

## 银行跨境并购法律要务

表面上看，中资银行收购的是一家外国银行；事实上，收购的可能是该国的银行市场、消费者以及消费文化。这些会对交易的成功、结构的设计造成巨大影响

文/吕立山（Robert Lewis） 徐亮 朱林海

吕立山 路伟国际律师事务所北京代表处管理合伙人

徐亮 路伟国际律师事务所国际律师

朱林海 上海锦天城律师事务所管理合伙人

跨境并购有很多法律和商业的因素需要加以考虑。商业因素通常是收购模式的主要决定因素，如并购目的在于取得对方的市场、资金还是技术、管理经验。而所有这些商务问题都会牵涉到法律、税务等政策或制度规范问题。

### 审批与准入

#### 今年中国企业主要海外投资一览

时间	海外投资
5月20日	中国投资公司以30亿美元购买百仕通近10%股份
7月	国开行以22亿欧元认购巴克莱3.1%股份
8月29日	工行以46.83亿澳门元收购澳门诚兴银行79.93%的股份
9月28日	贝恩资本与华为合组公司，斥资22亿美元全面收购3Com公司，华为将持股16.5%
10月7日	民生银行以2.12亿-3.17亿美元入股美国联合银行9.9%
10月	中信证券投资贝尔登斯10亿元的可转换优先证券，获得相当于后者6%的股权
10月	工行以54.6亿美元入股标准银行20%

数据来源：《财经》

从境内审批的角度看，中国国内主要有行业监管和一般监管两道门槛。

银行境外并购的行业监管主要由中国银监会负责。中资银行申请并购海外银行项目，银监会具有审批权限，主要通过审核银行的财务报表、审计报告等财务性文件，以确认该银行是否符合：（a）资本充足率不低于8%；（b）权益性投资余额原则上不超过其净资产的50%（合并会计报表口径）；（c）最近三个会计年度连续盈利；（d）申请前一年末资产余额达到1000亿元人民币以上；（e）有合法足额的外汇资金来源的标准。

此外，银监会还将要求中资银行符合具有良好的公司治理结构、内部控制健全有效等其他审慎监管指标要求，而通常情况下，这些条件较前述硬性指标更容易达到。

一般监管方面，就境外投资而言，中国境内主要有三个监管机构，分别为商务部、发改委和外管局。其中，发改委侧重于对大额用汇类项目的审批，投资用汇额1000万美元及以上的境外投资项目由发改委核准；而投资用汇额超过5000万美元的，须由发改委审核后报国务院核准。商务部则侧重于中国企业通过新设（独资、合资、合作等）、收购、兼并、参股、注资、股权置换等方式在境外设立企业或取得既有企业所有权或管理权等权益的行为的审批。而外管局及其地方机构则是负责管理外汇的取得、兑换以及汇出。在实

践中，外管局在审批环节中的角色居于二线，只要获得了商务部和国家发改委的批准/核准，外管局环节更多的只是程序问题。

从地域而言，目前中资银行直接进入主要发达国家建立独立法人银行还不多，主要是对当地监管要求还不熟悉，欧美等发达国家对银行业的监管比较细致。有的国内银行更关注亚非拉地区，跟着中国企业客户前往新兴市场国家。

一般地，境外不同法域的银行监管包括准入监管、资本充足性监管、流动性监管、贷款集中度监管、利率汇率风险监管、信息披露监管、市场退出监管等。此外，银行跨境兼并行为更多涉及一个国家的反垄断法问题。市场准入只是对新设银行审核的第一步，在设立分行/子行之后的日常审慎监管要求则是不间断的。

## 银行跨境并购准入条件

国家	各国银行跨境并购市场监管准入条件
美国	美国不同性质的银行由不同的监管机构审批：联邦级银行由通货监理署颁发执照，州级银行由州政府颁发执照。通货监理署审查开业银行是否可以注册的标准是：资本充足性；合格的管理标准；社区的便利与需要；已有设施的供求关系；银行业内部的竞争因素；未来盈利前景；守法情况。银行的最低注册资本为100万美元。
英国	英国的监管部门是英格兰银行，1987年出台的《银行法》对于授权标准提出以下要求：最低实收资本；专业技能要求；谨慎行为标准；设置非执行董事；人员适合与适当标准；“四只眼原则”。银行准入的最低注册资本为500万欧元。
德国	在联邦德国签发经营许可证的法定机构是联邦信贷监督局。外国设在德国初次设立银行和以后增设新分支机构时，均需申请并取得相应的许可证。当存在下列情况之一时，联邦信贷监督局可以拒绝为申请者签发许可证：资本不足，特别是担保资本不足；申请人或高级管理人员的可信赖性不足；高级管理人员缺乏必要的专业知识；没有满足银行业务的双人领导原则；没有提供银行的组织结构和业务计划。
日本	日本市场准入监管较为严格，从1960年后几乎没有新的普通银行建立，100%属于世界性的日本国大银行，垄断性非常严重。银行准入的最低注册资本为20亿日元。

## 交易结构的设计

银行并购的许多商业和法律问题取决于收购标的，比如是收购股份还是资产，试图获得控制权还是战略投资合作，全部业务还是部分业务，是收购某银行的所有分支机构还是部分地区的机构，是对被收购银行的市场还是对其管理经验更感兴趣。表面上看，收购得是一家外国银行；事实上，收购的可能是该国的银行市场、消费者以及消费文化。这些会对交易的成功、结构的设计造成巨大影响。

如果被收购银行是上市公司，大部分国家都会要求在收购一定数量的股票时，必须遵守正式的公开要约收购程序，从而增加交易的不确定性。此外，如果收购上市公司达到了一定的比例标准，股份结构以及此后的任何变动都必须做出披露。相比之下，收购非上市公司或其资产的规定则要宽松很多。

收购业务通常有两种方式，即股份收购和资产收购。在股份收购中，买方收购拥有业务并持续经营该业务的公司。相反，资产收购并不能自动将卖方的合同或现有的交易协议转移给买方。影响两者抉择的主要因素如下：

首先是资产与负债。在股份收购中，所有的目标公司的资产、负债和义务均由买方收购。资产收购能提供更大的灵活性，因为只有被确定下来的买方同意购买的资产和负债才会被收购。如果目标公司有不容易定量或确定的负债或目标公司仅有部分业务要被收购，资产收购对于买方而言将会成为一个更受欢迎的选择。资产收购还会保护买方不受尽职调查过程中未被发现的负债的威胁。

其次，资产收购通常比股份收购复杂，因为要将构成业务的每个资产都转移到买方时可能需要通过不同的法律程序。比如，不动产需要通过产权转让或权利转让来完成。

再者，资产收购比起股份收购，需要更多的同意和批准。因为涉及资产所有权人的变更，资产收购往往需要获得供应商、客户、出租方或者其他有关方面的同意，或者需要对有关合同主体予以更新。因此，当转移业务核心资产需要第三方同意但此等同意不能全部取得时，股份收购可能是收购目标业务的惟一办法。

银行并购与一般商品的买卖区别很大，购买对象很可能有很多买方不知道的债务和潜在的责任，这些债务和责任在短时期的尽职调查中很难完全掌握。这就需要由卖方对出售的股权或资产做出一定的保证 (Warranty)，如果资产不符合约定的条件，在交易结束后还可向卖方索赔 (Indemnity)。说到底，合同条款主要是为保护买方而设计，卖方永远希望给尽量少的承诺保证，并且马上拿到全部现金对价（而不是有一定条件的分期付款）。

构架收购方式时，税务问题是很重要的考虑因素。然而，收购交易的各方都有各自不同的目的，而这些目的往往不能在某一个架构中全部实现。

例如，股份收购可以给买方带来税收意义上的好处。再如，只要目标公司的生产还在继续，就可以将其可能存在的税收损失带入下一财政年度；换股交易可以减少资本利得税。但在资产收购中买方也有税收利好，如资本优惠扣除，更高的基准成本等等。基于上述考虑，收购方式的选择很大程度上取决于目标资产的性质。另外，进行投资时还应考虑到不同的目标公司所在地法域的不同涉税规定。

## 劳工风险

在雇佣和劳工方面，需要解决的典型问题主要有：（a）总结出重要雇员的劳动条件和合同条款（包括控股权改变的相关规定）；（b）评估国际雇佣合同、政策和实践；（c）分析人力资源法律结构和评估法律遵守的情况；（d）根据管辖该收购的法律规定，评估全部与人力资源相关的债务（包括社会保险、养老金、未决索赔和告至法院的案件）；（e）评估行业管理规定；（f）弄清目标公司的人力资源环境的强弱和机遇（比如养老金、奖励机制和其他福利）；（g）评定解雇费用（如有）。

劳工问题在很多国家的并购法域都是一个敏感、复杂的问题。如果并购对象是分支机构、人员众多的商业银行，这方面尤其要加以注意。一般而言，如果是股份收购，也就是收购完成后被收购企业实体保持不变，许多西方国家的一般原则是雇佣合同条款不受收购的影响，也不需要签署新的劳动合同。资产、业务收购相对较为复杂，比如在欧盟，一般而言收购方必须在同等条件下保留被收购资产所对应的职工，包括其聘期；在资产出售的情形下如果未征求工会意见即展开并购，被收购企业工会可以向法院起诉要求停止交易。而在美国，卖方在出售资产时往往会要求买方接受原先的职工集体合同。

实践中的问题是，无论是股份收购还是资产收购，同等条件不可能面面俱到，例如，目标银行的员工可能在卖方的其他关联公司中拥有股票期权，或者其报酬与整个卖方集团

的业绩相挂钩，收购完成后，买方只能作相似的安排，不太可能完全一致。而买方通常希望能够改变原有的雇佣条款以使其更接近于自身的员工政策。大多数国家的基本规定是只有征得员工同意方可变更雇佣条款。

很多国家的法律对收购后的裁员加以限制，有的国家规定在交易完成的18个月内不得裁员，有的干脆要求不得以收购为理由进行裁员。在欧盟，地方性法规通常会限制收购方在收购完成后的一定时间内解雇超过一定人数的员工，而且门槛一般都很低。在有职工集体合同的情况下尤其如此。

此外，无论是资产还是股份并购，很多国家的雇员服务协议都会将此看作是雇主变更控制权，可能导致公司须向员工支付超过一般水平的赔偿金。在美国，公司高管因此离职可以从公司获得巨额赔偿，俗称“金色降落伞计划”，会给公司带来巨大负担，甚至有公司将此作为一项重要的反收购措施。所有与雇佣有关的责任都必须在尽职调查中予以了解，并在收购合同里规定清楚买卖双方的义务范围。

## 人事及公司治理

人事是并购中需要考虑的重要政治问题之一。首先，如果某些人才必不可缺，并购合同里面须约定卖方必须促使某些关键岗位的人员留任，甚至将关键人员的继续任职作为并购完成的条件之一。

如果是双方合并或者入资比例接近50%的话，由哪一方出任并购后企业的主要管理职务会成为谈判的焦点。另外，无论入资比例多少，双方在董事会各占多少席位也是关注的问题之一。

就管理层而言，中资银行的惯例是比较重视董事长，甚至认为董事长是企业的第一号人物，因为董事长往往是企业的法定代表人，在中国法律文化环境中，董事长甚至不经董事会授权即能约束公司。因此，国内企业在并购谈判时，可能努力获得董事长一职，认为董事长是最重要的管理职位。可是在西方，并非完全如此。董事长在一些西方国家公司法文化下只是公司的名誉领袖，其权限与普通董事差别不大，对公司的日常经营管理影响比较有限。真正掌控金融企业日常经营的往往是CEO或执行董事，以及财务总监。

此外，中资银行往往把人事总监和办公室主任两个职位看得很重。在西方，这两个职位往往都是辅助性岗位。人事部在西方企业构架中往往并不对重要的人事任免具有建议或否决权，更多的是维护人事档案等事务性工作。办公室经理也不直接掌握企业的资源，很少进入企业高层领导的视野。真正重要的部门是直接产生利润的业务部门，而不是花钱的部门。防止风险的部门，如风险部、法律部也占据了相对重要的地位。

在并购双方的股东层面，一般讨论更多的是董事和CEO、CFO的任命，而不是具体部门的经理人员。而那些担任重要业务岗位的人必须熟悉市场、熟悉客户需求，而不仅仅是忠于任命其的股东。并购作为一个企业行为，真正要达到的目的是实现资源整合，并获得商业成功和股东回报。

还需要注意的是，银行作为特殊类型的企业，其高管需符合当地的资格要求，也会承担相应的法律责任，在某些极端情况下甚至可能是刑事责任。并购之前必须对当地法律对高管的责任有一个清晰的了解。

公司治理在银行业尤其是上市银行的一个重要机制是披露制度。在典型的跨国公司里，公司管理层必须从上到下对整个企业的管理结构负责。与西方银行相比，国内银行对层次众多的分支机构及其员工在资金方面的控制相对较弱，这也是中资银行走出去的过程中需要注意的问题。否则，交易完成后，位于母国的总行及其高管可能会因为被收购银行的问题承担责任。

## 知识产权

银行并购中最为关心的知识产权问题是银行的冠名权，即存续银行的名称。并购双方对并购完成后的品牌许可和使用问题是谈判的重点之一。

即使被收购方品牌知名度不是特别高，但在当地它总是有自己的客户群及其品牌的忠诚度，因此在并购合同制作时，对商标的使用甚至转让的约定也须加以关注，这对收购方进入被收购方市场的帮助很大。

中资银行跨境并购除了获得市场和品牌以外，对被并购方的技术和管理经验也有很大的兴趣，这也会涉及到知识产权的转让或许可问题。银行拥有的主要是一些软技术，如信用卡流程、客服中心的运作、银行软件及网络系统。这些技术不一定受当地专利法的保护，但在并购合同中必须加以约定，以确保收购方能够获得相关的权利。除了法律问题外，两家银行的计算机系统如何实现数据交换也会成为问题之一。

另外，要注意对被收购银行客户名单和商业机密的保护，在相关合同中约定不披露义务。

## 各国银行跨境并购反垄断监管要求

国家	各国法律对银行跨境并购的反垄断监管要求
美国	《银行兼并法案》(Bank Merger Act) 规范银行并购审查程序。监管重点是合并对竞争产生的效果，并对“现存的以及合并后产生的机构的财务和管理资源、未来前景，以及能否对所服务的社区带来便利、满足社区需求”等问题加以考察。此外，《银行控股公司法案》要求涉及银行控股公司的任何合并，必须事先获得联储的书面批准。银行监管机构要对兼并进行反托拉斯审查。
英国	银行并购时必须向垄断和兼并委员会提出咨询并接受其审查。审查顺序为，银行编制完成兼并评估书面文件后，呈送公平交易部总裁，各政府部门代表组成兼并小组审议后，呈送国务大臣和财政部长。国务大臣须将兼并情况予以公告。若公告后公众认为兼并触犯了公众利益，国务大臣可继续调整、限制、暂停或禁止兼并。英国银行兼并的法律精神主要体现了公平，保护公众利益，但在反垄断方面不及美国严格。
德国	《公司法》规定，跨国收购中，当收购德国公司25%或50%以上股份或表决权时，必须通知联邦卡特尔局，当收购产生或加强市场控制地位时，这种收购将被禁止。《银行法》为了保护德国境内债权人的利益，要求外国银行总行在德国设立了行前应提交保护说明书；存款保护基金会还要求外国总行提交赔偿保证书，以保证赔偿该基金会为挽救了银行而可能遭受的损失。
日本	1947年通过的《禁止垄断法》对于银行能够保有其他银行或金融机构的股份占发行股份总数的比例作了限制性规定，现行标准是不能超过5%，目的是预防大规模的银行资本对产业的支配，以维持竞争性经济结构。另外，日本对银行占有其他公司股份也作严格限制，以确保市场竞争不受损害，维持民主的社会经济结构。同时，银行合并受反垄断法规制约，但并购问题金融机构是可以获得一定程度的反垄断法豁免。

表中资料来源：路伟律师事务所根据相关法律进行归纳整理，不作为完整的法律依据

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用，无意作为完整全面的信息，并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。