

外商投资企业上市前股权激励相关问题探讨

作者: 黄艳 / 张洁

员工股权激励作为稳定公司管理层及核心技术、业务骨干的一种方式, 已受到越来越多的企业青睐。拟上市外商投资企业由于我国外资审批管理的规范要求以及未来申请上市的监管要求, 相比之内资企业, 在进行股权激励时需要关注更多的法律问题, 下文谨就相关问题进行探讨。

上市前股权激励的模式选择

➤ 员工直接持股

员工直接持股是指由所有参与股权激励计划的员工直接持有拟上市公司股权, 成为拟上市公司的直接股东。根据现行法律法规及外商投资审批实践, 中国境内自然人尚不得通过直接受让股权或增资的行为成为外商投资企业的股东。因此, 对于外商投资企业而言, 员工直接持股目前尚存在法律障碍。

➤ 信托持股

信托持股是根据《信托法》设计的一种员工持股模式, 系将拟用于股权激励的拟上市公司股权委托给信托公司, 由信托公司持有目标公司股权, 受益人为参与股权激励计划的员工。

如您需要了解我们的出版物, 请与
下列人员联系:

韩东红: (86 21) 3135 8709
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

信托持股设立后, 信托公司成为拟上市公司的名义股东并在工商局登记。该模式的优点是设立信托持股所需时间较短, 程序也较为简便, 不利之处在于信托只是一种合同关系, 作为委托方可随时转让信托权益, 有着极大的不确定性, 信托的实际受益人也难以监管, 因而现阶段证券监管部门在股票公开发行审核过程中对于拟上市公司股权结构中存在信托持股安排不持鼓励态度。

外商投资企业上市前股权激励相关问题探讨

➤ 员工持股公司持股

该模式是指由参加股权激励计划的员工共同出资设立一个或数个员工持股公司，再由员工持股公司持有拟上市公司的股权，从而达到员工间接持股的目的。该模式的优点在于，员工持股公司股东的姓名及其出资额应向当地的工商机关登记，股东身份具有公示性，股权结构较为清晰，员工与拟上市公司之间的法律关系比较规范，员工的利益也较容易获得保障。该模式的不利之处在于，员工股权激励的收益只能通过员工持股公司利润分配的方式进行，而员工持股公司在分配当年税后利润时，需要提取利润的 10% 作为法定公积金，只有当法定公积金累计达到公司注册资本的 50% 以上时，方可不再提取，而通常情况下，员工持股公司除股权投资收益外，没有其他利润来源，因此，员工股权激励的收益会因该等限制而受到影响；其次，相比自然人直接持股而言，拟上市公司未来上市成功后，员工通过持股公司减持该上市公司股权所获得的收益将涉及双重征税问题。

➤ 有限合伙企业持股

该模式是指由参加股权激励计划的员工共同出资设立一个或数个有限合伙企业，再由有限合伙企业持有拟上市公司的股权，从而达到员工间接持股的目的。有限合伙企业持股类似于员工持股公司持股，但其重要差异在于，有限合伙企业本身并不缴纳企业所得税，其生产经营所得和其他所得，由合伙人分别缴纳所得税。因此有限合伙企业持股可以避免双重征税问题。

目前在实操中，有限合伙企业能否成为外商投资企业的股东尚在探索阶段。由于地方商务主管部门对于有限合伙企业持股是否属于变相的中方自然人直接持股存在不同理解，如拟采用有限合伙企业持股形式则需提前与相应商务主管部门沟通可行性。

综合以上考虑，实操过程中，从法律可行性及对未来上市影响考虑，较多拟上市外商投资企业选择采用员工持股公司持股的方式来进行股权激励。

员工持股公司持股应注意的问题

➤ 拟激励员工人数的限制

员工持股公司的组织形式为有限责任公司或股份有限公司，由于我国《公司法》规定的有限责任公司的股东人数上限为 50 人，股份有限公司发起人的人数上限为 200 人，因此拟上市公司需要根据拟激励员工人数，选择设立一个或数个有限责任公司或股份有限公司。值得注意的是，根据实践经验，如果间接持股的员工人数与拟上市公司的其他股东人数累计超过 200 人，则可能被证券监管部门认定为属于《证券法》所规定的变相公开发行。因此，拟上市公司对于拟激励员工的总人数应有所限制。

外商投资企业上市前股权激励相关问题探讨

➤ 员工持股公司的设立

员工持股公司注册资本可根据其获得激励股权所需支付的对价总额来确定, 但不应低于《公司法》规定的注册资本最低限额(有限责任公司为人民币 3 万元, 股份有限公司为人民币 500 万元)。参与股权激励计划的员工按照其所分配的激励股权数量比例来确定其对员工持股公司的出资比例。

➤ 激励股权的价格

如员工持股公司通过股权转让方式获得激励股权, 为体现激励性, 股权转让价格可能较低(比如低于相应的净资产评估值)。根据现有法律法规, 如该股权转让系由中方投资者向外方投资者转让股权或转让标的股权为国有股权, 则应以拟转让股权的评估价值为依据确定转让价格; 除此之外, 国家层面的法律对于股权转让价格之确定没有进行明确的限制。但考虑到各地商务主管部门在实践中的监管态度或有不同, 如拟上市公司欲以低价转让激励股权, 则需事先与商务主管部门沟通, 充分说明必要性和合理性, 以避免可能遇到的审批风险。另一方面, 主管税务部门可能对转让股权的明显低价提出异议, 拟上市公司应当对此予以重视。

如员工持股公司采用增资方式获得激励股权, 则增资价格至少不应低于相应的注册资本原值。

从上市审核角度而言, 不论采用股权转让还是增资方式, 如激励股权的价格过低, 可能引发证券监管部门对于激励股权价格合理性的关注。实务中, 拟上市公司应当事先对激励股权的必要性和激励股权价格的合理性进行充分论证。

股权激励计划的制定

股权激励计划是股权激励能否发挥预期的激励效用的关键因素。股权激励计划内容一般包括股权激励的对象、股权来源、认购数量、禁售期、减持激励股权及退出机制的安排等。其中禁售期与减持激励股权的限制, 体现了股权激励计划对员工激励与约束相结合的特点。拟上市公司可以依据公司的实际情况作出具体安排, 如可将拟上市公司未来业绩条件与员工持股公司减持股权比例相挂钩, 业绩条件可以包括公司主营业务收入或净利润的增长率、市场占有率等指标。在设计退出机制时, 除正常的通过二级市场减持退出外, 还应考虑到其他多方面因素, 如因辞职或劳动合同期满未续约, 被用人单位要求解除劳动合同或终止劳动合同情况下的退出机制等。

外商投资企业上市前股权激励相关问题探讨

如需进一步信息, 请联系:

上海	北京
韩炯 电话: (86 21) 3135 8778 Christophe.Han@linkslaw.com	陈巍 电话: (86 10) 6655 5050 - 1022 Way.Chen@linkslaw.com
陈臻 电话: (86 21) 3135 8699 Grant.Chen@linkslaw.com	
黄艳 电话: (86 21) 3135 8788 Calista.Huang@linkslaw.com	
翁晓健 电话: (86 21) 3135 8660 James.Weng@linkslaw.com	

© 通力律师事务所 2010