

2016年10月27日

外商投资企业改革 — 取消审批，淡化监管

本文首先在《中国法律商务》11/12月号上发表。

中国采用备案制管理方式会使大部分外商投资企业从中受益，但仍需谨慎对待其他审批要求

自1979年中国允许外商直接投资以来，商务部(及其前身)始终是外商投资企业(“外资企业”)设立审批的一线监管机构。这一监管方式于近期发生了重大变革 — 全国人民代表大会常务委员会于2016年9月3日通过了《全国人大常委会关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》(“人大决定”)。

自人大决定于2016年10月1日生效以来，对于不受特别限制且不涉及“实施准入特别管理措施的”外资企业，其设立及后续变更均不再需要商务部门的审批，这些非限制性外资企业只需要在商务部门完成备案手续即可。

这一举措极大的缩短了设立非限制性外资企业所需的时间，也使得相关过程变得容易许多。在考虑如何设计外资企业的相关架构时，外国投资者需要着重考虑一系列因素(这些因素与过往在审批制管理方式下需要考虑的问题大为不同)，并应继续关注商务部门对于实施准入特别管理措施的企业以及在涉及外商投资的反垄断和国家安全审查方面所保有的权力。

为外资企业铺设了一条更平坦的道路

人大决定只对三种传统外资企业(即外商独资企业、合资经营企业和合作经营企业)所适用的各项法律中的一个条款进行了修改，从而将审批制变为备案管理制度。为了落实新的备案制，商务部通过了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》(“备案管理办法”)，并与国家发展和改革委员会(“发改委”)共同发布了[2016年]第22号公告(“第22号公告”)，将涉及实施准入特别管理措施的企业明确为：(i)列于《外商投资产业指导目录(2015年修订)》中的“限制类”和“禁止类”，以及(ii)“鼓励类”中有股权要求、高管要求的。

备案要求

根据备案管理办法，与外商独资企业、合资经营企业、合作经营企业和外商投资股份有限公司、外商投资的投资性公司(控股公司)以及外商投资的创业投资和“股权投资”企业有关的特定事项，需要在商务部下属的当地商务部门进行备案。股权投资企业指境内私募和创业投资基金，其通常采用外商投资有限合伙企业的形式。虽然合伙企业只需要在国家工商行政管理总局(“工商局”)下设的分支机构进行登记，商务部对合伙企业的设立没有管理权限，但备案管理办法实际上将商务部的权力范围扩大到了合伙企业。

下列事项仅需完成商务部门的备案手续：

- 非限制性外资企业的设立；
- 非限制性外资企业基本信息变更(包括名称、注册资本、企业类型、经营期限、业务类型、经营范围、投资总额、法定代表人、最终实际控制人等)；
- 非限制性外资企业投资者基本信息变更(包括姓名(名称)、国籍、认缴出资额、资金来源地等)；
- 非限制性外资企业股权转让(对于非限制性的外商投资的上市公司，外国投资者持股比例变化累计不超过5%的情况除外)；
- 非限制性外资企业的合并、分立、终止；
- 外商独资企业财产权益对外抵押和转让；
- 合作经营企业外国投资者先行收回投资；和
- 合作经营企业委托经营管理。

投资者应注意，如果一项在境外进行的交易会导致非限制性外资企业的实际控制权发生变更，则该项交易需要在商务部门进行备案，即使外资企业或其直接股东均非相关交易的当事方。

程序和-content

时间要求：对于新设非限制性外资企业的情况，相关备案可于公司名称在工商局进行预核准之日和营业执照签发日之间的期限内办理，或在营业执照签发后

30 天内办理。对于非限制性外资企业或其股东的备案事项变更的情况，则必须在相关变更后 30 天内办理备案手续。

程序：备案手续将在线办理。商务部门会对文件进行形式审查，核对所提交信息形式上的完整性和准确性，但也可能要求相关企业在 15 个工作日内补充提交相关说明或信息。在此过程中，商务部门也会决定相关交易是否需要国家安全审查。如果商务部门对所提交的信息无进一步问题，则其将在三个工作日内完成备案，并签发备案回执。

文件要求：商务部门备案所需的材料相对简单，主要包括以下内容：

1. 标准的备案申报表；
2. 名称预核准通知或营业执照(视情况而定)；
3. 有关所提供信息完整性和准确性的承诺书；
4. 与备案和签署相关文件有关的必要的授权文件；以及
5. 非限制性外资企业外国投资者的主体资格证明或法定代表人的身份证明。

披露最终实际控制人信息：与之前的要求不同，商务部备案管理办法强制要求披露非限制性外资企业的最终实际控制人和外国投资方信息。所要求披露的信息具体包括：其基本信息(例如姓名(名称)、设立地和联系方式)、实体类别和实际控制方式(通过持有股份或表决权或对经营决策、人事、财务、技术等具有重大影响的其他形式)。

对现有外资企业的适用要求：对于在商务部备案管理办法生效前已设立的外资企业，若其不从事限制性业务，则将被视为非限制性外资企业。商务部备案管理办法没有对如何将现有的外资企业归类为非限制性外资企业的程序做出具体规定，而仅规定，在现有外资企业发生需要商务部门审批或备案的变更时，如果该外资企业所从事的经营活动不属于限制性行业，则其可直接办理备案手续，无需申请审批。在实践中，外资企业(及其股东)在开始进行一项交易之前，应与商务部门确认其非限制性外资企业的属性，以确定相关交易是否需要取得商务部门审批。

外商投资限制性行业

人大决定和商务部备案管理办法没有对适用于投资限制性行业的外资企业的管理制度进行修改。在现有法律法规进一步修改之前，现行的所有审批规定都将继续适用。

虽然市场普遍预计限制性行业的清单会以四个自贸区目前使用的负面清单为基础，但发改委和商务部最终共同发出的第 22 号公告并未采用这种做法。结果是，在自贸区内设立外资企业的制度仍然会比在中国其他地区的制度更为宽松，因为自贸区的负面清单比《外商投资产业指导目录》中的限制要少。

主要考虑因素

仍保留的审批要求

人大决定和备案管理办法从实质上简化了对非限制性外资企业的审批监管。然而，根据现有的监管制度，即使是非限制性外资企业，仍需取得发改委或其地方主管部门或行业监管机构的批准。目前相关部门尚未明确表示会对其审批规定进行修改，进而与非限制性外资企业的商务部门备案制度保持一致。

与此同时，对于根据《中华人民共和国反垄断法》需要进行经营者集中申报的交易或根据《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》需要进行国家安全审查的交易，商务部仍然是主要的审批机构。交易的当事方在交易完成前应主动进行申报（虽然即使没有进行申报，交易方仍有可能完成相关交易），未能遵守相关规定可能会对交易当事方和交易本身造成严重的后果。

对并购的影响

备案管理办法不但简化了非限制性外资企业的设立规定，也简化了与该等企业的收购有关的规定。取得商务部门的批准不再需要作为非限制性外资企业股权转让交易的一项交割前提条件——所需的备案手续可在交割之后再办理。实践中，交易的当事方通常会要求将完成工商部门的股权变更登记手续，作为一项交割前提条件。

第 22 号公告规定，适用于外国投资者并购中国企业(非外资企业)的现行法规将继续适用，因此，根据《关于外国投资者并购境内企业的规定(经修订)》(“并购规定”)，相关并购交易需要取得商务部门的批准，相关交易的转让协议也要提交商务部门进行审批。并购规定还要求，需要基于独立的评估结果确定买对价，并在并购完成后三个月内全额支付买对价(经商务部门批准，付款期限最长可延至并购交易完成后一年)。即使目标公司所从事的业务不属于限制性行业，前述规定仍然适用。并购规定中的另一项重要内容就是，对中国投资者的返程投资做出了限制，而此次变革似乎未涉及相关内容。

建立新的外商投资制度

商务部于 2015 年 1 月公布了《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》，该项法律将完全取代适用于合资经营企业、合作经营企业和外商独资企业的现有法律。预计相关立法计划将于 2018 年提交至全国人民代表大会。人大决定提前落实了外国投资企业法征求意见稿中提出的其中一项主要改革内容(即对非限制性外资企业采用备案制度)。

不过，人大决定未涉及外国投资法征求意见稿的其他内容。具体而言，外国投资法对“外国投资”的定义非常广泛，其中涵盖了协议控制实体(VIE)和有间接外国股东的公司等。资产收购、不动产买卖和与外方进行合同控制的交易也被纳入相关定义之中。

人大决定先行实施了外国投资法征求意见稿中的部分规定，市场对此表示欢迎，但同时也对全面改革的实施拭目以待。

* * *

本文并非以任何形式提供法律咨询意见，因此不应靠本文内容作出任何法律或商业决定。如您对本文所讨论的问题有任何疑问，敬请咨询宝维斯中国业务组的任何律师，其中包括以下律师：

陈剑音(Jeanette K. Chan)
+852 2846 0388/+86 10 5828
6388
jchan@paulweiss.com

朗杰(Jack Lange)
+850 2846 0333
jlange@paulweiss.com

刘晓宇(Greg Liu)
+8610 5828 6302
gliu@paulweiss.com

吴苏(Judie Ng Shortell)
+8610 5828 6318
jngshortell@paulweiss.com

叶晓仪(Betty Yap)
+852 2846 0396
byap@paulweiss.com

何翰森(Han-Günther Herrmann)
+852 2846 0331
hherrmann@paulweiss.com

林浩光(Andrew Lam)
+852 2846 0311
alam@paulweiss.com

李汉斌(David Lee)
+852 2846 0376
dklee@paulweiss.com

罗宝盈(Po Ying Lo)
+852 2846 0381
plo@paulweiss.com

朴光秀(Spencer Park)
+852 2846 0313
spark@paulweiss.com

余伟菁(Corinna Yu)
+852 2846 0383
cyu@paulweiss.com