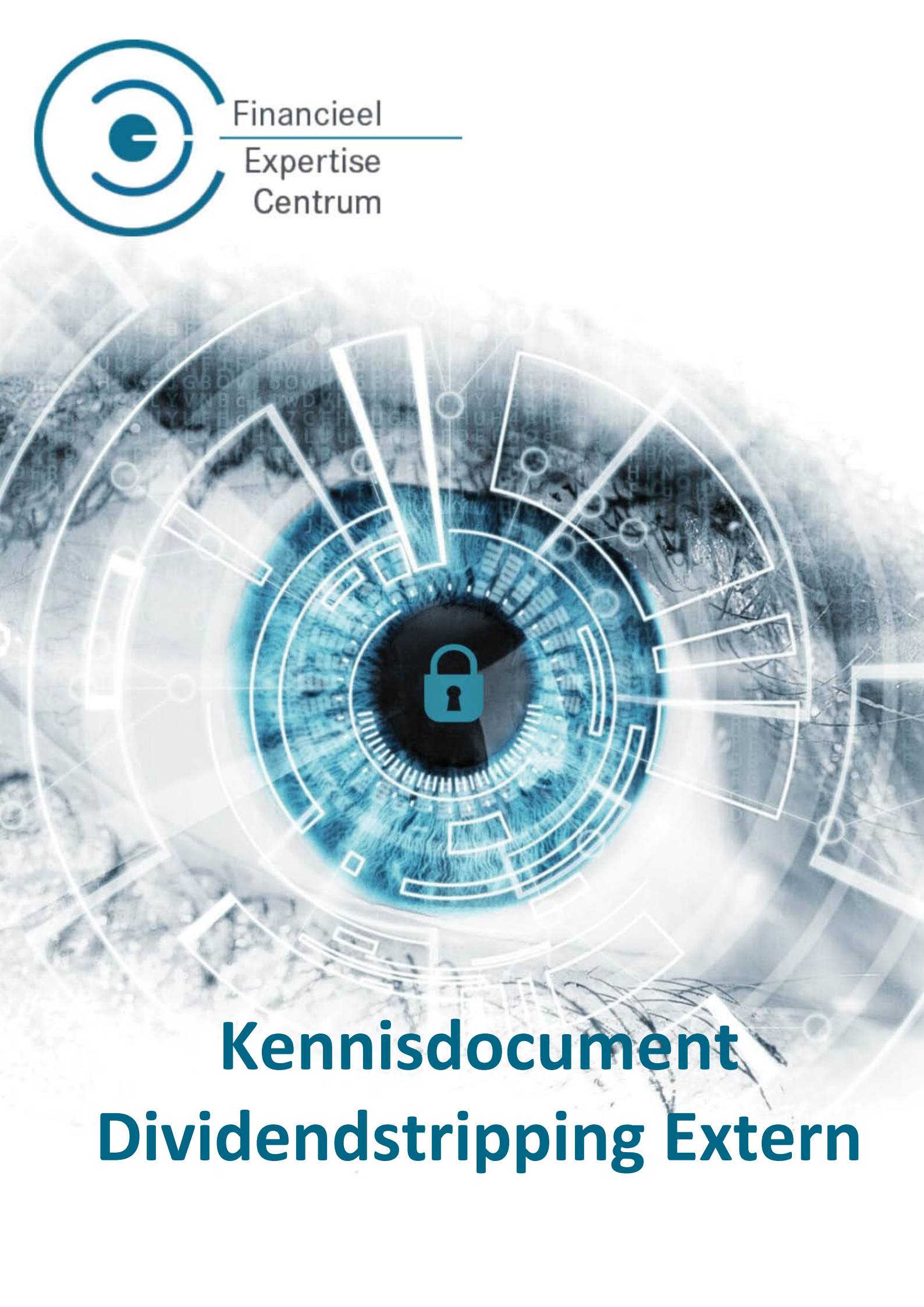




Kennisdocument Dividendstripping Extern

Kennisdocument Dividendstripping – Extern

Sponsor	(Belastingdienst)
Partners	Belastingdienst, FIOD, AFM, FIU-NL, OM
Projectleider	(Belastingdienst)
Projectbegeleider	(FEC Eenheid)
Start/einddatum	november 2020– juni 2021
Datum document	20 augustus 2021
Versienummer	2.6

Vanwege privacy aspecten en het strategisch belang voor het toezicht en de opsporing zijn enkele passages in dit document niet leesbaar gemaakt.

Inhoudsopgave

1	Inleiding	5
1.1	Kennis en inzicht	5
1.2	FEC-partners	5
1.3	Indeling van het kennisdocument	5
2	Dividendstripping	6
2.1	Inleiding	6
2.2	Dividend	6
2.3	Dividendbelasting	7
2.3.1	Wettelijk toegestane voorkoming eindheffing	8
2.3.2	Dividendstripping	8
2.4	Arbitrage en hedging	8
2.4.1	Arbitrage	9
2.4.2	Hedging	9
2.5	Dividendbelastingarbitrage (dividendstripping)	9
2.6	Hoofdvormen van dividendstripping	10
2.6.1	Securities lending/aandelenruitleen	11
2.6.2	Repurchase Agreement (REPO)	11
2.6.3	Long/short-strategie	11
2.7	Verhulling van dividendstripping	13
2.7.1	Verhulde Long/Short	13
2.7.2	Taalkundige verhulling	16
2.8	Strippers en Affaires: Schijn en wezen	17
3	Wettelijk kader	18
3.1	Inleiding	18
3.2	Nederlands burgerlijk recht	18
3.2.1	De gangbare praktijk	18
3.2.2	Bewaartekens en eigendom	18
3.3	Dividendbelasting en vennootschapsbelasting	19
3.3.1	Verrekening	20
3.3.2	Teruggaaf aan ingezeten rechtspersonen	20
3.3.3	Eindheffing bij niet-ingezeten personen	20
3.3.4	Teruggaaf aan niet-ingezeten personen	21
3.3.5	Bijzondere regeling	21
3.3.6	Vrijstelling aan de bron/snelle teruggaaf	21
3.3.7	Verrekening in het buitenland	21
3.3.8	Inhoudingsvrijstelling	21
3.4	Anti-misbruikbepalingen	22
3.4.1	Maatregelen tegen dividendstripping	22
3.5	Mandatory Disclosure Rules/DAC6	24
3.5.1	Wezenskenmerk A1	24
3.5.2	Wezenskenmerk A2	25
3.5.3	Wezenskenmerk A3	25
3.5.4	Wezenskenmerk B2	25
3.5.5	Wezenskenmerk B3	25
3.6	Wet financieel toezicht (Wft)	25
3.6.1	MiFID II	25
3.6.2	Integere en beheerste bedrijfsvoering	26
3.7	Europese Verordening marktmisbruik (MAR)	26
3.8	Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)	27
3.8.1	Doelstelling Wwft	27
3.8.2	Risico-georiënteerde benadering	27
3.8.3	Meldingsplichtige instellingen	28
3.9	Strafrecht: Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr)	28

3.9.1	Opzettelijk onjuiste aangifte Vpb	28
3.9.2	Niet nakomen meldplicht MDR/DAC6	29
3.9.3	Geen, onjuiste of onvolledige inlichtingen verstrekken	29
3.9.4	Ontneming bij fiscale delicten	29
3.10	Strafrecht: Wetboek van Strafrecht (Sr)	29
3.10.1	Oplichting	29
3.10.2	Valsheid in geschrift	30
3.10.3	Witwassen	30
3.10.4	Deelname aan een criminele organisatie	31
3.10.5	Vervolg van rechtspersonen	32
3.10.6	Deelnemingsvormen	32
3.10.7	Ontneming	32
3.10.8	Meldplicht Wwft	32
4	Detectie van dividendstripping	33
4.1	Inleiding	33
4.2	Tijdslijn	33
4.3	Passieve detectie	34
4.3.1	Opstellen en indienen aangifte Vpb, verzoek teruggave dividendbelasting	34
4.3.2	Mandatory Disclosure Rules (MDR/DAC6)	35
4.3.3	Suspicious transaction and order reports (STOR)	37
4.3.4	Meldingen ongebruikelijke transacties	37
4.4	Actieve detectie	38
4.4.1	NTRS data, FIRDS en STOR	38
4.4.2	Actief toezicht door de FEC-partners	40
4.5	Openbare bronnen	40
4.6	De detectiematrix	41
5	Terugdringen dividendstripping	43
5.1	Inleiding	43
5.2	Preventie	43
5.3	Detectie	43
5.3.1	Meldingen MDR, MAR en Wwft	43
5.3.2	Lopend toezicht	44
5.3.3	Restinformatie	44
5.4	Bewijslast	44
5.4.1	Het achterhalen van de belanghebbende	45
5.4.2	Vooraf afgestemde transacties	45
5.4.3	Economische realiteit, strijd met wet- en regelgeving	45
5.4.4	FEC-samenwerking	45
5.5	Wettelijke mogelijkheden handhaving	46
6	Bijlage A Voorbeelden van methoden en verhulling	47
6.1	Long short verhulling door cross border vormgeving	47
6.2	Cum - ex	48
6.3	Price return swaps	49
6.4	Total return swap	51
6.5	Voorkoming dubbele belasting	51
6.6	Dividendrechten	51
6.7	Opties	53
7	Bijlage B Begrippenlijst	57
8	Bijlage C Handhaving door FEC-partners	62
9	Bijlage D Indicatoren Ongebruikelijke Transacties (OT)	64

1 Inleiding

1.1 Kennis en inzicht

Dit kennisdocument is één van de resultaten van de FEC-projectgroep 'Dividendstripping' zoals beschreven in het rapport dat is vastgesteld door de FEC-raad. Het bevat opgedane kennis over dividendstripping. Opgedane kennis en inzichten blijven op deze manier behouden en kunnen op een gemakkelijke manier gedeeld worden met andere FEC-partners. Ook kan het kennisdocument een rol vervullen bij gerechtelijke procedures en bij het geven van 'guidance' aan partijen die actief zijn op de financiële markten.

Activiteiten die hiervoor hebben plaatsgevonden bestonden uit:

- literatuurstudie;
- open bronnenonderzoek;
- analyse van (internationale) rechtspraak;
- het in kaart brengen van informatiebronnen die gebruikt kunnen worden bij het detecteren van dividendstripping;
- in kaart brengen wettelijk kader;
- opstellen van een hanteerbare set risico-indicatoren;
- in kaart brengen en beoordeling van mogelijkheden die de gezamenlijke FEC-partners hebben om dividendstripping terug te dringen.

1.2 FEC-partners

De volgende FEC-partners hebben een bijdrage geleverd aan het kennisdocument:

1. AFM
2. Belastingdienst
3. FIOD
4. FIU-Nederland
5. Openbaar Ministerie/Functioneel Parket

1.3 Indeling van het kennisdocument

Na de inleiding in hoofdstuk 1, wordt in hoofdstuk 2 uitgelegd wat dividendstripping is met een aantal hoofdvormen en de verhullende activiteiten die detectie bemoeilijken. Hierna gaat hoofdstuk 3 in op het wettelijk kader. In hoofdstuk 4 worden de voor detectie beschikbare informatiebronnen behandeld. De mogelijkheden voor terugdringing komen aan bod in hoofdstuk 5.

2 Dividendstripping

2.1 Inleiding

Dividendstripping betekent dat een partij (tijdelijk) juridisch gerechtigd tot dividenden wordt gemaakt om daarop drukkende dividendbelasting voor een ander te collecteren, die zonder deze tijdelijke overdracht de dividendbelasting niet kon terugkrijgen. De juridische eigendom van de aandelen¹ (de eigendom op basis van het civiele recht) gaat tijdelijk over naar "de stripper", terwijl het economische belang bij die aandelen niet overgaat, maar juist achterblijft bij de (buitenlandse) belegger. Men spreekt daarom ook wel van het tijdelijk parkeren van aandelen. Dividendstripping onderscheidt zich van normale effectentransacties, doordat in de periode waarin afstand wordt gedaan van de aandelen, het economisch belang bij die aandelen blijft rusten bij de oorspronkelijke aandeelhouder².

Dividendstripping heeft de afgelopen jaren op zeer grote schaal plaatsgevonden waarbij alleen al in Europa miljarden aan belastingen zijn gemoeid. Dividendstripping is niet alleen vanuit fiscaal perspectief kwalijk maar ook vanuit het perspectief van de integriteit van de financiële sector. Financiële instellingen blijken namelijk een prominente rol te spelen bij dividendstripping. Dit kan zijn als initiator van een structuur, als facilitator, verwerker of door voor eigen rekening te strippen. In de Market Abuse Regulation (MAR) zijn dergelijke strategieën, die samengaan met transacties in financiële instrumenten die geen economische ratio hebben anders dan het tijdelijk overdragen van het eigendom om fiscale redenen, gekwalificeerd als wash trades³ en daarmee manipulatief. Deze transacties vallen hiermee binnen de focus van het toezicht van de AFM.

In haar rapport van april 2020⁴ onderkende de European Banking Authority (EBA) het verband tussen dividendstripping en fiscale criminaliteit. EBA duidde het faciliteren van dividendstripping en het doorsluizen van daarmee verdiend vermogen als frauduleus en stelde ook dat daarmee de integriteit van de financiële sector wordt ondermijnd. In september 2020 deed de European Securities and Markets Authority (ESMA) de oproep dat nationaal en internationaal moet worden samengewerkt om dit soort fraude met dividendbelasting te voorkomen. De urgentie om dividendstripping adequaat te onderzoeken – en te vervolgen – wordt ook in steeds hogere mate gevoeld in de samenleving, de media, nationaal en internationaal.

2.2 Dividend

Dividend is de vergoeding die verschaffers van eigen vermogen ontvangen van de onderneming waaraan zij eigen vermogen ter beschikking hebben gesteld. Dividend wordt in de meeste gevallen één keer per jaar uitgekeerd nadat de winst over het jaar is vastgesteld, de hoogte van het uit te keren dividend door het bestuur is voorgesteld en door de algemene vergadering van aandeelhouders is vastgesteld. Het komt ook voor dat tussentijds een of meerdere (interim)dividenduitkeringen worden gedaan.

Onderstaande schema laat het proces rond de verwerking van dividenduitkeringen zien.

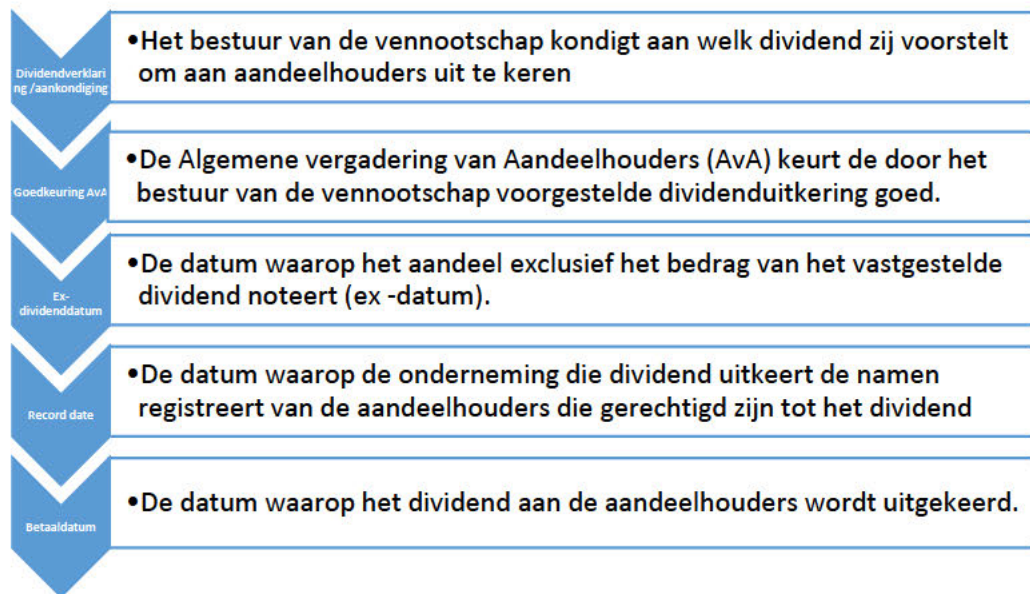
¹ Vollediger: de juridische gerechtigdheid tot het dividend, waaronder bijvoorbeeld ook het vruchtgebruik op aandelen. In paragraaf 2.6 wordt nader toegelicht hoe splitsing van juridisch en economisch eigendom er in de praktijk uit kan zien.

² MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27896, nr. 3, p. 2

³ Wash trades zijn transacties waarbij geen verandering plaatsvindt in eigendom en/of marktrisico of waarbij deze worden overgedragen aan samenspannende personen (anders dan repo's en securities lending). Zie hiervoor ook Bijlage 1 van de MAR onder A, punt c. (Interpretaties marktmanipulatie - AFM, juni 2016)

⁴

https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/News%20and%20Press/Press%20Room/Press%20Releases/2020/EBA%20publishes%20its%20inquiry%20into%20dividend%20arbitrage%20trading%20schemes%20%28%E2%80%9CCum-Ex/Cum-Cum%E2%80%9D%29/883661/EBA%20Report%20on%20inquiry%20into%20Cum-Ex.pdf



Onderstaand wordt een praktijkvoorbeeld gegeven voor het dividendproces voor het aandeel Koninklijke Olie.

Voorbeeld Koninklijke Olie (RDSA) 2021

	Q4 2020	Q1 2021	Q2 2021	Q3 2021
Aankondiging Dividend	4-2-2021	29-4-2021	29-7-2021	28-10-2021
Ex-dividend date	18-2-2021	13-5-2021	12-8-2021	10-11-2021
Record date	19-2-2021	14-5-2021	13-8-2021	12-11-2021
Betaaldatum	29-3-2021	21-6-2021	20-9-2021	20-12-2021

2.3 Dividendbelasting

Dividendbelasting is een belasting op dividendumuitkeringen. Het tarief in Nederland bedraagt 15% van het bruto-dividend. Dividendbelasting wordt ingehouden op de dividendumuitkering en afgedragen door de dividendumuitkerende onderneming. Een Nederlandse ontvanger van het dividend kan die dividendbelasting geheel terugkrijgen (bijvoorbeeld door verrekening met zijn verschuldigde inkomsten- of vennootschapsbelasting). Daarmee is de dividendbelasting voor een Nederlandse ontvanger van dividend een voorheffing, die als zodanig niet drukt op het inkomen of de winst.

Voor buitenlandse aandeelhouders kan dat anders liggen, die mogen die dividendbelasting namelijk niet altijd terugvragen. In dergelijke gevallen is de dividendbelasting een eindheffing. Deze eindheffing drukt wel op de winst van de buitenlandse dividendumontvanger⁵. Deze systematiek is internationaal gangbaar⁶.

Aandeelhouders proberen te voorkomen dat dividendbelasting als eindheffing op hun winst drukt.

⁵ Voor zover de buitenlandse ontvanger van het dividend in zijn eigen jurisdictie geen recht heeft volledige voorkoming van dubbele belasting.

⁶ Het verschil in behandeling tussen de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie is in verliesituaties mogelijk in strijd met de uitspraak van het HvJ van 22 november 2018 Sofina (C-575/17). Om deze strijdigheid met het EU-recht weg te nemen is het kabinet voornemens om per 1 januari 2022 de verrekening van dividendbelasting niet meer toe te staan in verliesjaren. Er zullen ingaande 2022 derhalve ook binnenlands beperkt verrekeningsgerechtigden kunnen zijn met een behoefte dat gevolg strippenderwijs te ontgaan.

2.3.1 Wettelijk toegestane voorkoming eindheffing

Een buitenlandse aandeelhouder kan op wettelijk toegestane wijze het nadeel van dividendbelasting als eindheffing voorkomen, bijvoorbeeld door vlak voor de dividenduitkering zijn aandelen cum dividend daadwerkelijk te verkopen aan een (logischerwijs) Nederlandse partij. Een Nederlandse koper van de aandelen ontvangt even later het dividend en kan de betaalde dividendbelasting terugvragen. In deze situatie is er juridisch gezien geen sprake van dividendstripping. Er is in deze situatie namelijk sprake van een reële verkooptransactie waarbij het volledige eigendom (juridisch en economisch) en de daarbij behorende (markt)risico's daadwerkelijk worden overgedragen en de verkopende partij op geen enkele wijze (economisch) belang houdt bij de verkochte aandelen.

De illegale voorkoming van dividendbelasting (dividendstripping) is de verkoop van de betreffende aandelen cum dividend, terwijl de verkoper toch op enigerlei wijze het (economisch) belang bij die aandelen behoudt.

2.3.2 Dividendstripping

Buitenlandse beleggers, bijvoorbeeld pensioenfondsen en verzekeraars, willen dividend ontvangen zonder 'last te hebben' van dividendbelasting. Tegelijkertijd willen ze wél doorlopend het economisch belang bij die aandelen behouden om koersresultaten te behalen. Zij moeten daarmee immers het risico op hun doorlopende verplichtingen afdekken. Met doorgaans zeer complex vormgegeven transacties proberen buitenlandse beleggers deze dubbelslag te slaan. We spreken dan van dividendstripping.

Het kenmerk van dividendstripping is dat de verkopende partij zijn economisch belang bij de aandelen behoudt en slechts tijdelijk het juridisch eigendom overdraagt. Men spreekt daarom ook wel van het tijdelijk parkeren van aandelen. Het tijdelijk parkeren van aandelen geeft geen recht op teruggave of verrekening van dividendbelasting.

Holland Routing en Treatyshopping⁷

Vanuit Nederlands heffingsperspectief is het risico van dividendstripping niet beperkt tot slechts de Nederlandse dividendbelasting. Stripping kan namelijk ook plaatsvinden met buitenlandse dividendbelasting, waarvoor Nederland voorkoming van dubbele belasting biedt. Het tijdelijk parkeren van Nederlandse én buitenlandse aandelen bij een Nederlandse partij teneinde een gunstiger dividendbelastingpositie te creëren wordt "*Holland Routing*" genoemd⁸.

Een andere vorm van dividendstripping wordt "*treatyshopping*" genoemd. Daarbij gaan Nederlandse aandelen, c.q. het recht op Nederlands dividend, over van de ene buitenlandse partij naar een andere buitenlandse partij met een gunstiger recht op teruggave dan de oorspronkelijke aandeelhouder. De vormgeving en uitvoering van dergelijke stripping-transacties vindt geheel plaats in het buitenland, (nagenoeg) zonder audit-trail in Nederland. Detectie van *treatyshopping* is daarom erg lastig. Het Kennis- en Expertisecentrum Buitenland van de Belastingdienst bestrijdt deze vorm van dividendstripping in diverse dossiers. Een voorbeeld daarvan is een door de Belastingdienst gewonnen procedure tegen een Amerikaanse partij waaraan, kunstmatig en verhuuld, zeer tijdelijk Nederlandse aandelen waren toegerekend met de enkele bedoeling verdragsvoordelen te creëren (teruggave van dividendbelasting in plaats van dividendbelasting als eindheffing)⁹. Deze zaak vertoont grote overeenkomsten met de succesvolle bestrijding van het "*treatyshoppende*" Nederlandse pensioenfonds dat dividend stripte in België¹⁰.

2.4 Arbitrage en hedging

Dividendstripping wordt veelal vormgegeven door middel van samengestelde transacties. Daarin schuilt enige overeenkomst met arbitrage- en hedgingtransacties. Het oogmerk van arbitrage of hedging wordt door "stippers" ook vaak aangedragen als verklaring voor het door hen aangegane samenstel van transacties. Het is daarom van belang om onderscheid te maken tussen arbitrage en hedging enerzijds en dividendstripping anderzijds (zie voor dit laatste paragraaf 2.5).

⁷ Zie ook MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27896, nr. 3, p. 2.

⁸ Holland Routing met buitenlandse dividenden is tot dusver, voor zover bekend, nog nooit gedetecteerd

⁹ ECLI:NL:RBZWB:2020:5305

¹⁰ ECLI:NL:HR:2016:2122

2.4.1 Arbitrage

In de context van de financiële markten wordt onder arbitrage verstaan: de gelijktijdige koop en verkoop van dezelfde effecten op verschillende effectenbeurzen om te profiteren van tijdelijke prijsverschillen. Een veel gebruikt voorbeeld in dit verband is het volgende:

Stel dat aandelen ABC Inc. worden verhandeld voor £37,76 op de Londense aandelenbeurs (LSE). Dit staat gelijk aan \$48,00. ABC Inc. staat echter ook genoteerd aan de beurs in New York (NYSE), waar de aandelen worden verhandeld voor \$47,85. Wanneer een handelaar een positie opent om de aandelen te kopen op de NYSE en op precies hetzelfde moment een andere positie om dezelfde aandelen te verkopen op de LSE, kan een winst gemaakt worden van \$0,15 per aandeel of £0,12 per aandeel.

Dit voorbeeld wordt in de literatuur ook wel aangeduid als 'werkelijke arbitrage' (true arbitrage). Deze vorm van arbitrage richt zich op inefficiënties op de markt en lost ze op. Door de extra vraag op de NYSE stijgt het aandeel op die beurs in waarde. Door het extra aanbod op de LSE daalt het aandeel op die beurs in waarde. Arbitrage resulteert daardoor altijd in evenwicht tussen de waarde van de aandelen op beide beurzen. De inefficiënties in de markt waardoor werkelijke arbitrage mogelijk is, zijn steeds zeldzamer geworden. Onder andere als gevolg van technologische vooruitgang en de snellere beschikbaarheid van handelsinformatie.

'True arbitrage' is niet het onderwerp van dit rapport. Het weg arbitreren van tijdelijke prijsverschillen is toegestaan en is zelfs nuttig voor het creëren van een efficiënte markt.

We zullen later toelichten dat bij dividendstripping niet gearbitreerd wordt op een tijdelijk maar op een permanent prijsverschil.

Bij arbitrage gaat het dus om de (gelijktijdige) aan- en verkoop van een gelijkwaardig financieel instrument met als doel het behalen van winst als gevolg van bestaande tijdelijke prijsverschillen tussen de beide instrumenten. Belangrijk om vast te stellen is dat indien er geen (ingesloten) winst te behalen valt, arbitrage niet plaatsvindt.

Risicoarbitrage behelst het verhandelen van een aandeel dat op dat moment een koerswaarde heeft die snel zal veranderen. Aandelen in een bedrijf waarop een bijzonder (hoog) dividend wordt uitgekeerd zijn hier een voorbeeld van. Een ander voorbeeld is een verwachte overname of fusie. Risicoarbitrage wordt gezien als een risicovollere praktijk dan 'true arbitrage', aangezien de verwachtingen over de hoogte van het verwachte dividend wellicht niet worden waargemaakt. Ook deze vorm van legitieme arbitrage wordt in dit document niet verder besproken, omdat hier de dividendbelastingcomponent niet relevant is.

Deze laatste omschrijving van arbitrage raakt aan een reële/legitieme vorm van dividendarbitrage, te weten arbitreren op een verschillende inschatting van de omvang van het dividend. Als gevolg van die ongelijke inschatting zullen de prijzen van betreffende financiële producten afwijken, waarop vervolgens gearbitreerd kan worden. Deze vorm van dividendarbitrage is op zichzelf toegestaan, maar komt in de praktijk weinig voor. Het is belangrijk om dividendarbitrage niet te verwarren met dividendbelastingarbitrage waar het uitsluitend om de dividendbelastingcomponent gaat. In de praktijk wordt dividendbelastingarbitrage vaak 'dividendarbitrage' of 'arbitrage' genoemd. Dit is een vorm van verhullend taalgebruik waarover meer in paragraaf 2.7.2.

2.4.2 Hedging

Bij hedging gaat het om het afdekken van een bestaand risico. Daarmee is niet beoogd een winst te behalen maar om een risico te beperken. Hedging ziet op de keuze een risico te vermijden en zal altijd plaatsvinden nadat die keuze is gemaakt, ongeacht de prijsvorming. Zo kan bijvoorbeeld de producent van cacaomassa of bier de marktprijs van cacao of gerst hedgen, omdat zijn core-business (het verdienmodel) de productie van cacaomassa respectievelijk bier is en niet het speculeren op de cacao-of gerstmarktprijs.

2.5 Dividendbelastingarbitrage (dividendstripping)

Dividendstripping onderscheidt zich van normale effectentransacties doordat in de periode waarin afstand wordt gedaan van de aandelen, het belang bij de waardeontwikkeling van die aandelen en het dividend daaruit blijft rusten bij de oorspronkelijke aandeelhouder. Dividendstripping wordt veelal vormgegeven

door middel van samengestelde transacties. "Strippers" presenteren dat samenstel veelal als een vorm van arbitrage.

Dividendstripping wordt in de Nederlandse fiscale jurisprudentie¹¹ tegenwoordig geduid als dividendbelastingarbitrage. Bij dividendbelastingarbitrage gaat het niet om het benutten van bestaande (tijdelijke) prijsverschillen vanwege een inefficiënte markt, maar om het benutten van een verschil in dividendbelastingdruk. Anders dan bij 'true arbitrage' zijn deze verschillen vanwege bestaande belastingwetgeving in beginsel permanent. Door dividendbelastingarbitrage wordt een verschil in verrekeningsgerechtigdheid immers niet opgeheven c.q. in evenwicht gebracht.

De benutting van het verschil in belastingdruk komt normaliter tot uitdrukking in de beprijzing van het derivaat. In die beprijzing wordt het verschil in dividendbelastingdruk (de opbrengst van het strippen) tussen partijen verdeeld.

De Duitse rechter oordeelde in de eerste strafrechtelijke Cum/Ex-uitspraak over de prijsstelling van derivaten bij dividendbelastingarbitrage als volgt:

987 Volgens de raad is het een absurde suggestie dat de oorsprong van de verwachte winst uit de CumEx-transacties slechts bestond uit het gebruik maken van "arbitragemogelijkheden" als gevolg van afwijkingen van de spotprijs en de termijnprijs van een aandeel (...)

988 Dergelijke afwijkingen of "marktinefficiënties" (...) bestaan niet. (...).

CumEx-Urteil van het Landgericht-Bonn (ECLI:DE:LGBN:2020:0318.62KLS213JS41.19.1.00)

Veelzeggend is ook een artikel uit de Guardian van 18 december 2011 over dividendarbitrage, waarin een terzake deskundige aangeeft dat er zonder dividendbelasting geen reden is om aan dividendarbitrage te doen¹².

2.6 Hoofdvormen van dividendstripping

Bij dividendstripping wordt gebruik gemaakt van een samenstel van rechtshandelingen met aanwending van verschillende financiële instrumenten en verhullingsmethoden. In de praktijk zijn vele verschijningsvormen van dividendstripping te onderscheiden. Enkele van de op dit moment bekende financiële instrumenten en verhullingsmethoden worden in de navolgende paragrafen beschreven.

Voor een goed begrip van de beschreven structuren is het van belang om steeds in het achterhoofd te hebben dat de kern van stripping is dat Partij A met een beperkt recht op verrekening of teruggaaf zijn aandelen inclusief het recht op het lopende dividend (cum dividend) overdraagt aan Partij B met een beter recht op verrekening of teruggaaf, waarbij Partij A op enigerlei wijze het economisch belang bij die aandelen behoudt.

Eerder in het rapport is al gesproken over het verplaatsen van de eigendom onder behoud van het economisch belang. In deze paragraaf wordt uiteengezet hoe dit kan worden vormgegeven. We onderkennen drie hoofdvormen¹³:

1. Securities lending/aandelenuitleen (de basis).
2. Repurchase Agreement (REPO).
3. Long/short-strategie.

¹¹ Hoge Raad, 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2122 en Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 30 oktober 2020, ECLI:NL:RBZW:2020:5305

¹² The Guardian, Tax avoidance trade puts Square Mile in spotlight again (18 december 2011):

Josh Galper, managing principal of Finadium, a US-based securities lending consultancy, and an expert in this area of finance, says: "The dividend tax element is central to the trade; without it there would be no reason to engage in dividend arbitrage."

¹³ Aangesloten wordt bij de vormen die zijn beschreven in de parlementaire geschiedenis van de maatregelen tegen dividendstripping: "Zo kan dividendstripping zich manifesteren bij onder meer «securities lending», «repurchase agreements» ofwel repo's en bij verkoop van aandelen in combinatie met het schrijven van derivaten bijvoorbeeld «deep in the money» put opties."- MvT, [Kamerstukken II 2000/01, 27896, nr. 3](#), p. 2

2.6.1 Securities lending/aandelen uitleen

Een basale vorm van dividendstripping betreft het uitleenen van aandelen¹⁴. Anders dan bij het uitleenen van een bijvoorbeeld een fiets gaat bij de uitleen van aandelen de juridisch eigendom wel over van de uitlener naar de inlener.

Na afloop van de leenperiode, of zo veel eerder als partijen nader overeenkomen, lost de inlener zijn schuld af door levering van evenzoveel aandelen als hij geleend heeft, ongeacht eventuele waardeontwikkeling van die aandelen. Daardoor blijft de waardeontwikkeling van de aandelen de uitlener aangaan gedurende de leenperiode. Indien in de leenperiode dividend wordt gedeclareerd, dan is de inlener van de aandelen de opbrengstgerechtigde. Deze is echter gehouden de uitlener te compenseren voor het door hem gemiste dividend (de dividendvervangende betaling of *manufactured dividend*). Gedurende de leenperiode behoudt de uitlener dus het volledig economisch belang (de leenvordering¹⁵) bij de aandelen.

Om aan heffing van dividendbelasting te ontkomen kunnen aandelen door een buitenlandse aandeelhouder (zonder recht op verrekening van dividendbelasting) voor dividenddatum 'cum dividend' uitgeleend worden aan een Nederlandse partij die geen last heeft van de heffing van dividendbelasting, omdat deze de dividendbelasting wel kan verrekenen met de winstbelasting. Na dividenddatum worden de aandelen weer teruggegeven aan de uitlener (wordt de leenschuld afgelost). De uitlener ontvangt een dividendvervangende betaling van de inlener van de aandelen die het dividend heeft ontvangen. De dividendvervangende betaling zal daarbij hoger zijn dan het netto-dividend dat de uitlenende partij zou hebben gerealiseerd wanneer hij de aandelen niet had uitgeleend.

2.6.2 Repurchase Agreement (REPO)

Een repo (repurchase agreement) is in juridische zin een verkoop van aandelen door Partij A aan Partij B gecombineerd met een gelijktijdig terugverkoop van die aandelen tegen dezelfde prijs, maar met een levering op termijn van die aandelen door Partij B aan Partij A. In economische zin wordt een repo gezien als een lening van Partij B aan Partij A met de aandelen als onderpand. Omdat Partij A reeds bij verkoop de aandelen tegen dezelfde prijs weer terugkoopt, behoudt Partij A het belang bij de waardeontwikkeling van de aandelen. Daarnaast wordt Partij A in een repo-transactie gecompenseerd voor het in de repo-periode gemiste dividend. Net als bij securities lending kunnen partijen afspraken maken over de hoogte van deze dividendvervangende betaling.

Een repo heeft exact hetzelfde effect als de uitleen van aandelen, namelijk de overdracht van de juridische eigendom van de aandelen door Partij A aan Partij B onder behoud van het economisch belang bij de waardeontwikkeling van aandelen door Partij A, terwijl Partij A door het recht op de dividendvervangende betaling ook het belang bij het dividend behoudt.

Omdat de repo in feite net als bij securities lending in één overeenkomst tot stand komt, zijn de repo en securities lending als basis voor dividendstripping relatief eenvoudig te detecteren.

2.6.3 Long/short-strategie

Een zogenaamde long/short-strategie bestaat uit de verwerving van aandelen (de longpositie) onder het gelijktijdig aangaan van een positie in derivaten met die aandelen als onderliggende waarde (de shortpositie). Met de verwerving van een longpositie wordt in beginsel de volle eigendom, dat wil zeggen de juridische en economische eigendom, van de aandelen verworven. Met het derivaat wordt het economisch belang bij de aandelen en (afhankelijk van het gehanteerde derivaat) het daarop tijdens de looptijd van het derivaat te ontvangen dividend vervreemd. In de prijsstelling van het derivaat bepalen partijen de omvang van het door te geven dividend.

¹⁴ mr. G.P. Oosterhoff - Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang (VDHI nr. 144) 2017/2.5.1: "De benaming securities lending, ook wel stock lending, is misleidend. Er is geen sprake van lenen."

Er moet onderscheid worden gemaakt tussen bruikleen en verbruikleen. Het verschil tussen bruikleen en verbruikleen is wat er gebeurt met de uitgeleende zaak. Bij bruikleen wordt de zaak bij het eindigen van de bruikleen weer teruggegeven (denk aan de fiets), terwijl bij verbruikleen de zaak wordt verbruikt en bij het beëindigen van de verbruikleen een soortgelijke zaak wordt teruggegeven (denk aan het geleende kopje suiker, maar ook aan de geldleenovereenkomst).

¹⁵ mr. G.P. Oosterhoff - Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang (VDHI nr. 144) 2017/2.5.1: "(...) een overeenkomst van securities lending, althans het recht op teruglevering van het aandeel, valt te beschouwen als een derivaat."

Indien beide contracten met dezelfde partij worden gesloten, dan vervreemdt de verkoper van de aandelen (Partij A) per saldo slechts de juridische eigendom (aan Partij B) onder behoud van het economisch belang daarbij. Daarmee heeft ook een long/short-strategie exact hetzelfde effect als de uitleen van aandelen, namelijk de overdracht van de juridische eigendom van de aandelen door Partij A aan Partij B onder behoud van het belang bij de waardeontwikkeling van aandelen en het dividend daaruit door Partij A.

In een long/short-strategie worden dus (in ieder geval) twee contracten gesloten. Ten opzichte van securities lending en de repo biedt dat het voordeel dat meerdere stappen ook meerdere mogelijkheden bieden de achterliggende belanghebbende (Partij A) te verhullen.

Er zijn verschillende manieren om het economisch belang bij (verkochte) aandelen te behouden. Een aantal daarvan wordt hierna besproken¹⁶:

1. Future/Forward.
2. Put/Call Combo.
3. Low Exercise Price Option (LEPO).
4. Total Return Swaps.

2.6.3.1 Future/Forward

Een forward en een future zijn beide termijncontracten, een financieel contract tussen twee partijen die zich verbinden om op een bepaald tijdstip een bepaalde hoeveelheid van een product of financieel instrument te verhandelen tegen een vooraf bepaalde prijs. In tegenstelling tot een optie gaat het hier om een daadwerkelijke verplichting tussen partijen die moet worden afgewikkeld. De waarde van een termijncontract is, naast de marktprijs van het aandeel, gebaseerd op het verwachte dividend, de rente en de kosten.

Futures zijn gestandaardiseerde contracten die verhandeld worden op de beurs. Forwardcontracten worden op maat gemaakt tussen twee partijen.

Aandelen en derivaten kunnen op een beurs worden verhandeld. Partijen kunnen echter ook buiten de beurs om (Over The Counter ofwel OTC) aandelen verhandelen en derivatencontracten sluiten. Zo kan Partij A buiten de beurs om (OTC) aandelen aan Partij B verkopen en gelijktijdig met Partij B een tegengesteld termijncontract sluiten. Dat wordt ook wel een Exchange Futures for Physicals (EFP) genoemd. Een EFP is een ruil van aandelen voor futures en resulteert per saldo in de overdracht van de juridisch eigendom van aandelen aan Partij B onder behoud van het economisch belang daarbij door Partij A.

2.6.3.2 Put/Call Combo (PCC)

Een optie geeft het recht om een bepaald aandeel tegen een vooraf vastgestelde prijs en tijdstip te kopen of te verkopen. De waarde van een optie is voornamelijk gebaseerd op de koers van de onderliggende waarde, de te verwachten dividenduitkeringen gedurende de looptijd van een optie, de looptijd van het optiecontract en de volatiliteit. Er wordt onderscheid gemaakt tussen callopties en putopties. Callopties geven het recht om aandelen op termijn tegen een vooraf afgesproken prijs te kopen. Putopties geven het recht om aandelen op termijn tegen een vooraf afgesproken prijs te verkopen.

Wanneer Partij A en Partij B een calloptiecontract sluiten, waarbij Partij A het recht verkrijgt de aandelen te kopen tegen een bepaalde uitoefenprijs, dan zal Partij A de optie uitoefenen indien de waarde van de aandelen stijgt boven de optie uitoefenprijs. Partij A heeft vanwege de calloptie dus het opwaartse belang bij de aandelen. Andersom, wanneer Partij A en Partij B een putoptiecontract sluiten, waarbij Partij B het recht verkrijgt de aandelen te verkopen tegen een bepaalde uitoefenprijs, dan zal Partij B de aandelen verkopen indien de waarde van de aandelen daalt onder de optie uitoefenprijs. Partij A heeft vanwege de putoptie dus het neerwaartse belang bij de aandelen.

¹⁶ Er zijn meer manieren om het economisch belang bij (verkochte) aandelen te behouden dan hier worden besproken.

Als Partij A een calloptie van Partij B koopt en een putoptie aan Partij B verkoopt op hetzelfde aandeel tegen eenzelfde uitoefenprijs, spreken we van een zogenaamde Put/Call Combo of PCC¹⁷. Partij A heeft dan zowel het opwaartse als het neerwaartse belang, oftewel het volledig economische belang, bij de aandelen.

Indien Partij A aandelen verkoopt aan Partij B en met Partij B een PCC overeenkomt, dan heeft Partij A in feite het juridisch eigendom van de aandelen verkocht onder behoud van het economisch belang daarbij.

2.6.3.3 Low Exercise Price Option (LEPO)

Een Low Exercise Price Option (LEPO) is een optie met een uitoefenprijs van € 0,01. Een LEPO op een aandeel van € 10,00 tegen een uitoefenprijs van € 0,01 kost (geabstraheerd van rente en dividend) € 9,99. De koop van een aandeel van € 10,00 en de verkoop van de Lepo ad € 9,99 legt dus nagenoeg geen beslag op liquiditeit.

De koper van een LEPO heeft dus het recht om een aandeel van € 10,00 te kopen voor € 0,01. Een optie met een uitoefenprijs van € 0,01 ter verwerving (op termijn) van een aandeel van € 10,00 zal in principe altijd uitgeoefend worden.

Indien Partij A aandelen verkoopt aan Partij B en met een LEPO het recht op Partij B verwerft om de aandelen voor € 0,01 terug te kopen, dan heeft Partij A in feite het juridisch eigendom van de aandelen verkocht onder behoud van het economisch belang daarbij.

2.6.3.4 Total Return Swaps (TRS)

Een swap of ruilcontract is een financieel product, waarbij een partij een bepaalde kasstroom ruilt met een bepaalde kasstroom van een andere partij. Swaps kunnen zien op het ruilen van rentebetalingen (bijvoorbeeld een vaste rentestroom tegen een variabele rentestroom), valuta's, grondstoffen, maar ook op de opbrengsten, gedurende een bepaalde periode, uit aandelen.

In een Total Return Swap (TRS) garandeert partij A alle opbrengsten van een bepaalde asset aan partij B (bijvoorbeeld de waardemutaties van en opbrengsten uit een aandeel). Partij A ontvangt hiervoor in de plaats van Partij B een vaste van tevoren afgesproken betaling.

Indien Partij A aandelen verkoopt aan Partij B en met een TRS het recht op Partij B verwerft op een kasstroom gelijk aan de waardeontwikkeling en het dividend van de verkochte aandelen, dan heeft Partij A in feite het juridisch eigendom van de aandelen verkocht onder behoud van het economisch belang daarbij.

2.7 Verhulling van dividendstripping

De in het vorige hoofdstuk beschreven mogelijkheden om het juridisch eigendom van aandelen te verplaatsen onder behoud van het economisch belang daarbij zijn in hun opzet vrij eenvoudig en eveneens ook vrij eenvoudig te detecteren. Dividendstripping wordt lastig detecteerbaar gemaakt door aan de in principe eenvoudige transactieopzet verhullende schakels toe te voegen. Ook verhullend taalgebruik belemmert soms het zicht op de feiten.

2.7.1 Verhulde Long/Short

Ondanks dat de kern van dividendstripping voor toezichthouders eenvoudig waar te nemen is, is deze kern voor de stripper noodzakelijk om te kunnen strippen. Het is het daarom voor hem niet mogelijk om af te zien van die kerntransacties. De onder paragraaf 2.6.3 beschreven long/short-strategie kan als volgt schematisch worden weergegeven:

¹⁷ Deze Put Call combo met de aandelen wordt ook wel een Synthetic genoemd. Door de koop van de Call en de verkoop van Put heeft de combinatie een delta van 100 (+) - volledige dekking. Dit biedt een mogelijkheid om grote(re) aantallen aandelen te "verplaatsen" - min of meer zonder risico.

(Figuur 1) Dividendstripping:



Van belang is dat het begin- en eindpunt van het samenstel van transacties Partij A is. Partij A is beperkt verrekeningsgerechtigd en heeft in dit samenstel van transacties indirect (in de verkoopprijs van de aandelen) het dividend ontvangen, terwijl zij met het derivaat het economisch belang bij de aandelen behield. De wettelijke maatregelen tegen dividendstripping zijn dan van toepassing. Dit samenstel van transacties met eenzelfde beperkt verrekeningsgerechtigd start- en eindpunt kan aan het zicht onttrokken worden door toevoeging van verhullende schakels.

Een Inter-Dealer Broker

In plaats van een directe verkooptransactie tussen Partij A en Partij B, kunnen partijen ervoor kiezen de aandelentransactie te laten afwikkelen door een Inter-Dealer Broker¹⁸ (IDB). Die afwikkeling bestaat eruit dat Partij A de aandelen verkoopt aan de IDB en deze de aandelen onder identieke voorwaarden (*back-to-back*) doorverkoopt aan Partij B. Door deze tussenschakeling kan Partij B beweren de aandelen van de IDB te hebben gekocht. IDB's kennen wel degelijk beide zijden van de (*back-to-back*) transactie, maar verschuilen zich doorgaans achter hun commerciële "vertrouwelijkheid" en hun vermeende juridische geheimhoudingsplicht. IDB's opereren veelal vanuit Londen. Het is lastig en zeer tijdrovend gebleken om door internationaal onderzoek te achterhalen van wie de IDB de aandelen verwerft.

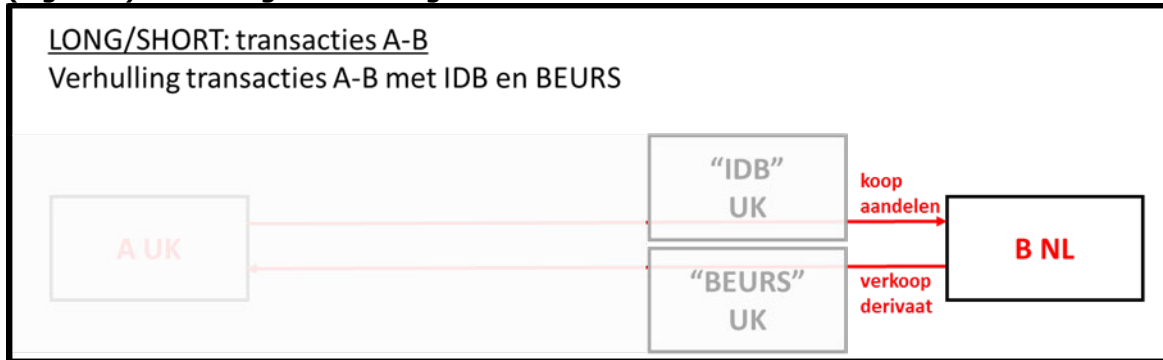
Een Beurs

Partij B kan het doen voorkomen alsof zij de derivaten, bijvoorbeeld futurescontracten, op een derivatenbeurs heeft verkocht en mitsdien haar tegenpartij niet kent. In de praktijk zal het futurescontract slechts administratief verwerkt worden door (de clearing van) een derivatenbeurs. Met daarbij gegenereerde beursbescheiden kan de schijn van verkoop op een anonieme markt worden gecreëerd, terwijl de transactie Over The Counter (OTC, onderhands) en dus niet op het handelsplatform van de beurs tot stand kwam.

Partijen kunnen er dus voor kiezen te verhullen dat Partij A zowel de verkoper van de aandelen als de koper van de derivaten is door tussenschakeling van een IDB en/of Beurs. Deze tussenschakels wikkelen in wezen de transacties af die Partij A en Partij B reeds zijn overeengekomen.

¹⁸ Richard Collier – Banking on Failure, Oxford Press sept 2020, p. 91: "(...) it was necessary to break any visible connection between seller and buyer. Inter-dealer brokers provide privacy (...). Obscuring the circularity of steps (...) was critical. With inter-dealer brokers interposed in all the steps, (...)."

(Figuur 2) Verhulling met tussengeschakelde IDB en Beurs



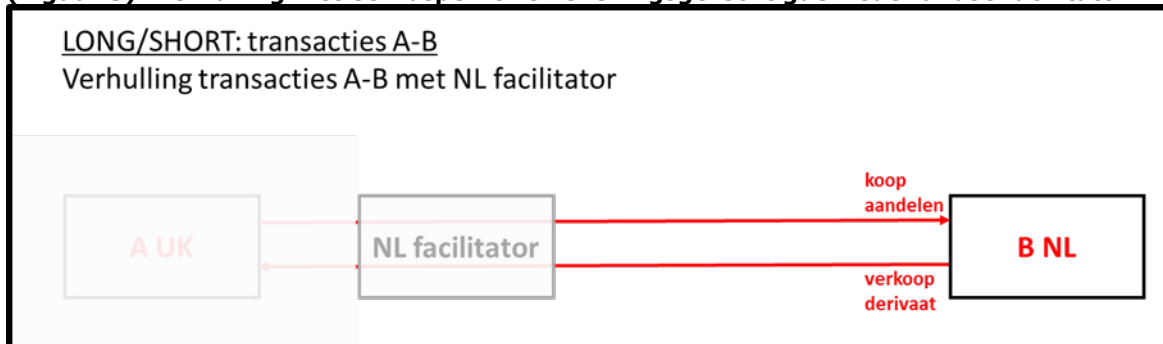
Een Nederlandse facilitator

Een andere vorm van verhulling bestaat uit het tussenschakelen van een Nederlandse (in beginsel) volledig verrekeningsgerechtigde partij waarvan Partij B de aandelen koopt en waaraan Partij B derivaten verkoopt. Aldus wordt de schijn gewekt dat start- en eindpunt van het samenstel van transacties niet in het buitenland, maar bij een Nederlandse volledig verrekeningsgerechtigde partij heeft gelegen. Zulks zou dan toepassing van de wettelijke maatregelen tegen dividendstripping verhinderen, omdat deze een beperkt verrekeningsgerechtigd start- en eindpunt eisen. Deze vorm van verhulling vraagt om onderzoek naar de herkomst van de aandelen bij de Nederlandse facilitator die handelt met B NL.

Het kan voorkomen dat A UK en B NL de transactie rechtstreeks zijn overeengekomen en daarna een Nederlandse facilitator hebben gezocht. De rol van de facilitator is dan het verhullen van het beperkt verrekeningsgerechtigde (buitenlandse) start- en eindpunt. Ook kan het voorkomen dat de Nederlandse facilitator meer initiërend haar diensten aanbiedt aan beperkt verrekeningsgerechtigden als A UK en zelf partijen als Partij B vindt. De diensten van de Nederlandse initiator bestaan dan uit de verwerving van de aandelen (door inlenen, repo, long/short), waarbij de beperkt verrekeningsgerechtigde het economisch belang bij die aandelen behoudt.

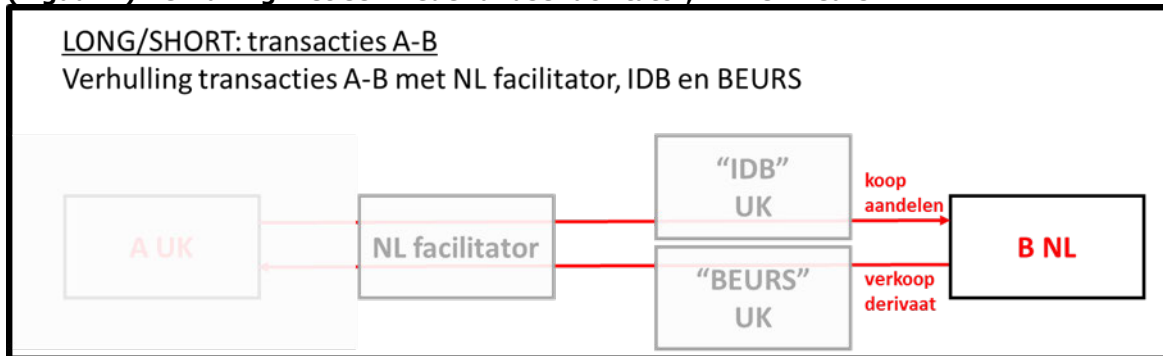
Zou de Nederlandse initiator/facilitator op ex-dividenddatum juridisch eigenaar zijn van de aandelen, dan zou zij vanwege de anti-dividendstrippingbepalingen de dividendbelasting niet mogen verrekenen. Zij zou dan namelijk zelf in feite de dividendstrippende partij zijn geworden. Daarmee is de initiator/facilitator aan te merken als een (binnenlandse) beperkt verrekeningsgerechtigde partij. Zou de Nederlandse initiator/facilitator, om haar potentiële dividendstripping te voorkomen, de aandelen doorverkopen aan Partij B en derivaten van Partij B kopen, dan stript Partij B dividend. Het samenstel van transacties heeft in de Nederlandse initiator/facilitator immers een beperkt verrekeningsgerechtigd start- en eindpunt.

(Figuur 3): Verhulling met een beperkt verrekeningsgerechtigde Nederlandse facilitator



Partijen kunnen er uiteraard ook voor kiezen om gebruik te maken van een IDB, de beurs én een Nederlandse facilitator. Dit is vereenvoudigd weergegeven de verhulling waarover Hof Amsterdam oordeelde in de uitspraak van 12 mei 2020 (ECLI:NL:GHAMS:2020:1189)

(Figuur 4) Verhulling met een Nederlandse facilitator, IDB en Beurs



In Bijlage A is een aantal voorbeelden van dividendstripping uitgewerkt:

1. Long short verhulling door cross border vormgeving.
2. Cum – ex.
3. Price return swaps.
4. Total return swap.
5. Voorkoming dubbele belasting.
6. Dividendrechten.
7. Opties.

2.7.2 Taalkundige verhulling

Ook taalkundig vindt verhulling plaats. Allereerst door te spreken van een arbitragestrategie en daarmee de suggestie te wekken van een strategie gericht op het benutten van tijdelijk bestaande prijsverschillen, terwijl in feite kunstmatig gecreëerde prijsverschillen permanent (en slechts eenzijdig) worden benut. Dit is geen dividendarbitrage, maar dividendbelastingarbitrage. Een andere vorm van (taalkundige) verhulling is het gesloten termijncontract te benoemen als future en ook als zodanig af te wikkelen (of: tot stand te brengen). Daarmee wordt de indruk gewekt dat sprake is van een echte beurs (markt) transactie. Futures zijn namelijk standaard termijncontracten die verhandeld worden op de beurs. En daarvan is bij dividendstripping geen sprake, daar gaat het immers om OTC gesloten termijncontracten met afwijkende, niet-marktconforme, prijzen. In feite gaat het dan niet om beursfutures, maar om OTC forwardcontracten, die slechts worden afgewikkeld via de beurs (en alleen daardoor als future worden geduid).

Gebleken is ook dat facilitators dienstverlenende dividendstrippende producten aanbieden onder de noemer "*yield enhancement products*". Een term om het faciliteren van dividendstripping een zakelijke rationale te geven. Echter, de enige mogelijkheid waarop facilitators het dividendrendement voor aandeelhouders kunnen vergroten is door (kunstmatige) verlaging van de dividendbelastingdruk.

Voorbeeld: aanbod door een Amerikaanse facilitator:

Een dividendstrip op basis van securities lending (de facilitator is de inlener/borrower), waarbij de *enhancement* bestaat uit de verdeling van de dividendbelasting, tot uitdrukking is gebracht in de hoogte van de leenvergoeding (20% x bruto dividend). Deze "*enhancement*" resulteert in een 2/3^e – 1/3^e verdeling van de dividendbelasting ad \$ 43.800 tussen de "Cayman holder" (\$ 29.200) en de facilitator (\$ 14.600).

Example:

200,000 shares Altria (MO); Dividend \$0.73/qtr

Without enhancement:

Gross dividend: $200,000 \times \$0.73 = \$146,000$

Withholding for Cayman holder (30%) = (\$43,800)

Net Dividend Received (70%) = \$102,200

With enhancement:

Gross dividend: $200,000 \times \$0.73 = \$146,000$

Withholding for Cayman holder (30%) = (\$43,800)

Substitute Dividend Received (70%) = \$102,200

Stock Borrow Fee (20%) = \$29,200

All-in yield (90%) = \$131,400

Enhancement benefit: \$29,200 (quarterly)

2.8 Strippers en Affaires: Schijn en wezen

In de financiële markten worden bijzonder situaties, incidenten, rond een effectentransactie aangeduid als een 'affaire'. Wash trades en dividendstripping vallen onder het begrip affaires. Affaires vereisen nader onderzoek door de betrokken financiële instelling en de AFM.

Wat dividendstrippers feitelijk doen, al dan niet geholpen door faciliterende partijen uit de financiële sector, is het verhullen van de economische realiteit van een transactie. Dit gebeurt door deze juridisch zodanig vorm te geven dat de uiteindelijke economische belangen bij een aandeel verborgen blijven voor de toezichthouders en de Belastingdienst. Het belastingverijdelende 'wezen' wordt juridisch vormgegeven met een 'schijn' van zakelijkheid. De transactiewinst bestaat uitsluitend uit gecollecteerde dividendbelasting, die als eindheffing in de schatkist had moeten blijven.

Wat strippers nodig hebben is een aandeelhouder die (beperkt) verrekeningsgerechtigd is en die desondanks rendement op zijn portefeuille wil halen. Maar die ondanks deze wens, economisch gerechtigd wil blijven tot de aandelen. Een en ander wordt bijvoorbeeld vormgegeven door een overeenkomst van verbruiklening of een derivatenconstructie, waardoor de juridische eigendom tijdelijk overgaat op de inlener. Aan de andere kant is een niet-aandeelhouder nodig die rendement wil halen. Gewoon door ten onrechte belastingheffing te vermijden of door ten onrechte belasting terug te vragen. E.e.a. wordt vormgegeven met behulp van derivaten. In wezen verandert er niks. De oorspronkelijke aandeelhouder krijgt na een korte periode zijn of haar aandelen terug. Misschien niet precies dezelfde, maar dat maakt niet uit. De financiële sector speelt hierin altijd een rol. Intussen wordt door de juridische vormgeving een situatie gecreëerd waardoor een recht op teruggave van dividendbelasting ontstaat of een vrijstelling voor het heffen daarvan. Het helpt daarbij dat de grenzen van een jurisdictie worden overschreden, omdat de werkelijke achtergrond van de ogenschijnlijk legitieme transactie wordt verhuld.

Veelzeggend is onderstaande uit 'The Economist' van mei 2013:

SPRING BREAK (the Economist – May 11, 2013)

Every year come springtime around \$100 billion in European shares goes on a little holiday. In the days running up to annual dividend payments of listed companies, many long-term shareholders, such as pension funds, lend their holdings to a third party. A week later, once the dividend has been paid to the temporary owner, the shares are returned safely to the pension funds' vaults, where they remain until the following spring.

3 Wettelijk kader

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de regelgeving die van belang is om dividendstripping tegen te gaan. Het betreft het Nederlands burgerlijk recht, de fiscale wet- en regelgeving, de toezichtswetgeving en het strafrecht.

3.2 Nederlands burgerlijk recht

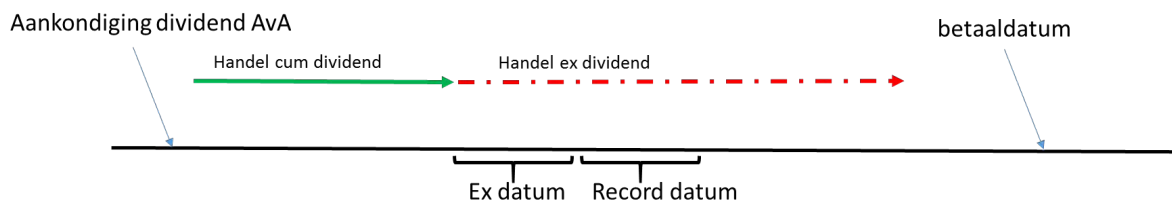
Een dividend is op basis van het Nederlandse civiele recht een burgerlijke vrucht van het aandeel. Op grond van artikel 3:9 lid 4 BW wordt een burgerlijke vrucht pas een zelfstandig recht door haar opeisbaar worden.

Het burgerlijk wetboek (BW) bepaalt ten aanzien van een besluit tot betaling van een dividend welk orgaan onder welke omstandigheden bevoegd is dat besluit te nemen. Het BW zwijgt echter over de vraag *hoe* een dergelijk besluit in de praktijk dient te worden vormgegeven. Dat wil zeggen: het BW zwijgt over de vraag hoe in het besluit tot betaling van het dividend duidelijk en ondubbelzinnig dient te worden vastgelegd wie vanaf welk moment gerechtigd is tot het dividend en vanaf welk moment het dividend opeisbaar wordt. Het gevolg hiervan is dat de wijze waarop het besluit wordt vormgegeven in belangrijke mate wordt bepaald door de gangbare praktijk.

3.2.1 De gangbare praktijk

Tot voor kort werden er nog beursgenoteerde aandelen in niet-digitale vorm verhandeld, zogenaamde K-stukken (Klassieke stukken), bestaande uit een zogenaamde mantel en dividendcouponnen. De marktpraktijk ter zake van deze K-stukken was dat de beursgenoteerde onderneming het dividend betaalbaar stelde bij degene die ná de betaaldatum een dividendbewijs, afkomstig van de mantel van het K-stuk, inleverde bij het daartoe aangewezen betaalkantoor van de beursgenoteerde onderneming. Ingevolge deze praktijk kreeg de aandeelhouder een vordering op de beursgenoteerde maatschappij vanaf de betaaldatum.

Als gevolg van een proces van steeds verdere dematerialisatie van aandelen (digitaal bewaren in het systeem van de Wet giraal effectenverkeer) bestaan K-stukken inmiddels niet meer. Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen kondigen nu in de regel via hun website aan dat, ingevolge het besluit daartoe van de Algemene vergadering van aandeelhouders, op een bepaalde datum (de betaaldatum) een dividend betaalbaar zal worden gesteld via de intermediairs aan alle aandeelhouders op datum x (de record datum). Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen volgen daarbij de Nederlandse beurspraktijk en vermelden bij de aankondiging van het dividend altijd ook de zogenaamde ex datum¹⁹. Deze ex datum is de dag vóór de record datum. Tot deze ex datum kan het aandeel nog met dividend (cum dividend) worden verhandeld. Wordt het aandeel echter op of ná de ex datum verkocht, dan verkrijgt de koper de aandelen zonder recht op dividend (ex dividend). Schematisch kan men dit als volgt weergeven:



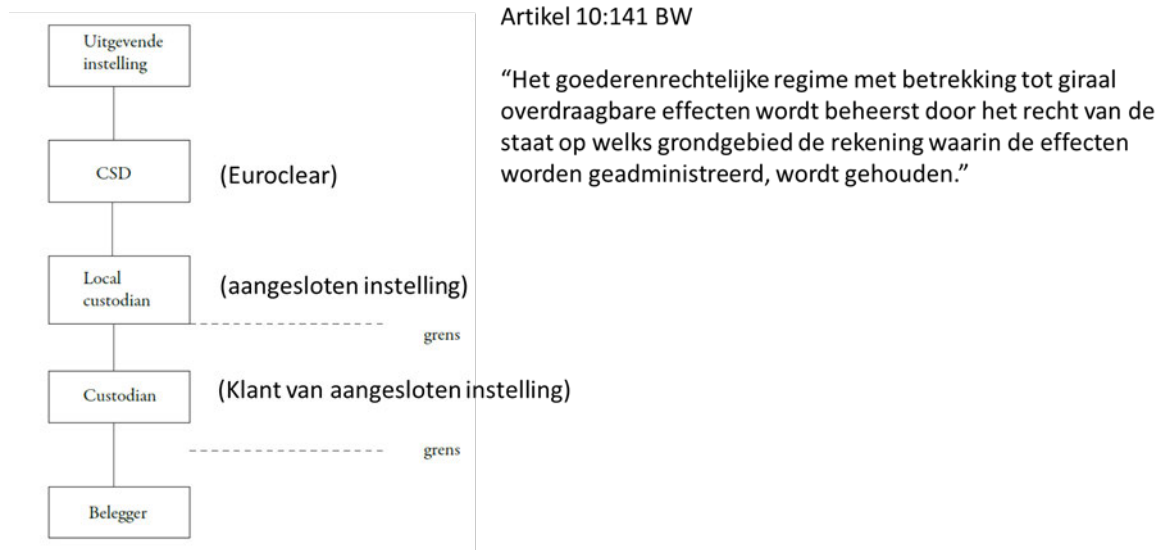
Ingevolge het aangekondigde besluit tot uitdeling van het dividend krijgt degene die aandeelhouder is op record datum een vordering op de beursgenoteerde maatschappij. Deze vordering wordt opeisbaar op de aangekondigde betaaldatum.

3.2.2 Bewaarketens en eigendom

Wie de "eigenaar" is van girale effecten wordt bepaald door de Wet giraal effectenverkeer. In grensoverschrijdende situaties zijn daarbij ook de regels van het internationaal privaatrecht van belang. Grensoverschrijdende situaties doen zich bijvoorbeeld voor waar de uiteindelijke belegger in Nederlandse

¹⁹ De meeste aankondigingen van Nederlandse beursgenoteerde bedrijven zijn te vinden via <https://www.securitiesinfo.com/>

aandelen belegt via een effectenrekening in het buitenland. De bewaarinstelling (custodian) waar de belegger haar rekening aanhoudt, administreert op die rekening het Nederlandse aandelentegoed van de belegger. De custodian zal dan op haar beurt (mogelijk ook weer via een andere custodian) een rekening moeten aanhouden bij een Nederlandse custodian die kwalificeert als aangesloten instelling. De aangesloten instelling houdt op haar beurt de betreffende aandelen in een depot bij de centrale bewaarinstelling (CSD). Een dergelijke grensoverschrijdende keten van bewaarinstellingen kan schematisch als volgt worden weergegeven:



3.3 Dividendbelasting en vennootschapsbelasting

In beginsel wordt 15% dividendbelasting ingehouden en afgedragen aan de Belastingdienst door de maatschappij die het dividend uitkeert. Net als bijvoorbeeld de loonbelasting is dividendbelasting in beginsel een voorheffing op de (eind-) heffing over het inkomen c.q. de winst. Daardoor ontvangen degenen die gerechtigd zijn tot het dividend, doorgaans de aandeelhouders, in beginsel slechts 85% van het bruto dividend in plaats van 100%. De dividendbelasting vormt daarom een financiële last voor degenen die gerechtigd zijn tot het dividend. Kortom: 15% dividendbelasting wordt ingehouden en afgedragen door de uitdelende maatschappij ten laste van degenen die gerechtigd zijn tot het dividend.

Degenen die in Nederland onderworpen zijn aan de inkomstenbelasting (IB) of vennootschapsbelasting (Vpb) kunnen onder voorwaarden de ten laste van hen ingehouden dividendbelasting verrekenen met hun IB/Vpb. Als zij geen IB/Vpb verschuldigd zijn in een jaar krijgen zij de dividendbelasting terug via de IB/Vpb. De dividendbelasting is daarom voor deze groep ingezetenen een voorheffing.

Verrekening wordt verkregen door het opgeven van ten laste van de belastingplichtigen ingehouden dividendbelasting in de aangifte IB/Vpb. Het is daarom de lokale Inspecteur die competent is voor de IB/Vpb die de juistheid van de geclaimde verrekening kan controleren.

In sommige gevallen kan dividendbelasting niet verrekend of teruggevraagd worden. Dan fungeert de dividendbelasting als eindheffing. Met dividendstripping beoogt een dergelijke beperkt verrekeningsgerechtigde partij te vrijdelen dat dividendbelasting als eindheffing drukt op zijn winst.

De reguliere verrekening van dividendbelasting met de verschuldigde vennootschapsbelasting is geregeld in artikel 25, lid 1 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb). In artikel 25, lid 2 Wet Vpb zijn specifieke maatregelen opgenomen om dividendstripping tegen te gaan.

Het wettelijk kader is vrij eenvoudig. Dividendbelasting wordt door inhouding door de dividendumterende maatschappij geheven ten laste van degenen, die - rechtstreeks of door middel van certificaten - gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen (artikel 1 wet Dividendbelasting). Degene ten laste van wie de dividendbelasting is geheven wordt wel de opbrengstgerechtigde genoemd.

Een binnenlandse opbrengstgerechtigde van dat Nederlandse dividend kan de ingehouden dividendbelasting verrekenen met de inkomsten- of vennootschapsbelasting (IB of Vpb) die hij moet betalen over de bruto-dividenduitkering mits de opbrengstgerechtigde ook de uiteindelijk gerechtigde is van het dividend. Binnenlandse opbrengstgerechtigden die zijn vrijgesteld van Vpb kunnen de dividendbelasting niet verrekenen met de Vpb. Laatstgenoemde partijen kunnen op basis van artikel 10 van de Wet dividendbelasting de ingehouden dividendbelasting terugvragen mits zij tevens de uiteindelijk gerechtigde zijn van het dividend. Dividendbelasting is in geheel binnenlandse situaties dus een voorheffing op de eindheffing. Dat is te vergelijken met de maandelijkse inhouding van loonheffing, die is te verrekenen met de uiteindelijk te betalen IB²⁰.

Normaliter geeft Nederland de dividendbelasting niet terug aan buitenlandse ontvangers van Nederlands dividend. Deze buitenlandse aandeelhouders noemen we "niet-verrekeningsgerechtigd"²¹. In grensoverschrijdende situaties is de Nederlandse dividendbelasting dus een eindheffing. Buitenlandse pensioenfondsen zijn onder voorwaarden veelal volledig verrekeningsgerechtigd, ook t.a.v. grensoverschrijdend dividend²².

Een Nederlandse aandeelhouder is in beginsel onbeperkt ofwel volledig verrekeningsgerechtigd. Verrekening is niet toegestaan in geval van dividendstripping. Van dividendstripping is sprake als een niet- of beperkt verrekeningsgerechtigde partij de aandelen 'cum dividend' overdraagt aan een Nederlandse c.q. volledig verrekeningsgerechtigde partij, maar tegelijkertijd het economisch belang bij die aandelen behoudt. Er zijn verschillende methodes om dividend als voorheffing te laten werken: verrekenen, teruggeven, en vrijstellen.

3.3.1 Verrekening

Art. 25, lid 1 Wet Vpb bepaalt dat de geheven dividendbelasting verrekenbaar is met de Vpb mits het betreffende dividend in de winst is begrepen ("bestanddeel van de winst is"). Dat is logisch, omdat de dividendbelasting een voorheffing is op de eindheffing over dat dividend. Nadrukkelijk wordt opgemerkt dat dividendbelasting aan een belastingplichtige wordt terugbetaald indien de verschuldigde eindheffing lager is dan de voorheffing²³.

Dividend behoort tot de winst van degene die recht heeft op het dividend (de opbrengstgerechtigde). Dat is in beginsel de juridisch eigenaar van de dividendgevende aandelen. Uit de weinige jurisprudentie over deze bepaling volgt dat de opbrengstgerechtigde de dividendbelasting niet kan verrekenen als deze niet vrijelijk over de ontvangen dividenden kan beschikken. Het dividend moet "eigen winst" van de dividendontvanger zijn. Van niet-vrijelijk beschikken is sprake als de dividendontvanger een verplichting heeft het dividend door te betalen. Als de dividendontvanger de dividenden bijvoorbeeld als vertegenwoordiger van een ander ontvangt, dan is er geen sprake van vrijelijk beschikken c.q. eigen winst.

3.3.2 Teruggaaf aan ingezeten rechtspersonen

Ingezetene Nederlandse rechtspersonen die zijn vrijgesteld van Vpb (bijvoorbeeld pensioenfondsen), doen geen aangifte Vpb en kunnen dus de dividendbelasting niet verrekenen. Deze groep rechtspersonen kan echter toch de dividendbelasting terugkrijgen door een verzoek om teruggaaf in te dienen.

Teruggaafverzoeken dienen sinds 2017 digitaal te worden ingediend via een portaal op de website van de Belastingdienst. De Inspecteur van het Kennis- en Expertisecentrum Buitenland in Heerlen is competent voor het beoordelen van de juistheid van de verzoeken.

3.3.3 Eindheffing bij niet-ingezeten personen

Niet ingezetene (rechts)personen kunnen de dividendbelasting niet verrekenen omdat zij niet onderworpen zijn aan de IB/Vpb. Voor deze groep vormt de ten laste van hen ingehouden dividendbelasting in beginsel een eindheffing (i.t.t. de voorheffing bij ingezetenen).

²⁰ Het belang van verrekening in de inkomstenbelasting wordt in dit rapport buiten beschouwing gelaten.

²¹ De buitenlandse ontvanger van Nederlands dividend komt in zijn woonland mogelijk wel in aanmerking voor enige vorm van voorkoming van dubbele belasting.

²² De status van pensioenfonds is daarom aantrekkelijk om bij dividendstripping te worden ingezet.

²³ Het kabinet is voornemens om per 1 januari 2022 de verrekening c.q. teruggave van dividendbelasting niet meer toe te staan in verliesjaren.

3.3.4 Teruggaaf aan niet-ingezetenen

Door implementatie van verschillende uitspraken van het Hof van Justitie van de EU zijn er in de Nederlandse wet verschillende regelingen opgenomen die aan bepaalde groepen niet-ingezetenen de mogelijkheid geeft om via een teruggaafverzoek de dividendbelasting geheel of gedeeltelijk terug te vragen.

Nederland heeft ook met veel landen een belastingverdrag afgesloten. Deze verdragen geven niet-ingezetenen veelal onder voorwaarde het recht om de Nederlandse dividendbelasting geheel of gedeeltelijk terug te vragen in Nederland. Op basis van zogenaamde uitvoeringsregelingen is vastgelegd hoe deze niet-ingezetenen de dividendbelasting kunnen terugvragen. Doorgaans gebeurt dit door een teruggaafverzoek.

Ook deze teruggaafverzoeken dienen sinds 2017 digitaal te worden ingediend via een portaal op de website van de Belastingdienst. De Inspecteur van Kennis- en Expertisecentrum Buitenland in Heerlen is competent voor het beoordelen van de juistheid van de verzoeken.

3.3.5 Bijzondere regeling

Een aantal grote bewaarinstanties dient jaarlijks voor veel van hun klanten teruggaafverzoeken in. Voor deze instanties is er een bijzondere regeling in het leven geroepen op basis waarvan zij voor heel veel klanten gebundeld teruggaaf kunnen vragen en de teruggaaf door de Belastingdienst direct wordt verleend. Voorwaarde voor deelname aan deze bijzondere regeling is dat de instanties zorgen dat ze de juiste documenten voor hun klanten kunnen aanleveren. Onder omstandigheden zijn de bewaarinstanties zelf aansprakelijk voor door hen ten onrechte ingediende teruggaafverzoeken.

Sinds 2017 worden de gebundelde teruggaafverzoeken ook digitaal ingediend via het portaal op de website van de Belastingdienst. De Inspecteur van Kennis- en Expertisecentrum Buitenland in Heerlen is competent voor het beoordelen van de juistheid van de verzoeken.

3.3.6 Vrijstelling aan de bron/snelle teruggaaf

Het belastingverdrag met de Verenigde Staten geeft de mogelijkheid aan Amerikaanse personen om, in plaats van een teruggaafverzoek, een vrijstelling van dividendbelasting te verkrijgen. In de markt wordt deze faciliteit ook wel de snelle teruggaaf (quick refund) genoemd. Om gebruik te maken van deze faciliteit dient de dividendbetalende maatschappij of haar betaalkantoor op haar aangifte dividendbelasting aan te geven dat op een deel van het dividend deze vrijstelling wordt toegepast en tegelijk met het indienen van de aangifte dividendbelasting de vereiste formulieren mee te sturen betreffende de Amerikaanse aandeelhouders die worden vrijgesteld.

Omdat deze vrijstelling/snelle teruggaaf via de aangifte dividendbelasting plaatsvindt, loopt dit proces via kantoor Arnhem. De aangifte dividendbelasting komen namelijk daar binnen. Het is echter de lokale Inspecteur die competent is voor de Vpb van de uitdelende maatschappij die de juistheid van de geclaimde inhoudingsvrijstelling zou moeten controleren.

Om beter te kunnen controleren dat er geen teruggaaf in Heerlen wordt verzocht voor posities waarvoor vrijstelling is geclaimd,

De bedoeling is dat in de toekomst de vrijstelling ook digitaal plaatsvindt binnen hetzelfde systeem dat wordt gebruikt voor de teruggaafverzoeken.

3.3.7 Verrekening in het buitenland

Indien het verdrag Nederland de verplichting geeft de dividendbelasting slechts gedeeltelijk terug te geven zal het verdrag in de regel het andere land verplichten om de rest van de dividendbelasting te verrekenen met de door dat land geheven inkomstenbelasting/vennootschapsbelasting over het ontvangen dividend. Doorgaans zal het land niet meer dividendbelasting verrekenen dan de door dat land werkelijk geheven belasting over het ontvangen dividend.

3.3.8 Inhoudingsvrijstelling

Ingeval het dividend wordt betaald aan personen die een belang van 5% of meer hebben in de dividendbetalende maatschappij wordt het ontvangen dividend onder omstandigheden vrijgesteld van Vpb (deelnemingsvrijstelling). In die gevallen bepaalt de wet dividendbelasting dat de dividendbetalende

maatschappij geen dividendbelasting inhoudt en afdraagt op het deel van het dividend dat wordt betaald aan deze groep.

De inhoudingsvrijstelling wordt door de uitdelende maatschappij zelf in haar aangifte dividendbelasting aangegeven. De aangifte dividendbelasting komt zoals gezegd centraal binnen bij kantoor Arnhem en de vennootschapsbelastinginspecteur van de uitdelende maatschappij is competent voor de beoordeling van die aangifte.

3.4 Anti-misbruikbepalingen

Verrekening van dividendbelasting is slechts mogelijk indien de opbrengstgerechtigde tevens de uiteindelijk gerechtigde is. Om dividendstripping tegen te gaan heeft de wetgever in verschillende belastingwetten een anti-misbruik bepaling opgenomen waarin wordt aangegeven welke opbrengstgerechtigde in ieder geval niet als uiteindelijk gerechtigde kan worden aangemerkt. Op basis van deze anti-misbruikbepalingen wordt een opbrengstgerechtigde in ieder geval niet als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt wanneer het dividend als gevolg van een samenstel van transacties geheel of gedeeltelijk ten goede komt aan een ander, terwijl die ander het belang bij de aandelen waarop het dividend is uitgekeerd op directe of indirecte wijze behoudt. Ook transacties die zijn aangegaan in de anonimiteit van een gereglementeerde beurs of markt kunnen daaronder vallen.

De anti-misbruikbepaling houdt in dat in geval van dividendstripping de mogelijkheid van teruggaaf of verrekening van dividendbelasting wordt uitgesloten, als die ander een geringer recht heeft op vermindering of teruggaaf van dividendbelasting dan de dividendontvanger. De maatregel is niet alleen van toepassing op de overdracht van aandelen, maar tevens op de verkoop van losse dividendbewijzen. Ook de vestiging van kortlopende genotsrechten op aandelen, waarbij een tegenprestatie wordt bedongen, valt onder de reikwijdte van de maatregel.²⁴

De anti-dividendstrippingbepalingen zijn opgenomen in artikel 4 Wet Dividendbelasting (DB), artikel 9 Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) en artikel 25 Wet Vennootschapsbelasting (Vpb). Deze bepalingen werken op de hoofdlijnen hetzelfde.

Als meer in detail wordt ingegaan op de toepassing van art. 25, lid 2, Wet Vpb²⁵, dan zien we dat een belastingplichtige in ieder geval niet als uiteindelijk gerechtigde wordt beschouwd als hij in samenhang met de genoten opbrengst:

- i) een tegenprestatie heeft verricht;
- ii) als onderdeel van een samenstel van transacties;
- iii) waarbij die opbrengst geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan iemand die in mindere mate gerechtigd is tot vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting;
- iv) terwijl die persoon zijn belang behoudt of weer verkrijgt.

3.4.1 'Niet de uiteindelijk gerechtigde'

Geen verrekening word toegestaan indien de opbrengstgerechtigde niet tevens de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is. Het begrip 'niet de uiteindelijk gerechtigde' wordt in de wet uitgewerkt aan de hand van de handelingen en gevolgen rondom de dividenduitkering.

Artikel 25 lid 2, tweede volzin, Wet Vpb bepaalt over de uiteindelijk gerechtigde het volgende (met tussen haakjes in cursief enige toelichting):

²⁴ Persbericht ministerraad 27 april 2001

²⁵ Uit de parlementaire geschiedenis en de uitspraken ECLI:NL:GHAMS:2020:1189 en ECLI:NL:PHR:2021:79-volgt dat 25 lid 2 Wet Vpb een open norm is.

Niet als uiteindelijk gerechtigde wordt (*in ieder geval*) beschouwd:

- degene die in samenhang met de genoten opbrengst (*het dividend*)
- een tegenprestatie heeft verricht (*een vergoeding voor die opbrengst heeft betaald of een verplichting tot doorbetaling is aangegaan*)
- als onderdeel van een samenstel van transacties

waarbij aannemelijk is dat:

- a. de opbrengst geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan [een partij] (...) die in mindere mate gerechtigd is tot (...) verrekening van dividendbelasting dan degene die de tegenprestatie heeft verricht; en
- b. deze [partij] (...) een positie in aandelen (...) op directe of indirecte wijze behoudt of verkrijgt die vergelijkbaar is met zijn positie in soortgelijke aandelen (...) voorafgaand aan het moment waarop het samenstel van transacties een aanvang heeft genomen.

Samengevat is niet uiteindelijk gerechtigd in ieder geval die partij die als gevolg van een samenstel van transacties met een beperkt verrekeningsgerechtigde partij dividend ontvangt en daarvoor een vergoeding heeft betaald c.q. verplicht is dat dividend (door) te betalen aan die beperkt verrekeningsgerechtigde partij, mits deze beperkt verrekeningsgerechtigde partij zijn economisch belang bij de betreffende aandelen heeft behouden of verkregen.

3.4.1.1 Tegenprestatie

De kern van dividendstripping is dat een aandelenoverdracht geen wijziging teweeg brengt in de economische positie van de verkopende beperkt verrekeningsgerechtigde aandeelhouder (uiteraard afgezien van het economische voordeel van de vrijdelde eindheffing). De maatregelen tegen dividendstripping haken aan bij een door dividendstripper geleverde tegenprestatie. De vraag rijst wanneer sprake is van een tegenprestatie. Volgens de parlementaire geschiedenis wordt onder tegenprestatie verstaan "al hetgeen kan worden aangemerkt als een vergoeding voor het op de aandelen verwachte dividend". Bij securities lending schuilt de tegenprestatie bijvoorbeeld in de verplichting tot doorbetaling van het op de aandelen ontvangen dividend aan de uitlener van de aandelen (manufactured dividend of dividendvervangende betaling). In een long/short-strategie schuilt de tegenprestatie normaliter in de koopsom van de aandelen.

3.4.1.2 Samenstel van transacties

In de parlementaire geschiedenis is een aantal voorbeelden van een samenstel van transacties benoemd. Daarbij valt op dat zelfs het enkele uitlenen van aandelen (securities lending) geduid wordt als een samenstel van transacties:

"Daartoe wordt veelal gebruik gemaakt van een samenstel van rechtshandelingen met aanwending van verschillende financiële instrumenten. In de praktijk zijn vele vormen van dividendstripping te onderscheiden. Zo kan dividendstripping zich manifesteren bij onder meer «securities lending», «repurchase agreements» ofwel repo's en bij verkoop van aandelen in combinatie met het schrijven van «deep in the money» put opties."

Veelal zal een samenstel van transacties Over The Counter (OTC, onderhands) tot stand komen. In artikel 25, lid 3 Wet Vpb is evenwel bepaald dat ook bij beurstransacties sprake kan zijn van een dergelijk samenstel van transacties. In dezelfde bepaling wordt de enkele verwerving van een van een of meer dividendbewijzen of op de vestiging van kortlopende genotsrechten op aandelen geduid als een samenstel van transacties.

In de parlementaire geschiedenis is ook doel en strekking van de maatregelen tegen dividendstripping opgenomen. Verwezen werd onder andere naar het commentaar bij het OESO-modelverdrag ("beneficial owner"). Duidelijk is dat de wetgever een ruime en materiële uitleg van het begrip "uiteindelijk gerechtigde" voor ogen stond:

Het Gerechtshof Amsterdam verwees in zijn uitspraak van 12 mei 2020 (ECLI:NL:GHAMS:2020:1189) over een dividendstrippende Amerikaanse grootbank zeer nadrukkelijk naar deze wetsgeschiedenis.

3.4.1.3 Verzamelbesluit Dividendbelasting

In het Verzamelbesluit Dividendbelasting zijn in een aantal specifieke zaken beleidsmatig standpunten ingenomen. Zo is daarin bepaald dat de verrekeningsgerechtigdheid wordt beoordeeld naar de depotstand op de zgn. record-date. Dat betekent dat de opbrengstgerechtigdheid wordt bepaald aan de hand van de depotregistratie van de betreffende aandelen.

3.4.1.4 Dividendnota's

Aan de ontvanger van een dividend kan een zogenaamde dividendnota worden uitgereikt. Daarop staat onder andere aangegeven hoeveel dividend is ontvangen en hoeveel dividendbelasting daarop is ingehouden. De wet stelt wel enige eisen aan de inhoud van dividendnota's, maar stelt aan de verrekening niet de bewijsrechtelijke eis dat daartoe een dividendnota moet kunnen worden overgelegd²⁶.

3.5 Mandatory Disclosure Rules/DAC6

De Europese richtlijn Mandatory Disclosure Rules (MDR)/DAC6 verplicht in die richtlijn genoemde partijen tot melding van potentieel agressieve grensoverschrijdende constructies. Dividendstripping heeft wezenskenmerken van te melden constructies. In de resolutie van het Europees Parlement van 29 november 2018 over 'The Cum Ex Scandal: financial crime and the loopholes in the current legal framework' is ten aanzien van dividendstripping overwogen:

"dat elke persoon die een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie die ten minste één van de van tevoren vastgestelde wezenskenmerken bezit, ontwikkelt, in de handel brengt, organiseert of voor implementatie beschikbaar stelt, of de implementatie daarvan beheert, uit hoofde van de zesde richtlijn inzake administratieve samenwerking (DAC6) verplicht is die constructie aan de nationale belastingautoriteiten te melden."

De implementatie van de richtlijn DAC6 is vormgegeven door wijziging van de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB). De bepalingen in de WIB strekken tot uitvoering van regelingen van internationaal recht en richtlijnen op het gebied van wederzijdse bijstand bij de heffing van belastingen. De Belastingdienst heeft voor de verwerking en beoordeling van de MDR-meldingen een speciaal MDR-team ingericht.

In de voornoemde resolutie komt naar voren dat vanuit het Europees Parlement dringend behoefte bestaat aan detectie van dividendstripping middels MDR/DAC6. Hierin vraagt het Europees Parlement om onder DAC6 ook de openbaarmaking te verplichten van 'dividendarbitrageconstructies en alle informatie over kapitaalwinsten, met inbegrip van restitutie van belastingen op dividenden en kapitaalwinsten'.²⁷ In zijn resolutie van 26 maart 2019 'Financial crimes, tax evasion and tax avoidance' riep het Europees Parlement nogmaals op 'ook regelingen voor dividendarbitrage, met inbegrip van de restitutie van dividend- en vermogensaanwasbelasting' onder DAC6 te laten vallen.²⁸

Hierna is weergegeven welke wezenskenmerken geraakt kunnen worden door dividendstripping. Bij elk wezenskenmerk is de main benefit test van toepassing. Gezien dividendstrippingconstructies gericht zijn op het onterecht ontgaan, dan wel terugontvangen van dividendbelasting en zonder het dividendbelastingvoordeel geen reden zou zijn om de constructie uit te voeren, wordt verondersteld dat aan de main benefit test is voldaan.²⁹ Bij het beschrijven van de wezenskenmerken wordt dan ook niet nader op deze toets ingegaan.

3.5.1 Wezenskenmerk A1

Wezenskenmerk A1 betreft een constructie waarbij de relevante belastingplichtige of een deelnemer aan de constructie zich tot geheimhouding verbindt en op grond hiervan niet aan andere intermediairs of de belastingautoriteiten mag onthullen hoe de constructie een belastingvoordeel kan opleveren. Indien ten aanzien van een dividendstrippingconstructie afspraken zijn gemaakt die zien op de geheimhouding van

²⁶ Het belang van de dividendnota kan wel uit recente rechtspraak worden afgeleid. De rechtbank Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft in haar uitspraak van 27 mei 2021 ter zake van een verzoek om teruggaaf namelijk geoordeeld: "Belanghebbende heeft met betrekking tot de tijdvakken 2006/2007 en 2007/2008 geen dividendnota's overgelegd. De rechtbank is daarom van oordeel dat de voor deze tijdvakken verzochte teruggaven er reeds op afstuiten dat belanghebbende, tegenover de betwisting door de Inspecteur, niet aannemelijk heeft gemaakt dat Nederlandse dividendbelasting ten laste van belanghebbende is ingehouden in de betrokken jaren."

²⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0475&rid=1>

²⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0240_EN.html

²⁹ Zie paragraaf 4.3.2 van dit document.

het belastingvoordeel dat in het specifieke geval met de constructie wordt beoogd, is deze constructie meldingsplichtig onder wezenskenmerk A1.

3.5.2 Wezenskenmerk A2

Wezenskenmerk A2 betreft een constructie waarbij de intermediair aanspraak maakt op een vergoeding (of rente, betaling van financieringskosten en andere uitgaven) voor de constructie en die vergoeding wordt vastgelegd op basis van:

- a) het bedrag van het belastingvoordeel dat de constructie oplevert; of
- b) de vraag of de constructie daadwerkelijk een belastingvoordeel heeft opgeleverd. De intermediair moet daarbij de vergoeding gedeeltelijk of volledig terugbetalen wanneer het met de constructie beoogde belastingvoordeel niet gedeeltelijk of volledig werd verwezenlijkt.

Indien de (hulp)intermediair die betrokken is bij een dividendstrippingconstructie in het kader hiervan dergelijke afspraken gemaakt heeft, is deze constructie meldingsplichtig onder wezenskenmerk A2.

3.5.3 Wezenskenmerk A3

Wezenskenmerk A3 betreft een constructie waarbij gebruik wordt gemaakt van gestandaardiseerde documenten en/of een gestandaardiseerde structuur en die beschikbaar is voor meer dan één belastingplichtige zonder dat er voor implementatie wezenlijke aanpassingen nodig zijn, bijvoorbeeld het enkel op naam zetten van een bepaald product zonder dat er aanvullend persoonlijk fiscaal advies nodig is. Indien een dividendstrippingconstructie zodanig ingericht is dat deze kant-en-klaar voor meerdere belastingplichtigen toe te passen is, is deze constructie meldingsplichtig onder wezenskenmerk A3.

3.5.4 Wezenskenmerk B2

Wezenskenmerk B2 betreft een constructie die tot gevolg heeft dat inkomsten worden omgezet in vermogen, schenkingen of andere inkomstencategorieën die lager worden belast of van belasting worden vrijgesteld. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in het geval van een dividendvervangende betaling in plaats van een reguliere dividenduitkering die aan dividendbelasting is onderworpen ('stock/securities lending').³⁰ Een dergelijke dividendstrippingconstructie is meldingsplichtig onder wezenskenmerk B2.

3.5.5 Wezenskenmerk B3

Wezenskenmerk B3 betreft een constructie die circulaire transacties omvat met als resultaat dat middelen worden rondgepompt ('round tripping'), meer bepaald met behulp van tussengeschoven entiteiten zonder ander primair handelsdoel of van transacties die elkaar compenseren of teniet doen of andere soortgelijke kenmerken hebben. Het kenmerk van dividendstripping is dat de verkopende, beperkt verrekeningsgerechtigde, partij zijn economisch belang bij de aandelen behoudt en slechts tijdelijk door gebruik van verhullende schakels en activiteiten het juridisch eigendom overdraagt. Dividendstripping is daarmee in de kern altijd circulair en meldingsplichtig onder wezenskenmerk B3.

3.6 Wet financieel toezicht (Wft)

3.6.1 MiFID II

Op 3 januari 2018 is MiFID II inwerking getreden. MiFID II (Markets in Financial Instruments Directive) is een herziening van de in 2007 ingevoerde Europese richtlijn MiFID en de introductie van de verordening MiFIR.

Het doel van MiFID II is het efficiënter en transparanter maken van de Europese financiële markten en het vergroten van de bescherming van beleggers. MiFID II wijzigt bepaalde regelgeving voor beleggingsondernemingen en handelsplatformen.

In het samenwerkingsverband de 'Northern TRS' (NTRS) hebben de toezichthouders van Denemarken, Finland, Nederland, Noorwegen en Zweden een nieuw systeem ontwikkeld dat voldoet aan de eisen van MiFID II om de rapportages te ontvangen en zo nodig door te sturen aan andere buitenlandse toezichthouders.

³⁰ Zie bijvoorbeeld <https://www.pwc.com/gx/en/tax/tax-policy-administration/assets/dac6-pulse-issue-5.pdf>, pagina 2.

Sinds MiFID II zijn in beginsel marktpartijen verplicht om alle transacties in Nederlandse aandelen, afgeleide instrumenten en alle transacties in buitenlandse financiële instrumenten door Nederlandse partijen aan AFM te rapporteren.

Deze rapportageplicht komt voort uit de behoefte naar meer transparantie over de prijsvorming op de markt en het tegengaan van marktmanipulatie. Meer hierover volgt in hoofdstuk 4.

3.6.2 Integere en beheerste bedrijfsvoering

De Europese wet- en regelgeving ten aanzien van het tegengaan van belastingontwijking is ook van belang voor banken indien hun cliënten van dergelijke structuren gebruik maken. Op basis van de herziene EU Directive on Administration Cooperation¹² (DAC 6), die in 2018 definitief is vastgesteld en vanaf 2020 in werking is getreden, wordt van banken - voor zover zij optreden als intermediair - verwacht dat zij grensoverschrijdende belastingstructuren van cliënten, die voldoen aan de in de Richtlijn vastgestelde wezenskenmerken (zie paragraaf 3.5), zullen melden aan de relevante belastingautoriteiten.

Banken zijn wettelijk verplicht maatregelen te nemen om hun integere bedrijfsvoering te waarborgen en betrokkenheid bij witwassen te voorkomen. Deze maatregelen behoren ook te zien op fiscale integriteitsrisico's. De wettelijke verplichtingen zijn opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (Wft), het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft).

Artikel 3:10 Wft stelt over de integere bedrijfsvoering dat: b) wordt tegengegaan dat de financiële onderneming of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden; c) wordt tegengegaan dat wegens haar cliënten het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kan worden geschaad; d) wordt tegengegaan dat andere handelingen door de financiële onderneming of haar werknemers worden verricht die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.

Van belang is o.a. dat adequaat inzicht wordt verkregen over integriteitsrisico's die zich bij cliënten van banken en andere financiële ondernemingen kunnen voordoen waaronder fiscale risico's. Van belang is dat men weet met wie zaken wordt gedaan en waarvoor de zakelijke relatie gebruikt wordt. Als sprake is van onvoldoende transparantie richting de bank en/of de belastingautoriteiten met betrekking tot structuren, geldstromen en/of fiscale motieven mag een bank een cliënt niet accepteren³¹.

Dividendstripping is wettelijk niet toegestaan en is per definitie niet transparant. Dit blijkt ook uit de lastige opgave dividendstripping te detecteren, waarop in hoofdstuk 4 zal worden ingegaan. De bewijslast is daarin ook een grote uitdaging (zie hoofdstuk 5). In de praktijk blijkt dat banken, waaronder Nederlandse, onderdeel uitmaken van deze structuren.

3.7 Europese Verordening marktmisbruik (MAR)

De voor Nederland van toepassing zijnde regelgeving vloeit direct voort uit de Europese Verordening marktmisbruik (Market Abuse Regulation, MAR) en is per 3 juli 2016 van toepassing in de Europese Unie. Het verbod op marktmanipulatie is bedoeld om de integriteit van de financiële markten te bevorderen. Het gaat om het verhogen en borgen van marktintegriteit en beleggersvertrouwen door het bevorderen van de volledigheid, correctheid en tijdigheid van informatie met betrekking tot financiële instrumenten en de handel daarvan op financiële markten. De handel en prijzen zoals die tot stand komen, moeten het resultaat zijn van rechtmatige vraag en aanbod die voortkomt uit beleggingsbeslissingen die genomen zijn op basis van betrouwbare en tijdige informatie.

Het is voor een ieder verboden om de markt te manipuleren of te trachten te manipuleren. Wat onder het begrip marktmanipulatie wordt verstaan is omschreven in artikel 12 MAR. Het verbod om de markt te manipuleren of te trachten de markt te manipuleren staat in artikel 15 MAR:

a. het aangaan van een transactie, het plaatsen van een handelsorder of elke andere gedraging:

³¹ Bron: Good practices fiscale integriteitsrisico's bij cliënten van banken; DNB 2 juli 2019.
<https://www.dnb.nl/media/kqn143e/good-practices-fiscale-integriteitsrisico-s-bij-cli%C3%ABnten-van-banken.pdf>.

- i. die daadwerkelijk of waarschijnlijk onjuiste of misleidende signalen afgeeft met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van een financieel instrument of een eraan gerelateerd spotcontract voor grondstoffen, of,
 - ii. die de koers van een of meer financiële instrumenten of daaraan gerelateerde spotcontracten voor grondstoffen daadwerkelijk of waarschijnlijk op een abnormaal of kunstmatig niveau brengt;
- b. het aangaan van een transactie, het plaatsen van een handelsorder of iedere andere activiteit of gedraging met gevolgen of waarschijnlijke gevolgen voor de koers van een of meer financiële instrumenten of een eraan gerelateerd spotcontract voor grondstoffen of een geveild product op basis van emissierechten, waarbij gebruik wordt gemaakt van een kunstgreep of enigerlei andere vorm van bedrog of misleiding;
- c. de verspreiding van informatie, via de media, met inbegrip van internet, of via andere kanalen, waardoor daadwerkelijk of waarschijnlijk onjuiste of misleidende signalen worden afgegeven met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van een financieel instrument of een eraan gerelateerd spotcontract voor grondstoffen of een geveild product op basis van emissierechten of effecten, of de koers van een of meer financiële instrumenten of daaraan gerelateerde spotcontracten voor grondstoffen of een geveild product op basis van emissierechten daadwerkelijk of waarschijnlijk op een abnormaal of kunstmatig niveau wordt gebracht, met inbegrip van de verspreiding van geruchten wanneer de persoon die de informatie verspreidde, wist of had moeten weten dat de informatie onjuist of misleidend was;
- d. de verspreiding van onjuiste of misleidende informatie of de verspreiding van onjuiste of misleidende inputs in verband met een benchmark wanneer de persoon die de informatie of de input verspreidde, wist of had moeten weten dat de informatie onjuist of misleidend was, of enigerlei andere gedraging waardoor de berekening van een benchmark wordt gemanipuleerd.

3.8 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)

De FIU-Nederland is op basis van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) de organisatie waar diverse meldplichtige instellingen ongebruikelijke transacties dienen te melden. Met haar analyses van gemelde ongebruikelijke transacties legt de FIU-Nederland transacties en geldstromen bloot die te relateren zijn aan witwassen, financiering van terrorisme of onderliggende misdrijven. Nadat transacties verdacht zijn verklaard door het hoofd van de FIU-Nederland worden deze ter beschikking gesteld aan diverse handhavings-, opsporings- en veiligheidsdiensten.

Met haar financial intelligence levert de FIU-Nederland op nationaal en internationaal niveau een belangrijke bijdrage aan de bestrijding van witwassen en financiering van terrorisme. Een internationale benadering en een goede netwerksamenwerking met nationale partners is hierbij van groot belang. Witwassen en financiering van terrorisme zijn grensoverschrijdende problemen, die alleen internationaal effectief kunnen worden bestreden. Binnen de Europese Unie en door de Financial Action Task Force (FATF) worden met landen bindende afspraken gemaakt over de aanpak van deze problemen. Europese richtlijnen en intergouvernementele verplichtingen vormen dan ook de basis voor Nederlandse wet- en regelgeving. Nederland heeft met de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) mede uitvoering gegeven aan de Europese Vierde Antiwitwasrichtlijn uit 2015 en de wijziging daarvan uit 2018. Deze Vierde Antiwitwasrichtlijn (Richtlijn (EU)2015/849) en de wijziging daarvan (Richtlijn (EU) 2018/843) bouwen voort op bestaande EU-wetgeving en houdt tegelijkertijd rekening met de zogeheten veertig aanbevelingen van de FATF.

3.8.1 Doelstelling Wwft

Doelstelling van de Wwft is het handhaven van de integriteit van het financiële stelsel. Het publiek vertrouwen in dat stelsel wordt ernstige schade toegebracht wanneer onderdelen daarvan misbruikt worden voor het witwassen van uit misdrijf afkomstige gelden en financiering van terrorisme. Via de Wwft wordt de informatiepositie ten behoeve van opsporing en vervolging versterkt, maar ook die van de meldingsplichtige instellingen.

3.8.2 Risico-georiënteerde benadering

De Wwft kent een risicogeoriënteerde benadering. Dit houdt in dat instellingen zelf een inschatting maken van de risico's die bepaalde cliënten of producten met zich meebrengen en schept de mogelijkheid hun inspanningen aan te passen op deze risico's. Deze benadering is opgenomen binnen de eigen compliance regels en past binnen de eigen verantwoordelijkheid van de instelling en de daarbij te hanteren zorgplicht. De interne regels zijn afgestemd en nemen toe naarmate het ingeschatte risico toeneemt. Daarnaast is in

de Wwft niet dwingend voorgeschreven hoe een instelling iets moet bereiken, maar slechts wat bereikt moet worden.

3.8.3 Meldingsplichtige instellingen

In de Wwft wordt aan de hand van het begrip 'instelling' bepaald voor wie de wet van toepassing is (zie artikel 1a Wwft). Onder het begrip 'instelling' vallen rechtspersonen maar ook natuurlijke personen. Daarbij worden bij bepaalde instellingen diensten en handelingen benoemd die zijn uitgezonderd van de meldplicht.

Voor het melden van (voorgenomen) ongebruikelijke transacties zijn indicatoren ontwikkeld. Er zijn objectieve indicatoren en er is een subjectieve indicator. Voldoet de te melden transactie aan een objectieve indicator dan hoeft deze niet verder te worden beoordeeld, want in dat geval moet worden gemeld. Valt de transactie niet onder een objectieve indicator dan kan de subjectieve indicator van toepassing zijn. In dat geval moet de transactie zelf worden beoordeeld en worden besloten of deze op basis daarvan onder de subjectieve indicator valt. Activiteiten die te maken hebben met dividendstripping vallen onder deze categorie.

Sinds de laatste wijziging van de Wwft op 21 mei 2020 zijn er 29 verschillende meldergroepen aangewezen die conform de Wwft een meldplicht hebben voor het melden van (voorgenomen) ongebruikelijke transacties. Deze meldergroepen hebben ieder hun eigen objectieve indicatoren op basis waarvan zij ongebruikelijke transacties moeten melden. Alle meldergroepen hebben ook een subjectieve indicator.

3.9 Strafrecht: Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr)

3.9.1 Opzettelijk onjuiste aangifte Vpb

In paragraaf 2.6 is een aantal vormen van dividendstripping beschreven. De meeste van deze vormen gebruiken een schijnconstructie om te doen voorkomen alsof de verrekeningsgerechtigde partij ook de uiteindelijk gerechtigde van het dividend is. In dat geval is het namelijk mogelijk om de afgedragen dividendbelasting in de aangifte Vpb te verrekenen. Het uiteindelijke doel van deze vormen van dividendstripping is dus het verrekenen van de 15% dividendbelasting in de aangifte Vpb.

Op grond van artikel 25 lid 2 Vpb kan de dividendbelasting niet verrekend worden, wanneer de belastingplichtige niet de uiteindelijk gerechtigde van het dividend is. Gebeurt deze verrekening toch, terwijl de belastingplichtige weet dat hij niet de uiteindelijk gerechtigde is, dan is sprake van het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte (artikel 69 lid 2 Awr).

Of sprake is van opzet kan uit verschillende feiten en omstandigheden worden afgeleid. Zo is relevant of bij de belastingplichtige wetenschap was van (een deel) van de schijnconstructie, waardoor het erop leek dat de belastingplichtige de uiteindelijk gerechtigde was. Verder is van belang of er een zakelijk belang kan zijn voor de verplaatsing van de aandelen, anders dan dividendstripping (en het daarmee te behalen voordeel). Bij deze fiscale verdenking is de kans groot dat de verdediging uiteindelijk een pleitbaar standpunt zal proberen op te werpen. Daarmee dient vanaf het begin van het strafrechtelijk onderzoek rekening mee te worden gehouden. Gelet hierop zal in iedere zaak goed moeten worden onderbouwd dat bepaalde transacties alleen maar op dividendstripping kunnen wijzen, omdat ze in het normale economische verkeer voor de verschillende partijen geen denkbaar belang dienen of zelfs nadelig uitpakken. Ook dient zoveel als mogelijk duidelijk te worden gemaakt hoe de uiteindelijke opbrengst (de verrekende dividendbelasting) onderling wordt verdeeld.

In dit verband is het nuttig om op te merken dat de teruggaafverzoeken op grond van artikel 10 dividendbelasting tot 2017 bij wet werden geduid als aangifte. Per 1 januari 2017 is die wettelijke duiding (mogelijk onbedoeld) vervallen. Teruggaveverzoeken worden per 1 januari 2017 gekwalificeerd als een aanvraag tot het nemen van een beschikking in de zin art. 1:3 lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht. Het teruggaafverzoek is daarmee geen belastingaangifte meer in de zin van de Awr. Het gevolg daarvan is dat een onjuist teruggaveverzoek niet meer als opzettelijk onjuiste aangifte in de zin van art. 69, lid 2 Awr aangemerkt kan worden. De Belastingdienst heeft medio 2021 het Ministerie verzocht deze (mogelijk onbewuste) wetwijziging ongedaan te maken. Zolang herstel niet heeft plaatsgevonden zal een opzettelijk onjuist teruggaveverzoek nog wel in het strafrecht betrokken kunnen worden op basis van artikel 326 Sr (oplichting) en valsheid in geschrift, art. 225 Sr.

Artikel 25, lid 2, Wet Vpb heeft een aantal voorwaarden en als men daaraan niet voldoet, is de aangifte onjuist. Het motief, maar ook wetenschap doet daarbij niet terzake. Het te bewijzen opzet ziet dan niet meer op het strippen zelf maar het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte.

3.9.2 Niet nakomen meldplicht MDR/DAC6

Op grond van de Europese richtlijn inzake Mandatory Disclosure Rules (MDR/DAC6) zijn intermediairs met ingang van 1 januari 2021 verplicht om potentieel agressieve grensoverschrijdende constructies te melden bij de Belastingdienst. Met het grofschuldig of opzettelijk niet nakomen van de meldingsplicht riskeert men een bestuurlijke boete van ten hoogste de zesde categorie zoals bedoeld in artikel 23, lid 4, Wetboek van Strafrecht: € 870.000. In geval van opzet is tevens strafrechtelijke vervolging mogelijk, dit levert dan een misdrijf in de zin van [artikel 69, lid 1](#), Awr op, wat kan worden bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren.

3.9.3 Geen, onjuiste of onvolledige inlichtingen verstrekken

Nadat een onjuiste aangifte is ingediend kunnen door de Belastingdienst aan de belastingplichtige vragen worden gesteld. Als de belastingplichtige de gevraagde informatie niet, onjuist of onvolledig verstrekt, maakt hij zich schuldig aan overtreding van artikel 68 lid 1, sub a Awr, jo. artikel 69 lid 1 Awr. Ook hierbij is het minst genomen nodig dat de belastingplichtige de aanmerkelijke kans aanvaardt (voorwaardelijk opzet) dat de informatie die hij verstrekt onjuist of onvolledig is.

3.9.4 Ontneming bij fiscale delicten

Artikel 74 Awr bepaalt dat wederrechtelijk verkregen voordeel bij fiscale delicten niet kan worden ontnomen op grond van artikel 36e Sr. Het achterliggende idee is dat de Belastingdienst zelf voldoende mogelijkheden heeft om het ten onrechte uitgekeerde geld terug te vorderen. Ook wanneer invordering voor de Belastingdienst wegens verjaring niet meer mogelijk is, lijkt strafrechtelijke ontneming op grond van een fiscaal delict niet mogelijk. Een belangrijke kanttekening is overigens dat dit niet onverkort geldt voor de medeplegers van het fiscale delict. Daarvoor lijken er wel mogelijkheden te zijn in het geval (ook) sprake is van een gemeenschappelijk delict en het voordeel van de medepleger niet samenvalt met het fiscale voordeel.³²

3.10 Strafrecht: Wetboek van Strafrecht (Sr)

Het Openbaar Ministerie is in beginsel vrij in zijn keuze welke delicten aan een verdachte ten laste worden gelegd. Hoewel de kern van de strafbare gedragingen bij dividendstripping in de meeste gevallen als een fiscaal verwijt kan worden aangemerkt, zijn er ook commune feiten waaronder deze gedragingen kunnen worden geschaard.

3.10.1 Oplichting

Gelet op de schijnconstructie die door de betrokken verdachten wordt opgetuigd om uiteindelijk de dividendbelasting terug te krijgen, kan in de eerste plaats worden gedacht aan oplichting (art. 326 Sr). Helaas is er op dit moment nog nauwelijks jurisprudentie die ziet op oplichting van de Belastingdienst door middel van het indienen van een onjuiste aangifte. De mogelijkheid om een (in de kern) fiscaal delict als oplichting ten laste te leggen, lijkt echter niet te worden uitgesloten.³³ Doorslaggevend is natuurlijk of de verschillende bestanddelen van oplichting kunnen worden 'gedekt' door de verweten gedragingen.

In de eerste plaats dient sprake te zijn van het 'oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling'. Er zal dus bewijs moeten zijn dat de schijnconstructie door de betrokken partijen wordt opgezet met als doel om de afgedragen dividendbelasting te kunnen verrekenen. Van wederrechtelijkheid is sprake op het moment dat de belastingplichtige weet (opzet) dat hij gelet op de anti-misbruikbepalingen (art. 25 Vpb) geen recht heeft op verrekening en toch in zijn aangifte verrekent. Een ander bestanddeel is dat verdachte de ander moet 'bewegen tot (o.a.) de afgifte van enig goed' of 'het teniet doen van een inschuld'. In dit geval is dat de verrekening. De Belastingdienst wordt bewogen tot het akkoord gaan met de verrekening, waardoor het financiële voordeel voor de verdachte verwezenlijkt wordt. Dit 'bewegen' dient te gebeuren met één van de in artikel 326 Sr genoemde oplichtingsmiddelen. In dit geval kan bijvoorbeeld worden gedacht aan

³² Hoge Raad 3 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1716.

³³ Rechtbank Den Haag 25 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD0611.

'een valse hoedanigheid', namelijk het zich voordoen als de uiteindelijk gerechtigde van het dividend. Nog sterker is wellicht te kiezen voor 'listige kunstgrepen' of een 'samenweefsel van verdichtfels'. Wanneer niet blijkt van evidente leugens, lijkt het oplichtingsmiddel 'listige kunstgrepen' de meeste kans van slagen te hebben. Immers, er wordt alles in het werk gesteld om te doen voorwenden dat de belastingplichtige de uiteindelijk gerechtigde van het dividend is. De transacties van de aandelen zullen op het eerste gezicht de indruk wekken deel uit te maken van alle gangbare transacties op de aandelenmarkt. Zo veel als mogelijk wordt verhuld dat de transacties vooraf besproken zijn en zijn aangegaan met bekende partijen. In die zin kan ook met recht betoogd worden dat dit niet zozeer (alleen) een fiscaal delict is, maar dat de Belastingdienst planmatig en doelbewust wordt opgelicht. Er wordt namelijk niet alleen een onjuiste aangifte gedaan, maar er wordt met name in geïnvesteerd dat de Belastingdienst bij eventueel nader onderzoek wordt voorgelogen door de opgezette schijnconstructie. Op die manier kan worden voorkomen dat de Belastingdienst bij het stellen van nadere vragen of bij het uitvoeren van een controle er snel achter komt dat de dividendbelasting niet kon worden verrekend.

Zoals hiervoor vermeld, vallen onjuiste teruggaafverzoeken op grond van artikel 10 Wet op de dividendbelasting niet onder het doen van een onjuiste aangifte als bedoeld in artikel 69, lid 2 Awr. Deze gevallen lijken dan ook bij uitstek geschikt om te vervolgen op grond van artikel 326 Sr (en valsheid in geschrift, art. 225 Sr). Ook in die gevallen lijkt het voor de hand te liggen te kiezen voor de oplichtingsmiddelen 'listige kunstgrepen' of 'een samenweefsel van verdichtfels'. In het geval het teruggaafverzoek (meerdere) onjuistheden bevat kan worden gekozen voor de laatste. Net als bij de andere vormen van dividendstripping zal ook hier sprake zijn van een schijnconstructie, zodat 'listige kunstgrepen' in elk geval een logische keuze lijkt.

3.10.2 Valsheid in geschrift

Nu teruggaafverzoeken niet als aangifte in de zin van de Awr kunnen worden aangemerkt, moet worden uitgeweken naar commune feiten. Een bewust onjuist opgemaakt verzoek kan in ieder geval als een vals geschrift worden aangemerkt in de zin van artikel 225 Sr. Dat het teruggaafverzoek bewijsbestemming heeft, lijkt evident: (mede) op basis daarvan neemt de Belastingdienst immers de beslissing om de afgedragen dividendbelasting wel of niet uit te keren. Op het moment dat de verzoeker in dit verzoek bewust onjuiste informatie vermeldt, zoals dat hij de uiteindelijk gerechtigde is van het dividend, is sprake van het 'valselijk' opmaken van een geschrift met 'het oogmerk om het als echt en onvervalst te gebruiken of door anderen te doen gebruiken' (art. 225 lid 1 Sr). Bij het indienen van het teruggaafverzoek is tevens sprake van (o.a.) het 'gebruik maken' van het valse geschrift (art. 225 lid 2 Sr). Artikel 69, lid 4, Awr, dat strafvervolgning op grond van artikel 225 lid 2 Sr uitsluit, is hier uiteraard niet van toepassing.

Ook bij andere vormen van dividendstripping kan het nuttig zijn om artikel 225 Sr ten laste te leggen. Te denken valt aan degene die namens de belastingplichtige de aangifte opstelt of bij de Belastingdienst indient en die op de hoogte is van de onjuistheid daarin. Het ten laste leggen van artikel 225 lid 2 Sr (gebruik maken/voorhanden hebben (ver)vals(t) geschrift) ten aanzien van de belastingplichtige is op grond van artikel 69, lid 4, Awr uitgesloten. Dit geldt ook voor andere deelnemingsvormen, zoals die van medepleger of doen pleger. Wel kan worden betoogd dat het mogelijk is om het enkele voorhanden hebben van een valse aangifte of administratie ten laste te leggen als artikel 225 lid 2 Sr, nu dit niet onder artikel 68 of 69 Awr valt. Het ten laste leggen van artikel 225 lid 1, het opmaken van een vals geschrift, wordt in artikel 69 niet uitgesloten en kan dus in alle gevallen ten laste worden gelegd.

3.10.3 Witwassen

De hiervoor genoemde strafbare feiten zien op het gronddelict dat wordt gepleegd: het verkrijgen van fiscaal voordeel. Na dit gronddelict kan het verkregen geld verder worden verhuld, verplaatst of worden uitgegeven. Onder de witwasbepalingen worden verschillende gedragingen uitgeschreven:

- *sub a*: van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft;
- *sub b*: voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt.

Kort gezegd zien de gedragingen onder sub a met name op het (verder) verhullen van de illegale aard of herkomst van een voorwerp. Sub b ziet vooral op het krijgen, het hebben en het besteden van het voorwerp.

In het geval van dividendstripping zitten de verhullingshandelingen met name in het gronddelict zelf. Op het moment dat het fiscale voordeel is verkregen, heeft dit al een legale schijn. Verdere verhulling lijkt dus niet persé nodig te zijn. Wel zal vrijwel altijd sprake zijn van het voorhanden hebben, het overdragen, omzetten en gebruik maken van de verworven geldbedragen (sub b). Wat betreft het voorhanden hebben, is nog van belang om te vermelden dat het 'enkele voorhanden hebben' door de pleger van het gronddelict onvoldoende is om tot opzet- of schuldwitwassen te kunnen komen. Zogeheten 'eenvoudig witwassen' (art. 420bis.1 Sr) is in dat geval wel mogelijk, maar dat betreft een veel lichter vergrijp. Bij de andere gedragingen van sub b is voor het opsporingsonderzoek van belang dat wordt onderzocht wat er na het verkrijgen van de geldbedragen met het geld is gebeurd. Als dat niet is onderzocht bemoeilijkt dat het ten laste leggen van de onder sub b genoemde gedragingen.

Bij dividendstripping doet zich nog een potentiële juridische moeilijkheid voor als het gaat om het delict witwassen. Partijen die bij de dividendstripping-transacties betrokken zijn, krijgen vaak al een vergoeding uitbetaald vóór de onjuiste aangifte Vpb is ingediend. De vraag rijst dan vanaf welk moment deze partij dit geld kan witwassen. Is dat vanaf het moment dat zij over deze vergoeding beschikt of pas nadat de onjuiste aangifte is ingediend en dus het gronddelict is voltooid? Verdedigd kan worden dat de vergoeding is uitbetaald op basis van het medeplegen/de medeplichtigheid van deze betrokken partij. Het geld is daarom van misdrijf afkomstig en kan direct na verkrijging worden witgewassen; dus nog vóór het uiteindelijke misdrijf is voltooid.

In het Wetboek van Strafrecht zijn verschillende vormen van witwassen opgenomen. Als de hiervoor genoemde gedragingen worden gepleegd en verdachte weet dat het voorwerp/geldbedrag (onmiddellijk of middellijk) afkomstig is uit een misdrijf, dan is sprake van (opzet)witwassen (art. 420bis Sr). Maakt hij van dit witwassen een gewoonte dan kan hem gewoontewitwassen worden verweten (art. 420ter Sr). Artikel 420quater Sr stelt strafbaar degene die de hiervoor genoemde gedragingen pleegt 'terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp' (onmiddellijk of middellijk) van een misdrijf afkomstig is. Deze laatste variant zal bij dividendstripping waarschijnlijk minder vaak voorkomen. Degenen die bij de transacties direct betrokken zijn, zijn vermoedelijk op de hoogte van het strafwaardige ervan. Voor zover men niet op de hoogte is van de daadwerkelijke reden van de transacties, zal ook het 'redelijkerwijs moeten vermoeden' dat het geld van misdrijf afkomstig is moeilijk te bewijzen zijn.

3.10.4 Deelname aan een criminele organisatie

Bij de verschillende vormen van dividendstripping is essentieel dat de betrokken partijen vooraf op de hoogte zijn van de transacties die moeten plaatsvinden. Daarnaast is het zo dat hoe meer partijen betrokken zijn, hoe moeilijker het is om te voorzien dat sprake is van dividendstripping. Partijen werken in dit soort cases dus vaak intensief samen. Als eenmaal een stripbase is opgezet, is het efficiënt om deze zo intensief mogelijk te gebruiken. Het succes van dividendstripping hangt dus in belangrijke mate af van een nauwe (en soms langdurige) samenwerking tussen verschillende partijen.

Deze samenwerking vertoont veel overeenkomsten met een criminele organisatie als bedoeld in artikel 140 Sr: de samenwerking is gericht op het ten onrechte verkrijgen/verrekenen van dividendbelasting. De organisatie, ofwel het samenwerkingsverband tussen de verschillende partijen, heeft dus 'tot oogmerk' het plegen van misdrijven. Die misdrijven kunnen bestaan uit de hiervoor genoemde strafbare feiten, zoals overtreding van 69 lid 2 Awr, oplichting, valsheid in geschrift of witwassen.

Zeker in zaken waarin juist dit samenwerkingsverband het mogelijk maakt deze misdrijven te plegen, kan het nuttig zijn ook strafrechtelijk te vervolgen voor artikel 140 Sr. Een bijkomend voordeel is dat de verschillende rollen die door de deelnemers worden vervuld allemaal kunnen worden meegenomen in de ten laste gelegde criminele organisatie. Van belang is wel dat de verschillende deelnemers niet alleen opzet hadden om een bijdrage te leveren aan de organisatie, maar dat zij ook opzet hadden op de door de organisatie gepleegde strafbare feiten. Wie daar in het geheel geen weet van heeft kan niet als deelnemer aan een criminele organisatie worden aangemerkt.

3.10.5 Vervolg van rechtspersonen

Dividendstripping is bij uitstek een activiteit waar zowel natuurlijke personen als rechtspersonen bij betrokken zijn. Strafbare feiten kunnen overeenkomstig art. 51 Sr door beiden worden begaan. Vrijwel altijd zullen ook rechtspersonen subject zijn wanneer een strafrechtelijke vervolging wordt ingezet. Voor de vraag of de strafbare gedraging aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, zal moeten worden onderzocht "of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon".³⁴

3.10.6 Deelnemingsvormen

De onderlinge samenwerking tussen verdachten hoeft natuurlijk niet per se tot uitdrukking te komen in het ten laste leggen van artikel 140 Sr. Even zo goed kan ervoor worden gekozen om deelnemingsvormen ten laste te leggen. Als sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking tussen de verschillende verdachten, dan is sprake van medeplegen (art. 47 Sr). Is een verdachte slechts bij een onderdeel van de strafbare gedragingen betrokken of is zijn rol veel kleiner dan die van de hoofdverdachten dan kan sprake zijn van medeplichtigheid (art. 48 Sr).

Deze deelnemingsvormen kunnen zowel zien op natuurlijke personen als op rechtspersonen.

3.10.7 Ontneming

Op het moment dat er naast fiscale delicten ook commune delicten worden bewezen verklaard, dan bestaat de mogelijkheid om wederrechtelijk verkregen voordeel aan de verdachte te ontnemen (art. 36e Sr). Het feit dat ook fiscale delicten bewezen verklaard zijn, staat daar niet aan in de weg. De Hoge Raad oordeelde dat zelfs bij de eendaadse samenloop van artikel 69 Awr en 225 Sr, artikel 74 Awr niet in de weg staat aan de oplegging van een ontnemingsmaatregel.³⁵ Van belang is wel dat in die casus het fiscale voordeel niet samenviel met het voordeel dat verdachte had behaald én dat de Belastingdienst niet over invorderingsinstrumenten beschikte om het voordeel bij deze verdachte terug te halen.

Het ontnemen van voordeel kan ook plaatsvinden over en periode voorafgaand aan de ten laste gelegde periode. In dat geval kan zelfs worden ontnomen voor strafbare feiten die al verjaard zijn.³⁶

3.10.8 Meldplicht Wwft

Financiële instellingen zijn wettelijk verplicht maatregelen te nemen om witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen. Hierdoor moeten instellingen bijzondere aandacht besteden aan ongebruikelijke transactiepatronen en transacties van cliënten, die naar hun aard een hoger risico op witwassen of het financieren van terrorisme met zich brengen. Is er aanleiding om te veronderstellen dat een (voorgenomen) transactie verband kan houden met witwassen, financiering van terrorisme of onderliggende misdrijven, dan moet de instelling deze transactie als ongebruikelijk melden bij de Financial Intelligence Unit – Nederland (FIU – NL). Het niet voldoen aan de verplichtingen voortvloeiend uit de Wwft zoals het uitvoeren van cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties is een overtreding van de Wwft, en is strafbaar gesteld in de Wet op economische delicten (WED).

Het niet, niet juist of onvolledig melden van een ongebruikelijke transactie is een overtreding van de Wwft, en is strafbaar gesteld in de WED. Deze economische delicten zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan (Artikel 2 lid 1 WED). Op deze misdrijven staat een maximale gevangenisstraf van twee jaar, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie. Voor overtredingen waar een gewoonte van is gemaakt staat een maximale gevangenisstraf van vier jaar, een taakstraf of geldboete van de vijfde categorie.

³⁴ Hoge Raad 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (Drijfmest).

³⁵ Hoge Raad 3 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1716.

³⁶ Hoge Raad 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI2307.

4 Detectie van dividendstripping

4.1 Inleiding

In haar rapport³⁷ van april 2020 onderkende de European Banking Authority (EBA) het verband tussen dividendstripping en fiscale criminaliteit. EBA stelde vast dat het faciliteren van dividendstripping en het doorsluizen van daarmee verdiend vermogen de integriteit van de financiële sector ondermijnt. Deze ondermijning bestaat uit het faciliteren van dividendstripping en het verlenen van diensten bij het verhullen van feiten en omstandigheden. Ook bij de European Securities and Markets Authority (ESMA) heeft dividendstripping de aandacht. In september 2020 deed de ESMA een oproep om nationaal en internationaal samen te werken om fraude met dividendbelasting te voorkomen en te bestrijden³⁸.

Ook vanuit het Europees Parlement bestaat dringend behoefte aan detectie van dividendstripping. In de resolutie van 29 november 2018 over het Cum Ex schandaal vraagt het Europees Parlement om onder DAC6 ook de openbaarmaking te verplichten van *'dividend arbitrage schemes, including the granting of dividend and capital gains tax refunds'*.³⁹ In zijn resolutie van 26 maart 2019 *'Financial crimes, tax evasion and tax avoidance'* riep het Europees Parlement nogmaals op *'for the hallmarks under DAC6 to be updated in order to cover, amongst others, dividend arbitrage schemes, including the granting of dividend and capital gains tax refunds'*.⁴⁰

De oproep om vooral nationaal en internationaal de samenwerking tussen toezichthouders en belastingdiensten op te zoeken biedt veel potentie in het kader van de detectie van dividendstrippingstructuren en de bewijsgraring die daarmee samenhangt. Detectie en bewijs vormen immers de grootste uitdaging in het voorkomen en bestrijden van dividendstripping. In dit kader is het voor een effectieve aanpak van dividendstripping noodzakelijk dat naast extra inspanningen vanuit toezicht en opsporing ook de poortwachters van de financiële sector hun rol ten aanzien van dividendstripping beter invullen. Het aantal meldingen ongebruikelijke transacties dat verband houdt met dividendstripping is beperkt.

Voor de detectie van potentiële dividendstripping kan in beginsel gebruik gemaakt worden van (administratieve) indicatoren, fiscale informatiesystemen, de bij AFM beschikbare transactiedata en STOR-meldingen⁴¹, MDR/DAC6 meldingen en meldingen ongebruikelijke transacties bij de FIU. Daarnaast kan in voorkomende gevallen informatie worden opgevraagd bij buitenlandse toezichthouders en belastingdiensten. Dit wordt hierna toegelicht.

Vanzelfsprekend dient uitwisseling van informatie plaats te vinden binnen de bestaande wettelijke kaders. Het FEC biedt hiervoor voldoende mogelijkheden het kennisdocument en het FEC project dividendstripping proberen hier invulling aan te geven.

Dividendstrippingstructuren kennen een bepaalde volgorde van handelingen die door verschillende FEC-partners kunnen worden gezien, ook als deze voor de specifieke taak van de afzonderlijke FEC-partners mogelijk niet direct van belang is. De meerwaarde van de gezamenlijke beoordeling zit dan ook in de inventarisatie van die momenten en de tijdige uitwisseling van informatie. Op deze manier kunnen de FEC-partners elkaar in positie brengen.

Dit hoofdstuk laat zien welke informatie bij de partners beschikbaar is en van dienst kan zijn voor de detectie van dividendstripping.

4.2 Tijdlijn

Voor het structureren van dividendstripping is een samenstelling van rechtshandelingen noodzakelijk. Deze rechtshandelingen op zichzelf zijn niet bijzonder en afzonderlijk onderdeel van het reguliere economisch verkeer. Echter, indien deze in een bepaalde volgorde plaatsvinden en de uiteindelijk gerechtigden hun economisch belang behouden bij de aandelen, kan sprake zijn van dividendstripping.

³⁷

https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/News%20and%20Press/Press%20Room/Press%20Releases/2020/EBA%20publishes%20its%20inquiry%20into%20dividend%20arbitrage%20trading%20schemes%20%28%E2%80%9CCum-Ex/Cum-Cum%E2%80%9D%29/883661/EBA%20Report%20on%20inquiry%20into%20Cum-Ex.pdf

³⁸ ESMA, 'Final Report On Cum/Ex, Cum/Cum and withholding tax reclaim schemes' d.d. 23 september 2020.

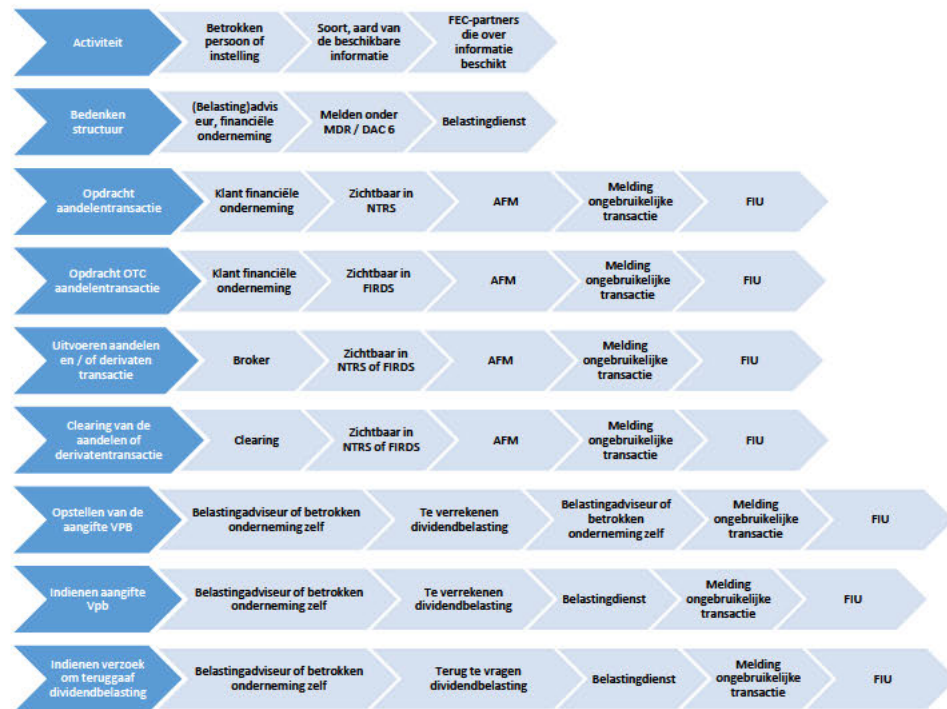
³⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0475&rid=1>

⁴⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0240_EN.html

⁴¹ Suspicious transaction and order reports (STOR) onder de MAR.

Handhaving van de correcte registratie in de systemen en controle op de materiële juistheid is essentieel. In veel gevallen zal een structuur zo zijn vormgegeven dat detectie wordt bemoeilijkt. Bijvoorbeeld omdat FEC-partners slechts een deel van de structuur zien. Het alerteren van FEC-partners en het combineren van bij de partners beschikbare informatie kan hier tegenwicht aan bieden.

Een overzicht van de te onderscheiden gebeurtenissen met betrekking tot dividendstripping transacties kan er als volgt uitzien:



Detectie kan actief of passief plaatsvinden. Passieve detectie heeft als startpunt meldingen en signalen die de AFM, [FIU](#) of Belastingdienst bereiken. Te denken valt bijvoorbeeld aan signalen uit de fiscale aangifte, MDR-meldingen of meldingen ongebruikelijke transacties. Een meer actieve benadering is zelf op zoek gaan naar potentiële situaties van dividendstripping. Het monitoren van transactiedata uit NTRS is een vorm van actieve detectie.

De belangrijkste activiteiten, betrokken personen, aard van de beschikbare informatie en welke FEC-partner hierover beschikt of kan beschikken, worden hierna toegelicht.

4.3 Passieve detectie

4.3.1 Opstellen en indienen aangifte Vpb, verzoek teruggave dividendbelasting

Er zijn verschillende contactmomenten tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst waarbij informatie wordt verstrekt die een indicatie kan opleveren voor dividendstripping. Dit kunnen contacten met de belastingplichtige zijn voorafgaand aan het indienen van een aangifte of teruggave verzoek maar dat ligt niet voor de hand gegeven het feit dat dividendstripping juist verhuld plaatsvindt. Het is dan ook realistischer om te veronderstellen dat de Belastingdienst signalen van dividendstripping aantreft in ingediende aangiften Vpb en ingediende verzoeken om teruggave van dividendbelasting.

Nederlandse rechtspersonen die aangifte doen voor de Vpb kunnen ingehouden dividendbelasting verrekenen in de aangifte. Ingezetene Nederlandse (rechts)personen die zijn vrijgesteld van IB/Vpb doen geen aangifte IB/Vpb en kunnen de dividendbelasting niet in de aangifte verrekenen. Deze groep (rechts)personen kan echter toch de dividendbelasting terugkrijgen door een verzoek om teruggaaf in te dienen. Hetzelfde geldt voor bepaalde buitenlandse (rechts)personen op basis van de wet of een gesloten belastingverdrag.

In het algemeen kan worden opgemerkt dat factfinding gebaat is bij actualiteit. De Belastingdienst krijgt echter relatief laat signalen over potentiële dividendstripping. Bijvoorbeeld pas op het moment van het indienen van de aangifte Vpb. Dit betekent in het meest gunstige geval dat de Belastingdienst pas een jaar na transactiedatum informatie ontvangt. Immers het dividendseizoen valt in april/mei van jaar X en aangifte Vpb moet in juni van jaar X+1 worden ingediend. Bij situaties van uitstel voor het indienen van de aangifte wordt deze termijn nog langer. De belastingschade is dan al ontstaan. Teruggaveverzoeken worden in het algemeen binnen een half jaar na dividenddatum ingediend. Er zijn evenwel gevallen bekend van verzoeken die vier jaar na dividenddatum werden ingediend. Een korte termijn tussen dividenddatum en aangifte c.q. teruggaveverzoek is voor de stripper vanuit financieringsperspectief gunstiger dan een lange termijn. Een lange termijn daarentegen bemoeilijkt de factfinding en kan daardoor bijdragen aan de verhulling van de feiten.

Gegeven het vorenstaande is de Belastingdienst op dit moment voor de detectie van dividendstripping afhankelijk van informatie opgenomen in de ingediende aangiften Vpb en de verzoeken om teruggave. Dit alles aangevuld met branchekennis en kennis over specifieke actoren binnen de branche. De informatie uit de aangiften en teruggaveverzoeken bevatten geen informatie op transactieniveau maar is geaggregeerde informatie. Daarnaast is de ervaring dat dividendstrippers er op bedacht zijn om in de aangifte of teruggaveverzoeken geen argwaan te wekken. Dit maakt de aangifte en het teruggaveverzoek geen sterk instrument voor de detectie van dividendstripping.

Dit is een van de overwegingen geweest voor de introductie van de Europese richtlijn inzake mandatory disclosure rules.

4.3.2 Mandatory Disclosure Rules (MDR/DAC6)

Door de inwerkingtreding van de Europese richtlijn inzake Mandatory Disclosure Rules (MDR/DAC6) zijn intermediairs met ingang van 1 januari 2021 verplicht om potentieel agressieve grensoverschrijdende constructies te melden bij de Belastingdienst.

Deze meldingsplicht berust in beginsel bij de intermediair. Dit is degene die de constructie bedenkt, aanbiedt, opzet, beschikbaar maakt voor implementatie of de implementatie van de constructie beheert. Ook de zogenoemde 'hulpintermediair' is meldingsplichtig, dit is degene die hulp, bijstand of advies verstrekt bij het bedenken, aanbieden, opzetten, beschikbaar maken voor implementatie of het beheren van de implementatie van een constructie.⁴² Alleen die informatie waarvan de (hulp)intermediair kennis, bezit of controle heeft, moet worden gemeld, er bestaat geen specifieke verplichting om actief onderzoek te doen naar te melden informatie.⁴³ In het geval van een dividendstrippingconstructie kan de faciliterende partij potentieel kwalificeren als intermediair, indien deze partij degene is die de constructie bedenkt, aanbiedt, opzet, beschikbaar maakt voor implementatie of de implementatie van de constructie beheert. Gezien bij dividendstrippingconstructies meerdere faciliterende partijen betrokken kunnen zijn, kunnen deze, afhankelijk van hun rol, kwalificeren als hulpintermediair.

De termijn voor het melden bedraagt 30 dagen en gaat in op, al naar gelang het eerste plaatsvindt:

- de dag nadat de betreffende constructie voor implementatie beschikbaar is gesteld;
- de dag nadat de betreffende constructie voor implementatie gereed is;
- het ogenblik dat de eerste stap in de implementatie van de betreffende constructie is ondernomen.

Een hulpintermediair kan in voorkomende situaties pas na de hiervoor genoemde aanknopingspunten in beeld komen. Het is dan niet de bedoeling dat de hulpintermediair eerder meldt dan de intermediair. Daarom geldt in aanvulling op de hoofdregel dat de hulpintermediair meldt binnen 30 dagen nadat hij hulp, bijstand of advies heeft verstrekt.

Ondanks dat dividendstripping onder verschillende wezenskenmerken (zie hoofdstuk 3) te scharen is, bestaat de verwachting dat weinig dividendstrippingconstructies daadwerkelijk gemeld zullen worden. De

⁴² Het gaat alleen om (hulp)intermediairs die een nexus met de EU hebben. De meldingsverplichting verschuift naar de belastingplichtige voor wie de constructie bedoeld is indien er geen de betrokken intermediair geen EU-nexus heeft, deze zich beroept op het wettelijk verschoningsrecht, of er geen intermediair bij de constructie betrokken is.

⁴³ Europese Commissie, notulen Working Party IV (24 september 2018), p. 3; Kamerstukken II 2018/19, 35255, 3, p. 39

constructies 'werken' veelal doordat er sprake is van het verhullen van de relevante feiten en omstandigheden. De faciliterende partijen zullen zich enerzijds niet geroepen voelen om de constructies te melden en dit gewoonweg niet doen. Anderzijds zouden zij zich op het standpunt kunnen stellen dat zij niet kwalificeren als hulpintermediair en daarmee niet meldingsplichtig zijn. Of een persoon, bijvoorbeeld een broker, hulpintermediair is, is ervan afhankelijk of deze persoon, gelet op de betrokken feiten en omstandigheden en op basis van de beschikbare informatie en de deskundigheid die en het begrip dat nodig is om die diensten te verstrekken, weet of redelijkerwijs kon weten dat hij de toezegging heeft gedaan om de betreffende hulp, bijstand of het advies te verstrekken ('onwetendheidstoets').⁴⁴ Voorts zou men zich op het standpunt kunnen stellen geen kennis, bezit of controle te hebben van informatie over het grotere geheel van het samenstel van rechtshandelingen waarvan de constructie waar men bij betrokken is deel van uitmaakt. Aldus kan een potentiële melder die betrokken is bij een dividendstrippingconstructie zich mogelijk succesvol beroepen op het slagen van de 'onwetendheidstoets' zoals hiervoor beschreven en zich daarmee vrijwaren van de meldingsplicht, dan wel een onvolledige melding indienen vanwege een gemeend gebrek aan informatie. Of dit terecht is, zal achteraf uit onderzoek moeten blijken. Daarentegen kwalificeert degene die het 'meesterbrein' is achter het samenstel van rechtshandelingen, voor de toepassing van de meldingsplicht als intermediair en is daarmee verplicht om de daarvoor in aanmerking komende constructies te melden.

Vóór de start van de meldingsplicht per 1 januari 2021 is verschillende malen contact geweest met partijen die kunnen kwalificeren als (hulp)intermediair en potentieel meldingsplichtig zijn. Zo ook met Enkele keren is er contact geweest tussen de Belastingdienst en over de uitwerking van de meldingsplicht in de praktijk. Hierbij is ook specifiek aandacht geweest voor dividendstripping. Het MDR-team van de Belastingdienst heeft tijdens een bespreking met , waarbij een groot deel van de in Nederland actieve banken aanwezig waren, uitgelegd dat de banken intermediairs zijn bij dividendstrippingscasus en dat zij deze moeten melden in het kader van MDR.

Grensoverschrijdende constructies zijn meldingsplichtig indien deze voldoen aan zogenoemde 'wezenskenmerken' ('hallmarks'): dit zijn bepaalde kenmerken en elementen van transacties die een sterke aanwijzing voor belastingontwijking of misbruik vormen. Voor een aantal wezenskenmerken geldt de 'main benefit test'. Aan deze test is voldaan indien het belangrijkste voordeel dat, of een van de belangrijkste voordelen die, gelet op alle relevante feiten en omstandigheden, redelijkerwijs te verwachten valt van een constructie het verkrijgen van een belastingvoordeel is.

Gedane meldingen worden met zoveel mogelijk reeds intern beschikbare en openbare informatie veredeld, aan de hand van indicatoren automatisch geprioriteerd en vervolgens handmatig door het MDR-team op risico geselecteerd. Gezien de urgentie van de detectie en aanpak van dividendstrippingconstructies zullen meldingen met kenmerken van dergelijke constructies hoog geprioriteerd worden.

MDR-meldingen worden op automatische basis verstrekt aan een centrale Europese database. Vanuit deze database ontvangt het MDR-team voor Nederland relevante meldingen die in andere lidstaten gedaan zijn. Ook deze meldingen kunnen belangrijke informatie bevatten die bijdragen aan de detectie van mogelijk ontbrekende meldingen inzake dividendstripping, dan wel aan het koppelen van verschillende meldingen die gezamenlijk duiden op dividendstripping. De Europese uitwisseling van meldingen dient telkens te geschieden binnen één maand na afloop van een kwartaal. Aldus dient de uitwisseling over het eerste kwartaal van 2021 uiterlijk 30 april 2021 plaats gevonden te hebben. De vanuit de Europese database ontvangen meldingen die voor Nederland relevant zijn, worden bij de Nederlandse meldingen gevoegd en doorlopen hetzelfde proces van veredelen, prioriteren en analyseren als de Nederlandse meldingen.

Gezien de meldingsplicht pas onlangs van start is gegaan en er nog geen Europese uitwisseling van de meldingen heeft plaatsgevonden, beschikt het MDR-team op dit moment beperkt over data die dienstbaar zou kunnen zijn aan de detectie van dividendstripping.

⁴⁴ Kamerstukken II, 2018/19, 35255, nr. 3, p. 33

Zoals hiervoor beschreven worden ook in de toekomst weinig meldingen op dividendstripping verwacht. Dit lijkt het Europees Parlement ook te erkennen in het rapport inzake 'implementation of the EU requirements for tax information exchange' van februari 2021. In het kader van een case study over 'cum-ex/cum-cum schemes' wordt opgemerkt: *'DAC6 reflects changes to improve the framework for EOI in relation to these schemes, however it does not fully address the remaining concerns around timeliness of exchanges, accuracy of the information reported and scope of the Directive'*.⁴⁵

Hiertegenover staat de verwachting dat door het gebruik van contra-informatie niet-gemelde dividendstrippingconstructies gedetecteerd zouden kunnen worden en hier mogelijk punitief tegen kan worden opgetreden. Wanneer het MDR-team vermoedens heeft van dividendstrippingconstructies zullen deze vermoedens gedeeld worden met de FEC-partners. Wanneer FEC-partners beschikken over informatie die mogelijk voor MDR relevant is, wordt het MDR-team graag op de hoogte gesteld. Signalen die wijzen op mogelijk meldingsplichtige dividendstrippingconstructies zullen door het MDR-team nader onderzocht worden.

De melding onder MDR moet de volgende informatie bevatten⁴⁶:

- de identificatiegegevens van intermediair en relevante belastingplichtigen;
- nadere bijzonderheden over de wezenskenmerken op grond waarvan de grensoverschrijdende constructie gemeld moet worden;
- een samenvatting van de inhoud van de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie,
- de datum waarop de eerste stap voor de implementatie van de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie is of zal worden genomen;
- nadere bijzonderheden van de nationale bepalingen die aan de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie ten grondslag liggen;
- de waarde van de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie;
- de lidstaat van de relevante belastingplichtige en eventuele andere lidstaten waarop de meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie naar alle waarschijnlijkheid van invloed zal zijn;
- de identificatiegegevens van andere personen in een lidstaat op wie de meldingsplichtige constructie naar alle waarschijnlijkheid van invloed zal zijn.

4.3.3 Suspicious transaction and order reports (STOR)

Onder de verplichtingen van de Market Abuse Regulation⁴⁷ (MAR, artikel 16), dienen marktparticipanten (alle beroepshalve betrokkenen) verdachte orders en transacties (STOR) die mogelijk in overtreding zijn met de MAR-bepalingen melden bij de relevante toezichthouder. In Nederland is dat de AFM.

4.3.4 Meldingen ongebruikelijke transacties

Dividendstripping of een vermoeden ervan kan gelden als een subjectieve indicator voor het melden van een ongebruikelijke transactie bij de FIU-Nederland.

De meldingen van ongebruikelijke transacties van alle meldplichtige instellingen worden opgenomen in de database van FIU-Nederland. Na ontvangst worden deze meldingen periodiek gematcht met politieregisters en onderzocht naar aanleiding van LOVJ-verzoeken⁴⁸ en verzoeken van buitenlandse FIU's. Bij een positief resultaat ('hit') kunnen de meldingen op basis van die informatie verdacht worden verklaard.

Daarnaast vindt er zogenaamd 'eigen onderzoek' plaats bij de FIU. Eigen onderzoek gebeurt onder andere op basis van query's m.b.t. strategische thema's, maar ook op basis van signalen van meldende instellingen, (bijzondere) opsporingsinstanties of openbare bronnen. Strategische thema's zijn vastgesteld op basis van prioriteiten van de opsporing of actuele onderwerpen die maatschappelijk of anderszins van belang zijn. Een belangrijk onderdeel van dit eigen onderzoek is de mogelijkheid tot internationale gegevensuitwisseling met collega FIU's.

⁴⁵ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662603/EPRS_STU\(2021\)662603_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662603/EPRS_STU(2021)662603_EN.pdf)

⁴⁶ https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontenten/themaoverstijgend/brochures_and_publications/manual-for-the-web-form-mdr-dac6

⁴⁷ Richtlijn 2014/65/EU

⁴⁸ De Landelijk Officier Witwassen van Openbaar Ministerie en de FIU-Nederland werken nauw samen. De informatieverzoeken vanuit de opsporing, de zgn. LOVJ-verzoeken, worden ingediend via de Landelijk Officier Witwassen.

FIU-Nederland is aangesloten bij de Egmont Groep. De Egmont Groep is een internationaal samenwerkingsverband gericht op het verbeteren van de internationale gegevensuitwisseling tussen FIU's. Momenteel zijn wereldwijd 166 FIU's aangesloten bij de Egmont Groep.

Met haar analyses van gemelde ongebruikelijke transacties legt de FIU-Nederland transacties en geldstromen bloot die te relateren zijn aan witwassen, financiering van terrorisme of onderliggende misdrijven. Nadat transacties verdacht zijn verklaard door het hoofd van de FIU-Nederland worden deze ter beschikking gesteld aan diverse handhavings- en opsporingsdiensten.

FIU-Nederland heeft een analyse uitgevoerd op de gehele database gebaseerd op een lijst met steekwoorden welke is samengesteld door het projectteam. De periode waar de analyse op is gebaseerd is 1 februari 2016 – 1 februari 2021

Slechts 3 steekwoorden lijken potentieel relevant, te weten;

- Dividend Withholding Tax
- Record Date
- (Dividend) (Asset) Stripping

Deze steekwoorden leverden een gering aantal hits op welke zijn gemeld door:

- Trustkantoren
- Accountants
- Banken

Uit beschikbaar casusmateriaal, het ESMA rapport en berichten in de pers blijkt dat dividendstripping de afgelopen jaren op grote schaal heeft plaatsgevonden. Het aantal meldingen van ongebruikelijke transacties is op dit moment gering. Als detectie-instrument voldoet de melding van ongebruikelijke transacties op dit moment nog niet.

4.4 Actieve detectie

4.4.1 NTRS data, FIRDS en STOR

Marktpartijen zijn verplicht om alle transacties in Nederlandse aandelen, afgeleide instrumenten en alle transacties in buitenlandse financiële instrumenten door Nederlandse partijen aan AFM te rapporteren.

Marktpartijen moeten de details melden van de door haar uitgevoerde transacties in financiële instrumenten (en alle instrumenten die daarvan zijn afgeleid) die worden verhandeld of die toegelaten zijn tot de handel op een handelsplatform (gereguleerde markt, MTF of OTF), ongeacht de plaats van uitvoering.

De rapportages worden dagelijks verstrekt aan AFM. Marktpartijen kunnen zelf hun transactiegegevens melden, maar kunnen dit ook doen via een bedrijf dat optreedt als Goedgekeurd Rapporterings-mechanisme (Approved Regulatory Mechanism, ARM). Ook kunnen zij melden via een handelsplatform waarvan de systemen zijn gebruikt om de transactie uit te voeren.

Is het product of platform niet Nederlands dan wordt de data door AFM via ESMA uitgewisseld met de competente autoriteit van het betreffende land. Andersom ontvangt AFM via ESMA informatie over transacties met Nederlandse aandelen of door Nederlandse partijen uitgevoerd op buitenlandse handelsplatformen. De uitwisseling van deze data neemt maximaal tot 10 handelsdagen in beslag. Als marktpartijen te laat of niet melden wordt hier tegen opgetreden door de AFM.

Handelsplatformen zijn verantwoordelijk voor het rapporteren van transacties op hun platform voor members die geen beleggingsonderneming zijn. Deze informatie moet zo snel mogelijk (uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag), volledig en nauwkeurig aan de toezichthouder (AFM) worden gemeld.

De data die aan de AFM worden gerapporteerd, wordt door AFM sinds 1 januari 2018 vastgelegd in de database Northern Transaction Reporting System (NTRS). Deze (ruwe) database is op verschillende

manieren benaderbaar om risicovolle transacties te detecteren. In de hyperlink in de voetnoot is een overzicht opgenomen met de informatie die wordt vastgelegd in NTRS⁴⁹.

Op dit moment wordt de NTRS database intensief gebruikt in het dagelijkse toezicht. Het is overigens niet eenvoudig transacties aan elkaar te koppelen. Het is wel een sterk middel om dividendstripping te detecteren. De beste methode voor de detectie van dividendstripping

De transacties die op een gereguleerde markt als Euronext plaatsvinden, komen rechtstreeks binnen bij de AFM en worden vastgelegd in NTRS. Dit zijn voor het overgrote deel transacties die in een situatie van vraag en aanbod tot stand zijn gekomen onder de pre-trade transparantieplichtingen.

Transacties die onder bepaalde pre-trade transparantie waivers tot stand zijn gekomen zijn in principe niet "zichtbaar" voor andere beleggers. Deze transacties dienen ook te worden gemeld bij de toezichthouder en verwerkt in NTRS waarmee zij wel zichtbaar worden voor de toezichthouder. De transparantie is voor de toezichthouder hiermee wel toegenomen ten opzichte van voorheen.

Een andere relevante informatiebron waarover AFM beschikt is FIRDS. In deze database staan alle financiële instrumenten (CDS; Opties, etc.), die gekoppeld kunnen worden aan een onderliggende waarde. FIRDS bevat uitsluitend de kenmerken van de financiële instrumenten, dus geen transactiedata.

Marktexploitanten en beleggingsondernemingen die een handelsplatform exploiteren, dienen doeltreffende regelingen, systemen en procedures in te stellen en te handhaven, gericht op de preventie en opsporing van handel met voorwetenschap, marktmanipulatie en van pogingen om te handelen met voorwetenschap en marktmanipulatie te plegen overeenkomstig de artikelen 31 en 54 van de MAR.

Zoals in paragraaf 4.3.3 al is opgemerkt dienen marktparticipanten (alle beroepshalve betrokkenen) verdachte orders en transacties (STOR) die mogelijk in overtreding zijn met de MAR-bepalingen melden bij de relevante toezichthouder. In Nederland is dit de AFM. Dit geldt ook voor transacties die mogelijk kunnen worden gekwalificeerd als wash trades, wat weer een vorm is van marktmanipulatie. Dergelijke transacties, waarbij het economisch eigendom uiteindelijk niet wordt vervreemd, dienen dus te worden gemeld aan de toezichthouder. Ook een (buitenlandse) broker heeft uit hoofde van de (MAR, artikel 16) de verplichting om verdachte transacties en orders (STOR) te melden aan de eigen toezichthouder. Deze kan het dan weer doorzetten naar een collega toezichthouder.

Marktexploitanten en beleggingsondernemingen die een handelsplatform exploiteren stellen de bevoegde autoriteit (de nationale toezichthouder, in Nederland de AFM) onverwijld in kennis van orders en transacties, alsmede alle annuleringen of wijzigingen daarvan, die als handel met voorwetenschap of marktmanipulatie, of als poging tot het plegen van handel met voorwetenschap of marktmanipulatie zouden kunnen worden aangemerkt.

Iedere persoon die beroepshalve transacties met betrekking tot financiële instrumenten tot stand brengt of uitvoert, stelt doeltreffende regelingen, systemen en procedures in voor de opsporing en melding van verdachte orders en transacties, en onderhoudt deze. Wanneer die persoon een redelijk vermoeden heeft dat een order of transactie met betrekking tot enigerlei financieel instrument, al dan niet op een handelsplatform geplaatst of uitgevoerd, mogelijk handel met voorwetenschap, marktmanipulatie of een poging tot handel met voorwetenschap of marktmanipulatie inhoudt, stelt hij de in lid 3 bedoelde bevoegde autoriteit, de nationale toezichthouder, daar onverwijld van in kennis.

De manier van rapporteren verschilt tussen de marktpartijen. Omdat de opdrachtgever van een transactie vaak niet de uitvoerende partij is, kan aan een transactie in het systeem niet zonder meer de opdrachtgever worden gekoppeld. In principe worden alle tussenstappen ook gerapporteerd, zodat niet alleen de opdrachtgever maar ook alle tussenliggende uitvoerende partijen in de database voorkomen.

⁴⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0590&from=EN>

Uitdaging is om de zogenaamde initiële Alpha trade te specificeren. Op het moment dat deze via een buitenlandse broker wordt verricht kan het zijn dat er een informatieverzoek naar de relevante toezichthouder moet worden gestuurd om deze gegevens te verkrijgen.

AFM beschikt hiermee over zeer actuele informatie (NTRS data) zodat potentiële dividendstripping situaties veel eerder, op het moment van het aangaan van de strip transactie, gedetecteerd kan worden. Ingrijpen van de AFM betekent dat de strippers weten dat zij fout bezig zijn. Als AFM dit via het FEC aan de Belastingdienst meldt, kan deze contra-informatie leiden tot een behandelvoornemen, waarmee op het moment van aangiftebehandeling of behandeling van teruggaveverzoeken om de belastingschade tegen te houden.

De AFM heeft een query opgezet waarbij rond dividenddata de meest opvallende transactiecombinaties uit NTRS worden uitgelicht. Na een eerste beoordeling wordt dergelijke informatie via de het FEC gedeeld met de andere FEC-partners.

Elementen die bij deze detectiemethodiek de belangrijkste rol spelen zijn:

- Er dient sprake te zijn van enige substantie.

Op basis van een aantal indicatoren is in het kader van dit project door AFM een selectie gemaakt op de NTRS data voor twee AEX fondsen. Doel hiervan is om vast te stellen of genoemde data en met name ook de NTRS data bruikbaar zijn voor het detecteren van transacties waarbij mogelijk sprake is van dividendstripping. Waarbij overigens tegelijkertijd ook sprake kan zijn van een wash trade. De uitkomsten hiervan zijn gedeeld met de Belastingdienst. In eerste instantie is gekeken naar transacties

De door AFM gemaakte selectie is door de Belastingdienst beoordeeld. Hieruit volgt de conclusie dat de door AFM aangeleverde selectie uit NTRS een stevige aanwijzing vormt dat sprake is van dividendstripping. De Belastingdienst kan dit pas definitief beoordelen als een verzoek om teruggave of een aangifte is ontvangen. NTRS is hiermee een 'early warning' voor de detectie van dividendstripping. Voor de Belastingdienst is dit aanleiding om een behandelvoornemen in het klantbehandelingssysteem op te nemen, dan wel de handelwijze te beïnvloeden om een mogelijke onjuiste aangifte te voorkomen.

4.4.2 Actief toezicht door de FEC-partners

Onder actief toezicht wordt verstaan: het benutten van de bestuurlijke mogelijkheden zoals feitenonderzoek ter plaatse, vragenbrieven, informatieverzoeken en data-analyse. Actief (feiten)onderzoek door AFM of Belastingdienst is een effectief maar (zeer) tijdrovend instrument om dividendstripping te detecteren. Zeker wanneer onderzoek ad random, en niet op basis van concrete signalen, wordt ingesteld.

Het uitoefenen van toezicht is een instrument dat, gezien de schaarse en specialistische benodigde capaciteit, gericht moet worden ingezet. Het lijkt het meest op zijn plaats om toezicht uit te oefenen wanneer er uit anderen hoofde reeds indicaties bestaan dat bij een onder toezicht staande partij/belastingplichtige mogelijk sprake is van dividendstripping. Bijvoorbeeld om opvolging te geven aan risicovolle transacties uit de analyse van NTRS data.

4.5 Openbare bronnen

Openbare informatie bronnen die van belang kunnen zijn bij het verkrijgen van informatie over de dividendstripping structuren staan hieronder kort beschreven.

- <https://www.securitiesinfo.com/>

Op deze site worden vrijwel alle dividendaankondigingen van Nederlandse beursgenoteerde maatschappijen opgenomen. Er kan gemakkelijk worden gezocht op de naam van een aandeel of op ISIN code. Verder kan hier informatie gevonden worden over de ex datum, de record date en het dividend per

aandeel. Ook is er informatie opgenomen over de dividend re investment plans en de ISIN codes van de "dividend rights".

- <https://www.dacsi.nl/>

De site van het Dutch Advisory Committee Securities Industry (DACSI) bevat relevante informatie over de bestaande marktpraktijken ten aanzien van de handel en settlement van aandelen.

- <https://www.courtlistener.com/recap/>

De meeste documenten gewisseld tussen partijen die betrokken zijn bij rechtszaken worden gepubliceerd op deze website. Deze site bevat vaak veel bruikbare informatie bij onderzoek naar partijen die betrokken zijn bij dividendstripping.

- <https://www.sec.gov/news/pressreleases>

Deze site van de Amerikaanse toezichthouder, de SEC, bevat in zijn algemeenheid informatie over partijen of zaken die nuttig kunnen zijn bij onderzoek naar dividendstripping. De SEC houdt o.a. toezicht op de ADR's, en signaleert daarom vaak als eerste als partijen in de markt misbruik maken van de ADR.

- <https://www.efast.dol.gov/portal/app/disseminate?execution=e1s1>

De meeste Amerikaanse pensioenfondsen zijn verplicht om zogenaamde 5500 formulieren te publiceren op deze site van de Department of Labor in Amerika. Deze site kan gebruikt worden om onderzoek te doen naar Amerikaanse pensioenfondsen die betrokken zijn bij dividendstripping. Dit kan van belang zijn omdat Amerikaanse pensioenfondsen op basis van het verdrag volledig teruggaaf krijgen van dividendbelasting en relatief gemakkelijk kunnen worden opgericht.

- <https://library.cronerico.uk/btcbtc>

Dit betreft een website met publicaties van belastingrechtzaken in het Verenigd Koninkrijk. Deze site bevat soms nuttige informatie over partijen die betrokken zijn bij dividendstripping.

4.6 De detectiematrix

In de onderstaande matrix wordt in beeld gebracht welk risico-genererend gedrag door welke, aan het project deelnemende FEC-partner, op welk moment, zou kunnen worden gezien. De matrix houdt geen rekening met zaken als de benodigde capaciteit, doorlooptijden en slagingskans. Het is eerder een inventarisatie van theoretische mogelijkheden van de FEC-partners om dividendstripping te detecteren. Voor de mogelijkheden van FIOD en OM is het overzicht beperkt tot strafrechtelijke onderzoeken

Detectie	AFM	BLD	FIU	FIOD	OM
Welk gedrag signaleert stripping⁵⁰					
Combinatie derivaat en aandelen in hetzelfde fonds	NTRS	Aangifte			
Heen en weertjes (zowel in kopen als in lenen)	NTRS	Toezicht			
Handel met Nederlandse partij met bijzondere status	NTRS	Aangifte of verzoek			
Handel met buitenlandse partij met bijzondere status	Toezicht	Aangifte of verzoek			
Geconsolideerde afdekking van risico's binnen een groep	Toezicht	Toezicht			
Verrekenen / terugvragen dividendbelasting		Verzoek			
Transacties rond dividenddatum	NTRS	Toezicht			

⁵⁰ Deze indicatoren zijn toegelicht in Bijlage E.

Deltaneutrale transacties	Toezicht	Toezicht			
Afwijkende vergoeding en afwijkende werkwijze IDB	Toezicht	Toezicht			
Over welke partijen/actoren hebben we informatie					
Counter party info	NTRS	Toezicht/ internationaal inlichtingenverzoek			
Executing party die betrokken is	NTRS	Toezicht			
Reporting party	NTRS				
Brokers (voor eigen rekening?)	Toezicht	Toezicht	Opsporing	Vervolg	
Tussenliggende schakels in een keten	Toezicht				
	NTRS / toezicht				

Over welke kenmerken / transactieonderdelen willen we info

	NTRS	Aangifte/verzoek
	TRS	Aangifte/verzoek
Onzakelijke prijsstelling (niet marktconform)	Toezicht	Toezicht
Tijdvak	NTRS	Toezicht
	NTRS /	
Economisch belang ontbreekt of lijkt te ontbreken	MAR (16)	
	/toezicht	Toezicht

Meldingen en restinformatie

STOR-meldingen	x				
MDR meldingen		x			
FIU meldingen			x		
Restinformatie	x	x	x	x	x

Toezicht door de AFM en de Belastingdienst kan betrekking hebben op het stellen van (schriftelijke) vragen, het doen van nader onderzoek naar transactiedata, aangiftes en meldingen, en het uitvoeren van toezichtonderzoeken en controles.

5 Terugdringen dividendstripping

5.1 Inleiding

De vraag is hoe binnen het bestaande wettelijke kader, dividendstripping effectiever kan worden teruggedrongen⁵¹. Preventie, detectie en bewijsvoering zijn cruciale onderdelen waar FEC-partners elkaar kunnen versterken. Dit is noodzakelijk, gegeven het verhullende karakter en de internationale context.

5.2 Preventie

Het onderwerp dividendstripping is niet bij alle FEC-partners voldoende bekend. Dit kennisdocument probeert het kennisniveau te verbeteren. Ook de marktpartijen, afgezien van de actief bij dividendstripping betrokkenen, zijn onvoldoende bekend met het onderwerp en zullen dividendstripping mogelijk niet opmerken en melden zoals wettelijk verplicht onder de MDR, MAR en de Wwft. Het delen van kennis en werkmethoden tussen de FEC-partners is daarmee een wezenlijk onderdeel van de preventie van dividendstripping, zowel intern als extern.

Dit kennisdocument wordt actief beschikbaar gesteld aan de FEC-partners door publicatie op de intranetsites van de publieke FEC-partners en een toelichting in een FECademy. Afgezien van de strategische onderdelen, wordt het ook openbaar gemaakt. Het vergroten van de awareness van betrokken dienstverleners is van groot belang zodat vereiste meldingen plaats zullen vinden. FIU-Nederland zal een informatieblad voor meldplichtige instellingen uitbrengen.

Daarnaast is door het FEC communicatieplatform een artikel over het onderwerp voorbereid dat, na het besluit van de FEC-raad over vaststelling van de producten van dit project, intern gedeeld wordt. Publiciteit rondom opsporingsonderzoeken op dit terrein wordt door het OM en FIOD afgestemd.

5.3 Detectie

Detectie is beschreven in hoofdstuk 4. Dividendstripping of het niet melden daarvan is een overtreding van meerdere wettelijke bepalingen (Vpb/DB/Awr, MAR, WIBB, Wwft). Bij de detectie is het van belang dat de FEC-partners elkaar tijdig op de hoogte stellen van situaties van mogelijke dividendstripping die zij in de uitoefening van hun taken tegenkomen uit:

1. Meldingen MDR, MAR, Wwft.
2. Lopend toezicht.
3. Restinformatie uit onderzoek.

5.3.1 Meldingen MDR, MAR en Wwft

Dat tot op heden nauwelijks signalen over dividendstripping tussen FEC-partners zijn gedeeld betekent niet dat dividendstripping in Nederland niet voorkomt, maar dat FEC-partners zich onvoldoende bewust zijn van het feit dat een combinatie van transacties in aandelen en afgeleide financiële instrumenten dividendstripping kan betekenen en dat daarmee ook niet-fiscale wet- en regelgeving wordt overtreden. Daarbij gaat het om financiële toezichtwetgeving en Wwft.

Er is een onderlinge samenhang tussen meldingen in het kader van MDR/DAC-6, meldingen ongebruikelijke transacties op grond van de Wwft en suspicious transaction and order report (STOR) meldingen in het kader van de MAR. Een situatie die gemeld moet worden als STOR onder de MAR zal als red flag kunnen dienen om op basis van de subjectieve indicator ook als ongebruikelijke transactie bij de FIU-Nederland (poortwachtersfunctie) te worden gemeld en mogelijk vooraf onder MDR moet worden gemeld.

Dit kennisdocument kan behulpzaam zijn om een bredere groep medewerkers bij de FEC-partners bewust te maken van de onderlinge samenhang der dingen. Dividendstripping is niet alleen fiscaal niet toegestaan, maar kan ook duiden op een overtreding van de Wwft en/of de MAR. FEC-partners zullen nadere afspraken moeten maken over het benoemen van relevante signalen (kenmerken, omvang, etc.) waarover zij elkaar informeren.

⁵¹ Zie Bijlage C voor de meest voorkomende handhavingsmogelijkheden.

Dividendstripping wordt altijd verhuuld, de 'strijpers' zullen zich niet melden en situaties die meldplichtigheid opleveren zullen door de poortwachters in het systeem lastig te detecteren zijn. Dit raakt de MAR, MDR en Wwft. Meldingen voor alle drie genoemde regelgeving zijn veelal simultaan relevant. De onderscheiden meldplichten zijn ingevoerd om detectie mogelijk te maken. Uitgaande van het optreden van de FEC-partners als één overheid is het voor het terugdringen van dividendstripping van belang om deze informatie zoveel mogelijk, met inachtneming van de wettelijke kaders, met elkaar te delen. De meldplichtigen hebben daarin een belangrijke rol.

Het delen⁵² van informatie over meldingen werkt preventief, dit neemt niet weg dat er een grote afhankelijkheid blijft bestaan van de meldplichtigen. Voorlichting aan de branche is hierin essentieel.

5.3.2 Lopend toezicht

Om dividendstripping te detecteren zijn er ook kansen in het lopende toezicht van de FEC-partners door het onderwerp niet alleen onder de aandacht te brengen bij de relevante groep van eigen medewerkers, maar ook mee te nemen bij de selectie van onderzoeken, het benoemen van het onderwerp dividendstripping in eigen toezichtsplannen en het Wwft toezicht op de naleving van de meldplicht

Dit project heeft aangetoond dat met dezelfde transacties, meerdere wetten kunnen worden overtreden. Zo kunnen wash trades (MiFID) tevens dividendstripping inhouden en vice versa. Het kan ook betekenen dat het contra-informatie is voor het voldoen aan de te onderscheiden meldplichten (MDR, STOR, Wwft). Dit zal door AFM, Belastingdienst en DNB kunnen worden gedeeld in het Informatieplatform ten behoeve van ieders lopende toezicht. Naast het maken van nadere afspraken over queries uit de NTRS data kan dit bijvoorbeeld ook een thematische aanpak onder het FEC informatieplatform omvatten, of leiden tot een signaal voor de 'Niet melder aanpak'.

Voor het effectief terugdringen van dividendstripping zal, naast het opvolgen van meldingen uit de onderscheiden meldplichten, in het lopende toezicht actief op zoek moeten worden gegaan naar dividendstripping.

5.3.3 Restinformatie

Restinformatie uit strafrechtelijke onderzoeken en TCI informatie is daarnaast mogelijk relevant voor andere FEC-partners. Gedetecteerde situaties kunnen aanleiding zijn voor toezicht op basis van de , fiscaal toezicht of strafrechtelijk onderzoek.

5.4 Bewijslast

Een derde belangrijke mogelijkheid om elkaar te versterken betreft de bewijsvoering in concrete dividendstripping zaken.

Voor de bewijslast is informatie-uitwisseling nationaal en internationaal onontbeerlijk. Nationaal kan dit via het FEC Informatieplatform en internationaal via de verdragen, MoU's⁵³ of andere instrumenten. Van groot belang is het combineren van informatie uit het financiële toezicht, de fiscaliteit en de verschillende soorten meldingen om een wash trade of dividendstripping te bewijzen.

Dit kan, afhankelijk van de specifieke omstandigheden, bestaan uit queries op NTRS data, maar ook uit deskundigenverklaringen van de AFM over de economische realiteit van een transactie of een fiscale uitleg van de Belastingdienst over hetgeen wordt gezien.

Partijen die zich bezighouden met dividendstripping zijn erbij gebaat dat zij 'onder de radar' blijven' en in het geval zij toch geconfronteerd worden met aandacht vanuit het toezicht voldoende obstakels in hun dividendstripping structuren hebben ingebouwd om de bewijsvoering te frustreren.

De bewijsvoering bij dividendstripping casus kent onder andere de volgende uitdagingen:

1. Het achterhalen van de uiteindelijke belanghebbende/achterliggende partijen bij de structuur.

⁵² FIU Nederland kan alleen informatie delen over ongebruikelijke transactie die verdacht zijn verklaard.

⁵³ Memorandum of Understanding. Betreft een document waarin afspraken tussen Staten zijn vastgelegd over de internationale samenwerking tussen deze Staten.

2. Het onderbouwen dat sprake is van transacties die met elkaar samenhangen, vooraf zijn afgestemd en een onzakelijke prijsstelling kennen/de verdeling van de dividendbelasting.
3. Het onderbouwen dat de transactie geen economische realiteit heeft.

5.4.1 Het achterhalen van de belanghebbende

Uit hetgeen is beschreven in hoofdstuk 2 en de in bijlage A opgenomen dividendstrippingstructuren die in de praktijk zijn waargenomen volgt dat het veelal een uitdaging is om de strippende partij te achterhalen. Het belang van het verhullen van de uiteindelijk gerechtigde tot de aandelen ligt in het behoud van het economisch belang terwijl wordt voorgewend dat dit belang elders ligt. In het bijzonder geldt dit bij dividendstrippingstructuren waarin sprake is van een transactie met een niet of beperkt verrekeningsgerechtigde partij. Verhulling vindt plaats door in de structuur een of meerdere intermediary brokers toe te voegen en/of een transactie via verschillende beurzen en/of jurisdicties te laten lopen.

Waar het gaat om de handel in Nederlandse aandelen en daarvan afgeleide financiële instrumenten kan, via de TRS data waarover AFM in NTRS beschikt, sneller inzicht worden verkregen in de partijen die betrokken zijn bij een transactie. Vanzelfsprekend kent dit ook beperkingen en zal om de status/identiteit van de bij de transactie betrokken belanghebbende in bepaalde situaties een beroep gedaan moeten worden op buitenlandse collega toezichthouders.

5.4.2 Vooraf afgestemde transacties

Op dit moment worden geen extra mogelijkheden gezien om vanuit de FEC-samenwerking vast te stellen dat sprake is van vooraf afgestemde transacties. Zo dit al valt te bewijzen zal dat sterk afhankelijk zijn van de feiten omstandigheden in individuele casus. Diepgaand feitenonderzoek van individuele casus kan er toe leiden dat een begin van bewijs kan worden gevonden dat sprake is van een vorm van pre-arranged handelen, maar dit blijft lastig. Niet in de laatste plaats omdat de dividendstrippende partijen dit niet zullen vertellen en zij er tevens zorg voor dragen dat vastleggingen worden verhuuld. Hetzelfde geldt voor transacties die in samenhang met elkaar zijn gesloten.

5.4.3 Economische realiteit, strijd met wet- en regelgeving

FEC-partners kunnen elkaar versterken door in voorkomende gevallen hun standpunt uit te wisselen en elkaar te bevestigen dat bepaalde transacties, afgezien van de verdeling van dividendbelasting, geen economische betekenis hebben. Of door, bijvoorbeeld in het kader van de

te verklaren dat een transactie in strijd is met fiscale wet- en regelgeving. Dit kan zowel in de bestuurlijke als in de strafrechtelijke context van meerwaarde zijn.

Veelzeggend is een citaat uit de Guardian van 18 december 2011, over dividendarbitrage van Josh Galper, managing principal van Finadium, een Amerikaanse securities lending consultancy firma en een expert op dit gebied:

"The dividend tax element is central to the trade; without it there would be no reason to engage in dividend arbitrage."

5.4.4 FEC-samenwerking

De benoemde mogelijkheden om door versterking van de FEC-samenwerking dividendstripping in Nederland terug te dringen, zullen tussen de FEC-partners in de praktijk nader vorm moeten worden gegeven.

Dat meer FEC-partners naar dividendstripping kijken en dit als een gezamenlijke taak zien, werkt positief bij de detectie en het terugdringen van dividendstripping. De FEC-partners hebben door dit project niet alleen meer kennis opgedaan over dividendstripping als zodanig, maar ook over de mogelijkheden, onmogelijkheden en uitdagingen waar individuele FEC-partners mee geconfronteerd worden. Bovendien ontstaat er meer inzicht aan wat voor type/soort informatie de verschillende FEC-partners behoeft hebben bij het succesvol terugdringen van dividendstripping.

5.5 Wettelijke mogelijkheden handhaving

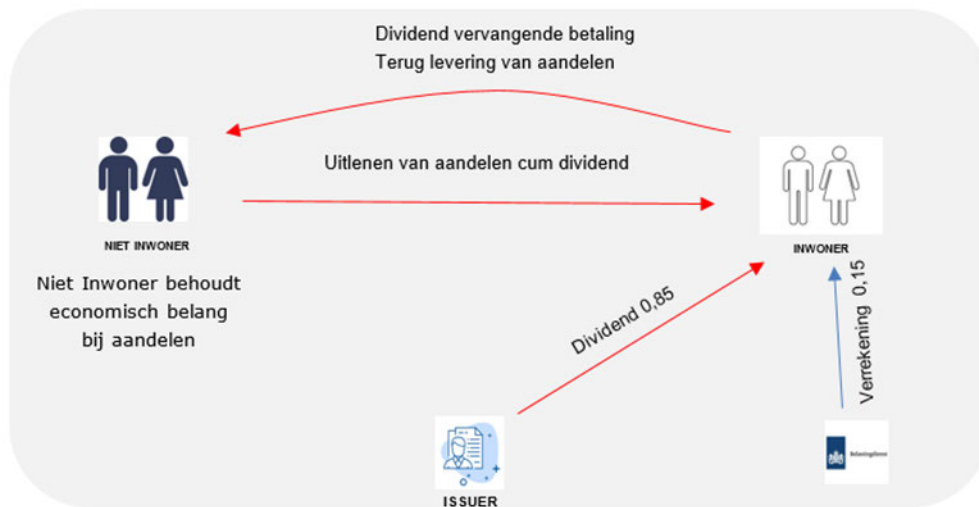
Wettelijke mogelijkheden	AFM		BLD	FIOD	OM
Wash trades	Art. 12 en 15 MAR		Art. 16 Awr	Art. 1 onder 1° WED uitsluitend voor Art. 15 MAR	Art. 1 WED onder 1° uitsluitend voor Art. 15 MAR
Marktmanipulatie	Art. 12 en 15 MAR		Art. 16 Awr	Art. 1 onder 1° WED uitsluitend voor Art. 15 MAR	Art. 1 WED onder 1° uitsluitend voor Art. 15 MAR
Niet melden Suspicious Transaction and Order Report (STOR)	Art. 16 MAR				
Niet of onvolledig rapporteren NTRS	Art. 26 EU 600/214				
Aanwijzingen ihkv Wft	1:75 Wft	1:75 Wft			
Last onder dwangsom	1:79 Wft	1:79 Wft			
Boete Wft	1:80 Wft	1:80 Wft			
Niet voldoen melding OT's (Wwft)	Wwft toezicht	Wwft toezicht		Art. 1 onder 1° WED, Art. 2 WED	Art. 1 onder 1° WED, Art. 2. WED
Onterechte teruggaaf of verrekening van dividendbelasting			Art. 16 Awr		
Opzettelijk onjuiste aangifte			Art. 16 Awr	Art. 69 lid 2 Awr	Art. 69 lid 2 Awr
Opzettelijk onjuist teruggaveverzoek			Art. 16 Awr	Art. 326 WvSr Art. 225 WvSr	Art. 326 WvSr Art. 225 WvSr
Niet melden MDR			Art. 11 lid 2 en lid 5 WIBB		Art. 69 lid 1 Awr
Valsheid in documenten				Art. 225 WvSr	Art. 225 WvSr
Geen of onjuiste inlichtingen verstrekken			Art. 68 lid 1 sub a Awr. Art. 69 lid 1 Awr	Art. 68 lid 1 sub a Awr. Art. 69 lid 1 Awr	Art. 68 lid 1 sub a Awr. Art. 69 lid 1 Awr
Ontneming voordeel			Art. 16 Awr	Niet mogelijk bij fiscale delicten	Niet mogelijk bij fiscale delicten
Witwassen				420bis t/m 420ter Sr	420bis t/m 420ter Sr
Deelname criminele organisatie				140 Sr	140 Sr

6 Bijlage A Voorbeelden van methoden en verhulling

6.1 Securities Lending

Uitgaande van een uit te keren dividend van € 1,- per aandeel en een inhouding van € 0,15 dividendbelasting ontvangt de niet inwoner normaal gesproken slechts het netto-dividend ad € 0,85. De dividendbelasting is dan een eindheffing. Door zijn aandelen uit te lenen aan een Nederlandse partij (inwoner), die de dividendbelasting wel kan verrekenen, ontvangt "inwoner" het netto-dividend ad € 0,85 plus het recht op verrekening van de dividendbelasting ad € 0,15.

Bij het aangaan van de leenovereenkomst zijn partijen tevens overeengekomen dat "inwoner" een dividendvervangende vergoeding moet betalen aan de buitenlandse partij waarvan de aandelen zijn geleend.. De hoogte daarvan is door partijen onderling bepaald op € 0,95. Schematisch ziet dit er als volgt uit:



	Niet inwoner	Inwoner
Dividend na uitleen	0,00	0,85
Verrekening Dividendbelasting	0,00	0,15
Dividendvervangende betaling	0,95	-0,95
saldo	0,95	0,05
Dvidend zonder uitleen	0,85	0,00
Stripvoordeel	0,10	0,05

Als gevolg van het uitleen van zijn aandelen de "niet inwoner" financieel € 0,10 per aandeel beter af dan wanneer hij zijn aandelen niet had uitgeleend. "Inwoner" maakt € 0,05 winst en bij elkaar opgeteld maakt dat € 0,15, exact gelijk aan de bespaarde dividendbelasting. De afspraak over de omvang van de dividendcompenserende betaling omvat derhalve ook de afspraak over de verdeling van de gestripte dividendbelasting.

Dividendstripping door middel van een enkele securities lending overeenkomst tussen een beperkte en een volledig verrekeningsgerechtigde is dermate eenvoudig te detecteren dat deze vormgeving zich in de praktijk niet zal voordoen.

6.2 Long short verhulling door cross border vormgeving

De samenhang tussen de koop van de aandelen (creatie longpositie) en de derivaten-shortpositie kan eveneens verhuld worden door deze strategie binnen concern uit te voeren, maar de long- en de shortpositie aan verschillende entiteiten in verschillende jurisdicties toe te rekenen. Aldus wordt het instrument waarmee de oorspronkelijke aandeelhouder zijn economisch belang bij de aandelen behoudt (het derivaat) aan het zicht onttrokken.

De kern van de cross border structuur is een long/short-strategie met de koop van aandelen en de gelijktijdige verkoop van futures van en aan dezelfde buitenlandse beperkt verrekeningsgerechtigde partij. De verhulling vindt plaats door de koop van de aandelen toe te rekenen aan een Nederlandse groepsvennootschap en het derivaat toe te rekenen aan een buitenlandse groepsvennootschap. Op concernniveau (geconsolideerd) is er sprake van een evidente vorm van dividendstripping. De detectie ervan wordt gecompliceerd gemaakt, door de long- en de shortpositie aan verschillende jurisdicties te alloceren.

Het losknippen van de long- en shortpositie leidt ertoe dat de ene groepsvennootschap winstbelasting over de dividendbaten moet betalen, terwijl bij de andere groepsvennootschap een fiscaal onbenutte verliespositie ontstaat. De groepsvennootschap met de longpositie geniet immers wel dividendbaten, maar heeft geen lasten uit het derivatencontract. De groepsvennootschap met de shortpositie heeft geen inkomsten, maar wel lasten uit de derivatenverplichting.

Om dat dubbele nadeel te ondervangen kan een spiegelbeeldige long/shortstrategie worden opgezet. Aan de buitenlandse groepsvennootschap wordt de koop van buitenlandse aandelen toegerekend, terwijl aan de Nederlandse groepsmaatschappij, het derivaat op die buitenlandse aandelen wordt toegerekend. Je zou dat een spiegelbeeldige dubbele cross border strip kunnen noemen.

6.3 Cum - ex

Uit diverse perspublicaties, rapporten van ESMA en lopende strafrechtelijke procedures komt naar voren dat de zogenaamde "Cum/Ex structuur" veel is toegepast in Duitsland. In Nederland is dit niet mogelijk. Een Cum/Ex-structuur komt kortweg erop neer dat ingehouden dividendbelasting niet werd afgedragen maar wel werd teruggevraagd. In de Duitse Cum/Ex-fraudezaken deed dit zich met name voor bij de heffing van dividendbelasting over dividendvervangende vergoedingen (manufactured dividends).

De term Cum/Ex ziet op de verkoop van een aandeel "cum-dividend" (met dividend) en de levering van dat aandeel "ex-dividend"(zonder dividend). Indien een verkooptransactie plaatsvindt net voor ex-dividenddatum, dan worden de aandelen cum-dividend verkocht.

Voorbeeld

Een koper betaalt €1.000 per aandeel met daarin begrepen een te verwachten dividenduitkering van € 100. Indien de levering na ex-dividenddatum plaatsvindt, dat wil zeggen nadat het aandeel zonder het dividend genoteerd is, dan ontvangt de koper naar het van toepassing zijnde Duitse recht het gekochte aandeel ex-dividend ad € 900. Bij Cum/Ex-transacties ontvangt in Duitsland niet de koper, maar de verkoper het dividend ad € 100.

Deze situatie, waarbij de koper dus te weinig ontvangt, is bekend bij en wordt hersteld door de clearingorganisatie die de aandelentransacties afwikkelt. De clearingorganisatie belast de rekening van de verkoper met € 100 en de koper krijgt een recht op een dividendvervangende betaling van € 100. In Duitsland moet de clearingorganisatie wettelijk (stel) 20% dividendbelasting inhouden op zo'n dividendvervangende vergoeding. De koper ontvangt daardoor terzake van de dividendvervangende vergoeding een cashbetaling van € 80 en een dividendnota van € 20. Deze € 20 dividendbelasting kan de koper vervolgens bij de Duitse fiscus terugvragen.

Wat er misging in de Duitse Cum/Ex-fraudezaken was dat buitenlandse (niet-Duitse) clearingorganisaties wel de dividendbelasting inhielden, maar niet afdroegen aan de fiscus. Dergelijke mismatches werden jarenlang bewust gecreëerd, waarbij de wel ingehouden maar niet afgedragen Duitse dividendbelasting tussen de betrokken partijen werd verdeeld.

Een dergelijke fraude is in Nederland in beginsel niet mogelijk. In Nederland wordt namelijk slechts het echte dividend belast met dividendbelasting en, anders dan in Duitsland, de dividendvervangende vergoedingen niet. Daarbij geldt dat de dividendgerechtigdheid niet op ex-dividenddatum, maar op de record-datum wordt vastgesteld. De record-datum ligt twee dagen na de ex-datum.

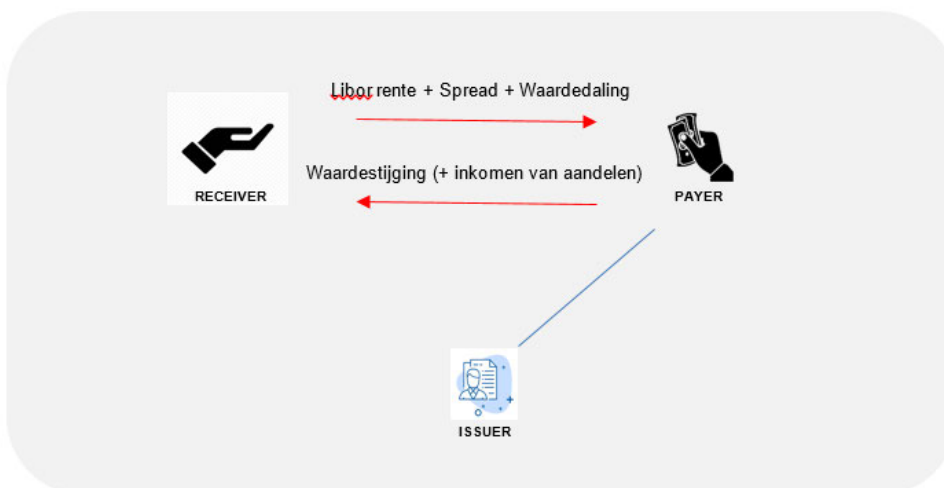
Omdat de verwerking van aandelentransacties normaliter maximaal twee dagen duurt, zijn op de record-datum in beginsel alle transacties met aandelen cum-dividend verwerkt. De koper is op record-datum dus in het systeem verwerkt als de juridisch eigenaar van de aandelen en mitsdien als de (enige)

dividendgerechtigde. De koper ontvangt daardoor bij een koop cum-dividend en levering ex-dividend toch als enige partij rechtstreeks het dividend minus 15% dividendbelasting tezamen met de dividendnota. De verkoper van het aandeel ontvangt noch het dividend noch de dividendnota.⁵⁴

6.4 Price return swaps

Op basis van een price return swap heeft de swap payer de verplichting de waarde van het onderliggende aandeel aan de swap receiver te betalen voor zover de onderliggende aandelen meer waard zijn dan de in de swap overeenkomst gespecificeerde 'notional amount'. De swap receiver heeft op basis van de swap de verplichting de waarde van de aandelen te betalen aan de swap payer voor zover de aandelen minder waard zijn dan de in de swap overeenkomst gespecificeerde 'notional amount'. De swap receiver betaalt tevens een bepaalde rente (veelal de libor rente) + een opslag (spread).

Een voorbeeld: een aandeelhouder met aandelen die 1000 waard zijn (verder payer) sluit op moment A een swap af met receiver. De notional amount die wordt overeengekomen is 1000. Als op moment B de waarde van de aandelen 900 wordt, is receiver aan payer 100 verschuldigd op basis van de swap. Als op moment B echter de waarde van de aandelen toeneemt naar 1100 gaat, is payer 100 verschuldigd aan receiver. Effect van de swap in deze casus is dat het koersrisico van de aandelen is verplaatst naar de receiver zonder dat hij de aankoop van de aandelen hoeft te financieren en de receiver betaalt als vergoeding hiervoor een bedrag aan rente⁵⁵.



Moment A

Waarde aandelen : 1000
~~Equity Notional Amount~~ : 1000
~~Libor~~rente en Spread : 0

Verklaring:

- Spread: fee voor risico
- Inkomen van aandelen: alleen bij ~~total~~ return swap
- ~~Equity Notional Amount~~: waarde ten opzichte waarvan de waardedaling/stijging wordt bepaald

Moment B

Waarde aandelen : 900
~~Payer~~ ontvangt 100 van Receiver ➡
OF
 Waarde aandelen : 1100
~~Payer~~ betaald 100 aan Receiver ➡

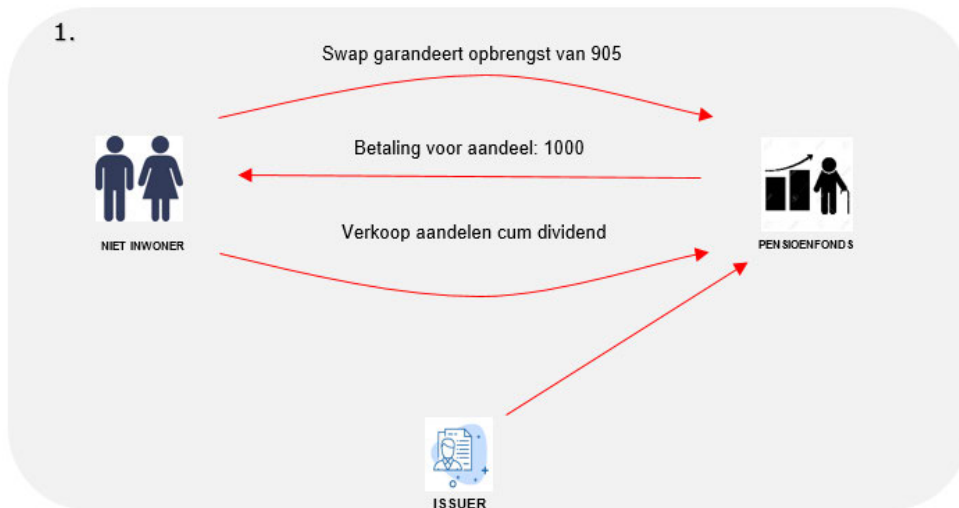
Op de volgende manier kan gebruik worden gemaakt van de price return swaps bij dividendstripping. Een van dividendbelasting vrijgesteld pensioenfonds koopt voor ex datum de aandelen voor 1000 van iemand die in mindere mate gerechtigd is tot teruggaaf of verrekening, de niet-inwoner. Er wordt 100 dividend betaald op de aandelen (waarop 15 dividendbelasting wordt ingehouden) zodat de verwachte waarde van de aandelen na ex datum 900 is. Het pensioenfonds sluit daarom tegelijk met de koop van de aandelen een swap af met een notional amount van 905. Na record datum verkoopt het pensioenfonds de aandelen

⁵⁴ Zie verzamelbesluit Dividendbelasting, Besluit van 21 december 2011, nr. DGB2011/6870M, laatstelijk gewijzigd 22 juni 2019

⁵⁵ Economisch gezien is de situatie vergelijkbaar met een lening van de payer aan de receiver waarmee receiver de aandelen vervolgens koopt en de payer een pandrecht krijgt op de aandelen.

terug aan de niet-inwoner. Door de swap blijft het economische eigendom van de aandelen bij de niet-inwoner. Het pensioenfonds ontvangt voor deze dienst een vergoeding doordat de notional amount van de swap 'te hoog' is gezien de ex dividend waarde van de aandelen (905 in plaats van 900). Per saldo ontvangt het pensioenfonds hierdoor van 5 van de 15 van de teruggevraagde dividendbelasting terwijl de niet-inwoner/swap receiver 10 verdient door het verschil tussen de van het pensioenfonds ontvangen verkoopprijs voor de aandelen en de prijsstelling van de swap.

Stap 1



- Waarde aandelen cum dividend: 1000
- Waarde aandelen ex dividend: 900

Stap 2



	Pensioenfond's	Niet inwoner
eerste koop	-1000	1000
netto dividend	85	
teruggaaf	15	
verkoop aandelen	900	-900
betaling op swap	5	-5
opbrengst	5	95

Aan het eind van de transacties heeft de niet-inwoner de aandelen weer plus een opbrengst van 95. Zou de niet-inwoner echter bovenstaande transactie niet hebben uitgevoerd en de aandelen zelf hebben gehouden dan zou deze niet-inwoner de aandelen hebben gehad plus een netto dividend van 85. De niet-inwoner is dus in dit voorbeeld 10 beter af door het aangaan van de transacties.

6.5 Total return swap

Een andere vorm van dividendstripping vindt plaats met behulp van een "Total return swap" (TRS). De aandelen worden gekocht van een buitenlands beperkt verrekeningsgerechtigde partij, die tevens de financiering verstrekt. Tegelijkertijd wordt met deze partij een TRS afgesloten waarmee alle economische resultaten aan die partij toekomen.

6.6 Voorkoming dubbele belasting

Holland routing kan zowel met Nederlandse aandelen (collecteren via verrekening o.g.v. artikel 25, lid 1 Wet Vpb) als met buitenlandse aandelen (collecteren o.g.v. Besluit voorkoming dubbele belasting). Ten aanzien van voorkoming is echter geregeld dat een dividenddoorbetaling als kostenpost ten laste komt van de teller in de voorkomingsbreuk. Indien – zoals bij dividendstripping – nagenoeg alle ontvangen dividend wordt doorbetaald, verlaagt die doorbetaling de omvang van de voorkoming tot nagenoeg nihil.

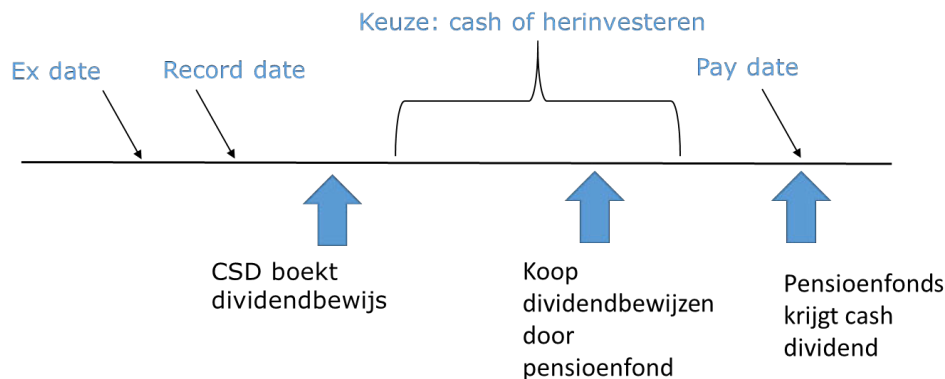
Manipulatie van de voorkomingsbreuk kan vormgegeven worden door middel van doorbetaling van dividend vanuit een andere (buitenlandse) concernvennootschap (zie 6.1). Holland Routing met buitenlandse dividenden is tot dusver, voor zover bekend, nog nooit gedetecteerd.

6.7 Dividendrechten

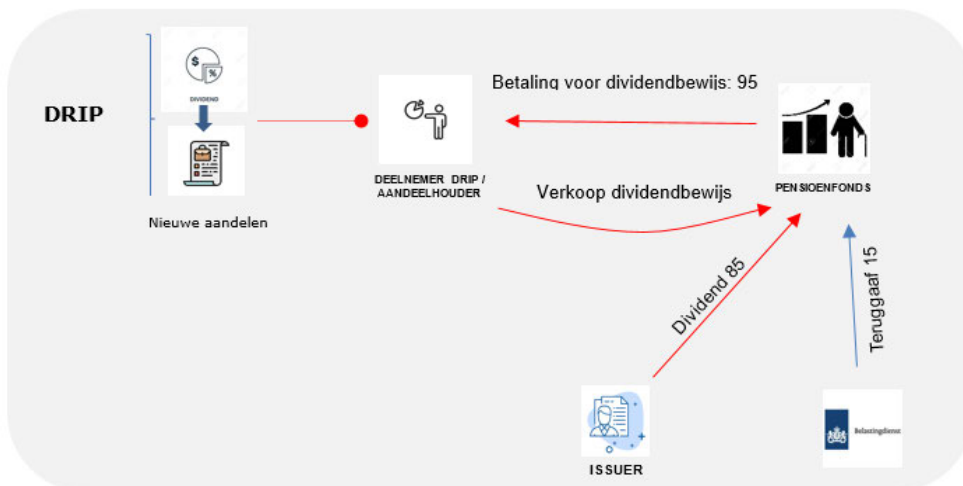
Door sommige beursgenoteerde uitdelende maatschappijen wordt aan de aandeelhouders de mogelijkheid geboden om deel te nemen aan een zogenoemd dividend re investment plan (ofwel; "drip"). Uit hoofde van deelname aan de drip krijgt de aandeelhouder de mogelijkheid om het te ontvangen netto dividend niet in cash te laten uitbetalen maar om in plaats daarvan het netto dividend direct te herinvesteren in de aandelen van de uitdelende maatschappij. Het voordeel van deelnemen aan een drip in plaats van het

dividend na ontvangst zelf te herinvesteren zit veelal in de lagere transactiekosten bij herinvesteren bij een drip.

Door de centrale bewaarinstelling (in de zin van de Wge) wordt ná record date aan degene die op record date aandelen bezitten en die tevens deelnemen aan de drip een apart bewijs van deelname aan de drip geboekt in het verzameldepot. Dit bewijs heeft een eigen ISIN code en wordt door de financiële instellingen aangeduid als een 'dividendrecht'.⁵⁶ De ontvanger van dit dividendrecht heeft gedurende een bepaalde periode recht om te kiezen voor het uitbetalen van het dividend in cash of om het dividend direct te herinvesteren.



Een bijvoorbeeld in Nederland vrijgesteld pensioenfonds kan van iemand die in mindere mate gerechtigd is tot teruggaaf of verrekening van dividendbelasting (en die tevens deelnemer aan een drip is) de dividendrecht kopen voor een bedrag dat hoger ligt dan het netto dividend, maar lager dan het bedrag van het bruto dividend. Aldus kan men het volgende resultaat bereiken:



- Waarde aandelen cum dividend: 1000
- Waarde aandelen ex dividend: 900

	Pensioenfonds	Deelnemer DRIP
koop dividendbewijs	-95	95
netto dividend	85	
Teruggaaf	15	
opbrengst	5	95

⁵⁶ Informatie over de drip's in Nederland zijn te vinden via de site: <https://www.securitiesinfo.com/>

Aan het eind van de transacties heeft de deelnemer aan de drip de aandelen plus een opbrengst van 95. Zou de deelnemer echter bovenstaande transactie niet hebben uitgevoerd dan zou deze niet-inwoner de aandelen hebben gehad plus een netto dividend van 85.

6.8 Opties

Een aandeelhouder, niet-inwoner, die dividendbelasting niet kan verrekenen kan door middel van opties het eigendom tijdelijk overdragen, terwijl de exposure wel blijft behouden. Een mogelijkheid is het opzetten van een zogenaamde "reversal". Een aandeelhouder verkoopt een put-optie met een uitoefenprijs die ver boven de marktwaarde ligt van het aandeel⁵⁷. De waarde van deze "deep-in-the-money"⁵⁸ put volgt één op één de koersontwikkeling van het onderliggende aandeel. Het uit te keren dividend is al ingeprijsd in de prijs van de put. Immers, de put geeft het recht om te verkopen en dat recht is er nog steeds als het aandeel ex-dividend is gegaan en de koers lager is. De prijs van de put verandert in principe dus niet door het ex-dividend gaan van de aandelen.

Als na de ex-datum deze put weer terug gekocht wordt en tegelijk ook de aandelen, zal de belegger in principe het bruto-dividend overhouden, afhankelijk van de gehandelde prijzen.

Rekenvoorbeeld:	
Aandeel	10,00
Dividend	1,00
Dividendbelasting	0,15
Netto dividend	0,85
Put optie uitoefenprijs 15,00	6,00
Koers aandeel ex-dividend	9,00

De aandeelhouder, niet inwoner, verkoopt op de cum-dag de aandelen 10,00 en tegelijk de putoptie met uitoefenprijs 15,00 tegen 6,00. Na het dividend kunnen de aandelen worden teruggekocht tegen 9,00 en de putoptie kan tegen 6,00 worden teruggekocht. Het verschil is het bruto dividend.

In de praktijk zullen bovengenoemde prijzen niet helemaal gehandeld worden. Immers, de tegenpartij van de transactie ontvangt het netto dividend en zal de afgedragen dividendbelasting moeten terugvorderen. Dit zal in de prijzen verdisconteerd worden waardoor de aandeelhouder die de constructie opzet wellicht effectief 0,95 aan dividend ontvangt in plaats van 1,00. Dit is echter significant meer dan de 0,85 als de dividendbelasting wordt afgedragen.

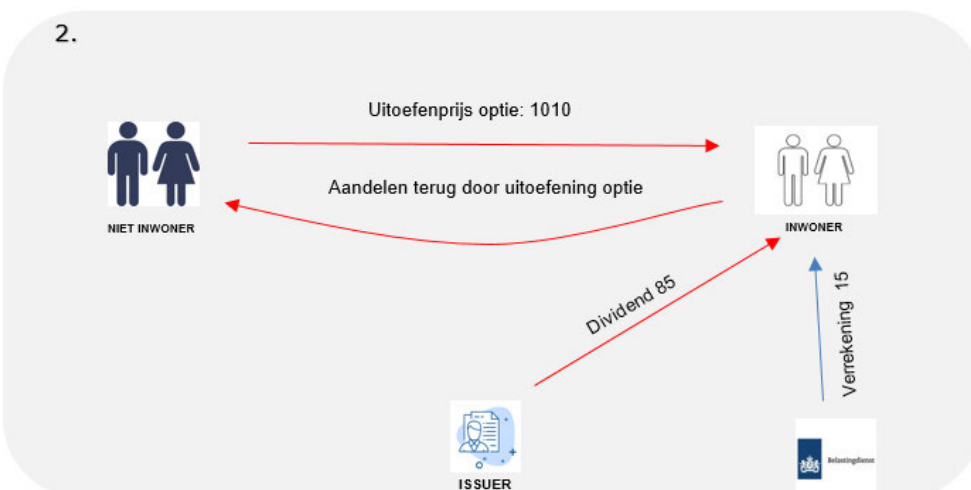
⁵⁷ Om deze constructie risicovrij te doen, zal hier ook de calloptie met dezelfde uitoefenprijs bij moeten worden gekocht. Voor dit voorbeeld laten we deze even buiten beschouwing gezien de geringe koersimpact.

⁵⁸ Dit betekent dat deze optie een grote intrinsieke waarde heeft en dezelfde koersontwikkeling heeft als het onderliggende aandeel.



Een

- Waarde aandelen cum dividend: 1000
- Waarde aandelen ex dividend: 900
- Door put optie krijgt inwoner 🏠 recht om aandelen na ex datum weer terug te kopen voor 1010



	Niet inwoner 🏠	Inwoner 🏠
eerste koop	-1000	1000
put optie	-105	105
netto dividend	85	
verrekening	15	
uitoefening optie	1010	-1010
opbrengst	5	95

zelfde resultaat wordt bereikt doordat de inwoner een call optie verkoopt tegen een uitoefenprijs die ligt ver beneden de marktwaarde van de aandelen. De niet-inwoner krijgt dan het recht de aandelen te kopen tegen de veel te lage prijs zodat de inwoner zeker weet dat de optie zal worden uitgeoefend.

6.9 Long short verhulling door cross border vormgeving

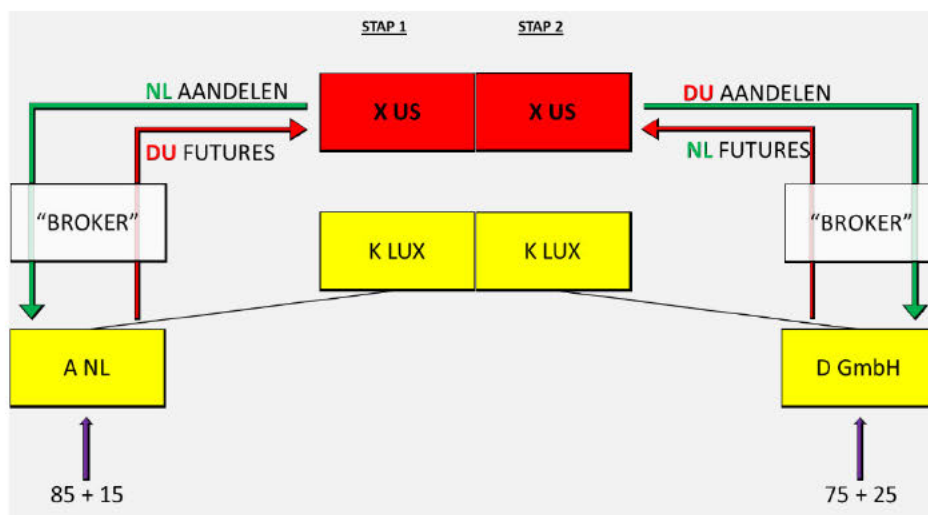
De samenhang tussen de koop van de aandelen (creatie longpositie) en de derivaten-shortpositie kan eveneens verhuld worden door deze strategie binnen concern uit te voeren, maar de long- en de shortpositie aan verschillende entiteiten in verschillende jurisdicties toe te rekenen. Aldus wordt het

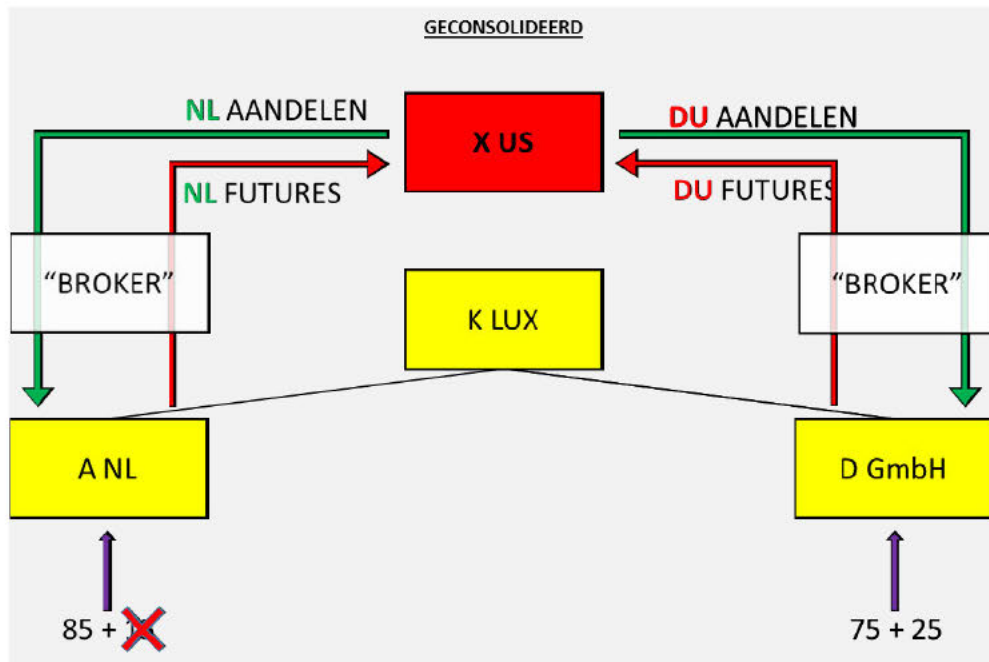
instrument waarmee de oorspronkelijke aandeelhouder zijn economisch belang bij de aandelen behoudt (het derivaat) aan het zicht onttrokken.

De kern van de cross border structuur is een long/short-strategie met de koop van aandelen en de gelijktijdige verkoop van futures van en aan dezelfde buitenlandse beperkt verrekeningsgerechtigde partij. De verhulling vindt plaats door de koop van de aandelen toe te rekenen aan een Nederlandse groepsvennootschap en het derivaat toe te rekenen aan een buitenlandse groepsvennootschap. Op concernniveau (geconsolideerd) is er sprake van een evidente vorm van dividendstripping. De detectie ervan wordt gecompliceerd gemaakt, door de long- en de shortpositie aan verschillende jurisdicties te alloceren.

Het losknippen van de long- en shortpositie leidt ertoe dat de ene groepsvennootschap winstbelasting over de dividendbaten moet betalen, terwijl bij de andere groepsvennootschap een fiscaal onbenutte verliespositie ontstaat. De groepsvennootschap met de longpositie geniet immers wel dividendbaten, maar heeft geen lasten uit het derivatencontract. De groepsvennootschap met de shortpositie heeft geen inkomsten, maar wel lasten uit de derivatenverplichting.

Om dat dubbele nadeel te ondervangen kan een spiegelbeeldige long/shortstrategie worden opgezet. Aan de buitenlandse groepsvennootschap wordt de koop van buitenlandse aandelen toegerekend, terwijl aan de Nederlandse groepsmaatschappij, het derivaat op die buitenlandse aandelen wordt toegerekend. Je zou dat een spiegelbeeldige dubbele cross border strip kunnen noemen.





7 Bijlage B Begrippenlijst

ADR

ADR is de afkorting van American Depositary Receipt. Het is een certificaat waarmee beleggers aandelen in niet-Amerikaanse bedrijven kunnen verhandelen op Amerikaanse beurzen. ADR's worden uitgegeven door Amerikaanse financiële instituten en worden verhandeld op Amerikaanse beurzen. De ADR is geïntroduceerd om complicaties die gepaard gaan met het kopen van aandelen in het buitenland, te beperken resp. te voorkomen. Dividenden en winsten uit aandelenprijsbewegingen worden allemaal uitbetaald in Amerikaanse dollars. ADR's kunnen ook worden gekocht door beleggers buiten de Verenigde Staten.

ADR's worden ook gebruikt om op plaatselijke markten in aandelen te speculeren nadat deze markt is gesloten. Voor een niet-Amerikaans bedrijf zijn ADR's een goede manier om kapitaal op te halen en meer exposure aan Amerikaanse investeerders te verkrijgen.

Affaires

Terminologie die in de financiële sector gebruikt wordt voor een (mogelijk) incident met betrekking tot een effectentransactie.

Alpha trade

Geeft aan wie de ultimate beneficial owner is in relatie tot een transactie. Andere partijen die genoemd worden in NTRS zijn tussenpersonen bij of de uitvoerder van de transactie. Het blijft lastig om de alpha trade te identificeren. Er kunnen verschillende brokers in voorliggende schakels zitten die dit lastig maken.

Approved Regulatory Mechanism (ARM)

Beleggingsondernemingen kunnen zelf hun transactiegegevens melden, maar kunnen dit ook doen via een bedrijf dat optreedt als Goedgekeurd Rapporteringsmechanisme (Approved Regulatory Mechanism (ARM)). Ook kunnen zij melden via een handelsplatform waarvan de systemen zijn gebruikt om de transactie uit te voeren. Zie verder ook de toelichting onder MiFID.

CCP

CCP is de afkorting voor Central Counter Party; betreft de clearingorganisatie die betrokken is bij een transactie.

CSD

Central Securities Depository. Een CSD verzorgt naast de bewaring van effecten ook de afwikkeling van effectentransacties. CSD die internationaal opereren worden aangeduid als ICSD. Euroclear en Clearstream zijn bekende ICSD in Europa. CSD's bieden naast bewaring en afwikkeling ook diensten aan zoals lending en borrowing van aandelen en Repo's.

Custodian

Engelse benaming van een partij (entiteit) die voor derden aandelen in bewaring houdt. In Nederland wordt een dergelijke partij een 'bewaarinstelling' genoemd. Een bank of beleggingsonderneming dient beleggingen te beschermen in het geval van een faillissement. Effecten van die beleggers dienen gescheiden te worden van het vermogen van de onderneming. Effecten worden daarom ondergebracht in een aparte entiteit: de bewaarinstelling. Een bewaarinstelling moet risicomijdend zijn en mag bijvoorbeeld geen commerciële activiteiten ontplooiën. In het geval van faillissement van de bank of beleggingsonderneming staan

beleggingen veilig bij de bewaarinstelling. De bank of beleggingsonderneming is verantwoordelijk voor de administratie van de bewaarinstelling.

Derivaten

Verzamelbegrip dat gebruikt voor financiële instrumenten zoals opties, futures, swaps, termijncontracten.

Dividendbelasting

Dividendbelasting is een heffing op aan aandeelhouders uitgekeerde winst. Heffing in Nederland vindt plaats op grond van de Wet op de dividendbelasting 1965. De belasting bedraagt 15% van de opbrengst. De belasting wordt geheven door inhouding op de opbrengst.

Dividendnota

De inhoudingsplichtige, degene bij wie de opbrengst is betaalbaar gesteld, het administratiekantoor dat de opbrengst doorbetaalt aan certificaathouders, of degene tot wiens beroep het kopen of innen van dividendbewijzen gewoonlijk behoort, is, zodra de opbrengst is uitbetaald, tegoedgeschreven, verrekend of uitgereikt, gehouden ten behoeve van de rechthebbende een gedagtekende nota (dividendnota) uit te reiken volgens bij ministeriële regeling te stellen regels (artikel 9 Wet op de Dividendbelasting). De dividendnota mag zowel op papier als elektronisch beschikbaar worden gesteld. De dividendnota is nodig om dividendbelasting te kunnen verrekenen en dient de volgende informatie te bevatten:

- de naam en het adres van degene die de nota uitreikt, de NV of BV;
- de naam en het adres van de rechthebbende, de aandeelhouder;
- de dag waarop de opbrengst ter beschikking is gesteld;
- de omschrijving én het bedrag van de opbrengst;
- de ingehouden dividendbelasting over de totale in de nota genoemde opbrengst.

DRIP

DRIP staat voor Dividend Re-Investment Plan. Het is een herbeleggingsplan dat wordt aangeboden aan bestaande aandeelhouders van bepaalde bedrijven die hun dividend in geld uitkeren. In Nederland wordt dit meestal aangeduid als stockdividend.

Economisch eigendom

Diegene die het economisch eigendom heeft is gerechtigd tot de economische resultaten van een aandeel zoals dividenden en koersresultaten.

Economisch genietter

De economisch genietter is een partij die indirect zijn belang heeft behouden c.q. indirect het dividend heeft genoten. De economische genietter ontvangt de opbrengst nimmer rechtstreeks, doch altijd in enigerlei dividendvervangende vorm (bijvoorbeeld als manufactured dividend of ingeprijsd in het derivaat). Omdat de opbrengsten niet rechtstreeks als dividend tot de grondslag van de "economisch genietter" kunnen behoren, kan deze nimmer de dividendbelasting verrekenen.

Ex-dividend datum

De Ex dividend datum geeft aan dat een aandeel vanaf dat moment noteert zonder het lopende dividend. De Ex-dividenddatum kan per land verschillen. Veelal ligt de Ex-dividenddatum één dag voor de registratiedatum (record date).

Executing party

De partij die een transactie (namens de opdrachtgever) uitvoert. Ook wel aangeduid als de broker.

FIRDS

FIRDS is de afkorting van Financial Instruments Reference Data System. Op grond van artikel 27 van de MiFIR moeten trading venues en systematic internalisers referentiedata aan AFM verstrekken over financiële instrumenten.

Future

Een future (of termijncontract) is een financieel contract tussen twee partijen die zich verbinden om op een bepaald tijdstip een bepaalde hoeveelheid van een product of financieel instrument te verhandelen

tegen een vooraf bepaalde prijs. In tegenstelling tot een optie gaat het hier om een daadwerkelijke verplichting tussen partijen die moet worden afgewikkeld. De waarde van een future is, naast de marktprijs van het aandeel, gebaseerd op het verwachte dividend, rente en kosten.

Hedging

Hedging is een transactie gericht op het afdekken van financiële risico's. Bijvoorbeeld het afdekken van het koersrisico op aandelen, valuta of grondstoffen. Hedging kan op verschillende manieren plaatsvinden. Bijvoorbeeld met optiecontracten of futures.

ISIN

ISIN is de afkorting voor International Standard Identification Number. Elk aandeel en elk derivaat dat op de beurs verhandeld wordt heeft een ISIN code. Het kan voorkomen dat er meerdere ISIN codes zijn voor het aandeel in dezelfde onderneming. Een ISIN code wordt toegekend door een ICSD.

Inhoudingsplichtige

De inhoudingsplichtige, degene bij wie de opbrengst is betaalbaar gesteld, het administratiekantoor dat de opbrengst doorbetaalt aan certificaaathouders, of degene tot wiens beroep het kopen of innen van dividendbewijzen gewoonlijk behoort, is, zodra de opbrengst is uitbetaald, tegoedgeschreven, verrekend of uitgereikt, gehouden ten behoeve van de rechthebbende een gedagtekende nota (dividendnota) uit te reiken volgens bij ministeriële regeling te stellen regels.

Late settlement

In de praktijk doen zich incidenteel zogenoemde late settlements of settlement failures voor. Hieronder worden in dit verband verstaan de leveringen die afwijken van de gangbare settlement cyclus van twee dagen (transactiedatum plus twee dagen). De aandelen worden in dit geval na de record datum geleverd aan de kopende partij. Voor de vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting is ook hier bepalend wie op record datum recht heeft op het dividend. Dit is de verkopende partij, omdat op de record datum de aandelen zich nog steeds in zijn depot bevinden. De verkoper ontvangt daarom van zijn financiële instelling het dividend minus 15% dividendbelasting, tezamen met de dividendnota. Voor de koper geldt, dat hij noch het dividend noch de dividendnota ontvangt.

De koper zal in gevallen van een afwijkende levering van aandelen gecompenseerd willen worden voor het misgelopen dividend. Deze compensatie (in de vorm van een dividendvervangende vergoeding) is niet onderworpen aan dividendbelasting (zie hiervoor onderdeel 5 van dit besluit wet op de dividendbelasting, 14 juni 2019, nr. 2019-10144).

LEI

LEI staat voor Legal Entity Identifier in NTRS. De LEI wordt weergegeven met een code. De betekenis van de code vind je gemakkelijk met google (AFM heeft ook tabellen).

Lepo

De afkorting Lepo staat voor Low exercise price option. Het is een call optie met een zeer lage uitoefenprijs. De prijs van de Lepo is nagenoeg gelijk aan de prijs van het onderliggende aandeel.

Marktmisbruik

Marktmisbruik omvat diverse onwettige gedragingen op de financiële markten. Het betreft handel met voorwetenschap, wederrechtelijke mededeling van voorwetenschap en marktmanipulatie. Voor een nadere inhoudelijke toelichting wordt verwezen naar EU verordening 596/2014.

MiFID II

Op 3 januari 2018 is MiFID II inwerking getreden. MiFID II (Markets in Financial Instruments Directive) is een herziening van de in 2007 ingevoerde Europese richtlijn MiFID en de introductie van de verordening MiFIR.

Het doel van MiFID II is het efficiënter en transparanter maken van de Europese financiële markten en het vergroten van de bescherming van beleggers. MiFID II wijzigt bepaalde regelgeving voor beleggingsondernemingen en handelsplatformen. Onderdeel van MiFID zijn nieuwe regels voor transactierapportage gericht op het krijgen van beter inzicht in het handelsgedrag van marktpartijen en om de opsporing van marktmisbruik te verbeteren.

Handelsplatformen zijn verantwoordelijk voor het rapporteren van transacties op hun platform voor members die geen beleggingsonderneming zijn. Deze informatie moet zo snel mogelijk (uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag), volledig en nauwkeurig aan de toezichthouder worden gemeld. De bovengenoemde verplichting voor beleggingsondernemingen geldt niet alleen voor het uitvoeren van orders, maar ook voor het aannemen en doorgeven van orders en het nemen van beleggingsbeslissingen. Per transactie moeten ook de persoonsgegevens van de klant gemeld worden. Voor natuurlijke personen moet bij de melding gebruik worden gemaakt van een nationaal paspoortnummer. Indien de klant geen paspoort heeft dan zal een nationaal identificatienummer gebruikt moeten worden, en als de klant deze ook niet heeft dan is er als laatste mogelijkheid een zogenaamde CONCAT. Voor juridische entiteiten moet een legal entity identifier (LEI) gebruikt worden.

MTF

Een door een beleggingsonderneming geëxploiteerd multilateraal systeem dat meerdere koop- en verkoopintenties van derden met betrekking tot financiële instrumenten, binnen dit systeem en volgens de niet-discretionaire regels, samenbrengt op zodanige wijze dat er een overeenkomst uit voortvloeit overeenkomstig de geldende regels inzake de vergunningverlening en het doorlopende toezicht.

NTRS

Northern Transaction Reporting System (NTRS). Sinds 3 januari 2018 is MiFIR (Markets in Financial Instruments Regulation) van kracht. Vanaf dat moment zijn de transactierapportages volledig geharmoniseerd en gelden dezelfde regels in alle landen die lid zijn van de Europese Economische Ruimte. Om te kunnen voldoen aan de nieuwe eisen moeten beleggingsondernemingen, handelsplatformen, ARM's (goedgekeurd rapporteringsmechanisme) en toezichthouders hun systemen aanpassen of opnieuw bouwen. De AFM heeft besloten een nieuw systeem, NTRS, te bouwen en doet dit in samenwerking met de Deense, Finse, Noorse en Zweedse toezichthouders.

Optie

Een optie geeft het recht om een bepaald aandeel tegen een vooraf vastgestelde prijs en tijdstip te kopen of te verkopen. De waarde van een optie is voornamelijk gebaseerd op de koers van de onderliggende waarde, de looptijd van het optiecontract en de volatiliteit. Er wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds call en put opties en anderzijds het kopen of schrijven van opties. Call opties geven het recht om aandelen op termijn tegen een vooraf afgesproken prijs te kopen. Put opties geven het recht om aandelen op termijn tegen een vooraf afgesproken prijs te verkopen. Het schrijven van opties kan zowel gedekt als ongedekt.

ORD

ORD is de afkorting voor Ordinary Shares (gewone aandelen) en wordt gebruikt om onderscheid te maken met ADR's (zie hiervoor).

OTC

Over the counter transacties zijn transacties die niet plaatsvinden op een effectenbeurs maar direct tussen twee partijen.

OTF

De OTF is een multilateraal handelsplatform waarbinnen koop- en verkoopintenties van partijen van obligaties, derivaten of gestructureerde producten, worden samengebracht waardoor een overeenkomst ontstaat. De exploitant van een OTF moet beschikken over een vergunning en moet daarbij voldoen aan de eisen die worden gesteld aan een beleggingsonderneming.

Dit betekent onder meer dat de exploitant moet voldoen aan bepaalde regels over het verstrekken van informatie, de best execution-verplichting en regels voor de orderuitvoering aan cliënten. Bovenstaande verplichtingen houden verband met de discretionaire bevoegdheid die een exploitant van een OTF heeft voor het uitvoeren van transacties. Deze exploitant kan namelijk zelf beslissen of hij een order plaatst in het OTF-systeem of een order uit dit systeem haalt

Out of the money optie

Optie zonder intrinsieke waarde. Een calloptie is out-of-the-money wanneer de uitoefenprijs hoger is dan de koers van de onderliggende waarde. Een putoptie is out-of-the-money als de uitoefenprijs lager is dan

de koers van de onderliggende waarde. De premie van een out-of-the-money-optie bestaat alleen uit tijd- en verwachtingswaarde. Door een sterke koersbeweging kan een out-of-the-money-optie intrinsieke waarde ontwikkelen en dus at-the-money of zelfs in-the-money worden.

Record date

De record date is de datum waarop aan het einde van de werkdag door de financiële instelling de gesettelde posities worden vastgesteld en op basis van de aandelendepots van cliënten wordt bepaald wie recht heeft op het dividend.

Repo

Repo is de afkorting van Repurchase agreement. Het betreft een overeenkomst tussen partijen om aandelen te verkopen met de afspraak om dezelfde aandelen op termijn en tegen een vooraf afgesproken prijs weer terug te kopen.

SBL

SBL is een afkorting voor Security Borrowing and Lending.

STOR

Suspicious Transaction and Order Report, melding onder MAR (art. 16). Marktexploitanten van gereguleerde markten, beleggingsondernemingen die een handelsplatform exploiteren en (rechts)personen die beroepshalve transacties met betrekking tot financiële instrumenten tot stand brengen of uitvoeren, zijn verplicht om een redelijk vermoeden van marktmisbruik zo snel mogelijk aan de AFM te melden. Deze melding wordt de Suspicious Transaction and Order Report (STOR) genoemd. Een STOR moet duidelijk worden gepresenteerd en moet accurate informatie bevatten die voldoende is om de AFM in staat te stellen het vermoeden van marktmisbruik snel te beoordelen en waar nodig een nader onderzoek te openen.

Strike price

Strike price of uitoefenprijs is de prijs waartegen een optie kan worden uitgeoefend.

Submitting party

De aanbieder en rapporteur van de transactie in NTRS, Dit kan dezelfde partij zijn als de executing party. Maar dit is niet noodzakelijk het geval.

SWAP

Een SWAP is een derivaat dat feitelijk een ruiltransactie tussen twee partijen is. SWAPS kunnen zien op het ruilen van rentebetalingen, valuta's, grondstoffen, etc. Bij een SWAP ruilen partijen toekomstige kasstromen met elkaar.

TCI

De afkorting TCI staat voor Team Criminele Inlichtingen van de FIOD.

Trading venue

Er zijn drie categorieën trading venues: 1) gereguleerde markten, 2) Multilateral Trading Facility en 3) Organized Trading Facility. In NTRS wordt hier aangegeven op welke beurs is gehandeld. Bijvoorbeeld XAMS is de Euronext

Verrekeningsgerechtigde

De natuurlijk persoon of het lichaam dat recht heeft op verrekening van (een deel van) de ingehouden dividendbelasting op grond van een door Nederland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

Wash Trade

Een Wash Trade is een vorm van marktmanipulatie. Bijvoorbeeld doordat kunstmatig handelsactiviteit op de markt te creëren.

XAMS

Afkorting voor Euronext Amsterdam

8 Bijlage C Handhaving door FEC-partners

8.1 Fiscaal toezicht en handhaving

8.1.1 Aangiftebehandeling

Dividendstripping leidt per definitie tot het doen van een onjuiste aangifte vennootschapsbelasting of de indiening van een onjuist verzoek om teruggave van dividendbelasting. Zoals eerder opgemerkt doen betrokken partijen veel moeite om te verhullen dat sprake is van dividendstripping. Onder andere door het tussenschuiven van partijen. In voorkomende gevallen kan de Belastingdienst een correctie aanbrengen, een boete opleggen of de casus aanmelden voor strafrechtelijk onderzoek. Voor fiscale delicten geldt hiervoor het AAFD protocol. Het is voor de Belastingdienst een grote uitdaging om te bewijzen dat sprake is van dividendstripping.

De gedeelde informatie uit de NTRS data kan voor de Belastingdienst aanleiding zijn een handelvoornemen op te nemen in het klantbehandelingssysteem, waarmee na het indienen van een verzoek om teruggave dividendbelasting of een aangifte Vpb, toezicht kan worden uitgeoefend. In voorkomende gevallen kan ook worden getracht de handelwijze ten aanzien van verzoeken of aangiften tijdig te beïnvloeden, waarmee het indienen van een onjuist verzoek of onjuiste aangifte wordt voorkomen.

8.1.2 MDR/DAC6

Ondanks brengt de
meldingsplicht wel een mogelijkheid tot handhaving met zich mee, bijvoorbeeld wanneer uit contra-informatie gedetecteerd kan worden dat onterecht geen melding gedaan is. Bij het inrichten van het behandelproces van de meldingen

Belastingdienstmedewerkers die over bepaalde informatie beschikken, waaruit af te leiden is dat er mogelijk een MDR-melding had moeten plaatsvinden waar dit niet gedaan is, kunnen dit terugkoppelen aan het MDR-team. Het MDR-team kan hier dan nader onderzoek naar doen. Ook zal het MDR-team zelf actief bij klantcoördinatoren uitvragen of zij geconstateerd hebben dat meldingen gedaan hadden moeten worden. Daarnaast wordt bij de detectie van ontbrekende en onvolledige meldingen informatie die reeds beschikbaar is door middel van bijvoorbeeld rulings, vooroverleg en aangiftes betrokken. Informatie uit projecten zoals de onderhavige zou hierin ook van betekenis kunnen zijn.

In het kader van het uitoefenen van het toezicht op de volledigheid, juistheid en tijdigheid van de meldingen

meegekeken met hoe het MDR/DAC6 'control framework' ingericht is. In de toekomst zullen, mede aan de hand van het meldingsgedrag, meer financiële instellingen geselecteerd worden, voor het aangaan van gesprekken om zicht te krijgen op hun processen en inzicht te krijgen in welke constructies niet gemeld worden en met welke reden.

8.2 Financieel toezicht en handhaving

8.2.1 Wash trades en marktmanipulatie

Wash trades en marktmanipulatie zijn niet toegestaan. Of sprake is van een wash trade hangt af van de specifieke kenmerken en omstandigheden van een transactie. Om zicht te krijgen op deze kenmerken en omstandigheden beschikt AFM over een uitgebreide set transactiedata. Toch zullen er situaties zijn waarin AFM aanvullende informatie nodig heeft om haar standpunt dat sprake is van een wash trade te onderbouwen. Waar het gaat om een wash trade die ziet op dividendstripping beschikt de Belastingdienst mogelijk over relevante informatie. Bijvoorbeeld informatie over teruggevraagde of verrekende dividendbelasting, het al dan niet aan de orde zijn van een bijzondere fiscale status van bij de transactie

betrokken partijen, informatie over mogelijke gelieerdheid van partijen en informatie over eerdere teruggave verzoeken of verrekening (vaststellen dat sprake is van een patroon).

8.2.1 Integere en beheerste bedrijfsvoering

Financiële ondernemingen en pensioenfondsen dienen te beschikken over een stelsel van maatregelen die zorgen voor een integere en beheerste bedrijfsvoering zodat risico's op een adequate en tijdige wijze worden geïdentificeerd en beheerst. Adequate 'checks and balances' binnen een onderneming versterken de beheersing van risico's en verkleinen de kans dat problemen ontstaan. Dit houdt in dat een instelling de risico's, waaronder fiscale risico's, in kaart moet brengen en vervolgens voldoende beheersmaatregelen treft.

8.3 Meldingen ongebruikelijke transacties

Het Ministerie van Financiën heeft voor het toezicht op het juist naleven van de meldplicht een aantal toezichthouders aangewezen.

Een belangrijk onderdeel van het toezicht door deze toezichthouders is het nagaan of de instellingen beschikken over een adequate administratieve organisatie en interne controle. De organisatie van een instelling moet dusdanig op peil zijn dat zij in staat is om cliëntenonderzoek te verrichten en dat medewerkers in staat zijn een ongebruikelijke transactie te herkennen en te melden aan de FIU-Nederland. Daarnaast zien de toezichthouders erop toe dat de instellingen ook daadwerkelijk tot de uitvoering van het cliëntenonderzoek overgaan en in voorkomende gevallen melding doen van ongebruikelijke transacties.

De Wwft-toezichthouders zijn:

- De Nederlandsche Bank
- De Stichting Autoriteit Financiële Markten
- Bureau Financieel Toezicht
- Bureau Toezicht Wwft
- De deken van de orde in het arrondissement
- De Kansspelautoriteit

In de Wwft zijn mogelijkheden voor informatie-uitwisseling tussen de toezichthouders en de FIU-Nederland opgenomen ten aanzien van het meldgedrag van de meldplichtige instellingen. Hier wordt regelmatig gebruik van gemaakt.

8.3.1 Bestuurlijke handhaving

Wwft-toezichthouders kunnen op grond van de Wwft een aanwijzing geven aan een Wwft-instelling die niet voldoet aan de verplichtingen die gelden op grond van de Wwft. Bij een aanwijzing moet de Wwft-instelling binnen een door de toezichthouder gestelde termijn een bepaalde gedragslijn volgen ten aanzien van de punten die in de aanwijzingsbeschikking worden genoemd. Naast een aanwijzing kan een Wwft-toezichthouder als hij een overtreding van de Wwft constateert een last onder dwangsom opleggen of een boete. In het geval van een overtreding die is gerangschikt in de tweede of derde boetecategorie, hebben de Wwft-toezichthouders de mogelijkheid, de natuurlijk persoon die de overtreding heeft begaan of die, in het geval van een overtreding door een rechtspersoon, feitelijk leiding heeft gegeven aan een overtreding, tijdelijk de bevoegdheid te ontfemen om bij een instelling beleidsbepalende functies uit te oefenen. Daarnaast hebben Wwft-toezichthouders ook publicatiemogelijkheden. Uit de Wwft volgt dat toezichthouders:

- Een waarschuwing of verklaring kunnen publiceren (bevoegdheid);
- Opgelegde bestuurlijke sancties openbaar maken (verplichting).

8.3.2 Strafrechtelijke handhaving

Het niet, niet juist of onvolledig melden van een ongebruikelijke transactie is een overtreding van de Wwft, en is strafbaar gesteld in de Wet op economische delicten (hierna: WED).

Deze economische delicten zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan. Artikel 2 lid 1 WED bepaalt dat deze economische delicten misdrijven zijn als zij opzettelijk zijn begaan. Op deze misdrijven staat een maximale gevangenisstraf van twee jaar, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie. Voor overtredingen waar een gewoonte van is gemaakt staat een maximale gevangenisstraf van vier jaar, een taakstraf of geldboete van de vijfde categorie.

9 Bijlage D Indicatoren Ongebruikelijke Transacties (OT)

Subjectieve indicator:

- *Subjectief01 (*)*: Een transactie waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme.

Voor een juiste subjectieve beoordeling van transacties met personen of landen die een verhoogd risico met zich meebrengen verwijst de FIU-Nederland u naar de risicolanden zoals die zijn aangewezen door de [CIE](#).

(*) Voor kopers/verkopers van kunstvoorwerpen geldt bij deze indicatoren dat het moet gaan om een transactie waarbij betaling plaatsvindt voor een bedrag van € 10.000 of meer, ongeacht of de transactie plaatsvindt in een handeling of door middel van meer handelingen waartussen een verband bestaat.

(*) Voor kopers/verkopers van goederen geldt bij deze indicatoren dat het moet gaan om een transactie waarbij betaling plaatsvindt in contanten voor een bedrag van € 10.000 of meer, ongeacht of de transactie plaatsvindt in een handeling of door middel van meer handelingen waartussen een verband bestaat.

Objectieve indicator:

- *Objectief01* Het ligt in de rede dat transacties die in verband met witwassen of financieren van terrorisme aan politie of Openbaar Ministerie worden gemeld, ook aan de Financiële inlichtingen eenheid worden gemeld; er is immers de veronderstelling dat deze transacties verband kunnen houden met witwassen of financieren van terrorisme.
- *Objectief02* Een transactie van of ten behoeve van een (rechts)persoon die woonachtig of gevestigd is of zijn zetel heeft in een staat die op grond van artikel 9 van de vierde anti-witwasrichtlijn in gedelegeerde handelingen van de Europese Commissie is aangewezen als een staat met een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme. De lijst met aangewezen landen is hier te raadplegen (vervallen: geldig van 25-07-2018 tot 18-10-2019).
- *Objectief03* Een transactie waarbij een of meerdere kunstvoorwerpen gekocht of verkocht worden tegen geheel of gedeeltelijke contante betaling, waarbij het contant te betalen bedrag € 20.000 of meer bedraagt.
- *Objectief03* Een transactie waarbij een of meerdere voertuigen, schepen, antiquiteiten, edelstenen, edele metalen, sieraden of juwelen gekocht of verkocht worden tegen geheel of gedeeltelijke contante betaling, waarbij het contant te betalen bedrag € 20.000 of meer bedraagt.
- *Objectief04* Een transactie voor een bedrag van € 10.000 of meer, waarbij contante omwisseling in een andere valuta of van kleine naar grote coupures plaatsvindt.
- *Objectief05* Een contante storting voor een bedrag van € 10.000 of meer ten gunste van een creditcard of een vooraf betaald betaalinstrument (prepaid card).
- *Objectief06* Het gebruik van een creditcard of een vooraf betaald betaalinstrument (prepaid card) in verband met een transactie voor een bedrag van € 15.000 of meer.
- *Objectief07* Een transactie voor een bedrag van € 10.000 of meer, betaald aan of door tussenkomst van de instelling in contanten, met cheques aan toonder, een vooraf betaald betaalinstrument (prepaid card) of soortgelijke betaalmiddelen.
- *Objectief08* Een transactie waarbij een goed of goederen in de macht van het pandhuis gebracht worden, waarbij het door het pandhuis daarvoor ter beschikking gestelde bedrag € 20.000 of meer bedraagt.

- *Objectief09* Een transactie voor een bedrag van € 10.000 of meer, betaald aan of door tussenkomst van de instelling in contanten, met cheques, een vooraf betaald betaalinstrument (prepaid card) of buitenlandse valuta.
- *Objectief10* Het in depot nemen van munten, bankbiljetten of andere waarden voor een bedrag van € 10.000 of meer.
- *Objectief11* Een girale betalingstransactie voor een bedrag van € 15.000 of meer.
- *Objectief12* Een geldtransfer voor een bedrag van € 2.000 of meer, tenzij het een geldtransfer betreft door een instelling die de afwikkeling van bedoelde geldtransfer overlaat aan een andere instelling op welke de meldingsplicht, bedoeld in artikel 16, eerste lid, van de wet, eveneens van toepassing is.
- *Objectief13* Een transactie van een bedrag van €15.000 of meer.
- *Objectief14* Een transactie van een bedrag van € 10.000,- of meer waarbij een omwisseling plaatsvindt tussen virtuele valuta en contante fiduciaire valuta.

Er zijn in totaal 29 verschillende meldergroepen.

Alle melders kunnen gebruik maken van de indicatoren subjectief 01 en objectief 01.

7 Meldergroepen hebben alléén deze 2 indicatoren:

Beleggingsinstellingen, Beleggingsonderneming, Bemiddelaar in levensverzekeringen, Domicilieverlener, Instelling collectieve belegging en effecten, Levensverzekeraars, Verhuurder van safes.

Onderstaande meldergroepen hebben naast subjectief 01 en objectief 01 óók nog de volgende indicator(en):

Objectief 03 = Bemiddelaar bij koop/verkoop in zaken van grote waarden, Kopers/verkopers van voertuigen, vaartuigen, antiek, edestenen, edele metalen, sieraden en juwelen, Kopers/verkopers van kunstvoorwerpen.

Objectief 04 = Banken, Betaaldienstverlener, Instelling niet-bank toch bancaire activiteiten, Wisselinstellingen.

Objectief 05 = Banken, Betaaldienstagent, Betaaldienstuitvoerder, Betaaldienstverlener, Elektronisch geldinstellingen, Instelling niet-bank toch bancaire activiteiten.

Objectief 06 = Banken, Betaaldienstagent, Betaaldienstuitvoerder, Betaaldienstverlener, Elektronisch geldinstellingen, Instelling niet-bank toch bancaire activiteiten.

Objectief 07 = Accountants, Advocaten, Belastingadviseurs, Juridische dienstverleners, Makelaars, Notarissen. Taxateurs, Trustkantoren.

Objectief 08 = Pandhuizen.

Objectief 09 = Speelcasino's.

Objectief 10 = Speelcasino's.

Objectief 11 = Speelcasino's.

Objectief 12 = Banken, Betaaldienstagent, Betaaldienstuitvoerder, Betaaldienstverlener, Elektronisch geldinstellingen, Instelling niet-bank toch bancaire activiteiten.

Objectief 13 = Aanbieders bewaarportemonnees, Aanbieders diensten wisselen virtuele en fiduciaire valuta.

Objectief 14 = Aanbieders diensten wisselen virtuele en fiduciaire valuta.

