

外商投资企业股权出资有章可循

作者：俞卫锋 / 姜斐弘 / 李剑伟

现行《中华人民共和国公司法》(2005 年修订)规定, 公司股东可以用货币出资, 也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以以货币估价并依法转让的非货币财产作价出资。国家工商总局于 2009 年颁布实施了《股权出资登记管理办法》, 从工商行政管理角度为股权出资制定了操作指引。但涉及外商投资企业的股权出资(下称“股权出资”), 商务部于 2011 年 5 月发布《涉及外商投资企业股权出资的管理办法(征求意见稿)》, 之后直至 2012 年 9 月 21 日正式颁布了《商务部关于涉及外商投资企业股权出资的暂行规定》(下称“《暂行规定》”)。由此填补了我国外商投资审批机关关于涉及外商投资企业股权出资规定细则的空白。本文将简要介绍《暂行规定》的主要内容并作出评述。

《暂行规定》的主要内容

➤ 适用范围及可能涉及的主要交易类型

- 股权出资的适用范围

《暂行规定》适用于境内外投资者(下称“股权出资人”)以其持有的中国境内企业(下称“股权企业”)的股权作为出资, 设立及变更外商投资企业(下称“被投资企业”)的情形, 涉及台港澳侨企业的股权出资行为参照适用。根据规定, 股权出资的方式包括以新设公司形式设立外商投资企业、增资使非外商投资企业变更为外商投资企业、以及增资使外商投资企业股权发生变更三种方式。

- 可能涉及的主要交易类型

按照股权出资相关主体的不同性质, 我们对股权出资可能涉及的主要交易类型进行了梳理, 具体如下:

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

外商投资企业股权出资有章可循

股权出资人 ("A")	股权企业 ¹ ("B")	被投资企业 ("C")	股权出资方式及涉及的交易类型	交易结果
境外投资者	外商投资企业	新设外商投资企业	股权出资方式: 境外投资者以其持有的外商投资企业的股权出资设立新的外商投资企业 交易类型: 外商直接投资企业 B 的性质变更为外商投资企业再投资企业(如果 B 企业不再存在其他直接境外投资者)	A 成为 C 的股东、 C 成为 B 的股东
		已有外商投资企业	股权出资方式: 境外投资者以其持有的外商投资企业的股权出资认购已有外商投资企业的增资 交易类型: 外商投资企业 C 股权发生变更, B 企业性质变更为外商投资企业再投资企业(如果 B 企业不再存在其他直接境外投资者)	
		内资企业 ²	股权出资方式: 境外投资者以持有的外商投资企业的股权出资认购另一家内资企业的增资 交易类型: A 外资并购 C, B 企业性质变更为外商投资企业再投资企业(如果 B 企业不再存在其他直接境外投资者)	
境内投资者	外商投资企业	新设外商投资企业	股权出资方式: 境内投资者以其持有的外商投资企业的股权出资设立新外商投资企业 交易类型: 外商投资企业 B 股权发生变更	
		已有外商投资企业	股权出资方式: 境内投资者以其持有的外商投资企业的股权出资认购已有外商投资企业的增资 交易类型: 外商投资企业 B 和 C 均发生股权变更	
		内资企业(包括新设和增资) ³	股权出资方式: 境内投资者以其持有的外商投资企业的股权出资新设内资企业或对内资企业进行增资 交易类型: 外商投资企业 B 发生股权变更	

- 换股的参照适用

除涉及股权出资外,《暂行规定》第二十五条还对外国投资者以境内企业的股权作为对价换取其他投资者持有的境内企业股权的,参照《暂行规定》关于股权出资条件、股权评估等有关规定,并遵守《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》、《关于外国投资者并购境内企业的规定》等规定。尽管如此,对于换股交易的具体实施细则仍需通过实践检验。

➤ 对股权出资行为的规范

《暂行规定》对股权出资的条件和限制、审批权限、外资准入政策的政策适用、审批程序、股权出资的评估定价等方面作出了较为明确的规定,具体包括:

外商投资企业股权出资有章可循

- 股权企业及用作出资的股权需满足的条件和限制

根据《暂行规定》第四条，股权企业及用作出资的股权应满足或受限于以下主要条件或限制：

- i. 所出资股权依法可以转让，且未被质押、冻结；
- ii. 房地产企业、外商投资性公司、外商投资创业(股权)投资企业的股权不得用于出资；
- iii. 股权企业应依法批准设立、符合外商投资产业政策(适用于股权企业为外商投资企业的情形)；
- iv. 股权企业注册资本需全部缴足，且其公司章程未禁止股权转让；
- v. 股权企业参加年检且上一年度联合年检合格(适用于股权企业为外商投资企业的情形)。

- 外资行业准入

由于股权出资可能导致股权公司、被投资公司性质的转换，包括外商投资企业变更为外商投资境内再投资企业(下称“再投资企业”)、内资企业变更为外商投资企业等情况。对此，《暂行规定》第五条规定，股权出资后，被投资企业和股权企业及其直接或间接持股企业应符合《指导外商投资方向规定》、《外商投资产业指导目录》以及其他外商投资相关规定；不符合有关规定的，应在申报股权出资之前剥离相关资产、业务或转让股权。并且，境内外投资者不得以股权出资方式规避外商投资管理。

据此，对于直接或间接被外商投资企业持股的企业也受限于我国有关外资行业准入的规定。在此情形下，对于经营范围中涉及外商投资企业限制类、禁止类的内资企业需特别关注股权出资交易中可能涉及的行业准入问题并采取解决措施。

值得注意的是，对于上述第 1、2 点提及的相关条件和限制，《暂行规定》还规定需由律师事务所及其委派律师就股权企业及其股权是否符合《暂行规定》的相关规定出具专项法律意见书，作为企业提交外商投资企业股权出资的申请材料之一。该等要求在我国外资审批相关领域较为罕见。

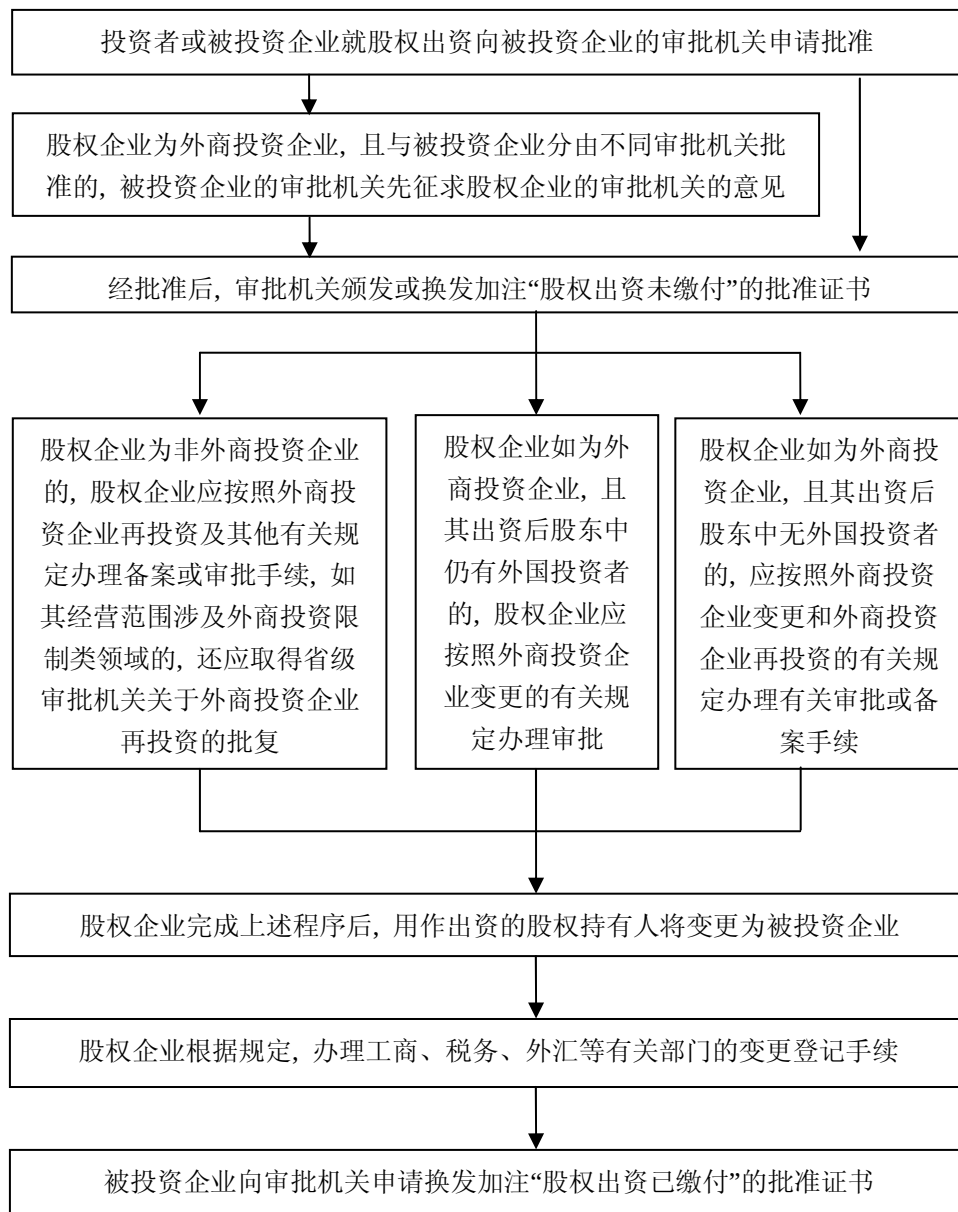
- 审批权限

就审批权限问题，《暂行规定》要求，除按照有关外商投资审批管理规定由商务部批准之外，其余股权出资均由被投资企业所在省、自治区、直辖市和计划单列市的商务主管部门负责批准。

外商投资企业股权出资有章可循

- 审批程序

《暂行规定》第十一条至第十七条对股权出资的审批程序及与其他政府主管部门的衔接作出规定，涉及外商投资企业的股权出资的主要办理程序如下：



除上述方面的规定外，《暂行规定》还对股权的评估和作价机制、涉及境内上市公司或者国有产权的股权出资，以及股权出资有关的外债管理、进口免税额度和其他相关政府主管部门之间的协调事宜等做出规定。

外商投资企业股权出资有章可循

评述

股权出资行为作为一种重组手段或工具，因其在资金、税务和交易成本等方面的优势，受到境内外投资者的极大关注，可被广泛适用于涉及跨境兼并收购、税务结构优化和调整、境内外企业股权或业务重组等的商业领域的交易。

商务部《暂行规定》的出台为涉及外商投资企业的股权出资提供了法律依据和操作指引，弥补了在此之前法规层面的空白。但在目前阶段，股权出资仍可能存在审批程序复杂、办理期限较长、与其他政府主管部门和相关机构的衔接(包括但不限于国资主管部门、证监会、证券交易所、登记结算公司)等问题，这有待各方在实践中进一步理解并予以解决。

- 1 根据《暂行规定》，“企业”指有限责任公司和股份有限公司。
- 2 《暂行规定》第二十二条对股权出资涉及外国投资者并购境内企业的情形作出规定。
- 3 《暂行规定》第二十四条对境内投资者以外商投资企业的股权向内资企业出资的情形作出规定。

外商投资企业股权出资有章可循

如需进一步信息, 请联系:

上海	北京
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 David.Yu@llinkslaw.com	俞卫锋 电话: (86 10) 6655 5050 David.Yu@llinkslaw.com
张 明 电话: (86 21) 3135 8777 Ming.Zhang@llinkslaw.com	翁晓健 电话: (86 10) 6655 5050 - 1028 James.Weng@llinkslaw.com
刘赞春 电话: (86 21) 3135 8678 Bernie.Liu@llinkslaw.com	

© 通力律师事务所 2012