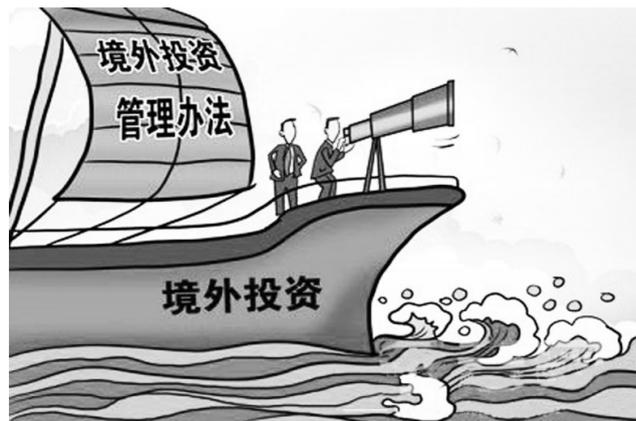


投资更便利 规范更明确 监管重实质

《企业境外投资管理办法》新在哪儿？

■ 余本军 胡瑞瑞



12月26日,国家发改委发布《企业境外投资管理办法》(以下简称“新办法”)。新办法将于2018年3月1日起施行,届时,《境外投资项目核准和备案管理办法》(以下简称“9号令”)同步废止。

新办法优化和简化了境外投资交易事前审核和报备程序,降低了交易流程的不确定性,顺应了广大企业境外投资的需求。

近年来,中国企业走出去的脚步明显加快,为提高企业境外投资水平,国家不断规范和完善相关规定和

措施。早前,国家发改委发布了《民营企业境外投资经营行为规范》,其中除了强调境外投资要保护知识产权,也释放出了民企不得以虚假境外投资转移资产的监管要求。

笔者提醒广大企业,在响应国家走出去号召和一带一路倡议的同时,也要规范自身投资行为,审慎开展高杠杆投资,规范境外金融衍生品投资活动,沉着应对投资风险,着力提高企业创新能力、核心竞争力和国际化经营能力。

取消小路条利好境外收购

此前,国家发改委9号令第10条规定:中方投资额3亿美元及以上的境外收购或竞标项目,投资主体在对外开展实质性工作之前,应向国家发改委报送项目信息报告。发改委收到信息报告后将进行审查,对符合规定的项目在7个工作日内出具确认函。所谓小路条,就是发改委出具的这一确认函。

小路条的产生是为了防范中企间恶性竞争,但实践中企业颇为制度所苦。因为在境外投资竞标环节,常常出现多家企业争夺一个小路条的情况。海外卖方最不放心的就是中国买方是否拿到了小路条。可以说,小路条直接影响中企海外竞标的竞争力。

而新办法第14条则充分解决了中企的此种担忧。该条款规定,对非敏感类项目,中方投资额在3亿美元及以上的,投资主体应当将有关信息告知发改委,无需备案,而中方投资额在3亿美元以下的,无需备案也无需告知。

明确基本范围便利实务操作

此前,9号令所指的境外投资是直接投资或以提供融资或担保等方式通过其境外企业或机构投

资,并规定投资活动主要包括但不限于下列情形:获得境外土地所有权、使用权等权益,获得境外自然资源勘探、开发特许权等权益,获得境外基础设施所有权、经营管理权等权益,获得境外企业或资产所有权、经营管理权等权益,新建或改扩建境外固定资产,新建境外企业或向既有境外企业增加投资等。

相较9号令,新办法对境外投资采用了概括+列举的方式予以明确。新办法明确,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。

此举对企业也是一大利好。对八类典型的投资方式进行列举,意味着部分境外投资项目获得发改委审核或备案的机会可能更大。新办法出台之前,如果企业只想在境外新设或者参股股权投资基金,但该股权投资基金没有具体的项目,就较难获得发改委的审核或报备,因为境外设立或收购公司的审核或报备通常由商务部门负责,发改委则侧重境外投资项目的审核或报备。

值得关注的是,新办法明确将境外投资主体纳入监管范围。相对

于9号令适用于境内各类法人,新办法将投资主体扩大到中华人民共和国境内企业,还特别强调了对金融企业的监管。这就明确了金融企业境外投资项目不仅要取得证监会、银监会或保监会的批准,而且按规定取得发改委的审核或报备。为此,广大企业要重点关注两类机构的要求是否一致。至于向两类机构提交申请的先后以及审核材料的准备等,企业可以询问相关政府部门,也可以就个案咨询专业人员或机构。

此外,9号令规定的监管适用范围是投资主体以新建、并购、参股、增资和注资等方式进行的境外投资项目,以及投资主体以提供融资或担保等方式通过其境外企业或机构实施的境外投资项目。而新办法首先通过概括的方式,将投资主体纳入境外投资管理框架。其次,通过列举的方式将八项典型的境外投资活动纳入监管范围。最后,需要重点关注按照实质重于形式的管理原则,新办法将协议控制纳入了监管范围,而且明确了控制,是指直接或间接拥有企业半数以上表决权,或虽不拥有半数以上表决权,但能够支配企业的经营、财务、人事、技术等重要事项。

(作者单位:上海瀚亭律师事务所)

国家发改委对17家天然气企业展开反垄断调查

本报讯(记者 姜业宏)记者12月26日从国家发改委获悉,为维护天然气市场价格竞争秩序、保护消费者合法权益,根据举报,国家发改委价格监督检查与反垄断局于12月20日开始,对中国石油天然气股份有限公司、中国石化天然气股份有限公司、中国燃气销售大庆分公司等17家企业涉嫌违反反垄断法问题开展调查。

调查发现,一些供气、供暖企业存在不执行政府定价或政府指导价,以及在工程改造、安装中乱收费等行为。各地价格主管部门对查出的问题,依法进行了处理。当天,国家发改委公布了数起供气供暖企业价格违法行为被查处的案例和对部分违规企业的处罚情况。

案件一,黑龙江省尚志市中鑫热电公司重复收取供热入网工程费。经查,2017年9月,黑龙江省尚志市中鑫热电公司在进行尚志市集中供热管网并网改造过程中,对前期已向康安供热物业公司交纳入网费的102户居民,再次收取了25元/平方米供热入网工程费,共收取36.12万元。黑龙江省尚志市价格主管部门对该公司价格违法行为进行查处,责令该公司将多收价款36.12万元全部退还给用户,并处以罚款54.19万元。

案件二,浙江省海盐县天然气有限公司擅自提高天然气价格。海盐县天然气有限公司自2016年11月28日至2017年7月25日,擅自提高非居民用天然气销售价格,应执行2.79元/立方米,实际执行3元/立方米,共销售天然气197.24万立方米。海盐县价格主管部门依法责令该公司立即纠正价格违法行为,退还多收价款共计40.19万元。

案件三,四川省宣汉县宣汉和信天然气有限公司土主天然气供气站变相提高天然气价格。宣汉和信天然气有限公司土主天然气供气站从2016年1月至2017年10月期间,在向用户收取天然气费用时,对不列入收取城市居民生活垃圾处理费的用户,每立方米多收0.2元城市居民生活垃圾处理费,变相提高天然气价格,共销售民用天然气158.13万立方米,多收金额31.62万元。宣汉县价格主管部门依法查处并责令该公司将多收价款31.62万元退还用户。

案件四,山东省曹县恒源加气站擅自提高压缩天然气(CNG)价格。2017年11月27日至2017年11月30日,曹县恒源加气站共销售车用CNG天然气1098.33立方米,应执行4.89元/立方米,实际执行5.5元/立方米,每立方米多收取0.61元,共多收价款669.98元。曹县价格主管部门责令该加气站立即纠正上述违法行为,并没收其违法所得。

今年10月1日,国家发改委印发了《关于开展全国城市供水、供气、供暖、电信领域价格重点检查的通知》。12月19日,国家发改委印发《关于进一步加强冬季采暖价格监管切实保障群众温暖过冬的通知》,部署各级价格主管部门开展全国供气、供暖领域价格重点检查。

国家发改委价格监督检查与反垄断局副处长杨佳佳表示,市场上大部分天然气价格已经放开,国家发改委在这些领域主要查处哄抬价格、恶意囤积、价格垄断等违法行为。目前,居民用气供暖价格仍由政府制定,国家发改委将在这一领域进行价格监管,要求各地价格主管部门继续采取有力措施,突出检查重点,督促相关企业和单位严格执行国家有关价格政策。同时,要加强对供气供暖领域价格监管和反垄断执法,严查侵害群众利益案件。



第三方资助仲裁：

赌徒天堂还是投资者乐土？

■ 本报记者 姜业宏

第三方资助仲裁是近年来国际仲裁界热议的话题。一方面,其风险投资的商业化路径能帮助更多的当事人接近正义。另一方面,第三方资助对原有法律服务行业及仲裁程序的冲击也引发了许多担忧。

第三方资助正布局全球

第三方资助仲裁是近年出现的一种模式,简单来说,就是指第三方为仲裁案件当事人提供资助并以一定比例的胜诉判决收益作为回报。

据鼎硕商事争议解决支持平台研究部负责人胡宪介绍,目前,第三方资助的实践正在全世界范围内如火如荼地展开,尤其是今年以来,各国纷纷通过立法和修法来适应第三方资助的模式。

今年1月11日,新加坡国会通过民法修正案,允许第三方提供资金,协助索偿方承担费用,并分享胜诉所得赔偿。巴黎律师协会则在今年5月就第三方资助问题研究得出结论,认为第三方资助并不违反法国法律。今年6月14日,香港特区通过立法,允许在香港进行的仲裁和调解中适用第三方资助。

在给予第三方资助充分关注的

同时,各国与主要国际机构均对其采取了不同程度的监管。新加坡在其《2017年民法(第三方资助)规则》中要求第三方资助提供者应具备不少于500万新币的实缴资本。《2017法律专业行为准则(修正案)》也要求第三方资助的存在和资助方身份必须披露给相关的法院和仲裁庭。与此不同的是,香港立法会则准备采用指引性的自律,这类更为软性的规范模式来应对第三方资助仲裁带来的挑战。

9月1日,中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心发布了其组织制定的《第三方资助仲裁指引》。第三方资助在内地也获得了仲裁机构和仲裁从业者的关注和回应。

另一种形式的投资行为

胡宪表示,第三方资助本质上是一种投资行为,也就是基于现有的资源和信息做出决策,最终实现风险控制下收益的最大化。对于第三方资助者来说,投资仲裁案件与投资其他的企业融资项目并没有本质不同,仅仅是投资对象的不同,最终目的都是获取投资收益。

虽然相对股权投资,案件的平

均投资周期要短得多,但也有很多国际商事仲裁和国际投资仲裁案件历时较久。胡宪举例说,最著名的案子就是尤科斯诉俄罗斯政府投资仲裁案,从2004年申请人向海牙仲裁法院申请仲裁到作出最终裁决,整个流程持续了10年之久,并且至今仍处于尤科斯公司向荷兰最高法院上诉的阶段。因此,第三方资助提供者必然要考虑其应对长期复杂案件的资金实力和风险控制能力,并且基于目前掌握的信息和资源做出投资决策。同时,投资决策的做出及风险控制也更多依赖于先前的经验和对案例数据的分析。

一方面,第三方资助给传统法律服务行业带来巨大冲击。另一方面,国内外第三方资助提供者又鲜有对自身商业和运营模式进行介绍和披露的。胡宪认为,正是这种信息不对称的情况使众多处于纠纷处理中的当事人对第三方资助的认识仅仅停留在初步、感性的阶段,进而提出第三方资助仲裁是赌徒天堂的论断。

并非高风险投资的赌徒天堂

虽然本质上是一种投资行为,



但第三方资助有其独特性。据胡宪介绍,寻求第三方资助的当事人普遍有规避风险的需求,涉及的案件同时具有案情复杂、周期长、成本高等特点,投资风险也就相应提高。在这种状态下,单纯凭借雄厚的资金实力而对拟投资项目进行筛选是不可取的,必须依赖第三方资助者的专业判断。除了投资决策,第三方资助还提供另一类案件管理服务,即选取更好的仲裁策略指导律师和当事人,在仲裁请求被支持的前提下获取更高额的收益或减少损失。

以上特征共同决定了绝大多数第三方资助者由法律专业人士设立和运营,同时具备丰厚的资本实力,从而可以在这一市场中长期保持精明投资者的形象。胡宪表示,

虽然这一市场需求巨大,前景无限,但也存在激烈竞争和更新迭代,绝非投机者可以不顾客观经济规律和商业逻辑而肆意妄为、一掷千金的赌徒天堂。

胡宪认为,作为从事第三方资助的专业投资机构,投资者需具备良好的信誉和敏锐、精准的判断力以保障其在行业内的竞争力。在国内,第三方资助仍处于探索和萌芽阶段,但随着一带一路倡议带来巨大的海外投资需求,中国企业对于国际仲裁的依赖度和认可度将会有本质的跃升。在吸收学习境外机构的先进经验的同时,境内的第三方资助机构也要积极立足于本土司法实践,让自身的投资模式更符合市场需求和商业逻辑的双重考验。

案例解析

打赢仲裁案远优于败诉拒绝执行

■ 本报记者 钱颜

北京国际仲裁中心发布的数据显示,90%以上的中国企业涉外合同都约定通过仲裁方式解决争端,同时,中国企业90%的涉外商事纠纷案件都选择在国外仲裁机构仲裁。如何在国际仲裁中保护自身合法权益,成为中企普遍关注的问题。

《中国贸易报》记者特邀北京金诚同达律师事务所合伙人、公众号“国际仲裁研究”撰稿人蔡滢炜律师,以其代理的一起仲裁案件为例,介绍如何利用仲裁解决跨国贸易争端。

案情

国内一家矿砂进口企业A与印度贸易商B签署了一份铁矿石进口合同,双方约定通过英国伦敦海事仲裁员协会(LMAA)仲裁解决争议。履约过程中,货物到达中国后被发现质量与约定严重不符,A企业向中国某海事法院申请财产保全,扣押了涉案的整船铁矿石。为避免产生不必要的堆存费用,法院将货物拍卖并将拍卖款提存。之后,A企业启动仲裁程序,B企业未应诉。

蔡滢炜是A企业申请财产保全、参与仲裁程序并最终获胜的委

托律师。胜诉后,A企业通过外国仲裁裁决的承认与执行程序拿到了赔偿款。

该案件涉及到中企在国际仲裁过程中如何选择仲裁地、国际仲裁缺席审判、中国海事诉讼法下的仲裁前财产保全、外国仲裁裁决在中国的承认与执行等诸多问题。

分析

在中国仲裁是成功的一半?企业选择国内仲裁可获得交通费、律师费、仲裁费等成本优势,也免去了办理签证、出境等麻烦。但在蔡滢炜看来,企业在起草国际仲裁条款和选择仲裁机构时,除了成本和便利程度外,要考虑的因素还有很多,在中国仲裁不一定是最佳选择。

首先,仲裁地的确定往往是双方当事人妥协的结果。多数情况下,想让外国当事人同意在中国仲裁,往往要求中方企业具有较高的谈判地位。很多时候,在一个双方都认可的第三地仲裁是彼此都能接受的方案。

其次,在确定仲裁地时,也要考虑到财产保全的可能性和胜诉后的

执行问题。在国际仲裁程序中,如一方当事人能成功采取财产保全措施,将获得很大优势,甚至能促成双方迅速和解,达到不战而屈人之兵的效果。

在中国,财产保全措施只能由法院作出且中国法院只接受中国仲裁机构转交的财产保全申请。而中国法院作出的财产保全决定很难在国外得到承认和执行。因此,当事人如果选择在中国仲裁,将很难对外国当事人实施财产保全。相反,如果中企选择在对方当事人有财产的国家仲裁,实施财产保全将容易很多。后续裁决的执行也不需要经过复杂的承认、执行程序。

最后,企业在选择仲裁地时还要考虑仲裁地国是不是《纽约公约》缔约方、仲裁地国撤销仲裁裁决的标准、仲裁地国的国内仲裁法律是否友好以及当地法院对国际仲裁的支持力度等因素。

据蔡滢炜介绍,本案获得有利结果,关键在于成功对涉案货物进行了海事保全。与《民事诉讼法》下的财产保全不同,我国《海事诉讼特别程序法》第14条规定,海事请求

保全不受当事人之间关于该海事请求的诉讼管辖协议或者仲裁协议的约束。这意味着,我国法院可以为发生在我国境外的仲裁程序提供财产保全支持,我国当事人可以充分利用该条款保护自己的权益。

此外,该案中被申请人的缺席也大大加快了仲裁程序。LMAA仲裁程序采取对抗制,在被申请人一方缺席的情况下,仲裁庭只能根据申请人一方提供的证据作出裁决。蔡滢炜特别强调,在国际仲裁中,中国企业作为被申请人一定不要缺席,否则将大概率收到败诉裁决。

启示

中国企业一定要重视国际仲裁,将重点放在打赢国际仲裁案上,而非败诉后的拒绝承认与执行上。蔡滢炜律师提示,在现行的法律制度下,中国企业一旦在国际仲裁中败诉,想通过《纽约公约》中的执行地法院审查实现对外国仲裁裁决的拒绝承认与执行,是非常困难的。

如今,国际仲裁已发展成为大陆法系和英美法系文化的混合体,一些做法与中国企业熟悉的国内诉

讼或国内仲裁有很大不同,如文件披露制度、证人盘问制度等,这给中国企业带来很大挑战。同时,国际仲裁是很昂贵的游戏,很多中国企业对此缺乏了解,以致败诉后面对几百万美元甚至更高金额的法律费用时都感到匪夷所思。

总体上来看,中国企业对国际仲裁准备不足。一方面,企业对国际仲裁的知识储备不够,另一方面,企业管理水平还不能适应国际仲裁的需要。蔡滢炜指出,在日常经营中,小到对外电子邮件的措辞、员工的对外授权层级,大到准据法的选择、仲裁条款的起草,中国企业都要尽量与国际通行做法接轨,切忌把国内企业过去形成的粗放式中国特色做法套用到涉外业务中。

蔡滢炜提示企业,在跨境交易过程中应重视以下两个环节,一是合同签订阶段,当事人要将权利义务约定清楚,对相关风险有足够预见,避免为争议埋下隐患。二是争议发生后的协商阶段,当事人既要重视保留对自己有利的证据,也要避免不当的意思表示损害本应享有的权益。