

澳大利亚《外商投资法》改革：以投资者安全为代价换取国家安全？

澳大利亚政府近来宣布了其所谓“20多年来澳大利亚最全面的外商投资审查框架改革”。本简报重点介绍了改革方案中的关键变化，并指出了改革对私募股权基金、财务支持方和其他外国投资者客户的潜在影响。

背景

2020年6月5日，澳大利亚财政部发布了一份文件，对澳大利亚外商投资制度的重大改革进行了规定。改革的主要目的是加强外商投资审查委员会（“FIRB”）对国家敏感收购交易（nationally sensitive acquisitions）的审查。这一目的将通过下列方式实现：对“敏感国家安全业务”的外商投资适用新的“零”澳元标准（超过这一标准的交易必须经政府批准）以及强化以国家安全为由的审查和执法权力。

拟议改革方案的应运而生是基于外商投资持续引发的国家安全担忧，该等投资与敏感企业和关键基础设施资产相关。改革方案是在当前新冠疫情的背景下宣布的，此前，针对新冠疫情的影响，澳大利亚政府已通过临时措施将所有外资收购触发审查的金额标准降低为“零”澳元。

改革拟于2021年1月1日生效，但在那之前，仍有一段公开征求意见期，且有待立法草案的公布。

关键变化及本所分析

本简报总结了改革方案带来的关键变化，并提出了我们的初步观点。这些变化对外国投资者来说有利有弊。改革对于私募股权基金和有限合伙企业而言存在一些可喜的变化，私募股权基金和有限合伙将受益于范围收窄的“外国政府投资者”的定义，并将受益于豁免证书更广泛的适用。而另一方面，与此形成对比的是，就所有国家敏感资产（包括关键基础设施，也可能包括基本服务）而言，审查力度将加大。此外，范围宽泛的审查和剥离权力目前尚无具体适用规定，增加了很多不确定性。

国家敏感收购交易的“零”澳元标准

根据改革提案，任何外国人士通过收购获得“敏感国家安全业务”直接权益（一般指获得10%的所有权权益或控制地位）的，均须向FIRB申报，并在进行收购交易前获得批准。该要求拓展适用于开始开展此类业务的外国主体所有实体（foreign-owned entity），而不论收购交易是否已经发生。前述要求不论投资金额、投资者国籍，或投资者属于私人投资者还是外国政府投资者，一律

重点

- 新的“国家安全标准”将对涉及“敏感国家安全业务”的外商投资设置“零”澳元的审查标准。“敏感国家安全业务”一词尚未被定义，但可能包括关键基础设施、基本服务和国家安全或国防领域。
- “外国政府投资者”的投资审批一定程度上获得简化，原因是“外国政府投资者”的定义收窄，且“非敏感收购交易”可获得豁免证书，从而可免除零澳元标准的适用。
- 引入了“介入”权和作为“终极手段”的权力，包括持续审查/调查权（且不限于收购交易）和强制剥离权。
- 缩小贷款豁免范围，外国贷款人必须获得FIRB的批准才能取得设置于国家敏感资产上的担保。
- 渐进式收购、股份回购和选择性减资导致增持超过法定标准的，将触发进一步的FIRB申报要求。
- 现行的农业用地、水务和住宅登记册将扩大登记范围，纳入所有外资收购的信息（但该等信息为非公开信息）。
- 民事和刑事处罚力度将大幅提高，同时，违法通知制度的范围也将扩大。

适用。根据该项国家安全测试，澳大利亚政府将能够以国家利益为由对投资附加条件或否决投资。

改革方案尚未给出“敏感国家安全业务”的定义，有待立法草案对该定义作出规定。改革文件的出台标志着外商投资审查将不再依赖于当前宽泛的“敏感业务”测试，但矛盾的是，改革文件却又参考了现行电信和关键基础设施法律项下的宽泛定义。

改革文件提到了 2018 年《关键基础设施安全法案》（“《法案》”）。《法案》规定了范围相当广泛的“网络”定义，不仅包括网络服务（电力、水资源、天然气和港口），还可能潜在包括运输、银行、医疗卫生、航空和制造业等基本服务。涉及国防或安全有关的商品或服务的业务（或毗邻国防系统的业务）很可能落入“敏感国家安全业务”这一新定义的范围内。电信和存储国家安全信息的数据中心也基本上肯定会被包括在内。

可以说，“敏感国家安全业务”的定义将成为改革方案最关键的要点。立法者必须制定一个明确的定义，以求在保护国家利益和实现商业价值之间取得平衡。对于将被置于国家安全框架下进行审查的业务或资产类型，最终的定义应非常清楚，不留任何存疑的空间。如果立法欠缺明晰定义，加之政府拥有的持续审查权和强制剥离权（详见下文），可能会给投资者带来重大的不确定性。

简化被动“外国政府投资者”的审批

“外国政府投资者”目前收购澳大利亚业务和土地资产的直接权益时适用“零”澳元标准。“外国政府投资者”这一标准范围很宽泛，包括外国政府的所有机构，其中包括国有实体、主权财富基金和公共部门养老基金。“视同条款”（**deeming provisions**）规定，就外商投资而言，任何 20%或以上权益由来自同一国家的外国政府投资者持有（或 40%及以上权益由来自不同国家的外国政府投资者持有）的基金也将被视为外国政府投资者。

改革文件提出了一些对现行规则的修改，旨在减少基金的**被动**外国政府投资者可能面临的繁琐程序（被动外国政府投资者是指对基金或其资产的投资或运营决策不享有管理权、影响力或控制权的外国政府投资者）。拟议修订收窄了“外国政府投资者”的定义，将标准提高到只包括外国政府投资者持有合计超过 40%（无影响力或控制权）但其中任何单一外国政府的所有权低于 20%的基金。

“外国政府投资者”定义标准的抬高将对外国政府投资者身份的认定产生很大影响（根据我们的经验，目前的标准通常仅通过少数权益的累计触发）。在许多情况下，基金本身具有自由裁量的权利，由普通合伙人或基金管理人享有全权投资决定权。

除了修订“外国政府投资者”的定义，单一外国政府投资者持有超过 20%（但不存在影响力或控制权）的基金将可获得豁免证书。豁免期限一般为 5 年或 10 年类似的确切期限，或覆盖相关基金的存续期，并允许该等基金在符合证书所列条件的情况下进行投资。据我们所知，近期已有私募基金根据现行的一般豁免制度基于类似的政策依据寻求并取得了豁免。

通过有限合伙或类似结构在澳大利亚投资，且含有被动外国政府投资者权益的私募基金以及众多基金管理人、养老基金无疑将对前述变化表示欢迎。这些基金目前在运作上与本地募资的基金相比处于竞争劣势，因为根据当前的规定它们每笔交易都须获得 FIRB 的批准。

显著强化的审查、调查和执法权

“介入”权

改革方案建议赋予财政部长新的“介入”权，据此可要求外国投资者根据新的国家安全标准提交 FIRB 申报，以确定投资是否会引发安全问题。据称，这一权力针对的是引发国家安全问题的投资，而不论这些投资是否达到原本触发审查的标准。

尽管“介入”权可能会受到时间限制，并且仅限于国家敏感投资，但这一权力的引入无疑会使投资者的决策过程复杂化。特别是针对并非完全落入国家敏感类别内的收购，投资者需要决定是否应该就该等投资进行自愿申报。自愿申报还可能增加审查队列中的申报数量，进而导致 FIRB 审查时间延长、交易的确定性降低。

作为“终极手段”的权力

改革还将引入作为“终极手段”的审查权，允许政府在后续出现国家安全风险的情况下，重新评估已批准的外国投资，允许财政部长附加或改变交易条件，或采取“终极手段”，要求外国投资者剥离某些投资。

“终极手段”的引入代表着澳大利亚外国投资监管制度的潜在巨大观念转变，即从以收购为基础的被动审查到更为积极的持续合规监管和调查。此举与澳大利亚竞争与消费者委员会在澳大利亚反垄断或经营者集中审查中的作用相似。与此相关的立法重点将集中在如何设计迫使投资者处置权益的程序，以及这一程序是否会涉及政府介入收购相关权益。

我们预计，作为“终极手段”的审查权最可能引发私募基金和财务支持方的担忧，他们的关注点将聚焦在如何确保在投资周期内，投资不会落入审查范围内，并避免投资受到任何潜在强制剥离的影响。此外，人们还将关注作为“终极手段”的审查权是否会追溯适用于新法生效前发生的投资。

改革文件似乎预见到了上述情况，并提出了一系列支持投资者确定性的机制，包括对上述权力的行使规定时间限制、颁布特定的豁免证书以允许特定类型的合格投资免受审查。这些做法是为了避免对同一投资者就国家安全问题进行多次评估。

此外，作为“终极手段”的剥离权预计还将受到一些条件的制约，包括该权力行使的前提为确无其他监管机制，且该权力确实是最终手段，并已通过合理举措与投资者谈判以达成结果。改革方案还计划将这一权力限制在最初审查过程中出现重大虚假陈述/不作为的情况，或者投资者的业务或经营环境发生变化而导致新的国家安全风险出现的情况。

前述强化的权力同时伴随着增强的监督权和调查权，包括持同意令或搜查令进入现场搜集信息的权力。

追踪被收购的资产

如果一项投资最初是在违反审批要求的情况下进行的，当前的豁免规定允许新的买方依法（例如根据转让或遗嘱）不经 FIRB 申报收购该项权益。但按照新的改革方案，如果原收购未经 FIRB 批准，则新的外国买方必须就收购向 FIRB 进行申报，获得批准。

FIRB 申报的可能结果包括：为了保护国家利益而对交易附加条件或对资产进行强制处置。虽然具体细节尚待落实，但整体而言，外国买方对所有权和 FIRB 合规历史展开详细尽职调查就变得非常必要，对国家敏感业务尤为如此。

其他值得关注的变化

外债资金进入澳大利亚

改革方案建议缩小贷款豁免的范围，要求外国贷款人在取得或强制执行在“敏感国家安全业务”资产上设置的担保之前，必须获得 FIRB 的批准。根据目前的豁免规定，在开展正常贷款业务的过程中，贷款人签订的贷款协议所产生的担保权益豁免于 FIRB 审批要求的适用。

这一变化会削弱外国贷款人的竞争力，进而可能影响国家敏感业务和关键基础设施获得具有竞争力的贷款条款的能力。对于利用欧洲另类债务市场和通过境外银行而非传统当地银行获得资金的杠杆收购交易而言，前述变化可能会带来问题，而在澳大利亚，离岸贷款是债务融资领域的常见操作。

未经收购的按比例增持

新的改革方案明确，如果外国人士的实际或按比例持股超过先前批准的比例，则必须重新寻求 FIRB 的批准。渐进式收购或通过股份回购和选择性减资造成的按比例增持，都可能导致对澳大利亚实体的持股比例高于 20%（即达到“重大权益”的标准）。因此，持有重大所有者权益的外国买方需要注意，随着时间的推移，持股量的逐步增加可能会触发进一步的 FIRB 申报要求。

外资所有权登记

改革方案提出建立新的外资所有权登记册，该登记册将整合现有的农业用地、水务和住宅登记册，同时扩大登记范围，将记录所有须经 FIRB 批准的商业收购的详细信息。

登记范围的扩大无疑会引发投资基金和澳大利亚当地企业对商业敏感信息和隐私泄露的担忧。针对前述问题，目前的提案是登记册将继续维持非公开的状态，且仅可根据信息共享的规定在澳大利亚政府内部进行信息共享。

处罚提高

改革方案建议大幅提高民事和刑事处罚以强化执法措施，包括最高达 **10 年期的监禁**和最高达 **5.25 亿澳元的民事罚款**（就个人处罚而言提高了 500 倍，就公司处罚而言提高了 50 倍）。作为补充措施，违法通知制度的范围将扩大，以涵盖所有类型的外国投资，与此同时，三级惩罚机制将实施以便实现渐进执法。

延长审查时限

在审议复杂、敏感案件时，财政部长将拥有一项新的权力，可以将申报审查的法定时限延长至 90 天。这将取代当前 FIRB 要求自愿延期或要求根据停止令以延长审查期间至 6 个月的程序。

下一步举措

立法的征求意见稿预计将于 2020 年 7 月公布，随后将是为期 6 周的征求意见期。

我们将持续关注改革和立法草案工作的进展，包括“敏感国家安全业务”的定义和外国政府投资者的豁免规定，并就可能引发客户关注的问题进行报道。

如果贵司想了解改革方案的更多信息，或讨论这些变化对贵司的影响（包括在征求意见阶段代表贵司提出问题），敬请与我们联系。

联系我们



符国成
中国区联席管理合伙人
T +86 10 6535 2299
E terence.foo@cliffordchance.com



王彦峰
中国区联席管理合伙人
T +86 10 6535 2266
E tim.wang@cliffordchance.com



马云
合伙人
T +86 21 2320 7217
E glen.ma@cliffordchance.com



方刘
合伙人
T +852 2825 8919
E fang.liu@cliffordchance.com



葛凯利 Kelly Gregory
合伙人
T +86 21 2320 7234
E kelly.gregory@cliffordchance.com



柏勇
合伙人
T +86 10 6535 2286
E yong.bai@cliffordchance.com



张宏
合伙人
T +86 10 6535 2256
E hong.zhang@cliffordchance.com



Thomas Vinje
合伙人
T +32 2 533 5929
E thomas.vinje@cliffordchance.com



Dave Poddar
合伙人
T +61 2 8922 8033
E dave.poddar@cliffordchance.com

高伟绅律师事务所为本文的版权所有人，其中所提供的信息仅供本所客户读用。如需转载，请注明本文为本所的著作。本文仅供一般参考，其内容不一定论及各相关重要课题，也不一定涵盖论题的各个方面。本文并非为提供法律意见或其他咨询意见而编写，对于依赖本文的行动后果，本所概不负责。如欲进一步了解有关课题，欢迎联系本所。

www.cliffordchance.com

中国北京朝阳区建国门外大街1号国贸写字楼1座33层

中国上海静安区石门一路288号兴业太古汇香港兴业中心二座25楼

Clifford Chance, Avenue Louise 65, Box 2, 1050 Brussels, Belgium

Clifford Chance, Level 16, No. 1 O'Connell Street, Sydney, NSW 2000, Australia

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance LLP 是在英格兰与威尔士注册的有限责任合伙，注册编号 OC323571。

注册办事处地址：10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ

文中采用“合伙人”字眼表示 Clifford Chance LLP 的成员，或者具有同等地位和资格的雇员或顾问。

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • Newcastle • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.