



August 2018

Follow @Paul_Hastings



“变革性的”CFIUS 法案？未必如此

作者：[Scott M. Flicker](#), [Robert Silvers](#), [Quinn Dang](#) 及 [Talya R. Hutchison](#)

《外国投资风险评估现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act，以下简称《FIRRMA 法案》）刚刚被签署成为法律，该法案对于由美国外国投资委员会（Committee on Foreign Investment in the United States，以下简称 CFIUS）监管的国家安全审查流程进行了一系列修订。对 CFIUS 流程进行彻底的改革当然是备受期待的，且很多人认为早就应当做此变革。¹但该立法是否真能以投资界期望的程度和方式真正改革 CFIUS 的职权和流程？从某些方面而言，是的。该法案对 CFIUS 流程的关键方面进行了补正，在特定的重要领域扩大了 CFIUS 的权力，并为适应增加的案件量而向该跨部门机构提供了额外的资源。但仔细阅读该冗长的修正案（共近 100 页）后，会发现该法案起到的实际效果与其长度并不匹配。国会在《FIRRMA 法案》中所做的大部分工作只是将 CFIUS 目前的做法编入法案，即扩大解释 CFIUS 的管辖权，延长其审查时限，并将其审查关注点扩展到传统的国家安全威胁的概念之外。有可能对 CFIUS 流程带来真正改变并增加其可预见性的条款并不会在几个月内就生效，而是要等到 CFIUS 有机会制定、发布并实施新的规则后。

不如预期

许多人认为 CFIUS 此次全面改革将大幅提高外国（尤其是中国）在美投资的标准。近年来，CFIUS 的角色备受关注，因为交易方及其顾问已经目睹该神秘的委员会阻碍或破坏了越来越多引人注目的交易（其中许多交易涉及中方），并将其目光投向敏感技术和存在大量个人数据的领域。

然而，最终的法案中并未反映最重要的提案。在一年多前首次准备进行改革立法时，法案包含了可使 CFIUS 的权力从对外国收购美国业务的审查扩大至包括对离岸合资企业和出境技术许可安排的审查的语句。这本将是 CFIUS 角色的一次重大转型，也引发了部分美国商界人士的警惕。但在最终的法案中，国会撤回了这一广泛扩张 CFIUS 权力的提案，将监管出境技术转让的任务交由美国商务部通过另行实施的出口管制制度完成。但如下文所述，《FIRRMA 法案》确实使 CFIUS 得以审查更多类型的在美外国交易。

超越过去（某种程度上）

一项关键的流程变化在于法案建立了一套简易程序，要求 CFIUS 在收到有关交易要点的简短“声明”后 30 天内回复，且可同时审批通过该交易。该简易程序可由所有交易方自愿申请。更重要的是，一些外国投资（包括外国政府持有“实质性利益”的投资）将首次要求进行 CFIUS 申报。这一机制可极大简化甚至消除 CFIUS 对某些交易的审查流程，同时使 CFIUS 能更着重审查受外国政府控制的交易，特别是涉及美国战略竞争对手的交易。

《FIRRMA 法案》主要通过扩展对“受监管交易”（covered transaction，触发 CFIUS 管辖权的原因）的定义以赋予 CFIUS 额外的审查权限。该法案保留了这一长期存在的定义，包括导致外国人士“控制”美国业务的任何兼并（merger）、收购（acquisition）或接管（takeover）。法案还增加了一些新的受监管交易类型，包括部分房地产交易和外国人士的某些少数股权投资。尽管国会赋予了 CFIUS 一些新的审查领域，但实际上 CFIUS 早已自行在其中大部分领域进行审查。多年来，CFIUS 一直在主张其对敏感地点房地产交易的管辖权，以及对附有如董事会席位和特殊股东权利等表明存在控制权情况的少数股权投资的管辖权。也许改革最重要的结果是，国会既规定了 CFIUS 审查此类交易的管辖权，也对管辖权进行了限定，包括加入了一些明确的限制。

房地产交易

《FIRRMA 法案》定义了将触发 CFIUS 审查的房地产交易类型，此举也可被视为定义了那些不会触发 CFIUS 审查的交易。法案将 CFIUS 的审查范围扩大到受监管的房地产租赁和特许经营，而不仅仅是购买，这是



对 CFIUS 审查权真正的扩大。（CFIUS 现行法规规定，某些特许协议不属于受 CFIUS 监管的交易。）具体而言，如果交易涉及的房地产（i）位于机场或海运港口，或作为机场或海运港口；或（ii）“极为临近”美国军方或具有国家安全敏感性的政府设施，或以其他方式构成间谍或其他国家安全风险，则国会授权 CFIUS 对外国人士购买、租赁或特许经营该美国境内房地产进行审查。

但是，国会还以三种方式限制了 CFIUS 对房地产交易的管辖权。首先，根据之前的草案，《国防生产法》可被解释为涵盖了任何外国投资者对于构成“美国业务”的房地产的收购。这导致了许多本质上不构成威胁的商业房地产交易进行了申报。新法案规定 CFIUS “不得扩大”法规中已确定的受审查的“房地产类别”。其次，国会指示 CFIUS 在制定解释这些条款的规则时只能将“极为临近”定义为“可能导致国家安全风险的距离”。从文义上来看，CFIUS 有权审查可观察军事设施运营的房地产的交易，但不一定可审查涉及收购美国政府设施附近（但没有近到会增加进行间谍活动的机会）的商业建筑的交易。最后，审查房地产交易的权力仅适用于待 CFIUS 定义的涉及特定“类型的外国人士”的交易。这些条款中的每一条都有可能限制 CFIUS 有权审查的交易范围。²

少数股权投资

《FIRRMA 法案》扩大了“受监管交易”的定义，将一些外国投资者对美国业务的如下少数股权投资包含在内：（i）运营关键基础设施；（ii）涉及关键技术；或（iii）维护或收集美国公民的个人信息。如果外国人士存在下述情况，则此类少数股权投资将被视为“受监管交易”：（i）可接触“重大非公开技术信息”；（ii）成为董事会成员或观察员；或（iii）获得投票权，或参与涉及美国公民的个人信息、关键技术发布或关键基础设施的决策。多年来，CFIUS 已将这些类型的交易视为“受监管”的交易。因此，CFIUS 在这方面的权力扩张也可被视为将当前实践编入法案。

新变化包括，国会：

- 明确从“重大非公开技术信息”的定义中排除了有关美国投资目标公司的业绩的特定财务信息。从某种程度而言，这使得 CFIUS 审查少数股权投资的权限范围更为清晰，也因此对该范围形成了一些潜在限制。
- 声明外国人士通过某些“投资基金”进行的间接投资不一定是受监管的，如果：（i）管理该基金的普通合伙人并非外国人士，且（ii）外国人士无法（a）控制该基金，或在有能力批准、否决或控制基金投资决策或与基金所投资实体有关的决策的任何基金顾问委员会或委员会中任职，且（b）可接触有关基金投资和目标公司的“重大非公开技术信息”。

我们认为，私募股权基金发起人和其他财务（而非战略性）投资者将从这些对 CFIUS 审查权限的澄清性规定中受益。

对“外国人士”的限制

根据《FIRRMA 法案》，在审查房地产和少数股权投资交易时，并非对所有外国投资者都一视同仁。法案规定 CFIUS “应制定规则”以定义“外国人士”，以便将审查范围扩展至该等交易，并“明确标准，以将适用管辖权的情况限定于”外国人士“特定类别的投资”。“这些标准应考虑外国人士与外国国家或外国政府的关联性，以及该等关联性是否会影响到美国的国家安全。”这一命令可能会导致一类外国投资者对美国公司的房地产投资或少数股权投资可能不需要进行 CFIUS 申报。事实上，《FIRRMA 法案》规定，如果“外国人士证明其投资并非根据外国政府指示进行，且该外国人士有与 CFIUS 合作的历史”，那么 CFIUS “可就该外国人士豁免”其提交强制性声明的“要求”。

好消息

《FIRRMA 法案》确实包括了一些提高效率的举措。一旦实施条例和程序到位，如前所述的声明程序将对许多审查予以简化。对于某些投资者（特别是来自于传统与美国结盟的国家的投资者），简易流程可以使得交易较早（30 天内）获得批准，而无需准备更长的申报文件或交易进行全面审查。此外，我们认为以下条款也将提高流程的整体质量：

- 变更初始审查法定期限（从 30 天延长至 45 天）和后续调查法定期限（允许 CFIUS 根据案件具体情况，必要时在当前 45 天期限的基础上再延长 15 天）；



- 要求 CFIUS 在十个工作日内回复并提供有关初始申报的意见；
- 通过向交易方收费等方式增加 CFIUS 的经费；
- 要求 CFIUS 成员机构指定专职人员履行某些职能；及
- 如果某一机构对在内部决策过程中达成的共识予以反对，增加其必须做出的说明。

结论

毫无疑问，随着即将出台的 CFIUS 规则，CFIUS 制度将在十年内首次展露不同的面貌；然而，并非所有修订都是变革性的。一些修订反映了 CFIUS 多年来采取的做法，另一些变化会使得审查流程更为清晰。但是，许多影响力较大的条款仍需时间才能彰显成效，而在此期间，在美国投资的外国投资者应预期 CFIUS 的审查在未来的数月中“一切照旧”。



If you have any questions concerning these developing issues, please do not hesitate to contact any of the following Paul Hastings lawyers:

New York

Randall V. Johnston
1.212.318.6664

randalljohnston@paulhastings.com

Robert Silvers
1.202.551.1216

robertsilvers@paulhastings.com

Quinn Dang
1.202.551.1891

quinndang@paulhastings.com

Washington D.C.

Scott M. Flicker
1.202.551.1726

scottflicker@paulhastings.com

Charles A. Patrizia
1.202.551.1710

charlespatrizia@paulhastings.com

Talya Hutchison
1.202.551.1930

talyahutchison@paulhastings.com

¹ 《FIRRMA 法案》标志着美国国会十年来首次改变 CFIUS 的权力范围和监管能力。CFIUS 最初根据上世纪 70 年代中期的一项行政命令而设立，目前的权限源自 1950 年《国防生产法》第 721 章，经 2007 年《外国投资和国家安全法》修订，现由《FIRRMA 法案》进一步修订。该法规授权总统通过 CFIUS 以国家安全为根据对外国人士对“美国业务”的特定投资进行审查。

² 同样也排除对单一住房单元或位于美国人口普查局定义的“城市化区域”的房地产的购买（除非是那些在 CFIUS 与国防部长协商后发布的法规中所划分出来的城市化区域）。

Paul Hastings LLP

Stay Current is published solely for the interests of friends and clients of Paul Hastings LLP and should in no way be relied upon or construed as legal advice. The views expressed in this publication reflect those of the authors and not necessarily the views of Paul Hastings. For specific information on recent developments or particular factual situations, the opinion of legal counsel should be sought. These materials may be considered ATTORNEY ADVERTISING in some jurisdictions. Paul Hastings is a limited liability partnership. Copyright © 2018 Paul Hastings LLP.