

税务评论

若需获取更多BEPS项目有关信息，
敬请垂询：

转让定价

上海

郭心洁

电话：+86 21 6141 1308

电子邮件：eunicekuo@deloitte.com.cn

香港

张柏宁

电话：+852 2852 1095

电子邮件：patcheung@deloitte.com.hk

国际税务

北京

张慧

电话：+86 10 8520 7638

电子邮件：jenzhang@deloitte.com.cn

上海

许德仁

电话：+86 21 6141 1498

电子邮件：lkhaw@deloitte.com.cn

叶红*

电话：+86 21 6141 1171

电子邮件：hoyeqinli@qinliilawfirm.com

香港

刘明扬

电话：+862 2852 1082

电子邮件：antlau@deloitte.com.hk

* 叶红是上海勤理律师事务所 (Shanghai Qin Li Law Firm) 的律师。上海勤理律师事务所是一家中国律师事务所，也是德勤全球网络的一员。Deloitte (“德勤”) 是一个品牌，在这个品牌下，具独立法律地位的全球各地成员所属数以万计的德勤专业人士联合向经筛选的客户提供审计、企业管理咨询、财务咨询、风险管理、税务及相关服务。德勤法律泛指提供法律服务的德勤有限公司成员所及从属机构，是全球几大主要法律服务机构之一。

BEPS 第 8、9、10 项行动计划： 关于转让定价指南第一章的讨论草案 (包括风险、重新定性以及特别措施)

经济合作与发展组织 (以下简称“经合组织”) 在 2014 年 12 月 19 日公开发布了尚未达成共识的一项草案，就转让定价指南第一章内容提出了修改建议。

本项草案涉及税基侵蚀与利润转移项目 (即 BEPS 项目) 的第 8、9、10 项行动计划，考虑修改内容如下：

- 制定“关于防止集团成员通过风险转移或超额资本分配的方法以达到税基侵蚀与利润转移目的的规则。这要求采用转让定价规则或特别措施以保证不会因某一实体仅根据合同约定承担的风险或仅提供资金而由其单方面获得不匹配的回报。修改后的规则同样要求回报与价值创造的一致性。”
- 制定“关于防止通过一些不会存在于第三方交易中、或极少存在于第三方交易中的安排以达到税基侵蚀与利润转移目的的规则。这要求采用转让定价规则或特别措施以澄清何种情况下可以对交易进行重新定性。”
- “关于难以估值的无形资产交易的转让定价规则或特别措施。”

本项草案可以分为两个部分，每部分均附有若干案例。

第一部分首先是针对经合组织转让定价指南第一章 (独立交易原则的应用指引) D 部分内容的修改。修改部分强调在认定交易实质是否与合同关系相一致时，应广泛关注交易双方在怎样的经济环境下存在这种商业与财务关系。同时，在功能分析方面也提供了更为细化的指南。交易双方在商业与财务关系下所存在的风险鉴别也被相应增加到修改内容中。与针对转让定价指南第六章无形资产的修改内容相似，这部分新的修改内容以管理与控制风险为核心，同时显著弱化了通过合同约定分配风险的重要性。

第一部分的结尾处增加了对实际交易不予认可或重新定性的有关指南。这部分内容提出了一项新的标准，即符合独立交易原则的关联交易必须具备非关联交易所拥有的基本属性。相关示例说明，如果一项交易使得集团在税前的经济表现更差，那么这项交易就缺乏非关联交易的基本属性，即使该项交易存在许多其他符合独立交易原则的因素。

本项草案第二部分讨论了可建议适用“特别措施”的几种情况。在这些情况下，独立交易原则或将被摒弃，取而代之的是新创的简捷方式以进行特定的利润分配。本项草案列出了五种方案并邀请公众提出评论；但草案并未就如何具体执行这些方案做出具体的补充说明。

本项草案要求各利益关系方在 2015 年 2 月 6 日前发表意见。2015 年 3 月 19 日至 20 日期间经合组织将召开会议专门讨论此项草案。

商业与财务关系认定指南

重新编写的转让定价指南第一章 D 部分内容建议从以下几个分类认定经济相关性或可比因素：

- 交易合同条款；
- 交易主体各方所执行的功能、使用的资产及承担和管理的风险，包括交易主体所执行的功能与其隶属的整个跨国集团所创造的价值之间的关系、交易环境以及行业惯例；
- 转移的财产或提供的服务的特性；
- 交易主体所处的经济环境以及运营的市场情况；
- 交易主体所采用的商业策略。

上述第二点是本项草案与现有的转让定价指南主要的不同之处。

草案强调在分析执行的功能、使用的资产以及承担的风险时，应关注交易双方的行为而非合同安排。

本项草案提出功能分析应关注交易各方对价值创造的能力和贡献，从而确定整个集团的价值是如何产生的。功能分析应该确定交易各方所执行的重大的经济活动及责任、使用的资产、承担和管理的风险。功能分析在确定风险承担方、确定交易特性以及确定利润分割法是否是最佳方法方面都将起到重要的作用。

在评价受控交易安排时，本项草案从考虑替代交易扩展为考虑其它各种现实可能选择，以此来确定受控交易是否属于符合商业目的的最佳方式；并且，这些考虑应该从交易双方的角度（而不是单方面）进行。

本项草案提出，一些跨国集团会将其业务分成几个独立的模块，每一模块由几个集团内公司组成，集团总部负责中心控制与协调工作使业务运营更为有效。在这样的情况下，功能分析应该确定各公司的业务本质以及与其他公司之间的业务协调。同样在 2014 年 12 月发布的另一份关于利润分割的草案中，这也是一个重要的问题。

本项草案重点关注价值创造和现实可能选择，这可能会导致争议。上述两项定义均容易带来多种不同的解读。例如：什么是价值？价值是指收入、竞争优势、协同效应、经济能力、资产所有权还是其他一些价值衡量的手段？同样地，一项选择如何会被认为是现实可能选择？这是否意味着各方必须审查交易的所有可能的排列，然后仅选择一些会由税务机关定夺的不确定因素带来重大影响的交易模式？

新的指南延伸了“交易”的概念，包括了即使各方可能没有记录或者没有意图进行交易、但该项“交易”（或行为）的价值可以被确定的情况。例如：当技术援助已被提供；协同效应已经通过有意采取协调一致的行动产生；或者技术诀窍已由派遣员工提供等情形。协同效益的产生也已在本项草案中利润分割部分进行讨论。本项草案指出，这些交易不太可能被列入合同条款，也可能不会在会计系统中体现，但是在功能分析的过程中必须对此类“交易”（或行为）进行考虑。

识别和分配风险

本项草案强调，识别风险是转让定价分析的重要组成部分，并且其与识别功能和资产也密不可分。草案指出，通过关联企业之间的合同形式来识别风险较为困难，这主要是由于许多关联企业间可能不具备独立方之间的利益对立性，从而可能导致关联交易的合同对于许多风险及风险管理事项的表述更为隐晦。草案认为，企业的实际行为而非合同形式安排将决定交易的定价和各方风险的分配；同时强调，在非关联方之间，控制风险的能力是决定哪一方能够获利或者承担控制风险带来后果的一项核心影响因素；其中控制风险被定义为有能力做出决定以承担风险，以及是否、如何应对风险。草案为风险分析制定了一个包括以下各项因素的框架：

- 风险的性质、来源、根据合同条款的分配及相关影响；
- 在集团内如何管理和承担每一项风险，是由运营公司还是由一家单独的公司来管理风险，或者由一家独立的公司评估、监测和应对风险；
- 所进行的交易及集团中与经营和合同安排相关的风险管理行为。

从这一角度看，草案沿用了在转让定价指南第六章无形资产修改草案时所使用的方式。草案对复杂商业模式下的风险识别和分析提供了更加清晰的指引，并添加了相应的案例，这些内容对于各国的税务实践将非常有帮助。

草案针对商业风险的来源，包括战略和市场风险、基础设施和经营风险、财务风险、交易风险和“灾害”风险（如自然灾害等不利的外部事件）增加了详细的指引，指引中也包含对上述风险潜在影响分析的案例。草案指出，一家企业管理外部驱动的风险或者一般商业风险的能力与其管理内部风险的能力同样重要，并很有可能成为企业竞争优势的一项来源。功能分析应当识别：（1）风险的来源；（2）哪些实体应对和管理这些风险；（3）这些风险对价值创造的影响。

草案讨论了风险管理活动以及确定集团中有能力和职权管理风险的部门的重要性。风险管理涵盖了决策的职能及相关能力的三个方面：（1）决定是否承担风险的能力；（2）在风险出现时，应对风险的能力；（3）采用风险管理战略的能力。草案指出，向制造商简单给予成本加成的方式或者向分销商给予固定的营业利润并不能辨别出哪家实体承担了风险管理活动，也不能识别哪家实体应当从风险管理活动中得到补偿。相反，在功能分析中所确定的交易各方的实际行为将是重要的判断依据。

草案指出，在独立交易的交易方之间，仅仅按照合同的规定分配风险但无风险控制能力的情况基本不会出现。因此，从转让定价角度看，仅按照合同规定分配风险不能够支持风险转移的结论。草案认为，在独立方之间转移核心风险的可能性极为有限；这是因为独立方之间可能难以具备向第三方分享核心竞争内容的意愿，所以承担与核心竞争力相关风险的意愿也会很低。本项草案借鉴了在“道德风险”段落中讨论的原则，并就道德风险应当在关联方风险分配中所扮演的角色征求公众意见。

草案还认为，仅仅因为风险可以被转移并不意味着（风险转移的）交易即符合独立交易原则；将更确定或更低的风险回报换取不确定或更高的风险回报，该“风险收益交换”不应被用来自我证明风险转移的合理性，而只有当受让者能够更有效地或比转让者更好地来管理风险时，这种转移才可能会发生。同时，本项草案对仅是为了转移风险回报而发生的交易在独立交易原则下是否应被认可征求公众意见。（另请参阅下文就交易不予认可的相关讨论。）

草案表示，对关联方之间风险分配和风险管理的确定仅是转让定价分析的第一部分。同样重要的第二部分则在于，相比验证对象如何确定基准或可比公司的风险分配和管理。在许多常规的交易中，基准或可比公司可能具有相似的风险和风险管理活动。草案将分销商作为其中一项示例。而更多的案例讨论以及更进一步的阐述将对此很有帮助，因为在许多活动中，基准或可比公司所承担的风险和/或风险管理行为与验证对象存在相似之处。在这些情况下转让定价分析不会要求对风险进行调整或对风险管理活动进行额外补偿，因为预期的回报和风险的管理已经包含在基准或可比公司的财务结果之中。

不予认可和重新定性

草案提出了从转让定价角度，实际交易可能被税务机关不予认可的新的情形。至今，转让定价指南仅在很有限的情况下允许实际交易可以被忽略或重新定性：（1）交易的实质与形式不符；或（2）与非关联方之间的交易不同且其实际交易结构阻碍了合理交易价格的确定。现有的指南所指出的对非实际交易的定价所造成的种种疑虑，得到许多方面的认同。

根据草案，由于跨国公司可以将其业务分拆至多个实体，并且将资产、功能和风险分配到不同法人实体的结果可以被控制，因此产生了对实际交易不予认可的需要。所以，只有当关联交易具有“非关联方之间交易所具有的基本经济属性和商业合理性”时才可以从转让定价的角度被认可。本项草案提出，相较于其它实际可采取的选项，参与交易的集团各公司应具有提高或保护其商业或财务地位的合理预期；其中一项相关的考虑是此项交易对跨国集团整体税前经济情况的影响。

草案通过一项示例对不予认可的概念进行了诠释。在案例中，S1 在其业务中拥有具有价值的商标，并通过开展广泛的市场营销提升该商标价值。S1 将商标以 4 亿美元的价格卖给了在低税率地区的 S2。S2 雇用了能够对商标进行评估、监控和指导使用的人员，且 S2 与 S1 签订合同，由 S1 向其提供广泛的市场营销以提升商标价值。S1 向 S2 支付的特许权使用费作为 S2 的财务报酬。S2 除了与 S1 的合同约定之外并不具备实际使用该商标的能力。草案认为，S2 发生的成本与 S1 发生的成本重复，且该成本会在很大程度上被税金节约额抵消。草案的总结认为，S1 没有通过这项交易提高它的商业利益；而且，如果不参与这项交易，其经济状况反而会更好。因此上述交易缺少了非关联方之间交易的基本经济属性，所以不能被认可。该案例的最终结论是，商标应被视为 S1 持有。

草案中的上述内容可能会引发大量讨论，其中可能包括以下议题：

- 草案的这一观点可能会增加不确定性、争议、乃至潜在的双重征税，因为基于以往业务重组或资产销售的税务检查经验，重新定性如果被作为常用方法的话，很可能会带来更多争议；
- S1 可能会通过上述安排释放出资金以投资于其它活动，并减少其资金成本，从而实质性提高了其商业和财务地位，但这些考虑没有被包含在示例分析中来说明其经济状况有可能通过该交易获益的情形；
- 税务当局可能采用多种不同的方式对不予认可的交易进行重新定性，这将为纳税人准备转让定价报告文档的工作带来更多挑战，并可能导致由于纳税人文档准备难以按照税务当局的方式进行而被征收罚款；
- 草案提议的方法与先前发布的针对转让定价指南第六章的建议得出的结论并不一致。按照先前发布的第六章的分析思路，S2 会被认为拥有无形资产（即没有忽略实际交易），但 S2 向 S1 的支付会导致 S1 已经获得大部分与无形资产相关的回报。因此，即使不借助于对实际交易的不予认可和重新定性，通过恰当运用独立交易原则，“合理的”无形资产回报也可以得到实现。

可能的特别措施

早在 BEPS 项目开始阶段，围绕是否需要基于或超越独立交易原则出台“特别措施”以应对税基侵蚀与利润转移的问题就已被提出。彼时公众的顾虑是在运用独立交易原则时，尤其是存在无形资产交易和集中化经营的背景下，税基侵蚀和利润转移的行为已经成为了可能。在相关行动计划草案出台前，包括第 3 项行动计划（加强受控外国企业规则的应用）、第 4 项行动计划（利息扣除）、第 8 项行动计划（无形资产）以及第 9、10 项行动计划（风险和资本），上述问题就已出现。综合上述各项行动计划的成果，恰当运用转让定价独立交易原则并结合其他的改变可能意味着特别措施并非必须。相反，在特定情形下采用特别措施将意味着摒弃独立交易原则并采用其他的利润分配方式，这相比独立交易原则而言可能是一种倒退。独立交易原则虽然受到一系列挑战，但在较长时间内这一原则的使用在大部分情况下仍然发挥了消除双重征税的作用。

尽管如此，考虑到纳税人和税务机关之间的信息不对称，以及跨国公司资本注入低税负、简单功能公司的便利性等因素，本项草案仍然认为可能需要引入特别措施以消除可能剩余的税基侵蚀和利润转移风险。

本项草案考虑了可能须使用特别措施以防止税基侵蚀和利润转移的情形，并提出其中的一系列问题邀请公众参与评论。草案也提到下一步将开展大量的规则设计工作，并且行动计划同样将考虑防止双重征税的问题。

草案建议对以下情形采取特别措施：

- 以一次性付款出售难以估值的无形资产，并且无法向税务机关提供可靠的财务分析和预测。草案提出，在此情况下纳税人应当证明其财务预测的可靠性，或者应当考虑采用类似美国税法中“与收入相匹配”的有关规定。该情形的问题在于税务机关在不接受独立交易原则的情况下，可能会根据交易事后获得的信息，来主张适用特别措施的条件已经达到。
- 参考假设“独立投资者”测试或者参考集团全球资本指标的“资本强化”规则来判断提供资金的不合理回报。然而，在取得关于利息扣除的第 4 项行动计划和关于无形资产的第 8 项行动计划工作成果的背景下，上述特别措施可能并不需要。
- 对于跨国集团企业设立某些功能极小的实体，该实体缺少创造价值的实质功能并且仅依靠集团关联企业的架构安排的情形，进行强制性的利润分割或类似于受控外国企业安排的利润分配。然而，在取得第 8、9 和第 10 项行动计划工作成果的背景下，上述特别措施可能也并不需要。
- 确保对剩余的低税负回报进行适当的征税，包括依靠受控外国企业规则（首要规则）以及征税权地域分配规则（次要规则）进行征税等。同样在取得第 8、9 和第 10 项行动计划以及第 3 项行动计划工作成果的背景下，上述特别措施可能并不需要。

小结以及中国转让定价实务观察

本项草案并不是一份已由各方达成共识的文件，并且有迹象表明并非所有国家政府都完全赞同行动计划草案的方向。经合组织也表示了其他观点的存在，并且针对一些有争议的概念要求各国进行评论，例如本项草案中涉及的道德风险、风险收益交换理论以及对于实际交易的重新定性或者不予认可等。跨国公司应当仔细复核上述行动计划草案并向经合组织反馈其意见。

草案延续了经合组织在进行功能风险分析时，需重点关注实际行为和交易各方在价值创造中所作贡献的立场。如我们在此前分析中所指出的，上述趋势吻合了中国税务机关要求了解集团整体供应链中价值创造活动的观点。

本项草案中一个期待已久的部分当属经合组织提议为应对税基侵蚀与利润转移而可能采取的特别措施。同时，本项草案也提供了一些关于对实际交易不予认可和重新定性的更详细的指引，而这也是一个极具有争议性的领域。

国家税务总局在 2014 年 12 月刚刚发布了一般反避税管理办法，该办法也同样强调了“实质重于形式”原则的应用，并将对实际交易不予认可和重新定性作为调整方法之一¹。在实践操作中，中国税务机关已经在转让定价调查方面广泛使用了上述方法，部分典型的案例包括：

- 纳税人是一家来料加工生产商，部分地方税务局要求依照可比进料加工生产商的获利水平来认定纳税人应当获得的回报。
- 纳税人拥有一支规模庞大的本地团队为其海外关联方提供本地销售和营销服务，税务机关不接受使用服务成本加成收取服务费的模式，而认为纳税人应当获得与经销商相类似的回报。
- 在一个同时拥有海外主体和中国常规公司的商业模式中，中国税务机关提出不认可海外主体的存在，认为剩余利润应当归属中国公司；或者，海外主体被认为仅从事一些有限的行政管理服务，因此应当仅获得有限的常规利润。

上述事实再次印证了我们的观察，即中国税务机关紧跟 BEPS 发展的步伐，已经在转让定价实践中积极运用了许多复杂的概念和方法。

¹ 重新定性在 2009 年发布的特别纳税调整实施办法的一般反避税管理章节已经被提出。

本文由德勤中国为本行中国大陆及香港之客户及员工编制，内容只供一般参考之用。我们建议读者就有关资料作出行动前咨询税务顾问的专业意见。如欲垂询有关本文的资料或其它税务分析及意见，请联络：

北京

吴嘉源

合伙人

电话：+86 10 8520 7501

传真：+86 10 8518 7501

电子邮件：keving@deloitte.com.cn

香港

展佩佩

合伙人

电话：+852 2852 6440

传真：+852 2520 6205

电子邮件：sachin@deloitte.com.hk

深圳

展佩佩

合伙人

电话：+86 755 8246 3255

传真：+86 755 8246 3186

电子邮件：sachin@deloitte.com.hk

重庆

汤卫东

合伙人

电话：+86 23 6310 6206

传真：+86 23 6310 6170

电子邮件：ftang@deloitte.com.cn

济南

蒋晓华

总监

电话：+86 531 8518 1058

传真：+86 531 8518 1068

电子邮件：betjiang@deloitte.com.cn

苏州

许柯/梁晴

合伙人

电话：+86 512 6289 1318/1328

传真：+86 512 6762 3338

电子邮件：frakxu@deloitte.com.cn
mliang@deloitte.com.cn

大连

汤卫东

合伙人

电话：+86 411 8371 2888

传真：+86 411 8360 3297

电子邮件：ftang@deloitte.com.cn

澳门

展佩佩

合伙人

电话：+853 2871 2998

传真：+853 2871 3033

电子邮件：sachin@deloitte.com.hk

天津

苏国元

合伙人

电话：+86 22 2320 6680

传真：+86 22 2320 6699

电子邮件：jassu@deloitte.com.cn

广州

展佩佩

合伙人

电话：+86 20 8396 9228

传真：+86 20 3888 0121

电子邮件：sachin@deloitte.com.hk

南京

许柯

合伙人

电话：+86 25 5791 5208

传真：+86 25 8691 8776

电子邮件：frakxu@deloitte.com.cn

武汉

祝维纯

合伙人

电话：+86 27 8526 6618

传真：+86 27 8526 7032

电子邮件：juszhu@deloitte.com.cn

杭州

卢强

合伙人

电话：+86 571 2811 1901

传真：+86 571 2811 1904

电子邮件：qilu@deloitte.com.cn

上海

郭心洁

合伙人

电话：+86 21 6141 1308

传真：+86 21 6335 0003

电子邮件：eunicekuo@deloitte.com.cn

厦门

展佩佩

合伙人

电话：+86 592 2107 298

传真：+86 592 2107 259

电子邮件：sachin@deloitte.com.hk

关于德勤中国税务技术中心

德勤中国税务团队于二零零六年成立德勤中国税务技术中心，旨在不断提高德勤中国的税务服务质量，为客户提供更佳的服务及协助税务团队出类拔萃。德勤中国税务技术中心编制、发布了“税务评论”、“税务要闻”等系列刊物，从技术的角度就新近颁发的相关国家法规、法例作出评论分析与介绍；并对疑点、难点作出专题税务研究及提供专业意见。如欲垂询，请联络：

中国税务技术中心

电子邮件：ntc@deloitte.com.cn

主管合伙人

许德仁

合伙人

电话：+86 21 6141 1498

传真：+86 21 6335 0003

电子邮件：lkhaw@deloitte.com.cn

华北区

张博

合伙人

电话：+86 10 8520 7511

传真：+86 10 8518 1326

电子邮件：juliezhang@deloitte.com.cn

华南区(香港)

殷国璋

合伙人

电话：+852 2852 6538

传真：+852 2520 6205

电子邮件：dyun@deloitte.com.hk

华南区(内地/澳门)

张文杰

总监

电话：+86 20 2831 1369

传真：+86 20 3888 0121

电子邮件：gercheung@deloitte.com.cn

华东区

朱正萃

总监

电话：+86 21 6141 1262

传真：+86 21 6335 0003

电子邮件：kzhu@deloitte.com.cn

如欲索取本文的电子版或更改收件人信息，请联络陆颖仪 Wandy Luk (wanluk@deloitte.com.hk) 或传真至+852 2541 1911。

关于德勤

Deloitte (“德勤”) 泛指德勤有限公司 (一家根据英国法律组成的私人担保有限公司，以下称“德勤有限公司”)，以及其一家或多家成员所。每一个成员所均为具有独立法律地位的法律实体。请参阅 www.deloitte.com/cn/about 中有关德勤有限公司及其成员所法律结构的详细描述。

德勤为各行各业的上市及非上市客户提供审计、税务、企业管理咨询及财务咨询服务。德勤成员所网络遍及全球逾 150 个国家，凭借其世界一流和高质量专业服务，为客户提供应对最复杂业务挑战所需的深入见解。德勤拥有约 200,000 名专业人士致力于追求卓越，树立典范。

关于德勤大中华

作为其中一所具领导地位的专业服务事务所，我们在大中华设有 22 个办事处分布于北京、香港、上海、台北、成都、重庆、大连、广州、杭州、哈尔滨、新竹、济南、高雄、澳门、南京、深圳、苏州、台中、台南、天津、武汉和厦门。我们拥有近 13,500 名员工，按照当地适用法规以协作方式服务客户。

关于德勤中国

德勤品牌随着在 1917 年设立上海办事处而首次进入中国。目前德勤中国的事务所网络，在德勤全球网络的支持下，为中国的本地、跨国及高增长企业客户提供全面的审计、税务、企业管理咨询及财务咨询服务。在中国，我们拥有丰富的经验，一直为中国的会计准则、税务制度与本地专业会计师的发展贡献所长。

本文件中所含数据乃一般性信息，故此，并不构成任何德勤有限公司、其成员所或相关机构(统称为“德勤网络”)提供任何专业建议或服务。在做出任何可能影响自身财务或业务的决策或采取任何相关行动前，请咨询合资格的专业顾问。任何德勤网络内的机构不对任何方因使用本文件而导致的任何损失承担责任。