

剖析大陸外資 設立備案新制

徐雪舫、李小明

2016年9月3日，大陸全國人大常委會通過了《全國人民代表大會常務委員會關於修改《中華人民共和國外資企業法》等四部法律的決定》(主席令第51號，以下簡稱「第51號決定」)，第51號決定於2016年10月1日起正式生效。根據該決定，舉辦外商獨資企業、中外合資經營企業、中外合作經營企業以及台灣同胞投資企業不涉及國家規定實施准入特別管理措施的，所涉及的相關審批事項，轉為備案管理。

據此，大陸商務部於2016年10月8日正式發布了《外商投資企業設立及變更備案管理暫行辦法》(以下簡稱「《暫行辦法》」)，對具體的外商投資企業設立及變更的備案制度予以進一步規定。

公布外資備案制類型

一、哪些類型的外商投資企業適用備案制度

《暫行辦法》中規定的備案制度主要針對境外投資者以及被視同為外國投資者的投資類外商投資企業(包括投資性公司、創業投資企業)(以下統稱「外國投資者」)在大陸所投資的企業(以下簡稱為「外商投資企業」)。對於經營範圍不涉及大陸《外商投資產業指導目錄2015》中限制類及禁止類行業的外商投資企業的設立及變更，將不再需商務部門審批，而改為適用備案制。惟，上述規定有如下例外情況：

第一，若外商投資企業的經營範圍雖然屬於《外商投資產業指導目錄2015》中鼓勵類行業，但有其它法律法規對該鼓勵類行業的外商投資企業的設立規定了股權要求或高管要求的，則該類外商投資企業的設立及變更仍然繼續適用原先的審批制而非備案制。

第二，外國投資者併購境內非外商投資企業(即一家內資公司變更為中外合資或外商獨資企業的)，仍繼續適用原先審批制而非備案制。

第三，外商投資的上市公司及在全國中小企業股份轉讓系統掛牌(即新三板)的公司，僅在外國投資者持股比例變化累計超過5%以及控股或相對控股地位發生變化時，就外國投資者基本資訊或股份變更事項辦理備案手續，如果外國投資者持股比例變化累計未超過5%或者相對控股地位未發生變化時，無需對外國投資者基本資訊或者股份變更事項辦理備案手續。

備案制准用網路申請

二、備案的基本流程

(一) 網上線上提交備案申請

外商投資企業設立的備案可在企業名稱預核准後營業執照簽發前提出申請，也可在營業執照簽發後30日內提出申請。若是在營業執照簽發前申請的，由全體投資者提出；若是在營業執照簽發後申請的，則直接由外商投資企業自己提出。惟，目前公司設立實踐中，大陸部分地方工商部門(如筆者所在的上海市)要求投資者先行完成對外商投資企業備案後，方才接受外商投資企業工商營業執照的辦理申請。

外商投資企業在發生下列事項變更時，需在變更事項發生後30日內提出變更備案：

(1) 外商投資企業基本資訊變更，包括名稱、註冊位址、企業類型、經營期限、外商投資企業最終實際控制人資訊等；

(2) 外商投資企業投資者基本資訊變更，包括姓名(名稱)、國籍/地區或位址(註冊地或註冊位址)等；

- (3) 股權（股份）、合作權益變更；
- (4) 合併、分立、終止；
- (5) 外資企業財產權益對外抵押轉讓；
- (6) 中外合作企業外國合作者先行回收投資；
- (7) 中外合作企業委託經營管理。

控股公司資訊要揭露

需特別提醒外國投資者注意的是，《暫行辦法》要求外商投資企業披露外商投資企業的最終實際控制人。對於外商投資企業的境外實際控制人，需最終追溯至境外自然人、境外上市公司、外國政府機構（含政府基金）或國際組織，也就是說境外實際控制人只能是上述四種類型中的一種，否則必須繼續向上予以披露。

（二）備案機構對申報材料進行審查

備案機構（中國大陸各地的商務主管機關）對填報資訊形式上的完整性和準確性進行核對，並對申報事項是否屬於備案範圍進行甄別。屬於《暫行辦法》規定的備案範圍的，備案機構應在3個工作日內完成備案。不屬於備案範圍的，備案機構應在3個工作日內線上通知外商投資企業或其投資者按有關規定辦理，並通知相關部門依法處理。

（三）領取備案回執

收到備案完成的通知後，外商投資企業或其投資者可憑外商投資企業名稱預核准材料或外商投資企業營業執照前往備案機構領取備案回執。

主管機關得隨時抽查

三、法律責任

外商投資企業及其投資人應當及時申請相關事項的備案，並且確保申報的相關資訊準確無誤。商務主管部門可採取定期抽查、根據舉報進行檢查、根據有關部門或司法機關的建議和反映的情況進行檢查，以及依職權啟動檢查等方式開展監督檢查。若外商投資企業逃避履行備案義務，在進行備案時隱瞞真實情況、提供誤導性或虛假資訊等，將會被商務主管部門處以罰款並被責令改正。

結語

外資備案制度的實行，縮短了外資審批的時間，簡化了審批流程及提報文件，利用網路備案系統線上填報相關備案資訊及備案申報材料，大幅提高了企業辦事的便捷性。而且，備案不作為辦理工商、外匯登記等手續的前置條件。備案管理屬於告知性備案，不是企業辦理其他手續的前置條件，真正方便企業、服務企業。作為境外投資者的台商可充分利用外資備案制的上述利好之處，同時應注意《暫行辦法》對於境外投資者披露規定及違反《暫行辦法》的罰則，以避免遭受行政處罰。

（作者徐雪舫是理律法律事務所資深顧問；李小明是上海律同衡律師事務所合夥律師。本文不代表理律法律事務所及上海律同衡律師事務所意見。）