

## 外国赴澳投资：议会扩大适用于强制申报制度的范围

### 1. 概况

正如澳大利亚外长在 2009 年 2 月 12 日的公告中所预示的，澳大利亚政府于 2009 年 8 月 20 日向众议院提出了修订 1975 年《外国收购和接管法案》（该法案适用于外国投资者对澳大利亚公司的股份和表决权的收购）的提案。合伙人 Alex Ding 和 Phillip Cornwell 及 Tim Cardiff 律师就修订的主要方面向您报告。

#### 如何影响到您？

- 若目前起草的对 1975 年的《外国收购和接管法案》的修订得以实施：
  - 现行的强制申报制度将适用于更大范围的包括通过可转换票据和其他更为复杂的金融产品或交易结构进行的外国投资交易、投资或交易；及
  - 修订的溯及力至 2009 年 2 月 12 日，也就是说，在该日期之后提交的任何计划书根据修订的制度将需进行强制申报，即在修订生效后的 30 天内向财长申报（根据自愿申报制度已向财长申报的除外）。
- 外国投资交易结构将需经过审查，以确定其是否适用经修订的《外国收购和接管法案》。
- 该等修订可能会影响到于 2009 年 2 月 12 日之后达成的交易的成交时间表。该等交易的当事方应考虑是否谨慎的向财长进行自愿申报，而非等至该等修订变成法律。
- 根据现行的《外国收购和接管法案》不属于外国投资者的实体需要对其资本结构进行审查，以确定其在将来的交易中是否将被视为《外国收购和接管法案》所规定的外国投资者。同样，公司需对其章程中关于任何外国所有权的限制条款进行审查。
- 可转换票据和其他夹层债务承销人和投资人将需对是否任何股权认购权（或“认股权”）的相关授权将受限于外商投资审查委员会的批准予以考虑。

### 2. 修订的目的

财长在 2009 年 2 月 12 日的新闻发布会中称：<sup>1</sup>

*鉴于更为复杂的投资结构的日益增多的使用，政府计划对外商投资审查制度的操作予以明确。*

*政府将对[《外国收购和接管法案》]进行修订，以确保其均等适用于所有外商投资，无论其结构如何。*

澳大利亚政府的目标是确保《外国收购和接管法案》适用于外国投资者的任何投资，如果该等投资所使用的投资结构存在对或将对某个澳大利亚公司产生影响或控制的可能。

<sup>1</sup>参见财长 2009 年 2 月 12 日的新闻发布会，

<http://www.treasurer.gov.au/DisplayDocs.aspx?doc=pressreleases/2009/017.htm&pageID=003&min=wms&Year=&DocType=0>。

政府担心的是众多现代交易结构和融资安排并不属于《外国收购和接管法案》所适用的范围。该等结构和安排允许通过各种其他方式，而不是传统的股份收购和行使表决权，来达到控制，且《外国收购和接管法案》先前并不规定适用于上述的结构，安排或其他方式。

例如，根据《外国收购和接管法案》，向投资澳大利亚公司的外国投资者发行可转换票据或公司债券并不会导致该公司需就股份收购进行强制申报。<sup>2</sup> 该等交易的例子之一是中国投资公司最近对嘉民集团（Goodman Group）的投资，该投资包含可转化为嘉民集团股票的标的为 5 亿澳元的永久无担保附属证券的发行，然而根据《外国收购和接管法案》的现行强制申报制度，该投资无需进行申报。强制申报要求可能要求中国投资公司随后将混合证券进行转化，中国投资公司也将因此持有超过 15% 的嘉民股份。<sup>3</sup>

### 3. 《外国收购和接管法案》

#### 3.1 股份收购的申请

根据《外国收购和接管法案》，财长有权对特定的对澳大利亚公司和资产的拟议外国投资进行评估，且有权予以禁止，目的是确保该等投资不会损害澳大利亚国家利益。外商投资审查委员会将就对外国投资计划的评估向财长提供协助和建议。

《外国收购和接管法案》的第 18 章赋予了财长对澳大利亚公司的股票和类似权益的拟议收购予以禁止的权力，前提是该等收购将导致外国投资者获得澳大利亚公司的控制权益，且财长确定其将损害澳大利亚国家利益。该法案也赋予了财长命令已完成的上述收购予以解除的权力。

《外国收购和接管法案》的第 26 章要求外国投资者就任何收购澳大利亚公司多数股份的协议向财长进行强制申报。外商投资审查委员会将对计划书进行审查，财长将在 40 天内批准交易并通知外国投资者。如果协议在获得批准前已被签署，则协议成立的条件必须建立在获得批准的基础上。违反该等要求的将被视为刑事犯罪。

对于通过收购股份而进行的对澳大利亚公司的投资而言，如果其总资产评估低于货币限额，则财长将无权禁止或解除该股份收购，且无需进行强制申报。<sup>4</sup>

#### 3.2 “重大权益”

“重大权益”和“累计重大权益”是衡量外国投资者对澳大利亚公司的股份收购是否适用《外国收购和接管法案》的主要标准。该等标准也是《外国收购和接管法案》第 18 章的“控制权益”和第 26 章的“大多数股份”的界限要素。同时，重大权益的概念也是确定外国投资者的审查的基准。

<sup>2</sup> 然而，现行的政策（而不是法律）要求“对是否需进行申报存在疑问的计划书”获得事先的批准并进行申报。因此，包含具有准股权性质的债务产品的融资安排根据该政策需进行申报，且需根据澳大利亚政府的外商投资条例进行评估。

<sup>3</sup> 我们注意到，中国投资公司就该等混合证券的发行计划向外商投资审查委员会进行了自愿申报。

<sup>4</sup> 适用于股份收购的投资审查标准将于 2009 年 9 月分别提高至 2.19 亿澳元（适用于美国以外的投资者）和 9.53 澳元（适用于美国投资者）。参见关于该修订的客户更新<http://www.aar.com.au/pubs/ma/cumaau09.htm>。

某公司的重大权益是指某个人独自或与任何相关方共同控制了不低于 15% 的公司表决权或持有不少于 15% 的该公司已发行股份中的权益。一项累计的重大权益是指两个或两个以上人员共同（包括与任何相关方一起）持有不低于 40% 的表决权或已发行股份。

因此，一项重大权益包含控制有特定百分比的表决权或持有特定百分比的已发行股份的权益，或特定百分比的该等表决权和权益。

### 3.3 股份收购的强制申报

应当注意的是，强制申报制度目前适用于对多数股份的收购，而不是对重大权益的收购。多数股份的收购包括对持有重大权益的股份，或因收购股份的权益而持有多数股份的人员的权益的收购。

目前的观点是现行的强制申报制度仅适用于通过收购股份中的权益获得或增加重大权益的外国投资者，且不适用于以对表决权的控制获得一澳大利亚公司重大权益的外国投资者。

## 4. 主要修订

### 4.1 重大权益

修订将通过引入两项新的元素进而对重大权益的定义进行扩展：

- “潜在的表决权”：包括将来存在的及可能在股东大会上予以行使的任何表决权；  
及
- 在计算某人就已发行股份所持有的权益的百分比时，将外国投资者就股份的发行享有的所有权利（通过转让或收购可转换票据或认购权）视为该等权利已被行使。

以上两项元素的采用将使《外国收购和接管法案》的适用扩展至新的交易结构，该等交易结构包含向外国投资者提供某些影响或控制措施的协议，例如，通过收购可转换票据（无论该等票据是否可转换为先前发行的股份或转化为先前未发行的股份）。<sup>5</sup> 根据现行的《外国收购和接管法案》，可转化票据仅在转化时方可成为重大权益。但根据《外国收购和接管法案》的修订，可转化票据自身的发行将被视为获得重大权益。

此外，夹层或附属债务的投资者通常通过要求发行公司授予股份的认购权以增加其投资回报。其目的并非是为了获得控制权，而是参与“股权利润上涨”。投资者通常在海外拥有投资基金和金融机构，因此，在金融交易结束之时需对根据《外国收购和接管法案》获得批准予以考虑。

股权衍生品也可能受到影响，但如果当事人选择对相关利益通过现金结算而不是实物交易则无需对此加以考虑。

---

<sup>5</sup> 值得注意的是，在 *Canwest Global Communications Corporation v The Treasurer* (1997) 15 ACLC 1258 中，Hill J 对 *Equiticorp Industries Ltd v ACI International Ltd* (1987) 5 ACLC 23 进行了确认，即在《外国收购和接管法案》中，对未发行股份持有认购权的人员未在任何股份中持有权益。

## 4.2 强制申报

《外国收购和接管法案》第 26 章对“多数股份”和“股份权益”的提及将变更为“重大权益”，以确保强制申报制度适用于重大权益的扩展定义所包含的全部交易结构。新的元素“潜在的表决权”及对股份权益所享有的权利将在协议签署时而不是权利的实际行使时视为行使，从而将被列入需强制申报的协议种类，以对以上变更予以说明。

该等修订将很大程度扩大需向财长强制申报的交易结构的范围。

## 4.3 溯及力

修订的适用将溯及至 2009 年 2 月 12 日。但该日期至修订变成法律的日期之间将是一个过渡期。任何在过渡期内达成的协议将属于修订的《外国收购和接管法案》的适用范围而需向财长申报，根据《外国收购和接管法案》第 25 章，该申报须在过渡期结束后的 30 天内完成。

未进行申报的构成刑事犯罪，将被处以罚金或最高 2 年的监禁。

## 5. 未变更的内容

- 构成重大权益的控制百分比限额：
  - “重大权益”的界限仍为 15%；及
  - “累计重大权益”的界限仍为 40%。
- 获得豁免的货币限额 – 在现行货币限额以下的对澳大利亚公司的收购仍无需向财长申报。<sup>6</sup>
- 审查程序 – 该等修订将不会改变外商投资审查委员会的审查和审核程序。<sup>7</sup>

## 6. 对涉及外商投资的公司意义何在？

根本上讲，该等修订将很大程度上扩大受限于财长的禁止和解除权力，以及适用于强制审查制度的股份和相似权益收购的外国投资交易。

### 6.1 交易结构

发行机构、外国投资者、投资银行、承销人和财务顾问需要对修订的《外国收购和接管法案》是否适用其交易结构以及是否需要强制性申报进行慎重考虑，在该种情况下，也应考虑财长是否会行使权力对交易附加条件。

<sup>6</sup> 财长就对货币限额的修改作了独立的发布，请参见：

<http://ministers.treasury.gov.au/DisplayDocs.aspx?doc=pressreleases/2009/089.htm&pageID=003&min=wms&Year=&DocType=0>.

<sup>7</sup> 请参见对外商投资审查和审核程序所做的说明：

[at:http://www.firb.gov.au/content/\\_downloads/Australia's%20Foreign%20Investment%20Policy.pdf](http://www.firb.gov.au/content/_downloads/Australia's%20Foreign%20Investment%20Policy.pdf).

## 6.2 交易时间表

如果需对交易结构进行强制申报，则需考虑对交易时间表进行修改。

## 6.3 外国投资者的定义

因重大权益的概念是《外国收购和接管法案》中关于外国投资者的审查的基准，修订将使被视为外国投资者的实体范围扩大。某些实体可能将因实体的外国证券持有者持有的（达规定百分比）权利或权益种类属于重大权益而被视为外国投资者。

在其章程中列有外国所有权限制以防止其变为外国投资者的公司，需要对其章程进行审查，以确定该等章程性限制是否涵盖《外国收购和接管法案》所规定的该等新型证券。

## 6.4 授予认购权的后果

目前，可转换票据固有的股权认购权的授予（而非行使）将会成为传统的“需外商投资审查委员会批准”的条款的主题。如果可转换票据最初是发行给国内投资者<sup>8</sup>，则该等票据的出售受限于外商投资审查委员会的规定。

这不会必然延迟可转换票据交易的完成，至少如果投资者愿意面对外商投资审查委员会审批的风险，则认购权的授予可作为涵盖外商投资审查委员会批准的后续条件的主题。值得注意的是，立法所关注的是实际或潜在的表决权，因此其他结构（如合成股权或无表决权股份）则暂时不再规定之限。

## 欲了解更多信息，请联系：

### Phillip Cornwell

悉尼 合伙人  
电话：+61 2 9230 4748  
[Phillip.Cornwell@aar.com.au](mailto:Phillip.Cornwell@aar.com.au)

### Jon Webster

墨尔本 合伙人  
电话：+61 3 9613 8832  
[Jon.Webster@aar.com.au](mailto:Jon.Webster@aar.com.au)

### Robert Fish

新加坡 合伙人  
电话：+65 6535 6622  
[Robert.Fish@aar.com.au](mailto:Robert.Fish@aar.com.au)

### Alex Ding

悉尼 合伙人  
电话：+61 2 9230 4017  
[Alex.Ding@aar.com.au](mailto:Alex.Ding@aar.com.au)

### Andrew Knox

布里斯班 合伙人  
电话：+61 7 3334 3356  
[Andrew.Knox@aar.com.au](mailto:Andrew.Knox@aar.com.au)

### Tom Story

悉尼 合伙人  
电话：+61 2 9230 4812  
[Tom.Story@aar.com.au](mailto:Tom.Story@aar.com.au)

### Tim Lester

佩斯 合伙人  
电话：+61 8 9488 3841  
[Tim.Lester@aar.com.au](mailto:Tim.Lester@aar.com.au)

### Jon Webster

墨尔本 合伙人  
电话：+61 3 9613 8832  
[Jon.Webster@aar.com.au](mailto:Jon.Webster@aar.com.au)

### Campbell Davidson

大中国区并购部门负责人  
电话：+852 2840 1202  
[Campbell.Davidson@aar.com.au](mailto:Campbell.Davidson@aar.com.au)

<sup>8</sup> 或者，最初是发行给美国企业且处于更高的美国企业货币限额以下。