

中国法下上市公司和非上市公司的合并与收购

作者：许顺光

(研究助理：郑皓天、刘苾玮、朱妙莉、梁艳)

- 1 在中国法下，与并购相关的法律法规条文并非全部包含在一部单一的法典中。与并购相关的事项，一部分包含在相关的法律中，另一部分被国务院或其它政府部门颁布的行政法规、部门规章所包括。
- 2 公司合并的一般规则规定在 2014 年《中华人民共和国公司法》的第九章中。外商投资企业之间的合并事项，适用由原对外贸易与经济合作部（现为商务部）和国家工商行政管理总局（“工商总局”）共同颁布的《关于外商投资企业合并与分立的规定》（“外企合并规定”）。外商投资企业与内资企业之间的合并，可以参照外企合并规定办理。
- 3 由包括商务部与工商总局在内的五部委联合颁布并于 2009 年 6 月 22 日最新修订的《关于外国投资者并购境内企业的规定》（“并购规定”）是外国公司收购内资企业方面最重要的法律文件。并购规定对于外国公司收购境内的外商投资企业或者外商投资企业收购内资企业，在其他外商投资企业法律没有规定的情况下亦有参考效力。
- 4 中国上市公司的收购由《上市公司收购管理办法》特别规定。
- 5 如果在合并或者收购的过程中涉及了新公司的设立，所有适用于设立新公司的法律法规都将适用于该合并或者收购活动。新公司的设立应当符合中国的产业政策，遵守《公司法》的相关规定，并遵守有关海关、税务、外汇管理、工商登记等相关规定。

合并

- 6 外企合并规定适用于中外合资经营企业、具有法人资格的中外合作经营企业、外商投资的有限责任公司和股份有限公司之间的合并。上述外资企业与中国内资企业之间的合并，可以参照外企合并规定进行。¹
- 7 公司间的合并可采取两种形式，即吸收合并与新设合并。

- 8 吸收合并是指公司接纳其他公司加入本公司，接纳方继续存在，加入方解散。与之相对的新设合并是指两个或两个以上公司合并设立一个新的公司，合并各方在新公司设立后解散。

合并后的公司法律形式

- 9 可参与合并的实体包括有限责任公司和股份有限公司。前一类包括中外合资经营企业、具有法人资格的公司型中外合作经营企业以及常见的外商投资有限责任公司。参与合并的各公司的法律形式将决定合并后公司的法律形式。
- 10 由两个或多个相同法律形式的公司（比如均为有限责任公司或均为股份有限公司的几个公司）合并，合并后公司的法律形式与参与合并公司的法律形式相同。
- 11 如果参与合并的公司具有不同的法律形式，比如合并的公司中既有有限责任公司，又有股份有限公司，则该股份有限公司是否为上市公司将成为决定性的因素。上市的股份有限公司与有限责任公司合并后可能成为上市的股份有限公司，但须经相应的有权机构批准。非上市的股份有限公司与有限责任公司合并后可以成为股份有限公司，也可以是有限责任公司。²

申请与审批

- 12 确定审批机关的默认规则是，合并将由批准设立参与合并公司的原批准机关负责审批。
- 13 对于默认规则，如果出现了以下情况，则审批机关会有不同：
- 拟合并公司的原审批机关有两个或两个以上的，由合并后公司住所地的审批机关进行审批；
 - 拟合并公司的投资总额之和超过公司原审批机关或合并后公司住所地审批机关审批权限的，由具有相应权限的审批机关审批；
 - 拟合并的公司至少有一家为股份有限公司的，由商务部负责审批。

- 14 对于申请公司合并的，应向审批机关提交以下文件和资料：
- (1) 合并申请书；
 - (2) 各参与合并公司法定代表人签署的公司合并协议；
 - (3) 各参与合并公司关于公司合并的董事会决议；
 - (4) 各参与合并公司的合同、章程；
 - (5) 各参与合并公司的批准证书和营业执照复印件；
 - (6) 由中国法定验资机构为各参与合并公司出具的验资报告；
 - (7) 各参与合并公司的资产负债表及财产清单；
 - (8) 各参与合并公司上一年度的审计报告；
 - (9) 各参与合并公司的债权人名单；
 - (10) 合并后的公司合同和章程；
 - (11) 合并后的公司的董事会成员名单；
 - (12) 审批机关要求报送的其他文件。
- 15 外企合并规定明确要求合并协议应当包括以下内容：(1) 合并协议各方债权、债务的承继方案；以及(2) 职工安置办法。其中第二项要求是为了保证各参与合并企业的原有职工能够被继续录用或者得到妥善安置。
- 16 因公司合并而在异地新设公司的，审批机关须征求拟设立公司的所在地审批机关的意见。³
- 17 因与其它公司合并而解散的公司，应向其原审批机关进行公司解散的申请。⁴

持股比例、注册资本与投资总额

- 18 外国投资者在合并后公司的持股比例，不得低于合并后公司注册资本的 25%。

- 19 合并后公司的注册资本应为合并前各公司注册资本数额之和。如果一家有限责任公司合并入一家股份有限公司，合并后的公司为股份有限公司的，合并后公司的注册资本为原有限责任公司净资产额根据拟合并的股份有限公司每股所含净资产额折成的股份额与原股份有限公司股份总额之和。⁵
- 20 各方投资者在合并后的公司中的股权比例，由投资者之间协商，或根据资产评估机构对其在原公司股权价值的评估结果确定。各方在合并后公司的持股比例应在合并后的公司合同、章程中明确规定。⁶
- 21 合并后公司的投资总额本应为合并前各公司投资总额的数额之和。另外，合并后公司注册资本与投资总额的比例，应当符合中国关于外商投资注册资本与投资总额的相关规定。

债权与债务

- 22 合并后存续的公司或者新设立的公司，应全部承继因合并而解散的公司的债权、债务。⁷
- 23 在审批机关最终批准合并前，各合并参与方应进行一项额外的债务继承方案公告程序。因此，审批机关在审查了要求提交的文件和材料后，仅将就是否同意各公司合并做出初步批复。⁸
- 24 各参与合并的公司应当向债权人发出通知书，并在全国发行的省级以上报纸上至少公告三次。该通知和公告程序的主要目的是让参与合并的公司向其债权人解释其债务继承方案并且就此获得各债权人的同意。
- 25 债权人有权要求相应的公司对其债务承继方案进行修改，或者宣布债务提前到期并要求公司清偿债务，或要求公司提供相应的担保。公司债权人行使上述权利的期限是自接到通知书之日起三十日内，对于未接到通知书的债权人自第一次公告之日起九十日内。如果公司债权人未在规定期限内行使有关权利，则视为债权人同意拟合并公司的债务承继方案。⁹

- 26 在拟合并的公司完成了通知和公告程序后，审批机关将就合并事项做出最终的批准决定。
- 27 合并后公司的合同及章程将在审批机关最终批准公司合并后方可生效。

收购

- 28 越来越多的外国投资者选择通过收购一家中国的内资企业开始其在中国的直接投资活动。这使得收购活动最近在中国十分活跃。2014年中国的战略性并购的交易量和交易价值分别提高了52%和63%，创下历史最高记录。¹⁰本章的以下内容主要讨论外国投资者收购中国内资企业的问题。中国境内公司间的普通收购事项规定于2014年《中华人民共和国公司法》和并购规定中。而对于上市公司的收购，《上市公司收购管理办法》将提供相关的法律规定。
- 29 在中国的具体实践中，收购分为两种类型，即股权收购和资产收购。股权收购是指外国投资者购买境内企业股东的股权或认购境内公司增资，使该境内公司变更设立为外商投资企业。而资产收购是指外国投资者设立外商投资企业，并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产，或外国投资者协议购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运营。¹¹
- 30 对于股权收购而言，如果外国投资者在收购的同时愿意向被收购企业投入更多的资金，则可以在向该企业现有股东购买该企业股权的同时，利用其额外资金向该企业增资。
- 31 所有的收购活动应当符合中国的产业政策，土地使用政策以及环境保护政策，如果涉及到国有资产的转让，应当遵守国有资产转让的相关规定，另外，还需要遵守营业范围、公平竞争、税务、外汇管理和工商登记等规定和要求。¹²最后，相当重要的一点是，所有的收购活动都要受《中华人民共和国反垄断法》的管辖并符合其规定。¹³

股权收购与资产收购对比

- 32 股权收购和资产收购都有其各自的优点和缺点。两者对比而言，最重要的三个考虑是债务责任的继承，审批的速度与目标公司现有资源的利用。
- 33 对于债务与责任的继承问题而言，资产收购最大的好处即是它使得外国者可以避免所有的潜在责任。这些潜在责任包括未披露债务，员工安置义务和未缴税款。并购规定要求卖方在递交审批机关批准至少 15 天前通知债权人资产转让。
- 34 如果外国投资者选择股权收购，则收购后的公司将继续承担所有被收购公司的现存和潜在的债务和责任。¹⁴ 因此，财务和法律方面的尽职调查对于外国投资者了解该等债务和责任的范围，有着重大的作用。收购协议中的陈述与保证条款，以及赔偿责任条款将帮助外国投资者应对这些风险。
- 35 对于审批速度这一问题而言，股权收购的审批速度较快，而资产收购的审批期限可能比股权收购多两个月左右。
- 36 资产收购的审批需要比股权收购更长的时间，这是因为包括新设立外商投资企业以及资产产权的转移等额外的程序需要花费更多的时间，例如设立外商投资企业和资产产权转移。另外，由于出售资产的公司员工并不会自动转到外商投资企业，外商投资企业需要与其想保留的员工重新协商劳动合同，这也可能需要时间。实践的考虑是，由于审批机关一般更加熟悉股权收购的程序，并且对于资产收购而言，审批机关除了要审查收购事项，还要对新设外商投资企业事项进行审查，资产收购的审批过程更长就更加容易理解了。
- 37 股权收购的另外一个最大好处则是它可以使外国投资者最大限度地利用被收购公司已有的各种资源，比如已经获得的政府批准、各种执照、已经存在的业务、客户和商誉等。在资产收购的情况下，外商投资者可能并不能通过收购的资产而直接获得运营需要的执照。
- 38 另外，一个在实践中十分重要的问题值得外国投资者在选择收购类型时予以考虑，即增资时的资金要求。在股权收购中，如果外国投资者打算向被收购企业额外注入更多的资金，外国投资者可以选择在收购股权的同时申请增加被收购企业的注册资本。但是，在这种情况下，外国投资者根据法律的要求，需要在工商注册登记前缴付拟增加注册资本的 20%。¹⁵ 与此相比，在资产收购中则没有上述要求。

申请与审批

- 39 外国投资者收购境内企业的审批机关是商务部及地方各级商务部门。影响审批机关级别的具体因素包括收购后企业的投资总额、企业涉及的经营范围或产业及其在《外商投资产业指导目录》中的类别等等。
- 40 如果外国投资者收购境内企业并取得其实际控制权，而该被收购企业涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全的因素，或者该项收购将导致拥驰名商标或老字号的境内企业实际控制发生权转移的，该收购交易的审批机关为商务部。¹⁶
- 41 外国投资者收购境内企业，应向相应的审批机关提交下列文件和材料：
- (1) 被收购境内企业股东同意外国投资者进行收购的股东会（股东大会）决议；
 - (2) 设立外商投资企业申请书（仅适用于股权收购）；
 - (3) 收购后所设外商投资企业的合同、章程；
 - (4) 收购协议；
 - (5) 被收购境内企业营业执照；
 - (6) 被收购境内企业职工安置计划；
 - (7) 债权债务处置另行达成的协议（如有）；
 - (8) 资产评估报告；
 - (9) 就收购后方是否存在关联关系的说明；
 - (10) 被收购境内公司上一财务年度的财务审计报告（仅适用于股权收购）；
 - (11) 经公证和认证的外国投资者的注册登记证明及资信证明文件；
 - (12) 被收购境内企业所投资企业的情况说明及所投资企业的营业执照（仅适用于股权收购）；
 - (13) 被收购境内企业通知、公告债权人的证明以及债权人是否提出异议的说明（仅适用于资产收购）；
 - (14) 被收购企业的章程（仅适用于资产收购）；
 - (15) 涉及其它相关部门事先许可的，应提交就相关事项由其它政府部门的批准文件，该等事项包括特殊营业范围、土地使用权等；
 - (16) 其它审批机关要求提交的文件和材料。

- 42 审批机关将在收到完整的申请材料后 30 日内决定是否批准该收购申请。¹⁷ 但是由于审批机关一般都会对提交的材料提出意见，或要求补充提交材料，甚至可能以各种理由延长审查期限，在实践中对合营企业的批准可能需要比法规规定更长的时间。
- 43 如果审批机关同意收购的申请，则将颁发批准证书。申请人应在收到批准证书起 30 日内到工商登记机关进行登记并申请颁发营业执照。之后，申请者应履行向税务、海关和外汇主管部门进行登记的义务。在所有登记完成之后，整个收购和外商投资企业的设立过程方才结束。

注册资本与投资总额

- 44 对于外国投资者收购境内企业设立的外商投资企业，外国投资者在其注册资本中的出资比例需最少达到 25%，该企业方可享受外商投资企业的待遇。这些外商投资企业才能享受的待遇包括举借外债的便利、免税优惠和减税政策等。
- 45 法律允许外国投资者在收购完成后的外商投资企业中的持股比例小于 25%，但是，该企业将不会被视为真正意义上的外商投资企业，也不享受外商投资企业的相关优惠待遇。¹⁸
- 46 外国投资者协议购买境内公司股东的股权，该境内公司变更设立为外商投资企业后，该外商投资企业的注册资本为原境内公司注册资本。外国投资者认购境内公司增资的，收购后所设外商投资企业的注册资本为原境内公司注册资本与增资额之和。¹⁹ 对于因股权收购而设立的外商投资企业，法律对其投资总额上限有严格的规定，投资总额与注册资本的比例范围，因注册资本数额的不同，在 143%到 300%之间。²⁰ 这意味着外国投资者必须首先缴付占其未来计划在中国境内投资的总数额一定比例的注册资本，作为其今后运营期间债务清偿能力的保证。
- 47 外国投资者资产收购的，应根据购买资产的交易价格和实际生产经营规模确定拟设立的外商投资企业的投资总额。拟设立的外商投资企业的注册资本与投资总额的比例应符合有关规定。²¹

转让价格与支付手段

- 48 收购交易的转让价格应当以资产评估机构对拟转让的股权价值或拟出售资产的评估结果作为依据。资产评估机构可以是在中国境内设立的，也可以是国际资产评估机构。无论是国内还是国际机构进行资产，评估应采用国际通行的评估方法。并购规定禁止以明显低于评估结果的价格转让股权或出售资产，以达到低价变相向外国转移国内资产的目的。²²
- 49 如果收购交易涉及国有股权或国有资产的转让，对于资产评估的规定将更加严格。对于资产评估的结果，应进一步获得国有资产管理机构的批准。
- 50 外国投资者收购境内企业，应自收购后设立的外商投资企业营业执照颁发之日起 3 个月内向转让股权的股东，或出售资产的境内企业支付全部对价。对特殊情况需要延长者，支付期限最长为自营业执照颁发之日起 6 个月内支付全部对价的 60%以上，并于 1 年内付清剩余全部对价。²³
- 51 外国投资者收购境内企业的对价，可以用现金支付，也可以用其持有的境外上市公司的股权进行支付。如果外国投资者用股权作为支付手段，将适用特殊的规则，该等特殊规则将在下面的“股权交换”部分进行讨论。如果支付手段是现金的，对价可以用外币支付，也可以用人民币支付，且无论使用何种币种，都需要获得外汇管理机关的批准。²⁴

股权交换

- 52 并购规定首次允许外国投资者以其持有的股权为对价收购境内企业的股权或增资。通过为外国投资者提供另外一种支付对价的手段，并购规定使得股权收购活动的操作更加灵活。但是，外国投资者以其持有的股权作为收购的对价支付手段，仅适用于股权收购。²⁵ 该种股权收购又被称之为“股权交换”。
- 53 收购完成后，中国境内企业的股东将持有一家境外企业的股权，因而购成了中国实体或个人在境外投资，股权交换交易要受到审批机关更加严格、全面和复杂的审查。

- 54 对于外国公司或个人而言，其收购境内企业的股权对价可以是其持有的一家境外公司的股权；对于外国公司而言，可以以其增发的股份对境内企业进行股权收购。
- 55 外国投资者作为对价以收购境内企业的境外公司的股权，应符合以下条件：²⁶
- 该股权系合法持有并依法可以转让；
 - 无所有权争议，且没有设定股权质押，没有任何其他权利限制；
 - 该股权应在境外公开合法证券交易市场挂牌交易；
 - 该股权最近 1 年交易价格稳定。
- 56 被收购的境内公司或其股东应当聘请一家在中国注册登记的信誉良好且适格的机构担任收购顾问。收购顾问应就收购申请文件的真实性、境外公司的财务状况、资产评估过程以及收购是否符合有关法律法规的要求作尽职调查。收购顾问应出具收购顾问报告，就上述内容发表明确的专业意见。²⁷
- 57 股权交换交易的审批机关是商务部。对于股权交换交易，申请方除需提交普通股收购应当提交的文件和材料以外，还应向商务部提交下列文件和材料：²⁸
- (1) 境内公司最近1年股权变动和重大资产变动情况的说明；
 - (2) 收购顾问报告；
 - (3) 境内公司以及境外公司及其股东的登记证明或身份证明文件；
 - (4) 境外公司的股东持股情况说明，以及持有境外公司5%以上股权的股东名单；
 - (5) 境外公司的章程；
 - (6) 境外公司的对外担保情况说明；
 - (7) 境外公司最近年度经审计的财务报告；
 - (8) 境外公司最近半年的股票交易情况报告。
- 58 由于股权完成后，境内企业的股东将持有一家境外公司的股权，因而构成中国组织或个人在境外投资，因此股权交换交易若要成功，不仅需要审批机关对外国投资者收购中国境内企业的批准，还要求审批机关批准中国组织或个人在境外的投资。

- 59 商务部审查股权收购交易及提交的相关资料后，将颁发对股权收购交易的临时批准，该临时批准自收购后设立的外商投资企业营业执照颁发之日起 6 个月内有效。²⁹在这 6 个月之内，拟被收购的境内企业或其股东应就其持有境外公司股权事项，向商务部以及外汇管理机关申请办理境外投资开办企业核准、登记手续。
- 60 如果境内企业在 6 个月内未能办理完成上述手续，商务部颁发的就股权收购的临时批准证书自动失效。境内公司应使其股权结构恢复到股权收购之前的状态。³⁰外国投资者收购的境内企业的股权应当返还，拟增资的部分也应当做减资处理。为使境内企业的股权结构恢复到收购前的状态，应对境内企业的合同和章程作相应的必要修改。
- 61 由于审批程序的复杂性和中国个人和企业持有国外证券的种种限制，在实践中，无论是私人公司还是上市公司的并购都很少用到股权作为对价。

财政援助

- 62 与英国法不同，中国法律并不禁止公司向收购其股权的潜在收购方提供财政援助。财政援助可能是以借款、保证或者其他担保形式帮助收购方获得收购其股权的资金。但是外商投资者在未经外管局批准的情况下不能用内保外贷取得的借款再投资到中国。

国有企业的并购

- 63 外国投资者对与国有企业的并购可以带来非常丰厚的利润。当并购目标是一些具有国内市场垄断地位的国有企业时，市场上的优势是显而易见的。
- 64 然而外国投资者在并购国有企业过程中也存在着很多困扰。外国人并购失败的主要影响因素是由于缺乏对中国文化，社会以及政府的运作的认识。此外，长期的并购计划，强大的财力支持，对目标企业的挑选和筛选，以及对国有企业核心业务的重组也是考虑并购国有企业的关键的因素。

- 65 对于外国投资者对非上市国有企业的并购，主要的监管条例是《关于外国投资者并购境内企业的规定》，规定了外国投资者并购国有企业获得批准的程序。出售国有企业的国有股权通常需要经过招投标的程序来完成转让。
- 66 关于外国投资者对上市国有企业的并购，监管普通上市公司的法律同样适用。此外，在此领域还颁发了一系列法规，包括《上市公司股东持股变动信息披露管理办法》，《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》，以及《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》等。外国投资者对上市国有企业的并购程序包括：
- (1) 协议并购；
 - (2) 在中国证券交易所对某国有企业进行新股认购；
 - (3) 在国外上市交易所对某国有企业进行股份认购。

反垄断审查

- 67 在 2008 年 8 月 1 日，《中华人民共和国反垄断法》颁布前，中国对于并购活动的反垄断审查机制仅适用于外国投资者对中国境内企业的并购活动，以及发生在域外，但收购者或被收购者在中国有商业存在的境外并购活动，只要并购活动达到了 2009 年修订前并购规定第五章有关申报的标准。
- 68 作为《反垄断法》的配套文件，国务院于 2008 年 8 月 3 日颁布了《国务院关于经营者集中申报标准的规定》（“集中规定”）。集中规定与《反垄断法》一道，代表了中国并购领域反垄断审查机制进入了新时代。从此，由于并购领域反垄断审查被扩展适用至境内企业之间的并购活动，中国投资者与外国投资者在并购活动中享受平等的待遇。
- 69 《反垄断法》与集中规定在其生效后，替代了原 2009 年前修订前并购规定的第五章关于反垄断申报的相关规定。2009 年 6 月 22 日，商务部修订了并购规定，删去了原来的第五章并规定反垄断审查应参照《反垄断法》以及集中规定执行。
- 70 在集中规定中，经营者集中是指以下情形：³¹
- 经营者合并；
 - 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；

- 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

71 非常明显的是，无论是合并、股权收购还是资产收购，都属于以上经营者集中所定义的范畴。因此，只要合并或收购活动达到了所规定的申报标准，申请者就应当向反垄断审查的主管机关进行反垄断审查申报以获得批准。

反垄断审查申报标准

72 申报标准是：³²

- (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中国境内的营业额合计超过 20 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。

73 对于有意收购小规模中国内资企业的外国投资者而言，应当十分欢迎集中规定中关于申报标准的规定。2009 年修订前的并购规定中确定的反垄断审查申报标准要求，如果并购方或被并购方在中国境内的营业额超过 15 亿元人民币，该并购交易就应当向相关机构进行申报。这一“一方营业额”标准曾被外国投资者严重批评。对于一家大型的外国公司而言，其收购一家境内企业，即使是非常小型的企业，都要进行反垄断申报并接受审查。集中规定将“一方营业额”标准改为“总额加两方营业额”标准，该标准包括参与集中的所有经营者的营业额的总和，或者收购方与被收购方的营业额。与之相比，集中规定中的“两方营业额”标准提高了申报的最低门槛要求。此后，如果并购活动中仅有一方在中国境内的营业额超过 4 亿元人民币，则不必向审查机关进行申报。对于大型国际公司来说，在华收购小型公司的反垄断审查将不会成为一个大问题。另外，新的标准不再考虑各方在中国分支机构的数量，也不再计算相关各方在中国境内的市场份额或其资产总值。

- 74 虽然目前集中规定并不明确一方的营业额是否包括其所有在境内和境外关联企业的营业额，在实践中，一般认为在计算一方的营业额时，应当将其关联企业的营业额也一并计算在内。在商务部于 2007 年颁布的反垄断审查申报指南中，“关联方”被定义为包括所有直接或间接控制并购各方的企业或者个人；所有直接或间接受并购各方控制的企业；除并购方以外，所有直接或间接受控于企业或者个人的其他企业以及其他存在关联关系的企业和个人。

申报与审查

- 75 商务部与国家工商总局是负责审查反垄断申报并决定被申报的合并或收购交易是否可能导致国内市场过度集中的主要机关。但是，商务部在审查过程中起着主导的作用。商务部于 2008 年成立了反垄断局专门负责反垄断申报审查工作。

- 76 反垄断申报的申报方：

- 如果是合并交易，则为参与合并的全部各方；
- 如果是收购交易，则是收购后取得控制权或对收购后企业产生决定性影响的一方。

- 77 根据《反垄断法》第 21 条的规定，经营者集中达到集中规定中的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构进行反垄断申报。合并或收购交易中的各方应当注意，由于反垄断申报获得批准是合并或收购交易获得审批机关最终批准的前提条件，因此，为了尽早地开始商业运营活动，反垄断申报应当至迟不晚于合并或收购交易审批程序前开始。

- 78 一般而言，商务部反垄断局要求申报方事先递交一份书面申报材料，以安排在正式申报前进行商谈。

- 79 商务部反垄断局于 2009 年颁布了反垄断申报指南，该份文件与《反垄断法》一道，要求申报者递交下列文件与资料：

- (1) 一般基本文件，例如各方的成立证明等；

- (2) 一般基本信息，例如并购交易的各方的以及并购交易的性质等；
- (3) 与集中各方存在关联关系的企业和自然人名单及简介；
- (4) 相关市场界定及理由，包括对产品市场和地域市场的界定；
- (5) 集中各方最近两年营业额及市场份额，并提供数据来源和计算依据、证明文件；
- (6) 集中各方的主要竞争者；
- (7) 相关市场基本状况，包括但不限于从市场总体规模、市场集中度、相关市场产品进出口状况，并提供数据来源和计算依据、证明文件；
- (8) 相关市场结构描述，包括但不限于上下游企业等；
- (9) 市场进入分析，包括进入相关市场的障碍、相关产品规模经济的重要性、因知识产权而产生的限制、列举近几年相关市场上的重大市场进入或退出情况等；
- (10) 相关市场内经营者横向或纵向合作协议情况；
- (11) 集中各方在相关市场以外其他市场的规模和竞争能力情况；
- (12) 集中对市场结构、行业发展、竞争者、消费者、经济发展和公共利益的影响；
- (13) 集中可能产生的生产效率提高及其对消费者的利益，以及相应的支持文件；
- (14) 如果集中被禁止，可能对经营者及相关市场的影响；
- (15) 集中各方上一会计年度经审计的财务报表；
- (16) 相关市场的行业协会信息；
- (17) 有关方面对本次集中的意见，如地方政府和主管部门的意见、社会各界对本集中的反映；
- (18) 并购协议；以及
- (19) 集中各方内部或外部编制的有助于评估集中的分析和报告文件，以便主管机关分析评估，例如可行性报告或尽职调查报告等。

80 根据《反垄断法》的规定，反垄断审查的期限为 30 日。如果商务部决定进行进一步审查，例如组织听证会或进行商谈，则审查期限可以延长 90 日。如符合以下情况，审查期限还可以进一步延长 60 日：

- (1) 经营者同意延长审查期限的；
- (2) 经营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的；
- (3) 经营者申报后有关情况发生重大变化的。³³

并购中关于知识产权的主要问题

- 81 作为并购中的无形资产的一部分，知识产权在并购策略，并购后的结构以及目标公司的价格评估都发挥着非常重要的作用。
- 82 在并购中，对知识产权的权属以及许可使用的审查是非常重要的。
- 83 在知识产权的权属方面，特别要注意共有知识产权的问题。因为根据民法中关于共有权的规定，在没有共有人的同意的情况下的知识产权的转让是无效的。忽略对共有权的审查会造成不可避免的经济损失。
- 84 在知识产权的许可使用方面，比如，虽然商标权的许可使用需要在商标局进行备案，然而，根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的第 19 条，商标使用许可合同未经备案的，不影响许可合同的效力，但当事人另有约定的除外。这导致了大量的没有备案的许可使用合同即使在备案机关也无法查实。
- 85 重要的是要注意在商标权的转让和许可中，合同必须提交商标局备案。关于专利的转让，当事人须将转让合同在专利局进行登记。另外，中方当事人将专利转让给外方当事人的，还可能需要相关部门的批准。对于著作权而言，对于转让没有备案的要求。
- 86 与一些国家不同，在中国，知识产权的转让除了所得税和营业税，还需要缴纳印花税。根据《中华人民共和国印花税暂行条例》的规定：产权转移书据，包括版权，商标专用权，专利权和专有技术使用权等转移书据的税率是所载金额的万分之三或者万分之五贴花，并且转让双方均需支付印花税。

上市公司并购

- 87 规范中国上市公司并购的主要法律法规包括《公司法》、《证券法》、《上市公司收购管理办法》、《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》和上海和深圳证券交易所的上市规则。
- 88 直接收购中国上市公司有三种方式： 要约收购、协议收购和私募配售。
- 89 投资者可以自愿选择以要约方式向上市公司所有股东发出收购其所持有的全部或者部分股份的要约。
- 90 场外股份转让，即以协议方式通过向上市公司现有股东（通常为控股股东或者大股东）购买其持有股份，是直接获得上市公司控制权的另外一种方式。除非证监会豁免，在下列情形下，通过协议方式完成的场外股权转让可能会触发投资者强制要约的义务：
- 收购人持有上市公司的股份达到该公司已发行股份的 30%时，继续增持股份的；或者
 - 拟通过协议收购的上市公司股份超过 30%的。
- 91 收购人还可以通过认购上市公司私募配售发行的新股获得上市公司的控制权。目标公司可能需要召开临时股东大会取得现有股东的批准发行私募配售的新股，除非目标公司有现有可利用的股东授权。
- 92 同样的，如果私募配售导致收购人持有目标公司 30%以上的股份，强制要约收购的义务可能被触发。但是，实践中证监会在某些情形下会批准收购人免于以要约方式增持股份。其中包括：
- (1) 上市公司面临严重财务困难；
 - (2) 收购人提出的挽救公司的重组方案取得该公司股东大会批准；且
 - (3) 收购人承诺 3 年内不转让其在该公司中所拥有的权益。
- 93 适格外国投资者可以通过以上方式取得中国上市公司控制权。但是相关中国法下对外商投资的限制仍然适用，并且外资并购还要取得相关部门的批准，包括商务部的批准。

94 根据《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》的规定，适格的外国战略投资者应当符合以下要求：

- (1) 依法设立、经营的外国法人或其他组织，财务稳健、资信良好且具有成熟的管理经验；
- (2) 境外实有资产总额不低于 1 亿美元或管理的境外实有资产总额不低于 5 亿美元；或其母公司境外实有资产总额不低于 1 亿美元或管理的境外实有资产总额不低于 5 亿美元；
- (3) 有健全的治理结构和良好的内控制度，经营行为规范；并且
- (4) 近三年内未受到境内外监管机构的重大处罚（包括其母公司）。