

外商投资企业设立及变更备案制将全面实施

作者: 孔焕志 / 张嵩松

2016年9月3日,全国人大常委会通过了《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》”)。《决定》对《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》(统称“三资企业法”)以及《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》进行了修改。根据这一修改,除非涉及国家规定实施准入特别管理措施(即负面清单),外商投资企业的设立及变更将不再需要经过商务部门的行政审批,而仅需履行备案程序。

商务部于同日公布了《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》”),对外商投资企业备案的具体操作及监管措施等予以细化规定。

《决定》将于2016年10月1日起施行,而根据商务部新闻发言人的谈话透露,《暂行办法》也将同时施行。这标志着外商投资企业备案制在法律层面上得以确认,并将在全国范围内正式实施。我国自三资企业法颁布以来沿用至今的行政审批主导的外商投资准入和管理制度将被彻底更改,外国投资者在中国正式进入“准入前国民待遇+负面清单”的时代。

《决定》及《暂行办法》主要内容简析

- **适用企业范围。**《暂行办法》适用于根据三资企业法及相关法规设立的外资企业、中外合资企业、中外合作企业以及由港澳台投资者设立的企业(参照适用)。除此外,外商投资的投资性公司、创业投资企业和股权投资企业(前述三者被视为外国投资者)在中国境内投资设立的企业也将适用。只要在负面清单之外,前述企业的设立及变更均根据《暂行办法》的规定采用备案制。

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将全面实施

- **由“审批”转为“备案”的事项。**通过解读《决定》对四部法律条文上所作修改，对于负面清单之外的三资企业及台资企业，以下事项将无需再进行审批，转为备案管理。这些事项范围包括：**企业设立、企业分立、合并及解散、经营期限变更、注册资本变化、股权转让或权利义务转让，以及中外合作企业委托他人经营管理**。除了企业的设立外，《暂行办法》中以详细的列举方式进一步明确了需备案的外商投资企业七类变更事项。
- **企业办理备案的时限要求。**针对外商投资企业的设立和变更两种情况，《暂行办法》分别对备案时间进行了限定。就企业设立而言，可选择设立前(工商名称预核准之后、营业执照签发之前)或设立后(营业执照签发后 30 日内)完成备案。而对于企业变更，可在变更事项发生后 30 日内办理备案。(值得注意的是，《暂行办法》对于企业可以“先设立后备案”的规定与现行上海、广东、天津及福建四个自贸区规定是一致的。但根据实践中了解，部分自贸区工商登记部门在申请企业完成设立备案前可能会拒绝为其签发营业执照。《暂行办法》实施后该等情况应有望得到改善。)
- **备案程序全部在线完成。**备案管理制度实行后，商务部门将建立统一的在线“外商投资综合管理信息系统”，企业需通过该系统自行上传设立或变更备案申报材料，并在线接受反馈。从《暂行办法》附件中所列的备案申报材料来看，企业备案需要提交材料主要包括两部分，首先是一份需要在线填写的外商投资企业设立(或变更)备案申请表，此外是需要上传的文件。经过对比，企业备案制下需要提交的材料较审批制时大大减少，主要为投资者及企业的登记证明文件和授权函、承诺书等格式性文件。备案机构(通常为地方商务主管部门)仅就企业提交信息的完整性、准确性及企业情形是否属于备案范围进行形式审查。正常情形下该等审查应在 3 个工作日内完成、并通过备案系统发布结果。
- **事中事后监督及追责。**审批制取消后，商务主管部门的角色由“审批机关”变为“备案机构”，其对于企业的设立及变更不再作“事前”实质性审查，而是将注意力转移到“事中和事后持续监管”之中。《暂行办法》规定，备案机构可采取定期抽查、根据举报检查、协同相关部门联合调查等方式，就企业是否履行备案手续及相关备案信息是否真实准确、其开展经营活动是否合法等进行监督检查。如被发现存在违反规定行为的，企业需根据《暂行办法》承担限期改正、停止经营活动、罚款以及被责令处分股权及资产等法律责任。

应予重点关注问题

1. 全国统一负面清单的后续出台

在《决定》及《暂行办法》实施前，除自贸区以及部分经国务院特殊批准试行负面清单制度的省份外，其他地区仍实行以《外商投资产业指导目录》(2015 年修订版)为依据的外商投资行政审批制度。随着备案制推出，在全国范围内实施统一的负面清单制度将彻底取代“产业目录制度”。

外商投资企业设立及变更备案制将全面实施

然而，新制度实施在即，国务院及相关部门(发改委及商务部)却并未对全国范围内统一适用的负面清单给出明确出台时间表，因此从《暂行办法》发布到备案制正式实施期间，负面清单的制定进程必定会受到密切关注。

目前实践中适用的外资负面清单主要是四个自贸区统一适用的清单，该清单共列举了 122 项特别管理措施。未来全国统一负面清单很可能在形式和体例上接近自贸区清单，但是否以及多大程度上会作出比自贸区清单更为严格的特别管理措施规定，则还保留着问号。

2. 《暂行办法》对以往自贸区备案制的突破

如前文所述，负面清单以及备案制的推出和施行最初始于自贸区，而后方在全国范围内推行。因此不难理解《暂行办法》的规定整体上也与 2015 年 5 月实施的《自由贸易试验区外商投资备案管理办法(试行)》(“自贸区管理办法”)一脉相承。但对《暂行办法》细读之下，还是发现其中几处对自贸区管理办法作出了补充和突破。

例如，关于变更的备案时间点，自贸区内外商投资企业可选择变更发生前或发生后进行备案，变更的发生在自贸区管理办法中以备案行为换发营业执照为划分点(如变更涉及换发营业执照)。而《暂行办法》下备案仅可在变更事项发生后(30 日内)进行，变更事项发生也不再基于获取营业执照区分，而是以外商投资企业的最高权力机构(一般是董事会)就变更事项作出决议为准。

除了备案时间外，对于外商投资企业需要备案事项的范围，相较于自贸区管理办法，《暂行办法》下增加了两项，分别为“外资企业财产权益对外抵押转让”以及“中外合作企业委托经营管理”。这两项原属《外资企业法实施细则》及《中外合作经营企业法》下规定的审批事项，实践中较易受忽视，自贸区管理办法中也未将其列入备案范围。而目前《暂行办法》将其明确列入了备案事项范围。

3. 备案制的实施不立即触发外商投资企业主动申报义务

《暂行办法》规定，对于已经设立的外商投资企业，在其未来发生变更事项时，《外商投资企业批准证书》在备案完成时失效。基于对此条款解读，现在存续中外商投资企业在备案制实施后其《外商投资企业批准证书》将继续有效，直至其下次发生变更事项并完成备案时。

此外，我们注意到目前《暂行办法》中并未要求已经设立的外商投资企业在备案制正式实施后主动向商务部门履行任何类似申报的义务(如主动申请缴销批准证书或主动登录“外商投资综合管理信息系统”录入企业信息等)，但我们不能排除备案机构未来会另行作出此类要求。

4. 《暂行办法》与其他外商投资法律衔接问题

外商投资企业设立及变更备案制将全面实施

由现行以行政审批为主导的外商投资法律体系全面转向备案制将是一个庞大的系统工程，特别是在被视为外商投资领域“基本法”的《外国投资法》尚未正式出台的情况下。为保障备案制的实施，可以预见，我国外商投资领域其他相关法规(如三资企业法实施细则，外商投资企业股权变更、分立与合并、股权出资等领域的规定)以及外商投资企业其他相关主管部门(工商、外汇管理、海关等)的部分规定也会相应作必要修改。而在修改完成之前，这些法规与《暂行办法》并行适用过程中可能会产生一些实践中的问题。

以股权转让为例，现行适用的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》(“九七年规定”)规定，外商投资企业的股权转让必须经审批方可进行，而《暂行办法》则将其列为备案的变更事项，并规定在企业最高权力机构(一般为董事会)作出变更决议之时为股权转让行为发生(完成)之时。实践中，前述以董事会决议作为股权转让完成标志的规定是否为强制性，交易双方是否可以根据交易具体所需约定其他不同的股权转让交割条件，这一点尚有待明确。

再如，尽管股权转让行为本身在备案制下已无需再获得审批，但《暂行办法》中同时也规定，(其他)法律法规对于外商投资企业变更事项的生效条件另有要求的，仍应适用。而根据九七年规定，股权转让协议及修改章程等文件经审批并更新外商投资批准证书后方生效。备案制实施后，比较符合逻辑的理解是前述限制应予完整取消，交易各方应可自由约定股权转让协议等交易文件的生效条件(如一经签署即生效)，无需以备案完成为前提条件。但直到法规作出正式修改前，这一问题仍存疑问。

除了与其他法规的衔接问题，《暂行办法》的规定本身也有需进一步明确之处。例如，《暂行办法》下所述外商投资企业的设立，目前的解读是仅包括新设立企业的情况，而当境内企业依据《关于外国投资者并购境内企业的规定》(即 10 号文)被外国投资者并购，从而成为外商投资企业时，是否应属于外商投资企业设立备案的情形并不清楚。

外商投资企业设立及变更备案制将全面实施

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
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 selenashe@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	