

「Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles」への意見

2013年7月30日、経済協力開発機構（OECD）は、無形資産の移転価格に係る側面に関して、納税者、税務当局の双方に、明確で、一貫性のあるガイダンス（原則）を示すことを目的に、改訂版の移転価格 - 無形資産に関する討議草案（Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles）を公表し、意見募集を開始した。

経理委員会では、これに対して各国の課税当局が適正かつ、安定的な課税執行の観点から、無形資産の定義をさらに明確にすること、納税者が無形資産の移転所得につき課税当局より予期せぬ課税を受けた場合には相互協議にて手当てするなど、二重課税を排除する仕組みの整備すること等を提案する意見を取り纏め、10月1日、OECD宛提出した。

なお、移転価格に対する無形資産については、2012年6月に公表された意見募集に関して、2012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/2012/20120914_1.pdf?3)

2013年10月1日

Committee on Fiscal Affairs

Organisation for Economic Co-operation and Development

一般社団法人日本貿易会
経理委員会

「Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles」への意見

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「Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangible（改定ドラフト）」に対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、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社を記載）。

【全体コメント(Section A:無形資産の特定について)】

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。

しかしながら、本改定ドラフトでは全体として無形資産の定義付けを重視していないように見受けられる。取引の諸条件を判断する為には、その前提としてどのような取引が行われたのか認識する必要があり、その為には無形資産

の定義の明確化は不可欠である。定義が曖昧なままでは、そもそも取引が発生したのか否かを判断することができず、諸条件を検討することもできない。当該定義が明確にされず予見可能性を確保できないことを産業界側の大きな懸念事項として挙げているにもかかわらず、本改定ドラフトはこの点に十分に当たっているとはいえない。

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、引き続き具体的な例示としても、無形資産と役務提供取引との峻別も明確にされるべきであり、セクション A の議論を継続し、移転価格ガイドライン(ガイドライン)や各国国内法にて無形資産の定義がさらに明確化されるようさらなる取り組み努力がなされるべきと考える。

加えて、納税者側が予見、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。

【個別コメント】

Proposed Amendments to Chapter I-III of the Transfer Pricing Guidelines

D.7. Assembled Workforce

パラグラフ 14~17

労働力の集合については、第1章に補足説明(Chapter1. D.7.)が追記されたことは歓迎する。但し、個々の従業員に帰属する技量や能力は、個人の経験から得られたものであることから企業ではなく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。従い、仮に従業員の転籍や出向によるノウハウ移転があったとしても、そのようなノウハウを構成する技量や能力は当該企業には帰属しないことから対価授受の必要性もない。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。

D.8. MNE Group Synergies

パラグラフ 27

本事例2において、親会社保証による便益は、シングルA格からトリプルA格への信用格付け改善による金利率低下効果として反映されるが、当該便益の全てをP社に配分するということは独立企業間原則の下では成立しない(何故なら、P社に便益の全てが配分されるならば、S社はP社に対して保証を求めることはないだろう)。従い、保証料率は当該便益の範囲内にて定められる(つまり、当該便益はP社・S社間で適正に配分される)ものであり、また、便益を折半する方法にて保証料率を定めることも実務上合理的な方法の一つであると考えられる。

Chapter VI Special Considerations for Intangibles

Section A. Identifying Intangibles

パラグラフ 39, 40

パラグラフ 39 において、無形資産の概念的範囲につき明示的な言及がない上に、パラグラフ 40 において、“the word ‘intangibles’ is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, 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為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が

定められているが、後段の説明では結果として、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。

パラグラフ 40において、『無形資産』という用語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為に所有または支配され得るもので、かつ、比較可能な状況において独立当事者間での取引であれば、その使用や所有についての対価が発生されたであろう資産を意図している」と定められている。従い、これに基づき無形資産を特定する為には、その最初のステップとして「資産」「所有」「支配」の定義を明確に定める必要があるが、本ドラフトで十分な指針が提供されているとは言い難い。また、本ガイドラインにおける「所有」については、「経済的所有」という記載が見られないが、第 6 章における無形資産の所有者は、原則として法的権利に基づき判断されるものと明示されるべきである。

加えて、パラグラフ 40において、”whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances (比較可能な状況において独立当事者間での取引であればその使用や移転についての対価が発生したであろう資産)との記述が前回ドラフトから追記されているが、パラグラフ 134 に記載の通り、そもそも無形資産はユニークな特徴を有しており (it should be borne in mind that intangibles often have unique characteristics)、必ずしも比較可能な状況下にはない。従い、比較可能を前提にした対価性有無を無形資産の概念に盛り込むことは実務上の判断をより複雑化する虞がある。

上記のとおり、各国間の合意ができない為に具体的な定義を示すことができないのであれば、本改定ドラフトは無形資産の定義のアプローチを示したものに過ぎないと言える。しかし、だからといって各国執行において課税当局の解釈に委ねられるべきものではなく、本ガイドラインにおいて、各国が法令・規則において無形資産の明確な定義を定める必要があることを示すべきである。

パラグラフ 48

本文では The guidance in this Chapter is also not relevant to recognition of income, capitalisation of intangible development costs, amortization, or similar matters (本章におけるガイダンスは所得認識、無形資産の開発コスト資産化や償却、あるいは類似事象には関連性がない)としており、後段では It is recognized that inconsistencies between individual country laws regarding such matters can sometimes give rise to either double taxation or double non-taxation (そのような事象に関する各国間の法律上の不整合は二重課税あるいは二重非課税を発生させる可能性がある)と記述されている。

一方、本 Public consultation の前提は BEPS に対する Action Plan と密接に関連しており、斯様な二重課税あるいは二重非課税への対応策が正に主要テーマであることに鑑みると、具体的な方向性を示した上で、納税者の予見可能性を高めることに加え、過度な税務執行がされない仕組みが整備されることを強く希望する。

パラグラフ 52

仮に無形資産の範囲を具体的に定義付けすることが難しいとしても、例示することで客観性を持たせることができる。各国間の合意ができない為に例示を限定列举ができないことはある程度は理解するが、それであれば、本ガイドラインにて、各国の国内法において例示を限定列举し、また、課税当局は列举されていないものに対する無形資産認定を行うべきではないとの指針が示されるべきである。

パラグラフ 54

個人の経験から得られるようなノウハウや企業秘密は、企業により究極的に所有・支配できるものでなく、そのようなノウハウや企業秘密を有する社員自身の意思により非関連企業に転職する際に、その雇用者が何らかの対価を得られるものではない。従い、これらは無形資産に該当するものではない。

パラグラフ 58

契約に基づく権利や政府の許認可が常に単独で価値ある無形資産となるとは限らない。例えば販売に係る政府の許認可を取得できたとしても、マーケティング活動が首尾よく成功に至らなければ、許認可自体の価値は実質的にはないこともある。このような場合においては、非関連者に当該許認可を譲渡しようとしても、対価を得られないだろう。また、天然資源権益に係る政府の許認可や譲与については無形資産として例示されているが、政府許認可単独で無形資産を構築される訳ではないことについても追記願いたい。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為、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。

パラグラフ 60, 62

暖簾については、パラグラフ 62 において、”Depending on the facts and circumstances, however, accounting valuations and the information supporting such valuations can provide a useful starting point in conducting a transfer pricing analysis. (事実と諸状況次第では、会計上の評価やそのような評価をサポートする情報は移転価格分析を実行する有益な出発点となり得る)とされ、前回ドラフトに比べ、実務面を考慮されている点は歓迎したい。但し、今回ドラフトにおいても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、明確なものとされるべきであろう。パラグラフ 60 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為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。仮に、特定のケースにおいて、これらを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。

Section B. 無形資産の所有及び無形資産の開発、改良、維持、保護に関する取引

パラグラフ 73

無形資産の法的所有につき、パラグラフ 73 や他の関連パラグラフにおいて、”the question of legal ownership is separate from the question of remuneration under the arm’s length principle (法的所有の議論は独立企業間原則の下での対価に係る議論とは別物である)”とされている一方、同パラグラフ後段で、”in most cases, the legal owner will accrue receipts from the exploitation of the intangible in the first instance (大抵のケースでは当該法的所有者は、まずは当該無形資産の利用からの収益を発生させるものとなる)”と記述されたことは歓迎するが、結局は法的所有ではなく Functions, assets, and risks related to intangibles に応じた対価受領を求めている。

しかし、納税者の立場としては、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、パラグラフ 66 にても言及されている通り、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例外的なケースに限定されるべきであるということ強調してもらいたい。

パラグラフ 79

重要な機能に対する例示がなされているが、研究・開発に係る機能のみに限定されている。マーケティング無形資産に帰属するリターン配分を考慮する際の重要な機能についても指針が示されるべきである。

パラグラフ 96

本文において、“In some cases, a distributor may incur marketing costs, assume risks, or perform functions that exceed those an independent distributor with similar rights might incur or perform for the benefit of its own distribution activities and that create value beyond that created by other similarly situated marketers/distributors. An independent distributor in such a case would typically require additional remuneration from the trademark owner. Such remuneration could take the form of higher distribution profits(resulting from a decrease in the purchase price of product), a reduction in royalty rate, or a share of the profits associated with the enhanced value of the trademark or other marketing intangibles, in order to compensate the distributor for its functions, assets, risks, costs, and anticipated value creation(場合によっては、ある流通業者が類似の権利を有する独立した立場にいる流通業者以上に自身の販売活動の便益の為に、コストやリスクを負担、或いは機能を果たし、価値を創出するかもしれない。そのようなケースにおける独立の流通業者は典型的には当該商標の所有者に対して追加的な対価を要求するものである。そのような対価は機能、資産、リスク、コスト及び予見される価値創出に見合う対価を支払う為、(当該製品の購入価格の引下げよりもたらされる)より高い販売利益、使用料率の引下げ、或いは商標や他のマーケティング無形資産の価値増加に関連する所得の配分という形で支払われ得る)”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. 無形資産に関わる事例における独立企業間条件の決定

D.1. General principles applicable in transactions involving intangibles

パラグラフ 130

本文において、“a one-sided comparability analysis does not provide a sufficient basis for evaluation a transaction involving intangibles(片側だけの比較可能性分析は無形資産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。

D.2. Supplemental guidance regarding transfers of intangibles or rights in intangibles

パラグラフ 148

本文において、“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)”と言及されている。この点については、どの程度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。

パラグラフ 151

本文では、“in matters involving the transfer of intangibles or rights in intangibles it is important not to simply assume that all residual profit, after a limited return to those providing functions, should necessarily be allocated to the owner of intangibles. (無形資産や無形資産に対する権利の移転を内包する事象において、無形資産の保有者に対して、提供する機能に対する限定的な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 を単純に想定しないことが重要であるということ を明確にするものである)”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 take into account all of the relevant factors materially contributing to the creation of value, not only 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考慮すべき)”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、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為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 173

本文において、“in particular, valuations of intangibles contained in purchase price allocations performed for accounting purposes are not determinative for transfer pricing purposes and should be utilized in a transfer pricing analysis with caution and careful consideration of the underlying assumptions (特に、会計目的で実施される買収価格配分にて含まれる無形資産の評価は移転価格目的上のものではなく、移転価格分析に内在される前提を用心深く、注意深い考慮をもって利用されるべきである)とされ、前回ドラフト(パラグラフ 110)と比較し、会計目的で実施される買収価格配分が移転価格においても一定の状況下では利用可能とされたのは前進である。実際のビジネスの現場においては、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、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、実業界にいる我々としては、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、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。

パラグラフ 175

DCF 法に基づく公正価値評価においては、一般に評価額のレンジが生じるものである。パラグラフ 175 において“...the calculation of the discounted value of projected cash flows attributable to the intangible should be evaluated from the perspectives of both parties to the transaction in arriving at an arm's length price. The arm's length price will fall somewhere within the range of present values evaluated from the perspectives of the transferor and the transferee. (...双方の取引当事者の観点から独立企業間価格に帰結するように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評価されるべきである。独立企業間価格は譲渡人及び譲受人の観点から評価される現在価値のレンジ内の何れかの数値となるだろう)”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 182

本文において、“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 (事業計画の為に準備される予想は、税目的或いは移転価格分析目的の為にのみ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。

パラグラフ 219

本文において、“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象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。

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

October 1, 2013

Committee on Fiscal Affairs
Organisation for Economic Co-operation and Development

Accounting & Tax Committee
Japan Foreign Trade Council, Inc.

**Comments on Revised Discussion Draft
on Transfer Pricing Aspects of Intangibles**

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 “Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles (Revised Draft).”

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.

Overall Comments on Section A (Identifying Intangibles)

JFTC, which consists of member companies engaging in business operations over the world, desires that tax administration be conducted appropriately and stably in each country or jurisdiction. We are concerned that the broadened definition of intangibles may create an additional class of allegations for imposing taxes by tax authorities in each country, which might lead to double-taxation on the same income. We are also seriously concerned that taxes may be imposed beyond those calculated based on actual profits and losses resulting from 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 become accustomed to tax disputes or to operate under the threat of such potential tax disputes in countries throughout the world.

Regarding the Revised Draft, we feel that sufficient attention has not been paid to the definition of intangibles. In order to accurately assess the conditions of transactions, it is necessary, as a prerequisite, to recognize the transactions undertaken. This requires a very clear definition of intangibles. If the definition is ambiguous, it is impossible to determine

whether or not a transaction has actually taken place, and the relevant conditions cannot be examined. The business community has voiced serious concerns that predictability and certainty cannot be ensured without a clear definition. However, it cannot be said that the Revised Draft responds effectively to these concerns.

We believe 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 and not subject to dispute. We also believe that concrete illustrations should be provided for clearly differentiating intangibles from service transactions. We therefore conclude that the discussions of Section A should be continued and that further efforts should be made to clarify the definition of intangibles both in the Transfer Pricing Guidelines (Guidelines) and under national laws.

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

Specific Comments

Proposed Amendments to Chapter I-III of the Transfer Pricing Guidelines

D.7. Assembled Workforce

Paragraph 17

Regarding assembled workforce, we welcome the addition of the supplementary guidance in Chapter 1 (Chapter 1. D.7). However, we would like to make a point that skills and capabilities obtained through the experiences of an individual generally belong to the individual and not the enterprise. Insofar as corporate ownership of these assets is not protected under law, ultimately these cannot be owned and controlled by the enterprise. Therefore, even if know-how through the transfer or secondment of employees is transferred, the skills and capabilities of which such know-how consists do not belong to the enterprise and do not give rise to the need for remuneration. 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 and thus we believe that individual skills and capabilities within an assembled workforce should

not be included in intangibles.

D.8. MNE Group Synergies

Paragraph 27

In Example 2, the benefits generated by Parent’s guarantee are reflected by the lower interest rate resulting from the enhancement of credit standing from A to AAA. However, under the arm’s length principle, all benefits would not be allocated to Parent (that is, if all the benefits were to be allocated to Parent, S would have no reason to seek Parent’s guarantee). Therefore, the guarantee fee would fall within the range of the benefits, that is, the benefits would be appropriately divided between Parent and S. Furthermore, we consider that determining the guarantee fee based on a 50-50 division of the benefits would represent one of the reasonable methods.

Chapter VI. Special Considerations for Intangibles

Section A. Identifying Intangibles

Paragraphs 39 – 40

Paragraph 39 does not explicitly refer to the conceptual scope of intangibles, while paragraph 40 presents a comprehensive definition of intangibles by stating that “the word ‘intangibles’ is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities.” The wording of the latter paragraph would result in a very broad definition of intangibles. We are concerned that the adoption of such a broad definition would provide tax authorities with excessive room for interpretation, undermining predictability and certainty from the perspective of taxpayers.

Paragraph 40 states that “the word ‘intangibles’ is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances.” Therefore, as the first step toward identifying intangibles based on this definition, “asset,” “own” and “control” should be clearly defined. However, the Revised Draft does not present sufficient guidance on this matter. Whereas the Revised Draft contain no reference to “economic ownership” in connection to “own,” explicit provisions should be included stating that, as a general rule, ownership of

intangibles in Chapter VI shall be determined on the basis of legal ownership.

Furthermore, paragraph 40 contains the following addition to the previous Draft: “whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances.” However, as stated in paragraph 134, “intangibles often have unique characteristics” and are not necessarily subject to comparable circumstances. Hence, it would make practical determination more complex to include compensation under comparable circumstances in the concept of intangibles.

If, as shown above, a definition cannot be specified because the participating countries cannot reach consensus, then it can be said that the Revised Draft go no further than to present an approach toward defining intangibles. However, this does not mean that the matter should be left to the interpretation of tax authorities as adopted in the process of application in individual countries. Rather, we suggest that the Guidelines should explicitly state that countries should establish a clear definition of intangibles in their laws and regulations.

Paragraph 48

In paragraph 48, the first sentence states that “The guidance in this Chapter is also not relevant to recognition of income, capitalization of intangible development costs, amortisation, or similar matters,” while the last sentence states that “It is recognised that inconsistencies between individual country laws regarding such matters can sometimes give rise to either double taxation or double non-taxation.”

On the other hand, the premises of the Public Consultation are closely correlated to the Action Plan related to BEPS, whose principle theme is the avoidance of double taxation and double non-taxation. In view of this, we strongly urge that a specific direction be stipulated and a framework be created to increase predictability from the perspective of taxpayers and to prevent excessive taxation.

Paragraph 52

Even if it is difficult to define the scope of intangibles with specificity, objectivity can be ensured by providing illustrations. To a certain degree we understand that it might not be possible to provide an exclusive list of illustrations because consensus has not been reached among countries. However, if this is the case, the Guidelines should contain provisions to the effect that exclusive listing should be included in the laws of individual countries and that the tax

authorities should not recognize unlisted items as intangibles.

Paragraph 54

Know-how and trade secrets obtained through the experiences of an individual ultimately cannot be owned and controlled by the enterprise. An employer cannot obtain compensation when an employee in possession of such know-how or trade secrets transfers to an unrelated enterprise on his or her own accord. Hence, we believe that these do not constitute intangibles.

Paragraph 58

Rights and obligations under contracts and government licenses in and of themselves do not necessarily constitute valuable intangibles. For instance, when an enterprise obtains a government license pertaining to the sale of a product, the value of the license cannot be realized if marketing activities are unsuccessful. In such cases, the enterprise probably would not be able to obtain compensation by transferring the license to an unrelated party. Government licenses and concessions related to rights to exploit natural resources are also listed as intangibles in the illustrations. In this connection, we would ask you to add a statement to the effect that government licenses do not in and of themselves constitute intangibles. Income generated from rights to natural resources is attributed to the location where the resource has been extracted. Therefore, with the exception of specific services that utilize extraordinary exploration or production technologies and other intangibles protected under law, provisions should be added indicating that such items come under general service transactions and lie outside the scope of the use or transfer of intangibles.

Paragraph 60, 62

Regarding goodwill, paragraph 62 states that “Depending on the facts and circumstances, however, accounting valuations and the information supporting such valuations can provide a useful starting point in conducting a transfer pricing analysis.” We welcome the fact that, compared to the previous Draft, greater attention has been paid to practical matters. However, because the Revised Draft does not concretely define goodwill, we are concerned that tax authorities would be given extensive scope for interpretation. Therefore, we believe the definition should be more limited and clarified. Paragraph 60 refers to the concept of differential value by stating, “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.” 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 conclude that it is not appropriate to include goodwill in the definition of intangibles for transfer pricing taxation purposes. 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).

Section B. Ownership of Intangibles and Transactions Involving the Development, Enhancement, Maintenance and Protection of Intangibles

Paragraph 73

Regarding legal ownership of intangibles, paragraph 73 and other related paragraphs state that, “The question of legal ownership is separate from the question of remuneration under the arm’s length principle.” We welcome the fact that paragraph 73 goes on to state that, “In most cases, the legal owner will accrue receipts from the exploitation of the intangible in the first instance.” However, in this formulation, remuneration is ultimately based not on legal ownership but on functions, assets, and risks related to intangibles.

However, from a standpoint of taxpayers, we are seriously concerned that completely ignoring legal contractual relations and allowing the re-characterization of intangibles and transactions involving intangibles can result in disputes related to interpretations on the character of the transactions and claims of the rights to tax in the source country. Therefore, as stated in Paragraph 66, in principle, we would ask you to emphasize that legal arrangements should be respected, and the re-characterization of transaction attributes should be restricted to exceptional cases where remarkable inconsistencies exist between legal ownership and economic ownership, and intent to avoid taxation can be clearly detected.

Paragraph 79

Reference is made to important functions, but these are limited to functions related to research

and development. We suggest that it would be also useful to provide guidance on important functions to be taken into account when considering the allocation of returns related to marketing intangibles.

Paragraph 96

Paragraph 96 states the following. “In some cases, a distributor may incur marketing costs, assume risks, or perform functions that exceed those an independent distributor with similar rights might incur or perform for the benefit of its own distribution activities and that create value beyond that created by other similarly situated marketers/distributors. An independent distributor in such a case would typically require additional remuneration from the trademark owner. Such remuneration could take the form of higher distribution profits (resulting from a decrease in the purchase price of product), a reduction in royalty, or a share of the profits associated with the enhanced value of the trademark or other marketing intangibles, in order to compensate the distributor for its functions, assets, risks, costs, and anticipated value creation.” 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. Supplemental Guidance for Determining Arm’s Length Conditions in Cases Involving Intangibles

D.1. General principles applicable in transactions involving intangibles

Paragraph 130

By stating that, “a one-sided comparability analysis does not provide a sufficient basis for evaluating a transaction involving intangibles,” paragraph 130 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 transacting 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.

D. 2. Supplemental guidance regarding transfers of intangibles or rights in intangibles

Paragraph 148

Paragraph 148 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.

Paragraph 151

Paragraph 151 expresses concern regarding the facile application of the residual profit split method by stating, "In matters involving the transfer of intangibles or rights in intangibles it is important not to simply assume that all residual profit, after a limited return to those providing functions, should necessarily be allocated to the owner of intangibles." This is followed with the statement that a transfer pricing method "should take into account all of the relevant factors materially contributing to the creation of value, not only 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 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 173

Paragraph 173 states: “In particular, valuations of intangibles contained in purchase price allocations performed for accounting purposes are not determinative for transfer pricing purposes and should be utilized in a transfer pricing analysis with caution and careful consideration of the underlying assumptions.” This marks an improvement over the previous Draft (paragraph 110) in that purchase price allocations performed for accounting purposes may also be used for transfer pricing purposes under certain conditions. In the actual business world, the DCF methodology is a commonly used valuation method for accounting purposes and rather it can be said that valuations performed for accounting purposes contain highly useful reference information. Therefore, from a standpoint of business community, we would like to make a point that it is not necessary to completely set apart from valuation methodologies for transfer pricing purposes and, except for cases that pose significant problems, the use of and reference to valuations performed for accounting purposes should be accepted.

Paragraph 175

Fair value measurement based on the DCF method generally yields a range of values. The concept of “range of values” is referred to in the following wording of paragraph 175: “The calculation of the discounted value of projected cash flows attributable to the intangible should be evaluated from the perspective of both parties to the transaction in arriving at an arm’s length price. The arm’s length price will fall somewhere within the range of present values evaluated from the perspective of the transferor and the transferee.” 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 182

Paragraph 182 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.

Paragraph 219

Paragraph 219 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 and material adjustments may not be sufficiently comparable, and that they may not constitute valid objects of comparison.

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.