

外商投资房地产开发企业清算退出的要点分析

作者：俞卫锋 / 刘赞春

在中国目前的法律环境下，外资房地产基金可选择设立外商独资企业、或与中国房地产开发商成立合资或合作企业的方式进入中国房地产市场，并依赖于利润分配、股权转让和 IPO 后抛售股票等方式实现退出。伴随国际金融危机的爆发，中国房地产市场进入快速发展后的又一次调整期，房地产开发企业开始面临销售放缓、资金回笼困难和信贷紧缩三重压力，从而使不少开发商的现金分红和支付能力大幅度减弱，此外，资本市场的乏力表现也使得众多开发商延后了 IPO 计划，在这样的背景情况下，除前述退出方式，越来越多的外资房地产基金开始考虑通过清算实现最终退出。

从法律层面分析，2006 年 1 月 1 日开始实施的《公司法》（“《新公司法》”）自 2008 年 1 月 15 日起取代《外商投资企业清算办法》成为外商投资企业清算的适用法律，外商投资企业公告债权人的申报期限由清算公告发布之日起 90 日缩短为 45 日，一定程度上降低了外商投资企业清算的时间成本。但这是否意味着外资房地产基金通过清算方式退出外商投资房地产开发企业已十分便利？

根据《新公司法》及外商投资企业相关法律法规，外商投资企业可根据章程约定的解散事由提前解散并清算，清算主要涉及以下流程：(1) 审批机构批准解散；(2) 成立清算组；(3) 债权人通知和登记；(5) 编制企业财务报表和资产清单；(6) 编制并批准清算方案；(7) 处置资产(包括合同)、清偿债权人、分配剩余资产；(8) 编制并批准清算报告；(9) 注销企业、股东收购清算剩余资产。

如您需要了解我们的出版物，请与
下列人员联系：

韩东红: (86 21) 3135 8709
Publication@linksllaw.com

通力律师事务所
www.linksllaw.com

如外商投资房地产开发企业需提前终止经营，外方股东需考虑以下问题：

➤ 提前终止经营基础

外商投资房地产开发企业清算退出的要点分析

根据外商投资企业相关法律法规，如外商投资企业股东有意提前终止经营并解散外商投资企业，除章程另有约定外，仅在法定情形下方可进行。以《新公司法》第 183 条为例，股东在公司僵局出现时可请求法院解散公司，而最高人民法院就该条的补充解释中列举了公司僵局的情形，其中量化的情形包括“公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难”。可以预见，在《新公司法》允许公司通过股东会决议解散的前提下，公司通过第 183 条请求法院解散公司将涉及复杂的诉讼程序，通常情况下不符合外方股东对于时间的要求。

综上所述，外商投资企业股东如需保留提前终止经营并解散外商投资企业的选择，应考虑在章程中明确解散事由，并提供量化标准(如未能满足商务计划中的特定责任等)。同时，章程系属宪章性文件，虽然其具有一定的契约性质，但除法律明文规定的内容(如股东出资义务等)，章程不宜设定在公司章程解散事由出现的情形下仅由一方股东享有解散公司的权利，因此章程中约定的解散事由将可能成为一柄双刃剑，股东应充分考虑适用解散事由的后果。

当然，外商投资企业股东可在合资/合作合同中明确赋予一方或数方在特定解散事由出现的情形下解散公司的权利，但一旦涉及合同权利的行使，公司解散在实践中也仍将受限于其他股东的配合，否则该等权利的行使需要通过冗长的诉讼程序。

➤ 分配形式的限制

外商投资企业的利润分配和清算剩余资产分配通常依据同股同权的基础进行，即股东之间无法约定优先分配的情形，仅在投资形式为中外合作企业的情况下，股东之间对于利润分配和清算剩余资产的分配方具有一定的灵活性。现有外商投资房地产开发企业，大多采取中外合作开发的模式，以便于在合作合同中约定灵活的分配机制。

国务院 1998 年下发“国发(1998)31 号”文，明确保证外商投资企业外方固定回报的做法违反风险共担原则，属于变相对外举债。商务部等六部委于 2006 年 7 月 11 日下发“171 号文”，重申了这一原则，明确外商投资房地产企业的股东不得约定固定回报。从司法实务角度而言，如合资或合作合同中被认定存在固定回报安排，相关条款将面临被认定为无效的法律风险。因此，外方股东应审慎考虑合资或合作合同中相关优先安排的法律风险。

➤ 房地产开发企业股权转让的特殊性

房地产开发业务具有一定的特殊性，主要表现在以下几方面：

- (1) 房地产开发企业通常选择预售方式销售房产，并在房产竣工验收后交付，合同履行期限较长。因预售房产的所有权仍属于房地产开发企业，为保障购房者权益，《物权法》第 20 条规定了预告登记制度，明确未经预告登记权利人同意，处分预告登记所涉不动产的，不发生物权效力。

外商投资房地产开发企业清算退出的要点分析

- (2) 房屋建筑工程如未完成开发投资总额 25%，根据《城市房地产管理法》，不得向第三方转让；如完成开发投资总额 25%，房地产开发企业可向第三方整体转让在建工程，但受让人仅限于具有相应房地产开发资质的房地产开发企业。同时，如在建工程已部分预售，考虑到预告登记的效力，房地产开发企业应先行解除预告登记方有可能进行在建工程转让。
- (3) 房地产开发企业完成竣工验收前，房产将处于在建工程状态，涉及复杂的合同安排(包括开发贷款、工程承包、设备采购等，如房产已预售，房地产企业还将涉及预售合同)，实务操作中，除房地产开发企业交付预售房产的义务，如购房者采取按揭方式购买预售房产，房地产开发企业通常需向按揭银行提供阶段性按揭贷款担保，直至预售房产的抵押登记办理完毕。
- (4) 作为房产的配套项目，房地产开发企业通常会建设部分地下车位和会所。实务操作中，地下车位除由股东持有外，通常无法向业主以外的第三方转让，而会所因其盈利性尚未得到认可，其价值也无法得到体现，前述配套项目的处置将存在一定的难点。
- (5) 房地产开发企业作为房产出售方，对房产负有瑕疵担保和维修责任，如其进入清算程序，购房者可能考虑向房地产开发企业提起诉讼，而清算程序一旦涉及诉讼，在诉讼程序未完成前，清算将无法完成。
- (6) 房地产开发企业需要在销售房产时预缴土地增值税，并在满足特定条件的前提下或清算时对土地增值税进行清算，其清算程序相较通常企业复杂。

综上所述,外商投资房地产企业如需通过清算渠道退出,需考虑如下几点要点,以提高清算效率: (1) 章程中规定强制解散事由(例如, 如需对强制解散事由保留选择权, 可在合资、合作合同中明确外方股东对强制解散事由的保留权利); (2) 章程中规定清算剩余资产分配原则, 特别是在剩余资产中存在处置障碍的资产, 如未售房产、车位和会所, 可选择按约定的价格机制向中方投资者分配, 而外方投资者以获取现金资产为主; (3) 如房产尚处于在建工程阶段且已预售, 待房产竣工验收后考虑清算事宜, 以避免介入复杂的债权债务关系; (4) 加强房地产开发企业的日常经营管理, 特别是合同管理, 从避免投资者退出时涉入纠纷事项。

此外, 因清算退出是最终退出渠道, 且耗时较长, 实践中建议将清算方式作为外方股东退出的补充渠道, 在具体项目中应结合利润分配和股权退出等其他方案统筹予以考虑。

外商投资房地产开发企业清算退出的要点分析

如需进一步信息, 请联系:

上海	北京
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 David.Yu@linkslaw.com	陈巍 电话: (86 10) 6655 5050 - 1022 Way.Chen@linkslaw.com
张明 电话: (86 21) 3135 8777 Ming.Zhang@linkslaw.com	

© 通力律师事务所 2018