

OECD 「Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions」に対するコメント

2012年6月6日、経済協力開発機構（OECD）は、OECD 移転価格ガイドライン第6章「無形資産に対する特別の配慮」の改訂案（無形資産の特定、無形資産に関するリターンを受ける当事者の特定、無形資産の使用又は移転が関わる取引、無形資産が関わる事例に係る独立企業間条件の決定）および関連条項の改訂案を公表し、意見募集を開始した。

経理委員会では、これに対して、納税者にとっての予見可能性の確保、二重課税・多重課税の排除などの観点から、意見を取り纏め、9月14日、OECD宛提出した。

なお、移転価格税制における無形資産については、2010年7月に公表された意見募集に関して、2010年9月14日、OECDに意見を提出した経緯がある。

(<http://www.jftc.or.jp/proposals/2010/20100914c.pdf>)

2012年9月14日

Mr. Joe Andrus,
Head, Transfer Pricing Unit
OECD

一般社団法人 日本貿易会
経 理 委 員 会

OECD 「Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions」に関する意見

以下は、経済協力開発機構（OECD）において意見募集が行なわれた「Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions」に関する一般社団法人日本貿易会経理委員会のコメントである。一般社団法人日本貿易会は、日本の貿易商社及び貿易団体を中心とする貿易業界団体であり、経理委員会は、各種税制に対する意見発信を主な活動内容の一つとしている。（末尾に当会経理委員会の参加会社を記載。）

Section A. 無形資産の特定

全般的なコメント

世界各国で事業を展開している貿易会会員企業としては、各国(各課税管轄)に於いて適正に、且つ安定的に課税が執行されることを望んでいる。無形資産の範囲が拡大されると、各国が自国での課税権を主張する結果、実際の取引利益から乖離して課税が執行される懸念が生じる。この懸念は、個別企業の利得が侵害されるというだけでなく、経済活動の促進を大きく阻害する要因となる。世界各国で課税当局と納税者が係争を展開することを余儀なくされる(或いはその懸念がある)ことは望ましいことではない。

その観点で、本ディスカッションドラフトの Section A にて定義される無形資産の範囲は広範であり、課税当局側に解釈の余地を与えるものと考えられる。この場合、各課税管轄で合意が出来ない、或いは納税者との見解が相違することで、納税者にとって予見可能性が確保できないことを何よりも懸念する。

従い、移転価格上の無形資産の範囲は法的に保護されているものなど争いの生じ得ない外形的に認識可能であるものに限定されるべきである。また、無形資産と役務提供取引との峻別も明確にされるべきと考える。

加えて、納税者側が予見して認識できない無形資産の移転所得を課税当局より指摘される事態は好ましくないが、万が一かかる事態が発生した場合においても、相手国側でも償却可能資産として認められることが相互協議にて手当てされる等、二重課税、或いは多重課税を排除する仕組みが整備されることを強く望む。

上記の観点からディスカッションドラフトに対する個別のコメントとしては以下の通り。

✚ ディスカッションドラフト上のパラグラフに対するコメント

パラグラフ 5 において、“the word ‘intangibles’ is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, and which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities (「無形資産」という言葉は、物理的な資産や金融資産ではなく、商業活動における使用のために所有または支配され得るものを指す)”と無形資産についての包括的な定義を定め、“Rather than focusing on accounting or legal definitions (会計や法律上の定義に焦点を充てるのではなく)”と述べた上で、複数の例示、説明が加えられているが、結果として、無形資産の定義は広範なものとなっている。当該広範な定義付けにより、課税当局側に拡大解釈の余地を与えることとなり、納税者の観点からは予見可能性が確保できなくなることが懸念される。

特に、暖簾については、具体的な定義付けがなされていないことから、課税当局により幅広く解釈されることが懸念され、その定義は、より限定的、かつ、明確なものと考えられるべきであろう。パラグラフ 21 において、“Goodwill reflects the difference between the aggregate value of an operating business and the sum of the values of all separately identifiable tangible and intangible assets (暖簾は、ある事業資産価額の合計と区分して特定可能な全ての有形・無形資産価額の合計との差異を反映する)”という差額概念や国際会計基準の文言“Goodwill is sometimes describes as a representation of the future economic benefits associated with business assets that are not individually identified and separately recognized (暖簾は、個々に特定、区分されて認識されない事業資産に関する将来の経済的便益を示すことがある)”を参照していることから分かる通り、暖簾は “cannot be segregated or transferred separately from other business assets (他の事業資産から切り離して区分、移転することができないもの)”である。一方、上述の通り、無形資産は “is capable of being owned or controlled for use in commercial activities (商業活動における使用のために所有または支配され得るもの)”と定義付けられているが、個別に特定、区分されて認識されない資産を “being owned or controlled (保有または支配)”することはできず、暖簾を移転価格税制上の無形資産の定義に含めることが相応しいとは言い難いと考えられる。

パラグラフ 23 において、グループシナジーが、単一の企業によって所有、支配されるものではないことから無形資産の定義には含まれない (as group synergies and market specific characteristics are not owned or controlled by a single enterprise, they are not intangibles within the meaning of Section A.1) ということが明確化されたことに同意する。但し、グループシナジ

一については、本ドラフトにおいてグループ全体の所得にポジティブな影響を与え得ることのみが言及されているが、実際問題として、常に所得の増加につながるとは限らないものである。つまり、競争力強化ではなく、維持のための移転もあり得るし、通常は単に移転したのみではグループシナジーは得られないため、新たなリソースを投入した結果、実際には費用の増加をもたらすことも有る。このようなネガティブな影響をもたらすことについても記述されるべきである。また、ある多国籍企業のグループ会社が売り手を見つけると共に、別のグループ会社が買い手を見つけることにより、取引をマッチングさせるといった多国籍企業が組成する販売ネットワークについても、グループシナジーに区分されるものと考ええるが、単一の企業によって所有、支配されるものではないため Section A.1.の定義における無形資産に該当しないということも本ガイドラインの中で明示してもらいたい。

パラグラフ 24 において、市場特性 (market specific characteristics) が、個々の企業により所有、支配、移転できないことから、A.1 の定義における無形資産に該当しないということには同意する。一方、新興国を中心として、ロケーションセービングの帰属に関する主張が強固となっている状況下、比較可能性分析におけるアプローチ事例や指針を記載願いたい。

また、ノウハウや企業秘密など、特に個人の経験から得られるようなものは、一般に個人に帰属するものであり、それに対する会社の所有権が法的に保護されていない限りにおいては、企業により究極的に所有・支配することはできないものである。これに関して、パラグラフ 26 において、“While the transfer or secondment of isolated employees does not, in and of itself, constitute the transfer of an intangible, as a factual matter such a transfer may result in the transfer of valuable know-how or trade secrets for which compensation may be required in arm’s length dealings (独立した従業員の移転や出向はそれ自体が無形資産を構成することはないが、実際問題として、そのような移転は独立企業間取引にて対価が要求されるかもしれない価値のあるノウハウや企業秘密を移転することにつながるかもしれない)”との記述があるが、本記述は個人に帰属する(企業に帰属しない)ノウハウも移転価格税制の対象となることを誘起させ得るものと懸念する。経営者・従業員・従業員チームが企業活動における経験等を通じて得た、経営、営業等のノウハウについては、無形資産に該当しないことを明記することを提案する。

労働力の集合についても、個々の従業員に帰属する能力は、企業ではなく個人に帰属するものであり、特に、流動性の高い労働力市場が存在する場合、企業が究極的に従業員を自社の資産として所有・支配継続することは難しく、無形資産となるべきものではないと考える。

仮に、特定のケースにおいて、これらが無形資産に含めるとしても、役務提供取引(含、高付加価値の役務提供取引)との峻別は明確にされるべきである。パラグラフ 26 において“a long term contractual commitment to make available the services of a particular group of uniquely qualified employees may constitute an intangible in a particular circumstance (比類なく高い資質をもった従業員の特定グループのサービスを利用可能とする長期的な契約上のコミットメントはある特定の状況においては無形資産を構成するかもしれない)”と記述されているが、「ある特定の状況」についての説明もなく、概念的な表記にとどまっていることから、無形資産の対象範囲が拡大解釈されてしまうことが懸念される。判断基準として機能するよう、より具体的な指針や事例の追加が必要と考える。

🚩 ディスカッションドラフト上に記載無いが、Section A に対する追加コメント

天然資源の採取及び販売に係る権益と無形資産の関連については、現行ガイドライン上で特に明記されていないため、権益を法的に有していない関連者が当該権益を有している他の関連者に役務提供を行う場合において、無形資産を使用したと課税当局より認定されるケースがある。しかしながら、天然資源の権益から生じる所得は、当該資源を採取する場所に帰属する性格のものであるため、非常に優れた探査技術や生産技術など法的に保護されるような無形資産を使用する特定の役務提供を除いては、一般的な役務提供取引として整理されるべきであり、無形資産の使用や移転の範疇外であることを明記してもらいたい。

Section B. 無形資産に関連するリターンを受ける当事者の特定

全般的なコメント

Section A でのコメントと同様に、各国の課税当局及び納税者にとって予見可能性(certainty)が担保されることが重要と考えており、Section B における無形資産に係るリターンを受ける無形資産の所有者の特定についても、法的な帰属や契約上の関係が軽視、或いは、無視され、無形資産やそれを内包する取引が外形上の帰属・関係から乖離して、再構築が行われることとなると、世界中で事業を展開する多国籍企業にとり二重課税や多重課税を招き、経済活動に大きな支障となりかねない。

また、一般に機能やリスク負担、資産の使用等で何ら意義を持たない者が法的な権利主体、或いは、契約当事者となることは考えにくい。

従い、原則として、法的な帰属や契約上の関係が尊重されるべきであり、取引特性の再構築は法的な関係に基づく所有と経済的な関係に基づく所有との関係が著しく適合せず、租税回避の意図が明らかにみられる極端なケースに限定されるべきと考える。

上記の観点からディスカッションドラフトに対する個別のコメントとしては以下の通り。

法的な所有 (legal ownership) と経済的な所有 (economic ownership) とが適合しない場合、つまり、“Where the conduct of the parties is not aligned with the terms of legal registrations and contracts (当事者の行為が法的な登録や契約条件に適合しない場合)”、“it may be appropriate to allocate all or part of the intangible related returns to the entity or entities that as a matter of substance, perform the functions, bear the risks, and bear the costs that relate to development, enhancement, maintenance and protection of the intangibles. (実態として、無形資産の開発、高揚、維持、及び、保護に関連する機能を提供し、リスクやコストを負担している事業体に対して無形資産からのリターンの一部または全てが配分されることが適切であるかもしれない)”とパラグラフ 37 や他の関連パラグラフにて記述されているが、**法的な契約関係が一切無視され、無形資産やそれを内包する取引特性の再評価 (re-characterization) が容認されると、源泉地国側での課税権主張、解釈を巡る論争へとつながり得ることを強く懸念する。**従い、原則として、**法的な契約関係が尊重されるべきであり、特性の再評価は、法的な所有と経済的な所有の関係が著しく適合せず、租税回避の意図が明らかに見られる極端なケースに限定されるべきである。**

当事者の特定において、「支配」や「重要な意思決定」が重要な要素であることにつき言及されているが、具体的にどのレベルでの「支配」や「重要な意思決定」が求められるのかが定かではなく、さらなる明確化が必要なものとする。

例えば、多国籍企業グループにおけるリスク管理や内部統制システムの一環として、一定の基準を超えるリスク負担に係る重要な意思決定を子会社が行う場合、株主である親会社の意向を確認する、或いは、子会社レベルでの意思決定に加えて親会社レベルでも所定の承認プロセスをとることがある。このような投資持分を通じての親会社による子会社支配と無形資産に係るリターンを得ることのできる当事者の特定との関連性についても明確にされることが有用であろう。また、「支配」や「重要な意思決定」が重要な要素とすれば、単に資金を拠出するのみの立場にある投資家(例えば、パートナーシップにおけるリミテッドパートナー)は、出資金負担のリスクを負いながらも、無形資産に係るリターンを得る権利がないということになるが、この点についての明確化も必要であろう。

パラグラフ 51 において、“In some cases, a distributor may incur marketing costs, incur risks, or perform functions beyond those an independent distributor with similar rights might incur or perform for the benefit of its own distributing activities. An

independent distributor in such a case might obtain a share of the intangible related returns of the owner of the trademark or related intangibles, perhaps through a decrease in the purchase price of the product or a reduction in royalty rate in order to compensate it for its functions, assets, risks and costs (流通業者が、類似の権利を有する独立流通業者が当該販売活動による便益に対して遂行する機能または負担する費用と比較し、より多くのマーケティング費用或いはリスクを負担し、または、機能を果たすことがある。このような場合の独立流通業者は、商標または関連する無形資産の所有者から、購入価格の引き下げまたは使用料の値下げを通じて、無形資産に関連するリターンを獲得し、その機能、資産、リスク、及び、コストへの対価を受けるかもしれない”と述べられているが、単に発生したマーケティング費用の水準が高いことをもって、無形資産が形成されたと安易にみなされるべきではないということについても言及されるべきと考える。

Section C. 無形資産の使用や移転を内包する取引

コメント無し。

Section D. 無形資産が関わる事例における独立企業間条件の決定

全般的なコメント

移転価格上の無形資産の範囲が限定され、その発動により争いが生じる余地が限定的となることを期待するが、無形資産の認定がなされ、所有者が特定された場合でも、国境を跨り、各管轄権に応じた価値の評価は一概には出来ないばかりか、各国で利益が相反していることもあり、相互の合意を得やすい形とする必要がある。

それが担保されないと、納税者が二重、或いは多重な課税に苦しめられる懸念が依然として残る。

特に、多国籍企業にとっては、同一の取引に二以上の国(Multi)が関係する 경우가多く、一方で、関係する国が協調して、且つ同時に審理する体制も十分とは言えない中で、取引単位利益分割法の適用を前提とする場合には、実際の取引損益等を受入れ、二重課税等を排除できるような仕組みが担保される必要がある。

また、全体的に、ルーティーン/ノンルーティーンの区分け、その区分けに応じた議論になっていないという面があり、無形資産の範囲を広く捉えるのであれば、ルーティーンな無形資産には片側検証で十分と考える。

加えて、DCF法のように現実の取引損益として確認できる計数ではなく、擬似的に創出されたものを課税の基礎とすることは限定的に運用がなされるべきである。

上記の観点からディスカッションドラフトに対する個別のコメントとしては以下の通り。

D.1. Conducting a comparability analysis in a matter involving intangibles

パラグラフ 81 において、“a one-sided comparability analysis does not provide a sufficient basis for evaluation a transaction involving the use or transfer of intangibles (片側だけの比較可能性分析は無形資産の使用や移転を内包する取引の評価について十分な根拠を提供するものとは言えない)”とあり、比較可能性分析において常に two-sided approach の使用を要求しているように見える。しかし、現実問題として、例えば、過半数の議決権を有さない相手との取引であっても関連者間取引とみなす移転価格税制が採用されている場合等、当該取引相手側の観点からの情報を入手することが難しいことがある。従い、納税者及び課税当局の負担を考えると、two-sided approach の適用に対しては、ある程度の重要性基準が設けられるべきと考える。また、独立企業間取引において、取引相手が想定しているだろうと思われる前提条件を一定以上の精度をもって見積ることも実務上困難な場合が多い。従い、仮に two-sided approach を用いるとしても、納税者が測

定日において入手可能な、或いは、合理的に予見される情報に基づき分析や評価を行っている限りにおいて、当該分析や評価が原則尊重される旨が記載されるべきである。

パラグラフ 104 において、“it is important to assess whether publicity available data drawn from commercial data bases and proprietary compilations is sufficiently detailed to permit an evaluation of the specific features of intangibles... (公に利用可能な商業データベースや編纂物からのデータが、無形資産の特性評価を行う上で十分に詳細かどうかの査定を行うことが重要)”と発言されている。この点については、どこまで詳細レベルの情報入手が要求されるのかが不明確であるが、少なくとも、当該基準は、納税者が著しいコスト負担なく情報収集できる実務上対応可能なレベルとされるべきである。

D.2. 無形資産の使用や移転を内包する事案における最適な移転価格算定方法の選択

パラグラフ 108 では、“in matters involving the use or transfer of intangibles, caution should be exercised in adopting a transfer pricing methodology that too readily assumes that all residual profit from transactions after routine functional returns should necessarily be allocated to the party entitled to intangible related returns (無形資産の使用や移転を内包する事案において、無形資産に係るリターンを得ることのできる当事者に対して、ルーティーン機能に対するリターン配分後の当該取引の全残余利益が必然的に配分されるべきであるということをあまりに容易に想定する移転価格算定方法を採用する際には注意が払われるべき)”と、残余利益分割法(Residual Profit Split Method)を安易に用いることに対して懸念を表明し、それに続いて、“should appropriately reflect all of the relevant factors materially contributing to the creation of value, not merely reflect intangibles and routine functions (単に無形資産及びルーティーン機能のみならず、価値創造に大きく貢献する関連する全ての要素を適切に反映すべき)”と述べている。一方で、独立企業間価格算定の過程にある比較可能性分析における差異調整は、移転価格ガイドラインにおけるパラグラフ 1.33 や 3.47 にて記述されている通り、“none of the differences (if any) between the situations being compared could materially affect the condition being examined in the methodology, or that reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the effect of any such differences. (比較される複数の状況間の差異が仮にある場合、それが検証対象の条件に重要な影響を与えない、または、そのような差異の影響を取り除くために相当程度正確な調整が可能である)”ことを想定していることから、「重要な影響」を与えず、かつ、調整する上で数値化可能な要素のみを考慮すべきとする方が適切であろう。

パラグラフ 110 において、“In particular, valuations of intangibles contained in purchase price allocation performed for accounting purposes are not relevant for transfer pricing purposes (特に、会計上の買収価格配分に含まれる無形資産評価は移転価格上関連性がない)”と述べられているが、具体的にどのような点で「関連性がない」かについての説明が加えられるべきである。Section D.4. にて記述されている DCF 法における評価技法は、会計上の価値評価においても用いられるごく一般的な手法であり、移転価格目的上の価値評価手法と完全に切り離す必要性はなく、むしろ、会計目的で行う価値評価は極めて有用な参考情報であると言えよう。従い、著しい問題がない限り、会計目的で行う評価の利用や参照は容認されるべきと考える。

D.3. 物品販売や役務提供にて無形資産の使用を内包する取引についての独立企業間価格の決定

パラグラフ 124 において、“In particular, comparability adjustments may be required for matters such as differences in markets, locational advantages, business strategies, assembled workforce, corporate synergies and other similar factors. While such factors may not be intangibles as that term is described in Section A.1. of this Chapter, they can nevertheless have important effects on arm's length prices in matters involving the use of intangibles (特に、比較可能性調整は、市場、立地の優位性、事業戦略、まとまった労働力、コーポレートシナジーやその他類似の要素における差異に対して要求されるかもしれない。そのような要素は、本章の Section A.1. にて記述される無形資産ではないかもしれないが、無形資産を内包する事案の独立企業間価格に重要な影響を与え得るものである)”と記述されている。この点、「重要な影響を与えること」は調整要因である一

方で、数多くの調整または重大な調整を必要とすることは、当該第三者取引が十分に比較可能ではない、つまり、比較対象として妥当ではない場合があるということについても明記する必要があると考える。

D.4.無形資産や無形資産への権利の移転を内包する取引についての独立企業間価格の決定

DCF 法に基づく公正価値評価において、一般に評価額のレンジが生じるものである。パラグラフ 148 において “...the calculation of the discounted present value of the streams of cash flows attributable to the intangible from the perspectives of both parties to the transaction will generally be necessary. In these cases the arm’s length price will fall somewhere within the range of both present values, after taking into account taxes required to be paid with respect to the transaction. (...双方の取引当事者の観点から当該無形資産に帰属するキャッシュフローの割引後現在価値の計算が一般に必要となる。これらケースにおいて、独立企業間価格は、当該取引に関連して支払いが予想される税金を考慮した後、両方の現在価値のレンジ内の何れかの数値となる)”としてレンジの概念が示されている。この点、評価額のレンジは売り手側、買い手側それぞれの評価においても発生するものであり、**適正な条件設定に基づく分析を行っている限りにおいては、各レンジ使用が容認されることを指針として追加してもらいたい。**

また、上記のような DCF 法による評価を行う際、納税者が測定日において入手可能な、或いは、合理的に予見される情報に基づき評価をしている限りにおいて、当該評価結果は尊重されるべきである。測定日における予想キャッシュフローと将来の結果には当然乖離が生じるものであり、将来の結果に基づく後知恵(hindsight)が課税当局により使用されるべきではないことについては、本章においても繰り返し言及されることを提案する。

パラグラフ 155 において、“it is usually the case that projections prepared for non-tax business planning purpose are more reliable than projections prepared exclusively for tax purposes, or exclusively for purposes of a transfer pricing analysis (事業計画のために準備される予想は、税目的或いは移転価格分析目的のためだけに準備される予想よりも信頼できる場合が通常である)”と記述されている。しかし、事業計画の一環として作成する財務予測はその使用目的により前提条件は異なるものであり、通常、企業が事業計画を策定する際、様々なリスクファクターや前提条件の変化に基づく感度分析を行い、複数のキャッシュフローモデルを作成する。従い、これら複数のモデルの内、ある単一のキャッシュフロー予想を取り出した時に当該予想が常に信頼性が高いとは言えないかもしれないが、当該複数モデルから導き出される現在価値のレンジは独立企業間価格のレンジを示唆するものとする。

以上

一般社団法人日本貿易会

〒105-6106

東京都港区浜松町2-4-1

世界貿易センタービル6階

URL <http://www.jftc.or.jp/>

経理委員会委員会社

CBC株式会社

蝶理株式会社

阪和興業株式会社

株式会社日立ハイテクノロジーズ

稲畑産業株式会社

伊藤忠商事株式会社

岩谷産業株式会社

JFE商事株式会社

兼松株式会社

興和株式会社

丸紅株式会社

三菱商事株式会社

三井物産株式会社

長瀬産業株式会社

野村貿易株式会社

神栄株式会社

双日株式会社

住金物産株式会社

住友商事株式会社

豊田通商株式会社

ユアサ商事株式会社

September 14, 2012

Accounting & Tax Committee
Japan Foreign Trade Council, Inc.

Mr. Joe Andrus,
Head, Transfer Pricing Unit
OECD

Comments on OECD “Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions”

The following are the comments of the Accounting & Tax Committee of the Japan Foreign Trade Council, Inc. in response to the invitation to public comments by OECD regarding “Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions”. The Japan Foreign Trade Council is a trade-industry association with trading companies and trading organizations as its core members, while one of the main activities of its Accounting & Tax Committee is to develop the trade environment by submitting specific policy proposals and requests to government authorities concerning tax matters. (Member companies of the Accounting & Tax Committee of JFTC are listed at the end of this document.)

Section A. Identifying Intangibles

Overall Comments

JFTC, which consists of the member companies engaging in business operations over the world, desires that tax administration is conducted appropriately and stably in each country or jurisdiction. We are concerned that the broadened definition of intangibles may create additional class of allegations of imposing tax by tax authorities in each country and that might lead to double-taxation on the same income and strongly concerned that tax might be imposed beyond ones calculated by the actual profits and

losses resulting from the real transactions. Such taxation would not only undermine the individual company's operations but also seriously shall hamper each country's economic development and growth and inevitably shall cause less global growth. It is undesirable for tax authorities and taxpayers to be forced to face or get accustomed to tax disputes or to operate under the threat of such potential tax disputes in countries throughout the world.

From this perspective, we consider that the definition of intangibles contained in Section A of the Discussion Draft is too broad and provides tax authorities with excessive room for interpretation. Our most serious concern is that certainty is not assured with the broadened definitions of intangibles and in such circumstances hesitation with fear comes first and economic growth shall slow down. With the definitions broadened, various interpretations and enforcements may occur around the globe and lead to various tax consequences which at end may create double-taxation or no-point taxation and there may arise cases where double-taxation may not be eased even through the mutual agreement process with different concept of intangibles or different concept or recognition of values.

Therefore, the scope of intangibles for transfer pricing purposes should be limited to intangibles protected under law and other intangibles that are contractually or otherwise stipulated so that tax disputes on the interpretations would not arise. We also believe that intangibles should be clearly differentiated from service transactions.

Furthermore, while it is undesirable to have situations where taxes on profits from transfer of intangibles that taxpayers cannot predict and recognize are imposed by tax authorities and face double- or multiple-taxation, we strongly urge the establishment of correlative adjustment of its kind for eliminating exposure to such double- or multiple-taxation, in such a way that intangibles identified in a country is considered amortizable assets in the counterpart country through the mutual agreement process.

In line with the above, our specific comments on the Discussion Draft are as follows.

- **Specific Comments on Paragraphs in the Discussion Draft**

Paragraph 5 presents a comprehensive definition of intangibles by stating that “the word ‘intangible’ is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, and which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities.” A number of illustrations and explanations are then given following the disclaimer “rather than focusing on accounting or legal definitions.” This has resulted in a very broad definition of intangibles. **We are concerned that such broad definition would provide tax authorities with excessive room for interpretation, undermining predictability and certainty from the perspective of taxpayers.**

In particular, because goodwill has not been clearly defined, we are concerned that tax authorities would be given extensive scope for interpretation. Therefore, we consider the scope of the intangibles for transfer pricing purposes should be limited and the definition should be further clarified. In regard to this point, Paragraph 21 states, “Goodwill reflects the difference between the aggregate value of an operating business and the sum of the values of all separately identifiable tangible and intangible assets.” Then, the paragraph continues, using the terminology of the International Accounting Standards, “Goodwill is sometimes described as a representation of the future economic benefits associated with business assets that are not individually identified and separately recognized.” As can be seen from the foregoing, goodwill “cannot be segregated or transferred separately from other business assets.” On the other hand, as stated above, intangibles are defined as an asset that “is capable of being owned or controlled for use in commercial activities.” However, it is not possible for assets that are not individually identified and separately recognized to be “owned or controlled.” Thus, we consider that it is not appropriate to include goodwill in the definition of intangibles for transfer pricing purposes.

We agree with the clarification given in paragraph 23, which states that as group synergies “are not owned or controlled by a single enterprise, they are not intangibles within the meaning of Section A.1.” However, while the Discussion Draft refers only to the positive impact of group synergies on total group income, in reality, there is no reason to conclude that group synergies will always lead to increased income. For example, a transfer may be undertaken not only for strengthening competitiveness but also for maintaining competitiveness. Moreover, as group synergies cannot usually be realized by transfer itself, it is possible that the input of new resources will actually result in increased cost. Therefore, we consider that the Guidelines should address that group synergies could have negative impacts on the profits. Another point that needs clarification is a multinational enterprise (MNE) group’s sales network. For instance, consider a case where a member company of an MNE group finds a seller while another member company of the same MNE group finds a buyer. In such cases of transactional matching, sales networks created by an MNE group would be categorized under group synergies because they are not owned or controlled by a single enterprise. Thus, we suggest the Guidelines explicitly indicate that such sales networks are not intangibles within the meaning of Section A.1.

We agree with the statement in paragraph 24 that market specific characteristics are not intangibles within the meaning of Section A.1., as they cannot be owned, controlled, and transferred by an individual enterprise. On the other hand, it should be noted that emerging countries in particular are raising very strong claims regarding the allocation of locational savings. Given this fact, we suggest adding illustrations and guidance regarding the methodologies of comparability analysis.

Know-how, trade secrets, and other information obtained through the experiences of an individual generally belong to the individual. Insofar as corporate ownership of these assets is not protected under law, ultimately these cannot be owned and controlled by the enterprise. Regarding this matter, paragraph 26 states: “While the transfer or secondment of isolated employees does not, in and of itself, constitute the transfer of an intangible, as a factual matter such a transfer may result in the transfer of valuable know-how or trade secrets for which compensation may be required in arm’s length dealings.” We are concerned that the wording of the above provision may lead to the inclusion of know-how belonging to individuals (not to the enterprise) under the scope of transfer pricing taxation. **We therefore propose that an explicit comment be added stating that management know-how, sales know-how, and other forms of know-how obtained by managers, employees, and teams of employees through experiences gained in corporate activities are not intangibles within the meaning of Section A.1.**

The same applies to individual skills and capabilities within an assembled workforce. That is, capabilities of individual employees are owned by the individual and do not belong to the enterprise. In particular, in the presence of highly fluid labor markets, **ultimately it is very difficult for an enterprise to continue to own and control its employees as a corporate asset. Therefore, we believe that individual skills and capabilities within an assembled workforce should not be included in intangibles within the meaning of Section A.1.**

Even if these are to be included in intangibles in certain special cases, they should be clearly differentiated from service transactions (including high value-added service transactions). Paragraph 26 contains the statement that “a long term contractual commitment to make available the services of a particular group of uniquely qualified employees may constitute an intangible in a particular circumstance.” However, no explanation is provided as to what “particular circumstance” may be. Because paragraph 26 does not go beyond making this very general statement, we are concerned that it may allow the scope of intangibles to be very broadly interpreted. We consider clear guidance and illustrations must be appended for this passage to effectively function as a criterion for judgment.

● Additional Comments on Section A on Matters Not Mentioned in the Discussion Draft

The current Guidelines do not contain any explicit provisions concerning the relation between intangibles and rights pertaining to extraction and sales of natural resources. Consequently, when a party who does not own legal rights to natural resources provides services to a party who owns the legal rights, such transactions have in certain cases been recognized by tax authorities to involve the use of intangibles. However, income generated by rights to natural resources is attributed to the location where the resource

has been extracted. Therefore, such transactions should be categorized under general service transactions, with the exception of specific services that utilize extremely sophisticated exploration and production technologies and other intangibles that are protected under law. Hence explicit provisions should be included to exclude such transactions from the scope of the use and transfer of intangibles.

Section B. Identification of Parties Entitled to Intangible Related Returns

Overall Comments

As stated in the comments to Section A, we believe it is important to ensure predictability and certainty for both tax authorities and taxpayers in all related countries. Regarding the identification of parties entitled to intangible related returns as specified in Section B, if the tax authorities are allowed to neglect or ignore the legal ownership or contractual relations and re-characterize the transactions involving intangibles based on more economically driven interpretations beyond the legal meaning, it could cause MNEs operating in countries throughout the world double- or multiple-taxation, and would present a significant obstacle to economic activities.

In addition, it is very unlikely for an entity that has no significance in functions performed, risks assumed, and assets used to become the legal owner of rights or a party to a contract.

Therefore, we consider that, in principle, legal ownership and contractual relations should be respected, and the re-characterization of transaction attributes should be limited to extreme cases where remarkable inconsistencies exist between ownership based on legal relations and ownership based on economic relations, and intent to avoid taxation can be clearly detected.

Specific Comments

In line with the above, our specific comments on the Discussion Draft are as follows.

Inconsistency between legal ownership and economic ownership is described as a situation “where the conduct of the parties is not aligned with the terms of legal registrations and contracts.” For such cases, paragraph 37 and other related paragraphs state that “it may be appropriate to allocate all or part of the intangible related returns to the entity or entities that, as a matter of substance, perform the functions, bear the risks, and bear the costs that relate to development, enhancement, maintenance and protection of the intangibles.” **However, we are extremely apprehensive that completely ignoring legal contractual relations and allowing the re-characterization of intangibles and transactions involving intangibles can result in**

disputes related to claims and interpretation of the rights to tax in the source country. Therefore, in principle, legal contractual relations should be respected, and the re-characterization of transaction attributes should be limited to extreme cases where remarkable inconsistencies exist between legal ownership and economic ownership, and intent to avoid taxation can be clearly detected.

Reference has been made to the importance of “control” and “important decisions” in the identification of parties. However, no stipulation has been made concerning the specific level of “control” and “important decisions.” We consider further clarification is needed on this point.

For instance, some MNE groups stipulate, as part of their risk management and internal control systems, the procedures to be followed when a subsidiary makes an important decision on bearing risks exceeding a certain level. Such procedures may dictate that the subsidiary must check the intention of the parent company holding its shares in advance, or that in addition to its own decision making the subsidiary must also undergo a predetermined process of approval by the parent company. Therefore, it would be helpful for the Guidelines to clarify the relation between such control of a parent company over a subsidiary through equity ownership and the identification of parties entitled to intangible related returns. Furthermore, if “control” and “important decisions” are to be specified as material factors, this means that investors whose only contribution is the provision of funds (for example, a limited partner in a partnership) are not entitled to intangible related returns in spite of the fact that they bear the risk of their investment. This point should also be clarified.

Paragraph 51 states, “In some cases, a distributor may incur marketing costs, incur risks, or perform functions beyond those an independent distributor with similar rights might incur or perform for the benefit of its own distributing activities. An independent distributor in such a case might obtain a share of the intangible related returns of the owner of the trademark or related intangibles, perhaps through a decrease in the purchase price of the product or a reduction in royalty rate in order to compensate it for its functions, assets, risks and costs.” In this context, we believe reference should also be made to the point that an intangible asset should not be immediately recognized merely because the entity has incurred high marketing costs.

Section C. Transactions Involving the Use or Transfer of Intangibles

No comments.

Section D. Determining Arm’s Length Conditions in Cases Involving Intangibles

Overall Comments

We consider the scope of intangibles for transfer pricing purposes should be limited so that the possibility of the occurrence of tax disputes can be reduced. On the other hand, even if an intangible has been recognized and the owner identified, it is impossible to uniformly assess values across borders and in accordance with individual jurisdictions. Furthermore, conflicts of interest may exist among countries. Therefore, the scope of intangibles should be stipulated in a manner conducive to mutual agreement.

If this is not ensured, the concern remains that taxpayers may suffer from exposure to double- or multiple-taxation. In particular, for MNEs where a single transaction often involves multiple countries, current arrangements for harmonization and concurrent examination by related countries cannot be said to be sufficient. If the transactional profit split method is to be applied in the current environment, it will be necessary to adopt arrangements that eliminate exposure to double- or multiple-taxation by accepting actual transactional profit and loss.

Overall, routine and non-routine intangibles have not been differentiated and, in some respects, the discussions have not taken this difference in category into consideration. In this context, if a broad definition of intangibles is to be adopted, we believe that one-sided verification would be sufficient for routine intangibles.

Finally, it should be kept in mind that the discounted cash flow (DCF) method is not based on the actual transactional profits and losses but based on hypothetical figures and the use of value measured hypothetically as a basis for taxation should be restricted.

Specific Comments

In line with the above, our specific comments on the Discussion Draft are as follows.

D.1. Conducting a comparability analysis in a matter involving intangibles

By stating that “a one-sided comparability analysis does not provide a sufficient basis for evaluating a transaction involving the use or transfer of intangibles,” paragraph 81 seems to require the use of two-sided comparability analysis at all times. However, such a requirement would face various practical problems. For instance, consider a company transacts with a related party in which the company has no majority of the voting right. If a tax system deems this to be a transaction between related parties for transfer pricing purposes, it may prove difficult to obtain information that is objective from the counterparty’s perspective. Therefore, taking into consideration the administrative burden to taxpayers and tax authorities, we consider that some form of materiality criterion should be adopted for the application of a two-sided approach. Similarly, in

arm's length transactions, it is frequently impracticable to estimate with a certain degree of accuracy the assumptions made by the counterparty. **Therefore, where a two-sided approach is to be adopted, a comment should be added to the effect that, as long as analysis and/or evaluation has been conducted on the basis of information available to the taxpayer on the measurement date or on the basis of reasonably estimated information, the analysis and/or evaluation would in principle be respected.**

Paragraph 104 states that "it is important to assess whether publicly available data drawn from commercial data bases and proprietary compilations is sufficiently detailed to permit an evaluation of the specific features of intangibles." Regarding this point, it is unclear how detailed the information to be obtained needs to be. The appropriate standard for the required level of detail should be one that allows taxpayers to collect practically the necessary information without incurring excessive costs.

D.2. Selecting the most appropriate transfer pricing method in a matter involving the use or transfer of intangibles

Paragraph 108 expresses concern regarding the facile application of the residual profit split method by stating, "In matters involving the use or transfer of intangibles, caution should be exercised in adopting a transfer pricing methodology that too readily assumes that all residual profit from transactions after routine functional returns should necessarily be allocated to the party entitled intangible related returns." This is followed with the statement that a transfer pricing method "should appropriately reflect all of the relevant factors materially contributing to the creation of value, not merely reflect intangibles and routine functions." On the other hand, regarding the adjustment of differences in comparability analysis in the process of computing arm's length prices, it has been assumed that, as stated in paragraphs 1.33 and 3.47 of the current Guidelines, "none of the differences (if any) between the situations being compared could materially affect the condition being examined in the methodology or that reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the effect of any such differences." Therefore, we consider it would be more appropriate to stipulate that only those factors that do not "materially affect the condition" and can be quantified in the process of adjustment should be considered.

Paragraph 110 states: "In particular, valuations of intangibles contained in purchase price allocations performed for accounting purposes are not relevant for transfer pricing purposes." In regard to this point, explanations should be added to specify points that "are not relevant." The DCF methodology presented in Section D.4. is a commonly used valuation method for accounting purposes as well, and does not need to be completely set apart from valuation methodologies for transfer pricing purposes. Rather, it can be said that valuations performed for accounting purposes contain quite useful reference information. Therefore, except for cases that pose significant problems, we believe that the use of and reference to valuations performed for accounting purposes should be

allowed.

D.3. Determining arm's length prices for transactions involving the use of intangibles in connection with sales of goods or services

Paragraph 124 states: "In particular, comparability adjustments may be required for matters such as differences in markets, locational advantages, business strategies, assembled workforce, corporate synergies and other similar factors. While such facts may not be intangibles as that term is described in Section A.1. of this Chapter, they can nevertheless have important effects on arm's length prices in matters involving the use of intangibles." Thus, while having "important effects" is identified as a reason for adjustment, the foregoing provision requires numerous other adjustments or important adjustments to be made. Therefore, we consider that it would be necessary to be explicitly stated in the Guidelines that arm's length transactions requiring such numerous adjustments may not be sufficiently comparable, and that they may not constitute valid objects of comparison.

D.4. Determining arm's length prices for transactions involving the transfer of intangibles or rights in intangibles

The fair value measured based on the DCF method generally yields a range of values and a concept of "range of values" is referred to in the following wording of paragraph 148: "The calculation of the discounted present value of the streams of cash flows attributable to the intangible from the perspectives of both parties to the transaction will generally be necessary. In these cases the arm's length price will fall somewhere within the range of both present values, after taking into account taxes required to be paid with respect to the transaction." Regarding this point, it should be noted that ranges of values appear in the valuations conducted by both the seller and the buyer. **Therefore, we suggest that the Guidelines state that the use of both ranges is allowed, on the condition that the analysis is performed based on appropriate valuation assumptions.**

Moreover, in using the DCF method, the results of the valuation should be respected as long as it has been conducted on the basis of information available to the taxpayer on the measurement date or on the basis of reasonably estimated information. While, inevitably, there will be differences between projected cash flow as of the measurement date and actual cash flow at some future point, tax authorities should not use hindsight based on actual future results. We suggest that the Guidelines reiterate this point in this Chapter.

Paragraph 155 states that "it is usually the case that projections prepared for non-tax business planning purpose are more reliable than projections prepared exclusively for tax purposes, or exclusively for purposes of a transfer pricing analysis." However, it

should be noted that financial forecasts prepared for business planning are based on different assumptions depending on their intended use. Normally when preparing a business plan, an enterprise develops multiple cash-flow models by conducting a sensitivity analysis based on different sets of risk factors and assumptions. Therefore, while it cannot be said that the projections based on the single cash-flow model that the enterprise has chosen from the multiple available models is always highly reliable, we consider that the range of present values obtained from the multiple available models provides an indication of the range within which the arm's length price will fall.

Japan Foreign Trade Council, Inc.

World Trade Center Bldg. 6th Floor,
4-1, Hamamatsu-cho 2-chome,
Minato-ku, Tokyo 105-6106, Japan
URL. <http://www.jftc.or.jp/>

Members of the Accounting & Tax Committee of JFTC

CBC Co., Ltd.
Chori Co., Ltd.
Hanwa Co., Ltd.
Hitachi High-Technologies Corporation
Inabata & Co., Ltd.
ITOCHU Corporation
Iwatani Corporation
JFE SHOJI TRADE CORPORATION
Kanematsu Corporation
Kowa Company, Ltd.
Marubeni Corporation
Mitsubishi Corporation
Mitsui & Co., Ltd.
Nagase & Co., Ltd.
Nomura Trading Co., Ltd.
Shinyei Kaisha
Sojitz Corporation
Sumikin Bussan Corporation
Sumitomo Corporation
Toyota Tsusho Corporation
Yuasa Trading Co., Ltd.