

瑞生国际律师事务所新兴公司业务组

2020年3月3日 | 第2601号

CFIUS的最终规定将如何影响科技公司及投资者

最终规定明确了对外资的要求，包括需要接受CFIUS审查和申报的交易。

2020年2月13日，美国财政部公布的两项最终规定开始生效，当中涉及美国外国投资委员会（CFIUS）若干外资审查程序的变化。最终规定包括有关[外国人在美国进行某些投资的规定](#)，以及有关[外国人在美国进行某些涉及房地产的交易的交易的规定](#)。此客户通讯旨在说明最终规定可能为科技公司及其投资者带来的影响。

（关于CFIUS最终规定的全面讨论，请参阅瑞生之前的[客户通讯](#)；关于美国及部分国家的外国直接投资审查概况，请参阅瑞生根据最终规定更新的[Foreign Direct Investment Regimes App](#)）

需要接受CFIUS审查及申报的交易

最终规定将CFIUS的管辖权扩大至外资对涉及(1)关键技术；(2)关键基础设施；或(3)个人敏感资料的美国企业（“TID美国企业”）并且享有某些权利（如得到董事会席位或观察者身份、获得重大非公开的技术信息或参与重大实质性决策）的非控制性及非被动性投资。CFIUS对TID美国企业的管辖权有几个细微的地方与科技公司息息相关。

管辖权的限制

最终规定说明，并非所有涉及关键技术的美国企业都属于TID美国企业。例如，如果一家美国企业使用来自第三方的关键技术组件生产产品，但该美国企业的角色仅限于验证第三方所提供的组件的外在规格，则该美国企业并不是TID美国企业。

最终规定还为一些之前受制于CFIUS试点计划申报要求（只因它们的项目受制于[《出口管理条例》](#)某些加密控制但有资格利用许可例外（License Exception ENC））的美国关键技术企业提供了急需的宽免。

新兴科技

最终规定所定义的“关键技术”仍然包括“新兴及基础技术”。构成新兴技术及基础技术的技术正由一个跨部门程序确定，预计贸易管制清单上将出现新出口管制分类号（ECCN）的拟议规则。一旦这些新兴及基础技术在新的ECCN中被确定，它们将成为CFIUS关键技术的一部分。

2018年11月19日，美国商务部工业安全局（“工业安全局”）发布了一份[规则制定建议的预先通知](#)，就识别对美国国家安全至关重要的新兴技术的标准征求公众意见。当时，工业安全局确定了14类正在考虑的技术，包括人工智能、生物技术、机器人技术、定位、导航及定时技术、微处理器技术、添加剂制造、先进的计算技术、高超音速以及先进的监控技术。

确定新兴技术和相应的新ECCN的新规则出台的时间尚不清楚，但它的公布将标志着CFIUS以及美国出口管制的另一个重大进展。

何时需要向CFIUS提交申请

外国投资者将被要求就涉及“关键技术”的某些投资，以及外国政府在当中拥有“重大权益”的投资者对TID美国企业的某些投资向CFIUS提交申请。

试点计划

在CFIUS试点计划中，外资对某些美国企业的非被动投资已经落入CFIUS的审查范围，这些美国企业包括从事与27个具体行业相关或专门为其中一个或多个行业设计的“关键技术”的生产、设计、测试、制造或开发业务的美国企业。试点计划经修改后（包括移除了考虑是否属于关键技术时合格申请License Exception ENC的基本加密项目）现在已经成为CFIUS最终规定的永久组成部分。

外国政府

除某些例外情况外，如果外国政府在外资投资者中拥有重大权益，则外国投资者收购TID美国企业“重大权益”的交易，将需要向CFIUS申报。如果外国政府在外资投资者中拥有49%或更多的直接或间接投票权，则外国政府在外资投资者中拥有重大权益。如果外国投资者将因其投资在TID美国企业中拥有25%或更高的直接或间接投票权益，则该外国投资者在TID美国企业中拥有重大权益。值得注意的是，最终规定明确规定，在计算重大权益比重时，外国政府所持有的有限合伙利益通常不计算在内。

惩处

如果交易方未能向CFIUS提交法定申报文件，CFIUS可以对外国投资者、所涉美国企业或两者同时处以民事罚款，金额最高为25万美元或交易价值（以金额较大者为准）。

格式

如同试点计划，根据最终规定，交易方通常可以选择向CFIUS提交简短声明或完整的通知书。

声明及通知书各有利弊。声明的准备时间比完整通知书短，CFIUS在30日内就可以完成对声明的审查，通知书则需要两至四个月甚至更长时间。然而，提交通知书必然能够得到CFIUS的最终决定，声明所得出的结果则并不确定—CFIUS可以在30天的声明审批期结束后要求交易方提交完整的通知书，或可以在不通过交易的情况下结束审批流程，这表示，交易方如果希望免除审查在交易完成后才开始的风险，必须提交完整的CFIUS通知书。

CFIUS对无需申报交易的审查权

CFIUS还有权审查以下三种无需申报的交易：

- **控制性交易：**CFIUS保留对任何可能导致外国人控制美国企业的交易的审查权。CFIUS的最终规定对“控制权”进行了宽泛定义，以涵盖某些少数股权投资。重要的是，最终规定保留了CFIUS对使外国人“仅以被动投资为目的”而在美国企业中持有10%或更少的投票权的交易给予的豁免。美国企业即从事美国州际贸易的企业。
- **某些对TID美国企业的非控制性投资：**如今最终规定已经生效，若外国人对TID美国企业的非被动性投资将令其获得最终规定所列出的下述触发CFIUS管辖权的权利，则即便外国人不会因该项投资而获得对该美国企业的控制权，CFIUS亦有权审查该等投资：
 - 可获取美国企业关于其关键技术或关键基础设施投资的重要非公开技术信息
 - 获取美国企业董事会或同等管理机构的席位或观察员身份、或提名某人担任前述职位的权利
 - 通过股份表决以外的方式，参与美国企业的关键技术、关键基础设施的被覆盖投资的运营或供应、或使用美国公民的敏感个人数据的实质性决策
- **某些房产投资：**最终规定生效后，针对美国境内位于或邻近（或作为其一部分）机场及海运港口、或“靠近”美国军事设施或其他因涉及国家安全理由的敏感设施的不动产，CFIUS有权审查外国人购买或租赁该等不动产、或获得其特许权的交易。”

如投资项目属于CFIUS的审查范围但无需CFIUS申报时，交易方应仔细考虑是否自愿提交申报以获得CFIUS的批准。如交易未曾获得批准，CFIUS保留在签约甚至交割后强制要求交易方提交申请的权利——CFIUS可能对交易施加条件（称为“补救措施”）甚至建议美国总统阻止或取消交易。在大多数情况下，一旦CFIUS批准交易，交易方就能排除接受进一步审查的风险。是否自愿向CFIUS提交申请取决于多项因素，包括外国投资者及美国企业相关的国家安全风险、交易时机，以及交易方对在签署或完成交易后接受CFIUS审查的可能性的接受程度。值得注意的是，CFIUS正投入大量资源以识别所谓的“未申报”交易，CFIUS行使审查权力及强制要求交易方提交申请的权力并没有时间限制。

不要求申报也不受CFIUS管辖的交易

尽管新规显著扩大了CFIUS的权力范围，但以下交易类型不要求申报，也不受CFIUS的管辖。

只涉及非外国投资者的交易

除非有投资者由外国人最终控制，否则CFIUS无权审查仅涉及非外国投资者的交易。与现行的CFIUS条例一样，在以下情况下，一般而言，符合以下条件的实体即属外国人：

- 其乃根据美国以外国家的法律组织。
- 其主要营业地点在美国境外，或其股票主要在一个或多个外汇交易所交易——除非其大多数股权最终由美国公民持有。

涉及某些投资基金的交易

根据《2018年外国投资风险评估现代化法案》（FIRRMA），涉及投资基金的某些交易不属于CFIUS对TID美国企业非控制投资的扩大管辖范围（但该等交易未免除在房地产投资的扩大管辖范围外）。此外，涉及投资基金的合资格交易不需要申报。

涉及与澳大利亚、加拿大及英国关系密切的投资者的交易

FIRRMA要求CFIUS豁免一些国家的投资者，使其不受CFIUS对TID美国企业的非控制性投资及房地产投资的扩大性管辖。正如在2019年9月的拟议法规中提到，最终规定确立了一个“例外”外国名单：澳大利亚、加拿大及英国。最终规定中指出，这个名单将来可能会扩大。

要成为例外投资者，一方必须满足与一个或多个与例外的外国及/或美国有密切联系的若干要求。例如，外国投资者的董事会中至少75%的成员以及持有该投资者10%或以上投票权的所有个人必须来自一个例外的外国或美国。即使外国投资者满足这些要求，但如果该等外国投资者被发现曾违反了某些美国法律、法规及命令，也将丧失获豁免的资格。例如，如果外国投资者被告知违反了CFIUS的补救措施协议，或如被美国外国资产控制办公室查明违反了制裁规定，又或如果它已被美国国务院列入禁止名单或被列入商务部的实体名单或未经核实的名单，该等外国投资者均将丧失获豁免的资格。

受制于其他政府监管的投资者所参与的交易

一些已在美国政府监管之下的外国投资交易无需再向 CFIUS 进行申报。例如，涉及关键技术的投资，如果某实体根据美国国家工业安全计划（National Industrial Security Program）的规定已订立了安全控制协议、特别安全协议、表决委托协议或者代理协议并受其制约，从而抵消外资所有权、控制权或影响力，则对于通过任何该等实体进行的特定投资，最终规定予以豁免。但是，外国政府在其中拥有重大权益的交易，并不会因为涉及的主体根据前述协议经营这一事实而豁免于 CFIUS 的管辖权或交易申报规定。因此，在特定情形下，可能仍需进行 CFIUS 申报。

最终规定将对投资基金构成怎样的影响

对投资基金的一项重大影响是“主要营业地”的新定义。就基金而言，最终规定将主要营业地定义为：

“由普通合伙人、管理成员或同等人员或由他人代表上述人员主要指导、控制或协调基金活动及投资”的地点。该定义就投资基金而言，厘清了某项交易是否受 CFIUS 管辖，并且力求确保某项基金的主要营业地在联邦、州及外国政府申报中保持一致。

最终规定同时从 CFIUS 管辖权中明确排除了通过以下基金对 TID（即，涉及关键技术、关键基础设施及个人数据的）美国业务的特定非控制权间接投资：

- 基金由并非外国人士的普通合伙人或者同等人士的排他管理。
- 如存在顾问理事会或委员会，该外国人士不具备通过该顾问理事会或委员会来控制基金投资决策的能力。
- 该外国人士没有另行控制该投资基金的能力。
- 该外国人士并无任何上述触发权利（例如，理事会或观察员权利）。

要点

最终规定现已生效，科技公司及其潜在投资者应密切关注：公司业务的性质或外国投资者在拟议交易中的角色（以及所涉及的任何投资基金的结构）是否将触发 CFIUS 的审查以及潜在的 CFIUS 申报义务。尽管最终规定对加密空间的特定科技企业或仅仅将第三方关键技术融合到其产品中的公司提供了一些宽免，在外国投资者参与的交易中存在利害关系的许多科技企业都将无法跳出 CFIUS 管辖的范畴。

如果您对本客户通讯有任何疑问，请联系下列作者之一或您通常咨询的瑞生律师：

Les P. Carnegie

les.carnegie@lw.com
+1.202.637.1096
华盛顿特区

John H. Chory

john.chory@lw.com
+1.617.948.6032
波士顿沃尔瑟姆/波士顿

Benjamin A. Potter

benjamin.potter@lw.com
+1.650.328.4600
硅谷

Rachel K. Alpert

rachel.alpert@lw.com
+1.202.637.1008
华盛顿特区

Erica S. Koenig

知识管理顾问
erica.koenig@lw.com
+1.212.906.1690
纽约

中国地区联系人

张清彦 (David M. Blumental)

david.blumental@lw.com
+852.2912.2686
香港

孙秋宁 (Frank Sun)

frank.sun@lw.com
+852.2912.2212
香港

徐辉 (Hui Xu)

hui.xu@lw.com
+86.10.5965.7006
北京/上海