

## 达菲房地产案及新《外商投资法》实施过渡期内 企业组织形式及组织架构调整

作者：杨玉华 | 于杨

### 核心:

《外商投资法实施条例》第四十四条关于五年过渡期规定的立法目的是让合资/合作各方有充分时间进行协商, 意思自治, 达成新的商业利益平衡, 并通过有效决议和变更登记予以落实, 实现内外资企业在《公司法》《合伙企业法》下的国民待遇。

现有外商投资企业要在规定过渡期内依照《公司法》《合伙企业法》等法律规定调整企业组织形式、治理组织机构<sup>1</sup>等, 需要遵循**现行有效**的合营合同约定、章程规定作出合法有效的决议进行有关调整 and 公司章程修订, 即符合《公司法》《合伙企业法》的企业组织形式、治理组织机构是过渡期内企业进行调整的合规目的, 但涉及各方重要商业利益之调整的决策机制和程序须尊重和遵守合资/合作各方既有的现行有效约定。

自《中华人民共和国外商投资法》(“新《外商投资法》”)2020 年 1 月 1 日生效以来, 现有依据原《中外合资经营企业法人》(“《中外合资企业法人》”)、《中外合作经营企业法人》(“《中外合作企业法人》”)及其配套法规设立的超过 125,000 家中外合资或合作企业面临在五(5)年的过渡期内, 也即 2024 年年底前完成必要调整的合规要求。

对于现有的以有限责任公司形式设立的中外合资企业、中外合作企业而言, 其将与内资公司一样无差别地适用《中华人民共和国公司法》(“《公司法》”); 对以非法人形式设立的中外合作企业而言, 其有必要将企业的组织形式转换为有限责任公司、有限合伙企业或普通合伙企业, 其中后两种合伙制均适用《中华人民共和国合伙企业法》(“《合伙企业法》”)。

.....  
如您需要了解我们的出版物,  
请联系:

Publication@llinkslaw.com

<sup>1</sup> “组织形式”是指法定的企业类型, 主要包括有限责任公司或合伙企业。“组织机构”实际指企业的治理结构, 包括权力机构设置、职权范围、任期、决策机制等。

过渡期内的调整可能涉及公司治理、外汇及外商投资信息报告等多个方面，其中，核心为公司组织架构、权责分配及投资利益保护问题。就实践中如何作出有效决议、调整公司治理组织架构存在不同理解。2020年末，深圳前海合作区人民法院就一例较为典型的新《外商投资法》实施过渡期内公司治理调整作出了一审生效判决(“达菲房地产案”)，其相应事实与法院的司法裁判观点对目前众多面临公司治理结构调整的企业具有引导和借鉴意义。

为便于理解，本文将结合该判决，以中外合资经营企业为例，简析实践中五年过渡期内调整的具体操作及注意事项。

## 合法有效决议至关重要

达菲房地产案中，原告为持有达菲房地产发展(深圳)有限公司(“达菲房地产”)小股东暨董事会多数席位持有方<sup>2</sup>香港美达国际商务公司(“香港美达”)，被告为达菲房地产，第三人为达菲房地产大股东暨董事会少数席位持有方<sup>3</sup>。达菲房地产为新《外商投资法》生效前根据《中外合资企业法》设立的中外合资企业，其公司章程及合营合同均依照当时现行有效的《中外合资企业法》规定，董事会(而非股东会)是公司最高权力机构，且合营合同和章程规定董事长及法定代表人由原告小股东委派的董事担任，修改公司章程必须经全体董事一致同意等。

该案的典型意义之一就在于现实地反映了实务中存在的一些外商投资企业的董事席位分配并未映射股权比重。这种安排通常基于现实存在的商业逻辑和各种考量，而在新《外商投资法》出台前，中外合资经营企业的法定最高公司权力机构就是董事会，按董事席位数量而非股权比例进行表决，其他公司治理/决策事宜则需诉诸实质为股东协议的合营合同。新《外商投资法》废除了这种不同于《公司法》(但已有一定存续历史)的治理机制，将内外资企业统一到《公司法》的治理模式下。显然，对于达菲房地产案中这类大股东没有董事会多数席位的情况而言，大股东希望通过新《外商投资法》和《公司法》规定的股东会为最高权力机构，使其股权比例的绝对优势可以在既有的公司治理天平中赢得优势。

该案争议事实: 2020年3月，作为小股东但控制最高权力决策机构董事会的原告发现达菲房地产在其不知情的情况下，召开了“2020年第一次股东会”，并形成股东决议，修改公司章程，解散公司董事会，选举公司新一届董事会且董事全部由作为大股东的第三人委派。原告认为该股东会决议违背达菲房地产**现行有效**公司章程和合营合同的规定，应认定为违法无效；而被告达菲房地产认为该决议为依据新《外商投资法》及配套法律法规在五年过渡期内调整公司组织架构的合法决议，应认定为合法有效。

该案核心问题围绕现有中外合资企业在五年过渡期内调整组织形式、组织机构时，应依据的法律法规，也检验了目前实践中对于《中华人民共和国外商投资法实施条例》(“《外商投资法实施条例》”)第44条可能存在的两种解读。

<sup>2</sup> 持有10%股权及三席董事会中两个董事席位

<sup>3</sup> 持有90%股权及三席董事会中的一个董事席位

《外商投资法实施条例》第 44 条规定，现有外商投资企业在外商投资法施行后五年内，可以依照《公司法》、《合伙企业法》等法律的规定调整其组织形式、组织机构等，并依法办理变更登记，也可以继续保留原企业组织形式、组织机构等。

本案被告(标的公司)及第三人(大股东)辩称案涉股东会决议符合《公司法》等法律规定，在向董事会、监事会申请召集股东会无果的情况下，持有被告 90%股权的第三人按照《公司法》的规定，召集和主持了案涉股东会，且表决内容属于《公司法》规定的股东会职权范围，表决比例符合规定，可以实现组织机构变更的效果，即变更股东会为最高权力机构，变更董事产生方式、议事表决机制等。

## 董事会 v 股东会？

单纯从《外商投资法实施条例》第 44 条文字表述来看，可能导致一种理解为现有外商投资企业五年过渡期内的调整需适用《公司法》及《合伙企业法》相关规定；又，被告辩称：按照《市场监管总局关于贯彻落实〈外商投资法〉做好外商投资企业登记注册工作的通知》（国市监注〔2019〕247 号，“247 号文”）第 10-12 款的有关规定，在五年过渡期内调整最高权力机构、法定代表人或者董事产生方式、议事表决机制等与《公司法》强制性规定不符事项的，应当修订公司章程，并依法向登记机关申请办理变更登记、章程备案或者董事备案等手续。但该规定未明确修改公司章程的具体表决方式（即未明确应由变更前的权力机构“董事会”表决，还是由变更后的权力机构“股东会”表决）。

结合本案中深圳前海合作区法院的观点及《外商投资法》立法背景及目的，笔者认为，五年过渡期设置的即为给予现有外商投资企业调整治理组织架构的缓冲期，其在有效完成组织架构调整之前，仍应适用原有公司章程及合营合同的规定，相应决策流程和方式应按照原《中外合资企业法》等法律法规，由原最高权力机构董事会依法作出决议，完成过渡期内的企业组织形式、组织机构调整。如按照本案被告及第三人的主张，该等调整组织形式、组织机构的决策直接由拟进行的调整后的最高权力机构股东会作出，实际上导致了五年过渡期的设置失去其现实意义；在未完成变更登记之前，股东会做出该等决议也超出了其职权范围。本案被告及第三人辩称其根据原有公司章程和合营合同向董事会、监事会申请召集股东会无果，亦应依据原公司章程和合营合同的规定依法维护股东权益，而非直接由股东会在尚无权力依据的情况下作出决议。不同于被告在本案中的抗辩，247 号文第 12 条其实给出了较为清晰的指引：允许现有外商投资企业在调整组织形式、组织机构前(时)沿用原议事表决机制申请变更(备案)或者注销登记；以及第 13 条，允许调整组织形式、组织机构后的现有外商投资企业继续沿用调整前有关股权转让的合同约定条件等，过渡期内投资者的核心利益和意思自治初衷应得到最大程度维护，并降低冲突和核心利益处置困局的可能性。

## 股东协议不只一个 -- 合营合同与合营协议之间的冲突

另，达菲房地产案中，需投资者留意的另一相关事实为，原告(小股东)与第三人(大股东)之间除合营合同外，另有一份《股权转让暨合作框架协议》(“《框架协议》”)及其补充协议，双方在该等协议中约定，依照《中外合资企业法》订立的合营合同仅为完成工商登记办理目的而签署，双方的真实意思表示体现于《框架协议》及其补充协议中，如有不一致，应以《框架协议》及其补充协议为准。《框架协议》中约定，达菲

房地产的最高权力机构为股东会，公司设董事会，成员三名，均由第三人(大股东)委派，且董事长由第三人提名的董事担任并为公司法定代表人。

也即，在新《外商投资法》实施之前，达菲房地产的两名股东之间已经存在两套协议，分别约定了不同的最高权力机构和董事会构成事宜。被告与第三人就该两套协议主张，当原《中外合资企业法》失效后，代表双方真实意思表示的《框架协议》及其补充协议在法律上不再具有阻碍，公司组织架构及治理细则应按照框架协议执行，因而由股东会作为最高权力机构作出相应决议应认定为合法有效。

此类安排在现有外商投资企业中并不少见，实践中也引发了众多争议。本案中，法院重申《中外合资企业法实施条例》第 10 条的规定，即：合营企业协议，是指合营各方对设立合营企业的某些要点和原则达成一致意见而订立的文件；合营企业合同，是指合营各方为设立合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的文件；合营企业章程，是指按照合营企业合同规定的原则，经合营各方一致同意，规定合营企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的文件。合营企业协议与合营企业合同有抵触时，以合营企业合同为准。经合营各方同意，也可以不订立合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。

本案中合营企业合同和公司章程已依法在工商备案，其效力不应因双方签订了《框架协议》及其补充协议而灭失，因此，公司召开股东会仍应遵循原有合营合同及公司章程的规定，决策事项属于董事会的职权范围，而非股东会。由此可见，实务中因各种原因现实存在的很多“阴阳合同”都蕴藏着争议风险。

## 小结

新《外商投资法》生效实施已近两年，本文所述案例对五年过渡期内现有外商投资企业的治理组织架构调整具体适用的法律法规作出了较为清晰的司法实践指引。投资者应有借鉴，“三资企业法”时代所订立的公司章程及合营合同、合作合同，在过渡期内均为有效并须遵守，新《外商投资法》及《公司法》并不当然赋予有关当事方“王炸”权力，合资/合作各方原治理结构和机制、现行有效决策程序均需得到尊重和遵守，方能形成有效决议进行新《外商投资法》及《公司法》项下的合规调整。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



杨玉华  
+86 10 8519 2266  
+44(0)20 3283 4337  
yuhua.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: [master@llinkslaw.com](mailto:master@llinkslaw.com)

上海

上海市银城中路 68 号  
时代金融中心 19 楼  
T: +86 21 3135 8666  
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号  
华润大厦 4 楼  
T: +86 10 8519 2266  
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号  
中国华润大厦 18 楼  
T: +86 755 3391 7666  
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号  
历山大厦 32 楼 3201 室  
T: +852 2592 1978  
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside  
London SE1 2RE  
T: +44 (0)20 3283 4337  
D: +44 (0)20 3283 4323



[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)



WeChat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 本篇文章首次发表于中国法律透视电子版第 131 期(总第 166 期)