



外商投资热点问题

国家安全审查制度：

外资并购不可忽视的政府审批环节

2011年2月3日，国务院办公厅于发布《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，以下简称“**国办发6号文**”），首次确立了“国家安全审查”制度。

2011年3月4日，商务部作为安全审查的受理和初审机关，在国办发6号文的基础上，公布了《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》（已失效），国家安全审查制度进入初步试水阶段。

2011年8月25日，商务部基于3月至8月的实践及广泛地征求意见，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》（商务部公告2011年第53号，以下简称“**53号文**”），对安全审查的申报流程、申请文件、审查流程和时限做出了相对详细和明确的规定，国家安全审查制度基本成型。

根据现行有效的法律监管体系，国家安全审查制度涉及的重点如下：

一、 适用行业

根据国办发6号文，安全审查的范围为，外国投资者并购涉及以下行业的企业：

- (1) 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它单位；或
- (2) 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、重大装备制造等行业。

对外国投资者并购涉及前述第(2)类行业的企业，安全审查的范围限于外国投资者可能取得实际控制权的外资并购。

无论是国办发6号还是后续的53号文，均未对“重要”、“关键技术”“敏感”做出定义或细化规定。因此，审查部门在判断交易是否需进行国家安全审查时有较大的自由裁量权。根据目前的有限信息，商务部可能下发了关于需要进行国家安全审查的行业目录供内部参考使用，但该目录并不对外公布，且商务部随时可能对其进行调整。

二、 交易类型

根据国办发6号文，须进行安全审查的外资并购交易具体包括以下四类：

- 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，使该境内企业变更设立为外商投资企业。
- 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。

53号文在国办发6号文基础上进一步扩大了可能需要进行国家安全审查的交易范围，提出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。代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式形成的外资并购交易均可能涉及国家安全审查。

三、 “实际控制权”的定义

外国投资者取得实际控制权，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。
- 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。

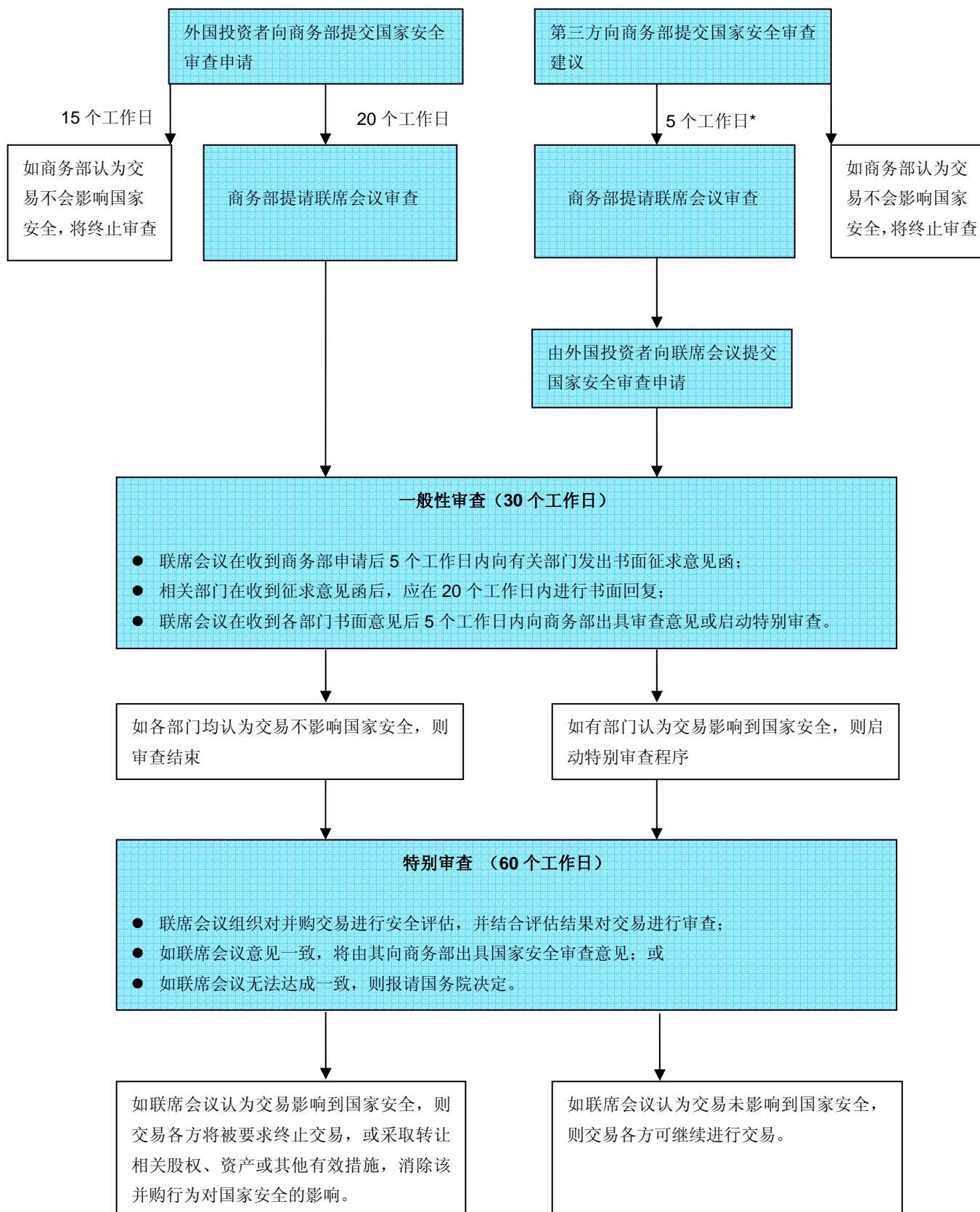
四、 审查机关

- 商务部：国家安全审查的受理和初步审核机关。
- 联席会议：外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议，由商务部和国家发展和改革委员会牵头，为进一步审查机构，对商务部认定可能涉及国家安全问题的外资并购交易开展进一步审查并做出决定。
- 国务院：审查由联席会议提交的特别的外资并购交易。

五、 审查流程

外资并购安全审查流程如下图所示：

外资并购国家安全审查流程图



注：

5个工作日：第三方提出国家安全审查的建议后，商务部可要求利益相关方提交有关说明。属于国家安全审查范围的，商务部应在5个工作日内将审查建议提交联席会议。

安全审查流程说明：

1. 启动方式

启动安全审查程序的主要方式包括三种：

- 外国投资者自行申请；
- 应地方商务部门要求，由外国投资者申请；及
- 依第三方建议启动（第三方的范围非常广泛，包括国务院相关部门，全国性行业协会、同业企业及上下游企业）。

2. 申报前商谈

在向商务部提出并购安全审查正式申报前，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。该预约商谈不是提交正式申请的必经程序，商谈情况不具有约束力和法律效力，不作为提交正式申报的依据。

3. 受理通知

国家安全审查适用的是“没有消息就是好消息”的通知程序。也即，自商务部以“受理通知书”形式书面通知申请人受理申请之日起15个工作日后，商务部未书面告知申请人该并购涉及国家安全问题的，该安全审查

申请被视为已经通过，申请人即可按照国家有关法律法规办理其他并购审批手续。

4. 审查结果

- 不影响国家安全的：办理并购交易手续。
- 可能影响国家安全且并购交易尚未实施的：终止交易。申请人未经调整并购交易、修改申报文件并经重新审查，不得申请并实施并购交易。
- 对国家安全已经造成或可能造成重大影响的：终止交易，或采取转让相关股权、资产或其他有效措施，以消除该并购行为对国家安全的影

评述：

随着国家安全审查制度的建立和完善，外国投资者在进行涉及国办发 6 号文项下关键技术、重要或敏感行业的并购时，应将国家安全审查纳入交易安排的考量范畴。国办发 6 号文赋予第三方的启动国家安全审查的举报权利，亦应引起交易方的重视。

此外，安全审查制度中对“协议控制”结构（又称“VIE 结构”）的“点名”，让协议控制结构的合法性讨论再次成为热门话题。商务部通过 53 号文，首次明确公开表示，商务部知悉利用协议控制结构规避外商投资产业限制的情形。但是，商务部没有进一步对 53 号文中涉及协议控制的条款进行具体解释，也没有其他政府机关公布关于协议控制结构的其他明确的限制性文件。因此，主管机关对协议控制结构的监管态度目前仍不明朗。截至目前，商务部尚未公布任何涉及 VIE 结构的国家安全审查案例，我们会进一步跟进有关监管态势的发展。

刘 歌 合伙人 Tel: 8610 8519 1313 Email: liug@junhe.com

许蓉蓉 合伙人 Tel: 8610 8519 1280 Email: xurr@junhe.com

陈 伟 律师 Tel: 8610 8519 2788 Email: chenwei@junhe.com

本简讯仅为提供法律信息之目的，供参考使用，并不构成君合律师事务所的法律意见或建议。