



税务局

中国对跨境并购的规管

宏杰集团研究与出版部

近年来，中国政府出台了一系列的法律法规对中国企业海外投资和并购进行规管。比如《中华人民共和国企业所得税法》、《境外投资管理办法》、《境内机构境外直接投资外汇管理规定》、《财政部 国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》、《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》等。

2009年是新法例迭出的一年，尽管2010年中国政府新颁布的法例数量没有2009年那么“惊人”，但仍然有很多阐释性的法律、法规得以出台。可以预见，这一趋势在2011年仍将继续。鉴于法律的连贯性，在这里，我们首先来看一下近两年内与跨境并购密切相关的法例。

“59号文”：跨境并购的特别税收安排

2009年5月7日，中国财政部、国家税务总局公布了《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税【2009】59号文，以下简称“59号文”），对特殊情况下的企业并购交易做出了特殊的税务处理规定，该文件于2008年1月1日起开始生效执行。

背景

2008年以前，国税函【1997】71号文（“71号文”）和国税函【1997】207号文（“207号文”）对企业重组的税收政策有一定的规定。其中，“71号文”对公司重组作了具体指引，其中涉及并购、分立、资产及股权重组；“207号文”则进一步明确，外资企业可以将其持有的中国境内企业股权利益平价转让给100%股权关系的公司。许多外资企业认为，“71号文”及“207号文”是中国政府对外资企业的一种税收优

惠政策。

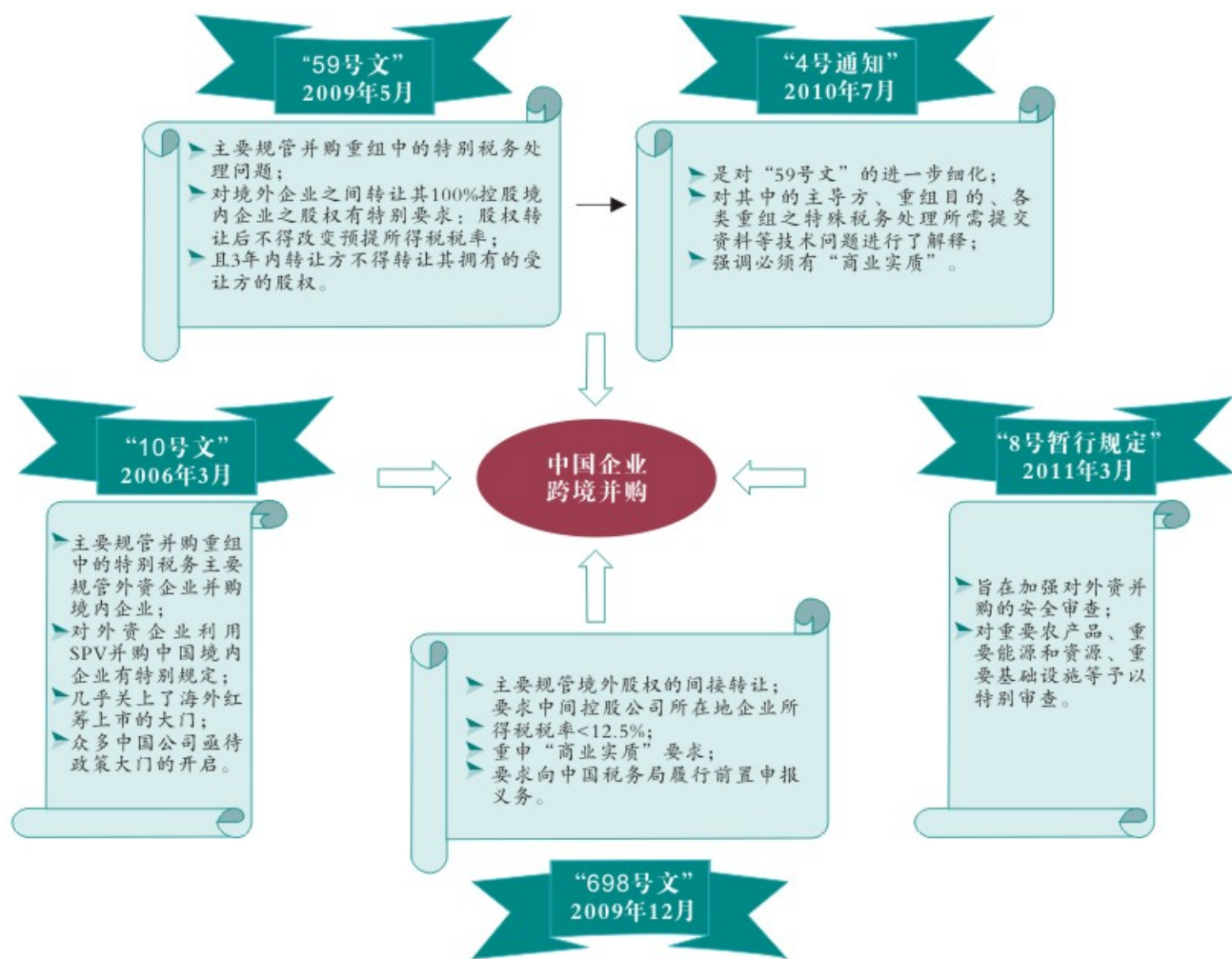
然而，2008年1月1日生效的新企业所得税法，没有明确公司重组的概念以及相应的税收方式，只是笼统地规定财政部及国税局将出台具体指引规定。一定程度上来看，新企业所得税法，使得外资企业所享受的企业重组税收优惠政策变得不明朗了。

2008年以来的金融危机，触发了世界范围内的企业结构调整，并购、重组、清算日益增多。仅就中国而言，企业都更加希望能够尽快公布具

体的指引，以阐明企业重组的种类、特别税收政策以及溯及力等相关问题。

特殊性税务处理之相关规定

正如市场预期，“59号文”明确了公司重组的概念，并且列举出6种具体的公司重组形式，包括：股权收购、资产收购、合并、分立、企业组织形式改变以及债务重组。同时，“59号文”进一步明确税务机关对企业重组可能适用一般性税务处理或特殊性税务处理。



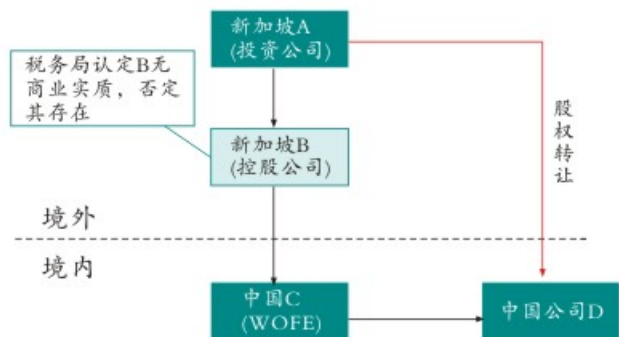
(图19 与跨境并购密切相关的法例)

►无论是境内企业还是境外企业，如果欲选择特殊税务处理，都必须满足以下共同的基本要求：

具有合理的商业目的，且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。该条件与新企业所得税法引入的一般避税条款²相一致。

目前，对于合理的商业目的，主要包括：

- 1) 重组活动的交易方式。即重组活动采取的具体形式、交易背景、交易时间、在交易之前和之后的运作方式和有关的商业常规。
- 2) 该项交易的形式及实质。即形式上交易所产生的法律权利和责任，也是该项交易的法律后果。另外，交易实际上或商业上产生的最终结果。
- 3) 重组活动给交易各方税务状况带来的可能变化。
- 4) 重组各方从交易中获得的财务状况变化。
- 5) 重组活动是否给交易各方带来了在市场原则下不会产生的异常经济利益或潜在义务。



(图20 重庆案例)

6) 非居民企业参与重组活动的情况。

国税局在重庆一宗涉及股权转让滥用税收协定案例³中，主要质疑企业“动机不纯”，称其在交易中并无经济/商业实质³，从而判定所涉及之新加坡公司须缴纳资本利得税。

►被收购、合并部分的资产或股权比例不低于75%，且资产或股权支付比例不低于交易支付总额的85%。该规定将会对股份稀释产生一定的影响，须慎重考量。

企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动，而且企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权，以保证经营的连续性和所有权的连续性。

适用特殊性税务处理的跨境重组/并购

对于跨境重组（包括港澳台地区）所适用的特殊性税务处理规定，根据“59号文”规定，可分为“境外-境外”和“境外-境内”两种模式。

境外-境外模式：非居民企业A（境外企业）向其100%直接控股的另一非居民企业B（境外企业）转让其拥有的居民企业C（境内企业）股权，需同时满足以下两个条件：

一是，股权转让没有造成预提所得税税率的变化。

例如，倘若某美国公司将拥有的中国公司股

²新企业所得税法第六章特别纳税调整中，第四十七条规定：企业实施其他不具有合理商业目的的安排，而减少其应纳税收入或所得额的，税务机关有权按照合理的方法调整。”

³新见，于2008年12月30日颁布的国税函【2008】第1076号文。

权，转让给其100%直接控股的香港公司。转股前，中国公司与美国公司之间协定股息税率为10%；转股后，由于中国内地与香港之间的协定股息税率为5%。因此，该股权转让将不能满足“没有造成预提所得税税率变化”的要求，不可选择特殊性税务处理方式进行。

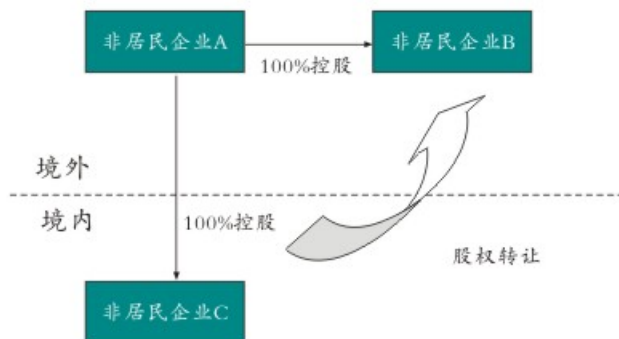
二是，重组后的3年（含3年）内，不得转让境外企业B的股权。也就是说，上述例子中的美国公司必须向主管税务机关做出书面承诺，保证在3年（含3年）内不得转让香港公司的股权。

境外-境内模式：发生在境外企业和境内企业之间，允许采用特殊性税务处理的情况有两种，

一是：非居民企业以其拥有的资产或股权向其100%直接控股的居民企业转让其拥有的另一居民企业股权；或者

二是：居民企业以其拥有的资产或股权向其100%直接控股的非居民企业进行投资。

对于“境外-境内模式”，其资产或股权转让收益如选择特殊税务处理，可以在10个纳税年度内计入各年度应纳税所得额。即，递延申报期限为10年。



(图21 境外——境外模式)

2010年7月16日，中国国家税务总局又发布了《企业重组业务企业所得税管理办法》（“4号通知”），对“59号文”中的一些技术性问题进行了解释，包括主导方、重组日、各类企业重组之特殊税务处理所需提交资料等。

但是，“4号通知”主要是针对境内重组（包括股权收购和资产收购），并没有在“59号文”的基础上对跨境并购有进一步的阐释和规定。

针对跨境重组中资产收购，“4号通知”规定居民企业应向其所在地主管税务机关报送以下材料：

- 1) 当事方的重组情况说明，申请文件中应说明股权转让的商业目的。
- 2) 双方所签订的股权转让协议。
- 3) 双方控股情况说明。
- 4) 由评估机构出具的资产或股权评估报告。报告中应分别列示涉及的各项被转让资产和负债的公允价值。
- 5) 证明重组符合特殊性税务处理条件的资料，包括股权或资产转让比例，支付对价情况，以及12个月内不改变资产原来的实质性经营活动、不转让所取得股权的承诺书等。
- 6) 税务机关要求的其他材料。

针对跨境重组中股权收购，“4号通知”仅规定，境外股权收购以转让协议生效且完成股权变更手续日为重组日。在适用特殊税务处理的，应按照《国家税务总局关于印发<非居民企业所得税



源泉扣缴管理暂行办法》的通知》（国税发〔2009〕3号）和《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让的企业所得税管理的通知》（国税函〔2009〕698号）要求，准备资料。

国家税务总局于2009年12月15日发布了国税函〔2009〕698号文件（以下简称“698号文”），这是自“59号文”颁布后，国家税务总局第一次就境外非居民企业转让中国居民企业股权的税务处理发布规范性文件。这份追溯至2008年1月1日起执行的文件，对许多通过境外控股公司在中国进行投资的企业产生非常大的影响。

境外股权转让必须申报

非居民企业对中国居民企业的股权转让可以分为两种：直接转让和间接转让。对于直接股权转让，自然需按照中国企业所得税法征税，而“698号文”则细化了企业所得税法中的“反避税条款”，将境外间接股权转让也纳入了规管范围。现在我们就来看一下典型的间接转让模式（如图22）。

在图22中，非居民企业A将其在境外控股公司B的股权（B公司拥有中国境内被投资的企业）转让给另一家非居民企业D。以上交易模式就是“698号文”中所说的间接股权转让。在“698号文”中，对境外间接股权转让做了特别规定：

除对外国非居民企业转让中国居民企业的股权（即直接转让）取得的股权转让所得可以征收企业所得税以外，在某些条件

下，中国税务机关还可对转让持有中国居

民企业股权的境外中间控股公司的股权（即间接转让）所产生的转让所得征收企业所得税。

如果被转让的境外中间控股公司所在国（地区）实际税负低于12.5%⁴，或者对其居民境外所得不征所得税的⁵，境外投资方应自股权转让合同签订之日起30日内，向税务机关递交所有与股权转让、境外投资方和境外中间控股公司的关系等相关的文件。

被转让股权的中国居民企业向主管税务机关提供以下资料：1) 股权转让合同或协议；2) 境外投资方与其所转让的境外控股公司在资金、经营、购销等方面的关系；3) 境外投资方所转让的境外控股公司的生产经营、人员、账务、财产等情况；4) 境外投资方所转让的境外控股公司与中国居民企业在资金、经营、购销等方面的关系；5) 境外投资方设立被转让的境外控股公司具有合理商业目的的说明；6) 税务机关要求的其他相关资料。

如果间接转让不具有合理的商业目的，规避企业所得税纳税义务的，中国税务机关可以根据“实质重于形式”的原则否定境外中间控股公司的存在。

扣缴义务人未履行扣缴义务的，非居民企业应自合同、协议约定的股权转让之日起7日内申报缴纳企业所得税。

在“698号文”之前，很多中国企业在境外的并购重组都是通过上述模式进行的，因为股权转

⁴有意思的是，爱尔兰企业所得税税率恰为12.5%；而澳门所得税税率则为12%，低于12.5%，因此并不是一个好的选择。

⁵香港对其居民境外所得不征所得税，因此并不是一个好的选择；而新加坡则不仅对其居民境外所得征税，且其居民企业所得税的税率仅为17%，除此之外，新加坡还存在多项税收抵免。

让完全发生在境外，因此没有纳税义务和信息备案义务。但是，“698号文”实施后，进行类似于上述的境外股权转让将需要进行申报，并可能承担纳税义务。

“698号文”中需要厘定之处

尽管税务机关希望对一些境外间接股权转让交易征税的意图很明显，但“698号文”中仍有很多不确定的地方需要厘清。

首先，如何测定境外中间控股公司实际税负是否低于12.5%。例如，如果境外中间控股公司所在国/地区的税率高于12.5%，但是该国/地区对资本利得不征收所得税，那么，这种情况是否达到了

“698号文”中的实际税负条件？

其次，在大型集团公司的全球性重组并购交易中，披露所有交易的完整信息这一要求可能会显得有些难以完成或不切实际，因为这将带来相当繁重的合规性工作，且涉及大量不相关信息的提交。从股权收购方的角度看，如果股权出售方没有按照税法要求履行相关义务将会对收购方产生何种影响及后果，目前还不十分明确。

此外，“698号文”对扣缴税款和递交相关资料的期限规定在时间上是相当紧张的。如果扣缴义务人没有代扣代缴股权转让的企业所得税，非居民企业纳税人只有7天的时间履行其纳税义务。从实际操作角度考虑，由于股权转让对价通常不

方块知识九

中国“紧盯”境外股权转让

即便存在诸多不明确之处，但是，自“698号文”于2010年生效后，中国各地税务机关已经对境外间接股权转让采取了一系列的实际行动，并追缴了大批税款。

2010年1月，无锡成功追征某境外股权转让预提所得税1387万元。

2010年3月，天津市塘沽区国税局在一起境外股权转让交易的审查中，追缴的款币5575030.61元。2010年5月，江都市国税局对某外国跨国投资集团子公司的境外股权转让征收非居民所得税1.73亿元，这是迄今为止国内入库的最大一笔境外非居民间接转让国内企业股权征收的所得税。

2010年7月，山东省五莲县某外商独资企业协助其原股东香港某公司到五莲县国税局办税服务厅办理非居民企业股权转让所得税的入库手续，入库税款837.7万元。

2010年7月，大连市国税局追缴非居民企业境外转让股权预提所得税605万元税款以“外汇入境、币种转换”的形式入库。

2010年10月，浙江省杭州市萧山区国税局先后征得2笔数额分别为312万元和18万元的境外股权转让税款。

.....



会在交易结束后7天内就完成交付，因此这项规定将可能带来很大的问题。

而且币值汇率变动也会导致纳税额度的不同。比如早些年一个美国投资方，向一家中国居民企业投资100万美元，按1:8.2汇率折算成820万人民币，即使没有获利而原价退出，那么按现行6.8:1汇率，可以兑换120.588万美元，以美元计，外国投资者获利20.588万美元。对该项汇率变动引起的获利是否计入所得呢？

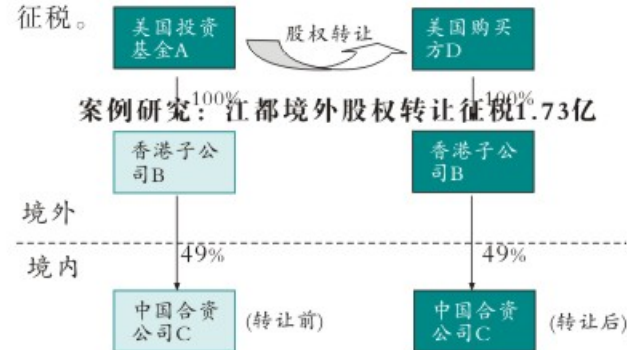
“698号文”明确在计算股权转让所得时，以非居民转让方向被转让股权的中国被投资公司投资时(设立或者购买股权)的货币确定股权转让价和成本价。因此，上述案例中，美国投资方以美元投资中国居民企业，那么在确定股权成本价和转让价时应采用美元，这样得出的股权转让所得也以美元计，然后再将该转让所得折算成人民币申报预提所得税。前述美国投资者获得的20.588万美元，应被中国税务部门课以14万元人民币(20.588×6.8×10%)的预提企业所得税税款。

可见，如果人民币保持增值，以这种方法计算的转让所得将会导致非居民转让方支付更多的预提所得税。反之，如果人民币贬值，所得可能减少，所以从规则的角度来看，“698号文”的规定是公平的。只是现阶段人民币出于升值阶段，对非居民企业似有不利。

最让纳税人感到任务艰巨的还在于“698号文”的追溯效力，其可以追溯至2007年1月1日。因此，2007年后境外间接转让中国企业的非居民企业股东应审查交易过程，分析是否有其他额外的申报工作尚需完成。现在，我们就来看看涉税金额最大的“江都案例”，看看中国税务机关是如何来实际执行“698号文”的。

可以说，“698号文”也许是对国际税务筹划

影响最大“698号文”对境外中间控股公司采取“透视法”，忽视其存在，从而对境外股权转让进行征税。



(图22 江都案例)

2007年，一非居民投资方(根据江都案例报道及其它公开信息，该非居民投资方是一家知名的美国投资基金)在通过其在香港的全资子公司收购某中国境内内资企业49%的股权，并与该被收购企业的控股内资企业组成一家中外合资企业。

2009年初，江都国税局在对合资企业进行的例行税务管理中获悉，其非居民投资方意欲通过间接转让的形式出让该合资企业中的股权。江都国税局将此情况及时向上级主管税务局及国税总局反映。

2009年12月，国税总局颁布了“698号文”，明确了非居民企业间接股权转让所得的税务问题。

2010年1月，非居民投资方通过出让其香港的中间控股公司的股权，间接转让了境内合资企业的股权。

税务机关调查

1) 股权转让协议及其它相关文件显示，被出让的香港中间控股公司是一家“无雇员、无其它资产(除了对境内合资企业的投资)和负债、无

其它投资、无其它经营业务”的公司。

税务机关判定：根据这些情况，江都国税局判定被转让的香港中间控股公司是一家不具有实质的特殊目的公司。插入及出让该公司的目的就是为逃避中国税负。

2) 江都国税局从交易中的美国购买方公司网站上看到一则有关其成功收购中国境内合资企业股份的公告。该公告详尽介绍了被收购的合资企业的情况，却只字未提在交易中被收购的香港中间控股公司。

税务机关判定：美国购买方收购香港中间控股公司仅仅是形式，而交易实质是为了收购中国境内合资企业49%的股权。

在征询了上级主管税务局及国税总局的意见后得到国税总局的同意，江都国税局判定该股权转让所得来源于中国，应缴纳预提所得

税。经过数次谈判后，非居民投资方同意申报中国所得税，并于2010年5月缴纳了1.73亿元人民币的税款。

非居民企业如何应对

“698号文”的生效日追溯到2008年1月1日。这意味着，“698号文”的规定同样适用于发生在发文前的2008年和2009年的股权转让业务。地方税务机关可以根据“698号文”的规定，处理发生在2008年和2009年的未完结的案件。这对非居民企业以及相关企业产生很多风险。

建议该类投资者应对有关交易进行内部的合规性审查，并对之前的税务处理和相关的报告义务作出符合规定的调整和补充。投资者应对目前设立在低税率国家地区或避税港的中间控股公司的实质和合理商业目的进行审核，因为它们将随时处于中国税务机关的严格监管之下。

方块知识十

高盛补税风波：4.2亿元的企业所得税可能被补征

来源：经济观察报 2010年08月21日

高盛集团（Goldman Sachs）被中国税务机构盯上了。

本报获悉，河南省漯河市国家税务局正在筹划让高盛补交4.2亿元的企业所得税。

征收的依据主要是：过去三年里，高盛通过在香港注册成立的罗特克斯公司（Rotary Vortex Limited）间接转让了河南双汇投资发展股份有限公司（简称“双汇发展（000895）”，000895.SZ）的股权，进而获利。

北京税务专家郭伟认为，高盛在中国国内以类似方式参股了一系列企业，这次的事件有可能演变成对高盛在华所有投资行为的调查。一位地方税务官员判定，这是一起比较典型的非居民企业通过境外企业间接转让国内企业股权而须在中国纳税的案例。



事实上，对特殊目的公司的反避税行动已经成为国际间的一种趋势，如印度的Vodafone案例，OECD的分类登记表、美国正在起草的关于打击避税天堂的草案，等等。因此，从某种意义上说，中国税务机关对特殊目的公司的非“商业实质”打击，亦是与国际接轨的体现之一。

对于有跨境并购、重组业务的跨国公司来说，现在是时候对其审查其全球范围内（特别是在中国境内）的投资架构，评估潜在的税务影响，采取必要措施降低税务风险，并为证明其交易安排具有合理商业目的而做好准备。

“10号文”：外资并购中国企业

2006年9月8日，商务部、国资委、国家税务总局、国家工商总局、证监会、外管局六个部委联合出台的《关于外国投资者并购境内企业的规定》（2006年第10号），这就是此后对外资并购和红筹上市产生重大影响的“10号文”。

“10号文”主要在两个方面对外资并购作出了规定：

一是对外资并购境内企业需要满足的条件作出了更加具体的规定，例如，增加了关联并购的概念和反垄断审查的要求。

二是对外资并购完成的方式，特别是对以股权为收购对价、通过SPV（特殊目的公司）进行跨境换股等技术手段作出了具体的规定。

二是对外资并购完成的方式，特别是对以股权为收购对价、通过SPV（特殊目的公司）进行跨境换股等技术手段作出了具体的规定。

方块知识十一

中国加强对外资并购境内企业的安全审查

来源：商务部 2011年3月7日

2011年3月7日，中国商务部公布的《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》明确，对国家安全已经造成或可能造成重大影响的外资并购，商务部可终止当事人的交易，或采取转让相关股权、资产或其他措施消除对国家安全的影响。

该暂行规定自2011年3月5日起实施，有效期至2011年8月31日。

根据暂行规定，并购安全审查的范围为：

- 1) 外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；
- 2) 外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。

暂行规定具体列示提出并购安全审查申请时需提交的文件，其中包括：审查申请书和交易情况说明、外国投资者及关联企业的相关国家政府的关系说明、股权转让协议、外国投资者认购境内企业增资的协议以及相应资产评估报告等。

中国目前是全球投资环境最好、外资获利最多的地方。2010年中国吸收外资达1,057亿美元，创出历史新高。但与全球吸收外资以并购为主要方式不同，在去年吸收外资的1,057亿美元中，并购投资所占比例仅有3.0%。

随着外商投资并购规模逐渐扩大，外商总投资中并购方式所占比例将逐渐提高。

其中，“10号文”规定第11条规定：“境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司名义并购与其有关联关系的境内的公司，应报商务部审批”，并称“当事人不得以外商投资企业境内投资或其他方式规避前述要求。”通过SPV进行跨境换股必须由商务部批准，此举给中国企业的境外“红筹上市”造成了很大的审批压力。

据悉，截止到目前，还没有一家境内企业经商务部批准完成了标准意义上的跨境换股。“10号文”这些“其他方式”到底指的是什么，从来没有过正式的说明或解释，这就为具体审批者寻租打开了方便之门。

但是，在实际操作中，有些企业采用了一些“试探性”的方式，比如协议控制、代持股份、合资企业并购等未经监管部门正式认可的做法，从而得以在香港和美国上市。比如，辽宁忠旺、中国秦发、英利能源、天工国际、SOHO中国、瑞金矿业、兴发铝业等。即便有上述企业的先试先行，但无论是协议控制还是代持股份，都或多或少地存在普遍的法律风险。

正因为如此，据媒体报道，有的企业开始拆除原来搭建好的“红筹架构”，转而回到中国境内A股上市，并取得了成功，甚至有媒体称一大批中国企业将“二度变身”，掀起一股拆除红筹架

构，回归A股的新潮流。

2010年一年里，证监会发审委和创业板发审委合计审核了10余家从红筹架构折回A股上市的企业，中小板和创业板都有涉猎。其中，华平股份(300074.SZ)和二六三最为典型。

但是“二度变身”并不轻松，需要全部拆除原先所搭建好的红筹架构，将控股权转回境内。鉴于红筹上市架构中会加入很多的中间控股公司，持股结构比较复杂，对此，也需要进行处理。

其中，最让企业感觉棘手的是，相关税收负担也相应加重了。这主要来自于《关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理》(国税函2009)“698号文”，因为拆除红筹架构的过程必然会涉及非居民企业股权转让，因此而面临5%-10%不等的预提所得税，无疑加大了重组成本。

尽管一些特殊情形可以通过适用于2009年国税总局下发的“82号文”(《关于境外注册中资控股企业依据实际管理机构标准认定为居民企业有关问题的通知》)来使得转让股权企业被认定为居民企业，但对于绝大多数公司来说绝非易事。由于“红筹上市”并非我们本期杂志所要关注的话题，因此，我们将不会就此多做涉入。