

并购流程概要

SARAH XUAN、METTHEW MURPHY, MMLC 集团, 北京

一. 中国并购的一般类型

1. 股权并购

(1) 直接并购

外国投资者可以通过直接购买境内目标公司其中一个投资者手中的全部或部分非上市股权（直接并购），或者认购目标公司的新增资本金。在中国进行直接并购交易需要得到中国相关部门的完全批准。

(2) 海外/间接并购

外国投资者通过离岸购买境内目标公司外国合伙人的部分或全部股份以此购置或增加对中国目标公司的控制权（海外并购或间接并购）。此种方式只适用于具有外国投资者的目标公司并且只购买外国投资者的股份。海外交易在离岸公司的成立地区进行并且一般不需要中国政府相关部门的审批，除非在特定的情况下需要中国政府新建立的反垄断审查。

2. 资产并购

外国投资者运用新设的或既存的外商投资企业作为并购工具，直接购买境内目标公司的部分或全部业务或资产。此种交易受中国政府管辖并需要中国政府相关部门的完全批准。

二. 并购的政府审批过程

1. 间接并购

由于间接并购是在海外进行，一般来说，对此类交易中国政府相关部门无管辖权并不需要中国政府的批准，除非需要通过反垄断审查。根据《关于外国投资者并购境内企业的规定》，外国购买者进行海外并购交易需要向商务部提交并购计划如果符合以下任一条件：

- (1) 境外并购一方当事人在我国境内拥有资产 30 亿元人民币以上；
- (2) 境外并购一方当事人当年在中国市场上的营业额 15 亿元人民币以上；
- (3) 境外并购一方当事人及其有关联关系的企业在中国市场占有率已经达到 20%；
- (4) 由于境外并购，境外并购一方当事人及其有关联关系的企业在中国的市场占有率达到 25%；
- (5) 由于境外并购，境外并购一方当事人直接或间接参股境内相关行业的外商投资企业将超过 15 家。

商务部将审查并购申请，通过考察该并购是否会导致境内市场过度集中，妨害境内正当竞争、损害境内消费者利益的情形，并做出是否同意的决定。

新的反垄断审查条款属于概意性条款，并未在引起审查和审查豁免的决定上给予足够的指示。并且没有任何的实施细则可以解决该重要问题。目前，反垄断审查的形式意义大于它的实质意义。

2. 直接并购

在现行的中国法律下，涉及既存外商投资企业的注册资本变更或者境内企业资本通过直接股权变更向外商投资企业转换的交易，将需要批准和登记，类似于设立新的外商投资企业。商务部或者其本地机构有权审核、批准涉及外商对境内企业及外商投资企业投资的交易，并且可能需要其他主管部门的批准（其他法律或行政法规明确要求的，或者目标公司属于特殊行业）。一旦所申请交易被有关部门所批准，国家工商总局及其分支机构将负责管理登记程序。

相关的申请需向目标外商投资企业原来的批准部门提出。如果目前的目标公司不是一个外商投资企业，须向相关批准部门提出建立新的，拥有一定投资资本外商投资企业的申请。一般来说，如果目标公司不是一个既存的外商投资企业，双方当事人变更之前需要股权评估。低于评估价格的交易价格将被禁止。

直接股权并购的反垄断审查批准过程大体上与间接股权并购相似，根据《国务院关于经营者集中申报的规定》外国投资者认购境内企业股权的有义务申报其并购事宜：

（1）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币；

（2）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币。

所需要的相关文件：

- （1）股权转让协议或者目标公司注册资本认购协议；
- （2）目标公司修改后的公司章程，修改后须体现交易产生的变化；假如目标公司在交易完成后转换成一个中外合资企业或者多重投资者的外商独资企业，则需要新的中外合资企业的合同章程（对中外合资企业）或者股东协议（对多重投资者的外商独资企业）
- （3）目标企业一致的董事会决议，包括目标企业现合伙投资者的同意以及对放弃股权具优先购买权者的同意，或者，如果目标公司是境内有限责任公司，需要股份持有者一致的决议。

批准过程及时间：

在收到所有需要的文件后，批准部门将会审核中文版本文件的实质内容，有可能要求修改。所以获得批准所需要的时间有可能为几周至超过一年，即使在审批过程中有关部门并未向申请者提出任何问题。

3. 资产并购假如一个外国投资者想要购买境内企业的资产而不是其股权，须先在境内设立一个商业实体，在进行并购前需要先设立一个外商投资企业。

除了要取得设立新企业的批准外，变更资产也需要另外得到审批：

- （1）如果变更的资产涉及相关的免税设备，而该免税设备仍在海关的监管及控制下的，则需要得到海关解除对该免税设备的监管的批准；

- (2) 如果变更的资产中涉及相关类型的知识产权比如说专利权，商标权或者涉及任何技术和专有技术受制于中国技术出口管理部门，须得到次相关部门的批准；
- (3) 假如资产变更涉及禁止外资参与的相关的特定工业，需要特别留心。投资者应该注意进行资产变更也许不需要自身的批准，从事相关行业的必须的许可是不能被转移的；在使用所购买的资产前，购买者仍然需要向相关主管部门申请自己的使用许可。
- (4) 在一般的资产并购中，还需要外汇审批和审核。详细内容请看有关直接并购的章节。

所需要的相关文件：

- (1) 资产转让协议
- (2) 资产转让者同意转让资产的决议
- (3) 给予债权人的通知，或安置职工计划（将在非政府批准种叙述）

假如任何公司机构文件或者公司准则尤其涉及到当事人双方的事项由于交易而产生变化，需要得到相关部门及工商登记部门的批准。此外，

三. 非政府同意及批准

在并购案件中，在交易前需要获得一定的非政府批准，包括：售出者的同意；其他股东的同意或权利放弃；股东会的同意；合同义务（比如说，银行贷款或抵押协议有可能规定，因交易导致的对债务人控制的变化须事先得到债权人的批准）；公开声明和债权人通知（境内公司出售资产将在股东会通过出售资产相关决议的十天内做出公开声明并通知债权人。任何债权人都有权利要求出售方提供相等的抵押。如果目标公司根据资产转让交易而解散的，根据中国的清算和解散程序，在收到有关部门预先批准答复的十天之内，所有的债权人都将得到通知）。

四. 外汇事宜

1. 股权并购

假如交易涉及出售者必须在国内被支付，外国购买者将必须将购买款项汇入境内。在此情况下，购买款项必须汇入出售者所开设的专门用于接受该交易款项的特殊账户中（称为“资本账户”）。由于并购交易经常发生大笔款项的向内汇入，境内出售者须向外汇管理局申请批准购买价格的设立和购买价格向人民币的转换。当购买款项汇入特殊账户并转换成人民币后，外国投资者必须对支付给出售者的外汇进行特殊的外汇登记（或者外国投资者授权股权出售者进行外汇登记）。登记后，将会颁发登记证，登记证证明了外国投资者已经做出了支付。

2. 资产并购

涉及由新的外商投资企业作为并购工具类型的资产并购，需要先设立新的外商投资企业。作为购买者的外商投资企业需要用人民币去购买境内企业的任何资产。所需要的人民币可来自于最初的资本，或者运转收入。不管在哪种情况下，该类型交易不涉及任何外汇事项。

五. 并购上市公司的额外信息

《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》（“战略投资规则”）于 2006 年 1 月 31 日生效。“战略投资规则”适用于管理外国投资者对在中国上海证券交易所和深圳证券交易所上市的中国公司进行战略投资。“战略投资规则”明确的允许了外国投资者购买 A 股通过（1）购买上市公司既存的股东的 A 股，或者（2）认购上市公司新发行的 A 股或者其他中国法律法

规认可的其它方式。在“战略投资规则”之前，外国投资者对 A 股的投资一般是根据政府关于合格外国机构投资者的规定办理的。

“战略投资规则”只适用于对已经完成非流通股股票改革计划或者在完成中国证券监督管理委员会所有非流通股股票改革计划后 A 股上市公司的并购。在“战略投资规则”的规定下，购买上市公司 A 股需要得到商务部的批准（在某些情况下需要得到证监会的批准），此外，外国并购者将被锁定。

另外，并购上市公司还必须遵循于 2006 年 9 月 1 日生效的《上市公司收购管理办法》中规定的强制收购要约规则。在转移规范下，假如一个购买者从上市公司购买 30% 或者更多的流通股股票或以其它方式控制上市公司，根据转移规范，除非得到证监会弃权，否则须要提供购买上市公司持股人所有股份的定价。

六. 税务事宜

在并购的流程中，设计的税种包括：企业所得税，印花税，增值税，关税，土地增值税，营业税和契约税等。

七. 并购的重要相关规则

1. 外国投资者并购在中国登记的公司或企业的资产或者股权（包括上市公司和外商投资企业）需要由商务部或其相关的本地分部进行审批；
2. 并购并达到控制重要行业或拥有著名商标或历史品牌的中国企业需要得到商务部的批准；
3. 购买价格必须参考资产或股权的估价而决定且需要支付，除非特定的例外，目标公司新的营业执照颁发不到三个月；
4. 受制于商务部的批准，外国并购者应使用海外上市公司的股份作为并购对价并购境内的目标公司；
5. 在资产并购中，目标公司必须通知交易的债权人，债权人可以收回目标公司的债务或要求目标公司提供适当的担保；
6. 由《关于外国投资者并购境内企业的规定》管理的并购需要通过商务部和工商部门的反垄断审查。

八 相关法律法规

1. 《关于外国投资者并购境内企业的规定》（由商务部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家工商行政管理总局、中国证券监督管理委员会发布，于 2008 年 9 月 8 日生效）
2. 《外商投资产业指导目录》（由国务院各机构/各部/商务部/各委/国家发展和改革委员会（含原国家发展计划委员会、原国家计划委员会发布，于 2004 年 11 月 30 日生效，并于 2007 年 12 月 1 日修订）
3. 《公司法》（由全国人大常委会发布，于 1994 年 7 月 1 日生效，并于 2001 年 3 月 15 日修订）
4. 《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》（由国务院各机构/各部/商务部/各委/中国证券监督管理委员会/各局/国家税务总局/国家工商行政管理总局/中央其他机构/其他/各局（其他）/国家外汇管理局发布，于 2006 年 1 月 31 日生效）
5. 《上市公司收购管理办法》（由国务院各机构/各委/中国证券监督管理委员会发布，于 2006

年 9 月 1 日生效，并于 2008 年 8 月 27 日修订)

6. 《国务院关于集中经营者集中申报的规定》(由国务院各机构/各委发布，于 2008 年 8 月 3 日起生效)

2008 年 10 月 28 日

MMLC GROUP

www.mmlcgroup.com.cn