COVINGTON

CFIUS 改革法案已提交国会

2017 年 11 月 16 日

CFIUS 美国外国投资委员会

(科文顿团队之前发表了有关于 FIRRMA 拟议法案的更为详细的英文文章，请点击此处阅览英文版。)

11 月 8 日一早，参议院共和党二号人物参议员 John Cornyn（德克萨斯州共和党员）提出了一项改革美国外国投资委员会（“CFIUS”）之权限和运作的议案。共同提出该议案的参议员还包括 Dianne Feinstein（加利福尼亚州民主党员）和参议院情报特别委员会主席 Richard Burr（北卡罗来纳州共和党员）等。众议员 Robert Pittenger（北卡罗来纳州共和党员）在美国众议院提出了一项实质上相同的议案。拟议法案的正式名称为《外国投资风险评估现代化法案》（“FIRRMA”），其将成为自 2007 年《外国投资与国家安全法》（“FINSA”）（其已管辖 CFIUS 达十年之久）通过以来对 CFIUS 程序制度最重大的改革努力。

正如本所在今年早些时候发布的报告中所提及的，参议员 Cornyn 等某些立法者认为美国外国投资委员会需要获得更多的权限来应对美国国家安全所面临的不断演变的威胁环境，尤其是来自中国的威胁，正是这种看法推动了对 CFIUS 的改革努力。与前述看法一致的是，上述议案表达了国会的观点，即“近年来国家安全环境发生了变化，对国家安全造成最大潜在威胁的投资的性质也发生了变化，因此证明了有必要对 CFIUS 的程序和权限进行现代化改革”。

此次以 FIRRMA 为代表的改革努力可能会对 CFIUS 产生广泛影响。在某些方面，就 CFIUS 近来在实践中逐渐形成的一些做法而言（包括在一般层面应对瞬息万变的外商在美投资环境），该等改革将使这些现行做法成为法律。但是，在其他方面，前述议案代表着 CFIUS 目前的运作方式将发生重大变化。该议案包括以下关键方面：

- **扩大 CFIUS 的审查权限范围（可能豁免某些国家的投资者）**：前述议案将扩大 CFIUS 的审查权限范围使其覆盖以下交易：1.包含下列内容的交易：对关键科技公司进行任何非被动投资、“非通过普通客户关系”提供知识产权以及通过任何类型的安排（包括合营企业）向外国人士提供相关支持等，无论该等交易是否导致对美国企业拥有任何控制权；以及 2.邻近敏感军事设施和国家安全设施的任何房地产交易。但是，对于满足特定条件之国家的投资者，例如与美国形成条约联盟，与美国达成共同投资安全安排，以及拥有与 CFIUS 类似的程序，前述议案也将授权 CFIUS 为其提供针对这些扩权的豁免。同时，“投资”和“美国企业”将具有新的含义，取决于该等新含义的具体内容，其可能传递进一步扩大 CFIUS 审查权限范围的信号。
- **关于“被动”投资的说明**：依照现行法律，如果收购一家美国企业的少数股权完全“出于被动投资的目的”，则其并不属于 CFIUS 的审查范围。实践中，CFIUS 对某些情形作了严格解释，即，如果与其他权益（例如董事会观察员权利、其他战略合作（例如境外合营）或者延长授信）相结合，则极低比例的少数所有者权益也可能构成受管辖交易。现在，前述议案将使此严格标准成为法律，从而进一步明确扩大 CFIUS 审查少数股权投资的权限。

- **新“简易备案”制度的建立**：前述议案将创建一种被称为“申报”的新型备案制度。各方均可获得不超过五页纸的申报书，其旨在使 CFIUS 弄清是否需要进行全面的正式备案或是否确认无需采取进一步行动，因此向各方提供一个合法的安全港。CFIUS 将“尽力”在 30 天内就申报作出答复。
- **对于某些交易，要求强制“简易备案”或“申报”**：对于大多数交易而言，向 CFIUS 进行备案仍为自愿选择。但是，对于某些类型的交易，包括“一个外国政府直接或间接拥有至少 25%投票权的某外国人士收购一家美国企业至少 25%投票权”的任何交易，将需要强制提交简易备案或“申报”。
- **安全港的侵蚀**：向 CFIUS 备案给交易方提供了“安全港”——一旦 CFIUS 批准一项交易，总统与 CFIUS 均不会在此后就交易采取行动，除非对缓解协议有实质性违反或对 CFIUS 有实质性不实陈述或疏漏。FIRRMA 尤其会就 CFIUS 何时可单方面启动对之前所批准交易的后续审核（包括因非故意违反缓解协议而引起的后续审核）降低门槛。
- **较长的 CFIUS 审核时间**：CFIUS 目前实行 30 天的首次审核，并可选择另外 45 天的调查。FIRRMA 可能会(i)延长审核时间至 45 天；(ii)保留可选的第二阶段 45 天调查；和(iii)授权 CFIUS 将调查期限延长 30 天。因此，单次完整的 CFIUS 审核流程可能会长达 120 天，而现行法律下只需 75 天。另外，如果 CFIUS 未在最初的 75 天内完成审核，则 30 天的延长还可能在一定程度上缩短目前须撤回并重新申报的交易所需的全部时间。目前，上述交易一般须经历第二个 75 天的完整流程，总计所需时间达到 150 天，而 30 天的延长理论上能够允许部分此类交易无需重新申报即可完成。
- **可能减少缓解协议的使用；为缓解国家安全风险要求较高标准**：在委员会认定某项交易呈现的任何风险可通过缓解协议得以解决之前，FIRRMA 可能会为 CFIUS 实施较高的标准。这一要求反映了某些委员会成员对于缓解协议作为解决国家安全顾虑的一项工具的使用固有的怀疑态度，且符合近几个月 CFIUS 主要在非中国交易中且极少使用缓解协议的做法。
- **提高 CFIUS 权限以暂停交易并将交易交总统处理**：根据现行法律，CFIUS 有权审核和调查任何未完成的交易，并在某项交易未经向 CFIUS 备案即完成的情况下采取临时缓解措施以解决国家安全顾虑。该议案将确认这些权限，但也会给予 CFIUS 新的授权以便其能在审核和调查期间暂停一项交易，以及缩短调查时间并将该事项直接转交总统处理（即正式禁止或剥离令）。在某项交易提交委员会处理期间，CFIUS 还会扩大权限，实施临时缓解措施。
- **司法审查的进一步限制**：总统作出的暂停可禁止一项交易的决定已经不受司法审查的限制。FIRRMA 可能会将该豁免延伸至 CFIUS 决定本身，但主动备案的当事方可能会仅在美国哥伦比亚特区巡回上诉法院设法维护某些宪法权利。
- **备案费**：向 CFIUS 备案目前不收费。FIRRMA 可能会允许 CFIUS 收取不超过交易价值百分之一或 300,000 美元（以金额较少者为准）的费用。

如同预期的那样，该议案未包括“净利益”或“互惠性”测试；Cornyn 参议员之前曾拒绝其他一些参议员关于扩大 CFIUS 以解决经济问题的提议。此外，FIRRMA 可能不会向 CFIUS 添加新成员，总体上扩大 CFIUS 以涵盖绿地投资，禁止任何特定行业的投资，或对不同国家的投资者适用不同的审核标准。

虽然当前通过任何立法都会面临极具挑战性的环境，我们认为，较之过去十年里任何其他改革 CFIUS 的尝试，该议案有更大的可能性会成为正式法律。无疑，在投资界和交易当事方中间会对该议案中规定的 CFIUS 权限前所未有的扩大产生担心。另外，鉴于 FIRRMA 是两党和两

院努力的结果，加之国会几位主要成员以及美国国防和情报机构高级官员所持的必须加强 CFIUS 以应对变化的外国投资风险环境的观点，其获得颁布的可能性更大。特别是，该议案似乎得到了特朗普政府主要部门和机构的广泛赞同；因此我们预计其最终会获得行政部门的正式支持。在这种情况下，和不时出现的某些昙花一现的改革动议不同，我们认为 FIRRMA 值得商业界的密切关注。

我们对未来的预期

我们预期，该议案的推出会在国会乃至范围更广泛的投资界和 CFIUS 监管环境中引起很大的关注。我们还预期，参议院银行委员会和众议院金融服务委员会（两个对 CFIUS 有管辖权的国会委员会）可能会在今年年底就 CFIUS 改革举行进一步的听证。随着 FIRRMA 进入立法程序，我们预期会有多项修订提交，包括可能改变 CFIUS 当前只关注国家安全问题的修订。

当然，通过任何重要的法律都可能面临很多挑战。在两党最合作的时代，立法尚且不易推动。而目前华盛顿的状况是，毫无不夸张的说，还没有达成两党合作。另外，完全与投资或 CFIUS 无关的其他问题正在占据且会在今年余下时间继续占据国会的注意力。但也有理由相信，该议案（或其某个版本）最终会成为法律。Cornyn 参议员是参议院最有影响力的成员之一，而且两党似乎对于应当加强 CFIUS（主要是为了解决关于中国投资的越来越多的顾虑）这一点已经开始达成共识。Cornyn 参议员也一直在与特朗普政府的主要官员讨论该议案，包括财政部长 Steven Mnuchin。在最近几个月里，美国情报部门的所有领导人，以及国防部长 Mattis、商务部长 Ross 以及财政部长 Mnuchin 均已表示支持 CFIUS 改革。这些来自政府官员的意见表明 Cornyn 参议员改革 CFIUS 的努力背后有股潜在的推动力。基于上述原因，我们认为 FIRRMA 值得密切关注，而且我们将继续随时告知客户有关进展。

*　　*　　*

我们希望您觉得此篇上述分析对您有所帮助有用。如您希望就上文任何内容作进一步详细讨论，请随时联系我们 CFIUS 业务组的下列成员：

Mark Plotkin	+1 202 662 5656	mplotkin@cov.com
David Fagan	+1 202 662 5291	dfagan@cov.com
Stuart Eizenstat	+1 202 662 5519	seizenstat@cov.com
Alan Larson	+1 202 662 5756	alarson@cov.com
Peter Lichtenbaum	+1 202 662 5557	plichtenbaum@cov.com
John Veroneau	+1 202 662 5034	jveroneau@cov.com
Roger Zakheim	+1 202 662 5959	rzakheim@cov.com
Damara Chambers	+1 202 662 5279	dchambers@cov.com
Heather Finstuen	+1 202 662 5823	hfinstuen@cov.com
Meena Sharma	+1 202 662 5724	msharma@cov.com
Jonathan Wakely	+1 202 662 5387	jwakely@cov.com
Peter Komorowski	+1 202 662 5780	pkomorowski@cov.com
Ingrid Price	+1 202 662 5539	iprice@cov.com

本文信息无意作为法律意见。阅读者在就本文中提及的事项采取行动前应寻求具体的法律意见。

科文顿•柏灵律师事务所作为一家国际律师事务所，为客户提供公司、诉讼及监管专业知识，以帮助其达成商业目标。本通讯旨在向我们的客户及其他有兴趣的同事提供相关的动态。如果您将来不希望收到电邮或电子资讯，请发送电邮至 unsubscribe@cov.com 。