

NEW 3 *The Practice and Analysis*
BOARD

新三板

操作实务
分析解读 **及**

李慎波 毛伟 编著

第一章 新三板概况

一、新三板的基本情况

全国中小企业股份转让系统(以下简称新三板)市场原指中关村科技园区非上市股份有限公司进入代办股份系统进行转让试点,因为挂牌企业均为高科技企业而不同于原转让系统内的退市企业及原STAQ、NET系统挂牌公司,故被形象地称为“新三板”。新三板的意义主要是针对公司的,会给该公司带来很大的好处。目前,新三板不再局限于中关村科技园区非上市股份有限公司,也不局限于天津滨海、武汉东湖以及上海张江等试点地的非上市股份有限公司,而是全国性的非上市股份有限公司股权交易平台,主要针对的是中小企业。

新三板是经国务院批准设立的第一家公司制证券交易场所,也是继上海证券交易所、深圳证券交易所之后第三家全国性证券交易场所。全国中小企业股份转让系统有限责任公司为其运营机构,于2012年9月20日在国家工商总局注册,2013年1月16日正式揭牌运营,注册资本30亿元,注册地在北京。全国中小企业股份转让系统有限责任公司的经营宗旨是:坚持公开、公平、公正的原则,完善市场功能,加强市场服务,维护市场秩序,推动市场创新,保护投资者及其他市场参与主体的合法权益,推动场外交易市场健康发展,促进民间投资和中小企业发展,有效服务实体经济。公司的经营范围包括:组织安排非上市股份公司股份的公开转让;为非上市股份公司融资、并购等相关业务提供服务;为市场参与者提供信息、技术和培训服务;中国证监会批准的其他业务。

新三板是定位于非上市公司股票公开转让和发行融资的市场平台,为公司提供股票交易、发行融资、并购重组等相关服务,为市场参与者提供信息、技术和培训服务。

新三板与交易所市场在法律地位上无区别,主要区别在于服务对象、交易制度和投资者适当管理制度三方面。服务对象方面,新三板主要为创新型、创业型和成长型中小微企业提供资本市场服务,而交易所市场主要服务于成熟企业。交易制度方面,新三板设计了优化的协议转让、做市转让及竞价转让等灵活多样的方式,交易所市场主要提供竞价转让和大宗交易协议转让等标准化的方式,投资者准入方面,新三板实行比交易所市场更为严格的投资者适当性管理制度。

新三板与区域性股权市场也有区别。全国股份转让系统是国务院批设、纳入中国证监会监管的全国性证券市场,是公开市场,挂牌公司准入和持续监管纳入中国证监会非上市公众公司监管范围,股东人数可超 200 人;在交易制度选择上没有障碍,可以连续、标准化交易。区域性股权市场是多层次资本市场的组成部分,属于非公开市场,不属于证券市场,由省级地方政府设立和管理,受国发[2011]38 号文和国办发[2012]37 号文的约束,其挂牌公司股东人数不能超过 200 人(非公开),股份不能拆细交易(非标准),交易频率须严格执行 T+5(非连续)。

二、新三板发展历程

(一) 前世——STAQ、NET 以及老三板

三板市场起源于 2001 年“股权代办转让系统”,最早承接“两网公司”和退市公司,称为老三板。

1990 年 12 月 5 日,全国证券交易自动报价系统(STAQ 系统)正式运行。

1993 年 4 月 28 日,NET 系统试运行。

STAQ 与 NET 系统一起,构成了当时中国的场外交易市场,被称为“两网”。

1998 年,在中国证券市场的大整顿中,“两网”被取缔。

1999 年 9 月 9 日,STAQ、NET 系统关闭。

2001 年 5 月 25 日,证券业协会公布以“非上市公司代办股份转让”方式

解决“两网”股流通问题。

2001年6月12日,证监会批准设立代办股份转让系统(老三板)。

2001年6月,中国证券业协会发布《证券公司代办股份转让服务业务试点办法》,指定申银万国等六家证券公司代办原STAQ和NET系统挂牌公司的股份转让业务。

2001年7月16日,代办股份转让系统正式开办。

(二) 今生——新三板

2006年,中关村科技园区非上市股份公司进入代办转让系统进行股份报价转让,称为新三板。随着新三板市场的逐步完善,我国将逐步形成由主板、创业板、场外柜台交易网络和产权市场在内的多层次资本市场体系。

2006年1月16日,中国证监会正式批复,同意中关村科技园区非上市股份公司进入代办转让系统进行股份报价转让试点。

2012年7月8日,国务院批准设立全国股份转让系统(新三板)。

(三) 扩容

2012年,经国务院批准,决定扩大非上市股份公司股份转让试点,首批扩大试点新增上海张江高新技术产业开发区、武汉东湖新技术产业开发区和天津滨海高新区。

2012年8月3日,新三板扩容获国务院批准,首批扩大试点除中关村科技园区外,新增上海张江高新产业开发区、东湖新技术产业开发区和天津滨海高新区。

2012年9月7日,扩大试点合作备忘录签署首批企业挂牌仪式举行。

2012年9月20日,全国股份转让系统公司在工商总局完成登记注册。

2012年10月11日,证监会正式发布《非上市公众公司监督管理办法》。

2013年1月16日,全国股份转让系统揭牌。

2013年2月8日,《全国中小企业股份转让系统业务规则(试行)》发布。

2013年5月28日,全国股份转让系统首批企业挂牌仪式。

2013年6月19日,国务院确定将中小企业股份转让系统突破试点国家

高新区限制,扩容至全国所有符合新三板条件的企业。

2013年12月14日,国务院发布《关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》,境内符合条件的股份公司均可通过主办券商申请在全国股份转让系统挂牌,新三板正式扩容至全国。

2013年12月27日,证监会发布《关于修改〈非上市公众公司监督管理办法〉的决定》等7项配套规则。

2013年12月30日,全国中小企业股份转让系统配套修订、制定和发布14项业务制度。自此,全国股份转让系统市场制度框架体系基本形成,面向全国接受企业挂牌申请工作同步启动。

(四)现状

2014年1月24日,新三板全国扩容后首批挂牌268家企业;2014年1月30日,新三板正式挂牌企业已经达到621家,总股本为212.6797亿股。

根据北京市金融工作局2014年4月4日发表的统计数据,截至2014年3月31日,全国股份转让系统挂牌企业共计660家,其中北京地区269家。2014年一季度,全国股份转让系统新增挂牌企业304家(其中北京地区新增22家),挂牌企业总量翻了近一番;660家挂牌企业总股本约225.86亿股,较2013年年末增长132%;总市值约为1270.96亿元,较2013年年末增长135%;实现融资总额38.78亿元,挂牌企业平均市盈率为25.56倍。从行业分布来看,660家挂牌企业主要集中在制造业与信息技术服务业,分别占比49.55%和33.18%,同时广泛分布于科学研究技术服务、农林牧渔、文体娱乐、金融业等高新技术附加值、战略新兴行业领域。

三、什么样的企业适合在新三板挂牌

(一)有进入资本市场的意愿但不符合主板、中小板或创业板条件的,或虽符合条件但不愿意漫长等待的公司

主板、中小板的门槛是非常高的,创业板要求相对较低,但创业板的净利润要求至少要达到3000万元,且在创业板排队等待上市的企业较多,如果企业从开始准备上市工作起,一般周期可能会达到一到两年之久,且失败的风险较大。而挂牌新三板的周期较短,通常为几个月。同时,因为新三板对

盈利没有要求,企业挂牌新三板成功的可能性较大。

(二)已有一定的业务规模,但资金紧张、制约业务规模扩大的公司

新三板市场的成立主要是为了解决一些达不到上市公司要求但又具有一定规模的企业的融资问题。企业资金紧张,会造成周转困难,会制约企业的发展。中小企业借助新三板提供的融资平台,扩大业务规模,并逐渐向资本市场过渡,从而有效解决资金紧张的难题。

(三)希望借资本市场力量扩大规模,做大做强,规范经营,为长远发展铺路的公司

……

(四)具有创新业务模式,需要借此对外宣传的公司

产品和服务是可以复制的,而一个公司的业务模式才是真正与众不同的,业务模式的创新非常重要,直接与经济效益挂钩。而这些创新业务模式需要被社会广泛地发现、认识、接受,这需要一个宣传的平台。而新三板的推出,正是将一些企业从浩如烟海的企业丛林中推到众人面前,成为大家关注的焦点,这样便使得企业具有较高的知名度,对企业及其业务的推广具有宣传作用。

四、新三板挂牌的基本条件

《全国中小企业股份转让系统业务规则(试行)》第2.1条规定,股份公司申请挂牌应当符合下列条件:

1. 依法设立且存续满两年。有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的,存续时间可以从有限责任公司成立之日起计算。
2. 业务明确,具有持续经营能力。
3. 公司治理机制健全,合法规范经营。
4. 股权明晰,股票发行和转让行为合法合规。
5. 主办券商推荐并持续督导。
6. 全国股份转让系统公司要求的其他条件。

五、新三板挂牌基本条件的解读

(一) 条件一:依法设立且存续满两年。有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的,存续时间可以从有限责任公司成立之日起计算

解读

依法设立,是指公司依据《公司法》等法律、法规及规章的规定向公司登记机关申请登记,并已取得《企业法人营业执照》。合伙企业、个人独资企业因为在法律上其普通合伙人(或出资人)承担无限连带责任,所以,合伙企业和个人独资企业不可以改制为有限公司或者股份公司。

1. 公司设立的主体、程序合法、合规

(1) 国有企业需提供相应的国有资产监督管理机构或国务院、地方政府授权的其他部门、机构关于国有股权设置的批复文件。

(2) 外商投资企业须提供商务主管部门出具的设立批复文件。

(3) 2006年1月1日前设立的股份公司,须取得国务院授权部门或者省级人民政府的批准文件。

实践中拟挂牌转让企业历史沿革中曾有国有企业或者国有创投公司投资退出的情形,需要特别关注其投资、退出时是否履行了国有股权投资、退出的法律程序:

① 投资时,是否经有权部门履行了决策程序,是否对拟投资的公司进行过评估、备案,是否需要国有资产监督管理部门批准。

② 增资扩股时,是否同比例增资,如未同比例增资,是否履行评估、备案手续。

③ 国有股退出时是否履行了评估、备案,是否在产权交易所进行了交易,是否需要国有资产监督管理部门批准。

2. 公司股东的出资合法、合规,出资方式及比例应符合《公司法》的相关规定

(1) 以实物、知识产权、土地使用权等非货币财产出资的,应当评估作价,核实财产,明确权属,财产权转移手续办理完毕。

实践中拟挂牌转让的企业为高新技术企业的,多存在股东以无形资产评估出资的情况,中介机构需要特别关注以下几个问题:

①无形资产是否属于职务成果或职务发明。

如果属于股东在公司任职的时候形成的,无论是以专利技术还是以非专利技术出资,股东都有可能涉嫌利用公司提供物质或者其他条件完成的该等职务成果(职务发明),该等专利技术或者非专利技术应当属于职务成果(职务发明),应当归属于公司。

解读

因为职务成果或者职务发明已经评估、验资并过户至公司,此种情况下,一般的做法是通过减资程序规范,财务上将已经减掉的无形资产做专项处理,并将通过减资置换出来的无形资产无偿赠送给公司使用。但是,此种情况下,该等无形资产研发费用不能计提。

需要注意的是,实践中有些地方工商登记部门允许企业通过现金替换无形资产出资处理无形资产出资不规范问题。但是,大部分工商登记部门因为法律上没有相关规定的原因,拒绝公司通过现金置换无形资产出资的方案。但是,减资是公司法允许的方案,工商登记部门容易接受,但是不能进行专项减资,即专项减掉无形资产,但是会计师可以在减资的验资报告进行专项说明公司本次减资的标的是无形资产。

②无形资产出资是否与主营业务相关。

实践中,有些企业为了申报高新技术企业,创始股东与大学合作,购买与公司主营业务无关的无形资产通过评估出资至公司,或者股东自己拥有的专利技术或者非专利技术后来因为种种原因,虽然评估出资至公司,但是公司后来主营业务发生变化或者其他原因,公司从来没有使用过该等无形资产,则该等行为涉嫌出资不实,需要通过减资程序予以规范。

③无形资产出资是否已经到位。

实践中,有些企业股东以无形资产出资至公司,但是后续并未办理资产过户手续,该等情形一般可根据中介机构的意见在股改前整改规范即可。

(2)以国有资产出资的,应遵守有关国有资产评估的规定。

(3)公司注册资本缴足,不存在出资不实情形。

实践中,有些公司在创业初期存在找中介公司进行代验资的情形,也有一些从事特殊行业的公司,相关法律规定注册资本达到一定的标准才可以从事某些行业或者可以参与某些项目的招投标而找中介公司进行代验资的情形。该等情形涉嫌虚假出资,大部分企业在财务上处理该等问题时,验资进来的现金很快转给中介公司提供的关联公司,而拟挂牌公司在财务报表上以应收账款长期挂账处理。该等情况的解决方案,一般是公司股东找到相关代验资的中介,由股东将曾经代验资的款项归还给该中介,并要求中介机构将公司目前挂的应收账款收回。如果拟挂牌公司已经将代验资进来的注册资本通过虚构合同的方式支付出去,或者做坏账消掉,则构成虚假出资,该等情形中介机构需要慎重处理,本着解决问题、规范公司历史上存在的法律瑕疵的原则,在公司没有造成损害社会及他人利益的情况下,公司应当根据中介机构给出的意见进行补足,具体应当以审计师给出的意见做财务处理。

3. 存续满两年的计算

存续满两年,即从股份有限公司成立之日起满两年;如果现有公司为有限公司的,必须先进行股改,将有限责任公司整体变更为股份有限公司的,设立时间从有限责任公司成立之日起连续计算。

解读

存续两年是指存续两个完整的会计年度。

根据《会计法》(1999年修订),会计年度自公历1月1日起至12月31日止。因此,两个完整的会计年度实际上指的是两个完整的年度。

有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的,存续时间可以从有限责任公司成立之日起计算。整体变更不应改变历史成本计价原则,不应根据资产评估结果进行账务调整,应以改制基准日经审计的净资产额为依据折合为股份有限公司股本。申报财务报表最近一期截止日不得早于改制基准日。

(1) 改制时所得税缴纳问题。

改制时,资本公积、盈余公积及未分配利润转增股本按以下情况区别纳税:

①自然人股东。

资本公积转增股本时不征收个人所得税；

盈余公积及未分配利润转增股本时应当缴纳个人所得税。

②法人股东。

资本公积转增股本时不缴纳企业所得税。

盈余公积及未分配利润转增股本虽然视同利润分配行为,但法人股东不需要缴纳企业所得税;但是,如果法人股东适用的所得税率高于公司所适用的所得税率时,法人股东需要补缴所得税的差额部分。

(2)关于公司还处于亏损阶段是否可以改制在新三板挂牌转让。

根据《公司法》第95条的规定,“有限责任公司变更为股份有限公司时,折合的实收股本总额不得高于公司净资产额”。

实践中公司股改时一般都是以公司净资产进行折股,需要注意的是,公司股改时股东出资已经全部缴纳,即注册资本和实收资本是一致的。因此,公司经审计师审计后的净资产不能低于公司的实收资本,换一种说法就是公司可以亏损,但是不能亏损到审计后的净资产低于实收资本(注册资本),如果审计后的净资产低于实收资本,那只有的一种方式就是进行减资,将实收资本减少到低于公司的净资产,当然此种情况减少的注册资本实际是亏损的部分。此种情况可以解决公司股改的问题,但是带来了另外一个问题,公司是否具有持续盈利能力,如果企业是因为过去亏损造成的,但是报告期持续盈利,能够解释清楚的,此问题不会对公司挂牌造成实质性障碍。

关于公司应当如何按照净资产折股,除了《公司法》第95条的规定,相关法规并没有对净资产折股比例作出规定,一般情况下,折股比例不能低于1:1,即1元净资产折1股。但是,大多数情况下,出于谨慎的财务处理,企业会留一部分净资产进入资本公积,即一般情况下都是按照1元以上的净资产折1股的方式折股的。

由有限责任公司变更为股份有限公司设立时间连续计算的判断标准为:以变更基准日经审计的原账面净资产值折股,且折合的实收股本总额不得高于公司净资产值。

(二) 条件二:业务明确,具有持续经营能力

1. 业务明确

业务明确,是指公司能够明确、具体地阐述其经营的业务、产品或服务、用途及其商业模式等信息。公司可同时经营一种或多种业务,每种业务应具有相应的关键资源要素,该要素组成应具有投入、处理和产出能力,能够与商业合同、收入或成本费用等相匹配。

解读

虽然新三板并未对拟挂牌企业提出利润要求,但是如果拟挂牌企业持续处于亏损状态,其挂牌的意义不大,一般中介机构也不会鼓励此类企业到新三板挂牌转让。如果企业为了申请政府补贴或者银行授信贷款或者存在侥幸心理去融资,是完全没有必要的,企业不但要付出一定的成本,而且随着新三板规模的扩大,投资人投资成熟,只有优质的企业才会受到投资人青睐。

申请挂牌公司应遵循重要性原则披露与其业务相关的关键资源要素,包括:

(1) 产品或服务所使用的主要技术。

(2) 主要无形资产的取得方式和时间、实际使用情况、使用期限或保护期、最近一期期末账面价值。

(3) 取得的业务许可资格或资质情况。

(4) 特许经营权(如有)的取得、期限、费用标准。

(5) 主要生产设备等重要固定资产使用情况、成新率或尚可使用年限。

(6) 员工情况,包括人数、结构等。其中核心技术(业务)人员应披露姓名、年龄、主要业务经历及职务、现任职务与任期及持有申请挂牌公司的股份情况。核心技术(业务)团队在近两年内发生重大变动的,应披露变动情况和原因。

(7) 其他体现所属行业或业态特征的资源要素。

①公司业务如需主管部门审批,应取得相应的资质、许可或特许经营权等。

②公司业务须遵守法律、行政法规和规章的规定,符合国家产业政策以

及环保、质量、安全等要求。

2. 具有持续经营能力

具有持续经营能力,是指公司基于报告期内的生产经营状况,在可预见的将来,有能力按照既定目标持续经营下去。

解读

(1)公司业务在报告期内应有持续的营运记录,不应仅存在偶发性交易或事项。营运记录包括现金流量、营业收入、交易客户、研发费用支出等。

(2)公司应按照企业会计准则的规定编制并披露报告期内的财务报表,公司不存在《中国注册会计师审计准则第 1324 号——持续经营》中列举的影响其持续经营能力的相关事项,并由具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具标准无保留意见的审计报告。

财务报表被出具带强调事项段的无保留审计意见的,应全文披露审计报告正文以及董事会、监事会和注册会计师对强调事项的详细说明,并披露董事会和监事会对审计报告涉及事项的处理情况,说明该事项对公司的影响是否重大、影响是否已经消除、违反公允性的事项是否已予纠正。

(3)关于核定征税问题。实践中,上新三板的企业多为创业型企业,部分企业在报告期存在核定征税问题,核定征税的依据是企业规模小、财务不规范,鉴于上新三板的企业只需要两个完整的会计年度,建议公司如存在该等情形,应当尽快与税务机关申请调整为查账征收,并运行两个完整的会计年度后再挂牌转让。

(4)关于补税的问题。中小企业在创业阶段或者发展阶段,隐藏一部分收入问题比较常见,企业拟挂牌转让,经会计师审计后,发现了财务不规范问题,可以通过财务处理解决,但是需要补增值税或者所得税。那么,此种情况下,企业需要权衡挂牌转让的利弊,但是退一步讲,企业迟早要规范、诚信、守法经营,企业主动规范财务问题,补缴税收,税务机关一般不会给予行政处罚,但是如果被税务机关在核查过程中发现该等问题,轻则给予行政处罚,重则构成偷税、漏税,触犯刑法,移交司法机关处理。

(5)关于公司是否具有持续盈利能力。根据《全国中小企业股份转让系统业务规则(试行)》的相关规定:

①申请挂牌公司应披露是否存在与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业从事相同、相似业务的情况。对存在相同、相似业务的,应对是否存在同业竞争作出合理解释。申请挂牌公司应披露控股股东、实际控制人为避免同业竞争采取的措施及作出的承诺。

②申请挂牌公司应披露最近两年内是否存在资金被控股股东、实际控制人及其控制的其他企业占用,或者为控股股东、实际控制人及其控制的其他企业提供担保,以及为防止股东及其关联方占用或者转移公司资金、资产及其他资源的行为发生所采取的具体安排。

③申请挂牌公司应根据《公司法》和企业会计准则的相关规定披露关联方、关联关系、关联交易,并说明相应的决策权限、决策程序、定价机制、交易的合规性和公允性、减少和规范关联交易的具体安排等。申请挂牌公司应披露最近两年股利分配政策、实际股利分配情况以及公开转让后的股利分配政策。

(6)公司不存在依据《公司法》第180条规定解散的情形,或法院依法受理重整、和解或者破产申请。

可见,新三板不对企业的财务数据有过多的要求,而是对企业的发展前景、行业技术地位、商业模式、经营规范性比较看重。

(三)条件三:公司治理机制健全,合法规范经营

1. 公司治理机制健全

公司治理机制健全,是指公司按规定建立股东大会、董事会、监事会和高级管理层(以下简称三会一层)组成的公司治理架构,制定相应的公司治理制度,并能证明有效运行,保护股东权益。

(1)公司依法建立三会一层,并按照《公司法》、《非上市公众公司监督管理办法》及《非上市公众公司监管指引第3号——章程必备条款》等规定建立公司治理制度。

(2)公司三会一层应按照公司治理制度进行规范运作。在报告期内的有限公司阶段应遵守《公司法》的相关规定。

(3)公司董事会应对报告期内公司治理机制执行情况进行讨论、评估。

实践中,拟上新三板的企业公司治理相对较弱,部分企业尚未建立董事

会,部分企业董事会成员主要为家族成员。建议在股改的时候规范公司的三会一层,存在家族成员控制董事会情形的,适当引进公司管理层或者外部董事。在公司经营状况较好的情况下也可以考虑引入独立董事。同时,重视公司三会治理制度实际应用,公司经营应当严格按照公司章程等公司制度执行,提早适应挂牌后的信息披露要求。

全国股份转让系统对挂牌转让的企业信息披露要求主办券商进行终身督导,但是因为大部分新三板挂牌企业董事会秘书由主管业务经营的高管兼任,而公司又没有配备较为熟悉资本市场的证券事务代表,甚至大部分新三板企业并没有设置这个岗位。所以,除了公司老板和财务负责人、董事会秘书了解一定的新三板概况外,关于信息披露、制度建设并不是非常熟悉,甚至很多公司老板都没仔细看过神律师为公司起草的三会议事规则、信息披露制度等文件。因此,熟悉规则的人才会利用规则,不熟悉规则的企业即便上了新三板也是形在神不在。

2. 合法合规经营

合法合规经营,是指公司及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员须依法开展经营活动,经营行为合法、合规,不存在重大违法违规行为。

合法合规经营即公司、控股股东、实际控制人最近 24 个月内不存在因违反国家法律、行政法规、规章,受到刑事处罚或适用重大违法违规情形的行政处罚。现任董事、监事和高级管理人员应具备和遵守《公司法》规定的任职资格和义务,不应存在最近 24 个月内受到中国证监会行政处罚或者被采取证券市场禁入措施的情形。

(1)公司的重大违法违规行为是指公司最近 24 个月内因违反国家法律、行政法规、规章的行为,受到刑事处罚或适用重大违法违规情形的行政处罚。

①行政处罚是指经济管理部门对涉及公司经营行为的违法违规行为给予的行政处罚。

②重大违法违规情形,是指凡被行政处罚的实施机关给予没收违法所得、没收非法财物以上行政处罚的行为,属于重大违法违规情形,但处罚机关依法认定不属于的除外;被行政处罚的实施机关给予罚款的行为,除主办

券商和律师能依法合理说明或处罚机关认定该行为不属于重大违法违规行为的外,都视为重大违法违规情形。

解读

《行政处罚法》及相关法律中没有鉴定什么是重大违法违规行为,重大违法违规也不是一个法律概念,实践中律师需要自行判断是否属于重大违法违规行为,但是律师一般都比较谨慎,需要企业到相关行政机关开具受到的行政处罚不属于重大违法违规的证明文件。行政机关在处理企业上市、上新三板问题时比较谨慎,开具的文件也趋向规范化、格式化。

比如,企业因发票丢失、财务不规范等原因被税务部门处罚几百或者几千元,或者上万元,如何判断是否属于重大处罚呢?在相关行政法规中有一个情节严重的加重处罚,一般在行政处罚中适用情节严重、造成严重后果的,即便是行政处罚机关出具不属于重大违法违规行为的证明,律师也要慎重作出判断。

对于相关行政处罚中,处罚金额不大,如低于10万元,未出现情节严重的事项,明确为一般行政处罚,或者适用简易程序的,或者行政处罚并非针对公司主营业务作出的行政处罚,律师一般均可以自行作出判断。实践中相关行政处罚机关亦会根据相关法律法规开具属于一般行政处罚或者适用简易程序处罚或者情节轻微的处罚,该等情况下,律师基本上可以判断是否属于重大行政处罚行为。

③公司最近24个月内不存在涉嫌犯罪被司法机关立案侦查,尚未有明确结论意见的情形。

(2)控股股东、实际控制人合法合规,最近24个月内不存在涉及以下情形的重大违法违规行为:

①控股股东、实际控制人受刑事处罚。

②受到与公司规范经营相关的行政处罚,且情节严重;情节严重的界定参照前述规定。

③涉嫌犯罪被司法机关立案侦查,尚未有明确结论意见。

(3)现任董事、监事和高级管理人员应具备和遵守《公司法》规定的任职资格和义务,不应存在最近24个月内受到中国证监会行政处罚或者被采取

证券市场禁入措施的情形。

(4)实际控制人、董事、监事、高管人员是否设立过其他公司或者在其他公司担任该公司法定代表人而该公司可能因为未年检被吊销营业执照的情形。

解读

如董事、监事及高级管理人员被列入工商部门企业诚信系统的黑名单,且在报告期的,不能在拟挂牌企业担任董事、监事及高级管理人员及法定代表人。

①《公司法》的规定。

《公司法》第146条第1款第4项规定,担任因违法被吊销营业执照的公司的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员;该条第2款规定,公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。

②国家工商行政管理总局《关于企业法定代表人是否负有个人责任问题的答复》(工商企字[2002]第123号)。

企业年度检验是工商行政管理机关依法按年度对企业进行检查,确认企业继续经营资格的法定制度,企业应依法接受年度检验,逾期不接受年度检验是一种违法行为。企业逾期不接受年度检验,被工商行政管理机关依法吊销营业执照,该企业的法定代表人作为代表企业行使职权的负责人,未履行法定的职责,应负有个人责任,但年检期间法定代表人无法正常履行职权的除外。

根据《企业法人法定代表人登记管理规定》第4条的规定,因违法被吊销营业执照的企业的法定代表人,并对该企业违法行为负有个人责任,自该企业被吊销营业执照之日起未逾三年的,不得担任法定代表人。该类人员仍然在其他企业中担任法定代表人的,相关企业应按规定办理法定代表人变更登记。相关企业不按规定办理变更登记的,工商行政管理机关一经发现或经举报核实,应责令相关企业限期办理法定代表人变更登记,对逾期不办理变更登记的,工商行政管理机关应依照《企业法人法定代表人登记管理

规定》第12条的规定予以处理。

(5)公司报告期内不应存在股东包括控股股东、实际控制人及其关联方占用公司资金、资产或其他资源的情形。如有,应在申请挂牌前予以归还或规范。

解读

常见的关联方:

- ①公司的控股股东,以及其控制的其他企业;
- ②持股5%以上股东,以及其控制的其他企业;
- ③公司的董事、监事及高级管理人员(包括总经理、副总经理、财务负责人等),以及其控制的其他企业;
- ④持股20%以上的被投资单位。

报告期内公司控股股东占用公司资金、资产等情形的,应当及时清理、归还,并加扣利息,利息可以参照同期银行贷款利息。并建议控股股东出具《规范控股股东占用公司资金的承诺函》予以规范。

同业竞争和关联交易问题:

虽然新三板可以容忍同业竞争和关联交易的存在,但是下列情况除外:

①同业竞争如果不能给出合理的解释,很难被全国股份转让系统接受,且全国股份转让系统需要实际控制人出具为避免同业竞争采取的措施及作出的承诺,因此,应当避免存在实际控制人同业竞争的问题。

②是否存在关联方关系非关联化的情形,例如,与非正常业务关系单位或个人发生的偶发性或重大交易,缺乏明显商业理由的交易,实质与形式明显不符的交易,交易价格、条件、形式等明显异常或显失公允的交易,应当考虑是否为虚构的交易、是否实质上是关联方交易、该交易背后是否还有其他安排。

如存在关联交易,需要论证关联方交易存在的必要性和持续性,以及减少和规范关联交易的具体安排。

(6)公司应设有独立财务部门进行独立的财务会计核算,相关会计政策能如实反映企业财务状况、经营成果和现金流量。

解读

这里需要强调的是,我们经常讲的“五独立”即资产独立、人员独立、财务独立、机构独立、业务独立。

①资产独立:挂牌公司资产应独立完整、权属清晰,控股股东、实际控制人不得占用、支配公司资产或干预公司对资产的经营管理。

②人员独立:挂牌公司人员应独立于控股股东。挂牌公司的经理人员、财务负责人、营销负责人和董事会秘书在控股股东单位不得担任除董事以外的其他职务。控股股东高级管理人员兼任挂牌公司董事的,应保证有足够的时间和精力承担挂牌公司的工作。

③财务独立:挂牌公司应按照有关法律、法规的要求建立健全的财务、会计管理制度,独立核算。控股股东应尊重公司财务的独立性,不得干预公司的财务、会计活动。

④机构独立:挂牌公司的董事会、监事会及其他内部机构应独立运作。控股股东及其职能部门与挂牌公司及其职能部门之间没有上下级关系。控股股东及其下属机构不得向挂牌公司及其下属机构下达任何有关挂牌公司经营计划和指令,也不得以其他任何形式影响其经营管理的独立性。

⑤业务独立:挂牌公司业务应完全独立于控股股东。控股股东及其下属的其他单位不应从事与挂牌公司相同或相近的业务。控股股东应采取有效措施避免同业竞争。

对于拟挂牌公司的资产及盈利状况需要关注以下问题:

表 1 拟挂牌公司的资产及盈利状况需注意问题一览表

主要事项	关注点	注意事项
应收款项	应收款项回款是否正常	
	应收款项是否存在账龄较长的应收账款或尚未核销的呆账	如果存在,具体形成原因是什么?金额多少?是否可以收回
	是否存在控股股东或其他关联方非经营性业务占用公司资金的情形,金额多少	控股股东非经营性占用的资金应当归还
存货	存货在库时间是否过长、是否存在滞销库存	如果库存过长、存在滞销库存,具体原因是什么?是否有进一步的应对措施
	财务记载的存货数量是否与实际库存相符	如果不相符,具体原因是什么

续表

主要事项	关注点	注意事项
固定资产	公司设备、房产、土地等固定资产权属是否存在纠纷？不动产的权属证明是否齐备	如果未办理产权证，具体原因是什么？能否补办
	是否存在闲置的固定资产	如果存在，资产价值多少？闲置原因？闲置状况是否会持续？有无应对措施
	财务记载的固定资产数量是否与实际相符	如果不相符，具体原因是什么
收入	收入是否稳定	如果大幅波动，原因是什么
	收入是否完整？是否存在账外收入	如果考虑账外收入，公司真实的收入规模、利润是多少
	毛利率水平（营业收入 - 营业成本）/营业收入	如果公司的毛利率、利润率水平与上市公司偏离 10% 以上，应询问相关原因
	利润率水平（净利润/营业收入）	
	同行业上市公司的毛利率、利润率水平	
补贴收入	补贴收入的内容	关注公司是否可以持续获得
	补贴收入的规模	
	补贴收入占当期利润的比重	
	剔除补贴收入，公司能否保持盈利	
关联交易	关联交易的性质	采购？销售？其他
	关联采购占总采购额比重、关联销售占总销售额比重	
	关联交易的定价方式、相对市场价格是否偏高或偏低	如果定价明显偏离市价，采取此种定价方式的具体原因
	如果按照市场价格定价，公司的盈利将会产生何种影响	

(四) 条件四: 股权明晰, 股票发行和转让行为合法合规

1. 股权明晰

股权明晰,是指公司的股权结构清晰,权属分明,真实确定,合法合规,股东特别是控股股东、实际控制人及其关联股东或实际支配的股东持有公司的股份不存在权属争议或潜在纠纷。

股权不明晰比较常见的有股权代持、改制程序缺失、历次股权转让中可能存在的诉讼,等等。

解读

股权代持的核查首先要从公司股东入手,向股东说明相关法律法规的规定,明确股权代持对公司上新三板挂牌转让的法律障碍,说明信息披露的重要性,阐述虚假信息披露被处罚的风险,说明诚信在资本市场的重要性。

如果股东能够自己向中介机构说明原因,一般情况下,中介机构可以根据股东的说明进一步核查,提出股权还原的解决方案。

核查中需要落实是否签署了股权代持协议,代持股权时的资金来源,是否有银行流水,代持的原因说明,还原代持时应当由双方出具股权代持的原因,出资情况,以及还原后不存在任何其他股权纠纷、利益纠葛。

如果股东未向中介机构说明,中介机构自行核查难度较高,但是还是可以通过专业的判断搜索到一些蛛丝马迹,如该股东是否在公司任职,是否参加股东会,是否参与分红,股东是否有资金缴纳出资,股东出资时是否以自有资产出资,与公司高级管理人员访谈,了解股东参与公司管理的基本情况等等。

2. 股票发行和转让合法合规

股票发行和转让合法合规,是指公司的股票发行和转让依法履行必要的内部决议、外部审批(如有)程序,股票转让须符合限售的规定。

(五) 条件五: 主办券商推荐并持续督导

公司需经主办券商推荐,双方签署了《推荐挂牌并持续督导协议》;主办券商应完成尽职调查和内核程序,对公司是否符合挂牌条件发表独立意见,