

WFR 2023/145

Cum/Ex(it)?

Mr. D.J. Franssen, datum 12-05-2023

Datum	12-05-2023
Auteur	Mr. D.J. Franssen ^[1]
JCDI	JCDI:ADS701405:1
Vakgebied(en)	Materieel strafrecht / Delicten Wetboek van Strafrecht Dividendbelasting / Algemeen
Wetgeving	Fiscaal strafrecht (V) Art. 225, 326 Sr

Het Duitse Openbaar Ministerie heeft inmiddels haar pijlen gericht op Nederlanders vanwege hun (vermeende) betrokkenheid bij Duitse Cum/Ex-transacties. Als de Duitse autoriteiten verzoeken deze personen over te leveren, dienen de Nederlandse autoriteiten daartoe niet klakkeloos over te gaan, doch kritisch te bezien of overlevering in het betreffende geval wel geïndiceerd is. De Duitse Cum/Ex-transacties zullen naar verwachting namelijk niet in alle gevallen strafbaar zijn naar Nederlands recht. In voorkomende gevallen staat het vereiste van dubbele strafbaarheid overlevering mogelijk in de weg.

1. Inleiding

De autoriteiten van EU-lidstaten zijn naar verluidt al sinds het begin van de 21^{ste} eeuw bekend met het bestaan van Cum/Ex-transacties.^[2] Toch hebben Cum/Ex-transacties geruime tijd kunnen plaatsvinden. Inmiddels vormen deze Cum/Ex-transacties een 'hot-topic' waarover voornamelijk in de media veel berichten verschijnen. Ook de autoriteiten van verschillende EU-lidstaten hebben zich hierop gestort. Zo spreekt het Duitse Openbaar Ministerie van 'industriële geëxploiteerde witteboordencriminaliteit'. In navolging hierop heeft het Duitse Bundesgerichtshof deze Cum/Ex-transacties onlangs strafbaar bevonden ingevolge § 370 Abgabenordnung (*belastingontduiking*).^[3]

Deze vorm van 'witteboordencriminaliteit' heeft ertoe geleid dat het Duitse Openbaar Ministerie omvangrijke strafrechtelijke onderzoeken heeft geëntameerd naar Cum/Ex-transacties die de Duitse schatkist met niet minder dan 55 miljard zouden hebben benadeeld. Daarbij wordt de betrokkenheid van accountants, belastingadviseurs, investeringsfondsen en advocaten uitgebreid onderzocht. Inmiddels zou het Duitse Openbaar Ministerie ongeveer 1700 verdachten in het vizier hebben. Op het Duitse verdachtenlijstje zouden ook meerdere Nederlanders staan, zo bericht het onderzoeksplatform 'Follow the Money'.^[4]

Indien Nederlanders door het Duitse Openbaar Ministerie worden verdacht van betrokkenheid bij (strafbare) Cum/Ex-transacties kan niet worden uitgesloten dat Duitsland Nederland op enig moment zal verzoeken, of heeft verzocht, om deze personen over te leveren, zodat zij in Duitsland kunnen worden berecht. De vraag is of overlevering in alle gevallen geïndiceerd is, nu daarvoor (in beginsel) is vereist dat de betreffende gedragingen ook strafbaar zijn in Nederland. Interessant is daarom te bezien of de in Duitsland uitgevoerde Cum/Ex-transacties naar Nederlands recht een strafbaar feit opleveren.

Daartoe besteed ik in deze bijdrage allereerst aandacht aan de wetgeving omtrent overleveringsverzoeken om vervolgens te bezien of het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt ten aanzien van overleveringsverzoeken

die betrekking hebben op betrokkenheid bij Duitse Cum/Ex-transacties. Daarna zet ik uiteen hoe deze Duitse Cum/Ex-transacties in het algemeen in elkaar steken. In de laatste paragraaf zal ik aan de hand van een uitspraak^[5] van het Duitse Bundesgerichtshof beoordelen of de in die procedure centraal staande Cum/Ex-transacties onder een Nederlandse strafbaarstelling kunnen worden gebracht. Deze bijdrage zal met een conclusie worden besloten.

2. Overleveringsperikelen

Buitenlandse justitiële autoriteiten, zoals het Duitse Openbaar Ministerie, kunnen een zogenoemd Europees aanhoudingsbevel (hierna: 'EAB') uitvaardigen op basis van het Kaderbesluit ^[6] inzake het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (hierna: 'het Kaderbesluit'). In zo'n EAB kan het Duitse Openbaar Ministerie Nederland verzoeken Nederlanders over te leveren aan Duitsland, zodat die personen in Duitsland kunnen worden berecht ter zake van hun vermeende betrokkenheid bij gedragingen die naar Duits recht strafbaar zijn zoals de Cum/Ex-transacties.

Bij het uitvaardigen van zo'n verzoek moet het Duitse Openbaar Ministerie in het EAB een beschrijving geven van de strafbare gedragingen ten aanzien waarvan om overlevering wordt verzocht. Dat betekent dat het Duitse Openbaar Ministerie een beschrijving moet geven van de betreffende Cum/Ex-transacties en moet aangeven welke Duitse strafbaarstelling daardoor is overtreden. Het Nederlandse Openbaar Ministerie moet dan - in beginsel - toetsen aan het vereiste van dubbele strafbaarheid: zijn de beschreven Cum/Ex-transacties ook strafbaar naar Nederlands recht? De Hoge Raad heeft het vereiste van dubbele strafbaarheid als volgt gedefinieerd:

"Het materiële feit waarvoor de uitlevering is verzocht en dat strafbaar is naar het recht van de verzoekende Staat, dient binnen de termen van een Nederlandse strafbepaling te vallen." ^[7]

Daarbij doet niet ter zake of de buitenlandse strafbaarstelling in alle opzichten overeenstemt met de Nederlandse strafbaarstelling, noch of deze strafbaarstellingen op gelijke wijze zijn gestructureerd. Het gaat erom dat de buitenlandse strafbaarstelling in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt als de Nederlandse strafbaarstelling.^[8]

Het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt echter niet altijd. Indien namelijk sprake is van een feit dat valt onder één van de zogenoemde lijstfeiten als bedoeld in Bijlage 1 bij art. 2 lid 2 van het Kaderbesluit, mag de Nederlandse justitiële autoriteit niet onderzoeken of de Duitse justitiële autoriteit het betreffende feit terecht als een lijstfeit heeft aangemerkt in het EAB. In voorkomende gevallen moet Nederland de betreffende persoon overleveren, indien op het desbetreffende strafbare feit naar Duits recht een maximumstraf van ten minste drie jaren is gesteld.

3. Wel of géén lijstfeit?

Om te beoordelen of de Duitse Cum/Ex-transacties onder één van de lijstfeiten kunnen worden gebracht, moet worden gezien op basis van welke Duitse strafbaarstelling deze Cum/Ex-transacties in Duitsland worden vervolgd. Daarover kan ik betrekkelijk kort zijn. Het Duitse Openbaar Ministerie kiest er namelijk steevast voor om het uitvoeren van Cum/Ex-transacties te vervolgen wegens *Steuerhinterziehung* zoals strafbaar gesteld in § 370 Abgabenordnung. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gewezen op de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 28 juli 2021.^[9]

Hiermee rijst de vraag of belastingontduiking (*Steuerhinterziehung*) naar Duits recht als een lijstfeit kan worden aangemerkt. Dat laat zich niet meteen denken, nu lijstfeiten in beginsel de voornaamste vormen van criminaliteit weergeven. Ik heb het dan over delicten als moord, verkrachting en mensenhandel, waarvan mag worden verondersteld dat die in iedere lidstaat strafbaar zijn gesteld. Fiscale delicten zijn in de lijst niet opgenomen. Het fiscale vergrijp belastingontduiking komt misschien nog het meest in de buurt van het lijstfeit

'fraude' dat als volgt is gedefinieerd:

"Fraude, *met inbegrip van fraude* waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad zoals bedoeld in de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen." [onderstreping door auteur]

Bij fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, moet worden gedacht aan fraude met EU-fondsen zoals bijvoorbeeld misdrijven in het kader van aanbestedingsprocedures die gevolgen voor de EU-begroting hebben.^[10] Daaronder kunnen Cum/Ex-transacties niet worden geschaad. Deze transacties raken niet de begroting van de EU, doch uitsluitend de schatkisten van de lidstaten in de vorm van belastingnadeel in de vennootschaps- en/of dividendbelasting. De categorie 'fraude' is, gelet op de woorden 'met inbegrip van', echter niet beperkt tot fraudepraktijken die de begroting van de EU schaden. Daarmee rijst de vraag welke delicten naar Duits recht dan onder meer 'algemene' vormen van fraude kunnen worden geschaad.

In de Duitse versie van de lijst met lijfsfeiten wordt de categorie 'fraude' aangeduid als '*Betrugsdelikte*'. De hoofdofficier van justitie bij het Generalstaatsanwaltschaft Berlin, Bondsrepubliek Duitsland, heeft in een brief d.d. 28 februari 2006 medegedeeld dat in de Duitse taal geen inhoudelijk onderscheid wordt gemaakt tussen '*Betrugsdelikte*' en '*Betrug*', hetgeen oplichting betekent.^[11] *Betrug* (oplichting) is in het Duitse wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld § 263 Strafgesetzbuch. De Engelse versie van de voormelde strafbaarstelling luidt § 263 *Fraud*.

Dit vormt een belangrijke aanwijzing dat in het Duitse recht met 'fraude' wordt gedoeld op het delict oplichting dat wezenlijk verschilt van het delict belastingontduiking. Deze delicten hebben een heel verschillende strekking en zijn in Duitsland, evenals in Nederland, opgenomen in afzonderlijke wetten: het Duitse Wetboek van Strafrecht (*Strafgesetzbuch*) respectievelijk de bijzondere Duitse belastingwet- en regelgeving (*Abgabenordnung*).

Het ligt dus niet in de lijn der verwachting dat het Duitse Openbaar Ministerie het fiscale vergrijp *Steuerhinterziehung* (§ 370 AO) als een lijfsfeit zal aanmerken in een EAB. Dat pleegt in de praktijk ook niet te gebeuren. Daarbij kan worden gewezen op een recente uitspraak waarin Rechtbank Amsterdam zich boog over een Europees onderzoeksbevel (EOB) van de *Generalstaatsanwaltschaft* te Frankfurt am Main (Duitsland). Het EOB had betrekking op de doorzoeking van een Nederlandse woning in verband met fiscale strafbare feiten. In het huiszoekingsbevel stond:

"the search order is necessary to clarify the facts of the case and, in view of the significance of the charges and *the tax damage*, is also proportionate".^[12] [onderstreping door auteur]

In het betreffende EOB met nummer 2019036607 was geen lijfsfeit aangekruist door het Duitse Openbaar Ministerie als gevolg waarvan Rechtbank Amsterdam uitdrukkelijk toetst aan het vereiste van dubbele strafbaarheid:

"In EOB-I-2019036607 (kenmerk: 7 ER 146/19 - 7481 Js 221786/19) *is geen lijfsfeit aangekruist*. Dit betekent dat de rechtbank de dubbele strafbaarheid moet toetsen. De rechtbank is van oordeel dat is voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid, aangezien het in onderdeel G) van het EOB omschreven feit naar Nederlands recht strafbaar is gesteld in artikel 69 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, in verbinding met artikel 47 van het Wetboek van Strafrecht, als: medeplegen van opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist en onvolledig doen, terwijl het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, meermalen gepleegd."^[13]

Het ligt dus niet in de lijn der verwachtingen dat het Duitse Openbaar Ministerie - met inachtneming van de besproken Duitse regelgeving - een fiscaal strafbaar feit, zoals het verrichten van Cum/Ex-transacties, als een lijfsfeit zal aanmerken. Daarom zal naar verwachting moeten worden getoetst aan het vereiste van dubbele strafbaarheid indien Nederland wordt verzocht Nederlanders over te leveren ter zake van hun betrokkenheid bij Duitse Cum/Ex-transacties.

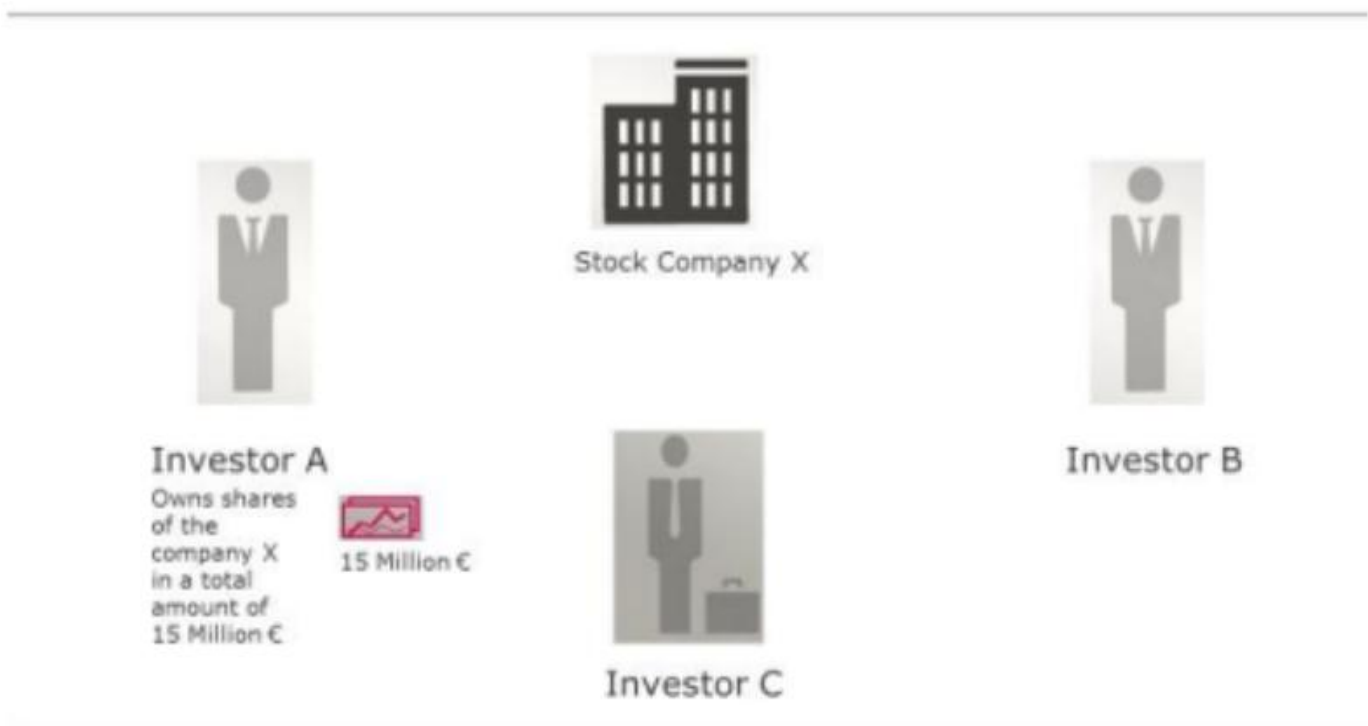
[14]

Daartoe moet - met inachtneming van de zaak Grundza (C-289/15, EU:C:2017:4) - worden beoordeeld of de feiten die de oorsprong vormen van het strafbare feit onder de termen van een Nederlandse strafbaarstelling kunnen worden gebracht indien zij zouden hebben plaatsgevonden op Nederlands grondgebied. Daarom is het van belang te bezien hoe de Duitse Cum/Ex-transacties precies in elkaar steken.

4. Duitse Cum/Ex-transacties

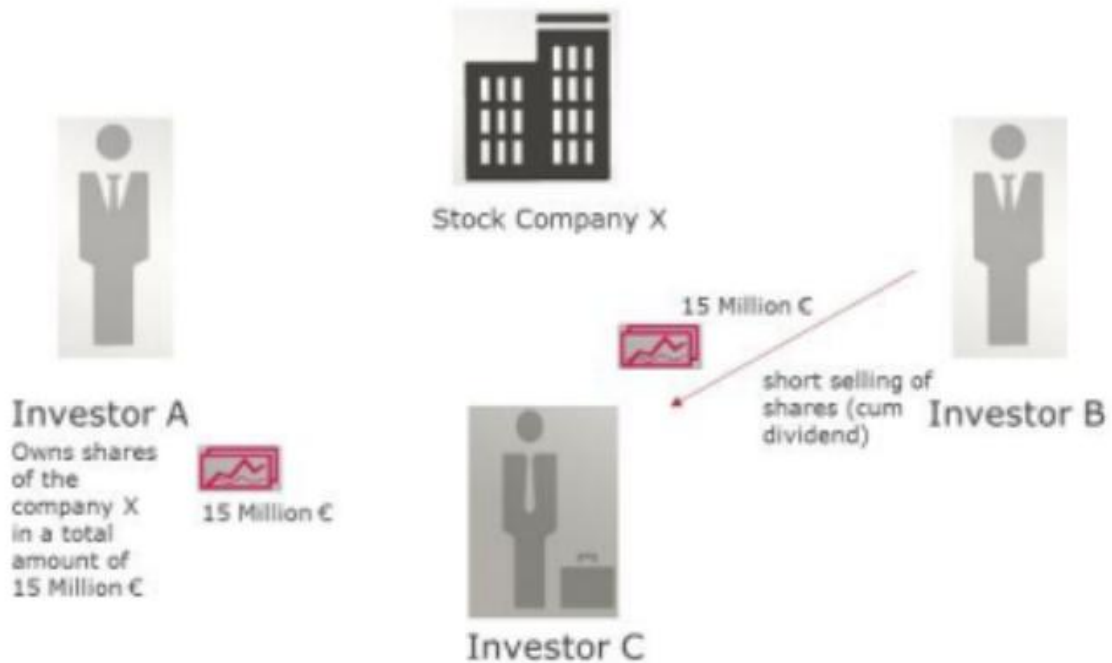
Het Europees Parlement heeft *the European Securities and Markets Authority* (hierna: 'ESMA') in 2018 verzocht om een onderzoek in te stellen naar Cum/Ex-transacties. Daarop heeft ESMA in juli 2019 een formeel onderzoek ingesteld naar onder meer Duitse Cum/Ex-transacties op basis van art. 22 ESMA Regulation. De ESMA heeft haar finale onderzoeksresultaten opgenomen in het rapport d.d. 23 september 2020 (ESMA 70-155-10272). In Bijlage 1 bij het betreffende rapport geeft ESMA een gedetailleerde omschrijving van Duitse Cum/Ex-transacties. Deze Duitse Cum/Ex-transacties steken als volgt in elkaar.

Figuur 1



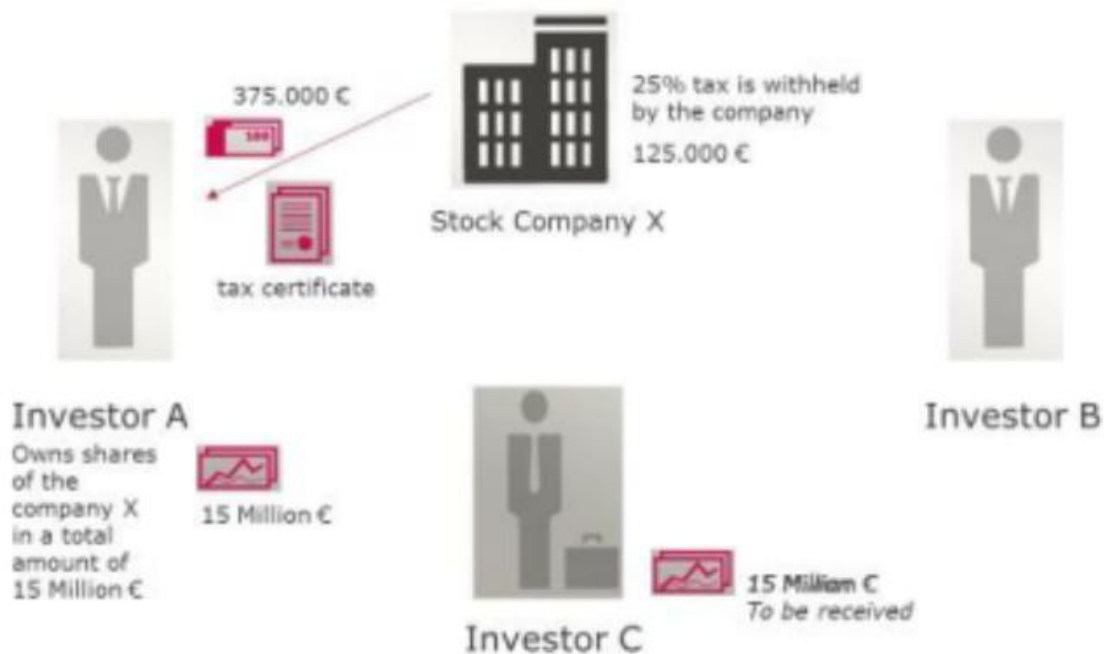
In figuur 1 op pagina 15 is de initiële situatie afgebeeld. Er zijn drie investeerders: A, B en C. Investeerder A houdt aandelen in het Duitse Bedrijf X ten waarde van € 15.000.000. De aandelen in Bedrijf X zijn genoteerd aan de Duitse aandelenbeurs.

Figuur 2



Kort voordat Bedrijf X dividend uitkeert, verkoopt investeerder B dezelfde hoeveelheid aandelen in Bedrijf X als investeerder A bezit, aan investeerder C. Het betreft hier een bezitloze verkoop: investeerder B bezit deze aandelen niet. Dit heet *shortselling*. Doordat investeerder B de aandelen in Bedrijf X aan investeerder C verkoopt voordat Bedrijf X dividend heeft uitgekeerd, zijn de aandelen Cum (Cum betreft het Latijnse woord voor 'met') dividend verkocht aan investeerder C. Zie figuur 2 op pagina 15.

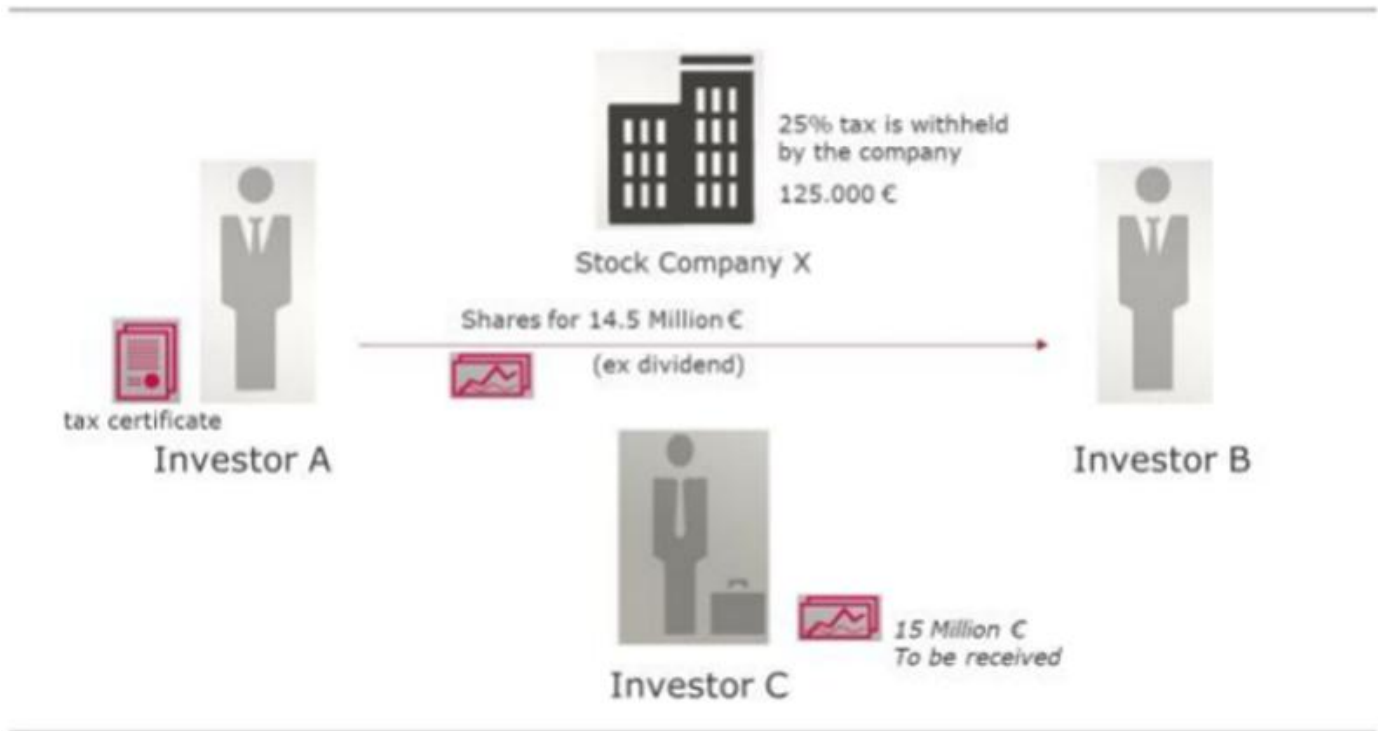
Figuur 3



Bedrijf X houdt 25% dividendbelasting in op de dag dat dividend wordt uitgekeerd aan investeerder A en

draagt deze belasting af aan de Duitse Belastingdienst. Dienaangaande ontvangt investeerder A een Duits *tax certificate* (*Steuerbescheinigung*) van zijn Custodian Bank (*Depotbank*). Het betreft hier een bank die namens haar klanten waarden, zoals aandelen en obligaties, veilig bewaart. Investeerder A gebruikt dit certificaat vervolgens om de ten laste van hem geheven dividendbelasting terug te vragen bij de Duitse Belastingdienst. Daarop wordt een belastingteruggaaf verleend aan investeerder A ten bedrage van € 125.000. Zie figuur 3 op pagina 15.

Figuur 4



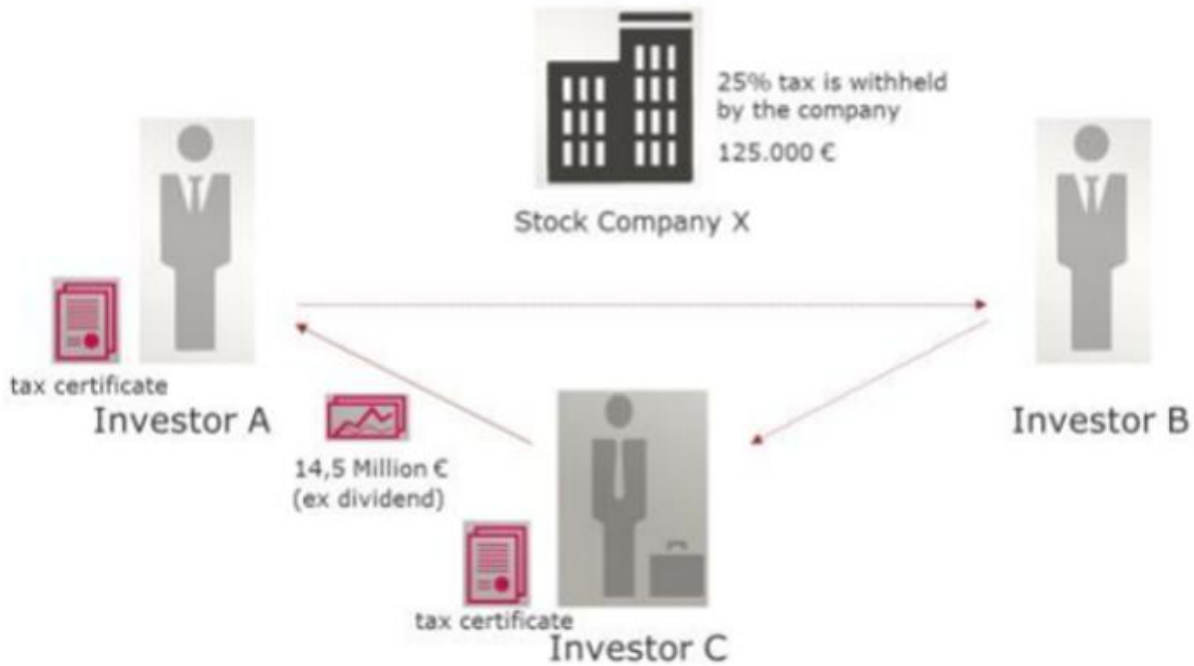
Ná de dividenduitkering verkoopt investeerder A zijn aandelen in Bedrijf X voor € 14.500.000 rechtstreeks (*Over the Counter*) aan investeerder B. Deze aandelen bevatten geen recht meer op dividend, het betreffen aandelen Ex-dividend. Zie figuur 4 op pagina 16.

Figuur 5



Investerder B voldoet aan zijn verplichting uit hoofde van de eerdere verkoop aan investeerder C door de aandelen in Bedrijf X aan investeerder C te leveren. Deze aandelen Ex-dividend hebben een waarde van € 14.500.000, terwijl investeerder C de aandelen Cum-dividend voor € 15.000.000 heeft aangekocht. Daarom verricht investeerder B een dividendvervangende betaling (*acomensationpayment*) aan investeerder C ter waarde van het dividend van € 375.000. Daarnaast ontvangt investeerder C van zijn Custodian Bank, evenals investeerder A die eerder ontving, een Duits *tax certificate* (*Steuerbescheinigung*). Daarmee vraagt investeerder C de door Bedrijf X ingehouden en afgedragen dividendbelasting van € 125.000 terug bij de Duitse Belastingdienst. De Duitse Belastingdienst verleent nogmaals een belastingteruggaaf van € 125.000, ditmaal aan investeerder C. Zie figuur 5 op pagina 16.

Figuur 6



Investeerder C verkoopt de aandelen in Bedrijf X aan investeerder A. Hiermee is de eindsituatie gelijk aan de beginsituatie: investeerder A komt weer in het bezit van de aandelen in Bedrijf X. Zie figuur 6 op pagina 16.

De doelstelling van deze constructie is het dubbel terugvragen van dividendbelasting, zowel door investeerder C als door investeerder A, ter zake van één en dezelfde dividenuitkering van Bedrijf X. Hierover staat in het rapport van ESMA:

“(…) overall the series of transactions resulted in two tax certificates being issued against a single distribution of dividend, with an overall profit that amounts exactly to the value of the tax certificate.” [15]

Kortom: De Duitse bronbelasting wordt tweemaal teruggevraagd bij de Duitse Belastingdienst, terwijl deze slechts éénmaal is ingehouden en afgedragen door Bedrijf X.

De vraag die rijst is hoe het kan dat twee *tax certificates* worden uitgegeven aan twee investeerders ter zake van één en dezelfde dividenuitkering. Het gaat hier op twee fronten mis. In de eerste plaats waren de Duitse *tax certificates* onvoldoende specifiek in die zin dat deze niet direct aan de desbetreffende dividenuitkering konden worden gelinkt. Daardoor gingen bij de Duitse Belastingdienst geen alarmbellen rinkelen toen men ter zake van dezelfde dividenuitkering voor de tweede keer bronbelasting terugvroeg. Daarnaast werden deze certificaten niet uitgegeven door de partij die verantwoordelijk was voor het inhouden en afdragen van de bronbelasting. Duitsland heeft zijn wetgeving hierop aangepast per 1 januari 2012. Hierover staat het volgende in het ESMA-rapport:

“Since the change, the final domestic depository institution used by the investor must withhold the capital income tax and transmit it to the competent tax office. As a result, the same institution is responsible for both the withholding of the tax and the issuance of the tax certificates.”

Hiermee is de leemte in de Duitse wet- en regelgeving gedicht en sindsdien kunnen de beschreven Cum/Ex-transacties niet meer plaatsvinden.

5. Cum/Ex-transacties strafbaar in Nederland?

Hierboven is uiteengezet hoe de Duitse Cum/Ex-transacties - in zijn algemeenheid - in elkaar steken. In deze paragraaf zal ik beoordelen onder welke omstandigheden Duitse Cum/Ex-transacties onder een Nederlandse strafbaarstelling kunnen worden gebracht. Daarbij zal ik de Duitse Cum/Ex-transacties als uitgangspunt nemen zoals die aan de orde waren in de uitspraak van het Bundesgerichtshof d.d. 28 juli 2021.^[16]

In de uitspraak van het Bundesgerichtshof zijn 11 Cum/Ex-transacties aan de orde gekomen. Deze zijn aangeduid als “cases 1-11”. De 11 Cum/Ex-transacties voltrokken zich in de jaren 2007 tot en met 2011. Deze 11 zaken komen overeen met de algemene beschrijving van Cum/Ex-transacties in paragraaf 4; ook in deze zaken was sprake van *short selling*. De *short seller* verkocht bezitloos Duitse aandelen Cum-dividend aan de koper.

Hierna zal ik per zaak nagaan of de betreffende Cum/Ex-transactie onder een Nederlandse strafbaarstelling kan worden gebracht. Daarbij leg ik de focus op i) het opzettelijk doen van een onjuiste belastingaangifte (art. 69 Algemene wet inzake Rijksbelastingen (hierna: ‘AWR’), ii) valsheid in geschrifte (art. 225 Wetboek van Strafrecht (hierna: ‘Sr’) en iii) oplichting (art. 326 Sr).

5.1 Het opzettelijk onjuist doen van belastingaangifte (art. 69 AWR)

In het kader van de door het Bundesgerichtshof beoordeelde Cum/Ex-transacties hebben de betrokkenen op twee manieren Duitse bronbelasting geclaimd. In zaken 1 tot en met 3 en 8 tot en met 11 heeft men de bronbelasting verrekend in de belastingaangiften. In zaken 4 tot en met 7 heeft men de bronbelasting teruggevraagd door het indienen van daartoe bestemde formulieren.

Het indienen van belastingaangiften

In zaken 1 t/m 3 en 8 t/m 11 zijn *Körperschaftsteuererklärungen* dan wel *Kapitalertragsteueranmeldungen* ingediend bij de Duitse Belastingdienst.^[17] Het betreffen belastingaangiften. In deze belastingaangiften heeft men de Duitse bronbelasting verrekend met de verschuldigde vennootschapsbelasting terwijl men - zo heeft het Bundesgerichtshof geoordeeld - wist dat men daar geen recht op had. Daarmee zijn deze belastingaangiften opzettelijk onjuist ingediend als bedoeld in art. 69, lid 2, AWR.

Hieruit concludeer ik dat ter zake van deze Cum/Ex-transacties is voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid.

Het doen van teruggaveverzoeken

In zaken 4 t/m 7 hebben de betrokkenen de Duitse bronbelasting niet verrekend in belastingaangiften maar teruggevraagd. Daarbij verzocht men de Duitse belastingdienst om teruggaaf door middel van elektronisch ingediende teruggaafverzoeken. Het Bundesgerichtshof spreekt in dit verband over “*Sammelanträgen (...)* im elektronischen Sammelantragsverfahren.”^[18] Hierbij kan worden gewezen op de hiernavolgende overweging van het Bundesgerichtshof met betrekking tot zaak 4:

“Im Rahmen des elektronischen Sammelantragsverfahrens gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) benannte die Depotbank mit Anträgen vom 13. März 2009 und 3. April 2009 im entsprechenden Formular den HI Fund als „Gläubiger des Kapitalertrags“ und gab zu Unrecht den oben genannten Erstattungsbetrag an.”^[19] [onderstreping door auteur]

De in zaken 4 t/m 7 ingediende teruggaveverzoeken kwalificeren naar Nederlands recht niet (meer) als belastingaangiften in de zin van de AWR. Per 1 januari 2017 is die wettelijke duiding vervallen. Per voornoemde datum worden teruggaveverzoeken gekwalificeerd als een aanvraag tot het nemen van een beschikking in de zin art. 1:3 lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent dat het indienen van deze teruggaveverzoeken niet strafbaar is ingevolge in art. 69, lid 2, AWR.^[20]

Ter zake van zaken 4 t/m 7 kan de dubbele strafbaarheid dus niet worden aangenomen op basis van de

5.2 Valsheid in geschrifte (art. 225 Sr)

In zaken 4 t/m 7 is, zoals hierboven is vermeld, een belastingteruggaaf geclaimd bij de Duitse Belastingdienst. Het Bundesgerichtshof spreekt in dit verband over elektronisch ingediende formulieren waarin om een teruggaaf wordt verzocht.^[21] In het licht van art. 225 Sr dient te worden beoordeeld of deze formulieren kunnen worden aangemerkt als valse geschriften.

In het kader van deze beoordeling acht ik het aangewezen eerst te wijzen op hetgeen het Bundesgerichtshof hierover heeft overwogen:

“Den in den Fällen 4-7 der Urteilsgründe durch die Depotbanken unter der Bezeichnung des jeweils betroffenen Investmentvermögens beim BZSt, einer Finanzbehörde (...), im elektronischen Sammelantragsverfahren eingereichten Erstattungsanträgen *ist im Hinblick auf die Cum-Ex-Leerverkaufstransaktionen die Erklärung zu entnehmen, dass Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschläge auf Kapitalerträge des HI Fund, des BC Fund, des BA. Fonds und des JS Fund einbehalten und an den Fiskus abgeführt worden seien.*” ^[22] [onderstreping door auteur]

Het Bundesgerichtshof overweegt hier dat - met de opzet van de Cum/Ex-transacties in het achterhoofd - met het indienen van de formulieren de indruk is gewekt dat Duitse bronbelasting is ingehouden en afgedragen ten aanzien van de door de koper - in casu HI Fund, BA Fond en JS Fund - ontvangen *compensation payment* (terwijl dat nu juist niet het geval was). In dit verband is het - indachtig de strafbaarstelling van valsheid in geschrifte - in mijn optiek essentieel dat het Bundesgerichtshof hier niet oordeelt dat de ingediende formulieren op zichzelf onjuiste informatie bevatten.

Bezien vanuit de opzet van de Duitse Cum/Ex-transacties is het ook logisch dat de teruggaveverzoeken geen onjuiste informatie bevatten. Daarbij werd namelijk tweemaal bronbelasting teruggevraagd ter zake van één en dezelfde dividenduitkering. De kopers in zaken 4 t/m 7 vroegen in de formulieren dus bronbelasting terug ter zake van dividend die ook daadwerkelijk was ingehouden en afgedragen ten laste van een ander. In tegenstelling tot die ander hadden de kopers echter geen recht op (een tweede) teruggaaf van Duitse bronbelasting. Daarmee betreft het door deze kopers ingediende formulier echter nog geen valselijk document. Hierin nam men feitelijk dezelfde - juiste - informatie op als degene die eerder terecht aanspraak maakte op teruggaaf omdat de bronbelasting ten laste van hem werd geheven.

Ik zal dit verduidelijken door terug te grijpen naar het voorbeeld van de in paragraaf 4 beschreven Cum/Ex-transactie waarbij investeerders A, B en C betrokken waren. Daarbij beschreef ik dat investeerders A en C beide bronbelasting hebben teruggevraagd ten aanzien van de dividenduitkering van Bedrijf X. Daarbij zullen zij gebruik hebben gemaakt van het daarvoor bestemde standaardformulier. Het bedoelde teruggaafformulier heb ik hieronder afgebeeld (zie: figuur 7).

Figuur 7

VI. Dividends and/or interests taxed

German securities number (if known)	securities nominal value or number of shares	A	Type of security, name and address of payer	Day on which dividends accrued and/or interest was due DD.MM.YYYY	Gross amount received ⁷⁾ EUR	Tax and tax surcharge ⁷⁾ EUR	Refund claimed EUR
b			c	d	e	f	g

Investeerder C kan de velden b tot en met g in het standaardformulier (zie: figuur 7) op precies dezelfde manier invullen als investeerder A. Namelijk als volgt: B) 1000101, C) Aandeel, Bedrijf X, Berliner Ring 900, D) 10 mei 2010, E) € 500.000, F) € 131.875^{23]}, G) € 131.875. Deze informatie is op zichzelf juist. Anders dan investeerder A heeft investeerder C echter geen recht op teruggaaf, nu de Duitse bronbelasting niet ten laste van hem is geheven. Dat betekent mijns inziens evenwel niet dat het door investeerder C ingediende formulier kan worden aangemerkt als een vals geschrift als bedoeld in art. 225 Sr, nu de in de velden b t/m g opgenomen informatie op zichzelf bezien feitelijk niet onjuist is.

Daarbij zij nog opgemerkt dat het formulier (in mijn ogen) ook niet 'intellectueel' vals is, omdat de daarin gepresenteerde feiten nu juist stroken met de werkelijkheid: het in rubriek f vermelde bedrag is daadwerkelijk ingehouden op het in rubriek e bedoelde brutodividend dat voortspruit uit de in rubriek b vermelde aandelen. Of is toch sprake van intellectuele valsheid omdat men in het formulier de opmerking heeft weggelaten dat ter zake van de betreffende dividenduitkering reeds door een ander teruggaaf is geclaimd? Ik denk van niet. Belangrijk daarbij is dat geen rechtsplicht bestond dat in het formulier te vermelden. Daartoe biedt het formulier ook helemaal niet de gelegenheid. Daarin staat namelijk niet zoiets als een rubriek 'overige opmerkingen', alwaar men aanvullende opmerkingen kan maken.

Ter zake van zaken 4 t/m 7 kan de dubbele strafbaarheid dus niet worden aangenomen op basis van de strafbaarstelling valsheid in geschrifte in het Wetboek van Strafrecht.

5.3 Oplichting (art. 326 Sr)

In mijn optiek hoeft niet inhoudelijk te worden getoetst of de Cum/Ex-transacties in de zaken 4 t/m 7 onder de Nederlandse strafbaarstelling van het delict oplichting kunnen worden gebracht. Het vereiste van dubbele strafbaarheid werpt in dit verband namelijk een andere belemmering op. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat dubbele strafbaarheid vereist dat de buitenlandse strafbaarstelling - in casu *Steuerhinterziehung* - in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt als de Nederlandse strafbaarstelling - in casu oplichting als bedoeld in art. 326 Sr.

Daar waar de Duitse strafbaarstelling van (*Steuerhinterziehung*) belastingontduiking ziet op de handhaving en naleving van de belastingwetten en daarmee sterkt tot het bewerkstelligen van een juiste belastingheffing, strekt de Nederlandse strafbaarstelling van oplichting^[24] ter bescherming van het vertrouwen dat het publiek ten behoeve van het maatschappelijk en economisch verkeer heeft in de oprechtheid waarmee anderen aan dit verkeer deelnemen. Daarmee kan, in mijn optiek, niet worden gezegd dat de voormelde strafbaarstellingen in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermen.

Ter zake van zaken 4 t/m 7 kan de dubbele strafbaarheid dus niet worden aangenomen op basis van de strafbaarstelling oplichting in het Wetboek van Strafrecht.

5.4 Conclusie

De Duitse Cum/Ex-transacties in zaken 4 t/m 7 zijn volgens het Bundesgerichtshof strafbaar als belastingontduiking (§ 370 AO). De voormelde strafbaarstelling beschermt een ander rechtsgoed dan de Nederlandse strafbaarstelling van oplichting (art. 326 Sr). Daarnaast kunnen deze Duitse Cum/Ex-transacties niet onder de termen van de Nederlandse strafbaarstellingen van art. 69 AWR of art. 225 Sr worden gebracht. Dat betekent dat ter zake van de in de zaken 4 t/m 7 centraal staande Cum/Ex-transacties niet aan het vereiste van dubbele strafbaarheid is voldaan.

Hieruit concludeer ik dat Nederland de personen die betrokken zijn bij de Cum/Ex-transacties beschreven in zaken 4 t/m 7 niet kan overleveren aan Duitsland.

6. Afsluitend

Het Duits Openbaar Ministerie zou meerdere Nederlanders als verdachten hebben aangemerkt in het kader van strafrechtelijke onderzoeken naar Duitse Cum/Ex-transacties. Daarom zal Nederland hoogstwaarschijnlijk door Duitsland met overleveringsverzoeken worden geconfronteerd. Nederland dient dergelijke verzoeken niet klakkeloos in te willigen, doch kritisch te bezien of het in de betreffende gevallen wel geïndiceerd is om Nederlanders over te leveren aan Duitsland.

Bij de beoordeling van overleveringsverzoeken moeten de Nederlandse justitiële autoriteiten met het oog op het vereiste van dubbele strafbaarheid bezien of de betreffende Cum/Ex-transacties onder de termen van een Nederlandse strafbaarstelling kunnen worden gebracht. Daarbij zullen de Nederlandse autoriteiten zich moeten verlaten op de omschrijving van die transacties in het Duitse EAB. Indien deze beschrijving onvoldoende concreet is, ligt het in de rede om de Duitse justitiële autoriteiten te verzoeken om de betreffende transacties nader te duiden. De Duitse Cum/Ex-transacties zullen naar mijn verwachting namelijk niet in alle gevallen strafbaar zijn naar Nederlands recht.

Voetnoten

- [1] Daan Franssen is advocaat bij De Bont Advocaten.
- [2] Scope, ' *Cum-Ex could have serious consequences for banks*', 28 oktober 2019.
- [3] BGH 1 *StR* 519/20 - Judgment of 28 July 2021 (LG Bonn).
- [4] Follow the Money, 'Dit zijn de Nederlandse verdachten uit de grootste belastingroof uit de geschiedenis', 25 oktober 2021.
- [5] BGH 1 *StR* 519/20 - Judgment of 28 July 2021 (LG Bonn).
- [6] Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *Publicatieblad L 190/1* van 18 juli 2002.
- [7] HR 25 mei 1999, *NJ* 1999, 587 en HR 3 februari 2004, *LJN* AO1740.
- [8] HR 25 mei 1999, *NJ* 1999, 587 en HR 3 februari 2004, *LJN* AO1740.
- [9] Judgment of 28 July 2021 - 1 *StR* 519/20.
- [10] Art. 3 lid 2 Richtlijn (EU) 2017/1371 betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt.
- [11] Rb Amsterdam 16 mei 2006, nr. 13.497.102-2006, rknr. 06/1089. Rb. Amsterdam 16 mei 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX8466.
- [12] Rb. Amsterdam 19 maart 2020, nr. RK: 19/6635.
- [13] Rb. Amsterdam 19 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1856, r.o. 5.5.
- [14] HvJ EU 11 januari 2017, C-289/15, ECLI:EU:C:2017:4.
- [15] ESMA, Final report on Cum/EX, 23 September 2020 | ESMA70-155-10272, p. 62.
- [16] BGH 1 *StR* 519/20 - Judgment of 28 July 2021 (LG Bonn).
- [17] BGH 1 *StR* 519/20 - Judgment of 28 July 2021 (LG Bonn), r.o. 63.
- [18] BGH 1 *StR* 519/20 - Judgment of 28 July 2021 (LG Bonn), r.o. 25.

[19] BGH 1 *StR* 519/20 - Judgment of 28 July 2021 (LG Bonn), r.o. 22.

[20] Kennisdocument inzake dividendstripping, p. 28.

[21] BGH 1 *StR* 519/20 - Judgment of 28 July 2021 (LG Bonn), r.o. 59.

[22] BGH 1 *StR* 519/20 - Judgment of 28 July 2021 (LG Bonn), r.o. 59.

[23] Het bruto-dividend bedraagt € 500.000. De Duitse bronbelasting (tax) bedraagt 25% x 1,055 (tax surcharge). Daarmee bedraagt het effectieve tarief 26,375%. Rubriek F en G komen daarmee uit op een te betalen belasting van € 500.000 x 26,375% = 131.875.

[24] HR 20 december 2016, *NJ* 2017/157 en *NJ* 2017/158.