



# 成本分摊协议何去何从

## ——美国亚马逊案例之浅析

舒伟 余华颖 孙一顺（德勤中国 上海 200002）

亚马逊案不仅是继 2009 年 Veritas 案<sup>1</sup>和 2015 年 Altera 案<sup>2</sup>两起成本分摊税务案件后又一举足轻重的判例，其延伸意义在于全面涵盖了美国新老税法典型下就成本分摊安排而言最具挑战的技术争议。2017 年 3 月 23 日，美国税务法庭的宣判，标志着亚马逊案这一重大的成本分摊协议案件的基本落幕，法官 Lauber 判决纳税人胜诉，而美国国内收入局（IRS）对纳税人成本分摊安排的重大调整被认定为主张武断、前后反复、不尽合理。在审理过程中，纳税人和 IRS 围绕本案几个关键技术点，引用先前判例，展开了激烈争辩。由于成本分摊案件涉及大量专业判断和技术分析，单就双方各自援引证词的专家证人就多达 30 位。

2017 年 9 月 29 日，IRS 又向美国联邦第九巡回上诉法院提起诉讼，法庭将在不久进一步审议当事双方各自递交的立场文件。亚马逊案将对在美中资企业产生重要的税务影响，对此，我们尝试梳理该案的基本情况，对判决进行分析，并对中资企业和中国税务部门提出建议。

### 一、亚马逊案例的背景概要

2005 年前，亚马逊美国（统指亚马逊集团在美国的分支机构）拥有并不断发展其欧洲网站业务，主要涉及英国、德国和法国市场。

2005—2006 年间，通过一系列的业务重组活动，美国亚马逊透过其在卢森堡新建立的一家子公司（简称“亚马逊卢森堡”），和亚马逊美国签订了成本分摊协议，这份协议符合当时的美国税务法规。通过该协议，亚马逊美国将先前拥有的与欧洲网站业务相关的三项重大无形资产以“加入支付”（即 Buy-in Payment）的交易形式转让给亚马逊卢森堡<sup>3</sup>。上述三项重大无形资产包括：网站相关技术（软件和其他网站必要的技术、网站运营中心等）；营销型无形资产（商标、商号、域名等）；欧洲客户信息资源（欧洲客户名单和相关客户个人和购买信息等）。

根据签订的成本分摊协议，亚马逊卢森堡在加入支付交易达成之后的每年，向亚马逊美国支付年度分摊的无形资产成本费用（即成本分摊支付），该成本分摊支付以亚马逊卢森堡从上述无形资产中获得的合理预期收益为分摊依据。纳税人通过逐项评估无形资产的公允市场价值，得出约 2.5 亿美元的总价，作为上述加入支付的交易定价。IRS 认为，上述三项无形资产的总价值达到约 36 亿美元（后调整为约 34.7 亿美元），双方的主张在加入支付的定价问题上产生了巨大价差。而 IRS 于近期再次提起诉讼，主要瞄准的也正是上述加入支付的定价鸿沟。

另外，IRS 和纳税人在确定每年的成本分摊上，均

1 Veritas Software Corp. v. Commissioner, 133 TC No. 14 (2009).

2 Altera Corp. v. Commissioner (IRS), 145 T.C. No. 3 (2015).

3 从 OECD 最新的观点来看，本案中的亚马逊卢森堡是否能够持续拥有无形资产的经济所有权，可能会成为未来纳税人需要关注的问题。



认同应以合理预期收益作为度量标准，但在确定相关的成本库上再次产生分歧，分歧包括是否应当将相关成本中心发生的全部成本作为成本分摊协议的成本库，以及与股权激励相关的成本在美国和卢森堡双方签订了“追索条款” (Claw-back Provision) (以相关法规修黜和判决为条件的补偿性条款) 的前提下，是否应当作为无形资产开发成本纳入每年成本分摊的范围。

## 二、法院的主要考量和依据

### (一) 关于加入支付的定价

如前所述，本案中控辩双方就相关无形资产加入支付的定价产生了巨大价差争议。按照双方各自的分析，上述价差的主要成因源于以下几个方面：

1. 无形资产的估值方法。无形资产的估值是美国新旧成本分摊法规的重要变化之一。相较于 1996 年的旧法规，2009 年 1 月生效的新成本分摊临时法规（正式法规于 2011 年 12 月最终定稿）使用了平台贡献交易 (Platform Contribution Transaction, PCT) 这一术语。依照美国财政部的解释，新法规并不限制所谓的平台贡献交易必须是法定意义下的无形资产补偿交易。

在本案中，IRS 最初主张的估值方法基于现金流量折现（即传统意义上的收入法）模型对三项无形资产整体估值，作为计算加入支付的基础。法院驳回了这一主张，主要原因在于法院认为基于双方的成本分摊协议，加入支付的标的应明确为前述的三项无形资产，而无形资产的整体估值里很可能包含了非标的资产，例如现有劳动力、持续经营价值、企业商誉、发展机遇和其他资源等。法院认为，上述非标的资产作为一个企业的整体，难以分割也无法单独出售，却包含于整体估值之中，纳入了 IRS 的评估结果。在 Veritas 案中，法院也对类似争议作出了判断，即按照该案适用的成本分摊协议法规，在分析加入支付交易时，交易时点之后开发产生的后续无形资产不应直接纳入现金流量折现估值。这意味着，基于企业整体现金流的估值实际上很可能超越了加入支付的真正的无形资产标的。

值得注意的是，如若应用 2009 年新法规来看待本案，则 IRS 的主张可能更易获得法院的支持。然而，鉴于新法规并不适用本案，法院作出了与 Veritas 案中相同的认定。法院否决了 IRS 的现金流量折现下的整体估值，而认同了前述三项无形资产应当作为加入支

付的准确标的，并应采用等价特许权使用费折现的方法（即，Relief-from-Royalty）逐一评估三项无形资产的价值。IRS 在这一点上试图取得突破，却最终未果。但 IRS 在这一问题上似乎坚持己见，预计将在后续上诉过程中会再次提出抗辩。

2. 无形资产的使用寿命和价值贬损。无形资产使用寿命同样是美国新旧成本分摊法规的重要差异所在。简而言之，新法规下 IRS 对于平台贡献交易的定价往往倾向于使用较长甚至是无限寿命作为估值的重要参数，这一观点实际上与 OECD 的主张有所不同。

在本案中，影响加入支付金额的另一大因素便是如何确定无形资产的使用寿命。虽然在 Veritas 案中 IRS 永续寿命的主张已被法院否决，然而在本案中 IRS 仍然试图举证说明并主张亚马逊转让的三项无形资产应以永续寿命来看待。结果不出意外，法院再次驳回了这一观点。更进一步的是，法院就三项无形资产的使用寿命以及随着时间推移发生的价值贬损给出了自己的判断和依据。

以第一项无形资产——网站技术为例，法院认为该技术的合理使用寿命为 7 年（忽略残余期），且由于自 2005 年 1 月（接近于成本分摊协议达成的时间）起，该技术中的主要组成部分陆续被修改或替换，而亚马逊卢森堡通过每年支付分摊的开发成本已取得了修改后和新开发部分的经济所有权，因此法院认为在独立交易原则下，如果亚马逊卢森堡是独立第三方，其所支付的等价特许权使用费应当逐年下降。类似地，法院对其他两项无形资产给出了自己的判断。其中，商标、商号、域名等营销型无形资产（第二项组无形资产）的使用寿命被认定为 20 年，主要依据涵盖了对行业的分析、亚马逊集团在欧洲的发展历史以及经营模式等等。另外，法院认为没有理由认定改组无形资产一定会发生价值贬损，但法院认可了纳税人对于欧洲本地开发和拥有的营销型无形资产应予以从整体价值中折减的主张，最终认定整体无形资产估值结果中的 25%（纳税人最初主张 50%）应归属于欧洲本地部分，予以折减。对欧洲客户信息资源（第三项无形资产）的争议则更为有趣。控辩双方均认可，对应改组无形资产的等价特许权使用费，应当为可比的客户推介费，并且存在可以参考的内部可比非受控价格（即客户推介费率），因此，双方争辩的重心转移到了如何确定客户推介费



的计费基础上<sup>4</sup>。

由于使用寿命应当为若干年还是永续，是否逐年发生价值贬损，对最终无形资产的估值都影响巨大，IRS 在这一问题上针锋相对，举证亚马逊内部存在的与外部独立第三方发生的可比非受控交易证明了永续支付同一特许权使用费率的安排是客观存在的。然而，法院认为 IRS 举证的非受控交易并不足够可比，原因在于该举证交易中，外部第三方有权免费获得所有技术（即授权其使用的无形资产）的无限升级，因此支付的特许权使用费中实际上包含了原始无形资产和后续开发升级产生的无形资产的总和，这与卢森堡加入成本分摊协议并逐年承担后续开发成本相比存在显著差异。换言之，法院认为，如果在加入支付的估值中不考虑价值贬损（即在使用寿命内使用单一相同的特许权使用费率），在某种程度上亚马逊卢森堡相当于就其在加入成本分摊协议后，后续开发的无形资产重复支付了两道费用，一道为每年的开发成本分摊，另一道则为在评估加入支付时被计入估值模型内的特许权使用费，因此，法院否定了 IRS 的观点。

3. 其他影响无形资产估值结果的重要因素。除上述针对估值方法、使用寿命和价值贬损方面的争辩外，影响估值结果的其他重要参数还包括等价特许权使用费费率的选用和调整、折现率的选用等。其中，法院基本采取了优先考虑内部可比非受控价格法的立场（其次为基于外部数据库搜索而来外部可比非受控价格），这一立场也与美国转让定价法规在转让定价方法选用上的优先顺序一致。而在折现率问题上，尽管 IRS 提出亚马逊公司的资金部曾使用 13% 作为公司投资项目的加权平均资本成本，但基于控辩双方估值专家的分析（双方均认同使用最为广泛接受的资本资产定价模型，即 CAPM 模型），法院最终认定三项无形资产均应使用 18% 这一相同的折现率，并且就确定 CAPM 模型中的一些关键参数（如估计亚马逊公司的贝塔（ $\beta$ ）系数）进行了辩论。

## （二）关于成本分摊支付的争议

在加入支付以外，控辩双方另一争论的关键点在于如何确定与无形资产开发成本相关的总成本库，该总成本库将影响每年计算成本分摊额的基数。也就是说，成本库基数越大则每年亚马逊卢森堡需要承担的成本就越大。从成本性质和范畴来看，本案中对于成本库的争辩和讨论主要集中在以下两部分。

1. 成本是否为无形资产开发成本。如何确定分摊的成本库的成本是成本分摊协议案件中的常见争议。对此，本案中双方最大的分歧在于一个名为“技术和内容”（Technology & Content）的成本中心上。IRS 认为该成本中心的全部成本均为成本分摊安排下的无形资产开发成本，根据成本分摊法规应当纳入分摊范围。而纳税人则通过文档证据和专家证词主张该成本中心中的大量成本与成本分摊安排下无形资产开发无关，因而不应当纳入分摊范围<sup>5</sup>。

最终，在认为需要对该成本中心记录的成本予以进一步划分的基础上，法院认可了部分 IRS 提出的分摊参数和比例调整，否定了其余更多主张。

2. 带有追索条款的员工股权激励成本。与股权激励成本相关的争议无疑已成为近年来美国成本分摊协议案件中的热点问题。按照本案中成本分摊协议的约定，无形资产开发成本中应当默认包含间接成本，并特别提到了股权激励成本。同时，成本分摊协议中又包含了针对员工股权激励成本的追索条款（Claw-back Provision），这一条款是许多纳税人在先前案例尤其是 Altera 案后顺应时势制定的应对策略。

简而言之，此类追索条款针对成本分摊中股权激励成本是否应当纳入这一争议事项设置了一些触发要件，而该类要件往往是关乎美国成本分摊法规是否被法院正式宣告无效。也就是说，如果先前案例的终审判决宣告该法规中对于股权激励成本纳入成本分摊协议的规定无效，或美国财政部最终撤回了成本分摊协议法规的相关条款，那么，如果有此类追索条款的成本分摊协议的要件被触发，纳税人可将以前年度纳入成本分摊范围的股权激励成本作出追溯性调整，

4 法院最终基于一系列事实举证，认定客户推介费的计费基础应当为客户直接透过亚马逊美国原来持有的欧洲网站“初次”下单产生的收入，加上老客户透过亚马逊美国的镜像网站点击进入的后续下单收入。如此一来，亚马逊卢森堡自行开发出的新客户以及后续将老客户转化为其自有客户的部分所产生的收入便被排除在外。这一认定的细致程度无疑为类似案例提供了极有价值的参考，值得深入研究和评判。

5 纳税人举证了归属于该成本中心的部分员工的日常工作，并引述了独立第三方对员工的调查访谈，得到了法院的认可。在确定这一成本中心包含相关和无关成本后，双方又就如何在数以百计的明细账簿中进一步划分两类成本展开了辩论，并各自运用专家证词和分析，IRS 甚至挑战了亚马逊员工没有准确记录工时、第三方调查不准确、成本中心代码设置上的疏漏等细节，双方争辩的细致程度可见一斑。



这就意味着美国需要对海外作出追溯补偿，“召回”以前年度向海外多分摊、多收取的部分。

虽然先前 *Altera* 案中法院已宣判美国成本分摊协议法规中对于股权激励成本纳入成本分摊协议的规定无效，但不服该判决的 IRS 目前已在美国联邦第九巡回上诉法院再次上诉，其背后不仅是个案的考量，还会波及采用类似追索条款的成本分摊协议所产生的广泛影响。截至目前，*Altera* 案在第九巡回上诉法院尚未判决，因此从结果来看，上述追索条款的条件至今并未触发，但可能性仍然存在。如上所述，在亚马逊案中，法院判定目前追索条款的触发条件尚未实现；更进一步的是，亚马逊成本分摊协议的所谓追索条款约定即便在将来实现，各参与方可能也不会对历史年度的成本分摊进行追溯，而仅仅就未来年度作出调整，即追索调整被限制在了前瞻性调整，排除了追溯性调整。因此在本案中，法院认为股权激励成本仍应纳入成本分摊范围。

可以说，上述追索条款充分体现了美国纳税人在研判美国法规和实践现状后作出的预防性准备。一方面，美国纳税人需要使成本分摊协议成为符合标准的成本分摊协议，另一方面则需要管理美国法规的潜在无效风险，以及海外参与方所在国家的税务机关可能提出的各种挑战。

### 三、与成本分摊协议相关的主要技术争议

回顾美国近年来与成本分摊协议相关的争议案件，不难发现成本分摊协议的技术争议往往集中在加入支付（现称平台贡献交易）涵盖的无形资产范围和交易定价、成本分摊的基数和分摊方式等方面。例如，*Veritas* 案中争议的焦点集中在加入支付是否仅限特定资产以及计算加入支付的估值定价方法，而 *Altera* 案则以员工股权激励成本被法院拒之成本库门外而惹人眼目，亚马逊一案则同时涵盖这两个争议点。从立法的方向来看，2009 年及之后出台的成本分摊协议法规的一大目的可能是保护美国税收利益并提高美国企业对外转移无形资产的税务成本，使得更多纳税人权衡是否将更多的技术和品牌等无形资产资源保留在美国本土。

若我们将目光放远至全球，除美国转让定价法规对于成本分摊协议几经修订并日益成熟外，OECD 在其 BEPS 行动计划成果中特别就成本分摊协议发布了专

项指南，该指南也被编入了 2017 年 OECD 最新版本的转让定价指南之中。从 OECD 的最新指南和美国修订后的法规来看，可以窥探出两者背后所代表的主要国家之间的立场异同。

OECD 指南在研判成本分摊协议的税务目的上给予了税务机关较大的权力，税务机关可以以商业实质为由否定成本分摊协议在税务上的有效性，而美国成本分摊法规则正面给出了四项基本标准（如真实性等），树立了成本分摊协议的有效地位，使得 IRS 无法轻易推翻符合标准的成本分摊协议，而只能挑战其中的交易安排、定价等问题。另外，OECD 指南仍然遵循其对功能风险及其控制方面的分析框架，以价值创造为准绳，提出了成本分摊协议不仅应当以各方投入的“成本”为考量维度，更需要对各方创造的“价值”进行分析，这一突破性的概念是否可能造成偏离独立交易原则的分配结果、是否被各国所接受、是否会产生更广泛的争议，以及所谓的“价值”在实务中相较成本是否会产生更多主观理解和诠释上的争议等，都值得长期关注。就目前看来，以美国为代表的部分发达国家并不完全认可 OECD 的上述观点。同时，OECD 对于成本分摊协议的参与方提出了较高的要求，即参与方必须具备行使管理和控制与成本分摊协议相关的财务风险的能力，并且有充足的财务能力承担相关活动的风险。也就是说，OECD 将以“现金盒”实体为代表的人为安排和缺乏功能风险的对象列入了成本分摊协议的禁区，而这一整套观点已逐渐被包括中国、印度在内的发展中国家所接受。而美国成本分摊法规则自始至终都未曾有过这样的规定，这背后可能与美国长期作为资本输出国不无联系。应当指出的是，无论观点异同，相比 OECD 最新指南和大部分发展中国家的现行法规，美国成本分摊法规无疑是迄今为止世界税收舞台上最为成熟、最为详尽的法规，其出发点和最终实现的一大目的也是保护美国本土的税收利益。

对于拥有无形资产比重较大的跨国企业而言，美国与其他国家在成本分摊协议法规上的不同点也成为了企业需要关注和管理的重点。以“现金盒”实体为例，如果一家美国公司在亚太设立了融资平台，以此加入了成本分摊协议，获得相关无形财产权利，并以此向亚太区的发展中国家收取无形资产的使用费，即特许权使用费，那么随之而来的税务和转让定价风险可能



是巨大的。发展中国家可能会直接否认融资平台获得无形资产经济所有权的正当性，判定融资平台为“现金盒”实体，进而否认其所能获得的任何与无形资产相关的报酬，如不得在相关亚太国家的所得税前列支相关的特许权使用费<sup>6</sup>。

中国作为发展中国家的重要代表，总体支持并认可大部分 BEPS 行动计划成果，并在项目过程之中积极发声建言。近年来，中国在税务和转让定价实践中的众多立场和观点已经融入了 BEPS 行动计划成果，也为将相关指南成为中国国内的转让定价法规作出了铺垫。仍以上述“现金盒”安排为例，中国税务机关的立场已在最新颁布的一系列国内法规中一览无余：虽然法律所有权仍然是重要的出发点和事实基础，但对仅拥有法律所有权而没有对无形资产作出贡献的实体，不认可其享受无形资产相关收益的权利，即税务机关可就特许权使用费安排实施全额特别纳税调整。在中国企业不断壮大、各项实力不断增强的背景下，本地研发、推广和营销等功能都有可能被中国税务机关主张为企业对集团无形资产产生了重大贡献，是否拥有（至少是部分）无形资产的经济所有权就可能成为相关案件中的争议焦点。中国税务机关还特别将本地营销活动加入其中，以增强其对中国本地贡献的主张。

此外，中国税务机关近年来始终强调本地市场所产生的独特贡献，即地域特殊因素，包含成本节约和市场溢价两个重要概念。因此，纳税人在跨国成本分摊协议中也应将中国地域特殊因素考虑在内，纳入协议内容范围。具体而言，一方面中国税务机关很有可能主张由于中国人力或其他成本较低，会导致中国对无形资产研发或是服务提供的贡献低估。即中国本地投入的单位成本因其节约效应而被低估，因此需要匡算本地成本节约产生的价值并进行调整。另一方面，在计算成本分摊时若使用价格或销量作为预期收益的衡量指标，在中国市场会产生不准确的问题。这是因为，中国正处于经济高速发展期，对于高价格的低敏感度以及对相关产品的特别购买力，都会产生中国市场的溢价，从而导致高估中国从该成本分摊中所获得的收益。中国市场溢价所产生的额外收益，或应在计算合理预期收益时予以剔除，从而降低分配给中国的成本

比例。从另一个角度而言，这意味着本地市场产生的额外收入应当归功于本地市场溢价创造的价值，而非成本分摊协议。综上可见，如果不对中国的特殊因素进行额外考量，低估的贡献和高估的预期收益会使得中国企业所分摊的成本偏离正常值，从而给中国企业带来不利影响。

#### 四、中国成本分摊协议法规和实务的现状及其发展展望

中国的成本分摊协议法规起步较晚。国税发〔2009〕2号标志着中国转让定价法规的正式出台，2016年颁布的国家税务总局公告〔2016〕42号又对其进行了重大修订。然而，无论是先前的2号文还是修订后的42号公告，对于成本分摊协议而言仍然停留在总体合规层面，对诸如加入支付/退出补偿的定价、合理预期收益的分配方式、平衡支付的操作等实务上的技术难题尚无实质性的具体操作指引。而从申请流程来看，国家税务总局公告〔2015〕45号取消了事前审批，强调后续管理，明确了企业在执行成本分摊协议时，无需经过税务机关审核。但由于上述技术难题缺乏官方具体指引，企业在执行成本分摊协议时对一系列技术问题存在法规上的重大不确定性，进而使得相关非贸付汇愈加困难。而且，目前也缺乏足够数量的案例为企业实务提供佐证与参考。无论是外资企业还是中资企业参与和执行成本分摊协议的意愿会因此受到限制。

随着供给侧结构性改革在中国不断深化，中国产业创新发展加速升级，以及国际技术交流的日益频繁，成本分摊协议将成为跨国企业在华商业安排上的客观需求。无论是前述的亚马逊案和其他美国案例，还是在国际税收规则重塑背景下各国相继修订的转让定价法规，都为中国完善与成本分摊相关的税收法规政策提供了可供借鉴的经验。与此同时，在中资企业日益壮大，加速进行全球资本布局的大背景下，中国税务机关还应该通过成本分摊协议，保护、鼓励和促成相关成本分摊安排，兼顾国外先进的技术的引入和国内自主知识产权的保护。

责任编辑：高 阳

<sup>6</sup> 不仅如此，参考苹果等相关重大案例，目前许多 OECD 成员国和发展中国家已陆续颁布相关国内法规，进一步就无形资产的经济所有权和回报等问题予以澄清，因此实务上“现金盒”安排已开始受到广泛限制。