van de interne markt en dat het profiteren hiervan op zichzelf niet als misbruik kan worden gekwalificeerd. Dat een dergelijk gebruik wellicht voor de andere lidstaat niet gewenst is omdat het aldaar een onttrekking aan het rechtsstelsel zou kunnen zijn, is vanuit nationaalrechtelijke invalshoek misschien verdacht te noemen, maar is vanuit Europees perspectief slechts een logisch gevolg van de grondslagen van de interne markt en dus in feite de andere kant van dezelfde medaille.

16 *Kamerstukken* II 1999/2000, 27896, nr. B.

17 HR 15 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC4970.

18 L. Stevens, 'Verwar belastingontduiking niet met belastingontwijking', *FD* 10 augustus 2020.

19 P.M. de Haan, 'Is de "derde weg" begaanbaar? Talentvol en fatsoenlijk als richtsnoer', *NLF Opinie* 2018/6.

20 D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, Europees Belastingrecht*, EBR.5.1.7.C.c, Deventer: Wolters Kluwer.

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

Bij belastingontwijking gaat het dus om de situatie dat een belastingplichtige een structuur optuigt om belasting te besparen. Die constructie kan in strijd zijn met doel en strekking van de wet. Dat levert dan niet de conclusie op dat sprake is van belastingontduiking en dus een strafbaar handelen, maar het kan wel het bijzondere rechtsmiddel 'fraus legis' in werking stellen. Bij de toepassing van fraus legis worden rechtshandelingen weggedacht of vervangen door andere rechtshandelingen met het oog op het in de belastingheffing trekken van de 'structuur'. Bij structuren waarvan wordt gesteld dat ze kwalificeren als agressieve tax-planning, wordt (vaak) een beroep gedaan op de toepassing van fraus legis om de belastingbesparing ongedaan te maken. Een voorbeeld daarvan is de Credit Suisse zaak.[21] In die zaak kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat de structuren van de bank weliswaar in overeenstemming zijn met de letter van de wet, maar in strijd zijn met de geest daarvan. Dat zorgt ervoor dat het fiscale voordeel dat met de structuur was beoogd, niet wordt behaald omdat dit door de toepassing van fraus legis wordt teruggedraaid. In deze zaak speelde ook de vraag of bij het corrigeren van deze structuur ook een vergrijpboete kon worden opgelegd. De conclusie is dat dit niet het geval is. De structuur kon enkel en alleen door middel van het bijzondere rechtsmiddel fraus legis worden aangepakt. Dat betekent dat de gewone wetsuitleg niet voldoende was om de structuur te bestrijden. Daaruit kan dan weer de conclusie worden getrokken dat het standpunt dat werd ingenomen door de bank kwalificeert als een pleitbaar standpunt en als daarvan sprake is kan niet worden bewezen dat de belastingplichtige opzettelijk (of grofschuldig) te weinig belasting heeft betaald.[22] Door het ontbreken van de opzet of de grove schuld worden niet alle bestanddelen van de delictsomschrijving vervuld en kan geen vergrijpboete worden opgelegd. Die lijn wordt ook doorgetrokken voor het geval in zo'n situatie sprake zou zijn geweest van een (fiscale) strafzaak. Ook in dat geval kunnen niet alle bestanddelen worden bewezen.

En als ik dan weer terugkeer naar de vraag of dividendstrippen belastingontwijking of belastingontduiking is, dan heeft de voormalig staatssecretaris van Financiën, Van Rij, daar op 27 januari 2023 een helder antwoord op gegeven. In zijn bericht op LinkedIn, naar aanleiding van een debat in de Tweede Kamer over het bestrijden van dividendbelasting en de tools die de Belastingdienst daarvoor in handen heeft, merkt hij op:

> '*Dividendstripping is een volstrekt onaanvaardbare vorm van* ***belastingontwijking****, die de Belastingdienst probeert aan te pakken. Hoe kunnen we de dienst nog meer middelen geven om dividendstripping te bestrijden?*'[23] [vet auteur]

Dividendstripping is dus belastingontwijking. Weliswaar, mogelijk of kennelijk ongewenst, maar het is dus geen belastingontduiking ofwel belastingfraude.

Deze uitlating van de voormalig staatssecretaris staat niet op zichzelf. Uit informatie uit een WOB-verzoek van 2019 volgt namelijk dat de afdeling Financiële Stabiliteit aan de staatssecretaris en de minister destijds (op 7 maart 2016) het volgende standpunt innam naar aanleiding van berichtgeving in het FD 'ABN en ING op Duitse lijst met verdachte banken in belastingschandaal':[24]

> *'Het peilmoment van de dividenduitkering bepaalt wie de aandelen op dat moment bezit en wie dividendbelasting moet afdragen. De partij die een aandeel dus cum-dividend koopt en dividend krijgt uitgekeerd, betaald eventueel dividendbelasting. Nu kan het zijn dat deze partij recht heeft op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting. Dit wordt dividend stripping genoemd. IN theorie kunnen problemen zich voordoen, wanneer door enkele achtereenvolgende aandelentransacties het onduidelijk is wie op het peilmoment de aandelen bezit en dus dividendbelasting moet betalen. Dat betekent ook dat onduidelijk is wie er recht heeft op eventuele vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting. Het kan zijn dat marktpartijen bewust meerdere transacties doen, om deze onduidelijkheid tot stand te brengen en zo onterecht meerdere malen om vermindering, teruggaaf of verrekening van de dividendbelasting vragen*. ***In dat geval is er mogelijk sprake van fraude en niet van dividendstripping. Bij dividend stripping gaat het namelijk om het tijdelijk verhangen van het juridische belang in een aandelenpakket naar een partij die in een betere dividendbelastingpositie zit. Om dividend stripping te voorkomen, kan op basis van belastingverdragen alleen de uiteindelijk gerechtigde (beneficial owner) van het dividend aanspraak maken op vermindering, verrekening of teruggaaf van dividendbelasting***.' [vet auteur]

Ook in 2019 werd dividendstripping dus al niet gezien als belastingontduiking (fraude) maar als belastingontwijking. Bovendien wordt de uitlating van de voormalig staatssecretaris van Financiën (de heer Van Rij) in 2023 in een (interne) e-mail van politiemedewerkers nog eens bevestigd. In een e-mail van een medewerker van

21 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

22 Een pleitbaar standpunt is volgens de Hoge Raad een standpunt over de interpretatie of toepassing van het (fiscale) recht dat in redelijkheid, naar objectieve maatstaven, verdedigbaar is. De belastingplichtige kan dan redelijkerwijs menen juist te handelen, gelet op de stand van de jurisprudentie en de heersende leer. Bij een pleitbaar standpunt kon de belastingplichtige bij het indienen van de aangifte redelijkerwijs aannemen dat de aangifte juist was, zodat hij niet bewust een aanmerkelijke kans heeft aanvaard op het doen van een onjuiste aangifte. Doordat de belastingplichtige niet bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard op het doen van een onjuiste aangifte wordt niet voldaan aan de voorwaarden voor voorwaardelijk opzet. Zie ook HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:970.

23 www.linkedin.com/posts/marnixvanrij_dividendstripping-is-een-volstrekt-onaanvaardbare-activity-7024652505019994112-54Gv?.

24 Notitie van 7 maat 2016 van de afdeling Financiële Stabiliteit van het Ministerie van Financiën aan de staatssecretaris en de Minister van Financiën (nr. 2016000002268), gepubliceerd in het tweede deelbesluit op WOB-verzoek inzake dividendstripping van 10 mei 2019 met kenmerk 2019-0000056461, p. 8.

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

Politie | FIU-Nederland van zondag 8 juni 2023 is opgemerkt:

> '*Onlangs is er een interessante casus naar boven gekomen. Het betreft dividendstripping. Nu is dit in beginsel niet strafbaar, maar ik ga er van uit dat twee bedrijven dividend belasting terug vragen of iets in die richting. Dat maakt het dan weer wel strafbaar*.'[25]

Door deze medewerker van de politie/FIU-Nederland wordt dus een onderscheid gemaakt tussen één of meerdere keren dividendbelasting terugvragen. Als slechts één bedrijf dividendbelasting terugvraagt, past het in zijn visie binnen dividendstripping dat dat niet strafbaar is mits aan bovengeschetste voorwaarden wordt voldaan.[26]

Uit al deze uitlatingen kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat de wetgever en de uitvoerders van de wet van mening zijn dat dividendstripping niet strafbaar is. Hetgeen dus ook een strafrechtelijk onderzoek naar dividendstripping verhindert en zeker een strafrechtelijke veroordeling. Desalniettemin beoordeel ik in de volgende paragrafen of de wet de mogelijkheid biedt om tot een strafrechtelijke veroordeling te komen.

6. Strafbaarstelling

In de inleiding heb ik al naar voren gebracht dat op dit moment een drietal strafrechtelijke onderzoeken gaande zijn naar dividendstripping. Omdat die onderzoeken vooralsnog buiten de openbaarheid plaatsvinden, is het gissen naar de grondslag/grondslagen van deze onderzoeken. Desalniettemin is het interessant om te bezien uit welke grondslagen het openbaar ministerie mogelijk put. Zoals we hiervoor al hebben gezien, zijn de maatregelen om dividendstripping tegen te gaan in artikel 25 lid 2 Wet VPB 1969 opgenomen. Dit artikel bevat echter geen strafbaarstelling. Dat betekent dat we te rade zullen moeten gaan bij artikel 69 AWR of bij het Wetboek van Strafrecht.

Artikel 69 lid 2 AWR opzettelijk doen van onjuiste belastingaangifte

Artikel 69 lid 2 AWR bepaalt dat een belastingplichtige die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist of onvolledig doet, strafbaar is. De eerste vraag die dan moet worden beantwoord is of het verzoek om teruggave van dividendbelasting voldoet aan het begrip 'aangifte'.

Per 1 januari 2017 loopt men dan al tegen een probleem aan. Een teruggaafverzoek van dividendbelasting wordt sinds die datum niet meer als een belastingaangifte in de zin van de AWR aangemerkt, maar als een aanvraag tot het nemen van een beschikking in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb.[27] Als dus al sprake zou zijn van een (opzettelijk) onjuist verzoek tot teruggave dan voldoet dat dus niet aan de eisen van artikel 69 AWR, omdat geen sprake is van een bij de belastingwet voorziene aangifte. Daarmee valt dus ook direct de bijl om een (rechts)persoon te veroordelen via de fiscale route voor dividendstrippen. Het openbaar ministerie zal voor zaken van na 1 januari 2017 dus moeten uitwijken naar de strafbare feiten uit het Wetboek van strafrecht (bijvoorbeeld valsheid in geschrifte, artikel 225 Sr).

Voor zaken tot 1 januari 2017 of zaken waarin de voorbelasting in de aangifte vennootschapsbelasting is opgenomen, gaat dit verweer niet op. In die zaken moet worden beoordeeld of de belastingplichtige opzettelijk een onjuiste of onvolledige aangifte heeft ingediend. Daarbij zullen de feiten en omstandigheden van het betreffende dossier een rol spelen. Wat in ieder geval in alle zaken een rol zal spelen, is het pleitbare standpunt. In dat kader zal in (de lopende) strafzaken rekening moeten worden gehouden met het hiervoor al aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 19 januari 2024. In dit arrest heeft de Hoge Raad, na vele jaren van procederen, verduidelijkt onder welke omstandigheden een belastingplichtige als uiteindelijk gerechtigde kan worden aangemerkt. De opbrengstgerechtigde kan als uiteindelijk gerechtigde worden aangemerkt als hij vrijelijk over de opbrengst (het dividend) kan beschikken en bij de ontvangst van het dividend niet als lasthebber of zaakwaarnemer optreedt. Dit oordeel van de Hoge Raad zorgt ervoor dat de uitzonderingssituatie van artikel 25 lid 2 tweede volzin Wet VPB 1969 minder snel aan de orde is. Gelet op het oordeel van de Hoge Raad voldoet een opbrengstgerechtigde sneller aan de definitie van uiteindelijk gerechtigde dan waar het hof en dus ook de Belastingdienst en/of het openbaar ministerie van uitgaan. Doordat de Hoge Raad op dit punt duidelijkheid heeft moeten verschaffen, kan worden gesteld dat sprake is van een onduidelijke wet en een parlementaire geschiedenis die geen aanknopingspunten biedt voor de ruime uitleg die de Belastingdienst / openbaar ministerie graag aan deze wettelijke uitzonderingsbepaling (beperkte kring van opbrengstgerechtigden die uiteindelijk gerechtigden zijn) zou willen geven. Concreet betekent dit ook dat als zo veel jaren onduidelijkheid bestaat over de feiten en de kwalificatie daarvan, voor een strafrechtelijke veroordeling voor feiten die zich voor het arrest van 19 januari 2024 hebben voorgedaan, geen plaats is.[28] Zoals ook volgt uit de *Credit Suisse*-zaak moet de over-

25 Documenten bij besluit op Woo-verzoek van 5 december 2023, p. 1215.

26 Tot slot is prof. dr. J.L. (Jan) van de Streek bekend als een voorvechter van het bestrijden van constructies. In zijn interview voor NOS spreekt ook hij bij dividendstripping niet over belastingontduiking maar over belastingontwijking: '*Van de Streek wijst erop dat de term "uiteindelijk gerechtigde" vaag is en ruimte biedt voor ontwijkende constructies*', https://nos.nl/artikel/2491156-dividendstrippen-aangepakt-met-nieuwe-regels-maar-experts-zijn-kritisch.

27 Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 83 (memorie van toelichting).

28 Voor feiten die zich hebben voorgedaan na 19 januari 2024 geldt dat de Hoge Raad in ieder geval voor bepaalde punten helderheid heeft verschaft, waardoor bepaalde standpunten mogelijk niet langer pleitbaar kunnen zijn.

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

heid dan pas op de plaats maken en geen bestraffende maatregelen treffen.[29]

Al met al lijkt het mij dus een mijl op zeven voor het openbaar ministerie om in zaken over dividendstripping de strafrechter tot een strafrechtelijke veroordeling voor de overtreding van artikel 69 AWR te bewegen.

Artikel 225 Sr valsheid in geschrifte

Als artikel 69 AWR geen soelaas biedt, dan is het de vraag of sprake zou kunnen zijn van valsheid in geschrifte. In dit geval gaat het er dan om of in de belastingaangifte of in het verzoek om teruggaaf van dividendbelasting onjuiste feiten naar voren zijn gebracht. Als dat niet het geval is, dan strandt een strafrechtelijke vervolging al snel.
Volgens de eerder al aangehaalde FEC-projectgroep zou een vervolging wegens valsheid in geschrifte mogelijk zijn als in de aangifte of in het verzoek om teruggaaf van dividendbelasting onjuiste informatie is vermeld. Daarbij haalt de FEC-projectgroep als voorbeeld aan dat de indiener van de aangifte of het verzoek vermeldt dat hij de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden is. Noch het aangiftebiljet noch een verzoek tot teruggave van dividendbelasting spreekt echter over uiteindelijk gerechtigde. Dat is een kwalificatie die we alleen tegenkomen in de antimisbruikbepalingen van artikel 25 lid 2 Wet VPB 1969.

Noch in een aangifte noch in een verzoek kan sprake zijn van het kwalificeren van feiten. Dat is namelijk iets dat is voorbehouden aan de Belastingdienst. Een belastingplichtige dient in de aangifte of het verzoek enkel de feiten te vermelden. Die feiten kunnen leiden tot een belastingheffing of een teruggave van belasting. De belastingplichtige dient derhalve de juiste feiten te vermelden. Enkel en alleen wanneer dat niet wordt gedaan zou kunnen worden gesteld dat sprake is van onjuiste informatie.

Of een belastingplichtige de opbrengstgerechtigde is tot de dividenden en vervolgens ook kwalificeert als de uiteindelijk gerechtigde is iets dat op basis van de feiten vermeld in het aangiftebiljet of het verzoek moet worden beoordeeld. Mocht daaruit de conclusie worden getrokken dat iemand anders de opbrengstgerechtigde is, dan kan dat leiden tot afwijzing van het verzoek om teruggaaf. In dat geval zou de Belastingdienst, of in een strafzaak het openbaar ministerie, zich eigenlijk op het standpunt moeten stellen dat sprake is van een intellectuele valsheid omdat de contracten tussen de koper en verkoper van de aandelen op zichzelf geen onjuiste informatie bevatten maar daarmee wellicht de werkelijkheid toch geweld wordt aangedaan, bijvoorbeeld omdat daarin bepaalde informatie is weggelaten.[30]

A-G Knigge betoogde in 2008 in zijn conclusie dat hoewel er geen juridische verplichting bestaat om bepaalde informatie te vermelden, dit niet uitsluit dat het weglaten van die informatie kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens valsheid in geschrifte. Doorslaggevend is of het achterhouden van de gegevens de werkelijkheid zodanig verdraait dat sprake is van misleiding. Dit wordt beoordeeld aan de hand van hoe het betreffende document, zonder de ontbrekende informatie, in het maatschappelijk verkeer wordt geïnterpreteerd, oftewel welke betekenis doorgaans aan het ontbreken van die informatie wordt toegekend.[31] Daarbij is het essentieel dat de potentiële valsheid betrekking heeft op de essentiële onderdelen van het geschrift. Dat betekent dat dus ook de bewijsbestemming van het document een rol speelt in de beoordeling. De keerzijde van dit argument van de Belastingdienst (of als het openbaar ministerie dat overneemt in een strafzaak) is dat de verdediging zich zal beroepen op de aanwezigheid van een pleitbaar standpunt. Eerder haalde ik die mogelijkheid in een fiscale procedure al aan. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dit pleitbare standpunt ook een rol speelt in het strafrecht.[32] De verdediging zal dan vermoedelijk ook een verweer optuigen waarin de pleitbaarheid moet worden beoordeeld binnen de kaders van de aanmerkelijke kans in het voorwaardelijke opzet. Waarbij gedacht kan worden aan een verweer waarom de verdediging op basis van objectieve gronden van mening is en was dat deze onderdelen niet in de overeenkomst van koop en verkoop van de aandelen op had hoeven te worden genomen of dat de feiten uit de overeenkomst op een andere manier geduid moeten worden.

Dat betekent in mijn ogen ook dat een strafrechtelijke vervolging wegens valsheid in geschrifte bij de bestrijding van dividendstrippingzaken niet zonder meer een gelopen race is voor het openbaar ministerie.

DAC6

Vanaf 1 januari 2021 moeten intermediairs (zoals belastingadviseurs) en/of belastingplichtigen mogelijke grensoverschrijdende fiscale constructies melden bij de Belastingdienst. Deze verplichting is ontstaan op grond van de DAC6-richtlijn vanuit Europa. De structuren die thans bij dividendstripping ter discussie worden gesteld, zijn allemaal van voor 1 januari 2021. Voor deze structuren geldt de meldplicht nog niet en dus kan de nieuwe wetgeving op die oude structuren nog niet worden toegepast. Mochten na 1 januari 2021 ook nog vergelijkbare structuren zijn opgetuigd, dan sluit ik niet uit dat deze structuren moeten worden gemeld onder de DAC6-regelgeving. Als een intermediair of belastingplichtige vervolgens niet voldoet aan deze meldplicht kan dit worden bestraft met een geldboete. Die geldboete kan oplopen tot € 900.000 per geval. Als een intermediair en/of belastingplichtige opzettelijk de verplichtingen van DAC6 niet nakomt, kan hij of zij ook strafrechtelijk worden vervolgd. Over deze kwestie zijn op dit moment nog geen onderzoeken bekend. Het is de vraag of dit

29 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (*Credit Suisse*).
30 Zie bijv. Hof Den Haag 13 maart 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:374.
31 Concl. A-G Knigge 22 januari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB6354, punt 23.
32 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542.

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl

Deze download van Boom uitgevers is enkel voor zakelijk gebruik binnen Universiteit van Amsterdam.

zich snel zal voordoen omdat sprake is van veel open normen waarvan de invulling nog niet duidelijk is. Als het openbaar ministerie deze nieuwe route via DAC6 op zou willen gaan, dan zijn daar ook de nodige verweren tegen te voeren. Denk daarbij aan het verstrekken van wilsafhankelijke informatie in de melding[33] of de werking van het Europese evenredigheidsbeginsel.

7. Conclusie

Al voor het arrest van de Hoge Raad van 19 januari 2024 was het voor de Belastingdienst en het openbaar ministerie een mijl op zeven om dividendstripping fiscaalrechtelijk en strafrechtelijk aan te pakken. Niet alleen staan de wettelijke bepalingen daaraan in de weg, ook de uitlatingen die door bijvoorbeeld de voormalig staatssecretaris Van Rij zijn gedaan, laten zien dat in Nederland de strafrechtelijke aanpak van dividendstripping niet aan de orde zou moeten zijn. Mogelijk ingegeven door de druk vanuit de maatschappij en dan met name de pers (denk aan alle berichten op Follow The Money) op dit punt of de verzoeken vanuit Duitsland is het bestrijden van dividendstripping toch een hot topic geworden. Met name gelet op alle kanttekeningen die er bij deze zaken te maken zijn, is het de vraag of het opportuun is om deze zaken voor de strafrechter te brengen. Als de Belastingdienst en/of het openbaar ministerie paal en perk wil (willen) stellen aan de mogelijkheid van dividendstripping dan moeten zij zich tot de wetgever wenden om de wet aan te passen en moet niet een (rechts)persoon of lichaam strafrechtelijk worden vervolgd omdat het een ongewenst neveneffect van de wet zou zijn. Een maatschappelijk debat daarover moet, in mijn ogen, in de maatschappij plaatsvinden en niet in het strafrecht.

33 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351.

doi: 10.5553/NTS/266665532024005003006

[Universiteit van Amsterdam] | www.boomportaal.nl