

## 房地产热点问题

### 外商投资房地产企业商务部备案新规解读

2014年6月24日，商务部、国家外汇管理局联合发布了《商务部 外汇局关于改进外商投资房地产备案工作的通知》<sup>1</sup>（商资函[2014]340号，以下简称“340号文”），该通知于2014年8月1日起实施。在当下大力推进行政改革，且国内房地产市场转向低迷的背景下，该通知的发布和施行将拉开中国政府对现行的外商投资中国房地产市场调控政策作出适应性调整的序幕。

#### 一 340号文主要内容

在继续执行外商投资房地产企业备案规定的前提下，340号文对备案制度的实施和管理方式做了进一步调整，主要包括：

1. 简化外商投资房地产企业备案程序，商务部备案由纸质材料备案改为电子数据备案和事中事后抽查。

2. 商务部委托省级商务主管部门对外商投资房地产企业的备案材料进行核对。省级商务主管部门根据外商投资法律法规和现行外商投资房地产相关规定，会同有关部门对备案材料及房地产项目备案系统中的电子数据进行核对；符合规定的，

予以备案，并在系统内将备案企业的电子数据提交至商务部。纸质备案材料由省级商务主管部门存档。

3. 商务部对通过备案的外资房地产企业按周进行抽查。

4. 为加强事后监管，商务部每季度对已公示的未抽查项目进行一次复查，在未抽查项目清单中再次随即抽查。

5. 商务部将建立外资房地产备案诚信体系，对抽查、复查发现违反相关规定的地方审批部门和外资房地产企业及其投资者施行“黑名单”制度，情节严重的将终止与地方审批部门之间的委托关系。

#### 二 外商投资房地产企业商务部备案规定的沿革

中国政府对外商投资中国房地产市场的正式调控肇始于建设部等六部委于2006年7月联合发布的《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》（建住房[2006]171号）（“171号文”），各政府主管部门开始高度重视外资进入房地产市场可能引发的问题，通过“商业存在”、“真实投资”等要求来防止境外热钱冲击国内房地产市场。

<sup>1</sup> 我们注意到，该文件在用语上存在不同于商务部及国家外汇管理局惯常用语的情形（比如称“国家外汇管理局”为“外汇局”，称“外商投资房地产企业备案”为“外商投资房地产备案”或“房地产项目备案”等）。

为配合国家宏观调控政策的实施，商务部与国家外汇管理局于 2007 年 5 月联合发布了《商务部、国家外汇管理局关于进一步加强、规范外商直接投资房地产业审批和监管的通知》（商资函〔2007〕50 号），商务部开始对外商投资房地产企业实施严格的备案措施，将备案措施作为调控并确保外商投资房地产业平稳发展的政策性工具，并根据调控需要对备案措施适时进行调整。同时，外商投资房地产企业商务部备案与外商投资企业外汇结售汇也在规定层面关联起来，未办理商务部备案手续的将无法办理资本项目结售汇，即新设或进行增资的外商投资房地产企业的注册资本或增资需要在商务部备案完成后，才能将其注册本结汇为人民币，用于支付土地出让金或工程建设，或者用于在物业买卖合同下向卖方支付购买价款。在实践中，这一措施对外国投资者进入中国房地产市场起到了明显的抑制和延缓速度的效果。

在该备案措施施行初期，外商投资房地产企业的备案权限仅由商务部直接拥有和行使。备案制度设计之初仅为形式性审查，但在实际工作中商务部官员经常进行实质性审查，导致全国各地的外商投资房地产企业，均汇总要到商务部进行备案，这样就极大地增加了商务部的工作量，也导致了完成备案的速度进一步下降。在此背景下，商务部随后委托省级商务主管部门对外商投资房地产业备案材料进行核对，再由省级商务主管部门会同省级人民政府办公厅联合上报商务部进行备案，并将通过备案的企业名单上网公告。

在 2008 年全球金融危机爆发带来跨国投资明显下降的大背景下，国内房地产市场也出现了房地产价格下降、成交量萎缩、投资增幅持续回落等不利迹象，且外商投资房地产的投资进度明显放缓，并存在进一步下降的趋势。为避免房地产市场的大起大落对国家宏观经济的平稳运行造成不利影响，商务部于 2008 年 12 月出台了《商务部关于简化外

商投资房地产企业备案程序的通知》，决定简化外商投资房地产企业备案程序，由省级商务部门完成房地产企业备案材料审核工作并在房地产备案表上加盖公章后，直接将备案表报商务部备案，无需再会同省级人民政府办公厅联合上报。该简化后的规定一直适用至 340 号文出台。

外商投资房地产企业商务部备案的各项规定及沿革详见本简讯附件。

### 三 对 340 号文的简评

虽然整体来看，并未对此前的备案政策做颠覆性突破，340 号文在规定层面和操作层面进一步改进、简化了外商投资房地产企业备案工作的实施，有利于加快备案完成的速度。具体而言，340 号文值得关注和探讨的地方包括：

#### 1. 明确了备案权限下放

虽然商务部在 2008 年 6 月发布的《商务部关于做好外商投资房地产业备案工作的通知》（商资函〔2008〕23 号）中已在实质上将外商投资房地产企业备案的审批权限下放到省级商务主管部门，但商务部并未明确表示省级商务主管部门有权直接办理备案。340 号文中则对此前已默认的实践操作予以了明确确认，明确了外商投资房地产企业备案将直接由省级商务主管部门予以办理，但是通过备案的企业仍应在商务部的网站上进行公告。

#### 2. 电子化操作

根据 340 号文的规定，省级商务主管部门完成备案后，会在系统内将备案企业的电子数据提交至商务部。纸质备案材料由省级商务主管部门存档。除非抽查、复查等情形，省级商务主管部门无需再将《外商投资房地产业备案表》等纸质材料报送商务部进行备案。在此之前，省级商务主管部门将《外商投资房地产业备案表》等纸质材料原件到商务部检查和存档这一要求是备案完成中一个不可逾越

的环节，往往也会耗时很长。

### 3. 增加了商务部按周进行抽查的职责

按照 340 号文的规定，商务部除了每季度对已公示的未抽查项目进行一次复查外，商务部还需对通过备案的外资房地产企业按周进行抽查。在外资流入放缓，经济下行压力较大的背景下，340 号文的出台，总体上对外商投资房地产企业的设立和备案是一个放松监管的信号；但是，从每周一次的抽查频率来看，这也体现了我国政府主管部门对外商投资房地产企业其实还是保持着高度的关注和密切的监管。

需要特别说明的是，340 号文的政策更新在于外商投资房地产企业备案的工作流程，并未替代、变更或取消此前有关外商投资房地产企业的设立和增资等涉及资本项目事宜所需进行的商务部门

外资审批（包括设立审批、增资变更审批等）。不过，就外商投资房地产项目，我们注意到，国务院于 2013 年 12 月发布了《政府核准的投资项目目录（2013 年本）》，对外商投资房地产项目的核准权限进行了下放，今后《外商投资产业指导目录》限制类中的房地产项目均由省级政府核准。国家发展和改革委员会也于 2014 年 5 月 17 日发布了《外商投资项目核准和备案管理办法》（国家发展和改革委员会令 12 号），明确上述权限划分。目前，我们尚未看到商务部就外商投资房地产的审批权限做出新的调整。但是，在实践中，地方商务主管部门的外资审批权限与地方固定资产投资主管部门的权限一般会保持一致，我们会对此问题保持关注。

陈 明 合 伙 人 电 话：86-010 8519 2192 邮 箱 地 址：chenm@junhe.com  
李立山 顾 问 电 话：86-010 8519 2428 邮 箱 地 址：lilsh@junhe.com  
易 芳 合 伙 人 电 话：86-021 2208 1261 邮 箱 地 址：yif@junhe.com  
赵 冲 律 师 电 话：86-021 2208 6328 邮 箱 地 址：zhaoch@junhe.com  
李 季 律 师 电 话：86-010 8519 2407 邮 箱 地 址：liji@junhe.com  
罗永强 律 师 电 话：86-010 8519 2184 邮 箱 地 址：luoyq@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](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。



附件

序号	文件名称	发文字号	发布日期	实施日期	主要内容	简评
1	《建设部、商务部、国家发展和改革委员会等关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》  （“171号文”）	建住房[2006]171号	2006.07.11	2006.07.11	外商投资房地产企业的股权和项目转让，以及境外投资者并购境内房地产企业，由商务主管等部门严格按照有关法律法规和政策规定进行审批。投资者应提交履行《国有土地使用权出让合同》、《建设用地规划许可证》、《建设工程规划许可证》等的保证函，《国有土地使用证》，建设（房地产）主管部门的变更备案证明，以及税务机关出具的相关纳税证明材料。	<p>1. 在防止境外热钱冲击房地产市场的背景下，171号文提出“外商投资房地产企业的股权和项目转让，以及境外投资者并购境内房地产企业，由商务主管等部门严格按照有关法律法规和政策规定进行审批”，这为后来外商投资房地产企业商务部备案作了铺垫。</p> <p>2. 虽然171号文提出了商务主管部门审批外商投资房地产企业股权和项目转让时，投资者需提供“备案证明”。但是，此处的备案证明指的是建设（房地产）主管部门的备案，而非以后历次外商投资房地产企业备案规范性文件提及的商务部门的备案。</p> <p>3. 就此等（房地产）主管部门的备案程序，各地房管部门纷纷出台了相应的操作规范，但根据我们的项目经验，上述操作规范大多已被束之高阁，名存实亡，究其原因主要为两点：第一，建设（房地产）主管部门的备案无法减缓境外热钱的涌入，与171号文出台的背景与初衷相悖；第二，要求建设（房地产）主管部门对外商投资房地产企业的股权和项目转让以及境外投资者并购境内房地产企业进行备案，超出了建设（房地产）主管部门的业务和职权范围，实操起来难免会水土不服。以上海为例，上海市房屋土地资源管理局于2006年10月16日发文《上海市房屋土地资源管理局关于办理变更备案手续有关问题的通知》，就外商投资房地产开发企业股权转让、外商投资房地产开发企业转让项目（包括在建和已建成）、境外投资者并购境内房地产企业（非外商投资企业）等不同类型的外商投资房地产企业股权和项目转让涉及的房管部门的备案手续进行了规范。根据我们的项目经验，上海市商务委员会在进行外商投资房</p>

						地产企业的股权和项目转让审批时，并不一定会要求外商投资房地产企业投资者提交此等（房地产）主管部门的备案证明。建设（房地产）主管部门备案的无疾而终也一定程度上引出了外商投资房地产企业商务部备案制度。
2	商务部办公厅关于贯彻落实《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》有关问题的通知  （“192号文”）	商资字[2006]192号	2006.08.14	2006.08.14	一、外商投资房地产企业是指从事普通住宅、公寓、别墅等各类住宅、宾馆（饭店）、度假村、写字楼、会展中心、商业设施、主题公园等建设经营，或以上项目建设为目的的土地开发或成片开发项目的外商投资企业。  六、“外商投资房地产企业的项目转让”是指外商投资房地产企业依法将其开发的土地、或建设的房地产项目等向境内、外投资者进行转让。	1. 进一步明确了171号文中“外商投资房地产企业”和“外商投资房地产企业的项目转让”这两个概念的外延。  2. 虽然商务部在171号文和192号文中通篇要求对“外商投资房地产企业的股权和项目转让”进行严格审批，并对“外商投资房地产企业的项目转让”的外延进行了细化，但是，商务部因其职权所限对“外商投资房地产企业的项目转让”是很难进行监管或审批的，从后续出台的外商投资房地产企业商务部备案制度并未包括“外商投资房地产企业的项目转让”能看出，商务部也发现其针对“外商投资房地产企业的项目转让”出台的规定，力不从心、无从下手。
3	《商务部、国家外汇管理局关于进一步加强、规范外商直接投资房地产业审批和监管的通知》  （“50号文”）	商资函[2007]50号	2007.05.23	2007.05.23	五、地方审批部门批准设立外商投资房地产企业，应及时依法向商务部备案。  六、外汇管理部门、外汇指定银行对未完成商务部备案手续或未通过外商投资企业联合年检的外商投资房地产企业，不予办理资本项目结售汇手续。	1. 50文首次提出了外商投资房地产企业之设立需进行商务部备案这一要求。  2. 该文首次提出了未办理商务部备案手续的法律后果，即外汇管理部门、外汇指定银行对未完成商务部备案手续的外商投资房地产企业，不予办理资本项目结售汇手续。  3. 将商务部备案与外汇结售汇联系起来抓住了热钱涌入的关隘。在实践层面上，根据我们的项目经验，商务部备案与外汇结售汇挂钩既对热钱涌入起到了明显的抑制作用，也延缓了正常情况下外国投资者对在中国进行房地产投资、开发、建设项目的决策和投资的速度。投资者在投资、与合作方或交易对方进行商务谈判时必须考虑到商务部备案的程序、要求及完成所需时间，因为涉及到项目用款的资金到位时间或者买方能否满足卖方的购买价

						款支付时间要求。根据我们的项目经验，商务部备案的时间短则半个月长则半年，完成时间存在着极大的不确定性，而未完成备案就无法结售汇，这对于交易安排及付款节点的设计产生了重大影响，导致了很多投资决策不能作出、并购交易的取消。
4	《国家外汇管理局综合司关于下发第一批通过商务部备案的外商投资房地产项目名单的通知》  （“ <b>首批通知</b> ”）	汇综发[2007]130号	2007.07.10	2007.07.10	四、国家外汇管理局今后将定期在网上服务平台公布已通过商务部备案的外商投资房地产企业名单，供各分局和外汇指定银行检索，具体事项另行通知。	<p>1. 根据2013年5月10日发布的国家外汇管理局关于印发《外国投资者境内直接投资外汇管理规定》及配套文件的通知（实施时间：2013年5月13日），此文件被宣布废止。故此处不就该文件正文作进一步评价。</p> <p>2. 该文件的附件是第一批通过商务部备案的外商投资房地产项目名单。因是第一批，外管局以特别发文的形式进行了公示。在外商投资房地产企业备案数量日渐增多后，外商投资房地产项目名单的公示方式转变为以商务部网站定期公布为主。</p> <p>3. 就外商投资房地产企业的备案情况，商务部在其网站上开辟专栏进行了公示，目前可以在商务部网站上检索到的最早的外商投资房地产企业备案的信息为《2010年1月5日完成备案的外商投资房地产企业名单》。</p>
5	《商务部关于做好外商投资房地产业备案工作的通知》  （“ <b>23号文</b> ”）	商资函[2008]23号	2008.06.18	2008.07.01	<p>一、商务部委托省级商务主管部门对外商投资房地产业备案材料进行核对。地方商务主管部门依法批准外商投资房地产事项后（包括设立企业、增资、扩股、股权转让、并购等），将原需报商务部备案的材料送省级商务主管部门进行核对。</p> <p>二、省级商务主管部门需根据171号文50号文及相关规定的要求对下述材料的合法性、真实性、准确性进行核对。</p>	<p>1. 商务部备案制度设计之初仅为形式性审查，但在实际工作中，则经常由形式性审查变成了实质性审查。全国各地的外商投资房地产企业的备案，均须到商务部进行，极大地增加了商务部的工作负荷，导致了备案速度缓慢和严重积压。在此背景下，商务部委托省级商务主管部门对外商投资房地产业备案材料进行核对。</p> <p>2. 省级商务主管部门进行核对后，将填写完备并加盖省级人民政府办公厅和省级商务主管部门公章的《外商投资房地产业备案表》送商务部，商务部依法予以备案。核对材料由省级商务主管部门存档。商</p>

					<p>务部对外商投资房地产企业进行抽查，原则上每季度随机抽查 5—10 家。</p> <p>3. 虽然 23 号文载明商务部委托省级商务主管部门进行核对并且要求加盖省级人民政府办公厅的公章，但是外商投资房地产企业备案的审批已实质掌握在省级商务主管部门手中，商务部仅在形式上公布备案结果。</p>
6	《外商投资房地产企业备案审核的要点》  （“审核要点”）		2008.08	<p>据反映，部分地方外汇管理部门对于外商投资房地产企业外国投资者向其它外国投资者转让股权的事项要求提供我部备案手续。我们认为，50 号文件主要加强对于外商投资房地产企业新设（包括并购）及增资过程中有关外汇的监督和管理，因此目前对已设立的外商投资房地产企业不涉及外汇事项的暂不进行备案审核。</p>	<p>1. 该《审核要点》仅为网络流传的商务部外资处出具的窗口指导意见，其主要是针对省级商务主管部门对外商投资房地产企业备案进行审核过程中的问题，予以答复和确认。</p> <p>2. 因外商投资房地产企业备案的审批已实质掌握在省级商务主管部门手中，省级商务主管部门（或通过地方商务主管部门）在接收外商投资房地产企业申请报件时，通常自主决定申报的情况是否要办理商务部备案。根据我们的项目经验，即使是外商投资房地产企业外国投资者向其它外国投资者转让股权的，多数地方商务主管部门仍要求申报商务部备案。</p>
7	《商务部关于简化外商投资房地产企业备案程序的通知》  （“简化通知”）		2008.12.22	<p>自本通知下发之日起，省级商务部门完成房地产企业备案材料审核工作并在房地产备案表（见附件）上加盖公章后，直接将备案表报商务部备案。同时，地方商务部门通过外资审批管理系统向商务部上传有关企业设立、变更等电子信息，我部仍将通过备案的企业名单上网公告。</p>	<p>1. 该《简化通知》出台的背景是，“国内房地产市场出现了重大变化，房地产价格下降，成交量萎缩，投资增幅持续回落。全球金融危机爆发以来，跨国投资呈明显下降趋势，外商投资房地产增幅大幅回落，投资进度明显放缓，并存在进一步下降的趋势。房地产市场的大起大落不利于国家宏观经济的平稳运行”。《简化通知》仅要求在《外商投资房地产业备案表》上加盖省级商务部门公章即可直接上报商务部备案，目的是在加快外商投资房地产企业备案的速度，保持房地产市场的平稳发展。</p> <p>2. 同时，《简化通知》提出了地方商务部门通过外资审批管理系统向商务部上传有关企业设立、变更等电子信息。</p>

8	《商务部 外汇局关于改进外商投资房地产企业备案工作的通知》	商 资 函 [2014]340 号	2014.06.24	2014.08.1	略	略
---	-------------------------------	-------------------------	------------	-----------	---	---