



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2011年第7期 (总第53期)

■ 专论

- 1、《境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理操作规程》解读

■ 新法评述

- 1、《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定》简述
- 2、《境外注册中资控股居民企业所得税管理办法（试行）》简述
- 3、《互联网信息服务管理规定（征求意见稿）》简述

《境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理操作规程》解读（作者：杨莹、卢在光）

为明确《国家外汇管理局关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》（简称“75号文”）管理原则和适用中的相关问题，简化操作流程，日前，国家外汇管理局下发了《关于印发〈境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理操作规程〉的通知》（以下简称“19号文”）。该通知自2011年7月1日起实施。

相比此前75号文的操作规程，19号文针对境内居民境外投资外汇登记手续进行了较多的调整和简化，其中较为重要的规定和变化如下：

1、19号文之前的75号文其他操作规程的效力

根据19号文的规定，此前《国家外汇管理局综合司关于印发〈资本项目外汇管理业务操作规程（2009年版）〉的通知》（汇综发[2009]77号，以下称“77号文”）中有关规定与19号文不一致的，以19号文的规定为准。

2、境内居民法人在75号文系统下的登记

19号文仅针对境内居民个人通过境外特殊目的公司融资及返程投资规定了外汇登记操作规程，而不再针对境内居民法人办理75号文系统下的境外特殊目的公司融资及返程投资外汇登记。

此外，根据19号文，如果境内居民法人所持股或控制的境外企业不属于特殊目的公司的，其应根据相关规定办理境外投资外汇登记手续（即根据《境内机构境外直接投资外汇管理规定》办理境外投资外汇登记）。

3、受理登记机构及境内企业的要求的变更

相较于77号文，19号文针对境内居民个人通过境外特殊目的公司融资及返程投资办理外汇登记的受理登记机构进行了调整。根据19号文，境内居民个人应向境内企业资产或权益所在地国家外汇管理局地方分局（外汇管理部）办理登记；境内企业资产或权益分布于不同地区的，应选择其中一家主要企业所在地的外管局集中办理登记。

就境内居民个人以境内企业资产权益注入特殊目的公司境外投资外汇登记，19号文仅要求提供“境内企业权力机构同意境外融资的决议书（境内企业尚未设立的，提供境内权益所有人同意境外融资的书面说明）”及“境内居民个人直接或间接持有拟境外融资境内企业资产或权益的证明文件”，而不再按照2007年发布的106号文以及77号文的要求提供境内企业近三年的财务状况文件，即不再要求境内居民个人拥有的境内企业或权益须有三年历史。

4、 简化变更登记手续

19 号文对特殊目的公司外汇变更登记的类型和事项进行了分类，并简化了变更登记的手续，除重大事项外的一般变更登记可在外商投资企业年检时集中办理，具体如下：

- 特殊目的公司发生融资变更事项的，应在融资资金首次到账后 30 个工作日内办理变更登记手续，未办理融资变更登记手续的境外融资资金不得以投资、外债等形式调回境内使用。
- 经登记的特殊目的公司在境外直接设立或间接控制企业的，应在企业设立或控制之日起 30 个工作日内办理特殊目的公司外汇变更登记，未经登记的境外企业不得作为后续融资及返程投资的合法主体。
- 境内居民个人从特殊目的公司获得资本变动收入，应在调回境内之前办理特殊目的公司变更登记手续。
- 特殊目的公司发生其他变更事项的，可在外商投资企业年检期间凭相关真实性证明材料到原特殊目的公司登记地外汇局集中办理变更登记。

5、 非特殊目的公司返程投资

19 号文首次引入了“非特殊目的公司返程投资”这一概念及规则。根据 19 号文的规定，境内居民个人或境内居民法人通过不属于 75 号文下的“特殊目的公司”性质的境外企业对境内进行直接投资，经外管局确认可被标识为“非特殊目的公司返程投资”。

此外，根据 19 号文，境内机构如通过不属于“特殊目的公司”性质的境外企业对境内进行直接投资，如境内机构就该境外企业已办理境外投资外汇登记手续的，可在直接投资外汇管理信息系统中将该返程设立的外商投资企业标识为“非特殊目的公司返程投资”。

6、 补登记要求

19 号文明确了境内居民个人特殊目的公司外汇补登记的具体操作规程。在办理中需提交的文件包括会计事务所出具的专项审计报告（“审计 2005 年 11 月 1 日以来，特殊目的公司直接或间接控制的境内企业是否向境外支付利润、清算、转股、减资、先行回收投资、股东贷款本息等款项（含将上述款项用于境内再投资、转增资等）”）。

补登记按照先处罚后登记的原则办理，外管局审核违规要点包括：“（1）办理特殊目的公司登记之前，境外特殊目的公司是否已经发生实质性资本或股权变动；（2）返程投资设立的外资企业在办理外汇登记时，是否存在虚假承诺；（3）2005 年 11 月 1 日至申请日之间，特殊目的公司直接或间接控制的境内企业是否向境外支付利润、清算、转股、减资、先行回收投资、股东贷款本息等款项（含向境外支付利润用于境内再投资、转增资等）。对存在上述违规行为的，应移交外汇检查部门处罚后，再补办特殊目的公司登记。”

此外，补登记规程中还特别提到境内居民个人如通过非特殊目的公司进行返程投资，应在

直接投资外汇管理信息系统中标识为“非特殊目的公司返程投资”，具体办理时外管局应按如下原则办理：“（1）境内居民个人应提供其境外权益形成过程中不存在逃汇、非法套汇、擅自改变外汇用途等违反外汇管理法规的证明材料；（2）返程投资设立的外资企业在办理外汇登记时是否存在虚假承诺；（3）2005年11月1日至申请日之间，返程投资设立的外资企业是否向境外支付利润、清算、转股、减资、先行回收投资、股东贷款本息等款项（含向境外支付利润用于境内再投资、转增资等）。对于存在违规行为的，应移交外汇检查部门处罚后，再在直接投资外汇管理信息系统中办理‘非特殊目的公司返程投资’标识。”

7、其他重要规定

19号文针对“境内居民个人”的认定标准仍保持和沿用了此前77号文、106号文的规定及标准。

此外，19号文进一步明确了境内居民通过特殊目的公司融资和返程投资外汇登记，与外商投资企业的外汇登记的关联及监管。根据19号文，外商投资企业在办理新设外商投资企业外汇登记以及外商投资企业外汇变更登记时，均需向外管局进行特别声明，确认外商投资企业的外方投资者属于以下三种情况中的具体之一：

“A（）本公司外方投资者属于“境内居民（包括自然人和法人，下同）以其持有的境内企业资产或权益在境外进行股权融资（包括可转换债融资）为目的而直接设立或间接控制的境外企业（特殊目的公司）”，并已经按照《国家外汇管理局关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》（汇发[2005]75号）办理特殊目的公司外汇登记。

B（）本公司外方投资者直接或间接地被境内居民持股或控制，但是该外方投资者不属于《国家外汇管理局关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》（汇发[2005]75号）所规定的特殊目的公司。本公司保证外方投资者直接或间接地被境内居民持股或控制的过程符合中国和注册地法律规定，不存在逃汇、非法套汇、擅自改变外汇用途等违反外汇管理法规的情况（或相关违规行为已接受外汇管理部门查处）。

C（）本公司保证外方投资者没有直接或间接地被境内居民持股或控制。

如存在虚假、误导性陈述骗取外汇登记的行为，本公司及其法定代表人愿意承担由此而导致的法律后果。”

以上是我们对19号文的初步总结。实践中外管局就19号文的具体适用及操作实践可能会存在一定不确定性，并且不同外管局的具体标准和尺度也可能不尽一致。如您就该等规定及具体实践有任何问题，欢迎您与我们联系。

1、《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定》简述（作者：吴楷莹、徐梅）

2011年8月1日，证监会发布了《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定》（“《决定》”），该《决定》是为了贯彻落实《国务院关于促进企业兼并重组的意见》（国发[2010]27号）有关发挥资本市场促进企业重组作用的要求，规范引导资本市场并购重组活动，支持并购融资，进一步完善上市公司发行股份购买资产和借壳上市的制度。

决定是在2011年5月13日发布的《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定（征求意见稿）》（“《征求意见稿》”）的基础上，根据社会各界反映的意见进一步完善调整形成的。与《征求意见稿》相比，《决定》的调整主要体现在两个方面：一是将《征求意见稿》第一条中“最近一个会计年度”调整为“控制权发生变更的前一个会计年度”，提升了参照值的稳定性；二是相比征求意见稿未对《上市公司重大资产重组管理办法》（“《重组办法》”）第十二条第四款进行修改的情况，《决定》在《重组办法》该条款上增加了“但本办法第十二条规定情形除外”，是根据借壳上市行为的特殊性，防止化整为零规避监管，为严格执行拟注入资产须符合完整性、合规性和独立性要求预留了操作空间。

《决定》主要涉及规范、引导借壳上市、完善发行股份购买资产的制度规定和支持并购重组配套融资三项内容：

（1）规范、引导借壳上市

对借壳上市在产权清晰、治理规范、业务独立、诚信良好、经营稳定和持续经营纪录等方面执行首次公开发行趋同标准，要求拟借壳资产（业务）持续两年盈利的总体要求，从借壳上市的监管范围、监管条件以及监管方式三方面进行了明确规范：

① 在监管范围方面，《决定》将借壳上市界定为：自控制权发生变更之日起，上市公司向收购人购买的资产总额，占上市公司控制权发生变更之前一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例达到100%以上的交易行为。

② 在监管条件方面，从三个方面对借壳上市提出了要求：（1）拟借壳对应的经营实体持续经营时间应当在3年以上，最近两个会计年度净利润均为正数且累计超过2000万元；（2）借壳上市完成后，上市公司应当符合证监会有关治理与规范运作的相关规定，在业务、资产、财务、人员、机构等方面独立于控股股东、实际控制人及其控制的其他企业，与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不存在同业竞争或者显失公平的关联交易。（3）借壳上市应当符合国家产业政策要求，属于金融、创业投资等特定行业的借壳上市，由中国证监会另行规定。

③ 在监管方式方面，相比IPO关注主体自身的规范上市而言，借壳上市主要关注上市公司与标的资产之间的整合效果、产权完善以及控制权变更后公司治理的规范，因此监管重点更突出在

持续督导的效果,《决定》强化了财务顾问对实施借壳上市公司的持续督导,要求财务顾问对借壳上市完成后的上市公司的持续督导期限自证监会核准之日起不少于3个会计年度,并在各年年报披露之日起15日内出具持续督导意见,向派出机构报告并公告。

(2) 完善发行股份购买资产的制度规定

① 允许发行股份购买资产:《决定》在《重组办法》第五章关于发行股份购买资产的特别规定中,进一步明确:上市公司为促进行业或者产业整合,增强与现有主营业务的协同效应,在其控制权不发生变化的情况下,可以向控股股东、实际控制人或者其控制的关联人之外的特定对象发行股份购买资产。

② 对发行股份购买资产的交易金额提出要求:为提高市场配置资源的效率,《决定》同时明确规定,向控股股东、实际控制人或者其控制的关联人之外的特定对象发行股份购买资产的,发行股份数量不低于发行后上市公司总股本的5%;发行股份数量低于发行后上市公司总股本的5%的,主板、中小板上市公司拟购买资产的交易金额不低于1亿元人民币,创业板上市公司拟购买资产的交易金额不低于5000万元人民币。

(3) 支持上市公司重大资产重组与配套融资同步操作

《决定》明确规定,上市公司发行股份购买资产的,可以同时募集部分配套资金,其定价方式按照现行相关规定办理。《决定》允许上市公司发行股份购买资产与通过定向发行股份募集配套资金同步操作,实现一次受理,一次核准,有利于上市公司拓宽兼并重组融资渠道,有利于减少并购重组审核环节,有利于提高并购重组的市场效率。

该规定将适用于为提高重大资产重组项目整合绩效而支付部分对价和补充流动资金等用途,不属于重大资产重组项目配套资金的上市公司再融资仍按现行规定办理。同时,《决定》还修改了上市公司重大资产重组与配套融资须分开操作的相关限制性规定。

2、《境外注册中资控股居民企业所得税管理办法(试行)》简述(作者:薛冰、高嵩松)

国家税务总局曾于2009年4月发布《国家税务总局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》(国税发[2009]82号,下称“82号文件”),对境外注册的中资控股企业(下称“境外中资企业”)依据实际管理机构判定为中国居民企业的相关企业所得税问题作出原则性的规定。根据公开信息,自82号文件施行至今,仅有少数符合条件的境外中资企业主动申请并获得国家税务总局对其居民企业身份的认定。

2011年7月27日,国家税务总局发布了《境外注册中资控股居民企业所得税管理办法(试行)》(国家税务总局公告2011年第45号,下称“45号公告”),对境外注册中资控股居民企业(下称“非境内注册居民企业”)的税收居民身份认定、企业所得税管理等相关问题进一步明确。45号公告将于2011年9月1日期起执行。

我们将 45 号公告中的重点内容总结如下谨供参考：

(1) 境外中资企业认定为非境内注册居民企业的适用范围

境外中资企业是指由中国内地企业或者企业集团作为主要控股投资者,在中国内地以外国家或地区(含香港、澳门、台湾)注册成立的企业。非境内注册居民企业是指因实际管理机构在中国境内而被认定为中国居民企业的境外中资企业。

需要注意的是,45 号公告以及 82 号文件中的境外中资企业并不包括由中国个人在境外投资设立的企业,该等企业的居民身份判定问题目前仍不明确。

(2) 非境内注册居民企业主管税务机关

境外中资企业被认定为非境内注册居民企业的,其主管税务机关一般为境内实际管理机构所在地的企业所得税主管税务机关。如果实际管理机构所在地与境内主要控股投资者所在地不同或者存在多个实际管理机构的情况,也可经相关税务机关报共同的上级税务机关确定。

(3) 非境内注册居民企业身份认定

境外中资企业居民身份的认定,采用企业自行判定提请税务机关认定和税务机关调查发现予以认定两种形式。境外中资企业的居民身份一旦被认定,将会收到主管税务机关核发的《境外注册中资控股企业居民身份认定书》。当非境内注册居民企业发生下列重大变化情形之一的,主管税务机关应当按照 45 号公告的规定层报国家税务总局确定是否取消其居民身份:a)企业实际管理机构所在地变更为中国境外的;b)中方控股投资者转让企业股权,导致中资控股地位发生变化的。

(4) 非境内注册居民企业税务登记管理及申报征收管理

根据 45 号公告的规定,境外中资居民企业的税务申报和纳税处理要求都基本与境内居民企业保持一致。非境内注册居民企业应当自收到居民身份认定书之日起 30 日内向主管税务机关提供以下资料申报办理税务登记:a)居民身份认定书;b)境外注册登记证件;c)税务机关要求提供的其他资料。非境内注册居民企业按照分季预缴、年度汇算清缴方法申报缴纳所得税,同时需要根据《特别纳税调整实施办法(试行)》(国税发[2009]2 号)的相关规定,履行关联申报及同期资料准备等义务。

(5) 非境内注册居民企业取得来自中国居民企业的股息等收益的所得税处理。

非境内注册居民企业取得来源于中国境内的股息、红利等权益性投资收益和利息、租金、特许权使用费所得、转让财产所得以及其他所得,应当向相关支付方出具本企业的《境外注册中资控股企业居民身份认定书》复印件。相关支付方凭上述复印件不予履行该所得的税款扣缴义务,并在对外支付上述外汇资金时凭该复印件向主管税务机关申请开具相关税务证明。

(6) 非居民企业转让非境内注册居民企业的股权税收管理

非居民企业转让非境内注册居民企业股权所得,属于来源于中国境内所得,被转让的非境内注册居民企业应当自股权转让协议签订之日起 30 日内,向其主管税务机关报告并提供股权转让合同及相关资料。

3、《互联网信息服务管理规定（征求意见稿）》简述（作者：柳絮）

2011年7月27日，工业和信息化部发布《互联网信息服务管理规定（征求意见稿）》（下称“征求意见稿”）。意见征集时间截止到2011年8月11日。意见稿从以下五个方面规范互联网信息服务的提供。

（1）禁止同行恶性竞争

意见稿禁止互联网信息服务提供者捏造、散布虚假事实损害其他同行的合法权益，或者诋毁同行提供的服务或者相关产品；禁止恶意实施不兼容，干扰同行提供的服务或者相关产品，或者欺骗、误导、强迫用户做出不使用其他同行的服务或者相关产品的选择，以及限制用户使用同行服务或者产品。

对互联网信息服务提供者之间发生的争议，意见稿规定，可能对用户权益产生重大影响的，争议双方应立即向工业和信息化部或者省级通信管理局报告。工业和信息化部或者省级通信管理局可在作出最终行政处罚前，要求争议双方暂停提供互联网信息服务。争议双方若继续提供互联网信息服务，工业和信息化部或者相关省级通信管理局将会处以警告，并向社会公告。

（2）用户信息保密

意见稿规范了互联网信息服务提供者收集以及保管用户信息的行为。互联网信息服务提供者只能收集其提供服务所必需的用户个人信息，未经用户同意或者法律行政法规另有规定，不得将用户信息提供给第三方。一旦发生用户个人信息泄露的安全事件，互联网服务提供者应立即采取补救措施。若已造成或可能造成严重后果的，应向工业和信息化部或者地方通信管理局报告。

（3）规范向互联网用户提供服务的方式

意见稿规定了互联网信息服务提供者向用户提供卸载、删除、修复、拦截有关服务时的告知义务，列举了互联网信息服务提供者侵犯用户合法权益的行为，并就其在用户终端上进行软件安装、运行、升级、卸载，捆绑软件销售和强制弹出广告等行为作了详细的规定。如意见稿规定，互联网信息服务提供者在用户终端上弹出广告或者其他与终端软件功能无关的信息窗口的，应当向用户提供关闭或者退出窗口的明显标识。用户关闭或者退出窗口的，在二十四小时之内不得再次弹出同一内容的窗口。

（4）客观公正的互联网评测

对互联网信息服务提供者提供的服务或者相关产品进行评测，应当客观公正。被评测方对评测结果有异议的，可以自行或者委托第三方就评测结果进行再评测，评测方应当予以配合。评测方违反规定评测的，由工业和信息化部或者相关省、自治区、直辖市通信管理局依据职权处以警告，可以并处一万元以上三万元以下的罚款，向社会公告。

（5）处罚措施

意见稿互联网信息服务提供者开展同行间恶性竞争、未按意见稿规定收集和保管用户信息，或违反意见稿其他相关规定，构成违反《中华人民共和国电信条例》和《互联网信息服务管理办法》

规定的行为的，依照其有关规定处罚；《中华人民共和国电信条例》和《互联网信息服务管理办法》未规定法律责任的，由工业和信息化部或者省级通信管理局依据职权责令改正，处以警告，可以并处一万元以上三万元以下的罚款。

互联网信息服务提供者向用户提供卸载、删除、修复、拦截有关服务时未履行相关告知义务的，工业和信息化部或者省级通信管理局依据职权处以警告，可以并处一万元以上三万元以下的罚款，向社会公告。

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

孙敏煜 律师：

电话：+86-21-6080 0907

Email: anita.sun@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