

## 外商投资房地产企业借用外债之外汇管理问题简评

近些年来，境内企业融资难的问题一直没有得到根本解决，许多企业为此不得不另辟蹊径，多方拓展融资渠道。其中，外债由于融资成本低，资金来源渠道多样，受到了越来越多企业的青睐。但借用外债需要更多地关注外汇管理相关的合规性问题，而目前借用外债的各种类型中，外商投资房地产企业借用外债无疑是限制最多，同时实务操作最具不确定性的一种。与一般外商投资企业相比，外商投资房地产企业借用外债有以下几点特殊之处：

1、2017 年开始全国推广的“全口径新规”（定义

见下文）并不适用于外商投资房地产企业

2、在旧的外债管理体制下，外商投资房地产企业借用外债有着严格的限制条件；

3、针对外商投资房地产企业借用外债，各地外管部门的理解和操作存在差异。

本文将围绕着有关外商投资房地产企业能否借用外债、如何借用外债的外管部门相关规定进行探讨<sup>1</sup>。

### 一、外商投资房地产企业外债外管相关规定列举及简评

发布日期	文号	文件名称	颁布机关	条款摘录	简评
2006年9月1日	汇发(2006)47号	《国家外汇管理局、建设部关于规范房地产市场外汇管理有关问题的通知》	国家外汇管理局、建设部	“六、外商投资房地产企业注册资本未全部缴付的，或未取得《国有土地使用证》的，或开发项目资本金未达到项目投资总额的 35%的，不得向境外借用外债，外汇局不予办理外债登记和外债结汇核准。”	1、明确外商投资房地产企业注册资本未全部缴付的，或未取得《国有土地使用证》的，或开发项目资本金未达到项目投资总额的 35%的，不得借用外债。 2、本规定有关注册资本要求的内容已被部分修改，但有关借用外债的项目总投资额的限制仍在执行。

1. 本文重点探讨仅适用于外商投资房地产企业借用外债的特别规定，对于同时适用的一般性规定（例如：非资金划转类提款、付息的备案要求等）在此不做探讨。

发布日期	文号	文件名称	颁布机关	条款摘录	简评
2015年8月19日	建房 [2015]12 2号	《住房城乡建设部等部门关于调整房地产市场外资准入和管理有关政策的通知》	住房城乡建设部、 商务部、 国家发展改革委、 中国人民银行、 国家工商行政管理总局、 国家外汇管理局	“二、取消外商投资房地产企业办理境内贷款、境外贷款、外汇借款结汇必须全部缴付注册资本金的要求。”	为配合公司注册制改革，取消了借外债的注册资本限制，外商投资房地产企业注册资本与投资总额比例按一般外商投资企业执行。
2013年4月28日	汇发 [2013]19 号	《外债登记管理办法》	国家外汇管理局	<p>“6. 外商投资房地产企业的外债按以下原则管理：</p> <p>(1) 对2007年6月1日以后(含)取得商务主管部门批准证书且通过商务部备案的外商投资房地产企业，不予办理外债签约登记手续。</p> <p>(2) 2007年6月1日以前(不含)成立的外商投资房地产企业，可在原“投注差”范围内按相关规定举借外债；增资后“投注差”小于其增资前“投注差”的，以增资后“投注差”为准。</p> <p>(3) 外商投资房地产企业未取得《国有土地使用证》的，或开发项目资本金未达到项目投资总额35%的，不得借用外债，外汇局不予办理外债签约登记手续。”</p>	<p>《外债登记管理办法》中的相关规定（以下简称“<b>投注差规定</b>”）是外商投资房地产企业借外债目前法规层面的主要依据，主要有以下几点：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1、2007年6月1日及之后成立的外商投资房地产企业被完全排除出了可借用外债的范围。</li> <li>2、2007年6月1日以前(不含)成立的外商投资房地产企业需要满足：1) 一般外资企业借用外债的投注差要求；以及2) 项目开发方面的额外要求。</li> <li>3、关于第(3)项，所需要提交的材料并无明确清单，实践中各地要求多有不同，需要和当地外管局具体沟通。</li> </ol>

发布日期	文号	文件名称	颁布机关	条款摘录	简评
2017年1月11日	银发[2017]9号	《中国人民银行关于全口径跨境融资宏观审慎管理有关事宜的通知》	中国人民银行	“自本通知发布之日起，为外商投资企业、外金融机构设置一年过渡期，过渡期内外商投资企业、外金融机构可在现行跨境融资管理模式和本通知模式下任选一种模式适用。 过渡期结束后，外金融机构自动适用本通知模式。外商投资企业跨境融资管理模式由中国人民银行、国家外汇管理局根据本通知总体实施情况评估后确定。”	本规定为有关境内机构借用外债的最新规定（简称“全口径新规”），但其中明确表明不适用于房地产企业。 虽然如此，全口径新规也明确在过渡期内，外商投资企业可以选择适用现有外债管理制度，这就给外商投资房地产企业借用外债开了一个政策上的口子。

## 二、外商投资房地产企业外债实务操作

在适用法律层面对外商投资房地产企业借用外债进行分析后，我们将对实务操作层面进行探讨，主要围绕以下问题展开：

### 1、禁止外商投资房地产企业借用外债的情形

基于相关的法律规定，外商投资房地产不能借用外债的范围相对明确，只要属于下列任一情形，外商投资房地产企业不得借用外债：

- (1) 2007年6月1日以后(含)取得商务主管部门批准或备案的外商投资房地产企业；或
- (2) 2007年6月1日之前取得商务主管部门批准证书且通过商务部备案的外商投资房地产企业，但没有满足投注差、土地使用权证、项目资本金等要求。<sup>2</sup>

### 2、外商投资房地产企业可以新借外债的具体要求

根据法规规定，外商投资房地产企业可以在投注差规定的体系下借用外债，但根据我们的实务经验，各地外管部门对口径的把握并不统一，目前我们了解到的主要分为以下两种意见：

#### (1) 满足投注差规定的相关要求，外商投资房地产企业可以借用新的外债

<sup>2</sup>对于此类外商投资房地产企业而言，由于已经进入中国市场很久，通常不存在土地使用权证方面的问题，一般需要更多关注所开发项目资本金、投注差的要求。

投注差规定中对外商投资房地产企业借用外债设置了诸多限制条件，主要为：1) 借款人需在2007年6月1日前设立（以商务部门颁发的外商投资企业批准证书以及商务部的备案记录为准）；2) 借款金额需要在投注差<sup>3</sup>范围内；3) 借款人如有正在开发的项目，需要取得国有土地使用权证且项目资本金比例需要不少于35%。

在满足上述规定的前提下，外商投资房地产企业可以申请借用外债。但需要注意的是，《外债登记管理办法》上述要求（尤其是上述第3)项）是原则性规定，对具体的文件要求并无细化的统一标准，这给了各地外管部门很大的解释和操作空间，所以在具体办理外债登记时需要事先与当地外管部门进行沟通。

#### (2) 外商投资房地产企业无法借用新的外债，只能对已有外债进行展期

这是我们在实务中接触到的又一种外管局操作口径。即使法规允许外商投资房地产企业在一定条件下借用外债，但是外管部门明确要求：任何外商投资房地产企业，无论是否满足了《外债登记管理办法》中所列的三个条件，目前都不予办理新的外债签约登记，只允许对已借用的外债在一定条件下办理展期登记。

<sup>3</sup>关于此处“投注差”，根据《外债登记管理办法》，并非简单适用该外商投资房地产企业最新的投注差或设立时的原投注差，而是投注差如发生过变动，则在变动前和变动后的投注差中选取孰小者适用。

综上，虽然从目前法律上的规定来看外商投资房地产企业借用外债有可行性，但具体到实务操作层面，外商投资房地产企业是否可以借用外债需要个案分析和判断。

### 3、外商投资房地产企业借用外债的实务操作流程

#### (1) 新借外债

我们对外管局的相关操作流程要求进行了梳理，将外商投资房地产企业新借外债需要关注的重点流程整理如下：

- (a) 首先需要满足上述所分析的外商投资房地产企业借用外债的前提条件，这一流程的重点是备齐相关支持性基础材料，以证明外商投资房地产企业满足了相关要求。对文件的具体要求，《外债登记管理办法》及相关操作流程并未做过多的细化规定，故具体办理业务的外管部门具有一定的灵活操作空间，在办理业务前需要和相关外管部门做好沟通联系工作。
- (b) 需要关注其他外债登记的一般性要求，例如需在外债合同签约后15个工作日内办理登记，需要备齐申请书、外债合同、外商投资企业批准证书、营业执照和中方股东资本金到位证明材料等文件、其他补充说明等一般性要求的申

请文件。

根据外管部门的操作实践，我们整理了办理外债签约登记所需提交的常规文件清单，具体见附件一。

#### (2) 外债展期

根据《外债登记管理办法》及相关操作流程，外债展期属于应当办理变更登记的情形，故外商投资房地产企业只需参照外债签约变更登记的一般流程办理即可，并无针对外商投资房地产企业的特别规定。此外，根据我们的实务经验，短期外债和中长期外债的变更登记流程是相同的。

根据外管部门的操作实践，我们整理了办理外债变更登记所需提交的常规文件清单，具体见附件二。

### 三、结语

外商投资房地产企业借用外债的相关法规容易受到国家宏观政策的影响而变动，同时这也是一块更加偏重于实务操作的领域，本文是就相关法规及实务要点的提示和说明，期待各位读者的意见和指正。笔者也将持续关注外商投资房地产企业借用外债的相关法律变动，并及时更新研究结果。

易 芳 合伙人 电话：86 21 2208 6293  
赵 冲 律 师 电话：86 21 2208 6328  
李 瑞 律 师 电话：86 21 2208 6186

邮箱地址：yif@junhe.com  
邮箱地址：zhaoch@junhe.com  
邮箱地址：lirui@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”。



附件一 外债签约登记文件申请清单<sup>4</sup>

序号	提交材料名称	原件/复印件	份数	纸质/电子	备注
1	申请书	原件	1	纸质	
2	外债合同正本及合同主要条款复印件，合同为外文的应另附合同主要条款的中文译本。	原件及加盖企业公章的复印件	1	纸质	验原件，留存加盖公章的复印件。
3	外商投资企业应提供批准证书、营业执照和中方股东资本金到位证明材料等文件；中资企业应提供营业执照、外债主管部门批准其对外借款的文件。	原件及加盖企业公章的复印件	1	纸质	验原件，留存加盖公章的复印件。
4	针对前述材料应当提供的补充说明	原件或加盖公章的复印件	1	纸质	

<sup>4</sup> 本申请文件清单为办理常规外债签约登记所需要准备的文件清单，除本文件清单所列材料外，对于外商投资企业的部分特殊要求，由于各地外管的要求多有不同，难以整理出一份同一的文件清单，如上文所述，建议与相应的外管部门进行具体沟通。

附件二外债变更登记文件申请清单<sup>5</sup>

序号	提交材料名称	原件/复印件	份数	纸质/电子	备注
1	申请书	原件	1	纸质	
2	相关外债合同补充协议正本及合同主要条款复印件，合同为外文的应另附合同主要条款的中文译本。	原件及加盖企业公章的复印件	1	纸质	1) 验原件，留存加盖公章的复印件。 2) 可证明外债合同主要条款发生变化，如期限（展期等）、金额、债权人等发生变更。
3	《境内机构外债签约情况表》	原件	1	纸质	
4	外商投资企业应提供批准证书、营业执照和中方股东资本金到位证明材料等文件；中资企业应提供营业执照、外债主管部门批准其对外借款的文件。	原件及加盖企业公章的复印件	1	纸质	验原件，留存加盖公章的复印件。
5	针对前述材料应当提供的补充说明	原件或加盖公章的复印件	1	纸质	

<sup>5</sup> 本申请文件清单为办理常规外债变更登记所需要准备的文件清单，除本文件清单所列材料外，对于外商投资企业的部分特殊要求，由于各地外管的要求多有不同，难以整理出一份同一的文件清单，如上文所述，建议与相应的外管部门进行具体沟通。