
IFF Institut für Finanzwissenschaft,
Finanzrecht und Law and Economics



Universität St.Gallen

IFF Forum für Steuerrecht

Aus dem Inhalt

Stefan Oesterhelt

**Altreservenpraxis, internationale Transponierung und
stellvertretende Liquidation**

Dr. iur. Jérôme Bürgisser

**L'interventionnisme fiscal et le principe d'égalité:
une quadrature du cercle?**

Dr. Vikram Chand

**Transfer pricing aspects of captive insurance arrangements:
Recommendations to the OECD**

Dr. iur. Henk Fenners/
Lic. iur. Heinz Baumgartner/
Lic. iur. Pascal Duss

Gesetzgebungs-Agenda 2017/2

2017/2

Impressum

IFF Forum für Steuerrecht

Publikation des Instituts für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics an der Universität St.Gallen (IFF-HSG)

Abkürzungsvorschlag

FStR

ISSN 1424-9855

Herausgeber und Verlag

Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics an der Universität St.Gallen, Varnbuelstrasse 19, CH-9000 St.Gallen
Telefon: +41 (0)71 224 25 20
Telefax: +41 (0)71 224 26 70
E-Mail: fstr-iff@unisg.ch
Website: www.iff.unisg.ch
E-Shop: www.iff-info.ch
Produktionsleitung: Ladislava Metzger (ladislava.metzger@unisg.ch; Telefon: +41 (0)71 224 25 20)

Redaktion

Leitung: Dr. iur. Markus Weidmann (weidmann@wblaw.ch; Telefon: +41 (0)44 245 25 25) und Dr. iur. Peter Brülisauer (pbruelisauer@deloitte.ch; Telefon: +41 (0)58 279 72 90)
Unternehmensteuer: Dr. iur. et lic. rer. pol. Raoul Stocker
Einkommensteuer: Dr. iur. Thomas Meister, LL.M. (Tax)
Umsatzsteuer und Verkehrssteuern: Dr. oec. publ. Ivo P. Baumgartner
Internationales Steuerrecht: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger und Prof. Dr. iur. Pascal Hinny
Steuerstrafrecht: Alfred Meier, Fürsprecher
Aus der Rechtsprechung: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger
Gesetzgebungs-Agenda: Dr. iur. Henk Fenners

Manuskripte und Rezensionsexemplare

Bitte an den Verlag oder elektronisch an weidmann@wblaw.ch

Lektorat

Dr. iur. Philipp Juchli
Dr. iur. Marcel Würmli

Korrektorat

René Sieber

Erscheinungsweise

Pro Jahr erscheinen vier Hefte; Erscheinungsdaten sind jeweils der 15.2., 15.5., 15.8. und 15.11.

Bezugspreis

Jahres-Abonnement: CHF 424 (Studenten: 50 % Rabatt für Neu-Abonnemente); Mehrfach-Abonnemente: Auskunft beim Verlag; Einzelhefte: CHF 106. In diesen Preisen sind der Jahresordner sowie die Mehrwertsteuer enthalten. Es werden die effektiven Versandkosten verrechnet. Die Rechnungsstellung für Jahres-Abonnemente erfolgt jeweils am Jahresanfang.

Bestellungen

Beim Verlag

Abbestellungen

Schriftlich beim Verlag bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende

Herstellung

Cavelti AG, Druck und Media, CH-9201 Gossau

Fortsetzung letzte Innenseite

IFF Institut für Finanzwissenschaft,
Finanzrecht und Law and Economics



Universität St.Gallen

IFF Forum für Steuerrecht

2017/2

Inhalt

Stefan Oesterhelt	Praxis-Forum Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation	99
Dr. iur. Jérôme Bürgisser	Artikel L'interventionnisme fiscal et le principe d'égalité: une quadrature du cercle?	116
Dr. Vikram Chand	Praxis-Forum Transfer pricing aspects of captive insurance arrangements: Recommendations to the OECD	154
Dr. iur. Henk Fenners/ Lic. iur. Heinz Baumgartner/ Lic. iur. Pascal Duss	Gesetzgebungs-Agenda Gesetzgebungs-Agenda 2017/2	184

Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation

Stefan Oesterhelt*



*Stefan Oesterhelt, LL.M.,
Rechtsanwalt, dipl. Steuer-
experte, Partner bei
Homburger AG, Zürich*

Inhalt

1	Rechtsgrundlagen	100	2.3.4	Berücksichtigung von nicht betriebsnotwendigen Mitteln von Konzerngesellschaften	108
2	Altreservenpraxis	100	2.3.5	Massgebender Zeitpunkt	109
2.1	Tatbestand: Umstrukturierung oder Verkauf	100	2.4	Rechtsfolge	110
2.1.1	Konzerninterne Umstrukturierungen	100	2.4.1	Verweigerung der Rückerstattung an Erwerbberin	110
2.1.2	Verkauf an unabhängige Dritte	101	2.4.2	First in First Out-Prinzip (FIFO)	110
2.1.3	Rechtfertigung durch ausreichende wirtschaftliche Motive.	101	2.4.3	Keine Heilung der Altreserven durch Zeitablauf	110
2.1.4	Minderheitsaktionäre beim Drittverkauf	102	2.4.4	Verrechnung mit Verlusten	110
2.1.5	Öffentliches Übernahmeangebot	102	3	Internationale Transponierung	111
2.1.6	Sitzverlegung von juristischen Personen sowie Umzug von natürlichen Personen.	103	4	Stellvertretende Liquidation	112
2.1.7	Aufstockung einer Beteiligung	103		Literatur.	113
2.2	Verringerung der residualen Verrechnungssteuer- belastung	103		Rechtsquellen.	114
2.2.1	Tatsächliche Verbesserung der Rückerstattungssituation	103		Materialien	114
2.2.2	Änderung der Rechtslage	104		Rechtsprechung	115
2.2.3	Nachträgliche Erfüllung der Haltedauer.	105		Praxisanweisungen	115
2.2.4	Verbesserung der Rückerstattungsposition durch Schaffung von Substanz.	105			
2.2.5	Kettentransaktion	106			
2.3	Begriff der Altreserven	106			
2.3.1	Praxisfestlegungen der ESTV	106			
2.3.2	Nicht betriebsnotwendige Mittel (Aktivtest)	107			
2.3.3	Ausschüttungsfähige Reserven (Passivtest)	108			

* Dieser Beitrag beruht auf dem vom Verfasser gemeinsam mit Paul Steffen, Abteilung Rückerstattung ESTV, gehaltenen Vortrag, gibt aber ausschliesslich die Meinung des Verfassers wieder.

Artikel

L'interventionnisme fiscal et le principe d'égalité: une quadrature du cercle?

Dr. iur. Jérôme Bürgisser



Jérôme Bürgisser, Docteur en droit, Bsc ès Management HEC Lausanne, Avocat indépendant au barreau

Récemment, les chambres fédérales ont introduit dans le cadre de la LIFD et la LHID des incitants fiscaux en faveur de l'économie. Bien que la 3^{ème} réforme de l'imposition des entreprises fut rejetée par le peuple, cette contribution est l'occasion de faire le point sur la doctrine, la jurisprudence et la pratique des autorités fédérales au regard du lien existant entre les mesures extra-fiscales et le principe d'égalité de traitement, consacrée en matière fiscale à l'art. 127 al. 2 Cst. En particulier, l'article se concentre sur les deux étapes successives exigées par l'égalité de traitement en matière d'allègements fiscaux. En premier lieu, c'est la neutralité externe qui est examinée, soit la question de savoir si seuls certains contribuables peuvent être favorisés et si oui, à quelles conditions. Ensuite, le mécanisme de la neutralité interne est examiné et vise à déterminer si et dans quelle mesure seuls certains contribuables peuvent être favorisés à l'intérieur de la catégorie générique de contribuables pouvant, eu égard au but visé, prétendre à un allègement fiscal. Préalablement à l'examen de ces questions, la problématique de la justice fiscale en lien avec les rabais d'impôt est posée.

Vor kurzem hat die Bundesversammlung im Rahmen der DBG und StHG Steueranreize für die Wirtschaft eingeführt, obwohl das Volk das Referendum abgelehnt hat. Dieser Beitrag ist eine Gelegenheit, die Lehre, Rechtsprechung und Praxis der Bundesbehörden im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den ausserfiskalischen Massnahmen und dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 127 Abs. 2 BV) zu überprüfen. Insbesondere konzentriert sich der Artikel auf zwei Schritte. Erstens wird die «externe Neutralität» dargestellt. Diese Neutralität konzentriert sich auf die Frage, ob nur bestimmte Steuerzahler gefördert werden können – und wenn ja, unter welchen Bedingungen. Sodann wird die «innere Neutralität» untersucht. D. h. es ist zu bestimmen, ob und in welchem Umfang es zulässig ist, die Vorteile nicht allen Steuerzahlern, die aufgrund des verfolgten Ziels zum Begünstigtenkreis gehören, zukommen zu lassen, sondern die Vorteile nur gewissen Steuerzahlern dieser Kategorie zu gewähren. Vor dem Hintergrund dieser Analyse wird die Frage der Steuergerechtigkeit im Zusammenhang mit Steuererleichterungen gestellt.

Inhalt

1	Introduction	118	3.4	La nécessité d'une base constitutionnelle (Première étape)	135
1.1	Généralités	118	3.4.1	Introduction	135
1.2	Le lien entre la justice fiscale, justice distributive, justice commutative et les incitants fiscaux	119	3.4.1.1	La pratique des autorités fédérales	136
2	La distinction entre les mesures extra-fiscales, les mesures de systématique fiscale et les mesures de simplification fiscale	121	3.4.1.2	La position de la doctrine et prise de position	137
2.1	Les critères permettant d'identifier une mesure extra-fiscale	121	3.4.1.3	Une base constitutionnelle fédérale est-elle nécessaire pour des mesures extra-fiscales de droit cantonal non harmonisé?	138
2.2	La distinction entre les incitants fiscaux et les mesures de simplification fiscale	123	3.4.1.4	Exemples de normes matérielles de la Constitution examinées récemment par la pratique des autorités fédérales	139
2.3	La distinction entre les incitants fiscaux et les mesures de systématique fiscale	124	3.4.1.4.1	L'encouragement de la recherche et du développement	139
3	La constitutionnalité de l'interventionnisme fiscal ou des mesures extra-fiscales en Suisse	124	3.4.1.4.2	Encouragement des partis politiques et déductibilité fiscale des versements en faveur desdits partis (compétence implicite)	139
3.1	Généralités	124	3.4.1.4.3	Crédits d'impôt en matière de promotion de la famille	141
3.2	Les incitants fiscaux peuvent-ils déroger à l'art. 127 al. 2 Cst.?	125	3.4.1.4.4	Autres exemples	141
3.2.1	Introduction: une jurisprudence peu claire	125	3.5	Les limites posées par l'intérêt public (première étape)	142
3.2.2	La clarification de l'arrêt OBWALD	126	3.6	Les limites posées par le principe de proportionnalité	143
3.3	L'analyse constitutionnelle de la neutralité externe (Première étape)	127	4	La deuxième étape: la neutralité interne	144
3.3.1	Les mesures extra-fiscales et l'égalité de l'imposition	127	4.1	La portée propre du principe de l'égalité de l'imposition dans le cadre de la neutralité interne	144
3.3.2	Les mesures extra-fiscales et la généralité de l'imposition	128	4.2	Jurisprudence et pratique des autorités fédérales sur la neutralité interne	145
3.3.3	Les mesures extra-fiscales et l'imposition selon la capacité contributive	129	4.2.1	L'ATF 120 Ib 142	145
3.3.4	Capacité contributive, allègements fiscaux et principe de détermination en particulier	131	4.2.2	L'encouragement de la recherche et du développement dans le cadre de la RIE III	146
3.3.4.1	L'arrêt glaronnais (ATF 61 I 321)	131	4.2.3	Les déductions fiscales de l'OExpa	146
3.3.4.2	Les leçons de la jurisprudence sur l'impôt minimum	132	4.2.4	Conclusion intermédiaire sur la neutralité interne et l'égalité de l'imposition	147
3.3.4.3	Synthèse: une mesure extra-fiscale peut-elle se départir du principe de détermination?	134	4.3	La neutralité interne et le principe de la capacité contributive	148
			5	Conclusions	148
				Bibliographie	149
				Documents Officiels	152

Transfer pricing aspects of captive insurance arrangements: Recommendations to the OECD

Dr. Vikram Chand



Vikram Chand, Executive Director – Executive Program in Transfer Pricing & Masters of Advanced Studies in International Taxation, Tax Policy Center of the University of Lausanne, Switzerland. The author can be contacted at vikram.chand@unil.ch.

Over the past few years, tax administrations from around the world have started scrutinizing captive insurance arrangements, especially in light of transfer pricing rules. This trend will continue to increase in light of the BEPS-Action-Plan that has highlighted captive insurance arrangements as a key area of concern. Given this development, this contribution revisits the fundamental concepts of captive insurance/reinsurance and analyzes the arm's length nature of such arrangements, particularly from the perspective of their substance, commercial rationale, pricing, possible business-restructuring issues that they may raise and documentation requirements. The analysis is done taking into consideration international case law; the current OECD transfer pricing guidelines and the revised transfer pricing guidance issued pursuant to the BEPS-Action-Plan. In light of the analysis, the contribution puts forward recommendations that the OECD may wish to consider when it issues guidance on transfer pricing aspects of captive insurance arrangements. Finally, the author concludes the contribution by providing his view on the future of captive insurance companies.

Durant les dernières années, les différentes administrations fiscales dans le monde ont commencé à scruter les arrangements de captives d'assurance, en particulier du point de vue des règles sur les prix de transfert. Cette tendance continuera à s'accroître en raison du plan d'action BEPS, qui désigne les arrangements de captives d'assurance comme un problème central. Au vu de cette évolution, la présente contribution revisite les concepts fondamentaux de captives d'assurance / de réassurance et analyse la nature «arm's length» de ces arrangements, en particulier du point de vue de leur substance, de leur rationalité commerciale, de leur prix, des potentiels problèmes de restructuration du business qu'elles peuvent poser et des exigences en matière de documentation. L'analyse tient compte de la jurisprudence internationale, des principes actuels de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert et des directives révisées en matière de prix de transfert selon le plan d'action BEPS. Au vu de l'analyse, cette contribution met en avant des recommandations que l'OCDE pourrait prendre en considération lorsqu'elle édicte des directives en matière de prix de transfert concernant les arrangements de captives d'assurance. En fin, l'auteur conclut sa contribution en donnant son opinion sur l'avenir des compagnies captives d'assurance.

Table of contents

1	Introduction and Methodology	155	5.2	Pre-BEPS: Judicial precedents on the arm's length nature of captive arrangements	164
2	The concept of insurance and reinsurance	156	5.2.1	The US UPS case	164
2.1	Insurance	156	5.2.2	The Norwegian Norsk Agip case	165
2.2	Reinsurance	157	5.2.3	The UK DSG case	166
2.3	Functions, assets and risks employed in an insurance or reinsurance business	157	5.2.4	The Dutch holiday resort case	167
3	Captive insurance	158	5.2.5	The Dutch re-insurance case	168
3.1	Concept and commercial rationale	158	5.3	Transfer Pricing analysis in light of international case law, current guidance and the BEPS-Action Plan	168
3.2	Types of captives	159	5.3.1	Delineating the controlled transaction	168
3.3	The jurisdictions for setting up captives	160	5.3.1.1	Article 9 and re-characterization of arrangements	168
4	Deduction of insurance premiums paid to the captive – The US perspective	161	5.3.1.2	Captives' form and economic substance	169
4.1	Preliminary remarks	161	5.3.1.3	Commercial rationale of the captive's insurance policy	172
4.2	The presence of an insurable risk	161	5.3.2	Setting arm's length prices	173
4.3	The need for risk shifting	161	5.3.2.1	Introductory comments	173
4.4	The need for risk distribution	162	5.3.2.2	Comparable Uncontrolled Price Method	173
4.5	The presence of insurance in a commonly accepted sense	162	5.3.2.3	Transactional Net Margin Method	174
4.6	Summary – The importance of risk shifting and risk distribution	163	5.3.2.4	Profit Split Method	175
5	Transfer pricing aspects of captive insurance arrangements	164	5.3.3	Captive reinsurers that offer insurance as a by-product – The business restructuring issue	176
5.1	Preliminary remarks	164	5.3.4	Transfer pricing documentation	177
			6	Recommendations to the OECD in light of the foregoing analysis	178
			7	The future of captives: Are they dead or still alive?	180
				OECD publications	180
				UN publications	181
				Academic Literature	181
				International Case law	182
				Administrative practice and rulings	182
				Legislation	183
				Reports	183

1 Introduction and Methodology

This contribution analyzes the arm's length nature of captive insurance arrangements. In order to carry out the analysis, the author initially discusses the concept of insurance and reinsurance and provides a functional overview of such businesses (see sec. 2). Thereafter, an introduction to captive insurance is provided (see sec. 3). This foregoing overview provides a framework to analyze the question of under what conditions can payments made to captive insurance entities be considered deductible for tax purposes. The foregoing question is analyzed from a US perspective given that the judiciary of this jurisdiction, in comparison to other jurisdictions, has de-

ecided the issue on numerous occasions, in particular, on the concepts of risk shifting and risk distribution (see sec. 4). Thereafter, the author analyzes the transfer pricing aspects of captive insurance arrangements. Specifically, the author analyzes situations wherein captive insurance or reinsurance arrangements can be re-characterized or disregarded. When such arrangements are recognized, the author discusses the framework to determine the arm's length nature of the premiums charged by captive insurance companies. Moreover, the author also comments on business restructuring issues that could arise in the context of captive insurance arrangements. The analysis will be done in light of international case law from around the globe, the 2010 OECD transfer pricing

Gesetzgebungs-Agenda 2017/2

Dr. iur. Henk Fenner*/Lic. iur. Heinz Baumgartner**/Lic. iur. Pascal Duss***

Inhalt

1 Bund	185	2 Kantone	189
1.1 Geändertes Meldeverfahren bei der Verrechnungssteuer	185	2.1 Basel-Stadt	189
1.2 Wiedergutmachung für Verdingkinder und Opfer fürsorgerischer Zwangsmassnahmen	185	2.2 Bern	189
1.3 Erleichterung der Konzernfinanzierung in der Schweiz .	185	2.3 Freiburg	190
1.4 Unternehmenssteuerreform III/Steuervorlage 17	185	2.4 Genf	190
1.5 Rückbaukosten für einen Ersatzneubau	185	2.5 Glarus	190
1.6 Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens	186	2.6 Jura	190
1.7 Bekämpfung der Schwarzarbeit	186	2.7 Luzern	191
1.8 Änderung des Steuerorts von Maklerprovisionen	186	2.8 Neuenburg	191
1.9 Steuerbefreiung von Geldspielgewinnen	187	2.9 Obwalden	191
1.10 Steuerliche Behandlung von finanziellen Sanktionen und Bestechungsgeldern an Private	187	2.10 Schaffhausen	192
1.11 Aktienrechtsrevision	187	2.11 Schwyz	192
1.12 Steuerbefreiung von statischen Treuhandgesellschaften von der Umsatzabgabe	188	2.12 Solothurn	192
1.13 Dauerhafte Verankerung des Sondersatzes für Beherbergungsleistungen	188	2.13 St.Gallen	192
1.14 Erhöhung Abzüge für Kinderdrittbetreuungskosten . . .	188	2.14 Tessin	192
1.15 In der Frühjahrsession 2017 behandelte Motionen und Initiativen	189	2.15 Wallis	193
		2.16 Zürich	193
		3 International	193
		3.1 Überblick	193
		3.2 Pakistan	193

* Amtsleiter-Stellvertreter und Leiter Rechtsabteilung des Kantonalen Steueramts St.Gallen, St.Gallen.

** Juristischer Mitarbeiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen, St.Gallen.

*** Leiter bilaterale Steuerfragen und Doppelbesteuerung, Staatssekretariat für internationale Finanzfragen, Bern.

Impressum (Fortsetzung)

Urheber- und Verlagsrechte

Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

IFF Beirat Steuerrecht

Prof. Dr. Peter Athanas
Dr. Ruedi Baumann
Dr. Ivo P. Baumgartner
Prof. Dr. Ulrich Cavelti
Yvon de Coulon, avocat
Dr. Marco Duss
Dr. Henk Fenners
Lic. iur. Urs Hartmann
Prof. Dr. Pascal Hinny
Dr. Walter Jakob
Dr. Heinz Keller
Dr. Urs Landolf
Alfred Meier, Fürsprecher
Dr. Thomas Meister
Prof. Dr. Xavier Oberson
Prof. Dr. Markus Reich
Dr. Raoul Stocker
Prof. Dr. Alfred Storck
Prof. Dr. Klaus A. Vallender
Prof. Dr. Robert Waldburger
Dr. Markus Weidmann

Abonnement

Ausfüllen und senden/faxen an:

IFF Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics

Universität St.Gallen, Varnbühlstrasse 19, CH-9000 St.Gallen

Fax +41 (0)71 224 26 70

Ich abonniere/wir abonnieren das IFF Forum für Steuerrecht zum Preis von CHF 424 pro Jahr (Studenten: 50 % Rabatt für Neu-Abonnemente), beginnend mit:

Ausgabe 2017/1 Ausgabe 20__/1

In diesem Preis sind der Jahresordner und die Mehrwertsteuer enthalten; Versandkosten werden mit dem effektiven Betrag in Rechnung gestellt.

Anzahl Abonnemente:

Name/Firma:

Adresse:

PLZ, Ort:

Tel.:

Fax:

E-Mail:

Datum:

Unterschrift:
