

## 境外投资审批分为鼓励类、限制类、禁止类

## 企业境外投资第一步预判项目类型

■ 本报记者 钱颜

在当前较完善的境外投资监管体系下,中国企业如何深入了解境外投资核准、备案过程中的合规要求非常重要。

《企业境外投资管理办法》规定,境外投资是指中华人民共和国境内企业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。盈科律师事务所律师曹原介绍说,《投资管理办法》对投资活动做了列举式描述,主要包括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;新设或参股境外股权

投资基金;通过协议、信托等方式控制境外企业或资产。

一般而言,境内企业获得境外企业所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的投资活动,均需要获得商委及发改委的境外投资核准备案。境内企业境外新设或并购境外企业,若未按相关规定到主管部门备案/核准,境内企业将无法将投资款汇至境外,未来投资收益也无法以合规方式回到境内。

曹原强调,值得注意的是,《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》统一了发改委和商委对于境外投资项目审批的尺度,将境外投资的审批划分为三类,即鼓励类、限制类及禁止类。

鼓励类境外投资包括:重点推进有利于“一带一路”建设和周边基础设施互联互通的基础设施境外投资;稳步开展带动优势产能、优质装备和

技术标准输出的境外投资;加强与境外高新技术和先进制造业企业的投资合作,鼓励在境外设立研发中心等。限制类境外投资包括:赴与我国未建交、发生战乱或者我国缔结的双边条约或协议规定需要限制的敏感国家和地区开展境外投资;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等。禁止类境外投资包括:涉及未经国家批准的军事工业核心技术和产品输出的境外投资;运用我国禁止出口的技术、工艺、产品的境外投资;赌博业、色情业等境外投资等。

“企业在开展境外投资活动前应预先判断投资项目类型,避免出现项目属于禁止类或限制类而产生的国内审批风险。”曹原表示。

曹原认为,企业应从以下两方面采取合规风险管理对策:一是聘

用专业律师团队进行法律环境尽职调查。企业在遵守本国关于企业境外投资的相关法律法规的同时,应当着手对东道国投资环境进行全方位多层次调查。全面掌握关于市场准入、贸易管制、国家安全审查、行业监管、外汇管理、反恐融资等方面的具体要求,其中重点关注当地政府的立法、行政、司法和政党轮替、基本外商投资法律体系以及政府腐败程度等。

同时,结合企业本身经营范围与投资方向,有针对性地关注当地劳工保护制度、环境及居民情况,控制合规风险。此外,了解当地的风俗习惯和地域文化等软合规内容,也有助于避免遇到阻碍。特别是“一带一路”政策涉及的沿线国家多有本土禁忌,如果企业行为冒犯了当地合作方或居民,项目将很难顺利开展。

二是注重企业境外投资前后的合规性衔接。在做决策投资前期准备工作时,需要形成完整的《项目投资合规分析报告》,报告内容包括项目投资方案整体描述,国内及东道国的合法性分析,优惠政策情况,项目执行的合规风险及应对措施,结论等内容。项目投资合规分析不是对投资下的结论,而是企业在开展各项尽职调查及项目方案设计过程中不断了解情况、不断分析和发现问题,不断找出调整或替代性解决方案而持续更新的实践过程,这一过程贯穿投资决策的始终,从而确保最终提交的投资方案具有合规可行性。在投资过程中,企业需要结合前期分析报告以及重点规划条款,罗列出重要风险事项形成工作清单,纳入投资后项目的日常管理内容,形成检查机制,以确保项目在有合规保障的情况下达到投资预期。

## ▼法律干线

## 金融科技与仲裁研讨会举办

本报讯 近日,由北京仲裁委员会参与主办的金融科技与仲裁研讨会举行。会上,天金所副所长李可书表示,数字化革命带来的交易模式、存证方式的变化对传统争议解决行业提出了巨大挑战。他认为,包括区块链等数字化技术的出现引发的通过网络开庭、智能合约等都有可能成为推动仲裁发展的一大助力。

北京君泽君律师事务所创始合伙人暨管委会主任陶修明表示,仲裁制度遵循商业逻辑和交易习惯,在金融裁判中坚持保护诚信尊重市场惯例的价值取向。裁判者在裁判过程中应当结合案件定性、定量分析、交易主体角色地位、交易合规性、因果关系、管理人行为的妥当性等对交易进行分析,作出裁判。

奋迅·贝克麦坚时律师事务所合伙人鲍治结合外商投资法的颁布、公司法的修改等投资领域最新颁布的法律法规对对赌回购、基金投资等行业热点问题进行了探讨。他认为,裁判者在处理合同效力时,不应过多认定合同无效,应当审慎地对待合同效力问题。随着中国企业不断走出去,谈判能力不断增强,越来越多的境外交易条款将可能,在中国仲裁机构处理。这不仅将考验中国商事争议解决行业的能力,也有利于进一步提升中国争议解决行业在世界上的地位和话语权。

摩根士丹利中国区首席合规官董刚认为,裁判者在作出裁判时既要坚守底线,以法律为准绳,也要尊重交易管理、交易习惯,考虑个案特征,努力实现个案公平。昆仑信托有限责任公司法律合规部总经理马荣伟认为,对于一些交易架构,不应当轻易进行定性,在不违法的情况下应尊重合同中的约定和安排。同时,金融投资应具有的人文情怀,在架构、体系设计上应当服务于实体经济发展。(穆青凤)

## ▼贸易预警

## 阿根廷对华轮毂作出反倾销终裁

日前,阿根廷生产与劳工部在阿根廷《官方公报》发布决议,对原产于中国的轮毂作出反倾销终裁,决定对涉案产品征收 FOB 价 41.78% 的反倾销税。涉案产品为用于公共汽车、卡车、拖车和半挂车的,公称直径大于等于 444.5 毫米但不超过 622.33 毫米,公称宽度大于等于 152.4 毫米的钢制轮毂。决议自发布之日起生效,有效期为五年。

## 乌克兰对进口注射器启动保障措施调查

近日,WTO 保障措施委员会发布乌克兰代表团向其提交的保障措施通报。12月7日,依据乌克兰跨部门国际贸易委员会于12月2日作出的决议,乌克兰经济发展、贸易和农业部对进口注射器启动保障措施立案调查。涉案产品为聚合物材料的一次性注射器(分为两或三部分、无论是否带针头)。

## 美对涉华拉伸变形丝作出“双反”终裁

日前,美国国际贸易委员会投票对进口自中国和印度的拉伸变形丝作出反倾销和反补贴产业损害肯定性终裁。在本次裁定中,5名国际贸易委员会委员均投票肯定。根据美国国际贸易委员会的肯定性裁定,美国商务部将对进口自中国和印度的拉伸变形丝颁布反倾销税令和反补贴税令。与此同时,美国国际贸易委员会对中国涉案产品作出紧急情况否定性裁定,因此将不对中国涉案产品追溯征收反倾销税和反补贴税。(本报综合报道)

## 18亿美元船业交易遭欧盟反垄断机构调查

本报讯 欧盟反垄断监管机构日前对全球第一大造船集团现代重工与竞争对手大宇造船 18 亿美元的合并案展开调查,并警告称该合并案可能导致价格上涨。

现代重工正寻求巩固其全球最大造船商的地位,这在一定程度上是为了应对该行业的产能过剩。合并后的公司将拥有 21% 的市场份额,欧盟委员会日前证实了路透社的一篇报道,表示对这笔交易感到严重担忧。

欧盟委员会副主席玛格丽特·维斯塔格在一份声明中表示:“造船业是欧盟的一个重要产业。”

欧盟内部以及向区域外的货运贸易大多通过海运,而欧洲航运公司经常从现代和大宇购买船只。

维斯塔格表示:“这就是为什么我们将仔细评估拟议中的交易是否会对货船制造行业的竞争产生负面影响,从而损害欧洲消费者的利益。”

该机构表示,其担忧集中在大型集装箱船和石油、液化天然气和液化石油气的运输市场,这些市场的进入壁垒很高,合并将建造足够高的竞争壁垒。

不过,为了避免监管方面的担忧,这两家造船厂已经表示,它们将在合并后独立竞争,每家公司都能够与客户和供应商就自己的合同进行谈判。

韩国、新加坡、中国和日本的竞争监管机构也在审查此笔交易。哈萨克斯坦已批准了此笔交易。新加坡本月早些时候也表达了担忧。韩国国有的韩国发展银行拥有大宇造船 55.7% 的股份。(崔斯特)

## ▼实务操练

## 海难救助赔付未必适用《海商法》

■ 郭辉

## 案例 N

2011年8月12日5时,希腊籍油轮“加百利”在琼州海峡搁浅,船舶及船载货物处于危险状态。事故发生后,“加百利”号所属公司上海代表处向南海救助局发出救助申请并承诺无论能否成功协助出浅,均同意按约定的费率付费,计费周期为拖轮自其各自的值班待命点备车开始起算至上海代表处通知任务结束、拖轮回到原值班待命点为止。救助船舶只负责拖带作业,“加百利”轮脱浅作业过程中如发生任何意外,南海救助局无需负责。同意支付南海救助局派遣的潜水队员探摸工作时间和费用。此外,还租用“南海救201”轮将其两名代表从海口运送至“加百利”轮并承担相应费用。

经及时救助,8月18日“加百利”轮成功脱浅并安全到达目的港广西钦州港。涉案船舶的获救价值为30531856美元,货物的获救价值为48053870美元,船舶的获救价值

占全部获救价值的比例为38.85%。

之后,“加百利”轮所属公司一直未支付救助费用,因此南海救助局请求法院判令支付救助费用7240998.24元及利息。

一审法院广州海事法院判决“加百利”轮所属公司向南海救助局支付救助报酬6592913.58元及利息。“加百利”轮所属公司提起上诉后,二审法院广东省高级人民法院判决撤销广州海事法院一审判决,“加百利”轮所属公司向南海救助局支付救助报酬2561346.93元及利息。

南海救助局不服二审判决,申请再审。最高人民法院经再审,撤销二审法院广东省高院的民事判决,维持一审法院广州海事法院的民事判决。

## 点评

本案系海难救助合同纠纷。

海难救助行为中双方合意的法律定性

因“加百利”轮所属公司是希腊

公司,“加百利”轮为希腊籍油轮,本案具有涉外因素。各方当事人在诉讼中一致选择适用中华人民共和国法律,根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条的规定,适用中华人民共和国法律对本案进行审理。我国海商法作为调整海上运输关系、船舶关系的特别法,应优先适用。海商法没有规定的,适用我国合同法等相关法律的规定。

海难救助是一项传统的国际海事法律制度。我国加入的《1989年国际救助公约》第十二条和我国《海商法》第一百七十九条均确定了救助合同“无效果无报酬”的救助报酬支付原则,《1989年国际救助公约》和我国《海商法》还在该原则基础上进一步规定了报酬的评定标准与具体承担。这是海事救助过程中各方当事人基于“无效果无报酬”原则确定救助报酬的海难救助合同的法律适用规定。

同时,《1989年国际救助公约》和我国《海商法》均允许当事人对救助报酬的确定另行约定。若当

事人明确约定,无论救助是否成功,被救助方均应支付报酬,且以救助船舶每马力小时和人工投入等作为计算报酬的标准时,则该合同系雇佣救助合同,而非《1989年国际救助公约》和我国《海商法》规定的救助合同。

本案中,涉案双方明确约定无论救助是否成功,“加百利”轮所属公司均应按约定支付报酬,且“加百利”轮脱浅作业过程中如发生任何意外,南海救助局无需负责。依据该约定,南海救助局救助报酬的获得与否和救助是否有实际效果并无直接联系,而救助报酬的计算,是以救助船舶每马力小时,以及人工投入等事先约定的固定费率和费用作为依据,与获救财产的价值并无关联。因此,本案所涉救助合同不属于救助公约和我国《海商法》所规定的“无效果无报酬”救助合同,而属雇佣救助合同。

## 关于费用支付标准的认定

关于雇佣救助合同下的报酬支

付条件及标准,《1989年国际救助公约》和我国《海商法》并未作具体规定。一、二审法院依据我国《海商法》第一百八十条规定的相关因素对当事人在雇佣救助合同中的固定费率予以调整,属适用法律错误。再审查法院认为,应当依据我国《合同法》的相关规定,对当事人的权利义务予以规范和确定。南海救助局以其与“加百利”轮所属公司订立的合同为依据,要求“加百利”轮所属公司全额支付约定的救助报酬并无不当。

再审查法院认为,二审法院以一审判决确定的救助报酬数额为基数,依照《海商法》的规定,判令“加百利”轮所属公司按照船舶获救价值占全部获救财产价值的比例支付救助报酬,适用法律和处理结果错误。而一审判决虽适用法律错误,但一审判决中对相关费率的调整是以当事人合同约定为基础的,南海救助局对此并未行使相关诉讼权利提出异议,因此,再审查法院维持了一审判决中对救助报酬数额的裁决结果。



制图 耿晓倩

## 投资美国 清单管理制度不容忽视

近年来,全球贸易保护主义呈抬头之势。其中,中美贸易争端端着难解,美国出口管制法及其具体的实施细则成为中国企业国际化尤其需要关注和学习的法律之一。

截至2019年8月,共有153家中国内地企业及18名个人被列入美国出口管制实体清单,其中尤以中兴、华为、中广核分别于2017、2019年被列入实体清单最受关注。“中美贸易在一定程度上受到美国出口管制法的影响,甚至是冲击。”天元律师事务所合伙人高文杰表示。

“美国出口管制法所管制的物项种类繁多,核心内容包括军民两用物项的出口管制和军品的出口管制两大类。而出口管制清单和许可证制度是美国出口管制政策的两大手段。对于清单管理这一执法工具,需要企业归纳总结,进行针对性防范。”道琼斯公司风险合规专家石

龙新告诉记者,美国政府的负面清单主要包括美国工业与安全局制定的《受禁止清单》《实体清单》和《未经核实清单》,财政部外国资产控制办公室编制的《特别指定国民清单》等。

对出口对象的管制程度因其落入的清单而不同。其中以实体清单最为严格。“美国工业与安全局可以基于最终用户和最终用途的管制政策以及禁运和其他特殊管制等理由,将其认为可能/已经危害美国国家安全的企业、个人或组织列入实体清单。”高文杰举例说,2019年8月,美国政府将中广核等企业列入实体清单,并采取“推定拒绝”的许可政策。后果是,若其他企业需要与之进行涉及《出口管理条例》物项的交易,则出口方需要事先向美国工业与安全局申请许可,中国企业与实体清单上的中国企业交易时也可能需要申请该许可。

有专家指出,实体清单就是一份黑名单,一旦被列入这个清单就失去了在美国的贸易机会,会遭到技术封锁和国际供应链隔离。尽管美国《出口管理条例》为进入清单的实体提供了申请取消的程序,但实际上,列入清单就意味着企业基本不可能从美国获得《出口管理条例》所列物项和技术。

“被列入清单的出口方在向美国工业与安全局申请许可时,通常不被允许,可能面临美国供货商的集体断供。”石龙新说。

据石龙新介绍,受禁止人清单为美国工业与安全局对特定实体或个人颁布禁止令的清单。例如此前美国商务部曾对中兴通讯特定员工颁布禁止令。后果为,美国政府禁止与被拒绝人进行任何违反禁止令的交易。

此外,未经核实清单和特别指定国民清单也很重要。高文杰表示,未经核实清单针对美国工业与

安全局无法在其先前交易中确认物品最终用途的当事方。被列入未经核实清单的后果包括:向未经核实最终用户出口或转出口不能适用许可证例外条款,对于不需要出口许可证的物项也需要提交最终用户和最终用途声明。

“特别指定国民清单为美国财政部海外资产控制办公室(OFAC)编制的清单。该清单内的实体或个人为特别指定国民,指被证实代表禁运国和受限制国,或涉及恐怖主义或贩毒的组织或个人。”石龙新指出,美国政府禁止美国人或者非美国人在美国境内与这些实体或个人进行交易。特别指定国民在美国境内,嗣后进入美国境内或者被美国人控制的财产将受到冻结。第三国的实体或个人如果与某些特别指定国民进行交易,也会受到美国的制裁,其自身也可能被指定为特别指定国民。(穆青凤)