

中非法律焦点

ENSafrica 中国事务部团队



关于ENSafrica律师事务所

ENSafrica是非洲规模最大的律师事务所，全非洲拥有逾 1300 名专业人士，为客户提供一站式的全面法律服务。ENSafrica也拥有全非洲最大的华人专业服务团队，专门为来自中国的企业，以中英文提供专业的法律和咨询服务。ENSafrica分别在8个非洲国家拥有共15个办公室，以同一律所之方式经营，不论身在何处客户皆可取得 ENSafrica 专业的法律咨询服务。



本文作者

招君雄 Kenny Chiu 合伙人

ENSafrica | 中国企业服务部部长

kchiu@ENSafrica.com

+27 83 732 3900

2018年采矿宪章

2018年采矿宪章

2018年9月27日，南非矿产资源部部长Gwede Mantashe（“部长”）公布了2018年《南非采矿与矿产广泛社会经济赋权宪章》（“《**2018年采矿宪章**》”）。其中显示，“实

施指南”将于近期公布。下文概述了《2018年采矿宪章》的若干显著特征。

所有权

“一经赋权，则永享赋权”原则已被接受，但仍须以合格的方式享有，但遗憾的是，这将引发进一步诉讼以及法律的不确定性，现有采矿权持有人已达到最低26%广泛黑人经济赋权（“B-BBEE”）持股比例的，将确认该持有人于采矿权有效期限内合规，这意味着（但未明示）前述确认将于采矿权到期后失效，这表明该等持有人在进行续展时将需要再次获得赋权。此项规定令人感到遗憾，且容易导致对《2018年采矿宪章》的合法性提出异议。南非矿产资源部部长已删除在原先《2018年采矿宪章》草案中对该等持有人应在为期五年内“补足”B-BBEE持股比例以达到30%的要求。

现有采矿权持有人的B-BBEE合作伙伴于《2018年采矿宪章》生效前退出的，将确认该持有人于采矿权有效期限内合规，该等确认在采矿权进行续展则不予适用。续展时需要重新授权的要求可能会受到质疑，其依据是，《2002年矿产与石油资源开发法》（“《矿产与石油资源开发法》”）并未作此规定。

对于所确认的历史上的所有B-BBEE交易的持续结果（该等确认形成了授予“新法令采矿权”（并不清楚已转换采矿权是否因未作规定或设计而被排除在外））将不可转让且不适用于如下情形：

- 新采矿权的申请（这将迫使采矿公司为了遵守《2018年采矿宪章》的“新采矿权”要求而开展繁重且不切实际的公司重组，而完全不考虑其当前的授权状况或公司结构如何。例如，现有持有人存在占比为20%的B-BBEE创办人股东，其将需要注册成立一家新公司，以持有新采矿权，而该子公司将根据占比达30%的B-BBEE要求获得授权，并根据规定的股份百分比进行分配，即按5%（雇员持股计划）/ 5%（社区信托）/ 20%（B-BBEE创办人）（这也会无视《2018年采矿宪章》所确认的穿透原则这样一个事实；或
- 采矿权的续展（如上述所述，此项规定令人感到遗憾）。

在《2018年采矿宪章》生效前已提交且已被接收的待审查申请将根据《2010年采矿宪章》办理（即按26%的B-BBEE持股比例办理），但其前提是，采矿权持有人应自采矿权生效日起五年内将B-BBEE持股比例提高至30%。

新采矿权所具备的B-BBEE持股比例最低必须达到30%，并按以下方式进行分配：

- 向合格雇员分配最低5%不可转让的附带权益；
- 向当地社区分配最低5%不可转让附带权益或“股权等价物权益”；及
- 向B-BBEE创办人分配最低20%有效所有权（以股份的形式），且必须优先向女性分配其中的5%。

之前的《2018年采矿宪章》草案所要求的股份百分比分配是：8%（雇员持股计划）/ 8%（社区信托）/ 14%（B-BBEE创办人）。

“附带权益”的概念含糊不清，其定义是免费发行且不存在任何权利负担的股份。但是，该定义还规定，“该等股份的成本”必须由采矿权持有人“从资产开发中”予以收回。

《2018年采矿宪章》还禁止稀释向雇员和社区所发行的股份。之前的《2018年采矿宪章》草案中包含的“无对价附带权益”概念被视为不利于投资，有悖于《矿产与石油资源开发法》的某些规定，且与《2008年公司法》相冲突，并导致股东待遇不平等，且产生了宪法所不容许的情形，即在未给予补偿的情况下不得剥夺财产或征用财产的规定。

向当地社区分配的“股权等价物”系指一笔免费捐赠的款项，其金额等于采矿权持有人已发行股本的5%，通过以当地社区为受益人而设立的信托或类似投资机构进行管理。信托或类似投资机构将负责制定和实施当地社区开发计划，该等计划将依据该部分内容予以批准，且并不替代采矿权持有人的社会与劳动计划承诺。《2018年采矿宪章》还禁止稀释股权等价物权益。

所规定的最低30%的持股比例目标在新采矿权有效期内必须予以适用。因此，在新采矿权有效期内，采矿权持有人将必须维持前述目标，除非存在B-BBEE创办人对无产权负担且持有时间已达相关新采矿权有效期的三分之一的净值股份予以处置的情形。因此，《2018年采矿宪章》鼓励“禁售”期，并要求B-BBEE创办人重视长期投资。

尽管南非矿产资源部部长已删除了《2018年采矿宪章》草案中B-BBEE创办人必须至少将股权处置所得的40%再次投资于采矿业的要求，但是，仍寻求对B-BBEE创办人的决策加以规制，其中作出了“拥有占比最低达20%股份的采矿权持有人……其BEE创办人将不得把所有权和控制权稀释至51%以下的水平”的含糊规定。此项规定将无法针对B-BBEE强制执行（尽管该项规定有利于采矿权持有人，因为其意在禁止穿透性稀释）。针对股东之间规定BEE创办人的退出机制以及就解决B-BBEE创办人剩余财务义务作出安排所达成的协议，《2018年采矿宪章》还作出了新的要求。《2018年采矿宪章》要求向矿产资源部（“矿产资源部”）提交该等协议。尚不清楚是否必须在授予新采矿权前

提交该等协议，以便矿产资源部将遵守本协议作为新采矿权的一项条款予以纳入。《2018年采矿宪章》寻求赋予矿产资源部一项新的权力，即对所持有的与B-BBEE相关股份的处置加以规制，《矿产与石油资源开发法》目前并未赋予其此等权利。

《2018年采矿宪章》还要求，在采矿权有效期届满三分之二时，所授予的B-BBEE持股比例应达到50% ()。这将给采矿权持有人带来额外成本，原因在于该等股份必须在设定的时段授予，且可能会破坏新采矿项目的可行性。

南非矿产资源部部长已删除了《2018年采矿宪章》草案中向社区和雇员支付扣除利息、税项、折旧及摊销前盈利 (“EBITDA”) 的1 %作为小额日常股息 (trickle dividend) 的要求。

请注意，《2018年采矿宪章》要求合格雇员和B-BBEE创办人的所有权应以集团股份的形式存在，有趣的是，其允许“按生产单位.....资产持有BEE股份.....”。这可能放宽了对于采矿公司的限制，该公司愿向社区捐赠废石料，其可通过对废石料进行加工，从中提起价值。

有利的一点是，《2018年采矿宪章》确认，通常在集团组织结构中持有采矿项目，以便于开展融资，因而允许适用穿透原则，但是，对于申请新采矿权的现有已获授权的采矿权而言，似乎 (因未作规定或设计) 并不适用于穿透原则。

采购与平等就业

对照最初的《采购宪章》、《2010年采矿宪章》和《2017年采矿宪章》，《2018年采矿宪章》中的采购与平等就业目标列载于[此处](#)所提供的表格中。

整体而言，平等就业目标在很大程度上仍保持不变，但是，由于考虑到白人女性如今看似有助于促成前述目标的实现，其最显著的变化涉及相关女性代表权的增加。

尽管《2018年采矿宪章》草案中未就遵守平等就业目标提供过渡安排期，但现在已规定了为期五年的过渡期，以便达到平等就业目标，且，自公布《2018年采矿宪章》之日起六个月内，必须向矿产资源部提供一份五年计划，其中应指明逐步实施平等就业目标各项规定的相关内容。

采矿产品的采购目标仍与《2018年采矿宪章》草案中的规定保持一致。采矿服务的采购目标也与《2018年采矿宪章》草案中的规定保持一致，仅微调了由女性持有的受控

制公司以及由年青人所提供的服务比例。因此，所关注的事项仍然是要求向B-BBEE供应商采购采矿产品以及要求在南非境内制造采矿产品之规定。就后者而言，针对某些矿产的开采而言，占比达70%的要求也不切实际，尤其是对于开采需要从境外购买大型资本设备的情形而言，这是供应该等设备的唯一渠道。

采矿权持有人通过对企业以及供应商服务开发进行投资可获得占服务采购预算10%的抵销额之规定仍保持不变。采矿产品采购预算的抵销额已从《2018年采矿宪章》草案所规定的10%提高到现在的30%。遵守采购目标的过渡安排期仍为《2018年采矿宪章》草案中所规定的五年。

小型矿企

尽管《2018年采矿宪章》草案规定，小型矿企应在该宪章相关部分对其所适用的范围内向矿产资源部部长进行相关申报，但现有的《2018年采矿宪章》规定，就《2018年采矿宪章》生效后所授予的采矿权而言，年营业额低于1000万南非兰特的小型矿企将免于遵守平等赋权要求（在其雇员少于10名的情况下）以及免于遵守包容性采购、企业和供应商开发要求。年营业额超过1000万南非兰特但低于1.5亿南非兰特的小型矿企必须遵守平等就业要求（在集团层面）以及包容性采购要求。就年营业额低于1.5亿南非兰特的所有小型矿企而言，则对于30%的所有权占比要求则“未予厘定”（我们推定，其并未规定用于补足30%持股比例的B-BBEE股东类别和比例）。

对《贵金属法》和《钻石法》项下证照持有人的适用

尽管《2005年贵金属法》和《1986年钻石法》目前要求南非的钻石和贵金属监管机构应考虑《2018年采矿宪章》的要求，但《2018年采矿宪章》规定了其某些部分的具体适用，并作出了相关变更或豁免规定，视证照持有人的规模而定。营业额低于100万南非兰特的企业完全豁免适用《2018年采矿宪章》。营业额超过5000万南非兰特的企业必须完全遵守《2018年采矿宪章》。

《2018年采矿宪章》的法律地位

尽管所定义的“《2018年采矿宪章》”系指“根据《矿产与石油资源开发法》第100条制定”的《2018年采矿宪章》，但《矿产与石油资源开发法》第100条并未规定由矿产资源部部长进一步制定相关宪章。因此，若根据《矿产与石油资源开发法》，以矿产资

源部部长无权制定该等宪章为由提出异议，则《2018年采矿宪章》很容易受到司法审查。

本刊物仅供一般性参考，不应被视为 ENSafrica 或其职事就某一特定事项给出任何法律或者专业意见且不应被依赖。如需要取得任何法律或者专业意见，应向 ENSafrica 寻求专业咨询。本刊物的信息和图片均涉及知识产权，未经授权请勿转载或使用。ENSafrica 或其职事不承担由于使用本刊物或者依赖其任何信息而产生的任何损失。在本刊物提及的任何数值(例如：货币汇率、指数、日期等) 仅作参考，ENSafrica 不就本刊物上任何信息的完整、准确和更新承担任何明示或默示的担保或责任。

法律 | 税务 | 取证 | 知识产权 | 非洲事务

ENSafrica | Africa's largest law firm

info@ENSafrica.com | ENSafrica.com

南非第二级 BBBEE 资质

[私隐声明](#) | [取消订阅](#)

