

NEWSLETTER

中 伦 e 简 报
深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

一文讲透Pre-IPO投资法律关注要点 001/

《反垄断法(修正案)》:亮点速览
(附中日英三版译文及对比) 015/

欲知平直,则必准绳——
《数据出境安全评估办法》
十四个焦点问题的理解 020/

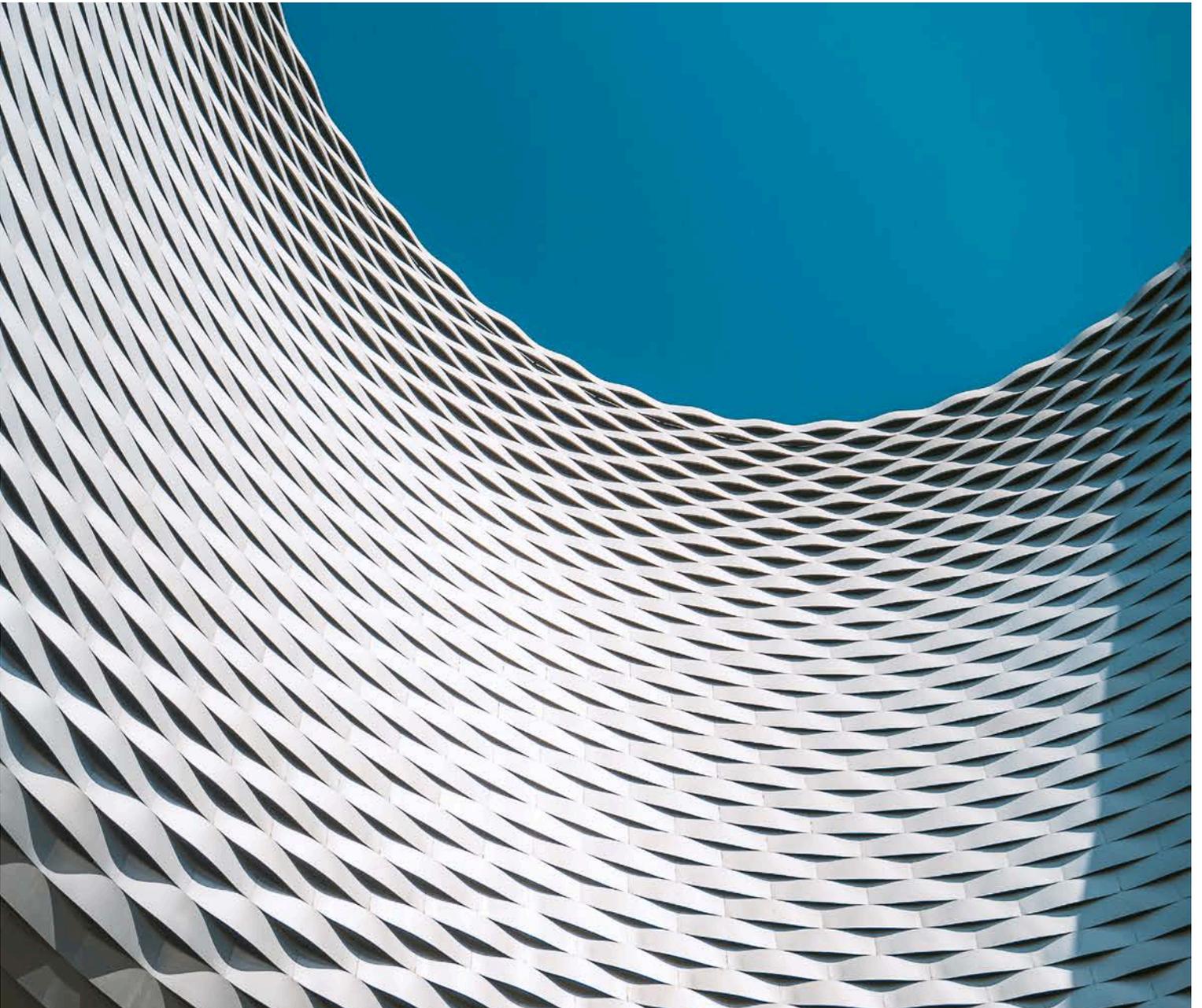
当房屋租赁遇上抵押和查封 031/

抽水蓄能项目前期开发法律合规要点分析 041/



一文讲透Pre-IPO投资 法律关注要点

作者：刘新辉 卞嘉虹



Pre-IPO投资由于回报周期短、回报率高,长期以来备受投资人青睐。这也要求投资机构更加理智、审慎地对待Pre-IPO投资机会。一方面,应更加重视对标的企业业务情况及企业价值的客观评估判断;另一方面,及时了解A股IPO的最新规则和审核实践,提高“防忽悠”能力,对于投资机构也至关重要。

由于IPO审核因上市地、上市板块、标的所在行业、标的自身情况等的不同而体现出较大的差异性,投资人还需在个案中予以具体分析判断。本文主要以A股¹Pre-IPO投资相对惯常的情况为例作总结探讨,以供交流参考。

第一部分\

Pre-IPO尽调的特殊性及侧重关注点

相较于较早期阶段的投资而言,Pre-IPO投资及估值逻辑的核心在于标的企业对计划时间内完成上市具有相对明确的预期。因此,在Pre-IPO的尽职调查过程中,除关注标的企业的业务经营、财务、合规等方面的惯常性问题外,通常需要围绕两个最核心问题,即:**上市结果是否可预期、上市时间是否可预期**。

被投企业最终完成上市的结果固然重要,但对投资人而言,时间亦是一项重要成本,在标的企业提供的预期时间、以及可控成本费用范围内完成上市,往往更加重要。而实务中,后者的影响因素通常较为复杂,不可控性也相对更

高,这就要求投资人在Pre-IPO的尽职调查过程中,尽可能提早识别可能影响上市时间表及成本费用方面的潜在风险,为投资决策提供充分支持。

以A股Pre-IPO投资为例,相较于较早期的投资尽调而言,建议侧重关注以下方面:

1. 标的企业申报计划及执行进度

Pre-IPO投资中,标的企业往往会向投资人提供明确的上市进程预期,例如“已经聘请中介机构”、“已经报证监局辅导”,甚至明确告知“将在2022年6月30日之前申报”,投资人需结合尽调及谈判过程中所了解的信息,对于该等时间预期的可实现性作出相应的判断。

按照常规流程,企业在提交A股上市申请前

1.本文具体分析暂未包括北交所。

的主要流程节点如下：



图注：根据证监会《首次公开发行股票并上市辅导监管规定》：

①：辅导期（自辅导备案至申请辅导验收期间）原则上不短于三个月；

②：申请辅导验收至验收工作完成，辅导验收工作用时不得超过二十个工作日，辅导机构补充、修改材料的时间不计算在内。

企业进行辅导备案后，备案情况及后续辅导及验收进度均会在中国证监会“**网上办事服务平台——公开发行辅导公示**”栏目²进行公开，社会公众均可进行查询。

IPO申请提交并获得受理后即正式进入发行审核流程，涉及的主要流程如下：

核准制（主板）：受理→审核问询→初审会→发审会→封卷→核准发行

注册制（科创板/创业板）：受理→审核问询→上市委审议→报送证监会→证监会注册→发行上市

根据相关数据³统计，以2021年A股上市的483家企业为例，自申请受理到上市，平均排队时长约为：**科创板：330天；创业板367天；主板574天。**

在上市时间计划及节奏方面，投资人可以通过与被投企业及其所聘用的中介机构具体交流的方式，了解企业目前所处的具体节点、中介机构尤其是保荐机构工作进展的具体环节、辅

2. 网址：<http://eid.csrc.gov.cn/102510/>

3. 数据统计主要来自微信公众号“他山以微”：《注册制后，IPO企业从受理到上市要多久？——2021年IPO上市企业排队时长分析》，<https://mp.weixin.qq.com/s/v2VJ5A6olPnNutMd2HNisA>

导及申报总体时间计划等,对后续进程及时间预期作出一定的判断。

2. 标的企业是否符合拟上市板块的发行条件;规范整改方案及成本

(1) 是否符合板块定位

主板对于上市企业行业具有普遍包容性,但对于企业的净利润门槛要求也相对更高,通常处于成熟期的大型企业可以选择主板上市。而若企业要选择创业板或科创板上市,则首先需要关注其业务是否符合相应版块定位。两板块定位及行业要求如下表所示:

创业板	科创板
<p>定位于深入贯彻创新驱动发展战略,适应发展更多依靠创新、创造、创意的大趋势,主要服务成长型创新创业企业,支持传统产业与新技术、新产业、新业态、新模式深度融合。</p> <p>即为“三创四新”。</p>	<p>优先支持符合国家战略,拥有关键核心技术,科技创新能力突出,主要依靠核心技术开展生产经营,具有稳定的商业模式,市场认可度高,社会形象良好,具有较强成长性的企业。</p> <p>强调“硬科技”。</p>
<p>行业负面清单: (一)农林牧渔业;(二)采矿业;(三)酒、饮料和精制茶制造业;(四)纺织业;(五)黑色金属冶炼和压延加工业;(六)电力、热力、燃气及水生产和供应业;(七)建筑业;(八)交通运输、仓储和邮政业;(九)住宿和餐饮业;(十)金融业;(十一)房地产业;(十二)居民服务、修理和其他服务业。</p>	<p>发行人应当属于下列行业领域的高新技术产业和战略性新兴产业: (一)新一代信息技术领域,主要包括半导体和集成电路、电子信息、下一代信息网络、人工智能、大数据、云计算、软件、互联网、物联网和智能硬件等; (二)高端装备领域,主要包括智能制造、航空航天、先进轨道交通、海洋工程装备及相关服务等; (三)新材料领域,主要包括先进钢铁材料、先进有色金属材料、先进石化化工新材料、先进无机非金属材料、高性能复合材料、前沿新材料及相关服务等; (四)新能源领域,主要包括先进核电、大型风电、高效光电光热、高效储能及相关服务等; (五)节能环保领域,主要包括高效节能产品及设备、先进环保技术装备、先进环保产品、资源循环利用、新能源汽车整车、新能源汽车关键零部件、动力电池及相关服务等; (六)生物医药领域,主要包括生物制品、高端化学药、高端医疗设备与器械及相关服务等; (七)符合科创板定位的其他领域。 限制金融科技、模式创新企业在科创板发行上市。禁止房地产和主要从事金融、投资类业务的企业在科创板发行上市。</p>

对于是否符合板块定位的量化判断指标,目前两板块要求如下:

创业板	科创板
<p>目前并没有明文规定的具体细则及量化指标,但近期市场流传创业板关于“三创四新”新的细则及定量标准要求如下:</p> <p>(1) 必须是高新技术企业; (2) 三年研发费用5000万元; (3) 严查研发费用归集的准确性</p>	<p>《科创属性评价指引(试行)》: 企业需要同时符合下列4项指标⁴:</p> <p>(1) 最近三年研发投入占营业收入比例5%以上,或最近三年研发投入金额累计在6000万元以上 (2) 研发人员占当年员工总数的比例不低于10% (3) 形成主营业务收入的发明专利5项以上 (4) 最近三年营业收入复合增长率达到20%,或最近一年营业收入金额达到3亿元</p> <p>采用《上海证券交易所科创板股票发行上市审核规则》第二十二條第(五)款规定的上市标准申报科创板的企业可不适用上述第(4)项指标中关于“营业收入”的规定;软件行业不适用上述第(3)项指标的要求,研发投入占比应在10%以上。”</p>

纵观近期申报上市案例,科创板及创业板在审核过程中往往会重点关注企业是否符合板块定位,因为不符合板块定位而被反复问询、甚至申报折戟的案例屡见不鲜。

以创业板为例,曾有数据统计,截至2022年3月,近半年130家创业板IPO问询并回复企业中,有64家被明确问询创业板定位问题,比例接近50%。其中,所属行业为“计算机、通信和其他电子设备制造业”的企业数最多,其次是“化学原料和化学制品制造业”和“医药制造业”。⁵

投资人在尽职调查过程中,应充分关注企业拟上市板块的审核动态、同行业上市公司的行业归类及最终上市板块情况,相应判断标的企业是否符合拟申报的板块定位。

(2) 是否符合发行上市条件

在符合板块定位前提下,投资人还需进一步关注企业是否存在不符合发行上市条件、可能需要推迟上市报告期或者进行规范整改的情况。

各板块的发行条件规定主要见于《首次公开发行股票并上市管理办法(2022年修正)》《创业板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》《科创板首次公开发行股票注册管理办法(试行)(2020年修正)》以及各板块的发行上市审核规则与上市规则中,本文不展开赘述。

4. 如果不能同时满足4项常规指标,但能够满足5项例外条款的任意1项,也可认为具有科创属性。这5项例外条款分别是:① 发行人拥有的核心技术经国家主管部门认定具有国际领先、引领作用或者对于国家战略具有重大意义;② 发行人作为主要参与单位或者发行人的核心技术人员作为主要参与人员,获得国家科技进步奖、国家自然科学奖、国家技术发明奖,并将相关技术运用于公司主营业务;③ 发行人独立或者牵头承担与主营业务和核心技术相关的国家重大科技专项项目;④ 发行人依靠核心技术形成的主要产品(服务),属于国家鼓励、支持和推动的关键设备、关键产品、关键零部件、关键材料等,并实现了进口替代;⑤ 形成核心技术和主营业务收入的发明专利(含国防专利)合计50项以上。
5. 参见公众号“深投研顾问”:《“创业板定位问题”成创业板IPO路上的拦路虎(附案例清单)》

对于发行条件的具体审核尺度,随着近年来主板、创业板、科创板各自发布上市审核问答类文件,A股审核理念日趋透明公开。

目前,三个板块现行有效的审核问答分别如下:

主板:证监会《首发业务若干问题解答(2020年修订)》⁶,共计54个问题解答;

创业板:《深圳证券交易所创业板股票首次公开发行上市审核问答》⁷,共计32个问题解答;

科创板:《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答》⁸以及《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答(二)》⁹,共计32个问题解答。

投资人在Pre-IPO尽调中,可重点关注企业是否存在拟申报板块审核问答中所述的问题、以及企业拟采取的规范整改措施是否符合审核问答中的要求。

(3) 就问题进行规范整改所需的时间周期和成本

通常而言,被投企业都会多多少少存在需要进行规范整改的问题,需要在申报之前、部分问题视情况需要在审计基准日甚至股改基准日之前就解决。

对投资人而言,在尽职调查过程中,需要相应了解企业为符合申报标准,存在哪些问题、分别需要采取哪些措施进行规范整改,并通过与标的企业管理层及上市中介机构进行访谈等方式,了解相应规范措施所需要的内外部条件、执行难度、时间周期和成本费用、以及规范整改完成后被投企业各项指标是否仍符合发行条件等等,尤其是需要政府部门或者外部第三方沟通解决的,需关注其沟通难度和预期成本,并在确定交易条款条件时予以相应考虑。

拟上市企业常见法律问题及规范整改方式如下表举例:

常见法律问题	常规整改方式	Pre-IPO投资尽调通常关注要点
股权存在代持	上市申报前需清理完毕	具体方案及进展、历史代持是否存在客观证据支撑及是否存在纠纷、是否存在清理代持的障碍、清理前后对实控人认定会否造成影响等

6. <http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100107/c1447185/content.shtml>

7. http://www.szse.cn/disclosure/notice/general/t20200612_578369.html

8. http://www.sse.com.cn/lawandrules/sselawsrules/stock/star/review/c/c_20210128_5311841.shtml

9. http://www.sse.com.cn/lawandrules/sselawsrules/stock/star/review/c/c_20210128_5311842.shtml

常见法律问题	常规整改方式	Pre-IPO投资尽调通常关注要点
历史沿革瑕疵,例如 出资瑕疵、国有股权 变动国资程序瑕疵等	出资瑕疵需在上市申报前采取 补救措施;程 序瑕疵需在上市申报前通过国资主管部门出 具确认文件等方式由中介机构据以论证不构 成上市障碍	瑕疵产生的具体原因、出资瑕疵的补救方式 及所需资金来源和到位情况、与国资主管部 门或其他所涉外部主体沟通的进展情况、上 市中介机构对瑕疵影响的判断情况等
存在三类股东	除符合条件可保留的之外,上市申报前需清 理完毕	清理方案及进展、清理前后对实控人认定 的影响等
土地、房产权属瑕疵	尽早完善、补办权证;生产经营主要场所原则 上均应在申报前补办完成;其他场所若补办 确存在障碍,通过主管部门出具确认文件、实 控人承诺承担损失等方式由中介机构据以论 证不构成上市障碍	补办手续的时间周期及所需成本、是否存 在搬迁或拆除风险、与主管部门沟通情 况、上市中介机构对瑕疵影响的判断等
专利发明人员系从同 行业公司离职、高校 在职人员兼职等可能 涉及其他单位职务发 明质疑的问题	申报前通过与相关公司或高校进行确认、对 研发过程资料进行核实确认等方式由中介机 构据以论证专利归属于被投资企业	相关人员具体情况、是否存在第三方主体 主张职务发明的实际风险、被投资企业是否 完整保存相关研发过程资料、上市中介机 构的论证方案及与相关第三方主体沟通进 展情况等
存在转贷,开具无真 实交易背景票据进 行融资,与关联方或 第三方拆借资金,通 过关联方或第三方 代收货款,利用个人 账户对外收付,出借 公司账户为他人代 付款项,违反内部资 金管理规定大额付 款、大额现金借还、 挪用资金等财务内 控重大不规范情形	原则上需要在申报基准日之前规范整改完 毕、并建立健全的内控制度,且申报基准日后 不得再发生	企业完成规范整改的时间点以及对申报节 奏的影响、是否已经建立健全的内控制度 以及是否有效运行、是否存在因过往体外 账户收付等导致需补缴税款情况及对应风 险、上市中介机构对瑕疵及规范整改情况 的判断等
企业存在行政处罚	需由上市中介机构核查论证不构成重大违法 行为,可能需要主管部门出具确认文件。处罚 可能构成重大违法的:罚款金额较大的、存在 刑事犯罪风险的、导致严重环境污染、重大人 员伤亡、恶劣社会影响等情形的	处罚原因及论证不构成重大违法行为是否 依据充分,若需要主管部门出具确认文件, 沟通办理的方案、预计是否存在障碍等
社保公积金未足额 缴纳	报告期内尽早完成整改,通常至少报告期最 后一年基本覆盖全员	报告期内未足额缴纳部分进行差额测算并 了解对标的企业申报财务数据的影响、测 算进行规范整改所增加的费用成本等

3. 了解是否存在可能影响申报时间表的其他事项

从上市审核角度, 基于业绩持续性、经营稳定性的审查等考虑, 当被投企业存在一些情况时, 可能会影响其申报时间表。该类情况通常包括**企业发生重大变化从而需要再运行一段时间**

方可验证其仍具备持续经营能力、企业内控等方面存在较大问题完成规范整改需要再运行一段时间以确认整改措施有效性等等。

除实控人、董监高重大变动等大家普遍了解的事项外, 还有一些可能会被投资人忽视的事项可能影响申报时间表, 包括但不限于下表所示:

序号	事项	对申报时间表的影响	备注(以主板为例)
1	最近一年末资产负债表日后增资扩股引入新股东(包括期权激励对象行权)	申报前须增加一期审计	例如若企业拟以2021年为报告期最后一年, 而2021年12月31日后增资引入新股东的, 则至少需增加至2022年3月31日一期审计后方可申报
2	财务内控不规范、不能有效执行(例如转贷, 开具无真实交易背景票据进行融资, 与关联方或第三方拆借资金, 通过关联方或第三方代收货款, 利用个人账户对外收付, 出借公司账户为他人代付款项, 违反内部资金管理规定大额付款、大额现金借还、挪用资金等)	首次申报审计截止日(最近一期资产负债表日)后, 被投企业原则上不能再出现上述内控不规范和不能有效执行情形	例如若企业拟以2021年为报告期最后一年, 则财务内控的规范整改需在2021年12月31日前完成, 之后若再出现相关不规范情形, 原则上需要推迟报告期
3	发生同一控制下业务重组	同一控制下相同、类似或相关业务进行重组: (1) 被重组方重组前的财务指标达到或超过发行人相应项目100%的——重组后运行1个会计年度; (2) 相关比例达到或超过50%、未达到100%的——将被重组方报告期情况完整纳入尽调及审计范围; (3) 相关比例达到或超过20%、未达到50%的——申报财务报表至少需包含重组完成后的最近一期资产负债表	仅适用于主板及创业板; (1) 科创板不区分同一控制下重组或非同一控制下重组, 仅区分重组新增业务与发行人重组前业务是否具有高度相关性, 具体要求均以本表下行为准 (2) 相关财务指标包括: 前一会计年度末资产总额、资产净额或前一个会计年度的营业收入或利润总额

序号	事项	对申报时间表的影响	备注(以主板为例)
4	发生非同一控制下业务重组(通常包括收购被重组方股权或经营性资产、以被重组方股权或经营性资产对发行人进行增资、吸收合并被重组方等行为方式),区分重组前新增业务与重组前发行人业务是否具有高度相关性	具有高度相关性: (1) 若被重组方重组前相关财务指标达到或超过重组前发行人相应项目100%的——重组后需运行以下时间方可申报:主板36个月、创业板24个月、科创板一个会计年度; (2) 上述指标比例为达到或超过50%、但未达到100%的——重组后运行时间:主板12个月、创业板12个月、科创板6个月	主板及创业板依据为相关板块审核问答;科创板依据为2020年10月30日保荐业务现场督导培训
		不具有高度相关性: 被重组方重组前一会计年度末的相关指标达到或超过重组前发行人相应项目50%的——重组后运行时间:主板36个月、科创板一个会计年度	创业板要求只经营一种业务,因此不适用该等情况

4. 对控股股东、实际控制人的延伸尽调

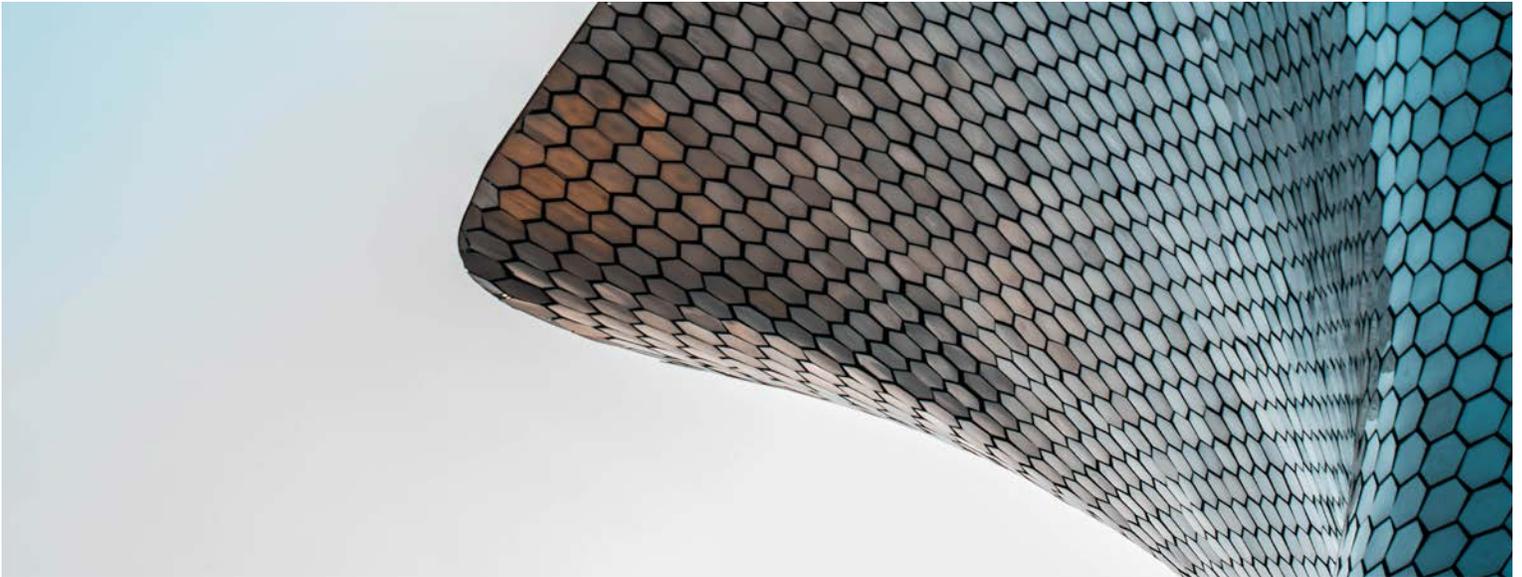
创业板和科创板的发行条件中,都明确包含**控股股东、实际控制人最近三年不得存在刑事犯罪及重大违法行为**的要求,主板发行条件中虽无明确规定,但在审核问询中也是一项常规性的关注问题,且主板首发问答中也对此提出了相应的要求。此外,由于自然人控股股东、实际控制人往往在企业担任董事或高管,需要持续具备任职资格,因此其若涉及大额负债、重大纠纷等情况,可能存在不具备任职资格的潜在风险,从而可能对企业上市造成不利影响。

因此,投资人在Pre-IPO尽调过程中,相较于常规性投资尽调而言,通常建议对控股股东、

实际控制人的情况进行一定程度的扩大尽调,以了解其是否存在可能构成被投企业上市风险的情形,包括但不限于**是否存在违法违规情况、被调查或处罚情况、涉诉及信用情况、体外资产及负债情况、甚至家庭关系情况是否可能导致股权纠纷等**,并进一步判断相关情况是否可整改、是否可能存在需推迟报告期、甚至更换控股股东/实际控制人风险从而影响上市周期。

5. 评估上市中介机构执业情况

企业上市是一个多方共同努力的结果,企业自身过硬是首要条件,但中介机构的作用和影响不容小觑。如果企业选择的中介机构经验



不足、投入不够、执业质量欠佳，亦或者中介机构发生被立案调查导致企业申请材料不被受理、在审项目被中止审核等情况，都可能会对上市的进程甚至最终结果造成实质性不利影响。

很多拟上市企业由于在筹备上市前对资本市场接触有限，对中介机构的重要性及相关的潜在风险往往缺乏充分认识，且接触和择选资本市场中介机构的经验亦相对不足，因为草率选择中介机构而“被坑”的企业也时有耳闻。而投资人尤其是大型投资机构，往往对中介机构的重要性以及服务质量水平了解更多，在尽调过程中，可以同时对企业拟选择的上市中介机构进行一定的评估并视情提供相应的建议。

第二部分\

Pre-IPO投资人关注的其他常见问题

1. 投资人需要配合被投资企业做哪些反向尽调

在Pre-IPO投资中，被投资企业若已相对实质进入上市筹备阶段，往往会对投资人开展一定的反向尽调，以避免后续发现投资人存在影响企业上市问题从而对整体安排构成不利影响。因此，企业对投资人开展反向尽调，往往也是一种积极信号，通常能够一定程度说明企业及其中介机构的上市筹备工作已进入一定阶段且较为审慎扎实。

按照目前上市审核要求，投资人在此阶段通常可能需要配合被投资企业反向尽调主要涉及以下方面：

序号	反向尽调主要事项	通常要求
1	设立及存续的合法性	营业执照、公司章程等组织性文件
2	私募基金纳入监管情况	基金及管理人备案文件
3	入股资金来源合法性、是否存在代持等特殊情形	财务报表、资金来源说明、资金实力证明等
4	股东穿透情况	逐层股权穿透图及各层股东信息,了解间接股东中是否存在适格性问题、三类股东等。但投资人通常对间接股东情况了解有限,此阶段通常可以仅在知情范围内沟通配合
5	对外投资情况	持股5%以上投资人可视情况沟通配合,持股5%以下投资人通常可以不予提供

反向尽调的出发点是对双方负责,但也同时需要结合交易效率、投资人获取资料难易程度等具体情况整体把握,投资人可在此过程中与被投资企业充分沟通,共同配合推进相关工作。

2. 与被投资企业/实控人对赌的最新实务审核要求

根据各版块审核问答及最新实务窗口指导,目前在上市审核过程中,对于投资人与被投资企业/实控人对赌的处理要求如下:

对赌主体	处理方式
与被投资企业对赌	<p>因对赌协议终止前的协议条款可能会触发以前年度的有关权益工具和金融负债认定调整的账务处理,因此目前审核实务要求为:</p> <p>投资人与被企业对赌协议的终止协议,需要在上市申报的审计基准日之前签署,且应明确对赌协议自始无效、不得带有附条件恢复条款。</p> <p>除上市审核要求外,与被企业对赌还涉及到在民事法律框架下可执行性的问题,我们此前撰写过专门文章进行过分析,并提供了条款设计的具体建议,可参见本公众号文章《基于投资人视角:标的公司回购条款如何设计?IPO申报时如何处理?》之相关内容。</p>
与控股股东、实际控制人对赌	<p>原则上要求在申报前清理,但同时满足以下要求的可以不清理:一是发行人不作为对赌协议当事人;二是对赌协议不存在可能导致公司控制权变化的约定;三是对赌协议不与市值挂钩;四是对赌协议不存在严重影响发行人持续经营能力或者其他严重影响投资者权益的情形。保荐机构及发行人律师应当就对赌协议是否符合上述要求发表明确核查意见。</p> <p>实务中存在彻底终止、或终止但带有附条件恢复条款的上市案例,但附带恢复条款案例在审核被问询后大多数会进一步签署文件彻底终止。</p>

投资人在Pre-IPO投资就对赌及其他特殊股东权利进行谈判时,应事先了解最新上市审核趋势及案例,并结合被投企业上市筹备的时间节奏,考虑对赌对象的选择、具体条款设计等,并充分评估后续对相关对赌及特殊股东权利的终止或调整要求,以相应作出决策。

3.企业股改基准日后、股改完成前,可否进行投资

股份制改造是很多企业正式踏上上市申报之路的标志性起点。出于确保股改过程的规范性等考虑,原则上,**如果投资人拟在股改基准日后、股改完成之前对企业进行投资,采取增资方式可能存在障碍,而买老股则一般被认为有空间。**

主要原因是:

1) 股改的逻辑原理是以股东在股改基准日享有的经审计净资产折股,若在股改基准日后增资,将导致净资产在基准日后发生变化,从而导致与基准日净资产折股分配方案产生矛盾,实务中一般工商局难以认可。

2) 在此期间增资可能影响业绩连续性的计算。A股IPO相关规则对此没有明确限制,但新三板股转公司在《手册2 公司挂牌业务指南》中认为“公司在改制的同时进行增资操作,或者以评估的净资产值进行评估调账作为股改的出资额的,公司连续经营时间将中断,视同新设股份公司,重新计算经营期。”基于此,进入股改基准

日后,需慎重进行增资操作。

3) 就股权转让而言,因不影响净资产变化,因此不涉及上述两个问题。但有观点认为受让方在股改基准日未对净资产享有权益,从而不能作为发起人。对此观点,实务中一般认为股权转让不影响股改的实质逻辑,且发起人资格可通过创立大会及发起人协议等方式予以确认,因此,在此期间进行老股转让,虽可能存在瑕疵,但不构成实质问题。

实务中不乏在此期间发生了老股转让的案例,例如怡亚通(002183)、同兴达(002845)、深凯瑞德(832386)等等;但增资的案例较为罕见,仅有龙佰集团(002601)、光大证券(601788)等少数案例,且该等案例缺乏普遍参考性,发行人多存在属国家出资企业、增资及股改获得国资监管部门批复等特殊背景。

因此,如果被投企业股改基准日已确定,而投资人在此后希望对其进行增资,则一般建议待股改完成后再实施。当然,由于股改基准日到股改完成之间通常需数月时间,投资人如希望避免在此期间投资机会发生变数、尽早锁定增资权利,也并非没有解决方案。

实务中,我们会协助投资人与被投资企业、主管工商部门充分沟通,设计相应的交易步骤方案以兼顾双方诉求。

以下列举我们在某交易中协助各方拟定的

操作步骤供参考探讨：

- STEP1:签署有约束力的文件先锁定投资机会(可先由目标企业有限公司阶段以股东会审议通过增资预案,并签署增资协议,协议中可约定以创立大会再次确认同意增资作为交割条件等)；
- STEP2:公司召开创立大会(创立大会上同意股改完成后进行增资)并办理股改工商登记；

- STEP3:投资人支付增资款、办理增资工商登记。

4.上市後投資人持股鎖定期

下表梳理了被投企业上市後股東持股鎖定期的主要要求,投資人可根據自身持股比例、入股時點及方式等情況相應參考：

適用情形	鎖定期
申報前12個月之前入股	上市之日起12個月
申報前12個月內新增股東	新增股東所持新增股份自取得之日鎖定36個月
申報前6個月增資擴股取得新增股份	所持新增股份自取得之日起36個月 (注:老投資人取得新股份的,新股份需要適用上述要求)
申報前6個月自控股股東/實際控制人處受讓股份	上市之日起36個月
被投企業無實際控制人時,按持股比例從高到低排列,位列前被投企業股份總數51%的股東 (員工持股計劃、持股5%以下的股東、以及符合《私募基金監管問答——關於首發企業中創業投資基金股東的認定標準》規定條件的創業投資基金股東除外)	上市之日起36個月

注:上表未列舉投資人為控股股東、實際控制人或其一致行動人等特殊情況

5.投資人在企業上市過程中需要出具的承諾及關注要點

在被投企業上市過程中,投資人作為股東,需要配合出具若干承諾,通常包括:

- **全體股東均需出具:**持股鎖定期承諾；
- **持股5%以上股東還需出具:**持股意向及減持意向的承諾;避免同業競爭、減少關聯交易的承諾(非必須,視企業具體情況)；
- 投資人如果屬於第一大股東甚至控股股東,則還可能需要根據具體情況比照實際控制

人惯常要求出具一系列承诺,此文暂不赘述。

相关承诺均会在招股说明书中予以公开披露,且作出后不得随意变更,若上市后存在违反承诺行为,投资人将面临合规风险。

以下近期处罚案例也再次提醒投资人,应谨慎出具并严格遵守相关承诺:

2022年5月13日,某知名全球生物医药公司(Y公司)公告称,其股东上海某投资中心(有限合伙)(以下简称“**上海瀛翊**”)因违规减持事宜收到证监会2亿元罚款的事先告知书。根据公开信息,该投资中心在Y公司上市时曾承诺“集中竞价交易减持股份的,应履行在首次卖出股份的15个交易日前向交易所报告备案减持计划、公告等相关程序”,但其在2021年5月14日-6月8日期间通过集中竞价交易减持股份未按承诺履行相关程序,证监会认为该投资中心作为Y公司公开发行前的股东,其在Y公司IPO及相关年报做出承诺后,其系因承诺而应当披露的信息披露义务人,因减持未及时依法履行信息披露义务的行为,违反《证券法》第三十六条的规定,构成了《证券法》第一百八十六条所述行为。

据以上案例,投资人应当谨慎对待在被投资企业上市过程中所出具的承诺之内容,对待被投资企业要求投资人签署的承诺,应“逐字较真”,充分了解相关内容是否均为监管要求之必须,

如有超出监管明确要求范围之外的主动、额外承诺,建议与被投资企业沟通要求出具该等承诺的原因、必要性、影响及后果,承诺一旦正式作出,应充分重视确保遵照履行。

第三部分\ 结语

如巴菲特所说,“风险来自于你不知道自己在做什么”。潮水逐渐退去,Pre-IPO投资越来越需要投资人以发展的眼光客观理性看待、充分评估风险收益。宏观层面,结合自身投资策略和投资组合情况,审慎布局、合理估值;技术层面,及时了解IPO审核政策及实务要求,对于企业情况及上市预期等有一定的独立判断,从而做出更加科学的投资决策,降低投资风险。☒



刘新辉
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2074
liujason@zhonglun.com

《反壟斷法(修正案)》: 亮点速览 (附中日英三版译文及对比)

作者: 吴鹏 马成豪



2022年6月24日，十三届全国人大常委会第三十五次会议表决通过关于修改反垄断法的决定，自2022年8月1日实施。在中国市场经济环境快速发展的大时代背景下，2008年施行的反垄断法部分条款和制度架构已不完全适应时代的发展，故而此次《中华人民共和国反垄断法（修正案）》（“《反垄断法（修正案）》”）的审议通过具有特别的意义。

以下我们就此次修改的亮点简要介绍如下：

第一部分\

“安全港”规则

《反垄断法（修正案）》规定“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止。”“安全港”规则对中小企业发展、产业规模经济实现具有重要价值。需要重点关注的是《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《反垄断法（修正草案）》”）中，垄断协议“安全港”规则条款单独成条，“安全港”规则适用于所有垄断协议，此次修改将“安全港”规则的适用范围限缩于纵向垄断协议，其他类型的垄断协议，特别是核心卡特尔，一般难以适用“安全港”规则获得豁免。

第二部分\

“轴辐协议”条款

《反垄断法（修正案）》规定“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。”该条尽管没有明确提及“轴辐协议”这个概念，但实质上从立法层面上明确此种新型协议的违法性，补充了《中华人民共和国反垄断法》（“《反垄断法》”）的不足。认定“轴辐”协议的关键，在于处于“轴”位置的经营者与“辐”之间的纵向垄断协议，是否促成“辐”之间的经营者达成横向垄断协议的效果。这一关键体现在本条的“实质性帮助”，如何定义“实质性帮助”，有待立法进一步释明，并且有待执法和司法进一步厘清。

第三部分\

明确纵向垄断协议以排除、限制竞争的效果为构成要件

《反垄断法(修正案)》规定“对前款第一项和第二项规定的协议,经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止。”该条规定在立法层面回应了实践中对纵向垄断协议是否以排除、限制竞争的效果为构成要件的争议,明确在反垄断执法机构认定经营者存在固定或者限定最低转售价格两种行为的情况下,将由经营者对该协议是否符合“排除、限制竞争”这一构成要件承担举证责任,但对于当前反垄断执法中“原则禁止+豁免”的尺度是否会作进一步调整,仍有待观察。

第四部分\

经营者集中申报“停钟”制度

《反垄断法(修正案)》规定“有下列情形之一的,国务院反垄断执法机构可以决定中止计算经营者集中的审查期限,并书面通知经营者:……”“停钟”是指中止计算经营集中审查期限。与此前的《反垄断法(修正草案)》相比,《反垄断法(修正案)》“停钟”制度对第三种情形的规定,部分文字由“经营者同意”修改为“经营者提出中止请求”,更加体现经营者的主动性。“停钟”制度为经营者集中审限提供弹性,旨在解决过往出现的“撤回再报”的冗杂程序性操作,另一方面,明确了“停钟”制度的情形,又能够避免审查周期过长。



第五部分\

处罚力度大幅提升,经营者违法成本大幅提升

《反垄断法(修正案)》规定“经营者违反本法规定,达成并实施垄断协议的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款,上一年度没有销售额的,处五百万元以下的罚款;尚未实施所达成的垄断协议的,可以处三百万元以下的罚款。经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的,可以处一百万元以下的罚款。”

针对经营者集中,《反垄断法(修正案)》规定“经营者违反本法规定实施集中,且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态,处上一年度销售额百分之十以下的罚款;不具有排除、限制竞争效果的,处五百万元以下的罚款。”

对于拒绝提供有关材料、信息,或者提供虚假材料、信息,或者隐匿、销毁、转移证据,或者有其他拒绝、阻碍调查的行为,《反垄断法(修正案)》规定“由反垄断执法机构责令改正,对单位处上一年度销售额百分之一以下的罚款,上一

年度没有销售额或者销售额难以计算的,处五百万元以下的罚款;对个人处五十万元以下的罚款。”

与《反垄断法》相比,《反垄断法(修正案)》处罚力度则大幅提升,经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员要高度重视合规工作,特别是申报工作。

第六部分\

针对情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的行为,罚款数额大幅提升

《反垄断法(修正案)》规定“违反本法规定,情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的,国务院反垄断执法机构可以在本法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下确定具体罚款数额。”与《反垄断法》相比,其处罚力度大幅提升。对于“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果”的理解,则有待后续法律配套规定及相关解释的进一步细化。

第七部分\

新增反垄断民事公益诉讼制度

《反垄断法(修正案)》规定“经营者实施垄断行为, 损害社会公共利益的, 设区的市级以上人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。”这意味着, 违反反垄断法的经营者不仅可能遭遇竞争对手、交易相对人、终端消费者提起的反垄断民事诉讼, 还可能遭遇人民检察院提起的民事公益诉讼, 反垄断民事诉讼风险提升。

第八部分\

其他

《反垄断法(修正案)》规定“经营者因违反本法规定受到行政处罚的, 按照国家有关规定记入信用记录, 并向社会公示。”根据我们的经验, 我们理解信用记录及公示将影响经营者的企业形象、公司商誉, 同时可能对未来招投标活动等产生一定的影响。

最后, 我们也注意到《反垄断法(修正案)》规定“国家坚持市场化、法治化原则, 强化竞争政策基础地位.....”迄今为止, 全世界已有超过140个国家和地区出台了竞争法, 建立了竞争政策体系, 中国政府强化竞争政策基础地位, 重申

竞争政策与国家产业政策、贸易政策、税收政策、金融政策的关系, 顺应了时代潮流, 其对营造良好的营商环境而言意义重大。

为完整性, 我们将《反垄断法》《反垄断法(修正草案)》《反垄断法(修正案)》做了对比, 同时准备了日文、英文译文, 供各位同仁参考。☞



[扫描二维码可查看](#)

《反垄断法(修正案)》: 亮点速览
(附中文及对比)



[扫描二维码可查看](#)

《反垄断法(修正案)》: 亮点速览
(附日文及对比)



[扫描二维码可查看](#)

《反垄断法(修正案)》: 亮点速览
(附英文及对比)



吴鹏
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2002
wupeng@zhonglun.com

欲知平直，则必准绳—— 《数据出境安全评估办法》 十四个焦点问题的理解

作者：陈际红 吴佳蔚 杨润 于楚佳

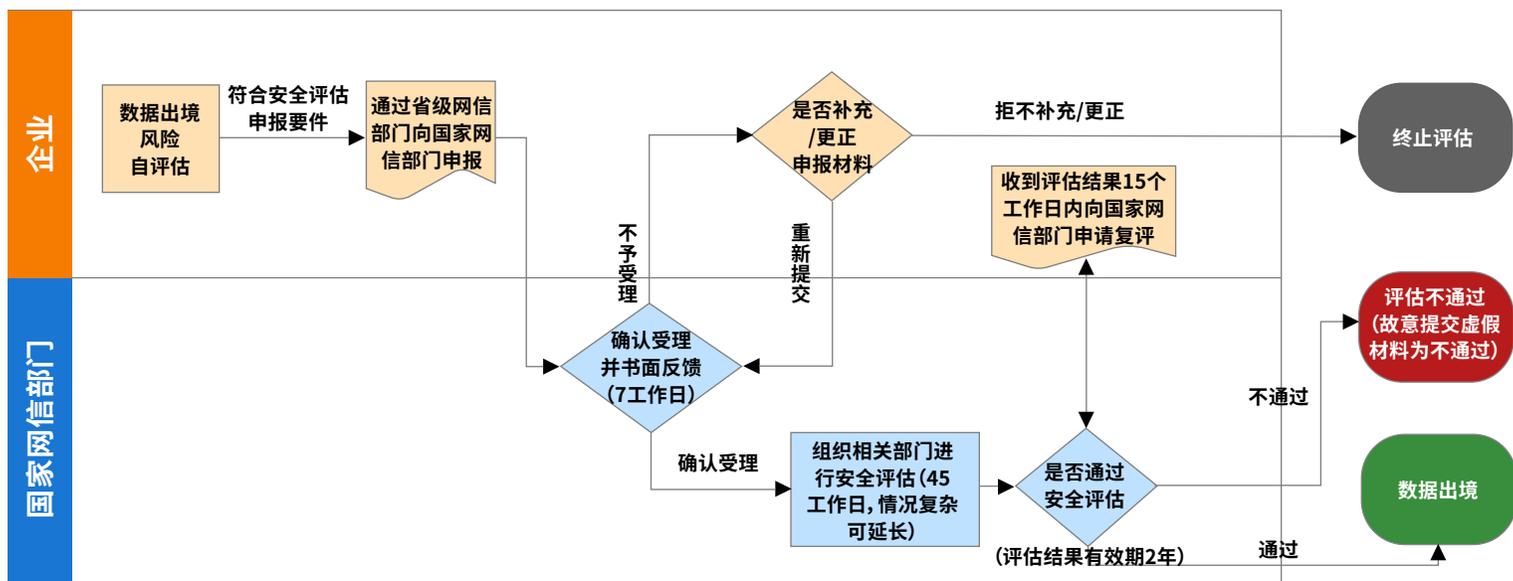


自《网络安全法》于2017年生效以来,其所确立的数据出境安全评估制度就广受关注。历经多个版本和多轮征求意见之后,国家互联网信息办公室于2022年7月7日颁布《数据出境安全评估办法》(下称《办法》),并将于9月1日正式实施。本《办法》体现了监管机构兼顾维护数据流动安全和促进数字经济发展的价值取向,为企业跨境数据合规义务的落地实施提供了更为确定的指引。我们选取企业视角中所关注的十四个焦点问题进行讨论。

第一部分\

如何开展数据出境安全评估?

依照《办法》的规定,数据出境安全评估的流程如下:



第二部分\

什么是“数据出境”?第二条的“向境外提供”包括什么场景?

《办法》适用于数据处理者向境外提供在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据和个人信息的安全评估的情形。国家网信办就《办法》答记者问中进一步明确,《办法》所称数据出境活动主要包括:一是数据处理者将在境内运营中收集和产生的数据传输、存储至境外。二是数据处理者收集和产生的数据存储在境内,境外的机构、组织或者个人可以访问或者调用。

总结而言,判断是否构成《办法》所规制的数据出境,需满足以下要素:

- 1) 数据类型:境内运营中收集和产生的重要数据或个人信息;
- 2) 出境的方式:向境外提供,包括物理跨越和远程访问;
- 3) 境外的含义:中华人民共和国大陆地区以外的其他国家/地区,包括港澳台地区¹;以及
- 4) 开展数据出境活动的双方:涉及数据传输方和数据接收方²。

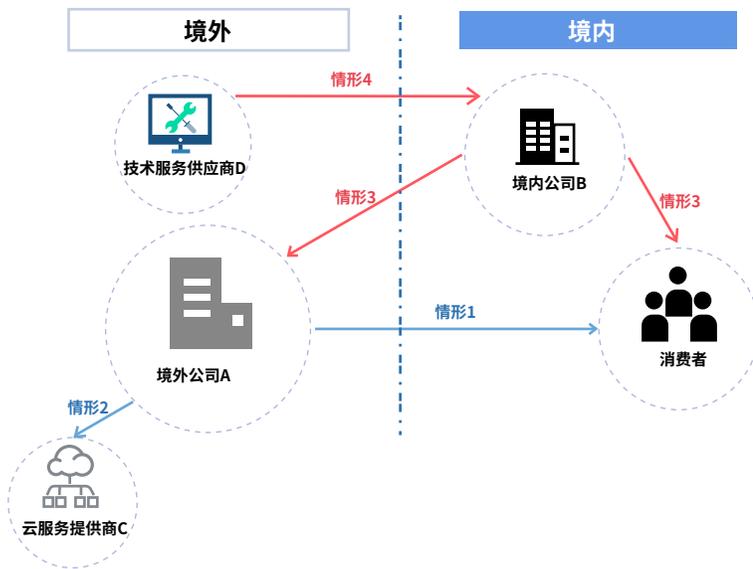
还有一个业界普遍关注的问题,即《个人信息保护法》(下称《个保法》)第三条第二款所规定的在境外直接处理境内自然人个人信息的活动是否适用《办法》,即,如果境外的数据处理者所

收集境内自然人个人信息的数量达到《办法》第四条规定的门槛,是否也要申请安全评估?之前业内普遍观点认为,《个保法》第三条第二款规定的处理活动,会导致《个保法》对境外的个人信息处理者直接适用,但第三章规定的个人信息跨境提供的规则不适用。该观点的逻辑是,该处理活动中,仅存在适用《个保法》的个人信息处理者单方,并无境外接收方,也就没有发生个人信息处理者向境外(另一方)提供个人信息的行为。GDPR在此问题上亦是这样的逻辑。但是,在全国信息安全标准化技术委员会6月24日发布的《网络安全标准实践指南—个人信息跨境处理活动安全认证规范》中,将此场景纳入到安全认证机制的范围,就此引发了比较大的争议。

从《办法》的文字逻辑看,比如,第二条规定的“数据处理者向境外**提供**”,第九条规定的“**数据处理者**应当在与**境外接收方**订立的法律文件...”,如果没有进一步的官方明确,我们倾向于认为《办法》的适用不包括《个保法》第三条第二款规定的处理活动。但是,如果未来监管机构将境外个人信息处理者在境内设立的专门机构或者指定代表拟制为境内的数据处理者,进而适用《办法》进行安全评估,亦非不可能。

1.参考《中华人民共和国出境入境管理法》第八十九条的定义,出境是指中国内地前往其他国家或者地区,由中国内地前往香港特别行政区、澳门特别行政区,由中国大陆前往台湾地区。因此,我们认为将大陆地区境内收集和产生的重要数据和个人信息提供至港澳台地区也属于数据出境。

2.参考EDPB《关于GDPR第3条与根据第五章的数据国际转移规定在适用时相关作用的05/2021准则(公开征求意见稿)》(Guidelines 05/2021) on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfer as per Chapter V of the GDPR (version for public consultation), 为了符合数据跨境传输跨境的条件,必须有一个控制者或处理者披露数据(data exporter)和一个不同的数据控制者或处理者接收或被给予访问数据(data importer)。



● 某境外公司A在中国大陆地区境内无实体

情形1: A公司直接面向大陆地区消费者提供APP及相关服务, 涉及收集处理消费者个人信息, 根据《个保法》第三条第二款直接适用《个保法》, 与消费者之间不构成数据出境

情形2: 在情形1的基础上, A公司在境外使用云服务器C存储其收集的来自大陆地区消费者的个人信息, A与C之间构成数据出境

● 某境外公司A在中国大陆地区境内有子公司B

情形3: B公司面向大陆地区消费者提供APP及相关服务, 涉及收集处理消费者个人信息。为了总部业务管理的目的, B会将其所收集的个人信息同步给其总部A, B与C之间构成数据出境

情形4: B公司所使用的某个IT系统是境外技术服务提供D协助在大陆地区本地化部署的, 且D会远程访问该IT系统进行日常运维及的bug修复, B与D之间构成数据出境

图: 主要的数据出境情形判断示例

第三部分\

如何理解风险自评估程序?与《个保法》第五十五条的PIA是什么关系?

根据《办法》第五条, 数据处理者在向境外提供数据前应当开展数据出境风险自评估, 因此, 风险自评估程序是开展数据跨境活动和申报安全评估的必备前置程序。风险自评估可以由数据处理者自己进行, 也可以引入第三方专业机构协助进行, 《办法》第五条规定了自评估的重点评估事项。

根据《个保法》第五十五条规定, 个人信息处理者在向境外提供个人信息前需进行个人信

息保护影响评估 (“PIA”)。那么, 《个保法》第五十五条规定的PIA与《办法》规定的自评估和申报评估三者间是什么关系呢? 应该说, 三个评估的目标和方法论是基本一致的, 即通过对数据处理活动的梳理, 发现潜在风险点, 判断所采取的管理措施和技术措施是否充分。但是, 三个评估程序所重点关注的风险因素又有明显的区别:

PIA主要关注数据处理活动对个人权益造成的影响, 比如, 数据处理活动是否会对个人信息主体依照《个保法》所享有的各项权益带来损害或者有所减损, 但不会涉及重要数据; 自评估属于自行发现风险的程序, 除了PIA所关注的风险因素之外, 还要重点关注跨境因素带来的风险, 比如出境数据的状况、境外接收方的承诺、

所采取的措施、安全能力等,以及跨境处理活动的技术风险,跨境行权渠道等;而对于申报评估程序,除了个人合法权益的保护外,该程序更加关注跨境数据活动对国家安全、公共利益带来的风险,比如要考察境外接收方所在国家或地区的政策法律环境、同等保护原则是否得到落实、各方遵守中国法律的情况等。申报评估程序一方面是对数据处理者所提交的自评估报告进行核查,另一方面,站在国家更宏大的角度,审视数据出境活动对国家安全和公共利益的影响。

第四部分\

触发“数据出境安全评估”的情形有哪些?

根据《办法》第四条,结合《网络安全法》《数据安全法》及《个人信息保护法》等法律法规中的规定,以下情形会触发数据出境安全评估:

(1)出境的数据包含重要数据,而不论数据处理者是否构成关键信息基础设施运营者(“CIIO”);

(2)数据处理者构成特殊主体:数据处理者是CIIO,向境外提供个人信息;

(3)数据处理者所处理的数据量超过门槛:

①处理个人信息达到100万人以上;或②自上

年1月1日起累计向境外提供超过10万人个人信息或1万人敏感个人信息。

第五部分\

“数据出境安全评估”与“数据本地存储”是什么关系?

综合各个层次立法的规定,对在境内运营中收集和产生的数据,需要进行“本地存储”的,大体包括以下的情形:

1) CIIO在境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据(《网络安全法》第三十七条,《数据安全法》第三十一条);

2) CIIO和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者,应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内(《个人信息保护法》第四十条);

3) 国家机关处理的个人信息(《个人信息保护法》第三十六条);

4) 汽车数据构成重要数据的,应当依法在境内存储(《汽车数据安全管理办法(试行)》第十一条);

5) 其它对特定行业数据的本地存储要求,比如金融、医疗健康、测绘等数据。

数据出境安全评估的触发情形		数据本地存储要求情形
特殊主体	关键信息基础设施运营者收集和产生的重要数据和个人信息 《网安法》第三十七条,《数安法》第三十一条,《个保法》第四十条,《办法》第四条	关键信息基础设施运营者收集和产生的重要数据和个人信息 《网安法》第三十七条,《数安法》第三十一条,《个保法》第四十条
	国家机关处理的个人信息 《个保法》第三十六条	国家机关处理的个人信息 《个保法》第三十六条
特殊场景	所出境的数据中包含重要数据 《办法》第四条	/
	处理个人信息达到100万人以上 《办法》第四条	处理个人信息达到网信部门规定数据 《个保法》第四十条
	累计向境外提供超过10万人个人信息或1万人敏感信息 《办法》第四条	/

从以上的分析可以看出,如果法律规定了数据本地存储的义务,一旦要实施跨境传输,必然会触发安全评估的要求。反过来,对于《办法》规定的需要申报安全评估的情形,是否一定会触发数据本地存储的义务?尤其是①处理个人信息达到100万人以上;或②自上年1月1日起累计向境外提供超过10万人个人信息或1万人敏感个人信息的情形。虽然法律暂未明确,但我们倾向于认为本地存储和跨境安全评估是保障数据安全的一体两面。同时,结合《个保法》第四十条的规定,“处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者,应当将在中华人

民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内”,而《办法》所规定的100万、10万和1万的门槛,构成《个保法》第四十条所指的“国家网信部门规定数量”,因此《办法》规定的需要申报安全评估的情形将触发数据本地存储的义务。

第六部分\

如何计算个人信息的量?

如问题4所述,在两种数据出境安全评估的触发场景下涉及计算个人信息的量:

(1)处理个人信息达到100万人以上

a) 计算标准: 100万个人信息主体,即人数为100万;

b) 计算主体: 构成数据传输方的个人信息处理者。我们理解此处是指单个的个人信息处理者,如果某集团公司内涉及多个实体,如果没有数据混同或融合的情况,我们认为应按照不同实体分别计算;

c) 计算范围: 个人信息处理者范围内所有个人信息处理场景所涉及主体的总量,既包括外部客户、用户等,也包括内部员工。

(2)自上年1月1日起累计向境外提供超过10万人个人信息或1万人个人敏感信息

计算时需注意以下几点:

a) 计算标准: 10万个或1万个个人信息主体,即涉及传输的个人信息主体的数量累计为10万人(若传输的是个人敏感信息,涉及传输的个人信息主体的数据量累计为1万人);

b) 计算主体: 构成数据传输方的个人信息处理者。若同一个个人信息处理者涉及向不同的数据接收方提供个人信息,所涉及的个人信息的数量应当累计计算;

c) 累计标准: 《办法》承接了《个人信息出境标准合同规定(征求意见稿)》的累计起算点,初次明晰了起算点为自上年1月1日起,与此对应的可能存在的清零和重新计算的制度设计,一

定程度打消了企业关于“只要我有跨境业务,迟早会落入本地化和安全评估范围”的疑虑。

第七部分\

关键信息基础设施运营者是如何识别的?

要判断是否落入《办法》的适用范围,就要判断企业是否构成CIIO。

依据2021年颁布的《关键信息基础设施安全保护条例》(以下简称《**关基条例**》)第二条,关键信息基础设施是指公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务、国防科技工业等重要行业和领域的,以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露,可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统等。依据《关基条例》第十条,由保护工作部门根据其制定的认定规则负责组织认定本行业、本领域的关键信息基础设施,并将认定结果通知运营者。基于此,企业一旦被认定为关键信息基础设施的运营者将会收到相关主管部门的通知。可以理解,企业如未收到主管部门的认定关键信息基础设施的运营者的通知,企业可以暂时认为自己不是CIIO。



第八部分\ 重要数据是如何识别的？

依据《办法》第十九条，重要数据是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全等的数据。据此可以判断，重要数据的识别主要聚焦于数据的性质和对国家安全和公共利益影响。重要数据采用的是定性与定量相结合判断的方法。若单条信息对国家安全可能造成影响的，单条信息亦可能构成重要数据，如国家战略物资的储备量³。但若单条或少量信息不会影响国家安全或社会公共利益，但覆盖较大范围或较长时间的，或是涉及某些重

要区域或时期的信息集合亦可能构成重要数据⁴。

从实务角度出发，虽然《数据安全法》规定由各地区、各部门负责确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据目录，但目前仅汽车领域出台了《汽车数据安全若干规定（试行）》对此做出尝试，其他领域的重要数据识别指南仍有待进一步细化。

从企业自评估实践角度出发，企业存在判断难度。我们建议企业采取定性与定量相结合的方式，密切关注立法实践，适时征求相应主管部门的意见。

3.《信息安全技术 重要数据识别指南（征求意见稿）》5 重要数据的识别因素；
4.《信息安全技术 数据出境安全指南（征求意见稿）》附录A.27

第九部分\

申报评估中的“拟订立的法律文件”与标准合同条款是什么关系？

按照《办法》第六条要求，申报出境安全评估，要提交数据处理者与境外接受方“拟订立的法律文件”。其与《个保法》第三十八条所规定的跨境传输机制之一——标准合同条款在数据出境语境下，对于保护个人信息主体权益的价值取向和内容设置或有重合，但是法律效果不同。标准合同是与安全评估并列的跨境传输机制，企业在无需安全评估的前提下可以选择签署标准合同条款。此外，与标准合同条款最大的区别在于还应包含对于重要数据保护的内容（如涉及重要数据出境）。

结合《办法》第九条对“拟订立的法律文件”内容的要求，我们理解：

(1) 若向境外提供的数据仅包括个人信息，数据处理者与境外接收方所订立的法律文件可以参考标准合同的内容或直接将标准合同作为“拟订立的法律文件”；

(2) 若向境外提供的数据还包括重要数据，标准合同中对于传输双方的权利义务约定同样具有参考意义。

第十部分\

哪些机构会参与数据出境安全评估？

《办法》第七条规定，省级网信部门接受来自数据处理者的申报材料，申报材料齐全的，报送给国家网信部门。第十条规定，国家网信部门将在受理申报后，组织国务院有关部门、省级网信部门、专门机构进行评估。从实务角度来看，出境安全评估可能与现存相关审批制度相竞合。如在出口管制领域，企业涉及美国实体清单移除程序时需向商务部申报批准。

第十一部分\

哪些情形会触发重新申报评估？

根据《办法》第十四条，触发重新申报评估的情形包括：

(1) 评估有效期(2年)届满；

(2) 评估有效期内，**①出境活动事实变化：**包括出境活动本身的目的、方式、范围、类型以及接收方的使用、存储等发生变化；或**②境外环境变化：**主要指数据接收方所在国家/地区数据安全保护政策法规或网络安全环境发生变化导致可能影响数据安全；**③或出境双方变化：**包括

出境双方的变更、实际控制权变化以及双方的合同变更导致可能影响数据安全。

第十二部分\

评估申报需要提交具体的数据清单吗?如何保护企业的保密信息?

在申报安全评估前,企业应已完成内部的安全自评估,对拟出境数据的类型、影响程度(含对个人信息主体的影响、对企业的影响、对社会公共利益及国家安全的影响)作出了初步的判断,形成了数据清单。但是结合实务经验,该等清单的具体程度可能会根据数据敏感性和出境活动的敏感性有所区别,若企业仅提供笼统的数据清单进行申报,国家网信部门可能会要求企业进一步补充信息以进行具体评估。

针对企业的保密信息保护,一方面,企业可在自评估时,在不影响业务实际开展的前提下对相关拟出境数据进行处理(如采取掩码、遮盖措施等),将已处理后的数据递交评估、向国家网信部门说明采取的预处理方式。另一方面,《办法》第十五条明确规定,参与安全评估工作的相关机构和人员对在履行职责中知悉的国家秘密、个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等数据将依法予以保密,不得泄露或非法向他人提供。

第十三部分\

《办法》生效前已经传输出境的数据该如何处理?

《办法》规定了6个月的过渡期,要求在《办法》实施前已经开展的数据出境活动,不符合《办法》规定的,应当在《办法》施行之日起6个月内完成整改。基于此,我们理解:

(1) 对于已经完成传输、且数据接收方已经删除或匿名化处理数据的数据出境活动,《办法》不溯及既往。

(2) 对于已经完成传输、但数据接收方仍继续在存储或处理数据的数据出境活动:由于数据处理活动是一个连续的行为,数据接收方的后续处理行为仍可能对国家安全、社会安全及个人权益等产生影响,我们倾向于认为《办法》适用于此种情形。

(3) 对于正在进行中的数据出境活动:在过渡期内,企业因业务需要需进行数据跨境传输的,仍可继续进行,但应同时完成对现有数据出境行为的风险自评估,若触发数据出境安全评估申报的,应当在过渡期内完成安全评估。

第十四部分\

监管机构如何进行执法？

根据《办法》第十六条、第十七条，国家网信部门可以采取主动检查与接受举报监督的方式，核实企业出境活动与申报评估的情况是否一致、是否符合数据出境安全管理要求。一旦发现不符合数据出境安全管理要求的，国家网信部门可以书面通知企业停止数据出境活动。企业违反《办法》规定进行数据出境活动的，将面临《网络安全法》《数据安全法》《个保法》等法律法规规定的处罚。 ☒



陈际红
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2003
chenjihong@zhonglun.com

当房屋租赁遇上抵押和查封

作者：康铨 唐晶



在房屋租赁的过程中,有时会遇到房屋被抵押或者被查封的情况,如出现这种情况,是否会对承租人的租赁权产生影响,抵押和查封究竟能否“破”租赁?本文拟就此问题进行分析,并探究相关主体权利救济之有效路径。

第一部分\

能否“破”租赁的认定标准

(一) 抵押权VS租赁权

1. 先租赁后抵押

《中华人民共和国民法典》(以下简称“《民法典》”)第四百零五条规定:“抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权的影响。”2022年6月10日发布的《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件办理工作指引(三)》¹第2条第2款中明确,承租人在租赁物被抵押之前已经与被执行人签订了合法有效的租赁合同,并已按约支付租金,且实际占有使用租赁物,抵押权人申请拍卖该租赁物,承租人要求阻止交付的,应予支持。

2. 先抵押后租赁

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十四条第(一)款规定,租赁房屋在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动,承租人

请求房屋受让人继续履行原租赁合同的,人民法院应予支持。但租赁房屋在出租前已设立抵押权,因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的除外。《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件办理工作指引(三)》第1条中明确,承租人基于不动产被抵押之后与被执行人订立的租赁合同提出执行异议的,承租人请求在租赁期内停止对执行标的的处置或者阻止向受让人移交占有该不动产的,不予支持。

从上述法律规定可见,“租赁+实际占有”的时间与抵押权设立的时间先后是判断租赁能否对抗抵押权的重要依据。如抵押权设立在先,则租赁权不得对抗;如抵押权设立在后,则租赁权能够对抗。

(二) 查封VS租赁权

1. 先租赁后查封

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第三十一条第一款

1.部分高院就相关问题出台了相应的指导意见,此处仅以江苏省高级人民法院为例。下同。

规定：“承租人请求在租赁期内阻止向受让人移交占有被执行的不动产，在人民法院查封之前已签订合法有效的书面租赁合同并占有使用该不动产的，人民法院应予支持。”即如“租赁+实际占有”在房屋被查封之前，那么承租人的承租权则可以对抗出租人的债权人，无需腾退房屋。

2.先查封后租赁

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十四条第(二)款规定，房屋在出租前已被人民法院依法查封的，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院不予支持。《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第二十四条第一款和第二款规定：“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。第三人未经人民法院准许占有查封、扣押、冻结的财产或者实施其他有碍执行的行为的，人民法院可以依据申请执行人的申请或者依职权解除其占有或者排除其妨害。”

从以上法律规定可见，如承租人在房屋被查封后承租，则无权请求受让人继续履行原租赁合同，如因房屋出租有碍执行行为，法院可依申请或依职权要求承租人腾退。但需要说明的是，即便已被查封的房屋未经人民法院准许又另行出租，房屋租赁合同并不当然无效，只是不得对抗

申请执行人。对承租人依据租赁合同占有的房屋，人民法院可以解除其占有，但不应当在裁定中直接认定租赁合同无效或解除租赁合同。²

(三)占有时间点是关键

从部分高级人民法院出台的相关意见来看，在司法实践中，人民法院认定租赁可以对抗抵押或查封应同时符合以下条件³：一是在人民法院查封之前或者在抵押登记之前，承租人已基于租赁之目的签订合法有效的书面租赁合同；二是在人民法院查封之前或者在抵押登记之前，承租人已合法占有使用房屋；三是已按照合理方式支付租金。

因租赁合同的真实签订时间难以确定，为遏制被执行人与承租人通过虚假租赁规避执行行为，保护债权人合法权益，从相关法律规定可见，在对房屋进行执行时，如承租人主张租赁权，关键在于实际“占有”的时间点。《江苏省高级人民法院执行局关于执行不动产时承租人主张租赁权的若干问题解答》中亦进一步明确，无论被执行人与承租人订立的租赁合同在申请执行人设立抵押权、法院查封之前或之后，只要承租人在申请执行人设立抵押权、法院查封之后占有使用

2. 参见《最高人民法院关于人民法院能否在执行程序中以被执行人擅自出租查封房产为由认定该租赁合同无效或解除该租赁合同的答复》(〔2009〕执他字第7号)。

3. 参见《海南省高级人民法院关于审理执行异议之诉纠纷案件的裁判指引(试行)》第11条，《山东省高级人民法院民一庭关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》第四条，《江西省高级人民法院关于执行异议之诉案件的审理指南》第34条、第35条，《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件办理工作指引(三)》第1条、第2条。

该不动产的,法院应根据申请执行人的申请或依职权裁定除去租赁关系后拍卖该不动产。

此外,占有必须是由承租人实际占有。江苏省高级人民法院认为,承租人占有使用不动产主要是指承租人(包括次承租人)已支付租金且对该不动产已经用于生活、生产、经营、已进行装修或以其他方式行使对租赁物的实际控制权。承租人以已向被执行人支付全部租金、以该不动产使用权抵债、已向房产管理部门登记备案、以在该不动产所在地为新设公司营业地址为由主张租赁权,请求法院带租拍卖或拍卖后阻止向受让人移交占有的,而该不动产仍为被执行人或其他人占有使用的,不属于承租人占有使用的情形。⁴

第二部分\

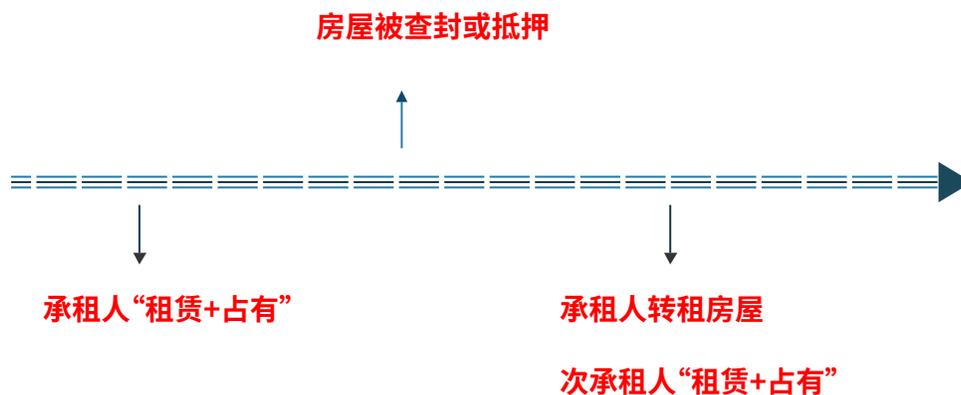
特殊情形下的权利较量

从当前关于租赁权是否受抵押和查封之影

响的上述法律规定可见,抵押和查封能否破“租赁”的关键在于抵押设立和查封的时间是否早于承租人“租赁+实际占有”的时间。一般而言,如抵押权设立和查封的时间在前,则可破租赁;如抵押权设立和查封的时间在后,则不可破租赁。但现实生活中的情形往往比较复杂,有时会出现转租或者承租人和出租人主体变更的情况,在涉及新的主体加入时,如仅凭时间点的先后作为判断的依据,有可能会出现认定错误。故在一些特殊情形下,租赁能否被“破”,应首先判断租赁权的权利来源,然后再从时间上来判断先后。

(一) 转租情况下承租人的承租权

如果出租人与承租人签订房屋租赁合同且承租人实际占有房屋的时间在查封或抵押权设立之前,但承租人与次承租人的转租合同签订在查封或抵押权设立之后,此种情况下,次承租人的承租权是否能够对抗查封和抵押权?



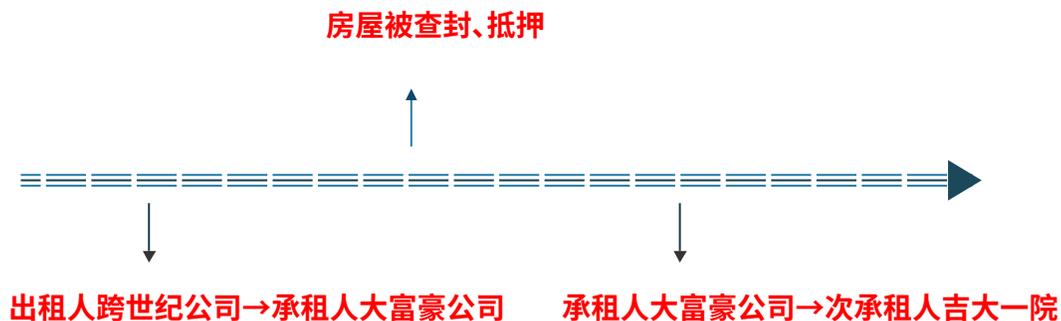
4. 参见《江苏省高级人民法院执行局关于执行不动产时承租人主张租赁权的若干问题解答》第三条、《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件办理工作指引(三)》第4条。

就此笔者认为,因次承租人的承租权来源于承租人,只要承租人能够转租且其承租权能够对抗查封和抵押权,那么次承租人的承租权就不会受到查封和抵押的影响。也就是说,即便次承租人的“租赁+占有”的时间在查封和抵押权设立之后,但只要承租人的“租赁+占有”在查封和抵押权设立之前,因承租人可以对抗查封和抵押权,那么在债权人无权要求承租人腾退的情况下,承租人和出租人之间的房屋租赁合同便可以继续履行。因而,只要出租人同意承租人转租,次承租人就在租期内承接了承租人的承租权,并不会受到查封和抵押的影响。简而言之,次承租人的承租权能否对抗查封和抵押,关键还是看承租人“租赁+占有”的时间点。

经笔者检索,最高人民法院在(2017)最高法民终338号案件中曾处理过此类纠纷。在该案中,出租人跨世纪公司将涉案房屋出租给了大富豪公司,大富豪公司又将案涉房屋转租给了吉大一院。案涉房屋在出租给大富豪公司之后,大富

豪公司转租给吉大一院之前被法院查封并设定了抵押。

最高人民法院在该案判决书认定“本案中,一方面,大富豪公司与跨世纪公司之间的租赁合同订立在法院查封之前,大富豪公司与吉大一院之间的转租合同虽订立在法院查封之后,即涉案房屋在大富豪公司与吉大一院签订《房屋租赁合同》时,虽已因案外人赵某申请执行案件而被法院依法查封,但吉大一院在其租赁期限内承接了大富豪公司的承租权,该承租行为并未增加申请执行人实现债权的负担,大富豪公司与吉大一院之间的《房屋租赁合同》不应因签订在涉案房屋被法院查封之后而被认定为无效。另一方面,涉案房屋在大富豪公司与吉大一院签订《房屋租赁合同》时,已经由房屋所有权人跨世纪公司抵押给宽城支行,且因宽城支行依据法院生效判决申请执行而被查封。但跨世纪公司在与宽城支行签订抵押合同之前,已经与大富豪公司签订了出租合同,故跨世纪公司与大富豪公司之间的原租赁

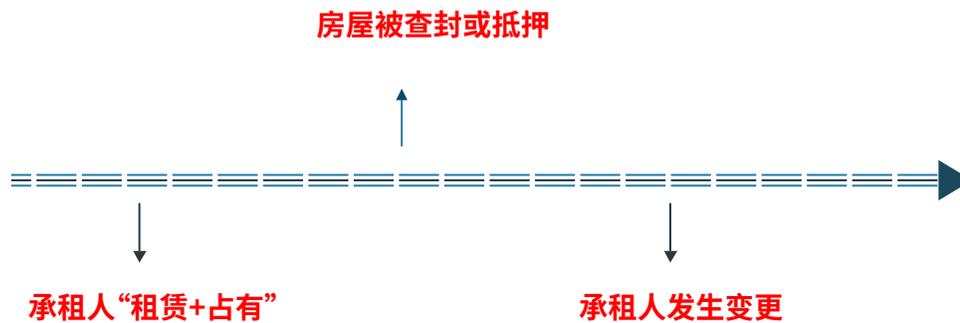




关系不受宽城支行抵押权的影响,大富豪公司仍可继续承租本案涉案房屋,在跨世纪公司同意的前提下,大富豪公司有权就涉案房屋进行转租。吉大一院对涉案房屋的租赁期限没有超出大富

豪公司租赁期限,吉大一院在其租期内承接了大富豪公司的承租权,并不受抵押权的影响。”⁵

(二)承租人发生变更后新承租人的承租权



5.参见(2017)最高法民终338号民事判决书。

在房屋租赁合同签订后,也可能会出现承租人主体变更的情况。如果原房屋租赁合同签订在查封或抵押权设立之前,但承租人主体变更发生在查封或抵押权设立之后,就新的承租人能否以其承租权来对抗查封和抵押权的问题,笔者认为应当分两种情况来进行分析:

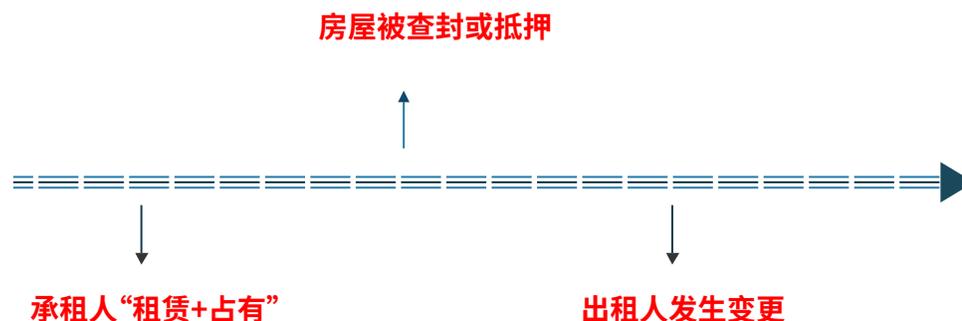
一是“解除+重新签约”的情况。在承租人发生变更时,如出租人和原承租人签订了解除房屋租赁合同的相关协议,而后又与新的承租人签订了房屋租赁合同,那么新的承租人所签订的合同应被视为是一个新的房屋租赁关系,与此前原承租人的房屋租赁合同关系没有关联。在此情况下,如果新的房屋租赁合同签订在查封或抵押权设立之后,将无法进行对抗。

二是“合同的权利和义务一并转让”的情况。如出租人、原承租人和新的承租人仅是签订了关于房屋租赁合同的承租人变更协议,笔者认为实

则属于原承租人将房屋租赁合同项下的合同权利和义务进行了一并转让,在承租人变更后,新的承租人直接承继了原承租人的合同权利义务,房屋租赁合同仍应继续履行。此时“租赁+占有”的时间点仍应以原承租人取得承租权的时间节点来进行判断。

就此情况,笔者亦检索到天津市第二中级人民法院(2021)津02执异169号案件,该案租赁合同签订于2009年11月,案涉房产查封于2016年2月,承租人主体变更发生于2017年7月,在债权人执行案涉房产时新的承租人提出执行异议。最终法院依据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第三十一条之规定,裁定新的承租人的异议成立,准许新的承租人在租赁期内不向买受人移交案涉房产。⁶

(三)出租人发生变更后承租人的承租权



6. 参见(2021)津02执异169号民事裁定书。

在房屋租赁的过程中,如出现出租人的主体变更,亦需要首先判断新的房屋租赁合同的权利来源,继而再判断这种承租权是否可以对抗查封和抵押权。

在实践中,笔者曾遇到过此类情况,即产权人甲将房屋出租给乙,乙实际占有房屋后,甲将房屋抵押给了某银行。后甲因商业运作方面的需要,拟将房屋先出租给丙,再由丙出租给乙。暂且不论甲“一房二租”的问题,如乙同意与丙签订租赁合同,则意味着乙与甲之间原有的租赁关系已经解除,乙的承租权即来源于丙的转租权。但因丙取得承租权在抵押权之后,那么一旦抵押权人要求实现抵押权,乙作为次承租人就存在腾退的风险。

第三部分\

承租人与债权人的救济路径

当租赁与查封和抵押相遇,债权人又拟就承租房屋实现优先受偿权或债务的清偿,承租人和债权人的对抗便主要集中于执行程序中。在执行程序中,承租人如何实现租赁合同的继续履行、债权人又如何争取最大程度的实现债权,笔者认为主要的救济路径如下:

7. 参见《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件办理工作指引(三)》第2条第1款。

(一)承租人的救济路径

一是证明实际占有在先。是否占有在先是租赁能否对抗查封和抵押的关键,故一旦进入执行程序,承租人可提供房屋被查封或抵押之前形成的租金收取凭证、物业服务合同、交房证明、水电费及物业费缴纳凭证、已根据租赁用途进行装修、以租赁房屋作为住所地的营业执照且至今未变更住所地等其他足以证明已经实际交接或占有房屋的证据。

二是要求阻止交付。承租人如在所租赁房屋设立抵押权、法院查封之前已签订了书面租赁合同并占有使用房屋,债权人申请拍卖该房屋,因租赁权设立在先,租赁权得以对抗抵押和查封,此时承租人有权要求阻止向受让人移交占有房屋。承租人可向执行法院提出执行异议,法院将依据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“《民事诉讼法》”)第二百三十四条有关执行标的异议的规定进行审查。

三是申请“带租拍卖”。即便在承租权能够对抗抵押和查封的情况下,承租人也仅可以要求阻止交付房屋,但不得要求停止对执行标的即房屋的处置。⁷承租人可提出“带租拍卖”,并可对除去租赁关系的拍卖提出执行异议,法院对该异议将依据《民事诉讼法》第二百三十四条进行处理。

四是争取取得申请执行人出具的有利书面文件。如房屋在设立抵押权、法院查封之后才租

赁占有的,但申请执行人能够书面同意“带租拍卖”的,法院应裁定在租赁期内“带租拍卖”。故在承租人处于被动地位时,承租人可与申请执行人进行必要的沟通,争取对具体的“带租拍卖”执行方案达成合意。

五是优先购买权不受影响。无论法院采“带租拍卖”还是“去租拍卖”,承租人在同等条件下的优先购买权均不受影响。在“去租拍卖”的情况下,仅仅是承租人的租赁权不能对抗强制执行,但优先购买权仍然受法律保护。

(二)债权人的救济路径

一是查证是否存在虚假租赁。承租人虽在所承租房屋抵押权设立、法院查封之前订立租赁合同并占有使用房屋,但债权人有权证据证明,被执行人与承租人之间恶意串通,以明显不合理的低价租赁,或伪造交付租金证据的,应按照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第三十一条第二款之规定,对承租人提出的阻止移交占有房屋的请求,不予支持。故作为申请执行人,应注意查找承租人是否存在虚假租赁的相关证据。例如:承租人和被执行人伪造、变造租赁合同;倒签租赁合同时间;伪造实际占有使用房屋的证据;承租人系被执行人的近亲属或关联企业,租赁关系与其他证据或事实相互矛盾。对于租赁期限在5年以上的租约,更

应着重提供证据证明存在租金支付明显违反常理、名为租赁实为借贷、租赁房屋并未实际占有使用等其他违反商业习惯或商业常理的情形。⁸

二是申请“去租拍卖”。“带租拍卖”势必会对房产的评估拍卖价格产生较大的影响,不利于债权的顺利实现。在查封和抵押能“破”租赁的情况下,如法院“带租拍卖”,债权人可提出应除去租赁关系,对“带租拍卖”提出执行异议,法院对该异议应依据《民事诉讼法》第二百三十二条有关执行行为异议的规定进行处理。

第四部分\

相关建议

只有未雨绸缪,防患于未然,才能有效地控制风险。在交易的过程中,建议各主体把工作做在前面。

一是对抵押权人而言,抵押权人在设立抵押权时如发现房屋之上存在在先的租赁,建议抵押权人要求债务人再提供其他额外的担保,以避免“带租拍卖”时因价格过低导致债权清偿受限。

二是对承租人而言,如房屋在租赁前存在查封或抵押,那么承租人即存在于租赁期内无法使用房屋的风险,且一旦房屋租赁被“破”而解除,

8. 参见《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件办理工作指引(三)》第3条、第4条。

如双方无约定,承租人可获赔偿则主要视双方的过错程度来综合认定。判断承租人是否具有过错的重点在于承租人是否尽到了必要的注意义务,⁹故在租赁房屋之前,尤其是在租赁经营性的商业用房前,承租人一定要进行尽职调查,要求出租人提供不动产登记信息及产权证,以确定是否处于房屋查封和抵押的状态。为进一步避免风险,建议承租人在尽调后,无论是否发现房屋存在查封或抵押,均力争在合同中明确约定,如因房屋存在查封或抵押而致使承租人无法使用房屋,出租人应如何承担合同解除的违约责任。如承租人在签订租赁合同时发现房屋存在抵押或查封,亦可争取与债权人协商,争取由债权人出具有关“如为实现债权拍卖房屋,亦不影响租赁合同履行”的相关书面承诺。

三是对出租人而言,如房屋在租赁前存在查封或抵押,一旦租赁被“破”,出租人即应承担相应的违约责任。作为出租人,不应特意隐瞒租赁房屋存在查封或抵押的客观情况,最好的避免承担过重违约责任的方式即力争在租赁合同中对合同解除后的双方责任进行明确划分,尽可能降低因违约而需承担的违约责任,或对赔偿损失的具体范围进行限缩。但违约责任具体如何约定的关键还在于出租人和承租人之间的博弈。☞

9. 参见(2016)沪02民终7110号民事判决书,该案二审上海市第二中级人民法院认定,承租人的过错在于签约时未尽审慎义务,相较出租人的过错,承租人显然属于次要责任。



康铨
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2017
kanghua@zhonglun.com

抽水蓄能项目前期开发 法律合规要点分析

作者：郝利 夏煜鑫 张常睿



构建以新能源为主体的新型电力系统,是我国实现“碳达峰、碳中和”目标的重要支撑。风电、光伏等新能源发电占比的逐步提高,对电力系统调节能力提出了更高的要求,需要配套建设相应的储能项目。相比于电化学等储能技术,抽水蓄能作为当今最成熟的大容量储能解决方案,具有技术成熟、反应快速灵活、单机容量大、经济性较好等优点,是建设现代智能电网新型电力系统的重要支撑,将迎来快速发展的新局面。但由于抽水蓄能项目投资金额大、建设周期长,涉及选点规划、移民安置、土地征收、环境影响评价、水资源论证等众多前期手续,其中的法律合规问题非常重要。本文将结合国家有关法规政策要求和我们的实践经验,进行必要的分析和解读。

第一部分\

我国抽水蓄能行业概况

(一) 抽水蓄能的发展历程和规划

20世纪60年代至70年代是我国抽水蓄能发展的起步阶段。本世纪以来,随着新能源、特高压电网的快速发展,抽水蓄能项目发展迎来新的高峰,截至2020年底,全国投运抽水蓄能电站3,149万千瓦。截至2021年,我国抽水蓄能电站

建成投产规模3,639万千瓦。

2021年9月17日,国家能源局发布《抽水蓄能中长期发展规划(2021-2035年)》,提出到2025年,抽水蓄能投产总规模达到6,200万千瓦以上,到2030年,投产总规模达到1.2亿千瓦左右,抽水蓄能将迎来其黄金发展期。

(二) 抽水蓄能行业主要政策文件梳理

序号	政策名称	发布部门	发布日期/生效日期
1	关于进一步做好抽水蓄能电站建设的通知(国能新能[2011]242号)	国家能源局	2011年7月31日
2	关于加强抽水蓄能电站运行管理工作的通知(国能新能[2013]243号)	国家能源局	2013年6月18日
3	关于印发抽水蓄能电站调度运行导则的通知(国能新能[2013]318号)	国家能源局	2013年8月29日
4	关于完善抽水蓄能电站价格形成机制有关问题的通知	国家发展改革委	2014年7月31日
5	关于落实抽水蓄能电站选点规划进一步做好抽水蓄能电站规划建设工作的通知(国能综新能[2014]699号)	国家能源局综合司	2014年9月9日
6	关于促进抽水蓄能电站健康有序发展有关问题的意见(发改能源[2014]2482号)	国家发展改革委	2014年11月1日
7	关于加大用地政策支持力度促进大中型水利水电工程建设的意见(国土资规[2016]1号)	国土资源部、国家发展改革委、水利部、国家能源局	2016年1月8日
8	大中型水利水电工程建设征地补偿和移民安置条例(国务院令第六79号)	国务院	2017年6月1日
9	水工程建设规划同意书制度管理办法(试行)(水利部令第49号)	水利部	2017年11月22日
10	取水许可管理办法(水利部令第49号)	水利部	2017年11月22日
11	关于在抽水蓄能电站规划建设中落实生态环保有关要求的通知(国能综发新能[2017]3号)	国家能源局综合司	2017年11月30日
12	关于进一步完善抽水蓄能价格形成机制的意见(发改价格[2021]633号)	国家发展改革委	2021年4月30日
13	抽水蓄能中长期发展规划(2021-2035年)	国家能源局	2021年9月17日

第二部分\

抽水蓄能电站前期开发合规要点

抽水蓄能电站前期开发流程与水电项目具有同质性,但也存在其特殊性,建议投资主体予以重点关注。

(一) 抽水蓄能电站的选点规划

根据《国家能源局综合司关于落实抽水蓄能电站选点规划进一步做好抽水蓄能电站规划建设工作的通知》(国能综新能[2014]699号)、《国家发展和改革委员会关于促进抽水蓄能电站健康有序发展有关问题的意见》(发改能源[2014]2482号)的规定,国家能源局批准的抽水蓄能电站选点规划是各省市编制有关抽水蓄能电站发展规划、开展项目前期工作及核准建设的基本依据,未纳入选点规划的项目不得列入各省市能源发展规划,也不得明确项目开发业主、开展项目前期工作和核准建设,在项目核准时应进行选点规划的符合性审核。因此,抽水蓄能电站必须先纳入抽水蓄能电站建设选点规划后才能开展后续前期工作。

(二) 抽水蓄能电站的开发权

1. 投资主体的确定

抽水蓄能电站的投资主体经历了从电网企业独资建设到鼓励社会资本投资的发展历程。

2011年7月31日,国家能源局发布《关于进一步做好抽水蓄能电站建设的通知》(国能新能[2011]242号),明确规定原则上由电网经营企业有序开发、全资建设抽水蓄能电站,建设运行成本纳入电网运行费用。

此后,国家陆续发布《关于促进抽水蓄能电站健康有序发展有关问题的意见》(发改能源[2014]2482号)、《关于鼓励社会资本投资水电站的指导意见》(国能新能[2015]8号)等文件,逐步开始鼓励社会资本进行投资。

2021年9月17日,国家能源局发布的《抽水蓄能中长期发展规划(2021-2035年)》中,明确提出**稳妥推进以招标、市场竞价等方式确定抽水蓄能电站项目投资主体,支持核蓄一体化、风光蓄多能互补基地等新业态发展,鼓励社会资本投资建设抽水蓄能,加快确立抽水蓄能电站独立市场主体地位。**

2. 开发权的收回

抽水蓄能项目投资主体通过招投标、市场竞价等方式取得项目开发权后,并不意味着永久性取得项目开发权,项目开发权存在被收回的可能。根据我们的实践经验,部分地方政府与项目投资主体签订的合作开发协议中也会明确约定在项目未按照开发时序约定进行建设时,政府主管部门有权无条件收回项目开发权。

因此,在投资建设抽水蓄能项目前,应对当

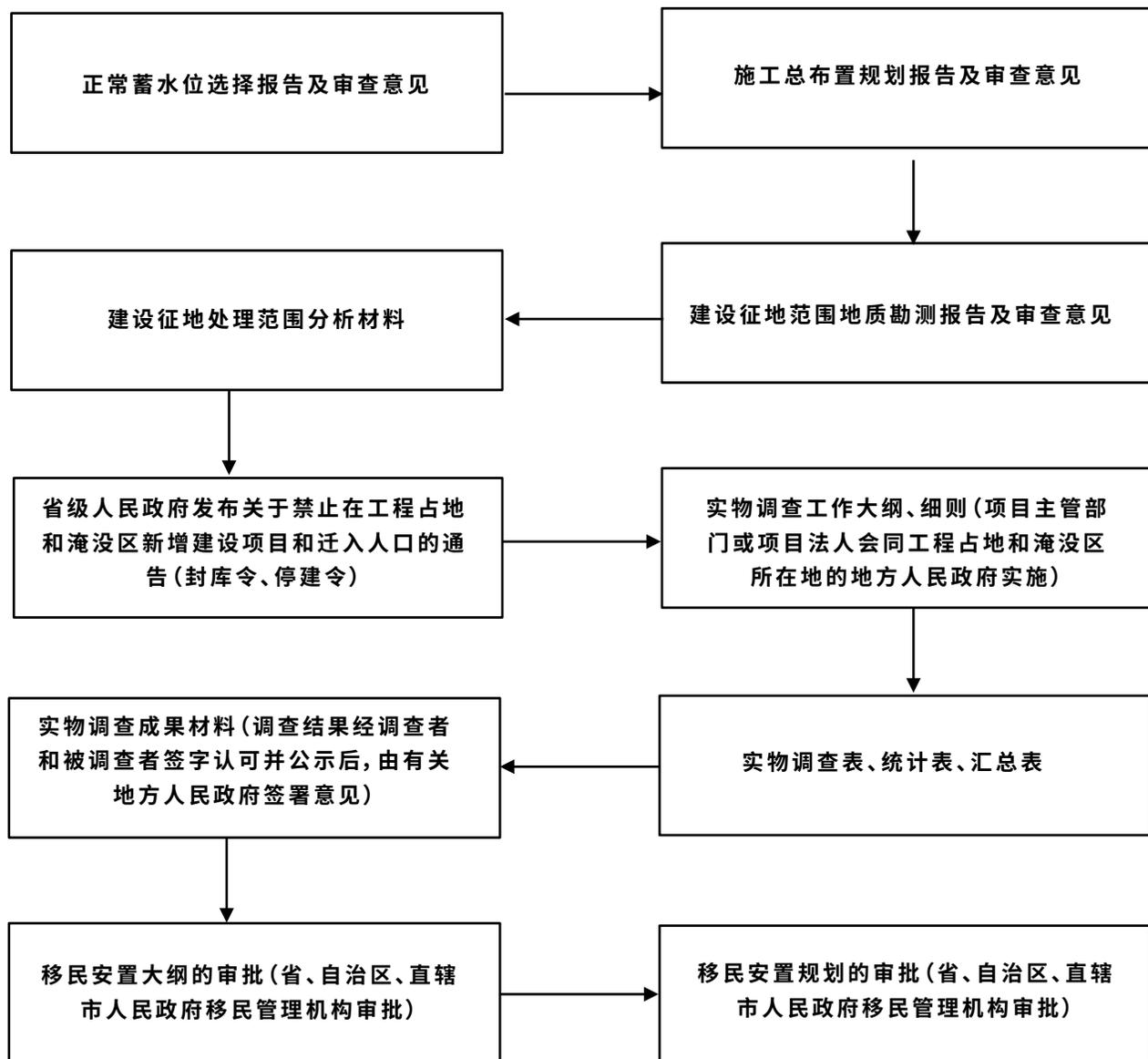
地抽水蓄能项目投资开发建设政策进行了解,并提前做好开发时序规划。

(三) 抽水蓄能电站的移民安置

“先移民后建设”是抽水蓄能电站开发的重要方针,移民安置规划编制完成后,由省、自治区、直辖市人民政府移民管理机构审核,抽水蓄

能项目业主取得移民安置规划审批文件是后续办理项目核准手续及用地手续的前置性条件。

根据《国家档案局、水利部、国家能源局关于印发水利水电工程移民档案管理办法的通知》(档发[2012]4号)、《大中型水利水电工程建设征地补偿和移民安置条例》的规定,抽水蓄能电站在取得移民安置规划审批文件前的主要工作流程如下:



(四) 抽水蓄能项目的核准

1. 核准权限及核准前置性文件要求

《政府核准的投资项目目录(2016年本)》规定, **抽水蓄能电站由省级政府按照国家制定的相关规划核准**。结合实践中各省市对抽水蓄能电站核准需提交材料的要求, 抽水蓄能电站核准前需要取得的文件通常包括选点规划、建设项目用地预审与选址意见书、水土保持方案批复文件、社会稳定风险评估报告及审核意见、移民安置规划审批文件等。

2. 项目核准后变更投资主体的问题

根据《企业投资项目核准和备案管理条例》《企业投资项目核准和备案管理办法》的规定, 经核准的项目建设内容发生较大变化或发生需要对项目核准文件所规定的内容进行调整的其他重大情形的, 项目单位应当及时以书面形式向原项目核准机关提出变更申请。部分省份如江苏省、浙江省、广东省等在其制定的企业投资项目核准和备案管理相关政策文件中, 还进一步明确规定项目法人股东方或投资主体发生变更的, 应向原项目核准机关提出变更申请。

因此, 在投资建设抽水蓄能电站前, 投资主体应提前与项目当地投资主管部门进行沟通, 对项目核准后能否变更投资主体进行核实, 以便提前做好后续投资安排。

(五) 抽水蓄能电站的用地模式

根据《水利水电工程建设征地移民安置规划设计规范》(SL 290-2009) 的规定, 按照用地范围和用地性质进行划分, 抽水蓄能电站占地分为枢纽工程水库区、枢纽工程及其他水利工程建设区两部分。

1. 枢纽工程水库区

枢纽工程水库区涉及水库淹没征地工作, 水库淹没区包括水库正常蓄水位以下的经常淹没区和水库正常蓄水位以上因水库洪水回水、风浪、船行波等产生的临时淹没区。根据国土资源部、国家发展改革委、水利部、国家能源局《关于加大用地政策支持力度促进大中型水利水电工程建设的意见》(国土资规[2016]1号)¹的规定, **抽水蓄能项目水库淹没区用地实行差别化管理, 由项目业主向用地所在市、县人民政府国土资源主管部门提出用地申请, 在用地报批时, 水库水面按建设用地办理农用地转用和土地征收审批手续, 但由于水库淹没区不改变用地性质, 涉及农用地转用的, 不占用土地利用总体规划确定的建设用地规模和年度用地计划指标, 但涉及占用耕地和基本农田的, 项目业主应履行耕地占补平衡义务, 当地政府要足额补划基本农田。**

1.《国土资源部、国家发展改革委、水利部、国家能源局关于加大用地政策支持力度促进大中型水利水电工程建设的意见》于2016年1月8日发布, 有效期为5年, 虽然现已失效, 但其中关于水利水电工程项目用地的规定应为原则性规定, 仍具有参考适用性。



2. 枢纽工程及其他水利工程建设区

枢纽工程及其他水利工程建设区由永久征地范围和临时用地范围构成。永久征地一般包括永久建(构)筑物的建筑区、对外交通用地和管理区;临时用地一般包括料场、渣场、作业场、临时道路、施工营地、其他临时设施用地及施工爆破影响区。

枢纽工程及其他水利工程建设区用地由项目业主向用地所在市、县人民政府国土资源主管部门提出用地申请。对于永久占地部分,需办理建设用地转用审批手续。对于临时占地部分,由县级以上人民政府土地主管部门批准,并给予土地权利人相应的损失补偿。临时用地造成土地损毁的,项目业主必须依照《土地复垦条例》有关规定,履行土地复垦义务。

(六) 抽水蓄能电站的环保要求

针对抽水蓄能电站的环境保护问题,国家能源局综合司2017年11月30日专门发布《关于在抽水蓄能电站规划建设中落实生态环保有关要求的通知》(国能综发新能[2017]3号),明确抽水蓄能电站规划建设要坚持生态优先、确保底线,认真落实环境保护、法律法规规定的生态环境制约因素有关要求。《抽水蓄能中长期发展规划(2021-2035年)》中进一步明确抽水蓄能电站要执行最严格的生态保护措施,项目建设不涉及自然保护地等环境制约因素,不涉及生态保护红线,做到抽水蓄能与生态环境保护协调发展。

1. 环境影响报告书的编制与审批

《建设项目环境影响评价分类管理名录》(2021年版)中明确,抽水蓄能电站应编制环境影

响报告书。依据《环境影响评价法》第二十一条的规定,编制环境影响报告书的建设项目,建设单位应当在报批建设项目环境影响报告书前,举行论证会、听证会,或者采取其他形式,征求有关单位、专家和公众的意见。

项目业主完成环境影响报告书的编制后,应提交各省市规定的具有审批权限的环境保护主管部门进行审批,并取得环境影响评价批复文件。

2.环保制约因素

根据《环境保护部、国家能源局关于深化落实水电开发生态环境保护措施的通知》(环发[2014]65号)规定,抽水蓄能电站的环保制约因素主要分为两大类:

一是确定生态环境敏感保护范围及保护对象,避让自然保护区、风景名胜区、珍稀物种集中分布地等生态敏感区域,减小流域生物多样性和重要生态功能的损失,统筹安排并制定各阶段的环境保护措施。

二是做好移民安置环境保护工作,根据当地自然资源、生态环境和社会环境特点,结合城镇化规划和要求,分析移民安置方式环境适宜性。移民安置环保工作应作为抽水蓄能电站竣工环境保护验收的重要内容。

(七)抽水蓄能电站涉水相关前期合规手续的办理

抽水蓄能电站属于水利水电工程项目,还需要特别办理涉水相关的前期合规手续,可能涉及的主要审批手续如下:

1.水资源论证与取水许可申请

根据《取水许可管理办法》《建设项目水资源论证管理办法》《取水许可和水资源费征收管理条例》的规定,抽水蓄能项目业主应当自行或者委托有关单位编制建设项目水资源论证报告书,并由县级以上人民政府水行政主管部门或者流域管理机构组织有关专家对水资源论证报告书进行审查。在完成前述水资源论证工作后,项目业主需向省、自治区、直辖市人民政府水行政主管部门提出取水许可申请,在取得取水审批机关签发的取水申请批准文件后,项目业主才能建设抽水蓄能项目。

2.防洪影响评价报告

根据《防洪法》的规定,在洪泛区、蓄滞洪区内建设抽水蓄能项目,应当就洪水对项目可能产生的影响和项目对防洪可能产生的影响作出评价,编制洪水影响评价报告,提出防御措施。洪水影响评价报告未经有关水行政主管部门审查批准的,不得开工建设。

3.水工程建设规划同意书

根据《水工程建设规划同意书制度管理办法(试行)》的规定,抽水蓄能项目业主应当向有水工

程建设规划同意书审查签署权限的流域管理机构或者县级以上地方人民政府水行政主管部门提出水工程建设规划同意书申请。审查签署机关受理后,对符合法定条件的项目作出批准的决定,并签署水工程建设规划同意书。未取得水工程建设规划同意书的,不得开工建设。

4.河道主管机关审查

根据《河道管理范围内建设项目管理的有关规定》的规定,对于在河道(包括河滩地、湖泊、水库、人工水道、行洪区、蓄洪区、滞洪区)管理范围内建设的抽水蓄能电站,项目业主必须按照河道管理权限向河道主管机关提出申请,河道主管机关审查后同意建设的,应发给审查同意书。未取得河道主管机关审查意见的,不得开工建设。

5.航道通航条件影响评价审核

根据《航道通航条件影响评价审核管理办法》的规定,抽水蓄能电站的建设与航道有关的,项目业主应按照交通运输部有关规定和技术标准要求编制航道通航条件影响评价报告,并向有审核权的交通运输主管部门或者航道管理机构提出航道通航条件影响评价审核申请,审核部门通过审核的,应作出通过审核的意见。未取得航道通航条件影响评价审核意见的,不得开工建设。

第三部分\ 结语

未来我国抽水蓄能装机容量将有巨大的增长空间,或将催生一个新的万亿级市场,但抽水蓄能项目建设周期长,审批手续复杂,如对项目开发、建设缺乏规范管理,不重视项目法律风险防控,将可能导致严重法律后果。建议抽水蓄能项目投资主体,特别是对抽水蓄能项目投资开发建设缺乏经验的社会资本主体,高度关注项目合规法律风险,必要时聘请专业律师提供法律服务。



郝利
合伙人
公司业务部
杭州办公室
+86 571 5692 1386
haoli@zhonglun.com



夏煜鑫
非权益合伙人
公司业务部
杭州办公室
+86 571 5692 1389
xiayuxin@zhonglun.com



中伦研究院出品

特别声明:以上所刊登的文章仅代表作者本人观点,不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权,不得转载或使用该等文章中的任何内容,含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。