

Financial Transactions

Neues Kapitel X OECD-Guidelines und Steuerpraxis Schweiz

Transfer Pricing Update - E-Weiterbildung
Seminar EXPERTsuisse

Thomas Wolfensberger
Steuerkommissär mbA, Fachspezialist Unternehmenssteuern
Kantonales Steueramt Zürich

Thomas Hug
Executive Director, Group Tax
Bank Julius Bär & Co. AG

Zürich, Juni 2020

Agenda

- Neues Kapitel X OECD-Guidelines
- Funktionsanalyse bei Finanztransaktionen
- Darlehen
- Cash-Pooling
- Garantien
- Fazit

Neues Kapitel X OECD-Guidelines

Entstehungsgeschichte

- Finanztransaktionen wurden bisher in den OECD-Guidelines **nicht explizit adressiert**;
 - Im Rahmen des **BEPS-Projektes** wurden solche Transaktionen als ein Mittel identifiziert, mit welchem internationale Konzern Gewinne in Niedrigsteuerrländer verschieben;
 - Im Juli 2018 publizierte die OECD einen Diskussionsentwurf zur Thematik, welcher als „*non-consent draft paper*“ bezeichnet wurde; im **Februar 2020** veröffentlichte die OECD schliesslich die finale Version des Reports (**BEILAGE 1**);
 - Inhalt
 - Interaktion mit Kapitel I der OECD-Guidelines (Version 2017);
 - Treasury-Funktionen (Darlehen, Cash-Pooling, Hedging);
 - Garantien;
 - Captive-Verrechnungen;
 - Risikofreie und risikoangepasste Rendite
- } neuer Teil Kapitel I OECD-Guidelines
} neues Kapitel X OECD-Guidelines

Steuerpraxis Schweiz

- Schweiz hat bisher **keine spezifischen Verrechnungspreisvorschriften** erlassen, prüft jedoch die Angemessenheit von Verrechnungspreisen unter dem Rechtstitel der verdeckte Gewinnausschüttung bzw. Gewinnvorwegnahme (Art. 58 Abs. 1 DBG);
- Langjährige und etablierte **Praxis des BGer**
 - (1) Leistung **ohne angemessene Gegenleistung**;
 - (2) Anteilsinhaber oder eine ihm nahestehende Person;
 - (3) Erkennbarkeit für handelnde Organe
- OECD-Guidelines sind eine **subsidiäre Auslegehilfe** für das unilaterale Aussensteuerrecht sowie Art. 9 OECD-MA; im interkantonalen Steuerrecht werden OECD-Guidelines im Grundsatz ebenfalls angewendet;
- Meinung Stocker: Heranziehen einer **späteren Version** der OECD-Guidelines auf einen **älteren Sachverhalt** ist zulässig, sofern die innerstaatliche Praxis nicht geändert hat

Funktionsanalyse bei Finanztransaktionen

Schritt 1 - Qualifikation von Darlehen als Fremdkapital

- Art. 9 OECD-MA deckt nach Ansicht der OECD nicht nur die Beurteilung der Fremdüblichkeit von Zinsen ab, sondern auch ob ein **Darlehen dem Grunde nach als solches zu anerkennen** ist;

- **Relevante Faktoren**
 - Explizite Vereinbarung über Rückzahlbarkeit und Verzinsung;
 - Fähigkeit des Empfängers, die gewährten Mittel fristgerecht zurückzuzahlen und die Zinsen zu bezahlen;
 - Existenz von Sicherheiten;
 - Fähigkeit des Empfängers, alternative Geldmittel von fremden Kapitalgebern zu erhalten;
 - Notwendigkeit der erhaltenen Mittel für den Empfänger

- Wird ein Darlehen steuerlich nicht als Fremdkapital anerkannt, qualifizieren die darauf bezahlten Zinsen als **verdeckte Gewinnausschüttung bzw. Kapitaleinlage**;

- **Länderspezifische Unterkapitalisierungs- und Missbrauchsregeln** bleiben vorenthalten (wird als Zugeständnis an die EU und ihre Mitgliedstaaten interpretiert; ATAD I + II mit Zinsschranke)

Steuerpraxis Schweiz (1/2)

■ Unterkapitalisierungsregeln

- Verwaltungspraxis gemäss Kreisschreiben Nr. 6 vom 06.06.1997 zum verdeckten Eigenkapital bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften;
- Bestimmung des maximal zulässigen Fremdkapitals mittels prozentualer Fremdfinanzierungsätze für einzelne Aktivpositionen (Finanzgesellschaften: pauschaler Ansatz, $\frac{6}{7}$ der Bilanzsumme);
- Keine Anwendung für Banken und Versicherungen (zivilrechtliche und nicht aufsichtsrechtliche Betrachtung);
- Anderweitiger Nachweis des Drittvergleichs möglich;
- Ermittlung erfolgt im Normalfall stichtagsbezogen auf Ende der Steuerperiode;
- Verdecktes Eigenkapital kann nur vorliegen, wenn Anteilsinhaber (direkt oder indirekt) oder nahestehende Personen Fremdkapital gewährt haben

Flüssige Mittel	100 %
Forderungen aus Lieferungen und Leistungen	85 %
Andere Forderungen	85 %
Vorräte	85 %
Uebrigtes Umlaufvermögen	85 %
In- und ausländische Obligationen in Schweizer Franken	90 %
Ausländische Obligationen in Fremdwährung	80 %
Kotierte in- und ausländische Aktien	60 %
Uebrige Aktien und GmbH-Anteile	50 %
Beteiligungen	70 %
Darlehen	85 %
Betriebseinrichtungen	50 %
Fabrikliegenschaften	70 %
Villen, Eigentumswohnungen, Ferienhäuser und Bauland	70 %
Uebrige Liegenschaften	80 %
Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten	0 %
Andere immaterielle Anlagen	70 %

Steuerpraxis Schweiz (2/2)

■ Simulierte Darlehen

- **Langjährige Praxis des BGer**, wann ein (zivilrechtlich) gewährtes Darlehen aus steuerlicher Sicht als simuliert betrachtet wird (letztmals: 2C_203/2018 vom 15.06.2018; [BEILAGE 2](#));
- **Indizien**
 - Rückzahlung des Darlehens zum Zeitpunkt der Gewährung nicht vorgesehen;
 - Fehlende Sicherheiten;
 - Kein schriftlicher Darlehensvertrag über Höhe und Rückzahlung des Darlehens sowie über deren Verzinsung;
 - Kumulierung von Darlehen und Novation des Zinses in ein zusätzliches Darlehen;
 - Kreditgewährung ausserhalb des Gesellschaftszwecks und Klumpenrisiko für die Gesellschaft
- BGer prüft Thematik der simulierten Darlehen steuersystematisch unter dem Rechtstitel der **verdeckten Gewinnausschüttung**, wobei auch der Rechtstitel der Steuerumgehung denkbar wäre

«Geldwerte Vorteile umfassen u.a. sog. verdeckte Gewinnausschüttungen, d.h. Zuwendungen der Gesellschaft, denen keine oder keine genügenden Gegenleistungen des Anteilnehmers entsprechen und die einem an der Gesellschaft nicht beteiligten Dritten nicht oder nur in wesentlich geringerem Umfang erbracht worden wären. Darunter fallen auch simulierte Darlehen einer Aktiengesellschaft an einen Aktionär, bei denen eine Rückzahlungspflicht nicht (mehr) oder gar nicht gewollt ist»

BGer 2C_203/2018 vom 5.06.2018, Ew. 3.1

Schritt 2 - Wesentliche Faktoren der Funktionsanalyse (1/2)

■ Faktoren

- Funktionen und Risiken von Darlehensgeber und –nehmer;
 - Analyse der den beteiligten Parteien zur Verfügung stehenden Alternativen;
 - Konditionen des Finanzierungsinstruments;
 - Wirtschaftliche Umstände, Geschäfts- und Finanzierungsstrategie des Darlehensnehmers;
 - Verwendung des Darlehens;
 - Branchenübliche Finanzierungen;
 - Fähigkeit des Darlehensnehmers, das Darlehen auch von fremden Dritten zu erhalten
-
- OECD erweitert bei der Vergabe von Darlehen den Fokus und prüft nicht nur die Konditionen des Finanzierungsinstruments selbst, sondern auch die **wirtschaftliche Substanz des Kreditgebers** und den Parteien zur Verfügung stehenden **Handlungsalternativen** („*options realistically available*“)

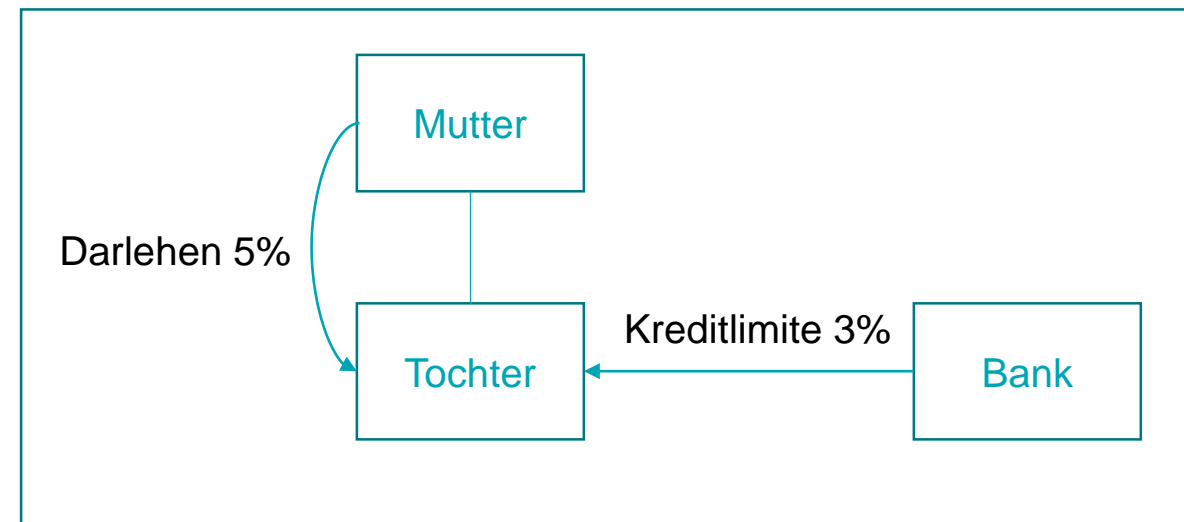
Schritt 2 - Wesentliche Faktoren der Funktionsanalyse (2/2)

■ **Wirtschaftliche Substanz des Kreditgebers**

- Wirtschaftliche Substanz geht Hand in Hand mit Funktionen und Risiken;
- Kreditgeber muss für die Vergabe und das Management des Darlehens über die entsprechenden Ressourcen verfügen, um „*wesentliche Entscheidungen zu treffen*“ und finanzielle Mittel, „*um die vertraglich zugewiesenen Risiken tatsächlich tragen zu können*“;
- Falls nicht: blosser Anspruch auf risikofreie Rendite (Referenz: Staatsanleihen, Interbankenzinssätze) oder routinemässige Dienstleistungsvergütung

■ **Handlungsalternativen**

- Konzept, welches die OECD-Guidelines bereits im Kapitel IX zu „*Business Restructurings*“ kennen;
- Funktionsanalyse muss aufzeigen, ob und welche Handlungsalternativen den Parteien realistischweise zur Verfügung standen



Steuerpraxis Schweiz (1/2)

■ **Wirtschaftliche Substanz des Kreditgebers**

- Schweizerische Steuerbehörden prüfen die Thematik der wirtschaftlichen Substanz nicht unter dem Gesichtspunkt des Fremdvergleichs von Zinsen, jedoch unter der **Rechtstitel der Ansässigkeit** von (Offshore-)Finanzierungsgesellschaften und ausländischen Finanzierungsbetriebsstätten;
- BGer 2C_708/2011 vom 05.10.2012: Gesellschaft in Zug mit (Finanzierungs-)Betriebsstätte auf den Cayman Islands

«Das Bundesgericht geht in vorliegender Entscheidung bei der Beurteilung der Betriebsstättenqualität der ausländischen Niederlassung zunächst auf deren Personalbestand ein. In diesem Zusammenhang weist es auf die vier Teilzeitangestellten hin, welche je mit einem Pensum von 20% angestellt waren sowie die Möglichkeit besaßen, andere Erwerbstätigkeiten auszuüben. Ebenfalls erwähnt werden die dafür ausgerichteten Jahressaläre im Umfang von gesamthaft USD 50'000. Angesichts dieser Umstände stellt das oberste Gericht fest, es bestünden auf den Cayman Islands «schlanke Strukturen». Im Kontrast dazu stehen nach Ansicht des Bundesgericht die Bilanzsummen der Niederlassung in den Jahren 2005 und 2006 von CHF 365 Mio. bzw. CHF 520 Mio., die gewährten Darlehen an Konzerngesellschaften im Umfang von CHF 497 Mio. (2005) und CHF 647 Mio. (2006) sowie die Zinserträge im Betrag von CHF 16 Mio. (2005) resp. CHF 18 Mio. (2006). Angesichts dieses Missverhältnisses zwischen dem Bilanzbild auf der einen und dem Umfang der Niederlassung auf der anderen Seite stellt das Bundesgericht fest, es fehle «an der hinreichenden Substanz» auf den Cayman Islands, um eine «relevante Geschäftstätigkeit» und damit eine Betriebsstätte anzunehmen.» BGer 2C_708/2011 vom 05.10.2012

Steuerpraxis Schweiz (2/2)

■ Handlungsalternativen

- Konzept der Handlungsalternativen wird aktuell von den Steuerbehörden **sehr zurückhaltend** angewandt; in der Praxis ist es für die Steuerbehörden oftmals schwierig, solche Fälle mit alternativen Finanzierungsquellen effektiv zu entdecken;
- **Praxis EStV**: Negativzinsen (ausserhalb der Banken- und Versicherungsbranche) werden nicht akzeptiert, da es kostengünstigere Handlungsalternativen für überschüssige (nicht betriebsnotwendige) Liquidität gibt (u.a. Rückführung von Mittel an Aktionäre via Dividende)

Darlehen

Generelles

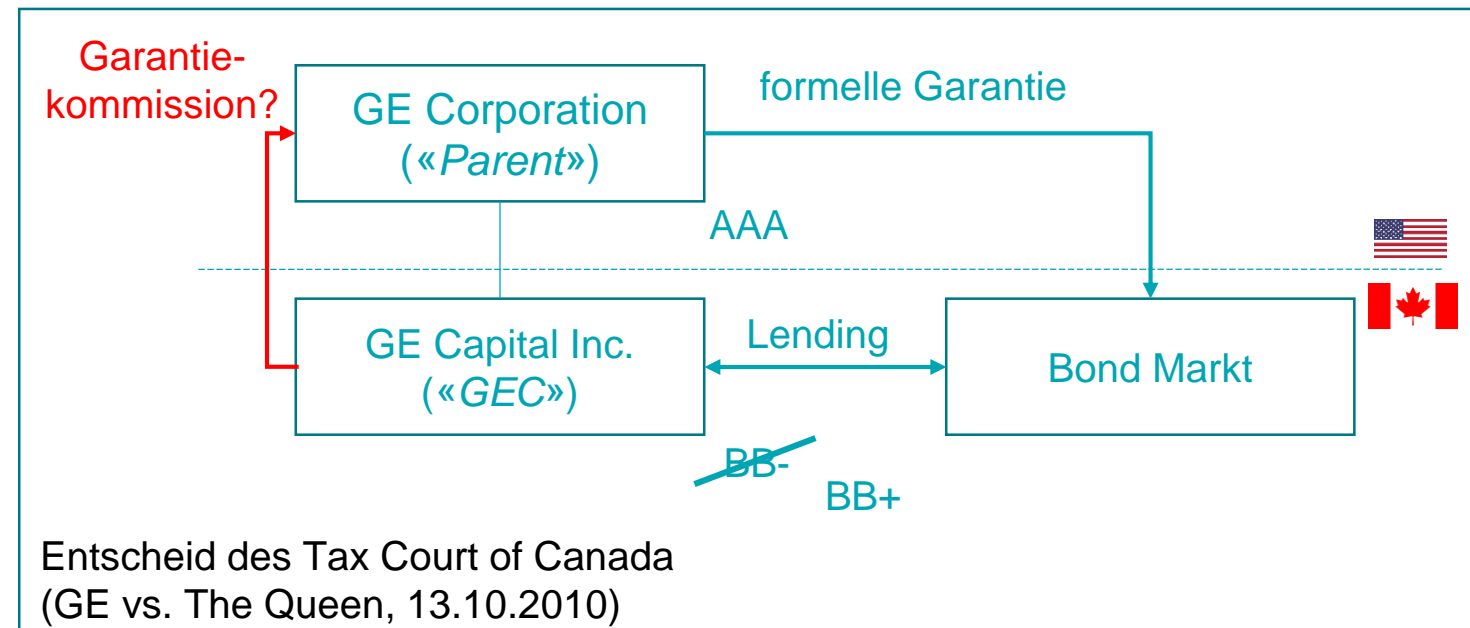
- **Gebräuchlichste Form** der Fremdfinanzierung zwischen verbundenen Unternehmen;
- OECD erwähnt, dass die **Perspektive des Kreditgebers und –nehmers**, die **Handlungsalternativen** und die Besonderheiten der jeweiligen **Industrien** berücksichtigt werden müssen;
- **Schuldnerating** als zentrales Element zur Bestimmung eines fremdüblichen Zinssatzes
 - Rating: unabhängige, zukunftsgerichtete Einschätzung des Ausfallrisikos eines Unternehmens aufgrund der finanziellen Kapazität sowie der Bereitschaft den Zinszahlungen und der Rückzahlung von Schulden zeitgerecht nachzukommen;
 - Öffentliche Agenturratings, standardisierte Softwareprogramme oder eigene Modelle;
 - Stand-alone-Rating vs. Gruppenrating infolge eines impliziten Konzernrückhalts

Stand-alone-Rating vs. Gruppenrating (1/2)

- Gemäss Ansicht der OECD berechtigen „zufällige Vorteile“ aus der Zugehörigkeit zu einem Konzern ohne aktive Handlungen **nicht zu einer Entschädigung** (implizier Konzernrückhalt);
- Je **ausgeprägter der implizite Konzernrückbehalt**, desto **näher** ist das Rating der Tochtergesellschaft an jenem des Konzerns bzw. der Obergesellschaft;

- **Faktoren**

- Bedeutung Tochter für Konzern;
- Grad der operativen Einbindung;
- Strategische Bedeutung;
- Historie der Unterstützung von Konzerngesellschaften



Stand-alone-Rating vs. Gruppenrating (2/2)

- Methode von Standard & Poors (S&P) zur Ermittlung des impliziten Konzernrückhalts

Core	Entities that are integral to the group's current identity and future strategy. The rest of the group would be likely to support these entities under all foreseeable circumstances.
Highly strategic	Almost integral to the group's current identity and future strategy. The rest of the group would be likely to support these entities under almost all foreseeable circumstances.
Strategically important	Less integral than highly strategic. The rest of the group likely to provide additional liquidity, capital, or risk transfer in most foreseeable circumstances.
Moderately strategic	Not important enough to warrant extra liquidity, capital or risk. Still, there is potential for some support from the group.
Non-strategic	Could be sold in the near term. Not likely to warrant additional support.

**Request For Comment: Group Rating Methodology: Corporate Entities", Standard & Poor's Rating Services, 2013.*

Methodische Ermittlung fremdüblicher Zinssatz

- **Primär:** Preisvergleichsmethode
 - Äussere Preisvergleichsmethode: externe Markttransaktionen (Datenbanken);
 - Innere Preisvergleichsmethode: potenziell vergleichbare Transaktionen im Konzern;

- **Sekundär:** Alternative Methoden
 - Cost-of-Funds-Ansatz bei Back-to-Back-Finanzierungen (~Kostenaufschlagsmethode);
 - Credit Default Swaps (eher unzuverlässig infolge hoher Volatilität);

- **Bankindikationen** werden mangels ihres verbindlichen Charakters nicht mehr als Drittvergleich akzeptiert (Grund: kein tatsächliches Kreditangebot, keine umfassende Due Dilligence)

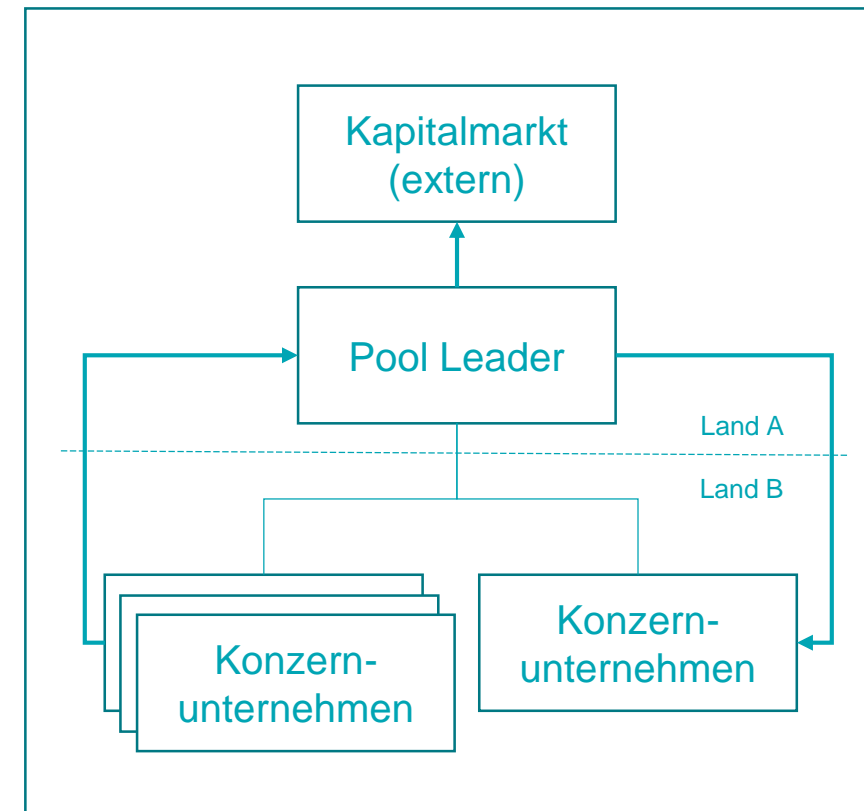
Steuerpraxis Schweiz

- **Schweizerische KMUs:** Pragmatische und etablierte Praxis von **Richtsätzen** für Darlehen (jährlich publizierte Rundschreiben der EStV zu Zinssätzen in CHF und Fremdwährungen), wobei Drittvergleich weiterhin zulässig ist; Die Richtsätze unterscheiden nicht zwischen Laufzeiten, Schuldner rating, Branchen etc., jedoch teilweise zwischen Verwendungszweck;
- **Internationale Konzerne:** Da Darlehen oftmals grenzüberschreitend gewährt werden, kommen die Richtsätze nicht zur Anwendung. Steuerbehörden prüfen die Zinsen mittels der **Preisvergleichsmethode**, wobei die Faktoren Bonität, Kreditlaufzeit, Kreditsumme und Rang des Darlehens berücksichtigt werden. Bankenindikationen können als Indiz herangezogen werden;
- Bei **Back-to-Back-Finanzierungen** wird eine Marge von 25 – 50 Basispunkte (0.25 – 0.5%) verlangt;
- Keine etablierte Praxis zum **impliziten Konzernrückhalt**, Thematik wird im Einzelfall in Rulings diskutiert

Cash-Pooling

Generelles

- Cash-Pooling ist eine Finanzierungstransaktion, die es **zwischen unabhängigen Dritten** normalerweise nicht gibt und individuell an die Bedürfnisse des jeweiligen Konzerns angepasst ist;
- Dient normalerweise der **kurzfristigen Finanzierung** im Konzern, jedoch kann sie auch bei gewissen Konzerngesellschaften einen langfristigen Charakter haben;
- **Funktionen und Risiken** des Cash-Pool-Führers bestimmt seine Entschädigung
 - bei blosser Koordinationsfunktion bzw. unzureichender Substanz und Kapital: kostenbasierte Vergütung;
 - bei vorhandenem Funktions- und Risikoprofil: gesamter Residualgewinn (bzw. -verlust)



Steuerpraxis Schweiz

- **Entscheid Verwaltungsgericht Zürich:** Übersteigen die im Cash-Pool angelegten Mittel einen erforderlichen Liquiditätsbedarf (Sockelbetrag), ist es steuerlich zulässig, in dessen Umfang die im Cash-Pool investierten Mittel als längerfristige Finanzanlage zu qualifizieren und entsprechend höher zu verzinsen (SB.2016.00008, 07.12.2016; **BEILAGE 3**);

- Entschädigung des Pool Leaders hängt von **Funktionen und Risiken** ab
 - Bloss Management-Gesellschaft, welche keine Risiken auf der Bilanz hat: Cost-plus-Entschädigung oder ähnliches
 - Effektive Risiken auf Bilanz: Pool Leader hat eine vergleichbare Tätigkeit wie eine Bank und daher Anspruch auf den vollen Residualgewinn („Zinsdifferenzgeschäft“)

Garantien

Generelles

- Schuldrechtlicher Vertrag, beim welchem der Promittent dem Promissar verspricht, dass er ihm den Schaden ersetzt, wenn die **Leistung eines Dritten ausbleibt**;

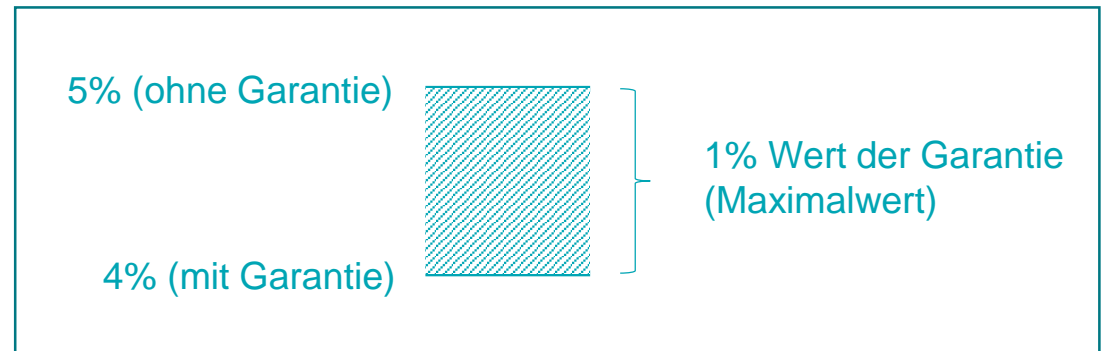
- Garantien können in der Praxis **verschiedene Ausprägungen** haben:
 - „Scharfe“ Garantien mit expliziter Zusage;
 - „Weiche“ Garantien (Letter of Comfort u.ä.)

- **Ansicht OECD**
 - Letter of Comfort u.ä. bringt keinen konkreten Nutzen und ist nicht vergütungsberechtigt;
 - Garantie, welche lediglich die Kreditaufnahmekapazität erhöht, ist nicht vergütungsberechtigt;
 - Garantie, welche zu einer tatsächlichen Verbesserung der Finanzierungsbedingungen führt, ist vergütungs-berechtigt (vorbehältlich des impliziten Konzernrückhalts)

Methodische Ermittlung fremdübliche Garantiekommision

■ Verschiedene Methoden

- Preisvergleichsmethode;
- Zinsdifferenzmethode (Yield Approach);
- Cost Approach;
- Valuation of Expected Loss Approach;
- Capital Support Approach



■ Zinsdifferenzmethode (Yield Approach)

- Garantiekommision bestimmt sich aus dem Vergleich des fremdüblichen Zinses, den der Garantienehmer jeweils mit und ohne Garantie zahlen müsste;
- Methode führt dazu, dass der Vorteil der Garantie vollständig abgeschöpft wird (in der Praxis daher oftmals Maximalbetrag)

■ Cost Approach

- Garantiekommision bestimmt sich aufgrund der maximalen Kosten, die dem Garantiegeber im Falle eines Schadenseintritts entstehen würden (in der Praxis oftmals Minimalbetrag)

Steuerpraxis Schweiz

- Lediglich „**scharfe**“ **Garantien** berechtigen zu einer Garantiekommission, namentlich wenn sie zu einer tatsächlichen Verbesserung der Kreditfinanzierungskosten führen;
- Im Gegensatz zu Darlehen gibt es im Bereich Garantien **keine Richtsätze**. Die Steuerbehörden gehen im Sinne einer Indikation mit Verweis auf die Margen im Rundschreiben geldwerte Leistungen von einer Garantiekommission von **25 – 50 Basispunkte (0.25 – 0.5%)** aus;
- Preissetzung für eine Garantie kann im Einzelfall anspruchsvoll sein. Relevant sind oftmals die **Einsparungen der Kreditfinanzierungskosten** (Zinsdifferenzmethode);
- **Entscheid Steuerrekursgericht ZH**: Besicherung eines Kredits durch Grundpfand eines Nahestehenden muss entschädigt werden mittels einer Kommission auf der (vollen) Differenz zwischen dem Zinssatz eines besicherten und unbesicherten Darlehens (StE 2001 B72.13.22 Nr. 40; **BEILAGE 4**)

Fazit

Fazit

- Es ist zu begrüßen, dass die OECD die Thematik Finanztransaktionen im Konzern **erstmalig** umfassend in ihren Guidelines adressiert; Die Ausführungen sind dennoch meist **vage** und geben teilweise **wenig praktische Anweisungen** an den Steuerpflichtigen und die Steuerbehörden;

- OECD legt Fokus nicht nur auf die richtige Preissetzung einer Finanztransaktion, sondern auch auf die **wirtschaftliche Substanz (Funktionen und Risiken)** und **Handlungsalternativen**;

- **Schweiz:**
 - **KMUs:** Namentlich im Bereich Darlehen pragmatische und etablierte **Verwaltungspraxis** (jährliche Richtsätze, verdecktes Eigenkapital, simulierte Darlehen);
 - **Internationale Konzerne:** OECD-Regeln kommen oftmals zur Anwendung, wachsende Anzahl an APA und MAP im Bereich Konzernfinanzierung

Besten Dank für
Ihre Aufmerksamkeit