

厦门大学法学院 谢美荣

目前,我国对房地产项目转让的规定仍属空白。而在实务操作和司法实践中,这方面的市场行为已频频发生并由此引起一系列的争议和纠纷。作为不得不面对并承接此类案件的法律人,目前只能借鉴《公司法》有关公司股权重组和转让的规定来处理此类事务。但房地产开发由于土地使用权的特殊性、房产与地产关系的复杂性、开发项目公司股权组成的不规范性,以及股权关系的不清晰,在实现房地产项目转让的操作实践中,便产生了一系列不同于一般公司股权转让的特殊情况。要解决这些问题,有必要以立法的方式对房地产项目转让制度进行规范。

### 一、房地产项目转让

1、房地产项目转让是一种新的房地产转让方式。

# 房地产项目转让中的法律问题



房地产项目转让是指开发商在开发过程中,将具备一定条件的整个房地产项目转让给他人的行为。这里的项目,是指已经具备开工条件或已经开工但尚未开始预售的建设工程。所谓具备开工条件是指建设工程已经立项,取得土地使用权证,土地已经完成三通一平和勘探、设计工作,设计方案已获得规划部门批准并已经取得施工许可证。所谓已经开工但尚未开始房屋预售,是指建设工程已经开始基础施工,但尚不具备法律规定的预售条件,未领取预售许可证。由于房地产开发投资大,周期长,为分散风险,有些发展商在进行项目的前期工作方面有优势,有些发展商则希望尽可能避免前期工作,特别是申办各种批文的繁杂手续,而将主要精力用于项目的经营方面,故相互之间存在取长补短的可能性。另一方面,由于房地产市场的变化,原设定的项目总投资可能因经营成本的增加而无法满足经营的需要,合作各方客观上需要通过转让项目来寻找出路。因而在实践中,房地产项目的转让颇有市场。

### 2、房地产项目转让的两种形式。

#### (1) 房地产开发项目转让。

房地产开发项目,一般是指已经批准立项,取得完备的土地使用权证,并在土地上作了一定投资,完

成了土地上的“三通一平”和勘探、设计等基础工作,取得施工许可证,具备开工条件的建设工程项目。房地产开发项目转让,是指权利人将其拥有的建设工程项目出卖给受让人,双方就转受让该建设项目确立权利、义务关系的民事行为。虽然我国的房地产管理法对房地产开发项目转让未进行定性、定位,但根据《城市房地产开发经营管理条例》第二十条、第二十一条规定:“转让房地产开发项目,应当符合《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条、第三十九条规定的条件”;“转让房地产开发项目,转让人和受让人应当自土地使用权变更登记手续办理完毕之日起30日内,持房地产开发项目转让合同到房地产开发主管部门备案。”可见,房地产开发项目的转让实质上仍是土地使用权的转让。为此,海南省高级人民法院有关业务庭在处理项目转让案件时明确提出“转让建设项目是土地使用权转让的特殊形式,应按转让土地使用权的有关规定处理”的原则。

#### (2) 房地产项目公司转让。

一般来说,房地产项目公司是指专为开发特定的房地产项目而成立的房地产开发公司。目前,无论国家还是地方,对房地产项目公司均无系统或专项规定,但实际上登记注册的房地产项目公司早已大量存在。随着房地产市场的发展,投资者发现房地产项目公司可以合理地规避市场及法律上的某些风险,因此出现了大量事实上的项目公司,即开发一个项目成立一个公司,项目彼此互不影响。据此,本文所称的“房地产项目公司”是指拥有待开发或正在开发项目的房地产开发企业。房地产项目公司转让就是指房地产商成立房地产开发公司,然后以公司股权转让的重组方式,实现房地产项目转让。这种转让是以转让公司或公司股份的方法进行房地产项目的投资人变更,其基本程序是变更公司投资结构或股东。按业界比较一致的认识,公司股权重组主要有两种操作方法:收购和兼并,即股权的并购,而以收购最为常用。然而从我国房地产实务来看,目前我国对房地产项目公司的收购实质上仍为广义的土地使用权转让,或为土地使用权的直接转让,或为通过项目、在建工程的间接转让。

#### (3) 优势与不足。

作为房地产项目转让的两种基本形式,开发项目转让与项目公司转让各有其优势与不足。

开发项目转让优势在于:一是易达成协议。只要转让的项目符合房地产法关于土地使用权转让的条件,即可着手进行转让程序,而不用另行成立项目公

司。二是安全性较高。由于转让的只是项目本身,涉及的债权债务只限于拟转让的项目,受让人易于明了所应承担的权利和义务,并采取相应措施,使转让行为安全性提高。三是法律关系比较简单。相对于项目公司转让,开发项目涉及当事人较少,法律关系比较简单。然而,开发项目转让,其基本程序除转让方和受让方合意外,还必须按项目的立项、用地、工程建设的有关审批程序重新办理手续,适用的法律、法规,主要是房地产法、规划法和建筑法,其政府所收的各种规费,原则上按交易一次的规定收取。因此,项目转让的成本高、手续繁琐。

项目公司转让的优势在于:一是手续简单。对房地产项目公司收购只要签订股权转让协议,并按规定办理股权转让的变更登记手续(外商投资企业还应办理股权转让的审批手续)即可控制、管理整个项目。二是费用节省。开发项目的转让与房地产项目公司收购相比,前者需多交相当于成交金额3%的契税和一笔交易手续费,显然通过收购房地产项目公司方式可以降低开发成本。三是开发快捷。由于房地产项目公司收购一旦办妥股权转让手续,投资者即可投入资金进行后续开发建设,对于境外投资者及境内非房地产企业投资者而言,无需再另行成立房地产公司。以房地产项目公司收购方式转让项目或土地使用权的不足之处在于,一是债务风险难以控制。如是否对外提供过保证担保的风险以及是否对外签有已构成违约合同的风险。二是要转让项目得先成立一个项目公司,为此必须具有相当的注册资本金及符合设立有限公司的相关条件,并履行一定的设立手续,也需要一定的成本支出。

### 二、我国房地产项目转让现状及存在的问题

#### 1、房地产项目转让中债务风险分析。

房地产项目转让的盛行,主要是因为其适应我国目前房地产市场的需要。上世纪90年代后期,国内各地都出现了一批房地产开发项目的停建、缓建工程,即通说的“烂尾楼”。如何处理这些“烂尾楼”,许多地方采取了整个项目转手的处理办法,即房地产的项目转让。这些需要转让或不得不转让的房地产开发的停建、缓建项目一般都负有债务,其债务一般有五种情况:一是开发的房屋已实现预售,按时交付房屋是开发商所负的房屋实物形态的债务;二是开发商在建设过程中向银行以抵押方式进行贷款所负债务,以及对承包人应付的工程款所负的债务,这二者都是依法享有优先权的债务,其中应付的工程款应优先于抵押权

所担保的债务;三是一般债务,即开发商在项目开发过程中因采购材料、设备等所负的一般债务;四是开发商在开发项目过程中,已经以该项目对外提供过抵押担保或者以项目公司名义对外承担连带担保责任形成的债务;五是开发商对外签有已构成违约合同形成违约赔偿之债。由于批租地块或在建工程停建的原因一般都比较复杂,项目权利人也常涉及到多方当事人,因商业秘密的关系,受让人很难了解拟受让项目所负债务的具体情况,由此产生的信息不对称更增加了转让方和受让方沟通和谈判的难度,使受让方受让行为的风险系数大大增加。由于房地产项目转让是整个项目的转让,其转让是权利义务的概括转移,受让方受让该项目后,必须承担项目原开发商或原项目公司的全部债务责任。即使转让协议明确规定受让方对项目原有的债务不承担责任,但是这种协议条款不能对抗善意的第三人,受让方只能在对外承担了债务责任后再对原来的开发商或原项目公司股东追偿,这在法律实践中难度系数是很大的。因为这时原开发商或原股东的偿债能力已无保证,甚至已经找不到具体的责任人。所以,项目受让人很容易因此而陷入债务的泥潭。

## 2、房地产项目转让中转让合法性分析。

如前所述,房地产项目的转让,其实质仍是广义的土地使用权的转让。所以,其转让行为仍应符合我国现行房地产法的规定。我国现行法律对房地产转让有严格的限制条件,如果不符合法律规定的条件,则可能导致以下合同无效的情形。

(1) 土地使用权瑕疵导致转让合同无效。房地产法规定转让房地产必须经出让取得土地使用权证,以划拨土地使用权转让的,应补办土地出让手续。而我国房地产市场上很多转让的项目都是没有取得完整的土地使用权的,而转让划拨土地使用权的现象尤其严重。在这种情况下,常产生转让合同无效,由双方负互返还义务的后果,从而给当事人带来巨大的损失。同时,法律规定划拨土地使用权项目转让必须补办土地使用权出让手续,但房地产法第39条规定应由受让方补办该手续,而《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第45条却规定应由转让方补办该手续。按法律效力高于行政法规的原则,应由受让人补办出让手续。但从权利完整性来说,转让方应负有交付具有完整权利项目的义务,而且转让方对拟转让项目的来源更熟悉,由其办理出让手续更能体现交易效率原则。所以实践中很多是由转让方补办土地使用权出让

手续的。这种法律和行政法规相矛盾的规定给守法和执法带来诸多问题。

(2) 股权收购瑕疵导致转让行为无效。项目公司股权收购中被收购股权的合法性和有效性,包括股权主体(转让方和受让方)和股权转让的合法性。股权收购必须考虑我国法律的具体规定。例如我国《公司法》规定,有限责任公司的股东必须在2人以上50人以下,如果股权收购后股东人数不符合《公司法》的要求,可能会导致交易失效。另外收购中外合资的项目公司股权中必须遵守《中外合资企业法》,如果股权被两家以上中方企业收购,则须外经委审批并改变企业性质。如果外方股权被另一外方收购,也须经外经委审核投资主体变更事宜。如果是国有股权出让,则必须按法定程序进行交易,否则转让合同视为无效。收购国有股权须经国有资产管理部门审批办理产权界定、登记,并在产权交易所内签订产权转让合同,由产权交易中心出具产权交割单后,才能正式办理股权和工商变更登记手续。同时收购方收购项目公司股权后,必须及时到工商企业登记机关办理登记,中外合资企业还须经外经委审批,确认投资主体发生改变,否则股权收购合同没有生效。

## 三、规避房地产项目转让风险的对策

1、熟悉相关法律法规,依法进行项目转让的操作。

房地产项目转让相对来说仍是一个新事物,我国目前尚缺乏相关法律法规对其进行规范。但这并不意味着从事这一交易就无法可依、可以为所欲为。因为房地产项目转让最主要的内容仍是土地使用权转让,主要审批手续和应向国家缴纳的税费均是在土地使用权转让中完成,其他有关手续亦是以此为前提和依据的。法院审理项目转让纠纷中,确认建设项目交易手续是否完备,转让行为是否合法,成为法院审理房地产案件中十分突出的新问题。因此,项目转让当事人必须熟悉房地产相关法律,做到依法、依程序办事。

同时,项目公司的转让必然涉及公司股份的转让及工商登记等公司法方面的问题,所以当事人还必须对公司法相当熟悉。如公司股权转让后必须到工商企业登记机关进行登记;国有股的转让必须按法定程序进行交易等。如果是中外合作企业转让房地产项目,则还必须熟悉《中外合资企业法》,如收购中外合资企业股权须经外资委审批等。

2、做好转让前的调查、审查工作。

房地产项目转让,受让方一般对于转让方的内部

财务状况及其外部的经营状况都不熟悉,而且对于项目本身的了解也可能过于表面、片面化,由于信息的不对称,受让方将处于极不利的地位。为改变这一不利形势,受让方在作出受让项目决定前必须对转让方及项目本身作一定的调查和审查。首先,受让方应对项目公司的外部环境和内部情况进行审慎的调查与评估,包括其财务税收状况、对外签署合同的执行情况、房地产项目规划建设的规范性和合法性状况等。同时,受让方还可要求转让方告知项目公司的情况,包括有关材料、债权债务等。其次,受让方还应对拟转让的项目本身进行审查。此审查主要包括两个方面的内容,一方面是法律方面的审查,如该项目的相关审批手续是否已经按法定程序办齐、房地产权证是否合法取得及是否有他项权利的登记、土地使用权或在建工程是否已经被原开发商或股东设置抵押等。另一方面是项目效益的审查,即该项目规划、建设方案是否具有可操作性,是否存在一些易于疏忽的隐患等。如果不注意审查这些内容,受让方的投资收益容易落空。如上海某房地产开发公司与某房地产建设公司签订项目转让合同,转让某地块的开发项目,转让方转让项目目前已经投入巨资获得政府批准的建筑面积,并承担了动拆迁及补偿工作,但受让方施工时发现该项目的一部分建筑面积因规划存在日照影响而无法施工。受让方在花费巨资受让该地块后发现实际建筑面积减少一大块,开发成本大幅上升,遂因支付转让款与转让方发生争议,最后只有诉诸法院。

### 3、采取合理担保制度。

如前所述,转让方可能存在着受让方无法了解的债务,受让方因此面临承担无法预见的债务风险。同时,由于设定的付款方式一般是随着项目转让手续的办理进度分期支付,作为转让方同样会对受让方的付款能力存有担心。因此,设定必要的担保条款对双方而言,其重要性是不言而喻的。实务中采用的担保方式主要有保证金制度和除保证金以外的其他担保。

保证金担保,指在房地产项目转让合同中,采取分期付款方式,留下一部分尾款作为项目转让潜在风险和潜在债务的保证金。如果在协议签订后一定时期内,因转让方或项目公司的原因,致使受让方承担了额外的债务和损失,受让方有权直接使用该笔保证金予以支付。如果在该期限届满后,没有额外的债务和风险出现,该款项将支付给转让方。具体操作可以分为以下两种方式:一是直接以尾款的形式规定在合同中,约定尾款的支付条件。此支付条件就是在一定的

期限内,不发生未包含在协议内或通过协议无法预见的风险和债务。二是将尾款直接列为保证金,由公证机关提存。如果发生协议之外或通过协议无法预见的额外债务和损失,该款将由公证处直接支付给债权人,转让方将无权再要求获得该笔款项。如果期限届满,没有发生额外的债务和损失,提存机关将直接把该笔保证金划至转让方账下。

保证金以外的其它担保方式主要有公司担保制度、股东担保制度和银行信用的引入等。由于房地产开发项目所需资金庞大,如果受让方不支付全部转让款,转让方会因资金不足而不接受保证金条款,从而会使转让行为无法进行下去。此时,受让方可在支付全部转让款后,要求转让方提供母公司担保或上市公司担保,或由原项目公司的股东提供担保。为了保证受让人按合同约定支付转让款,可以引入银行信用制度,即由受让方向转让方出具银行保函。

以上所列的担保方式,通常应综合应用,才能更好地降低项目转让中的风险。如,上海建纬律师事务所2002年为上海泰路公司受让兴齐公司的在建商办楼一案中所设计的转让方案,就采取了多种担保方式。在转让合同中,其约定的付款方式除第一笔定金外,之后的每一期付款均以股权转让中的某一环节的手续完成挂钩为付款前提。同时,在签约后即由泰路公司向兴齐公司出具银行保函,证明其具有付款能力,并承诺在合同中的每一期付款条件具备后予以付款条件。对于可能出现的未了债务,约定由兴齐公司承担,并由兴齐公司中资信较好的一方股东出具担保函。这种采取约定严格付款条件和引入股东担保、银行信用担保的方式,有利于使双方的风险降到最低。

### 4、借鉴香港有关制度,完善内地房地产项目转让制度。

(1)充分发挥律师在房地产项目转让中的作用。香港房地产转让制度的一大特色就是律师的密切介入。房地产律师在香港房地产转让过程中发挥着极其重要的作用,没有律师的介入,房地产的转让是无法完成的。律师的主要作用体现在:起草转让合同;与对方律师沟通;到田土厅查册,审查转让方主权是否真实,并在田土厅登记转让合同;起草产权过户契约并受委托人的委托办理产权过户手续等。这一制度对内地的房地产业的借鉴意义是显而易见的。我国的房地产法没有强制律师必须介入房地产转让交易,实务中很多交易方为了降低交易成本,往往不聘请律师,而由自己亲自办理转让事宜。由于我国房地产市场仍有

许多不完善之处,在没有专业律师引导的情况下,许多纠纷就变得不可避免。房地产项目转让由于标的额巨大,当事人牵涉面广而复杂,如果不聘请律师更容易产生纷争。

(2) 贷款人担保制度。香港《田土厅许可发展计划》第16条规定,任何人向发展商提供贷款资助,必须参加到房产买卖合同中来,成为合约的直接当事人,并且承诺在发展计划完成之前不向发展商追索还款。该条款使贷款人与发展商的利益被紧紧地绑在一起,极大地降低了发展商破产的可能性,从而保障了房地产项目受让人的利益。因为即使发展商破产,受让人还可以向贷款人请求承担连带责任。这一制度对于我们目前房地产项目公司健康发展具有重要的意义。目前内地房地产开发商或项目公司大部分资金都通过贷款获得,并以预售款来偿还贷款,如果项目因故不能

顺利预售,则开发商或项目公司将面临受贷款银行追讨借款而破产的风险。在此情形下,不但受让人通过受让项目获得利润的目的将落空,而且易陷入各种诉讼纠纷之中。而香港的贷款人担保制度恰好可以制止这种现象。

参考文献:

陈国夙《房地产开发经营中的建设项目转让》[M],载于马原主编《房地产案件新问题与判解研究》,人民法院出版社,1998年版,第645—659页

马原主编《房地产案件新问题与判解研究》[M],人民出版社,1997年版

朱树英《房地产开发法律实务》[M],法律出版社2002年版,第82页

孙咏梅、汪忠东《香港律师在房地产交易中的地位和作用》[J]《律师世界》1997年5期

马志刚 / 责任编辑

·信息传递·

## 文登市房管局以乔迁新址为契机开展作风和纪律整顿

今年以来,文登市房管局紧扣全市的中心工作,立足本职,拼搏实干,使房管事业有了长足发展,取得了显著成绩。一是交易与权属登记管理再获国家级荣誉,被建设部授予全国首批房地产交易与权属登记规范化管理先进单位称号,全省获得这一称号的县级市仅有两家。二是物业管理已初步摆脱了多年来持续低迷、徘徊疲软的落后局面,正快速成长为朝阳行业。目前,仅取得省级资质的物管企业就有23家,部分物业管理项目达到了省市级的先进水平。三是拆迁管理率先在威海三市一区健全了法规体系,在拆迁面临问题最多、压力最大、任务最重的年份,拆迁指导到位,管理工作到位,市几大重点工程按期开工,保证了城市建设的顺利进行,得到了市委、市政府的高度赞赏。四是经济适用房画上了圆满的阶段性句号,在年初环岛花园小区经济适用房销售工作,很好地完成了政府交办的任务,市政府和群众都很满意。五是局办公楼和房地产交易大厅装修乔迁开业一帆风顺,省建设厅对新大厅的市场功能给予了极高的评价。六是机关工作连续第六次被评为全市岗位目标管理责任制考核先进集体。七是行风建设工作一直名列全市前茅,在最近市委、市政府召开的表彰大会上,被授予行风建设先进单位称号。

在成绩面前,他们不骄不躁。最近,他们以房管局和房地产交易大厅搬到新的办公场所为契机,召开了思想作风、纪律建设整顿大会,旨在促进每一个干部职工,在新的环境、新的起点上,在各自不同的工作岗位上,都能有新的工作目标、新的工作要求、新的工作措施、新的工作作为,迈出新的步子、展现新的风貌、树立新的形象、创造新的业绩。

整顿中,他们紧密联系各自的岗位实际,认真对照当前面临的新形势,对照各自的任务目标,对照政府和群众的要求,从思想观念、工作作风、组织纪律、干群关系、机关形象等各个方面入手,落实任务和责任,加强督促检查,确保整顿活动扎扎实实。对找出来的问题,一件一件地解决。通过整顿,使房管局干部职工的思想作风有了进一步转变,行风建设得到了新的提高,为民服务意识得到了加强,为新大厅的健康运转、为全局各项任务的顺利完成、为促进全市房地产业的可持续发展提供了保证。

(杨志刚)