

Position Paper prof. dr. J.L. van de Streek (Universiteit Leiden) ten behoeve van het rondetafelgesprek ‘Fraude met dividendbelasting’ op 13 december 2021

1. Wat is dividendstripping?

Dividendstripping houdt in dat een buitenlandse aandeelhouder met behoud van het economische belang bij zijn aandelen de Nederlandse dividendbelasting beoogt te ontgaan door de dividenden toe te laten toekomen aan een persoon die de dividendbelasting wél kan verrekenen of terugvragen. Denk bij uitstek aan een in een taxhaven gevestigde vennootschap met een aandelenportefeuille bestaande uit aandelen in Nederlandse AEX-bedrijven

De AEX-bedrijven keren onder inhouding van thans 15% Nederlandse dividendbelasting jaarlijks dividend uit aan de vennootschap. Voor de vennootschap fungeert de Nederlandse dividendbelasting als eindheffing; de vennootschap kan de Nederlandse dividendbelasting niet verrekenen met de eigen verschuldigde winstbelasting omdat er in de taxhaven niet of nauwelijks winstbelasting wordt geheven.

Door het dividend te laten toekomen aan een Nederlandse partij, bijvoorbeeld een Nederlandse financiële instelling, wordt de Nederlandse dividendbelasting ontgaan. Het fiscale voordeel, te weten géén Nederlandse dividendbelasting, wordt daarbij verdeeld tussen de buitenlandse aandeelhouder en de Nederlandse partij. De Nederlandse schatkist heeft het nakijken omdat de Nederlandse dividendbelasting in zijn geheel wordt verrekend met de door de financiële instelling verschuldigde Nederlandse winstbelasting, terwijl er slechts Nederlandse winstbelasting wordt geheven over het door de financiële instelling behaalde transactieresultaat. Dit transactieresultaat is gering omdat bij de Nederlandse financiële instelling tegenover de ontvangst van het dividend een dividendvervangende betaling staat aan de buitenlandse aandeelhouder. Die dividendvervangende betaling is aftrekbaar voor de winstbelasting.

In het onderstaande voorbeeld is een en ander cijfermatig uitgewerkt.

Voorbeeld¹

Een op Bermuda gevestigd beleggingsfonds bezit 1.000 A-aandelen Shell, met een waarde van € 20 waarop een dividend zal worden uitgekeerd van € 1. Uitgaande van het huidige tarief van de dividendbelasting zal de Nederlandse schatkist normaliter € 150 (15% van € 1.000 dividend) dividendbelasting ontvangen. Het beleggingsfonds houdt een netto-dividend over van € 850. Door de aandelen tijdelijk te parkeren bij een Nederlandse financiële instelling, kan de dividendbelasting van € 150 in beginsel volledig worden verrekend met de door de financiële instelling verschuldigde winstbelasting. Ervan uitgaande dat de Nederlandse financiële instelling op haar beurt een dividendvervangende betaling van (stel) € 920 doet aan het beleggingsfonds, behaalt de Nederlandse financiële instelling een transactieresultaat van € 80 (€ 1.000 -/- € 920). De daarover verschuldigde Nederlandse winstbelasting van € 20 (25% van € 80) staat in schril contrast tot de gemiste dividendbelastingopbrengst van € 150. De Nederlandse schatkist verliest per saldo € 130 (€ 150 -/- € 20).

¹ Het voorbeeld borduurt voort op het voorbeeld in tabel 2 van document nr. 44 (Notitie ‘Dividendstripping’ van de Belastingdienst Amsterdam van 12 februari 2010), zoals openbaar gemaakt in de brief van 30 januari 2019

Zoals het voorbeeld laat zien, vormt de discrepantie tussen de omvang van de geclaimde verrekening van de dividendbelasting en de winstbelastingopbrengst de kern van dividendstripping.² De geclaimde verrekening bedraagt een veelvoud van de winstbelasting die drukt op het dividend.

2. Huidige wetgeving

Thans wordt dividendstripping bestreden door maatregelen die voorschrijven dat alléén de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend in aanmerking komt voor de verrekening, teruggaaf, vermindering of vrijstelling van inhouding van Nederlandse dividendbelasting. De maatregelen zijn in 2002 ingevoerd en zijn verspreid over de Wet inkomstenbelasting 2001, de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965.³ De bestaande maatregelen voorzien niet in een definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’, maar volstaan met een omschrijving van een bepaalde situatie waarin de ontvanger van het dividend in ieder geval niet als uiteindelijk gerechtigde kan worden beschouwd. Concreet wordt de ontvanger van een dividend niet als uiteindelijk gerechtigde beschouwd indien hij een tegenprestatie heeft verricht als onderdeel van een samenstel van transacties waarbij aannemelijk is dat het dividend toekomt aan iemand anders die in mindere mate in aanmerking komt voor de verrekening etc. van de dividendbelasting en die tevens het belang heeft behouden in de desbetreffende aandelen.

De bewijslast dat een dergelijke situatie zich voordoet is bij invoering van de maatregelen in 2002 bij de fiscus gelegd. Tijdens de parlementaire behandeling is uitdrukkelijk opgemerkt dat het in de praktijk lastig voor de fiscus zal kunnen zijn om aannemelijk te maken dat sprake is van een dividendstripping met name vanwege de betrokkenheid van buitenlandse partijen en doordat transacties over de beurs kunnen lopen.⁴ Om die reden is tijdens de parlementaire behandeling aangegeven dat de maatregelen in hun praktische toepassing slechts gericht zullen zijn tegen evidente vormen van dividendstripping.⁵

3. Het probleem van de bewijslast voor de fiscus

Uit de op grond van een Wob-verzoek in 2019 openbaar gemaakte interne documenten van de Belastingdienst blijkt dat dividendstripping sinds de invoering van de anti-dividendstrippingmaatregelen in 2002 is doorgegaan en dat de Belastingdienst enorm worstelt met zijn bewijslast. Zo wordt gewag gemaakt van bij de Belastingdienst bekende informatie dat de markt zich al in 2003 weer op het strippen had gestort.⁶ Het betreft gevallen waarbij Nederlandse marketmakersbedrijven, dat zijn professionele marktpartijen die voor eigen rekening en risico handelen, door binnen- en buitenlandse effectencommissarissen (brokers) worden benaderd voor dividendstrippingstransacties. Uit de documenten valt op te maken dat het bewijs in sommige dividendstripaffaires kon worden rond gekregen na een analyse van

van de staatssecretaris van Financiën, nr. 2018-0000196973 naar aanleiding van een Wob-verzoek inzake dividendstrippen, cum/ex en cum/cum.

² Zie par. 1.1 van document nr. 44.

³ Zie art. 9.2 lid 2 en lid 3 van de Wet IB 2001, art. 25 lid 2 en lid 3 van de Wet Vpb 1969, art. 4 lid 4, lid 7 en lid 8 van de Wet DB 1965. De maatregelen zijn ingevoerd bij de Wet van 13 juli 2002, *Stb.* 2002, 396 en met terugwerkende kracht in werking getreden tot 27 april 2001. In het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 is een aanpalende maatregel opgenomen om te voorkomen dat Nederlandse winstbelasting wordt ontgaan door het strippen van buitenlands dividend.

⁴ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 896, nr. 3, blz. 8.

⁵ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 896, nr. 3, blz. 8.

⁶ Zie par. 2.1 document nr. 13 (Memo concrete fiscale aangelegenheid, 2005) en par. 1.2. van document nr. 48 (Memo Belastingdienst Amsterdam vervolgonderzoek dividendbelasting, 2010).

(een deel van) de door de FIOD en het Nederland Forensisch Instituut bewerkte handelsgesprekken.

De problematiek is nog altijd actueel. Zo merkt een medewerker van de Belastingdienst in een openbaar gemaakt document, daterend uit 2012, op dat de problematiek van dividendstrippen bekend is, dat ertegen wordt opgetreden waar kan, maar dat dit lastig is voor de inspecteur vanwege zijn zware bewijspositie.⁷ De medewerker vestigt, zo blijkt uit de het openbaar gemaakte document, zijn hoop op een aanpassing van de wetgeving. In een door de Nederlandse Belastingdienst opgesteld memo in 2016 ten behoeve van het Duitse parlement wordt aangegeven dat de Nederlandse anti-dividendstrippingmaatregelen in de praktijk moeilijk kunnen worden geëffectueerd vanwege de betrokkenheid van buitenlandse partijen en het ontbreken van een goed zicht op de transacties.⁸ Onderzoek door de Belastingdienst naar dividendstrippen is volgens het memo kostbaar en arbeidsintensief.

4. Mijn advies

Advies 1: Voer een generieke antimisbruikbepaling in tegen het ontgaan van dividendbelasting, waaronder dividendstripping.

- Ik adviseer om in de Wet op de dividendbelasting 1965 een generieke antimisbruikbepaling op te nemen tegen het ontgaan van dividendbelasting, die tevens waakt tegen het ontgaan van dividendbelasting door middel van dividendstripping.
- Op grond van de generieke antimisbruikbepaling bestaat geen recht op verrekening, teruggaaf of vermindering van dividendbelasting indien de opbrengstgerechtigde de aandelen houdt met als hoofddoel of één van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie.
- Constructies die thans als dividendstripping worden aangemerkt, gelden onder de generieke antimisbruikbepaling als misbruik:
 - Zo is het hoofddoel of één van de hoofddoelen van dividendstripping het ontgaan van dividendbelasting bij een ander, hetgeen kan worden afgeleid uit het feit dat die ander – dat wil zeggen een natuurlijk persoon of rechtspersoon aan wie het dividend direct of indirect ten goede komt – in mindere mate is gerechtigd tot verrekening, teruggaaf of vermindering van dividendbelasting dan de opbrengstgerechtigde.
 - De kunstmatigheid van een dividendstrippingconstructie heeft betrekking op het feit dat dat de natuurlijk persoon of rechtspersoon aan wie het dividend direct of indirect ten goede is gekomen, zijn positie in aandelen op directe of indirecte wijze heeft behouden. Hiertoe wordt veelal gebruikgemaakt van een samenstel van rechtshandelingen met aanwending van verschillende financiële instrumenten.
 - Bekende verschijningsvormen van dividendstripping zijn onder andere *security lending* van aandelen, *repurchase agreements* van aandelen en transacties in aandelen en derivaten, zoals *futures* of opties.⁹

⁷ Zie document nr. 58.

⁸ Zie document nr. 60.

⁹ De verschijningsvormen worden cijfermatig uiteengezet in document nr. 44 (Notitie dividendstripping) zoals openbaar gemaakt in de brief van 30 januari 2019 van de staatssecretaris van Financiën, nr. 2018-0000196973 naar aanleiding van een Wob-verzoek inzake dividendstrippen, cum/ex en cum/cum.

- Ik ben mij ervan bewust dat de verscheidenheid aan financiële instrumenten zo groot is dat er altijd nieuwe constructies kunnen worden bedacht. Ik verwacht dat een generieke anti-misbruikbepaling voldoende flexibel is om ook in geval van nieuwe constructies te kunnen worden toegepast.
- De huidige aanpak van dividendstripping via de (internationaal ongebruikelijke) uitleg van het begrip “uiteindelijk gerechtigde” kan vervolgens vervallen. Het is mijns inziens wel wenselijk om aan de verrekening, teruggaaf, vermindering of vrijstelling van inhouding van dividendbelasting de voorwaarde te blijven verbinden dat de opbrengstgerechtigde tevens de uiteindelijk gerechtigde is. Daarbij zou het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ moeten worden uitgelegd conform hetgeen internationaal gebruikelijk is.

Advies 2: Combineer de generieke antimisbruikbepaling met een (weerlegbaar) bewijsvermoeden dat sprake is van misbruik in geval van kortstondig aandelenbezit.

- Specifiek met het oog op het tegengaan van dividendstripping adviseer ik om de generieke antimisbruikbepaling te combineren met een bewijsvermoeden op grond waarvan geacht wordt sprake te zijn van een kunstmatige constructie met als hoofddoel of één van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan.
- Het bewijsvermoeden treedt in werking als de aandeelhouder niet ten minste 10 dagen voorafgaand aan de datum van de dividenddeclaratie de aandelen in zijn bezit heeft gehad óf als de aandeelhouder de aandelen binnen drie maanden na de verkrijging heeft vervreemd.
- In dergelijke gevallen van kortstondig aandelenbezit wordt een ontgaansmotief en een kunstmatige constructie aanwezig geacht, tenzij de aandeelhouder het tegendeel aannemelijk maakt. De bewijslast dat sprake is van dividendstrippen ligt aldus in het geval van kortstondig aandelenbezit niet langer bij de inspecteur.
- Voor een geslaagd beroep op de tegenbewijsregeling is vereist dat de opbrengstgerechtigde aan de hand van in zijn administratie opgenomen gegevens aannemelijk maakt dat de aandelen niet worden gehouden met als (één van de) hoofddoel(en) om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan of dat geen sprake is van een kunstmatige constructie. Welke gegevens daartoe toereikend zijn hangt af van de feiten en omstandigheden van het geval.

Advies 3: Voer een doelmatigheidsdrempel in voor de particuliere belegger.

- Ik adviseer om het bewijsvermoeden niet in werking te laten treden indien het ontvangen dividend op aandelen, die kortstondig in bezit zijn (10 dagen/90 dagen-termijn), niet meer bedraagt dan een drempelbedrag (bijvoorbeeld € 500).
- Het drempelbedrag beoogt regulier actief vermogensbeheer van een beperkte omvang niet onnodig te belemmeren, waarbij vooral moet worden gedacht aan transacties door particuliere beleggers met relatief kleine beleggingsportefeuilles.
- Het drempelbedrag wordt toegepast per vennootschap die de aandelen heeft uitgegeven. Een particuliere belegger die bijvoorbeeld 125 stuks A-aandelen Shell kortstondig in zijn portefeuille heeft en € 200 dividend op deze aandelen ontvangt, zal aldus in de regel niet met de antimisbruikbepaling worden geconfronteerd.

5. Mijn advies vs. de oorspronkelijke gekozen aanpak bij de Belastingherziening 2001

Het door geadviseerde palet aan maatregelen kent elementen die zijn ontleend aan de als onderdeel van de Belastingherziening 2001 voorgestelde maatregelen tegen dividendstripping. Het betreft de ontgaanstoets, het bewijsvermoeden in de vorm van een bezitsvereiste, de administratieverplichting en het drempelbedrag. Deze maatregelen waren opgenomen in de Veegwet Wet IB 2001, maar zijn nimmer in werking getreden. In plaats daarvan zijn in 2002 de huidige, veel minder strenge, anti-dividendstrippingmaatregelen ingevoerd (zie onderdeel 2 en 3).

Voor de toepassing van de door mij geadviseerde antimisbruikbepaling is onder andere vereist dat sprake is van een kunstmatige constructie waarbij de verkopende dividendstripper het belang bij de onderliggende aandelen behoudt (zie onderdeel 4). De in de Veegwet Wet IB 2001 opgenomen maatregelen kenden dit vereiste niet, waardoor die maatregelen een zodanig breed toepassingsbereik hadden dat zij hun doel voorbij schoten.

Bijlage: Proeve van een wettekst conform mijn advies¹⁰

Art. 9.2 lid 10 nieuw Wet inkomstenbelasting 2001

10. In afwijking van het eerste lid wordt dividendbelasting niet als voorheffing in aanmerking genomen indien de belastingplichtige de aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie. Tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt aan de hand van de in de administratie van de belastingplichtige opgenomen gegevens, wordt er geacht sprake te zijn van een kunstmatige constructie met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan indien de belastingplichtige de aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, waarvan de opbrengst is genoten, binnen tien dagen voorafgaand aan de dag waarop de opbrengst door het uitkerende lichaam is vastgesteld heeft verkregen dan wel, indien de verkrijging niet binnen tien dagen heeft plaatsgevonden, de aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 binnen drie maanden na de verkrijging heeft vervreemd. De vorige volzin is niet van toepassing indien de geheven dividendbelasting ter zake van de opbrengst van aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 per uitkerend lichaam niet meer bedraagt dan € 500.

Art. 25 lid 5 nieuw Wet op de vennootschapsbelasting 1969

5. In afwijking van het eerste lid wordt dividendbelasting niet als voorheffing in aanmerking genomen indien de belastingplichtige de aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie. Tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt aan de hand van de in de administratie van de belastingplichtige opgenomen gegevens, wordt er geacht sprake te zijn van een kunstmatige constructie met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting bij een ander te ontgaan indien de belastingplichtige de aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, waarvan de opbrengst is genoten, binnen tien dagen voorafgaand aan de dag waarop de opbrengst door het uitkerende lichaam is vastgesteld heeft verkregen dan wel, indien de verkrijging niet binnen tien dagen heeft plaatsgevonden, de aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 binnen drie maanden na de verkrijging heeft vervreemd. De vorige volzin is niet van toepassing indien de geheven dividendbelasting ter zake van de opbrengst van aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 per uitkerend lichaam niet meer bedraagt dan € 500.

¹⁰ Ik beperk mij tot de kernbepalingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.