

外国投资者并购境内企业安全审查制度新规

作者: 俞卫锋 / 冯凯恒 / 史成

2011年2月3日, 国务院办公厅发布了《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)(“通知”), 并将于2011年3月5日起实施。至此, 此次新出台的安全审查制度, 与外商投资产业政策、竞争政策共同构成了我国利用外国直接投资三大组成部分的完整体系。

在本通知出台之前, 2008年8月1日起实施的《中华人民共和国反垄断法》(主席令第68号)(“反垄断法”)和2009年6月22日发布的《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”)均明确, 外国投资者并购境内企业并取得实际控制权, 涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全因素的, 当事人应向商务部进行申报。但是, 上述原则性规定缺乏审查范围、程序和期限等详细内容, 且均未能提供具体的申报操作指引, 从而给实践操作带来了一定困难。而此次通知就安全审查制度进行了细化, 明确了安全审查的范围、内容、工作机制和程序。现将此次通知的具体内容归纳如下:

外资并购的范围

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

- 外国投资者购买境内非外商投资企业的股权或认购境内非外商投资企业增资;
- 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;
- 外国投资者设立外商投资企业, 并通过该外商投资企业协议购买境内企业资产并且运营该资产, 或通过该外商投资企业购买境内企业股权;
- 外国投资者直接购买境内企业资产, 并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。

外国投资者并购境内企业安全审查制度新规

值得注意的是，此次通知超出了原并购规定中关于外资并购的范围，除了适用于对非外商投资企业的并购外，将同时适用于对外商投资企业的并购。

安全审查的范围

- 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；
- 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。

上述安全审查的范围相对笼统，尚待有关部门就适用的具体行业和产品目录作出明确规定。同时需要注意，外国投资者并购境内金融机构的安全审查将另行规定。

通知还进一步明确，上述第二类情形中“取得实际控制权”是指外国投资者通过并购成为境内企业的控股股东或实际控制人，包括以下情形：

- 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；
- 数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在 50% 以上；
- 外国投资者在并购后所持有的股份总额不足 50%，但依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响；
- 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的情形。

上述关于“取得实际控制权”的认定标准较为宽泛，特别是上述第 4 点规定的“其他情形”的具体含义尚待进一步探讨。

审查机构

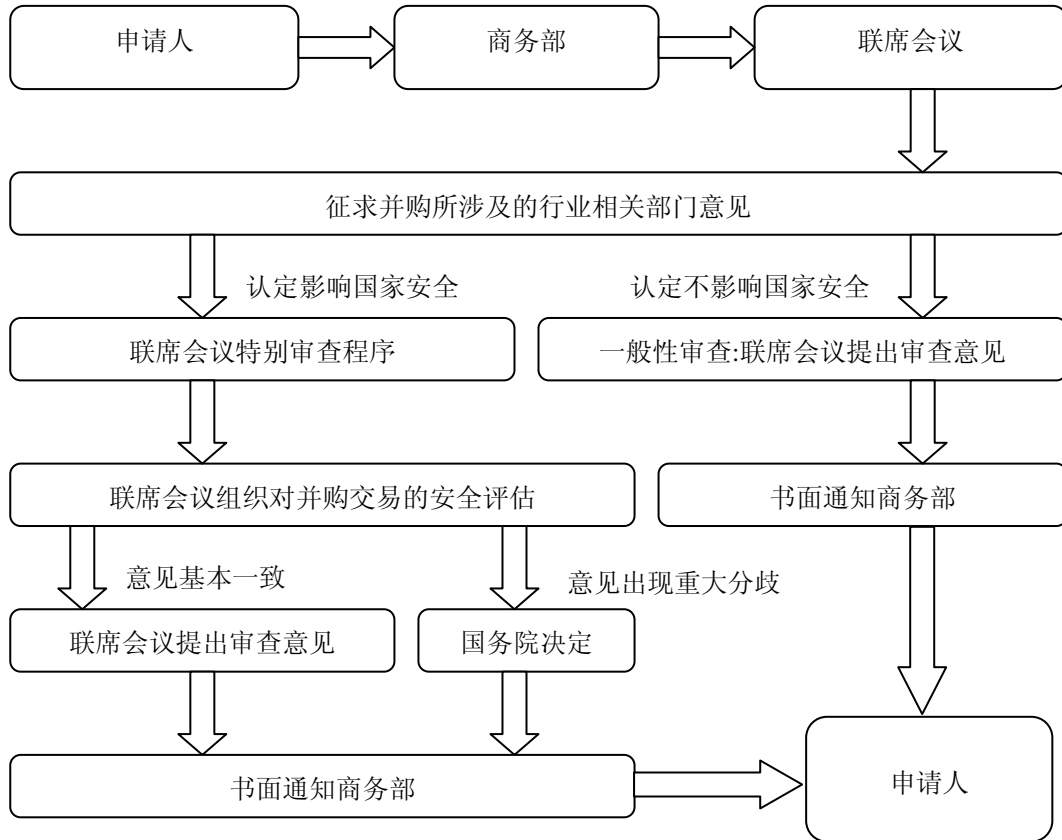
通知规定，将建立外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议（“**联席会议**”）制度，并根据外资并购所涉及的行业和领域，会同相关部门开展安全审查工作。

审查程序

通知规定，除投资者应当向商务部提出审查申请外，国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企业认为需要进行并购安全审查的，可以通过商务部提出进行并购安全审查的建议。联席会议认为确有必要进行并购安全审查的，也可以决定进行审查。

外国投资者并购境内企业安全审查制度新规

联席会议对商务部提请安全审查的并购交易，首先进行一般性审查，对未能通过一般性审查的，进行特别审查。具体审查程序见下图所示：



未依法申请安全审查的后果

通知规定，对国家安全已经造成或可能造成重大影响的外资并购，联席会议将要求商务部会同有关部门终止当事人的交易，或采取转让相关股权、资产或其他有效措施，消除该并购行为对国家安全的影响。

我们的评论

在此次通知的出台后，我国已完整建立起了以产业政策、竞争政策和安全审查政策为三大组成部分的外国直接投资的管理体系。安全审查制度的建立，一方面对关系国防安全的单位、重要农产品、能源和资源等企业提供的有效保护，另一方面也有助于提高外国投资者并购上述领域行政审批的可预见性和可操作性。外国投资者在并购境内企业前，应根据通知规定判断是否需要进行安全审查。如适用安全审查的，外国投资者应按照通知规定完成安全审查程序。

外国投资者并购境内企业安全审查制度新规

然而，同《外国投资者并购境内企业反垄断申报指南》等规定相比，通知中的部分规定目前仅为原则性的规定。鉴于此次安全审查制度仅由国务院办公厅以通知形式发布，可以期待相关部门将在之后就安全审查制度发布更为细化的操作指南，比如就涉及国防安全、国家经济安全的具体行业和产品等，提供更为详细的目录或指引。

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