

关于投资并购过程中业绩补偿退税问题的思考或建议

陈井阳

(大晟时代文化投资股份有限公司,广东 深圳 518020)

摘要:实务界和理论界对于并购重组业绩承诺补偿的所得税处理问题存在广泛争议。本文以补偿方式为切入点,在对当前并购重组业绩承诺补偿的所得税处理观点进行评析的基础上,引入实务案例,分别对“现金补偿”“股份回购补偿”和“送股补偿”方式下并购重组业绩承诺补偿的所得税处理问题进行探讨,以期对当前关于上市公司并购重组业绩承诺补偿所得税处理争议的解决提供一个新思路,同时也为实操层面并购重组业绩承诺补偿的税务处理和税务部门的征管稽查工作提供相应的借鉴。

关键词:并购重组;业绩承诺补偿;补偿方式;所得税处理

【DOI】10.12231/j.issn.1000-8772.2021.03.014

业绩补偿承诺协议最早出现在股权融资过程中,随着资本市场交易类型的日趋丰富,逐渐被引入到上市公司并购重组中。

2008年4月,证监会发布《上市公司重大资产重组管理办法》(中国证券监督管理委员会令第53号),首次以法律规范形式要求在上市公司对标的公司采取基于未来预期收益的估值方法评估作价的情况下,标的公司应与上市公司签订业绩补偿承诺协议,成为当前上市公司并购过程中业绩补偿承诺协议的法律源头。

2014年11月,证监会颁布修订后的《上市公司重大资产重组管理办法》(中国证券监督管理委员会令第109号),再次明确了业绩补偿承诺协议在并购重组中的重要意义,强调在采用收益法进行估值的情况下,标的公司必须与上市公司签订业绩补偿协议。作为一种定价调整的契约安排,业绩补偿承诺协议逐渐成为推动上市公司并购重组顺利进行的重要制度保障。

然而,随着业绩补偿承诺协议越来越多地应用在上市公司并购重组过程中,标的公司在承诺期内由于未达到承诺业绩标准而对上市公司进行补偿的案例也在不断增加,造成在并购重组业绩承诺补偿的处理问题上隐含着巨大的税务风险。与此同时,我国税法尚未出台针对上市公司并购重组中标的公司进行业绩承诺补偿的税务处理规定,虽然海南省地方税务局(现国家税务总局海南省税务局)于2014年5月5日出台了《海南省地方税务局关于对赌协议利润补偿企业所得税相关问题的复函》(琼地税函[2014]198号),指导上市公司将收到的业绩补偿款在当期进行“调整相应长期股权投资的初始投资成本”的处理,但该税收政策的合理性和可操作性受到了实务界和理论界的质疑。因此,从新的视角探讨上市公司并购重组业绩承诺补偿的所得税处理问题,便成为解决当前关于并购重组业绩补偿承诺所得税处理争议的重要突破口。

补偿方式是业绩补偿承诺协议的重要条款。当标的公司最终实现的业绩未达到当期承诺的标准时,主要有现金补偿和股份补偿两种方式可供选择。其中,现金补偿指的是承诺业绩补偿义务人以现金形式补足实现业绩与承诺业绩的差额。股份补偿则包括股份回购和送股两种形式,股份回购指的是上市公司以股票面值的价格回购承诺业绩补偿义务人所持有的等价于实现业绩与承诺业绩差额的上市公司股票数额,并予以注销;送股则指的是承诺业绩补偿义务人将所持有的等价于实现业绩与承诺业绩差额的上市公司股票数额,赠送给上市公司其他股东。在不同的补偿方式下,上市公司和标的公司的会计处理存在区别,进而会造成不同补偿方式下税务处理上的差异。因此,基于不同补偿方式对并购重组业绩承诺补偿税务问题进行探讨,不仅符合当前税法的规定,也更能体现上市公司并购重组交易的实质。

1 并购重组业绩承诺补偿的所得税处理观点与评析

由于我国当前税法对于并购重组业绩承诺补偿如何进行会计和所得税处理尚未有明确的规定,这就造成目前实务界和理论界对于当标的公司业绩未达到承诺标准时,业绩承诺补偿该如何进行会计和税务处理时持有不同的观点。这些观点主要有:

1.1 赠与合同说

赠与合同(contract of gift),赠与人把自己的财产无偿地送给受赠人,受赠人同意接受的合同。赠与合同可以发生在个人对国家机关、企事业单位和社会团体以及个人相互之间。赠与的财产不限于所有权的移转,如抵押权、地役权的设定,均可作为赠与的标的。

赠与合同一般具有以下性质:

(1)双方行为。赠与合同须当事人双方意思表示一致才能成立,如果赠与人有赠与的表示,但受赠人并没有接受的意思,则合同仍不能成立,故与馈赠这种单方行为不同。

(2)吸收了诺成合同与实践合同的合理因素。诺成行为:多数国家承袭罗马法的传统,规定赠与合同在当事人双方意思表示一致时即告成立,不必等待交付赠与物,即为诺成行为。

(3)无偿行为。除合同中双方约定附条件的义务外,原则上受赠人并不因赠与合同而承担义务,故为单务合同。

1.2 违约赔偿说

(1)损害赔偿是因债务人不履行或不适当履行合同义务而产生的一种民事责任。合同生效后,因债务人违约而使债权人遭受损害,当事人之间的原合同债务关系就转化为损害赔偿的债务关系。作为违约责任形式的损害赔偿,与缔约过失责任中的损害赔偿、合同无效后的损害赔偿、合同撤销后的损害赔偿所不同的地方在于,它仅能基于合法有效的合同存在的前提。如果合同不存在、无效或被撤销,则不适用违约损害赔偿。

(2)损害赔偿原则上仅具有补偿性而不具有惩罚性。违约损害赔偿是民事责任的一种,理应和其他民事责任一样,从法律本性而言只具有补偿功能而摒弃惩罚功能。再者,从民法等价有偿原则出发,任何民事主体,一旦造成他人损害都必须以等量的财产予以补偿,一方违约后,违约方必须赔偿对方因违约而遭受的全部损失。违约损害赔偿也完全适用这一原则,亦即:损害赔偿应当具有补偿性,其主要目的在于弥补或填补债权人因违约行为所遭受的损害。

1.3 担保合同说

所谓担保合同,是指为促使债务人履行其债务,保障债权人的债权得以实现,而在债权人(同时也是担保权人)和债务人之间,或在债权人、债务人和第三人(即担保人)之间协商形成的,当债务人不履行或无法履行债务时,以一定方式保证债权人债权得以实现的协议。担保合同旨在明确担保权人和担保人之间的权利、义务关系,保障债权人的债权得以实现。担保合同是一种重要的民事合同,尽管我国合同法并未单列一章进行规定,但这绝不意味着它不重要,而是因为担保合同是一种从合同,其规定和其他主合同放到了一起。

1.4 金融工具说

金融工具亦称“信用工具”或“交易工具”,资金缺乏部门向资金盈余部门借入资金,或发行者向投资者筹措资金时,依一定格式做成的书面文件,上面确定债务人的义务和债权人的权利,是具有法律效力的契约。金融工具是金融市场交易的对象,它是随信用关系

的发展而产生、发展起来的。现代错综复杂的资金融通关系,不可能靠口头协议办事。口说无凭,容易引起争执,也不能使债权或所有权在市场上转让、流通。为了适应多种信用形式的需要,产生了商业票据、银行存款凭证、股票、债券等金融工具。任何金融工具都具有双重性质:对工具的发行者(借款者),它是一种债务;对投资者(贷款者),它是一种金融资产。每种金融工具,适应交易的不同需要而各有其特殊内容,但也有些内容是共同的,如:票面金额、发行者(出票人)签章、期限、利率率(单利或复利)等。

1.5 价款调整说

对价调整事项在《股权收购协议》中没有约定,是根据后续购买日后新出现的外部情况变化(该变化在购买日无法合理预见)影响收购标的盈利能力,而对其收购作价进行后续调整。根据《企业会计准则第20号——企业合并》讲解,或有对价是指合并各方“在合并协议中约定,根据未来一项或多项或有事项的发生,购买方通过发行额外证券、支付额外现金或其他资产等方式追加合并对价,或者要求返还之前已经支付的对价。”本次收购对价调整不属于准则所描述的情况,因此不涉及企业合并或有对价的初始确认以及后续调整。

根据《企业会计准则第20号——企业合并》讲解,“购买日后12个月内出现对购买日已存在情况的新的或者进一步证据而需要调整或有对价的,应当予以确认并计入合并商誉的金额进行调整”,本次价格的调整实际发生在2019年度,不符合发生在12个月计量期内的调整事项,也不属于新的或者进一步信息对购买日已存在情况的进一步证实,故不能对购买日的合并成本和商誉进行调整。

因此,该事项的处理原则应当根据《补充协议》无需支付的对价计入营业外收入,同时在个别报表层面对长期股权投资进行减值测试,在合并报表层面对相关包含商誉的资产组进行减值测试,且所确认的个别报表层面长期股权投资减值损失和合并报表层面商誉及其他资产减值损失(含应收账款坏账损失)不应低于该项,就无需支付收购对价所确认的营业外收入。

综上,不同税务观点下的税务处理小结如表1。

对于上述五种税务处理观点,担保合同说、赠与合同说、违约赔偿说、金融工具说虽性质不同,但纳税结果是相同的,都是作为纳税收入或收益当期纳税。价款调整说则是认为对长期股权投资成本的调整,应在处置长期投资时纳税,在当期不需纳税,价款调整说更符

合投资并购重组业务的实质,并有利于纳税人。因此,对于上市公司并购重组业绩补偿承诺的会计处理和所得税处理,应以价款调整说的观点为指导。

2 业绩对赌补偿的实践税务处理

2.1 现金补偿形式

现金补偿是业绩对赌补偿中最常用的补偿方式,对于收到现金的补偿,实务界存在以下处理:“权益性交易”将收到的现金补偿计入“资本公积-其他资本公积”;“损益性交易”加入当期损益;“资产科目处理”仅涉及资产科目之间的调整,即调整长期股权投资成本;本文将以D上市公司并购游戏及影视公司股权为例,分析现金补偿形式下企业税务处理的合理做法。

2.2 股份补偿形式

股份补偿由送股补偿及回购补偿两种,赠送补偿及股票回购补偿;送股补偿则是通过标的公司承诺业绩补偿义务人赠送其持有上市公司股份数量,调增上市公司其他股东的持股比例的方式来进行承诺业绩补偿,只涉及上市公司股东内部持股比例的变化,不涉及股票数量的增减变动;股票回购补偿是通过调减标的公司承诺业绩补偿义务人持有上市公司股份数量的方式来进行承诺业绩补偿,涉及到股本的注销和额外收益的处理;股份赠送补偿和股份回购补偿的税务处理如表2、表3。

3 现根据D上市公司于2015年12月并购重组收购游戏及影视公司股权的现金补偿的实际案例分析如下

3.1 关于股权收购

D上市公司于2015年12月现金收购曾某某等持有的某网络科技有限公司100%的游戏业务股权及吴某某等持有的文化传播有限公司100%的影视业务股权。

(1)网络科技有限公司并购款支付进度安排,见表4。

(2)文化传播公司并购款支付进度安排,见表5。

3.2 业绩承诺情况

3.2.1 网络科技有限公司

根据D上市公司与网络科技有限公司原股东签订的《关于网络科技有限公司之股权转让协议》及《关于网络科技有限公司的盈利预测补偿协议》,网络科技有限公司原股东承诺:网络科技有限公司2015年度、2016年度、2017年度实现的合并报表扣除非经常性损益后归属于母公司股东的净利润分别不低于6,500万元、8,450万元、10,985

表1

相关方 观点	补偿款接收方 (文中为股权收购方)	补偿款支付方 (本文中为股权转让方)
赠与合同说	作为收入,当期纳税	非公益性捐赠,不允许税前扣除
违约赔偿说		作为赔偿费用支出,允许税前扣除
担保合同说		作为担保损失支出,允许税前扣除
金融工具说	作为投资收益,当期纳税	作为投资损失,允许税前扣除
价款调整说	调整长期股权投资成本,当期不纳税,待处置长期投资时纳税	调整以前年度投资损益,涉及退税的应予以退税

表2 股份赠送补偿税务处理

相关方	上市公司	补偿方	受偿方
初始确认时	按照合同价款确认计税基数	应纳税发生之日其不超过5个年度内分期缴纳所得税	
赠送股票时	股东之间调整,不涉及税务问题	作为非公益性捐赠,不允许税前扣除	按照可供出售金融资产确认收入并计缴所得税

表3 股份回购补偿税务处理

相关方	受偿方(收购方)	补偿方(出让方)
初始确认时	按照合同价款确认计税基数	应纳税发生之日其不超过5个年度内分期缴纳所得税
回购股份时	无需缴纳所得税	重新计算股权转让所得和应纳税所得,可退还前期多交的所得税
注销股份时	无需缴纳所得税	

表 4

主体	支付金额及支付进度				合计
	股权转让实施完成后十日内	2015年专项审计报告出具后十日内	2016年专项审计报告出具后十日内	2017年专项审计报告出具后十日内	
甲方一	141,778,000	70,889,000	70,889,000	70,889,000	354,445,000
甲方二	80,437,500	40,218,750	40,218,750	40,218,750	201,093,750
甲方三	43,387,500	21,693,750	21,693,750	21,693,750	108,468,750
甲方四	18,486,000	9,243,000	9,243,000	9,243,000	46,215,000
甲方五	18,486,000	9,243,000	9,243,000	9,243,000	46,215,000
甲方六	10,400,000	5,200,000	5,200,000	5,200,000	26,000,000
甲方七	6,337,500	3,168,750	3,168,750	3,168,750	15,843,750
甲方八	5,687,500	2,843,750	2,843,750	2,843,750	14,218,750
合计	325,000,000	162,500,000	162,500,000	162,500,000	812,500,000

表 5

主体	支付金额及支付进度					合计
	股权转让实施完成后十日内	2015年专项审计报告出具后十日内	2016年专项审计报告出具后十日内	2017年专项审计报告出具后十日内	2018年专项审计报告出具后十日内	
甲方一	174,170,304	116,113,536	54,226,386	148,972,302	87,085,152	580,567,680
甲方二	3,628,548	2,419,032	1,129,716	3,103,590	1,814,274	12,095,160
甲方三	3,628,548	2,419,032	1,129,716	3,103,590	1,814,274	12,095,160
合计	181,427,400	120,951,600	56,485,818	155,179,482	90,713,700	604,758,000

万元(均含本数)。在承诺期内,若经审计,每年度截至当期期末累计实现的实际净利润总额低于截至当期期末累计承诺归属于母公司股东的净利润总和,则补偿人(曾某某等)应向上市公司进行补偿。当年的补偿金额按照如下方式计算(在计算各年应补偿金额时,若计算出的各年应补偿金额少于或等于0,按0取值,即已经补偿的金额不冲回):当期应补偿金额=(截至当期期末累计盈利预测数-截至当期期末累计实际盈利数)÷盈利承诺期内各年度盈利预测数之和×本次交易的总对价-已补偿金额。当期应补偿金额由补偿人依据其本次股权转让完成前各自所持网络科技公司股权比例承担。

3.2.2 文化传播公司

根据D上市公司与文化传播公司原股东签订的《关于影视文化有限公司之股权转让协议之补充协议(二)》《盈利预测补偿协议》《盈利预测补偿协议之补充协议》及《盈利预测补偿协议之补充协议(二)》,文化传播公司原股东承诺:2015年度、2016年度、2017年度、2018年度实现的合并报表扣除非经常性损益后归属于母公司股东的净利润分别不低于6,000万元、7,500万元、9,375万元、9,375万元(均含本数)。在承诺期内,若经审计,每年度截至当期期末累计实现的实际净利润总额低于截至当期期末累计承诺归属于母公司股东的净利润总和,则补偿人应在当年度专项审计报告出具后的10个工作日内,以现金方式向上市公司进行补偿。

3.3 业绩事项情况及应补偿金额

3.3.1 网络科技公司

根据会计师事务所(特殊普通合伙)出具的《盈利预测实现情况的专项审核报告》,网络科技公司截至当期期末累计实际净利润总额23,385.74万元,截至当期期末累计承诺归属于母公司股东的净利润总和25,935.00万元,截至当期期末累计盈利承诺完成率为90.17%。2017年度截至当期期末累计实现的实际净利润总额低于截至当期期末累计承诺归属于母公司股东的净利润总和,累计应补偿金额为7,986.40万元,分别于2016年已补偿金额为558.02万元,2017年当期应补偿金额为7,428.38万元。

3.3.2 文化传播公司

根据会计师事务所(特殊普通合伙)出具的《盈利预测实现情况

的专项审核报告》,截至当期期末累计实现的实际净利润总额3,321.22万元,截至当期期末累计承诺归属于母公司股东的净利润总和32,250.00万元,截至当期期末累计盈利承诺完成率为10.30%。文化传播公司2018年度截至当期期末累计实现的实际净利润总额低于截至当期期末累计承诺归属于母公司股东的净利润总和,累计应补偿金额为27,450.18万元,分别于2016年已补偿金额为5,648.58万元,2017年已补偿金额为12,730.24万元,2018年应补偿金额为9,071.37万元。

3.4 并购纳税情况

经业绩补偿调整估值后,D上市公司收购的投资成本应为实际支付金额732,635,958元及330,256,139元,合计1,062,892,097元,上市公司也就上述收到的业绩补偿金额缴纳了税款;因业绩对赌为估值调整机制,对应业绩补偿金额属于投资成本调整项目,建议D上市公司可以申请退回多缴的税款,作为转让方的网络科技公司及文化传播公司原股东也可申请退回前期多缴的税款。

4 结束语

随着我国资本市场的日趋成熟,业绩补偿承诺协议逐渐成为当前上市公司并购重组过程中广泛应用的一种契约安排。围绕着业绩承诺补偿的所得税处理问题,实务界和理论界存在较多争议。而上市公司并购重组业绩承诺补偿所得税处理的规范化,不仅为上市公司在并购重组实际操作层面提供一定的税务处理参考,有利于提高上市公司信息披露的可靠性和相关性,也为税务部门对于并购重组业绩承诺补偿的税务征管稽查工作提供了便利。

通过对当前关于并购重组业绩承诺补偿所得税处理观点的梳理和评析,本文明确“价款调整说”的观点最符合当前税法的相关规定和业绩承诺补偿款的经济交易实质。随后,引入并购重组业绩承诺补偿的案例,探讨了不同补偿方式下并购重组业绩承诺补偿的所得税处理问题。现金补偿的方式在会计处理上最为直观,其所得税处理上的规定也更为明晰,但对于标的公司承诺业绩补偿业务人现金流的要求较高,尤其是未实现承诺利润差额较大时,影响更为明显。股票回购补偿和送股补偿,虽然同属于股份补偿的方式,不需要进行税务调整,但两者都只适用于上市公司以发行股份方式支付交

易对价的并购重组事项,其适用范围受到较大限制。并且,股票回购补偿和送股补偿的性质也存在着较大差异:股票回购补偿是通过调减标的公司承诺业绩补偿义务人持有上市公司股份数量的方式来进行承诺业绩补偿,涉及到股本的注销和额外收益的处理;而送股补偿则是通过标的公司承诺业绩补偿义务人赠送其持有上市公司股份数量,调增上市公司其他股东的持股比例的方式来进行承诺业绩补偿,只涉及上市公司股东内部持股比例的变化,不涉及股票数量的增减变动。

业绩承诺补偿的所得税处理问题,不仅关乎上市公司并购重组过程中的具体操作,还涉及到税务部门的税务征管稽查工作,可以采取以下措施予以解决:

首先,上市公司在进行并购重组业绩承诺补偿的会计处理和所得税处理时,要遵守《企业会计准则》的相关规定和《企业所得税法》的具体要求,确保所得税处理符合并购交易的经济实质。

其次,不同补偿方式下并购重组业绩承诺补偿的税务处理存在差异,标的公司在选择补偿方式时,要根据最初的交易对价支付方式 and 自身实际情况,谨慎选择业绩补偿方式。

最后,上市公司并购重组业绩承诺补偿涉及到的企业所得税问题比较复杂,需要有关部门进行思考与分析,进一步出台具体的解释政策文件,以指导上市公司并购重组业绩承诺补偿的所得税处理和税务部门的征管稽查工作。

参考文献

- [1]魏高兵.企业重组中承诺补偿的税法评价[J].国际税收,2012(8).
- [2]李悦.我国股权投资领域对赌协议所得税问题研究[D].北京:北京工商大学,2016.
- [3]王建宇.探究对赌协议的税收处理[D].北京:中国社会科学院研究生院,2015.
- [4]王垚.对赌协议中业绩承诺补偿的税务处理探究[D].上海:上海国家会计学院,2018.