

监管规则适用指引——发行类第 6 号

目 录

- 6-1 同业竞争
- 6-2 关联交易
- 6-3 承诺事项
- 6-4 土地问题
- 6-5 诉讼仲裁
- 6-6 对外担保
- 6-7 募集资金使用符合产业政策
- 6-8 募投项目实施方式
- 6-9 向特定对象发行股票认购对象及其资金来源
- 6-10 股东大会决议有效期
- 6-11 股份质押
- 6-12 募集资金拟投资于 PPP 项目
- 6-13 其他说明

6-1 同业竞争

保荐机构及发行人律师应当核查发行人与控股股东、实际控制人及其控制的企业是否存在同业竞争,已存在的同业竞争是否构成重大

不利影响,已存在的构成重大不利影响的同业竞争是否已制定解决方案并明确未来整合时间安排,已做出的关于避免或解决同业竞争承诺的履行情况及是否存在违反承诺的情形,是否损害上市公司利益,并发表核查意见。

保荐机构及发行人律师应当核查募投项目实施后是否新增同业竞争,新增同业竞争是否构成重大不利影响。如募投项目实施前已存在同业竞争,该同业竞争首发上市时已存在或为上市后基于特殊原因(如国有股权划转、资产重组、控制权变更、为把握商业机会由控股股东先行收购或培育后择机注入上市公司等)产生,上市公司及竞争方针对构成重大不利影响的同业竞争已制定明确可行的整合措施并公开承诺,募集资金继续投向上市公司原有业务的,可视为未新增同业竞争。前述控制权变更包括因本次发行导致的控制权变更情形。

同业竞争及是否构成重大不利影响的认定标准参照首发相关要求。

发行人应当在募集说明书中披露下列事项:(一)发行人是否存在与控股股东、实际控制人及其控制的企业从事相同、相似业务的情况。对存在相同、相似业务的,发行人应当对是否存在同业竞争做出合理解释。(二)对于已存在或可能存在的构成重大不利影响的同业竞争,发行人应当披露解决同业竞争的具体措施。(三)发行人应当结合目前经营情况、未来发展战略等,充分披露未来对构成新增同业竞争的资产、业务的安排,以及避免出现重大不利影响同业竞争的措施。(四)发行人应当披露独立董事对发行人是否存在同业竞争和避免同业竞争措施的有效性所发表的意见。

6-2 关联交易

保荐机构及发行人律师应当对关联交易存在的必要性、合理性、决策程序的合法性、信息披露的规范性、关联交易价格的公允性、是否存在关联交易非关联化的情况,以及关联交易对发行人独立经营能力的影响等进行核查并发表意见。

对于募投项目新增关联交易的,保荐机构、发行人律师、会计师应当结合新增关联交易的性质、定价依据,总体关联交易对应的收入、成本费用或利润总额占发行人相应指标的比例等论证是否属于显失

公平的关联交易,本次募投项目的实施是否严重影响上市公司生产经营的独立性。保荐机构和发行人律师应当详细说明其认定的主要事实和依据,并就是否违反发行人、控股股东和实际控制人已作出的关于规范和减少关联交易的承诺发表核查意见。

6-3 承诺事项

向不特定对象发行证券的,针对发行人及其控股股东或实际控制人作出的公开承诺(包括但不限于解决同业竞争、资产注入、股权激励、解决产权瑕疵、持股意向等各项承诺事项),发行人和中介机构在进行信息披露和核查时应当注意下列事项:(一)承诺事项是否符合《上市公司监管指引第4号—上市公司及其相关方承诺》(证监会公告〔2022〕16号,以下简称《4号指引》)的要求。(二)如果存在承诺事项不符合《4号指引》的情形,承诺相关方应当进行规范,中介机构应当对规范后的承诺事项是否符合《4号指引》的规定发表意见。(三)承诺相关方是否存在超期未履行承诺或违反承诺的情形。违反承诺是指未按承诺的履约事项、履约方式、履约时限、履约条件等履行承诺的行为。变更、豁免承诺的方案未经股东大会审议通过且承诺到期的,视同超期未履行承诺。

上市公司向不特定对象发行优先股的,适用本条核查及信息披露要求。

6-4 土地问题

一、募集资金用于收购资产的,发行人应当披露标的资产土地使用权的取得方式。如标的资产土地使用权为通过划拨方式取得,发行人应当披露使用划拨土地使用权是否符合《划拨用地目录》的有关规定,是否存在被要求办理出让手续并缴纳出让金的情形,是否可能损害发行人或投资者合法权益、是否有相关保障措施。保荐机构及发行人律师应当对上述事项及保障措施的有效性发表意见;如涉及划拨用地但是不符合《划拨用地目录》相关法规要求的,保荐机构及发行人律师应当审慎发表意见。

二、募投项目涉及租赁土地的情形。保荐机构及发行人律师应当核查出租方的土地使用权证和土地租赁合同,重点关注土地的用途、使用年限、租用年限、租金及到期后对土地的处置计划;重点关注出

租方是否取得了合法的土地使用权证,向发行人出租土地是否存在违反法律、法规,或其已签署的协议或作出的承诺的情形,发行人租赁土地实际用途是否符合土地使用权证登记类型、规划用途,是否存在将通过划拨方式取得的土地租赁给发行人的情形。

三、募投项目涉及使用集体建设用地的情形。发行人应当披露使用集体建设用地是否符合地方人民政府关于集体建设用地流转地方性法规的规定,并有切实的措施保障募投项目实施不会受到影响。保荐机构及发行人律师应当对集体建设用地流转所履行的集体经济组织内部决策程序、流转所履行的土地主管部门批准程序、流转的集体建设用地是否取得土地使用权证、募投项目是否符合集体建设用地的用途等进行核查并发表意见。如存在募投项目用地不符合国家关于集体建设用地相关政策的情形的,保荐机构及发行人律师应当审慎发表意见。

四、如发行人募投项目用地存在占用基本农田、违规使用农地等其他不符合国家土地法律法规政策情形的,保荐机构及发行人律师应当审慎发表意见。

五、发行人募投项目用地尚未取得的,发行人应当披露募投项目用地的计划、取得土地的具体安排、进度,是否符合土地政策、城市规划,募投项目用地落实的风险;如无法取得募投项目用地拟采取的替代措施以及对募投项目实施的影响等。保荐机构及发行人律师应当进行核查并发表意见。如募投项目用地涉及不符合国家土地法律法规政策情形的,保荐机构及发行人律师应当审慎发表意见。

6-5 诉讼仲裁

向不特定对象发行证券的,保荐机构及发行人律师应当全面核查报告期内发生或虽在报告期外发生但是仍对发行人产生较大影响的诉讼或仲裁的有关情况,包括案件受理情况和基本案情,诉讼或仲裁请求,判决、裁决结果及执行情况,诉讼或仲裁事项对发行人的影响等。如诉讼或仲裁事项对发行人生产经营、财务状况、未来发展产生重大影响的,应当充分说明发行人涉及诉讼或仲裁的风险,并就是否构成对持续经营有重大不利影响的情形,是否构成本次再融资障碍明确发表意见。

保荐机构及发行人律师应当持续关注发行人涉及诉讼或仲裁的进展情况、发行人是否存在新发生诉讼或仲裁事项。如诉讼或仲裁有重大进展,发行人新发生对生产经营、财务状况、未来发展产生较大影响的诉讼或仲裁事项,发行人应当及时履行信息披露义务。

涉及核心专利、商标、技术、主要产品等方面的诉讼、仲裁事项,可能对发行人生产经营、财务状况、募投项目实施产生重大不利影响的,保荐机构及发行人律师应当充分论证是否构成再融资的障碍并审慎发表意见。

向不特定对象发行证券的,发行人应当披露对生产经营、财务状况、未来发展产生较大影响的诉讼或仲裁事项,包括案件受理情况和基本案情,诉讼或仲裁请求,判决、裁决结果及执行情况,诉讼或仲裁事项对发行人的影响,如发行人败诉或仲裁不利对发行人的影响等。

上市公司发行优先股的,适用本条核查及信息披露要求。

6-6 对外担保

向不特定对象发行证券的,上市公司为合并报表范围外的公司提供担保的,发行人应当按照相关法律法规的要求规范担保行为,履行必要的程序,及时履行信息披露义务,严格控制担保风险。对于前述担保事项对方未提供反担保的,发行人应当披露原因并向投资者揭示风险。

保荐机构及发行人律师应当核查发行人发生上述情形的原因,是否按照相关法律法规规定履行董事会或股东大会决策程序,董事会或股东大会审议时关联董事或股东是否按照相关法律法规规定回避表决,对外担保总额或单项担保的数额是否超过法律法规规章或者公司章程规定的限额,是否及时履行信息披露义务,独立董事是否按照规定在年度报告中对对外担保事项进行专项说明并发表独立意见等,构成重大担保的,应当核查对发行人财务状况、盈利能力及持续经营的影响,并就是否构成对持续经营有重大不利影响的情形,是否构成本次再融资障碍明确发表意见。

上市公司发行优先股的,适用本条核查及信息披露要求。

6-7 募集资金使用符合产业政策

一、募集资金使用是否符合国家产业政策的披露和核查要求

发行人应当在募集说明书中披露募投项目的审批、核准或备案情况。

保荐机构及发行人律师应当对募投项目是否符合国家产业政策进行核查并发表意见。如果募投项目不符合国家产业政策,保荐机构及发行人律师应当审慎发表意见。

二、原则上,募集资金投资后不得新增过剩产能或投资于限制类、淘汰类项目,具体把握原则如下:

发行人原则上不得使用募集资金投资于产能过剩行业(过剩行业的认定以国务院主管部门的规定为准)或投资于《产业结构调整指导目录》中规定的限制类、淘汰类行业。如涉及特殊政策允许投资上述行业的,应当提供有权机关的核准或备案文件,以及有权机关对相关项目是否符合特殊政策的说明。

另外,鉴于过剩产能相关文件精神为控制总量、淘汰落后产能、防止重复建设、推动结构调整,对偿还银行贷款或补充流动资金、境外实施、境内收购等不涉及新增境内过剩产能的项目,以及投资其他转型发展的项目,不受上述限制。

三、关于境外投资

2017年8月,国家发展改革委、商务部、人民银行、外交部发布《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》(国办发[2017]74号),明确房地产、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,使用不符合投资目的国技术标准要求的落后生产设备开展境外投资,赌博业、色情业等境外投资等属于限制类或禁止类的对外投资。

募投项目涉及境外投资的,发行人应当根据《企业境外投资管理办法》等相关规定取得发改部门的核准或备案文件,完成商务部门核准或备案并取得其颁发的企业境外投资证书。

保荐机构及发行人律师应当对境外投资的境内审批是否已全部取得,本次对外投资项目是否符合国家法律法规政策的规定进行核查并发表意见。如涉及特殊政策允许进行境外投资的,应当提供有权机关对项目是否符合特殊政策的说明,并充分披露风险。

6-8 募投项目实施方式

一、为了保证发行人能够对募投项目实施进行有效控制,原则上要求实施主体为母公司或其拥有控制权的子公司。但是,以下两种情形除外:(一)拟通过参股公司实施募投项目的,需同时满足下列要求:1.上市公司基于历史原因一直通过该参股公司开展主营业务;2.上市公司能够对募集资金进行有效监管;3.上市公司能够参与该参股公司的重大事项经营决策;4.该参股公司有切实可行的分红方案。(二)国家法律法规或政策另有规定的。

二、通过新设非全资控股子公司或参股公司实施募投项目的,保荐机构及发行人律师应当关注与其他股东合作原因、其他股东实力及商业合理性,并就其他股东是否属于关联方、双方出资比例、子公司法人治理结构、设立后发行人是否拥有控制权等进行核查并发表意见。

三、通过非全资控股子公司或参股公司实施募投项目的,应当说明中小股东或其他股东是否同比例增资或提供贷款,同时需明确增资价格和借款的主要条款(贷款利率)。保荐机构及发行人律师应当结合上述情况核查是否存在损害上市公司利益的情形并发表意见。

四、发行人通过与控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员及其亲属共同出资设立的公司实施募投项目的,发行人和中介机构应当披露或核查以下事项:(一)发行人应当披露该公司的基本情况,共同设立公司的原因、背景、必要性和合规性、相关利益冲突的防范措施;通过该公司实施募投项目的原因、必要性和合理性;(二)共同投资行为是否履行了关联交易的相关程序及其合法合规性;(三)保荐机构及发行人律师应当核查并对上述事项及公司是否符合《公司法》第一百四十八条的规定、相关防范措施的有效性发表意见。

6-9 向特定对象发行股票认购对象及其资金来源

一、向特定对象发行股票中董事会决议确定认购对象的,发行人和中介机构在进行信息披露和核查时应当注意下列事项:

发行人应当披露各认购对象的认购资金来源,是否为自有资金,是否存在对外募集、代持、结构化安排或者直接间接使用发行人及其关联方资金用于本次认购的情形,是否存在发行人及其控股股东或实际控制人、主要股东直接或通过其利益相关方向认购对象提供财务资助、补偿、承诺收益或其他协议安排的情形。

认购对象应当承诺不存在以下情形:(一)法律法规规定禁止持股;(二)本次发行的中介机构或其负责人、高级管理人员、经办人员等违规持股;(三)不当利益输送。

认购对象的股权架构为两层以上且为无实际经营业务的公司的,应当穿透核查至最终持有人,说明是否存在违规持股、不当利益输送等情形。

中介机构对认购对象进行核查时,应当关注是否涉及证监会系统离职人员入股的情况,是否存在离职人员不当入股的情形,并出具专项说明。

二、向特定对象发行股票以竞价方式确定认购对象的,发行人应当在发行情况报告书中披露是否存在发行人及其控股股东或实际控制人、主要股东直接或通过其利益相关方向认购对象提供财务资助、补偿、承诺收益或其他协议安排的情形。

三、保荐机构及发行人律师应当对上述事项进行核查,并就信息披露是否真实、准确、完整,是否能够有效维护公司及中小股东合法权益,是否符合中国证监会及证券交易所相关规定发表意见。

6-10 股东大会决议有效期

上市公司拟申请再融资的,需就再融资事项提交股东大会审议,股东大会决议需明确有效期,实践中除优先股分期发行外,一般为一年。

审议再融资的股东大会决议有效期设置自动延期条款的,应当予以规范。原则上,股东大会决议到期之前应当召开董事会、股东大会进行延期。股东大会决议超过有效期未及时延期的,公司应当说明原因,并重新履行董事会、股东大会程序。保荐机构及发行人律师应当就董事会、股东大会决议时间,新的决议效力,公司有无发生重大变化,是否损害公众股东利益发表意见。

6-11 股份质押

上市公司发行证券的,保荐机构及发行人律师应当对控股股东或实际控制人所持发行人股份被质押的情况进行核查并发表意见,如存在大比例质押情形,应当结合质押的原因及合理性、质押资金具体用途、约定的质权实现情形、控股股东和实际控制人的财务状况和清偿能力、股价变动情况等,说明是否存在较大的平仓风险,是否可能导致控股股东、实际控制人发生变更,并说明控股股东、实际控制人维持控制权稳定性的相关措施。如控股股东、实际控制人确实难以维持控制权稳定性的,应当充分说明控制权可能发生变化(如债务清偿的到期日、债权人已经采取的法律行动等)的时限、可能的处置方案等,以及对发行人持续经营能力的影响。向不特定对象发行证券的,发行人还应当在募集说明书中披露以上事项。

6-12 募集资金拟投资于 PPP 项目

根据《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》的有关规定,政府和社会资本合作模式(Public-PrivatePartnership,简称 PPP 模式)是指政府为增强公共产品和服务供给能力、提高供给效率,通过特许经营、购买服务、股权合作等方式,与社会资本建立的利益共享、风险分担及长期合作关系。发行人募集资金投入 PPP 项目的,需充分披露 PPP 项目是否履行了有权机关立项、环评、土地管理、安全、能源管理等方面的审批、备案程序,项目涉及用地是否合法合规。

如涉及政府出资或政府付费,需根据项目实施进度及时履行现阶段所需的政府审批程序(如财政部门关于物有所值评价报告和财政承受能力论证的审核意见、人民政府关于项目实施方案的批复意见、人大关于纳入财政预算的审议意见等),同时披露未来需履行哪些政府审批手续,是否存在法律障碍,并充分提示风险。

如不涉及政府出资或政府付费, 发行人应当披露该项目作为 PPP 项目的原因、是否符合法律法规的规定、是否存在潜在风险。保荐机构及发行人律师应当对上述事项进行核查并发表意见。

6-13 其他说明

本指引自公布之日起实施。

《关于按要求报送非公开发行股票保荐书的函》《再融资业务若干问题解答》同步废止。