

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

作者：俞卫锋 / 冯凯恒

2011 年 3 月 4 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有关事项的暂行规定》(商务部公告 2011 年第 8 号)(“**暂行规定**”)。暂行规定作为 2011 年 2 月 3 日国务院办公厅发布的《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**”)¹的配套文件，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。

值得注意的是，暂行规定与国务院通知均于 2011 年 3 月 5 日起实施，但暂行规定的有效期至 2011 年 8 月 31 日，且公众可于 2011 年 3 月 5 日至 4 月 10 日向商务部提交意见和建议。商务部有可能在征求公众和地方商务部门意见并结合暂行规定实施情况后，对暂行规定进行完善。

现将暂行规定的的主要内容归纳如下：

➤ 安全审查的交易范围

暂行规定提出，安全审查制度适用于《关于外国投资者并购境内企业的规定》、《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》和《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》下的外资并购交易。结合国务院通知中关于外资并购范围的界定，我们理解外资并购安全审查制度有意将外资并购的范围，从外资直接并购境内非外商投资企业，扩大到境内外商投资企业中方股权变更及外商投资企业境内再投资。

➤ 申报程序

暂行规定在国务院通知的基础上对商务部的审查程序进行了细化，下列三点尤其值得注意：

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

Lily Han: (86 21) 3135 8709
Publication@llinkslaw.com

如您需要了解我们的出版物，请与
下列人员联系：

韩东红: (86 21) 3135 8709
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
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操作细则

- 暂行规定第二条规定，地方商务主管部门在按照《关于外国投资者并购境内企业的规定》、《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》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，但申请人未向商务部提出并购安全审查申请的，应暂不受理并购交易申请，书面要求申请人向商务部提交并购安全审查申请，并将有关情况上报商务部。该等规定赋予了地方商务主管部门暂停受理并购交易而要求申请人提交安全审查申请的权利，从而在一定程度上减少了申请人规避并购安全审查的可能性。
- 暂行规定第三条规定，在向商务部提出并购安全审查正式申请前，申请人可就其并购境内企业的程序性问题向商务部提出商谈申请（“**商谈机制**”）。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，但暂行规定未就具体申请方式和商谈内容作出明确规定。
- 暂行规定明确在商务部书面通知申请人受理申请之日起 15 个工作日后，如商务部未书面告知申请人该并购交易是否属于外资并购安全审查范围的，申请人可直接按照国家有关法律法规办理相关手续。该等“默示认可”的规定一方面对商务部在安全审查中的主动性提出了较高的要求，另一方面对于并购交易审批的推进也是一个积极的信号。

➤ 申报提交的文件

暂行规定第四条规定，在向商务部提出并购安全审查正式申请时，申请人应提交下列文件：

- 经申请人的法定代表人或其授权代表签署的并购安全审查申请书和交易情况说明；
- 经公证和依法认证的外国投资者身份证明或注册登记证明及资信证明文件；法定代表人身份证明或外国投资者的授权代表委托书、授权代表身份证明；
- 外国投资者及关联企业(包括其实际控制人、一致行动人)的情况说明，与相关国家政府的关系说明；
- 被并购境内企业的情况说明、章程、营业执照(复印件)、上一年度经审计的财务报表、并购前后组织架构图、所投资企业的情况说明和营业执照(复印件)；
- 并购后拟设立的外商投资企业的合同、章程或合伙协议以及拟由股东各方委任的董事会成员、聘用的总经理或合伙人等高级管理人员名单；
- 为股权并购交易的，应提交股权转让协议或者外国投资者认购境内企业增资的协议、被并购境内企业股东决议、股东大会决议，以及相应资产评估报告；

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

- 为资产并购交易的，应提交境内企业的权力机构或产权持有人同意出售资产的决议、资产购买协议(包括拟购买资产的清单、状况)、协议各方情况，以及相应资产评估报告；
- 关于外国投资者在并购后所享有的表决权对股东会或股东大会、董事会决议、合伙事务执行的影响说明，其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者或其境内外关联企业的情况说明，以及与上述情况相关的协议或文件；
- 商务部要求的其他文件。

从上述规定可以看出，并购安全审查制度比原先外资并购制度项下要求的文件更加严格，如增加了“外国投资者及关联企业(包括其实际控制人、一致行动人)的情况说明，与相关国家政府的关系说明”等要求。另外，以下两点亦值得关注：

- 在提交安全审查正式申请时，无论是股权并购或资产并购，申请人均应提交相应资产评估报告。然而在原《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》和《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》中，审批文件中并未要求提交评估报告。这意味着如上述两个规定中的外资并购交易被认定为属于安全审查的范围，则交易双方需履行额外的评估程序。
- 申请人需要提交并购后拟设立的外商投资企业的合伙协议、合伙人名单以及外国投资者在并购后所享有的表决权对合伙事务执行的影响说明。然而，目前我国法律对通过并购设立外资合伙企业仍未有明确规定。暂行规定中的该等要求可能意味着商务部已注意到未来外资并购境内企业的新形式，将外资合伙企业纳入传统的外商并购范畴。

我们的评论

在国务院通知发布短短一个月后，商务部迅速颁布暂行规定，进一步细化了外资并购安全审查制度。然而，暂行规定仍然未就外资并购安全审查范围内的具体行业细分和内容予以明确。此外，国务院通知和暂行规定与外资并购制度的衔接仍存在一些未决因素。例如，依照《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》，外商投资企业投资鼓励类和允许类行业，无需经过商务主管部门审批。然而如出现某一并购交易同时属于鼓励类(或允许类)以及安全审查范围这一重叠情形，商务部门如何对该等并购交易进行审批，仍有待明确。我们可以期待商务部之后对暂行规定作出进一步指引。

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

如需进一步信息, 请联系:

上海	北京
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 David.Yu@linkslaw.com	陈 巍 电话: (86 10) 6655 5050 - 1022 Way.Chen@linkslaw.com
张 明 电话: (86 21) 3135 8777 Ming.Zhang@linkslaw.com	
陆 易 电话: (86 21) 3135 8667 Clare.Lu@linkslaw.com	

© 通力律师事务所 2011

-
- 1 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 月公司法律评述:《外国投资者并购境内企业安全审查制度新规》。
<http://www.linkslaw.com/shangchuan/2011216171516.pdf>