

## 商务部发布外国投资者并购境内企业安全审查制度正式操作规定

作者: 俞卫锋 / 冯凯恒 / 黄凯

2011年8月25日,商务部发布了《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》(2011年第53号)(“**《审查规定》**”)。该《审查规定》部分完善了商务部于今年3月份制定的《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》(商务部公告2011年第8号)(“**《暂行规定》**”),<sup>1</sup>并在《暂行规定》有效期截止之次日生效,作为《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)(“**《国务院通知》**”)的正式配套文件,为外国投资者并购境内企业安全审查提供了进一步的操作指引。

结合今年3月份颁布的《暂行规定》,《审查规定》在如下方面值得引起关注:

### ➤ 审查范围的实质判断原则

《审查规定》仍然未公布外资并购安全审查范围内的具体行业细分和内容。但是,对于如何判断某项交易属于安全审查的范围,《审查规定》引入了一项“实质判断原则”。

《审查规定》第九条规定,“对于外国投资者并购境内企业,应从交易的实质内容和实际影响来判断并购交易是否属于并购安全审查的范围;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。”该条款表明,对于哪些交易属于安全审查范围,商务部采取实质判断优于形式判断的原则,即判断的标准在于交易的“实质内容”和“实际影响”,而非仅仅着眼于交易的法律形式。

If you would like an English version of this publication, please contact:

**Roy Guo:** (86 21) 3135 8756  
[Publication@llinkslaw.com](mailto:Publication@llinkslaw.com)

如您需要了解我们的出版物,请与下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756  
[Publication@llinkslaw.com](mailto:Publication@llinkslaw.com)

通力律师事务所  
[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)

## 商务部发布外国投资者并购境内企业安全审查制度正式操作规定

该规定意在否定并购交易的各种规避手段，包括代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制(如淘宝的 VIE 结构)、境外交易等方式。我们理解，这与商务部一贯的监管思路是一致的。在《关于外国投资者并购境内企业的规定》(2009 年第 6 号)第十一条中，商务部即明确规定，当事人不得以外商投资企业境内投资或其他方式规避相关要求。在第十五条中，商务部同样强调“当事人不得以信托、代持或以其他方式规避前述要求”。由此可见，进行实质判断是商务部的一贯原则和态度。与此前不同的是，《审查规定》较为详细地列举了多项规避手段，既有目前受到热议的 VIE 结构，也包括了其他潜在的规避手段，如代持、信托等。

### ➤ 并购交易的后续审查

尽管《审查规定》明确规定了并购交易安全审查的期限为十五个工作日，但是同时也规定了对已通过审查的并购交易，在一定情况变化时需要再次申请。

《审查规定》第十条规定，“外国投资者并购境内企业未被提交联席会议审查，或联席会议经审查认为不影响国家安全的，若此后发生调整并购交易、修改有关协议文件、改变经营活动以及其他变化(包括境外实际控制人的变化等)，导致该并购交易属于《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》明确的并购安全审查范围的，当事人应当停止有关交易和活动，由外国投资者按照本规定向商务部提交并购安全审查申请。”

根据该第 10 条之规定，即使已经完成的并购交易，在发生调整并购交易、修改有关协议文件、改变经营活动以及境外实际控制人变化等其他变化时，也需要按照规定再次进行并购安全审查申请。这对于交易双方为了规避审查而采用分步骤交易、境外交易等措施将会起到有效的限制作用。

### ➤ 商谈机制

《审查规定》保留了《暂行规定》第三条关于商谈程序的规定。在向商务部提出并购安全审查正式申请前，申请人可就程序性问题向商务部提出商谈申请。该商谈机制与《外国投资者并购境内企业反垄断申报指南》的商谈程序相类似。

在《暂行规定》对并购安全审查的商谈机制作出初步规定的基础上，《审查规定》对商谈程序的性质作出了进一步规定。《审查规定》明确商谈程序不具有约束力和法律效力，不能作为提交正式申请的依据。因此，企业在经过商谈程序后，所取得意见并非商务部的正式反馈意见，企业仍有义务按照并购交易的情况主动向商务部提出并购安全审查申请。

### ➤ 审批部门的监管

## 商务部发布外国投资者并购境内企业安全审查制度正式操作规定

《审查规定》再次强调了外商投资企业再投资过程中的并购安全审查问题。《审查规定》第二条规定，地方商务主管部门在《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》等有关规定受理并购交易申请时，对于属于并购安全审查范围的，应要求申请人向商务部提交并购安全审查申请。但是，如何对不涉及地方商务主管部门审批的交易进行监管，仍存在一定疑问。比如，如果外商投资企业境内再投资于鼓励类或允许类行业，按照现行法规，无需经过地方商务主管部门审批而是直接向工商行政部门提出登记申请。同样，如果交易双方采取多层次再投资、租赁等方式进行交易时，也可能不涉及地方商务主管部门的审批。在此情况下，商务部门如何对该等并购交易进行监管，该等交易如果未申请安全审查可能遭受何种法律后果，目前还没有明确的规定。目前众多通过 VIE 结构完成外资并购甚至海外上市的企业，在《审查规定》颁布后会面临何种命运，还有待继续观察。

综上所述，《审查规定》在《暂行规定》的基础上，新增加了对于规避手段的限制条款，强调了安全审查的实质判断原则和后续审查措施，确定了商谈程序的法律性质。但是，在《暂行规定》中未予明确的一些问题，诸如外资并购安全审查范围内的具体行业细分和内容，商务部门对无需地方商务主管部门审批的交易的监管等，《审查规定》仍保持了沉默。

商务部发布外国投资者并购境内企业安全审查制度正式操作规定

如需进一步信息，请联系：

上海	北京
<b>俞卫锋</b> 电话: (86 21) 3135 8686 David.Yu@llinkslaw.com	<b>翁晓健</b> 电话: (86 10) 6655 5050 - 1028 James.Weng@llinkslaw.com
<b>张 明</b> 电话: (86 21) 3135 8777 Ming.Zhang@llinkslaw.com	
<b>陆 易</b> 电话: (86 21) 3135 8667 Clare.Lu@llinkslaw.com	

© 通力律师事务所 2011

- 1 关于《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》的分析，详见通力律师事务所 2011 年 3 月公司法律述评：《商务部发布外国投资者并购境内企业安全审查制度操作细则》。  
<http://www.llinkslaw.com/shangchuan/2011317154334.pdf>
- 2 关于《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》的分析详见通力律师事务所 2011 年 2 月公司法律述评：《外国投资者并购境内企业安全审查制度新规》。  
<http://www.llinkslaw.com/shangchuan/2011216171516.pdf>