



稅務局

中國對跨境并購的規管

宏傑集團研究與出版部

近年來，中國政府出臺了一系列的法律法規對中國企業海外投資和并購進行規管。比如《中華人民共和國企業所得稅法》、《境外投資管理辦法》、《境內機構境外直接投資外匯管理規定》、《財政部 國家稅務總局關於企業重組業務企業所得稅處理若干問題的通知》、《國家稅務總局關於加強非居民企業股權轉讓所得企業所得稅管理的通知》等。

2009年是新法例迭出的一年，盡管2010年中國政府新頒布的法例數量沒有2009年那麼“驚人”，但仍然有很多闡釋性的法律、法規得以出臺。可以預見，這一趨勢在2011年仍將繼續。鑒于法律的連貫性，在這裏，我們首先來看一下近兩年內與跨境并購密切相關的法例。

“59號文”：跨境并購的特別稅收安排

2009年5月7日，中國財政部、國家稅務總局公

布了《關於企業重組業務企業所得稅處理若干問題的通知》（財稅【2009】59號文，以下簡稱“59號文”），對特殊情況下的企業并購交易做出了特殊的稅務處理規定，該文件于2008年1月1日起開始生效執行。

背景

2008年以前，國稅函【1997】71號文（“71號文”）和國稅函【1997】207號文（“207號文”）對企業重組的稅收政策有一定的規定。其中，“71號文”對公司重組作了具體指引，其中涉及并購、分立、資產及股權重組；“207號文”則進一步明確，外資企業可以將其持有的中國境內企業股權利益平價轉讓給100%股權關係的公司。許多外資企業認為，“71號文”及“207號文”是中國政府對外資企業的一種稅收優惠政策。

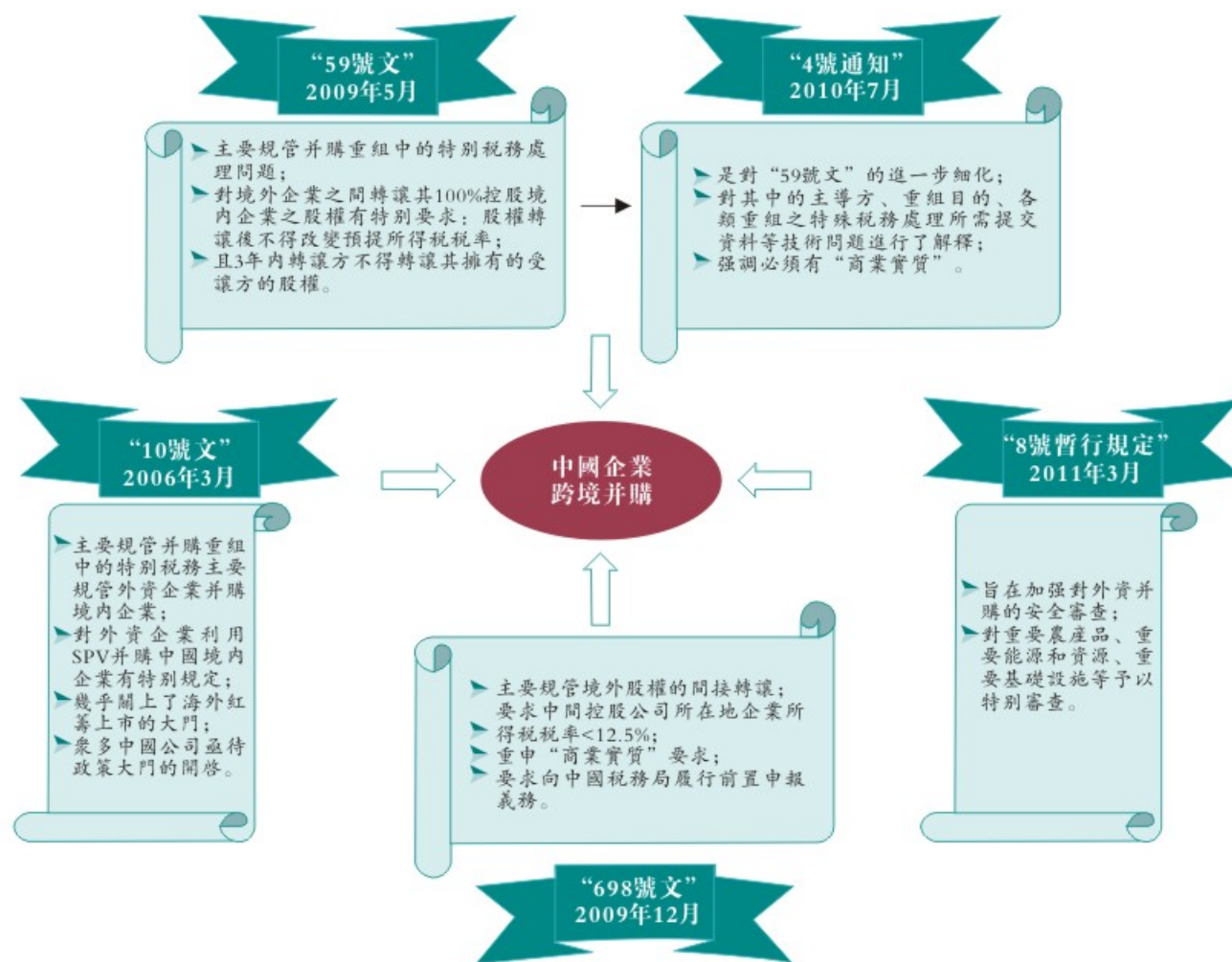
特殊性稅務處理之相關規定

然而，2008年1月1日生效的新企業所得稅法，沒有明確公司重組的概念以及相應的稅收方式，祇是籠統地規定財政部及國稅局將出臺具體指引規定。一定程度上來看，新企業所得稅法，使得外資企業所享受的企業重組稅收優惠政策變得不明朗了。

正如市場預期，“59號文”明確了公司重組的概念，並且列舉出6種具體的公司重組形式，包括：股權收購、資產收購、合并、分立、企業組織形式改變以及債務重組。同時，“59號文”進一步明確稅務機關對企業重組可能適用一般性稅務處理或特殊性稅務處理。

2008年以來的金融危機，觸發了世界範圍內的企業結構調整，并購、重組、清算日益增多。僅就中國而言，企業都更加希望能夠盡快公布具體的指引，以闡明企業重組的種類、特別稅收政策以及溯及力等相關問題。

無論是境內企業還是境外企業，如果欲選擇特殊稅務處理，都必須滿足以下共同的基本要求：



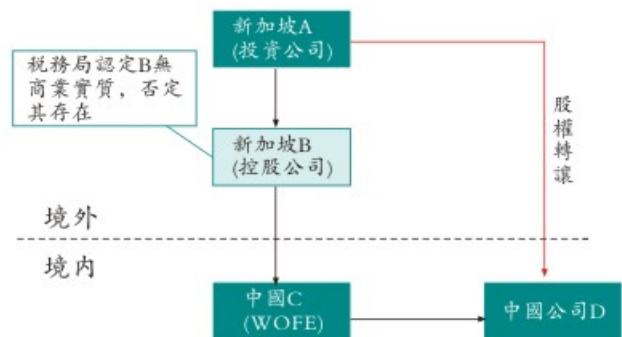
(圖19 與跨境并購密切相關的法例)

- ▶ 具有合理的商業目的，且不以減少、免除或者推遲繳納稅款為主要目的。該條件與新企業所得稅法引入的一般避稅條款²相一致。

目前，對於合理的商業目的，主要包括：

- 1) 重組活動的交易方式。即重組活動採取的具體形式、交易背景、交易時間、在交易之前和之後的運作方式和有關的商業常規。
- 2) 該項交易的形式及實質。即形式上交易所產生的法律權利和責任，也是該項交易的法律後果。另外，交易實際上或商業上產生的最終結果。
- 3) 重組活動給交易各方稅務狀況帶來的可能變化。
- 4) 重組各方從交易中獲得的財務狀況變化。
- 5) 重組活動是否給交易各方帶來了在市場原則下不會產生的異常經濟利益或潛在義務。
- 6) 非居民企業參與重組活動的情況。

國稅局在重慶一宗涉及股權轉讓濫用稅收協定案例中，主要質疑企業“動機不純”，稱其在



(圖20 重慶案例)

交易中並無經濟/商業實質³，從而判定所涉及之新加坡公司須繳納資本利得稅。

- ▶ 被收購、合并部分的資產或股權比例不低於75%，且資產或股權支付比例不低於交易支付總額的85%。該規定將會對股份稀釋產生一定的影響，須慎重考量。
- ▶ 企業重組後的連續12個月內不改變重組資產原來的實質性經營活動，而且企業重組中取得股權支付的原主要股東，在重組後連續12個月內，不得轉讓所取得的股權，以保證經營的連續性和所有權的連續性。

適用特殊性稅務處理的跨境重組/并購

對於跨境重組（包括港澳臺地區）所適用的特殊性稅務處理規定，根據“59號文”規定，可分為“境外-境外”和“境外-境內”兩種模式。

境外-境外模式：非居民企業A（境外企業）向其100%直接控股的另一非居民企業B（境外企業）轉讓其擁有的居民企業C（境內企業）股權，需同時滿足以下兩個條件：

一是，股權轉讓沒有造成預提所得稅稅率的變化。

例如，倘若某美國公司將擁有的中國公司股權，轉讓給其100%直接控股的香港公司。轉股前，中國公司與美國公司之間協定股息稅率為10%；轉股後，由于中國內地與香港之間的協定股息稅率為5%。因此，該股權轉讓將不能滿足“沒

²新企業所得稅法第六章特別納稅調整中，第四十七條規定：企業實施其他不具有合理商業目的的安排，而減少其應納稅收入或所得額的，稅務機關有權按照合理的方法調整。”

³新見，于2008年12月30日頒布的國稅函【2008】第1076號文。

有造成預提所得稅稅率變化”的要求，不可選擇特殊性稅務處理方式進行。

二是，重組後的3年（含3年）內，不得轉讓境外企業B的股權。也就是說，上述例子中的美國公司必須向主管稅務機關做出書面承諾，保證在3年（含3年）內不得轉讓香港公司的股權。

境外-境內模式：發生在境外企業和境內企業之間，允許采用特殊性稅務處理的情況有兩種，

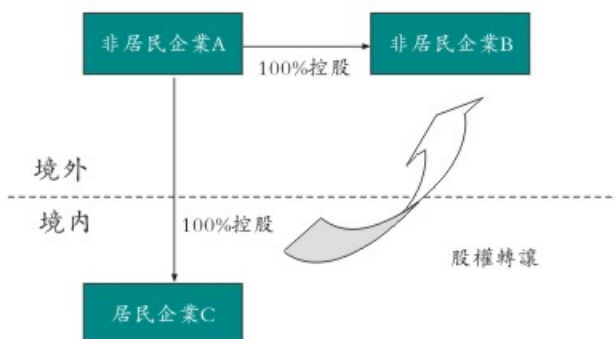
一是：非居民企業以其擁有的資產或股權向其100%直接控股的居民企業轉讓其擁有的另一居民企業股權；或者

二是：居民企業以其擁有的資產或股權向其100%直接控股的非居民企業進行投資。

對於“境外-境內模式”，其資產或股權轉讓收益如選擇特殊稅務處理，可以在10個納稅年度內計入各年度應納稅所得額。即，遞延申報期限為10年。

“4號通知”：59號文的新進展

2010年7月16日，中國國家稅務總局又發布了《企業重組業務企業所得稅管理辦法》（“4號通



（圖21 境外——境外模式）

知”），對“59號文”中的一些技術性問題進行了解釋，包括主導方、重組日、各類企業重組之特殊稅務處理所需提交資料等。

但是，“4號通知”主要是針對境內重組（包括股權收購和資產收購），並沒有在“59號文”的基礎上對跨境并購有進一步的闡釋和規定。

針對跨境重組中資產收購，“4號通知”規定居民企業應向其所在地主管稅務機關報送以下材料：

- 1) 當事方的重組情況說明，申請文件中應說明股權轉讓的商業目的。
- 2) 雙方所簽訂的股權轉讓協議。
- 3) 雙方控股情況說明。
- 4) 由評估機構出具的資產或股權評估報告。報告中應分別列示涉及的各單項被轉讓資產和負債的公允價值。
- 5) 證明重組符合特殊性稅務處理條件的資料，包括股權或資產轉讓比例，支付對價情況，以及12個月內不改變資產原來的實質性經營活動、不轉讓所取得股權的承諾書等。
- 6) 稅務機關要求的其他材料。

針對跨境重組中股權收購，“4號通知”僅規定，境外股權收購以轉讓協議生效且完成股權變更手續日為重組日。在適用特殊稅務處理的，應按照《國家稅務總局關於印發〈非居民企業所得稅源泉扣繳管理暫行辦法〉的通知》（國稅發〔2009〕3號）和《國家稅務總局關於加強非居民企業股權轉讓所的企业所得稅管理的通知》（國稅函〔2009〕698號）要求，準備資料。

“698號文”：境外股權轉讓

國家稅務總局于2009年12月15日發布了國稅函[2009]698號文件（以下簡稱“698號文”），這是自“59號文”頒布後，國家稅務總局第一次就境外非居民企業轉讓中國居民企業股權的稅務處理發布規範性文件。這份追溯至2008年1月1日起執行的文件，對許多通過境外控股公司在中國進行投資的企業產生非常大的影響。

境外股權轉讓必須申報

非居民企業對中國居民企業的股權轉讓可以分為兩種：直接轉讓和間接轉讓。對於直接股權轉讓，自然需按照中國企業所得稅法徵稅，而“698號文”則細化了企業所得稅法中的“反避稅條款”，將境外間接股權轉讓也納入了規管範圍。現在我們就來看一下典型的間接轉讓模式（如圖22）。

在圖22中，非居民企業A將其在境外控股公司B的股權（B公司擁有中國境內被投資的企業）轉讓給另一家非居民企業D。以上交易模式就是“698號文”中所說的間接股權轉讓。在“698號文”中，對境外間接股權轉讓做了特別規定：

- ▶ 除對外國非居民企業轉讓中國居民企業的股權（即直接轉讓）取得的股權轉讓所得可以徵收企業所得稅以外，在某些條件下，中國稅務機關還可對轉讓持有中國居民企業股權的境外中間控股公司的股權（即間接轉讓）所產生的轉讓所得徵收企業所得稅。
- ▶ 如果被轉讓的境外中間控股公司所在國

（地區）實際稅負低于12.5%⁴，或者對其居民境外所得不徵所得稅的⁵，境外投資方應自股權轉讓合同簽訂之日起30日內，向稅務機關遞交所有與股權轉讓、境外投資方和境外中間控股公司的關係等相關的文件。

- ▶ 被轉讓股權的中國居民企業向主管稅務機關提供以下資料：1) 股權轉讓合同或協議；2) 境外投資方與其所轉讓的境外控股公司在資金、經營、購銷等方面的關係；3) 境外投資方所轉讓的境外控股公司的生產經營、人員、賬務、財產等情況；4) 境外投資方所轉讓的境外控股公司與中國居民企業在資金、經營、購銷等方面的關係；5) 境外投資方設立被轉讓的境外控股公司具有合理商業目的的說明；6) 稅務機關要求的其他相關資料。
- ▶ 如果間接轉讓不具有合理的商業目的，規避企業所得稅納稅義務的，中國稅務機關可以根據“實質重于形式”的原則否定境外中間控股公司的存在。

扣繳義務人未履行扣繳義務的，非居民企業應自合同、協議約定的股權轉讓之日起7日內申報繳納企業所得稅。

在“698號文”之前，很多中國企業在境外的并購重組都是通過上述模式進行的，因為股權轉讓完全發生在境外，因此沒有納稅義務和信息備案義務。但是，“698號文”實施後，進行類似于上述的境外股權轉讓將需要進行申報，并可能承擔納稅義務。

⁴有意思的是，愛爾蘭企業所得稅稅率恰為12.5%；而澳門所得稅稅率則為12%，低于12.5%，因此並不是一個好的選擇。

⁵香港對其居民境外所得不徵所得稅，因此並不是一個好的選擇；而新加坡則不僅對其居民境外所得徵稅，且其居民企業所得稅的稅率僅為17%，除此之外，新加坡還存在多項稅收抵免。

“698號文”中需要厘定之處

盡管稅務機關希望對一些境外間接股權轉讓交易徵稅的意圖很明顯，但“698號文”中仍有很多不確定的地方需要厘清。

首先，如何測定境外中間控股公司實際稅負是否低於12.5%。例如，如果境外中間控股公司所在國/地區的稅率高於12.5%，但是該國/地區對資本利得不徵收所得稅，那麼，這種情況是否達到了“698號文”中的實際稅負條件？

其次，在大型集團公司的全球性重組并購交易中，披露所有交易的完整信息這一要求可能會顯得有些難以完成或不切實際，因為這將帶來相

當繁重的合規性工作，且涉及大量不相關信息的提交。從股權收購方的角度看，如果股權出售方沒有按照稅法要求履行相關義務將會對收購方產生何種影響及後果，目前還不十分明確。

此外，“698號文”對扣繳稅款和遞交相關資料的期限規定在時間上是相當緊張的。如果扣繳義務人沒有代扣代繳股權轉讓的企業所得稅，非居民企業納稅人祇有7天的時間履行其納稅義務。從實際操作角度考慮，由於股權轉讓對價通常不會在交易結束後7天內就完成交付，因此這項規定將可能帶來很大的問題。

而且幣值匯率變動也會導致納稅額度的不同。比如早些年一個美國投資方，向一家中國居

方塊知識九

中國“緊盯”境外股權轉讓

即便存在諸多不明確之處，但是，自“698號文”於2010年生效後，中國各地稅務機關已經對境外間接股權轉讓採取了一系列的實際行動，並追繳了大批稅款。

2010年1月，無錫成功追徵某境外股權轉讓預提所得稅1387萬元。

2010年3月，天津市塘沽區國稅局在一起境外股權轉讓交易的審查中，追繳的款幣5575030.61元。2010年5月，江都市國稅局對某外國跨國投資集團子公司的境外股權轉讓徵收非居民所得稅1.73億元，這是迄今為止國內入庫的最大一筆境外非居民間接轉讓國內企業股權徵收的所得稅。

2010年7月，山東省五蓮縣某外商獨資企業協助其原股東香港某公司到五蓮縣國稅局辦稅服務廳辦理非居民企業股權轉讓所得稅的入庫手續，入庫稅款837.7萬元。

2010年7月，大連市國稅局追繳非居民企業境外轉讓股權預提所得稅605萬元稅款以“外匯入境、幣種轉換”的形式入庫。

2010年10月，浙江省杭州市蕭山區國稅局先後徵得2筆數額分別為312萬元和18萬元的境外股權轉讓稅款。

.....



民企業投資100萬美元，按1:8.2匯率折算成820萬人民幣，即使沒有獲利而原價退出，那麼按現行6.8:1匯率，可以兌換120.588萬美元，以美元計，外國投資者獲利20.588萬美元。對該項匯率變動引起的獲利是否計入所得呢？

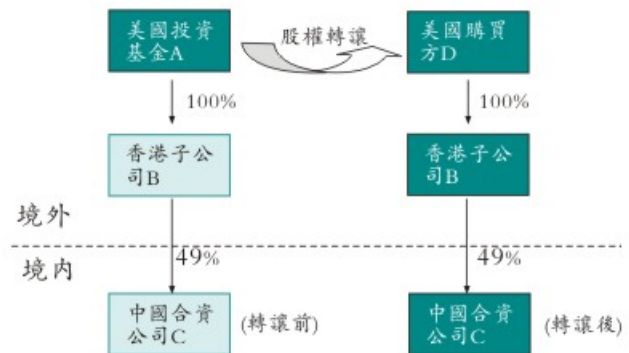
“698號文”明確在計算股權轉讓所得時，以非居民轉讓方向被轉讓股權的中國被投資公司投資時(設立或者購買股權)的貨幣確定股權轉讓價和成本價。因此，上述案例中，美國投資方以美元投資中國居民企業，那麼在確定股權成本價和轉讓價時應採用美元，這樣得出的股權轉讓所得也以美元計，然後再將該轉讓所得折算成人民幣申報預提所得稅。前述美國投資者獲得的20.588萬美元，應被中國稅務部門課以14萬元人民幣(20.588×6.8×10%)的預提企業所得稅稅款。

可見，如果人民幣保持增值，以這種方法計算的轉讓所得將會導致非居民轉讓方支付更多的預提所得稅。反之，如果人民幣貶值，所得可能減少，所以從規則的角度來看，“698號文”的規定是公平的。祇是現階段人民幣出于升值階段，對非居民企業似有不利。

最讓納稅人感到任務艱巨的還在于“698號文”的追溯效力，其可以追溯至2007年1月1日。因此，2007年後境外間接轉讓中國企業的外國非居民企業股東應審查交易過程，分析是否有其他額外的申報工作尚需完成。現在，我們就來看看涉稅金額最大的“江都案例”，看看中國稅務機關是如何來實際執行“698號文”的。

可以說，“698號文”也許是對國際稅務籌劃影響最大的法例之一。根據“實質大于形式”的原則，“698號文”對境外中間控股公司採取“透視法”，忽視其存在，從而對境外股權轉讓進行徵稅。

案例研究：江都境外股權轉讓徵稅1.73億



(圖22 江都案例)

2007年，一非居民投資方(根據江都案例報道及其它公開信息，該非居民投資方是一家知名的美國投資基金)在通過其在香港的全資子公司收購某中國境內內資企業49%的股權，并與該被收購企業的控股內資企業組成一家中外合資企業。

2009年初，江都國稅局在對合資企業進行的例行稅務管理中獲悉，其非居民投資方意欲通過間接轉讓的形式出讓該合資企業中的股權。江都國稅局將此情況及時向上級主管稅務局及國稅總局反映。

2009年12月，國稅總局頒布了“698號文”，明確了非居民企業間接股權轉讓所得的稅務問題。

2010年1月，非居民投資方通過出讓其香港的中間控股公司的股權，間接轉讓了境內合資企業的股權。

稅務機關調查

1) 股權轉讓協議及其它相關文件顯示，被出讓的香港中間控股公司是一家“無雇員、無其它資產(除了對境內合資企業的投资)和負債、無

其它投資、無其它經營業務”的公司。

稅務機關判定：根據這些情況，江都國稅局判定被轉讓的香港中間控股公司是一家不具有實質的特殊目的公司。插入及出讓該公司的目的就是為了逃避中國稅負。

2) 江都國稅局從交易中的美國購買方公司網站上看到一則有關其成功收購中國境內合資企業股份的公告。該公告詳盡介紹了被收購的合資企業的情況，却祇字未提在交易中被收購的香港中間控股公司。

稅務機關判定：美國購買方收購香港中間控股公司僅僅是形式，而交易實質是為了收購中國境內合資企業49%的股權。

在徵詢了上級主管稅務局及國稅總局的意見後得到國稅總局的同意，江都國稅局判定該股權轉讓所得來源于中國，應繳納預提所得

稅。經過數次談判後，非居民投資方同意申報中國所得稅，并于2010年5月繳納了1.73億元人民幣的稅款。

非居民企業如何應對

“698號文”的生效日追溯到2008年1月1日。這意味着，“698號文”的規定同樣適用於發生在發文前的2008年和2009年的股權轉讓業務。地方稅務機關可以根據“698號文”的規定，處理發生在2008年和2009年的未完結的案件。這對非居民企業以及相關企業產生很多風險。

建議該類投資者應對有關交易進行內部的合規性審查，并對之前的稅務處理和相關的報告義務作出符合規定的調整和補充。投資者應對目前設立在低稅率國家地區或避稅港的中間控股公司的實質和合理商業目的進行審核，因為它們將隨時處于中國稅務機關的嚴格監管之下。

方塊知識十

高盛補稅風波：4.2億元的企業所得稅可能被補徵

來源：經濟觀察報 2010年08月21日

高盛集團（Goldman Sachs）被中國稅務機構盯上了。

本報獲悉，河南省漯河市國家稅務局正在籌劃讓高盛補交4.2億元的企業所得稅。

徵收的依據主要是：過去三年裏，高盛通過在香港註冊成立的羅特克斯公司（Rotary Vortex Limited）間接轉讓了河南雙匯投資發展股份有限公司（簡稱“雙匯發展（000895）”，000895.SZ）的股權，進而獲利。

北京稅務專家郭偉認為，高盛在中國國內以類似方式參股了一系列企業，這次的事件有可能演變成對高盛在華所有投資行為的調查。一位地方稅務官員判定，這是一起比較典型的非居民企業通過境外企業間接轉讓國內企業股權而須在中國納稅的案例。



事實上，對特殊目的公司的反避稅行動已經成為國際間的一種趨勢，如印度的Vodafone案例，OECD的分類登記表、美國正在起草的關於打擊避稅天堂的草案，等等。因此，從某種意義上說，中國稅務機關對特殊目的公司的非“商業實質”打擊，亦是與國際接軌的體現之一。

對於有跨境并購、重組業務的跨國公司來說，現在是時候對其審查其全球範圍內（特別是在中國境內）的投資架構，評估潛在的稅務影響，採取必要措施降低稅務風險，並為證明其交易安排具有合理商業目的而做好準備。

“10號文”：外資并購中國企業

2006年9月8日，商務部、國資委、國家稅務總

局、國家工商總局、證監會、外管局六個部委聯合出臺的《關於外國投資者并購境內企業的規定》（2006年第10號），這就是此後對外資并購和紅籌上市產生重大影響的“10號文”。

“10號文”主要在兩個方面對外資并購作出了規定：

一是對外資并購境內企業需要滿足的條件作出了更加具體的規定，例如，增加了關聯并購的概念和反壟斷審查的要求。

二是對外資并購完成的方式，特別是對以股權為收購對價、通過SPV（特殊目的公司）進行跨境換股等技術手段作出了具體的規定。

方塊知識十一

中國加強對外資并購境內企業的安全審查

來源：商務部 2011年3月7日

2011年3月7日，中國商務部公布的《商務部實施外國投資者并購境內企業安全審查制度有關事項的暫行規定》明確，對國家安全已經造成或可能造成重大影響的外資并購，商務部可終止當事人的交易，或採取轉讓相關股權、資產或其他措施消除對國家安全的影響。

該暫行規定自2011年3月5日起實施，有效期至2011年8月31日。

根據暫行規定，并購安全審查的範圍為：

- 1) 外國投資者并購境內軍工及軍工配套企業，重點、敏感軍事設施周邊企業，以及關係國防安全的其他單位；
- 2) 外國投資者并購境內關係國家安全的重要農產品、重要能源和資源、重要基礎設施、重要運輸服務、關鍵技術、重大裝備制造等企業，且實際控制權可能被外國投資者取得。

暫行規定具體列示提出并購安全審查申請時需提交的文件，其中包括：審查申請書和交易情況說明、外國投資者及關聯企業與相關國家政府的關係說明、股權轉讓協議、外國投資者認購境內企業增資的協議以及相應資產評估報告等。

中國目前是全球投資環境最好、外資獲利最多的地方。2010年中國吸收外資達1,057億美元，創出歷史新高。但與全球吸收外資以并購為主要方式不同，在去年吸收外資的1,057億美元中，并購投資所占比例僅有3.0%。

隨着外商投資并購規模逐漸擴大，外商總投資中并購方式所占比例將逐漸提高。

其中，“10號文”第11條規定：“境內公司、企業或自然人以其在境外合法設立或控制的公司名義并購與其有關聯關係的境內的公司，應報商務部審批”，并稱“當事人不得以外商投資企業境內投資或其他方式規避前述要求。”通過SPV進行跨境換股必須由商務部批准，此舉給中國企業的境外“紅籌上市”造成了很大的審批壓力。

據悉，截止到目前，還沒有一家境內企業經商務部批准完成了標準意義上的跨境換股。“10號文”這些“其他方式”到底指的是什麼，從來沒有過正式的說明或解釋，這就為具體審批者尋租打開了方便之門。

但是，在實際操作中，有些企業采用了一些“試探性”的方式，比如協議控制、代持股份、合資企業并購等未經監管部門正式認可的做法，從而得以在香港和美國上市。比如，遼寧忠旺、中國秦發、英利能源、天工國際、SOHO中國、瑞金礦業、興發鋁業等。即便有上述企業的先試先行，但無論是協議控制還是代持股份，都或多或少地存在普遍的法律風險。

正因為如此，據媒體報道，有的企業開始拆除原來搭建好的“紅籌架構”，轉而回到中國境內A股上市，并取得了成功，甚至有媒體稱一大批中國企業將“二度變身”，掀起一股拆除紅籌架

構，回歸A股的新潮流。

2010年一年裏，證監會發審委和創業板發審委合計審核了10餘家從紅籌架構折回A股上市的企業，中小板和創業板都有涉獵。其中，華平股份(300074.SZ)和二六三最為典型。

但是“二度變身”并不輕鬆，需要全部拆除原先所搭建好的紅籌架構，將控股權轉回境內。鑒于紅籌上市架構中會加入很多的中間控股公司，持股結構比較復雜，對此，也需要進行處理。

其中，最讓企業感覺棘手的是，相關稅收負擔也相應加重了。這主要來自于《關於加強非居民企業股權轉讓所得企業所得稅管理》(國稅函2009)“698號文”，因為拆除紅籌架構的過程必然會涉及非居民企業股權轉讓，因此而面臨5%-10%不等的預提所得稅，無疑加大了重組成本。

盡管一些特殊情形可以通過適用於2009年國稅總局下發的“82號文”(《關於境外註冊中資控股企業依據實際管理機構標準認定為居民企業有關問題的通知》)來使得轉讓股權企業被認定為居民企業，但對於絕大多數公司來說絕非易事。由于“紅籌上市”并非我們本期雜誌所要關注的話題，因此，我們將不會就此多做涉入。