

华盛顿报告

美国国会颁布CFIUS改革法案，扩展审查权限，使审查流程现代化，以应对变化中的国家安全威胁

2018年8月8日

导语

美国国会上周通过了重大改革法案，并且特朗普总统将很快签署使之成为法律；该法案扩大了美国外国投资委员会（“CFIUS”或“委员会”）的审查范围、增加了适用CFIUS审查的诸多交易方的负担和成本，并且加强了CFIUS的权力，以应对变化中的国家安全威胁格局。即便如此，此次改革法案带来的不少变化也系将委员会的部分现行做法载入了相关立法中。

《外国投资风险审查现代化法案》（“FIRRMA法案”）使CFIUS能够扩大审查交易的范围，先前不受CFIUS审查的外国人士进行的特定不动产交易和特定非控股性“其他投资”亦包括在内。FIRRMA法案还对涉及外国国有实体或国家控股实体的特定交易方施加了一项新的强制性交割前申报要求，但也规定了某些重大除外情形。同时，为确保委员会具备必要的资源以满足其扩展后职能，FIRRMA法案在美国财政部内部创立了一个专项基金，授权在未来五年内每年拨款2000万美元，并且首次授权CFIUS开始收取申报费。

鉴于CFIUS审查范围的扩大以及审查框架的调整，包括强制申报和申报费的收取，FIRRMA法案标志着美国开启了对外国直接投资的国家安全审查的新时代。不过，FIRRMA法案最重要的内容仍取决于正式的监管条例制定流程——也就是说诸多重要细节仍需在未来六到十二个月内加以确定。

审查范围扩大

FIRRMA法案出台前，CFIUS的审查权限于可能导致美国企业受外国实体控制的一系列由兼并、收购或接管收购交易组成的“受规制交易”。这一原始授权未来仍将继续有效。但是，FIRRMA法案对“受规制交易”的定义作出了修订，以若干重要方式将委员会的审查权限进行了扩展。

A) 涉及关键基础设施、关键技术和美国公民敏感个人数据的“其他投资”

FIRRMA法案授权CFIUS审查外国人士对美国企业的任何“其他投资”——包括并不一定发生潜

鉴于CFIUS审查范围的扩大以及审查框架的调整，包括强制申报和申报费的收取，FIRRMA法案标志着美国开启了对外国直接投资的国家安全审查的新时代。

在“控制权”转移的“其他投资”——只要该等美国企业：

- 拥有、运营、制造、供应或服务于关键基础设施；
- 生产、设计、测试、制造、构造或开发一项或多项关键技术；或
- 持有或收集美国公民的敏感个人数据，而该等数据可能以威胁国家安全的方式被利用。

FIRRMA 法案增加了外国投资者证明其投资权益确属被动投资的难度，而事实上委员会近年来已经加强了其对被动投资的审查，因此，新标准无疑只是将委员会的现行做法载入相关立法中。

尽管限于从事上述业务活动的美国企业，但术语“其他投资”被广泛界定为涵盖使外国人士取得下述任一项的任何投资（即便股比低于10%或更低）：(1) 对重大非公开技术信息的接触权；(2) 董事会或等效管理机构成员或观察员委派权；或(3) “通过持股投票以外的其他方式参与”对以下事项的“重要决策”：(i) 该等美国企业持有或收集的美国公民敏感个人数据的使用、开发、取得、保管或发布；(ii) 关键技术的使用、开发、取得或发布；或(iii) 关键基础设施的管理、制造或供应。实际上，FIRRMA法案增加了外国投资者证明其投资权益确属被动投资的难度。委员会近年来已经加强了其对被动投资的审查，所以新标准某种意义上系将委员会的现行做法载入相关立法中。

FIRRMA法案的出台，在很大程度上受到立法机构对当前法律框架无法解决有关技术转让至海外（尤其是转让至中国等的国家）的问题的驱使。有了FIRRMA法案，立法机构及其他利益相关方（包括特朗普总统）预期，改革后的CFIUS流程将有助于阻止美国关键技术流出，同时确保委员会具备其所需的权限以化解外国对关键技术或基础设施公司投资所产生的任何国家安全威胁。

有了FIRRMA 法案，立法机构及其他利益相关方（包括特朗普总统）预期，改革后的CFIUS 流程将有助于阻止美国关键技术流出，同时确保委员会具备其所需的权限，化解外国人士对关键技术或基础设施公司投资所产生的任何国家安全威胁。

同样地，个人数据和隐私关切日益成为CFIUS关注的头等大事，近年来，由于存在外国政府实体可能接触并将此类信息滥用于非商业目的的顾虑，多宗重大并购交易未获批准。依据FIRRMA法案，CFIUS将对更多的外国投资进行审查，且涉及的企业范围广泛，包括但不限于金融服务、保险和保健行业内投资以及可能包括零售消费品行业内投资。

除非满足下文所述的强制申报要求，否则对上述追加授权范围内的拟议投资进行申报，仍属自愿行为。

除外情形：美国人士管理投资基金除外情形

诚然，FIRRMA法案为投资基金规定了重要除外情形。法案新增的特别条文澄清，有限合伙人通过美国国民管理和控制的基金进行的投资，排除在该等“其他投资”的管辖范围外。

B) 不动产

FIRRMA法案将CFIUS的审查权扩展至外国人士对美国境内不动产的收购和租赁交易，如果该等不动产毗邻美国军事设施或其他敏感美国政府设施，而不论交易是否像当前所规定的，涉及对美国企业的收购。单一住宅单元和美国人口普查局界定的“城市化地区”内的不动产被排除

在这一审查权扩展之外。同样地，FIRRMA法案要求委员会颁布相关条例，尤其对审查权触发情形加以界定。

FIRRMA法案出台之前，许多不动产交易已属“受规制交易”，原因是该等交易同时也涉及对包括酒店或办公楼在内的美国企业的收购、兼并购或接管收购。此外，实施毗邻性分析——将目标公司的实际位置与敏感美国政府设施已知位置进行比对——长期以来一直被视为CFIUS调查流程的不可分割部分。但是，FIRRMA法案的这一内容将触及之前未受规制交易，如某些“绿地”投资和租赁。

与现存“自愿”CFIUS审查框架显著不同，FIRRMA法案针对特定交易引入了一项全新的强制性“申报”（*declaration*）要求。

与“其他投资”相同，除非强制申报条文被触发，否则对满足物理毗邻性标准的不动产交易进行申报，将属自愿行为。

除外情形：特定国家考量

FIRRMA法案明确要求CFIUS颁布相关条例，旨在对术语“外国人士”作出界定，以便对上文所述的“其他投资”和“不动产”审查权扩展的范围加以限制。在准备新条例时，CFIUS必须考虑外国人士与外国国家或外国政府的关联程度，以及这种关联关系是否会影响美国国家安全。虽然目前尚不清楚CFIUS会如何制定这些条例，但可以预计，与美国交好的特定国家（包括与美国加强安全合作的国家）的投资人可能受到的审查力度会较低。

C) 重新界定“美国企业”

最后，FIRRMA法案一个不太受关注的条文将“美国企业”广泛界定为指“在美国从事州际贸易的人士”。这一措辞剔除了当前法规定义中的一个关键限定条件：“但仅以其美国境内州际贸易活动为限”。如果这一限定条件未在即将出台的条例中重新适用，则新的定义可能赋予委员会权限，对收购一个纯粹将产品或服务进口至美国的外国企业的交易进行审查。

负担加大

A) 强制申报

与现存“自愿”CFIUS审查框架显著不同，FIRRMA法案针对特定交易引入了一项全新的强制性“申报”（*declaration*）要求。具体而言，FIRRMA法案要求CFIUS制定条例，强制交易方至少在交割前45日向CFIUS申报以下会导致外国人士在美国企业中拥有“实质性权益”的交易：
(i) 该等美国企业涉及关键基础设施、关键技术或美国公民敏感个人数据；且 (ii) 外国政府持有交易外方的“实质性权益”。尤其是，FIRRMA法案要求委员会通过条例制定流程，对“实质性权益”作出定义，但同时明确相关定义不得涵盖百分之十以下表决权投资。最初作为议案提出时，FIRRMA规定，当外国政府持有外国投资人25%权益时，强制申报要求即被触发。委员会在条例制定流程中是确定这一槛值还是其他槛值，目前尚不得而知。

此外，作为对提交新的短式申报的替代方案，FIRRMA法案允许受新的强制申报义务约束的交易方提交完整的申报书（如更倾向于此）。对于逃避新的强制申报义务的交易方，FIRRMA法案允许委员会施加民事处罚。

与上文所述的新“其他投资”审查类型相同，FIRRMA法案包含对美国国民管理和控制的投资基金投资的除外情形。此外，FIRRMA法案还允许CFIUS制定相关条例，规定如果外国人士的投资并非受命于外国政府，且该外国人士历史上始终与CFIUS保持合作，则“豁免”强制申报要求。

B) 审查期限延长

FIRRMA法案将初审期延长了15天，使CFIUS有45天的时间完成其初审（目前至多为30天）。FIRRMA法案还授权委员会在“特殊情形”下将选择性第二阶段调查期（目前没有变化，仍为45天）延长15天，相关“特殊情形”将在条例中明确说明。总体而言，这意味着一项不提交总统便能完结的完整周期CFIUS审查，目前可能最长需历时105天才能完成——而FIRRMA法案出台前至多为75天。这是FIRRMA法案少数几条即时生效的条文之一——适用于法案制定日或之后“启动审查或调查”的任何受规制交易。

有助于申报人的是，FIRRMA法案还对CFIUS就申报草稿出具意见和受理正式申报的时间作出了新的时限要求。未来，如果交易方指明其交易属于CFIUS管辖范围内的“受规制交易”，则委员会应当在十个工作日内就申报草稿出具意见并受理正式申报书。如果CFIUS未在十个工作日内受理正式申报书（即，由于申报书不完整），FIRRMA法案要求CFIUS书面通知申报书提交方并对所有重大不合格之处作出说明。

C) 合伙协议和补充协议提交义务

依据FIRRMA法案，CFIUS将有权通过制定条例，要求交易方将任何合伙协议、整合协议或其他交易相关补充协议文本作为其正式申报书的一部分提交。

D) 申报费

FIRRMA法案出台前，CFIUS申报无需缴纳申报费。但是，FIRRMA法案现在允许CFIUS开始收取一笔费用，金额最高为30万美元或交易价值的百分之一（以较低者为准）（须就通货膨胀进行调整）。不过，在条例制定流程完成之前，无需缴纳该等费用。

其他值得注意的变动

A) 资源增加

为确保CFIUS具备必要的资源和人力落实FIRRMA法案改革，FIRRMA法案：

- 除上文所述的申请费征收权限之外，还建立了“美国外国投资委员会基金”，并且授权

为2019至2023财年每年拨款2000万美元（该款项可视需转给成员机构）；

- 创设了两个新的“财政部部长助理”职位，负责CFIUS相关事务，包括一名投资安全部长助理，其职责主要涉及CFIUS事务；
- 授予CFIUS成员机构“特别雇用权”，使成员机构能迅捷雇用额外人员；及
- 允许CFIUS使用独立实体（即第三方监测机构），就交易方对安全风险化解协议的遵守情况进行监测和报告。

B) 中止权

众所周知，今年早些时候，在FIRRMA法案出台之前，CFIUS使用了其“临时令”权力，中止博通对高通的收购。FIRRMA法案明确规定，未来，委员会能够“中止可能对美国国家安全造成风险的拟议或进行中的受规制交易，中止时限为受规制交易的审查或调查期限。”

尽管新法并未明确针对来自特别关切国家（例如中国）的投资人，但美国行政机构和国会与日俱增的对中国投资美国企业、尤其是关键技术和基础设施公司和掌握美国公民敏感个人数据的公司的关切，是本次立法的驱动力。

生效时间

尽管目前FIRRMA法案已出台，但多数FIRRMA法案关键的实质性变动要求CFIUS制定实施条例，这需要一定时间。

A) 即时适用

以下变动即时生效：

- 审查时限延长（即时生效，初审期增至45天，但CFIUS在将第二阶段45天的调查期再延长15天之前，需通过条例确定“特别情形”）；
- 合伙协议和补充协议提供义务（虽然CFIUS仍需落实相关条例，强制交易方理应提交该等协议，但CFIUS可开始逐案确定要求提供该等协议）；及
- 中止权（CFIUS目前有权中止处于审查或调查中的受规制交易）。

B) 延迟适用

然而，FIRRMA法案的多数变动将在以下两个日期中较早的日期生效：法案制定日起18个月，或CFIUS主席在《联邦公报》中发表公告认定“管理新条文必需的条例、组织结构、人员及其他资源已经到位”后30天。该等变动包括：

- 上文所述的“其他投资”和不动产审查权扩展，以及FIRRMA法案的“投资基金”和“国家特定性”除外情形；
- 强制申报；及

- 申报费，CFIUS必须通过条例确立这一费用。

结语

FIRRMA法案授予CFIUS更大的权力，以应对变动不居的国家安全威胁格局。关于委员会广泛的新的审查权，仍存有诸多疑问，包括强制申报的适用范围问题，这些疑问需要在条例制定流程中找到答案。尽管新法并未明确针对来自特别关切国家（例如中国）的投资人，但美国行政机构和国会与日俱增的对中国投资美国企业、尤其是关键技术和基础设施公司和掌握美国公民敏感个人数据的公司的关切，是本次立法的驱动力。FIRRMA法案的宏观经济影响尚需时间观察。尽管国会在其序言中强烈认同外国对美直接投资的益处，但新法对外国投资者设置了额外障碍，而这些障碍从长远来看可能是不明智的。任何计划在美国进行收购或投资的外国人士以及此等交易的美国目标公司应当在早期便咨询CFIUS事务律师，以制定最优策略，在FIRRMA法案出台后环境中通过CFIUS流程。

如欲进一步了解本所国家安全监管业务及如何通过关键流程，包括CFIUS、国防部防务安全局、国务院国防贸易管制委员会和财政部海外资产控制办公室（“OFAC”）事务，敬请联系以下律师：

华盛顿特区

Peter Thomas
+1-202-636-5535
pthomas@stblaw.com

Abram J. Ellis
OFAC事务
+1-202-636-5579
aellis@stblaw.com

David Shogren
+1-202-636-5562
dshogren@stblaw.com

Andrew E. Hasty
+1-202-636-5829
andrew.hasty@stblaw.com

Mark B. Skerry
+1-202-636-5523
mark.skerry@stblaw.com

Claire M. DiMario
+1-202-636-5536
claire.dimario@stblaw.com

纽约市

George S. Wang
OFAC事务
+1-212-455-2228
gwang@stblaw.com

Lani E. Lear
+1-202-636-5827
lani.lear@stblaw.com

Seth Atkisson
OFAC事务
+1-202-636-5555
seth.atkisson@stblaw.com

Daniel S. Levien
+1-212-455-7092
daniel.levien@stblaw.com

本刊物内容仅为信息通报之目的。本刊物及撰写律师均非就特定事实或事项提供法律或其他专业建议或意见，本刊物对任何人士的分发亦不构成律师-客户关系的建立。美国盛信律师事务所对本刊物的使用概不承担。如需就该等重大动向获取协助，敬请与您的对接合伙人联系。本所全体合伙人姓名及常驻办公室地点以及本所最近的备忘录可自本所网站www.simpsonthacher.com获取。

盛信全球
服务网络



美国

纽约
425 Lexington Avenue
New York, NY 10017
+1-212-455-2000

休斯顿
600 Travis Street, Suite 5400
Houston, TX 77002
+1-713-821-5650

洛杉矶
1999 Avenue of the Stars
Los Angeles, CA 90067
+1-310-407-7500

硅谷
2475 Hanover Street
Palo Alto, CA 94304
+1-650-251-5000

华盛顿特区
900 G Street, NW
Washington, D.C. 20001
+1-202-636-5500

欧洲

伦敦
CityPoint
One Ropemaker Street
London EC2Y 9HU
England
+44-(0)20-7275-6500

亚洲

北京
中国北京建国门外大街1号
国贸大厦3901室
邮编: 100004
+86-10-5965-2999

香港
香港中环花园道3号
中国工商银行大厦
+852-2514-7600

首尔
25th Floor, West Tower
Mirae Asset Center 1
26 Eulji-ro 5-Gil, Jung-Gu
Seoul 100-210
Korea
+82-2-6030-3800

东京
Ark Hills Sengokuyama Mori Tower
9-10, Roppongi 1-Chome
Minato-Ku, Tokyo 106-0032
Japan
+81-3-5562-6200

南美

圣保罗
Av. Presidente Juscelino Kubitschek,
1455
São Paulo, SP 04543-011
Brazil
+55-11-3546-1000