

第60回IFA大会の報告

—PEに帰属する利得を中心として—



東京大学法学部教授 増井良啓

はしがき 本稿は、平成18年12月15日開催の会員懇談会における、東京大学法学部教授増井良啓氏の『第60回IFA大会の報告 ～PEに帰属する利得を中心として～』と題する講演内容をとりまとめたものである。

(目次)

I. アムステルダム大会の概要

1. お膝元で開かれた第60回大会
2. 今回の学術プログラムの概要
3. 本報告の趣旨
 - (1) PE帰属利得を中心に
 - (2) 検討の角度
 - (3) 本報告の位置づけ

II. PEに帰属する利得

1. 問題の所在
 - (1) 支店形態と子会社形態の対比
 - (2) 支店形態の場合
 - (3) 子会社形態の場合
 - (4) 共通する原則としての独立当事者間基準
 - (5) AOA—その理論的・現実的背景
 - (6) AOA—支店と子会社をどこまで同じように扱えるか
 - (7) 議論の広がりとの対比

2. 総括報告書の概要

- (1) 報告書の構成
 - (2) 背景：導入—7条2項に内在する緊張
 - (3) 背景：導入—国連モデル条約
 - (4) 背景：導入—条約と国内法の関係
 - (5) 背景：AOAの発展
 - (6) 現状：一般的なアプローチ
 - (7) 現状：支部報告書で考慮された個別問題
 - (8) 将来：OECDの最近の作業に対する諸批判
 - (9) 将来：将来のアプローチに対する制約
 - (10) 将来：OECDの作業に対する対応
 - (11) 将来：将来の選択肢
 - (12) 将来：提言
3. 当日の議論
 4. IFA/OECD：租税条約における「企業」の意味

III. その他の論議

1. 債務のリストラクチャリング
2. 租税回避防止のための国際協力
3. 通商協定の租税法および租税条約に対する効果
4. 国際課税の最近の動向
5. IFA/EU
6. 租税会計対企業会計



IV. 今後の予定——第61回京都大会にむけて

- 添付資料1： Issues Paper Subject 2: The attribution of profits to permanent establishments (PEs)
 添付資料2： Subject 2: Summary of Discussion

その第60回大会が、2006年9月17日から22日にかけて、オランダのアムステルダムで開催された (<http://www.ifa2006.com>)。オランダは、IFA本部の所在するいわばお膝元である。大会事務局の非公式談話では、登録者数が1700名にのぼったということであり、きわめて盛況であった。

I. アムステルダム大会の概要

1. お膝元で開かれた第60回大会

IFA (International Fiscal Association) は、1938年に設立された民間の研究団体である (<http://www.ifa.nl>)。毎年、世界の各地で大会を開いている (増井良啓「第59回IFA大会の報告——国際的企業買収を中心として——」租税研究674号109頁〈2005年〉, 同「第58回IFA大会の報告——会社グループ課税を中心として——」租税研究663号133頁〈2005年〉, 同「第57回IFA大会の報告——会社と株主の課税を中心として——」租税研究649号116頁〈2003年〉, 同「第48回IFA総会の報告——移転価格税制における第二次調整を中心として——」租税研究543号74頁〈1995年〉)。

2. 今回の学術プログラムの全体像

今回の学術プログラムを表にまとめると、下記のとおりである。

3. 本報告の趣旨

(1) PE帰属利得を中心に

本報告では、PEに帰属する利得に関する議論を中心として、大会の概要を駆け足で紹介する。

PE帰属利得の論題を中心にする理由は、この問題に関する今回のIFAの検討が、国際的な法形成に一定の役割を果たしたからである。周知のように、PEに帰属する利得については、OECDが数年越しの作業を継続してきた。その作業がひとまずの区切りをむかえ、適切な着地点をさぐる関係者の動きが活発化していた。

この中で、民間の研究団体であるIFAにおける議論も、ひとつの重要な役割を果たした。その証拠に、今回のIFAでの検討は、2006年12月末のOECD租税委員会の報告書に引用されている。

	午 前	午 後
月 曜	第1 論題・不良債権処理	第1 論題セミナー・関連当事者間の不良債権処理
		セミナーA・クロスボーダーサービスの間接税の側面
火 曜	第2 論題・PEの帰属利得	セミナーB・IFA/OECD
水 曜	セミナーC・租税回避対策	第2 論題セミナー・PEの帰属利得：金融機関
		セミナーD・通商協定の租税法・租税条約に対する効果
木 曜	セミナーE・最近の展開 セミナーF・IFA/EU	第2 論題セミナー・PEの帰属利得：EC法と無差別原則
		セミナーF・租税会計対企業会計

る (OECD, Report on the attribution of profits to permanent establishments Part I (General Considerations), II (Banks), and III (Global Trading), December 2006, at page 1, note 1)。

このように、PE帰属利得の論題は、他の論題にもまして、興味深いものがある。

(2) 検討の角度

検討の角度は、次のように二重にしばりこむ。

その1として、PE帰属利得に関する解釈論の動向を探る。今回のIFA大会については、すでに、日本からの参加者による論文が公表されている (松田直樹「第60回IFA総会——主要テーマを巡る議論の評釈と論考——」税大ジャーナル4号138頁<2006年>)。第1論題やタックス・シェルター関係の検討が充実しているほか、PE帰属利得についても、米加の裁判例を紹介し、当日の議論を要領よくまとめている。そこで本報告ではむしろ、議論の前提となる租税条約解釈論と、その点をめぐる総括報告書の検討に、力点をおく。

その2として、2006年9月末時点でのIFAにおける議論を紹介する。PE帰属利得に関するOECDのアプローチについては、かねてより、日本でも関心が高い (立川正三郎監訳『OECD恒久的施設の帰属利益の算定に関するディスカッション・ドラフト』<日本租税研究協会・2006年>、青山慶二「OECDにおける恒久的施設 (PE) の帰属利益の算定に関する議論」租税研究678号101頁<2006年>、浅妻章如「PE・代理人PEに帰属する利得と所得の地理的割当」ジュリスト1287号126頁<2005年>)。そして、上に述べたように、PE帰属利得については、IFA大会以降、OECD租税委員会で検討が重ねられ、12月末には新しく報告書が公表された。本報告は、このような動きを意識しつつも、検討対象を第60回大会にしぼる。

なお、以下では、利得の帰属の問題に焦点をあわせるため、外国法人の支店を念頭において議論をすすめる。代理人PEや子会社PEなどに

ついては、付随的にしか触れない。

(3) 本報告の位置づけ

本報告は、従来からの諸研究の延長線上にある。

そもそも、PEの概念は、租税条約の歴史と同じ長さの歴史を有する (水野忠恒『国際課税の制度と理論』24頁<有斐閣・2000年>)、赤松晃『国際租税原則と日本の国際租税法』22頁<税務研究会・2001年>)。さらに参照、赤松晃「恒久的施設 (PE) の認定と帰属する所得——国内法とOECDモデル租税条約——」租税研究688号159頁<2007年>)。PEに帰属する利得をどう算定するかは、その実務上の重要性からしても、国際所得課税の核心的部分を成す (駒宮史博「独立当事者間原則とソース・ルール——非居住者・外国法人に対する事業所得課税について——」金子宏先生古稀記念論文集『公法学の法と政策(上)』393頁<有斐閣・2000年>)、渕圭吾「取引・法人格・管轄権(1)——所得課税の国際的側面——」法学協会雑誌121巻2号123頁<2004年>)。

そこで、本報告では、視角を広めに構え、従来の研究の蓄積をふまえつつ、1990年代から進んできた大きな流れの中に今回の議論を位置づけてみたい。すなわち、関連会社間における独立当事者間基準の適用と、同一会社内の本店・支店間あるいは複数支店間の内部取引における独立当事者間基準の適用とを比較する観点にたち、1995年にできた移転価格ガイドラインの考え方をPEの領域に推し及ぼすことが、租税条約の解釈論としてどこまで可能か、今回のIFA大会に提出された総括報告書を読みながら考えてみることにしよう。

II. PEに帰属する利得

1. 問題の所在

(1) 支店形態と子会社形態の対比

法人企業が国際的に事業活動を行う場合、(あ)支店形態をとるか、(い)子会社形態をとるかで、

現在の所得課税ルールは、全く異なった取扱いをしている。

(2) 支店形態の場合

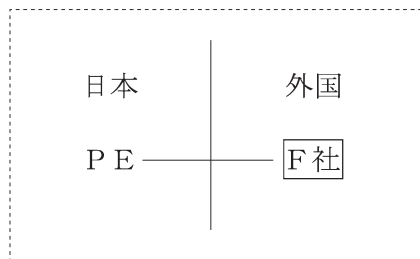
支店形態をとる場合、「PEなければ課税なし」の裏側として、進出先の国（＝投資のホスト国）が事業所得に課税していく。いま、ホスト国が日本だとすれば、1号PEがあれば国内源泉所得に課税するというのが、日本の法人税法のルールである。

このことを前提として、租税条約では、この場合の日本が事業所得に課税する範囲を、当該支店に帰属する利得に対するものとしている。この考え方の最大公約数を示すのが、OECDモデル条約の7条1項である。精密な解釈論のために必要であるため、ここでは原文を尊重し、煩をいとわず英文で規定を引用しておく（下線は増井による）。

Article 7 BUSINESS PROFITS
 1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.

この第1項第1文は、事業所得に関する「PEなければ課税なし」のルールを定めている。そして第2文は、下線を付したように、「当該PEに帰属する限りにおいて」課税されると定めている。

このことを、外国法人F社が日本にPEをおいて事業活動を行う場合にあてはめてみよう（右図参照）。



まず、第1文でThe profits of an enterprise of a Contracting Stateとあるのは、この例でいえば、F社の利得のことである。ここでa Contracting Stateが当該外国であり、enterpriseがF社である。したがって、第1文にいうthe other Contracting Stateとは、この例では日本国を指すわけである。

それでは、F社は、いかなる場合に日本で課税されるか。ここで、‘unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein’ という条件がくっついている。これは、F社が日本に所在するPEを通じて事業を行う場合でなければ、という意味である。よって、F社が日本にPEを有していなければ当該外国でのみ課税されることとなり、日本では課税されない。つまり、「PEなければ課税なし」となる。

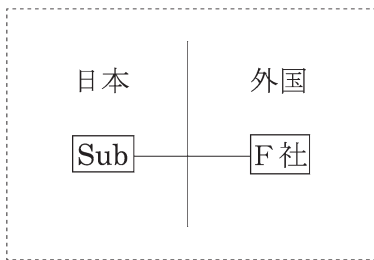
次に、第2文をみてみよう。第2文は、第1文をうけた規定である。If the enterprise carries on business as aforesaidというのは、F社が日本所在のPEを通じて事業を行う場合には、ということの意味する。その場合、F社の利得は日本で課税してもよい。しかし、ここで下線部のbut only so much of them as is attributable to that permanent establishment という条件がつく。すなわち、当該PEに帰属する限りにおいて、日本で課税することが許されるのである。

以上を要するに、OECDモデル租税条約7条1項は、「PEなければ課税なし」のルールと、

投資のホスト国が国内所在PEに帰属する利得について課税できるというルールを、定めている。

(3) 子会社形態の場合

これに対し、この企業が日本に子会社を設立して事業展開する場合、取扱いが異なる。いま、上の例におけるF社が、子会社Subを日本で設立したとしよう（下図参照）。Subが日本の会社法に基づいて設立され、日本国内で本店を登記すると、日本の法人税法上、内国法人となる。よって、Subの全世界所得が、日本の法人税の課税の対象となる。



注意すべきは、ここで、Subが内国法人であることである。換言すれば、日本の法人税の納税義務者は、内国法人である子会社Subそのものである。先の支店形態の場合、納税義務者はあくまで外国法人F社であり、その外国法人が日本に支店を設けていることから、日本は所得の源泉地国として課税していた。これに対し、子会社形態の場合には、日本は子会社Subの居住地国として、その全世界所得に課税する。支店形態から子会社形態に移行することで、いわば、課税ルールのスイッチが切り替わるのである。

なお、念のために付言すれば、子会社形態の場合でも、日本子会社が外国親会社に利子や配当を支払う場合の源泉徴収税や、日本子会社が外国親会社のPEと認定される場合の法人税のように、外国会社をめぐって日本が課税することはありうる。しかし、その場合であっても、子会社そのものが法人税の納税義務者として課

税されるという事実には、変わりがない。

このような支店形態との違いを反映して、租税条約は、子会社形態の場合について、支店形態の場合とは別の条文を用意している。これが関連企業条項であり、OECDモデル租税条約でいえば9条である。これが、国内法上の移転価格税制に対応する。

(4) 共通する原則としての独立当事者間基準

このように、OECDモデル租税条約は、7条という事業所得条項と、9条という関連企業条項を書き分けている。このような規定振りは、日本の締結した実定租税条約はもちろん、世界各国間で結ばれた二国間租税条約の共通のボタンとなっている。そこで以下では、いろいろな租税条約を代表させ、OECDモデル租税条約の条文を参照することにしよう。

ところで、7条と9条には、共通する考え方がある。それが、独立当事者間基準 (arm's length standard) である。一方で、7条2項は、下線部が述べるように、PEに帰属する利得を判定するにあたり、独立当事者間基準を用いている。他方で、9条2項も、ある国が課税できる企業の利得を判定するにあたり、独立当事者間基準を用いている。従って、先ほどから述べてきた法形式の違いや、国内法上の課税ルールの違いにかかわらず、国家間の税収配分の基準の根本は両者に共通しているわけである。

現在の租税条約がこのように組み立てられていることには、歴史的な背景がある。事業所得に関する国家間の税収分配基準をどう構築していくかについては、遅くとも1920年代から本格的な議論が積み重ねられてきており、その努力の結果得られた国際的コンセンサスが、7条や9条に結晶しているのである。この展開については、日本でも先行研究が多く、ここで特に付け加えるべき点はない。今回のIFA大会でも、OECDモデル租税条約7条の歴史の変遷をまとめた報告書が公表されており、国際連盟の1927年・1928年のドラフトからはじまって、OECDの2001年以降の近年の動きに至るまで、取り組

みが簡潔にまとめられている (Raffaele Russo, Report on the historical development of article 7 of the OECD model, Cahier de droit fiscal international Vol. 91b, 89 (2006))。

(5) AOA——その理論的・現実的背景

この中で、OECDの2001年以降の取り組みを一言に要約すれば、親子会社に適用される9条のルールを、本支店間に適用される7条に投影しようというものである。つまり、移転価格税制のやり方を、支店にも準用する。言い換えれば、1995年移転価格ガイドラインの考え方を平行移動して、支店に帰属する利得に対して類推適用し、独立当事者間基準を徹底しようというわけである。この考え方が、はじめは作業仮説として提示され、のちにAOA (Authorized OECD Approach, 承認されたOECDアプローチ) と呼ばれるようになった。

確かに、このアプローチをおしすすめる動きには、理解できるところがある。これには、大きく2つの側面がある。

第1は、子会社と支店の均衡である。企業の所得をめぐって国家間で税収取り分をきめるやり方として共通のものさしを用いているのだとすれば、支店であろうが子会社であろうが、同じ独立当事者間基準で課税取扱いを考えていくのが筋である。企業活動の成果が経済的なものであることからすれば、支店と子会社が経済的には同じような事業活動をしているのに、法形式が違うというだけで異なる課税取扱いをしまえば、課税ルールが経済活動に対して中立的でなくなり、困ったことが起きるだろう。

第2は、PEの取扱いについて、各国のやり方が比較的にみて不揃いであることである。取扱いに食い違いが生ずると、二重課税や課税の空白が生ずる可能性が高まる。これは、企業にとっても、課税当局にとっても、困ったことである。

以上2つの側面からみると、移転価格税制の分野で1995年ガイドラインをつくったOECDが、

2001年ごろからPEに関するプロジェクトに乗り出したことは、ひとつの方向として理解できることであった。

(6) AOA——支店と子会社をどこまで同じように扱えるか

しかしながら、ここで、ひとつ考えておくべき問題がある。あまりに当然のことであるが、支店と子会社は、法的には異なる。支店と子会社は、法形式が異なることにより、有限責任や資本金、会計帳簿の有無など、多くのことが異なる。そのように異なるものを課税上同じように扱うことがどの程度できるかを、よく考えなければならないのである。

そして、現在の国際的なコンセンサスがどうなっているかを注意深くみとみると、支店については、果たして、子会社と同じ独立の事業体として扱うことが合意済みのことになっているか、解釈の余地があった。また、金融機関以外の一般事業会社のすべてについて、支店に対する独立当事者間基準の徹底を行うことが可能なものかどうか、検討すべき点が残されていた。たとえば、本店所在地国における二重課税排除措置との関係や、各国国内法との関係、EU加盟国においてはEC条約との関係、さらに、執行面の安定性との関係など、検討すべき問題点が多々残されていた。

もともと、今回のアムステルダム大会でPE帰属利得を取り上げることが決まったのは、2004年2月の段階のことであった。その時点では、OECDのPE帰属利得に関するディスカッション・ドラフトが出そろってきたころであり、将来を見越して、2006年にはまとまった成果をもとに議論ができるだろうと予想していた。

ところが、2006年6月末の段階で、OECDは、2007年1月までにこのPEに帰属する利得に関するプロジェクトを完了することはできないとして、作業成果公開の延期を発表した。今回のアムステルダム大会は、このようなタイミングで9月に開かれたわけである。

今回のIFA大会は、PEに帰属する利得に関

して表明されてきた種々の問題点を公開の場で明らかにした。この点に意義がある。これは、見方によっては、OECDの活動に「待った」をかけたような恰好になったといえるかもしれない。しかし、抵抗勢力が文句をつけているという構図では必ずしもない。以下にご紹介するように、これまで何年もかけてきたプロジェクトをどのように着地させるべきか、いくつかの対案を示してそれなりに「大人」の議論をしていると私は感じた。これには、国際課税を担っている人々のコミュニティーが、官・民という立場の違いや、それぞれの利害の違いはあれ、実は顔なじみの世界であることも影響しているかもしれない。

(7) 議論の広がり と 対比

なお、支店形態か子会社形態かという区別は、所得課税ルールの基本構造を律する深いものである。したがって、PEに帰属する利得に関する議論だけに限定される話ではない。もっと広がりがある。

たとえば、第1に、日本は2002年に連結納税制度を導入した。その際、事業部門と分社化との企業組織の選択をめぐる、税制論議が白熱した。事業部門と子会社を同じように扱おうという目標の下で、国内法制として連結納税制度を導入したことは、記憶に新しい(増井良啓「法人税の課税単位」租税法研究25号62頁<1997年>)。ただし、増井良啓『結合企業課税の理論』327頁<東京大学出版会・2002年>)。

第2に、この点を国際取引との関係で眺めると、連結納税制度の国際的側面になる。2004年のIFAウィーン大会では、会社グループ税制を検討する中で、連結の人的範囲の中に、外国子会社を取り込めるか、また、外国会社の国内支店を取り込めるか、という議論をした(Yoshihiro Masui, General Report, Cahier de droit fiscal international Vol. 89b, 21 <2004>)。

第3に、支店か子会社かの区別は、国際課税ルールの根幹に係る。いま、日本企業(内国法人)が対外進出するアウトバウンドの取引

に着目してみよう。すると、外国支店をおけば全世界所得課税であるが、外国子会社をおけば送金時まで課税繰延となる。ということは、全世界所得課税とはいいつつも、子会社形態にしまえば、その子会社の事業活動の成果は外国法人の所得ということになり、日本との関係では国内源泉所得にしか課税しない。その意味で、当座は、国外所得免除方式をとったのと同様の結果に近似してしまう(もちろんのちにこの子会社が日本の親会社に配当を行えば別途課税関係が発生するが)。つまり、法形式を変えることで課税ルールのスイッチが切り替わるのである。そこでこの点を部分的に軌道修正するのが、外国子会社合算税制である。

要するに、このような広がりのある問題のひとつとして、OECDモデル租税条約7条の解釈が論じられている。

2. 総括報告書の概要

(1) 報告書の構成

今回の総括報告書は、英国のPhilip BakerとRichard S. Collierが執筆した。33カ国から支部報告書が提出されており、日本からは谷口勢津夫教授がドイツ語で寄稿されている。これらに、EC法の角度からの報告書と、先に述べた歴史をたどった報告書が付属している。

総括報告書は、背景・現状・将来の三部構成である。詳しい目次は、次の通り。以下では、この目次にそって、総括報告書の内容を簡単に要約する。

I. Background

A) Introduction

1. Introduction to the IFA discussion of this topic
2. The problem in outline
3. The UN model
4. Domestic law and treaty law

B) Development of the Authorised OECD Approach

1. The pre-2000 history
2. The recent work of OECD WP6
3. The Working Hypothesis and the AOA, and the different interpretations of Articles 7(1) to 7(3) MTC
4. A summary of the AOA
5. Old thinking and new thinking
6. The issue of dependent agent PEs
7. The symmetrical application of the attribution principles

C) An Outline Example

II. The Current Position

A) The general approach to the attribution of profits to PEs

1. Variation in domestic laws and lack of consensus in interpretation
2. The absence of guidance and of litigated disputes
3. Attribution of profits to branches: an issue for financial institutions only?
4. The abundance of theories
5. The existence of a wide variation in the extent to which a PE is treated as a separate enterprise or separate entity
6. Domestic law and treaty law are in conformity with one another
7. An increase in legislative activity
8. The application of the arm's length principle in domestic legislation to PEs
9. The emphasis on accounts maintained by the PE
10. The widespread acceptance of presumptive taxation

B) Specific issues considered in the branch reports

1. The use of the PE concept in domestic law

2. Whether the PE is taxable on its worldwide income

3. Transfers of inventory
4. Transfers of machinery
5. Supplies of intangibles
6. Interest charges
7. Supplies of services, and head office expenses
8. Dependent agents
9. Special rules for banks and insurance companies
10. The relief issue and the symmetrical application of profit attribution methods

III. The Future

A) Criticisms of the OECD's recent work

1. The lack of clear underlying principles
2. The use of KERT functions
3. The failure to agree a consensus, especially on the methods of capital allocation
4. The failure to give prominence to branch books and records
5. The failure to address the consequences of the AOA
6. Criticisms by the business community

B) Constraints on future approaches

1. Constitutional principles and general rules of tax law
2. Existing case law, guidance and the MTC commentary
3. Non-discrimination provisions
4. The position under European Community law
5. A note on the constraints on future action

C) Possible reactions to the OECD's work

1. Acceptance of the AOA

2. The need for domestic legislation and the prospect of problems in implementation

3. Would a change to the Commentary suffice?

D) Future options

1. Policy options

2. Implementation options

E) Recommendations

F) Lessons from the OECD process

(2) 背景：導入——7条2項に内在する緊張

まず、背景について。ここは、AとBの2つに分かれる。背景のAは、導入部分である。A1からA4の4節に分かれ、A2で問題を提示している。すなわち、PEに帰属する利得に関して、OECDモデル租税条約7条2項には緊張が内在しているという。

この点を理解するために、7条2項を英文で読み合わせてみよう（下線部は増井による）。

Article 7 BUSINESS PROFITS

2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.

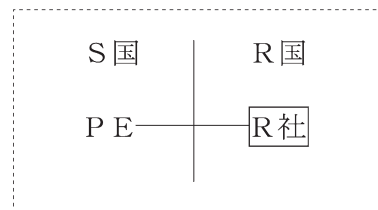
この規定は、PEに帰属する利得を、独立当事者間基準に基づいて決定すべき旨を定めている。下線部が、独立当事者間基準を示すくだりである。

下線部分に注目すると、一方で、PEは、「個別のかつ分離した企業 (a distinct and separate enterprise)」として取り扱われるとされている。他方で、PEは、「同一又は類似の条件で (under the same or similar conditions)」活動を行うとされており、そこには、PEがより大きな企業の一部であるということから生ずる条件が含まれる。

ここに根本の問題がある。一方で、独立当事者間基準にしたがいが、PEが独立の企業であるものとして利得を帰属させるといっている。しかし、他方で、PEは独立の法人ではない。つまり、PEの法的地位と、独立当事者間基準との間に、根本的な緊張関係が存在する。法的事実としてPEは企業の一部であるにもかかわらず、租税上のフィクションとしてPEは独立の企業とされているからである。

(3) 背景：導入——国連モデル条約

A3として、国連モデル租税条約に言及している。国連モデルの7条3項は、本支店間支払いにつきPEにおける控除を明文で否定しており、したがって、AOAに抵触する。よって、国連モデル型の租税条約を締結している国がAOAを採用するためには、租税条約の規定そのものを改訂しなければならないというのである。このことを次の具体例で確認しておこう。



たとえば、R国法人であるR社が、S国に支店PEを置いて事業活動を行う。R国とS国は、

国連モデルと同じ租税条約を締結している。R社は本店から支店への内部取引として、特許権の使用を許諾している（許諾という表現はやや不正確であり、R社の内部取引であるため法的には契約ではないが、企業内部で使用を認めているものとしよう）。このとき、このPEに帰属する利得の算定上、国連モデル7条3項は、使用料相当額の費用控除を明文で否定する。ところが、もしAOAを採用するというのであれば、支店PEは独立の第三者として適正額の使用料を支払ったものとして帰属利得を計算すべきことになるから、費用控除を認めなければならない。このように、国連モデル7条3項は、AOAと衝突する。

（*ちなみに、PEにおける費用控除については、OECDモデル7条3項にも規定がある。この規定とAOAの関係については、OECDの2006年12月末の前記報告書が、Part I, Paragraph 284以下で、有益な検討を加えている。それによると、大きくいって、(a)3項は費用控除の不適切な否認を防止するためにあるという見解と、(i)3項は2項を修正する規定であるという見解が、分かれている。そして、7条3項の起草当時は前者が想定されており、3項と独立当事者間基準との間に矛盾はないと考えられていたとされている。なお、現在のOECDモデル条約7条のコメントリーは、パラグラフ17において、2項と3項の間に原則の違いはないという立場を示している。）

(4) 背景：導入——条約と国内法の関係

A4は、条約と国内法の関係についてである。PEに帰属する利得に関するルールは、多くの国で、国内法と租税条約との間にあまり違いがない。そのため、租税条約に関するOECDコメントリーがAOAを採用すれば、その影響はきわめて大きいことになる。

この点、日本では、租税条約が帰属主義をとっていても、国内法のつくりはあくまで全所得主義を維持している。ただし、国内法において法人税法139条のソース・ルールの読替規定が

ある。そのため、条約のルールが国内法のルールに置き換わり、条約と国内法の抵触が回避されると解されている（Setsuo Taniguchi, Japan, Cahier de droit fiscal international, Vol. 91b, 445, at 451 <2006>）。有力な実務家からも、「租税条約が適用される場合、法人税法施行令第176条の定めは厳密な意味での独立企業原則に置き換えられ、PEの所得の額を算定するにあたっては、同条の定めによらず、厳密な意味での独立企業原則を適用すべきである」と主張されている（仲谷栄一郎＝井上康一「租税条約と国内税法の交錯²⁰」国際商事法務32巻8号1103頁、1109頁<2004年>）。この点については改めて検討の機会を得たいと考えるが、仮にこのように考える場合、結果的に、条約締結国との関係では、他の多くの国における状況と変わらないことになろう。

(5) 背景：AOAの発展

背景のBは、承認されたOECDアプローチ（AOA）がどのように発展してきたかを示す部分である。この部分は、OECDのディスカッション・ドラフトの骨子を批判的に要約するものであり、ポイントは次の3点である。

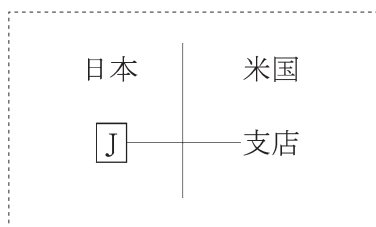
第1に、AOAが、これまでのOECDモデル租税条約コメントリーとは異なる新しい考え方を示すものだという認識である。

第2に、OECD租税委員会の作業が、従属代理人の問題に及んでいるという点である。WP6（Working Party 6：移転価格を担当する作業部会）は、従属代理人に対して支払われる報酬のうち、適正報酬額を超える部分が、従属代理人に帰属する利得となりうるとしている。

第3に、会社の居住地国とPEの所在地国との間での対称的な扱いについてである。たとえば、日本の内国法人Jが、米国に支店を置く（次頁の図参照）。

ここで、米国側が、支店に帰属する利得を200と算定し、しかし、日本側が100と算定したとしよう。条文上は、7条2項が「各締約国は」としており、日米両国で同じ基準をあては

めることが前提とされているはずである。しかし、実際には、帰属する利得の算定が食い違うことがある。食い違いが生ずると、日本で外国税額控除を利用する場合に、控除限度額との関係で、十分に二重課税を排除することができない。そこで、WP 6は、次のような提案をしている。これが対称的な取扱い (symmetrical treatment) と呼ばれるものであり、おおまかにこの例にあてはめると、日本は米国と同じアプローチをとり、200を国外所得とせよということになる。このルールを、23条の解釈論として認めてしまおうというわけである。



(6) 現状：一般的なアプローチ

総括報告書は次に、IIにおいて、各国から提出された33の支部報告書をもとに、現状を分析している。ここは、A一般論の部分と、B個別論点の部分に分かれる。

まず、Aの一般的なアプローチについては、10点を指摘している。

第1に、各国の国内法はばらつきがあり、7条の解釈について国際的なコンセンサスがない。

第2に、過半数の国でPEに帰属する利得の算定方法について課税庁によるガイダンスが存在せず、判例やルーリングも合計で150に満たない。

第3に、英米では問題が金融機関に集中しており、他の国ではあまり争点とされていない模様である。

第4に、解釈論は山のように存在し、多岐に分かれる。たとえば、PEの会計帳簿に基づいて直接に利得を求めることが望ましいとするのが多くの例であるが、企業全体の利得から間接

的に求めることも認める例がある。

第5に、PEを独立の企業として扱う程度について、ばらつきがある。

第6に、先に(4)で述べたことであるが、国内法と条約は、おおむね調和している。

第7に、各国で国内立法が盛んになっている。これは、OECDの活動の影響を受けているとみられる。

第8に、国内法上の移転価格税制がPEを適用対象とする国がある。アルゼンチン、オーストリア、ベルギー、フランス、イタリア、スペインである。

第9に、PEが維持する会計帳簿を出発点にする国が多い。

第10に、にもかかわらず、半数の国が、推計課税的な手法を許容している。これが、多くの国でPEに帰属する利得の問題が、あまり大きな法律問題として浮上しない理由ではないかというのが、総括報告者たちの推測である。

(7) 現状：支部報告書で考慮された個別問題

総括報告書はさらに、IIBにおいて、支部報告書で考慮された個別問題について各国でどう扱われているかを調べている。この部分は、共通の取引設例をもとに、各国支部の報告者が「わが国ではこうなります」と答えた結果をまとめたものである。

たとえば、B3は、本支店間で棚卸資産が移転する場合の扱いについて各国の取扱いを比較している。本店から支店へと棚卸資産が企業内部で移転する場合、時価で移入したとして棚卸資産の取得価額を計算する国がほとんどである。これに対し、支店から本店へと棚卸資産が企業内部で移転する場合、さまざま支店段階で利益を認識する国と、のちにその企業から第三者へと譲渡される時点まで利益を認識しない国とが、分かれる。

こういった比較が、他にも、償却資産の取扱いや、内部利子についての源泉徴収の要否、費用控除の可否、といった点についてなされている。この部分は、今回の研究において実務上お

そらく一番意味のある比較法的知見であろう。しかし、やや細かい各国比較の話になるため、省略する。

(8) 将来：OECDの最近の作業に対する諸批判

総括報告書の第3部は、将来展望である。まずAで、AOAに対して加えられている批判を記録している。とりわけ経済界からの批判が強いという。

(9) 将来：将来のアプローチに対する制約

将来展望のBは、将来とるべきアプローチについて、各国の国内法上どのような制約があるかを、支部報告書に基づいて指摘している。

B1は、ギリシャの支部報告書が憲法問題が生ずると述べている点を重視している。

B2は、既存の判例や当局のガイダンスが存在する場合、それとの抵触を考えなければならないとする。

B3は、無差別原則との抵触の可能性である。たとえば、外国法人の国内PEが国外本店に棚卸資産を移転する場合には即時に独立企業間価格でもって利益を認識し、内国法人の国内支店(PE)が国内本店に移転する場合にはそうしないという場合、租税条約上のPE無差別の規定に反する可能性を検討しなければならないという。

B4は、EU加盟国に特有の制約であり、AOAの採用がEC条約上の資本移動の自由などのルールに反する可能性である。

このように、各国が国内法上AOAを採用する場合にでてくる制約が、指摘された。この点、OECD租税委員会WP6は、OECDモデル租税条約の解釈について論じているわけであるから、論理的にいえば、このような各国特有の制約に縛られる必要は必ずしもないともいえる。しかし、租税条約の上ではAOAを採用し、国内法上はAOAを採用しない、というやり方は、魅力的でないとい総括報告者たちは主張している。

(10) 将来：OECDの作業に対する対応

将来展望のCでは、OECDの作業に対して各

国でどのような対応が予想されるかについて、支部報告書の検討結果をまとめている。検討内容は3点に要約される。

C1は、各国における対応の予想である。この点については、国によって見通しが分かっている。OECD加盟国の中でも、オーストリアや英国のようにすでに国内立法でAOAを採用入れた国もあれば、米国のようにAOAの採用が不透明であると答えるところや、スイスのようにAOAの採用はないだろうと答える国がある。非OECD加盟国になると、国連モデル条約型の租税条約をとっている国もあって、予想がさらに分かれる。

C2は、AOAを採用するには、国内立法が必要であるかという問いである。ほとんどの国では、必要であるという。これを日本にひきつけていけば、法人税法施行令176条以下の大幅な整備が必要であるということになる。

C3は、OECDモデル条約のコメントリーを変更するだけで、AOAの採用に十分であるかどうかである。この点、十分であると答えるもの、コメントリーの変更は変更時点以降に締結された租税条約の解釈にしか及ばないとするもの、などがあつた。総括報告者たちは、本当に国際的コンセンサスを得るためには、コメントリーの変更では足りず、OECDモデルそのものを変更すべきであると主張している。

(11) 将来：将来の選択肢

以上をふまえ、Dは、将来とるべき選択肢を提示する。立法政策上の基本的なあり方と、立法政策が決まった場合にそれを実施するやり方を、示している。

(12) 将来：提言

最後が、提言部分である。その中心的なメッセージは、「急ぐべきではない(There is no rush)」というものである。つまり、PE帰属利得に関する作業を完成させることを急ぐなということである。

これを敷衍すると、現時点においては、AOAの適用対象を、銀行、グローバル・トレ

ーディング、保険に限るべきであるという。ディスカッション・ドラフトの改訂は必要であるが、コメントリーの改訂は必要でない。同時に、何年かかけて、OECDモデル7条の規定そのものについて、AOAを明確に支持する改正案を開発し、そのコメントリーをつくることが考えられるとする。

さらに、2点を提案している。第1に、従属代理人については、検討範囲から除外すべきである。第2に、二重課税排除におけるAOAの対称的適用について、別途研究すべきである、という提案である。

3. 当日の議論

以上が、総括報告書の概要である。当日は、これをもとにissues paperが配布された。これが添付資料1(151頁)であり、いまご紹介した内容を争点の形で短く提示してある。

当日の議論の様子は、添付資料2(156頁)にまとめられている。最も印象深かったのは、OECD租税委員会のMary Bennettが、AOAの対称的取扱いについては二重課税排除に関する23条に関する問題であり、7条関係の改正の範囲外であると明言したことである。これはつまり、PE所在地国と本店所在地国の間での統一性の確保が必ずしも保障されないということである。この発言の瞬間、私は正直に言ってやがっかりしたし、1000人以上が詰めかけた会場の雰囲気が一瞬変わったように感じた。

各国間で対称的な取扱いを確保することは、AOAの議論の出発点であり、きわめて重要である。各国がまちまちにPE帰属利得を算定すれば、二重課税や課税の空白が生ずる。この点の重要性は関係者によって認識されているようであり、二重課税排除の問題についてはその後も検討が続いている。OECDが2006年12月末に公表した前述の報告書は、冒頭のバラグラフ13において、PE所在地国のPE帰属利得算定方法の適用から得られる利子控除額を、二重課税排除のために受け入れることに、過半数のOECD

加盟国が合意したと記している。租税条約適用に関する各国間の統一性の確保については、今後とも注視すべきものと考えられる。多様なアクターの併存する今日の世界においてAOAのように重要な事項を現実化するには、ねばり強く議論を続け、コンセンサスを熟成させる以外にないであろう。

なお、今回のIFA大会では、AOAに関連して、別のセミナーで、金融機関に特化したセッションと、EC法との関係を論ずるセッションが開かれた。

4. IFA/OECD: 租税条約における「企業」の意味

定番のOECDセミナーでは、租税条約が「企業(enterprise)」という用語を用いていることをめぐって、それが事業(business)を意味するのかが議論された。これは、OECDモデル租税条約の英語版と仏語版との違いを意識させるものであり、議論の概要は司会者が公表している(John Avery Jones, Does “enterprise” in the OECD model mean “business”, Bulletin for International Taxation, Vol. 60, No. 12, 476 <2006>)。

III. その他の論題

1. 債務のリストラクチャリング

債務を整理する場合の国際的な課税関係を、債務不履行時の扱い、契約条件の変更やdebt equity swapの扱い、債権放棄の扱いについて、検討した。日本からの支部報告書は、高橋研税理士が寄稿された。

2. 租税回避防止のための国際協力

租税回避のパネルは、英仏米蘭の課税当局の高官に、オランダの教授がインタビュー方式で質問を投げかけた。ABN—AMROがtax compliance agreementを結んだことなど、現場で生じている例が多く紹介された。

3. 通商協定の租税法および租税条約に対する効果

租税と通商の交錯が進む中で、WTOやNAFTA、二国間投資協定が、租税の世界に及ぼすインパクトに注目が集まっている。限られた時間で、租税と通商の相互関係をめぐる論点をひとつひとつ扱うという、意欲的なものであった。シンガポールのパネリストが、多国間租税条約と統一的な紛争処理機構を、強く訴えていた。シンガポールとしては、単独では交渉力がないから、多国間の枠組みを推進する他はないのだという。

4. 国際課税の最近の動向

これは定番のもので、テーマやパネルを直前に決定する。日本からも、りそな銀行事件最高裁判決を紹介することになっていたが、途中でひとつの時間帯に5のパネルと半分ずつ時間をシェアする形になってしまったため、残念ながら日本からのインプットは今回はなかった。今回は、中国の租税誘因措置と、米国のタックス・シェルターが論題となった。

5. IFA/EU

以前より、IFAは、EUとの協力関係をすすめている。今回からEC委員会のMichel Aujanが中心となって、EUセミナーを導入した。EC委員会の税制調和への取り組みを紹介したのち、ケーススタディーとして、クロスボーダー損失の扱いと、exit taxの問題をとりあげた。

6. 租税会計対企業会計

租税会計と企業会計の関係は、IFAでも以前に扱ったことがある。今回のセミナーでは、近

年のめまぐるしい変化が正面から扱われた。特筆すべきは3点。第1に、金融商品にかかる会計基準と租税法のルールの関係が、各国共通の現象として、すでに巨大な領域になっている。第2に、国際会計基準のような基準設定と、各国の国内租税法との関係が、組織間の相互関係の点で問題になるのみならず、EUでは課税ベースの統一に向けた取り組みの一環として、実践的意味をもちつつある。第3に、租税会計と企業会計をあわせること、つまりbook-tax conformityが、租税回避防止の手段として効果的かどうか論じられた。

IV. 今後の予定——第61回京都大会にむけて

2007年秋には、京都で大会を開催する予定である（9月30日から10月5日。プログラムの詳細は<http://ifa-kyoto.jp>）。そのため、今回のアムステルダム大会においても、日本支部で準備に尽力されている宮武敏夫弁護士、水野忠恒教授、川端康之教授を中心として、関係者が京都大会用のブースを設け、京都大会のPRにつとめた。

京都大会では、2つの主要論題として、「移転価格と無形資産」、および、「所得の人的帰属の抵触」を予定している。いずれもタイムリーな論題である。関連して、多くのセミナーを企画している。

日本で開催するのは初めてであり、開催にむけて準備活動が本格化している。各国の専門家に対して、日本の立場をアピールするのに絶好の機会である。多くの方が参加できればよいと願っている。



IFA©2006

Subject 2

IFA 60th Annual Congress
Amsterdam, the Netherlands
Tuesday, 19 September 2006
from 08.30-11.00

ISSUES PAPER
SUBJECT 2

**The attribution of profits to permanent
establishments (PEs)**

Chair

Prof. Kees Van Raad (Netherlands)

General Reporters

Prof. Philip Baker (United Kingdom)
Dr. Richard S. Collier (United Kingdom)

Panel

Mary Bennett (OECD)
Radhakishan Rawal (India)
Meinhard Remberg (Germany)
Prof. Richard J. Vann (Australia)

Secretary

Raffaele Russo (Italy)



IFA Congress Amsterdam 2006

Subject 2: The Attribution of Profits to Permanent Establishments

ISSUES PAPER

1. This paper seeks to highlight some of the major issues identified by the IFA study of the “Attribution of Profits to Permanent Establishments”.

2. This topic concerns the situation where an enterprise carried on by a resident of one state operates in a host state through a permanent establishment (“PE”): how should the profits be attributed to the PE both under the domestic law and under the double taxation convention (“DTC”) between the state of residence and the host state? This attribution is necessary both in the host state to determine the profits taxable there, and in the state of residence of the enterprise for purposes of relief from international double taxation.

3. The branch reports identify few differences between the approach adopted under the domestic law of the jurisdictions concerned on the one hand, and under their DTCs on the other (i.e., the profits attributable to a PE for domestic law and tax treaty purposes are generally the same). The topic focuses therefore on the interpretation and application of the provisions in the Business Profits Article of relevant DTCs. The vast majority of these provisions are based upon Article 7(1) to (3) of the OECD MTC which provide as follows:-

“1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.

2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.

3. In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere.”



4. The branch reports confirm that there is a wide diversity in the interpretation of these provisions, though the reports indicate relatively little litigation (other than a small number of high-profile cases), and no report refers to major difficulties in practice at the present time.

5. The branch reports identify a number of different theories surrounding the topic. For example, a distinction is sometimes made between the “separate enterprise approach” (under which the PE is treated as a separate enterprise) and the “single enterprise approach” (under which the PE and its head office are all part of the same, single enterprise). The difference is significant: under the single enterprise approach, a profit is only recognised for tax purposes when there is a transaction with a third party, whilst this is not the case under the separate enterprise approach (i.e. taxation of notional profits is possible).

6. Within the separate enterprise approach, there are also different theories as to how far one can construct the PE as a separate enterprise (separate from the remainder of the enterprise of which it is part). For example, can one assign to the PE the “ownership” of assets and risks which are in fact owned or borne by the enterprise as a whole? Broadly, the current interpretation of Article 7, as reflected in the Commentary, is based upon a limited recognition of the PE as a separate enterprise. There is an important conflict here between the fiscal fiction (under which the PE is treated as a separate enterprise) on the one hand and the legal fact (according to which the PE is part of a single enterprise and cannot own assets or bear risk separately from the remainder of the enterprise) on the other.

7. This topic has recently been the object of attention by the OECD, and four Discussion Drafts have been published which develop an “Authorised OECD Approach” (“the AOA”). In an extremely simplified form, the AOA requires the construction of the PE as a “functionally separate enterprise” with its own functions performed, assets used and risks assumed: the arm’s length principle (as elaborated in the OECD Transfer Pricing Guidelines) is then applied by analogy to the dealings between this functionally separate enterprise and the enterprise of which it is part (although a limitation still exists as regards the credit worthiness of the enterprise). Again, broadly, the AOA shifts from the interpretation in the current Commentary towards a greater recognition of the PE as a separate enterprise.

The Primary Issues: The Adoption of the AOA

8. Many of the issues surrounding this subject at the present time concern the possible adoption of the AOA. There are a number of policy issues to consider in this context.

9. First, the functionally separate enterprise approach assumes that a profit can be generated on a dealing between the PE and the general enterprise (or its head office), even if there is no transaction with an outside party, so no “real” profit. Certain countries would regard this as conflicting with established principles of tax law or even constitutional principles.

10. Secondly, the recognition of notional (internal) payments of interest, royalties or rent by a PE raises the question as to whether such notional payments (which would be deductible in computing the profits attributable to the PE) should be subject to withholding tax in the country of source: and if they are subject to withholding tax, at what rate (is it the domestic rate or the treaty rate – and if so, which treaty?).

11. Thirdly, there are technical issues with the AOA, for example in its emphasis on Key Entrepreneurial Risk Taking (“KERT”) functions.

12. Fourthly, assuming that the AOA is adopted, a major issue is whether it should be adopted for all businesses, or for financial sector activities only. In recent years, most of the issues that have arisen with regard to the attribution of profits to PEs have arisen in the financial services sector. Arguably, extending the AOA beyond this sector imposes major documentation and transfer pricing issues which did not exist previously and have not previously given rise to any significant problems.

13. A fifth issue is how far the AOA could be consistent with the UN Model, and could be adopted by jurisdictions which favour that Model. In particular, Article 7(3) contains wording which would not be compatible with the AOA:

“(3) In the determination of the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the business of the permanent establishment including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere. However, no such deduction shall be allowed in respect of amounts, if any, paid (otherwise than towards reimbursement of actual expenses) by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payment in return for the use of patents or other rights, or by way of commission, for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the permanent establishment.....”

14. The OECD has developed the AOA; however, it remains to be seen whether it commands sufficient support to be adopted by all countries. There has been little discussion so far of what the alternatives might be. On the one hand, is it possible any longer to put the genie back in the bottle and to leave matters as they were? On the other hand, are there any viable alternatives to the separate enterprise approach? Is there some form of formulaic apportionment, or a totally novel solution which might replace the arm’s length approach?

Specific Issues

15. The OECD discussion has highlighted two specific issues.

16. First, the attribution of profits where there is an agency permanent establishment. Where there is a non-independent agent (who habitually exercises authority to conclude contracts in the name of the enterprise), there will be an agency permanent establishment. The issue which arises then, is whether there is any profit to attribute to this form of permanent establishment, when the agent’s remuneration already reflects the remuneration an independent agent would have derived on an arm’s length basis.

17. The second issue concerns the symmetrical application of the attribution of profits in both the host state and the state of residence of the enterprise. If the state of residence relieves international double taxation by the exemption method, then that state will need to attribute profits to the PE for the purposes of computing the amount of profits to be exempted. On the other hand, if the state of residence relieves international double taxation by the credit method, then that state will need to attribute profits to the PE for the purposes of computing the maximum amount of foreign tax credit.

18. However, there is a danger that the host state and the residence state might adopt a different approach to the attribution of profits, and this may lead to unrelieved double taxation. This possibility has been heightened in the banking sector by the failure of the OECD to agree upon a single method of capital attribution to a PE, so that the host state and the state of residence may adopt a different approach to the allocation of capital to the PE. The OECD has suggested a symmetrical approach under which the state of residence accepts, to a certain extent, the attribution approach adopted by the host state. It is not fully clear, however, whether this should apply only to determine the free capital of the PE or also to all dealings between the PE and the enterprise of which it is a part.

Issues in the Implementation of the AOA

19. A major practical issue arises from the possible implementation of the AOA.

20. Even assuming that the AOA represents a correct interpretation of the current wording of Article 7, elements of the current Commentary clearly do not support the AOA, but rather support a limited recognition of the PE as a separate enterprise. Were an international consensus to develop in favour of adopting the AOA, the question arises whether this could be implemented simply by changes to the Commentary, or whether it would be necessary to change the wording of Article 7 itself.

21. The danger is that, if the wording of the Article is not changed, a period of uncertainty will follow when it is not clear whether the tax administration or judiciary in certain countries would apply the revised Commentary or not. In a worst option scenario, one might end up with case law supporting the revised Commentary and the AOA in some countries, but not in others.

Process Issues

22. The recent OECD work on the development of the AOA raises a number of issues about the process of developing a new consensus in international tax law. Are there lessons that might be learnt from the process of publication of the Discussion Drafts and the development of the AOA? What can be learnt from the way the OECD went about this process of developing a new international consensus?

IFA©2006

Subject 2 - Plenary Session

IFA 60TH CONGRESS - AMSTERDAM

Subject 2: Plenary Session - The attribution of profits to permanent establishments (PEs)

Summary of discussion
(prepared by and under responsibility of IBFD for IFA Congress participants)

General Reporters: Prof. Philip Baker Q.C. (United Kingdom) and Dr. Richard S. Collier (United Kingdom)

Chair: Prof. Kees van Raad (Netherlands)

Panel members: Mary Bennett (OECD), Radhakishan Rawal (India), Meinhard Remberg (Germany) and Prof. Richard J. Vann (Australia)

Secretary: Raffaele Russo (Italy)

The Chair, Prof. Kees van Raad, initiated the plenary session by introducing the subject matter, namely the interpretation and application of Art. 7(1) to (4) of the OECD Model Tax Convention (business profits provision).

After briefly describing the introductory example, where an enterprise carried on by a resident of one state is operated in a host state through a permanent establishment (PE), Prof. Kees van Raad briefly outlined the current rules for taxing business profits under the OECD Model. This introduction was followed by an overview given Raffaele Russo on the history of the business profits provision, from the 1927 and 1928 Drafts of the League of Nations until the current 2005 OECD Model and Commentary on Art. 7.

Prof. Richard Vann discussed the current views on Art. 7. In this respect, Prof. Vann identified the two different interpretations of Art. 7(1) to (3), namely the relevant business activity approach (also called single enterprise approach) and the functionally separate enterprise approach (also called the separate enterprise approach). Prof. Vann also addressed the various approaches to the conceptualizations of the separate enterprise and focused on the potential conflict between the fiscal fiction (under which the PE is treated as a separate enterprise) and the legal facts (according to which a PE cannot own assets or bear risk separately from the remainder of the enterprise), when characterizing the so-called internal dealings.

Prof. Philip Baker presented the main issues and conclusions of the General Report. Prof. Baker started by highlighting that domestic law and treaty law are either largely in conformity, but that no consensus was found as to the correct interpretation of Art. 7. According to Prof. Baker, this lack of consensus is further emphasized by the absence of guidance, and also by the abundance of disputes and attribution theories in the countries surveyed. Prof. Baker also called upon the attention to the widespread use of presumptive taxation and discussed whether the attribution of profits to branches can be said to be entirely an issue for financial institutions.



The panel discussion continued with the presentation of the main issues, stemming from the future adoption Authorized OECD Approach (AOA). This was followed by an overview given by Mary Bennett of the ongoing OECD PE profit attribution project. Mary Bennett started by mentioning that the aim of the OECD project was in fact to seek to eliminate the current lack of consensus on how to hypothesize the PE as a distinct and separate enterprise, and to apply the Transfer Pricing Guidelines by analogy. Mary Bennett went on to briefly describe the AOA two-step approach and focused her additional remarks on the first step, which involves applying principles of the 1995 transfer pricing guidelines by analogy to perform a factual and functional analysis in order to analyse what is part of the PE and what is not. Mary Bennett mentioned that the first step involves addressing the question of economic ownership of assets, attributing adequate free capital to the PE in light of its risks, and attempting to identify any "dealings" between the PE and the enterprise of which it is a part. Mary Bennett explained that under the AOA risks should follow functions, the attribution of assets should follow where the people functions are performed and finally the attribution of capital should follow risks.

As regards the current state of play of the AOA, Mary Bennett announced that the OECD/CFA decided in June 2006 to publish by the end of 2006 new versions of Parts I - III of the Discussion Drafts, to finalize the Part IV draft report on insurance during the first months of 2007 and to publish during 2007 a draft implementation package, which will include the changes to the Model and Commentary. Mary Bennett also mentioned that the KERT terminology will be retained only for specific sectors and no longer will appear in the general part. In addition, Mary Bennett stated that the symmetrical application of profit attribution methods was considered to be an issue more related to Art. 23, and that the proposed changes to the text of Art. 7 would not reflect the concept of symmetry.

The panel discussion continued with the presentation of five examples, which involved (i) the transfer of inventory, (ii) the transfer of an asset, (iii) debt financing (including withholding tax on notional payments), (iv) self-developed intangibles, and (v) head office expenses. Under each example, the various panel members confronted the current approach and the AOA approach, and highlighted specific issues.

Following the discussion of the examples, Radhakishan Rawal addressed the extent the AOA is consistent with the UN Model Convention (2001), and whether it could be adopted by jurisdictions that follow the UN Model. Taking into account the wording of Art. 7(3), Radhakishan Rawal considered that it would not be possible to adopt AOA for treaties based on the UN Model and that such adoption would be possible only if Art. 7 of such treaties would be amended.

Meinhard Remberg presented the position of the business community on the AOA, with particular comments concerning the activities of engineering and construction companies. Meinhard Remberg noted that the integration of activities gives rise to differences regarding construction and engineering activities, and that such difference should be considered by the OECD on the preparation of Part I of the OECD PE project.

IFA©2006

Subject 2 - Plenary Session

The panel continued with a discussion on the specific issue of the attribution of profits where there is an Agency PE, namely whether there may be an additional profit attributable to an Agency PE over and above the arm's length reward paid to the agent. After Prof. Van Raad outlined the issue in question, Prof. Baker highlighted several arguments in favour of the nil sum approach, while Prof. Vann exposed opposing arguments for determining a taxable profit at the level of the Agency PE. The discussion was followed by a vote by the delegates.

The final topic addressed future policy and implementation options arising from an adoption of the AOA by OECD Member States. The panellists discussed the advantages and disadvantages of adopting the AOA for all businesses, adopting the AOA only for the financial sector, not adopting the AOA but maintaining the existing wording of Art. 7 and Commentary, and finally deferred a decision and continue researching alternative solutions. As regards implementation options, the panellists discussed the advantages and disadvantages of changing only the OECD Commentary versus changing the OECD Model and Commentary.

IBFD Reporter: Tiago Cassiano Neves

