

业绩承诺和补偿条款引起的 个人所得税免退税问题

裴淑红 ■

摘要：本文对具有不确定性的股权转让事项的个人所得税免退税问题进行多角度分析并分别从税收立法机关、双方当事人角度提供相关建议。从业绩承诺和补偿条款的真实意思表示与核心内容可以看出，股权转让收入缴纳的个人所得税可能需要三个环节才能完成。首先应以股权整体交易对价作为股权转让收入申报纳税；其次履行业绩补偿责任使股权转让收入变小或者原价回购股权使股权转让收入归零的，应免除调减或者冲回的股权转让收入已申报的税款；最后申请退回多缴纳的税款。

关键词：业绩承诺和补偿条款；股权转让收入；个人所得税；免退税

中图分类号：F812.42 **文献标志码：**A **文章编号：**1003-286X(2020)15-0055-03

为尽可能实现股权转让交易的合理和公平，部分股权转让协议增加了业绩承诺和补偿条款。该条款既能有效调整企业估值的偏差，也能决定股权转让的成败。针对包含业绩承诺和补偿条款的股权转让事项的个人所得税征缴问题，目前税法还没有明确规定，致使关于业绩承诺和补偿条款引起的个人所得税免退税问题存在很大争议。本文针对具有不确定性的股权转让事项的个人所得税免退税问题进行多角度分析并提供相关建议。

一、业绩承诺和补偿条款的真实意思表示与核心内容

(一) 业绩承诺和补偿条款的真实意思表示

业绩承诺和补偿条款是股权转让协议的核心组成部分，其真实意思表示是指只有标的公司（即发生股东变更的公司）在业绩承诺期内的每个会计年度

都能实现协议承诺的业绩，股权整体交易对价才能全部归属于标的公司原股东（为与回购股权中转让入相区别，前次股权转让人称为原股东）所有，否则标的公司原股东须按业绩补偿条款约定的方法和公式计算确定业绩补偿金额，并按约定时间将该业绩补偿款交还投资方（标的公司新股东）即退回部分股转款，使原股东实际取得的股权转让收入变小，甚至达到协议约定条件时投资方有权要求原股东、原股东也有权主动选择按原价回购标的公司的全部股权，恢复原股权架构，致使原股东实际取得的股权转让收入归零。

(二) 业绩承诺和补偿条款的核心内容

股权转让协议中业绩承诺和补偿条款的核心内容主要体现在以下几个方面。

1. 业绩承诺期是股权转让交易的周期

业绩承诺期以纳税年度即会计年度口径计算，因税法中亏损弥补期限、分期缴税期限一般以5个纳税年度为限。为方便投资方控制资金，双方可以约定标的公司原股东用股转款购买投资方定向增发的限期销售的股票，投资方增发股票须经中国证券监督管理委员会核准并须向工商管理部门办理相关手续。另外也要考虑业绩承诺期满后给原股东留有时间变现股票以缴纳个人所得税问题，业绩承诺期不宜过长，一般从签订股权转让协议之日起3个纳税年度为宜。股权转让协议的签订只是股权转让交易的起点，含有业绩承诺期的股权交易不是一个时间点的单一交易，而是需要业绩承诺期（如3年）满才能真正完成的股权交易事项。可见，业绩承诺期是股权转让交易的周期。

2. 股权整体交易对价最终能否实现具有不确定性

标的资产股权最终交易价格（以下

简称股权整体交易对价)不是标的公司的注册资本和净资产的账面价值,也不是标的公司净资产的公允价值。股权整体交易对价通常是在标的公司净资产公允价值的基础上,综合考虑其未来预期净利润及现金流量等因素确定的标的公司股权的目标价格,同时以业绩承诺和补偿条款作为调整和保障条件。也就是说股权整体交易对价最终能否实现具有不确定性,如承诺期内标的公司每年都能实现承诺的业绩,股权整体交易对价就是股权最终交易价格,否则股权最终交易价格会因业绩补偿发生变化。

3. 承诺的业绩包括净利润增长比和金额双重标准

承诺的业绩一般以标的公司扣除非经常性损益后归属于投资方的净利润口径计算(以下简称净利润)。承诺的业绩要同时满足两个标准:一是净利润增长比标准,要求在业绩承诺期各会计年度实现的净利润后一会计年度比前一会计年度增长比不低于规定比例;二是净利润金额标准,要求在业绩承诺期各会计年度实现的净利润不低于规定金额。为有利于标的公司兑现业绩承诺,一般会约定股东变更后法定代表人及总经理维持不变。

4. 履行业绩补偿责任可能导致股权最终交易价格调低或者终止股权交易

标的公司如不能实现承诺的业绩,标的公司原股东为补偿义务人,分别按原股权比例分担补偿责任。履行业绩补偿责任,可能导致两种结果。

(1) 履行业绩补偿责任不影响股权交易的完成。补偿责任首先表现为按业绩补偿方法和公式计算确定现金补偿金额和累计补偿金额,作为标的公司股转款的减项,即股权转让交易价格等于股权整体交易对价减除累计补偿金额,这时累计补偿金额不能过大,至少保证股权交易价格不低于标的公司净资产的公允价值,否则履行业绩补偿责任就

会导致第二种结果。当然,股权转让协议也可以约定原股东无权主动回购股权,这种情况下原股东即便把股转款全部归还投资方,也有可能同时失去标的公司。

(2) 履行业绩补偿责任导致终止股权交易,恢复原股权架构。这种情况有两种原因:一是当标的公司经营惨淡,完成的业绩过低,致使按上述公式计算的股权转让交易价格低于标的公司净资产的公允价值,原股东有权以业绩补偿款和回购股转款合计不超过股权整体交易对价回购标的公司股权;二是约定如果标的公司连续两年实现的净利润均达不到承诺业绩或者任一会计年度实现的净利润不足承诺净利润的一定比例(如30%),投资方有权要求原股东以业绩补偿款和回购股转款合计不超过股权整体交易对价回购标的公司的股权。

5. 实际上原股东在股权交易过程中只能收到小部分现金

协议约定股转款的支付方式和使用限制。投资方如将巨额股转款交由标的公司原股东任意使用,又担心股权转让交易失败后巨额股转款难以追回。要办理股权变更手续,投资方需约定股转款的支付方式和时间。投资方为控制股转款,一般要求原股东作为特定对象用股转款的绝大部分购买投资方非公开发行股票(如限售期为36个月),要求原股东收到股转款后在约定期限内以借款名义将绝大部分款项转回投资方,以备购买股票。实际上原股东在股权交易过程中只能收到小部分现金。

二、业绩承诺和补偿条款引起的个人所得税退税问题分析

具有不确定性的股权转让事项,股权转让收入缴纳的个人所得税可能需要三个环节才能完成。

(一) 原股东首先应以股权整体交易对价作为股权转让收入申报纳税

股权转让协议签订并开始履行之后,原股东应根据《中华人民共和国个人所得税法》(以下简称个人所得税法)、《股权转让所得个人所得税管理办法》(以下简称管理办法)等的有关规定及时向主管税务机关申报缴纳个人所得税。

股权转让协议约定股权整体交易对价、业绩承诺要求及补偿办法,但未来期间是否需要补偿以及如何补偿存在不确定性,原股东只能先以股权整体交易对价作为股权转让收入申报纳税,税务机关也只能先以股权整体交易对价作为股权转让收入征税;否则标的公司完成承诺业绩的情况下反而会发生延迟纳税问题,原股东也可能因此受到加收滞纳金及罚款等处罚。

业绩承诺和补偿条款使股权交易的成败存在变数。原股东收到股转款后很快又将款项的绝大部分转回投资方,实际上只能收到小部分现金,缴纳个人所得税确实存在实际困难。取得的现金先用于缴纳个人所得税,应纳税款其余部分可以根据《财政部 国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》的规定向主管税务机关申请按非货币性资产投资分5年期缴纳税款;如税务机关同意,纳税人应按个人所得税备案表约定日期及时缴纳税款。之后如因股权转让取得现金收益,应及时缴纳税款。

(二) 原股东有权申请免除累计补偿金额或者股权整体交易对价对应的股权转让收入已申报的税款

1. 原股东有权申请免除累计补偿金额对应的股权转让收入已申报的税款

在履行股权转让协议过程中,如标的公司虽未能完成承诺的业绩,但股权转让交易不需要撤销或者不能撤销的情况下,双方应以完成股权转让交易为目的签订股权转让协议之补充协议,约定业绩补偿责任。

根据个人所得税法、管理办法等的

有关规定,个人转让股权,以股权转让收入减除股权原值和合理费用后的余额为应纳税所得额。股东发生变更即股权过户是股权转让的标志,股权转让收入才是股权转让所得征税的关键。

股权转让收入应当按照公平交易原则确定。在具有不确定性的股权转让事项中股权转让收入不一定等于股权整体交易对价。如标的公司未能完成承诺的业绩,应按业绩承诺和补偿条款的约定计算确定现金补偿金额,如有多年不能完成承诺业绩,计算累计补偿金额原则上不能超过股权整体交易对价,原股东将累计补偿款退还投资方后,原股东实际收到的股转款就是股权转让的最终交易价格,也就是说股权转让收入应为股权整体交易对价减除累计补偿金额后的余额。

业绩补偿款不是违约金,更不是转让股权的成本,而是对高估的股权转让价格的调减,是股权转让收入金额的减少,根据个人所得税法的有关规定以及从行政行为合理性原则出发,股权转让收入减少的部分不属于征税的范围,不应当缴纳个人所得税,但由于股权整体交易对价包括累计补偿金额已经申报纳税,故应当免除累计补偿金额已申报缴纳的税款。为此,原股东有权申请免除累计补偿金额对应的股权转让收入已申报的税款。

2. 原股东有权申请免除整体交易对价对应的股权转让收入已申报的税款

在履行股权转让协议过程中,如标的公司实现的净利润严重不足,不论是投资方依据约定要求原股东回购,还是原股东依据约定主动回购标的公司股权,都会导致终止股权交易的结果。回购价款原则上以投资方原先的股权整体交易对价为准,原股东已经支付的业绩补偿款可以冲抵回购价款。

根据个人所得税法的有关规定,个人取得所得应当缴纳个人所得税。个人

所得税应当是个人取得的所得中的一部分,也就是说个人取得所得后应当从所得后中拿出一部分缴纳个人所得税,个人没有取得所得自然没有办法也不应当缴纳个人所得税。

股权转让合同未履行完毕,因履行事先约定的业绩承诺和补偿条款而停止执行原股权转让合同,原价回购已转让的股权,恢复原股权架构,属于同一股权转让事项未完结事宜,原股东未实际取得所得,根据个人所得税法的有关规定以及从行政行为合理性原则出发,原股东不应缴纳个人所得税。为此,原股东有权申请免除按整体交易对价对应的股权转让收入已申报的税款。

(三) 原股东有权申请退回多缴纳的税款

根据《中华人民共和国税收征收管理法》的有关规定,纳税人依法享有申请减税、免税、退税的权利。在履行股权转让协议、股权转让协议之补充协议过程中,原股东归还股转款以及原价回购股权的,原股东有权向主管税务机关申请退回多缴纳的税款。

三、对具有不确定性的股权转让事项的相关建议

(一) 税收立法机关应针对包含“业绩承诺和补偿”条款的股权转让事项,制定“预缴税款、业绩承诺期满汇算清缴、多退少补”的特殊征税政策

目前,个人所得税法及其实施条例、管理办法等均未对包含业绩承诺和补偿条款的股权转让事项的个人所得税征缴问题作出明确规定。但包含业绩承诺和补偿条款的股权转让事项是一种市场行为、一种合同行为,因履行业绩补偿条款导致股权转让收入减少,甚至撤销股权转让交易,未能实际取得所得,也是一种客观事实,如果得到、少得或者不得都一样征税,这显然违背个人所得税因有所得才应当缴纳税款的基本原则和

行政合理性原则。

包含业绩承诺和补偿条款的股权转让事项具有特殊性,股权转让收入具有不确定性,需要由未来标的公司能否实现承诺的业绩确定:一种可能使股权转让收入变小;一种可能取消股权交易,实际未取得所得。建议税收立法机关以业绩承诺期为纳税周期,引入预缴税款、汇算清缴、多退少补的纳税概念,细化个人所得税法及其实施条例、管理办法等的相关规定,以针对性地解决包含业绩承诺和补偿条款的股权转让事项的个人所得税征缴问题。

(二) 双方应签署包含业绩承诺和补偿条款的股权转让协议

根据《国家税务总局关于纳税人收回转让的股权征收个人所得税问题的批复》(国税函[2005]130号),股权转让协议中如没有业绩承诺和补偿条款,股权转让合同履行完毕后再约定原价回购股权的,视为两次股权转让行为,对前次转让行为征收的个人所得税款不予退回;股权转让合同未履行完毕,让收到巨额股转款的原股东再原价回购标的公司股权,难度很大,须由仲裁委员会作出解除股权转让合同及补充协议的裁决,难度更大,如无法达成批复规定的条件,股权转让双方可能陷入纠纷,同时也很可能给原股东造成巨额税负。

为此,建议双方要签署包含业绩承诺和补偿条款的股权转让协议。如标的公司未能实现承诺业绩,就可以依据业绩承诺和补偿条款签订股权转让协议之补充协议,约定原股东承担业绩补偿责任的具体实施办法。这样,不但便于依据合同约定解决实际问题,也为原股东公平、合理纳税提供有效证据。

另外,建议双方本着公平、公正的原则,充分考虑各种影响因素,选择正确的估值方法,确定切实可行的业绩目标。□

责任编辑 武献杰