

OECD 「Discussion draft on Action 6 (Prevent Treaty Abuse Follow-Up Work) of the BEPS Action Plan (BEPS 行動6 (条約の乱用防止 フォローアップワーク) に係る公開討議草案)」に対するコメント

2014年11月21日、経済協力開発機構 (OECD) は標記討議草案を公表し、意見募集を開始した。本討議草案は、BEPS (Base Erosion and Profit Sifting: 税源浸食と利益移転) 行動計画6で要請されているものである。

本行動計画は、2014年3月、第一次の討議草案を公表し、意見募集を行っており、産業界からは実務的なコメントが寄せられており、当会も意見提出を行った ([http://www.jftc.or.jp/proposals/2014/20140409\\_1.pdf](http://www.jftc.or.jp/proposals/2014/20140409_1.pdf))。これらのコメントを踏まえ、2014年9月の第一次BEPS提言において「報告書: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances (Action 6 2014 Deriverable)」が公表された。同報告書においては「更なる検討が必要」とされた事項 (①モデル条約に導入されるLOB条項の具体的な規定、②関連するコメントリーの詳細な記述内容、③投資ファンド等の集団的投資ビークル (Collective Investment Vehicles, CIVs) などに対しどのように租税条約を適用するのか、また、そもそも適用するべきか。) を提示しており、それを受け、今回の討議草案では、意見を求めている。

経理委員会では、本討議草案の目的は支持するが、過度な租税回避防止規定を租税条約や国内法に設定することにより、実態を有している取引や投資形態までが不当な取扱いを受けることは避けるべきであり、加えて、租税回避防止規定に係る確認や解釈に伴う納税者の事務負担と規定の有用性のバランスを考慮し、複数の租税回避防止規定を導入することの必要性は十分検討されるべきであることを総論とし、各論点に関する意見を取り纏め、2015年1月9日、OECD宛提出した。

---

2015年1月9日

**Ms. Marlies de Ruiter**

Head, Tax Treaties, Transfer Pricing and Financial Transactions Division  
Centre for Tax Policy and Administration  
Organisation for Economic Cooperation and Development

一般社団法人 日本貿易会  
経理委員会

**BEPS 行動6「租税条約の濫用防止 — フォローアップワークに係る公開討議草案」に対するコメント**

本レターは2014年11月21日付でリリースされた “Discussion draft on follow-up work

on Action 6 (Prevent treaty abuse) of the BEPS Action Plan”に対する一般社団法人日本貿易会（※）としてのコメントを貴会宛提出させていただくものである。

（※）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、その中で経理委員会は、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）。

### ＜全般的なコメント＞

1. 租税条約の主な役割の一つは、国際的な二重課税を排除し、これを以って条約締約国間の経済交流を促進することにある。従い、条約の恩典を享受することのみを目的とした人工的な取引・取極めに対し、条約の恩典を付与することへの制限や、条約が二重非課税を生じさせるために用いられるべきではないことを明確にするOECDの従前からの取組みを改めて支持する。
2. 然しながら、過度な租税回避防止規定を租税条約や国内法に設定することにより、実態を有している取引や投資形態までが不当な取扱いを受け、租税条約の目的である二重課税の排除及びクロスボーダー取引・投資促進の妨げとなることは避けるべきであり、加えて、租税回避防止規定に係る確認や解釈に伴う納税者の事務負担と規定の有用性のバランスが考慮されるべきである。
3. BEPS 行動6の目的は租税条約の濫用的な適用による「二重非課税」の防止にあるが、現在の報告書における改定案では租税条約の適格者となる要件が過度に厳格に定められているため、事業上の理由がある投資活動までもが条約の適用を受けられず国際的な二重課税が避けられない内容となっている。当該条約の濫用的な利用の有無については、事実関係を精査の上で判断するべきであり、「第三国を経由した投資は基本的に条約の濫用が目的である」と形式的かつ一律に判断するべきではない。特に、租税条約適用の公正性や透明性を高めるために、以下の対応を行い、条約本文又はコメントリーに明示的に反映することを強く要望する。事実関係を十分に精査し、条約の合理的な解釈を行ったとしても条約の濫用的な利用の有無について権限のある当局によって見解が異なる場合があり得るが、その場合には源泉地国当局は一方的に濫用的利用を認定するのではなく、両国当局で事業上の理由等に十分配慮した上で協議するべきであり、この点も条約本文やコメントリーに明記されるべきである。
  - ✓ 経済実体 (economic substance) の重視
  - ✓ 企業グループ全体の活動に基づく適格判定
  - ✓ 全企業に対する公平な適用
  - ✓ 参加国の行政及び司法の有効性確保明文規定を定めず、権限のある当局の一方的な裁量に委ねることは、納税者の予測可能性を損なうため、極力回避するべきである。

4. 租税条約と国内法との整合性についても同時に検討されることが重要であるが、行動 6 の各国間の条約への反映については、各国国内法の整備が整ったタイミングで行われることが望ましい。また、租税条約と国内法の濫用防止規定の関係については、両規定が整合しない場合には条約の規定が国内法に優越することを明記し、租税条約の適用要件は条約内でのみ定められるべきであり、一方の締約国が相手国に諮ることなく一方的に国内法で条約の適用を限定することは条約違反であることも明記するべきである。

#### <個別コメント>

#### A. LOB条項に関する論点 (Issues related to the LOB provision)

##### 3. *Commentary on the discretionary relief provision of the LOB rule*

- ▶ ある締約国の居住者である企業が単独で適格居住者の要件を満たさないとしても、当該居住者の帰属する多国籍企業グループ全体として（つまり、当該企業だけでなく、当該締約国にて活動するその他メンバー企業も含め）、十分な経済実体を有している、または、能動的事業活動基準を満たしている時には、当該居住者の主たる目的が税目的ではないことを示す重要な証拠である。
- ▶ 企業活動において、事業上の理由により法的に区分された事業体を設立せざるを得ない、または、そのような事業体を設立することが経済合理的である場合が多い。事業を法的に区分された事業体に細分化させた場合と、法的に一つの事業体の中で細分化させた場合とで、適格判定に差異が生じることは合理的でないため、適格判定は企業グループ全体で行うべきである。この具体的な理由は後述の 10. Clarification of the “active business” provisions へのコメントの通りである。
- ▶ また、適格判定をより客観的に行うためには、経済実体を重視すべきである。企業が一定の経済実体を有しているかどうかを判断する諸要素についても、不必要な論争及びそれに付随する税務当局及び納税者双方の実務負担を回避するために、例示を行い、各国当局間でコンセンサスがとられるべきである。
- ▶ 「一方の締約国の権限ある当局は、納税者の申請を却下する前に、他方の権限ある当局と協議を行うものとする」という一文の挿入に賛同するが、この協議のメカニズムを定め、より実効性の高いものにする必要がある。さらに、当局間での協議の負担及び納税者の予見可能性を回避するために、居住地国における当局が事前ルーリングや居住者証明発行手続き等により条約適格者であることを認証している場合には、当該認証結果を受容すべきである。合理的な理由なく安易に却下することは許されるべきでなく、仮にやむを得ない理由があり却下するとしても、その理由を相手国当局及び納税者に対して明示すべきである。

- ▶ 本規定により権限ある当局への救済を求める案件が増大されることへの対処についても同時並行的に議論が行われることを期待する。
- ▶ 当該基準はセーフハーバー的な位置付けで設けられた基準であるが、具体的な認定項目がなければ納税者にとって予見可能性が低く、かつ関係当局の事務負担も膨大となることから実行性が失われる懸念がある。従い、「権限ある当局による認定基準」に就き十分な指針や具体的な判断基準の事例がコメントリー等を通じて提示される必要がある。

#### 6. *Issues related to the derivative benefit provision*

- ▶ Equivalent beneficiaries による保有割合が 95%以上との条件は極めて高すぎる。少数株主が居住地国課税の意思決定に関与することは困難であり、また 75%以上を条件として締結されている条約が既に存在することから、少なくとも 75%以上とすることが望ましい。
- ▶ また equivalent beneficiaries の条件に、源泉地国と第三国間の限度税率が当該条約の限度税率と同等以上とあるが、当該条件を充足しなかった場合でも、派生的受益者条項は一種の bona fide provision であることに鑑みると、究極の受益者 (ultimate beneficial owner) が直接出資していた場合に関連する条約にて適用されていたであろう限度税率が適用されるべきであり、例えば、米英租税条約の technical explanation や一部の国の判例においても認容されているように、モデル条約においても補足されるべきである。
- ▶ 例えば A 国の居住企業 (A 社) が C 国の居住企業 (C 社) に投資するに当たり、B 国に中間持株会社 (B 社) を設立した場合で、C 社からの配当源泉税率が、A 国-C 国間の条約に基づけば 10%、A 国-B 国及び B 国-C 国間条約の下では 0%、C 国の国内法では 20%だったとする。提案されている LOB 条項では、仮に B 社が租税回避目的のために設立されていると判断された場合、C 社から B 社への配当は C 国の国内法により 20%の源泉税が適用されてしまう可能性があるが、そのような場合でも B 国を介在させない場合の A 国-C 国間の租税条約と同等の課税関係 (10%の源泉税率) を適用することを救済条項として盛り込むべきである。

#### 10. *Clarification of the “active business” provision*

- ▶ LOB 条項においては、条約の適格性を、真の事業上の理由を考慮することなく形式的に判断される懸念がある。適格者か否かの判断を行う際には、形式よりも実態を重視するアプローチがとられるべきである。特に、「能動的事業活動基準は投資を行い又は管理する活動は除く」とあるが、納税者が所属している産業区分にかかわらず、あくまで事業実態により判断されるべきであり、投資を行い又は管理する活動を行う者も適格者として

扱うべきである。

- ▶ また、能動的事業活動テストについては、個々の事業体ベースではなく、企業グループ単位で判断されるべきである。多国籍企業グループは、様々なタイプの事業リスクを遮断する目的で、或いは、事業リスク分散による経済環境変化への耐性を強化する目的で、同一国における事業を細分化し、それぞれの事業活動を法的に区分された事業体にて行うことがある。この為、各事業体単独ベースでみると十分な経済実体を有していないとされる可能性があるが、事業体毎に取引や投資活動を行っているとしても、当該多国籍企業グループ全体としては、居住地国にて能動的事業活動を行っていれば、適格基準を満たしていると扱われるべきである。この事例については、別紙の事例 1 及び 2 を参照願うと共に、特に事例 1 と事例 2 の租税条約上の取扱いが確実に整合するよう配慮願う。
- ▶ 2014 年 9 月に発行された報告書 (Action 6:2014 Deliverable) のパラグラフ 16 にて提案されているコメントリー案のパラグラフ 48 の最終文にある、「本店活動は投資管理に従事しているので、本店機能のみを有している企業はパラグラフ 3 における能動的事業活動に従事していないと考えられる」としている点についても、上記同様に活動の実態を十分に考慮して判断されるべきであり、本店が十分な経済実体を有し、グループ企業に対して様々な重要な機能を提供している場合には、能動的な活動に従事していると考えられるべきである。さらに、上述の通り、この判断は企業グループ全体で行うべきである。
- ▶ また、トレーディング等通常の事業活動と能動的活動テストを満たさない活動が併存する企業については、トレーディング事業が投資先における事業活動に相当の関連性を有するものであれば、投資先国との条約について全面的に恩典を付与するべきである。

## **B. PPT ルールに関する論点** (Issues related to the PPT rule)

- ▶ 現在の報告書では、主要目的テスト規定の定義が広すぎるため、税務当局によって解釈が多岐に亘り、執行に差が出るものが懸念される。国際取引の促進、並びに事業の安定性確保のため、詳細な例示やコメントリーの追加だけでなく、当該テストに該当するかどうかについて事前に確認を得られるシステムの構築、企業側と課税当局側の事実認定の齟齬により生まれる紛争への対応等についても追記されることが望まれる。
- ▶ 実際の取引においては、事業上の要素に加えて、条約の適用についても重要な事業上の検討要素となる。その場合に、税以外の目的と税務上の目的のうちいずれが主要な目的となるのかの判断は困難である。納税者が税以外の目的が主要な目的であることを証明している場合、条約又は法令に定めのない限り、その主張を尊重するべきであり、PPT ルールにてそのように明記されるべきである。また、「主要目的の一つが条約上の恩典濫



用であること」の挙証・立証責任は、課税当局に対して課されるべきである。

- ▶ LOB 条項における Discretionary Relief Provision にて” that there were clear reasons, unrelated to the obtaining of treaty benefits, for its formation, acquisition, or maintenance...” とされた場合には PPT ルール上も主たる目的は条約の恩典利用ではないと判断することが制度の公平性の観点から望ましい。

#### *14. Aligning the parts of the Commentary on the PPT rule and of the Commentary on the LOB discretionary relief provision that deal with the principal purposes test*

- ▶ 租税条約の適用要件として LOB 条項と主要目的テストのいずれかを用いることが定められているが、条約の適用機会の平等の観点から、また、より有利なテストの意図的な利用による BEPS を防止する観点からも、両テストの内容は実質的に同等となる必要がある。
- ▶ PPT ルールは条約の利用目的を直接的に問う要件となっており、租税条約の濫用的な適用を防止する目的に忠実に適合しているのに対して、LOB 条項は適用要件が客観的ではあるものの条約の適用目的を問うことなく形式的に結論を下してしまう欠点がある。権限のある当局による認定は、形式的に結論を下すのではなく条約の適用目的を問うものとするべきである。
- ▶ 加えて、納税者が主たる目的の一つが条約の恩典享受ではないと明示している中で、当局がそれを覆そうとするのであれば、その立証責任 (burden of proof) は当局が負担すべきであり、その旨を条約本文或いはコメントリーにおいて明記すべきである。

#### *15. Whether some form of discretionary relief should be provided under the PPT rule*

- ▶ PPT ルールの下でも、納税者にとって公平であるために、また、二重課税の回避という本来の租税条約の趣旨を踏まえても、一方の締約国の権限のある当局のみの裁量による条約適用否認の濫用的発動がなされるべきではない。従い、条約適用を否認する場合には、その前に、他方の締結国の権限のある当局と協議することを必須とすべきである。また、当局間での協議の負担及び納税者の予見可能性を回避するために、居住地国における当局が事前ルーリングや居住者証明発行手続き等により条約適格者であることを認証している場合には、当該認証結果を受容すべきである。

#### *17. List of examples in the Commentary on the PPT rule*

- ▶ PPT ルールにおいても、適格判定はグループ全体で行うべきであり、別紙における事例では PPT ルール上も適格要件を満たすものとなろう (別紙の事例 1 及び 2 を参照のこと)。

### **C. その他の論点 (Other issues)**

### *19. The design and drafting of the rule applicable to permanent establishments located in third States issue*

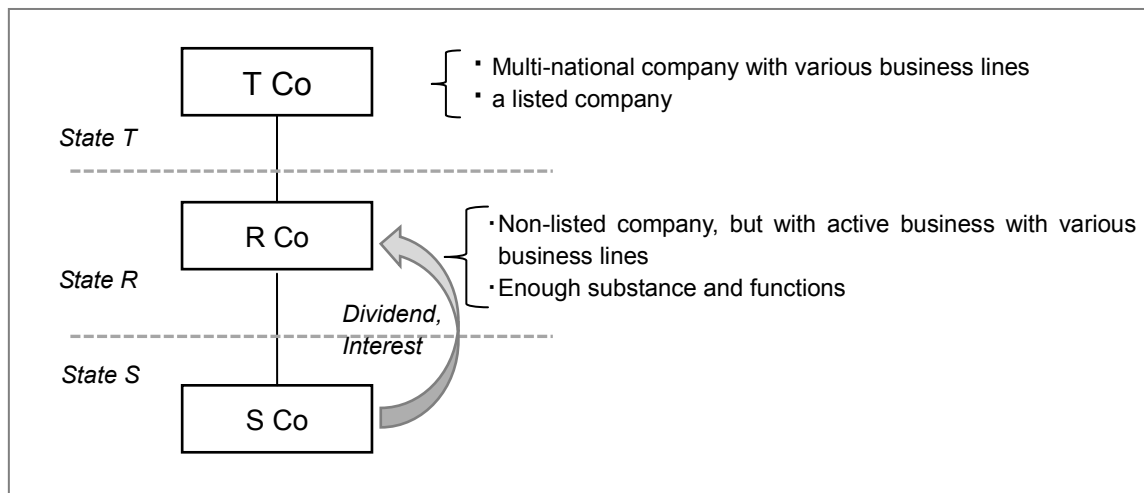
- 2014年9月に発行された報告書 (Action 6:2014 Deliverable) のパラグラフ 42 は実効税率のみに着目しており、租税回避或いは二重非課税の状況ではない場合においても、当該規定が適用される可能性があり、租税条約にて特典を設けることで期待される効果である投資促進を阻害することが懸念される。同パラグラフの e) 項と f) 項で例外は設けているものの、特に e) 項の能動的事業活動に関連している (in connection with or in incidental to the active conduct of a business) か否かの判定は税務当局による事実認定次第であり、納税者との間での解釈差異により紛争の要因となり得、納税者並びに税務当局双方の事務負担増をもたらすことが懸念される。従い、当該規定の対象を租税回避目的のある取引に限定することを要望する。

### *20. Proposed Commentary on the interaction between tax treaties and domestic anti-abuse rules issue*

- 現行の報告書では、租税条約と国内法の濫用防止規定が整合しないケースについて言及されていないが、整合しない場合には租税条約が国内法に優越することを明記すべきである。また、租税条約の適用要件は条約の中でのみ定められるべきであり、国内法において定められるべきではない（事後に定めても無効である）ことも明記すべきである。条約の相手国に諮らず一方的に条約の適用要件を限定する国内法を定めることは、条約の本来の目的を損なうものであり、国際的な二重課税が生じさせるため、あってはならない。
- 従い、本行動 6 では、納税者の予測可能性を確保するべく、より具体的な認定基準についてのコンセンサス取得に努め、また、各国税務当局もこれに整合したパブリック・ルーリングを積極的に発顕するべきである。信頼できる行政手続きの存在や独立した確固たる司法制度の存在も濫用防止規定が主観的に解釈されることを防止するためには不可欠と考える。

<別紙>

**事例 1** 複数の事業を同一の事業体の中で行うケース（事業内容は事例 2 と同じ）



前提

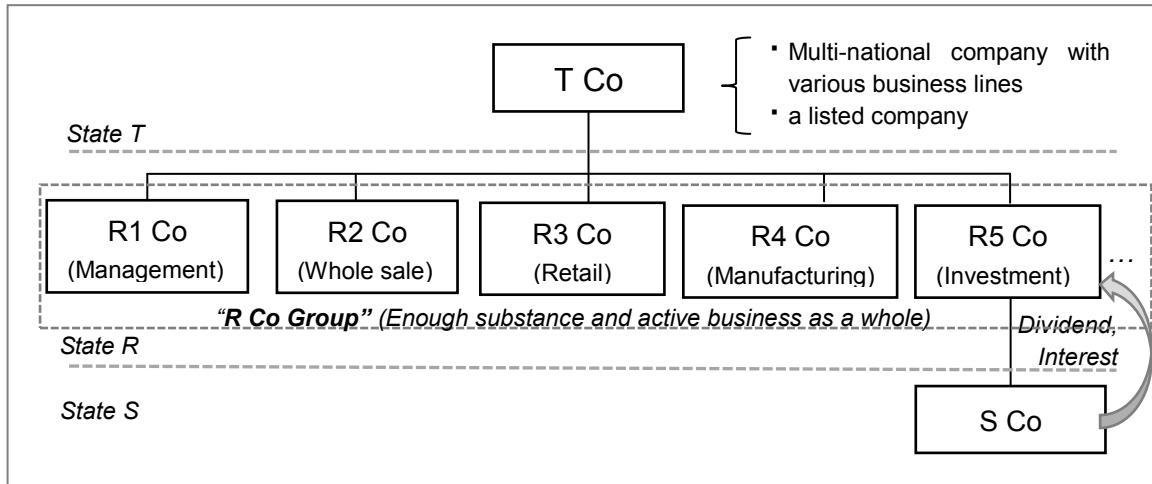
- ・ T 国の居住者であり T 国の証券取引所に上場している T 社は、グローバルに様々な事業（卸売、小売、製造、投資、金融等）を展開する多国籍企業である。
- ・ T 社が海外事業の管理を T 国内で行うことは、物理的に距離が離れている為、移動や時差の問題があること、語学力のある人材に限られていること、事業パートナーが海外に所在していること等の理由から、実質的に不可能である。従い、T 社は、流動性が高い国際的な商品や金融市場があり、優秀な人材が豊富にいる R 国に子会社 R 社を設立し、R 社を拠点として海外へ事業展開する戦略を有している。
- ・ R 社は R 国の居住者であり、その R 国における事業は卸売、小売、製造、投資（国内・海外）、金融と多岐に亘る。また、これらの複数の事業を管理する機能（法務、財務、会計、税務、リスクマネジメント、監査、内部統制）も有している。一定金額以上の取扱高、従業員数を有しており、R 国にて能動的な事業活動を行っていることは明らかである。
- ・ R 社の事業戦略の一環として、単独でまたはパートナーと共に S 国に事業進出を行う。この際に S 国にて新規に設立または買収した子会社 S 社へ出資やローンを行い、配当や金利の源泉税に対しては R-S 国間で締結された租税条約上の制限税率を適用する。

考察

- ・ 上記事例において、R 国に設立された R 社は、R 国の上場会社またはその子会社ではない為、LOB 条項における第 1 項及び第 2 項を満たさないが、能動的な事業活動を行っている為、第 3 項を満たし、R-S 国間租税条約の恩典を得られるべきであろう。
- ・ また、PPT ルール上も、R 社から S 社への出資やローンは、T 社及び R 社の事業戦略の一環として行われるものとして、十分な事業理由を有しており、R-S 国間租税条約の恩典を得られるべきであろう。



**事例 2** 複数の事業を区分された事業体を通じて行うケース（事業内容は事例 1 と同じ）



**前提**

- ・ 事例 1 と T 社グループ企業全体としての活動に実質的な差異はない。
- ・ しかし、T 社の事業戦略及びリスク管理上、事例 1 のように R 国において R 社のみに多岐に亘る事業を集約させることは望ましくないと判断し、R 社の事業を分割し、R 国にて事業毎に複数の子会社を設立することとした。
- ・ R1 社は統括機能を有し、マネジメントサービスやシェアードサービスを関連会社に提供する。また、R2 社は卸売業、R3 社は小売業、R4 社は製造業、R5 社は投資業（国内・国外）、R6 社は金融業に従事し、他にも T 社は R 国に多数の子会社を抱えている（これらを総称して「R 社グループ」）。
- ・ この事業毎の子会社設立は、単に T 社の事業戦略目的のみならず、個々の事業に帰属する法的リスク遮断（含、倒産隔離）の観点から、第三者である金融機関からも求められ、低利で安定的な資金調達を行うために必要である。また、事業パートナーと共同で事業を行う際にも、共同事業を円滑に行うために別個に事業体を設立することが必要である。
- ・ R 社グループの規模や活動内容は事例 1 と同一である。
- ・ R 社グループは、グループ事業戦略の一環として、単独でまたはパートナーと共に S 国に事業進出を行う。この際に R5 社が S 国にて新規に設立または買収した子会社 S 社へ出資やローンを行い、配当や金利の源泉税に対しては R-S 国間で締結された租税条約上の制限税率を適用する。

**考察**

- ・ 上記事例において、R 国に設立された R5 社は、R 国の上場会社またはその子会社ではない為に LOB 条項における第 1 項及び第 2 項を満たさない。また、R5 社単独では、投資活動に従事し、かつ、（競合他社は金融機関であるが R5 社自体は）金融機関ではない為、現行の条約ドラフト下では第 3 項に規定する能動的な事業活動基準を満たすことができない。

- ・ しかし、事例 1 との違いは、同一企業グループの中で、法的に事業体が区分されているということのみであり、また、当該法的事業体の細分化は税目的とは全く関連性がない。
- ・ このようなグループ全体としての活動状況に実質的な差異はない中で、事例 1 と租税条約上の取扱いが異なることは整合性がとれない。従い、LOB 条項の能動的事業活動基準を充足しているか否かは、R 国におけるグループ全体の活動により判定すべきであり、その結果として、R5 は当該基準を満たし、R-S 国間租税条約の恩典を得られるべきであろう。
- ・ また、PPT ルール上も、R5 社から S 社への出資やローンは、T 社及び R 社グループの事業戦略の一環として行われるものとして、十分な事業理由を有しており、R-S 国間租税条約の恩典を得られるべきであろう。
- ・ 尚、LOB 条項に関しては、上記事例においても、第 5 項に基づき S 国の権限ある当局から租税条約の恩典適用が認められる余地があるが、権限ある当局の裁量に左右されるという点で大きな不確実性が生じることに加え、第 5 項はあくまで第 1 項から第 4 項の規定が適用されない場合の最後の救済手段 (Last Resort) として取り扱うべきである。従い、事例 1 と事例 2 の租税条約上の取扱いが確実に整合するよう、第 3 項において、能動的事業活動基準は R 国におけるグループ全体の活動により判定することを明確に規定すべきである。

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

日鉄住金物産株式会社

野村貿易株式会社

神栄株式会社

双日株式会社

住友商事株式会社

豊田通商株式会社

ユアサ商事株式会社

**Ms. Marlies de Ruiter**

Head, Tax Treaties, Transfer Pricing and Financial Transactions Division  
Centre for Tax Policy and Administration  
Organisation for Economic Cooperation and Development

Accounting & Tax Committee  
Japan Foreign Trade Council, Inc.

**Comments on Discussion draft on  
Action 6 (Preventing treaty abuse (Follow-Up Work)) of the BEPS Action Plan**

The following are the comments of the Accounting & Tax Committee of the Japan Foreign Trade Council, Inc. (JFTC) in response to the invitation to public comments by the OECD regarding the “Follow Up Work on BEPS Action 6: Preventing Treaty Abuse”.

The JFTC is a trade-industry association with Japanese trading companies and trading organizations as its core members. One of the main activities of JFTC’s Accounting & Tax Committee is to submit specific policy proposals and requests concerning tax matters. Member companies of the JFTC Accounting & Tax Committee are listed at the end of this document.

**General Comments**

1. One of the principal roles of tax treaties is to eliminate international double taxation in order to promote economic interchange between Contracting States. In view of this, we reaffirm our support for OECD’s existing efforts to limit the granting of the treaty benefits to artificial transactions and arrangements aimed solely at enjoying the treaty benefits and to make it clear that treaties should not be used for obtaining double non-taxation.
2. Nevertheless, it should be noted that excessive anti-avoidance rules in tax treaties and domestic tax laws may make adverse effect on genuine business transactions and investments with economic substance and thereby may impede the objectives of tax treaties to eliminate double taxation and

encourage cross-border trade and investment. In addition, consideration should be given to achieving a balance between the administrative burden on taxpayers of ascertaining and interpreting anti-avoidance rules and the effectiveness of those provisions.

3. The objective of BEPS Action 6 is to prevent double non-taxation by abusing tax treaties, but the current Report lay down excessively strict conditions for becoming qualified persons under tax treaties, which may deny the treaty application even to investment activity with business reason and which may lead to international double taxation. As regards whether or not there is abusive application of tax treaties, judgment should be made after close examination of all the relevant facts, and there should be no simplistic and injudicious speculation that “most investments via third States should be essentially for the purpose of treaty abuse”. In particular, in order to enhance fairness and transparency in the application of tax treaties, we request very strongly that the actions set out below be implemented and that it be reflected explicitly in the OECD Model Tax Convention text or the Commentary. Even if all the facts are closely examined and reasonable interpretation of the tax treaty is made, judgment by relevant authorities may differ in relation to whether there is abusive treaty application. In such cases, source States should not treat such transactions as treaty abuse unilaterally, instead should discuss between the competent authorities fully taking into account business reasons and the other facts. We request that the above should be reflected in the OECD Model Tax Convention or in the Commentary.

- Placing of importance on economic substance
- Determination of treaty entitlement based on the activities of entire corporate groups
- Impartial application to all companies
- Assurance of the effectiveness of the administration and judicature of all participating states.

Not to lay down express provisions and thus to entrust such matters to the discretion of jurisdictional authorities would impair predictability for taxpayers, and should be strictly avoided.

4. It is important to consider the consistency of tax treaties and domestic laws, but the recommendations of Action 6 should be reflected into each tax treaty



after the necessary revisions in each state's domestic law. In addition, as regards the relationship between anti-abuse provisions in tax treaties and in domestic laws, if the provisions are inconsistent with each other, it should be stated expressly that the treaty's provisions take precedence over domestic law and that the conditions for applicability of tax treaties should be stipulated only within the treaties, and also that if one Contracting State were, without consulting the other party, to unilaterally limit application of the treaty according to domestic law, that would constitute a treaty violation.

## Specific Comments

### A. Issues Related to the LOB Provision

#### 3. Commentary on the discretionary relief provision of the LOB rule

- Even if a company resident in a Contracting State does not satisfy the conditions for being a qualified resident by itself, the fact that the entire multinational enterprise (MNE) group to which the said company belongs (i.e., comprising the said company together with all other member companies engaging in business activity in the said Contracting State) has sufficient economic substance or satisfy the active-conduct test, should be an important evidence that the said resident's principal purpose is not to obtain tax benefits.
- In the course of corporate activity, there are many cases where a legally segmented business entities must be incorporated, or such incorporation should be economically rational. Since it is unreasonable for disparities in the determination of treaty entitlement to arise between cases in which business is segmented among legally segmented business entities, and cases in which business is fragmented within a single legal business entity, the treaty application should be determined based on an entire corporate groups. The specific reason for this view is set out in the comment in no. 10 (Clarification of "active conduct of a business" provision) below.
- In addition, in order to make the determination of treaty entitlement more objective, importance should be given to economic substance. As regards the various factors that affect judgment as to whether or not a company has the

prescribed degree of economic substance, in order to avoid unnecessary disputes and the concomitant administrative burden for both tax authorities and taxpayers, consensus should be reached between and among all State tax authorities based on the examination of examples of cases.

- We endorse the inserted sentence "The competent authority of the Contracting State to which the request has been made will consult with the competent authority of the other State before rejecting a request made under this paragraph by a resident of that other State," however we believe it is essential to make this provision more effective in practice by stipulating the consultation mechanism. Additionally, in order to avoid the burden of consultations between authorities and impairing predictability for taxpayers, when the authorities in the State of residence attest that a taxpayer is a qualified person for treaty benefits through an advance tax ruling or tax residence certifications, such attestation should be accepted. Rejection without rational reasons should not be permitted, and in case a rejection is made for some unavoidable reason, the reasons therefor should be explained to the authorities of the Other State and to the taxpayer.
- While addressing increases in requests for relief to competent authorities pursuant to this provision, we would expect parallel discussions to be conducted at the same time to deal properly with such increases.
- This discretionary relief provision was introduced as a kind of safe-harbor, however we are concerned that predictability for taxpayers may become low unless the approval criteria are identified specifically, and that the bloating of the administrative burden for the authorities concerned may make this provision unworkable. In view of this, it is essential that adequate guidelines and examples of concrete judgment criteria with regard to the criteria for determination by competent authorities be given by inclusion in the Commentary, etc.

## 6. Issues related to the derivative benefit provision

- We believe that the "at least 95 per cent" ownership ratio by "equivalent beneficiaries" to be extremely and excessively high. It is difficult for minor shareholders to be involved in the determination the transaction and there are existing tax treaties adopting ownership ratio of "at least 75 per cent",

therefore it is desirable to lower this ratio to no more than “at least 75 per cent.”

- Furthermore, it is stated that the maximum tax rate applied to payments between the source State and a third State must be equal to or higher than the maximum tax rate under the relevant treaty in order to be deemed equivalent beneficiaries. If this condition is not met, the said beneficiary is not deemed a derivative beneficiary, and this would yield an unreasonable outcome, given that the equivalent beneficiary provision is a type of bona fide provision. Therefore, in such instances, the tax rate of the tax treaty applied in case the ultimate beneficial owner directly made investment should be applied. As an example of this approach, this treatment is accepted in the technical explanations of the US-UK Tax Treaty or in court cases in certain states, and should be appended to the OECD Model Tax Convention.
- To take an example, an investment is made from the resident company A of State A in the resident company C in State C and an intermediate holding company B is established in State B, the treaty-based rate of withholding tax on dividends is 10% between State A and State C, and the treaty-based tax rate of 0% between State A and State B and between State B and State C, and the domestic tax rate in State C is 20%. In these circumstances, if, owing to proposed LOB, it is deemed that company B is established for the purpose of avoiding tax, it is possible that withholding tax of 20% will be applied to dividends from company C to company B under State C's domestic law, but for cases such this, a relief provision should be included that applies a tax relationship that is equal to the one that exists pursuant to the tax treaty between State A and State C (10% withholding tax rate), where State B is not an intermediary.

## 10. Clarification of the "active conduct of a business" provision

- We are concerned that under the LOB provision there can be judgments solely based on the form as to whether a person is eligible to be granted treaty benefits without considering the bona fide business purposes. It is our view that, when determining whether or not a person is a qualified person, the approach should place emphasis on substance rather than form. In particular, although it is stated that the active-conduct test applies only to business "other than the business of making or managing investments," active-conduct

test irrespective of the industrial category to which a taxpayer belongs, judgment should ultimately be made on the basis of the actual nature of its business, and a person engaged in the activity of making or managing investments should be also treated as a qualified person.

- In addition, determination through the active-conduct test should be made on the basis of a corporate group rather than on the stand-alone basis of an individual member company. For the purpose of quarantining diverse types of business risk or of strengthening resistance to the economic fluctuations through the dispersal of business risk, MNE groups split up business activity within the same state, conducting business in business entities in which individual business activities are legally segmented. This may give the impression, when considered on a stand-alone basis, that the individual companies do not have sufficient economic substance, but even if each business entity is conducting trade or investment activities separately, as long as they are engaged in active conduct of a business as an entire MNE group in the same state, they should be treated as satisfying the eligibility criteria. Please refer to Examples 1 and 2 in the annex hereto, and we strongly request that the tax treatment under the Examples 1 and 2 should be consistent.
- With regard to paragraph 48 of the proposed Commentary in the “Action 6: 2014 Deliverable issued in September 2014, namely “Since a headquarters operation is in the business of managing investments, a company that functions solely as a headquarters company will not be considered to be engaged in the active conduct of a business for purposes of paragraph 3”, judgment should be made after giving full consideration to the actual state of business activity as described above. If a headquarters has adequate economic substance and it provides with various important functions to its group companies, it should be regarded as engaging in the active conduct of a business. Moreover, as stated above, any such judgment should be made for the corporate group as a whole.
- With regard to companies that engage concurrently in trading and other ordinary business activities together with activities that do not satisfy the active-conduct test, such company should be granted the full benefit of the treaty with the State of the invested entity in case that its trading business is closely connected with the business operations of the invested entity.

## B. Issues Related to the PPT Rule

- In the Report, the definition under the principal purposes test (PPT) provision is too broad, causing us the concern that tax authorities will make various interpretations and there will be differences in the way it is performed. In order to promote international transactions and arrangements and ensure business stability, we consider it desirable to give detailed examples and supplement the Commentary, and also add postscripts for, among other things, the building of a system for advance confirmation of whether or not the test is applicable, and for addressing disputes arising from inconsistencies in the recognition of facts on the part of companies and of the tax authorities.
- In actual business practice, important factors to be considered include not only business-related factors but also the application of tax treaties. It is difficult to judge between non-tax purposes and tax-related purposes as to which are the most important, but if taxpayers prove that their principal or one of their principal purposes is a non-tax purpose, we request that, unless otherwise stipulated by treaty or law, their claim be respected, and that this be stated explicitly in the PPT rule. With regard to the phrase "arrangements one of the principal purposes of which is to obtain treaty benefits," the burden of proof should rest with the tax authorities.
- From the perspective of fairness of the rule, if it is deemed that “there were clear reasons, unrelated to the obtaining of treaty benefits, for its formation, acquisition, or maintenance...” under the discretionary relief provision of the LOB rule, it should be also deemed for the PPT rule purposes that the principal purpose of the transaction is not obtaining of treaty benefits.

### 14. [Aligning the parts of the Commentary on the PPT rule and of the Commentary on the LOB discretionary relief provision that deal with the principal purposes test](#)

- It is suggested that either the LOB provision or the PPT rule is to be used as a condition for the applicability of tax treaties, but from the perspective of equality of opportunity with respect to treaties and also of preventing BEPS through the intentional use of the more favorable test, it is essential that the substance of both tests be made essentially the same.



- The PPT rule is a condition that directly questions the purposes of treaty application, adapted faithfully for the purpose of preventing the abusive application of tax treaties, whereas although the conditions of applicability of the LOB provision are objective, it is flawed by the fact that it draws formal conclusions without questioning the purposes of treaty use. Approval by competent authorities should be conducted based on the purpose of treaty use not solely based on the form of the transaction.
- In addition, if authorities wish to disprove explicit statements by taxpayers that they do not have as one of their principal purposes the obtaining of treaty benefits, the burden of proof should rest with the tax authorities, and wording to that effect should be included in the treaty text or Commentary.

#### 15. Whether some form of discretionary relief should be provided under the PPT rule

- Even under the PPT rule, in order to ensure fairness for taxpayers and also on the basis of the fundamental intent of tax treaties to avoid double taxation, it should not be permissible for improper denial of the application of a treaty to be made at the discretion solely of the competent authorities of the other Contracting State. Accordingly, in case the application of a treaty is to be denied, it should be made essential for advance consultation to be conducted between the competent authorities of both Contracting States. In addition, in order to avoid the burden of consultations between the authorities and impairing predictability for taxpayers, if the authorities in the State of residence make advance rulings and take steps such as procedures for issuing verification of residential status, and through these means attest that the taxpayer is a qualified person for treaty benefits purposes, that attestation should be accepted.

#### 17. List of examples in the Commentary on the PPT rule

- In the PPT rule also, determination of entitlement should be conducted on the basis of entire corporate groups, and in the examples attached the eligibility criteria under the PPT rule should be satisfied. (Examples 1 and 2 in the annex hereto.)

## C. Other Issues

### 19. The design and drafting of the rule applicable to permanent establishments located in third States issue

- We are concerned that Paragraph 42 of the “Action 6: 2014 Deliverables” issued in September 2014, pays attention only to effective tax rates, and that even in cases in which there is no tax avoidance or double non-taxation it is possible that this provision will apply, and that this will impede the encouragement of investment that is expected to result from the favorable treatment offered by tax treaties. Exceptions are made in subparagraphs e) and f), of this Paragraph but especially with regard to e), the exceptions are dependent upon the determination of facts by tax authorities whether the transaction is “in connection with or incidental to the active conduct of a business”, which may be a cause of disputes if their interpretations differ from those of the relevant taxpayers, possibly leading to a greater administrative burden for both taxpayers and tax authorities. In view of this, we request that the scope of this provision be restricted to only transactions and arrangements for the purpose of tax avoidance or evasion.

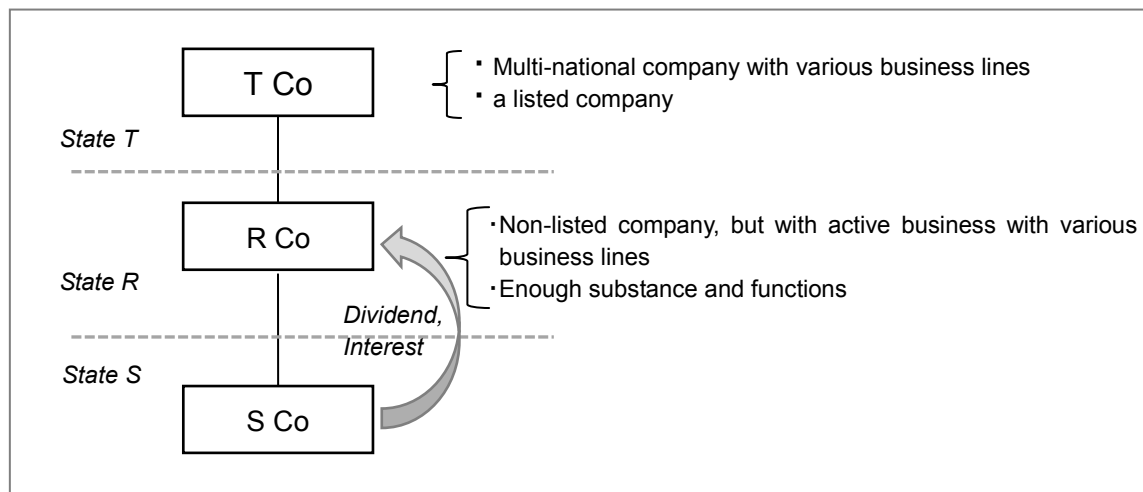
### 20. Proposed Commentary on the interaction between tax treaties and domestic anti-abuse rules issue

- In the Report there is no mention of cases in which there are conflicts between anti-abuse provisions in tax treaties and domestic anti-abuse rules, but it should be stated expressly that in the event of inconsistency a treaty's provisions take precedence over domestic rules. It should also be stated expressly that tax treaty applicability conditions should be stipulated only in the treaties, and should not be stipulated in domestic rules (and be invalid even if they are prescribed subsequently). Prescribing domestic rules that limits treaty applicability conditions unilaterally, without consulting the other Contracting State, impairs the intrinsic objectives of treaties and gives rise to international double taxation, and thus is unacceptable.
- In view of the above, in order for Action 6 to ensure predictability for taxpayers, efforts to build a consensus with regard to more specific approval criteria should be made, and States' tax authorities should be proactive in issuing public rulings in conformity with those. We also believe that the

existence of reliable administrative procedures and of a strong and independent judicial system is indispensable for preventing subjective interpretations of anti-abuse provisions.

## Annex

Example 1: Case in which multiple business activities are conducted within the same business entity (The nature of business activity is identical to that in Example 2)



### Assumptions

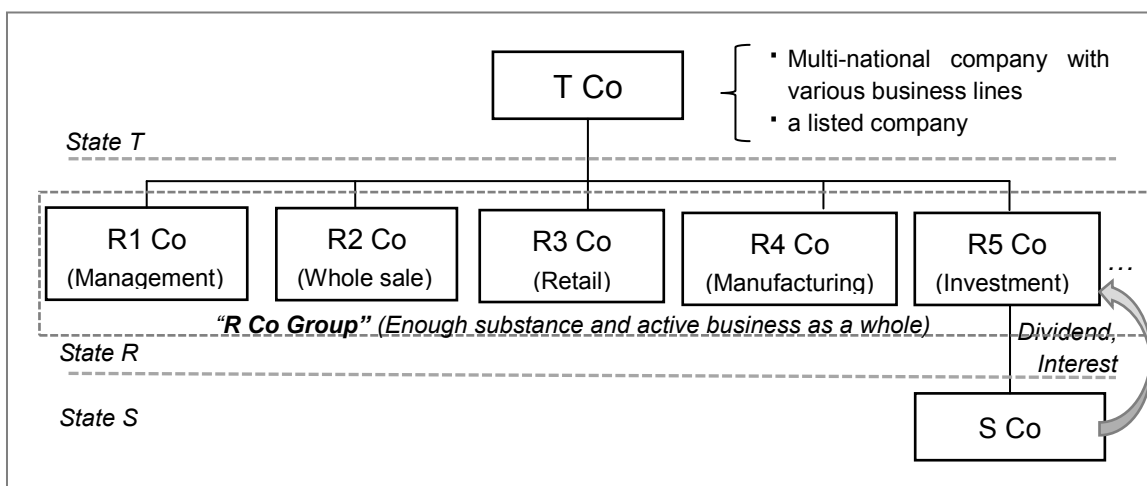
- T Co, a company resident of State T listed on the stock exchange of State T, is an MNE conducting a variety of business activities (wholesaling, retailing, manufacturing, investment, finance, etc.) globally.
- It is effectively impossible for T Co to conduct the management of its overseas business in State T, for reasons such as their long physical distances from State T, problems relating to transportation and time differences, limited numbers of personnel able to speak foreign languages, and the overseas locations of business partners. In consequence, T Co adopts a strategy that entails establishing R Co, a subsidiary in State R, where there are highly liquid markets for international goods and financial markets and an abundance of high-quality human resources, and using R Co as a base for developing overseas business activity.
- R Co is a resident of State R, and its business activities in State R are diverse: wholesaling, retailing, manufacturing, investment (domestically and internationally), and finance. It also possesses the capabilities (legal, financial, accounting, taxation, risk management, auditing, internal control) to manage these diverse business activities. It has certain amount of sales and number of personnel, and it is plain that it engages in the active conduct of a business in State R.

- Part of R Co's business strategy is to launch business activity in State S, either by itself or together with partners. When doing so, it contributes capital and extends loans to S Co, a subsidiary in State S that it has newly established or acquired, and for withholding tax on dividends and interest it applies the limited tax rate pursuant to the tax treaty concluded between States R and S.

### Consideration

- In the above example, since R Co established in State R is neither a listed company in State R or a subsidiary of one, it does not satisfy the provisions of paragraphs 1 or 2 of the LOB rule, but since it is engaged in active conduct of a business it satisfies the requirements of paragraph 3, and thus should be accorded the benefits of the tax treaty concluded between States R and S.
- Under the PPT rule also, R Co's contributions of capital and extension of loans to S Co are conducted as part of T Co's and R Co's business strategy and thus qualify sufficiently as being for business reasons, and in consequence should be accorded the benefits of the tax treaty concluded between States R and S.

Example 2: Case in which multiple business activities are conducted through segmented business entities (The nature of business activity is identical to that in Example 1)



### Assumptions

- There is no substantive difference with the activities of T Co's entire corporate group in Example 1.



- However, in accordance with T Co's business strategy and risk management, it judges that it is undesirable to concentrate diverse business activities in State R on R Co alone, as in Example 1, and thus splits R Co's business, establishing multiple subsidiaries to engage in each separate business in State R.
- R1 Co has supervisory functions, providing its associated companies with management services and shared services, while R2 Co engages in wholesaling business, R3 Co in retailing business, R4 Co in manufacturing business, R5 Co in investment business (domestically and internationally), and R6 Co in financial business, and T Co also has numerous other subsidiaries in State R. (These are referred to collectively as the "R Co Group.")
- This establishment of subsidiaries to engage in separate business activities is not only for T Co's business strategy purposes, but is also required by third-party financial institutions as a means of quarantining the legal risk to which each business line is exposed (including bankruptcy remoteness), and is necessary for conducting low-interest-rate, stable funding. Also, when operating jointly with business partners it is customary to establish individual business entities to help ensure joint business activity is conducted smoothly.
- The scale (sales, number of employees) of the R Co Group is the same as in Example 1.
- Part of the R Co Group's business strategy is to launch business activity in State S, either by itself or together with partners. When doing so, R5 Co contributes capital and extends loans to S Co, a subsidiary in State S that it has newly established or acquired, and for withholding tax on dividends and interest it applies the limited tax rate pursuant to the tax treaty concluded between States R and S.

## Consideration

- In the above example, since R5 Co established in State R is neither a listed company in State R or a subsidiary of one, it does not satisfy the provisions of paragraphs 1 or 2 of the LOB provision. Also, since R5 Co engages in investment activity on a stand-alone basis and moreover (although competitors are financial institutions, R5 Co itself) is not a financial institution, based on the current treaty draft it is unable to satisfy the active-conduct test prescribed in paragraph 3.
- However, the only difference with Example 1 is that the companies are legally segmented within the same corporate group. In addition, the formation of

these legally segmented business entities is not any way connected with a tax purpose.

- It would be inconsistent if, despite there being no substantive difference with regard to the state of activity of the entire corporate group as just described, there is a difference between the treatment in Example 1 and Example 2 under the tax treaty. In view of this, whether or not the LOB provision's active-conduct test is satisfied should be judged by the activities of the entire corporate group in State R, the result of which would be that R5 Co satisfies the criteria and should be accorded the benefits of the tax treaty concluded between States R and S.
- Under the PPT rule also, R5 Co's contributions of capital and extension of loans to S Co are conducted as part of T Co's and the R Co Group's business strategy, and accordingly they qualify sufficiently as being for business reasons, and in consequence should be accorded the benefits of the tax treaty concluded between States R and S.
- With regard to the LOB provision, in the example above the competent authorities in State S would have scope, pursuant to paragraph 5, to permit tax treaty benefits to be granted, but reliance on the discretion of competent authorities gives rise to considerable uncertainty, so in our view paragraph 5 should be treated very much as a last resort only after it is deemed that the provisions of paragraphs 1 to 4 do not apply. Accordingly, in order to make certain that the tax treaty treatment in Example 1 and Example 2 is consistent, we believe that it should be expressly stipulated in paragraph 3 that the active-conduct test shall be judged on the basis of the activities of the corporate group as a whole in State R.

## **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.  
Nippon Steel & Sumikin Bussan Corporation  
Nomura Trading Co., Ltd.  
Shinyei Kaisha  
Sojitz Corporation  
Sumitomo Corporation  
Toyota Tsusho Corporation  
Yuasa Trading Co., Ltd.