

“准入前国民待遇+负面清单”外资管理模式浅析

近年来，随着改革的全面深化和进一步扩大开放，早前由《中外合资经营企业法》、《外资企业法》和《中外合作经营企业法》确立的逐案审批制的外资管理模式已经不能适应经济发展的需要。为进一步吸引外资、激发市场活力，自2014年年底，国家开始在广东、上海、天津和福建等自贸区推行“准入前国民待遇¹+负面清单”的外资管理模式，并最终于2016年10月正式在全国范围内实施。

所谓“准入前国民待遇+负面清单”外资管理模式，是指涉及国家规定的实施准入特别管理措施的领域（“负面清单”，具体请见下文第三部分）的外商投资企业（即外商独资企业、中外合资企业和中外合作企业，下同）的设立与变更需获得主管商务部门的批准（“审批制”）；不涉及负面清单的外商投资企业，将按照内外资一致的原则进行管理，其设立与变更只需向主管商务部门进行备案（“备案制”）。适逢备案制落地一周年，本文将对备案制的主要内容做简要介绍，并围绕实践中遇到的一些法律问题进行分析 and 探讨。

一、备案制的适用情形

商务部于2016年10月发布、2017年7月30日修改的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》（“《备案办法》”）确立了备案制的整体框架。根据《备案办法》规定，备案制主要适用于以下几种情形：

1. 负面清单外的外商投资企业的设立和变更

对于不涉及负面清单领域的外商投资企业，其设立和变更事项将适用备案制。

（一）**设立**：包括新设外商投资企业，以及以股权/资产收购、吸收合并等方式将非外商投资的境内企业转变为外商投资企业。

值得注意的是，《备案办法》中明确，《关于外商投资者并购境内企业的规定》（“10号文”）中规定的“境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司并购与其有关联关系的境内公司”（“关联并购”），仍需根据10号文规定报商务部审批。但实践中几乎没有关联并购获批的案例。

（二）**变更**：主要包括外商投资企业基本信息变更、外商投资企业投资者基本信息变更、并购设立外商投资企业交易基本信息变更、股权（股份）变更、合并、分立、终止、外资企业财产权益对外抵押转让等。相较于此前审批制下的变更事项，备案制项下需要企业申报变更的信息增多（如外商投资企业投资者注册地址、企业类型等变更；并购设立外商投资企业的并购支付对价、并购支付方式发生变更等），加重了企业的信息披露义务。其中，值得注意的是：

➤ 外商投资企业最终实际控制人信息

相较于审批制，备案制下外商投资企业进行备案时，需提交外商投资企业的最终实际控制人

信息以及最终实际控制人股权架构图，且最终实际控制人信息发生变更的也需办理变更备案。根据商务部条约法律司负责人的解读，外商投资企业最终实际控制人是指通过股份、合同、信托或其他方式最终直接或间接对外商投资企业实现控制的自然人、企业、政府机构或国际组织。实际控制人是境外的，需追溯至境外上市公司、境外自然人、外国政府机构（含政府基金）或国际组织；实际控制人是境内的，需追溯至境内上市公司、境内自然人或国有/集体企业。

商务部此举无疑是加大了对于红筹模式下的实际股权结构的监管力度，一定程度上也是在为日后彻底实现《外国投资法（征求意见稿）》下的实际控制人管理模式做铺垫。对于一些准备搭建红筹模式的企业来说，在搭建的过程中需及时披露实际控制人的信息以及变更情况，增加了交易的复杂性。同时，由于商务部门将会与海关、税务、外汇等部门共享备案信息，披露最终实际控制人信息是否会带来外汇、税务等部门联动的责任问题，有待后续实践发展的检验。

➤ 外商投资的上市公司的股份变更

对于外商投资的上市公司及在全国中小企业股份转让系统挂牌的公司，仅可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，就投资者基本信息或股份变更事项办理备案手续。

➤ 减资、合并、分立的公告期

《备案办法》规定，在办理外商投资企业减资、合并、分立时应说明依法办理公告手续的情况。就减资而言，根据我们此前的一些项目经验，商务部门通常在公告期满（即企业在报纸上进行公告之日起45天后）才允许办理相关备案。就合并、分立而言，由于《外商投资企业合并与分立规定》和《公司法》规定的公司合并或分立的公告期限要求并不一致，前者规定的公告期为90天，后者规定的一致，前者规定的公告期为45天、公司分立的公告期为30天。因此，如果外商投资企业遇到合并、分立事项的，建议提前就备案的公告时间和公告说明的要求与商务部门进行沟通。

2. 外国投资者对上市公司的战略投资

根据《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》（“《战投办法》”）的规定，外国投资者对上市公司战略投资的，应当获得商务部的批准。随着《备案办法》的修订，外国投资者对不涉及负面清单的上市公司的战略投资行为也被纳入了备案范围，即相关上市公司可在交易完成后（*证券登记结算机构登记后30日内*）办理商务部门的相关设立或变更备案，而毋需取得商务部的批准。

¹准入前国民待遇是指将国民待遇延伸至投资发生和企业建立前阶段，给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。

我们理解，该等规定为外国投资者投资A股上市公司提供了极大的便利，但另一方面也加重了中介机构的判断责任。实践中，特别是上市公司以发行股份购买资产的重组项目中，交易对手中如涉及境外投资者的，对于是否适用《战投办法》以及如何适用等问题通常是证监会关注的重点。例如，交易完成后外国投资者持有上市公司已发行股份低于10%是否适用《战投办法》以及是否因此需要按照《战投办法》将外国投资者持有的上市公司的股份锁定三年、适用《战投办法》的外国投资者是否必须满足《战投办法》中外国战略投资者的主体资格要求（特别是其或其母公司境外实有资产总额不低于1亿美元或管理的境外实有资产总额不低于5亿美元的财务要求）。

在《备案办法》修改之前，实践中，一般只有在外围投资者在交易完成后获得上市公司股份高于10%时才需要按照《战投办法》提交商务部审批，但对于持股低于10%的情形，为打消证监会的顾虑以及出于谨慎考虑，中介机构通常会向商务部递交申请材料并且向商务部外国投资管理司受理处窗口进行咨询，在明确得到不适用或者不接受申报材料的答复后，得出不适用《战投办法》的结论。而对于《战投办法》中的主体资格要求，尽管实践中已有不少获得商务部批准的案例突破了该等财务硬性指标，但具体裁量标准一直由商务部掌控。对于中介机构来说，只要取得了商务部关于外国投资者战略投资的批复，交易即不存在实质性的障碍。

但在《备案办法》修改之后，前述这些《战投办法》与实践相冲突的问题可能需要由中介机构自行判断，特别是，我们注意到，在商务部2017年7月30日发布的《外商投资企业设立备案申报表》中“外国投资者战略投资非外商投资上市公司交易基本情况”一项，仍明确要求标注投资者自身境外实有资产和管理的境外实有资产金额，以及投资者承诺的持股期。我们将持续跟进后续的案例以及证监会的审核态度。

3. 跨境换股

在新修订的《备案办法》发布以前，10号文是唯一对跨境换股有明确规定的法律文件。根据10号文，境外公司的股东以其持有的境外公司股权，或者境外公司以其增发的股份，作为支付手段，购买境内公司股东的股权或者境内公司增发股份的行为，应报商务部审批，并且跨境换股的境外公司应为特殊目的公司或符合条件的境外上市公司。但实践中，鲜有通过跨境换股完成外资并购的典型案列，通过批准的公开案列（如首旅酒店跨境换股收购如家酒店、航天科技收购境外资产、延锋汽车收购江森自控）大多具有特殊性，如境内公司基本上是有国资背景的境内公司、境外公司的估值公允性容易判断（如如家本身是境外上市公司、航天科技收购的海外资产隶属于大股东）等。

新修订的《备案办法》发布后，其中规定，涉及外国投资者以符合规定的境外公司股权作为支付手段的，需提供获得境外公司股权的境内企业《企业境外投资证书》。此外，商务部2017年7月30日发布的《外商投资企业设立备案申报表》中“并购支付方式”的“股权”一栏中包括了“境外上市公司股权”的选项（但此前10号文跨境换股下的“特殊目的公司的股权”并不包括在内）。对此，我们理解，此举可能是商务部门在目前跨境交易过程中资金出境压力比较大的环境下、尝试着有限度地放开一些比较容易公允估值的境外上市公司的股权作为支付对价的跨境换股的审批，即境外股东以其持有的境外上市公司的股权认购负面清单外的境内公司的股权将适用备案制。

此外，原先10号文下的跨境换股操作程序也将进行调整，即10号文下，外国投资者应当先就其以股权并购境内企业这一事项报送商务部审批，在取得商务部批准并完成境内并购企业的工商变更登记后，境内被并购企业或其股东再就其因跨境换股而持有境外公司股权事项，向商务部、外汇管理机关申请办理境外投资相关手续。而《备案办法》下，因跨境换股获得境外公司股权的一方应当先完成境外投资相关手续，并取得《企业境外投资证书》后，方可完成外商投资企业的备案。

二、备案的程序、期限和效力

1. 备案程序和期限

在审批制下，商务部门的审批是工商部门办理一些企业变更登记事项的必备前置条件，对于外商投资企业来说，完成企业的变更登记前后需耗费较长的时间（视具体情况，需1-3个月左右）。但备案制下，企业可以先行完成工商变更登记，再办理备案，大大缩短了企业的办事期限。且办理备案时，企业只需通过备案系统在线提交申报文件。条件齐备的，商务部门在3个工作日内即可完成备案。

不过，我们也注意到，由于《备案办法》目前推行时间还不长，实践中存在一些地方工商局实践操作未接轨、以及与其他外资主管部门（如发改委、外管）就各自负责的事项进行衔接和配合的问题。

2. 备案的法律效力

在审批制下，商务部门的审批是外商投资企业设立、变更过程中订立的合同生效的前提条件，未经审批的合同为未生效合同。但在备案制下，《备案办法》规定的备案管理属于行政监督相知的告知性备案，因此，我们理解：

- 外商投资企业设立、变更过程中订立的合同的生效条款，除章程等法定需要经公司董事会、股东会批准的外，其他合资合同、股东协议等可由签署各方自行约定生效条件，如自签署之日生效。
- 未办理变更备案的合同，应不影响合同效力，但是备案机构有权要求限期改正，并可能处以罚款。特别地，我们注意到，《备案办法》规定，外商投资企业财产权益对外抵押转让也应当办理备案登记。但物权法、担保法等民法中对于不动产、动产等财产的转让和抵押的生效等都有明确的规定，是否办理该等备案登记不会影响到转让和抵押的本身的法律效力。

对于已办理备案的备案内容与实际履行的合同内容存在差异的，如果该等合同不涉及负面清单的限制类的投资经营活动的，则不影响实际履行的合同效力；否则仍应当按照审批制批准后才生效。

三、负面清单

作为备案制重要组成部分的负面清单，国家分别于2017年6月5日和6月28日，发布了新版的、适用于11个自贸区的负面清单（“自贸区负面清单”）以及适用于除自贸区外的、全国范围内的负面清单（“全国负面清单”）。

就自贸区负面清单而言，与上一版相比，在航空、汽车等制造领域和银行、保险服务等金融业领域均扩大了开放程度，如取消了境外投资者投资金融资产管理公司须符合一

定数额的总资产要求；非经中国保险监管部门批准，外资保险公司不得与其关联企业从事再保险的分出或者分入业务等限制等。但在外国投资者普遍关注的医疗、增值电信领域则仍未有重大突破。

就全国负面清单而言，与《产业指导目录（2015版）》相比，重点放开了部分服务业（如公路旅客运输、资信调查与评级服务）、制造业（如轨道交通运输设备、汽车电子、新能源汽车电池、摩托车、食用油脂、玉米深加工、燃料乙醇等）、采矿业（非常规油气、贵金属、锂矿等）等领域的外资准入限制。不过，我们注意到，在传媒、文化相关产业方面也新增了部分禁止类条目，如互联网公众发布信息服务、互联网新闻信息服务、音像制品和电子出版物的编辑业务等，也体现了国家对于新闻传媒领域较为谨慎的态度。

* * *

“准入前国民待遇+负面清单”外资管理模式的确立是我国外资管理体制发展历史上的重要变革，但如前文所述，目前备案制在实际施行过程中尚有一些不明确之处，且此前个案审批制背景下出台的众多法规和部门规章也有待进一步整理和修订。我们将对此保持持续关注。

本文视点和内容仅供一般性参考，不得视为瀚一律师事务所及其律师就相关事项出具的正式法律意见、建议或解读。本文的全部知识产权归属于瀚一律师事务所，如需转载或引用本文的任何内容，请注明来源。如阁下对本文之内容有任何疑问或需要任何法律意见，敬请随时与本所联系（inquiry@hanyilaw.com）。

© 瀚一律师事务所 2017年9月29日

联系我们

上海办公室
上海市中山西路2020号华宜大厦1座
1801室
邮政编码：200235
电话：(86-21) 6083-9800
传真：(86-21) 6083-9811

