

NovioTax Russische thin-cap regelgeving resulteert in dubbele belastingheffing.

December 2019

Op 6 juni 2019 heeft de Rechtbank Noord-Holland (nr. 17/871) een uitspraak gepubliceerd over de uitwerking van de Russische thin-capitalisation (hierna: thin-cap) wetgeving in relatie tot de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. De Nederlandse onderneming beoogde de door Rusland ge(her)kwalificeerde rente als dividend vrijgesteld te verantwoorden in de Nederlandse aangifte vennootschapsbelasting op grond van de deelnemingsvrijstelling. De Rechtbank was het hier niet mee eens en heeft de Russische duiding van de rente als dividend niet gevolgd. Het gevolg was (i) een niet aftrekbare rentelast in Rusland, (ii) niet verrekenbare Russische dividendbelasting en (iii) een belaste rentebate in Nederland.

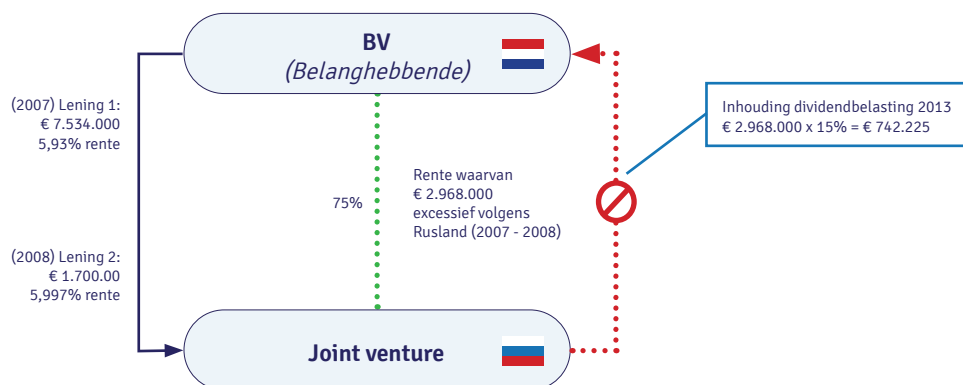
In deze procedure, die interessant is voor bedrijven die zaken doen in Rusland, zijn onder andere de volgende argumenten toegelicht:

- A. (Her)kwalificatie (excessieve) rente als dividend op grond van artikel 9 Verdrag Nederland - Rusland;
- B. (Her)kwalificatie (excessieve) rente als dividend op grond van artikel 10 Verdrag Nederland - Rusland;
- C. Toepassing artikel 23A en 23B OESO Modelverdrag.

Feiten & Geschiedenis

Een Nederlandse onderneming heeft een tweetal leningen (in 2007 € 7.534.000 en in 2008 € 1.700.000) verstrekt aan een gelieerde Russische vennootschap. Op bedoelde leningen is een rente berekend van respectievelijk 5,93% en 5,997%. Beide leningen waren achtergesteld ten opzichte van andere leningen. In 2002 heeft Rusland thin-cap regels ingevoerd in verband met het bestrijden van winstverschuivingen in de vorm van excessieve rentebetalingen. Ingeval een buitenlandse vennootschap voor ten minste 20% (in)direct aandeelhouder is van een Russische vennootschap en aan deze vennootschap een lening wordt verstrekt, is sprake van 'controlled debts'. Indien de omvang van de 'controlled debts' drie keer hoger is dan de bezittingen, wordt het merendeel van de 'controlled debts' als excessief aangemerkt. De rente die betrekking heeft op dit excessieve deel is niet aftrekbaar.

In de aangiften vennootschapsbelasting van de Nederlandse vennootschap is in de jaren 2007 tot en met 2012 de rente op bedoelde leningen verantwoord als belastbare bate. In het jaar 2013 zijn de verstrekte leningen aan de Nederlandse vennootschap terugbetaald evenals de bijgeschreven rente. Op grond van de Russische thin-cap regels is een bedrag van € 2.968.900 als niet aftrekbare rente aangemerkt. Daarnaast wordt dit deel geherkwalificeerd als dividend waar 15% Russische dividendbelasting op wordt ingehouden zonder toepassing van het Verdrag Nederland – Rusland.



(Dit betreft een vereenvoudigde weergave van de werkelijke structuur)

In geschil is of het volledige bedrag aan rente in Nederland in de heffing van vennootschapsbelasting moet worden betrokken of dat op het gedeelte van de excessieve rente de toepassing van de deelnemingsvrijstelling mogelijk is, dan wel de ingehouden bronbelasting verrekend kan worden en, zo ja, tot welk bedrag. De Nederlandse onderneming stelt dat met betrekking tot de ingehouden Russische bronbelasting op grond van het Verdrag Nederland-Rusland, de deelnemingsvrijstelling moet worden toegepast. Aanvullend stelt de Nederlandse onderneming dat Nederland een verrekening dient te verlenen voor de ingehouden Russische bronbelasting van 15% resulterend in een teruggaaf van € 445.335.

De Nederlandse Belastingdienst heeft zich op het standpunt gesteld dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, omdat sprake is van rente-inkomsten. Het wordt niet relevant geacht voor toepassing van de Wet VPB 1969 dat Rusland op basis van haar thin-cap regels de rente-inkomsten herkwaliceert als dividend. Het Verdrag Nederland – Rusland dwingt Nederland noch tot herkwalficatie noch tot een verrekening van de ingehouden Russische bronbelasting.

Overwegingen rechtbank Noord-Holland

A. (Her)kwalficatie op grond van artikel 9 Verdrag Nederland - Rusland

De Russische thin-cap regels gaan uit van vooraf bepaalde vermogensratio's. Naar het oordeel van de rechtbank kan (slechts) op basis van deze vermogensratio's niet worden bepaald of er sprake is van een onzakelijke winstverschuiving op grond van artikel 9 van het Verdrag Nederland - Rusland. De rechtbank stelt dat de Russische thin-cap regels niet in overeenstemming zijn met het 'at arm's length' beginsel van artikel 9 van het Verdrag Nederland - Rusland. Dit oordeel van de rechtbank vindt mede steun in het feit dat de thin-cap regels in Rusland alleen van toepassing zijn indien sprake is van een buitenlandse groepsmaatschappij die een lening verstrekt aan een Russische maatschappij en niet in puur Russische verhoudingen. Indien op basis van het 'at arm's length' beginsel een correctie zou plaatsvinden, zou deze ook plaats dienen te vinden in louter Russische vennootschappelijke verhoudingen.

Op basis van de OESO-richtlijnen inzake transfer pricing dient de 'at arm's length'-vergoeding te worden bepaald op transactiebasis. Indien er sprake is van een groot aantal vergelijkbare transacties en een beoordeling per transactie niet goed mogelijk is, hetgeen in casu niet van toepassing is, mag voor de bepaling van het 'at arm's length'-karakter het geheel van de vergelijkbare transacties samen worden beoordeeld. Zie in dit verband ook het verrekenprijsbesluit van 22 april 2018 (nr. 2018-6865). Beoordeeld dient te worden of een derde de leningen onder dezelfde voorwaarde als de Nederlandse vennootschap zou hebben verstrekt. Voor de beoordeling volstaan vooraf bepaalde solvabiliteitsratio's niet. In de dagelijkse praktijk worden veelal de voorwaarden van leningen beoordeeld aan de hand van vergelijkbare derden-transacties. Indien blijkt dat deze niet overeenkomen, dienen de voorwaarden aangepast te worden. Indien een prijsaanpassing de geldlening niet 'at arm's length' maakt of kan maken, dient gekeken te worden naar een aanpassing in de leningsvoorwaarden. Indien dat evenmin mogelijk is, kan een herkwalficatie van de lening volgen als eigen vermogen of geduid worden als onzakelijke lening.

In onderliggend geval hebben zich geen prijsaanpassingen of aanpassingen in de leningsvoorwaarden gemanifesteerd. De Nederlandse vennootschap heeft niet aannemelijk gemaakt dat de herkwalficatie aansluit met het 'at arm's length'-beginsel of dat deze op grond van paragraaf 11 van het verrekenprijsbesluit onderbouwd zou kunnen worden. Evenmin heeft zij aannemelijk gemaakt dat de aanpassing op grond van de Russische thin-cap regels en/of de Russische solvabiliteitsratio's hebben geleid tot een 'at arm's length'- resultaat. In zoverre hoeft Nederland de Russische thin-cap aanpassing niet te volgen. Nederland volgt enkel een aanpassing indien deze aansluit bij de Nederlandse interpretatie van artikel 9 OESO Modelverdrag en het corresponderende commentaar. De rechtbank oordeelt dat de Russische thin-cap regels niet door middel van artikel 9 van het Verdrag Nederland – Rusland doorwerken naar Nederland.

B. (Her)kwalficatie als dividend op grond van artikel 10 Verdrag Nederland – Rusland

Rente op leningen wordt op basis van artikel 10, lid 4, van het Verdrag Nederland – Rusland uitgezonderd van kwalificatie als 'dividend'. Opgemerkt wordt dat in deze bepalingen meer 'algemenere' termen zijn gebezigd zoals 'andere vennootschappelijke rechten' en 'andere rechten, die aanspraak geven op een aandeel in de winst'. In gevallen waarin het nationale fiscale recht of het Verdrag geen definitie bevat voor een dergelijke bepaling, speelt de interpretatie van het Verdrag een rol. In het voorliggende geval is dit volgens de rechtbank Noord-Holland niet aan de orde. Het Verdrag Nederland - Rusland bevat een eigen definitie van de begrippen 'dividend' en 'interest' waardoor een herkwalficatie van rente als dividend niet gebaseerd kan worden op artikel 10 van het Verdrag Nederland - Rusland.

In de procedure wordt opgemerkt dat Rusland in 2008 een voorbehoud heeft gemaakt in diverse belastingverdragen teneinde de toepassing van Russische thin-cap wetgeving te sauveren. In zoverre zijn de definities van 'dividend' en 'interest' in onder

andere de (Russische) verdragen met Cyprus, Zwitserland en Luxemburg aangepast. In het Verdrag Nederland-Rusland heeft dit niet plaatsgevonden. Hieruit kan worden afgeleid dat de Russische autoriteiten de mening ondersteunen dat de Russische thin-cap regels niet doorwerken naar de definitie van 'dividend' en 'interest'. Indien dit anders was geweest dan zou dit hebben geresulteerd in aanpassingen van het Verdrag Nederland - Rusland.

Volledigheidshalve merken wij op dat Rusland (eveneens naar het oordeel van rechtbank Noord-Holland) ten onrechte haar heffingsrecht uitbreidt. De toepassing van de thin-cap regels brengt met zich mee dat Rusland eenzijdig en posterieur (volgend op de ratificering van het Verdrag Nederland-Rusland) een heffingsrecht verkrijgt wat anders aan Nederland had toebehoord. In zoverre is sprake van strijdigheid met de goede trouw jegens een verdragspartner (vgl. artikel 26 van het Verdrag van Venen), ofwel *'treaty override'*.

C. Artikelen 23A en 23B OESO Modelverdrag

Op grond van de bepalingen ter vermijding van dubbele belasting, artikel 23A en artikel 23B OESO Modelverdrag, hoeft Nederland Rusland niet te volgen in de (her)kwalificatie van rente naar dividend. Nederland heeft bij artikel 23B een voorbehoud gemaakt waaruit blijkt dat zij een kwalificatieverschil per geval en afhankelijk van de relatie met het verdragsland wil oplossen. Er is in dit geval echter geen sprake van een kwalificatieverschil maar van een eenzijdige correctie ten aanzien van de aftrekbaarheid van de rente aan Russische zijde. Vervolgens wordt dit door Rusland gezien als een fictief dividend dat in Rusland wordt belast. Het hiervoor genoemde geldt tevens voor het verdrag Nederland - Rusland. In artikel 23 van het Verdrag is een vergelijkbaar voorbehoud opgenomen. Hierin is namelijk opgenomen dat de te verlenen vermindering wordt berekend overeenkomstig de bepalingen in de Nederlandse wetgeving tot het vermijden van dubbele belasting.

Conclusie

- Ten behoeve van de Russische thin-cap regels dienen Nederlandse bedrijven, die geld hebben geleend aan Russische dochterondernemingen, de financiering af te stemmen op de Russische solvabiliteitsratio's. Bezien vanuit een Russische bril is het excessieve deel van de rentelast niet aftrekbaar in Rusland. Gelet op de Nederlandse heffing over de corresponderende rentebate ontstaat daarbij eenzijdige heffing. Daarnaast zal Rusland 15% bronbelasting inhouden op het excessieve deel van de rentelast. In Nederland wordt deze heffing niet verrekend.
- In de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland is (mede) beoordeeld of en in hoeverre een rentelast kan worden geherkwalificeerd op grond van artikel 9 van het Verdrag Nederland - Rusland. In de concrete casus die speelde bij de rechtbank Noord-Holland was geen sprake van een herkwalificatie van rente naar dividend. De uitspraak verwijst daarbij naar het (oude) verrekensbesluit van 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M. Inmiddels is bedoeld besluit geüpdatet en aangevuld. Verwezen wordt naar het besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865. Op basis van dit besluit (en overigens ook op de jurisprudentie omtrent onzakelijke leningen) in combinatie met een verdragsbepaling vergelijkbaar aan artikel 9 OESO Modelverdrag, kan een (eventuele) herkwalificatie onderbouwd worden. In voorkomende gevallen kan dit voordelig uitwerken of een nadeel beperken.
- In deze uitspraak wordt niet gesproken over de benodigde werkzaamheden om economisch gerechtigd te zijn tot inkomsten uit leningen. Illustratief zijn de Deense zaken van het Hof van Justitie van de EU van 26 februari 2019 (C 115/16, N Luxembourg 1, C 118/16, X Denmark, C 119/16, C Danmark I en C 299/16, Z Denmark) die gaan over de uiteindelijk gerechtigdheid van leningen en de discussie hierover binnen de TP-werkgroepen van de OESO en de VN.

DISCLAIMER

De informatie in dit blog is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. De informatie in dit blog is daarom bedoeld voor algemene informatieve doeleinden en kan niet als advies worden beschouwd. Hoewel we ernaar streven om nauwkeurige en tijdige informatie te verstrekken en er veel zorg is besteed aan het samenstellen van dit blog, kan er geen garantie worden gegeven dat dergelijke informatie correct is vanaf de datum waarop deze is ontvangen, of dat deze in de toekomst correct zal blijven. Niemand mag op basis van dergelijke informatie handelen zonder passend professioneel advies na een grondig onderzoek van de specifieke situatie. Wij aanvaarden geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen die voortvloeien uit het gebruik van de informatie in deze publicatie.



Lara Manraad
+31(0) 6 20 33 32 52
lara.manraad@noviotax.com



Patrick Schrievers
+31(0) 6 10 24 61 40
patrick.schrievers@noviotax.com