

证券投行业务团队理论研讨

【研讨要点】

境外上市重组过程中的税务问题

【研讨笔记】

传统意义上的境外上市业务，分为红筹上市和直接上市两种方式。为笔者撰写之便利，本文下全部所称之境外上市，仅指红筹上市，即中国公司主要运营资产和业务虽在中国境内，但间接以注册在境外离岸法域（通常在开曼、百慕大或英属维尔京群岛等地）的离岸公司名义而在境外交易所挂牌交易的上市模式。

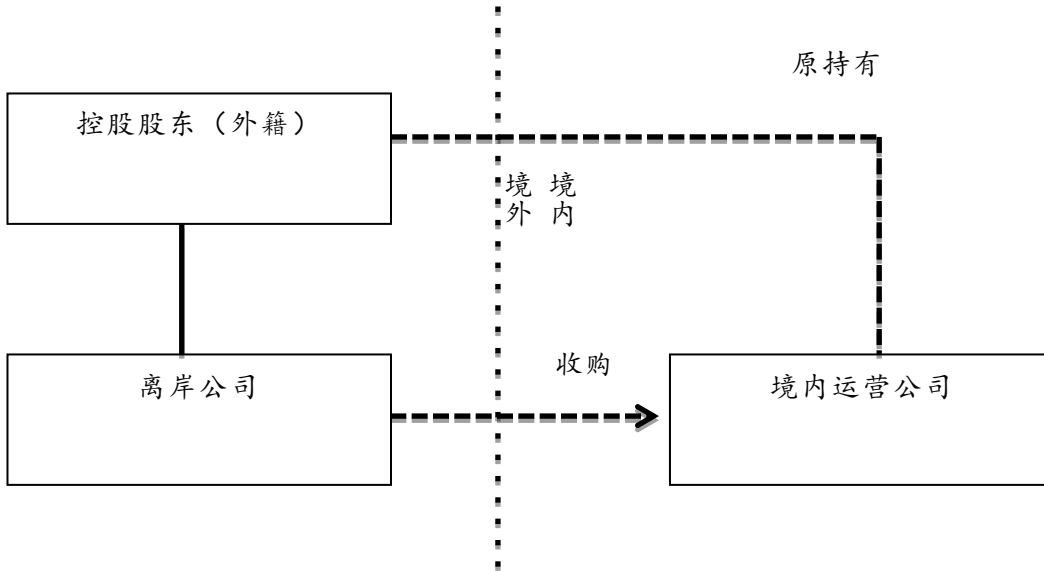
一般对于中国律师而言，境外上市重组业务过程中重点关注的要点在于重组过程的合规性，包括但不限于外资准入（依据《外商投资产业指导目录》及相关行业主管法律法规等）、上市架构重组合规性（依据《关于外国投资者并购境内企业的规定》（“十号文”）、《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》等）、外汇登记合规性（依据《国家外汇管理局关于境内居民通过特殊目的公司境外投融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》（“37号文”）），对于税务筹划方面，中国律师一般都觉得属于财务顾问、会计师、税务师的工作而对此关注不够。

2015年以前，与境外上市重组相关的税务法律法规，除一般性法律法规外，主要包括《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》（“698号文”）、《非居民企业所得税源泉扣缴管理暂行办法》（“源泉扣缴办法”）、《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》（“59号文”）、《国家税务总局关于非居民企业所得税管理若干问题的公告》（“11年24号文”）、《国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》（“13年72号文”），随着《关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》（“15年7号文”）、《关于企业向境外关联方支付费用有关企业所得税问题的公告》（“15年16号文”）的颁布，笔者注意到我国税务监管部门正在逐渐加强对于非居民企业所得税的监管力度，其势必会影响到境外上市业务的重组方案设计，因此，中国律师更应加强对我国相关税务监管法律法规的学习。

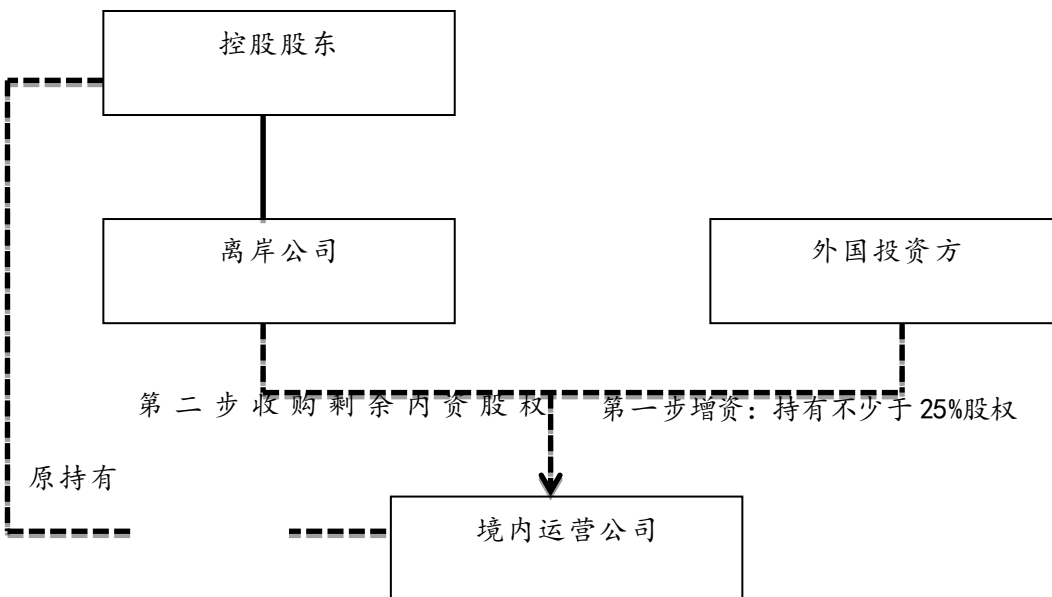
一、为境外上市重组之目的，境内运营实体股权并购的所得税负

一般而言，为境外上市重组之目的，中国籍股东在境外搭建完成离岸公司架构后，需要以离岸公司名义对境内运营公司进行收购，同时，为了规避十号文下第11条“关联并购”条款¹的限制，目前以红筹方式在境外上市的中国企业，多采用“控股股东移民”或“两步走”的方式实现对境内运营公司的收购，具体方式如下图：

(1) 控股股东移民



(2) 两步走



从完成重组的“控股股东移民”和“两步走第一步”属于“外国投资者并购境内非外商投资企业”，适用十号文的相关规定；而“两步走第二步”属于外商投资企业的股权变更，适用《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》的规定。

¹ 十号文第11条：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。

（一） 税负一般规定

根据转让方的不同,上述外资收购境内运营实体的重组步骤过程中可能产生的税负又分为企业所得税和个人所得税两种。

如果转让方为个人的,根据《个人所得税法》,转让方应以转让股权的收入额减除股权原值和合理费用后的余额,为应纳税所得额。同时,根据《国家税务总局关于股权转让所得个人所得税计税依据核定问题的公告》(“10年27号文”),转让方转让境内运营公司股权的,应按照公平交易价格计算并确定计税依据,计税依据明显偏低且无正当理由的,主管税务机关可重新核定。

如果转让方为企业的,根据《企业所得税法》及59号文,转让方应确认股权转让所得或损失,同时收购方取得股权的计税基础应以公允价值为基础确定。同时,根据《国家税务总局关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》(“79号文”),企业转让股权收入,应于转让协议生效、且完成股权变更手续时,确认收入的实现。转让股权收入扣除为取得该股权所发生的成本后,为股权转让所得。企业在计算股权转让所得时,不得扣除被投资企业未分配利润等股东留存收益中按该项股权所可能分配的金额。然而,不同于个人股东转让,如果企业股东转让价格明显偏低的,由于企业所得税方面没有明确的特殊约定,主管税务机关一般都是依据《税收征收管理法》第三十五条第(六)款,对转让价格进行重新核定。现实中比较常见的做法,是要求转让双方提供有资质评估机构的股权评估报告,转让价格涉嫌过低的,一般都会事前要求进行调整。

综合以上,笔者认为,无论何种重组方式,只要直接发生对境内运营公司层面的股权并购行为并涉及工商变更的,都需要对境内运营公司的全部资产进行评估,在合理评估价值的范围内确认转让价格和相关所得税。当然,结合现有案例,确有部分轻资产企业在境内进行重组时,存在直接以注册资本价格转让的情形,但其合法合规性笔者持保留态度。

（二） 特殊税务重组的可能性

2009年颁布的59号文,对于符合特定条件、具备合理商业目的的企业境内外重组所产生的企业所得税税负,允许将重组所产生的企业所得税税负进行递延。

特殊税务重组的一般性、特别性规定在此不再做详细解读,笔者仅就与本文企业境内外重组相关的规定列举如下:

主题	规定
股权收购的定义	是指一家企业购买另一家企业的股权,以实现对被收购企业控制的交易。收购企业支付对价的形式包括股权支付、非股权支付或两者的组合。
股权支付的定义	股权支付,是指企业重组中购买、换取资产的一方支付的对价中,以本企业或其控股企业的股权、股份作为支付的

	形式。
特殊性税务处理的一般性条件	<p>企业重组同时符合下列条件的，适用特殊性税务处理规定：</p> <p>(1) 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。</p> <p>(2) 被收购、合并或分立部分的资产或股权比例符合本通知规定的比例。</p> <p>(3) 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。</p> <p>(4) 重组交易对价中涉及股权支付金额符合本通知规定比例。</p> <p>(5) 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。</p>
股权支付的条件	<p>股权收购，收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的 75%（现修改为 50%²），且收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%，可以选择按以下规定处理：</p> <p>(1) 被收购企业的股东取得收购企业股权的计税基础，以被收购股权的原有计税基础确定。</p> <p>(2) 收购企业取得被收购企业股权的计税基础，以被收购股权的原有计税基础确定。</p> <p>(3) 收购企业、被收购企业的原有各项资产和负债的计税基础和其他相关所得税事项保持不变。</p>
涉及非居民企业股权转让的特殊性税务处理条件	<p>企业发生涉及中国境内与境外之间（包括港澳台地区）的股权和资产收购交易，除应符合特殊性税务处理的一般性条件外，还应同时符合下列条件，才可选择适用特殊性税务处理规定：</p> <p>(1) 非居民企业向其 100% 直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权，没有因此造成以后该项股权转</p>

²根据《财政部、国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》（财税〔2014〕109号），59号文第六条第（二）项中有关“股权收购，收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的 75%”规定调整为“股权收购，收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的 50%”

让所得预提税负担变化，且转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在3年（含3年）内不转让其拥有受让方非居民企业的股权；

(2) 非居民企业向与其具有100%直接控股关系的居民企业转让其拥有的另一居民企业股权；

(3) 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；

(4) 财政部、国家税务总局核准的其他情形。

笔者认为，为企业境外上市之目的，发生于境内的对境内运营实体的收购，无论以“控股股东移民”、“两步走”还是其他方式，都无法适用59号文下的特殊性税务处理，具体论证如下：

1、为满足59号文下的特殊性税务处理，收购境内运营企业需要以境外公司的股权为对价，且收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%。因此，整个交易过程中，涉及境外公司以其境外增发的股份（股份金额不低于收购价格的85%）作为支付手段，购买境内运营企业的股权，符合十号文下“外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司”的定义，需要报送商务部审批，从现有案例来看，获得商务部审批通过的可能性几乎为零，缺乏可操作性。

2、此次境内重组，从性质上看，属于59号文定义下的“涉及中国境内与境外之间（包括港澳台地区）的股权收购交易”，因此，需要符合额外的条件，其中“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”这一条件，从实际操作中看，首先，对于个人股东以其拥有股权向非居民企业进行投资是否符合条件并不确定，其次，100%直接控制的非居民企业在现实中可能会受到海外投资者的股权稀释而受到影响。因此，现实操作中，地方税务主管机构往往以不符合59号文规定为由拒绝适用特殊性税务处理。

综上，笔者认为，为境外上市重组之目的，发生于中国境内的居民企业股权变更事宜，需要依法向主管税务机关进行申报，并依法缴纳个人所得税或企业所得税，并且不存在所得税递延、缓交的法律依据。

二、为境外上市重组之目的，境外离岸公司股权调整的所得税负

一般情况下，为境外上市之目的，企业境内运营公司完成境外公司股权收购，性质上变更为外商投资企业后，在境外往往还需要进行一系列重组或股权调整，以满足上市地对于股权架构的要求。一直以来，对于境外非居民企业通过境外股权转让实现对境内资产的转让事宜，主要适用698号文，然而由于698号文的诸多条款存在理解不明晰、或者义务人、代扣代缴人不明等原因，导致698号文在执行层面缺乏力度，往往被交易当事方直接忽略。今年，随着“15年7号文”的颁布，主

管税务机关对于境外非居民企业通过境外股权转让实现对境内资产的转让的审核原则和态度进一步明确。

（一）境内运营公司符合“中国应税财产”定义

根据“15年7号文”，“中国应税财产”被定义为：非居民企业直接持有，且转让取得的所得按照

中国税法规定，应在中国缴纳企业所得税的中国境内机构、场所财产，中国境内不动产，在中国居民企业的权益性投资资产等。因此，境内运营公司的股权属于中国居民企业的权益性投资资产。

（二）境外股权调整符合“间接转让中国应税财产”

根据“15年7号文”，间接转让中国应税财产，是指非居民企业通过转让直接或间接持有中国应税财产的境外企业股权及其他类似权益，产生与直接转让中国应税财产相同或相近实质结果的交易，包括非居民企业重组引起境外企业股东发生变化的情形。为境外上市重组之目的，控股股东通过境外离岸公司间接持有境内运营公司，对境外离岸公司的股权调整、股权转让，实质上与直接转让中国应税财产有着相同或相近的结果。因此，为境外上市之目的，在境外进行的股权调整、转让符合“15年7号文”下“间接转让中国应税财产”的范畴。

（三）境外重组涉嫌“合理商业目的”黑名单

“15年7号文”下，任何非居民企业的境外重组是否具备“合理商业目的”，决定了该次重组是否应当缴纳所得税。根据“15年7号文”，与间接转让中国应税财产相关的整体安排同时符合以下情形的，应直接认定为不具有合理商业目的：

1、境外企业股权75%以上价值直接或间接来自于中国应税财产；

2、间接转让中国应税财产交易发生前一年内任一时点，境外企业资产总额（不含现金）的90%以上直接或间接由在中国境内的投资构成，或间接转让中国应税财产交易发生前一年内，境外企业取得收入的90%以上直接或间接来源于中国境内；

3、境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业虽在所在国家（地区）登记注册，以满足法律所要求的组织形式，但实际履行的功能及承担的风险有限，不足以证实其具有经济实质；

4、间接转让中国应税财产交易在境外应缴所得税税负低于直接转让中国应税财产交易在中国的可能税负。

笔者认为，以境外上市重组之目的所进行的境外股权调整、转让行为，存在被认定符合“黑名单”四条件的可能，原因如下：

首先，绝大多数红筹架构的境外上市公司，主要运营实体及资产都在国内，其境外企业股权的绝大多数价值（超过75%）、资产或收入（超过90%）都来源于中国境内。

其次，境外公司往往仅处于持股目的而存在，因此一般都不具备实质的经济意义。

最后，境外离岸公司注册地多选择于离岸避税岛国，例如英属维尔京群岛或开曼群岛等，其应缴所得税税负往往低于直接转让中国应税财产交易在中国的可能税负。

（四）境外重组不适用“合理商业目的”安全港

“15年7号文”同样对于“合理商业目的”的审核原则，规定了一些例外情形，包括：

- 1、非居民企业在公开市场买入并卖出同一上市境外企业股权取得间接转让中国应税财产所得；
- 或
- 2、在非居民企业直接持有并转让中国应税财产的情况下，按照可适用的税收协定或安排的规定，该项财产转让所得在中国可以免于缴纳企业所得税。

显然，绝大多数为境外上市之目的而进行的境外股权调整、转让并不符合上述安全港情形。

（五）境外重组可能适用“合理商业目的”之特殊情形：内部重组

有仔细研读过59号文及698号文的朋友，一定会注意到其对于非居民企业出于合理商业目的进行的一系列重组行为，也规定了符合特殊性税务重组的例外性条件，然而，严苛的适用条件、规定的模糊不清，都使得过去发生的境外股权条件游走于税与非税的模糊地带。然而从实质重于形式的角度考虑，笔者认为，为企业重组之目的而进行的一系列股权调整，无论发生于境内或境外，都应在符合条件的情况下享有所得税义务递延的特殊性税务处理待遇。值得欣喜的是，“15年7号文”采纳了这一立法态度，对于同时符合以下条件的行为，也一并认定为具备“合理商业目的”，笔者结合境外上市业务的实际情况，试分析如下：

审核条件	分析
<p>1、交易双方的股权关系具有下列情形之一：（1）股权转让方直接或间接拥有股权受让方80%以上的股权；（2）股权受让方直接或间接拥有股权转让方80%以上的股权；（3）股权转让方和股权受让方被同一方直接或间接拥有80%以上的股权。</p> <p>境外企业股权50%以上（不含50%）价值直接或间接来自于中国境内不动产的，上述持股比例应为100%。</p> <p>上述间接拥有的股权按照持股链中各企业的持股比例乘积计算。</p>	<p>绝大多数搭建红筹架构的拟上市公司，其为境外重组之目的境外股权调整，转让方与受让方之间大多存在关联关系，因此，在符合左列所述80%条件的情况下，交易双方从主体上符合“合理商业目的”的条件。</p> <p>对于房地产企业或者不动产占比较高（50%以上）的红筹架构企业，上述交易主体之间的关联关系比例应提升至100%。</p> <p>如果交易双方之间通过间接持股方式实现控制，需要注意80%或100%的比例要求需要按照持股链中各企业的持股比例乘积计算。例如，转让方A公司持有B公司90%股权，B公司持有C公司80%股权，A、C公司之间就无法符合“合理商业</p>

	<p>目的”的主体条件，因为A公司仅间接持有C公司72%股权。</p> <p>最后，内部重组条件只限于同一主体控股，那么，如果实际控制人想在家族内进行股权重组，或者本来就有信托之类的架构，就很难符合同一主体控股的条件。</p>
<p>2、本次间接转让交易后可能再次发生的间接转让交易相比在未发生本次间接转让交易情况下的相同或类似间接转让交易，其中国所得税负担不会减少。</p>	<p>根据税务总局对于“15年7号文”的解读，该项要求旨在将以获取更有利的税收结果为目的的集团内部间接转让中国应税财产交易排除在安全港之外。而是否构成以获取更有利的税收结果为目的的集团内部间接转让中国应税财产交易，则通过本次集团内部交易后可能再次发生的间接转让交易与在未发生本次集团内部交易情况下的相同或类似间接转让交易比较税收结果进行测试，凡前者税收结果可能优于后者的，均不能排除本次集团内部间接转让中国应税财产交易不是以获取更有利的税收结果为目的。</p>
<p>3、股权受让方全部以本企业或与其具有控股关系的企业的股权（不含上市企业股权）支付股权交易对价。</p>	<p>交易必须用股权为对价，不能涉及任何现金或其它非股权形式的对价，这个适用条件要比59号文更严苛。</p>

结合上述分析，笔者认为，以内部重组为目的的拟境外上市公司，在合理安排交易结构、并充分沟通当地主管税务机关的前提下，有可能被认定为“具备合理商业目的”。

（六）境外重组纳税扣缴义务人和报告义务人

不同于698号文，“15年7号文”明确约定，股权受让方也就是支付股权转让款的义务方为扣缴义务人，并且对于未扣缴和未申报纳税的情形规定了严厉后果。同时，“15年7号文”又授权间接转让中国应税财产的交易双方及被间接转让股权的中国居民企业都可以向主管税务机关报告股权转让事项。

这样的规定，相比698号文而言，极大地增加了甲乙双方主动申报的责任和义务。对于以境外上市目的而进行的境外股权调整而言，由于交易双方都是同一控制下的离岸公司，出于合法合规

和证明其“具备合理商业目的”的目的出发，交易双方应严格按照“15年7号文”的要求进行税务申报，
以避免可能的违法和处罚风险。

三、VIE架构下的中国所得税负

不同于红筹架构的上市公司，搭建VIE架构的中国企业并不存在本文第一、二部分所论及的股权重组过程中的所得税负。然而，考虑VIE架构的特殊性，出于税务筹划和利润转移的目的，境内运营实体和境内、外控制实体之间往往会通过一系列交易、协议等方式，产生法律允许下的成本或费用进行扣除，从而降低境内运营实体的所得税负。

然而，随着“15年16号文”的颁布，上述关联交易中，境内运营实体通过与境外关联方之间的关联交易而支付的费用，将因为可能不符合“独立交易原则”而不得扣除。结合税务总局的解读，笔者试分析如下：

首先，境内运营实体向境外关联方支付费用时，应准备其与关联方签订的合同或协议，以及证明交易真实发生并符合独立交易原则的相关资料。

其次，境内运营实体向境外关联方支付费用，是企业的经营行为，无需经过税务机关审核后支付。但主管税务机关可以根据情况，要求企业限期提供其与关联方签订的合同或协议，以及证明交易真实发生并符合独立交易原则的相关资料，以备检查确定该支付是否符合独立交易原则。对未按照独立交易原则向境外关联方支付费用的，税务机关可以进行调整。

再次，境内运营实体向未履行功能、承担风险，无实质性经营活动的境外关联方支付的费用，在计算企业应纳税所得额时不得扣除。

同时，境内运营实体接受境外关联方提供劳务时，应以受益性原则为基础，对该劳务进行受益性分析，即：分析该劳务是否能够为企业带来直接或间接经济利益。接受受益性劳务，可以按照独立交易原则支付费用；接受非收益性劳务而支付的费用，在计算企业应纳税所得额时不得扣除。

再次，境内运营实体需向境外关联方支付技术、品牌等无形资产特许权使用费的，应当通过分析关联各方在该无形资产的开发、价值提升、维护、保护、应用和推广中履行的功能、投入的资产及承担的风险，判定关联各方对该无形资产价值创造的贡献程度，以确定各自应当享有的经济利益，并按照独立交易原则确定企业是否应当向境外关联方支付特许权使用费，应当支付多少特许权使用费。境内运营实体向仅拥有无形资产法律所有权而未对其价值创造做出贡献的关联方支付特许权使用费，不符合独立交易原则的，在计算企业应纳税所得额时不得扣除。

最后，境内运营实体以融资上市为主要目的，在境外成立控股公司或者融资公司，因融资上市活动所产生的附带利益向境外关联方支付的特许权使用费，在计算企业应纳税所得额时不得扣除。

综合以上，笔者认为，随着主管税务机关的监管态度愈加务实、监管力度趋于严格，以VIE架构搭建的中国企业更应该以实事求是的态度来应对和申报。

无论主管税务机关的初衷、目的、态度如何，不可否认，我们都从包括“15年7号文”、“15年16号文”等一系列新颁布税务法律法规中，看出了其日益务实、严格的态度。同时，我们也应该深信，国家对于中国企业走出去，尤其是以多种方式在境外资本市场上市、融资的态度仍是鼓励、支持的，因此，作为中国律师，我们的专业意见将为中国企业的境内外重组提供扎实的基础和支持，也更需要进一步加强各领域法律法规的学习，以积极、自信而不失进取的态度，迎接挑战。

如对本客户通讯有任何疑问，请联络下列任一团队成员或您通常联系的集团律师。

郭恩颖
guoenying@deheng.com
18611176299
青岛

梁静
liangjing@deheng.com
13426251052
北京

本文是德衡律师集团向客户及其他友好各方提供的法律通讯。本文所载信息不应被诠释为律师意见。如果您需要关于上述事宜的进一步分析或说明，请联络您最通常联系的律师。欲获取此通讯，请通过 <http://www.deheng.com.cn/ywly/>，查找本团队专栏，订阅本通讯。我们将定期向您发送。