

中国企业海外并购能源资产的国家安全审查风险

□ 中国华电集团清洁能源有限公司 刘珊宇

□ Rwk (英国) 质量控制与监理商贸公司 王航航

摘 要: 本文由中国企业海外并购能源资产中遇到的国家安全审查问题入手, 介绍国外安全审查制度及其对国内企业的影响; 从而分析得出中国企业在海外并购中, 需要积极应对国外政府的国家安全审查, 其应对措施需进行结构性调整。

关 键 词: 国家安全审查 海外并购能源资产 应对措施

1 引言

在全球化的视野之下, 能源领域的国际化趋势在不断加大。21世纪以来, 随着一批储量规模千亿立方米以上的大气田相继被发现, 国际勘探开发合作和天然气贸易都得到了高速增长。在这个过程中, 国内大型企业更是积极进行着对国外资源及市场的开拓。海外并购是企业实现国际化经营、获取海外资源的有效手段, 最近几年中国企业在能源领域的海外并购取得了巨大成绩, 但并购之路往往是机会与风险并存。由于并购的目标是敏感的石油天然气等战略性资源, 因此企业遇到的法律问题更为复杂。除了由收购项目本身产生的风险之外, 一个往往能左右并购项目成败的风险点已经越来越受到企业的重视, 那就是一国的国家安全审查制度。

本文首先以美国和澳大利亚的国家安全审查制度为例, 介绍外国国家安全审查制度的历史沿革及其对于中国企业进行海外投资的影响; 其次, 笔者以美国外国投资委员会 (CFIUS) 的国家安全审查为例, 从审查对象、审查标准以及审查程序3个方面, 逐一分

析中国企业就外国国家安全审查应对措施进行结构性调整的思路; 最后, 笔者建议中国企业与专业机构开展合作, 在海外投资的过程中积极应对外国国家安全审查的法律风险。

2 外国国家安全审查制度的历史以及对中国的影

从20世纪后半叶开始, 西方国家出于国家安全利益的考虑, 陆续建立并完善了针对可能威胁国家安全的外国投资行为的国家安全审查制度, 并依审查结果对于外商投资行为采取必要的限制措施。国家安全审查制度属于一国的国内法, 也是该国对外资准入的一种监管方式, 因此能否有效应对国家安全审查往往成为一个并购项目能否成功的关键。随着能源市场上的博弈日渐激烈, 各国往往将能源问题上升到国家安全与国家利益层面, 因此石油天然气领域的海外并购往往受到更严厉的审查。本文将以美国和澳大利亚的国家安全审查制度为例, 介绍外国国家安全审查制度的历史发展、最新变化及其对中国企业可能造成的影响。

2.1 美国

在国家安全审查制度的发展历史中,美国对于西方国家起着一定的示范作用,往往是美国出台了国家安全审查领域新规定,其他国家也会纷纷效仿。美国外资并购国家安全审查制度建立的标志是1988年的《埃克森—费罗里奥修正案》(Exon-Florio Amendment),该法案授权总统广泛的自由裁量权来阻止可能“损害国家安全的”的外国收购、合并与兼并。进而在2007年,美国国会又通过了《外国投资和国家安全法》(Foreign Investment and National Security Act of 2007),将“国家安全”概念大幅扩展,把“关键性基础设施”、“国土安全”和“关键技术”等都包括在国家安全审查需要考虑的因素中^[1]。

由于美国的国家安全审查制度而受阻的并购事件,很典型的案例就是2005年中海油收购美国优尼科石油公司。2005年6月23日中海油宣布以要约价185亿美元收购优尼科石油公司,这是截止当时中国企业并购金额最大的一笔海外并购案。但是,反对中海油收购的国会议员认为,中海油是中国国有控股企业,具有政府背景,并购将会有损美国的石油安全。因此美国众议院以压倒票数通过议案要求政府中止这一收购计划,并敦促当时的布什政府对此项收购进行严格审查。最终,优尼科接受了雪佛龙公司现金加股票的出价,而没有选择报价更高的中海油的全现金报价,而中海油也撤回了收购要约^[2]。由此可见,基于政治思维和意识形态考量,相对于其他国家,中国企业在能源领域的海外并购更易遭受更严格的国家安全审查。

2.2 澳大利亚

即使在中国建立良好外交关系的国家,比如近年来中国企业收购能源资产的热点区域澳大利亚,国家安全审查的标准也在逐步提升。

澳大利亚针对外资并购的基本法律包括《1975年外国收购与接管法(联邦)》(Foreign Acquisitions and Takeovers Act,以下简称“FATA”)及《1989外资兼并与接管实施细则》(Foreign Acquisition and Takeovers Regulation)。而投资方案的批准机构是澳大利亚外国投资审查委员会(Foreign Investment Review Board,以下简称“FIRB”),FIRB是一家向澳大利亚联邦财政部长提供建议的非法定政府咨询机构,协助财政部长就是否批准在澳的外国投资做出决

定。自2008年以来,澳大利亚多次修订FATA及其实施细则,FIRB也陆续出台了很多新的规定,这些政策严格明确了国家安全的考察因素,完善了对投资实体的规定,并将新的投资工具纳入规定之中^[3]。

根据FATA,财政部长可以拒绝其认为有悖于澳大利亚“国家利益”的拟议或已完成的外国投资。FATA并未对“国家利益”进行定义,而澳大利亚政府就其含义采用灵活的方法,往往是由FIRB来具体考量。FIRB颁布的一份政策文件列出了评估拟议投资是否违背“国家利益”时参考的一些考核依据,包括拟议投资对以下方面造成的影响:澳大利亚国家安全、澳大利亚和全球的商业竞争、其他澳大利亚政府政策(包括税收政策)及对澳大利亚的经济和社会的影响。目前,“国家利益评测”已经成为FIRB审查外来投资的惯常考虑因素。

除了“国家利益评测”审查,FIRB还考虑外国投资者的特点,包括:投资者是否按照透明的商业模式运营、投资者是否受到充分和透明的法规监管、投资者的公司治理实践、投资者是否具备可便利该国政府对其进行实际或潜在控制的公司治理安排^[4]。FATA将外国投资者区分为“外国人”及“外国政府投资者”。对于外国政府投资者,由于国有投资相比一般私人投资具有非透明化运作和非商业性的特征,澳大利亚政府更关注外国政府投资者投资的商业目的、公司治理、对市场竞争和社会、经济带来的公共利益上的影响,因此往往被予以更高标准的审核。

2013年,FIRB颁布的投资政策声明中包含一项新修订,该修订进一步细化了FATA中“外国政府投资者”的定义。如果一个实体由外国政府的机构或者相关实体控制,则该实体将被视为外国政府投资者。如果一个实体与外国政府不相关但是惯于或者有义务根据外国政府的机构或相关实体的指示(无论是正式的还是非正式的)行事,则也会被视为外国政府投资者。如果一个实体并非由外国政府全部控制,财政部长在审查时会着重考虑其中非政府利益的规模、性质和构成,并且重点审查其是否具有外部合资方或股东以及投资的商业基础,依此来判定其是否为外国政府投资者^[5]。基于这样的规定,当中国企业被认定为“外国政府投资者”时,无论投资规模,都将需要在进行直接投资之前必须通报FIRB并面对来自FIRB针

对直接投资所做的审查。

从这一系列的政策可以看出，近十年来，伴随着集中在矿产、油气等资源领域来自他国的国有投资规模越来越大，澳大利亚政府已经开始从整体上逐步提高了国家安全的审查标准。

3 中国企业就外国国家安全审查应对措施的结构性调整

国家安全审查制度是对中国企业海外并购影响较大的投资保护措施，近年来各国对国家安全审查制度的加强，已经成为中国企业在能源领域进行海外并购所面临的重要法律风险。因此，在中国企业海外并购能源资产的过程中，如何应对国家安全审查成为重中之重。

针对国外政府国家安全审查制度，中国企业首先应该明确其审查对象、审查标准和审查过程，有的放矢地采取有针对性的策略。而各国安全审查规定卷帙浩繁，难以赘述，笔者以美国外国投资委员会（CFIUS）的国家安全审查为例，分析中国企业就外国国家安全审查应对措施进行结构性调整的思路。

3.1 从审查对象的角度

CFIUS审查的对象是“受管辖交易”（covered transactions）^[6]，即“能使得外国人控制美国企业的任何交易”。因而中国企业在面临CFIUS的国家安全审查时，可以针对审查对象的特征进行分析，并且找到相应的应对措施。

CFIUS在针对“外国人”的调查中，强调的是对外国人的控制权在哪里。当其实际控制者是外国政府时，毫无疑问地该外国人进行的交易会成为必须调查的对象。这一点主要会阻碍中国国企的海外投资，而这一问题是由中国国企的特殊性质决定，短期之内无法改变。

就“控制”而言，CFIUS判定为“控制”的标准是：“外国人”对美国企业的重要事项^[7]的发生具有决定性的作用。“外国人”行使其应当行使的投票权并不等同于控制，只有当“外国人”对美国企业的重要事项作出决定时，才会被视为控制。然而，实际操作中的问题在于，判断“控制”的标准并未量化，仅仅被描述为“有决定性作用”，所以针对“控制”

的判定在很大程度上依靠CFIUS的主观性，这是在应对国家安全审查时的一大难点。以华为收购3COM为例，华为承诺其所占有的股份比例为16.5%，将来或许会增持5%。这并未达到“控制”的所谓标准，但是案件最终未能通过国家安全审查，这可能是因为华为的尖端通信技术、创始人军方背景等因素而造成；本案也说明“控制”的判定标准非常难以定量。

综上，对于中国国有企业的并购交易很有可能会成为CFIUS审查对象中有关“外国人”和“控制”因素的重点审查目标。中国国有企业可以通过与东道国企业合资设立并购实体实行并购、或者收购部分股权的形式，减缓CFIUS的忧虑并降低通过国家安全审查的难度。

3.2 从审查标准的角度

CFIUS针对国家安全审查的核心概念——“国家安全”，并且给出了12项在审查中需要考虑的因素^[8]，以此作为判定“外国人”投资行为不利于国家安全的审查标准，但是其定义依然十分不明确。

从这12项CFIUS考虑的因素中，可以概括出以下几个CFIUS重点审查的方面：

第一，CFIUS会权衡国防安全 and 经济安全。国防安全在“国家安全审查”中的重要性毋庸置疑，而经济安全或许会成为中国企业的突破口。CFIUS越来越关注并购行为所带来的经济效应，比如就业、竞争市场等等。如果中方企业的并购行为能对当地经济发出利好讯息，比如增加当地就业岗位等，相信能够提升并购的吸引力和通过国家安全审查的可能性。

第二，CFIUS会着重对涉及关键性基础设施和关键技术的外资并购进行审查。“关键性基础设施”几乎涵盖绝大多数行业，但CFIUS并没有指明关键性基础设施与国防产业的相关程度。关键技术则非常明确地指向与国防紧密关联的技术、项目等。CFIUS在审查有关关键技术的并购时，会强调考察欲实施并购行为的中方企业与中国政府间是否存在“协调战略”（Coordinated strategy）。这其中主要是指中国政府在并购企业中的角色作用，比如说中国政府直接参与并购、中国政府命令实施并购或者中国政府提供特别的经济资助以完成并购。可以想见的趋势是，有关“协调战略”的案件将会越来越受到严厉的审查，而中国大型国企的特殊性质，会使其首当其冲受到冲击。

毫无疑问的是，能源业是“国家安全审查”的重灾区。在并购中，中国企业应该谨慎地选择目标，尽可能将涉及关键性基础设施的投资目标剥离出来；同时着重强调其经济目的和未获得政府的特别资助，以降低政治敏感度。

第三，CFIUS会对欲实施并购行为的外国国有企业、国家资本特别进行审查。在这一方面，CFIUS可以说是“因国而异”的，中国等一些国家与美国在意识形态等方面存在很大分歧，很有可能因此被视为不安全国家。

由于CFIUS针对“国家安全”的审查的重点包括被并购目标的类型以及并购方的国家控股关系，因此中国企业对于敏感行业的并购目标，应当在并购后对于经营范围（尤其是涉及敏感行业的部分）进行必要调整，以减少CFIUS对于国家安全的担忧。为了降低通过国家安全审查的难度，中国国有企业在商业上合理可行的范围内，也可以考虑通过转让国有股权、引入民营资本等方式，降低国有股份的比例。

3.3 从审查程序的角度

如图1所示，CFIUS的审查程序十分复杂，而中国企业急需明确CFIUS针对国家安全审查的程序要求。这其中，特别值得注意的是：一方面，中国企业应当尽可能与CFIUS提前沟通，尤其是在非正式申报阶段，消除其对于中国企业并购的忧虑；另一方面，中国企业应该自愿申报并购，并采取适当的减缓措施（外国并购企业一般会在非正式申报阶段征求CFIUS的意见，并采取一定的措施减少或消除会引发国家安全忧虑的商业行为）。

另外，彻底清晰地了解每个国家的国家安全审查制度对企业来讲是困难的，尤其很多国家都是以分散立法的形式从不同层面就国家安全审查制度加以规范的。因此，专业机构在中国企业应对国家安全审查过程中的作用就格外重要，与专业机构进行充分沟通，在项目前期就对一国的国家安全审查制度、审批机关、报批文件、审批流程等加以了解，可以有效的规避安全审查制度带来的法律风险。同时，一国的司法

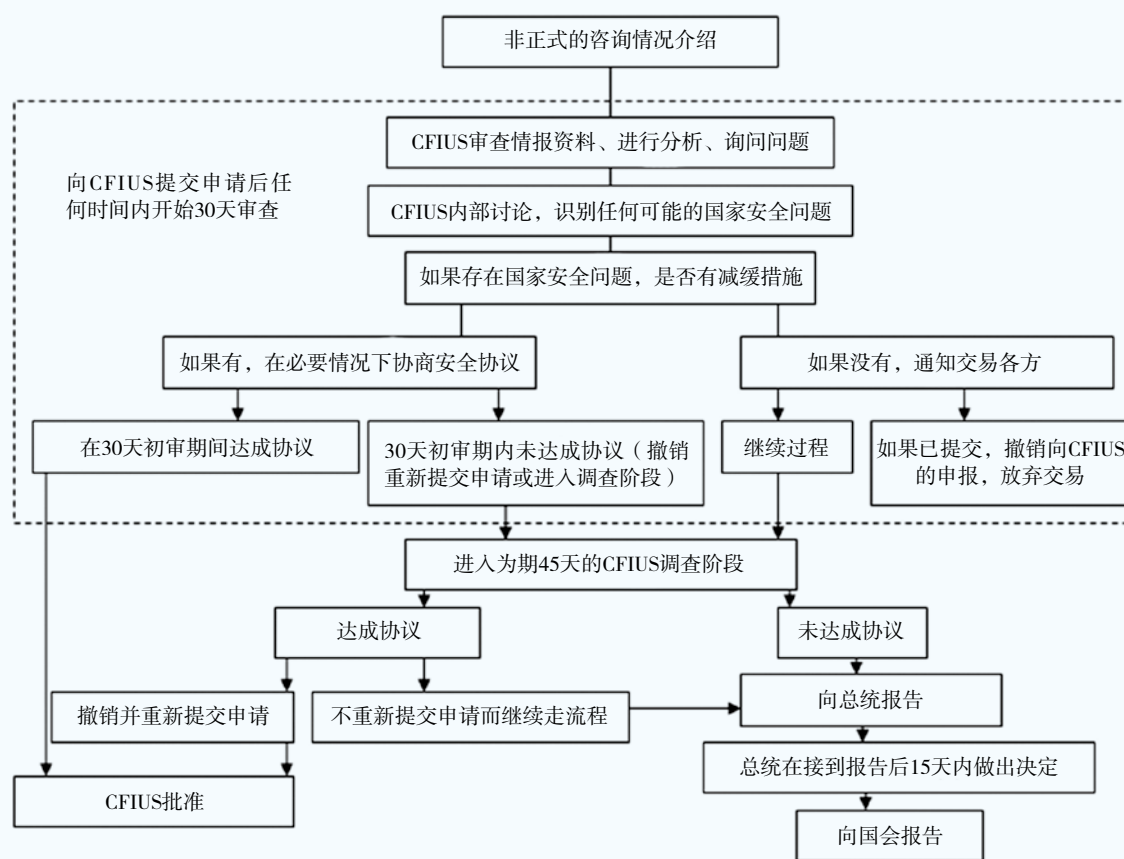


图1 CFIUS审查过程^[9]

审查程序、WTO规则及双边投资协定都是中国企业可以采用的救助措施,利用这些措施维护自身利益就更需要熟悉国际惯例及一国司法程序的专业机构的介入。

4 结语

随着国家经济的快速发展,中国作为能源消费大国的现状很难短期有所改变。中国企业走出去寻求资源的步伐会越来越大,是否能够有效防范国家安全审查法律风险,极大影响着海外资源并购能否顺利的完成。积极在法律层面配合审查、重视与专业机构的合作,利用一国鼓励外资的政策趋势,都将帮助中国企业降低风险,实现在能源领域海外并购的更大进展。

参考文献

- 1 James K. Jackson, Foreign Investment, CFIUS, and Homeland Security: An Overview. [DB/ OL] <http://www.fas.org/sgp/crs/homesecc/RS22863.pdf>
- 2 牛琦彬. 中海油并购优尼科事件分析. 中国石油大学学报(社会科学版), 2007; 1
- 3 See Australia's Foreign Investment Policy, January 2012, p.1, <http://www.firb.gov.au/content/policy.asp>
- 4 See Australia's Foreign Investment Policy, January 2013, p.6, <http://www.firb.gov.au/content/policy.asp>
- 5 See Australia's Foreign Investment Policy, January 2013, p.14, <http://www.firb.gov.au/content/policy.asp>
- 6 潘圆圆. 美国外国投资委员会国家安全审查的特点与最新趋势. 中国社科院世经政所国际投资研究室国际投资研究系列(IIS)讨论稿, 2013年6月25日。受管辖交易是在1988年8月23日之后被提出或待定的交易,其包括但不限于以下4种情况:①任何导致或可能导致外国人控制美国企业的并购交易;②某外国人将其对一家美国公司的控制权转让给另外一个外国人的并购交易;③并购交易导致或可能导致构成美国企业的实体或资产被外国人控制;④在合同或其他类似安排基础上组成合资企业,包括通过协议建立一个新的实体,合资中一方或多方投入合资企业内的资产构成一个美国企业,外国人通过这个合资企业控制该美国企业。同时,还有5种情况明

确不被列为受管辖交易

7 对十类“重要事项”做出规定. 外国人合并、并购、接管条例: 最终规定. 2008

8 针对“国家安全”需要考量的因素主要包括: 外国对以下类型的美国企业形成控制: ①为美国政府、州或肩负国家安全职责的地方机构提供产品/服务的企业; ②美国企业提供的产品/服务可能造成国家安全隐患, 包括潜在网络安全隐患, 容易遭受破坏活动或间谍活动的隐患, 包括受管辖交易是否增加了利用特定美国企业在供应链中的位置的风险; ③美国企业的业务, 及生产/提供的产品/服务的安全性可能对美国国家安全有影响, 例如从事基础设施(可能构成关键性基础设施)的企业; 与能源生产相关的企业, 包括能源的采掘、生产、运输、分配等方面; 影响国家运输体系的企业; 能显著并直接影响美国金融体系的企业; ④可以接触到机密信息或敏感政府合同信息(包括对雇员信息)的美国企业; ⑤为国防、安全、国家安全相关法律执行部门的企业; ⑥从事与武器、军用品生产、航空、卫星、雷达系统相关活动的企业; ⑦生产某种类型的先进技术, 此技术有利于保护或有可能被用来损害美国国家安全, 企业类型可能包括: 设计与生产半导体企业, 其他可用于商业和军事用途的设备或部件的生产企业, 设计、生产和提供与网络和数据安全相关产品服务的企业; ⑧受到美国出口管制的技术、物品、软件、服务的研发、生产或销售企业; ⑨接近某种类型的美国政府设施的企业; 以下类型外国人获得控制权: ⑩受外国政府控制者; ⑪来自在防止核武器扩散和其他国家安全相关等事项方面有记录的国家者; ⑫以往有记录或有意图损害美国国家安全者。

9 US National Security and Foreign Direct Investment, IIE, 2006

欢迎登录《城市燃气》杂志社官方网站

订
阅

在《城市燃气》杂志社官网首页
点击“杂志订阅”即可订阅杂志

投
稿

在《城市燃气》杂志社官网首页
点击“在线投稿”即可轻松投稿

《城市燃气》杂志社官网网址: www.gas800.com