



2018年2月15日

## 素颜出“境”

### ——简评国家发改委《境外投资敏感行业目录》以及《企业境外投资管理办法》之配套格式文本

周成曜 | 王鑫 | 林思宏

国家发改委于2017年12月26日发布了《企业境外投资管理办法》(2017年第11号令,以下简称“11号令”),取代了2014年5月8日起施行的《境外投资项目核准和备案管理办法》。作为对11号令下境外投资需要事先履行的核准/备案程序的细化,2018年2月11日,国家发改委发布了《国家发展改革委关于发布境外投资敏感行业目录(2018年版)的通知》(发改外资〔2018〕251号,以下简称“敏感行业清单”)以及《国家发展改革委关于发布企业境外投资管理办法配套格式文本(2018年版)的通知》(发改外资〔2018〕252号,以下简称“配套格式文本”),详细列举了在境外投资过程中需要重点监管的敏感行业,并明确规定了在申请境外投资核准/备案时需要提交的材料以及材料内容要求。敏感行业清单以及配套格式文本将与11号令同时于2018年3月1日起实施。

#### 一、敏感行业清单

根据11号令第13条,发改委发布了敏感行业清单。境外投资如果属于敏感行业清单中所列行业,则需要依据11号令向国家发改委申请境外投资核准。除11号令第13条所明确列举的“武器装备的研制生产维修、跨境水资源开发利用、新闻传媒”行业外,敏感行业清单同时还包括了《国务院办公厅转发国家发展改革委商务部人民银行外交部关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知》(国办发〔2017〕74号)中提到的“房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资;在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台”,这与我们之前对11号令的解读完全一致(具体请见我们于2017年12月26日发表的文章《11号令“新”在哪里——解读〈企业境外投资管理办法〉》)。

#### 二、全面披露要求

配套格式文本最显著的特点就是扩大和明确了投资主体在申请核准/备案时需要提交的材料和提供的信息。我们将配套格式文本中的主要披露事项总结归类如下:

	境内自然人	境内企业（包括法人和非法人企业(如合伙企业)、金融和非金融企业）	境内非企业组织
穿透披露	不适用	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 披露持股比例前五大和持股比例 10% 以上的直接股东(投资主体为合伙企业的，则披露普通合伙人以及前五大有限合伙人)</li> <li>➤ 直接股东为公司的，穿透披露至最终实际控制人，直至自然人或国资委</li> <li>➤ 直接股东为合伙企业的，披露普通合伙人。如普通合伙人是公司的，应进而穿透披露普通合伙人的最终实际控制人，直至自然人或国资委。如普通合伙人是合伙企业的，则向上追溯披露其普通合伙人，依此类推，直至最终实际控制人</li> <li>➤ 在追溯过程中，没有控股股东的，应向第一大股东追溯，并向上逐层追溯直至其最终实际控制人。控股股东、第一大股东或普通合伙人的一致行动人应一并追溯</li> <li>➤ 如果是通过协议（包括管理协议等）、信托或其他方式实现控制的，应标明控制方和控制方式，其中控制方也应向上逐层追溯，直至其最终实际控制人</li> </ul>	不适用
基本信息	姓名、户籍所在地、身份证号等	名称、注册地、注册资本、法定代表人（如有）、类型（国有及国有控股、民营及民营控股、外资、其他）、成立日期、经营范围、主营业务等	基本信息(包括事业单位法人证书、社会团体法人登记证书或类似文件)
经营情况	不适用	近两年主要业务情况，及资产、负债、收入、利润等主要财务指标	主要财务指标(最新年度或半年度(日历年度或会计年度)、经审计的财务报表)
信用信息	近两年的信用信息	投资主体及其控股股东和实际控制人近两年的信用信息	近两年的信用信息
控制企业情况 (仅适用于核准)	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 披露控制的主要境内企业情况</li> <li>➤ 控制主体较多的，披露最主要的三家境内企业信息和经营情况</li> </ul>	不适用	不适用
附件文件清单	<ul style="list-style-type: none"> <li>(一) 投资主体身份证明文件</li> <li>(二) 投资主体投资决策文件</li> <li>(三) 具有法律约束力的投资协议或类似文件</li> <li>(四) 境外投资真实性承诺书</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 投资主体注册登记证明文件</li> <li>➤ 最新经审计的投资主体财务报表</li> <li>➤ 投资主体投资决策文件</li> <li>➤ 具有法律约束力的投资协议或类似文件</li> <li>➤ 证明投资资金来源真实合规的支持性文件</li> </ul>	

	境内自然人	境内企业（包括法人和非法人企业(如合伙企业)、金融和非金融企业）	境内非企业组织
		<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 境外投资真实性承诺书</li> </ul>	
		<b>追溯至最终实际控制人的投资主体股权架构图</b>	不适用
投资决策文件	作出该项投资决策的有关文件或书面说明	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 董事会决议、投委会决议</li> <li>➢ 部分项目的投资决策权归属于投资主体控股股东或实际控制人，则应提供投资主体控股股东或实际控制人作出该项投资决策的有关文件</li> </ul>	根据自身情况提供相应文件
	涉及投资主体通过其控制的境外企业开展的，还应提供境外企业董事会决议或类似投资决策文件		
目的地信息	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 明确披露整个投资路径所涉及国家或地区，包括： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 直接目的地：境内企业直接控制的境外公司所在地</li> <li>• 最终目的地：投资项目公司所在地</li> <li>• 其他有关国家或地区：境内企业直接控制的境外公司以及项目公司之间的实体所在地</li> </ul> </li> <li>➢ 披露层级：至少精确至所在地国家的一级行政区（类似我国的省级行政区）</li> <li>➢ 披露内容：政治和安全局势、法律法规、准入和监管政策、自然资源条件、基础设施状况、经济金融形势、社会文化环境等情况。重点阐述投资目的地政治和安全局势是否适合开展该项投资、投资目的地的法律法规和政策是否禁止或限制开展该项投资等</li> </ul>		
路径公司信息 (如果项目涉及境内自然人或境内实体通过其控制的境外企业开展)	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 基本信息：包括名称、注册地、注册资本、法定代表人（如有）、类型、成立日期、经营范围、主营业务等</li> <li>➢ 股权结构：包括前五大股东（境外企业为合伙制企业的，则为普通合伙人和前五大有限合伙人）的基本情况（名称、国籍或注册地、持股比例等）</li> <li>➢ 投资主体和境外企业的控制关系</li> <li>➢ 经营情况：近两年主要业务情况，资产、负债、收入、利润等主要财务指标</li> <li>➢ 近两年是否受到所在地行政、刑事处罚（如有，则需说明有关情况）</li> </ul>		
具有法律约束力的投资协议或文件	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 投标、并购、合资、合作等项目，投资主体应提交具有法律约束力的投资协议或类似文件</li> <li>➢ 项目实施前无法取得上述协议或类似文件的，投资主体作出合理、充分的说明后可以不提供</li> </ul>		
资金来源真实合规证明文件	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 以自有资金出资的，应提供银行存款证明或类似文件</li> <li>➢ 以证券、实物、技术、知识产权、股权、债权等资产权益出资的，应提供具备相应资质的会计师事务所、资产评估机构等中介机构出具的审计报告、资产评估报告或类似文件，或提供其他可证明有关资产权益价值的文件</li> <li>➢ 涉及银行融资的，应提供银行出具的含融资金额的意向书或类似文件</li> <li>➢ 以发行股票、债券等其他方式募集资金的，应提供相应的支持性文件或说明文件</li> </ul>		

		境内自然人	境内企业（包括法人和非法人企业(如合伙企业)、金融和非金融企业）	境内非企业组织
投融资方案		<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 投资方案：包括项目总投资额、投资估算（包括投资估算金额、投资估算依据和有关说明）、中外各方出资金额和股比、出资形式、合资合作方式等</li> <li>➤ 中方投资额及其构成：中方投资额是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。逐一说明投资主体及其控制的境外企业的出资方式、出资金额、资金来源、实际使用币种和金额等</li> <li>➤ 中方投资资金用途说明：包括资金用途和使用计划</li> <li>➤ 项目财务评价：包括项目有关收入、利润、内部收益率、投资回收期等主要财务预测指标</li> </ul>		
项目背景		<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 项目必要性</li> <li>➤ 前期已经开展的工作：尽职调查、可行性研究、对外谈判、投资决策等</li> <li>➤ 项目涉及的审批情况：外资国家安全审查、市场准入、反垄断审查等及进展情况</li> </ul>		
项目主要内容和规模	新建类项目	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 建设内容和规模：包括建设地点、建设内容、建设规模、工程技术方案、建设期限和进度安排、主要产品规模和目标市场等。涉及资源开发的，应说明可开发资源量、品位、中方可获得的权益资源量及开发方案等</li> <li>➤ 配套条件落实情况：包括项目用工、用地、用料情况及安排，道路、铁路、港口、能源供应等相关基础设施配套情况及安排；项目是否满足所在地技术、环保、能耗、安全等标准要求</li> </ul>		
	并购类项目	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 收购标的情况。 <ul style="list-style-type: none"> <li>• 股权收购类项目：被收购企业名称、注册地、注册资本、法定代表人（如有）、类型、经营范围等基本信息；主要股东名称、国籍或注册地、持股比例等基本情况；主要资产分布（行业领域和所在地）、生产经营情况、财务状况；上市情况及最新股市表现（如有）；被收购企业及其产品、技术、品牌等在同行业所处地位等</li> <li>• 资产收购类项目：被收购资产的构成和分布（行业领域和所在地），资产所有者基本情况（主要所有者名称、国籍或注册地、持有比例等），专业中介机构确定的评估价或估值（如有）等</li> </ul> </li> <li>➤ 收购方案：包括收购标的、收购价格（说明估值定价方法及主要参数）、实施主体、交易方式、进度安排等情况，以及收购标的在收购前和收购后的追溯至最终实际控制人的股权架构图</li> </ul>		
项目风险及应对措施		分析项目面临的政治、安全、经济、社会、环境等主要风险因素，并提出防范和应对措施		
对国家利益和国家安全影响		<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 项目对行业发展的影响</li> <li>➤ 项目对宏观经济的影响</li> <li>➤ 项目对我国与有关国家关系的影响</li> <li>➤ 项目是否涉及我国禁止开展的境外投资（国办发〔2017〕74号《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》），是否涉及我国禁止或限制出口的资源、产品、技术、服务等构成重大不利影响，是否存在其他威胁我国国家利益和国家安全的情形</li> </ul>		

### 三、 几点观察

我们注意到，配套格式文本中要求投资主体在申请境外投资核准/备案时需提交具有法律约束力的投资协议或类似文件，这是否意味着投资主体在签署境外投资的最终交易文件之前，不能仅凭借无法律约束力的意向书(letter of intent)、条款清单(term sheet)或备忘录(memorandum of understanding)去申请发改委核准/备案？这个问题有待于在今后项目实践中证明。

同时，配套格式文本中要求“通过协议（包括管理协议等）、信托或其他方式实现控制的，应标明控制方和控制方式，其中控制方也应向上逐层追溯，直至其最终实际控制人”。我们理解，该规定是要求投资主体在申请境外投资核准/备案时，应披露包括协议控制(VIE)安排在内的控制结构，并且该披露的详细程度与直接持股结构相同，均要求披露至最终实际控制人，这需要存在 VIE 架构的投资主体注意。

此外，配套格式文本要求披露整个投资路径，包括中间层公司，这个要求与上个月商务部联合人民银行、国资委、银监会、证监会、保监会、外汇局等七部委共同发布的《对外投资备案（核准）报告暂行办法》（商合发[2018]24号）有些区别，因为该《暂行办法》只是要求备案最终目的地（请见我们于2018年1月29日发布的文章“七头并进”共管境外投资——简评七部委《对外投资备案（核准）报告暂行办法》）。因此，建议在具体的对外投资项目的申报时，提前与相关的监管部门沟通，了解不同监管部门对于投资路径的具体披露范围的要求。

### 四、 与现行示范大纲的主要区别

与发改委现行的《境外投资项目申请报告示范大纲》（以下简称“**现行示范大纲**”）相比，配套格式文本承接了近期境外投资领域规则变化的趋势，不仅要求更加精确的披露投资目的地以及投资主体信息，还要求向上穿透至投资主体的控股股东、实际控制人，向下穿透披露各投资路径公司。同时，顺应近期境外投资领域要求投资主体做好风险预防的变化，配套格式文本增加了对于风险因素以及相应预防措施的披露要求。

此外，配套格式文本要求穿透提供控股股东、实际控制人的企业信用信息，这使得通过设立新实体来规避发改委对于投资主体是否存在违规行为的审查之做法将无法达到其希望的“效果”，也促使投资主体在境外投资过程中重视合法合规，避免因违法违规行为记入企业信用信息而影响后续的境外投资审批。

### 五、 小结

配套格式文本是国家发改委对于 11 号令以及国家发展改革委、商务部、人民银行、外交部以及全国工商联于 2017 年 12 月 6 日联合发布《民营企业境外投资经营行为规范》（以下简称“**行为规范**”）在实际操作层面的，尤其是在事先核准/备案程序方面的进一步细化，明确了投资主体在申请境外投资审批时需要提交的材料和披露的信息，并且针对目前境外投资领域存在的问题，通过细化材料要求的方式提出了相应的解决方案。不过也正是由于申请材料要求的细化和增加，投资主体在今后申请境外投资核准/备案时，可能需要更多的时间来准备相应材料，并且申请境外投资核准/备案所需的时间也可能会相应延长。因此，我们建议投资主体在确定境外投资项目时间表，尤其是交易文件中对于项目审批和交割的时间上，需要充分考虑相关监管部门的审批时间，必要的时候与监管部门进行事先沟通，以避免因为核准/备案时间的延长而影响项目进程甚至造成违约。

相关系列文章:

视点一: 如何优雅地“走出去” ——简评《民营企业境外投资经营行为规范》

视点二: 11 号令“新”在哪里——解读《企业境外投资管理办法》

视点三: “七头并进” 共管境外投资——简评七部委《对外投资备案(核准)报告暂行办法》

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所**周成曜**律师（+8610-85164156; [aaron.zhou@hankunlaw.com](mailto:aaron.zhou@hankunlaw.com)）联系。