



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2015年第2期 (总第95期)



新法评述

- 1、非居民企业税收政策重大变化系列解析之一：不止“安全港”来袭
- 2、内地法院在承认境外仲裁裁决时对社会公共利益的认定标准



1、非居民企业税收政策重大变化系列解析之一：不止“安全港”来袭（作者：薛冰、谢逸姿）

2015年2月6日，国家税务总局（下称“**税务总局**”）在其官方网站正式发布了《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》（国家税务总局公告2015年第7号，下称“**7号公告**”）。7号公告是一般反避税原则在非居民企业间接转让中国应税资产交易领域的具体适用，也是维护中国税收主权和权益的重要工具。7号公告的重磅来袭，势必将对非居民企业参与重组交易带来深远影响。我们将对7号公告带来的非居民企业相关中国税收环境影响展开系列解析，谨供参考。

1) 7号公告发布的历史背景

自2008年1月1日起生效的《中华人民共和国企业所得税法》（下称“**《企业所得税法》**”），构建了以居民企业和非居民企业为征管对象的所得税综合课税体系。通过非居民企业间接参与对中国居民企业的投资，是许多年来跨境资本市场中较为主流的交易架构。《企业所得税法》施行以来，税务总局在非居民企业跨境投资领域的中国税收征管力度也日益加强。

- 2009年12月10日，税务总局颁布了著名的《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》（国税函[2009]698号，下称“**698号通知**”），将非居民企业间接转让中国居民企业的股权交易与直接转让一并纳入了中国企业所得税征管网络，在市场中引起了极大的震动。
- 2011年3月28日，税务总局发布《关于非居民企业所得税管理若干问题的公告》（国家税务总局公告[2011]年24号，下称“**24号公告**”），对698号通知执行过程中出现的部分技术问题进行了澄清。

追溯至2008年1月1日起执行的698号通知，自发布之日起就在跨境投融资交易安排中成为一项焦点问题。698号通知执行以来，让市场参与者倍感焦虑的原因一方面在于税收成本的增加，更大的原因恐怕还是集中在698号通知和24号公告未能对资本交易涉及的中国税务遵从以及税务机关执法的确定性带来统一，进而在跨境交易安排中引起了诸多困扰。值得关注的是，7号公告引入了一套全新的征管机制，实际上对698号通知进行了更具确定性的补充；对参与中国市场投资的非居民企业而言，“确定性”无疑是一股巨大的正能量。

2) 7号公告的法规依据

7号公告的法规依据是《企业所得税法》及其实施条例，以及《中华人民共和国税收征收管理法》及其实施细则。此外，7号公告中涉及一般反避税案件调查的具体程序，应根据《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令2014年第32号）的有关规定执行。

3) 比 698 号通知更广的适用范围

税务总局通过 7 号公告首次明确了“中国应税财产”的概念及相关课税原则：

- (1) **实质判定**：非居民企业通过实施不具有合理商业目的的安排，间接转让中国居民企业股权等财产，规避企业所得税纳税义务的，应按照《企业所得税法》第四十七条的规定，重新定性该间接转让交易，确认为直接转让中国居民企业股权等财产；
- (2) **中国应税财产**：指中国居民企业股权等财产，包括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；
- (3) **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（不含境外注册中国居民企业，下称“**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；间接转让中国应税财产的非居民企业称“**股权转让方**”。

7 号公告适用于不具有合理商业目的、规避中国企业所得税纳税义务的间接转让中国应税财产交易，适用于被转让的境外企业在华拥有特定应税财产（在华设立机构场所、在华拥有不动产或不动产公司、在华拥有权益性投资资产）的情况；根据 7 号公告的规定，**其不适用于**股权转让所得与股权转让方在中国境内所设机构、场所有实际联系的情况。

4) 合理商业目的判定标准

实质重于形式，是中国税务机关对合理商业目的进行判定的基本原则。7 号公告明确了对合理商业目的进行整体考虑和综合判定的八项分析因素：

- (1) 境外企业股权主要价值是否直接或间接来自于中国应税财产；
- (2) 境外企业资产是否主要由直接或间接在中国境内的投资构成，或其取得的收入是否主要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实际履行的功能和承担的风险是否能够证实企业架构具有经济实质；
- (4) 境外企业股东、业务模式及相关组织架构的存续时间；
- (5) 间接转让中国应税财产交易在境外应缴纳所得税情况；
- (6) 股权转让方间接投资、间接转让中国应税财产交易与直接投资、直接转让中国应税财产交易的可替代性；

- (7) 间接转让中国应税财产所得在中国可适用的税收协定或安排情况；以及
- (8) 其他相关因素。

5) 期待已久的“安全港”规则终于落地

在间接转让中国应税财产的交易中，7号公告对可直接认定不具有合理商业目的的情形以及应当认定为具有合理商业目的的情形进行了列举：

	不具有合理商业目的之情形（同时符合下列条件）	具有合理商业目的之情形（同时符合下列条件）
7号公告的主要规定	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 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； ➤ 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； ➤ 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； ➤ 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。 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 交易双方的股权关系具有下列情形之一： <ol style="list-style-type: none"> 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 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，前述第 1）、2）、3）类的持股比例应为 100%；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； ➤ 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； ➤ 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。
汉坤解析	<p>上述关于不具有合理商业目的的直接判定规定，对于包括 VIE 协议控制架构在内的跨境投融资交易模式涉及的重组交易将带来极大的中国税收合规风险和挑</p> <p>战。</p>	<p>在间接转让中国应税财产的交易中，如果同时满足上述条件，将被认定为具有合理商业目的，实质上构建了间接转让交易中的“安全港”规则；</p> <p>但需要特别注意的是，前述要求中明确包括了将以获取更有利的税收结果为目的的集团</p>

	不具有合理商业目的之情形（同时符合下列条件）	具有合理商业目的之情形（同时符合下列条件）
		<p>内部间接转让中国应税财产交易排除在安全港之外的具体判定标准；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>由此可见，“安全港”并非在任何交易安排下都很安全，也并非此前所设想的那般美好。</p>

6) 698 号通知和 24 号公告部分退出历史舞台

7 号公告于其成文日期 2015 年 2 月 3 日正式生效执行。2015 年 2 月 3 日前发生但未作税务处理的事项，依据 7 号公告执行。698 号通知第五条、第六条及 24 号公告第六条第（三）、（四）、（五）项有关内容同时废止。

我们将在近日陆续以《非居民企业税收政策重大变化系列解析》为题发布汉坤税法评述，并对 7 号公告所重构的中国非居民企业间接转让中国应税财产税收征管体系进行全面的深度解析，敬请关注。

2、内地法院在承认境外仲裁裁决时对社会公共利益的认定标准（作者：刘冬、张亚兴、卢宇浩、邹德龙）

1) 案情摘要

2009 年底，中国高速传媒控股有限公司（“高速传媒”）通过反向并购的方式在美国上市。2010 年 1 月，史带开曼投资公司（“史带公司”）与高速传媒签订《股份购买协议》以及《投资者权利协议》，以 3000 万美元的价格购买了 100 万股可转换优先股，并以 9,999,093.85 美元的价格购买了 1,545,455 份认购权证。交割完成后，史带公司认为高速传媒创始人程征等人存在侵吞挪用投资款项等违反协议约定的情形，于是向香港国际仲裁中心提起仲裁。

2012 年 12 月 19 日，香港国际仲裁中心作出 HKICA/A11030 及 HKICA/A11098 两份裁决书（“仲

裁裁决”），裁决福建纵横高速信息技术有限公司、福建分众传媒有限公司、程征（合称“被执行人”）等就其违反《股份购买协议》、《投资者权利协议》的行为向史带公司承担赔偿责任。

上述裁决生效后，史带公司根据《最高人民法院关于内地和香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（“《安排》”），向福州市中级人民法院（“福州中院”）申请强制执行仲裁裁决。福州中院于2013年8月9日立案，并于同年8月12日依法作出（2013）榕执行字第511、512号执行裁定书（“执行裁定”）。上述裁定书裁定冻结（划拨）被执行人应当履行义务部分的存款；或者查封（扣押、冻结）其相应财产。

被执行人不服上述裁定，以在中国内地执行仲裁裁决严重违反中国内地社会公共利益为由，依照《安排》第七条之规定，向福州中院请求依法裁定不予执行仲裁裁决。福州中院于2014年10月9日举行听证，经过审理，作出（2014）榕执监字51号裁定（“51号裁定”），驳回被执行人的请求。

2) 案件分析

本案争议焦点主要是对涉及“VIE”结构安排和“对赌协议”的仲裁裁决的承认和执行是否违反社会公共利益。

对此，被执行人主张本案涉及的“VIE”结构安排和“对赌协议”违反了国务院《外商投资电信企业管理规定》¹和信息产业部《关于加强外商投资经营增值电信业务管理的通知》²及商务部《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》³，故符合《安排》第七条关于“内地法院认定在内地执行香港仲裁裁决违反内地社会公共利益的，可裁定不予执行”的规定，应裁定不予执行。

针对被执行人的上述主张，申请执行人主要认为：

(1) 执行法院只能就执行结果是否违反公共利益进行审查，但不能就实体纠纷中的法律适用是否违反社会公共利益进行审查。

(2) 史带公司要求被执行人赔偿其因为违约而造成的损失，并非要求被执行人。

继续履行合同，该仲裁裁决的执行是契约精神的体现，并不违反社会公共利益。

(3) 对于行政法规和部门规章中强制性规定的违反，并不当然构成对于公共政策的违反。部门规章并不属于我国法律的基本制度，不属于社会公共利益范畴。

¹ 《外商投资电信企业管理规定》第十七条外商投资电信企业经营跨境电信业务，必须经国务院工业和信息化主管部门批准，并通过国务院工业和信息化主管部门批准设立的国际电信出入口局进行。

² 《关于加强外商投资经营增值电信业务管理的通知》第一条第一款外国投资者在我国境内投资经营电信业务，应严格按照《规定》要求，申请设立外商投资电信企业，并申请相应电信业务经营许可证。未依法在我国境内设立外商投资电信企业并取得电信业务经营许可证的，外国投资者不得在我国境内投资经营电信业务

³ 《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》第九条对于外国投资者并购境内企业，应从交易的实质内容和实际影响来判断并购交易是否属于并购安全审查的范围；外国投资者不得以任何方式实质规避并购安全审查，包括但不限于代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式。

福州中院主要采纳了申请执行人的观点，在 51 号裁定中，法院认为：

- (1) 香港国际仲裁中心作出的 HKICA / A11030 及 HKICA / A11098 两份裁决书是要求被执行人就违反《股份购买协议》和《投资者权利协议》对申请执行人史带公司承担赔偿责任，并非要求被执行人与申请执行人继续履行《股份购买协议》和《投资者权利协议》，本院依据《最高人民法院关于内地和香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》规定立案强制执行两份仲裁裁决，要求被执行人承担违约赔偿责任符合我国奉行的契约神圣、诚实信用等法律基本原则和公共利益。
- (2) 根据最高人民法院《关于对海口中院不予承认和执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决请示的复函》“对于行政法规和部门规章中强制性规定的违反，并不当然构成对我国公共政策的违反”的精神，本案是否涉及“VIE”结构安排和“对赌协议”、是否违反国务院、信息产业部及商务部等部门规章并不当然构成违反我国公共利益，故被执行人主张本案存在“内地法院认定在内地执行香港仲裁裁决违反内地社会公共利益的，可裁定不予执行”的情况，证据不足，不予支持。

3) 法律点评

本案再次明确了人民法院在承认和执行境外仲裁裁决时，衡量公共政策或公共利益的“标准”，即“公共政策问题，应仅限于承认仲裁裁决的结果将违反我国的基本法律制度、损害我国根本社会利益情形”⁴。

我们理解，这一“标准”包含两层含义。第一，判断涉外仲裁裁决的执行是否违反公共政策，应从涉外仲裁裁决的执行结果而非仲裁裁决对案件实体的法律适用进行判断。在本案中，福州中院提出香港国际仲裁中心作出的 HKICA / A11030 及 HKICA / A11098 两份裁决书是要求被执行人就违反《股份购买协议》和《投资者权利协议》对申请执行人史带公司承担赔偿责任，并非要求被执行人与申请执行人继续履行《股份购买协议》和《投资者权利协议》的观点，则体现了从裁决的执行结果进行判断的认定方法。

第二，“标准”强调涉外仲裁裁决的执行是否违反我国基本法律制度、是否损害我国根本社会利益。本案中，法院并未对“VIE”结构安排和“对赌协议”的法律效力进行正面评价，但从 51 号裁定的结果及法律适用中，不难看出，即使涉外仲裁裁决的实体内容可能会违反部门规章规定的一些强制性规定，但这并不必然构成对我国基本法律制度和根本社会利益的违反和损害。因此法院也不应一概以涉外仲裁裁决实体内容违反国内法律规定为由拒绝承认和执行涉外仲裁裁决。

⁴最高人民法院《关于不予承认日本商事仲裁协会东京 07-11 号仲裁裁决一案的请示的复函》中指出，公共政策问题，应仅限于承认仲裁裁决的结果将违反我国的基本法律制度、损害我国根本社会利益情形。

此外，本案对于“VIE”架构中的投资人权益的保护也具有重要意义：

目前国内法律对“VIE”结构安排及“对赌协议”效力问题的规范尚不明朗，相关协议在中国法项下被认定为无效的法律风险是存在的。然而，在中国法院对关系到“VIE”结构安排及“对赌协议”的涉外仲裁裁决是否构成“违反社会公共利益”作出认定时，并未机械地将认定合同无效的标准等同于认定“违反社会公共利益”的标准加以适用。这样审慎的态度在一定程度上避免了公共利益原则被滥用的情况发生，有利于对投资人权益的保护。

■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏慤道10号和记大厦20楼2001-02室

陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com