

境外投资法律热点问题

浅谈最新《企业境外投资管理办法（征求意见稿）》相关实务问题及立法建议

国家发展和改革委员会（下称“发改委”）于2017年11月3日在其官方网站上公布《企业境外投资管理办法（征求意见稿）》（下称“《征求意见稿》”），并向公众征求意见。

根据发改委外资司对《征求意见稿》的说明，拟制定的境外投资新规（下称“新规”）的主要目的在于以下几个方面：推进境外投资领域简政放权、放管结合、优化服务改革，支持企业创新境外投资方式，促进国际产能合作，推动形成面向全球的贸易、投融资、生产、服务网络，加快培育国际经济合作和竞争新优势。

尤其值得一提的是，新规拟在减政放权方面推

出三项改革措施：（1）取消项目信息报告制度；（2）简化核准、备案申请手续；和（3）放宽核准、备案时间底线。显然，这些改革措施正式出台后，将会进一步为中国企业开展境外投资提供便利，减少中国企业境外投资的行政程序成本和提高投资效率。

本文旨在根据作者协助中国企业开展境外投资交易中积累的相关经验和遇到的问题，对《征求意见稿》相关规定所涉及的几个比较重要的实务问题提出探讨，希望可以引起立法部门的关注和思考，进而优化和细化相关规定，使新规某些方面的规定可以更具可操作性，尽量减少企业在执行新规时的困惑。

	事项	《征求意见稿》条款	相关实务问题及立法建议
1	投资主体范围	第二条第3款：“本办法所称企业，包括各种类型的 金融企业 和 非金融企业 。”	实务问题： 这里涉及到两个问题，一个是“金融企业”的定义和范围问题，另一个是“金融企业”从事境外投资项目时发改委的备案或核准与其业务主管部门（如银监会）审批之间的关系问题。 <ol style="list-style-type: none">1. 根据《金融许可证管理办法》，金融机构包括银行（政策性银行、商业银行、农村合作银行、城市信用社、农村信用社、村镇银行）、贷款公司、农村资金互助社、金融资产管理公司、信托公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司等。可见，由保监会监管的保险公司和由证监会监管的证券公司等在现行法律框架下并未归入金融机构或金融企业的范围，因此，《征求意见稿》是否是将保险公司和证券公司等企业视为“非金融企业”对待？2. 此外，之前的境外投资管理框架下，银行、保险公司及证券公司的境外投资项目分别由主管其的银监会、保监会和证监

	事项	《征求意见稿》条款	相关实务问题及立法建议
			<p>会审批，发改委的境外投资新规出台后，是否意味着该等行业企业的境外投资存在发改委备案/核准及业务主管部门审批并行的制度？如果是，发改委的备案/核准程序是在业务主管部门的审批程序之前还是之后？</p> <p>立法建议：</p> <p>建议发改委与银监会、保监会和证监会等部门沟通和协调，在新规中明确由后三个部门监管的企业开展境外投资时发改委备案/审批与该等业务主管部门之间审批的关系和顺序问题。</p>
2	境外投资活动范围	<p>第二条第 1 款：“本办法所称境外投资，是指中华人民共和国境内企业（以下称“投资主体”）直接或通过其控制的境外企业，以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得境外所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的投资活动。</p> <p>前款所称投资活动，主要包括但不限于下列情形：</p> <p>（一）获得境外土地所有权、使用权等权益；</p> <p>（二）获得境外自然资源勘探、开发特许权等权益；</p> <p>（三）获得境外基础设施所有权、经营管理权等权益；</p> <p>（四）获得境外企业或资产所有权、经营管理权等权益；</p> <p>（五）新建或改扩建境外固定资产；</p> <p>（六）新建境外企业或向既有境外企业增加投资；</p> <p>（七）新设或参股境外股权投资基金；</p> <p>（八）通过协议、信托等方式控制境外企业或资产。”</p>	<p>实务问题：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 根据该条规定，如果一家中国企业在境外新设立一家控股的境外公司，需要履行发改委的备案/核准程序。如果一家被中国企业控股的境外企业在境外购买土地，也需要履行发改委的备案/核准程序。企业可能面临的问题和困扰是，如果一家房地产开发企业在履行了发改委的备案/核准程序在境外新设一家房地产开发企业，这家企业设立时有投资计划和投资额，但暂未有合适的具体项目，而这家新设境外企业在设立后不久即找到合适的项目，并购买境外项目的土地，在此情况下，这家新设的境外企业就获得境外土地所有权还需要再另行履行发改委备案/核准程序吗？类似的问题也存在与在新设境外企业的情况下，该新设企业开展该条所列第（二）、（三）等投资活动的情形。 2. 该条规定“获得境外土地所有权、使用权等权益”视为境外投资活动需要履行发改委的备案/核准程序，那么如果企业是购买境外建好的房屋用作办公或生产用途，是否也需要遵守发改委的备案/核准程序？ 3. 该条第（四）项所列的投资活动包括“获得境外资产所有权”，我们理解此项主要针对中国企业开展境外资产并购项目而言，但从广义的角度讲，中国企业从事经常项目下的国际贸易，从国外企业购买新、旧设备或产品，也可属于获得境外资产所有权的范畴，而上述购买行为大多数的目的是用于国内外销售或购回国内使用，与新规拟规范的境外资产并购类型的企业境外投资无关。目前该项的表述可能会给企业造成困惑。 <p>立法建议：</p> <p>建议新规对上述问题进行澄清。对于“获得境外资产所有权”的项目，建议将范围缩小为“获得用于境外运营为目的的境外资产的所有权”。</p>
3	中方投资额的计算	<p>第十四条第 4 款：“本办法所称中方投资额，是指投资主体直接以及通过其控制的境外企业为项目投入的货币、证券、实物、技术、知识产权、股权、债权等资产、权益以及提供融资、担保的总额。”</p>	<p>实务问题：</p> <p>根据该条规定，境外投资中的中方投资额是项目投入的资产的金额与提供融资和担保的总额。如果一家中国企业（母公司）通过其香港的全资子公司拟支付 2 亿美元购买一家美国公司 100% 的股权，为确保交易的进行，美国公司的卖方要求该香港公司的中国母公司为其支付购买价款提供总额为 2 亿美元的担保。在此情况下，该境外投资项目的总投资额为 2 亿美元，但根据《征求意见稿》计算的中方投资额却为 4 亿美元（2 亿投资额 + 2 亿担保金额），按照这个公式计算的结果无疑与项目的实际情况不符。</p> <p>立法建议：</p>

	事项	《征求意见稿》条款	相关实务问题及立法建议
			建议在该条明确，在计算中方投资额时， 担保金额仅指为第三方融资提供担保的金额。
4	取得备案/核准通知书的时间	第三十二条规定：“属于核准、备案管理范围的项目，投资主体应当在 项目实施前 取得项目核准文件或备案通知书。 前款所称 项目实施前 ，是指投资主体或其控制的境外企业为项目投入资产、权益（已按照本办法第十七条办理核准、备案的项目前期费用除外）或 提供融资、担保之前。 ”	实务问题： 根据该条规定，新规要求中方投资者应该在支付项目对价（现金、股权、其他资产）之前，或者是中方投资者提供融资或担保之前取得发改委的备案/核准通知书。相比之前的规定，取得发改委的通知书不再作为交易主协议生效的必要条件，这无疑更有利于中国企业尤其在国际竞标收购项目中获得更大的自主权和让境外卖方增加对中方进行交易的确定性的信心。 不过，通常而言，中方投资者提供融资或担保的法律协议作为交易的一揽子协议部分，可能需要与交易主协议一起签署，而目前《征求意见稿》的表述有可能导致要求取得发改委通知书的时间实际还是会被推到签署交易主协议的时间之前，而不是中方根据签署后交易主协议支付对价之前。 立法建议： 建议将“或提供融资、担保之前”的表述修改为“ 或实际提供融资款或承担的担保义务生效之前 ”。这样的话，相关的融资协议和担保协议就可以与交易主协议一起签署，而不必等待发改委的通知书，而中方在履行任何实质义务（如支付价款、提供融资款和承担担保义务）之前取得发改委的备案/核准通知书即可。
5	备案/核准的变更	第三十四条第1款规定：“已核准、备案的项目，发生下列情形之一的，投资主体应当在有关情形发生前向出具该项目核准文件或备案通知书的机关提出变更申请： （一）投资主体增加或减少，或投资主体在项目中的 投资比例发生重大变化 ，或投资主体的实际控制人变更； （二） 投资地点发生重大变化 ； （三） 主要内容和规模发生重大变化 ； （四）中方投资额变化幅度超过原核准、备案金额的20%，或中方投资额变化1亿美元及以上； （五）需要对项目核准文件或备案通知书有关内容进行重大调整的其他情形。”	实务问题： 根据该条规定，在已经获得备案或核准的项目，在发生一些“重大变化”时，投资主体有义务提出变更申请，由发改委审查是否同意变更。 这些“重大变化”包括 投资比例 的重大变化、 投资地点 的重大变化、 投资内容和规模 的重大变化等。这些原则是很清楚的，但投资主体仅凭这些原则性的规定，很难判断是否发生了所谓的重大变化和是否有义务提出变更申请。 例如，投资比例变化多少算重大变化，是10%，20%还是30%？如果拟投资的目标地是法国巴黎，但具体的项目地址从巴黎的第9区变更到第15区，项目还在巴黎，这算不算投资地点的重大变化？如果原来拟收购的公司共有10个子公司，最后决定将2个与主营业务关系不大的子公司剥离不放入收购范围，这是否属于项目的内容和规模发生重大变化？ 以上问题如果立法部门没有清晰的指引，企业在实践中将很难把握如何执行和遵守新规的该等要求。而企业如果应当申请变更而没有申请的，根据《征求意见稿》第五十三条，核准、备案机关可以责令投资主体中止或停止实施该项目并限期改正，因此法律后果是十分严重的，这就要求企业必须能够准确把握新规的要求。 立法建议： 建议立法部门在新规中或配套的操作指引中 明确上述“重大变化”的标准 ，以便于企业在实践中理解和把握。
6	不正当竞争	第五十五条规定：“投资主体在境外投资过程中实施 不正当竞争行为 、扰乱境外投资市场秩序的，由国家发展改革委或投资主体注册地的省级政府	实务问题： 1. 我们理解新规设计该条款的主要目的，主要是要避免多家中国企业为同一项目而高价或低价竞争，从而损害行业或国家

	事项	《征求意见稿》条款	相关实务问题及立法建议
		<p>发展改革部门责令投资主体中止或停止开展该项目并限期改正，对投资主体及主要责任人处以警告。”</p>	<p>整体利益的情形。但是，企业应该如何去避免不正当竞争，需要有进一步的解释和说明。如果两家中国企业同时竞标一家境外公司的收购项目，一家中国企业的收购价格明显高于另一家企业，如果这种差异是他们对目标企业不同估值方法所导致的，出价高的企业算不算不正当竞争？</p> <p>2. 此外，对于不正当竞争行为，是发改委可以依职权主动查处，还是发改委需要根据其他企业的投诉进行查处？如果调查不正当竞争行为，具体认定不正当竞争行为的程序是什么？如果企业对发改委认定不正当竞争行为的决定不服，是否有相应申诉程序？</p> <p>立法建议：</p> <p>鉴于企业在境外投资活动中被认定存在不正当竞争的法律后果很严重（发改委可以责令投资主体中止或停止该项目），建议立法部门在新规中或配套的操作指引中明确上述“不正当竞争行为”的标准、调查及认定程序，以便于企业在实践中理解和避免出现该等风险。</p>
7	<p>金融机构违规融资和担保</p>	<p>第五十七条：“金融机构为属于核准、备案管理范围但未取得核准文件或备案通知书的项目提供融资、担保的，由国家发展改革委通报该违规行为并商请有关金融监管部门依法依规处罚该金融机构及有关责任人。”</p>	<p>实务问题：</p> <p>如上述第三十二条所提到的问题，通常而言，境外投资交易中，金融机构提供融资或担保的法律协议作为交易的一揽子协议部分，可能需要与交易主协议一起签署，而目前《征求意见稿》的表述有可能导致要求取得发改委通知书的时间实际还是会被推到签署交易主协议之前，而不是中方根据签署后交易主协议支付对价之前。</p> <p>立法建议：</p> <p>建议将“提供融资、担保的”的表述修改为“或实际提供融资款或承担的担保义务生效之前”。这样的话，相关的融资协议和担保协议就可以与交易主协议一起签署，而不必等待发改委的备案/核准通知书，而金融机构在履行任何实质义务（提供融资款和承担担保义务）之前投资主体取得发改委的备案/核准通知书即可。</p>

郑宇 合伙人 电话：86 10 8553 7652 邮箱地址：zhengy@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

