

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京

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

香港

香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
电话: +852 2592 1978
传真: +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

新《外商投资法》实施过渡期的中外合资企业合规问题

作者：杨玉华

2020 年 1 月 1 日,《中华人民共和国外商投资法》(“新《外商投资法》”)生效。与此同时,已实施四十载的《中华人民共和国中外合资经营企业法》(“《中外合资企业法》”)和三十余载的《中华人民共和国中外合作经营企业法》(“《中外合作企业法》”)及配套法规被同步废止。考虑到现有超过 125,000 家中外合资或合作企业是依据原《中外合资企业法》、《中外合作企业法》及其配套法规设立的,新《外商投资法》及其实施条例为这些企业预留了五(5)年的过渡期,方便企业在 2024 年年底前通过完成必要的调整,以达到合规要求。

中外合资企业和中外合作企业这两种广为人知的企业组织形式将在过渡期内逐步退出历史舞台。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

为帮助现有中外合资或合作企业及其投资者更好地了解新《外商投资法》及其配套法规，我们特此列出企业在过渡期内值得关注的合规问题，主要涉及公司治理、外汇及外商投资信息报告等方面。

敬请注意：鉴于中外合资企业占现有中外合资、中外合作企业的绝大多数，我们在本文中重点介绍中外合资企业的情况。

1. 公司治理

经比较原《中外合资企业法》和新《外商投资法》及相关配套法规，现就二者在公司治理方面的主要差异点总结如下：

事项	原《中外合资企业法》	新《外商投资法》
中外合资企业设立和运行的法律基础	《中外合资企业法》及其配套规章制度。 作为“特别法”，按照特别规定优先于一般规定的法律适用规则，《中外合资企业法》及其配套规章制度优先于《公司法》适用于中外合资企业。	新《外商投资法》、《外商投资法实施条例》及其配套规章制度。 鉴于《中外合资企业法》已废止，《公司法》将作为统一适用于外商投资企业和内资企业的基础法律。
公司章程	公司章程应当包括以下事项： (1) 合资企业名称及法定地址； (2) 合资企业的 宗旨 、经营范围和 合资期限 ； (3) 合资各方的名称、注册国家、法定地址、法定代表人的姓名、职务、国籍； (4) 合资企业的 投资总额 ，注册资本，合资各方的出资额、出资比例、出资方式、出资缴付期限、 股权转让的规定 ， 利润分配和亏损分担的比例 ； (5) 董事会的组成、职权和议事规则，董事的任期，董事长、副董事长的职责； (6) 管理机构的设置，办事规则，总经理、副总经理及其他高级管理人员的职责和任免方法； (7) 财务、会计、审计制度的原则 ； (8) 解散和清算；以及 (9) 章程修改的程序。	公司章程应当载明下列事项： (1) 公司名称和住所； (2) 公司经营范围； (3) 公司注册资本； (4) 股东的姓名或者名称； (5) 股东的出资方式、出资额和出资时间； (6) 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则； (7) 公司法定代表人；以及 (8) 股东会会议认为需要规定的其他事项。

最高权力机构	董事会 为合资企业的最高权力机构, 决定合资企业的一切重大问题。(无股东会设置)	股东会 是公司的权力机构。
权力机构决定的事项	合资企业的所有重大事项, 例如: - 合资企业章程的修改, - 合资企业注册资本的增加、减少, - 合资企业的合并、分立, - 合资企业的解散等 均由董事会决定。	《公司法》赋予股东会更广泛的权力: (1) 决定公司的经营方针和投资计划; (2) 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事, 决定有关董事、监事的报酬事项; (3) 审议批准董事会报告; (4) 审议批准监事会或者监事的报告; (5) 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案; (6) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案; (7) 对公司增加或者减少注册资本作出决议(如适用); (8) 对发行公司债券作出决议; (9) 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议; 以及 (10) 修改公司章程。
重大事项表决权	下列重大事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议: (1) 合资企业章程的修改; (2) 合资企业注册资本的增加、减少; (3) 合资企业的合并、分立; 以及 (4) 合资企业的终止、解散。	下列重大事项必须经代表三分之二以上表决权的股东通过: (1) 修改公司章程; (2) 增加或者减少注册资本; (3) 公司合并、分立、解散; 以及 (4) 变更公司形式。
董事	董事由 合资各方委派 任免。	董事由 股东会选举 和更换。
董事会组成人数	不得少于三人, 董事名额的分配由合资各方参照出资比例协商确定。	董事会成员为三(3)至十三(13)人, 具体人数由股东确定; 董事由股东会选举产生。
董事长、副董事长	中外合资者一方担任董事长的, 由他方担任副董事长。	董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。
董事任期	四(4) 年。	董事任期由公司章程规定, 但每届任期不得超过 三(3) 年。

董事会会议的召集和召开	董事会会议每年至少召开一次, 由董事长负责召集并主持。董事长不能召集时, 由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议。 经 1/3 以上董事提议, 可以由董事长召开董事会临时会议	尽管《公司法》对董事会会议每年召开次数无明确规定, 但董事会每年至少应召开一次会议以确保适当履职。 董事会会议由董事长召集和主持; 董事长不能履行职务或者不履行职务的, 由副董事长召集和主持; 副董事长不能履行职务或者不履行职务的, 由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。 对临时董事会的召开无具体规定。
董事会会议召开的法定人数	2/3 以上董事出席	可由股东自行决定(由公司章程规定)。
法定代表人	董事长	董事长(或执行董事)或 经理 , 由公司章程规定。
管理层	正副总经理由合资各方分别担任¹。 在过去三四十年的实务中, 许多合资企业均是由中外双方分别派员来出任合资企业的高级管理职位, 以确保各自对合资企业运营的实质参与和管控。	《公司法》采纳了现代公司治理结构, 管理层由董事会聘任或解聘并对董事会负责。
监事	没有设立监事会或任命监事的要求。但近年来为了与《公司法》接轨, 已广泛鼓励或要求合资企业设立监事会或不设监事会任命 1-2 名监事。	《公司法》要求设立成员不少于三人的监事会 或 不设监事会, 任命一(1)至二(2)名监事。
税后利润分配	合资企业按照《中华人民共和国企业所得税法》缴纳所得税后的利润应当提取储备基金、职工奖励及福利基金、企业发展基金(“外商投资企业三金”), 提取比例由董事会确定。 在实践中, 提取三金的要求近年来已有所放宽, 许多合资企业已不在税后利润分配时提取三金。	依据新《外商投资法》, 税后利润分配适用《公司法》。公司分配当年税后利润时, 应当提取利润的 10%列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的 50%以上的, 可以不再提取。公司从税后利润中提取法定公积金后, 公司可自行决定从税后利润中提取任意公积金。 合资企业应对公司章程中关于外商投资企业三金的相关规定予以修改。

¹ 就委任程序而言, 依据《中外合资企业法实施条例》, 总经理和副总经理应当由董事会聘请。

清算	清算委员会的成员一般应当在合资企业的董事中选任。董事不能担任或者不适合担任清算委员会成员时, 合资企业可以聘请中国的注册会计师、律师担任。	有限责任公司的清算委员会由股东组成。 合资企业应对公司章程中关于公司清算的相关规定予以修改, 赋予股东依法组成清算组的权力。若合资企业在过渡期内拟实施清算, 相关清算程序应符合《公司法》规定。
利润分配	严格按照出资比例分配利润。	可由股东自行约定并在公司章程中另行规定, 即可不按照出资比例分配。
股权转让	合资一方向第三方转让其全部或者部分出资/股权的, 须经合资他方同意	《公司法》提供了更完善的股权转让机制: (1) 股权内部转让, 即在股东之间转让, 无需其他股东的同意(股东为三方及以上的情形); (2) 股东向股东以外的第三方转让股权, 应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意, 其他股东自接到书面通知之日起满三十(30)日未答复的, 视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的, 不同意的股东应当购买该转让的股权; 不购买的, 视为同意转让。

2. 合资合同和公司章程

《合资合同》和合资企业《章程》是现有合资企业最重要的两个法律文件, 其中, 《合资合同》即合资各方的股东协议; 而《章程》是公司组织和活动的基本治理准则, 对公司、股东、董事、监事、高级管理人员均具有约束力。一方面, 合资企业需要对《章程》进行修订, 实现对合资企业组织机构的变更和公司治理结构的调整, 以满足过渡期内的合规要求; 另一方面, 如何确保现有《合资合同》的约定在最大程度和范围内可依法保持约束力和可执行效力, 以尽可能在原合同约定条件下管理中外合资方之间的关系也是一个至关重要的问题。重要事项主要涉及股权转让程序、利润分配与亏损分担、清算分配约定等。

《外商投资法实施条例》第四十四条规定, 五年过渡期内, 现有外商投资企业可以依照《公司法》、《合伙企业法》等调整其组织形式、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。对于选择调整组织形式、组织机构的, 《外商投资法实施条例》第四十六条明确

规定, 现有外商投资企业的组织形式、组织机构等依法调整后, 原合营、合作各方在合同中约定的股权或者权益转让办法、收益分配办法、剩余财产分配办法等, 可以继续按照约定办理。

此两条规定旨在缓和五年过渡期内现有外商投资企业的原约定办法与《公司法》之间的冲突。结合国家市场监督管理总局发布的《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》第 12 条, 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初衷可得到最大程度的维护, 并最大范围内降低冲突和核心利益处置困局的可能性。

3. 外债管理

中国外汇监管制度下的“投注差”(注册资本与投资总额之间的差额)外债管理模式已实行多年。外商投资企业被允许在“投注差”范围内操作包括境外股东贷款在内的举借外债。2017 年, 中国人民银行发布了《关于全口径跨境融资宏观审慎管理有关事宜的通知》, 该通知发布了新的外债管理模式。

新《外商投资法》和《公司法》中均未再提及投资总额及“投注差”概念。但目前相关主管部门尚未正式颁布以废除原“投注差”外债管理模式的新规, 意味着当前新旧外债管理模式暂时并行共存。因此, 若现有外商投资企业暂不希望变更适用新的跨境融资宏观审慎管理外债模式, 则暂不需要立即对公司章程中关于投资总额及“投注差”相关表述条款进行修订。

此外, 近期出现了一些过渡性的监管实践。2020 年 3 月, 国家外汇管理局北京外汇管理部发布通知, 北京市的非金融企业可以选择从“投注差”外债管理模式调整为跨境融资宏观审慎管理模式³, 这种新的外债管理模式旨在简化审批及注册流程, 且企业根据自身情况有可能举借更高金额的外债。建议企业密切关注相关后续动态。

4. 外商投资信息报告

自 2016 年以来, 外商投资企业除在负面清单领域内开展业务需获得相关主管部门许可且受限于相关条件和要求外, “鼓励”和“允许”类⁴外商投资领域仅需满足备案要求即可。

² “组织形式”是指法定的企业类型, 包括有限责任公司或合伙企业。鉴于现有中外合资企业均以有限责任公司形式设立, 故无需调整其“组织形式”。该等“组织形式”的调整主要针对以非法人形式设立的中外合作企业, 其可重组改制为有限责任公司、有限合伙企业或普通合伙企业, 后两者均为《合伙企业法》所管辖。

“组织结构”实际指公司的治理结构。如本文第 1 节表格中所述, 合资企业需进行必要调整以确保满足新《外商投资法》的合规要求。

³ <http://www.safe.gov.cn/beijing/2020/0310/1194.html>

⁴ 原外商投资领域沿袭几十年的“鼓励”“允许”“限制”“禁止”分类方法, 从新《外商投资法》生效实施后, 实际也将渐渐淡出, 而逐步以《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》+《鼓励外商投资产业目录(2019 年版)》的体系予以规制, 除此以外, 内外资不再区别对待, 即“国民待遇”。

自 2020 年 1 月 1 日起,《外商投资信息报告办法》(“《报告办法》”)建立了新的外商投资信息报告制度。**外国投资者或外商投资企业**应通过企业登记系统以及国家企业信用信息公示系统报送投资信息(包括初始报告、变更报告、注销登记报告、年度报告等)。

根据《报告办法》,如公司名称、注册地址、法定代表人、股东、经营范围、注册资本等涉及企业变更登记(备案)的,应同步通过企业登记系统提交外商投资信息变更报告(即同步报告);不涉及企业变更登记(备案)的,应于变更事项发生(如作出决议日)后二十(20)个工作日内通过企业登记系统提交外商投资信息变更报告(即事后报告)。

企业上一年度的年度报告应于每年的**6 月 30 日**之前通过国家企业信用信息公示系统提交,应包括企业基本信息、投资者及其实际控制人信息、企业经营和资产负债等信息。依据《公司法》相关规定,企业应对其年度财务报表进行审计,但目前而言,年度报告并未明确要求企业通过报告系统上传经审计的年度财务报表。此外,年度报告信息哪些及在何种程度上会予以公示,企业敏感经营信息的保密需求与年报基本信息的公示需要之间的平衡,也需在日后实务中进一步予以实践检验。

5. 时机考虑

- (1) 新《外商投资法》实施后,相关主管部门仍在持续推动相关配套规定和措施的制定和出台,方方面面的具体实践仍待时间检验;
- (2) 尽管五年过渡期时间充裕,相关主管部门仍鼓励外商投资企业及时进行合规调整;
- (3) 2024 年 12 月 31 日是外商投资企业合规调整的最后期限;自 2025 年 1 月 1 日起,对未依法调整组织形式、组织机构等并办理变更登记的现有外商投资企业(即未按时完成合规调整),市场监督管理部门将不予办理其申请的其他登记事项,并将相关情形予以公示。显然,如出现该等情况,将会对外国投资者的在华相关投资造成重大不利影响。

毋庸赘述,企业应谨慎应对,合理掌握时机,适时做好合规调整。敏感商业条款如需中外双方重新磋商、谈判、修订相关法律文件,可能并非易事,却更应尽早积极面对。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



杨玉华
+86 10 8519 2266
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

上海

T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

香港

T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



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。