



外国投资者并购境内企业需进行国家安全审查

本期快讯讨论的法规:

- 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，国务院办公厅2月3日发布，自2011年3月5日起实施
- 中华人民共和国商务部公告2011年第8号，商务部2011年3月4日发布，2011年3月5日起实施，有效期至2011年8月31日
- 商务部关于外商投资管理工作的有关问题的通知，商资函[2011]72号，商务部2011年2月25日发布

背景

国务院于2011年2月3日发布国办发[2011]6号文件（以下简称“6号通知”）对外国投资者并购境内企业安全审查制度的有关事项进行了规定。出台6号通知旨在引导外国投资者境内并购活动的有序发展和维护国家安全。6号通知自发布之日起30日后（即：2011年3月5日）实施。商务部随后于2011年3月4日发布了第8号公告（以下简称“8号公告”），就6号通知执行中的具体问题进行了规定。8号公告自2011年3月5日起实施，有效期至2011年8月31日。根据8号公告的规定，公众可于2011年3月5日至4月10日向商务部就8号公告的执行提交意见和建议。根据商务部部长陈德铭先生在2011年3月7日十一届全国人大四次会议记者招待会上所谈，商务部可能会基于公众的反馈意见对8号公告进行修订。

6号通知和8号公告的主要内容包括：

1. 哪些情况下需要进行国家安全审查？

根据6号通知第一条第一款的规定，当外国投资者考虑在下列行业开展并购活动且实际控制权可能被外国投资者取得的时候，需要进行国家安全审查：



中国政府早在2006年的徐工案例中就已有类似处理并在同一年出台关于外国投资者并购境内企业的规定，现在出台有关并购安全审查的规定并不令人惊奇。其他很多国家也都有类似的审查制度以保障其国家安全。中国建立自己的并购安全审查制度无可厚非。但是部分外国投资者对6号通知的出台并持怀疑态度，他们担心国家安全成为经济或其他因素考虑的托词，容易阻碍并购交易的开展。实际上，在这个资源匮乏和粮食短缺的时代，经济利益和国家安全之间的界线有时并不十分清晰。但是有一点是可以确定的，那就是，投资者们期待着实际的安全审查案例。

古军华
税务合伙人，香港
毕马威中国

- 军事相关企业，包括
 - 军工及军工配套企业
 - 重点、敏感军事设施周边企业
 - 关系国防安全的其他单位
- 关系国家安全的企业，包括
 - 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

6号通知并未对上述行业的具体范围做界定。基本上这些行业都不在外商投资产业指导目录中的禁止类范围内。否则，也无需对这些行业中的并购交易进行安全审查。但是，相关政府部门应尽快出台关于这些行业范围的具体指引以保证审查机关能够客观地和有效地开展审查工作。

香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的投资者并购境内企业的，参照6号通知的规定执行。若一项收购交易涉及新增固定资产或国有资产的，需按国家固定资产或国有资产管理规定办理。外国投资者并购境内金融机构的安全审查另行规定。

2. 需进行安全审查的“外国投资者并购境内企业”包括哪些情形？

外国投资者并购境内企业¹，是指以下情形：

- 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

在第一种情形下，“非外商投资企业”是否包括其他外商投资企业在境内拥有或控制的企业，目前尚不清楚。除非这些被投资企业位于中西部地区或是由投资性公司设立，否则不会被认定为外商投资企业。

值得注意的是，在第二种情形下，转让外商投资企业的股权也需要进行国家安全审查。但看起来，当某一外国投资者从另一外国投资者手中购买某一家外商投资企业（简称“被并购企业”）股权时，即使被并购企业所从事的经营活动属于需要进行国家安全审查的行业，该股权转让活动也无需进行国家安全审查。6号通知中所涉及的“外商投资企业”是否包括那些

¹ 6号通知中的“境内企业”特指在中国境内的企业（包括“外商投资企业”和“非外商投资企业”）而非“内资企业”。

在其批准文件上加注“外资比例低于 25%”字样的外商投资企业，目前尚未明确。但是如果真涉及此类企业，在本快讯问题 3 中所讨论的“实际控制权”标准很可能就不满足了。

在第三种情形下，外国投资者先设立一家外商投资企业，而后该外商投资企业购买境内企业资产的行为是否需要进行国家安全审查，目前还不明确。一般来说，购买资产行为本身无需取得商务部或地方商务部门的批准。

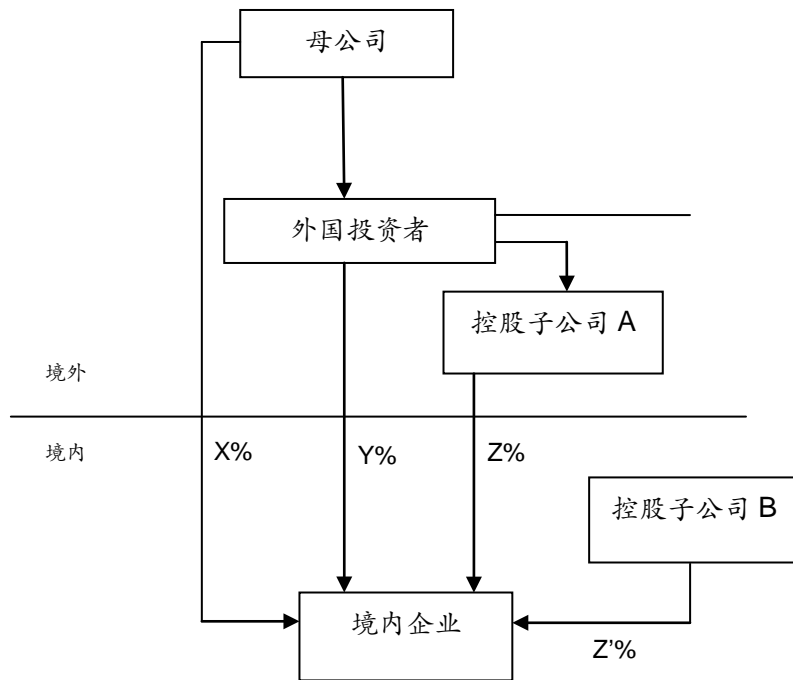
对于通过购买境内企业的境外控股公司股权从而达到收购境内企业股权目的的交易方式，6 号通知并未涉及。这样的境外控股公司持股架构在一些“返程投资”安排中经常可见。此外，6 号通知也没有对外国投资者在信托或由其他境内企业代持的安排下，持有境内企业股权的情况加以规定。但是，根据商务部令 2009 年第 6 号《关于外国投资者并购境内企业的规定》（2006 年发布并于 2009 年修订，以下简称“6 号令”）第十五条的规定，外国投资者并购境内企业交易的当事人不得以信托、代持其他方式达到隐瞒交易双方之间关系的目的。

除了第二种情形，上述各种情形在 2009 年的 6 号令第二条中均有涉及。

3. 国家安全审查中的“实际控制权”是何含义？

外国投资者取得境内企业的实际控制权，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。包括下列情形：

- 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。如下图所示：

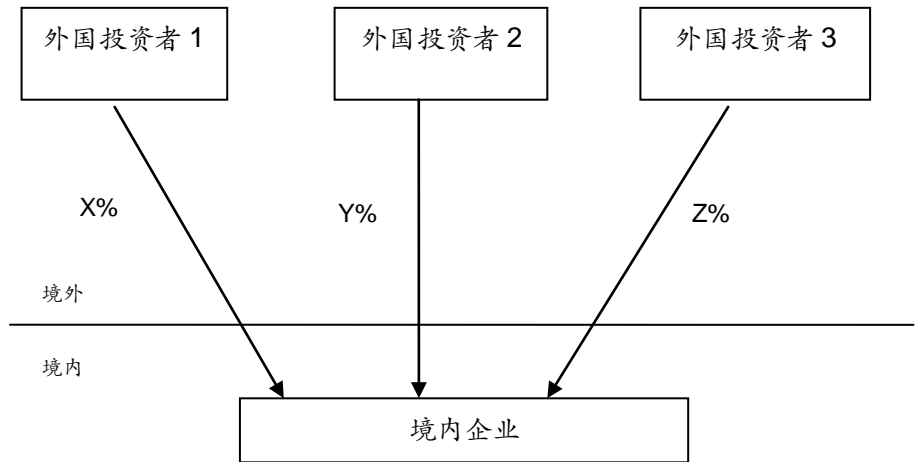


$$X\% + Y\% + Z\% + Z'\% > 50\%$$

在第一种情况下如何认定外国投资者的控股母公司和控股子公司尚不明确。我们认为对境内企业适用的“实际控制权”测试此处也可能适用。此外，关于“控股子公司”是否包括境内外的控股子公司还是只包括境外的控股子公司，6 号通知也未加以说明。在上例中，我们假定在判定外国投

资者对境内企业是否有“实际控制权”时，将境内的控股子公司也考虑在内。

- 数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在 50%以上。如下图所示：



$$X\% + Y\% + Z\% > 50\%$$

- 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。

第四种情形是一项兜底条款，包括外国投资者通过信托或代持的方式控制境内企业运营的情形。

4. 国家安全审查的内容包括哪些？

审查部门将重点考虑并购活动对以下方面的影响：

- 国防安全，包括国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施
- 国家经济稳定运行
- 社会基本生活秩序
- 涉及国家安全关键技术研发能力

5. 由哪个政府部门进行安全审查？

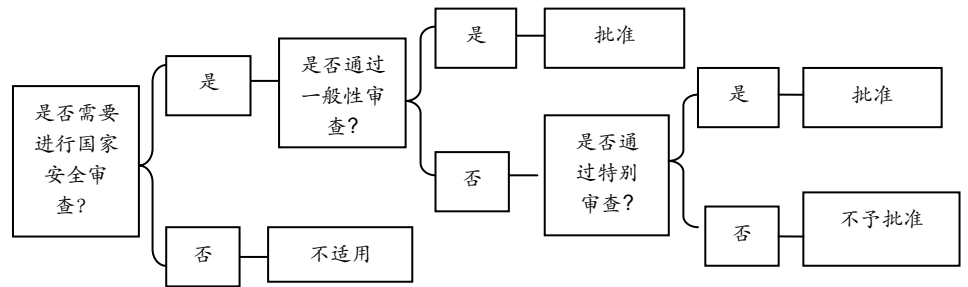
部际联席会议（以下简称“联席会议”）具体承担安全审查工作。联席会议在国务院领导下，由国家发展和改革委员会、商务部牵头，根据外资并购所涉及的行业和领域，会同相关部门开展并购安全审查。

联席会议的主要职责包括：

- 分析外国投资者并购境内企业对国家安全的影响
- 研究、协调外国投资者并购境内企业安全审查工作中的重大问题
- 对需要进行安全审查的外国投资者并购境内企业交易进行安全审查并作出决定

6. 联席会议的审查过程是怎样的？

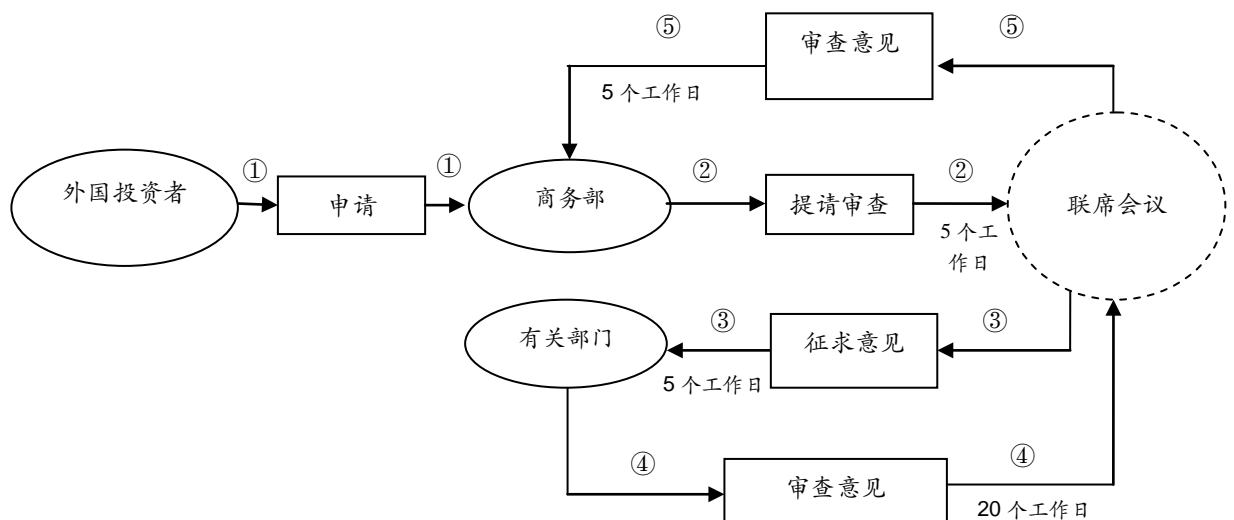
当联席会议收到进行国家安全审查的申请时，首先要决定是否有必要进行这一审查。如果确有必要，联席会议将进行一般性审查。一般性审查通过后，外国投资者可以继续其并购交易；若未通过一般性审查，则需进行特别审查。若通过特别审查，外国投资者可继续进行其并购交易。若未通过特别审查，外国投资者需撤销其并购交易。联席会议的审查意见为最终结果，6号通知并未规定进一步的审查和申诉程序。具体的审查流程如下图所示：



7. 一般性审查的程序如何？

一般性审查采取书面征求意见的方式进行。联席会议收到商务部提请安全审查的并购交易申请后，在5个工作日内，书面征求行业有关部门的意见。有关部门在收到书面征求意见函后，应在20个工作日内提出书面意见。如有关部门均认为并购交易不影响国家安全，则不再进行特别审查，由联席会议在收到全部书面意见后5个工作日内提出审查意见，并书面通知商务部。

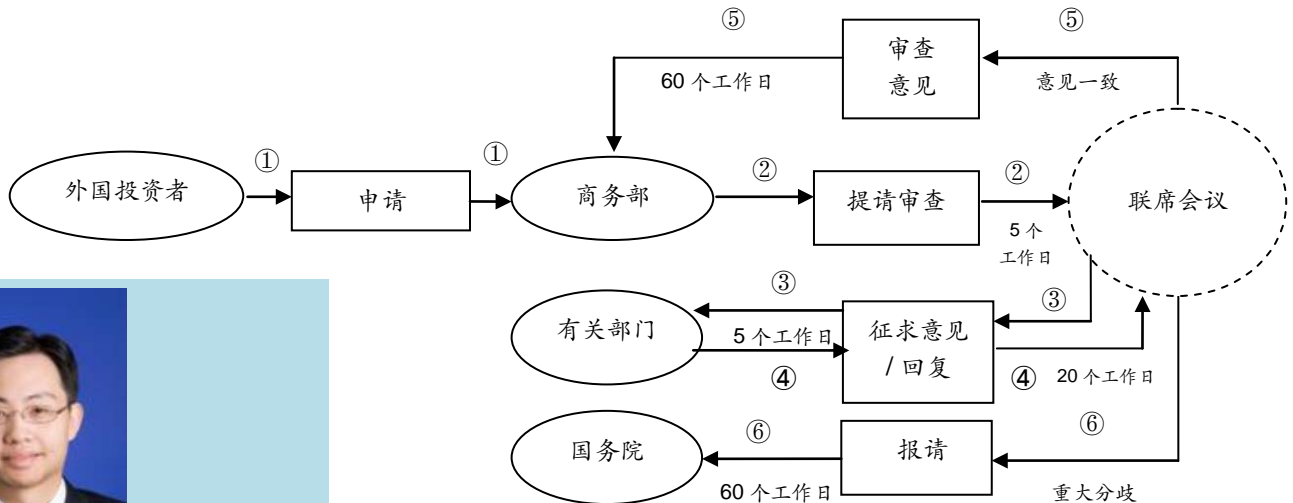
一般性审查的程序如下图所示：



8. 特别审查的程序如何?

如有部门认为并购交易可能对国家安全造成影响,联席会议应在收到书面意见后5个工作日内启动特别审查程序。启动特别审查程序后,联席会议组织对并购交易的安全评估,并结合评估意见对并购交易进行审查,意见基本一致的,由联席会议提出审查意见;存在重大分歧的,由联席会议报请国务院决定。联席会议自启动特别审查程序之日起60个工作日内完成特别审查,或报请国务院决定。审查意见由联席会议书面通知商务部。

特别审查的程序如下图所示:



若步骤5发生,步骤6不会发生,反之亦然。

9. 交易额3亿美元以下的并购项目是否需要进行国家安全审查?

根据8号公告的规定,如果收购交易导致外国投资者对从事6号通知第一条第一款中所述经营活动的企业拥有了实际控制权,那么交易额3亿美元以下的并购项目仍然需要进行国家安全审查。

之所以提出这样的问题是因为商务部2011年2月25日发布了商资函[2011]72号(以下简称“72号文件”)。根据72号文件的规定,一般情况下,外国投资者并购境内企业的交易额为3亿美元以下的,仅需要省级商务主管部门的批准。但如果是6号令规定的需有商务部审批的项目,还是由商务部负责审核管理。6号令主要是要求商务部对涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全因素或者导致拥有驰名商标或中华老字号的境内企业实际控制权转移的并购交易进行审批。同样道理,尽管并购交易额在3亿美元以下,但如果其属于6号通知中所规定的对国家安全存在潜在影响的情形,该交易仍然需要按照6号通知的规定进行国家安全审查。8号公告基本上也持同样的观点。



政府一方面加强了对外国投资者并购境内企业的监管,另一方面放宽了对外商投资企业设立的审批管理。在很多情况下,审批权限被下放到省级商务主管部门。但尽管省级商务主管部门被授予了一定的审批权限,商务部对服务业领域的外商投资的关注度依然很高。根据商务部最新发布的72号文件,将加强对下列行业外商投资的审核管理,包括:(1)涉及专项规定管理的行业(例如:融资租赁、广告等);(2)敏感行业(例如:小额贷款、信用评级等)及(3)涉及大额资金流入的行业(例如:创业投资、股权投资等)。

何超良
税务合伙人,上海
毕马威中国



反垄断审查和国家安全审查相互有何影响，这是一个值得关注的问题。估计国家安全审查应该在反垄断审查之前进行。一旦某个收购方案未能通过国家安全审查，也就没有必要进行其他的审查程序了。如果一个收购方案通过了国家安全审查，它有可能违反了经营者集中规定。对于境外投资者而言，这相当于多设置了一道门槛。因此，境外投资者筹划在中国境内的并购交易时，应当在更充裕的时间内，进行全方位的调研，更多地寻求相关专业人士的咨询意见和协助。

张豪
税务合伙人，北京
毕马威中国

毕马威观察

6号通知中所规定的安全审查可以追溯到商务部2006年对凯雷投资集团（一家国际股权投资公司）购买徐工集团工程机械有限公司（国内一家重型机械制造商）85%股权这一并购交易的审查。在这一案例中，商务部最终否决了凯雷集团收购徐工的方案。商务部作出此决定就是基于“国家安全”方面的考虑。如本快讯问题2中所说，国务院在同一年发布6号令，将“经济安全”作为一个主要标准引入对外国投资者在中国的并购交易申请的审核。

2007年6月，中国颁布反垄断法，该法自2008年8月1日起生效。反垄断法进一步为6号通知的出台铺平了道路。根据反垄断法第三十一条的规定，对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中，涉及国家安全的，除依照反垄断法进行经营者集中审查外，还应当按照“国家有关规定”进行国家安全审查。此处的“国家有关规定”正是指6号通知中的相关内容。

6号通知使得外国投资者并购境内企业的审批流程更加清晰，更具确定性和客观性，但也使得某些行业的外资并购交易将接受更为严格的审查，审批流程更为复杂。进一步来说，如前文中所讨论的，6号通知中目前仍有一些问题没有得到澄清。例如：需要进行国家安全审查的具体项目范围以及在审查过程中所使用的标准都还有待于进一步明确。毫无疑问，反垄断法和国家安全审查的结合使得整个审批过程更为复杂，耗时更长。考虑在中国开展并购交易的外国投资者将会接受更多的挑战。

除此之外我们还应关注，对于那些由境外股权投资经理人管理和控制的人民币基金所开展的并购交易，特别是在当前普遍出现的人民币基金和由同一股权投资经理人管理的海外基金共同投资的情况下，国家安全审查制度将如何适用。

联系我们

何坤明

税务服务主管合伙人
中国和香港特别行政区
电话: +86 (10) 8508 7082
khoonming.ho@kpmg.com

北京/沈阳

凌先肇

电话: +86 (10) 8508 7083
david.ling@kpmg.com

青岛

彭晓峰

电话: +86 (532) 8907 1728
vincent.pang@kpmg.com

上海/南京

何超良

税务服务主管合伙人
华中区
电话: +86 (21) 2212 3406
chris.ho@kpmg.com

杭州

吴智广

电话: +86 (571) 2803 8081
martin.ng@kpmg.com

成都

周咏雄

电话: +86 (28) 8673 3916
anthony.chau@kpmg.com

广州

李一源

电话: +86 (20) 3813 8999
lilly.li@kpmg.com

福州/厦门

李瑾

电话: +86 (592) 2150 888
jean.j.li@kpmg.com

深圳

孙桂华

税务服务主管合伙人
华南区
电话: +86 (755) 2547 1188
eileen.gh.sun@kpmg.com

香港

杨嘉燕

电话: +852 2143 8753
karmen.yeung@kpmg.com

华北区

凌先肇

电话: +86 (10) 8508 7083
david.ling@kpmg.com

冯栢文 (Vaughn Barber)

电话: +86 (10) 8508 7071
vaughn.barber@kpmg.com

郑占广

电话: +86 (10) 8508 7512
roger.di@kpmg.com

贾肖肖

电话: +86 (10) 8508 7517
jonathan.jia@kpmg.com

彭晓峰

电话: +86 (10) 8508 7516
+86 (532) 8907 1728
vincent.pang@kpmg.com

黄伟光

电话: +86 (10) 8508 7085
michael.wong@kpmg.com

延峰

电话: +86 (10) 8508 7508
irene.yan@kpmg.com

张豪

电话: +86 (10) 8508 7509
tracy.h.zhang@kpmg.com

赵彤

电话: +86 (10) 8508 7515
catherine.zhao@kpmg.com

高桥宏幸

电话: +86 (10) 8508 7078
hiroyuki.takahashi@kpmg.com

张宇

电话: +86 (10) 8508 7511
leonard.zhang@kpmg.com

华中区

何超良

税务服务主管合伙人
华中区
电话: +86 (21) 2212 3406
chris.ho@kpmg.com

周咏雄

电话: +86 (21) 2212 3206
+86 (28) 8673 3916
anthony.chau@kpmg.com

池澄

电话: +86 (21) 2212 3433
cheng.chi@kpmg.com

张少云

电话: +86 (21) 2212 3268
bolivia.cheung@kpmg.com

符碧琴

电话: +86 (21) 2212 3412
dawn.foo@kpmg.com

梁新彦

电话: +86 (21) 2212 3488
sunny.leung@kpmg.com

卢奕

电话: +86 (21) 2212 3421
lewis.lu@kpmg.com

吴智广

电话: +86 (21) 2212 2881
+86 (571) 2803 8081
martin.ng@kpmg.com

大谷泰彦

电话: +86 (21) 2212 3360
yasuhiko.otani@kpmg.com

谢忆璐

电话: +86 (21) 2212 3422
grace.xie@kpmg.com

许子冲

电话: +86 (21) 2212 3404
zichong.xu@kpmg.com

翁晔

电话: +86 (21) 2212 3431
jennifer.weng@kpmg.com

张日文

电话: +86 (21) 2212 3415
william.zhang@kpmg.com

黄及时

电话: +86 (21) 2212 3605
david.huang@kpmg.com

饶戈军

电话: +86 (21) 2212 3208
amy.rao@kpmg.com

华南区

孙桂华

税务服务主管合伙人
华南区
电话: +86 (755) 2547 1188
eileen.gh.sun@kpmg.com

李瑾

电话: +86 (755) 2547 1128
+86 (592) 2150 888
jean.j.li@kpmg.com

李雁

电话: +86 (755) 2547 1198
jean.li@kpmg.com

李一源

电话: +86 (20) 3813 8999
lilly.li@kpmg.com

廖雅芸

电话: +86 (20) 3813 8668
kelly.liao@kpmg.com

何晓宜

电话: +86 (755) 2547 1276
angie.ho@kpmg.com

香港

刘麦嘉轩

税务服务主管合伙人
香港特别行政区
电话: +852 2826 7165
ayesha.macpherson@kpmg.com

艾柏熙 (Chris Abbiss)

电话: +852 2826 7226
chris.abbiss@kpmg.com

包迪云 (Darren Bowdern)

电话: +852 2826 7166
darren.bowdern@kpmg.com

甘毅信 (Alex Capri)

电话: +852 28267223
alex.capri@kpmg.com

霍宁思 (Barbara Forrest)

电话: +852 2978 8941
barbara.forrest@kpmg.com

古军华

电话: +852 2978 8983
john.gu@kpmg.com

白士平 (Ken Harvey)

电话: +852 26857806
ken.harvey@kpmg.com

何博礼 (Nigel Hobler)

电话: +852 2143 8784
nigel.hobler@kpmg.com

甘兆年 (Charles Kinsley)

电话: +852 2826 8070
charles.kinsley@kpmg.com

孔達信 (John Kondos)

电话: +852 26857457
john.kondos@kpmg.com

伍耀辉

电话: +852 2143 8709
curtis.ng@kpmg.com

潘嘉礼 (Kari Pahlman)

电话: +852 2143 8777
kari.pahlman@kpmg.com

譚培立 (John Timpany)

电话: +852 2143 8790
john.timpany@kpmg.com

邢果欣

电话: +852 2978 8965
christopher.xing@kpmg.com

杨嘉燕

电话: +852 2143 8753
karmen.yeung@kpmg.com

王尹巧仪

电话: +852 2978 8288
jennifer.wong@kpmg.com

kpmg.com/cn

本刊所载资料仅供一般参考用,并非针对任何个人或团体的个别情况而提供。虽然本所已致力提供准确和及时的资料,但本所不能保证这些数据在阁下收取本刊物时或日后仍然准确。任何人士不应在没有详细考虑相关的情况及获取适当的专业意见下依据本刊物所载资料行事。

© 2011 毕马威会计师事务所 — 香港合伙制事务所,是与瑞士实体 — 毕马威国际合作组织(“毕马威国际”)相关联的独立成员所网络中的成员。© 2011 毕马威企业咨询(中国)有限公司 — 中国外商独资企业,是与瑞士实体 — 毕马威国际合作组织(“毕马威国际”)相关联的独立成员所网络中的成员。版权所有,不得转载。

毕马威的名称、标识和“cutting through complexity”均属于毕马威国际的注册商标。