

# 2011年度 IFA 年次総会（パリ大会）報告



税務大学校研究部主任教授

渡邊 勲

税務大学校研究部教授

田中俊久

はしがき 本稿は、平成23年12月8日に開催された、IFA 日本支部の2011年度 IFA 年次総会（パリ大会）報告会における、税務大学校研究部主任教授 渡邊 勲氏と同・研究部教授の田中俊久氏による掲題の講演を取りまとめたものである。

報告、それからパネリストのご意見がきちっと整理した形で表示されて、参加者に非常にわかりやすく議論が進められていました。本日も、それと同じパワーポイントの資料（本文末尾に添付）を使いながらお話致します。

それから定番ですが、私どもの意見はなるべく差し挟まず、公平にかつシンプルに報告をしたいと思いますが、まれに意見が出てしまうかもしれません。これは組織の意見や見解ではありません。それよりも私どもの経歴といえますか、実は私は立案部局に長くて、田中は調査部局に長く、いずれにもアカデミックなおいは全然ありませんし、それなりのバイアスが当然掛かっているかとも思いますので、その辺もご容赦いただければと思います。

それでは主要議題の1から現地の資料に基づいて、順次報告をしたいと思います。主要な〔議題1〕は田中で、〔議題2〕が渡邊ということで、分担させていただきたいと思います。

## 〔議題1〕

### ◆ 国際的事業再編

#### 1. 概要とパネリストの紹介

（田中） それでは〔議題1〕についてご説明させていただきます。IFA の年次総会で実際に使われた資料で進めさせていただきます。

（渡邊） 本日はご報告の機会をいただきまして、大変ありがとうございます。

税務大学校においても従来から情報発信の強化ということで、「税大ジャーナル」という出版物に、各年次総会の概要を報告しています。ただ、幸か不幸かあまり反響がないので、本日のような機会をいただきまして、大変ありがとうございました。次第です。

大きな議題が2つありました。それからセミナーが10でしょうか。これをどのように報告するかということで少し相談しましたが、全部をいかつまむというのも至難の技なので、2つぐらいが適当かと思います。実は第2の主要議題は、SEMINAR C や SEMINAR D などと併せ、立体的な議事があったので、これに焦点を合わせて報告するのも1つかと思いました。ですが、やはり主要議題の1と2を報告するのがバランスが良いかということで、この2つを本日の報告とさせていただきます。

現地ではパワーポイントでパネルの方の基調

資料①-2ですが、最初に議長から〔議題1〕に関する紹介がありました。

このビジネスストラクチャリングがIFAの議題として選ばれた背景は、1990年代半ば以降、国境を跨ぐ多国籍企業による機能、資産、リスクの移転が世界中の税務当局の重大な関心事になっていることです。なお、今回の議題では、いわゆる国境を越えた多国籍企業による機能、リスク等の移転を扱っており、具体的にどういった移転価格の算定手法を採用するかといったところは除外されています。



パネリストには、1996年から2001年までOECDで「有害な税制のフォーラム」の議長をされたフランスのブルーノ・ジュベールさんが議長、メンバーには、3名の民間実務家の他、OECDのWP6で移転価格税制のヘッドをされていたキャロライン・シルバースタインさん、カナダ歳入庁のミッシェル・レバックさんが参加されています。

資料①-3は、議題の紹介です。〔議題1〕のテーマは大きく4点ありました。第1点目は各国からのジェネラルレポートです。2点目として、2つのケーススタディが挙げられています。その内容は、販売形態からコミッション形態へ変わった事業再編の事例で、もう1つは製造部門の海外移管の事例です。3点目として、パネルが集中して討議するテーマです。それらは、①事業再編取引の『再構成』(Recharacterization)、②資産の移転(Transfer)、③契

約の再交渉や解除(Contract renegotiation/termination)、④『代替し得る選択肢』(Alternative options)という項目で、これら4つの視点から議論や検討が行われています。そして、最後の4点目に「What can be done?」ということで、参加者から「今後何ができるのか」が、今後の対応として述べられています。

今回の〔議題1〕である国際的な事業再編取引に関しては、税務当局はそれらの取引に対処するためにさまざまな課税上の対策をしている一方、事業再編自体は、法人税を軽減するという効果があったにしろ一般に租税目的だけではなく事業目的になされていることも指摘されており、こういった点が問題を難しくしているものと考えられます。また、このような国境を跨ぐ事業再編は、日本においても顕在化しつつある分野であるということが出来ます。

## 2. 各国レポートの総括

資料①-4~11が、IFA年次総会のためのジェネラルレポートの紹介です。ジェネラルレポートは、資料①-5にあるとおり、欧州、中東、アフリカの26カ国、アメリカの9カ国、アジアパシフィックの5カ国からの報告を基に報告されています。

資料①-6は、ジェネラルレポートの内容に関する報告です。ジェネラルレポートでは、どの国のレポーターもビジネスストラクチャリングについては、自国における重要問題であり、税務当局からも注目されている旨の報告が行われています。このような報告がある一方で、実際に立法措置等を設けている国はどうかというと、特別な明文規定を設けているのはドイツだけで、課税上の取扱いを設けている国も極めて少なく、オーストラリア、オーストリア、アメリカ合衆国などの国々であり、訴訟事例も少ないといった内容の報告も行われています。

また、資料①-7にありますように、多くのレポートで、各国ともこのビジネスストラク

チャリングに関する税制の適用について、奮闘していることが指摘されています。

パネルの討議では、このような40カ国から受け取ったレポートの中から、4つの視点を討議課題として抽出しています。具体的に申しますと、1点目は「納税者による事業再編取引を税務当局が『再構成』し得る状況は何か」といった視点です。2点目が「価値あるもの（ビジネスチャンス、潜在利益、のれん）」といったものが移転しているのか、また、その価値はどのように評価するのか、3点目が「関連企業間で契約の再交渉や終了をするとどのような課税をもたらすのか」、4点目が「事業再編において『代替し得る選択肢』は何か、また、どのような状況で適用されるべきか」です。こういった視点から2つのケーススタディに基づいて、検討が行われています。

国際的な事業再編取引という議題を検討するパネルにとって、どういった視点から検討するかについては、パネル討議の成否を分ける正にポイントであると言えます。今回、パネルは、各国の報告をとりまとめたジェネラルレポートを基にこれら4つの視点を抽出しており、ここに挙げられた視点が、納税者や課税当局などの関係者にとっての最大の関心事であることが伺えます。また、パネルの討議は、改正されたOECD 移転価格ガイドラインを前提にして進められており、改正ガイドラインの考え方を明らかにするといった意図もあったものと思われる。

### 3. 2つのケーススタディ

#### 3-1 事例紹介

それでは2つのケーススタディを紹介させていただきます。最初は、コミッションエアの事例で、資料①-13からになります。

親会社であるParent社は、その子会社であるSubCo社に関して、ある製品の製造及び販売に関するライセンスを供与しています。子会

社であるSubCo社は、そのライセンス契約に基づきSubCo社が所在するローカルマーケットの顧客や海外のグループ企業に対して、自己の勘定でその製品の製造販売を行っています。また、SubCo社は、自己の勘定で製造工程の改良に繋がる技術研究を行うとともに、グループ企業にテクニカルサービス提供しています。

資料①-14~15が、どのように事業再編がなされたかという図になります。この図にありますように、Parent社は当初SubCo社に供与していたライセンス契約を終了させ、新設したPrincipalにそのライセンスを供与しています。そして、PrincipalがParent社に代わってSubCo社との間で、①製造に関する委託製造(toll manufacturing)契約と②販売に関するコミッションエア契約を締結しています。これらの変更にともない、SubCo社の販売先はローカルマーケットの顧客だけとなっています。また、このような事業再編がグループ全体で行われています。

端的に申しますと、従来、SubCo社は、Parent（親会社）からライセンス供与を受け、自分の勘定で製品の製造販売を行っていましたが、事業再編が行われたことによって契約の当事者がParent社からPrincipalに代わり、新たにPrincipalとの委託製造契約、コミッションエア契約を結ぶことにより、SubCo社は、Principalのための委託製造業者と問屋（コミッションエア）に変わったということです。そして、問屋（コミッションエア）ですので、販売はPrincipalのために行う形態に変化しています。

資料①-15では、この事業再編によりSubCo社の人材や従来の業務がどのように変化したかについて、もう少し詳しく説明しています。人材に関しては、SubCo社から何人かのシニアマネージャーが、各ローカルのグループ企業を支援するためにPrincipalの従業員として、転居を伴う移動をしています。そして、SubCo社にはローカルの問題だけに対応するマネージャーと製造工程の改良に関連するテクニカル

サービス部門が残されています。これが最初のコミッションアの事例です。

**資料①-16～17**は2番目の事例です。2番目の事例は、製造部門の海外移管の事例です。

A国に所在するTireCo社は、MMMという自動車会社に対してタイヤの製造販売をしています。TireCo社は、タイヤの製造メーカーでA国内に幾つかの工場を持っていますが、その工場のうちの1つでMMM社用のタイヤを製造していました。事業再編の契機は、MMM社から、従来A国で作っていた車種をB国で生産するので、それに併せてTireCo社に対しB国でタイヤを供給してくれないかという話があり、TireCo社は供給を止めるのか、あるいは、B国に進出してタイヤを供給していくのかという選択を迫られたというものです。

**資料①-17**では、事業再編後の状況を説明しています。TireCo社は、その要請に対してどう対応したかと申しますと、A国にあったタイヤの工場を閉鎖して、新たにB国に新たにB Ltd社を設立し、タイヤの製造工場を新設しています。そして、TireCo社は、新たにB国で設立したB Ltd社に対して製造に関するライセンスを供与して、B Ltd社が新たにB国のMMM社に対してタイヤを供給するといった取引形態に変化しています。

そして、具体的にA国ではどのような変化があったかと申しますと、A国では従来の工場が閉鎖され、そこで働いていた従業員がほとんど解雇されるとともに、工場の土地建物も第三者に売却されています。また、製造業務等に関しては、A国の工場で使用されていた重要な製造機械2台がB Ltd社に売却され、A国で働いていたエンジニアの3人が、新設工場での製造に備えてB国に移動しているといった事例です。

ジェネラルレポートがとりまとめたナショナルレポートにおいては、4つの事例について“Exit Country”となる場合と“Entry Country”となる場合の報告が求められていました

が、年次総会ではこのような2事例となっています。取り上げられたケーススタディの2事例は、いわゆるバイセル取引から問屋（コミッションア）への転換、製造部門の海外移管といったいずれも国境を跨ぐ事業再編取引において、典型的な事例ではありますが、業務内容の変化や人材の動きなどを設定することにより、無形資産などの検討にも繋がるように配慮されているものと考えられます。

### 3-2 検討

#### (1) 事業再編成取引の再構成

このような2つの事例について、4つの視点から検討がなされています。

最初に検討された視点は、事業再編成取引の『再構成』(Recharacterization)です。ここでは、納税者が実際に行った事業再編に係る取引を、税務当局が『再構成』する場合を扱っていて、この点について税務当局はどのような場合に納税者の事業再編取引を『再構成』できるかについて議論が行われています。

報告は、**資料①-20**のOECDの事業再編に関するレポートの説明から始まっています。OECDの事業再編に関するレポートが、多国籍企業の法令順守と課税当局の独立企業原則(arm's length standard)の要請に合ったものであることが説明された上、独立企業原則の検証は、関連者によって実際に行われた取引により行われるべきであり、必要な場合には独立企業原則に基づいて移転価格課税が行われるということで、移転価格ガイドライン(9.163～9.168)が紹介されています。

なお、この辺の事情に関しましては、本庄資先生が先日出版されました『国際課税の理論と実務 73の重要課題』の「OECD 移転価格ガイドライン第9章の新設」に詳しく記載されていましたので、参考資料として一緒に配付させていただきます(本誌掲載・省略)。

それでは、こういった場合に『再構成』が行われるかについては、**資料①-21**に挙げられて



います。税務当局が移転価格課税を行い得る場合として、ビジネスストラクチャリングにおける関連者取引の条件や状況が、独立当事者間で合意されると期待されるものと相違する場合がそれに当たります。そのような具体的な場面として、①契約条件が取引の経済的実質と整合性がない場合（OECD 移転価格ガイドライン 9.165 及び 9.183）、すなわち、契約条件が当事者の行動と一致しない場合、②取引に経済合理性がない場合、③当事者間の条件が非現実的な場合を挙げています。

また、一方では、資料①-24にありますように、事業再編取引がなぜ起こるかに関する説明もあり、スケールメリット、事業効率性及び一貫したマーケティング戦略の構築の観点から、競争力を高めるためには集約したマネジメントが求められるという事業上の理由が説明されています。

具体的なケース 1・2 について、資料①-24～27にありますように、取引実体や経済合理性の有無、経済合理性の判断、事業再編に関するドキュメンテーションに関する議論がありました。そして、「税務当局はどのような場合に納税者の事業再編取引を『再構成』できるか」については、実務家のパネリストからは「事業再編自体に実態があり、事業目的が明確である限りにおいて、納税者が行った取引は尊重されるべきだ」といった意見が出される一方、税務当局の担当者からは「取引が実際に行われたからといって、そのまま認容することが難しい場合がある」といった指摘がなされていました。また「仮に税務当局が再構成を行った場合に、課税当局は何に課税するかを明確にする必要があるのではないか」という意見もありました。

〔議題 I〕の国際的事業再編のパネルメンバーは、最初に紹介しましたように、民間実務家の他、OECD の勤務経験者、税務当局者で構成されています。実際のパネルでは、これらのメンバーに、それぞれの立場から意見を発言させることにより、4つの視点に関する考え方の

相違を浮き彫りにさせています。その結果、事業再編成取引の『再構成』（Recharacterization）では、課税に対し保守的な対応を求める民間実務家からは、慎重な意見が出される一方、税務当局の担当者からは課税するケースもある旨の意見がなされるなど、パネリストそれぞれの立場を踏まえた各様の意見となっており、このような討議の構図は、議題 I の最後まで続いています。

## （2）資産の移転

次に検討された視点は、資料①-29からの「事業再編に係る資産の移転」についてです。メインのスピーカーとして、OECD に在籍したシルバースタインさんが最初に説明をされています。国際的な事業再編において、企業の部門が移転したような場合に、無形資産を含む各部門に係る機能が移転したものととらえて、移転価格税制を適用すべきであるか否かという議論です。

最初に、資料①-29にありますように、今回の OECD 移転価格ガイドラインの改正の趣旨に関する話、すなわち、事業再編取引が第三者間で行われた場合に付されたであろう条件を明確にすることである旨の説明がありました。そして、その検討は、事業再編取引の資産の移転に関する論点として、①資産の移転は存在するのか、②何が移転されたのか、また、③どのように移転価格を設定するのかという3項目が挙げられ、進められています。

一番目の「資産の移転は存在するのか」については、資料①-30にありますように、①単純なケース、②論議を呼ぶケース、③複雑なケース、の3つのケースが説明されました。①単純なケースは、有形資産と無形資産が併せて移ったような場合です。②論議を呼ぶケースは、一定の活動が失われて、同様の活動が他の国で行われたような場合です。そして、③複雑なケースは、従業員の移動を伴う場合、無形資産の移転なのか、役務提供の取引なのかという取引の性格付けが問題となるケースで、こういった場

合に移転の対象になるのかという問題です。

次に、資料①-31は「何が移転されたのか」という点です。ここでも、①単純なケース、②論議を呼ぶケース、③複雑なケース、の3つのケースが説明されました。①単純なケースは、トレードマーク、パテントといった伝統的な無形資産の移転のケースです。②論議を呼ぶケースは、シナジーあるいはロケーションセービング、事業機会、人的資源といった価値を有するものの移転がある場合です。③複雑なケースは、第一世代の無形資産をどのように考慮するのかといった問題です。

ちなみに、機能の移転に関して、OECD ガイドラインでは、国際的な事業再編に係る機能移転が行われた場合の取扱いとして、パラグラフの9.67において「再編時点で識別可能な権利又は資産を有する企業には、それに応じた潜在的利益があることから、その潜在的利益を犠牲にしたことを正当化するために、適切な報酬が与えられなければならない」とし、無形資産の範囲は明確には指定はしていませんが、事業再編における無形資産等の移転に対する移転価格税制の適用の可能性が示唆されています。

さらに、「どのように移転価格を設定するのか」という点に関しては、資料①-32～33にあるように、価格は価値によって相違するため、権利やその他の資産、取引の状況等を考慮する必要があり、価値については、どのような独立企業間価格の算定手法を採るのが適切か、どのような評価方法を採用するのか、比較対象がない場合どうすべきか、などの問題が挙げられています。

資料①-34からは、資産の移転に関する検討です。実際にどういったものが移転しているのかということに関しては、単純なケースについては明らかであるが、特に事例2のような場合は、難しいのではないかという意見がありました。また、実務においては、「継続企業 (going concern)」あるいは「のれん」といったものの移転が大きな問題となっていて、「継続企業

(going concern)」の移転に課税を試みる場合などについては、論争的となっていることが指摘されています。また、OECD 移転価格ガイドラインの9.93では「継続企業の移転に係る評価は比較可能な状況において、独立企業当事者間で報酬が与えられたであろうすべての価値ある要素を反映すべきである」として、例えば、とりわけ経験豊かな研究チームが配属された研究施設を含んだ事業部門の移転が関係する事業再編の場合においては、そのような継続事業の評価は、独立企業間であれば合意されたであろう当該施設の価値及び配置された人員の価値を反映すべきであるといったことが取り上げられています。

一方、実務家からは、資料①-36～38にありますように、①過去の監査の経験から有形資産あるいは無形資産の評価は難しいが、継続企業 (going concern) に関する取扱いはそれ以上に難しいこと、②有能な従業員のヘッドハンティングが行われた場合には、契約上の条件があらかじめない限り、元の雇い主に対する補償金は払われないこと、③一般に法的保護のない無形資産については、ノウハウ等を例外として重要な価値を有することがなく、再構築に係る費用の観点から評価すべきであることなどの意見が述べられています。

改正された OECD 移転価格ガイドラインは、国際的な事業再編がなされた場合には、機能やリスクの移転に対する対価を検討すべきとして、「何らかの価値あるもの」の移転等の有無や第3者間でそれが補償されるものに関する対価を検討すべきことを挙げています。国際的な事業再編取引における論点では、この資産の移転に関する問題が中心的な課題とも言えます。現在、OECD で検討課題となっている無形資産の問題などとも一致し、パネルでも立場や考え方の相違により意見が分かれたところです。

### (3) 契約の再交渉又は終了

次に検討された項目は、「契約の再交渉又は終結」に関する視点です。事業再編によって既

存の契約関係が終了したり、あるいは実質的に再交渉される場合には、①資産の償却や雇用の契約の終了などの再編費用、②顧客のニーズに合わせるための転換の費用、③潜在利益の消失といった問題が生じます。

契約の再交渉又は終了の項目の検討は、資料①-40から始まります。ケーススタディにおける事例1では、本格的な販売業者から低リスクの受託製造業者とコミッションエアに転換されています。また、ケーススタディの事例2では、A国では工場が閉鎖されていて、B国に工場やその施設すべてが移転しているといった状況があり、こういった場合に補償が支払われるのかなどについて検討が行われています。最初に契約内容をみると、2つのケーススタディにおける具体的な各契約内容は、事例1ではA国で販売及び製造に関するライセンス契約がツールマニュファクチャリング契約とコミッションエア契約に、事例2では供給契約が違うエンティティに対する契約等になっています。

「契約の再交渉又は終結」の視点における大きな論点は、資料①-41のとおり、契約の終了に関連した支払と、新規契約に関する支払であることに大別できます。資料①-41～42では、事業再編における契約の終了に関連した支払について検討しています。旧契約に関しては、契約内容の検討、あるいは、補償されるべき事業再編取引とは何かについて検討が必要とされ、契約上の支払の特約がない場合でも、一定の場合には付加的な支払があり得るかといったことが取り上げられています。

また、資料①-44からは、新しい契約に関する論点です。新しい契約に関しては、これまでの契約内容に影響を受けるのかといった点、当事者にとっての交渉力（bargaining power）や代替し得る選択肢の検討が重要であることなどが挙げられた上、OECDの移転価格ガイドラインは、検討のための枠組みを提供するが、一定の分析や判断が必要であるとの意見がありました。

資料①-46からの検討では、最初に従来の契約において通知期間や契約期間に関する免責条項などの規定がどのようになっているのか、商事法によって保護されているのかなどの必要性が挙げられるとともに、現実的に利用できるどのような選択肢があったのか、新規の契約により潜在的利益が喪失すると知った場合、独立した当事者はどのように行動するのかといった検討の必要性なども指摘されています。

最後に資料①-48～49において、ケーススタディの検討をしています。事例1では、将来の潜在的利益が補償されているか、実務慣行はどうなっているか、補償に関する事例があるかなどの検討が必要とされること、事例2では、契約の再交渉又は終了に関する契約は、第3者との間であることから無関係であることや比較対象取引を把握できるかといった問題が挙げられました。これらに対し、他のパネリストからは、「付加的な支払は契約上で必要な場合、あるいは慣行として行われる場合のみ認められるべきではないか」といった意見や「OECDの議論において、契約をどの程度尊重すべきかについては、課税当局間で見解の相違があったものの、契約内容を検討の基礎とすべきこと、当事者の行動が契約内容に合致しており、当事者間で行われると考えられる範囲において尊重すべきである」といった解説がなされていました。

パネルの討議におけるように、「契約の再交渉又は終結」に関する視点は、契約の終了に関連した支払と新規契約に関する支払という、2つの問題に大別されます。いずれの場合においても、パネルでの討議で挙げられた契約内容、実務慣行、独立企業原則などの分析を行うことにより、その是非を判断するものと考えられます。我が国の移転価格税制では、今のところ、これらの取引に関する適用範囲を示す指針は明らかにされていませんが、上記(2)の資産の移転の問題と同様に、立場や考え方などの相違により意見の分かれるところであるように思われます。



#### (4) 代替し得る選択肢

最後の視点は、「代替し得る選択肢」ということで、「納税者は実際に行ったことと相違することをし得るか、すべきか」といった問題です。資料①-52からです。

この「代替し得る選択肢」の目的は、独立企業間価格を決めることにあります。どのように検討するかというと、具体的な検討は、「誰かが損をしているのか（any of the parties are worst off）」、「明らかに魅力的な（clearly more attractive）選択肢があるのか」、「条件は、同様の選択肢や状況における第三者が認め得るものか」といったことを明らかにすることであるとしています。そして、ケーススタディにおける2つの事例について、それぞれ代替し得る選択肢が挙げられています。

事例1では、資料①-53にあるように、子会社の観点からは、①親会社と従来の取引の継続を交渉すること、②事業再編に応じるがより主体的な機能を果たすように交渉すること、③第三者と同様の取引を行うこと、④事業を廃止することといった選択肢が考えられます。また、資料①-54にあるように、事例1の親会社からは、①子会社の事業を買収すること、②第三者の事業を買収すること、③自ら事業を行うこと、④契約条件の交渉を行うことといった選択肢が考えられます。

事例2では、資料①-55～56にあるように、B国法人の観点からは、①B国で第三者の事業を買収すること、②自らが製造技術開発やノウハウなどを発展させること、③A国の法人の技術を買収すること、また、TireCo社の観点からは、①第三者とライセンス契約を行うこと、②ライセンスを供与するのではなく売却すること、③A国において別の製品を製造するといった選択肢が考えられるとしています。

OECD 移転価格ガイドラインに従って考えると、こういった選択肢の中に、『明らかに魅力的な（clearly more attractive）』な選択肢があるのか否かという検討が行われるとの説明が

ありました。

これに対しパネリストからは、資料①-58～59にあるように、①課税当局の「他に魅力的な選択肢があり、納税者はその選択肢に従って計算された課税所得を申告すべき」というような考え方は、株に投資をして損をした人に、土地に投資していれば利益を計上していたはずであるから、そのあるべき利益に課税するのと同じである、②目的テストは、単に他の代替可能な選択肢と納税者が選択すべき選択肢とを見分けるために必要であるなどといった意見がありました。また、代替的な選択肢がより魅力的であるか否かではなく、経済的理論でいうところの支配的な選択肢（Dominant Option）であるべきという意見がある一方で、これに対しては「どのように支配的であるかが明らかでない」といった反論がなされていました。

「代替し得る選択肢」の視点では、このような独立企業原則の適用の判定に、「代替し得る選択肢」の有無が用いられていることから、その条件となる OECD 移転価格ガイドラインの『明らかに魅力的な（clearly more attractive）』の意義を明らかにしようと検討が試みられています。民間の実務家の中からは、株式と土地の投資に関する意見のように、その条件が『明らかに魅力的な』場合では足らず、支配的な選択肢（Dominant Option）である場合に限るといった意見までなされており、実務家の課税などに対する懸念の大きさが伺えます。

## 4. 今後の対応

最後に納税者、課税当局、OECD のそれぞれの見地から、今後何ができるかという話がありました。

「納税者は何ができるか」ということに関しては、2点ほど挙げられています。事業再編に係るドキュメンテーションをより充実することが1つです。具体的な内容は、契約に機能やリスクを明確に記載したり、同様の第3者間取引



を反映させることをはじめ、資料①-61に記載されているとおりです。2点目は、課税が行われた場合には解決が困難になることから、APAを有効に利用すべきということです。

「税務当局は何ができるか」ということに関しても、2点目挙げられています。資料①-63にありますように、事業再編取引に対する独立企業原則の適用の困難性から、税務当局には常識的・現実的な判断が必要ではないかということ、それから、資料①-64にありますように、産業あるいは市場について、より充実した情報の蓄積が必要ではないかということです。

最後の資料①-65～66は、「OECDは何ができるか」という説明です。ここでは、ガイドラインの事業再編に関する改正は重要な前進であるが、この議論を通じて認識された、無形資産の評価に関する議論は進行中であるということ、また、non-OECDのエコノミーを関与させていくことが重要であること、無形資産に関するディスカッションドラフトのリリースが2013年に期待されることなどが挙げられました。

国際的な事業再編取引に関しては、ジェネラルレポートのとおり、世界各国での重要な問題となっていますが、税務当局による課税がなされた場合には、そのインパクトは大きく、納税者や税務当局にとってその負担が大きくなることは容易に想定されます。この議題の最後のまとめとして、今後何ができるかについて報告されていますが、今後、OECDやIFA総会といった国際的な場で、無形資産をはじめとした事業再編取引に共通するコンセンサスが形成されていくことが期待されます。

以上が、ビジネスストラクチャリングに関する報告でした。どうもありがとうございました。

〔渡邊〕 以上の〔議題1〕の議論は、最近出されたOECDの移転価格ガイドライン9章を下敷きにして、その内容は所与という形で行われております。実は、第9章につき、パブリッ

クコメントに出された内容と、実際に仕上がった内容を少しテキストベースで比べてみたのですが、相当変わっている点が判明しました。

われわれのバイアスのかかった目からすると、ドラフトに比べて随分優しくなったなという気もしますが、それでも企業側の方は、例外中の例外にしろみたいなことも出ていて、結局は比較可能性の中身やインタンジブルの議論などがよく詰まらないと、9章だけ読んでみてもなかなか議論は収束しないというのが結論かなというところでした。

## 〔議題2〕

### ◆ 「事業所得」に対する二重課税の排除に係る実務上の重要論点

## 1. 概要とパネリストの紹介

〔渡邊〕 それでは〔議題2〕にまいります。資料②-2～3からになります。実はこの議題の2については先ほども申し上げましたが、理論あるいはパネリストの意見を戦わせるというよりは、問題が生ずる場面がどこにあるかを提示するというのが主眼でした。資料②-3に出っていますが、Practical Issuesをまず提示するというのが主眼でした。したがって、パネリストの役割は、あまり議論を戦わせるというよりは、どのような場面があるかという紹介に尽きたと思われます。

1人紹介しておくと、議長であった弁護士ウェストさんは、実は日本に潜在的に影響を及ぼしていた方です。平成15年に日米租税条約の全面改定が仕上がったわけですが、そのときの米国側のヘッドであった方で、日本の役所風と言えば財務省主税局の審議官国際租税担当といった立場でした。

租税条約交渉の裏話を少し申し上げると、条約交渉は一応外交交渉なので、日本の外務省や

米国の国務省を入れた協議をしますが、実はその前哨戦として、財務省同士で非公式意見交換、非公式協議で、相当中身を揉むというプロセスがあります。この辺は報道されませんが、実はそこが非常に大事なところで、このウェストさんが、その段階での向こう側のヘッドでした。



実は仕上がった条約には残っていない条文もそのときにはいろいろ議論されて、場合によってはこのウェストさんが日本の条約を変えたという歴史ができたかもしれませんが、結果的に日本側が主張したような条文で仕上がっています。正式な条約交渉は、この次の方が担当されたという歴史があります。ちなみに当時のナンバー2だった方も、別の投資ビークルのセミナーで参加されていたと思います。

米国は「回転ドア」などと言いますが、役所で活躍されていた方が、また民間からこのように発言して影響力を行使しているという事例です。

## 2. 二重課税議論の枠組み

それでは中身の議論を紹介したいと思います。まず資料②-4で、今回の議論は直接税で、かつ法人に関する二重課税の排除が適切に行われているかどうかを中心に議論し、どちらかというと、理論編というよりは従来どのように言われ、考えられていたが、現実の実務ではこういう事情があるという、様々な場面を提示する仕

掛けになっています。

例えばどういう言い方をしているかということ、後ほど出てきますがConventional WisdomとRealityという言い方をされています。そのConventional Wisdomというのは、神話や都市伝説とまでは露骨に言わないまでも、よくこう言われているけれども、そのような場合には限らないということを見せ、かつRealityというところでいろいろ問題がある場面を紹介するという、幾つか論点を現実の事例に対比させて紹介するというのがこのセッションの仕掛けです。

さらに面白いのは、『仮説1・2・3』を、少し芝居がかっていますが紹介します。これはどういうことかということ、『現状ルールのいろいろな問題点に対し簡素な解決策があるのかどうか』、『従来言われているように、国外所得免除方式の方が全然問題ないというのかどうか、或いは国外所得免除方式は全然いいことがないということはどうか』、『OECDの国際協調はともかくとして、各国の政府は十分なことをしているのかどうか』、以上この3点を、議論が終わった後で会場から投票してもらおうという、そういう演出がありました。

そこで資料②-4に戻りますが、ここでは間接税の話、それから国内的な法人株主の二重課税といった議論はしないということを明確に言っています。

資料②-5については、個人の二重課税、それから二重非課税で、先ほどもありましたが、経済的二重課税対法的二重課税の問題、それから移転価格の問題と、こういったところはあまり触れないという仕掛けです。

そもそもの「ビジネスインカムの二重課税の排除」という議題ですが、ここでのビジネスインカムというのはいわゆる7条で規定されている所得という意味合いで、われわれがよくいう事業所得対雑所得みたいな、そういう事業所得ではないというのが1つミソかと思います。これは後の方の事例に挙がってきますが、7条

の立ち位置にも触れるような論点かと思います。

次に資料②-6ですが、二重課税が単に税金の負担の問題ではなくて、何で問題になるのかというそもそも論ですが、投資や雇用に悪い影響がある、あるいはトレードの問題にもつながりますが、平等な競争の場を提供することが大事ではないかということです。

さらに Laffer Curve のことまで持ち出されています。資料②-7 のような例が出てきましたが、若干こは、国際的な企業の海外進出がこういったグラフで、つまり税率や税負担だけで進出の意思決定をするのかは少し疑問なので、言わんがために出してきたような図かと思います。国内でたばこ税を上げたらどうなるかというような議論ならこれでいいのかもしれませんが、多国籍企業の行動パターンをこのような図で説明するのかどうか、私は学術的によく承知しません。

こういった目的でもって、先ほどの3つの仮説を(会場の)皆さんどう判定されるでしょうかと、その材料としていろいろな事象を紹介しましょうというのが、まずウェスト議長のイントロでした。

### 3. 各国レポートの総括

ここから中身に入ります。

まず基調報告ということで、ナショナルレポートを総括する報告がありました。資料②-13にもあるように、Conventional Wisdom、神話と言っては失礼ですが、従来からこういうことを言われています。そして、資料②-14に Real World とありますが、これが実態であると、常にこの対比で話が進んでいきます。

資料②-13では、そもそも全世界所得課税と、テリトリアル主義の違いから述べられていますが、これは当たり前の内容です。次に Real World です。テリトリアルの課税だからといって、法的二重課税の問題が生じないのか、全く無視していいのかという問題もあり得ると

ということです。どのような場面があるかというのは、後の方で出てきます。実際の経済活動においては、いずれの方式であっても企業あるいは納税者の方は、二重課税、特に納税者を異にするが、同一の負担をもたらすといった経済的二重課税のところは避けて通れないという紹介がありました。

資料②-15です。これはそもそも論で、外税控除方式と国外所得免除方式は、どういう仕掛けかということです。われわれになじみのない免除方式のところで1点申し上げると、2ポイントで免除した所得を課税所得の税率の決定に考慮する場合があります。これはいわゆる累進付き免除といった制度を取る国があります。現にヨーロッパでも多いかと思います。

われわれの租税条約も、条約集をよく見ると、相手国の23条(二重課税排除条項)の規程ぶりの中に、このようなことが実は書かれています。ですから実際には所得免除といっても、免除するのは税額を控除するという仕掛けで、どちらかというとなら減算ではなく、税額の方で控除するような国が多いかと思います。

資料②-17で、今度は外税控除のいろはですが、まず一番下が間接外税控除で、上の2つは普通控除とフルクレジットです。後者が何を言っているかという、とにかく海外で払った税金は、法人税からすばんと全部抜いてもらうということです。これは、要するに国内の実効税率を越えて、とにかく払ったものは自国の法人税から引いてあげますと。ただ、損金として引くのではなく、税額で引いてあげるという仕掛けなので、昔から租税条約コメントリーにも書いてありますが、こんな人のいい仕掛けが実際あるのかということです。例えば、昔で言えばインドのように60%の法人税を払って、30%税率の居住地国でフルに引いてしまうと、それは国内所得にも食い込む話です。類型として挙げられているだけであって、本当にフルクレジットがあるのかどうか非常に疑問ですが、どちらかという、いまだにこのような言い方も

紹介されているという事例です。

それから資料②-18で、ここも課税ベースの哲学と、具体的な適用の仕方が、少し定型的に紹介されています。テリトリアルだとエグゼンブションである、それからワールドワイド（全世界所得課税）だと税額控除だという言い方をしますが、これも定型的な言い方であって、先ほど言った累進付免除をやるのであれば、実はテリトリアルであっても、税額で計算しないとできない仕掛けかと思います。課税ポリシーを議論するときのテリトリアルかワールドワイドかという話と、具体的な計算の手法は必ずしも一致しないということかと思っています。

それに対して資料②-19はまた Real World ですが、まず所得免除といっても、パッシブインカム扱いをどうするのか、あるいは条約でどのように修正されるかという問題もあるということです。

すべての所得を国外所得免除とすれば、完全なテリトリアルになりますが、ヨーロッパのように、アクティブインカムだけ所得免除をするという制度が多いかと思っています。そうすると、パッシブとアクティブの切り分けというか、パッシブをどうやって認識するか、どこまで許容するかというのが、1つの制度論であり執行の問題点かと思っています。

それから外税方式の下枠ですが、これも日本のように、子会社配当は免除するという外税控除の国もあります。あるいは国内法では外税控除だけど、条約相手国との間では免除方式にしようといった租税条約も現にあります。日本の条約集を見ても、相手国の中にこのようなことを書いた所を探すことができるかと思っています。

そういったこともあるので、典型的な免除方式のメリットや、典型的な外税控除の困難性や複雑性が、どうも現実には一概には言えない、両方ともいろいろあるという紹介です。

資料②-20~22では、実際のナショナルレポートを見て、ABCのパターンがあるという紹介でした。まずAというのが全世界所得課

税をする国です。次のCは、テリトリアルをやる国です。例えばここに紹介されたのは、オーストラリア、オーストリア、デンマーク、エストニア etc. です。

次の3のグループBがいわばハイブリッドの国で、ここでの定義付けは、海外支店については免除ではなくて外国税額控除、それから子会社配当等ではないようなパッシブインカムについては、外税控除を残しています。それに対して子会社配当、支配配当についてはエグゼンブションを採用します。次に支店所得は、条約の特約として免除方式を使うといった、このようなカテゴリーの国があります。これがいわばハイブリッドだということで、具体的にはベルギーやカナダなど、そういった所が紹介されています。税制改正後の日本も、どちらかといつこのカテゴリーに入るのかと思いますが、紹介されていません。

資料②-23~25は Conventional Wisdom の話として、免除方式、それから外税控除方式の得失を紹介して見せるということです。

まず、資料②-23は免除方式です。ここではあえてステレオタイプに書かれていると思いますが、メリットとしては簡潔で執行のコストも少ないこと。デメリットとしては、内外配分の上で国外所得を認識するルールが必要です。それから海外損失を面倒見ていません。あとは、いわゆる租税計画に対して誘因的というか、そういうデメリットがあるという紹介です。

それに対して、資料②-24が外税方式で、これは裏返しということですが、ここでメリットの方に経費控除の内外配賦について、あまり問題ないというようなことが書かれています。ですが、少しこはわれわれの実感とは非常に遠いところでは。控除限度額を計算するときに、典型的には共通経費のようなものを国内所得に配分するか、国外所得に配分するかによって、外国税額の控除限度額が変わってくるわけです。

そこが非常に問題で、有名なアメリカの9つか10のバスケットを作るとか、日本の簡易バス



ケットなど、そういう措置も結局ここに帰着するので、経費の内外配賦に悩みがないといったところは、少しステレオタイプ過ぎるのではないかと思います。

それから海外の損失をなんとかできるのが魅力のように書かれていますが、そこは立場の違いがあるかと思います。租税計画に対しての評価も同レベルであるということですが、本当にそうなのか、そんなに問題ない制度かなというのが実感です。

それに対して、デメリットとしては、やはり限度額計算や間接外税控除について非常に複雑で、かつ手続的にも、事務的にもコストが掛かるということも含まれます。さらには課税当局についても、行政コストが掛かるということが書かれています。

それで、もう結論をちらちら出しているのが資料②-25ですが、理想的な世の中はないというネタばらしのような1コマですが、国外所得免除・外税控除両方のシステムの共に二重課税のリスクが実はあるということです。

冒頭で申し上げなかったのですが、そもそも二重課税というのは排除措置の優劣の問題ではなく、二重課税がどこで生ずるのかと、例えば源泉ルールの競合や、居住性の競合など、二重課税が生じ得るところを従来議論してきたはずですが。ただ、今回は排除措置の優劣ないし得失を議論しているというのが、この議論の仕掛けです。

尤も、議論の後半の方に Other Issues ということで、本来そもそも論であった二重課税が生じ得る場面が紹介されています。したがって、今回の議論の中心は二重課税をどうするかというよりは、二重課税の排除措置の優劣を争うといった議論になっているところです。

2つ目の箱は、両制度ともやはり租税計画に対しては弱いということです。それから3つ目の箱は制度設計と執行の仕方、いずれにしても複雑になる要因が書かれています。

「両制度とも」と全部付いているのです。で

すから具体的には、制度のいずれかがというより、制度の仕掛け、執行が具体的な場面でどう働くかということ、個別に見ていく必要があるということが、この議長のサジェストするところかと思います。

## 4. パネルの検討

資料②-26からは、Conventional Wisdom と Reality を幾つか、具体的に紹介するという建付けになっています。

どのような切り口をしたかという、まず1つ目が Expense Allocation (経費の配賦)、それから海外損失の控除が2日目、タックスプランニングに対してどうであるかという話が3日目、最後の論点が複雑性 (Complexity)、このような4つの論点から幾つか事例を切り出して紹介するということでした。

### 4-1 経費の配賦

資料②-27です。これは当たり前のことで、所得なき所に経費なしということで、海外所得を disregard する以上、海外所得には経費なしということです。それから外税控除の方は、ある経費を国内所得に付けるのか、海外所得に付けるのかという問題があります。

外税控除のところも、実は個々の経理処理の問題なのか、そもそも論なのかということが後ほど出てくるかと思います。その一端を紹介すると、当期に発生した金利は、国内の金利なのか、海外の金利なのかというのはなかなか難しい議論です。そもそも Money is fungible の世界ですので、仮にある銀行から、海外工場 A のための運転資金などという約定で金を借り入れたとしても、結局そのお金がどこに行くかというのは企業の資金計画です。あるいは通貨別で管理すればいいのかといっても、なかなかそれでも資金の紐づけはうまくいかないということで、そういうことを実際に実践した米国の事例などもあります。

付け加えて申し上げれば、例えば特許を開発するという場面を考えれば、開発の場合千三つ万三つの成果物を狙って、人件費と償却費を毎期々々ずっと計上して、期間経費としてどんどん落としているわけです。これはずっと何年にもわたって、国内の課税ベースを減らす方向に働くわけですが、千三つ万三つから出来上がった特許権から海外使用料を受け取ると、これが海外所得になって、外税控除の控除枠を作ってしまう。

では人件費、償却費を資産化しておいて、使用料をもらったときにマッチングさせればいいというのは実際には不可能なので、こういった特許権のロイヤリティのケースで考えれば、構造的に国内の課税ベースを減らして海外所得で結実します。国内所得も生じますが、外税控除にもなります。ここは個々の企業さんのマニューバー（maneuver）の問題ではなく、税制がとても仕組みないというところもあります。ですから、内外の経費配分の悩ましさというのはいろいろなレベルであるということが、後ほどでも出てくるかと思いますが、

**資料②-28**は、今度は神話ではなくて Reality の話です。外税控除では、ここでは海外への配賦が多過ぎる、あるいはそのためか、それ以外の理由かで、外税控除の限度額が過小に減らされてしまいます。

ここもどちら側から見るとの話で、ある経費を中か外か、どちらに配賦するかというのはなかなか議論が尽きないところでもありますし、そのための事務コストも結構ばかにならないのです。ですから、事務コストを減らせるという1点においては免除方式がいいかもしれませんが、そもそも内外どちらという議論は、なかなか本質的な解決は難しい話かと思っています。

ここでは矢印が、一応外税方式は二重課税につながる、can（かもしれない）と書いてありますが、なかなか微妙なところですが、

**資料②-29**で紹介されているのは免除国の例ですが、本部経費と海外支店への配賦の問題で

す。どのくらい本部経費を海外支店に負担させるかという話と、それから実際海外支店の所在地国において、どのくらい認容してもらえるかなど、やはり R 国と S 国の、あるいは PE 国の一致しないというところは、避けて通れないことかと思えます。

次の**資料②-30**ですが、今度は支店ではなくて子会社の場合です。子会社のために発生した経費を、どのくらいまで認容できるかという話です。

例えば親会社が子会社のために発生したといっても、子会社のために役務提供をしたのか、そもそも株主として当然払うべき費用なのか、なかなかわからないところがあるのです。フランスというのは恐らく従前から、経験則と言っては怒られるかもしれませんが、海外配当を免除するときに、5%減額して、95%免除しますということです。日本が今回の仕掛けでそれをパクったのかどうかはわかりませんが、やはり5%や10%を免除から除外するというのが、制度の実例では認められるところですが、

**資料②-31～32**では、米国の例が紹介されています。なぜ特に米国の例だけなのかがよくわかりませんが、議長さんの特権でしょうか。

実は米国が経費の控除に対して非常に厳格というか、国際合意をある程度無視してでも、厳格な課税を仕組んでいます。単純な例で申し上げますと、古い条約の7条3項でしょうか、「PEのために生じた費用は控除する」と書いてありますが、米国の国内法を見ると「リーズナブルな金額は控除する」と書いてあって、「リーズナブル」と色が付くわけです。このように適正課税を狙うというのが、逆の面から見ると厳格すぎるルールと映ってくる可能性もあります。

この点に関して、米国でも有名になりましたが、イギリスの銀行があるときチャレンジしたことがあります。そのときはタックスコートに行かないで、別の裁判所のルートを狙ったのです。画期的な判決が出たと言って、IRSの人は怒っていました。厳格な制度を仕組むとどうも

国際的な調和から外れてしまいます。

資料②-32については、改正提案として、国内管理をしたときだけ経費を認めてあげるといったことです。これもまた何年かおきぐらいに出てくる提案かと思いますが、例えばR & Dの研究所の費用も、国内の研究所は控除してあげるけれども、海外の研究所は控除しないなど、そういった提案は昔から出ては消え、出ては消えをしています。なかなかそれも企業からすると、認容し難いところはあるかと思います。

ステレオタイプな例で言えば、生産拠点は海外に行くけれども、開発は国内に限るというのはなかなかないのではないのでしょうか。例えばインテルなどは有名ですが、CPUの開発を国内とイスラエルで並行してやります。これは単に24時間を効率的に使うというだけではなく、設計思想の違うものを開発します。例えば国内は速度重視、馬力重視のCPUを開発し、イスラエル拠点は省エネ型を開発するといったことが、現に行われたようです。ある時点で馬力重視のCPUが、電力が漏れてしまったりして倒れてしまいましたが、そのときにイスラエルでやっていたような別の設計思想のものが、今インテルのメイン製品になっています。

ですから、単に24時間使うために研究拠点を分ける、あるいは研究者の件費から研究拠点を割くということではなく、いろいろな理由から研究拠点をグローバルにすることとも現にあるので、単に国内で落とした経費だけを引くなどということは、多分実現しないと思います。

#### 4-2 損失の控除

資料②-32からは損失の控除の問題です。ここはまたコンベンショナルな話で、まず免除方式と外税方式の違いがあります。

従来から言われている、免除方式だから海外は無視するので二重課税が生ずると書かれているようですが、そこはテクニカルにあって、二

重課税なのかどうかは少し疑問です。そもそも海外のことは見ないと言っているので二重ではないはずですが、全然考慮されていないことが問題だというように理解するしかないと思います。

資料②-34が現実の世界です。外税控除方式であったとしても、いろいろな適正化というか、制限のルールを作っています。吹き出しで書いてあるのは、いろいろな理由で制限を作る特則がある、それから海外の損失を受け入れるキャパシティがなくなっているケースもあります。

最後はrecaptureの話で、海外支店の損失を取り戻すということですが、この辺の発想はどうも日本の税制では思い付きません。例えば、進出形態から考えると、代理人から進出して支店を設置し、現地子会社というように、普通はそのような発展形態かと思いますが、支店形態の発展段階から次の現地子会社化するとき、支店段階で結構海外損失、つまり事業の立ち上げで赤字段階だったとすると、全世界課税をするとその赤字も当然法人税の課税ベースを減らす方向に働いていますから、国内で納める法人税が減っていたわけです。それを組織再編して現地の子会社化するとき、適格何とかという話ではない別の次元の話として、今まで国内の課税ベースを減らしたものを帳尻合わせで置いていけという、recaptureの規定が米国の法人税にあるようです。

とても日本の法人税の制度設計からは考えられませんが、そういった議論があるかもしれないということで、現実の問題とすれば、外税方式だからといって海外損失をなんとかしてくれているわけでもないというのが、この報告だったと思います。

資料②-35はブラジルの例です。ブラジルは、95年から全世界課税に移りました。それで課税するときは全世界ですが、損失の取扱いについてはここで内外バスケットを作って、海外の損失は海外のゲインというかプロフィットからしか控除させないという、いいところ取りの全世

界課税をやっている国もあるという例です。

資料②-36は、フランスの例です。政策判断で海外の損失は無視すると言いつつも、特定の業種や企業規模などによっては、特例を認めるということもあります。そういった例の紹介です。

### 4-3 タックスプランニング

次のポイントですが、タックスプランニングに対しての脆弱性ないし誘引があるかどうかの議論です。

伝統的にはどう考えていたかですが、免除方式というのは海外の所得をダイレクトにばっさり落としてしまうものですから、非常にプランニングの効果が高いので、そういう意味ではプランニングを誘引する可能性があります。その誘引の度合いは、外税控除よりも大きいというのが伝説でした。

資料②-39で現実世界の話をしています。両方式であっても、同じぐらい租税計画には脆弱であるということが紹介されています。

資料②-40も各国の税制度によって誘引の度合い、あるいはプランニングしたときのご褒美の度合いが随分変わってくるという紹介がありました。ある年度の課税所得だけではなく、課税の繰り延べといったところも制度によって随分違うので、そういったご褒美の度合いも違うという紹介がありました。

次の資料②-41は、免除方式の国であってもこうだということが書かれています。先ほども申し上げましたが、免除方式の対象となる国外所得は、通常アクティブ所得に限られます。典型的には事業を行う子会社の配当、それから実業事業を営む支店の所得、国によってはそれに係るキャピタルゲインまで広げるのですが、アクティブインカムという位置付けで、実業の観点から所得免除するということに制限することがあります。逆に言えば、パッシブな所得は課税しつつ、外税控除だということになるかと思えます。

また、フランスのように、そもそも国外所得をディスリガードすると言いながら、CFCルールがあるというのは創設的な取り込みとしか言いようがありません。日本のように一部の論者が便宜言われるような、配当を前倒しで取れるというような説明もできませんから、国外所得免除の国であってもCFC課税が行われている現実があるという紹介かと思います。

あとは内外区分というのがキーになるので、artificialな取引を作ることによって、内外の遷移はでき得るという紹介です。

資料②-42は非常に簡単な事例です。配当受け皿会社をつくって、免除方式を活用するという仕掛けです。それから資料②-43と資料②-44は2つに分かれてビフォー・アフターがありますが、パートナーシップを介在させて、エンティティの取扱いがカナダと米国で違うことを狙った仕掛けです。

資料②-45の事例は、左側は多分過小資本税制に引っ掛かってしまうような、関連会社間の利払いです。それをかいくぐるためにどうするかという話があり、端的に言ってしまうと一種のBack to Backローンだと思いますが、ぐるっと回って非関連者を通じて資金を供与するということがあります。

資料②-47に行きますと累進付き国外所得免除の世界で、これがどのように働くかという紹介がありました。累進付き免除の趣旨は、海外所得には課税しないけれども、累進税率や段階税率がある場合に上積みの税率区分、税率ブラケットを適用する仕掛けなので、そういう国では免除された所得であっても、税率に影響するという数字の比較です。

### 4-4 複雑性

次のポイントは複雑性で、こういったところで免除方式と外税方式でどう違うかということですが、ここは例示がなくても手続的に、あるいは事務的に非常にコストが掛かるといった紹介がありました。そういった事例の幾つか紹介



がありましたが、実はほとんどわれわれが知っているようなことでした。

## 5. 二重課税を生じる例

### 5-1 源泉判定の競合

先ほど申し上げたように、排除措置の優劣得失ではなく、そもそも二重課税がどのようなところで生じるかというのが、資料②-57以降で紹介がありました。1つには源泉判定の競合の問題があります。

その源泉判定の問題で、面白いのがトライアンギュラー・ケースで、資料②-62です。これも以前語られたベーシックな問題ですが、B国の法人がC国に支店を出しています。C国は、その支店に対して移転価格課税をします。対象取引はA国とC国の支店の話で、では租税条約はどのように適用されるのかという話です。C国所在のBの居住地国はBですから、法律的にはB・A間の条約で頑張ってくれということになるかもしれませんが、それで解決するのでしょうかというのが問題提起かと思います。

### 5-2 所得の性質決定

次の論点は資料②-66からで、所得の性質決定の話です。資料②-67に具体的な事例があります。これはブラジルにおいて、フランス企業をやっつけてしまったという紹介です。ブラジルの課税当局がフランスの企業に対して、国内からの役務提供をどう課税するかという次第です。

企業からすれば、これは7条の問題だから、PEがなければ課税せずという話です。役務提供というのは、ブラジルから見れば7条ではなく、その他所得になるということで、21条を適用しました。多分これはOECDモデルの21条そのものではなく、源泉地国に課税ができるタイプのその他条項だと思います。

この例を見ると、そもそも論として先ほど冒頭で私が申し上げましたように、7条と21条の

見出しを見ると Business profits と Other income になっていますが、ただ、7条の文言を見ると Profits of an enterprise なのです。要するに包括的な支店の所得として書いてあります。

他方21条は Items of income …… not dealt with in the foregoing Articles……、要するに前各条で定めていないものは21条に行くとしか言っていないので、少なくとも企業の7条所得に関する限り、21条が登場する場合があるのかというこの哲学的な問題が、実は昔からあると承知しています。ですからこのブラジル側が Other income だと言ったのが、確信犯であったのかどうかはわかりません。

ちなみに法律を読むときに、ある条のテキストに対して、その条の見出し（タイトル）がどのような効果があるかを私はよく承知していませんが、日本の外務省は、条約の各条にタイトルを付けることを好まないのです。私どもに条約交渉をさせるときに、各条にタイトルを付さないように交渉をしと言いますが、それを相手国に説得させるのが非常に難しいのです。

現に国税庁が出している条約集を見ると、各条に見出しがないので非常に使い勝手が悪いのですが、市販の方はちゃんと「編者注」ということで見出しが振ってあります。

その効用があるのでしょうか、国内での個人所得税の議論の何がしかのイメージがあって、『事業所得』なり『雑所得』などの用語が思い浮かぶと、条約上の Business profits と Other income が、そのアナロジーでも考えがちになります。ところが条文をよく読んでみると、必ずしもそうではないのがわかるかと存じます。

資料②-71からは Entity Classification で、ある事業体が、条約締結国のこちらと向こうでどのように見えているかというところで、競合が起こるのではないかということです。

これについては、OECDの議論もあって、日米条約では特則を設けることにしています。4条の居住者の定義の中に1つ項を設けて、相手国での性質決定を尊重すると書いています。

基本的にはこのような条約上の特則を設けない限り、競合が起こるのかというところです。

## 6. 結 論

最後に、資料②-77から Recommendations という言い方ではありますが、常識的な提言がされています。条約を遵守しましょうとか、相互協議を柔軟に活用しましょうとかは、当局に向けて言っているかと思います。あるいは支店

についても相互協議を認めてくれということですが、それは支店所在地国と条約交渉をしろという趣旨なのか、3カ国で相互協議をやれということかが少しよくわかりませんが、そのような現実的な提案を縷々提言されています。

最後に、冒頭の会場から投票しようといった3つの仮説です。これは全員一致して否決されたというのがオチでした。

以上で終わりに致します。ご静聴どうもありがとうございました。



①-1




**Cross-Border Business Restructuring (Subject 1)**

Chair of the Panel: Bruno Gibert  
General Reporter: Heinz-Klaus Kroppen  
Panelists: Michelle Levac, Tim McDonald, Edward Morris, Caroline Silberstein

IFAC2011


①-2



**General introduction of the Chair**

- Why the subject “Business Restructuring” (“BR”) has been selected by IFA?
- What BR includes and what it does not include
- Presentation of the panelists

①-3



**Agenda**


- General Report
- Presentation of two cases
- Discussion of the cases around the five following topics:
  - Recharacterization
  - Transfer
  - Contract renegotiation/termination
  - Alternative options
- What can be done?

①-4



**I. General Report**


①-5



**General Report**

- We received 40 reports
  - 26 from EMEA
  - 9 from the Americas
  - 5 from Asia Pacific
- Length of reports (from 6 to more than 30 pages) and contents differed largely reflecting different experience levels with the topic

①-6



**General Report**

- All national reporters agree that BR is a major issue in their country and receives a lot of attention from the tax authorities
- Contrary to this observation there is only:
  - one country – Germany – which has specific laws for BR
  - very few countries which have tax authority pronouncements (for example Australia, Austria, US)
  - a small number of court cases covering BR
  - OECD Guidelines

①-7

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### General Report

- Most national reports struggle with the application of their general rules to BR
- The national reporters view the treatment of certain aspects of BR very differently which leads to a substantial risk of double taxation
- The OECD published on 22 July 2010 a new Chapter IX of the Transfer Pricing Guidelines on the Transfer Pricing Aspects of BR

①-8

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### General Report

- Four different situations related to BR have to be distinguished:
  1. Transfer of a business or a partial business ⇒ generally business valuation including goodwill
  2. Transfer of one or more assets without any connection ⇒ separate valuation of those assets without goodwill

①-9

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### General Report

3. Transfer of a number of assets together with an activity which are connected but which do not constitute a business yet ⇒ business valuation of a going concern or separate valuation of isolated assets?
4. Change of contractual relationships together with a change of the functional and risk profile (change from distributor to commissionaire or manufacturer to toller) and reduction of the profit potential ⇒ can there be a taxable event without the transfer of an asset?

①-10

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### General Report

- Major issues identified:
  - Will tax authorities recognize a BR as undertaken or will they re-characterize it into something else?
  - Is the concept of the alternative option a valid concept and how should it be applied?
  - Has something of value been transferred (business opportunity, profit potential, goodwill) and how should it be valued?
  - What are the consequences of a contract renegotiation or termination?

①-11

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### General Report

- These topics will be discussed today based on two examples

①-12

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### II. Presentation of two cases



① - 13

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Case 1: Toll / Commissionnaire (1/3)

**Starting Point**

SubCo:

- Has a non-exclusive licence to manufacture and sell products to third parties in its local market and to foreign group entities;
- Performs some technical services related to the improvement of the manufacturing processes, for its own account and for other group entities;
- Similar licenses are granted to other group entities.

**Pre-reorganization**

① - 14

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Case 1: Toll / Commissionnaire (2/3)

**Reorganization implemented**

- Parent terminates the license with SubCo
- The IP is licensed to a newly created Principal, which becomes the entrepreneur.
- The Principal enters into (i) a toll manufacturing agreement and (ii) a sales commissionnaire agreement with SubCo.
- Generally, this structure (commissionnaire and toll manufacturing arrangements with Principal) is implemented with all affiliates throughout the group.

**Post-reorganization**

① - 15

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Case 1: Toll / Commissionnaire (3/3)

**Reorganization implemented (cont'd)**

- Some senior managers from SubCo become employees of Principal to take up regional / global responsibilities; they physically move there;
- SubCo keeps at its level (i) managers who deal only with local issues and (ii) the team of technicians in charge of providing the services relating to the improvement of manufacturing processes.

**Post-reorganization**

① - 16

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Case 2: Plant Closure (1/2)

Country A

- TireCo in Country A operates several factories for the manufacturing of tires.
- The tires for CAR PPP, a vehicle of a car manufacturer MMM unrelated to TireCo, are manufactured in one of those factories.
- MMM decides to produce the CAR PPP in Country B and requires TireCo to either supply the tires from a factory in Country B or cease to be a supplier for the tires of CAR PPP.

① - 17

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Case 2: Plant Closure (2/2)

- TireCo forms a new subsidiary, B Ltd., in Country B, which builds a new factory for the supply of CAR PPP tires. Location savings are expected to make B Ltd. profitable.
- TireCo closes down its existing factory in Country A, lays off nearly all the employees of the factory and sells the land and buildings and most of the machinery to a third party.
- Two valuable machines are sold by TireCo to B Ltd. and three engineers of TireCo are transferred to B Ltd. to help start the production.
- TireCo licenses the technology to B Ltd. for a royalty which is assumed to be arm's length.

**Country A**

**Country B**

① - 18

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### III. Discussion of the two cases around four topics

1. Recharacterization
2. Transfer
3. Contract renegotiation/termination
4. Alternative Options

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### III-1. Recharacterization

Lead speaker: Tim McDonald  
Additional speakers: Michelle Levac, Edward Morris

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Recharacterization - Possible transfer pricing adjustment vs. tax non-recognition of the transaction undertaken

- The Business Restructuring OECD report reflects a well developed balance between the:
  - MNC's legitimate tax efficient need to have the tools to evolve its business structure to remain competitive and
  - Tax administrator's need to enforce its tax rules under the arm's length standard.
- There is generally a strong presumption that the arm's length result can be achieved by recognizing the BR transaction actually undertaken and making, as necessary, price and/or condition adjustments to produce an arm's length result. TPGL.9.163-9.168

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Recharacterization - Recognition of the transaction undertaken

- A BR transaction may be respected as undertaken but transfer pricing adjustments may be imposed where the terms and conditions of a business restructuring differ from those that would be agreed upon between unrelated enterprises provided;
  - The economic substance is consistent with the form and behavior of the parties (TPGL 9.165 & 9.183),
  - The transaction is commercially rational from each separate participant's perspective,
  - The terms reflect the realistic opportunities of the parties.
- In the absence of a comparable, a non-arm's length transaction or arrangements which cannot be reliably adjusted to produce an arm's length result will not be recognized. (TPGL 9.169)

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Recharacterization - Non-recognition vs. TP adjustment

- To illustrate the distinction, assume a BR, as reported, causes profitability to drop by 100. Assume further, the transaction is respected but more accurate comparability adjustments are applied and the profit would only drop to 60. If the underlying transaction is respected, and the comparability adjustments are appropriate and reliable, a tax adjustment of 40 is justified. In contrast in non-recognition, an adjustment of 100 might be justified.

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Recharacterization - Non-recognition in Exceptional, Rare or Unusual Circumstances

- Based on the facts and circumstances of a transaction, non-recognition of a business restructuring for transfer pricing purposes is expected to be an exception reserved for transactions which are not credible based on the substance and business purpose of the arrangement and behavior of the parties.
  - Example TPGL 9.190 describes an asserted BR transaction with no real substance. A so called 'mere shell company'.
  - In contrast Example C, presents the same facts except substance and activity is altered for proper commercial reasons. See, TPGL 9.193-9.194

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Recharacterization - What is economic substance and proper business purpose?

- The evaluation of the business restructuring must be real and substantive based on the facts and circumstances of the actual transaction.
- Why do these restructurings occur?
- Often the restructurings are necessary to align management decision rights and incentives with the opportunity to pursue specialization and scale opportunities which are necessary to remain competitive.
- Even if there is an overall commercial rationale, are the economic terms and conditions rational for each party and reflecting the underlying economic reality behind the contractual arrangement under the arm's length standard?

① – 25

① – 26

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Recharacterization

### Case 1

- Is there substance to the transaction? Have SubCo's relevant assets, functions and risks been effectively transferred per contractual terms?
- Is there commercial rational to the group and is any compensation necessary to make the transaction AL for SubCo?

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Recharacterization

### Case 2

- Commercial rational is evident given the location savings
- B. Ltd is in fact acquiring the necessary resources to take on the operations of Tire Co
- Tire Co. has effectively ceased its operations with MMM

① – 27

① – 28

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Recharacterization

- Commercially rational from whose perspective?
- At arm's length, is it the expectation that counts?
- Is it sufficient to document and evidence a « due diligence » style process?
- What would a comparable independent do to conclude that a « good deal » could be reasonably expected?
- What should be taxed in place of the disregarded structure?

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## III-2. Transfer

Lead speaker: Caroline Silberstein  
Additional speakers: Heinz-Klaus Kroppen, Tim McDonald

① – 29

① – 30

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Transfer

- TP Guidelines: BR = "cross-border redeployment by a multinational enterprise of functions, assets and risks; cross-border reallocation of profits (or loss) potential"
  - Can involve the transfer of valuable intangibles, *although not always the case*
  - Can also, or alternatively, involve the termination or substantial renegotiation of existing arrangements
- The TP question: "Are there conditions made or imposed in the restructuring which differ from conditions that would be made between independent enterprises?"
  - => not a systematic taxation of variations of profit potential

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Transfer

- Is there a transfer?
  - Simple cases: e.g. tangible and intangible assets are sold by Company A to Company B
  - Controversial: e.g. activity stops in Company A and resumes in Company B
  - Complex: e.g. employees from Company A are assigned to Company B to assist Company B developing the activity previously carried out by Company A: is this a service transaction? Does it entail a transfer of intangible?

=> Application to cases 1 and 2

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Transfer

- What has been transferred?
  - Simple cases: traditional forms of intangible assets (e.g. patents, trademark...)
  - Controversial: e.g. synergy gains, location savings, business opportunities, workforce in place...
  - Complex: e.g. 1<sup>st</sup> generation intangibles

=> Application to cases 1 and 2

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Transfer

- How to price the transfer? (1/2)
  - Price different from value: take account of rights, other assets and circumstances of the transaction
- Value:
  - When is it appropriate to use one of the five TP methods?
  - When is it appropriate to use financial / accounting valuation methods (market / cost / income or discounted cash flow-based)?
  - How to deal with highly uncertain valuations? Role of contingency payments and other price adjustment mechanisms?
  - How to assess the reasonableness of the parameters used in such methods?

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Transfer

- How to price the transfer? (2/2)
  - What is the role of comparables? Are there reliable comparables for restructuring transactions?
  - What to do in the absence of comparables?
  - How to take account of the perspectives of both parties to the transaction?
  - Highest and best use?
  - Etc.

=> Application to cases 1 and 2

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Transfer

- Simple case is clear
- Our case 2 combines issues of Caroline's controversial and complex cases
- In practice, major issue is transfer of going concern/goodwill because it potentially leads to a high exit taxation
- Use of business valuation methods leads to the result that synergy gains, location savings and business opportunities are automatically included
- 9.93 TPGL ⇒ going concern: functioning economically integrated business unit
- Only for such unit the value is higher than the sum of the value of all assets

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Transfer

- Transfer of going concern requires that the business unit leaving the transferor is identical to the business unit received by the transferee
- Case 2 no transfer of going concern because the business unit is destroyed and a new different business unit in the receiving country is created
- Not comparable to the case of a business sale in which the activity can be continued at the same place in the same form without any disruption

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Transfer

- My audit experience is that evaluation of transfers of tangible and legally protected intangible assets may be a valuation dispute but that it is often much easier to resolve than assertions of a transfer of non-legally protected intangible assets such as "going concern" which often are a proxy for arguing for lost tax base.
- The key issue is identifying "...the significant intangible assets that were transferred (if any), [and] whether independent parties would have remunerated their transfer...[and at what price]". TPGL 9.80



① - 37

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Transfer

- What happens if one or a few employees of the restructured company move to an affiliate?
- Top talent is regularly recruited away from an employer in the marketplace without compensation to the former employer.
- In the absence of a covenant not to compete or restrictive employment contract is there a tax issue? Does it matter if management personnel regularly moves to and from affiliates' prior to the restructuring?

① - 38

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Transfer

- Most non-legally protected IP such as assembled workforce, customer lists and distribution channels have, in my experience, replacement cost type values.
- Typically a third party would only pay enough to avoid the disruption cost and delay it will take the new enterprise to create a similar asset. These type of assets do not typically represent long term assets.
- Manufacturing know-how and trade secrets in certain industries, particularly in industries that do not outsource manufacturing, may be a notable exception.

① - 39

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### III-3. Contract renegotiation/termination

Lead speaker: Edward Morris  
Additional Speakers: Tim McDonald, Michelle Levac, Caroline Silberstein

① - 40

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

- What contract has been terminated?
  - Case 1 : A license to manufacture and sell
  - Case 2 : Supply contract
- What new contracts are negotiated?
  - Case 1 : A toll manufacturing contract and a sales contract
  - Case 2 : Supply contract with a different entity, a technology license, contract for sale of machinery

① - 41

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

- Two broad issues:
  - Compensation associated with termination (including restructuring costs)
  - Compensation under new contract

→ To class as a re-negotiation, does the new contract have to be between the same entities?

→ Under a re-negotiation, does what the parties had or did before influence the outcome or are "all bets off"?

① - 42

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

- Old contracts - Compensation for termination (1/2)
  - What is in the contract?
    - What legal rights are enjoyed?
    - What is the notice period?
    - Have the parties behaved according to the contract?
    - Have the terms of the contract given rise to the arm's length reward?
  - What transactions associated with the Business Restructuring also have to be compensated for?

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

- Old contracts - Compensation for termination (2/2)
  - What would have been in the contract between third parties?
  - What happens when a contract naturally lapses and is not renewed?
  - Ex gratia payments - Would any extra compensation be paid and what factors might influence this?

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

- New Contracts - Compensation for the future (1/2)
  - Is the arm's length reward for the future influenced by the arm's length reward for the past?
  - Bargaining Power and Options Realistically Available
    - in Case 2, B did not exist under the old arrangement with MMM
      - Would B have to pay more to A for the license because of the profits A used to enjoy?
      - Would A be able to dictate advantageous terms to B?
      - Would A be able to share in the fruits of the location savings enjoyed by B? (From the perspective of B, there are not savings but are the steady state situation!)
      - Does the behaviour of MMM inform the analysis? (Does MMM pay less for tires to B than it paid to A?)

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

- New Contracts - Compensation for the future (2/2)
  - Can A attempt to recoup its loss through the sale of machinery or the transfer of engineers?
  - SUBJECTIVE ANALYSIS AND JUDGEMENT IS NECESSARY!

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

- Assuming the business restructuring is recognized and not recharacterized for tax purposes, the first step is to review the contracts;
  - What is the notice period and is it reasonable?
  - Is there an indemnification clause for termination or substantial modification? Should there have been such a protection?
  - Would unrelated parties litigate the contract?
- What protections exist under commercial law?
- Are there other equitable judicial remedies to protect detrimental reliance? TPGL 9.54 & TPGL 9.115

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

- What other realistic alternatives might exist for the parties to reject or modify the restructuring negotiations? TPGL 9.59 – 9.62 and 9.103
- What would unrelated parties do during the notice period if they knew their future profit potential may be reduced?
- Inadequate indemnification for the restructuring may have an impact on future transfer pricing terms, TPGL 9.102 & TPGL 9.140

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Contract renegotiation/termination

#### Case 1

- Is Principal compensating SubCo for the capacity to generate a future entrepreneurial return?
- Has SubCo lost the capacity to generate a future return without being compensated / should SubCo be compensated for investment cost to avoid a loss or to capture some of its expected profit?
- What is the industry practice?
- Is there any commercial or case law where indemnification was found appropriate?
- Have damages been suffered because of negligence, wilful act or other?

① – 49

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Contract renegotiation/termination

### Case 2

- Irrelevant since renegotiated / terminated contract is with third parties
- Could provide a comparable?

① – 50

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Contract renegotiation/termination

- Broader question about the role of contracts in an intra-group context:
  - ✓ Validity?
    - => Associated enterprises versus permanent establishments?
  - ✓ Level of detail, monitoring – cost of keeping up-to-date?
  - ✓ To what extent should they be respected by tax authorities?
  - ✓ Cost-benefits for MNEs?

① – 51

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## III-4. Alternative options

Lead speaker: Michelle Levac  
Additional speaker: Heinz-Klaus Kroppen

① – 52

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Options realistically available

Purpose is to determine an AL compensation and whether:

- any of the parties are worst off
- there was an option 'clearly' more attractive to the parties
- the terms would have been acceptable to an AL party faced with same alternatives & comparable circumstances

① – 53

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Options realistically available

### Case 1- perspective of SubCo

- Renegotiate the same license with Parent
- Negotiate a contract with Principal to perform additional functions, if more efficient
- Negotiate a full fledge license with a 3rd party
- Dispose of its operations to a 3rd party
- Cease operations

**Where 'clearly' more attractive**

① – 54

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Options realistically available

### Case 1-perspective of the Principal

- Acquire or license SubCo's former operations
- Acquire or license the operations of a 3rd party
- Build its own manufacturing/selling capacity and knowhow
- Renegotiate the pre-restructuring license to manufacture and sell

**Where 'clearly' more attractive**

① – 55

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Options realistically available

**Case 2- perspective of the B Ltd.**

- Buy an existing manufacturing operation in Country B
- Develop its own manufacturing technology
- Develop its own workforce and knowhow
- Buy rather than license the technology

**Where 'clearly' more attractive**

① – 56

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Options realistically available

**Case 2- perspective of Tire Co.**

- License to 3rd party(ies)
- Sell rather than license the technology
- Sell knowhow & goodwill rather than provide engineering services
- Manufacture alternative products and license its manufacturing technology/knowhow

**Where 'clearly' more attractive**

① – 57

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Options realistically available

What information is relevant:

- Return-risk or cost-benefit analysis
- Benefits anticipated by all parties
- Evidence of due diligence, structure that maximizes return/efficiencies for a given level of risk
- Story, commercial rational, industry practices

① – 58

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Options realistically available

- Life is full of realistically available options without tax consequences
- Investor for example might have the option to invest in stock, a savings account or real estate without tax authorities being able to second guess
- Likewise, a company might choose a business model of high but volatile return over one with a low but more stable return or vice versa without tax authorities being allowed to interfere

① – 59

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Options realistically available

- Objective test is needed to distinguish just another option from one which taxpayer should have chosen
- Economic theory has developed the concept of the dominant option
- Option clearly more attractive because it gives a better result under any assumed future development
- Is this the understanding of the OECD of "clearly" more attractive?

① – 60

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### IV. What can be done?

From a taxpayer's perspective: Edward Morris  
From a tax authority's perspective: Michelle Levac  
From an OECD perspective: Caroline Silberstein



① - 61

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### What can be done from a taxpayer's perspective?

- Transfer Pricing Documentation:
  - Contracts should delineate functions and risks clearly
  - Contracts should mirror closely similar arm's length situations (if possible)
  - Associated Enterprises do not have to behave as if they were independent parties
  - Evidence should be kept of Options Realistically Available
  - Bargaining power should be examined
  - Document the business case for the reorganisation - commercial evidence is compelling
  - Document the synergies and allocate them between the entities
  - Implement your Transfer Pricing Policies properly!

① - 62

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### What can be done from a taxpayer's perspective?

- Mutual Agreement Procedure:
  - Business Restructuring causes double taxation which is difficult to resolve!
  - Engage early with the other country
  - Ensure you maintain your rights under the Double Tax Convention and the Arbitration Convention
- Advance Pricing Agreements:
  - An effective way of establishing which country will tax what?

① - 63

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### What can be done from a tax authority's perspective?

- Recognize:
  - Inherent difficulty and subjectivity in applying the ALP
  - Freedom of MNEs to organize their business as they see fit
  - No presumption of a right to compensation / indemnification
  - Need for common sense, balance and pragmatism

① - 64

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### What can be done from a tax authorities' perspective?

- Build intelligence:
  - Good understanding of the industry, business, market, transaction and expected benefits
  - Consistent application of the ALP, worldwide

① - 65

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### What can be done from an OECD perspective ?

- OECD development of guidance on the transfer pricing aspects of intangibles
- See scoping paper and further information at [www.oecd.org/ctp/tp/intangibles](http://www.oecd.org/ctp/tp/intangibles)
- Definitional issues; identifying a transfer of intangible; pricing a transfer of intangibles; alternative options; timing issues (uncertain valuations, hindsight, etc.)

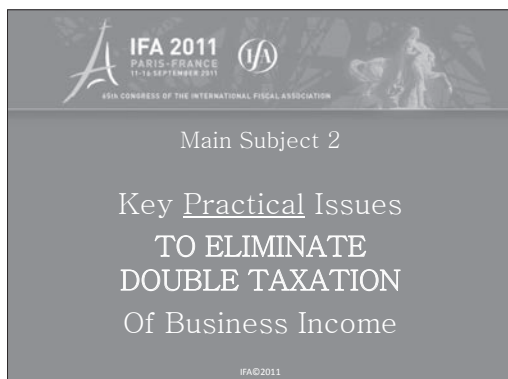
① - 66

IFA 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### What can be done from an OECD perspective ?

- Involvement of key non-OECD economies (Argentina, Brazil, Colombia, China, India, Malaysia, Russia, Singapore, South Africa; Indonesia invited)
- Ongoing involvement of the business community from the start of the project
- Hope to be able to release a discussion draft for public comment end of 2013

②-1



②-2



②-3

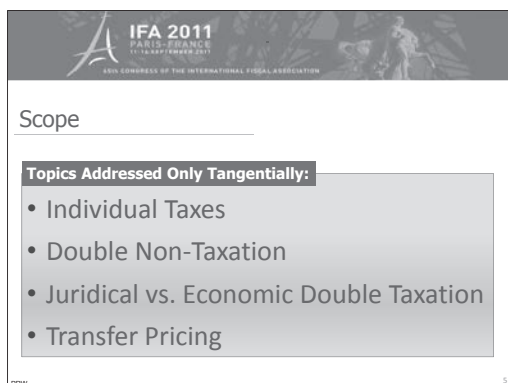


②-4

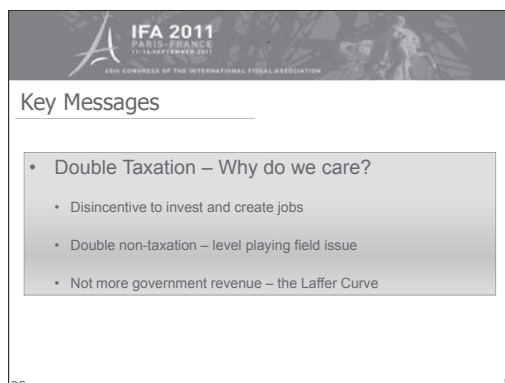


国際課税

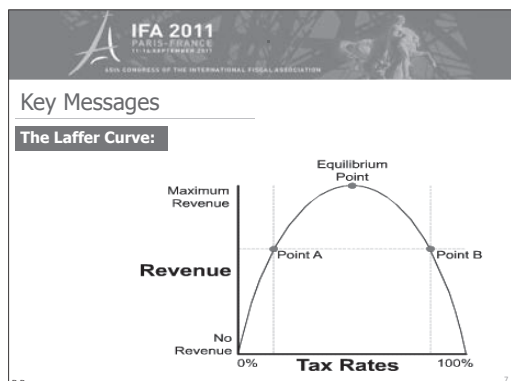
②-5



②-6



②-7



②-8

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Key Messages

- Corporations are not People
- Taxing Corporations – not a left-right issue
  - Spending revenue → politics
  - Raising revenue → efficiency
- Corporations – you get what you deserve!
  - Be transparent
  - Respect policy
  - Collaborate with policy and revenue authorities

8

②-9

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Hypothesis #1

Relatively simple practical recommendations could, if implemented, effectively address deficiencies in current rules for eliminating double taxation of business income

9

②-10

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Hypothesis #2

Despite conventional wisdom, **exemption systems are no better than credit systems** at eliminating double taxation

10

②-11

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Hypothesis #3

In light of taxpayer calls for less inter-governmental coordination, **national governments already do enough** to eliminate double taxation

**Taxpayer efforts:** Oppose EU harmonization, OECD tax competition work, rules against tax arbitrage, etc.

**Government Efforts:** Domestic law relief, treaty relief, and competent authority proceedings

11

②-12

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Summary of General Report

12

② - 13

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Conventional Wisdom

In principle, worldwide taxation systems generate double taxation, whereas territorial taxation systems do not

**Worldwide taxation:** residents are taxed on domestic and foreign income

**Territorial taxation:** residents are taxed on domestic source income only

13

② - 14

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Real World

Territorial taxation systems **do not** ignore juridical double taxation

Both systems are **equally exposed** to economic double taxation

14

② - 15

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Methods for Relief of Double Taxation

**Exemption Method:**

- Country of residence **excludes** foreign source income from domestic tax base of its residents
- Foreign source income may or may not be taken into account when determining rate of taxation applicable to other income

**Credit Method:**

- The country of residence **includes** the foreign source income in the domestic tax base of its residents, **and**
- A credit is allowed for the foreign tax due on such foreign income

15

② - 16

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Credit Methods

**Full Inclusion Regime:** foreign source income is taxed on a current basis

**Deferral Regime:** foreign source income is taxed when repatriated home

16

國際課稅

② - 17

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Credit Methods

**Ordinary Credit Method :** foreign tax reduces domestic income tax on foreign income only

**Full Credit Method:** foreign tax reduces domestic income tax on all income, whether foreign or domestic

**Indirect Tax Credit Method:** credit for underlying foreign taxes paid on foreign subsidiary profits out of which a dividend is received

17

② - 18

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Conventional Wisdom

Territorial tax systems eliminate double taxation by applying the **exemption method**

Worldwide taxation systems eliminate double taxation by applying the **credit method**

18



② - 19

IFA 2011 PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Real World**

**No Pure Exemption System**

- Credit method applicable to passive income
- Impact of tax treaties

**No Pure Credit System**

- Impact of tax treaties
- Targeted exemptions, e.g. non-portfolio dividends
- Deferral rule

19

② - 20

IFA 2011 PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Country Classification (1)**

**Worldwide Taxation Group (A group)**

- Credit method for active business income from foreign branches
- Credit method for foreign passive income, including non-portfolio dividends from foreign subsidiaries
- Targeted exemptions, only in a treaty context
- Norway, India, the major part of Latin America (including Brazil) and the U.S.

20

② - 21

IFA 2011 PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Country Classification (2)**

**Territorial Taxation Group (C group)**

- Exemption of active business income from foreign branches
- Exemption of non-portfolio dividends from foreign subsidiaries
- Credit method for other foreign passive income
- Australia, Austria, Denmark, Estonia, France, the Netherlands, Spain and Switzerland

21

② - 22

IFA 2011 PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Country Classification (3)**

**Hybrid Systems (B group)**

- Credit method for active business income from foreign branches
- Credit method for foreign passive income
- and
- Exemption of non-portfolio dividends from foreign subsidiaries
- Exemption of branch profits in a treaty context
- Belgium, Canada, Germany, Finland, Luxembourg, Malta, New Zealand, Poland, Portugal, Russia, South Africa, Sweden, The UK

22

② - 23

IFA 2011 PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Exemption Method: Conventional Evaluation**

**Pros**

- Simplicity
- Low administrative burden

**Cons**

- Need for expense allocation rules
- No deduction of foreign losses against domestic income
- High sensitivity to tax planning activity

23

② - 24

IFA 2011 PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Credit Method: Conventional Evaluation**

**Pros**

- Low sensitivity to allocation of deduction
- Ability to deduct foreign losses against domestic income
- Low level of tax planning activity

**Cons**

- Complexity of rules on (i) foreign tax credit limitation and (ii) indirect tax credit
- High administrative burden

24

② – 25

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

 No Ideal World

- Both systems generate similar risks of double taxation
- Both systems are equally vulnerable to tax planning
- Both systems can be complex to manage

25

② – 26

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Conventional Wisdom  
vs.  
Reality**

26

② – 27

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Expense Allocation: Conventional Wisdom**

- **Exemption system:** no deduction for expenses allocated to exempt income
- **Credit system:** deduction of expenses allocated to foreign income

→ Exemption system may lead to double taxation.

27

② – 28

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Expense Allocation: Reality**

- **Credit system:**
  - Expense allocation for calculating FTC
    - Over-allocation to foreign income
    - Inappropriately reduced FTC limitation

→ Credit system can also lead to double taxation

28

国際課税

② – 29

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Expense Allocation: Exemption Country Example - PE**

- **State of head office:** Allocation of (deductible) general overhead cost / general financing cost to head office and PEs according to ratios, e.g. assets, turnover, headcount etc.
- **State of PE:** deduction, but
  - only if directly connected to PE
  - allocation by different allocation keys

29

② – 30

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Expense Allocation: Exemption Country Example - Sub**

- **State of parent:** expense allocated to participation in ForCo
  - Type (A) countries: not deductible
  - Type (B) countries: deductible (but e.g. 5% of dividends deemed non-deductible expense)
- **State of ForCo:** no deduction

→ In case (A) economic double taxation, in case (B) partly.

30

②-31

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Expense Allocation

### Comments on U.S. System and Developments

- Rules currently apply to measure the "foreign tax credit limitation"
- Can produce double tax, esp. interest allocation rules (introduced to address perceived abuse)
- Rules are highly complex and often unclear

PRW 31

②-32

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Expense Allocation

### Comments on U.S. System and Developments

- The Obama Administration has proposed deferring a portion of expense deductions until related deferred income is repatriated

PRW 32

②-33

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Deduction of Losses: Conventional Wisdom

- Two methods to eliminate double-taxation by resident state:
  - Exemption
  - Credit
- Conventional wisdom:
  - Exemption systems give rise to double taxation by denying deduction of foreign losses

LRS 33

②-34

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Deduction of Losses: Reality

Credit systems can limit deduction of foreign losses in several ways

- Limits for deductions
- Inability to deduct foreign losses from domestic income
- Recovery of overall foreign losses and foreign branch losses

LRS 34

②-35

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Deduction of Losses: Credit Country Example

- Brazil: Worldwide taxation since 1995
  - Foreign earnings and gains are included in income of Brazilian corporations
- But losses from foreign transactions can only be offset against foreign profits

LRS 35

②-36

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Deduction of Losses: Exemption Country Example

### France: Losses of foreign subsidiaries

- Worldwide consolidation subject to ruling
- Small and medium size businesses
- Debt waivers

GB 36

②-37

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Deduction of Losses: Exemption Country Example

**France: Losses of foreign branches**

Subsidies granted to branches may be deducted from French taxable income of the head office if:

- Commercial relationship between the branch and the head office
- Subsidy allows the company to develop or maintain its French business

LB 37

②-38

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Tax Planning Activity: Conventional Wisdom

- Exemption systems seem to offer a high reward for successful tax planning:
  - Outright exemption from tax in the country of residence
- They encourage tax planning (or tax avoidance) to a greater extent than tax credit systems would.

LM 38

②-39

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Tax Planning Activity: Reality

- Taxpayers under exemption systems and taxpayers under tax credit systems are both rewarded for allocating (or shifting):
  - income to foreign sources, and
  - deductions to domestic income.

LM 39

②-40

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Tax Planning Activity: Reality

- Rewards may differ in degree, but not as much as it may seem:
  - Shifted net income is often subject to foreign tax for the exemption system taxpayer.
  - The tax credit system taxpayer may achieve lengthy deferral of residence country tax.
  - No absence of tax planning activity is detected in tax credit system countries.

LM 40

②-41

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Tax Planning Activity: Exemption Country Example

**Exemption countries often:**

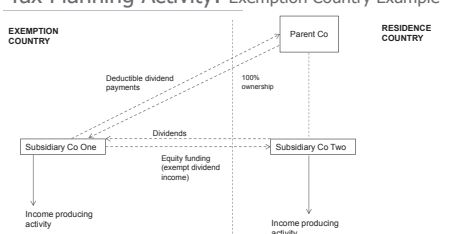
- Limit the exemption to active income (rather than passive income, which is more easily shifted);
- Impose tax by attribution on the passive income of controlled foreign companies;
- Apply anti-avoidance rules to counter artificial means of shifting income and deductions.

LM 41

②-42

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

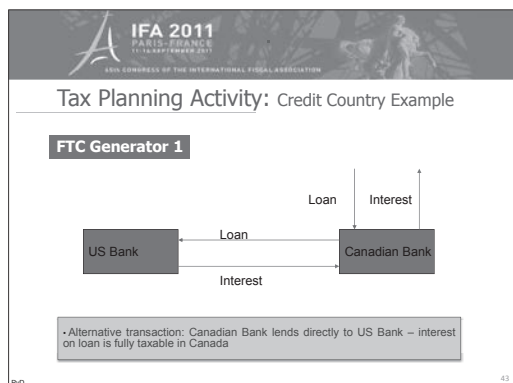
### Tax Planning Activity: Exemption Country Example



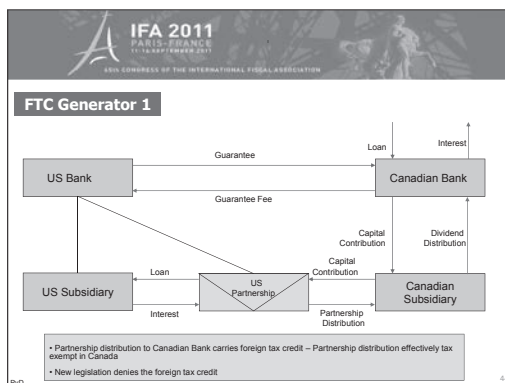
LM 42



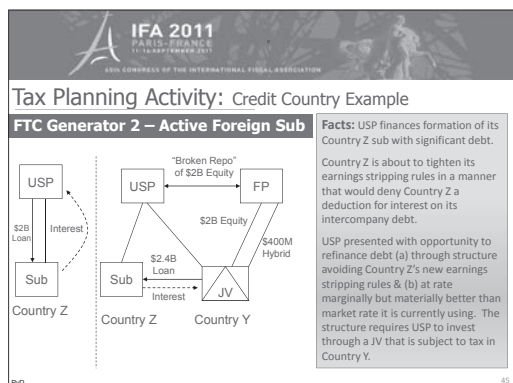
② - 43



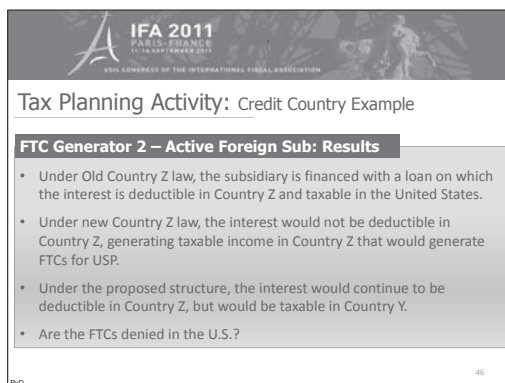
② - 44



② - 45



② - 46



② - 47

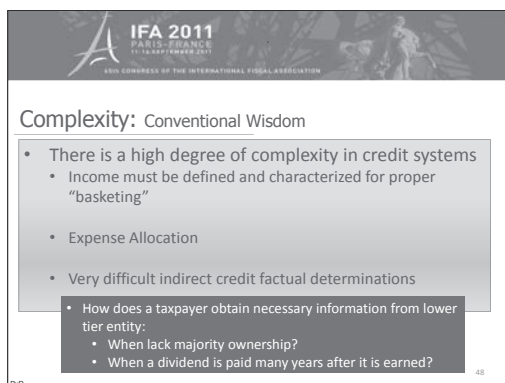
IFA 2011 PARIS-FRANCE 11-16 SEPTEMBER 2011 43rd CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

### Tax Planning Activity: Comment on Progressive Rates

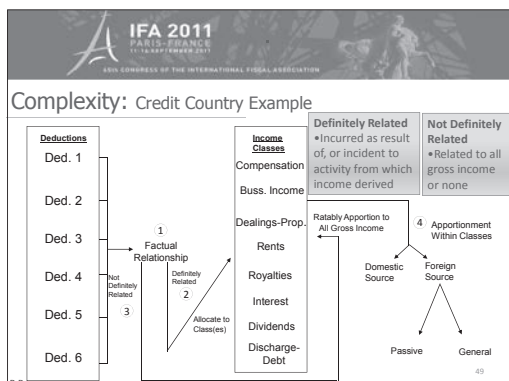
	Alternative 1		Alternative 2	
	Year 1	Year 2	Year 1	Year 2
Head office	+100	+100	+100	+100
PE	0	0	-100	+100
CREDIT Tax (say)	30	30	0	70
EXEMPTION Tax (say)	30	30	0	35

Progressive tax rate  
Progression clause for exempt income  
Different effects of PE profit and loss (Alternative 2) under CREDIT vs. EXEMPTION system

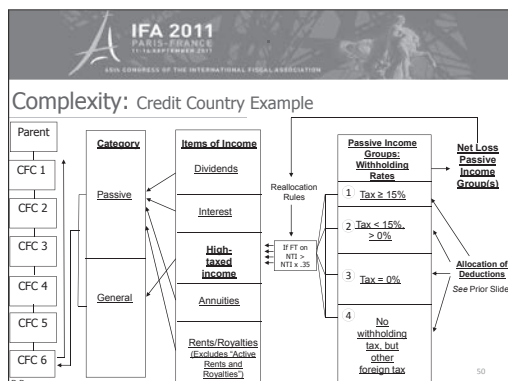
② - 48



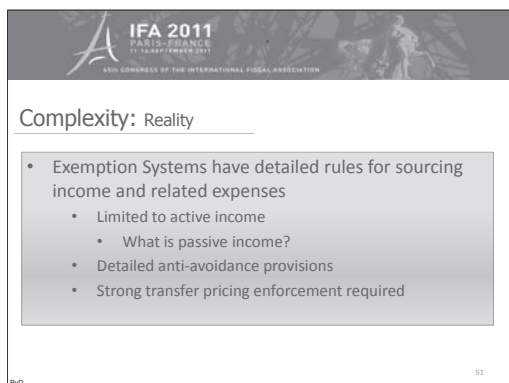
② - 49



② - 50



② - 51



② - 52

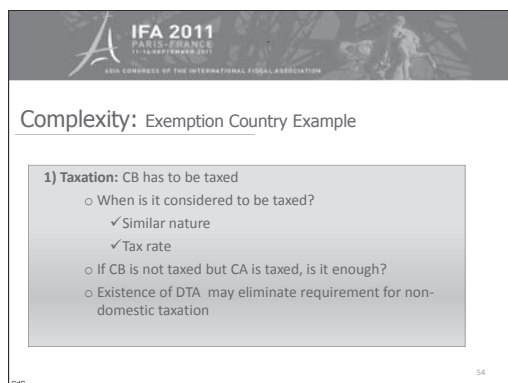


國際課稅

② - 53



② - 54



② - 55

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Complexity: Exemption Country Example

2) Foreign "active income"

- %
- Definition of active income
  - Services, certain business activities,
  - Dividends from other companies (same requirements)

CFC 55

② - 56

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Complexity: Exemption Country Example

Limitations and anti-abuse:

- Certain jurisdictions (lack of taxation or information)
- Dividends related to income that was previously deductible or not included in tax base

CFC 56

② - 57

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Examples of Other Significant Issues Creating Double Taxation

CFC 57

② - 58

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Examples of Significant Issues: Source of Income: Listing of Potential Source Conflicts

- Existence of a PE and Attribution of profits to PE
- Allocation of expenses
- Adjustments made to PE
- Conflict of residence
- Person subject to tax

CFC 58

② - 59

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Examples of Significant Issues: Source of Income: Example of Source Conflicts

**Existence and attribution of profits to PE**

- Article 5:
  - There has to be the same interpretation
  - MAP: are Competent Authorities obliged to reach an agreement?
- Article 7
  - Tax base should be calculated according to each legislation (new and old Art 7)
  - Example: different rules for depreciation: timing issues
  - In most of the cases (credit method) double taxation will not be completely eliminated

CFC 59

② - 60

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Expense Allocation

- Denial of deduction for foreign expenses and costs may lead to double taxation
  - Cost sharing

LRO 60

②-61

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Expense Allocation

### Brazil: Technological Innovation

- To incentivize domestic technological innovation, Brazil restricted deductions for technological innovation
- Expenses may only be deducted if paid to individuals or legal entities resident and domiciled in Brazil
- Exception for payments to obtain and maintain patents and trademarks abroad

LRS 61

②-62

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Examples of Significant Issues: Source of Income: Example of Source Conflicts

### Adjustments made to PE

State C: TP Adjustment, PE  
State B: HO  
State A: Sub

Is C-A DTA applicable? 7, 9  
Possible solution

CSC 62

②-63

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Examples of Significant Issues: Source of Income: Example of Source Conflicts

### Conflict of residence

Which treaty should apply?

State C: Payor  
State B: Residence Established Through MAP  
State A: Person X, Claims Residence  
Income flow from Payor to Person X  
MAP A-B

Should B eliminate double taxation in any case?

CSC 63

②-64

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Examples of Significant Issues: Source of Income: Example of Source Conflicts

### Person subject to tax

State A: Distribution Tax Imposed on A, Sub A  
State B: PB  
Dividend flow from Sub A to PB

If withholding tax is imposed on Sub A, is PB going to be able to credit it?  
Should the Treaty address this?

CSC 64

國際課稅

②-65

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Comment Regarding Triangular Case

D-Co: 30%  
PE: 30%  
L-Co: 20%  
wh't 20%

Tax credit in state D  
- only for PE tax?  
- also for L tax?

	L	PE	D	Total
A1	20	30	30-30 = 0 ✓	50
A2	20	30	30-20-30 = -20 ?	30
B1	20	30-20 = 10	30-10 = 20 ?	50
B2	20	30-20 = 10	30-20-10 = 0 ✓	30

LRS 65

②-66

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

## Examples of Significant Issues: Character of Income

### Listing of Potential Character Conflicts

- Technical Services vs. Business Profits
- Dividends/Business Profits vs. Interest

LRS 66



②-67

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Character of Income: Example of Character Conflict**

**Services vs. Business Profits**

- Controversy over application of tax treaties
  - Renault Case: Brazil vs. France
    - Services performed outside Brazil to help establish Brazilian plant
    - Article 7 (Business Profits) should apply to avoid withholding tax: Taxpayer had no PE
    - Tax authority position: service payments not within Article 7, but within Article 21 (other income) → WHT

②-68

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Character Conflicts: National Responses**

- Some treaties avoid double taxation by providing explicitly that payments for technical services are treated as royalties
  - E.g. Norway-Brazil, Hungary-Brazil, Spain-Brazil and Portugal-Brazil treaties
- Other treaties expressly authorize the assessment of WHT on technical services, provided that the residence state credits
  - E.g. Brazil-Belgium and Brazil-Argentina treaties

②-69

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Character of Income: Example of Character Conflict**

**Interest vs. Business Profits/Dividends**

- Controversy over application of Tax Treaties
  - Can interest on loans between related parties be deemed business profits or dividends?
  - Depends on domestic tax law and the relevant tax treaties
  - Both domestic law and treaties may lead to double taxation

②-70

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

A makes a loan to partnership P; P pays interest to A; State R recognizes loans between partners and partnerships but State P does not; both States apply Art. 7 to the income of P, but State R considers that Art. 11 should apply to the payment made to partner A.

**EXAMPLE 15**

②-71

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Entity Classification: Listing of Potential Classification Conflicts**

- Inconsistent classification of entities can prevent double tax relief
- Companies or partnerships may be transparent in one country, opaque in another
- Group status in one country may not be recognized in another

②-72

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Entity Classification: Conflict Example**

- Source country taxes owner of transparent entity
- Residence country treats entity opaque:
- Denies FTC: owner did not derive income subject to tax
- Delays FTC: owner did not derive income until later distributed

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Entity Classification: Conflict Example**

- Treaty resident owners of transparent investment vehicle denied treaty relief:
- Source country treats vehicle as opaque
- OECD: source country should apply residence country classification to allow relief

LM 73

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Entity Classification: National Response**

- Flexible treatment of hybrids to allow FTC more common (example: Australia)
- Increased adoption of Treaty provisions to look through entities disregarded by residence country (examples: Australia-NZ, Australia-Japan, Germany-UK, many US treaties)

LM 74

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Entity Classification: Classification Conflict Example**

```

graph TD
    TD[TD (Canada)] --> USHoldco[US Holdco]
    USHoldco --> USOpco[US Opco]
    USHoldco --> USLLC[US LLC]
    USLLC --> CanPE((Canadian PE))
    subgraph Consolidated_Group [Consolidated Group]
        USOpco
        USLLC
        CanPE
    end
  
```

- US LLC is disregarded for US tax purposes and corporation for Canadian tax purposes
- Canadian PE remittances subject to 25% branch tax – reduced to 5% under US-Canada Tax Treaty
- Question: Is US LLC resident under US-Canada Tax Treaty – Is US LLC “liable to tax”?
  - CRA says No – Tax Court of Canada says Yes
- Issue addressed in new US-Canada Treaty, effective 12.15.2008 (see Art. IV)

PdD 75

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Examples of Significant Issues:  
**Example of Credits Realized in Loss Years**

**Canadian CFC rules – Canadian parent with US subs**

```

graph TD
    Canada --> USHoldco[US Holdco]
    USHoldco --> USFAPI[US FAPI]
    USHoldco --> USABIL[US ABI(L)]
    subgraph Consolidated_Group [Consolidated Group]
        USFAPI
        USABIL
    end
  
```

PdD 76

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Practical Implications**

**Recommendations**

- Treaties
  - Follow the treaty!
  - Treaty relief for double taxation of dividends
  - Expanded MAP arbitration
  - Allow the application of MAP to PE
  - Broader inclusion of provisions for fiscally transparent entities
    - Or include a clause to resolve discrepancies (e.g., follow a residence definition)
  - Allow credit by payee even where payor is liable, e.g., for dividend distribution tax

PDW 77

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
50th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

**Practical Implications**

**Recommendations**

- Reconsider inability to deduct foreign losses (with recapture?)
- For Credit Countries
  - Move to exemption system???
  - Adopt source countries' treatment of source, character, identity of taxpayer
  - Extend FTC carryforward period
  - Accept that:
    - Income may originate in more than one country
    - All taxes (at least income taxes) are eligible for credit
    - All taxes (at least income taxes) are eligible to be reduced by FTC

PDW 78

②-79

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Testing the Hypotheses

**True or False?**

Relatively simple practical recommendations could, if implemented, effectively address deficiencies in current rules for eliminating double taxation of business income

79

②-80

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Testing the Hypotheses

**True or False?**

Despite conventional wisdom, exemption systems are no better than credit systems at eliminating double taxation

80

②-81

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Testing the Hypotheses

**True or False?**

In light of taxpayer calls for less inter-governmental coordination, national governments already do enough to eliminate double taxation

81

②-82

IFA 2011  
PARIS-FRANCE  
11-16 SEPTEMBER 2011  
45th CONGRESS OF THE INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION

Thank You

82