

Legal services

作为拟上市公司发起人

外国财务投资者应注意哪些事项

上海证券报法律服务版:

本公司是境外财务投资者,正准备投资某上海拟上市公司,但仍有以下问题不甚清楚:

- 1、我方若成为该拟上市公司发起人,程序如何办理?
- 2、以增资或股权转让的形式成为发起人,有何区别?
- 3、该公司若公开发行成功,则对于我方而言现行限售期如何规定?
- 4、作为境外投资者,相关股票账户开户手续如何办理?
- 5、限售期满后,如果在二级市场上抛售股票,税负如何?
- 6、由于我方拟持该公司股份较大,请问何种情况下会被认定为实际控制人?

某境外投资者

某境外投资者:

仅就您的问题,不考虑可能存在的其他因素,我们认为:

一、股本变更应经商务部或上海外经委审批,并办理工商变更手续

(一)无论原公司是内资公司还

是外资公司,若拟引入外资股东,均应办理商务部或当地外经委审批,取得《换发》外商投资企业批准证书后再办理工商变更。

(二)根据商务部《关于下放外商投资股份公司、企业变更、审批事项的通知》(商资函[2008]50号):

1、如新增投资总额及新增注册资本属于限额鼓励类、允许类1亿美元,限制类5000万美元,以下简称“限额”以下的,由上海市外经委审批(注:公司主营业务类型属于鼓励类、允许类还是限制类,请参看2007年版的《外商投资产业指导目录》)。

2、限额以下(转制企业以评估后的净资产值计算)外商投资股份公司的设立及其变更(包括限额以下外商投资上市公司其他有关变更),由上海市外经委审批。

二、增资与股权转让的差异

(一)股权转让系受让现有股东存量股份,股权转让价款支付的对象为现有股东。且根据国家税务总局《关于外商投资企业合并、分立、股权重组、资产转让等重组业务所得税处理的暂行规定》及《企业所得税法实施条例》第91条,股权转让如有溢价应按溢价部分缴纳10%所得税。

(二)如股份受让自该公司实际控制人,虽然目前没有明文规定受让自实际控制人的股份在上市后应限售三年,但主管机关从实质重于形式的原则,往往要求该等股份所有者承诺公司上市后三年内不转让所持该等股权。

(三)增资方式,增资额将作为新增注册资本由公司享有,溢价部分计入公司资本公积,不存在税务问题,而且该等资金可用于公司运营。

三、非实际控制人的限售期为公司上市后一年

根据上交所及深交所新的《股票上市规则》(2008年10月1日起施行),两个交易所均直接规定发行人首次公开发行股票前已发行的股份,自发行人股票上市之日起一年内不得转让。

实际控制人及控股股东的限售期仍为上市后36个月,但如转让双方存在控制关系,或者均受同一实际控制人控制的,自发行人股票上市之日起一年后,经控股股东和实际控制人申请并经交易所同意,可豁免。

四、股票账户开户手续

根据中国证券登记结算有限责任

公司发布的《关于外国战略投资者开立A股证券账户等有关问题的通知》(该文件适用于首次公开发行前持有上市公司股份的情况),公司可凭相关合法证明(包括但不限于主体资格证明及上市公司出具的首次公开发行前持有股份的证明)到登记公司之上海、深圳分公司申请开立证券账户;限售期满后,经交易所核查,由登记公司办理解除限售手续;

五、二级市场抛售股票获利税负问题

根据《企业所得税法》第三条、第二十七条,《企业所得税法实施条例》第九十一条,非居民企业在中国境内未设立机构、场所的,或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的,应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税,且税率为10%。若两国之间有相关税收协定,也可能税负低于10%。

在股票获利汇出境外时,可到上市公司注册地外汇管理部门,凭其要求的书面文件购汇汇出,汇出时应提供税务机关出具的完税证明。

六、实际控制人的认定原则

实际控制人的规定散见于《上

市公司收购管理办法》、两个交易所的《股票上市规则》、《中小企业板上上市公司控股股东、实际控制人行为指引》等文件。归结而言,有下列情形之一的,将被认定为“能够实际支配公司行为”,并被认定为实际控制人:

(1)单独或者联合控制一个公司的股份、表决权超过该公司股东名册中持股数量最多的股东行使的表决权;

(2)单独或者联合控制一个公司的股份、表决权达到或者超过百分之三十;

(3)通过单独或者联合控制的表决权能够决定一个公司董事会半数以上成员当选的;

(4)能够决定一个公司的财务和经营政策,并能据以从该公司的经营活动中获取利益的;

(5)有关部门根据实质重于形式原则判断某一主体事实上能对公司的行为实施控制的其他情形。

由于改制过程中实际控制人的变更将导致业绩连续计算的间断,严重影响公开发行股票进程,因此,请在改制时及时征求保荐机构意见后再采取相应举动。

上海序伦律师事务所 陈少兰

上海证券报法律服务

上海证券报《法律服务》专版携手中国资本市场法律服务专家顾问团中国资本市场法律服务专家志愿团

专注法律服务 推动法制建设

● 维权热线:021-96999999
● 邮箱:ifw@cnstock.com
● 维权频道:http://www.cnstock.com/stock315/index.htm
● 来信:上海杨高南路1100号上海证券报周晓嫣信箱(200127)

■新法解读

《企业国有资产法》:完善国有资产监督管理体系

◎华东政法大学 徐振

2008年10月28日第十一届全国人大常委会以高票表决通过了《企业国有资产法》。这部法律从规划到正式出台长达15年,历经三届人大,它的出台标志着我国对国有资产的立法提升到了一个新的高度,完善了对国有资产的监督管理体系。在这部法中有不少细节值得解读:

一、明确国资委的出资人地位

国资委成立于2003年,最初成立的目的是想将其塑造为国有股的股东,也就是国有资产的出资人。但是随后出台的《企业国有资产监督管理条例》完全扭曲了国资委设立的初衷,该《条例》大大强化了国资委的权利,使其既能履行出资人的任免权、薪酬决定权、资产处置权和收益分配权,同时也能履行国有资产的基础管理、安置下岗工人和派出监事会等繁琐庞大的权利,导致其集出资人职能和监管人职能于一身。这样高度集权的制度设计难免会出现权责不分、甚至可能出现少数人控制国有资产的现象,因而受到不少专家学者的质疑。

《企业国有资产法》的出台明确规定了国资委的出资人职能,剥离了其监管人的职能,使国资委回归到“纯粹、干净”的出资人的角色。该法第11条明确规定“国务院国有资产监督管理机构和地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构,根据本级人民政府的授权,代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。”同时还规定,国务院和地方人民政府应当按照政企分开、社会公共管理职能与国有资产出资人职能分开、不干预企业依法自主经营的原则,依法履行出资人职责,这为国资委做“纯粹”的出资人设计了一个法治框架。

二、严堵国有资产流失“黑洞”

过去,由于国有资产监管法律体系不健全,存在着国有资产流失严重的问题。转让国有资产时,不公开、不竞价,暗箱操作严重,侵吞国有资产的现象时有发生;国有企业在改制中,对资产评估、低价贱卖国有资产的行为也屡见不鲜。针对此类问题,《企业国有资产法》不仅对关系国有资产出资人权益的重大事项作了专章的规定,而且从企业改制、关联方交易、资产评估、资产转让这几个方面做出了详细的限制。

比如,在改制时,企业应当按照规定进行清产核资、财务审计、资产评估,准确界定和核实资产,客观、公正地确定资产的价值。在与关联方交易时,对该交易涉及的董事的表决权进行了限制。在资产评估时,要求评估机构遵守法律、法规及评估执业准则,独立、客观、公正地对受托评估资产进行评估。在转让时,各参与者应该平等竞买,遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则。这些规定对国有资产流转的各个环节加强了规范,形成了对国有资产的立体保护网,有利于堵住国有资产流失的“黑洞”。

三、规定国企职工民主管理和民主监督的权利

赋予企业职工民主管理和民主监督的权利是社会主义国家公司管理的一大特色。本次出台的《企业国有资产法》保留了我国企业职工参与民主管理和民主监督的优良传统,明确规定国家出资企业依照法律规定,通过职工代表大会或者其他形式,实行民主管理。国家出资企业中应当由职工代表出任的董事、监事,依照有关法律、行政法规的规定由职工民主选举产生。国家出资企业的合并、分立、改制、解散、申请破产等重大事项,应当听取企业职工的意见,并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。企业改制涉及重新安置企业职工的,还应当制定职工安置方案,并经职工代表大会审议通过。

职工积极参与企业的管理和监督在一定程度上能增强国有企业的竞争力,提高企业的效益,同时能对企业的管理起到一定的监督作用,对防止国有资产流失也发挥了积极作用。

四、对国企高管的高薪问题未作具体规定

《企业国有资产法》草案在此前的两次审议中,有不少委员对一些国企高管拿高薪的状况提出意见,认为目前在部分国企中存在一个现象,即国企中的高管不论经营水平如何,不论是否为国有企业带来盈利,都拥有高额的高薪。全国人大常委会、中国人民大学教授郑功成在参与审议企业国有资产法草案时称,央企高管的年收入,与职工差距高达几百万,建立公平的央企薪酬体系,势在必行。

但在新通过的《企业国有资产法》中却并未对高管高薪问题作出具体的规定,这不能不说是一个小小的遗憾。对于这个遗憾,全国人大常委会法制工作委员会副主任安建解释称,涉及企业高管年薪的问题现有法律中是有明确规定的。目前,国务院国资委已经制定了中央企业负责人薪酬管理的暂行办法,该办法对确定企业负责人的薪酬应当考虑的相关因素和计算办法作了具体规定,应当按此办法执行。

■法院传真

玩笑“申明”惹出股票归属争端

◎静安法院 李鸿光

夫妻关系和睦时,丈夫小许曾写下三份“申明”给妻子小芳。岂知,夫妻关系走到尽头后,这玩笑“申明”又引出双方对股票归属的争议。

1996年初,小许和小芳喜结连理,但2003年12月这段婚姻就走到尽头,双方协议离婚。然而,在夫妻关系存续期间的2002年5月,小许曾以小芳的名义在证券营业部开设资金账户,下挂2个股东账号的户名均为小芳,但该账户内的资金存取及股票交易均系小许操作。在夫妻关系存续期间前后,小许曾写下三份“申明”。第一份申明内容为:“兹有小芳婚前财产人民币50万元投资于小许股市中,此款不在以后离婚分割范围内”,落款日期为“1995年12月31日”。1998年3月,小许又以小芳的名义认购了1.8万股“原水转配股股票”。同年8月2日,小许又出具了第二份申明,内容为:“兹有小芳股票账户中原水转配股及邦联股份均属小芳婚前财产”。

2002年8月8日,小许第三次申明“小芳证券账户中20万元属其父母之财产”。自2004年7月至2005年5月间,小许陆续从上述股票证券账户内提取资金83.2万元。

2007年3月15日,小芳把小许和账户开户的证券营业部告上法院。小芳称,其曾与小许系夫妻关系,婚前自己把50万元交付小许投资股市,由小许负责操作买卖股票,该笔钱款系其婚前财产,不应在离婚时作分割;并且,两人婚后又约定股票账户内的原水转配股,也属其婚前财产;此外,双方还约定自己账户内的20万元,系其父母的财产。在2003年与小许协议离婚时,双方对上述财产未作分割处理。自2004年7月至2005年5月间,小许陆续从该账户内提取资金83.2万元,直到2006年10月17日,小芳才知此事,而证券营业部未经自己授权下,擅自同意小许从账户内提取资金,侵犯了自己权益,应承担赔偿责任。故要求小许归还83.2万元,证券营业部承担连带清偿责任。

法庭上,小许辩称身为证券从业人员的自己,按当时的规定不能自行开户操作股票买卖,就借用小芳名义开户买卖股票,但账户内的资金均与小芳无关。他虽承认涉案的三份申明是自己所写,但均是夫妻关系和睦时“开玩笑”所为。在双方协议离婚时,对夫妻的共同财产已做了明确分割,即归自己所有,小芳自愿放弃。同时,他还认为在1995年12月之前,小芳不可能有50万元的款项实力。

证券营业部也辩称,资金账户是小许借用小芳的名义开设,并取得小芳的同意,涉案的股票买卖交易、资金存取均由小许操作,小芳从未提出异议。自1995年至2000年,小芳的资金账户没有出现过50万元的现金或股票,营业部认为自己不应承担任何责任。

法院认为,首先从1995年12月31日的申明内容看,该申明并非严格意义上的收条,小芳有义务提供交付50万元款项证据。而从股



票交易看,均无反映账户该期间曾持有50万元股票的市值及资金记录。从双方实际收入看,也无法证明当时拥有50万元款项。其次,涉案的原水转配股系1998年3月认购,双方仍系夫妻关系存续期间,应属夫妻共同财产。可双方在协议离婚

时,已对夫妻财产作出了“归小许所有”的约定,现小芳却提出系婚前财产与事实不符。再次,从2002年8月的申明文义上看,涉及20万元的权利人为小芳父母,现由小芳主张权利也不符合法律,遂法院判决小芳败诉。

如何完善我国证券稽查制度

引言:自2006年底国务院办公厅发布《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》以来,证券“打非”工作一直在有条不紊地推进。今年1月2日,由最高人民法院、最高人民检察院、公安部和中国证监会四部门联合下发的《关于整治非法证券活动有关问题的通知》,明确了打击非法证券经营活动中相关的政策和法律界定等诸多问题,将证券稽查执法工作推向新的阶段。

◎华东政法大学 刘毅

所谓证券稽查,就是指证券监管部门根据法律法规,对证券市场中涉嫌违法违规的行为进行立案、调查,并对这些行为予以处罚的法律活动。随着经济的发展,我国证券市场逐渐成为资本逐利的市场,虚假陈述、内幕交易、操纵市场等违规行为屡禁不绝。1995年10月中国证监会设立了稽查部,专门负责证券市场违规案件的调查处理;到2002年6月,中国证监会稽查局更名为稽查一局,同时成立稽查二局专职调查操纵市场和内幕交易案件。在证券稽查执法职责分工方面,采取了“两局分工、系统交办、适度交叉、协调配合”的稽查新体制。

在实践中,由于社会体制和经济体制上的差异,我国目前的证券稽查执法模式在执行的依据、手段以及机制等方面存在一些缺陷。比如虽然我国新《证券法》赋予证监会广泛的调查权,但是,这些规定的可

操作性较差。具体执法时在调查个人资金账户、工商资料以及冻结嫌疑资产方面,均由于缺乏相关法律法规,导致政府部门间配合不够协调。在需要行使侦查、搜查、留滞、调查,并对这些行为予以处罚的法律活动。随着经济的发展,我国证券市场逐渐成为资本逐利的市场,虚假陈述、内幕交易、操纵市场等违规行为屡禁不绝。1995年10月中国证监会设立了稽查部,专门负责证券市场违规案件的调查处理;到2002年6月,中国证监会稽查局更名为稽查一局,同时成立稽查二局专职调查操纵市场和内幕交易案件。在证券稽查执法职责分工方面,采取了“两局分工、系统交办、适度交叉、协调配合”的稽查新体制。

在调查中,由于社会体制和经济体制上的差异,我国目前的证券稽查执法模式在执行的依据、手段以及机制等方面存在一些缺陷。比如虽然我国新《证券法》赋予证监会广泛的调查权,但是,这些规定的可

国际证券监管委员会组织

《ISOCO》对于负责执行禁止操纵市场的法律、监督证券市场包括衍生品市场运行的监管机构,提出了三个方面的建议:

第一,监管者应该拥有阻止和发现市场操纵行为的有效工具,包括禁止操纵市场的法律,这些法律应该说具备足够的清晰度、灵活性,以便起诉各种新奇的操纵行为;

第二,监管者应该拥有足够的权力,并拥有与国内其他部门一起工作的能力,以调查取证、起诉和制止市场操纵;

第三,监管者还应该拥有跨市场和跨国界合作的能力,这种合作要涵盖监管的各个阶段,从市场监察,到调查取证,直至采取行动。

鉴于ISOCO的建议和我国的现实情况,我们应当采取措施完善我国的证券稽查执法制度,适应时代的潮流和发展趋势。

(一)加强证券稽查的立法和执法,落到实处

新《证券法》增加了证监会的调查权和执法手段,关键是要将权力和手段落到实处,形成证监会的执法权威和对违法违规者的威慑力;四部委下发的《关于整治非法证券活动有关问题的通知》中明确要求:“证监会系统要督促、协调、指导各地落实已出台的贯彻国办发99号文实施意见,将打击非法证券活动长效机制落到实处”。另一方面,可加强证券稽查执法的权限和手段,赋予稽查部门独立性、专业性和权威性,以及强有力的稽查手段;设置合理的行政处罚权限,使行政处罚具

有可行性,维护法律的严肃性。

(二)加强稽查执法相关部门多层次、多角度的协调、合作

各国经验和几年稽查执法实践告诉我们,协调各方力量以形成证券违法犯罪的稽查合力,提高稽查执法工作的效率,充分利用各方面的条件和力量,调动一切积极因素是顺利完成稽查执法任务的保障。

1. 在内部,加强证监会稽查一局、二局与证监会内其他部门、各派出机构的联系和配合,在信息共享的前提下实行报警机制,及时、迅速地对证券市场中的异常情况作出反应,商讨对策,避免对市场造成大的波动;

2. 在外部,加强与司法机构配合,建立刑事处罚与行政处罚的接轨机制,使稽查执法得到进一步深化,与公安、工商、银行、税务、审计、法院、检察院等部门加强联系和配合;并建立、发展和证券业协会、律师协会、会计师事务所等自律组织的良好关系,在合理划分证券监督管理职责范围的基础上,构建科学的案件分流机制。这样使违法行为发现更及时,并调动所有证券市场特别是投资者对违法违规行为监督管理的积极性,将违法违规行为及可能造成的损失控制在最小程度。

(三)加强对投资者的救济途径

当事人符合民事诉讼法规定的起诉条件的,可以通过民事诉讼程序请求赔偿。”这在一定程度上能挽回投资者的利益,但由于体制等多方面的原因,效果不是很理想。我们可以参考美国的做法,美国1934年《证券交易法》最初是用来防止操纵和欺诈行为,并没有赋予私人起诉权,但法院根据衡平法赋予投资者私人起诉权,最终确立了美国的私人起诉权;美国之所以有全世界最严格的证券执法,私人诉讼权的实行功不可没。我们可以在结合国情和吸取经验、教训的基础上,探索私人起诉权的可行性,加强对投资者的救济途径。

(四)加强稽查国际执法的研究和实践

随着计算机网络及通讯技术的进步,全球证券市场呈现小时连续自动交易的趋势,使证券经营机构及参与者的业务活动跨越了国界限制。在这种背景下,客观上需要将各国独特的监管法规和稽查惯例纳入一个统一的国际框架之中,证券稽查执法逐渐走向国际化。因此,加强国际间的证券稽查合作与协调也越来越重要。事实上,在国际领域,拥有84个会员国的国际证券监管委员会组织(ISOCCO)作为最具权威性的国际证券监管机构,正在朝着制定共同规章制度的目标努力。我们在加强国内执法,积累经验的同时,借鉴其他国家的做法并与ISOCCO保持密切的联系,将为我国的稽查国际执法打下良好的基础。