

聚焦：澳大利亚外国投资政策之修订——国家利益

2010年7月7日

概述：为应对日益剧增的外国投资，澳大利亚的外国投资政策进行了调整，对适用于审查外国投资者（尤其是外国政府或其相关实体）投资计划的规定进行了明确。合伙人 **Jeremy Low** 和律师 **Tim Cardiff** 对相关修订及其含义予以说明。

- 背景
- 澳大利亚的外国投资政策——主要变更
- 变更对外国投资的参与者有何影响？

如何影响到您？

- 澳大利亚政府首次对“国家利益”评测的适用作出了正式规定。投资者在设计交易结构以及预测外国投资审查委员会对批准所附条件时需对该评测的适用加以考虑。
- 外国政府及其相关实体需要注意的是，受限于有关限制条件，根据投资政策需进行申报的投资计划将适用一个通用的直接投资限额，即 10%。
- 投资澳大利亚“媒体领域”的外国投资者需要注意的是，该次修订对外国投资审查委员会关于该等投资所需的批准进行了明确。

背景

在对 1975 年的《外国收购和接管法案》作出重大的立法修订（本所在 2010 年 2 月曾就此专题作过报告）之后，2010 年 6 月 30 日，澳大利亚政府公布了其对外国投资政策所作的修订。

该政策为外国投资者提供了指引，以协助其更好地理解澳大利亚政府对《外国收购和接管法案》的实施方案。同时，该政策也对《外国收购和接管法案》中未规定适用，但仍需向澳大利亚政府申报的种投资计划进行了明确。

尽管该政策将仍适用于所有外国投资者的投资计划，澳大利亚政府之所以急于明确其对外国政府及其相关实体的投资的政策，是因为外国投资的剧增，尤其是中国国有企业在澳大利亚资源领域投资的剧增。

尽管外国投资审查委员会在通常情况下都对中国政府及其相关实体的投资开了绿灯，但其决策程序的秘而不宣，尤其是批准条件的附加，招致了诸多批评，其中一些忧虑来自议会经济委员会的报告“[外国国有实体的赴澳投资](#)”。委员会的一个重要建议是，外国投资审查委员会应就外国投资的风险和益处、决策机制以及新兴的主权财富基金和国有企业的相关信息制定出更为有效的沟通方案。此次政策修订正是对该等建议的回应。

澳大利亚的外国投资政策 – 主要变更

该政策作出了多项修订，以下是三项主要内容。

国家利益评测

该政策再次确认：澳大利亚政府审查涉及国家利益的外国投资计划时所采取的方案将因个案而有所不同，届时将考虑诸多因素而并非只是“硬性规定”。政府审查外国投资计划时特别考虑的“国家利益”包括以下几个方面：

- **国家安全** – 外国投资影响澳大利亚保护其战略和安全利益能力的范围；
- **竞争** – 除澳大利亚竞争和消费者委员会进行审查之外，外国投资审查委员会将对外国投资对澳大利亚行业和领域的所有权的多样性的影响进行审查，以促进健康竞争；
- **澳大利亚政府的其他政策** – 包括对澳大利亚税收和环境目标的影响；
- **对经济及社会的影响** – 对经济的普遍影响，包括：目标实体的重组计划、投资融资安排的性质、交易后目标实体中澳大利亚的参与水平以及为澳大利亚人民获得公平的回报；及
- **外国投资者的性质** – 外国投资者基于透明商业基础运作及受限于充分且透明的监管的程度，包括对外国政府及其相关实体进行特殊的考量。

外国政府的直接投资

政策要求外国政府和其相关实体就其任何赴澳直接投资征得外国投资审查委员会的批准，无论其投资金额多少。政策把 10% 或之上的投资视为“直接投资”。

低于 10% 的投资无需向外国投资审查委员会申报，但若 10% 以下的投资可能使得外国政府投资者“对目标投资产生影响或控制”，则需进行申报。政策规定的该等情形包括：

- 优先、否决或特别的表决权；
- 拥有任命董事的权力；
- 合同协议包括贷款、服务提供及包销协议；
- 有关收购竞标的拟投资；及
- 对资产或股份有可执行的担保利益。

媒体领域的外国投资

根据政策规定，之前对外国投资者在媒体领域 5% 或之上的投资获得批准的要求仍将适用。但政策对“媒体领域”的定义进行了明确，该定义除其它项目之外，还涵盖了互联网站。媒体领域目前的定义包括“日常报纸、电视和广播（包括有播放功能或采用该等媒体方式的网站）。”

变更对外国投资的参与者有何影响？

决策原则和实施方案的正式声明

政策对外国投资审查委员会在过去 12-18 个月期间，尤其是针对中国国有企业对澳大利亚资源领域的大量投资进行审查时所遵循的原则及实施方案作出了正式的规定。其中，一项重要的原则是：即使澳大利亚政府不存在禁止该等投资的政策，其将对非基于完全公平和商业性质的外国政府实体的投资计划进行谨慎的审查，且可能就计划实施方案设置附加条件，以确保该等投资不会损害澳大利亚国家利益。

尽管有关“国家利益”的因素与之前政策中附件 A: *外国政府投资计划指引* 所规定的六个事项基本一致，严格来讲，该等因素适用于所有申请，而不仅仅是外国政府及其相关实体的申请。不过，政策也进一步表明私人领域的投资者将更容易通过“国家利益”评测。¹ 外国投资审查委员会的近期批准中所附的条件种类似乎与该种趋势是一致的。²

政策同时也就一些缓和因素进行了规定，该等因素可能在澳大利亚政府确定外国政府及其相关实体的投资计划不会损害“国家利益”时为其提供协助，包括：

- 投资所涉及的、现有的外部合伙人或股东；
- 非关联性所有权利益的比例；³
- 治理结构安排；⁴
- 非商业交易中保护澳大利亚利益的现行安排；⁵ 及
- 目标企业是否将上市。⁶

¹ 政策表明“国家利益测试承认澳大利亚市场主导体系的重要性，即公司听从股东的决定，同时，投资及出售的决定均取决于市场的力量，而不是外界的战略或非商业因素”。

² 例如：

国家安全考量—中国五矿投资 OZ Minerals 的首份计划（2009 年 2 月）被外国投资审查委员会以国家安全为由否决，是因为此次投资涉及位于伍默拉军事禁区（Woomera Prohibited Area）的 Prominent Hill 矿山。修订的投资计划（2009 年 4 月）删除了交易中涉及 Prominent Hill 矿山的部分而终获批准。

竞争考量—兖州煤业对 Felix Resources 的投资在 2009 年 10 月获得附条件批准，即兖州在对其产自澳大利亚煤矿的煤进行营销和出售时，因参照届时的国际基准并遵循市场惯例。

整体经济和社会考量—中国五矿投资对 OZ Minerals 的投资获批的条件包括中国五矿支持澳大利亚土著社区，并继续运作和谋求某些矿区的增长。

³ 例如，外国投资审查委员会对壳牌/中国石油竞购 Arrow Energy（2010 年 4 月）给予了无条件批准。

⁴ 例如，兖州煤业对 Felix Resources 的投资（2009 年 10 月）获得附条件批准：1) 兖州通过一家澳大利亚公司经营其澳大利亚煤矿，总部及管理团队设在澳大利亚，首席执行官与首席财务官常驻澳大利亚；及 2) 澳大利亚经营公司至少要有两名董事常驻澳大利亚，且其中一位为独立董事。

⁵ 例如，湖南华凌对 Fortescue Metals 的投资受限于湖南华凌承诺其提名董事将遵守 1) Fortescue 的董事行为准则，及 2) Fortescue 与华凌达成的信息隔离安排。

⁶ 兖州煤业对 Felix Resources 的投资（2009 年 10 月）获得附条件批准，即兖州煤业的澳大利亚经营公司必须在 2012 年年底之前在澳大利亚证券交易所上市，届时兖州煤业的持股比例须降至 70%。



该等因素与外国投资审查委员会之前授予的批准保持了一致。

外国政府和其相关实体的直接投资

新的政策在就如何界定外国政府及其相关实体的直接投资提供指引的同时，也存在一些尚待确定的事项。

- **仍未规定资产价值限额。**这意味着：即使在国家利益因素明显不适用的情况下，外国政府及其相关实体仍需就小额投资获得外国投资审查委员会的批准，原因是其收购额超过 10%。然而，政策并未就“投资拥有大量雇员的企业或占有较大市场份额的企业比投资规模较小的企业更为敏感”的含义予以明确。而且，政策未就何为“规模较小企业”予以规定。⁷
- **需予以考虑的融资来源。**政策表明，在评定投资是否会导致外国政府的“实际或潜在”控制时，也将考虑投资人的融资安排。该项声明的矛头直指政府控股银行的融资投资，尤其是提供担保或消极保证的融资。换句话说，该等银行参与融资安排也需征得外国投资审查委员会的批准。鉴于诸多欧洲和美国银行因全球经济危机而进行的国有化，该项声明并非完全针对中国国有企业。

政策聚焦

与之前的声明相比，该项政策重点强调了外国投资审查委员会政策项下所要求的申报（无论根据《外国收购和接管法案》是否需进行申报），而非《外国收购和接管法案》的法律适用问题。而正是该点导致了政策中的一些宽泛处理。比如说，政策表明“《外国收购和接管法案》允许财长或其代表（通常是助理财长）对投资计划进行审查，以确定投资是否损害澳大利亚国家利益。财长可否决损害国家利益的投资计划，或对计划实施方案附以条件以确保该等投资不会损害国家利益。”该声明严格来说并不准确，因为财长（或其代表）仅能根据《外国收购和接管法案》的授权审查和否决超过一定标准的交易，并在该等情况下，采取包括撤资令等特定救济措施。⁸实际上，政策仍没有就未能根据政策（根据《外国收购和接管法案》无需申请）向外国投资审查委员会作出批准申请的后果，及必须第一时间作出该等申请的法律根据予以释明。

另外，仅根据修订后的政策而作出的申请不受时间限制，与此不同，根据《外国收购和接管法案》作出的申请受限于法定的期限。⁹这在修订的政策中得到了确认，尽管政策表明政府将在可能的情况下，力争在 30 天内对申请进行审查。

⁷ 政策并未提及外国投资审查委员会就外国政府及其相关实体的投资所发表的非正式意见，该等意见在 2009 年下半年被各方广泛讨论，本所也在 2010 年 2 月的相关报告有所提及。例如（正如在 2 月份的报告中所提到的），外国投资审查委员会负责人 Colmer 先生称，外国投资审查委员会希望把外国政府在小型公司的控股比例限制在 50% 以下，对大型公司的控股比例限制在 15% 以下。该观点在政策中并未显现。

⁸ 例如，对于美国以外的投资者而言，外国投资者收购澳大利亚业务或公司的权益为 15% 或以上，且总值超过 2.31 亿澳元。

⁹ 《外国收购和接管法案》规定在 30 日内对根据该法案提出的申请作出相应决定，外加额外 10 日将决定通知申请人。同时，《外国收购和接管法案》也就临时令事项进行了规定，将审查期限及禁止期延展至 90 日。

更多信息，请联系：

- **Jeremy Low**
悉尼 合伙人
电话：+61 2 9230 4041
Jeremy.Low@aar.com.au
 - **Guy Alexander**
悉尼 合伙人
电话：+61 2 9230 4874
Guy.Alexander@aar.com.au
 - **Jon Webster**
墨尔本 合伙人
电话：+61 3 9613 8832
Jon.Webster@aar.com.au
 - **Tim Lester**
佩斯 合伙人
电话：+61 8 9488 3841
Tim.Lester@aar.com.au
 - **Andrew Knox**
布里斯班 合伙人
电话：+61 7 3334 3356
Andrew.Knox@aar.com.au
 - **Campbell Davidson**
大中国并购部门负责人， 香港合伙人
电话：+852 2840 1202
Campbell.Davidson@aar.com.au
 - **Alex Ding**
悉尼 合伙人
电话：+61 2 9230 4017
Alex.Ding@aar.com.au
 - **Niranjan Arasaratnam**
墨尔本 合伙人
电话：+61 3 9613 8324
Niranjan.Arasaratnam@aar.com.au
 - **Phillip Cornwell**
悉尼 合伙人
电话：+61 2 9230 4748
Phillip.Cornwell@aar.com.au
 - **Stuart Mengler**
北京 合伙人
电话：+86 10 8515 0250
Stuart.Mengler@aar.com.au
-