

OECD「Discussion draft on Action 6 (Prevent Treaty Abuse) of the BEPS Action Plan  
(BEPS 行動 6 (条約の乱用防止) に係る公開討議草案)」への意見

2014年3月14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り、その作業目標は次の3つである。①不適切な状況のもとで条約の特典が付与されることを防止するためのモデル条約の規定及び国内法の規則の設計に関する勧告を策定すること、②租税条約は二重非課税を生じさせるために用いられることを意図するものでないことを明確にすること、③各国が他国と租税条約を締結することを決定する際に一般的に考慮すべき租税ポリシーを特定すること。

経理委員会では、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などを総論とし、各論点に関する意見を取り纏め、4月9日、OECD宛提出した。

---

2014年4月9日

Tax Treaties, Transfer Pricing and Financial Transactions Division  
Organization for Economic Co-operation and Development

一般社団法人 日本貿易会  
経理委員会

OECD「租税条約の濫用防止に関する討議草案」に対するコメント

本レターは 2014 年 3 月 14 日付でリリースされた “Discussion Draft on Preventing The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances” 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、二国間の租税に関する課税ルールを定め、一方の締約国の企業等が条約相手国 (源泉地国) において事業又は投資等により所得を取得する場合、この源泉地国における課税の軽減を行うことにより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、Treaty Shopping 等、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を制限することや、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取組みは支持する。

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。
3. また、“条約濫用”の定義を明らかにしない限り、条約の運用が不安定となり、企業の経済活動を阻害する懸念もある。企業が国際的に事業展開を行う際、租税条約の有無・内容を含め、各国の税制を考慮に入れることは通常のビジネス行為であり、それ自体が租税条約の濫用を構成するとは考えられない。
4. なお、二重非課税は、租税条約だけの問題ではなく、租税条約と国内法の隙間を狙って生じていることも踏まえ、行動6に基づく租税条約の改定は、各国の国内法の整備のタイミングに合わせることを望ましい。また、当該改定は、あくまで将来的な取引・取極めに対し有効であるべきで、過去実施済の取引・取極めに対して遡及的に適用されることがないことを明確にしておく必要がある。

## <個別コメント>

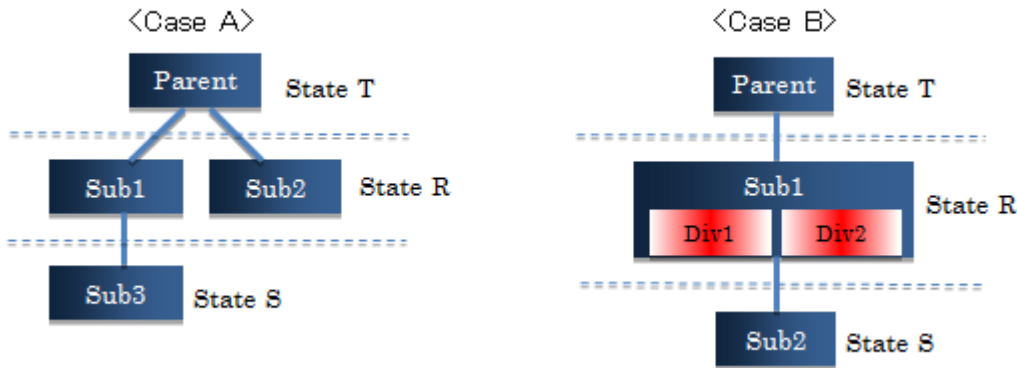
### Paragraph 11

1. LOB 条項の導入により、各国の課税当局の事実認定が一定とならず、税務執行に差が生じることで、租税条約の適用可能性を不確実なものとし、二重課税の増加に繋がらないよう強く求める。LOB 条項を適用している租税条約は、同条項本文のみならず、具体的な解説が付されている。これらを踏まえて、コメントリーにおいて十分な指針や具体的な判断基準の事例が提供されるべきと考える。例えば以下の項目は特に具体的な解説が求められる。
  - ・ 「能動的事業活動基準」における「事業」の定義
  - ・ 議決権及び持分割合の算出における「間接所有」の具体的な計算方法（連結決算における支配の考え方や、単純な乗算か）
  - ・ 他の適格者の子会社判定（課税ベース浸食基準）における「間接支払」の範囲
  - ・ 「権限ある当局による認定基準」の具体的な項目（当該基準は適格者基準や能動的事業活動基準に加え、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い）
2. また、税務当局は、納税者の予見可能性を確保すべく、条約の適用可能性についてのルーリングを積極的、且つ適時に発遣すべきである。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ことができるが、税務行政や司法制度の整備

状況の重要性について一切議論がなされておらず、濫用防止規定導入の正しいアプローチではないと考える。

3. 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に投資を行い又は管理する活動は除く」とあるが、元々、同活動基準が当該法人を居住地国に設立することの経済合理性を問題としている点を考慮すると、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、源泉地国にて経済的実態を伴っている限り管理活動を行う者も適格者として扱うべきである。
4. 条約締約国間の経済交流を促進するという租税条約の役割を踏まえれば、包括的 LOB 条項ではなく、制限的 LOB 条項を原則とすべきである。特に、配当源泉税に対する恩典の制限を強化することは、BEPS 行動計画が本来意図している二重非課税の排除と無関係であり、寧ろ二重課税をもたらすリスクがある。配当に対する租税条約上の恩典については、支払配当が源泉地国で損金算入されていない限り、配当受領者が適格者か否かによる包括的な制限をかけるのではなく、OECD にて議論されている経済的実体のある受益者であるか否かによる判断を優先するのが妥当なアプローチであり、当該アプローチの下、どのような場合に受益者と言えるか、或いは、何をもって経済的実体を有していると言えるかということについて、各国税務当局が整合性をもって判断できる指針や事例がコメントリーにて提供されるべきである。
5. LOB 条項の適用に係る必要書類・手続について国内法に委ねられる場合、国によっては事前申請が求められるケースや還付手続が発生するケース等、納税者または源泉徴収義務者が過度な事務負担を求められる可能性がある。また、条約の適用を受けるために当該国での納税者番号の取得や税務申告を要求するようなことはあってはならないと考える。これら为了避免するために LOB 条項を充たしていることの証明手続として、OECD 共通のフォーマットや手続等の導入を検討・考慮頂きたい。
6. LOB 条項における能動的事業活動基準については、個々の事業体ベースではなく、企業グループ単位で判断することが合理的である。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、事業体を細分化し、取引や投資の活動を行うことがある為、各事業会社単独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。しかし、多国籍企業グループが、商業活動を付随するリスクから保護することや特有の機能を有する各事業を効率よく有効に運営することといった事業遂行上の理由をもって複数の事業体を設立することは通常に行われることである。従い、事業体毎に取引や投資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、能動的事業活動基準を満たしていると扱われるべきである。これを例証する事例は、以下の通りであり、コメントリーにて補足説明がなされるべきである。

7. 前提条件



Case A と Case B における R 国での多国籍企業の事業活動は以下の通り本質的に同一であり、唯一の相違点は、Case A における Sub1 と Sub2 に相当する事業体が Case B では二つの部門を有する一つの事業体として組織されている点だけである。

Case A	Case B
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Sub1、Sub2、Sub3 は全て Parent に直接又は間接的に保有される子会社である。</li> <li>✓ Parent は、トレードや投資に付随する様々なリスクを遮断するために、別法人である Sub1・Sub2・Sub3 を設立する。</li> <li>✓ Sub1 は Sub3 への投資を行い、当該投資の管理を行っている。</li> <li>✓ Sub2 及び Sub3 は、それぞれ、能動的に国内又は国際間でのトレード事業を行っている。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Sub1、Sub2 は全て Parent に直接又は間接的に保有される子会社である。</li> <li>✓ Parent は、トレードや投資に付随する様々なリスクを遮断するために、別法人である Sub1・Sub2 を設立する。</li> <li>✓ Sub1 の社内には、投資部門として Div1、トレーディング部門として Div2 が置かれている。</li> <li>✓ Sub1 は Sub2 への投資を行い、Sub1 の中の Div1 が当該投資の管理を行っている。</li> <li>✓ Sub1 の中の Div2 及び Sub2 は、それぞれ、能動的に国内又は国際間でのトレード事業を行っている。</li> </ul>

8. 提案されている LOB 条項の下では、Case A における Sub1 は個社ベースでは能動的な事業活動を行っていないと認定される可能性があるが、Sub1 は Sub2 の行う事業活動のリスクを遮断することを目的として、法的に独立した事業体として置かれているに過ぎず、租税条約上の恩典を得ることを主たる目的として設立されているものではない。従い、条約恩典の適格性を評価する上で、Sub1 と Sub2 は全体として能動的な事業活動を行っているとして判断されるべきである。Case B においては、Sub1 は R 国において能動的な事業活動を行っている為、明らかに租税条約適用の適格者と判断される。何れのケースにおいても、R 国における事業活動は本質的に同一である。従い、Case A と Case B 間で能動的な事業活動の判定結果が異なるはずがなく、Case A における Sub1 は能動的な事業活動を行っているとして取扱うべきである。

9. 上記事例のように、企業自身のリスク管理目的のため法的に独立した事業体を設立する場合がある他、以下の事業上の目的により別事業体を設立せざるを得ない場合もある。
10. 一つ目の事例としては、S 国の法制や金融システムが未整備、外資の取引・投資に関する規制が厳しい、制度運用が安定していない、或いは、外為法上の制約があるといった理由から、Sub 3 が外部金融機関から直接的に資金調達ができず、同時に、外部金融機関は Sub 3 の事業リスク以外のリスク負担を嫌い、Parent や Sub 2 にて融資を受けることもできないというケースが挙げられる。このようなケースにおいては、法制のより安定した国（R 国の法制や金融システムが安定しているとすれば、S 国ではなく R 国）にて Sub1 を設立して、Sub3 の事業遂行に必要な資金を借り入れる必要が生じる。
11. また、別の事例としては、Parent が他のパートナーと共同で事業を行おうとする時、上記同様に S 国の会社法等の法制が未整備であるといった理由から、S 国にて共同事業体を設立することは事業上のリスクを高めてしまうというケースが挙げられる。このようなケースにおいては、法制のより安定した R 国にて共同事業体を設立して、投資先の管理を共同で行うことが必要となる。加えて、共同事業パートナーは Parent の他の事業上のリスクを負担することを回避するために、Sub2 とは法的に独立した事業体を新たに設立することを求めるであろう。
12. しかし、上記何れの事例においても、Parent の R 国における子会社群はグループ全体として能動的な事業活動を行っており、各子会社が一定の事業理由の下で設立・運営されているとすれば、条約の恩典が制限されるべきではない。

### Paragraph 13

equivalent beneficiaries による保有割合が 95%以上というのは極めて高すぎる為、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、当該受益者は派生的受益者とならないため、源泉地国の国内税率が適用される。仮に当該国内税率が源泉地国と第三国間の限度税率よりも高率である場合、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、不合理である。従い、斯様な場合には少なくとも当該国内税率ではなく、源泉地国と第三国間の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 においても同内容を認容していることから、モデル条約においても補足されるべきである。

### Paragraph 17

1. パラ 15 の設例においてどのような税源浸食が発生しているのか明らかでない。Parent が IP を税以外の目的（例えば、R 国が知的財産の保護の観点から IP 管理に最適である場合など）により OPC02 に譲渡する場合、Parent が保有していた場合に比べて S 国の源泉税が減少したことを以って税源浸食が生じていると判断することは妥当でない。

2. また居住地国における優遇税制の有無や内容等により、租税条約上の恩典付与を決定するのは過度な租税回避防止規定と言わざるを得ない。本件の場合、T国からR国への税源浸食の可能性を示唆していると理解するが、それはT国-R国間の課税権の問題であり、S国における源泉税に影響させるべきでない。仮に影響させたとしても、上述の通り、S国の国内税率ではなく、S国とR国間租税条約上の限度税率（免税）が適用されるべきである。
3. R国での優遇税制適用を目的として資産の移転を図ったとしても、T国からR国への譲渡においてT国の国内法において適切な時価課税がなされる仕組みが整備されればBEPSが生じるとは言えない。

#### Paragraph 19

1. 正当な事業理由があるにも関わらず、「主要目的の一つが条約の恩典濫用である」として、（主に源泉地国の）課税当局により条約上の恩典適用が不合理に否認される場合、納税者の予見可能性が著しく損なわれ、二重課税の発生に繋がり得る。従って、斯かる包括的濫用防止規定は厳格・限定的に適用されるべきであり、その適用要件の厳格化・明確化を要望する。
2. 事業上の理由が第一にあり、併せて租税条約の有無や内容を検討事項の一つとする場合まで、条約の恩典濫用と見做されることは不合理である。寧ろ納税者側が「対象取引・取極めには正当な事業理由が存在すること」を主張できる場合には、LOB条項に拘わらず、条約の恩典は制限されるものでないことをコメントリーに含めるべきである。
3. 「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、課税当局に対して厳格に課されるべきである。仮に、挙証責任が実質的に納税者側にあるとしても、支払者が投資形態等の commercial reason を説明することは困難にて、現実的には「源泉地国の課税当局」に対し、「居住地国の所得受領者」が説明することとなる。これは国境を越えた質問検査権であり、当該所得が源泉地国における PE 帰属所得ではないことを前提にすれば、居住地国の国家主権に対する侵害という観点からも問題である。
4. 上述した課題が適切に解決されない形での主要目的テストの導入は納税者の予見可能性を著しく損ない、且つ、運用上も支障があることから、そもそも租税条約に盛り込むべきではないと考える。

#### Paragraph 29

納税者の意図に関する確証がないにも関わらず、「客観的な分析」に基づき、取引の主たる目的が条約の恩典を享受することであると判断するとされている。この分析に用いられる基準を明確に規定しない限り、課税当局が恣意的に取引の目的を判断する恐れがあり、条約の適用が不当に制限されることになりかねない。条約や法令に定めのない限り、納税者の主張する取引の目的を否認すべきでない点を明記すべきである。

#### Paragraph 33

1. Article X Paragraph 6 が適用されるケースと適用されないケースの判断基準が不明である。適用さ

れるケースでは納税者の意図のうち税目的だけが記載されており、他の意図が無かったのかどうか明らかでない。一方で適用がないケースでは税目的について納税者がどのように考えたのか説明されていない。実際の取引では、税について全く考慮しないことは稀であり、事業上の要素に加えて、税負担も重要な検討要素となる。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、設例からは判断できない。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る。

2. 事例 C について安価な労働力により得られるメリットと租税条約により得られるメリットは定量化されていないが、定量化して証明することは困難であり、過度な納税者負担を強いることとなる。定量情報は求めないようにすべきである。
3. 事例 D について主要目的テストが適用されない根拠が不明確である。条約が意図することがクロスボーダー投資の奨励であるからなのか、R Co の株主の大多数が R 国居住者であるからなのか不明瞭。二国間条約における配当に係る源泉地国課税の減免は、双方の投資の受入奨励を目的としているものであり、税源浸食の議論とは趣を異にするものである。事例における R 国及び X 国の国内法において、仮に配当所得に対する免税措置が取られているのであれば、主要目的テストの対象とされるべきではない。

#### Paragraph 43

配当に係る軽減税率の適用における保有期間要件については、経済活動の過度な障害とならぬよう、当該恩典を付与する条件として、配当受領前の 6 ヶ月程度以上とすることが望ましい。

#### Paragraph 46

パラ 46（源泉地国における間接投資）及びパラ 49（不動産化体株式）については Commercial Reason も十分に斟酌しなければ、一方的な決め付けでの課税が横行しかねないことを懸念する。

#### Paragraph 49

不動産化体株式の判定は、取引時点ではなく、一定期間を通じて行われる改定案が提示されているが、当該期間の長さによっては、納税者が過度な事務負担を負う懸念がある。13 条 4 項の改定にあたっては事務負担について十分に考慮願いたい。

#### Paragraph 53

二重居住者が発生する、即ち同一の Entity について二カ国が自国の居住性を主張する状況において、居住地の振り分け（Tie-breaker）を両国当局間の「相互協議」に委ねる場合、合意までに相当の時間を要するものと思われる。合意の短縮化や合意に至る可能性を高める方策（例：仲裁の活用、相互協議の期限設定等）も併せて検討されるべきである。また、相互協議の期間中、二カ国において納税を行うことは納税者にとって多大な負担となることから、合意に至るまでは、（例えば本店所在地国等の）1 か国のみで納税を行う等が認められるべきである。

### Paragraph 57

租税条約と国内法における租税回避防止規定の優劣関係を明確にする意味で Saving clause を導入することに反対はしない。但し、国内法には規定されていない租税回避防止規定が租税条約に存在した場合、当該規定のみで実際に否認を行うことができるかという疑問に対し、租税条約における同規定を直接適用することは困難であることを明記すべきである。

### Paragraph 70

複数の関係国において、国内法上の包括的・個別的租税回避防止規定が適用される結果（例えば、親会社・中間会社・投資先が存在しそれぞれ居住地国が異なる場合に、親会社と中間会社の居住地国が CFC 税制を投資先に対して適用する場合等）、同一取引・Entity に対して二重（又は多重）課税が生じる可能性がある。このように、各国の租税回避防止規定が抵触し、多重課税が発生する可能性に備え、租税条約の適用上、何らかの振り分け規定・調整規定が導入されるべきと考える。

### Paragraph 81

タックス・ポリシー15.3において、居住地国と源泉地国の課税権の競合により生じる二重課税は、多くの場合、国内法だけで解決できることが指摘されている。しかしながら、国内法での国外所得免税制度や外国税額控除制度においては、救済対象は居住地国が正当と考える相手国の課税権の範囲に限定される場合があり、二重課税が排除されないリスクが残る。租税条約の締結は二重課税の排除のために重要であり、各国は、課税権の考え方が異なる条約未締結国との間で租税条約を締結し、二重課税の排除に努めるべきである。



**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

Tax Treaties, Transfer Pricing and Financial Transactions Division  
Organization for Economic Co-operation and Development

Accounting & Tax Committee  
Japan Foreign Trade Council, Inc.

**Comments on Discussion draft on  
Action 6 (Prevent Treaty Abuse) 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 “Discussion draft on Preventing The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances”.

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**

1. One of the main purposes of tax treaties is to establish rules of taxation between two states in order to provide relief from international double taxation when a resident of one of the Contracting States earns income through business operations, investment or other activities undertaken in the other Contracting State (source country), and to thereby encourage economic exchange between the Contracting States. Therefore, we support measures for denying benefits of tax treaties to treaty shopping, and artificial transactions and arrangements aimed solely at securing benefits of a tax treaty. We also support provisions explicitly stating that tax treaties are not intended for use in generating double non-taxation.
2. However, excessively stringent anti-avoidance rules written into tax treaties and domestic laws may result in unfair treatment of substantive transactions and investments, which should be avoided. Furthermore, taking into consideration the balance between taxpayer’s administrative burden related to confirmation and interpretation of anti-avoidance rules and usefulness of such rules, it is our view that the necessity of including multiple anti-avoidance rules should be carefully examined.

3. Failure to clearly define “treaty abuse” will destabilize the applications of treaties, which may obstruct economic activities of enterprises. In addition, an enterprise planning to expand its business internationally will as a matter of course take into consideration the presence or absence of tax treaties, the content of such treaties and the tax systems in target countries. Such a course of action should not be considered to constitute treaty abuse.
4. Tax treaties are not solely responsible for problems of double non-taxation, which also occur when entities take advantage of gaps that exist between tax treaties and domestic laws. In view of this fact, it would be desirable to synchronize treaty revisions based on Action Plan 6 with the enactment of domestic laws. Moreover, such revisions should be applicable exclusively to future transactions and arrangements, and explicit provisions should be included stating that revisions are not retroactively applicable to transactions and arrangements undertaken in the past.

### **Specific Comments**

#### Paragraph 11.

1. We strongly request that the adoption of the LoB provision should not cause an increase in double taxation cases by varying tax authorities’ fact-finding/practices and blurring the applicability of tax treaties. The texts of tax treaties in force containing the LoB provision are supplemented with concrete explanations. In light of this fact, we believe that the Commentary should include adequate guidelines and specific criteria. For example, concrete explanations are especially needed for the following items:

- Definition of “trade or business” in the context of “active conduct of a trade or business.”
- Detailed calculation method for “Indirect Ownership”(concept of control in accounting principles or simple multiplication)
- Scope of “indirect payment” in the context of paragraph 2 e) ii) of the proposed LoB provision
- Specific items to be included in the “criteria for determination by competent authorities” in paragraph 4 of the proposed LoB provision (This paragraph is intended to play a safe-harbor type function in addition to paragraph 2 and 3. However, predictability for taxpayers will be low unless the criteria are specifically identified.)

2. In addition, to enable the taxpayers' predictability, a well-established advanced ruling system to assess the applicability of the treaty benefits should be developed and guidance on such a system should be provided in the Commentary. While the existence of a reliable administrative procedures and strong independent judicial system will help to assure taxpayers that the anti-abuse provisions will be applied objectively, the current Discussion Draft does not stress the importance of such well-established tax administrative procedures and judicial system. We believe it would not be the right approach to implement anti-abuse provisions without considering such issues at the same time.

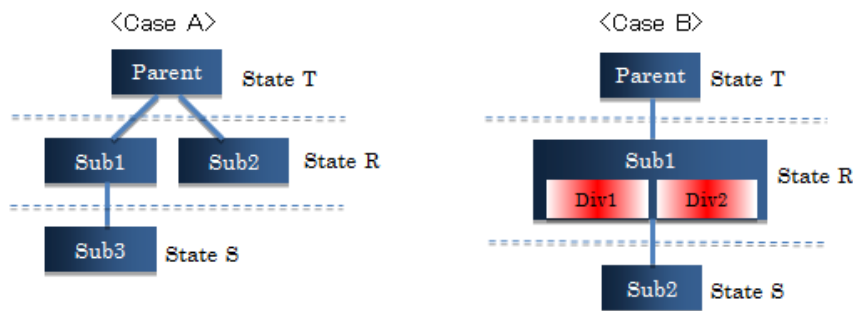
3. The LoB provision is a measure to determine whether a person is eligible to be granted the treaty benefits based on a formal mechanism without considering the bona fide business purposes and, therefore, the treaty benefits should not be denied simply because a person does not satisfy certain criteria provided in the proposed LoB provision, which results in a situation where "double taxation" is created. It is our view that, in determining whether a person is a "qualified person", a substance over form approach should be taken.

4. Based on the purpose of tax treaties which is to encourage economic exchange between the Contracting States, LoB provision should apply to specific items in the treaty rather than apply comprehensively. Specifically in relation to withholding taxes on dividend payments provided under treaties, we believe that it is irrelevant to the BEPS Action Plan which essentially targets double non-taxation. Instead, it creates the risk of resulting in double taxation. Therefore, unless the dividend payments are deductible at the source country, it would be a reasonable approach that the eligibility to treaty benefits in withholding tax rates on dividend payments should not be determined based on whether the recipient is a qualified person as envisaged in the LoB provision, but rather should be based on whether the recipient is the beneficial owner with certain economic substance that has been discussed by OECD. Under such an approach, detailed guidelines and illustrations should be provided in the Commentary so that the tax administration could determine in which cases a person would qualify for the beneficial owner and would have certain economic substance.

5. If the LoB provision were to be adopted, and if required documentations and detailed procedures are to be determined in domestic laws, in order for LoB provision to be applied, in certain instances, such as in countries requiring advance application or cases involving tax refund procedures, it could place an undue burden on taxpayers or withholding tax obligors. Moreover, we contend that obtaining treaty benefits should not require an entity, for example, to acquire a tax identification number and to file tax returns in the source countries. To avoid such outcome, we request that the introduction of a common OECD format and procedures be considered for the application of LoB provision.

6. When determining the existence of an “active conduct of a trade or business” for the purpose of paragraph 3 of the proposed LoB provision, it would be reasonable that such determination is made on the basis of all group members in that Contracting State, rather than on a stand-alone basis of an individual member. Multinational enterprises (MNEs) would face many different types of risks and often try to mitigate these risks by quarantining each risk in each company separately established in the same country. This may lead to the conclusion, when considered on a stand-alone basis, that each company does not have sufficient economic substance. However this is not true when the activities of the group members in that Contracting State are considered collectively. Such companies are often established with business reasons such as protecting the commercial activities from collateral risk and/or to conduct each business operation with a unique function efficiently and effectively. Therefore, even if each company has specific trade or investment activities separately, as long as the group companies are engaged in the active conduct of a trade or business as a whole group in the same country, the companies should be treated as qualified persons that satisfy the active business test in paragraphs 3 of the proposed LoB provision. To illustrate this point, the following example is provided, for which a supplemental explanation should be provided in the Commentary of OECD Model Tax Convention.

### 7. Assumptions



In both Case A and Case B, the MNE’s business activities in State R are essentially the same. The only difference between Case A and Case B is that, in Case A, two separate entities are established, whereas in Case B two divisions are established.

Case A	Case B
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Sub1, Sub2 and Sub3 are subsidiaries owned, directly or indirectly by Parent.</li> <li>✓ Parent wishes to mitigate any legal risk posed to Sub2 and Sub 3 by the activities of related parties and therefore establishes Sub1 that is a legally separate</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Sub1 and Sub2 are subsidiaries owned, directly or indirectly by Parent.</li> <li>✓ Parent wishes to mitigate any legal risk posed to Sub2 by the activities of related parties and therefore establishes Sub1 as a legally separate entity.</li> </ul>

<p>entity.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Sub1 invests in Sub3 and manages the investment.</li> <li>✓ Sub2 and Sub3 are engaged in the active conduct of domestic and cross-border trade or business in State R and in State S, respectively.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Sub1 has Division1 as an investment division and Division 2 as a trading division.</li> <li>✓ Sub1 invests in Sub2 and Division 1 of Sub1 manages the investment.</li> <li>✓ Division 2 of Sub1 and Sub2 is engaged in the active conduct of domestic and cross-border trade or business in State R and in State S, respectively.</li> </ul>
--	---

8. In Case A, under the proposed LoB provision as proposed, Sub1 may not be considered to be a qualified person who engages in the active conduct of trade or business in State R. However, Sub1 was established for the legitimate business purpose of risk mitigation and not to obtain particular tax advantages. As such, it would be inappropriate to consider the status of Sub1 without considering the fact that Sub1 is established as a legally separate entity in order to mitigate the risks inherent in the activities of Sub2. Therefore, Sub1 and Sub2 should be treated as qualified persons conducting active business on a group basis when assessing the eligibility of the treaty benefits. Obviously, in Case B, since Sub1 is engaged in the active conduct of trade or business in State R, Sub1 shall be a qualified person for treaty benefits purposes. In both cases, business operations in State R are essentially the same and therefore we believe the conclusion of the applicability of the treaty benefits should be the same. Therefore both Sub1 and Sub2 in State R should be treated as qualified persons that are engaged in the active conduct of trade or business in State R on a group basis.

9. While, in the above example, the two subsidiaries in State R are established for the purposes of risk mitigation. There are various other cases where a separate legal entity must be established due to business reasons as being illustrated below:

10. Example 1: For the purposes of the intended investment, the legal/financial system of State S may be insufficiently developed; State S may impose strict or unstable restrictions on foreign trade/investment; and/or State S may restrict foreign exchange operations. In the case where finance is required to facilitate the investment in Sub3, third party finance institutions may be unwilling to provide finance to Sub3 in State S (also they may be unwilling to provide finance to Sub2 in State R or Parent in State T to protect the debt collection risks from the other risks inherent in Parent and Sub2's activities) and would require that the borrowing entity is established in a more stable jurisdiction (e.g., if State R has stable legal and financial system, such an entity would be established in State R, not in State S).

11. Example 2: Where the Parent enters into a joint venture arrangement with a third party, for the reasons stated in Example 1 (e.g., the legal system of State S may be insufficiently developed), the establishment of the joint venture investment vehicle in the State S may increase the risk for investment and business operations. Therefore, in such a case, the investment company would be established in a country with more stable and developed system (in State R in this example) and would be managing the investment jointly with the business partner. The joint venture partner may require the Parent to establish

a new legally separate joint venture company in State R to avoid above risks.

12. In both of the above examples, Sub1 would be established in State R for valid commercial purposes and not with the intended purpose of base erosion or profit shifting. Hence, tax treaties should not limit access to treaty benefits.

### **Paragraph 13**

We find “at least 95 percent” ownership ratio by “equivalent beneficiaries” to be extremely high. It is desirable to lower this ratio to no more than “at least 75 percent.” Furthermore, to be deemed an equivalent beneficiary, it is stated in the paragraph that maximum tax rate applied to payments from the source country to the third country must be equal to or higher than the maximum tax rate applied to payments from the source country to the resident country. If this condition is not met, the beneficiary is not deemed a derivative beneficiary, and the domestic tax rate of the source country is applied. Assume that the domestic tax rate of the source country is higher than the tax rate of the tax treaty between the source country and the third country. Given that the equivalent beneficiary provision is a type of bona fide provision, this case would yield an unreasonable outcome. Therefore, in such instances, instead of applying the domestic tax rate, the tax rate of the tax treaty between the source country and the third country should be applied. For example, this treatment is accepted in the technical explanations of the US-UK Tax Treaty, and should be appended to the OECD Model Tax Convention.

### **Paragraph 17**

1. It is unclear what the reason is for determining that there is BEPS in the case illustrated in paragraph 15. In the case where the Parent transfers the IP to OPCO2 for commercial reasons other than tax (for example, State R is more appropriate country to hold IP from the view point of protection of IP rights), it is not reasonable to conclude that there is BEPS simply because the withholding tax in State S has decreased.

2. Determining the granting of treaty benefits based on the existence and contents of preferential tax systems in the State of residence is an excessively restrictive anti-avoidance rule. We understand that the case is intended to address the possibility of base erosion from State T to State R. However, this is an issue of taxing rights between States T and R, and should not affect the withholding tax rate in State S. Moreover, as stated above, even if the withholding tax rate in State S is to be affected by this case, instead of applying the domestic tax rate of State S, the tax rate as determined in the tax treaty between States S and R should be applied.

3. Even if assets were to be moved for the purpose of benefiting from the preferential rates that would be applied in State R, it cannot be said that this constitutes BEPS if the domestic laws of State T contain provisions for taxing asset transfer from State T to State R at appropriate market

value.

**Paragraph 19**

1. In cases where the reasonable application of the treaty benefits is denied by the paragraph 6 of the Article X, even though there is a legitimate business reason in place, it would significantly impair predictability of taxpayers and may also result in double taxation, contrarily to the primary aim of the tax treaties. In this regard, such a proposed main purpose test or the GAAR should be applied rigidly and restrictively, and we request clarification and rigidity of the applicable requirements for such a test.

2. It is unreasonable to deny the application of the treaty benefits, where commercial reason is the primary purpose of the transaction and the existence or contents of the tax treaty is one of the considerations. Moreover, in the case when taxpayers are able to explain that there is legitimate commercial reason for the transaction to occur, it should be clearly stated in the Commentary that the application of the treaty benefits should not be denied, regardless of the applicability of LoB provision.

3. Regarding “where one of the main purposes... is to secure a benefit under a tax treaty and obtaining that benefit”, the burden of proof should rest strictly with the tax authorities. Even if the burden of proof were to lie effectively with the taxpayer, the withholding person would be unable to explain the commercial reason for the investment structure. Consequently, in practice, explanations would have to be given to the “tax authorities of the source country” by the “the recipient of the income who is a resident in the other country”. This would constitute cross-border inquiry and inspection. Furthermore, assuming the income is not attributable to a permanent establishment located in the source country, this would also be problematic from the perspective of infringement of the sovereignty of the country of residence.

4. Adopting the main purpose test without appropriately resolving the above problems would significantly undermine the predictability of taxpayers and would also involve practical problems. Therefore, we contend that the main purpose test should not be included in tax treaties unless above issues are resolved.

**Paragraph 29**

This paragraph states that tax authorities can determine one of the main purposes of any person concerned with an arrangement or transaction is to obtain benefits under the treaty after an objective analysis of the relevant facts and circumstances, without conclusive proof of the intent of the person. We have a concern that tax authorities may determine one of the main purposes of an arrangement in an arbitrary manner without clear criteria of objective analysis and the application of the treaty can be excessively restricted. We request an explicit statement that disregarding of the purposes of transactions which taxpayers insist must be strictly prohibited



without the existence of clear provisions in relevant treaties or regulations.

### **Paragraph 33**

1. It is not clear on what criteria the four cases illustrated in this paragraph are concluded as the cases to which paragraph 6 of the Article X is applied or the cases which are not. In the cases to which paragraph 6 is applied, only the tax purposes of a taxpayer are stated and it is not clear what other non-tax purposes the taxpayer has. In fact, it is rare for taxpayers not to consider tax issues at all. Tax issues are one of the important factors to be considered in addition to business purposes. However, the illustrated cases do not explain which of non-tax purposes or tax purposes are the main purposes of the taxpayer. We request that tax authorities should respect taxpayers' views, in case taxpayers prove that one of the main purposes of the arrangement is not for tax purposes, without the existence of clear provisions in relevant treaties or regulations.

2. In Example C, the advantages of low labor cost and benefits derived from the tax treaty are not quantified. Quantification and proof are difficult and will place excessive burdens on taxpayers. Therefore, taxpayers should not be required to produce quantitative information.

3. In Example D, the grounds for not applying the main purpose test are ambiguous. That is, it remains unclear whether the reason is that the intent of tax treaties is to encourage cross-border investment, or that the majority of investors in RCo are residents of State R. Exemption from taxation to dividends in the source country stated in bilateral tax treaties is intended to encourage the mutual acceptance of investments, and its intention is irrelevant to the discussions of base erosion. If in Example D, the domestic laws of State R and State X include provisions for the exemption from taxation of dividend income, this case should not be subject to the main purpose test.

### **Paragraph 43**

The minimum shareholding period requirement for the application of reduced tax rates on dividends should not become an undue obstacle to economic activities. For granting this benefit, it is desirable for the minimum holding period to be at least six months prior to the receipt of dividends.

### **Paragraph 46**

With regard to paragraph 46 and paragraph 49, we are concerned that unless commercial reasons are also taken fully into consideration, unilateral decisions on taxation may become rampant.

### **Paragraph 49**

With regard to Article 13(4), the proposed amendment would require that determinations be made on the shares of real-estate related companies at any time during a certain period as

opposed to at the time of the alienation only. We are concerned that this would place undue burdens on taxpayers, depending on the length of the certain period. Therefore, we request that due attention be paid to administrative burdens in amending Article 13(4).

### **Paragraph 53**

Under the situation where a person is a resident of both Contracting States, i.e. where both tax authorities in two jurisdictions insist on residency and taxation on a same entity, it may take a long time for the tax authorities to reach agreement if the only remedial action available is the MAP process. In this regard, the solutions to accelerate the MAP process and to enhance the possibility to reach agreement (e.g. utilization of Arbitration, setting the deadline for reaching to the agreement in MAP process) should also be considered.

In addition, if the dual resident person is required to pay taxes in two or more jurisdictions during the MAP process, it will be subject to unreasonable tax burdens until the agreement is concluded. To resolve such double taxation, it should be allowed that such dual resident person will pay taxes in only one jurisdiction (e.g. where its headquarters are situated), until the agreement is concluded between the two tax authorities.

### **Paragraph 57**

We are not opposed to explicitly including a saving clause for the purpose of clearly indicating the order of precedence of anti-abuse rules contained in tax treaties and domestic laws. However, when a tax treaty contains an anti-abuse provision that does not exist in domestic laws, the question arises as to whether such a provision can be used as the sole basis for the disallowance of tax benefits. In response to this question, an explicit provision should be included stating that it is difficult to directly apply such a provision appearing in a tax treaty.

### **Paragraph 70**

Where the general or specific anti-abuse rules under domestic tax laws in two or more jurisdictions are applied on a same transaction or entity (e.g. CFC rules in two jurisdictions are applied on a same entity), double or multiple taxation may arise on such transaction or entity. In order to resolve such double taxation as a result of conflict of anti-abuse rules in multiple jurisdictions, certain adjustments or tie-breaker arrangements/mechanism should be introduced under the Treaties.

### **Paragraph 81**

Tax policy 15.3 states that a large number of double taxation cases arise in the resident countries and in the source countries can be eliminated through the relief of double taxation stated in the domestic laws. However, domestic relief systems such as foreign income exemption system or foreign tax credit system in some cases limits the scope of such relief to taxation rights of the source country only to the extent that the resident country considers reasonable, thus there is a risk that double taxation may not be completely eliminated. Conclusion of tax treaties is crucial

to eliminate double taxation. Countries should try to conclude tax treaties with other countries which have different views of taxation rights in order to eliminate double taxation.

**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.