

美国国家安全审查制度 2017 年发展趋势及其对中国企业赴美投资的影响

美国外国投资委员会（Committee on Foreign Investment in the United States, 以下简称“CFIUS”）是一个由美国财政部担任委员会主席的跨部门组织, 如有任何并购或者收购交易可能导致美国产业受外国人士（包括公司和政府）控制, 该组织有权审查相关交易对美国国家安全的影响, 针对有可能对国家安全造成不利影响的交易, CFIUS 有权要求交易双方采取缓解措施或建议总统裁决否决该交易。2017 年 CFIUS 国家安全审查较往年发生了不少变化。在实际操作中, CFIUS 呈现出审查标准更高、审查尺度更严的趋势, 而 2017 年下半年提出的针对 CFIUS 的立法提案也体现了未来美国国家安全审查力度进一步提升以及 CFIUS 审查权力进一步扩张的立法趋势。

本文首先总结美国国家安全审查制度在 2017 年度的审查趋势, 其次将简要分析 2017 年因 CFIUS 审查受挫的典型中国投资案例, 最后将着重介绍 2017 年与 CFIUS 相关的立法进展, 并在文章结尾提出针对性建议。

一、2017 年美国国家安全审查趋势

（一）未通过审查的案件数量上升

美国财政部统计, 往年因 CFIUS 审查并由于美国国家安全原因导致交易未能完成的数量均不超过

10 起, 2015 年为 3 起, 2016 年为 6 起（其中 1 项交易被总统予以否决, 5 项被交易方主动放弃）。而据相关数据估计, 2017 年因涉及美国国家安全原因导致交易未能完成的数量约为 20 起, 较以往有显著增长。未能通过审查的中国投资交易数量也相应有所上升。

（二）撤回并重新申报案件增多

根据 2015 年 CFIUS 年度报告数据显示, 当年有 13 项申报由于涉及到美国国家安全被交易双方主动撤回, 其中有 9 项进行了再申报。2016 年撤回申报有 27 起, 进行再申报的案件 15 起。据相关数据估计, 2017 年主动撤回并再申报的交易数量较前两年继续增加。

同时, 交易方进行撤回并再申报的动因也与往年有所不同。2017 年以前, 由于审查程序最长 75 日的法定期限限制, 而一些案件在到达 75 日期限时 CFIUS 仍在与交易方谈判缓解协议。为了规避审查期限的限制, 给缓解协议谈判争取时间, CFIUS 通常会允许交易方通过撤回申报并重新向 CFIUS 提交申报的方式重算审查程序期限, 而且此类案件通常最后会得到有条件批准。2017 年与以往的情况不同在于, 撤回并重新申报案件不仅在数量上有所增长, 原因也不相同。2017 年 CFIUS 允许申请撤回并重新申报多是因为在审查接近 75 日期限时仍然没有进

入协商缓解协议的阶段，交易方担心审限到期后 CFIUS 不经缓解协议谈判直接不予批准交易，或者建议美国总统阻止交易，因而主动向 CFIUS 提出撤回并重新申报的请求。不仅如此，2017 年多数此类提出撤回并重新申报的案件最终没有获得 CFIUS 的批准。

(三) 总体案件数量上升，未通过审查的案件仍占极少数

值得注意的是，虽然 2017 年 CFIUS 否决的交易较往年有显著增长，该年外国赴美投资的总体申报案件数量也在大幅上升。2017 年 CFIUS 审查了约 250 件申报，比 2016 年增长了 40% 左右。大多数交易申报，包括来自中国投资的交易仍然被批准进行或者附条件进行。因 CFIUS 审查而未能完成的交易仍然占极少数，但这个统计并没有包含实质上因顾虑潜在的 CFIUS 审查风险而主动放弃的交易。

(四) CFIUS 审查程序有所变化

2017 年 CFIUS 审查周期普遍延长，主要表现为经历多轮审查的案件数量增多，以及单轮审查时间加长。审查周期的延长很大程度上可归咎于 CFIUS 的审查资源跟不上快速增长的审查工作量。仅 2016 年 CFIUS 审查工作量就增长了约 40%，其中要求采取缓解措施的案件和不予批准的案件数量也增长了 30%—40%，而这两类交易需要消耗 CFIUS 大量的精力与时间。

CFIUS 的审查资源短缺的直接后果除了审查周期延长以外，还导致需要 CFIUS 后续监管投入较大的缓解协议和附条件通过的交易在 2017 年度有了明显减少。特别是针对中国投资审查，出现了较多未经过缓解协议协商而直接不予批准的审查案例。鉴于上述原因，中国投资人在未来交易的过程中应将其可能对交易产生的影响纳入考虑因素中。

二、2017 年 CFIUS 审查案例分析

2017 年有多起中国赴美投资项目未通过 CFIUS 审查。这些项目涉及了金融服务，高新科技等不同投资领域。本文就 2017 年度的典型案例进行概述与分析，供中国投资者了解 CFIUS 审查的总体趋势，并予以重点关注和借鉴。

(一) 蚂蚁金服 (Ant Financial) 收购速汇金 (MoneyGram International Inc.) 案

蚂蚁金服是阿里巴巴集团下的金融服务公司，其主要负责运营阿里巴巴支付系统。速汇金是总部位于达拉斯的一家专注于跨境支付的美国公司。蚂蚁金服于 4 月在与美国公司 Euronet 竞标中胜出，与速汇金达成每股 18 美元，总计 12 亿美元的现金收购协议。

交易双方于 2017 年 7 月向 CFIUS 提出申报，并于 9 月进行再申报，在经过数轮 CFIUS 审查后，2018 年 1 月 2 日蚂蚁金服与速汇金发布共同声明，宣布尽管双方努力配合 CFIUS 国家安全审查，其收购仍然无法获得 CFIUS 的审查批准。速汇金首席执行官表示此次交易失败与自提出交易计划一年以来中美政治关系的变化有很大关系。根据协议，蚂蚁金服已经为此次交易失败向速汇金支付了三千万美元的分手费。

CFIUS 不予批准此次收购的原因很可能与该收购将导致蚂蚁金服取得美国消费者财务数据信息有关。两名美国国会议员表示，如果批准中国公司蚂蚁金服收购拥有大量美国公民金融信息的速汇金公司，美国军人及其家人的个人信息将可能被外国势力所利用，从而威胁到美国的国家安全。

值得注意的是，蚂蚁金服和其收购竞标的竞争者美国公司 Euronet 此前在美国都曾进行了大量游说活动。早在宣布此次收购计划以前，阿里巴巴董

事局主席马云曾亲自到美国与当时即将就任美国总统的唐纳德·特朗普会见，强调了阿里巴巴愿意帮助美国创造大量就业机会。另一方面，Euronet 也在积极游说美国立法机构，警告美国政府蚂蚁金服的此次收购行为将对美国国家安全产生威胁。

蚂蚁金服收购速汇金交易失败表明了 CFIUS 对数据和信息安全问题的关注与重视。以往，通常外国投资者在金融服务行业的投资交易并不是 CFIUS 的主要审查重点，但是由于外国投资美国金融服务往往涉及大量美国公民和企业的信息向外国投资者披露的问题，近期以来，CFIUS 逐渐对该类交易中的信息安全问题予以重视，金融服务行业领域的外国投资很可能在未来继续受到 CFIUS 重点监管。

(二) Canyon Bridge (Canyon Bridge Capital Partners) 收购莱迪思半导体公司 (Lattice Semiconductor Corporation) 案

2017 年 9 月美国新任总统唐纳德·特朗普根据 CFIUS 的提请和建议否决了一家中国支持的私募股权公司收购美国芯片制造商莱迪思半导体公司的交易。莱迪思半导体公司是一家美国半导体公司，主要为消费者、通讯以及工业行业提供可编程的物流设备。Canyon Bridge 是一家总部在硅谷的在北京运营的私募股权公司。尽管该公司是一家美国实体，但 CFIUS 认为该公司具有中国政府背景。

经过 75 日的审查和调查期间之后，CFIUS 认为该收购行为对美国国家安全构成威胁，并且不适用任何缓解协议。交易方曾经主动提议缓解协议条件，但均未被 CFIUS 接受。因此，CFIUS 在审查和调查结束后启动了提请美国总统决定的程序。目前为止，由总统根据 CFIUS 提请直接否决交易的情况仅发生过 4 次，其中 2 次发生在 2016 年以后。

这起交易是特朗普总统上台后基于美国国家安

全原因否决的第一起交易，不仅是特朗普政府将加大 CFIUS 审查力度的信号，也表明了 CFIUS 对国防科技，尤其是半导体等领域的投资将继续采取谨慎立场并予以严格监管。由于半导体技术对美国军事实力至关重要，已经有一系列的涉及核心技术、国防设施供应链等领域的中国投资因为 CFIUS 审查受阻。另一方面，中国对半导体行业已经投入超过一千五百亿美元的投资，对美国在半导体技术的领先地位已造成了实质竞争威胁。可以预见，出于对军事技术的保护、对中国政府在国防科技类交易中扮演的角色的顾虑、以及半导体供应链完整的重要性等多方因素，中国投资者在与军事技术密切相关的高新技术领域的投资交易将会继续作为 CFIUS 的审查重点领域之一。

本起交易对投资者的另一个启示在于 CFIUS 对收购方的最终所有权的外国背景的关注。在该交易中，虽然中国投资人设计了特定的交易结构，设立了美国公司作为收购主体，试图降低潜在的 CFIUS 审查风险。但实践表明，CFIUS 在审查过程中不仅将对收购主体进行审查，更会严格关注并审查投资方的最终拥有者的外国背景。即使实际收购方为美国公司，如果 CFIUS 通过审查认为实际收购方的最终持有人为外国企业或具有外国政府背景，仍然有可能认定交易将影响美国国家安全而不予通过。

三、2017 年关于 CFIUS 的立法改革

2017 年 CFIUS 除了在审查实践上具有显著变化以外，从立法层面上也有新的改革举措。2017 年国会提交了两项有关 CFIUS 的立法提案，还针对 CFIUS 审查活动召开了国会听证，这些都预示着美国未来针对外国投资将从立法层面加大国家安全审查力度的趋势。

(一) 《2017 年外国投资风险审查现代化法案》

2017年11月在美国国会提交的《2017年外国投资风险审查现代化法案》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, 以下简称“FIRRMA”)是一部旨在对CFIUS的权力和审查程序进行修改的法律提案。该法案一方面试图用立法的方式肯定CFIUS一些审查实践,另一方面又对其审查范围和规则进行了实质性修改,主要修改部分可归纳为以下几点:

(1) 管辖权

FIRRMA提议将CFIUS的管辖权从仅针对能使得外国人控制美国企业的交易扩大到包含任何对美国关键技术或基础设施企业的非被动型投资,并将审查豁免的被动型投资范围进一步限缩。目前在实践上CFIUS已经将“控制”的定义进行扩张解释,而FIRRMA不仅将弱化“控制”这一概念在审查标准中的地位,并且在肯定目前对被动型投资的严格解释的基础上,还规定将涉及“取得任何美国企业非公开技术信息”或者“取得任何未被所有企业投资人掌握的技术信息”的交易均归为非被动型投资。

(2) 申报程序

与现有体系下自愿申报制度不同,FIRRMA新增了强制声明规则。根据此规则,特定外国投资,包括涉及取得25%以上投票权的并购交易等都必须向CFIUS提交声明,以便CFIUS尽可能地在收到此声明30日内确定交易方是否需要提交进一步详细申报。此外FIRRMA还授权CFIUS收取不超过交易价值1%或者30万美元的审查费用。

(3) 审查时间

FIRRMA延长了审查时间限制,将初审审限从原来的30日修改为45日,保留了特定情况下的45日调查期,并授予CFIUS延长30日审限的权力。因此,在FIRRMA体系下,交易审查期限将从现规

则下的75日延长到最多120日。

(4) 中止交易权

FIRRMA新增了CFIUS在审查、调查期间以及提请美国总统决定期间中止交易的权力。

(5) 重启审查交易权

目前安全港制度规定CFIUS仅在交易方故意且实质性违反缓解协议或者交易批准条件的情况下才有权重启审查程序。FIRRMA删除了故意这一主观要件,只要发现有实质性违反行为,CFIUS都将有权重启审查程序。

(6) 司法审查豁免

FIRRMA在保留美国总统就CFIUS作出的决定具有司法审查豁免权的基础上,进一步确定CFIUS本身作出的决定和裁决享有司法审查豁免。当然,交易方可就CFIUS决定和裁决的合宪性向法院申诉,但是根据FIRRMA,仅主动申报或者提交声明的交易方才有权在CFIUS作出所有针对有关决定以后向哥伦比亚特区联邦上诉法院申诉,而且该法院仅有权根据行政文件书面审查程序确认相应决定、裁决或者发回重审。

FIRRMA是近十年来美国外国投资审查体系的最重要的立法活动。值得注意的是,在当前美国两党在诸多政治问题上出现严重分歧的政治环境下,FIRRMA作为两党共同支持并提出的法案最终生效的可能性较大。如果FIRRMA对目前审查制度的主要修改部分最终生效,将对外国企业赴美国投资产生重大及深远的影响。

(二) 《2017年美国外国投资审查法案》

2017年4月美国共和党 and 民主党参议员共同提交了旨在审查外资并购对美国影响的《2017年美国外国投资审查法案》(United States Foreign

Investment Review Act of 2017，以下简称“USFIRA”）。该法案提议授权美国商务部在CFIUS对有关交易进行国家安全审查的同时，评估该交易对美国经济的潜在影响。根据该法案，美国商务部依照经济影响评估将有权核准、禁止或者要求修改CFIUS审查的交易。该法案提议，评估标准包括有关交易对美国长期战略性经济利益的影响、涉及的外国企业所在国的贸易历史、外国企业的控制权与所有权、对美国国内产业的影响等。

虽然USFIRA具有明显的贸易保护主义特征，强调了经济安全在国家安全审查中的地位，与FIRMA类似，该法案都在美国共和党和民主党政治博弈的大环境下得到了两党的共同支持。如果该法案得以生效，被CFIUS进行国家安全审查的外国企业赴美投资将不得不同时受美国商务部更加严格的经济影响评估，可能进一步增加赴美投资在合规方面需要考虑的因素。

（三）美国国会关于CFIUS改革的听证会

2017年9月参议院银行委员会以及12月众议院金融服务委员会就评估CFIUS审查活动都展开了听证会。由于当前美国CFIUS改革方向的主流意见以及建议在该听证会中都有所突出，因此该听证会对预测未来美国外国投资审查的改革方向具有指导性意义，集中表现为以下几个方面：

（1）面临来自中国产业链升级、核心技术行业的竞争压力以及对外技术转让对美国军事实力的潜在负面影响，中国将是CFIUS审查的主要投资来源国。

（2）涉及高新技术产业、技术创新企业、个人数据信息共享的投资，类型上包括技术授权与转让，风险资本、私募股权，共同开发协议等交易模式将

会是重点审查对象。

（3）在企业类型上，外国国有企业、外国国家产业政策支持的企业等将会是CFIUS审查的重要参考因素。

四、对中国企业赴美投资在国家安全审查方面的建议

考虑到近期美国国家安全审查的趋势，中国赴美投资的交易方应当尽早考虑国家安全审查风险，节省交易成本。在CFIUS审查目前趋于严格的大环境下，任何交易方都不应当忽视CFIUS国家安全审查的合规风险。在交易决策时或者交易进行中忽视了向CFIUS申报的要求，以及可能导致交易被CFIUS否决的因素，都会额外增加相关交易的法律风险。如果交易方不确定相关交易是否需要申报，建议交易方尽早主动咨询专业团队进行专业评估，视交易的需要调整优化交易结构，并在申报前在专业律师的协助下与CFIUS进行非正式磋商，以尽可能降低因投资形式导致的CFIUS审查风险。若确实有进行CFIUS申报的需要，交易方应积极与专业团队配合，主动进行申报并积极应对CFIUS的审查，主动提出缓解措施方案。

除此以外，中国投资人还应当关注竞争对手在CFIUS审查方面的游说活动，全面评估国家安全审查风险，并做好各方舆论及公关工作。

最后，鉴于美国国家安全审查机制在近期可能发生变化，中国投资人应密切关注相关法律改革与政策动态，尤其是关注重点行业领域以及审查标准的变化。充分了解新的立法环境下对自身交易的潜在影响，始终是为投资决策和计划保驾护航的有效手段。

杜 江 合 伙 人 电 话：00-1-212-7038703 邮 箱 地 址：duj@junhe.com
刘义婧 律 师 电 话：00-1-646-2059966 邮 箱 地 址：liuyijing@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

