

境外投资法律热点问题

关于国家发改委《企业境外投资管理办法》的几点思考

2017年12月26日,国家发展和改革委员会(以下简称“**国家发改委**”)正式颁布《企业境外投资管理办法》(以下简称“**11号令**”),以替代2014年4月发布、同年12月修订的《境外投资项目核准和备案管理办法》(以下简称“**9号令**”)。11号令将在2018年3月1日生效。11号令在很大程度上采纳了国家发改委于2017年11月3日公布的《企业境外投资管理办法(征求意见稿)》的内容。同日,君合的微信公众号上也发布了关于11号令的法评文章。

11号令从国家发改委的角度,非常有利地支持了企业境外投资的开展。国家发改委过往对境外投资项目的两大监管措施:(1)对大额的境外收购或竞标项目,中国企业在对外开展实质性工作之前需要取得的确认函;及(2)中国企业在对外签署具有法律约束力的文件或该等文件生效前,应当取得国家发改委出具的核准文件或备案通知书,都进行了实质性地修订,即:取消了确认函,并将国家发改委的核准文件或备案通知书由交易文件的生效要件变成了交割要件。这两项均是境外资产卖方最为关注的内容之一,其变化应该会提高中国买方在国际竞标中的竞争力,该政策利好也可能给中国投资者要求降低中国溢价、分手费和担保金提供一

定的空间。当然,境外投资项目能否最终在发改部门和商务部门完成核准或备案、能否通过外汇部门的资金审查并顺利购汇、付汇出境,也是境外资产卖方高度关注的,其风向变化也牵动着国际并购市场的敏感神经,并影响中国投资者在国际资产竞标程序中的竞争地位。

11号令相较于2014年的9号令改动非常大,相对于2016年4月13日发布的《境外投资项目核准和备案管理办法》(征求意见稿)而言变化也是比较大的。该版征求意见稿的主要亮点是将确认函改成了“收悉函”,对境外投资核准和报备程序的简化力度不及11号令。

本文将对11号文新的监管思路做几点分析。

一、11号令所监管的投资主体

11号令提到:“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”。

纵观11号令,其按投资主体是境内企业、境内企业境外控股子公司、境内企业不控股的境外公

司适用了不同的管理思路。

1、对于境内企业提供了资金或担保而进行的境外投资活动，无论是境内企业直接进行的、还是通过其境外的控股或非控股公司进行的，都需要向发改部门履行核准或报备程序；这一点和9号令下的现行机制是一样的；

2、对于境内企业没有提供资金或担保，而境内企业境外控股子公司提供了资金或担保进行的境外投资活动：

- (a) 如果涉及敏感类项目，则报国家发改委核准；
- (b) 如果涉及大额(中方投资额3亿美元及以上的)非敏感类项目，投资主体应当在项目实施前通过网络系统向国家发改委提交大额非敏感类项目情况报告表，无需经发改部门核准或报备程序；
- (c) 如果涉及中方投资额3亿美元以下的非敏感类项目，无需经发改部门核准、报备或报告程序。

3、对于境内企业没有提供资金或担保，而境内企业不控股的境外公司提供了资金或担保进行的境外投资活动，无论是否涉及敏感类、无论金额，无需经发改部门核准、报备或报告程序。

二、11号令所监管的境外投资活动

11号令所提的“境外投资活动”包括：

- (1) 获得境外土地所有权、使用权等权益；
- (2) 获得境外自然资源勘探、开发特许权等权益；
- (3) 获得境外基础设施所有权、经营管理权等权益；
- (4) 获得境外企业或资产所有权、经营管理权等权

益；

- (5) 新建或改扩建境外固定资产；
- (6) 新建境外企业或向既有境外企业增加投资；
- (7) 新设或参股境外股权投资基金；
- (8) 通过协议、信托等方式控制境外企业或资产。

前述一些投资活动，乍一看容易被扩大解释而提出各种问题：如境外公司自己在正常运营中以自有资金获得土地使用权或仅是租赁了厂房或办公室（其也包括占用土地的使用权），或者境外公司自己在正常运营过程中购买一些设备资产或改建厂房，是否也算“境外投资活动”从而境内母公司可能需向发改部门进行境外投资的核准或备案？

其实，根据前面第一项所讨论的国家发改委依不同投资主体、项目是否敏感、是否大额而分层进行的监管思路，这些不同的投资活动也就可以对号入座了。例如，如果境外控股子公司在境外以自有资金获得了土地使用权，如果不涉及敏感事项，金额在3亿美元以下，也是无需向发改部门履行核准、报备或报告程序的。而境内企业不控股的境外公司在境外以自有资金获得土地使用权或从事其他投资活动，无论是否涉及敏感类或金额多少，亦是无需向发改部门履行核准、报备或报告程序的。

至于境内主体的境外控股子公司以其境外自有资金进行的境外投资活动，敏感类需报国家发改委核准的程序、大额非敏感类需向国家发改委报告的程序，亦有待于国家发改委特别加强其流程的管理。这些情况下，无需境内企业提供资金或担保，是境外控股子公司以自己的资金实力进行的投资活动，从实践角度出发，发改部门对其的抓手不是很有力，主要是合规的要求。而如果是境内企业提供资金，没有发改部门的核准或报备文件，境内企业可能无法将资金汇出境外；而境内企业提供担保

的情况下，如果没有发改部门的核准或报备文件，亦很难通过贷款银行的合规审查、无法满足贷款银行的提款条件。

另外，11 号令提到投资活动还包括“新建境外企业或向既有境外企业增加投资、新设或参股境外股权投资基金”。依据国务院发布的《国务院关于投资体制改革的决定》、《政府核准的投资项目目录》及目前的实践，发改部门着重于核准或报备境外投资项目，而商务部门侧重于核准或报备境外设立或收购的公司。如果仅仅在境外新设一家公司或新设/参股没有具体项目的股权投资基金，目前的实践看较难完成发改部门的核准或报备程序。而各地外管局的监管实践也有所不同并随资金出境的监管力度而发生变化：我们见到过外管局要求同时看到发改部门和商务部门的核准或报备文件才可以将境外投资的资金付出境外的情况，也看到仅凭商务部门的报备文件即允许境外投资的资金付出境外的情形。因此，如果境内企业拟“新建境外企业或向既有境外企业增加投资、新设或参股境外股权投资基金”而没有实际最终项目，如何依据 11 号文完成发改部门的核准或报备程序，还有待于观察。

三、中方投资额

11 号令提到：“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。”此处的担保，如果指向并购融资担保，是可以理解的，境内企业

或其境外控股子公司提供担保而进行融资的部分也应计入投资总额内（融资金额和为该融资提供的担保金额不应重复计算）。但如果一个境外投资项目中，境内企业或其控制的境外公司还提供了履约担保，履约担保的额度是否需按照该条的要求被计入中方投资额？笔者认为，履约担保是指收购方不履行收购义务的情况下，履约担保人来履行相关收购义务或承担赔偿责任的情形，履约担保是基于原收购义务没有适当履行而触发的义务，其本身并没有造成中方投资额的增加，因此，似不应计入中方投资额内。

四、提交变更申请的时点

11 号令第三十四条提到：已核准、备案的项目，发生某些变化时（如投资主体增加或减少、投资地点发生重大变化、主要内容和规模发生重大变化、中方投资额产生重大变化等），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。此条款还有待于进一步明确：前述的变更申请是指在项目交割完成前产生的变化需报变更申请，还是项目交割完成后发生的前述变化，亦需向发改部门提交变更申请。依据过往的项目经验，当时的主管发改部门在理解此条款时似乎更关注项目完成前发生的变化。

总之，11 号令给中国企业境外投资带来了积极的信号（尤其是从境外资产出售方的角度来看），希望能有益于提高中国投资者在国际并购竞争中的谈判地位。有些新的修改和变化，也有待于在具体项目实践中进一步澄清、确认和落实。

何 芳 合伙人 电话：86-10 8519 1331 邮箱地址：hef@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”。

