

外国投资者并购境内企业安全审查制度详述

作者：李朝应、孙敏煜、柳絮、黄蓉 发表于：《律商网中国法律透视》2011年第19期

国务院办公厅于2011年2月3日发布了《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发[2011]6号文）（“六号文”）。六号文于2011年3月5日正式实施。六号文首次规定了外国投资者并购境内企业安全审查联席会议制度，对可能影响国家安全的外资并购交易进行国家安全审查。联席会议由国务院领导、发改委和商务部牵头，其中商务部负责受理审查申请，以及告知申请人审查结果，是国家开展外资并购交易安全审查对外直接联系的窗口。鉴于六号文仅对安全审查范围和审查程序做了概要性的规定，并未涉及操作细则，商务部于2011年3月4日（即六号文正式生效之前日）颁布了《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》（“暂行规定”）以征求公众的意见和建议。暂行规定的有效期为2011年3月5日至2011年8月31日。继暂行规定后，商务部于2011年8月25日颁布了《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》（“安全审查新规”），自2011年9月1日开始生效并取代暂行规定。

自此，中国政府监管部门为外国投资者并购境内企业设置了三道门槛：即产业政策审查制度（该审查反应在外资并购的一般审批流程中）、反垄断审查制度和安全审查制度。安全审查和反垄断审查在商务部门对外国投资者并购境内企业进行一般审批之前即会进行。根据我们对商务部的匿名咨询，安全审查申请和反垄断审查申请一般并无先后顺序之分。

下文在对安全审查制度进行细致的分析和解读前，会对外国投资者并购境内企业的内涵以及外国投资者并购境内企业的一般审批流程作简要的介绍，以便对外国投资者并购境内企业的国内审批、审查流程有一个整体的了解。

1. 外国投资者并购境内企业的内涵

根据《商务部关于外国投资者并购境内企业的规定》（商务部令2009年第6号）（“并购规定”），外国投资者并购境内企业，是指外国投资者购买境内非外商投资企业的股权或认购其增资，使该境内公司变更设立为外商投资企业（以下简称“股权并购”）；或者，外国投资者设立外商投资企业，并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产，或，外国投资者协议购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产（以下简称“资产并购”）。

六号文规定下的外国投资者并购境内企业，既包括并购规定下的股权并购和资产并购，也包括外国投资者购买境内外商投资企业中方股东的股权，或认购境内外商投资企业增资。安全审查新规进一步明释，外商投资企业境内再投资也需要按照安全审查新规提出并购安全审查申请，且外国投资者不得以任何方式实质规避并购安全审查，包括但不限于代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式。

2. 一般审批流程

一般来说，凡是属于《外商投资产业指导目录》禁止类的行业领域，外国投资者不得并购从事相关行业领域的境内企业。对属于鼓励类、允许类或限制类的行业领域，外国投资者若并购从事相关行业领域的境内企业，需要经历下述的一般核准、审批和登记流程：

(1) 发改委项目核准

外国投资者并购境内企业，首先应根据总投资额以及所投资的行业是属于鼓励类、允许类还是限制类去相应层级的发展和改革委员会申请项目核准。根据相关法律规定，总投资（包括增资额）3 亿美元及以上的鼓励类、允许类项目和总投资 5000 万美元及以上的限制类项目，由国家发展改革委核准项目申请报告，其中总投资 5 亿美元及以上的鼓励类、允许类项目和总投资 1 亿美元及以上的限制类项目由国家发展改革委对项目申请报告审核后报国务院核准。总投资 3 亿美元以下的鼓励类、允许类项目和总投资 5000 万美元以下的限制类项目由地方发展改革部门核准，其中限制类项目由省级发展改革部门核准，此类项目的核准权不得下放。

实践中，一些省级发改委（如上海、江苏、浙江）已将 1 亿美元以下的鼓励类、允许类项目下放到市级发改委（上海已将部分审批权限下放到区级发改委）。

(2) 商务部门审批

根据并购规定，外国投资者购买境内非外商投资企业股东的股权或认购境内公司增资，使该境内公司变更设立为外商投资企业的情况，应取得商务部门的审批。若外国投资者收购企业国有产权符合上述情形的，亦需在取得国资委及发改委（如需）的相应批准后，报主管商务部门审批。

根据商务部 2010 年 6 月 10 日发布实施的《商务部关于下放外商投资审批权限有关问题的通知》规定，鼓励类、允许类总投资 3 亿美元和限制类总投资 5000 万美元（以下简称“限额”）以下的外商投资企业的设立及其变更事项，由省、自治区、直辖市、计划单列市、新疆生产建设兵团、副省级城市（包括哈尔滨、长春、沈阳、济南、南京、杭州、广州、武汉、成都、西安）商务主管部门及国家级经济技术开发区（以下简称“地方审批机关”）负责审批和管理。限额以上鼓励类且不需要国家综合平衡的外商投资企业的设立及其变更事项，由地方审批机关负责审批和管理。另《并购规定》第十一条规定，境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司名义并购与其有关联关系的境内公司，应报商务部审批。通常情况下，审批机关自收到规定报送的全部文件之日起 30 日内，依法决定批准或不予批准。

(3) 办理工商变更登记

在取得商务部门的批复后，即可去相应的工商行政管理部门办理工商变更登记。

3. 安全审查范围

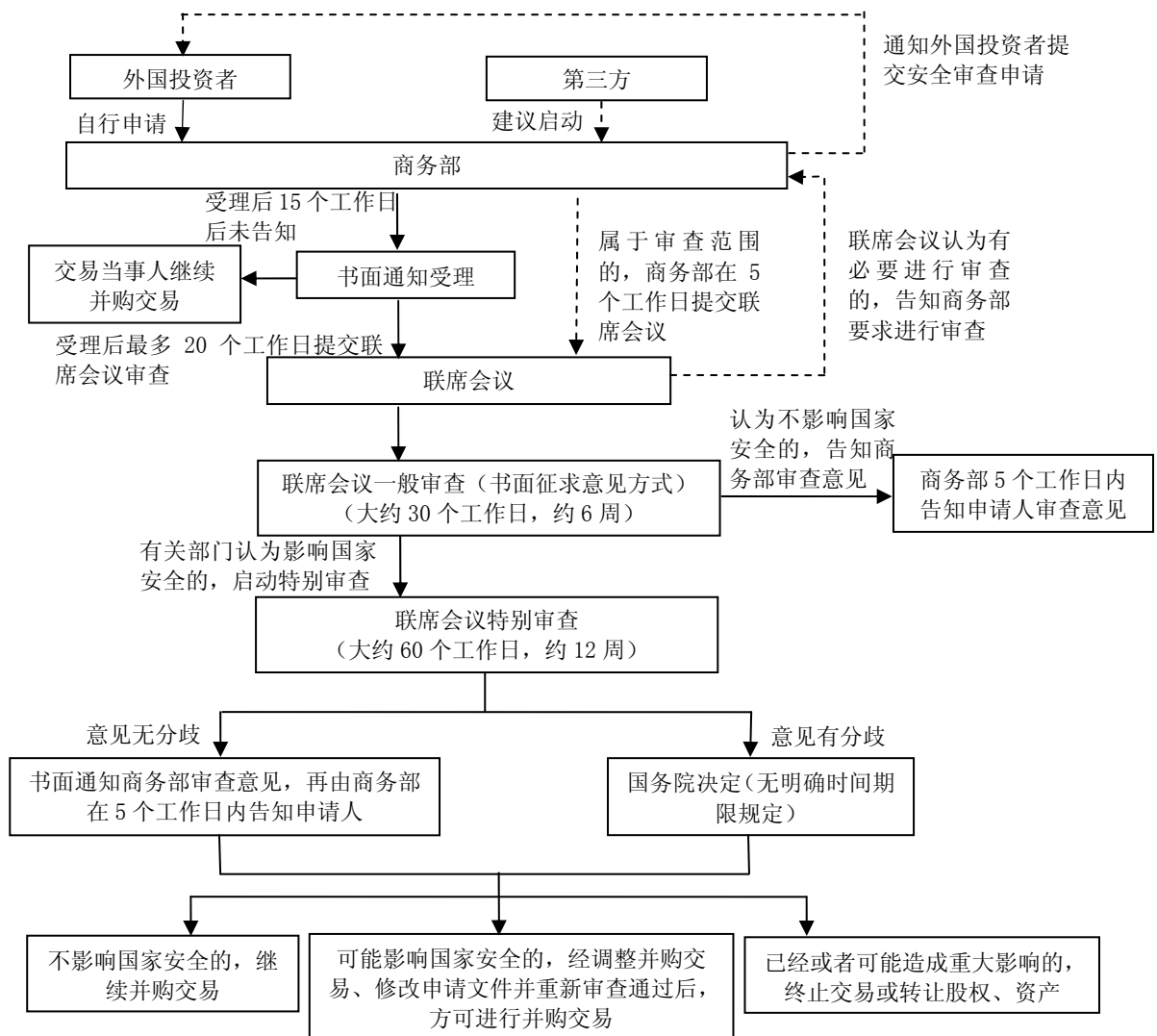
如果外资并购境内企业属于六号文规定的安全审查的范围，则需要按照下述第 4 项列明的程序进行安全审查申请。根据六号文的规定，下述情形属于安全审查范围：

- (1) 外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；
- (2) 外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。（根据六号文，外国投资者取得实际控制权是指：(1)外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在 50% 以上；(2)数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在 50% 以上；(3)持有的股份总额不足 50%，但享有的表决权对股东会或者股东大会、董事会的决议产生重大影响；或者(4)其他导致境内企业经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情况。）

4. 安全审查程序

联席会议具体承担安全审查工作。联席会议由国务院领导、发改委和商务部牵头，联合并购项目所涉及的行业相关部门组成。商务部负责受理审查申请。除了外国投资者自行提出安全审查申请外，其他第三方，如目标企业、国务院有关部门、行业协会、同业企业及上下游企业也可向商务部提出安全审查建议，并提交有关并购交易基本情况和对国家安全的具体影响的相关声明。此外，安全审查新规也赋予地方商务主管部门受理并购交易申请时，一并审查是否属于安全审查范围，若认为属于安全审查范围的，暂停办理并购交易审批，并向商务部汇报相关情况。属于并购安全审查范围的，商务部会将建议提交联席会议，并由联席会议决定是否启动审查。联席会议认为确有必要进行并购安全审查的，商务部根据联席会议决定，要求外国投资者提出并购安全审查申请。

安全审查分为一般性审查和特别审查两个阶段。一般性审查采取书面征求意见的方式进行，审查期限累计可达 30 个工作日，约 6 周的时间。一般性审查后认为影响国家安全的，方会启动特别审查。六号文规定，特别审查在 60 个工作日内（约 12 周）结束。但若在特别审查过程中，联席会议意见存在重大分歧，则报请国务院决定。六号文对国务院决定期限无明确规定。一般审查和特别审查的结果由联席会议书面通知商务部，并由商务部书面通知外国投资者。在安全审查过程中，外国投资者可向商务部申请修改交易方案或撤销并购交易。具体审查流程请见下图：



5. 反垄断审查

根据《中华人民共和国反垄断法》，反垄断审查并不仅仅包括外国投资者并购境内企业，还包括所有的“经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权”的情形。如此看来，所有的并购行为（无论发生在境内还是境外，包括外国投资者并购境内企业）只要达到反垄断审查的申报标准，都应当向商务部申请反垄断审查。

6. 安全审查新规对交易的影响以及对策

安全审查新规规定，外国投资者不得以任何方式实质规避并购安全审查，包括但不限于代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式。一时间，外界，尤其是电子商务企业纷纷猜测协议控制将被纳入商务部门的监管，可能会影响私募股权基金对电子商务企业的投资以及未来收益。

其实，安全审查新规在第一条即明确规定，属于六号文明确的并购安全审查范围的，外国投资者应向商务部提出并购安全审查申请。因此，从字面理解，不属于安全审查范围的行业，即使采用了协议控制模式，也无需提出安全审查申请。就此，我们也匿名咨询了商务部外资司和上海市商务委员会外资处。商务部外资司和上海市商务委员会外资处认为，协议控制本身并不一定触发安全审查。安全审查的范围以六号文的规定为准。外资并购互联网企业若涉及“关键技术”，则属于安全审查的范围，但是目前对什么是“关键技术”并没有明确规定，商务部门目前仅能根据相关的申请材料一事一议，来判断其是否属于“关键技术”。因此，外国投资者若采用协议控制模式实现对境内电子商务企业的控制，首先要判断是否涉及“关键技术”，进而决定是否提起安全审查申请。然而，关于何谓“关键技术”，商务部门并没有统一的解释。如果外国投资者选择不进行安全审查申请，仍有被第三方提出安全审查的可能，一旦被认定涉及“关键技术”，交易很大可能会被终止。

尽管如此，上述匿名电话咨询的结果仍不能代表商务部门的权威意见。我们将密切关注商务部门对协议控制的态度。

为了规避境内的审批制度，可以考虑将并购交易架构到海外进行。但是，即便架构到海外，可以在一定程度上规避并购规定项下的审批，似乎也无法规避安全审查和反垄断审查。安全审查新规明确规定外国投资者不得以境外交易的方式规避安全审查，而且发生在中国境外的并购行为如果对境内市场竞争有排除、限制影响而且达到申报标准也需进行反垄断申报。另外，将交易架构到海外还存在一定的税务风险。根据《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函[2009]698号），即便交易发生在境外，也有可能被认定是境外投资方（实际控制方）间接转让中国居民企业股权，从而有纳税的义务。