

中国念起对境外 SPV 的“紧箍咒”

作者 董刚* 章慈**

中国法律期刊 2010 年 1 月

建立离岸股权架构或在避税港设立特殊目的公司（SPV）是跨国公司进行投资、交易及企业上市通常采取的模式。采取这种模式的原因很多，实现节税目的是重要考虑之一，比如利用双边税收协定的优惠待遇或通过关联交易将企业利润转移到设在低税负国家或避税港的公司。然而值得注意的是，近两年来，各国政府纷纷加强了对国际避税安排的监管，例如近期TPG私募基金在澳大利亚的税务事件¹就是一个警示。中国政府也没有置身事外，在过去一年里，国家税务总局相继出台了一系列法规，以加强对非居民企业的管理力度，对利用境外SPV进行避税安排念起了“紧箍咒”。

本文对税务总局近期发布的相关法规作简要梳理，以便相关公司及投资者更好地了解中国税务法规环境的走向并评估现有公司架构是否存在风险，主动采取应对措施降低不利影响。

首先，2009年1月8日国家税务总局出台《特别纳税调整实施办法（试行）》后，中国的反避税工作进入新的阶段。该办法中规定的一般反避税条款赋予税务机关启动一般反避税调查的权力。即，针对利用避税港避税，滥用税收协定优惠等不具有合理商业目的的安排，税务机关都可以进行调查并做出纳税调整。国家税务总局强调应按照实质重于形式的原则审核企业是否存在避税安排，并综合考虑各个因素从总体上进行评估。例如，交易的形式和实质、交易订立的时间和执行期间、交易实现的方式、交易各个步骤之间的联系以及交易的税收后果等方面。

2009年4月22日，国家税务总局下发《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》。该通知对海外借壳上市的红筹公司或返程投资企业具有重大影响。根据该通知的规定，如果境外设立的公司被认定为其实际管理机构在中国境内，就有可能被视为税法意义上的中国居民企业，从而就其全球收入在中国征收25%的所得税。因此，即便红筹公司设立在一个低税负的地区例，如香港，其全球收入也要缴纳中国企业所得税；但该公司与其他中国居民企业之间的股息分配应作免税收入处理。

其次，中国税务当局加大了对外国投资者申请享受税收协定待遇的监管力度。就此，国家税务总局先后发布了数个文件²，内容既包括对税收协定中多个条款的具体理解和解释，又涉及申请税收协定待遇的具体程序问题，足可以看出税务当局对此问题的重视程度。这些新的文件提高了境外公司申请享受税收协定待遇的门槛。比如，国税总局在2009年2月20日出台的《关于执行税收协定股息条款有关问题的通知》对申请协定下股息优惠的纳税申请人条件进行了严格限制：如果申请人申请的税收协定股息条款中有持股比例要求

（如 25%或 10%），那么申请人必须在取得该股息前连续 12 个月以内任何时候均符合该比例；而且，申请人必须是公司，并且全部所有者权益和有表决权的股份均须符合规定比例。另外，又如 2009 年 10 月 27 日下发的《国家税务总局关于如何理解和认定税收协定中“受益所有人”的通知》（601 号文）要求地方税局在受理纳税人申请税收协定待遇时，应当调查认定申请人是否满足“受益所有人”的身份。只有受益所有人才能享受税收协定中有股息、利息、特许权使用费以及财产转让收益下的优惠税率。根据 601 号文，“受益所有人”对所得或所得据以产生的权利或财产具有所有权和支配权，一般是从事实质性的经营活动的公司或个人，代理人、导管公司等不属于“受益所有人”。导管公司是指通常以逃避或减少税收、转移或累积利润等为目的而设立的公司，这类公司仅在所在国登记注册，以满足法律所要求的组织形式，而不从事制造、经销、管理等实质性经营活动。受益所有人身份的认定将由各地税务机关根据每个案件的具体情况，通过查阅纳税人提供的申请资料，以及信息交换机制等方式来确定。另外，601 号文列举了七类不利于受益所有人身份认定的因素³，根据这些因素，许多单层模式的境外SPV由于缺乏实质性的经营活动或进行交易不具备合理的商业目的，将很有可能不满足受益所有人的条件。

在申请税收协定待遇的程序法规方面，国家税务总局 2009 年 8 月 24 日公布了《非居民享受税收协定待遇管理办法（试行）》。该管理办法将不同性质的税收待遇申请区分为审批制和备案制两种。其中，对股息、利息、特许权使用费和财产收益的协定待遇申请将采用审批制，非居民企业需要进行充分的信息披露并提供详尽的文件，取得税务机关的批准后方能享受协定待遇；对其他方面例如常设机构的营业利润、个人劳务条款等协定待遇采用备案制，申请人或扣缴义务人应向主管税务机关备案并提交相应材料（比如说税收居民身份证明等）。因此，如何准备相关申报材料以及如何向税务机关证明境外公司的商业经营实质或跨境交易具有合理商业目的是一项至关重要的工作。

在执行层面，近年税务机关公开的新疆案例⁴和重庆案例也表明了税务机关将加强对利用境外SPV交易的审查的意图。新疆案例中，一家设立在巴巴多斯的公司取得某新疆合资公司的股份后进行转让，希望利用中-巴税收协定中财产收益免税的条款避免对股权转让收益缴纳中国预提税。但是新疆国税局没有批准该公司享受协定待遇，理由是该公司不属于巴巴多斯税收居民。在重庆案例中，某新加坡股东欲转让其在中国所设合资企业的股份，新设一个中间控股公司然后将中间控股公司的股权全部转让以达到退出在中国投资的目的。税务机关认为新加坡的中间控股公司是处于避税目的而设立，否认了其存在的商业合理性。因此，虽然新加坡股东转让的是该中间控股公司（新加坡公司）的股份，取得的资本利得仍需缴纳中国的预提税。

对于中国近期税务环境的变化，特别是中国税务机关对非居民企业税务管理的加强，投资者应给予足够的重视。设有离岸股权架构或利用海外 SPV 进行交易的公司应重新评估相应的税务影响，在专业、审慎的立场上设计境外控股架构，特别是对境外 SPV 的定位，以确保相关的税务优化安排能够得以实现并减少被中国税务机关调查的风险。

* 董刚为金杜律师事务所北京总部税务部顾问。

** 章慈为金杜律师事务所北京总部税务部律师。

¹ 《华尔街日报》2009 年 11 月 25 日报道称，澳大利亚税务局正对TPG私募基金征缴税款与罚金总计 6.2 亿美金，案件涉及TPG在筹划Myers百货公司连锁店上市时所采纳的避税股权架构，即利用一系列境外公司（分别设立在荷兰、卢森堡和开曼）来帮助TPG将其在Myers的利润以零税负的方式汇出国外。

² 相关文件包括：国税函（2009）81 号“关于执行税收协定股息条款有关问题的通知”，国税函[2009]507 号“关于执行税收协定特许权使用费条款有关问题的通知”，国税发[2009]124 号“关于印发《非居民享受税收协定待遇管理办法（试行）》的通知”，以及国税函[2009]601 号“关于如何理解和认定税收协定中‘受益所有人’的通知”。

³ 这七类因素包括：

（一）申请人有义务在规定时间内（比如在收到所得的 12 个月）内将所得的全部或绝大部分（比如 60%以上）支付或派发给第三国（地区）居民。

（二）除持有所得据以产生的财产或权利外，申请人没有或几乎没有其他经营活动。

（三）在申请人是公司等实体的情况下，申请人的资产、规模和人员配置较小（或少），与所得数额难以匹配。

（四）对于所得或所得据以产生的财产或权利，申请人没有或几乎没有控制权或处置权，也不承担或很少承担风险。

（五）缔约对方国家（地区）对有关所得不征税或免税，或征税但实际税率极低。

（六）在利息据以产生和支付的贷款合同之外，存在债权人与第三人之间在数额、利率和签订时间等方面相近的其他贷款或存款合同。

（七）在特许权使用费据以产生和支付的版权、专利、技术等使用权转让合同之外，存在申请人与第三人之间在有关版权、专利、技术等的使用权或所有权方面的转让合同。

⁴ 参见国税函[2008]1076 号“关于印发新疆维吾尔自治区国家税务局正确处理滥用税收协定案例的通知”。