

Business Briefing International Tax Law

Juli 2016

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,
ich freue mich sehr, Ihnen die zweite Ausgabe des **Business Briefing International Tax Law** Newsletters vorstellen zu dürfen.

Business Briefing International Tax Law ist das Ergebnis einer interdisziplinären und grenzüberschreitenden Zusammenarbeit mit dem Schwerpunkt „Internationales Steuerrecht“. Die zweite Ausgabe widmet sich einem Thema, das häufig für heftige Diskussionen mit dem Fiskus sorgt: Substanz.

Grenzüberschreitend tätige Unternehmen errichten für ihre weltweite Tätigkeit regelmäßig internationale Strukturen. Die Gründe für die gewählte Struktur können unterschiedlich sein: ökonomische, rechtliche, steuerliche, etc. In nur wenigen Sachverhalten wird die Struktur allein aus steuerlichen Gründen gewählt. Wenn ein Steuerpflichtiger das Thema „Substanz“ mit der Finanzverwaltung diskutiert, geht es in der Regel um die Fragestellung, ob die Gesellschaft eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet oder über einen für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb verfügt.

Während Sie in dem ersten Teil eine Darstellung der steuerlichen Grundzüge der Vorschriften, die sich auf die Thematik „Substanz“ beziehen, finden, stellen wir Ihnen – mit Unterstützung von Partnerkanzleien – im zweiten Teil die spezifischen Regelungen in Deutschland, Indien, Luxemburg, den Niederlanden, Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika vor.

Die Berichte aus anderen Rechtsgebieten widmen sich den chinesischen Unternehmenssteuern durch den indirekten Transfer von Grundstücken durch nicht ansässige Unternehmen und dem Zusammenspiel von nationalem Wirtschaftsstrafrecht und ausländischem Gesellschaftsrecht.

Ich wünsche Ihnen eine informative und unterhaltsame Lektüre.

Mit besten Grüßen



Helmut König
Steuerberater, Partner
Leiter der Praxisgruppe Steuern

Inhalt

I. Steuern und Substanz	Seite 1
II. Substanz in ausgewählten Ländern	Seite 3
1. Deutschland	Seite 3
2. Indien (D C Sejpal & Co)	Seite 4
3. Luxemburg (Loyens & Loeff Luxembourg Sàrl)	Seite 6
4. Niederlande (Ekemans & Meijer Advocaten)	Seite 8
5. Schweiz (Meyerlustenberger Lachenal)	Seite 9
6. Vereinigte Staaten von Amerika (Brix+Partners LLC)	Seite 11
III. Aus anderen Rechtsgebieten	Seite 12
1. China: Indirekter Transfer von Grundstücken durch nicht ansässige Unternehmen	Seite 12
2. Deutschland: Ausländische Tochtergesellschaften und nationales Wirtschaftsstrafrecht	Seite 14
Hinweise und Impressum	Seite 14

I. Steuern und Substanz

Sowohl das innerstaatliche Steuerrecht als auch das Abkommensrecht vieler Staaten umfassen Vorschriften, die Aktivitäts- und Substanzerfordernisse beinhalten. Im Rahmen des Base Erosion und Profit Shifting („BEPS“)-Projektes schlägt die OECD zur Verhinderung von internationalen Steuergestaltungen eine Vielzahl von Maßnahmen mit solchen Voraussetzungen vor.

Für eine bestimmte Struktur, Transaktion oder Vereinbarung können verschiedenste Gründe vorliegen. Ein solcher Grund kann auch rein steuerlicher Natur sein. In diesem Zusammenhang enthält das Steuerrecht vieler Staaten eine allgemeine Missbrauchsverhinderungsvorschrift. Regelmäßig muss der Steuerpflichtige für das gewählte Vorgehen außersteuerliche Gründe nachweisen. Beruht eine Gestaltung allein auf steuerlichen Motiven, ist diese in der Regel unbeachtlich.

Im Fall von Missbrauchsverhinderungsvorschriften in der Europäischen Union sind die Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtsache Cadbury Schweppes (EuGH, Urteil vom 12. September 2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995-8054) und deren Nachfolgeentscheidungen zu beachten. Demnach sind solche Vorschriften nur zulässig, soweit sie sich auf rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen abstellen. Eine rein künstliche Gestaltung sei anzunehmen, wenn die ausländische Gesellschaft mit einer fiktiven Ansiedlung zusammenhängt, die keine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet.

Substanz und Quellensteuern

Im Rahmen von Inbound-Investitionen sind Unternehmen regelmäßig mit ihren Einkünften aus dem Quellenstaat in diesem Staat beschränkt steuerpflichtig. Dabei verzichten viele Staaten auf eine Steuerklärungsverpflichtung und erheben stattdessen Quellensteuern. Diese Quellensteuern gelten die Steuerpflicht im Quellenstaat ab. Ein Doppelbesteuerungsabkommen („DBA“) zwischen dem Quellenstaat und dem Ansässigkeitsstaat des Unternehmens, EU-Richtlinien oder das nationale Steuerrecht des Quellenstaates können die Quellensteuer verringern oder vermeiden.

In diesem Zusammenhang stellt das Treaty- und EU-Directive-Shopping eine Hauptsteuerplanungstechnik dar. Dabei schaltet ein Unternehmen zwischen sich und die Einkunftsquelle eine Zwischengesellschaft, um die Vergünstigungen des DBA zwischen dem Quellenstaat und dem Ansässigkeitsstaat der Zwischengesellschaft oder einer EU-Richtlinie zu beanspruchen.





Zur Verhinderung der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Quellensteuervergünstigen beinhaltet das nationale Steuerrecht vieler Staaten spezielle Normen, die für solche Quellensteuervergünstigungen bestimmte Aktivitäten bzw. Substanz erfordern.

Im Rahmen des BEPS-Projektes empfiehlt Action 6 für das DBA-Recht folgende Maßnahmen gegen Treaty-Shopping:

1. Klarstellung, dass die Zielsetzung des jeweiligen DBA nicht die Gestaltung von Minder- und Nichtbesteuerung umfasst.
2. Limitation-on-Benefits („LoB“-)Klausel.
3. Principal Purposes Test („PPT-rule“).

Nach dem Principal Purpose-Test werden die DBA-Vergünstigungen nicht gewährt, wenn der Hauptzweck einer Transaktion oder einer Vereinbarung in der Erlangung von DBA-Vergünstigungen besteht. Insofern ähnelt dieser Test in seinen Grundzügen den allgemeinen Missbrauchsverhinderungsnormen vieler Staaten.

LoB-Klauseln gehen auf die US-amerikanische Abkommenspraxis zurück und sind Bestandteil des US-Musterabkommens. Die Klausel beinhaltet alternative Tests, wonach eine Abkommensberechtigung nur besteht, soweit der Steuerpflichtige einen dieser Tests erfüllt. Die Zielsetzung besteht darin, dass der Steuerpflichtige einen engen Bezug zu seinem Ansässigkeitsstaat haben muss. Dabei stellen die Tests auf die Rechtsnatur, die Gesellschafterstruktur oder die Aktivitäten eines Unternehmens ab.

Auch gehören sog. Öffnungsklauseln zur DBA-Praxis einiger Staaten. Öffnungsklauseln in DBA erlauben allgemein oder speziell die Anwendung von nationalen Missbrauchsverhinderungsvorschriften.

Substanz und kontrollierte ausländische Gesellschaften („CFC-Rules“)

Unternehmen können den Anreiz haben, Tätigkeiten aus steuerlichen Gründen in unmittelbare oder mittelbare ausländische Tochtergesellschaften zu verlagern (sog. kontrollierte ausländische Gesellschaften), wenn in einem Staat der allgemeine Steuersatz niedriger ist oder für bestimmte Einkünfte ein besonderes Steuerregime gilt. Das Steuerrecht vieler Staaten beinhaltet Regelungen, die diese Einkünfteverlagerungen in kontrollierte ausländische Gesellschaften in Niedrigsteuerländern vermeiden sollen (sog. CFC-Rules). Wiederum enthält das Steuerrecht mancher Staaten keine oder unvollständige CFC-Rules. Action 3 des BEPS-Projektes beinhaltet daher Empfehlungen zur Gestaltung von effektiven CFC-Rules.

Substanz und Betriebsstätten

Nach dem nationalen Steuerrecht vieler Staaten ist ein ausländisches Unternehmen im Quellenstaat unter anderem beschränkt steuerpflichtig, wenn es eine Betriebsstätte im Quellenstaat unterhält (sog. Betriebsstättenprinzip). Nach Art. 7 Abs. 1 OECD-MA darf der Quellenstaat die Unternehmensgewinne eines ausländischen Unternehmens nur besteuern, wenn der Unternehmer seine Geschäftstätigkeit im Quellenstaat durch eine dort gelegene Betriebsstätte ausübt. Dabei enthält das OECD-MA einen eigenständigen Betriebsstättenbegriff, Art. 5 OECD-MA. Vereinfachend definieren das nationale Steuerrecht und das DBA mit der Betriebsstätte ein Substanzerfordernis für die persönliche Steuerpflicht bzw. die Verteilung der Besteuerungsrechte. Dabei weichen diese beiden Definitionen in der Regel ab. Der DBA-Begriff ist regelmäßig enger als der nationale Begriff, sodass in diesen Fällen das Besteuerungsrecht des Quellenstaates eingeschränkt wird.

Im Zusammenhang mit folgenden Steuerplanungstechniken empfiehlt die OECD im Rahmen von Action 7 Maßnahmen gegen die künstliche Vermeidung von Betriebsstätten:

- Kommissionärstrukturen und ähnliche Strukturen;
- Ausnahmenorm des Art. 5 Abs. 4 OECD für Hilfs- und Vorbereitungsleistungen;
- Sonstige Strategien (bspw. Fragmentierung).

Substanz und der Ort der Geschäftsleitung

Das Steuerrecht der meisten Staaten folgt dem Prinzip der unbeschränkten Steuerpflicht. Demnach ist eine Person in einem Staat mit ihren weltweiten Einkommen steuerpflichtig, wenn sie einen besonders engen Anknüpfungspunkt zu diesem Staat hat. Bei natürlichen Personen ist dies regelmäßig der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt. Bei einer Kapitalgesellschaft muss sich in der Regel der Sitz oder die Geschäftsleitung im Inland befinden.

Steuerpflichtige können DBA-Vergünstigungen regelmäßig nur beanspruchen, wenn sie in einem der beiden Vertragsstaaten ansässig sind. Dies ist in der Regel entsprechend Art. 4 Abs. 1 OECD-FA der Fall, wenn die Person in einem der Staaten unbeschränkt steuerpflichtig ist. Ist eine Person in beiden Vertragsstaaten ansässig (sog. Doppelansässigkeit), enthalten viele DBA sog. Tie-Breaker-Rules. Im Rahmen der Tie-Breaker-Rule wird anhand von bestimmten Kriterien der Staat ermittelt, zudem die Person eine engere Verbindung hat. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Ansässigkeit den Ausgangspunkt für die Verteilung der Besteuerungsrechte darstellt. In Action 6 schlägt die OECD eine einzelfallbezogene Ansässigkeitsbestimmung durch ein Verständigungsverfahren zwischen den beiden Staaten vor.

Zusammenfassend stellen sowohl die Steuerpflicht nach nationalem Steuerrecht als auch die DBA-Ansässigkeit auf Aktivitäts- und Substanzerfordernisse ab, die im Rahmen der grenzüberschreitenden Tätigkeit zu berücksichtigen sind.



Birgit Faßbender
 Steuerberaterin, Partnerin, Fachberaterin
 für Internationales Steuerrecht,
 BEITEN BURKHARDT
 Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
 E-Mail: Birgit.Fassbender@bblaw.com
 Tel.: +49 211 518989-163

II. Substanz in ausgewählten Ländern

1. Deutschland

Aktivitäts- und Substanzerfordernisse spielen im deutschen Steuerrecht eine gewichtige Rolle. Bei Quellensteuervergünstigungen und ausländischen Zwischengesellschaften ist die Thematik „Substanz“ ein häufiger Diskussionspunkt mit der Finanzverwaltung. Darüber hinaus kann der Einsatz von Geschäftsführern für mehrere Gesellschaften im In- und Ausland negative Steuerfolgen auf Ebene der jeweiligen Gesellschaft auslösen.

Das deutsche Steuerrecht umfasst sowohl allgemeine (§ 42 AO) als auch spezielle Missbrauchsverhinderungsvorschriften, die Aktivitäts- und Substanzerfordernisse beinhalten.

§ 42 AO verhindert Gestaltungen, die in erster Linie auf steuerlichen Motiven beruhen. Danach ist die gewählte Gestaltung steuerlich unbeachtlich und die Besteuerung erfolgt so, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstehen würde. In der Praxis ist die Anwendung der Vorschrift in Bezug auf Aktivitäts- und Substanzerfordernisse faktisch auf funktionslose Gesellschaften (sog. Basisgesellschaften) beschränkt. Oftmals verdrängen spezielle Normen des innerstaatlichen Rechts oder der Doppelbesteuerungsabkommen („DBA“) § 42 AO.

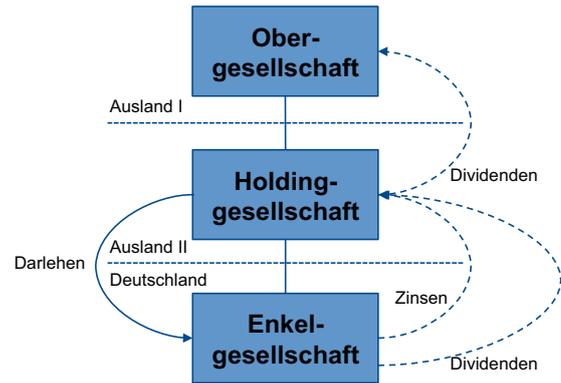
Substanz und Quellensteuern

Im Rahmen seiner Monaco-Entscheidung vom 29. Oktober 1981 schränkte der Bundesfinanzhof (I R 89/80, BStBl. II 1982, S. 150) den Anwendungsbereich von § 42 AO auf Steuerinländer ein. Daraufhin führte der Gesetzgeber den heutigen § 50d Abs. 3 EStG ein. Die Norm soll Treaty- und Directive-Shopping-Gestaltungen vermeiden. Im Rahmen solcher Gestaltungen werden Dividenden und andere Zahlungen – z. B. Lizenzgebühren – über eine ausländische Gesellschaft mit dem Ziel umgeleitet, dass Quellensteuervergünstigungen nach einem DBA oder einer EU-Richtlinie beansprucht werden können.

Eine Gesellschaft hat einen Anspruch auf eine Quellensteuervergünstigung, soweit sie unschädliche Erträge erzielt (sog. Aufteilungsklausel). Unschädliche Erträge liegen vor, wenn

- die Erträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen; oder
- in Bezug auf diese Erträge für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe vorhanden sind und die ausländische Gesellschaft mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.

Grundsätzlich sind verbundene Unternehmen nicht auf konsolidierter Basis zu betrachten. Eine länderbezogene konsolidierte Betrachtung sieht beispielsweise das DBA-Niederlande vor. Die aktuelle DBA-Politik sieht eine solche Betrachtung nicht vor. Enthält das anwendbare DBA keine entsprechende Regelung, können im Einzelfall Umstrukturierungen die unschädlichen Erträge erhöhen. Soweit die Gesellschaft die Erfordernisse selbst nicht erfüllt, ist auf ihre Gesellschafter abzustellen. Die Vorschrift enthält eine Ausnahmeregelung für ausländische Gesellschaften, die in einem gewissen Umfang börsennotiert sind oder für die das Investmentsteuergesetz gilt.



Auch von Deutschland abgeschlossene DBA enthalten Normen zur Vermeidung von Treaty-Shopping. So enthält z. B. Art. 28 DBA-USA eine Limitation-on-Benefits-Klausel (sog. LoB-Klausel), die im Rahmen von typisierenden Tests einen engen Bezug zum Ansässigkeitsstaat voraussetzt. Die deutsche DBA-Politik beinhaltet Öffnungsklauseln, die es den Vertragsstaaten gestatten, entsprechende nationale Normen anzuwenden.

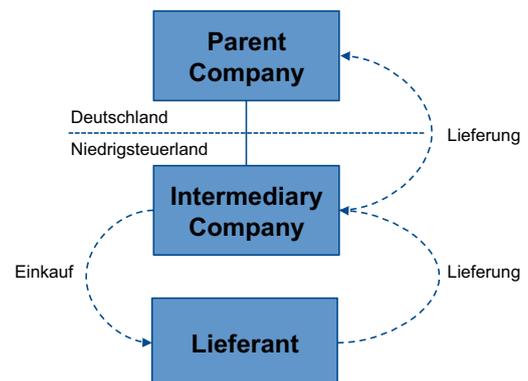
Substanz und Zwischengesellschaft i. S. d. AStG

Mit der Hinzurechnungsbesteuerung in den §§ 7-14 AStG enthält das deutsche Steuerrecht seit 1972 Regelungen für Strukturen mit ausländischen Gesellschaften im niedrig besteuerten Ausland.

Grundsätzlich sind diese Vorschriften anwendbar, wenn in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtige unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 Prozent an einer ausländischen Gesellschaft, die keine aktiven Einkünfte – z. B. aus der Produktion – erzielt, beteiligt sind und die Einkünfte einem Steuersatz von weniger als 25 Prozent unterliegen. Die Normen erfassen auch nachgeschaltete Gesellschaften, sodass zwischengeschaltete Gesellschaften die Hinzurechnungsbesteuerung grundsätzlich nicht vermeiden. Bei Einkünften mit Kapitalanlagecharakter kann für den einzelnen Gesellschafter eine niedrigere Beteiligungsvoraussetzung (1 Prozent) gelten.

Sind die Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung erfüllt, ist dem inländischen Gesellschafter eine fiktive Dividende zuzurechnen. Für diese fiktive Dividende gelten die Freistellungen für Dividendeneinkünfte nicht. Im Ergebnis unterliegt also der Gewinn der ausländischen Zwischengesellschaft der Besteuerung in Deutschland.

Aktive Tätigkeiten, die die Anwendbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung ausschließen, setzen bestimmte Aktivitäten und eine gewisse Substanz voraus. Bei vielen grundsätzlich aktiven Einkünften kann es schädlich sein, wenn die ausländische Gesellschaft – z. B. als Einkaufsgesellschaft – Leistungsbeziehungen mit ihren unmittelbaren oder mittelbaren inländischen Gesellschaftern oder einer diesen im Inland steuerpflichtigen nahestehenden Person unterhält.

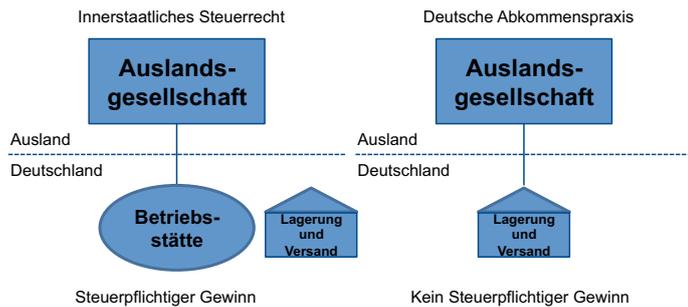


Erfüllt die ausländische Gesellschaft wiederum bestimmte Aktivitäts- und Substanzerfordernisse, können diese Leistungsbeziehungen unschädlich sein. In diesem Zusammenhang ist es regelmäßig wichtig nachzuweisen, dass die Gesellschaft einen für ihre Geschäftstätigkeit in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhält.

Darüber hinaus enthält § 8 Abs. 2 AstG eine Ausnahmegvorschrift mit einem entsprechenden Aktivitäts- und Substanzerfordernis für den EU- oder EWR-Fall. Diese Vorschrift geht auf die Entscheidung des EuGHs in der Rechtssache Cadbury Schweppes zurück. Dabei ist der Umfang der nachzuweisenden „tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ ein „beliebter“ Diskussionspunkt mit der Finanzverwaltung. In der Praxis legt die Finanzverwaltung die Messlatte für die Substanz tendenziell höher, als dies nach den Grundsätzen der Cadbury Schweppes-Entscheidung zulässig ist.

Substanz und Betriebsstätten

Eine Person ist in Deutschland beschränkt steuerpflichtig, wenn sie im Inland eine Betriebsstätte unterhält (sog. Betriebsstättenprinzip). Dabei ist der nationale Begriff regelmäßig weiter als derjenige des DBA, sodass die DBA das deutsche Besteuerungsrecht oftmals beschränken. In diesem Kontext ist insbesondere hervorzuheben, dass nach dem nationalen Steuerrecht Hilfs- und Vorbereitungstätigkeiten zu einer Betriebsstätte führen können.



Regelmäßig enthalten die anwendbaren DBA Regelungen, wonach in solchen Fällen keine Betriebsstätte vorliegt, sodass Deutschland solche Gewinne dieser inländischen Präsenz nicht besteuern darf.

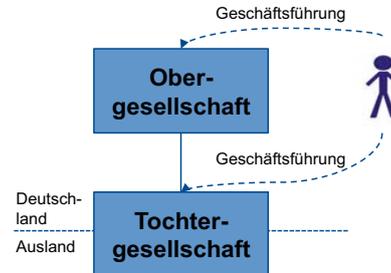
Besorgt eine Person im Inland nachhaltig die Geschäfte eines ausländischen Unternehmens und unterliegt dabei den Weisungen dieses Unternehmens, kann dies zu einer beschränkten Steuerpflicht des Unternehmens führen (sog. ständiger Vertreter). Durch das anwendbare DBA können sich wiederum Einschränkungen des deutschen Besteuerungsrechtes ergeben.

Darüber hinaus enthält das Außensteuerrecht eine Regelung, wonach die Grundsätze der Hinzurechnungsbesteuerung entsprechend auch auf ausländische Betriebsstättenergebnisse anzuwenden sind. In diesem Fall gilt die Anrechnungs- anstatt der Freistellungsmethode.

Substanz und der Ort der Geschäftsleitung

Ein wichtiges Kriterium – im unternehmerischen Alltag oftmals unterschätzt – ist der Ort der Geschäftsleitung. Eine Kapitalgesellschaft ist unter anderem in Deutschland unbeschränkt – also mit ihrem Welt-einkommen – steuerpflichtig, wenn sich ihr Ort der Geschäftsleitung im Inland befindet. Der Ort der Geschäftsleitung ist dort, wo die den Willen der Gesellschaft gestaltenden Personen ihre Entscheidungen treffen. Gerade in international tätigen Konzernen kommt es vor, dass die jeweiligen Gesellschaften Geschäftsführer haben, die die Geschäftsführungsentscheidungen in einem anderen Staat treffen.

Befindet sich die bedeutsamste Stelle (organisatorisch und wirtschaftlich) der Geschäftsführung einer ausländischen Gesellschaft im Inland, kann dies zu einer unbeschränkten Steuerpflicht in Deutschland führen. Durch das anwendbare DBA kann sich die Ansässigkeit der Gesellschaft i. S. d. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA und dem folgend die Verteilung der Besteuerungsrechte ändern, sodass Deutschland in diesen Fällen regelmäßig einen größeren Anteil der Gesamteinkünfte besteuern darf.



Ist wiederum die bedeutsamste Stelle der Geschäftsführung einer inländischen Gesellschaft im Ausland und gilt die Gesellschaft als außerhalb der EU oder des EWR-Raumes ansässig, kann dies eine fiktive Liquidation nach § 12 Abs. 3 Satz 2 KStG auslösen, sodass die stillen Reserven aller Wirtschaftsgüter in Deutschland zu besteuern sind. Im EU- oder EWR-Fall sind möglicherweise die stillen Reserven einzelner Wirtschaftsgüter aufzudecken, wenn das deutsche Besteuerungsrecht eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, § 12 Abs. 1 KStG.

Fazit

Aktivitäts- und Substanzerfordernisse sind in grenzüberschreitenden Sachverhalten zu beachten, da ansonsten ggf. Quellensteuer-vergünstigungen nicht gewährt, Einkünfte ausländischer Zwischengesellschaften in Deutschland besteuert werden oder der Ort der Geschäftsleitung in Deutschland angenommen wird. Daher sind eine sorgsame Steuerplanung, eine ordentliche Dokumentation sowie ein Monitoring für die Vermeidung der genannten Steuerrisiken ratsam und geboten.



André Suttorp
Steuerberater, Rechtsanwalt, Partner,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
E-Mail: Andre.Suttorp@bblaw.com
Tel.: +49 69 756095-126



Florian Teichert, M.Sc.
Steuerassistent,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
E-Mail: Florian.Teichert@bblaw.com
Tel.: +49 211 518989-208

2. Indien (D C Sejpal & Co)

There is no general anti avoidance provision in the Income Tax Law in India, which gives legal force to the principle “substance over form”. Substance over form as a principle has evolved through Court Jurisprudence over the last five decades. However, there are some specific

anti-avoidance provisions, which recognize/characterize certain transactions as a specific arrangement and the same is taxed accordingly. Besides, the courts have adopted the principles of interpretation to discourage artificial tax avoidance – the art of dodging tax without breaking the letter, as opposed to the spirit of law.

“Substance over Form” being evolved through Jurisprudence:

India, being a common law jurisdiction, earlier followed the British doctrine that “every man is entitled if he can to order his affairs so that the tax attracting under the appropriate Acts is less than it otherwise would be”, which was commonly known as “the Westminster’s Principle”. A departure from the aforesaid doctrine was made by the Supreme Court in its landmark judgment “McDowell & Co. Ltd. Vs CTO (1985) 54 ITR 148”, which was the starting point of the trend. The Apex Court held that it was neither fair nor desirable to expect the legislature to intervene and take care of every device and scheme to avoid tax and consider whether the situation created by the devices could be related to the existing legislation with the aid of “emerging” techniques of interpretation. Instead the courts should expose the devices for what they really were and refuse to give judicial benediction. The Supreme Court observed that the proper way to construe a taxing statute, while considering a device to avoid tax, is not to whether the provisions should be construed literally or liberally or whether the transaction was real and not prohibited by the statute, but whether the transaction was a device to avoid tax, and whether the transaction was such that the judicial process could accord its approval to it.

In recent times, in the interpretation of laws in general and of taxation laws in particular, the courts have departed from the “form” to go by the “substance” of a transaction in appropriate cases. The doctrine of lifting the veil has been applied in India in a number of cases in different contexts. It has been invoked where a corporate entity has been attempted to be used for a fraudulent purpose (P.N.B. Finance Limited vs. Shital Prasad Jain (1983) 54 Comp. Cas. 66 (Del) or to wilfully disobey the court’s orders (Jyoti Ltd vs. Kanwaljit Kaur Bhasin (1987) 62 Comp.Cas. 626 (Del) or to frustrate sales tax) (Trackways (P) Ltd v. CST (1981) 47 STC 407, 411 (MP)) or capital gains tax liability (Wood Polymer Ltd, in re and Bengal Hotels Ltd, in re (1977) 109 ITR 177 (Guj)) or to deprive the workmen of their legitimate bonus (Workmen of Associated Rubber Industry Ltd v. Associated Rubber Industry Ltd (1986) 157 ITR 77 (SC)) or for other dishonest purposes (Shri Ambica Mills Ltd in re; Jaykrishna Haraivallabhdas (1986) 59 Comp. Cas. 368 (Guj)). The doctrine has also been examined by the Supreme Court in State v. Renusagar Power Co. (1988) 4 SCC 591 and applied to hold that electric power generated by a wholly owned subsidiary company and utilized by a parent company could be regarded as power used by the latter from “its own source”. The interpretation benefited the company.

Transactions with deceptive characterization

One facet of the principle that the form of a transaction may be ignored in certain circumstances is that the documents should not be construed purely from their legal or technical aspect and by attaching undue significance to the names, labels or words used rather than to the true intention of the parties.

In Union of India v. Gosalia Shipping (P) Ltd (1978) 113 ITR 307 (SC), the Supreme Court held that one cannot place undue reliance on the form which the parties give to their agreement or on the label which they attach to the payment due from one to the other. One must have regard to the substance of the matter and, if necessary, lift the veil in order to see whether the true character of a payment is something other than what, by a clever device of drafting, it is made to appear.

In CIT v. Panipat Woollen & General Mills Co. Ltd (1976) 103 ITR 66 (SC), the Supreme Court pointed out that a party cannot escape legal consequences merely by describing an agreement in a particular form even though it is different in substance. Nor can an assessee by dividing what is in fact a single transaction between two documents achieve the objective which he seeks, nor does he change the nature of the transaction.

The doctrine of substance is attracted if the nomenclature given by the parties to a particular transaction is of no avail. Where the form is held to be immaterial, what is meant is that the misrepresentation of their true rights by the parties as supported by assertions in their private documents or entries in their books of account does not count. For instance, persons who are mere co-owners of a property dividing the net rents amongst themselves cannot convert themselves into partners by merely signing a document describing themselves as partners. Conversely, persons who are partners carrying on a business cannot themselves convert into co-owners by executing an instrument styling themselves as co-owners (Ramniklal Sunderlal v. CIT (1959) 36 ITR 464 (Bom)).

The tension between form and substance assumes importance in those cases, where the essence of substance is not enclosed in the form. The legal rights and obligations in a transaction flow from the terms of the agreement framed by the parties to the transaction. These legal rights and obligations under the general law determine the nature of transaction and the type of legal relationship between the parties. The taxing statute has to be applied in accordance with the legal rights of the parties of the transaction. The authorities cannot tax on the basis of substance, nor can an assessee be let off from tax on the same basis. (CIT vs. S. Ramal Ammal (1982) 135 ITR 292 (Mad)).

However, to tackle certain specific situations, specific anti-avoidance provisions have been enacted up to now, which are summarized hereunder:

Tax Avoidance through international transactions

India adopted the transfer pricing legislation with effect from 1 April 2001, which broadly follows the OECD Model. Although the same does not specifically embody requirements of “substance”, jurisprudence around it seems to suggest the adoption of a principle of countering tax evasion. Transactions are being challenged based on true facts and circumstances and underlying documentation, as has been seen in Sony India and Rolls Royce decisions.

Avoidance of tax by transfer of income to non-residents

Section 93 of the Income tax law seeks to prevent avoidance of income tax by disregarding a private covenant that would have the effect of transferring income to a non-resident by transferring an asset in lieu of which the transferor acquired any right for the enjoyment of income where the transfer was not proved by the Indian tax payer to be a bona fide one made without the objective of avoiding tax liability. The income from the transferred asset would continue to be taxed in the hands of the transferor. The leading case on the subject is that of Chidambaram Chettiar v. CIT (1966) 60 ITR 28 (SC). The Supreme Court held in that case that this section would also apply to the transfer of assets to a non-resident company in consideration of the allotment of shares to the transferor. The transferor would become liable to be taxed in respect of the income of the company derived from those assets because he had a right, by holding a sufficiently large number of shares, by which he had the “power to enjoy” the income of the company whether in the present or in the future.

Indirect Transfers

The question of substance over form in international tax and tax treaty context has often come up before Indian courts in recent times. The Supreme Court judgement in the case of Vodafone International BV (341 ITR 1) declared the law on this subject and supports that in absence of a statute codified anti abuse rule, under judge made common law proposition, the substance of the transaction would be taken into account if the form adopted merely represents a colourable device or a subterfuge or is counterfeit or is a sham. In fact, while reconciling the decisions of McDowells (1985) (54 ITR 148) and Azadi Bachao Andolan (2003)(263 ITR 706), the Supreme Court in Vodafone case observed that the ratio of McDowells may need to be restricted to the case of tax evasion which are through the uses of colourable devices and by resorting to dubious methods and subterfuges.

Here it is important to mention that subsequent to the court ruling in Vodafone, the government had introduced retrospective amendments to tax laws allowing the income tax department to tax indirect transfer of shares if the underlying assets were in India. It also introduced a validation clause that could override any court judgement.

The AAR had also sought to lift the corporate veil in the Sanofi case to tax an indirect transfer of Indian shares under the India-France tax treaty. In this case, the shares of the Indian company were held by a French holding company. The holding company held no other assets other than the shares in the Indian company. The French resident shareholders (the Taxpayers) of the holding company transferred the shares of the holding company to Sanofi Pasteur, a French resident third-party buyer. In a ruling pronounced in 2011 [TS-700-AAR-2011], the AAR had held the sale to be taxable in India under the India-France tax treaty. The Taxpayers filed a writ petition in the AP High Court (HC) against the advance ruling [TS-57-HC-2013 (AP)]. Having regard to the facts of the case, the HC held that the corporate veil of the French holding company cannot be pierced. According to the HC, the French holding company was an independent corporate entity that had commercial substance and business purpose and was not a device for avoiding Indian tax. However, the Apex Court has accepted the special leave petition filed by the Revenue against the taxpayers considering the subsequent amendments made in the law.

Further, in couple of recent advance rulings in the case of Otis Elevators (A.A.R. No. 957 of 2010 dated 22 March 2012) and Z Applicant (AAR No 1048 of 2011), the Authority for Advance Ruling (AAR) arrived at a negative finding on the ground that substance of the matter supported re-characterisation. These cases involved recharacterization of buy back as a dividend and gain from sale of debentures as interest.

Place of Effective Management

Under the Income Tax Law, foreign companies become resident of India if during the year, control and management of such company is situated wholly in India. The amendment was made vide the Finance Act 2015, which states that a foreign company will be treated as a resident of India if its POEM is in India at any point during the year from tax year 2015-16 onwards. Thereafter, vide the Finance Act 2016, the provisions of POEM have been deferred for one more year. POEM is defined to mean a place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the business of an entity as a whole are, in substance, made. The above amendment aligns the provisions of the Income Tax Law with the tax treaties, which determines the residence of a company on the basis of its seat of management.

General Anti Avoidance Rule (“GAAR”)

Internationally, several countries have codified the “substance over form” doctrine in the form of General Anti Avoidance Rule (“GAAR”) and are administering statutory GAAR provisions. In India, the real discussions on GAAR came to light with the release of draft Direct Taxes Code Bill (popularly known as DTC 2009) on 12 August 2009. It contained the provisions for GAAR, which were to be made applicable from 1 April 2012. However, owing to negative publicity and pressures from various groups, GAAR was postponed to at least 2013, and was likely to be introduced along with the Direct Tax Code (DTC) from 1 April 2013. Thereafter, DTC has been scrapped and reworking was to be carried out in respect of GAAR, which is now proposed to be applicable from financial year 1 April 2017.

In the budget by Pranab Mukherjee on 16 March 2012, it was stated that the GAAR is sought to apply from 2015. However, budget 2015 postponed it by two more years.

These are the provisions, which majorly impact international transactions. On similar lines, there are few provisions that target domestic transactions as well. These include Income/Dividend Stripping, clubbing of income of a minor in the hands of the parent, certain specific payments made by a company being termed as dividend, disallowance of business expenses and payments being made to related persons.

Conclusion

The way the doctrine of substance over form is taking its shape in the Indian tax laws and through introduction of proposed GAAR provisions, mechanisms and schemes, which adequately justify substance in cross-border transactions have to be formulated so as to avoid being captured in the gamut of Indian Tax laws.



Hiral Sejpal
Chartered Accountant, LL. M. in International
Tax Law (Leiden, NL), Partner,
D. C. Sejpal & Co.,
E-Mail: hiralsejpal@dcsejpalandco.com
Tel.: +91 22 27777794

3. Luxembourg (Loyens & Loeff Luxembourg Sàrl)

It is a generally applied principle in Luxembourg that transactions are analyzed based on their economic substance if it differs from their legal form. Even though criteria to define substance appear to be limited in Luxembourg and the matter is highly factual, Luxembourg tax provisions frequently refer to this concept. Economic reality is part of several provisions of Luxembourg tax laws. Requiring substance notably intends to tackle tax avoidance and tax evasion but also to assess residency and right to taxation.

Substance in Luxembourg domestic tax law

Luxembourg tax law does not explicitly provide general rules concerning the criteria to assess substance and effective activity.

To date, the only reference to substance requirements in Luxembourg law is an administrative circular targeting Luxembourg companies involved in intra-group financing activities¹ (the “Circular”). The Cir-

¹ Circular LIR n° 164/2 of 28 January 2011 (further clarified in Circular LIR. n° 164/2bis of 8 April 2011).

cular issued by the Luxembourg tax authorities specifies the conditions to be fulfilled by these types of entities seeking to obtain binding confirmations from the tax authorities on the remuneration for their financing activities. Pursuant to the Circular, confirmation can only be sought if the company in question is genuinely present in Luxembourg and assumes the risks associated with granting credit. A company may only be considered as “genuinely present” in Luxembourg if it meets all the substance conditions listed in the Circular, including notably having (i) a majority of board members as Luxembourg residents² (a company which is a board member must have its registered office and central management in Luxembourg) or (ii) key decisions regarding the management of the company taken in Luxembourg. The conditions detailed in the Circular aim to ensure the effective presence and activity of the company in Luxembourg.

Even though focusing on Luxembourg companies involved in intra-group financing activities, the substance conditions listed in the Circular are more and more used as general guidelines in practice also for companies engaged in other activities.

Despite an announcement of the Luxembourg government in its program published on 5 December 2013 that general substance rules would be introduced for Luxembourg companies, there have been no further developments since then. The international tax climate and the various EU and OECD projects going on right now may explain this silence, the Luxembourg government obviously waiting for conclusions at EU and OECD levels.

Substance, Effective seat theory and Central Administration

Luxembourg applies the “effective seat” theory to determine the national law applicable to a company. Under article 159 of Luxembourg law of 10 August 1915 on commercial companies (as modified), any company whose central administration (*administration centrale*) is located in Luxembourg shall be considered as being of Luxembourg nationality and shall be subject to Luxembourg law. The place of a company’s central administration is presumed to coincide with the place of its registered office, unless evidence to the contrary is brought.

The concept of central administration can also be found in article 159 of Luxembourg law of 4 December 1967 on income tax (as modified). Under this provision, collective entities having either their statutory seat (*siège statutaire*) or their central administration (*administration centrale*) in Luxembourg are considered to be resident taxpayers.

The concept of central administration highly depends on the economic substance. It indeed corresponds to the place where the management is located, key decisions are adopted, accounting books and archives are kept, etc. Economic reality thus takes precedence over legal form.

Substance and Double tax treaties

Double tax treaties (“DTT”) concluded by Luxembourg generally reflect the OECD Model Tax Convention (the “OECD MC”) as far as residency is concerned. For companies, conflicts of residence for tax purposes are solved by application of article 4.3 of OECD MC, which refers to the company’s “*place of effective management*”.

Even if paragraph 24 of OECD MC commentaries provides that the concept of place of effective management has an autonomous con-

ventional definition, it is worth noting the similarity of its meaning with the Luxembourg domestic notion of central administration, both of them converging towards economic substance.

Substance and Implementation of the modified Parent-Subsidiary Directive

Luxembourg has transposed European Union requirements regarding economic substance by implementing, with effect from 1 January 2016, the common minimum anti-abuse rule (“CAAR”) contained in the modified Parent-Subsidiary Directive (“PSD”)³ in its domestic law.

Broadly speaking, the CAAR, as transposed in Luxembourg tax law, requires to deny the benefit of the participation exemption regime derived from the implementation of the PSD to profit distributions⁴ that are made in the framework of an arrangement which, having been put into place for the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of the PSD, is not genuine having regard to all relevant facts and circumstances.

Arrangements shall be regarded as not genuine to the extent they are not put in place for valid commercial reasons which reflect economic reality. Economic substance therefore plays a considerably increasing role in the current fiscal environment.

Substance and Luxembourg general anti-abuse rule

Notwithstanding the implementation of the CAAR in Luxembourg law, a domestic general anti-abuse rule was already applicable in Luxembourg, following the implementation of the German tax system in Luxembourg in 1940/1941. Paragraph 6 of the Luxembourg tax adaptation law (*Steueranpassungsgesetz*, “StAnpG”) enables the tax authorities to requalify transactions in case legal forms and “construction possibilities” in civil law are abusive for the purpose of tax avoidance. It targets transactions driven by fiscal objectives instead of economic reasons.

This provision is more and more invoked by the Luxembourg tax authorities to challenge a structure absent economic substance.

Substance and ownership of assets for tax purposes

Luxembourg tax law also contains a specific provision regarding the ownership of an asset, when the legal and the economic owner are not identical (paragraph 11 StAnpG). In such a case, the asset should in principle be allocated to the economic owner, economic reality and substance outweighing the legal appearance.

Substance and BEPS report

Luxembourg has endorsed the action plan published by the OECD on 19 July 2013. Action 5⁵ of the OECD 2015 final report notably deals with transparency and substance in the context of IP regimes and other favorable tax regimes.

Concerning the IP regime, Action 5 refers to the “modified nexus approach” as a requirement for a substantial activity. Under this approach, only taxpayers which incur qualifying expenses giving rise to the IP income can benefit from the IP regime.

² Or non-residents who carry out their professional activity in Luxembourg and are taxed in Luxembourg on at least 50 per cent of their income from those activities.

³ Directive 2015/121 amending the directive 90/438/CEE on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries.

⁴ Note that the CAAR does not apply to capital gains.

⁵ Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5-2015 Final Report.

In view of the above, Luxembourg voted the abolishment of its IP Regime in December 2015, with effect as per 1 July 2016. The current regime exempts 80 per cent of the income and gains derived by a Luxembourg taxpayer from its qualifying IP (with a 100 per cent net wealth tax exemption for the IP itself).

A five year grandfathering period⁶ for qualifying IP created or acquired before 1 July 2016 will apply, with some exceptions or limitations.

A new regime is expected to be announced by the Luxembourg government in the coming months to replace the existing one.

Conclusion

Whilst substance requirements for Luxembourg companies are generally relevant from a foreign tax point of view, Luxembourg tax authorities have become more and more focused on real presence/substance of Luxembourg companies in cross-border situations during the last years as well. The implementation of the modified PSD and the BEPS Action Plan also confirms the increasing importance of substance requirements in the international environment. Companies should continuously consolidate their effective presence in Luxembourg and ensure that transactions are driven by business reasons reflecting the economic reality.



Cécile Henlé

Avocat à la Cour, Partner,
Loyens & Loeff Luxembourg Sàrl,
E-mail: cecile.henle@loyensloeff.com
Tel.: +352 466 230477

4. Niederlande (Ekelmans & Meijer Advocaten)

Recent developments created a political momentum for governments to take a stand against artificial tax planning structures. The Netherlands, which is often used for international tax planning purposes, has introduced guidelines and regulations aimed to ensure that only companies with real economic activities and sufficient Dutch substance benefit from the Dutch tax regime. While the Netherlands have unilaterally introduced these measures, the Dutch government made it clear that a coordinated multilateral approach is needed to combat tax avoidance.

The Netherlands introduced minimum substance requirements for Dutch conduit entities and for companies that wish to obtain a ruling in the Netherlands. Substance requirements play also an important role in the new anti-abuse rules for Dutch cooperatives and for foreign shareholders with a shareholding of 5 per cent or more (i.e. a substantial interest) in a Dutch resident company.

Substance requirements for Dutch conduit companies

As per 1 January 2014 Dutch conduit companies should declare in their annual tax return whether or not they meet a defined set of substance requirements. This rule applies for conduit companies which are considered to be a Dutch corporate tax payer and:

- whose main activity (>70 per cent) involve the intra-group receipt and payment of foreign interest, and rental or lease payments; and

- for which treaty benefits are claimed.

The holding of participations is not taken into account when determining which part of the total activities is performed by the conduit company.

The list of substance requirements can be summarized as follows:

- a) at least 50 per cent of the statutory board members should be resident of the Netherlands;
- b) the Dutch resident directors should have the required professional expertise to perform their tasks;
- c) the company has qualified staff at its disposal for proper implementation and registration of the transactions it enters into. The qualified employees may still be hired from third parties;
- d) management decisions are taken in the Netherlands;
- e) the company's most important bank accounts are held and managed in the Netherlands;
- f) the financial records are kept in the Netherlands;
- g) the company's registered office is in the Netherlands;
- h) the company is not regarded as a tax resident in and by another country;
- i) the company should bear genuine economic risk in relation to its financing, licensing, rental or leasing transactions; and
- j) the company should have a sufficient equity at risk, appropriate for its assets and operations.

In the event a conduit company does not meet these substance requirements throughout the year, while claiming benefits under a tax treaty or EU Directive, it is obliged to report this in its tax return and provide additional information allowing the tax authorities to make a proper assessment. In such case the Dutch tax authority will spontaneously exchange the information it receives with the source country, enabling it to determine if the applicable rule can indeed be evoked. If a company fails to provide this information or to do so on time, it will be regarded as an offence and a penalty can be imposed.

Furthermore, the Dutch tax authority will proactively exchange the information of an Advanced Pricing Agreement (APA), with the relevant foreign tax authority if:

- the group of companies to which the conduit company belongs does not perform any other activities in the Netherlands than the activities connected to the minimum substance requirements; and
- the group of companies has no specific plans to increase the substance in the Netherlands.

No Advanced Tax Ruling (ATR) and APA for holding companies that do not meet the minimum the substance requirements

Also as per 1 January 2014, Dutch intermediate and top holding companies in international structures that want to file a request for an ATR in relation to: the Dutch participation exemption, non-resident

⁶ The grandfathering period starts as per 1 July 2016 and ends on 30 June 2021 for Luxembourg corporate income tax and on 1 January 2021 for Luxembourg net wealth tax.

taxation, hybrid loans and the Dutch dividend withholding tax position for cooperatives, need to:

- either meet the aforementioned minimum substance requirements; or
- should be part of a group of companies which has operating activities in the Netherlands or has genuine plans to do so.

Anti-abuse rules and substance requirements

Pursuant the general anti-abuse rule (GAAR) as introduced in the EU Parent Subsidiary Directive in 2015, the Dutch government revised its anti-avoidance rules in respect of non-resident taxation of foreign corporate shareholders and the dividend withholding tax treatment of distributions by Dutch cooperatives.

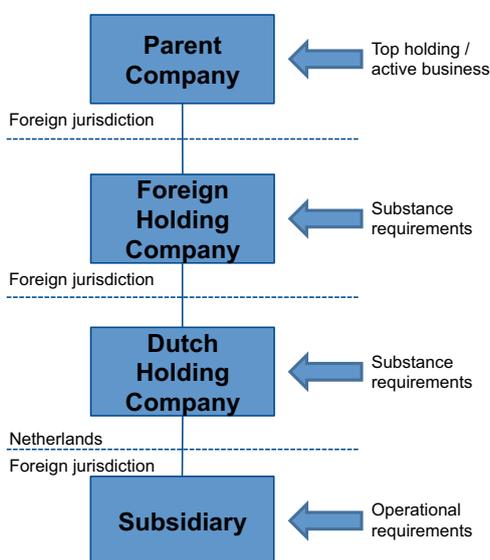
Non-resident taxation rules

A non-Dutch resident company with a shareholding of 5 per cent or more in a Dutch company becomes subject to Dutch taxation if:

- a) the main purpose, or one of the main purposes of the non-Dutch resident corporate shareholder is to avoid Dutch income tax or dividend withholding tax; and
- b) there is an artificial arrangement or series of arrangements.

Arrangements are considered artificial to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality. Following the explanatory notes towards these anti-abuse rules, economic reality is deemed to be present when:

1. the direct shareholder of the Dutch company is running an active business in its home jurisdiction and the investment in the Dutch company is attributable to that business;
2. the direct shareholder of the Dutch company is the top holding company of the group and performs substantial managerial, strategic or financial functions for the group;
3. the direct shareholder of the Dutch company has a linking function between the Dutch company and a company as mentioned in (1) or (2) and the direct shareholder has sufficient substance in its home jurisdiction. Such sufficient substance is present when the non-Dutch resident shareholder meets the aforementioned minimum substance requirements.



Dividend withholding tax for Dutch Cooperatives

Since cooperatives were exempt from Dutch dividend withholding tax, unlike for instance a BV, traditionally many international operating companies used a Dutch cooperative in their structure. The revised GAAR introduced a new anti-abuse rule against abusive cooperative structures. As per 2016, distributions of a cooperative are subject to 15 per cent Dutch dividend withholding tax if:

- a) the cooperative holds an equity interest in one or more Dutch or foreign companies with the main purpose, or one of the main purposes, to avoid Dutch dividend withholding tax or foreign tax; and
- b) there is an artificial arrangement or series of arrangements.

Following the explanatory notes, a Dutch cooperative with a real economic function does not fall under the Dutch withholding tax regime. Meaning that a Dutch cooperative that carries on an active business, with employees on the payroll and that has an office to its disposal, would be considered to perform a real economic function.

Conclusion

International operating companies that are using the Netherlands for tax planning purposes should be aware of the importance of substance. Depending on the structure and the purpose of the Dutch company, the Dutch tax authority may want to check if minimum substance requirements are met in the Netherlands, but also at the level of the foreign intermediate shareholder. Not meeting these substance requirements can have adverse tax consequences. The defined set of substance requirements issued by the Dutch government is a warm welcome, as it does give some more clearness for companies on the subject of substance. In the light of the OECD reports and the EU anti-tax avoidance package, it is to be expected that foreign companies can only benefit of the Dutch tax regime if real economic activities and sufficient substance are present in the structure and at Dutch level.



Bert Schröter
 Steueranwalt,
 Ekelmans & Meijer Advocaten,
 E-Mail: schroter@ekelmansenmeijer.nl
 Tel.: +31 070 3746300

5. Schweiz (Meyerlustenberger Lachenal)

Überlegungen zu Substanzanforderungen werden üblicherweise in zwei Bereichen des internationalen Steuerrechts der Schweiz angestellt. Erstens müssen ausländische Muttergesellschaften von inländischen Tochtergesellschaften die Voraussetzungen des einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommens („DBA“) erfüllen. Zweitens spielen Substanzanforderungen eine entscheidende Rolle bei der Frage, ob eine ausländische Gesellschaft in der Schweiz steuerpflichtig ist oder nicht: Die Steuerpflicht kann entstehen, wenn sie hier eine Betriebsstätte unterhält oder von hier aus effektiv verwaltet wird. Umgekehrt befassen sich – ebenfalls im Lichte der Substanzanforderungen – jüngste Gerichtsentscheide mit der Frage der Anerkennung ausländischer Betriebsstätten von Schweizer Gesellschaften.

Die Schweiz verfügt nicht über ein kodifiziertes, eigentliches internationales Steuerrecht. Dieses beruht vielmehr auf allgemeinen Grundsätzen. Zahlreiche Gerichtsentscheide und die Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung zeigen Leitlinien auf hinsichtlich der Substanzanforderungen, die aus Schweizer Sicht im internationalen Verhältnis zu erfüllen sind. Viele dieser Entscheidungen basieren auf einem allgemeinen Anti-Missbrauchskonzept.

Substanz und Verrechnungssteuer

Von schweizerischen Gesellschaften ausgerichtete Dividenden unterliegen der Verrechnungssteuer von 35 Prozent. Ausländische Aktionäre können gestützt auf das einschlägige DBA die gänzliche oder teilweise Befreiung von der Verrechnungssteuer verlangen. Substanzanforderungen sind in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: Erstens stellt sich die Frage, ob eine Gesellschaft nach Massgabe des internen Rechts der Verrechnungssteuerpflicht unterliegt oder nicht. Zweitens ist zu prüfen, ob der Empfänger die Voraussetzungen des jeweiligen DBA erfüllt, um die Befreiung erwirken zu können.

Nach dem Verrechnungssteuergesetz sind inländische Gesellschaften steuerpflichtig. Eine Gesellschaft gilt als inländisch, wenn sie (i) entweder unter schweizerischem Recht gegründet wurde oder aber (ii) – bei Gründung im Ausland – tatsächlich im Inland geleitet wird und hier eine Geschäftstätigkeit ausübt.

Letzteres (ii) dient dazu, die Umgehung der Verrechnungssteuer durch Verwendung einer ausländischen Gesellschaft zu vermeiden. Der Ort der tatsächlichen Verwaltung ist gesetzlich jedoch nicht festgelegt. Das schweizerische Bundesgericht definiert diesen als Ort, an welchem sich der wirtschaftliche und tatsächliche Mittelpunkt der Gesellschaft befindet. Entscheidend ist, von wo aus die laufenden Geschäfte besorgt werden und nicht, wo die strategischen und operativen Grundlagenentscheidungen getroffen werden. Interessanterweise genügt der Ort der tatsächlichen Verwaltung in der Schweiz für sich alleine aber nicht, damit eine ausländische Gesellschaft in der Schweiz verrechnungssteuerpflichtig wird – sie muss hier zusätzlich eine Geschäftstätigkeit ausüben. Der Begriff der Geschäftstätigkeit wird jedoch ziemlich weit gefasst.

Die DBA der Schweiz basieren grundsätzlich auf dem Musterabkommen der OECD. Um die Befreiung von der Verrechnungssteuer zu erwirken, muss der ausländische Aktionär somit im anderen Vertragsstaat ansässig sein. Obschon einige vor 1977 abgeschlossene DBA nicht ausdrücklich verlangen, dass der Empfänger der Dividenden an diesen wirtschaftlich berechtigt ist, vertritt die herrschende Lehre in der Schweiz die Position, dass das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung allen DBA inhärent ist. Eine Befreiung von der Verrechnungssteuer oder eine Reduktion wird somit nur gewährt, wenn der an den Dividenden wirtschaftlich Berechtigte im anderen Vertragsstaat ansässig ist.

Was unter Ansässigkeit zu verstehen ist, bestimmt sich nach dem internen Recht der Vertragsstaaten. In der Praxis können doppelte Ansässigkeiten resultieren – solche Konstellationen zu behandeln würde jedoch den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Im Vordergrund steht in jüngster Zeit ohnehin das Kriterium der wirtschaftlichen Berechtigung.

Die Schweiz folgt einem wirtschaftlichen Ansatz zur Bestimmung des an Einkünften wirtschaftlich Berechtigten. Als Empfänger der Einkünfte wird daher nicht unbedingt diejenige Person eingestuft, die einen rechtlichen Anspruch darauf hat, sondern vielmehr diejenige Person, die *wirtschaftlich* daran berechtigt ist. Von einem Missbrauch wird für gewöhnlich ausgegangen, wenn Abkommensvorteile bean-

sprucht werden in Bezug auf Einkünfte, die im Wesentlichen direkt oder indirekt dazu verwendet werden, Ansprüche von nicht abkommensberechtigten Personen zu befriedigen. Dies gilt im Besonderen für reine Durchleitungsgesellschaften. Um als wirtschaftlich Berechtigter in Bezug auf gewisse Einkünfte zu erscheinen, darf der Empfänger weder vertraglich noch faktisch verpflichtet sein, diese Einkünfte einer anderen Person weiterzuleite, sei es über Dividenden, Zinsen oder anderweitige Zahlungen. Der Empfänger solcher Einkünfte muss daher etwa ausreichend eigenfinanziert sein, üblicherweise zu mehr als 30%. Obschon die Kapitalisierung nicht das einzige Kriterium ist, welches die Eidgenössische Steuerverwaltung anwendet, ist sie regelmässig das entscheidende. Substanz im Sinne von Büroräumlichkeiten und Angestellten im Ansässigkeitsstaat des Aktionärs ist natürlich hilfreich, um nachzuweisen, dass die Struktur vor Ort nicht missbräuchlich ist. Wie kürzlich ergangene Gerichtsentscheide zeigen, können aber auch der Einsatz von Total Return Swaps oder „Securities Lending“ missbräuchlich sein.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Schweiz Bestimmungen gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen durch eine Schweizer Gesellschaft erlassen hat. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Anwendung eines DBA durch die Eidgenössische Steuerverwaltung abgelehnt werden kann, wenn eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft unter das Abkommen fallende Einkünfte an eine Person weiterleitet, die selbst nicht abkommensberechtigt ist. Somit ist bei internationalen Strukturen Substanz und wirtschaftliche Berechtigung *in der Schweiz* ebenso wichtig wie im Ausland.

Substanz und Betriebsstätte

Eine Gesellschaft unterliegt der beschränkten Steuerpflicht in der Schweiz, wenn sie hier eine Betriebsstätte („BS“) unterhält. Nach Landesrecht wird eine BS definiert als feste Geschäftseinrichtung, in welcher die Geschäftstätigkeit einer (ausländischen) Gesellschaft ganz oder teilweise ausgeübt wird. Im Sinne von Substanz setzt die landesrechtliche Umschreibung somit eine feste Geschäftseinrichtung voraus (z.B. Büroräumlichkeiten oder Produktionsstätten). Dabei entspricht die landesrechtliche Definition weitgehend jener des OECD-Musterabkommens. Das OECD-Musterabkommen sieht jedoch eine Reihe von Ausnahmen vor, welche sich im internen Recht nicht ausdrücklich finden. Die landesrechtliche Betriebsstättendefinition scheint weiter als jene, die im internationalen Steuerrecht üblicherweise verwendet wird. Auf der anderen Seite ist eine feste Geschäftseinrichtung nach Landesrecht eine notwendige Voraussetzung für eine BS mit der Folge, dass ein abhängiger Vertreter im Sinne des OECD-Musterabkommens nicht notwendigerweise eine BS unter Schweizer Recht begründet.

Umgekehrt ist das ausländische BS von Schweizer Gesellschaften zurechenbare Einkommen in der Schweiz von der Besteuerung ausgenommen. Diese Steuerbefreiung greift selbst dann, wenn kein DBA Schutz gewährt. Auf dieser Grundlage haben zahlreiche in der Schweiz gegründete Gesellschaften BS in offshore-Jurisdiktionen aufgesetzt und einen Teil ihrer Einkünfte diesen offshore-BS zugewiesen. In einem kürzlich entschiedenen Fall hat sich das schweizerische Bundesgericht mit einer Schweizer Gesellschaft mit Finanzierungsaktivitäten in einer offshore-Jurisdiktion befasst (Finanzierungsbetriebsstätte). Die Steuerpflichtige berief sich auf die Freistellung des Einkommens von ausländischen BS und machte geltend, dass sie fünf Personen (Teilzeit) angestellt hatte und Büroräumlichkeiten offshore unterhielt, womit keine Substanz in der Schweiz verbleibe. Angesichts der Tatsache, dass es an einem DBA zwischen der Schweiz und der offshore-Jurisdiktion fehlte, stützte sich die Gerichtsentscheidung nur auf schweizerisches Recht. Im Urteil hielt das Gericht fest, dass die

im Ausland ausgeübten Aktivitäten nicht ausreichen, um eine BS zu begründen, da sie nicht zur allgemeinen Wertschöpfung der Gruppe beitragen. Diese Entscheidung zeigt, dass – obschon Substanz ein wichtiges Kriterium sein dürfte hinsichtlich der Anerkennung von BS – gesteigerte Aufmerksamkeit den Tätigkeiten zu zollen ist, die in der BS ausgeführt werden. Bemerkenswert ist, dass das Gericht zudem festhielt, dass die Anforderungen an die Anerkennung einer ausländischen BS einer Schweizer Gesellschaft höher seien als jene, welche zur Annahme einer Schweizer BS einer ausländischen Gesellschaft führen.

Substanz und Ort der tatsächlichen Verwaltung

Im Unterschied zum Verrechnungssteuergesetz setzt das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (Einkommenssteuer) für die Begründung der (unbeschränkten) Steuerpflicht in der Schweiz nur voraus, dass sich der Ort der tatsächlichen Verwaltung hier befindet – eine Geschäftstätigkeit in der Schweiz ist nicht erforderlich. Folglich kann eine ausländische Gesellschaft in der Schweiz in Bezug auf die Einkommenssteuer steuerpflichtig sein, jedoch nicht in Bezug auf die Verrechnungssteuer.

Die Definition des Ortes der tatsächlichen Verwaltung ist hingegen dieselbe sowohl bei der Einkommens- als auch der Verrechnungssteuer. Relevante Geschäftsleitungsaktivitäten sind daher die operativen Entscheidungsfindungen hinsichtlich der tatsächlichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft – abzugrenzen von reinen Verwaltungstätigkeiten oder der strategischen Leitung. Auch hier greift ein „substance over form“-Ansatz und die Bestimmung des Ortes der tatsächlichen Verwaltung erfolgt anhand qualitativer Kriterien anstelle einer blossen Analyse der Substanz am einen oder anderen Ort. Das schweizerische Bundesgericht hat kürzlich folgenden Fall entschieden: Eine Investmentgesellschaft mit Sitz offshore verfügte über eigene Büros und Personal vor Ort. Die Verwaltungsratssitzungen wurden offshore abgehalten, ebenso wurden in den dortigen Büros formelle Entscheidungen getroffen. Die offshore-Gesellschaft wurde jedoch regelmäßig durch einen Investmentberater (eine verbundene Person) in der Schweiz beraten, welcher für die Gesellschaft Recherchen tätigte und Empfehlungen abgab. Angesichts dessen hielt das Gericht fest, dass das „Alltagsmanagement“ effektiv von der Schweiz aus erfolgte. Im Sinne des Ortes der tatsächlichen Verwaltung überwiegen diese Aktivitäten die administrativen Tätigkeiten und die Verwaltungsratsentscheidungen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die offshore-Gesellschaft in der Schweiz ansässig war.

Fazit

Substanz ist ein wichtiges Element, dem im Rahmen der internationalen Steuerplanung unter Einbezug der Schweiz Beachtung zu schenken ist. Dabei handelt es sich jedoch nicht um das einzige bei internationalen Strukturen zu beachtende Element, um Steuerrisiken oder gar ungeplante Steuernachzahlungen zu verhindern. Unlängst haben qualitative Elemente wie die wirtschaftliche Berechtigung oder die Zuordnung von Tätigkeiten an Bedeutung gewonnen und es ist schwieriger geworden, offshore-Jurisdiktionen in Strukturen mit Schweizer Gesellschaften einzubinden.



David Broenimann
Dipl. Steuerexperte, Partner,
Leiter Steuerrecht,
Meyerlustenberger Lachenal,
E-Mail: david.broenimann@mll-legal.com
Tel.: +41 44 3969191

6. Vereinigte Staaten von Amerika (Brix+Partners LLC)

Apple, Amazon, Microsoft – Die Liste der US-Gruppen mit erstaunlich niedrigen Konzernsteuerquoten ist nicht kurz. Im Mittelpunkt der mit diesen niedrigen Steuerquoten verbundenen Kritik steht das künstliche Trennen der tatsächlichen Besteuerung von der wertschöpfenden Quelle. Das Thema „Substanz“ ist durch das Aufgreifen der OECD mit ihrer BEPS-Initiative aktuell im Fokus. Allerdings haben die amerikanischen Bestrebungen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung, die wahre Substanz wirtschaftlicher Transaktionen zu besteuern, bereits eine lange Geschichte.

Die folgenden Ausführungen geben einen eingeschränkten Überblick über einige wesentliche Regelungen zum Thema *substance*. Dabei sollen zunächst nationale Grundsätze erläutert werden, um dann internationale Themen aufzugreifen.

Grundsätze

Die *economic substance doctrine* hat sich aus der steuerlichen Rechtsprechung entwickelt. Bereits in *Gregory vs. Helvering* (239 U.S. 465 (1935)) wurde einer Strukturierung die steuerliche Gültigkeit versagt, bei der durch künstliche Gestaltung steuerlich begünstigte Veräußerungsgewinne anstatt von nicht begünstigten Dividendeneinkünften generiert werden sollten. Die sich im Folgenden durch die Rechtsprechung entwickelten *economic substance doctrine* versagen steuerliche Vorteile einer Transaktion umfassend, soweit sie keine wirtschaftliche Substanz oder keinen geschäftlichen Zweck aufweisen. Erst im Jahr 2010 wurden diese Grundsätze kodifiziert. Interessanterweise wurde jedoch gerade nicht festgelegt, welche Transaktionen keine hinreichende wirtschaftliche Substanz aufweisen, sondern im Gegenteil per Positivdefinition festgelegt, was eine substanzhaltige Gestaltung ausmacht:

- Die Gestaltung ändert die wirtschaftliche Position des Steuerpflichtigen auf bedeutende Art und Weise; und
- Der Steuerpflichtige hat einen wesentlichen außersteuerlichen Grund für die gewählte Struktur.

Mit dieser äußerst weiten Definition einer wirtschaftlich substanzhaltigen Transaktion werden der US-Finanzbehörde umfangreiche Befugnisse eingeräumt, realisierten Gestaltungen die steuerliche Geltung zu versagen.

Controlled Foreign Corporations (CFC) und Passive Foreign Investment Companies (PFIC)

Ähnlich wie Deutschland mit der Hinzurechnungsbesteuerung die Verlagerung von Steuersubstrat in Niedrigsteuerländer vermeiden möchte, sehen die USA durch die Kombination der Regelungen für *controlled foreign corporations* (CFC) und für *passive foreign investment companies* (PFIC) Mechanismen vor, um die Ausnutzung internationaler Steuergelände durch künstliche Verlagerung des Steuersubstrats ins Ausland zu vermeiden.

Eine CFC liegt dann vor, wenn mehr als 50 Prozent der Gesellschaftsanteile oder Stimmrechte von US-Gesellschaftern gehalten werden. Dabei gilt als US-Gesellschafter, wer mindestens mittelbar oder unmittelbar mindestens 10 Prozent der Anteile hält. Liegt eine CFC vor, werden bestimmte schädliche passive Einkünfte im laufenden Veranlagungszeitraum anteilig auf Ebene der US-Gesellschafter erfasst und besteuert.

Komplementiert werden die CFC-Regelungen durch die Regeln für PFICs. Eine PFIC ist eine Kapitalgesellschaft, welche

- Zu mindestens 75 Prozent Einkommen aus passiven Investments erzielt; oder
- Zu mindestens 50 Prozent Wirtschaftsgüter hält, die passives Einkommen generieren.

Ist eine ausländische Kapitalgesellschaft als PFIC anzusehen, unterliegen sog. *excess distributions* sowohl einer Besteuerung zum Spitzensteuersatz als auch einer Strafverzinsung. *Excess distributions* liegen vor, wenn die Ausschüttungen einer PFIC in einem Jahr mindestens 125 Prozent der durchschnittlichen Ausschüttungen der drei vorangegangenen Jahre betragen. Liegt bei der Beteiligung an der ausländischen Kapitalgesellschaft sowohl eine CFC als auch eine PFIC vor, haben die CFC-Regelungen Vorrang.

In der Praxis werden durch die Kombination von CFC- und PFIC-Regeln viele künstliche Gestaltungen verhindert. Die Kehrseite jedoch ist, dass viele an sich substanzhaltige Gestaltungen von den nachteiligen Regelungen betroffen sein können. Eine sorgfältige Planung ist daher unerlässlich.

Limitation of Benefit Clauses (LoB)

Sämtliche amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen enthalten die sog. *limitation of benefits clause* (LoB). Durch die folgenden vorbestimmten Tests soll die künstliche Erlangung von Abkommensvergünstigungen durch Gesellschaften eingeschränkt werden (Art. 28 DBA USA-D):

- Börsenhandelstest;
- Tochtergesellschaft einer börsengehandelten Gesellschaft;
- Mindestbeteiligung im Ansässigkeitsstaat ansässiger Personen von 50 Prozent und keine Aushöhlung der Bemessungsgrundlage (ownership/base erosion test);
- Abgeleitete Abkommensberechtigung auf Grund Mehrheitsbeteiligung (gleichberechtigter Begünstigter);
- Aktive gewerbliche Tätigkeit der Gesellschaft (active trade or business test).

Diese fest etablierten Tests erfüllen in vielen Gestaltungsvarianten ihren Zweck, etwaiges treaty shopping zu vermeiden. Jedoch können auch die LoB einerseits naturgemäß nicht jede künstliche Gestaltung vermeiden. Andererseits können jedoch an sich wirtschaftlich gehaltvollen Transaktionen die Vorteile des DBA verwehrt werden, wenn die ausführenden Personen keinen der vorgenannten Tests erfüllen können.

Für beide Szenarien, die ungerechtfertigte Versagung sowie die ungerechtfertigte Gewährung der Abkommensberechtigung, sind aktuell neue Entwicklungen zu beobachten.

So enthält beispielsweise das DBA USA-D in Art. 28 Abs. 7 die Möglichkeit, die Abkommensberechtigung auf Antrag bei der zuständigen Behörde des Staates zu erlangen, aus dem die betreffenden Einkünfte stammen. In einer kürzlich erlassenen Verwaltungsanweisung (Rev. Proc. 2015-40) ist nun ausdrücklich geregelt, dass der US-Behörde glaubhaft nachgewiesen werden muss, dass die in Frage stehende Transaktion wesentliche außersteuerliche Gründe hat.

Hingegen stellen vorgeschlagene Änderungen zum US-Musterabkommen vom 20. Mai 2015 die Abkommensberechtigung selbst dann in Frage, wenn objektiv einer oder mehrere der oben dargestellten Tests erfüllt werden. So soll den USA in zukünftig verhandelten DBA beispielsweise das Recht eingeräumt werden, das Abkommen einseitig partiell auszusetzen, wenn das zu prüfende Einkommen im anderen Vertragsstaat besonders niedrig besteuert wird. In den Änderungsvorschlägen sind zunächst Besteuerungen mit einem Satz von weniger als 15 Prozent als Niedrigbesteuerung definiert.

Anhand dieser beiden Beispiele wird die Handschrift der OECD BEPS-Aktion eindeutig sichtbar. Ob und in welchem Ausmaß diese Vorschläge in das US-Musterabkommen einfließen und sich dann auch in ratifizierten Verträgen niederschlagen, bleibt freilich abzuwarten.

Fazit

Die Doktorin von der wirtschaftlichen Substanz ist im US-Recht sehr gut entwickelt. Aufgrund der zunehmenden Nutzung von formalistischen Rechtsstrukturen durch multinationale Unternehmen, um ihre globale Steuerlast künstlich zu reduzieren, betonen die USA und die anderen OECD-Mitgliedschaften im Zusammenhang mit internationalen Transaktionen erneut die Anwendung dieser Doktorin. Das BEPS-Projekt ist ein dramatisches Beispiel für diese neue Schwerpunktsetzung.



Christopher Meier
Steuerberater, Tax Manager,
Brix+Partners LLC,
E-Mail: christopher.meier@brixcpa.com
Tel.: +1 212 9831550

III. Aus anderen Rechtsgebieten

1. China: Indirekter Transfer von Grundstücken durch nicht ansässige Unternehmen

The China State Administration of Taxation (SAT) is continuing to strengthen the PRC Enterprise Income Tax (EIT) on indirect property transfers by non-resident enterprises. This heightened control over tax exposure on such transfers in China makes it important for investors in such enterprises to ensure tax compliance and to structure their transactions accordingly.

Circular Guoshuihan [2009] No. 698 ("Circular 698") issued by State Administration of Tax ("SAT") in 2009 provided that a transfer of equity by an offshore company which indirectly holds equity in a China tax resident enterprise ("TRE") is subject to Chinese enterprise income tax ("EIT"), if the arrangement is deemed as an abusive use of company structure but without justifiable purposes. Ever since Circular 698 became effective, SAT was striving to improve taxation on such offshore indirect equity transfers.

Extended Scope of Offshore Indirect Transfers

Then, in 2015, SAT issued the SAT Announcement [2015] No. 7 ("Announcement No. 7"), namely the "Announcement of the State

Administration of Taxation on Several Issues Concerning the Enterprise Income Tax on Indirect Property Transfer by Non-Resident Enterprises”, to further strengthen the control over offshore indirect equity transfers.

Announcement No. 7 extends the regime on taxation for offshore indirect transfers of Chinese Taxable Properties (as defined below) compared to Circular 698. It is hence clarified that not only offshore indirect transfers of equity may be taxed, but also transfers of real estate and equity investment assets in TREs in China (collectively referred to as “**Chinese Taxable Properties**”) may trigger a tax exposure in China if Chinese tax authorities deem such transactions are conducted without any justifiable business purposes.

Justifiable Business Purposes

Further, Announcement No. 7 offers clearer guidance compared to Circular 698 on how to assess “justifiable business purposes”. Announcement No. 7 outlines eight different aspects which shall be considered by Chinese tax authorities to assess if a transfer transaction is to be deemed with or without justifiable business purposes. These eight aspects comprise:

- whether the main value of the equity of the enterprises abroad is derived (in-)directly from Chinese Taxable Properties;
- whether the assets of the enterprises abroad are mainly composed of investment (in-)directly made in PRC territory or whether the income of enterprises abroad is derived mainly and (in-directly) derived from PRC territory;
- whether the functions actually performed and the risks undertaken by the enterprises abroad and their subordinate enterprises directly or indirectly holding Chinese Taxable Properties can prove that the enterprise's structure has economic substance;
- who are the shareholders and what is the business mode of the enterprises abroad and for what time have the relevant organizational structures been in place;
- what taxes apply abroad to the indirect transfer of Chinese Taxable Properties;
- the substitutability between the transaction of indirect investment in and indirect transfer of Chinese Taxable Properties and the transaction of direct investment in and direct transfer of Chinese Taxable Properties by an equity transferor;
- tax conventions/arrangements applicable in China to the income from indirect transfers of Chinese Taxable Properties;
- other relevant aspects.

Announcement No. 7 further stipulates four circumstances in which a transaction can be immediately deemed as having no justifiable commercial purposes, these circumstances are (known as the “Red Area”):

- at least 75 per cent of the equity of the enterprise abroad (i.e. outside China) is (in-)directly held by Chinese Taxable Properties;
- at least 90 per cent of the total assets (not including cash) of the enterprise abroad (i.e. outside China) are (in-)directly composed of investments in China at any time in the year before the indirect transfer of Chinese Taxable Properties, or at least 90 per cent of the income of the enterprise abroad (i.e. outside China) is (in-) directly derived from China in the year before the indirect transfer of Chinese Taxable Properties occurred;

- despite the enterprise abroad (i.e. outside China) and its subordinate enterprises directly or indirectly holding Chinese Taxable Properties having a registered seat in their country abroad in order to satisfy the organization form required by the local laws of the host country, the functions actually performed and the risks undertaken by such enterprises abroad are limited and insufficient to prove economic essence;
- the income tax payable abroad for the indirect transfer of Chinese Taxable Properties is lower than the possible tax liability in China as for the direct transfer of Chinese Taxable Properties.

Safe Harbors

Announcement No. 7 introduces “safe harbor” scenarios in that the offshore indirect transfer of Chinese Taxable Properties meeting the below criteria shall be deemed as having justifiable commercial purposes:

- The equity relationship of the parties involved in the transfer fulfills at least one of the following conditions:
 - the equity transferor (in-)directly owns at least 80 per cent of the equity in the target enterprise (equity transferee);
 - the equity transferee (in-)directly owns at least 80 per cent of the equity of the equity transferor;
 - at least 80 per cent of the equity of both equity transferor and equity transferee is owned by the same party.

NOTE: If more than 50 per cent (not including 50 per cent) of the value of the equity of an enterprise abroad is (in-)directly composed of real estate in China, the 80 per cent-rates above shall be increased to 100 per cent. Also, the aforesaid indirectly held equity shall be calculated by multiplying the shareholding ratios of all enterprises in chain of shareholders.

- Chinese income tax applicable to a future indirect transfer after the current indirect transfer should not be less comparing to a similar transaction in case the current indirect transfer had not happened.
- The equity transferee pays the full equity transfer consideration by providing its own equity by providing equity in enterprises controlled by it (not including equity of stock-listed enterprises).

Withholding Agent

Announcement No. 7 finally also clarifies that the withholding agent in China for tax declaration for such offshore indirect transfers of Chinese Taxable Properties shall be the entity/individual having the immediate payment obligation to the transferor. If withholding agent fails to withhold the payable EIT, the tax authorities may investigate the liability of the withholding agent.

Conclusion

Announcement No. 7 does not provide any restriction on the transaction that falls into the “safe harbor” and hence the documentation shall be well reserved by the equity transfer parties to prove that the transaction falls into the “safe harbor” scenarios. Also, one shall try its best to avoid that the transaction will fall into the “Red Area” which will trigger the anti-tax avoidance investigation by Chinese tax authorities. If the transaction falls into neither the “safe harbor”

nor the "Red Area", one shall self-assess if the transfer transaction is with justifiable business purposes based on the eight aspects mentioned above, or could consider to report to the competent Chinese tax authorities and ask for their advice if the decision cannot be made based on self-assessment.



Tony Zhu
Rechtsanwalt, Steuerberater,
Associate,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
E-Mail: Tony.Zhu@bblaw.com
Tel.: +86 10 85298110-20

2. Deutschland: Ausländische Tochtergesellschaften und nationales Wirtschaftsstrafrecht

Auch im Zusammenhang mit nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften können sich wirtschaftsstrafrechtliche Fragestellungen in Deutschland ergeben. Mit einem entsprechenden Sachverhalt musste sich beispielsweise der Bundesgerichtshof im Jahr 2010 beschäftigen (BGH, Urteil vom 13. April 2010, 5 StR 428/09).

Dem Angeklagten wurde vorgeworfen, als Director einer nach dem Recht der British Virgin Islands gegründeten Gesellschaft von seinem deutschen Wohnsitz aus unberechtigt eine Online-Überweisung von einem Konto der Gesellschaft zu seinen Gunsten vorgenommen zu haben.

Dem Vorwurf war ein Konstrukt der Gesellschafter vorausgegangen, in dem 60 Prozent der Einnahmen der Gesellschaft in Form von Bargeld in Bankschließfächern verwahrt wurden. Im Zeitverlauf hat der Mitgesellschafter des Angeklagten Bargeld in Höhe von mehreren Millionen für eigene Zwecke verwendet. Nach der Entdeckung legte der Mitgesellschafter dem Angeklagten nahe, gegen eine entsprechende Abfindung „auszuscheiden“. In diesem Zusammenhang entschloss sich der Angeklagte, Überweisungen von dem Konto der Gesellschaft zu seinen Gunsten vorzunehmen. Die Überweisung erfolgte von dem deutschen Wohnsitz des Angeklagten, sodass ein inländischer Handlungsort vorlag.

In diesem Kontext hatte sich der BGH mit der Fragestellung beschäftigt, ob strafbare Untreue vorliegt. Der BGH kam zu folgendem Ergebnis:

Wird einem Angeklagten vorgeworfen, als Director einer ausländischen Gesellschaft von einem inländischen Wohnsitz aus eine Überweisung von einem Konto der Gesellschaft zu seinen Gunsten vorgenommen zu haben, ohne dazu berechtigt gewesen zu sein, sind bei der Prüfung einer strafbaren Untreue die Gesellschaftsverhältnisse und die Satzung der Limited würdigen.

Die im Zivilrecht entwickelte sogenannte Gründungstheorie, nach der bei der Auslandsgesellschaft die Rechtsfähigkeit nach dem Recht zu beurteilen ist, nach dem sie gegründet wurde, findet auch im Strafrecht Anwendung. Im Falle einer Limited einer EU-Auslandsgesellschaft ist zur Bestimmung der Pflichten des Directors im Rahmen des § 266 Abs. 1 StGB auf das ausländische Gesellschaftsrecht zurückzugreifen. Eine entsprechende Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts kommt nicht in Betracht.

Zusammengefasst gilt, dass bei nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften, etwa einer englischen Limited, aus strafrechtlicher Perspektive die gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten der handelnden Personen nach dem Gründungsland zu berücksichtigen sind. Wird hier eine ordnungsgemäße Compliance außer Acht gelassen, kann dies zu einer strafrechtlichen Haftung in Deutschland führen – auch, wenn es um Sachverhalte beinahe ohne jeden Inlandsbezug geht.



Jörg Bielefeld
Rechtsanwalt, Partner,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
E-Mail: Joerg.Bielefeld@bblaw.com
Tel.: +49 89 35065-1393

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diese Publikation nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an BB-International-Tax-Law@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
www.beitenburkhardt.com/impressum

Redaktion (verantwortlich)

Helmut König

Ihre Ansprechpartner

Beijing • Suite 3130, 31st floor, South Office Tower,
Beijing Kerry Centre, 1 Guang Hua Road • 100020 Beijing
Susanne Rademacher, Rechtsanwältin
Tel.: +86 10 85298-110 • Susanne.Rademacher@bblaw.com

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Dr. Malte Strüber, Rechtsanwalt, Steuerberater
Tel.: +49 30 26471-262 • Malte.Strueber@bblaw.com

Brüssel • Avenue Louise 489 • 1050 Brüssel
Dr. Dietmar O. Reich, Rechtsanwalt
Tel.: +32 2 6390000 • Dietmar.Reich@bblaw.com

Düsseldorf • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf
Helmut König, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater
Tel.: +49 211 518989-117 • Helmut.Koenig@bblaw.com

Frankfurt am Main • Westhafen Tower • Westhafenplatz 1
60327 Frankfurt am Main
Dr. Rudolf Mikus, Rechtsanwalt, Steuerberater
Tel.: +49 69 756095-481 • Rudolf.Mikus@bblaw.com

Moskau • Turchaninov per. 6/2 • 119034 Moskau
Falk Tischendorf, Rechtsanwalt
Tel.: +7 495 2329-635 • Falk.Tischendorf@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Dr. Michael Hils, Rechtsanwalt, Steuerberater
Tel.: +49 89 35065-1221 • Michael.Hils@bblaw.com

Shanghai • Suite 801, 8th floor, Central Plaza,
227 Huang Pi Road North, Huang Pu District • 200003 Shanghai
Matthias Müller, Rechtsanwalt
Tel.: +49 211 518989-117 • Matthias.Mueller@bblaw.com

St. Petersburg • Marata str. 47-49 lit. A, office 402
191002 St. Petersburg
Natalia Wilke, Rechtsanwältin
Tel.: +7 812 4496000 • Natalia.Wilke@bblaw.com



Weitere interessante Themen und
Informationen zum Steuerrecht finden Sie
in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • NÜRNBERG • SHANGHAI • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM