

税务评论

香港税务

作者:

香港特别行政区

殷国炜

税务合伙人

电话: +852 2852 6538

电子邮件: dyun@deloitte.com.hk

陈得成

高级税务经理

电话: +852 2852 5612

电子邮件: finchan@deloitte.com.hk

草议中的监管资本证券税收法例对香港金融机构的潜在影响

香港政府于 2015 年 12 月 4 日在宪报刊登了《2015 年税务（修订）（第 4 号）条例草案》，其中针对企业财资中心的新法例占了主要篇幅，同时澄清了有关金融机构按照银行业资本规则（或巴塞尔银行监管委员会其他成员国的相关规则）所发行的合资格监管资本证券（“监资证券”）的税务处理。本文旨在讨论这些变化对香港金融机构带来的潜在税务影响。

监资证券是一种混合了债券和股票的金融工具¹，并能够折现或转换为普通股以减低当下的损失。监资证券是通过增加银行资金的流动性以及降低银行杠杆比率，以满足巴塞尔协议 III²的资本充足要求。

1. 建议中的税务处理概要

根据香港税务条例³的现行规定，监资证券不一定被视为债务。鉴于监资证券的税务处理的不明确性，条例草案旨在：

- 将监资证券视作债券，令监资证券（撇除偿还本金外）的开支将被视为利息支出；
- 将监资证券衍生的所得及其销售或赎回的利润视作营业收入；
- 否定以公允价值的会计方法计算监资证券的利润；以及
- 不将监资证券视作股票，因此香港印花税并不适用于购入或销售监资证券。

¹ 监资证券是合格的资本工具或根据巴塞尔委员会管辖地区的法律或监管要求下的额外一级资本工具（“AT1”，Schedule 4B 银行（资本）规则（Cap 55 sub. Leg. L）或合格的资本工具或根据巴塞尔委员会管辖地区的法律或监管要求下的二级资本工具（“T2”，Schedule 4C 银行（资本）规则（Cap 155 sub. Leg L）。

² 巴塞尔协议 III（巴塞尔协议 I 和巴塞尔协议 II 之后的协议）是一个全球性、自愿对银行资本充足率监管的框架。压力测试和市场流动性风险，应对在 2007 年和 2008 年金融危机期间的问题。巴塞尔银行监管委员会（香港金融管理局是其成员之一）决定由 2013 年 1 月 1 日开始，于其成员国实施巴塞尔协议 III 的规定，直至于 2019 年 1 月 1 年全面实行为止。

³ T2 的成熟期通常预先被确定而回报相当稳定，在税务条例下应该被视为债务。但是，AT1 的税务处理则带有不确定性。

由于该法案或会改变香港对发行监资证券的境外金融机构的香港分行所实行的地域来源征税处理，并引入过分严苛的“沾染法则”（见第4点）以不允许监资证券的开支作税前扣除，这些引起了注意的议题将在下述详谈：

2. 地域来源

如上文所述，该法案可能改变了香港对发行监资证券的境外金融机构的香港分行一向所采用的地域来源征税原则。

根据税务条例第14(1)条的地域来源原则，任何人士在香港经营活动须就产生或来自香港的利润交付香港利得税-即源自海外的收入并不征税。

该条例草案对地域来源原则有潜在影响的条文包括：

- 根据第17E条，如财务机构与其关联机构在处理监资证券的相关交易时，并非基于各自独立利益原则进行交易，其利润须给予调整。
- 第17G(2)条规定，透过发行监资证券的境外财务机构的香港分行会被视为一间独立分开的企业，而其利润必须在以下条件订立：(a) 在相同或类似的条件下，从事相同或类似的活动；及(b) 在完全独立于该境外机构的情况下进行交易。
- 根据第17G(3)条，在应用第(2)款时，税务局须考虑有关境外财务机构对应香港分行所执行的职能、使用的资产和承担的风险。
- 按照第17G(5)条，香港分行与有关的境外财务机构之间的监资证券交易，必须按照独立利益原则进行。
- 第17H条指出，第17E及17G条不能阻止类似该等条文所订定的独立分开企业原则和独立利益原则以适用于该等条文没有所述的个人或情况。

3. 独立分开企业

首先，我们质疑是否有必要将非税务居民金融机构的香港公司视作“独立分开的企业”。如果条例于30年前推出，即是在1985 *Banque Nationale de Paris Hong Kong Branch v CIR*⁴ (BNP) 的案件审议之后，会更容易理解。在BNP案中，BNP香港分行就其境外总行收取的利息支出作税前扣除不被允许，原因是总行和分行都属同一个法律实体，而同一个实体不能够有法律责任向自己收取费用。然而，这案例所提出的规范并没有在实际情况下严格执行。税务局一般接受香港分行向其总行支付的利息费用作税前扣除，就如同境外金融机构的总行和香港分行是独立的法律实体。因此，第17G(2)条并不是对应BNP案的情况下所制定。既然如此，到底第17G(2)条的立法原意何在？我们可从香港政府以下的解释得到启示：

于2016年1月，香港政府澄清⁵，第17G(5)条是为了确保“非税务居民银行的香港分行和同一家银行之间的任何监资证券交易，将被视作在公平交易情况下进行。”然而，有人忧虑第17G条所涵盖的范

⁴ 2 HKTC 139。

⁵ 财经事务及库务局，税务局和香港金融管理局于2016年1月在立法会联合发布的声明，CB(4)534/15-16(01)。

围不止于监资证券交易，并适用于香港分行的其他交易。换句话说，税务条例第 14 条沿用已久的地域来源原则将不适用于确认分公司的利润。政府就此响应：

“建议的第 17H 条不应该被解读为向其他领域引入独立利益和独立企业原则。第 17H 条规定，建议的第 17E 条和第 17G 条不能阻止该等条文所订定的独立分开企业原则和独立利益原则以适用于该等条文没有所述的个人或情况”

政府还承诺会在条例草案通过后，会进一步通过税务条例释义及执行指引诠释如何应用第 17G 条。

政府的解释未尽完善的原因，是第 17H 条指出“第 17E 条和第 17G 条不会阻止类似的原则应用在……”。换句话说，第 17H 条可被理解为阻止与第 17G 条不类似的原则应用在透过发行监管资本证券筹集资本的非税务居民金融机构的香港分行，例如第 14 (1) 条的地域来源原则。

有关从境外金融机构分配到香港分行的利润，政府更指出：

“目前，根据香港与多个税务管辖区签订的避免双重征税税收协定的第 7 条⁶ - ‘……实际上... 香港分公司的利润分配将按照独立企业原则”

因此，税务局有可能希望在税基侵蚀与利润转移 (BEPS)⁷ 的框架下建构一个境外金融机构的香港分行确认利润的新方法。

每家海外金融机构都有不同的方法将其利润分配到香港分行。许多海外金融机构会设计自己的分配方法，而最广泛被运用的标准是“紧密联系”测试，即金融机构的管理层将审视海外金融机构与其香港分行如何“紧密联系”以产生整体利润而分配其一部分利润。虽然这个测试在某程度上，与第 17G (3) 条所建议的“执行的功能，使用的资产和承担的风险”原则相似。然而，他们是不一样的。此外，不能确定的是，分配给香港的利润会否，在第 17G 条框架下，被视作在第 14 条下的“离岸利润”而不须缴纳利得税。如果这不能在理论或实际上实行，它就会令金融机构，视乎其有否发行监资证券，在香港产生了两个不同的利润确认方法，：

- 香港注册成立以及不需要发行监资证券的境外金融机构⁸的利润仍然会根据税务条例第 14 条的地域来源原则去确认；和
- 香港以外注册成立并发行监资证券的金融机构，其利润将按照第 17G 条确认。

⁶ 在经合组织模式下避免双重征税税收协定第七条涵盖“业务利润”。在此条文中，常设机构的利润(即公司分行)将会被视为一个在相同或相似的情况下从事相同或相似的活动的一个独立企业，及独立地与其他个体交易。

⁷ 在 2012 年 11 月，20 国集团(G20)会议的领导人呼吁协调行动，以加强国际税收标准和支持经合组织识别在税法上可能的差异。因此，经济合作与发展组织在 2013 年 2 月发表了一份名为“解决基础侵蚀和利润转移”的报告，集中在基础侵蚀和利润转移的存在和大小。随后针对基础侵蚀和利润转移的工作于 2015 年 10 月发表了最终报告。

⁸ 如果境外金融机构的相关税务居民地区与香港签订了避免双重征税税收协定，境外金融机构香港分公司的利润将根据该协定有关“业务利润”的条文而定。请看附注 12。

这样可能会产生境外公司香港分行和香港税务居民之间的税务处理差别。这种差异可能会违反经合组织非歧视条例(比如香港与荷兰税收协定的有关条款)⁹。被不公平对待的香港分行,可以根据有关的避免双重税收协定的相互协商程序索偿。

4. 沾染法则

如任何监资证券发行予指明关联者,或由该关联者持有或为该关联者的利益而发行或持有的监资证券,其分配的利润(被视为利息支出)将不会被第17F条允许扣除,除非用以认购监资证券的款项是直接或间接地通过发行监资证券,债券或债务工具而获取的。在第17D(5)条中,指明关联者是指监资证券发行人的关联者,而不包括下列人士:

- 须就有关监资证券收入课税的人士;
- 受托人;
- 单位信托受益人;
- 退休计划的成员;
- 做市商;
- 公共机构;或
- 政府持有超过50%的法人团体。

换句话说,如果监资证券的任何部分是由关联者认购,而其来自监资证券的收入并不须缴纳香港利得税,那么监资证券全数分配的利润将不会被允许扣除。在商业世界里,虽然发行监资证券的意图是让公众认购,但当公开认购额不足时,由关联方认购的情况并不罕见。由于监资证券是由境外金融机构发行,认购监资证券的关联方通常是不须缴交香港利得税的海外实体,亦即是“指明关联者”。在这样的情况下,监资证券应付的全部利息将不被允许扣除。

5. 评论

草案中关于分配予香港分行利润的条例,对拥有香港分行的境外金融机构有重大影响。海外金融机构会否发行监资证券融资,将会是一个非常重要的决定(尽管这种监资证券并没有分配到其香港分行¹⁰)。因为,无论监资证券是否被视为债务,这很可能影响到香港分行的应纳税所得额。

例如,按照现行法例,假设一个金融机构的香港分行有1亿港元的利润,而其中30%被视作离岸非应税利润(假设该30%亦无须于总行的所在地区缴税)。在第17G(3)条和17G(5)条的新准则下,香港分公司的利润可被视为8千万港元并无离岸利润(假设这分配的利润是对应在香港的活动量,令离岸利润的空间大幅减少)。该2千万港元利润(一亿港元减8千万港元),即现行的地域来源原则

⁹ 香港与荷兰签订的避免双重征税协定第24(3)条提出签订国的任何公司于另一签订国的常设机构所缴交的税额不应比于该签订国内从事相同活动的公司多。此条文将不会被诠释为签订国有义务基于给予其自身居民的公民身份或家庭责任,而授予另一签订国的税务居民任何个人免税额或税务宽减。

¹⁰ 第17G(1)条指出,只要非税务居民金融机构通过发行监资证券融资,第17G条的其他条文将适用于确认其香港分行的利润,无论监资证券有否被分配到香港分行。

与新条例草案之间的利润差额，可能就须于总公司所在地区缴税。这在一定程度上符合 BEPS 第 6 项行动¹¹下的避免双重不征税原则，以及第 9 项行动和第 10 项行动¹²的转让定价方法。

如果政府想限制第 17G 条对监资证券交易的应用，应该在法律中用更加明确的字眼，而不是透过税务条例释义及执行指引加以解释。

我们希望税务局可放宽沾染法则，例如只是对指明关联者认购的股份利润分配部分，而不是对整体利润分配作不被允许扣除。

条例草案至今尚未通过，我们期待立法过程中对草案的修改，能解决本文所提出的问题。

¹¹ BEPS 最终报告中第 6 项行动“防止滥用协议”提出一个香港可以在避免双重税收协定中采用的三管齐下的方法。其中一个建议是在协定中的标题和序言包含一个明确的声明指出双方致力避免创造通过逃税以致减少税收的机会。

¹² 请参考 BEPS 最终报告中第 9 项行动“确保移转定价结果与价值创造吻合：风险与资本”；和第 10 项行动“确保移转定价结果与价值创造吻合：高风险交易”。

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

朱校

合伙人

电话：+86 10 8520 7508

传真：+86 10 8518 7326

电子邮件：andzhu@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

李旭升

合伙人

电话：+86 755 3353 8113

传真：+86 755 8246 3222

电子邮件：vicli@deloitte.com.cn

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

白凤九

合伙人

电话：+86 411 8371 2888

传真：+86 411 8360 3297

电子邮件：bilbai@deloitte.com.cn

澳门

邓伟文

合伙人

电话：+853 2871 2998

传真：+853 2871 3033

电子邮件：raytang@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

李旭升

合伙人

电话：+86 20 8396 9228

传真：+86 20 3888 0121

电子邮件：vicli@deloitte.com.cn

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

钟锐文

合伙人

电话：+86 592 2107 298

传真：+86 592 2107 259

电子邮件：jichung@deloitte.com.cn

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)

殷国炜

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和它们的关联机构。德勤有限公司与每一个成员所均为具有独立法律地位的法律实体。德勤有限公司 (又称“德勤全球”) 并不向客户提供服务。请参阅关于德勤中有关德勤有限公司及其成员所的详细描述。

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 23 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、合肥、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。