

2018年8月13日

美国总统特朗普签署 CFIUS 改革法案

美国总统特朗普今天签署了2019财政年度《约翰·麦凯恩国防授权法案》(“2019财年《国防授权法案》”)(众议院第5515号法案)。2018年《外国投资风险评估现代化法案》(“《外国投资风险评估现代化法案》”)是2019财年《国防授权法案》的组成部分之一,旨在改革目前对引起国家安全问题的外国投资的多部门联合审查流程。该法案于5月在众议院通过的版本和于6月在参议院通过的版本存在一定的分歧。经参众两院长时间商议,2019财年《国防授权法案》的最终版本于7月26日经众议院通过,并于8月1日经参议院通过。

《外国投资风险评估现代化法案》将对美国外资投资委员会(CFIUS)负责的外国投资审查流程带来根本性改变,包括CFIUS这个由多部门组成的委员会进行自1988年重组以来最大规模的一次扩权等。本备忘录将具体阐述上述根本性变革以及其对CFIUS审查流程的实际意义。但是,对于这些变革究竟会产生何种影响,在实施条例颁布之前仍然是未知数。

本备忘录的最后一节将简要说明2019财年《国防授权法案》中涉及以下问题的其他内容:美国出口管制制度改革,针对特定中国公司的采购限制,以及国会对中国的担忧是如何影响其作出改革CFIUS和出口管制制度之决定的。

I. 2018年《外国投资风险评估现代化法案》

A. 扩大CFIUS权力

在《外国投资风险评估现代化法案》颁布之前,CFIUS的权限以及美国总统阻止或解除交易的相关权力,仅限于可能导致外资直接或间接控制任何美国企业的收购、投资、以及合资项目。取决于相关实施条例的最终规定,《外国投资风险评估现代化法案》扩大了受CFIUS管辖的交易的范围(“受管辖交易”),具体包括:

- 外国人对符合以下情况的任何非关联美国企业进行的非控制权投资:
 - 从事以下业务的美国企业:(i)拥有、经营、制造或供应关键基础设施,或者为关键基础设施提供服务,(ii)生产、设计、测试、制造、组装或开发一种或多种关键技术,或者(iii)保存或收集美国公

民的敏感个人信息，并可被用来威胁国家安全(从事这三类业务的企业称为“美国敏感企业”); 以及

- 任何使外国人: (i)获取关键技术或关键基础设施的任何重要非公开技术信息, (ii)获得美国企业董事会或同等权力机构的成员资格或观察员权利, 或者(iii)参与美国企业在关键技术、关键基础设施或美国公民敏感个人信息方面的决策(纯粹行使股份表决权的情况除外)的投资;
- 外国人购买或承租位于以下地点的不动产: (i)空港或海港, 或(ii)毗邻美国军事基地或者从国家安全角度属于敏感的其他美国政府设施; 以及
- 企图逃避 CFIUS 管辖的任何交易或安排。

B. 强制性 CFIUS 申报

《外国投资风险评估现代化法案》首次引入了强制性 CFIUS 申报。具体而言, 《外国投资风险评估现代化法案》新引入了一种称为“声明书”(通常长度不超过 5 页)的简化申请方式, 旨在使受管辖交易的各方更快、成本更低地取得 CFIUS 对交易的回复。如果任一交易方选择向 CFIUS 提交声明书, 《外国投资风险评估现代化法案》规定 CFIUS 必须在 30 天内作出回复, 且 CFIUS 可在 30 天期限结束时以批准拟议交易作为回复。

《外国投资风险评估现代化法案》同时规定, 如果交易导致由外国政府直接或间接拥有重大权益的外国人取得美国敏感企业的重大权益, 则向 CFIUS 提交声明书是强制性的。《外国投资风险评估现代化法案》授权 CFIUS 通过制定具体法规来定义“重大权益”, 但《外国投资风险评估现代化法案》规定以下任何一种情况都不应视为“重大权益”:

- 低于 10%的表决权(至少对于构成美国敏感企业的“重大权益”而言);
- 对美国敏感企业的投资, 但不会使外国人:
 - 获取关键技术或关键基础设施的任何重要非公开技术信息;
 - 获得美国企业董事会或同等权力机构的成员资格或观察员权利;

- 参与美国企业在关键技术、关键基础设施或美国公民敏感个人信息方面的决策(纯粹行使股份表决权的情况除外); 或
- 如果外国政府拥有权益的外国人是符合以下标准的投资基金:
 - 基金由普通合伙人、管理层成员或等同人士专门管理, 且普通合伙人、管理层成员或等同人士不是外国人; 以及
 - 如果外国政府在该基金的顾问机构或委员会中设有代表, 则(i)顾问机构或委员会须无法控制基金的投资决策或该基金投资的实体的运营决策, 以及(ii)外国政府须不能控制基金的上述决策或有关普通合伙人、管理层成员或等同人士的挑选、解聘或补偿的决策。

由于未能遵守强制性申报要求将受到民事处罚, 这将增加 CFIUS 审查的风险和不确定性, 特别是考虑到 CFIUS 不可能通过颁布实施条例来消除所有法律条文中的歧义。《外国投资风险评估现代化法案》特别澄清的一项事宜是交易方依然可以选择以传统的方式向 CFIUS 申报 - 即向 CFIUS 提交正式通知, 而不是提交声明书的方式。事实上, 基于下列原因, 我们预计交易方不会大量使用声明书:

- 如果存在任何可辨认的国家安全问题, CFIUS 不可能仅仅根据 5 页的声明书就批准交易, 而是可能要求相关方提交正式通知。因此, 如果受管辖交易存在任何可辨认的国家安全问题, 交易方直接草拟正式通知可能会比准备和提交声明书(以及等待 CFIUS 作出回应)更有效率。
- 符合强制性申报标准的交易没有被发现存在国家安全问题的情况不会太多见, 因此, 我们预计强制性申报交易一般会以提交正式通知而非声明书的方式来处理。

C. CFIUS 审核的时间表

《外国投资风险评估现代化法案》对 CFIUS 审核的时间表作以下方面的修订:

- 如果交易各方认定交易需经 CFIUS 批准, 《外国投资风险评估现代化法案》首次就 CFIUS 针对交易方提交通知草稿和正式通知后的回复时间进行了限制:

- CFIUS 必须在通知草稿提交后 10 个工作日内提出意见；和
- 如果正式通知符合所有法定要求，CFIUS 必须在正式通知提交后 10 个工作日内接受正式通知(并开始计算法定时限)。
- 在 CFIUS 接受交易方提交的正式通知后，CFIUS 的初审期限从 30 天延长至 45 天。
- 如果 CFIUS 在初审阶段结束时没有批准交易，则财政部长和该档案牵头机构的负责人可在初审阶段之后共同酌情将 CFIUS 的审查项目正式调查阶段的 45 天时限再延长 15 天。

为 CFIUS 提供更长的审查时间的关键理由是为了减少重复审查项目的数量（重复审查项目指为了重新启动法定时限，交易方不得不撤回和重新提交正式通知的项目）。延长 CFIUS 的法定审查时间在多大程度上能在实践中减少过去几年中越来越多被使用的“撤回和重新提交”的方式，仍有待进一步观察。

D. CFIUS 的临时性权力

有关 CFIUS 的临时性权力，《外国投资风险评估现代化法案》授权 CFIUS：

- 在 CFIUS 进行审查或调查的时候，可以暂停拟议或待决的受管辖交易；和
- 针对未通知 CFIUS 但已经完成交割的受管辖交易，CFIUS 有权向外国买方或投资人及美国企业施加其认为减轻美国国家安全风险所需的任何条件，直至 CFIUS 和美国总统(如适用)就交易采取了相关行动。

E. CFIUS 资源

《外国投资风险评估现代化法案》首次授权 CFIUS 就交易方提交正式通知收取申请费，但须经国会在每年的财政拨款法中就该申请费作出批准。收取的申请费将存入新成立的 CFIUS 基金(“CFIUS 基金”)，且将仅用于支持 CFIUS 的活动。《外国投资风险评估现代化法案》允许 CFIUS 酌情决定申请费的金额，但规定费用不得超过以下两者中的较低者：

- 交易价值的 1%；或者

- 30 万美元(该金额将每年根据通货膨胀进行调整)。

《外国投资风险评估现代化法案》还规定在 2019 年至 2023 年期间每个财政年度向 CFIUS 基金拨款 2000 万美元；新设置负责投资安全的财政部次长职位，重点负责 CFIUS 的工作；并要求每个 CFIUS 组成机构每年向国会提交一份详细的关于其履行 CFIUS 义务的支出计划。虽然未来与 CFIUS 相关的人力和资金水平都预计会有较大的增幅，但由于《外国投资风险评估现代化法案》同时为 CFIUS 员工带来更多的工作量，这将使 CFIUS 员工在将来面临重大挑战。

F. 延迟生效

鉴于《外国投资风险评估现代化法案》带来的巨大变动以及 CFIUS 预计将会大幅增加的工作量，《外国投资风险评估现代化法案》的部分条款不会立即生效。延迟生效的条款包括符合以下情况的条款：(i)扩大了受 CFIUS 管辖的交易的范围，(ii)对特定交易引入了声明书和强制性申报的规定，以及(iii)对 CFIUS 就通知草案提出意见以及受理正式通知设置了时间限制。这些条款将在以下两者中较早的日期生效：

- 《外国投资风险评估现代化法案》颁布满 18 个月之日(即从 2018 年 8 月 13 日起算满 18 个月之日)；以及
- 美国财政部长确认帮助实施这些延迟生效条款所必要的规章条例、组织机构、人员及其他必要资源均已到位的确认性文件在联邦公报 (Federal Register) 上发布之日起算满 30 天之日。

II. 2019 财年《国防授权法案》其他方面的内容

2019 财年《国防授权法案》还包括《2018 年出口管制改革法案》(“《出口管制改革法案》”)，该法案对美国当前的出口管制体系进行了改革。改革美国出口管制体系对于美国国会来说可谓既耗时又费力，作为最终成果的《出口管制改革法案》自 2001 年《出口管理法》失效后以来第一次为美国出口管制体系提供了法律依据。此前，美国的出口管制措施一直依赖于美国总统基于国家紧急状态的权力。另外，国会内部此前就是否扩大 CFIUS 的管辖权使之同时负责技术出口一事有意见分歧。如今的《外国投资风险评估现代化法案》和《出口管制改革法案》是上述分歧的结果。国会最终决定不在《外国投资风险评估现代化法案》中扩大上述管辖权，而继续由现行多部门合作的出口管控制程序统一处

理出口管制问题(已通过《出口管制改革法案》予以更新)。但国会将加强 CFIUS 和负责出口管制的多部门合作机构之间的协同效应，特别是关于确定那些需考虑实施出口管制限制的新兴技术和重大技术。

在审议并通过《外国投资风险评估现代化法案》和《出口管制改革法案》过程中，关于中国的担忧始终是一个重点考虑事项，尤其是有关中国公司获取美国技术和专业知识的担忧。尽管如此，在外国投资限制或出口管制方面均没有任何专门针对中国的特殊待遇。另外，参议院单独通过的 2019 财年《国防授权法案》中试图重新实施美国商务部禁止中兴接触所有美国商品和技术之命令的相关条款在参众两院商议中未被采纳，也未出现在最终版本之中。然而，2019 财年《国防授权法案》也对美国政府机构用于公共安全或国家安全之目的，从中兴或华为获取的通信设备或服务，从海能达（Hytera Communications Corporation）、海康威视（Hangzhou Hikvision Digital Technology Company）或大华（Dahua Technology Company）获取的视频监控或通信设备或服务，以及美国政府向相关公司提供贷款或拨款以支持相关公司获取上述设备或服务施加了若干限制。

我们将密切关注《外国投资风险评估现代化法案》实施方面的事态进展，并在适当情况下为您进一步更新。

本备忘录并非意图提供任何法律意见，不应基于本备忘录内容作出任何法律或商业决定。如对本备忘录内容有任何问题，敬请垂询下列律师：

H. Christopher Boehning	陈剑音 (Jeanette K. Chan)	Adam M. Givertz
Tel: +1-212-373-3061	Tel: +852-2846-0388	Tel: +1-212-373-3224
cboehning@paulweiss.com	jchan@paulweiss.com	agivertz@paulweiss.com

Roberto J. Gonzalez	朗杰 (John E. (Jack) Lange)	Tarun M. Stewart
Tel: +1-202-223-7316	Tel: +852-2846-0333	Tel: +1-212-373-3567
rgonzalez@paulweiss.com	jlange@paulweiss.com	tstewart@paulweiss.com

Richard S. Elliott
Tel: +1-202-223-7324
relliott@paulweiss.com