

国际投资及企业并购的法律问题

随着内地企业的不断壮大,「走出去」是一个大趋势
究竟企业在外地投资有什么选择
并购外地企业时需注意什么问题
香港律师们能扮演什么角色

《补充资料》

薛建平
薛冯冯岑律师行
2010年7月6日
petersit@sfks.com.hk

1

试从下列五个方面探讨:

1. 「走出去」的原构想和法律依据;
2. 中国外贸、国际投资及企业并购的现状和挑战;
3. 成功、不成功案例 / 近期趋势和战略调整 / 「价值链」观念的形成;
4. 调整后「走出去」战略需面对的(a)一般法律问题和(b)特殊的法律问题; 民企「闯关」做法和法律问题;
5. 香港作为国企、央企和民企「走出去」的平台和跳板 / 香港律师的特色和可发挥的作用。

2

1. 「走出去」的原构想和法律依据: 原构想

2000年10月第十五届五中全会, 通过《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十个五年计划的建议》, 首次明确提出“走出去”战略:

- ✓拓展国民经济发展空间;
- ✓带动商品和劳动出口;
- ✓实现我国产品市场多元化和原产地多元化;
- ✓补充我国需要的资源;
- 培育我国跨国公司和知名品牌;
- 促进东道国经济发展和就业;
- 促进共同发展;
- 有利缓解贸易摩擦。

✓比较有成绩

3

1. 「走出去」的原构想和法律依据: 法律依据

商务部:《关于内地企业赴香港、澳门特别行政区投资开办企业核准事项的规定》
商合发[2004年]第452号: 2004年8月31日;

商务部:《关于境外投资开办企业核准事项的规定》商务部令 2004年第16号:
2004年10月10日;

商务部:《境外投资管理办法》商务部令 2009年第5号: 2009年3月16日; («办法»)

发改委 《境外投资专案核准暂行管理办法》;

国资委 《中华人民共和国企业国有资产法》;

外管局 《境内机构境外直接投资外汇管理规定》。

4

1. 「走出去」的原构想和法律依据：法律依据

「办法」于 2009 年 5 月 1 日起施行，2004 年两个「规定」同时废止；

1. 设「证书」制度，由商务部或省级商务主管部门颁发，不获批者可申请行政复议或提起行政诉讼；
2. 获「证书」后办理外汇、银行、海关、外事手续，并享受国家有关政策支持；
3. 企业对外签署投资合同或协议前须取得有关政府主管部门的核准；
4. 2 年内未完成投资手续，「证书」自动失效；
- *5. 阐明「特殊目的公司」系指为实现其实际拥有的境内公司权益在境外上市而直接或间接控制的境外公司。

5

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：挑战

英国《金融时报》2010 年 2 月 21 日发表署名评论文章称，中国超越德国成为世界第一大出口国，可能会招致更多的贸易壁垒。

文章认为，出口总值第一并没有太大意义。真正值得关注的是出口产品的构成和附加值的多少。而中国出口仍然以加工贸易和贴牌生产为主，出口附加值较低。

文章指出，目前美国和欧盟频繁对中国产品发起反倾销调查，并征收惩罚性关税。…… 诺贝尔经济学奖得主保罗·克鲁格曼在《纽约时报》发表文章称，中国的重商主义导致的出口盈余损害了全世界的利益，而且这种政策是掠夺性的。

中国将面临新一轮贸易壁垒；文章来源：驻印度使馆经商处

7

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：现状

商务部关于 2010 年全国对外投资合作工作的指导意见：2010 年 3 月 8 日

- 2009 年全年非金融类对外直接投资 433 亿美元， ↑6.5%
- 同期对外承包工程新签合同 1262 亿美元， ↑20.7%
- 同期对外劳务合作完成营业额 89.1 亿美元， ↑10.6%
- 同期末在外各类劳务人员 77.8 万人， ↑3.8 万人

估计 2010 年全年非金融类对外直接投资可达 600 亿美元。截至 2009 年底，中国累计全行业对外直接投资超过 2,200 亿美元 — 从传统的「绿地投资」到现在的「跨国并购」行动。

“.... 加快实施「走出去」战略，鼓励符合国外市场需要的行业有序向境外转移产能，支持有条件的企业开展海外并购，深化境外资源互利合作” (2010 年 3 月 15 日温家宝总理 11 届人大政府工作报告)

6

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：挑战

外在的：

- 反垄断 (Anti-trust; anti-competition)；
- 反倾销 (Anti-dumping)；
- 反补贴 (Countervailing duties)；
- 不公平竞争下的优势 (Unfair competition advantage)；
- 国际猜疑。

内在的：

- 环境污染；
- 劳动力短缺、工人情绪问题；
- 反制声音。

8

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：反垄断

「反垄断」三大内容：

- (1) 禁止限制性、协同行为 (cartel)；
 - (2) 禁止滥用独占地位的行为；
 - (3) 禁止控制、集中或者并购行动。
- 原告可要求 3 x 「损害赔偿金」；
 - 民事赔偿外还有刑事检控的可能；
 - 「域外管辖权」；只要垄断行为影响美国某同样商品的市场价格便可能在美国被起诉。

9

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：反垄断

「协同行为」：

1. 华源制药及国内 4 大维生素 C 制造商 (维 C 案)
事缘：2001 年 12 月 6 家维生素 C 国内企业在进出口商会中达成维生素 C 出口数量和价格方面协议。
起诉内容：故意控制产量，造成全球维生素 C 市场供不应求，抬高价格，谋取高额利润。
2. 辽宁省十多家企业菱镁矿「卡特尔」(菱镁矿案)
事缘：2003 年 3 月「中国菱镁矿出口协会」在沈阳召开会议成立「中国菱镁矿论坛」，加强会员自律、协调。
起诉内容：通过价格操纵和控制，避免了竞争。

「独占、控制、集中」的并购行动：

欧盟 2006 年 7 月 27 日宣布，不予批准中国国际海运集装箱(集团)股份有限公司间接并购荷兰博格公司，可能做成「准垄断」局面。

10

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：反倾销

「反倾销」：当一企业以其低于本地市场价格把商品出口到东道国，即可构成「倾销」行为。

自 1995 年至 2008 年，被「反倾销」调查的头五个国家及地区为：

中国	:	共 677 起；
南韩	:	共 252 起；
美国	:	共 189 起；
台湾地区	:	共 187 起；及
印尼	:	共 145 起。

2009 年 10 月，欧盟裁定中国输欧无缝钢管对欧盟产业构成威胁，决定向湖北新冶钢有限公司等九家企业征收 17.7% 到 39.2% 的最终反倾销税。

在调查展开后，中国钢管企业基本上停止了对欧出口。2009 年至 2010 年 5 月，国内 3000 家无缝钢管企业至少有五成停产、限产，近千万吨出口的产品大部份回流国内市场。

11

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：反补贴

「反补贴」：当一个被投诉国家给予本国某行业「补贴」，对投诉国家做成不利影响，投诉国家可以对被投诉国家的企业征收「反补贴」税收。

1995 年至 2008 年间，前 5 名国家和地区所调查「反补贴」的为印度：46 起；中国：23 起；韩国：16 起；义大利：13 起；和印尼：11 起。中国是自 2004 年才遭第一宗「反补贴」调查。

美国近两年的做法是「反倾销」和「反补贴」一齐起动。

- 2009 年以来，美国对中国已经发起了 26 起「反倾销」、「反补贴」调查；
- 2010 年 4 月 21 日，美国商务部决定对中国的铝挤压材进行「反倾销」、「反补贴」调查；
- 2010 年 5 月，就在希拉莉和盖特纳离开北京当天，美国商务部就对中国部份磷酸钾盐征收 69.58% 至 95.4% 「反倾销」，109.11% 「反补贴」税。
- 2010 年 6 月，美商务部裁定向中国进口钢格板征收 136.76% 到 145.18% 的「反倾销」税和 62.46% 的「反补贴」税。

12

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：不公平竞争下的优势

限制必需的原材料出口

2009 年 6 月 23 日，美国与欧盟联手向世贸(WTO)提出正式投诉，指中国限制一些原材料，即铝土矿、焦炭、氟石、镁、锰、金属硅、碳化硅、黄磷和锌等的出口，以保存资源的做法，其实是藉限制该等原材料的出口，导致外国无法生产，间接赋予能获得那些原材料的国内生产商一种特殊的优势，即所谓「不公平竞争下的优势」。2010 年 5 月 31 日，WTO 发表批评中国为原材料设置限制出口的障碍。

人民币汇率的争议

13

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：环境污染 / 劳动问题 / 反制声音

环境污染

已出台的众多环境保护法例：《中华人民共和国环境保护法》、《中华人民共和国水污染防治法》、《中华人民共和国大气污染防治法》、《中华人民共和国环境噪声污染防治法》、《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》、《中华人民共和国水污染防治法实施细则》、《中华人民共和国大气污染防治法实施细则》。

劳动问题

2010 年 5 月本田汽车在广东佛山的工潮；富士康 2010 年的「12 跳」和 20% 的加薪(2010 年 5 月)；再到 30% 的加薪(2010 年 6 月)；之后再次加薪，升幅达 66.7%(2010 年 6 月 8 日)；本田内地车厂加薪 24% (2010 年 6 月)。

反制声音

「中国政府只要以其人之道，还治其人之身，就可以使中方处于对等的法律地位之中」。

15

2. 外贸、投资和并购的现状和挑战：国际猜疑

1. 「木马程式」疑云：2010 年 2 月英国泰晤士报报导英军情 5 局警告英商人中国电讯接受中国企业提供的软件赠品时须注意是否含有间谍程式；

2010 年 4 月、5 月，传印度基于安全考虑，禁止进口「华为」及「中奥」生产的电讯设备，否决 109 项内地合同。同年 6 月印度官方消息，当地电讯商只要取得国际核准机构认为便可恢复进口中国设备。

2. 逃避惩罚：至 2009 年止，应付未付的「反倾销」、「反补贴」中的 94.2% 罚款征税，即 \$2 亿多美元，为中国企业欠下未付。
3. 转嫁外国：2010 年 3 月，越南传媒感叹中国及一些地区的企业为逃避「反倾销」罚则，把工厂转移到越南，间接加害越南企业。
4. 国家利益：「五矿」收购加拿大诺兰达矿业，因加拿大政府对是否能保护加国经济利益担忧；导致双方未能在指定谈判期内完成交易而告终(2004 年 11 月)。

14

3A. 成功 / 不成功的例子：成功

1. 「联想」并购 IBM PC 业务全球 PC 市场从第 9 名跃升至第 3 名。并购后 IBM PC 全套研发体系归联想所有，IBM 原有分销渠道优化了联想的网络(2004 年 12 月)。
2. 「海尔」全球化品牌战略，29 个制造基地、8 个综合研发中心、19 个海外贸易公司(2008 年年底)。
3. 「北汽」2 亿美元收购瑞典萨博汽车公司知识产权(2009 年 12 月)。
4. 「吉利汽车」并购沃尔沃，成功收购海外品牌(2010 年 3 月)。

16

3A. 成功 / 不成功的例子：不成功

1. 「上汽」2004 年出资 5 亿美元控股韩国双龙汽车公司。韩国国内法律环境复杂，劳资纠纷频繁，技术合作、技术引进毫无踪影。双龙 2009 年 1 月破产。
2. 「中海油」185 亿美元收购美国优尼科石油公司，美国 64 名国会议员游说反对收购行动，无果而终(2005 年 6 月)。
3. 「TCL」并购法国汤姆逊彩电业务，同年收购部份法国阿尔卡特移动电话业务，前者持续亏损，后者一年后合作失败告终(2005 年 5 月)。
4. 「中铝」与力拓集团签署合作协议，以总计 195 亿美元入股力拓集团，却在 2009 年 6 月 5 日撤销交易，力拓依据协议向中铝支付 1.95 亿美元违约金。

17

3B. 近期趋势 / 战略调整的实例：

「上汽」2010 年 5 月宣布与通用汽车合作，利用广西车厂出产的小型货车，打入印度市场。南华早报声称此为第一个汽车合伙(生意)拓展至海外市场。上汽看中的是通用汽车的海外销售网络和生产资源，可协助打入印度甚至其它东南亚市场。

「中铝」2010 年 3 月：中铝与力拓集团订立备忘录，通过成立一家新合资公司，在中铝分期支付 13.5 亿美元后，中铝持有 44.65% 股权，力拓持有 50.35% 股权及世界银行持余下股权。新合资公司将在畿内亚开采和经营「西芒杜」铁矿。

「联想」2009 年：联想控股引入中国泛海集团，形成「中科院」占联控 36%，职工持股占 35%，泛海持 29%。柳传志认为，去年引入泛海能令联控股权架构更为健康，不再是原先国家控股。

「华为」2010 年 4 月：据报导，「华为」愿意为消除美国政府 CFIUS 对其是否与解放军有关系而作出「mitigation agreement」(「缓和协议」)，让美国有关部门可以监管敏感性的工序，从而批准其收购 Motorola 的商业流动网络基础业务。

「鞍钢」2010 年 5 月：宣布与美国钢发展公司签订 3 个投资合作备忘录，在美国密西西比州设厂。

19

3B. 近期趋势 / 战略调整的实例

「中海油」

- 2010 年 3 月：宣布与阿根廷 BEH 合作，改组 Bidas Corporation 为一家双方 50:50 的合资公司，交易价为 31 亿美元，双方对 Bidas Corporation 的管理作出共同决策。
- 2010 年 5 月：宣布与土耳其国家石油公司、伊拉克钻井公司合作，各自拥有 63.75%、11.25% 及 25% 的工作权益。合同规定在目前产量上每提高 10%，中海油每桶 2.3 美元的酬金，并通过成本回收机制回收公司的投入。
- 2010 年 6 月：宣布旗下公司与澳洲 Altona Energy 合作，共同开发南澳 Arckaringa 煤制油项目，「中海油」负责该项目可行性研究报告，并拥有 51% 的股权，Altona 拥有 49%。

「中石油」2009 年 6 月宣布用 22 亿美元购入 Singapore Petroleum 45% 股权。

「中化」2010 年 5 月宣布收购自挪威国家石油公司巴西 Peregrino 40% 股权，作价 75 亿美元。

18

3C. 价值链观念的形成：战略调整的背后

- “.... 16G 的 iPhone 零部件费用约 180 美元，美国的售价为 499 美元，苹果的毛利率大约在百分之 60-70 之间；iPad 利润比 iPhone 还要高” (香港信报 2010 年 5 月 29 日)
- “.... 说到底，甚么样的代工模式，产品中最重要的零件、部件，即最贵重的都是要从其他大厂买过来，这就注定你的毛利率不会高了。.... 最要命的是所有谈判包括定价和船期，全由品牌商如苹果、摩托罗拉等直接跟零部件的生产商决定。即是说，品牌商是全面控制着富士康的成本和毛利率的。好像不公，但现实中绝大部分代工模式真是如此。” (香港信报 2010 年 6 月 2 日)
- “中国民企的最大挑战是如何在科技和品牌管理上取得改善，从而在「价值链」上上移。这个挑战亦敞开了与拥有那些科技与品牌经验的国际伙伴们进行合作的可能” Professor Winter Nie — 2009 年 4 月
- “美国的看法是，中国愈来愈聚焦于建立各种行业政策主导，旨在协助中国的企业在主要行业的「价值链」中向上移” Michael Punke，美国驻 WTO 大使

20

4. 「走出去」战略需面对的问题：一般法律问题

1. 东道国的公司法：目标公司是有限还是无限公司，上市还是私营？举例：
 - (a) 香港公司法 47A：禁止用目标公司的资产直接或间接提供股权并购的资助；
 - (b) 香港私人公司(private company)不能随意转让，不能像一些国家地区发行不记名股票。
2. 东道国的投资法、贸易管制法、外汇管制和反洗钱法、税法、反垄断、国家利益、敏感行业。
3. 移民法、劳工法、出入境管理法。
4. 物权法、环境法、知识产权法、产品责任法。
5. 民事诉讼、仲裁调解。

主要都是法律的前期尽职调查工作范围。

21

4. 「走出去」战略需面对的问题：特殊的法律问题

3. 民企在并购股权过程中未能成为大股东时，怎样充份利用各种股东协议书的技巧作出自身的保护：
 - 重大决议须大部份股东同意；
 - 反摊薄条款(full ratchets)；
 - 股权共同进退条款(tag-along right, drag-along right)。
4. 在投资购入海外资产的，要注意下列问题：
 - 卖方作出的声明、承诺和担保，与其发出的「披露函」(disclosure letter)；
 - 何谓业务转让舞弊(fraudulent transfer of business)；
 - 何谓不公平的优惠(unfair preference)；

23

4. 「走出去」战略需面对的问题：特殊的法律问题

1. 如遇上反垄断控诉，可否请求商务部提交支持性的意见，以「法庭之友」身份出现，请求以「主权行为」及/或「国际礼让」(见维 C 案)或者就指控中的不实资料据理力争(菱镁矿案)。
2. 如遇上反倾销、反补贴，怎样在出口、内销和成本及主动提出有力的证据，解释折扣、增值税和发票的特殊制度，推反初步立案的证据(见木板生产商圣象实业(深圳)公司和深圳燕加隆实业公司)；又或者做出即时和合时的调解和妥协行动，把伤害减至最低。

都需要不同地域律师参加法律工作。

22

4. 「走出去」战略需面对的问题：特殊的法律问题

- 何谓有欺诈成分的物业转易(fraudulent conveyance)；
 - 何谓可使无效的交易(voidable transaction)。
5. 涉及上市公司的股票和交易时证券法和上市条例(另有专题)。
6. 何谓普通法中的串谋欺诈罪(common law conspiracy to defraud)

2002 年 3 月收购 imGO Limited 的公告上说：no specific plan to inject assets(没有指定计划注入资产)，被告们解释那等同 no plan to inject specific assets(没有计划注入指定的资产)。法院不认同。检控不需要证明上市公司股东有真正的损失，只要被告明白到不诚实的行为有可能招致公司股东有经济上的损失的风险(risk of economic loss)。
7. 美国证券交易法中的信息披露义务：中国人寿 2004 年到 2008 年间的集体诉讼，据闻目前在美国面对集体诉讼的中国上市公司多达 16 家左右。

24

4. 「走出去」战略需面对的问题：特殊的法律问题

8. 「反向收购」的风险

把内资企业转成外商企业或中外合资，外商控股注入 OTCBB 壳公司，所谓上市，支付大量费用但却融不到资，只是一个准上市公司的虚名。

9. 外管局 2005 年 11 月发布简称 75 号文(关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知)和商务部 2006 年 9 月 8 日起实施简称 10 号文(关于外国投资者并购境内企业的规定)对「反向收购」的影响。

10. 香港上市条例对「反收购行动」的控制。如在取得上市公司的控股权(30%)后 24 个月内出现由收购方向已收购的上市公司注入本身的而又超过 100%资产总值的资产即可能做成反收购行动，上市公司要停牌，并申请重新上市。

25

5. 香港作为中国企业「走出去」的平台和跳板：香港

1. 香港毕竟为提供境内企业和人士提供一个比较熟悉的环境。

2. 香港贸发局指出，直至 2008 年中国全年非金融类对外直接投资当中的 63% 共 296 亿美元是投给香港，占 36.5% 香港的外来投资额总和。在 2009 年底，共 524 家境内公司在香港上市，包括 H 股、红筹和私人公司，共美元 10.7 trillion，占市场总投资额 58%。过去 10 年，境内公司在香港公开招股集资方面共筹得 2260 亿美元。

3. 香港财经事务及库务局局长表示希望修改税制，让境内企业在港设总部时，毋须同时缴交香港利得税(16.5%)和內地的企业所得税(25%)。通过与内地签署协定建立较全面的网络，为这趋势未雨绸缪(2010 年 5 月 25 日信报)。

27

4. 「走出去」战略需面对的问题：特殊的法律问题

11. 各地的对各种交易的界定和测试方式，如香港上市条例中的 very substantial acquisition(非常重大的收购事项)，very substantial disposal(非常重大出售事项)，major transaction(主要交易)，disclosable transaction (须予披露交易)，connected transaction(关连交易)等，与內地的区分有何不同？

12. 各地的并购条例一般要遵守的守则是甚么？香港证监会怎样看待控制权(control)，一致行动(acting in concert)，甚么时候出现要约文件(offer document)，强制要约(mandatory offer)？

主要都是法律和证券条例下的讯息披露工作范围。

26

5. 香港作为中国企业「走出去」的平台和跳板：香港律师

1. 香港法律服务的特征就是非常开放。自 1993 年起，根据 WTO 的精神和原则，香港法律服务已经开始向外地包括境内的律师开放。许多香港律师都持有外地执业的资格，外地律师也纷纷来港开业，或和香港律师行用不同的方式联营。

2. 至 2010 年 4 月 30 日止，香港共有 7,700 名本地律师，和 1,300 名外地包括中国境内律师在港提供非香港法律服务，他们来自的国家和地区分布的情形见图表。

28

5. 香港作为中国企業「走出去」的平台和跳板：香港律師

海外及本地律師事務所注册外地律師
所屬司法管轄區
(截至 2010 年 4 月 30 日)

司法管轄區	人數	司法管轄區	人數
美國	596	菲律賓	7
英格蘭及威爾斯	281	馬來西亞	7
中國內地	115	荷蘭	5
澳洲	109	蘇格蘭	5
新加坡	33	日本	4
百慕達	28	盧森堡	3
加拿大	14	比利時	2
英屬維京群島	13	瑞士	2
法國	12	印度	1
新西蘭	12	大韓民國	1
德國	12	南非	1
意大利	10	西班牙	1
瑞典	9	泰國	1
開曼群島	7	越南	1
			1,292

截至 2010 年 4 月 30 日，于注册海外律師事務所執業的注册外地律師共 412 位，而于本地律師事務所執業的注册外地律師共 683 位。并无于任何律師事務所執業的注册外地律師总数为 197 位。

29

5. 香港作为中国企業「走出去」的平台和跳板：香港律師

3. 可见香港能提供的不单是香港的法律服务，还是全球各地的法律谘询服务的枢纽，可以为内地企业和投资者提供「一站式」的法律服务。

~ 完 ~

提交日期：2010 年 6 月 11 日

30

薛建平律師

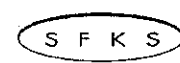
petersit@sfks.com.hk

香港律師會前理事會成員

薛馮鄺岑律師行高級合夥人

薛建平為薛馮鄺岑律師行的高級及創辦合夥人。薛律師亦為香港、英國(非執業)及澳洲維多利亞省注册律師、國際公證律師及中國委託公證人。薛律師現為香港律師會實務管理委員會委員、香港律師會專業水準及發展常務委員會會員及香港律師會紀律聆訊檢控員。

薛律師的主要工作範圍包括民事訴訟、信託訴訟、證券調查及有關事項、房地產及商業訴訟、買賣房地產文件、土地收購及各類地產發展計劃、重建及複雜的交易及中國投資項目、公司(公營及私人)上市，收購與合併及商業文件。

 薛馮鄺岑律師行
SIT, FUNG, KWONG & SHUM

<http://www.sfks.com.hk>