

德国政府对中德并购交易的审查日趋严格-永久转折点还是暂时举措？

Date: 2016年11月

By: ??? (Volker Gattringer)

截止至今年，中国企业在德国的并购交易额达到了110亿美元，创历史新高。然而，德国联邦经济与技术部（“FMET”）对近期中国投资者并购德国企业的两起并购案进行了更深层的审查，使得中德并购日渐良好的势头蒙上了一层阴影。与此同时，近期将访华的德国经济部部长加布里尔（Sigmar Gabriel）大力倡导欧盟加强对外国投资的限制。限制措施针对以下情形：收购方为国有企业；收购方的收购是遵循政府要求或收购资金来自国家财政补贴；收购方的母国对外资投资设限；或者该投资受产业政策影响。

鉴于上述的情况变化，关于德国一直以来对于外资投资，特别是来自中国的投资，施行的宽松政策是否将有所改变，成为了近期大家讨论的焦点。为了寻求答案，我们有必要首先了解目前德国对于来自非欧盟国的外资投资适用的法律情况。

依据 FTA 对外资投资的审查

根据德国外资法(Außenwirtschaftsgesetz) (“FTA”), FMET有权对涉及德国企业的直接或间接的外资投资进行审查，在投资威胁公共秩序以及安全的情况下，FMET有权禁止。满足以下条件的投资交易需要接受审查：投资者来自非欧盟国家，或投资者超过25%的投票权被来自非欧盟国家的股东持有；且投资交易之后投资者直接或间接持有德国被收购公司超过25%的股权。

除了涉及国防或加密软件制造商的并购，FTA不要求交易方对并购交易进行正式登记或正式公告。FMET需通过媒体或与德国联邦卡特尔办公室、联邦金融监管局合作自行获取外资在德国投资的信息。

在知晓外资对德国企业投资的情况后，FMET将在签署并购合同或并购出价公告之日起三个月内对相关交易进行初步审查。若FMET没有在上述三个月期限内采取任何行动，则相关交易被认作已通过审查，即无须额外审查。若FMET启动正式审查，投资者必须向FMET递交所有关于拟定交易的材料，包括其自身的股权构架以及交易战略意图。在收到上述材料之日起，FMET有两个月的时间来禁止交易，或对交易设限、设条件，以保证公共秩序及安全。

为了避免法律上的不确定性，也为了缩短审查时间，外国投资者可以在交易进行之前主动将交易向FMET披露，以获取一份具有法律效力的无异议函（清洗程序），在上述情况下，FMET在收到主动披露之日起一个月内需启动正式审查程序，逾期的话，相关交易被认作已通过审查。并购交易双方经常以在交易文件中约定主动向FMET披露交易的方式，将清洗程序加以利用。

根据FTA的解释性备忘录，只有在少数以及特殊情况下才会使得交易被限制或禁止。由于交易仅能在“威胁到德意志联邦共和国的公共秩序和安全”的情况下才能受限或被禁止，FMET的任何类似决定都可能使其在法庭上面临挑战。根据欧盟运作条约（“TFEU”）第52条以及第65条第一款规定，任何关于在欧洲境内资金自由流动的限制，仅可以在考量了公共秩序和安全的情况下作出。根据欧洲法院对“公共秩序和安全的威胁”的考量，至今仅在极有限、极极端的情况下才会对资金的自由流动设限。因此，尽管法条规定地比较宽泛，解释、适用起来却是相当狭义的。

永久>转折点还是暂时举措？-- 未来对中德并购交易的限制

根据TFEU第52条以及第65条第一款规定，显然，任何对来自非欧盟国的外资对德投资的障碍需要在欧盟层面设置。不然的话，只要利用非欧盟国投资者在欧盟设立的公司来对德国进行投资，规避上述法律并不困难。至于其他欧盟国是否会站在德国一边，支持对外资投资引入新的限制规定，也是一个未知数。

我们也可以从FMET的动机来看。有德国媒体报道说，FMET撤销之前的通过审查决定，并对两起中德并购案重新审查，其中至少有一项并购案涉及美国情报机构的干预继而触及了军事安全问题。但FMET此次行为的主要动机看起来是截然不同的：根据德国经济科技部部长加布里尔（Sigmar Gabriel）最近的公开言论，他希望中国与德国保持一致性，敦促中国进一步开放自己的外国投资市场，并消除其现有的投资障碍，例如在对合资企业在汽车行业投资的要求。一方面中国公司近期对收购德国科技的兴趣激增，另一方面中国政府在汽车行业对外资投资设限，这样的状况形成了典型的贸易冲突。因此，德国目前辩论的焦点不是或在很小程度上是出于维护自身国家安全利益，而是为了使欧盟国在中国的现有和将来的投资创造一个公平竞争的环境。在这种意义上，FMET的监管行动可以被视为触发与中国监管机构进行政治讨论的杠杆，其目标是进一步减少外资对中国贸易和投资的壁垒。到目前为止，中国没有表示重新考虑其立场，并指出中国在德国的投资额甚至没有达到德国在中国投资额的10%。

回到我们关于此次事件到底是一个转折点或只是暂时举措的问题，我们相信欧洲和中国能找到目前的贸易冲突的解决方案。这样说来，欧盟对非欧盟投资者的并购交易的进一步限制是不太可能的，FMET对中德并购交易的限制，不论从交易数量上还是从审查程度上都将回到正常状态。

This publication/newsletter is for informational purposes and does not contain or convey legal advice. The information herein should not be used or relied upon in regard to any particular facts or circumstances without first consulting a lawyer. Any views expressed herein are those of the author(s) and not necessarily those of the law firm's clients.