

外商投资企业设立及变更备案制正式实施

作者: 孔焕志 / 张嵩松 / 余丹

全国人大常委会于 2016 年 9 月 3 日通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》(“《决定》”), 明确外商投资企业设立及变更备案制(“备案制”)将于 2016 年 10 月 1 日起在全国范围内正式实施。商务部也于同日公布了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法(征求意见稿)》(“《暂行办法》(征求意见稿)”)。

《决定》及《暂行办法》(征求意见稿)公布后, 即将推出的备案制便受到了广泛关注, 而关注点主要围绕 10 月 1 日起备案制能否如期在全国范围内落地, 以及相关实施细则能否到位。本所律师曾因办理具体案件需要在 9 月中旬实地走访并咨询了上海市商务委员会及上海市工商行政管理局, 当时两部门均告知备案制操作的细则尚未明确, 而对于关于备案制的很多细节问题两部门内部也存有疑问。

“十一”国庆节长假前后相关部门发布了如下一系列规定, 最终证明了备案制“如约而至”, 而之前存疑的很多实施中具体问题也得到了进一步明确。

1. 2016 年 9 月 30 日, 国家工商行政管理总局发布了《工商总局关于做好外商投资企业实行备案管理后有关登记注册工作的通知》(“《工商总局通知》”), 对备案制如何与现行外商投资企业设立、变更的工商登记注册制度进行衔接予以明确;
2. 2016 年 10 月 8 日, 商务部正式发布了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》(“《暂行办法》”), 对不涉及国家规定实施准入特别管理措施(即通常所说的“负面清单”之外)的外商投资企业的设立及变更备案作出规定。《暂行办法》于发布当日正式生效实施;

如您需要了解我们的出版物, 请与
下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

外商投资企业设立及变更备案制正式实施

3. 2016 年 10 月 8 日, 国家发展改革委与商务部联合发布了 **2016 年第 22 号公告**(“22 号公告”), 明确了准入特别管理措施的具体适用范围。

《暂行办法》(征求意见稿)公布后, 本所曾撰文《外商投资企业设立及变更备案制将全面实施》对其进行评述, 并在文中提出备案制正式实施前值得关注的三个问题:

1. 与备案制配套的全国范围内适用的“负面清单”何时发布, 具体内容如何;
2. 备案制实施后, 相关政府部门(特别是工商部门)实践操作中如何与之衔接;
3. 备案制实施对现行外商投资监管制度构成何等影响。

随着上述规定的发布, 这三个问题均已得到一定程度的明确。因此本所特撰写此文进一步分析。而考虑到《暂行办法》对之前《暂行办法》(征求意见稿)进行了部分实质性修改, 本文有必要首先对两者进行比较。

➤ 《暂行办法》对《暂行办法》(征求意见稿)的修改

经对比, 《暂行办法》在如下方面对《暂行办法》(征求意见稿)作出了实质性修改或补充:

- 将“是否属于国家规定的进口设备减免税范围”归为需要备案的变更事项;
- 将“股权质押”从备案事项中排除(见下文进一步分析);
- 外商投资企业在就合并、分立、减资等事项备案时应说明依法办理公告的情况;
- 外商投资的上市公司及“新三板”挂牌公司可仅在外国投资者持股比例变化累计超过 5%以及控股或相对控股地位发生变化时办理备案;
- 明确了外商投资企业办理备案时的一些程序要求, 如需在提交外文文件时同时上传中文翻译件;
- 将“伪造、变造、出租、出借、转让《备案回执》”列为违反《暂行办法》的行为之一;
- 明确企业违反《暂行办法》的不诚信记录可能被商务部门保留 3 年。

➤ 关于三个关注问题的分析

对于上文提及的三个在备案制正式实施前值得关注的问题, 通过对《工商总局通知》、《暂行办法》及 22 号公告的解读, 可得到如下答案:

外商投资企业设立及变更备案制正式实施

一、“负面清单”

我们首先注意到,《暂行办法》中并没有再沿用《暂行办法》(征求意见稿)中“负面清单”的提法,而统一使用“国家规定实施准入特别管理措施”的表述。

此外,结合 22 号公告的内容,国务院相关部门(发改委及商务部)没有单独发布全国范围内统一适用的“负面清单”,而是按照《外商投资产业指导目录(2015 年修订)》来确定适用准入特别管理措施的范围。具体来说,对于指导目录中列为外商投资限制类和禁止类,以及鼓励类中有股权要求、高管要求的领域,属于国家规定实施准入特别管理措施的范围,仍适用审批管理。

《暂行办法》发布之日于商务部官方网站上同时发布的《商务部条约法律司负责人就<外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法>进行解读》(“《商务部解读》”)也进一步明确:“就外商投资准入特别管理措施范围内的投资,对于涉及《目录》限制类和禁止类以及鼓励类中有股权要求、高管要求的领域,不论金额大小或投资方式(新设、并购)均将继续实行审批管理。”

“自贸区负面清单”仍然适用

根据《暂行办法》第 37 条,上海、广东、天津及福建四个自贸区也将统一适用《暂行办法》,而之前自贸区内统一适用的外商投资备案管理办法同时废止。但《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施》(即自贸区的负面清单)并未因《暂行办法》及 22 号公告的发布而废止。根据商务部外商投资综合管理信息系统的提示,该自贸区负面清单仍然对区内外商投资企业适用。这意味着《暂行办法》实施后,自贸区内外实行的是两套不同的“准入特别管理措施”清单。

[此前上海自贸区内的外商投资企业备案通过“试验区投资办事直通车”的平台系统进行,但根据该系统最新显示信息,系统将会提示申报者前往商务部“外商投资综合管理信息系统”进行申报(图一),而本所律师同时也注意到商务部的“外商投资综合管理信息系统”在受理备案区有专门的自贸区入口(图二)]

(图一)

因外商投资企业设立备案(审批)相关业务调整,申报外资备案的企业
请申报外资备案的企业至<http://wzzxbs.mofcom.gov.cn/>进行申报。

给您带来不便,敬请谅解!

外商投资企业设立及变更备案制正式实施

(图二)



二、 工商登记注册的衔接

为配合备案制正式实施、确保工商登记注册与备案制的有效衔接，国家工商行政管理总局于《工商总局通知》中明确了备案制实施后外商投资企业在工商登记注册中的操作原则及相关细节：

- 对于适用备案制的外商投资企业的设立及变更，获得备案证明不是其进行工商登记注册的前置条件。
- 适用审批制的外商投资企业的设立及变更登记，仍以获得商务部门的批准(批复及批准证书)为工商登记注册前置条件。
- 对适用备案制和仍实行审批制的外商投资企业实行不同的登记管辖原则。根据外商投资企业授权登记管理体制，结合备案制，不涉及准入特别管理措施的外商投资企业适用属地管辖原则，其工商登记注册由企业所在地最基层一级的有权地方工商部门办理；涉及准入特别管理措施的外商投资企业则仍执行级别管辖原则(即不同类型、规模的企业应向被授予相应核准登记权的工商部门申请工商登记注册)。
- 除上述登记规则及登记管辖内容外，《工商总局通知》同时对登记注册工作人员、信息技术手段、信息共享机制等如何配合备案制的落实作出要求，以整体体现其按照“内外资企业一致”原则履行审查责任的标准。

三、 《暂行办法》与其他现行外商投资领域相关规定的适用关系

备案制实施后，《暂行办法》将如何与其他与外商投资企业的设立、变更相关的现行规定相衔接，以及在发生冲突时如何适用，是《暂行办法》(征求意见稿)中的遗留问题，特别是外商投资企业的股权转让、股权质押以及境内再投资等在备案制下如何处理，之前也引发了不同的分析和猜想。

外商投资企业设立及变更备案制正式实施

就此问题,《暂行办法》第 35 条现作出了原则性规定,即“商务部于本办法生效前发布的部门规章及相关文件与本办法不一致的,适用本办法”。

需要注意的是,尽管根据上述规定《暂行办法》原则上具有优先适用性,但根据 22 号公告及《商务部解读》内容,就下述特别事项,商务部门发布的其他规定仍将优先适用。

首先,22 号公告中提出,“涉及外资并购设立企业及变更的,按现行有关规定执行。”而《商务部解读》指出,“对于外国投资者并购境内非外商投资企业,适用《关于外国投资者并购境内企业的规定》(商务部令 2009 年第 6 号),其中涉及上市公司的,适用《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》(商务部、证监会、税务总局、工商总局、外汇局令 2005 年第 28 号)。对于外国投资者投资其他领域或采取其他方式投资的,一律实行备案管理。”该文还进一步指出,“外商投资企业境内再投资应符合《对外贸易经济合作部、国家工商行政管理局关于外商投资企业境内投资的暂行规定》的要求。”

尽管上述规定及解读并不能完全覆盖所有实践中可能存在的不同规定相冲突的问题(例如对于“实际控制人”的解释不同等),但《暂行办法》及 22 号公告毕竟作出了原则性指引,这相较《暂行办法》(征求意见稿)而言是很大的进步。

外商投资企业重要事项审批备案小结

对值得关注的外商投资企业股权转让、股权质押及境内再投资事项,本所对备案制实施后的审批或备案要求进行了初步小结:

- **股权转让**

适用审批: (1)涉及准入特别管理措施的外商投资企业股权转让,或(2)外国投资者并购境内非外商投资企业(按照《关于外国投资者并购境内企业的规定》或《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》执行);

适用备案: (1)不涉及准入特别管理措施的外商投资企业股权转让,或(2)外国投资者在外商投资的上市公司及“新三板”挂牌公司中持股比例变化累计超过 5%或控股或相对控股地位发生变化。

- **境内再投资**

需符合《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》的要求。

如外商投资企业在限制类领域再投资的,则需首先由被投资公司所在地省级商务部门审批,而后向外商投资企业的原审批机关备案;

外商投资企业设立及变更备案制正式实施

如外商投资企业在鼓励类或允许类领域再投资的，则由该外商投资企业向其原审批机关备案即可。

- **股权质押**

《暂行办法》(征求意见稿)中曾将股权质押列为备案事项，但《暂行办法》中明确将该事项排除(原来征求意见稿所附的《外商投资企业变更备案申报表》中关于股权质押相关部分也均在《暂行办法》中被完整删除)。此外，国家工商行政管理总局 2016 年 4 月 29 日公布的《关于废止和修改部分工商行政管理规章的决定》中，明确删除《工商行政管理机关股权出质登记办法》下外商投资企业股权质押应经原审批机关批准方可办理出质登记的规定。

但综合前述规定，目前仍不能明确外商投资企业股权质押是否涉及审批要求，该问题有待商务部门在未来进一步明确。*就此相关问题，本所近期曾专门撰写《未经审批以外商投资企业股权出质，质权能否有效设立》一文进行更为深入的分析。*

➤ **结语**

《暂行办法》的实施及 22 号公告的发布，标志着我国外商投资企业设立及变更备案制为主导的外资准入法律制度已经建立。备案制实施后，对涉及准入特别管理措施(负面清单)的外商投资企业的设立、变更事项，仍需报商务部门进行审批；而不涉及准入特别管理措施的，则原则上仅需按照《暂行办法》履行外商投资企业的备案手续。本所律师在 10 月 8 日当天即登陆并试用了商务部的“外商投资综合管理信息系统 外商投资企业设立及变更备案子系统”(http://wzzxbs.mofcom.gov.cn/WebProBA/app/entp/approve)，发现该系统也已正式启用。这意味着外商投资企业备案制在实践中已经开始运行。

外商投资企业设立及变更备案制正式实施

如需进一步信息, 请联系:

作 者	
孔焕志 电话: (86 21) 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com	张嵩松 电话: (86 21) 3135 8674 sol.zhang@llinkslaw.com
余 丹 电话: (86 21) 3135 8690 bella.yu@llinkslaw.com	

上海	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: (86 21) 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: (86 21) 3135 8770 selena.she@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: (86 21) 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
谢 岚 电话: (86 21) 3135 8688 amigo.xie@llinkslaw.com	钱大立 电话: (86 21) 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com
孔焕志 电话: (86 21) 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话: (86 10) 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: (86 10) 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: (86 10) 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
香港(与张慧雯律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: (86 21) 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com
谢 岚 电话: (86 21) 3135 8688 amigo.xie@llinkslaw.com	