



▶ 外国企业常驻代表机构面临新的挑战 2-3



▶ 针对非居民企业的新税收要求 3



▶ 止付诉讼中的开创性胜利 4

中国 法讯

摘要

外国企业常驻代表机构面临新的挑战

很多外国企业为了在中国境内开展业务而选择在中国注册常驻代表机构(RO)。对规范常驻代表机构的法律作出的改革可能会对外国企业设立此类法律实体产生阻碍作用。其中的一个变化是如今常驻代表机构需面临着更高的税收，另外的一些变化有关常驻代表机构的设立及存续问题。以下将列出常驻代表机构相关法律法规主要变化的概要以及如何处理好这些新的监管障碍的一些建议。

作者：潘立冬 / 邓勇 / Michael Bordonaro

针对非居民企业的新税收要求

新的税收规定对外国企业将其在中国境内企业中持有的股权转让给其他其它中国境内企业或外国企业的外国企业产生重大影响。新的规定要求只要目标公司在中国境内，不管其对在中国境内外进行的股权交易是发生在中国境内或境外均要征税。以下将对该规定中的一些细节以及该规定对外国企业在中国的纳税义务产生的影响进行简单的探索。

作者：潘立冬 / 邓勇 / Margalit Faden

止付诉讼中的开创性胜利

敬海律师事务所代理国内作为卖方的一家生产企业时，于某上海某法院审理的案件中，在银行应停止向提起违约主张的买方支付保证金人民币70,000,000元下的的款项的诉讼案件中，卖方获得胜诉。因缺乏止付方面具体的实施细则以及缺乏相关司法判例，这种类型的诉讼在中国很少见。

作者：陈歆

新闻速递

监管机构管辖权的交叉重叠使四川腾中收购悍马的交易落空

2009年美国通用公司曾同意把悍马品牌卖给四川一家重型机械制造厂商：腾中。当中国商务部作出驳回，认为并未为收到腾中重工收购悍马的完整申请时，该交易计划便破灭了。熟知该交易内幕的信息来源指出商务部支持该项交易，但国家发展与改革委员会反对该交易。因不愿在中国对外投资问题上与北京的支持态度发生抵触，商务部以技术原因为由搁置该交易。

悍马买卖交易的失败让我们看到了中国数不清的监管机构对中国对外投资可行使否决权。其它的强大的机构包括：中国国家外汇管理局(SAFE)以及国家资产监督管理委员会(SASAC)。新规定相对不透明的性质使得外国企业变得不太愿意参与到对中国公司的股权转让活动中来，并导致了外国企业在和中国公司进行收购谈判中，在未完成交易时要求的更高额的费用。

本法讯由敬海律师事务所提供。

执行编辑：
王敬

编辑及设计：
ZACHARY WORTHAM

外国企业常驻代表机构 面临新的挑战



外国企业常驻代表机构必须遵守 中国税收政策及其程序的相关修改规定

长久以来，外国企业常驻代表机构给跨国公司提供了其在中国进行有限的商业活动而无需缴纳公司企业所得税的机会。外国企业常驻代表机构可进行市场调研、业务联络、产品介绍以及技术交流等活动。中国法律禁止常驻代表机构从事直接的经营行为，即不能进行签署商业合同、持有存货、签发发票、收款等行为。

政府部门对外国企业常驻代表机构在中国境内从事超越其经营范围的活动问题显得越来越担忧，并因此从两方面入手对常驻代表机构的法律架构进行了改革。第一，增加对常驻代表机构的税收以阻止外国企业采用这种公司组织形式。第二，对新建立的或现存的常驻代表机构实行更为严格的注册程序和操作指引，以加大力度防止常驻代表机构在中国从事超越其经营范围的活动。另外，新的法律增强了工业、商业以及税收管理者们对常驻代表机构的管理执行力度。

新税收规则

国家税务总局于2010年2月20日颁布了国税发[2010]18号《外国企业常驻代表机构税收管理暂行办法》。该规则规定的适用具有追溯力，自2010年1月1日起生效。该规则规定将税额评定员评定应向常驻代表机构核定征收的核定利润率从10%提升至15%。税收规则该规定同时限制了常驻代表机构主张其有权享受免税地位的权力。

该税则中规定着重强调了以下三种税评估纳税方法：（1）按经费支出换算收入核定方法（1）；（2）按收入总额核定应纳税所得额核定方法（2）和（3）企业实际收入按实际收入计算所得税。在适用方法（1）按经费支出换算收入核定方法(1)时，税务人员首先收集常驻代表机构的收入支出数据；然后假设该常驻代表机构的利润等于总收入乘以通过核定利润率换算成常驻代表机构的总收入额；最后取假定利润的一个百分比结果作为应缴税收。税务人员通常对常驻代表机构采取方法（1）按经费支出换算收入的方法来核定方法（1）计算其应缴税收；因而，增加的核定利润率将会对在中国运营的大部分外国企业常驻代表机构产生影响。企业实际收入的方法方法（3）与核定

方法（1）和核定方法（2）方法（1）和方法（2）的区别在于方法（3）是按照企业实际收入征税，在决定应征税款时是依据准确计算得出的利润计算的，而不是根据一个估算额。

新税则的实际执行还存在着很多的问题。例如：本地税务局将于何时对现今享受免税的常驻代表机构开始征税，这是难以确定的。同时，在新税则的规定下申报缴纳税收时需要提交多少的账面记录，这仍然是个未知数。

以下公式可准确反映新税则新规定下的方法（1）按经费支出换算收入（缴纳所得税和营业税的计算公式）核定方法(1)：

总收入额 = 本期经费支出额 / (1 - 核定利润率[现今为至少15%] - 营业税税率)；

应纳企业所得税额 = 收入额 × 核定利润率 × 企业所得税税率

应缴营业税 = 总收入额 × 核定利润率 × 营业税税率

以下公式可以准确反映收入但不能准确反映成本费用的常驻代表机构采用的核定方法（2），即：按收入总额核定应纳税所得额：

应纳企业所得税额 = 收入总额 × 核定利润率[现今为至少15%] × 企业所得税税率。

外国公司中认为这些规则规定过于繁重繁琐的会考虑将其在中国的存在形式，重组为外商独资企业。与根据核定方法(1)采用15%的核定利润运营一个常驻代表机构相比，将其重组为外商独资企业可能会减少达40%的税收负担。重组为外商独资企业结构同时还可能为该公司带来以下的好处：参与商业活动的权力；拥有在中国进行业务扩张更大的灵活性。然而，重组为一个外商独资企业同时也会带来以下一些负面的影响：注册资金方面的要求；更为周密的会计事务要求；股息分派返还的挑战；以及跨国转移定价问题。

程序指引

除了新税则的影响外，该规则同时对常

中国 法律快讯

微软在知识产权诉讼中胜诉获赔 该案的胜利具有标志性意义

2010年4月微软在诉大众保险公司知识产权索赔案中赢得了诉讼。成功获得318,000 美元的索赔标志着微软在中国版权侵犯诉讼中获得的第一个胜利。上海人民法院认为大众保险公司至少安装使用了9种共计450套盗版微软软件。分析家认为该判决将成为中国知识产权发展史上的一个里程碑。

中国采购相关的知识产权政策 引起关注

在中国新出台一部法律中，当地政府，公共机构和某些国有企业被要求在采购一些高科技产品时优先选购中国自产产品，该部法律遭到外国官员的批评。美国代表担心这项明显对中国“自主创新”产品进行保护的政策的可能会因其严重限制了美国公司对中国市场的准入而对美国知识产权所有者造成不公平的不利影响。

重庆两江新区成为新的经济特区

国务院批准设立重庆两江新区。先前设立的经济特区如天津滨海新区和上海浦东新区，在国家为了吸引外商投资而授予的包括投资，财税、土地、贸易等方面的优惠政策中受益极大。

外国企业常驻代表机构 面临新的挑战 (续)



驻代表机构的设立、注册、和维护续期方面提出了挑战。以下列出四个主要的挑战：

- 1) 在设立常驻代表机构前，外国母公司须符合本身已运营2年时间的规定。
- 2) 在设立常驻代表机构时，外国企业须提供公司注册证书复印件，以及一份经公证和正式认证的银行存款证明。
- 3) 常驻代表机构须每年定期更新营业执照。
- 4) 新建立的常驻代表机构的外国员工，包括首席代表在内不得多于4个。常驻

代表机构必须通过职业中介雇请中国员工，但对雇请的中国员工数量没有限制。现存的常驻代表机构已有多于4名外国员工的无需减少外国员工，但这些代表机构不得再雇请新的外国员工。在新的税则法规下，在对常驻代表机构实施新的法律要求时，仍存在很多的模糊不清的区域。一些当地政府仍在继续遵循旧的法律程序，因而新规则的实施在不同的管辖区下将呈现不一致的结果。

总而言之，新的税收规则法规、规定和程序指引减少使得设立常驻代表机构对

公司来说变得不再那么有吸引。随着越来越多外国公司考虑设立外商独资企业代替常驻代表机构，管理者将面临更多管理上挑战。例如，外商独资企业的注册资金要求会因地而异从350,000人民币变化至1,000,000人民币不等。另外，很多管理机构以及当地的行政官对选择何时及如何实行法律改革保留着控制权。因而，当这些政策被应用于单个独立的公司时，在这些政策问题的细微差别上，公司有必要征询法律意见。

作者：潘立冬/邓勇/Michael Bordonaro

针对非居民企业的新税收要求

外国企业转让中国境内企业股权的纳税义务介绍

直到最近，中国才开始在名义上实际上对外国企业在中国境内开展税收管理。最新的改革授予了税务当局更多的权利以加大对外国企业进行征税，无论是当外国企业将其所持有中国境内企业的股权转让给境内其他企业或是境外另一外国企业。根据中国国家税务总局(SAT)公布的数据显示，2009年全国非居民税收为560.18亿元，比上年同期增长45.9%。其中，企业所得税416.11亿元，同比增长55%。

1991年，中国颁布了一部法律规定：外国企业就来源于中国境内的财产转让所得（包括转让中国境内企业股权的所得）应当在中国缴纳企业所得税。但实际上，由于缺乏具体的操作细则，在2009年以前，外国企业转让中国境内企业股权所得时，极少有外国企业向税务机关申报纳税。最近，国家税务总局等部门陆续颁布了一些具体操作细则，规定了外国企业在转让中国境内企业股权时必须遵守的一些税收程序。以下将简要说明有关外国企业转让中国境内企业股权的最新税收规定。包含有两种情况下的纳税义务：1) 外国企业A将其所持有中国境内企业D的股权转让给中国境内企业C；2) 外国企业A将其所持有中国境内企业D的股权转让给另一外国企业B。

尽管外国企业A未在中国境内设立机构

或场所，中国政府亦会对外国企业A把其在中国境内企业D持有的股权转让给外国企业B或中国公司C时获得的股权转让收入进行征税。将根据中国税法及适用税率对该项收入征税，并对这两种情况采用完全一致的税收评估方法。对外国企业将其在中国境内企业所持股权进行转让所得应按10%缴纳企业所得税。以收入全额减除财产净值后的余额为应纳税所得额。然而，可能不再允许扣除上一年未分配利润或者留存收益部分。

“根据中国国家税务总局(SAT)公布的数据显示，2009年全国非居民税收为560.18亿元...”

两种可能的情况：外国企业A将股权转让给一中国境内企业或另一外国企业。

在订立股权转让合同时，合同双方应规定各方的扣缴税款义务，以及向其应申报缴纳税务的相关税务机关。以下是合同双方的缴税义务及税收管辖可能不同的两种情形。

1. 外国企业A将其所持中国境内D公司的股权转让给中国境内C公司

我们假设外国企业A将其所持有的中国境内企业D的股权转让给中国境内企业C，中国境内企业C应负责代为扣缴税款。另外，中国境内企业C还必须向税务机关申报一份股权转让合同。然而在这种情况下，有可能出现中国企业C（也是代扣代缴义务人）和中国企业D不在同一个主管税务机关，比如：D公司的注册地是在广州，但C公司可能是在北京注册，此时，C公司应

向北京税务机关申报代扣代缴企业所得税。如果出现C公司没有依法履行扣缴义务人支付或者到期应支付之日起7日内，到所得发生地主管税务机关申报缴纳企业所得税。这意味着，在C公司没有依法履行代扣代缴企业所得税的情况下，纳税人A公司需主动到主管税务机关广州（D公司所在地）办理纳税申报。

2. 外国企业A将其所持有的中国境内D公司的股权转让给外国C公司且在境外交易

当股权转让交易双方均为外国企业，并且合同的签订及款项的支付等都在境外完成时，外国B公司需自行或委托代理人向被转让股权的境内企业所在地主管税务机关申报纳税。在这种情况下，中国境内D公司不负有代扣代缴企业所得税义务，但应该负有在依法变更税务登记时需将股权转让合同复印件报送主管税务机关的义务。同时，D公司应协助税务机关向外国企业B征收税款。当外国企业B未依法缴纳税款的，税务机关可以从企业B在中国境内其他收入项目的支付人应付的款项中追缴该纳税人的应纳税款。

从以上得知，如今外国公司在将所持有的中国境内企业的股权进行转让时，即使该交易是在境外完成的，必须更加关注其应缴纳的税款问题。因该规定为新制定的，且不同的地区之间规定的执行情况并不一致，因而建议外国公司向税务律师咨询以获得相关的协助。

作者：潘立冬/邓勇/Margalit Faden



止付诉讼中的开创性胜利

我所成功为客户申请保函止付

本所上海分所5月份接受国内某大型机器设备生产企业委托，处理其海外买方以违约为名向保函签发行提出的索赔，并成功向法院申请止付，及时维护了委托人的合法权益。

我所委托人向一家海外买方出售系列机器设备，并应该买方要求向某国内银行申请开立以该客户为受益人的预付款保函三份和履约保函一份，总金额高达人民币7千多万，均为见索即付的独立银行保函，适用国际惯例URDG 458。在上述保函即将到期之时，某国外银行以该保函的受让人为名突然向担保行发出索赔函，主张委托人延迟交货和未完成调试构成违约，要求担保行在十天内支付保函项下所有金额。由于委托人货款未收，设备却已经被买方实际使用，一旦担保行对外支付，势必财货两空。情况万分紧急！

面对如此棘手的局面，我们立即组织力量连夜研究案情。经阅读了大量的交易文件，我们发现合同双方已经协商推迟过交货日期，而相关调试未能完成恰恰是买方的不当阻止造成的，因此以违约为由提出保函索赔存在着明显的恶意，当属欺诈性索赔。同时，由于本案保函权利不得转让，因此国外银行不是适格的索赔主体。据此，我们向委托人提出了申请止付保函的建议，得到了客

户的采纳。随后，我们协助客户和担保行积极沟通，并向担保行发出律师函，指出国外银行提出的索赔无效，担保行应予拒付。经过争取，担保行同意暂不对外支付。

与此同时，我们加紧收集证据起草文书，代表委托人以保函欺诈性索赔和国外银行的索赔不符合保函要求为由，紧急向上海市第二中级人民法院递交材料，申请保函止付。

由于我国没有保函止付的相关法律规定，司法实践中亦无权威先例。直接法律依据的缺乏，再加上虑及中国银行的信誉，中国法院对此类申请的态度极为审慎，审查相当严格。在递交止付申请后，二中院的法官细致调查案情，认真研究法律依据并听取各方面的意见。在我们和法官之间不厌其烦地反复沟通后，中院最终认为我们提出的申请理由并无不当，及时下达了中止支付涉案保函项下全部款项的裁定书，从而使委托人避免了重大的经济损失。

作者：陈歆

上海分所商事组合伙人



中国法律快讯

中国出台规定对商业秘密作出定义

国有资产监督管理委员会(SASAC)对商业秘密定义为任何未向公众披露的且本身对公司具有商业价值的信息。国有资产监督管理委员会规定了公司应高度重视保护商业秘密。因4名力拓管理人员由于窃取商业秘密及收受贿赂被判罪，而引发了对商业秘密作出的广泛定义。力拓一案中的商业秘密涉及到中国钢厂愿意支付的铁矿石的价格。

私人股权投资公司认购自动柜员机(ATM)运营商的股份

美国私人股权投资公司凯雷投资集团已经向四家亚洲公司投资总额达140,000,000美元，其中包括了中国最大的自动柜员机提供商：ATMU通邮集团。透过这项投资，凯雷投资集团获得了ATMU通邮集团的少量股份，控制着自动柜员机运营商15%的国内市场份额。凯雷亚洲基金IV专门负责该投资项目。2009年6月，投入的资金额达到10.4亿美元。凯雷集团于上一次2005年发放的信托投资资金为680,000,000美元。

广州
电话: (+8620)87600082
传真: (+8620)87784482
INFO@WJNCO.COM

上海
电话: (+8621)58878000
传真: (+8621)58822460
SHANGHAI@WJNCO.COM

福州
电话: (+86591)87812260
传真: (+86591)87812210
FUZHOU@WJNCO.COM

深圳
电话: (+86755)88828008
传真: (+86755)82846611
SHENZHEN@WJNCO.COM

青岛
电话: (+86532)86665858
传真: (+86532)86665868
QINGDAO@WJNCO.COM

天津
电话: (+8622)25323818
传真: (+8622)25323820
TIANJIN@WJNCO.COM

厦门
电话: (+86592)2681376-9
传真: (+86592)2681380
XIAMEN@WJNCO.COM

海口
电话: (+86898)66722583
传真: (+86898)66720770
HAINAN@WJNCO.COM

本法律资讯由致力于协助中国及跨国公司
在中国及国外业务的敬海律师事务所公司法组出版。