

CFIUS发展趋势和最新动态

2018年1月23日

引言

2018年势将成为美国外国投资委员会 (“CFIUS”) 转折之年。新年伊始两周内，美国国会两次单独举行的听证会上，CFIUS成为审议对象（或重要讨论议题）。同时，另一笔重要中企交易——蚂蚁金服收购速汇金的交易——被CFIUS否决，登上新闻头条。随着更多听证会举行在即，我们预测CFIUS改革立法将在2018年中期选举之前以某种形式予以颁布。

我们预计将在2018年聚焦CFIUS立法，进一步关注CFIUS风险评估及中企赴美投资架构搭建。

蚂蚁金服-速汇金交易

2017年1月26日，中国电子商务巨头阿里巴巴的关联公司蚂蚁金服达成了以8.8亿美元收购速汇金的交易，之后收购价格变更为12亿美元。¹阿里巴巴和蚂蚁金服各自在此前的其他交易中均获得了CFIUS的批准，其中包括蚂蚁金服2016年收购生物识别安全技术公司EyeVerify。²此外，从国家安全的角度来看，速汇金并不被视为异常敏感目标。

尽管如此，双方于2018年1月2日宣布，交易已被CFIUS否决。³正如媒体所言，速汇金掌握的美国公民敏感个人信息可被中国政府所用，可能是CFIUS主要关注的问题。⁴尽管蚂蚁金服作出承诺，存储相关个人信息的服务器将继续保留在美国境内，因而美国的国家安全利益将得到保护，但这显然不足以消除CFIUS的疑虑。⁵速汇金首席执行官Alex Holmes表示，“在尽最大努力与美国政府合作后……CFIUS仍将不会批准本次交易”显然已成定局。⁶

¹ 速汇金提交的8-K当期报告，详见SEC网站（2017年1月26日）；速汇金新闻稿《速汇金与蚂蚁金服签署经修订的合并协议》（2017年4月16日），详见速汇金网站：<http://ir.moneygram.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=1021415>。

² 见速汇金提交的14A表格，详见SEC网站（2017年5月8日）（《蚂蚁金服去年收购堪萨斯城EyeVerify公司成功通过CFIUS审查》）。

³ 速汇金提交的8-K当期报告，详见SEC网站（2018年1月2日）。

⁴ 见Bret McLannahan，《美国对中企投资的疑虑导致蚂蚁金服-速汇金交易破裂》，详见《金融时报》网站（2018年1月2日）：<https://www.ft.com/content/b893d7e0-f012-11e7-b220-857e26d1aca4>；Russell Flannery，《中企收购速汇金交易被终结，凸显美国对私人数据的疑虑》，详见福布斯网站（2018年1月6日）：<https://www.forbes.com/sites/russellflannery/2018/01/06/end-of-chinas-moneygram-deal-highlights-u-s-worries-about-private-data/#4d3de4101ccd>。

⁵ Selina Wang 和 Matthew Monks，《中企蚂蚁金服力促美国政府批准速汇金交易》，详见彭博资讯网站（2017年9月15日）：<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-15/china-s-ant-is-said-to-be-renewing-u-s-review-of-moneygram-sale>。

⁶ Greg Roumeliotis，《美国基于国家安全顾虑出手阻止速汇金出售给中企蚂蚁金服》，详见路透社网站（2018年1月2日）：<https://www.reuters.com/article/us-moneygram-intl-m-a-ant-financial/u-s-blocks-moneygram-sale-to-chinas-ant-financial-on-national-security-concerns-idUSKBN1ER1R7>。

双方撤回审查的行为，体现了CFIUS保护公民个人信息的最新发展趋势。不过，在正常情况下，此问题本可以通过双方与美国政府之间的消解措施协议来解决。

《2017年外国投资风险审查现代化法案》（“FIRRMA”）⁷

概况和背景介绍

2017年11月，参议员John Cornyn (R-TX) 和Dianne Feinstein (D-CA) 以及众议员Robert Pittenger (R-NC) 在参众两院分别提出FIRRMA法案。该法案已经得到参众两院以及特朗普政府中两党人士的共同大力支持。

如果依照照稿内容通过，FIRRMA将大幅修改CFIUS的授权法规，即《1950年国防生产法》第721条（“**第721条**”）。其中部分的修改内容只是将自2007年上次修订第721条以来的、CFIUS发展出的实践做法编撰成法。其余的变化则将CFIUS的审批权限大幅扩大，并使工作量大增。值得关注的变化包括：扩大CFIUS的管辖权范围，包括此前的豁免交易也将纳入审查范围；扩大CFIUS对未决交易采取禁令措施的权限；明确CFIUS进行风险评估时需要考虑的其他国家安全因素；要求特定类型的申报人向CFIUS强制“申报”（预计取代之前一直沿用的通知制）；修改审查流程的时限；增设申报费；进一步限制对CFIUS措施的司法审查。

适用交易

如果FIRRMA正式颁布，CFIUS管辖权内“适用交易”的范畴将大幅扩大，从而包括（但不限于）：

- 外国人购买或租赁美国境内毗邻美国军事设施或国家安全相关政府设施的私人或公共房产，即使该房产不构成“美国业务”；
- 外国人对美国关键技术公司或美国关键基础设施公司的非被动投资，即使该投资不会导致现行CFIUS法规项下的“控制权”；
- 外国人对其投资的美国业务享有权利所发生的任何变化，可能导致：
 - 外资控制美国业务；或者
 - 外国人对美国关键技术公司或美国关键基础设施公司的非被动投资；
- 美国关键技术公司通过任何安排（如合资）为外国人提供知识产权和相关支持。

值得关注的是，扩大适用交易的范畴，尤其是纳入以美国技术向境外合资企业出资的安排，将会使CFIUS的监管超出外国直接投资事项，而与美国出口监管机构的管辖权发生重叠。

⁷ 《2017年外国投资风险审查现代化法案》，美国第115届国会参议院第2098号法案（2017）；《2017年外国投资风险审查现代化法案》，美国第115届国会众议院第4311号法案（2017）。

需要考虑的因素

FIRRMA中将涵盖CFIUS在审查适用交易时可能考虑的大量新因素，其中包括（但不限于）：

- 交易是否涉及“特别关注”国⁸，该国已经表明或宣布以收购美国目标公司所拥有的一种关键技术为战略目标；
- 适用交易对影响美国国家安全领域的美国技术和产业领导力的潜在影响，包括交易是否可能降低美国相对于任何特别关注国的技术和工业优势；
- 外国投资者是否具有以下过往历史：
 - 遵守美国的法律和法规，包括出口、知识产权保护和移民相关法律和法规；以及
 - 遵守与美国政府之间的合同或其它协议；
- 交易可能在多大程度上暴露美国公民的个人身份信息或其它敏感数据，而使得外国政府或外国人以可能威胁国家安全的方式利用这些信息。

除了对“特别关注”国明确指定和适用更严格审查标准属于新理念之外，其它因素已经是现时CFIUS对交易审查的实践做法。

临时措施

FIRRMA将扩大CFIUS对拟议、待决或已放弃交易可以适用的手段：

- FIRRMA将授权CFIUS在其确定处于审查或调查阶段的适用交易“可能对美国国家安全构成风险”时，暂停拟议或未决的适用交易。⁹
- 在交易方自愿放弃交易的情况下，FIRRMA将明确授权CFIUS与适用交易（已被放弃）的任何一方谈判、订立或附加、或强制执行任何协议或条件，以使“放弃行为得以完成”以及消解适用交易对美国国家安全造成的任何风险。

⁸FIRRMA允许CFIUS确定“特别关注”国名单，其中应包括“对美国国家安全利益构成重大威胁的国家”。法案中并未确定具体国家，且明确规定对CFIUS维持“特别关注”国名单不作要求，但主要提案人毫不隐讳地表示，他们的主要担忧是来自中国的投资。见参议员JOHN CORNYN的新闻稿（2017年11月8日）（“通过利用现有CFIUS审查流程中的漏洞，中国等潜在对手收购或以其他方式投资于美国公司，有效降低了我国的军事技术优势”），<https://www.cornyn.senate.gov/content/news/cornyn-feinstein-burr-introduce-bill-strengthen-cfius-review-process-safeguard-national>。

⁹尽管CFIUS长期以来拥有广泛权利行使总统的“暂停”交易权力，但其实实施“临时保护”的现有法定权力仅限于交易已被撤回以待重新提交的情况。

强制申报

FIRRMA将对特定适用交易的当事方建立另一种形式的审查，即“申报”。但是，申报的目的不是为了加快无争议交易的审批速度，而是为了确保某些特定类型的交易须提交给CFIUS进行评估。在FIRRMA规定下，任何涉及到外国政府直接或间接拥有25%或以上投票权益的外国人收购美国业务25%或以上投票权益的交易，均须强制申报。前述申报制度还可以基于以下因素在法规中予以规定：美国交易方所处的技术、行业或经济领域；所涉及交易完成后对国家安全造成危害的补救难度；以及通过其他手段获取适用交易相关信息的难度。建立强制申报这一类别，将表明CFIUS的基本架构发生重大变化。

众议院小组委员会关于CFIUS的听证会

2018年1月9日，众议院金融服务委员会下属货币政策与贸易小组委员会就CFIUS在全球经济中面临的挑战举行了听证会。¹⁰听证会是在FIRRMA法案和2016-2017年中企赴美技术投资激增的背景下举行的，重点是维护国家安全，同时保护投资创新的自由，这使得美国经济富有活力并成为国防的保障。¹¹听证陈述人重点阐述了个人数据和知识产权保护以及其他挑战，并在小组委员会主席Barr的支持下，重点说明了避免将侧重个别交易监管的CFIUS变为一个出口管制机构。对于CFIUS是否应该被授权管辖美国公司向非美国合资企业许可技术，听证小组也表达了担忧，这些交易不是外国向美国的投资，但被诸多国家安全界人士以及FIRRMA提案人视为监管漏洞。除其他问题外，听证陈述人也强调CFIUS需要配备更多资源。进一步听证会正在计划举行中，相关立法预计将在2018年中期选举之前提交给总统。¹²

¹⁰ 美国第115届国会货币政策与贸易小组委员会关于CFIUS的听证会《CFIUS评估：不断变化的全球经济中所面临的挑战》，<https://financialservices.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=402841>。听证陈述人如下：Dennis C. Blair上将，美国知识产权窃取问题委员会联席主席、前美国国家安全委员会国家情报总监；Rod Hunter先生，贝克麦坚时律师事务所合伙人，前总统特别助理和美国国家安全委员会高级总监；Theodore W. Kassinger先生，美迈斯律师事务所合伙人，前美国商务部副部长；Scott Kennedy博士，战略与国际问题研究中心中国商务与政治经济项目主任；以及Derek M. Scissors博士，美国企业研究所常驻学者。

¹¹ 美国总统科学技术顾问委员会，《确保美国长期在半导体领域的领导地位》（2017年1月），https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_ensuring_long-term_us_leadership_in_semiconductors.pdf。

¹² 2018年1月9日，美国众议院军事委员会下属新兴威胁和力量小组委员会就中国军事的发展举行了一次单独的听证会。尽管CFIUS不是此次听证会的主要议题，每位听证陈述人均在书面或口头听证陈述中提及了CFIUS问题。见美国第115届国会新兴威胁和力量小组委员会关于新兴中国威胁的听证会，《中国对新兴和快速增长技术的追求》，<https://armedservices.house.gov/legislation/hearings/china-s-pursuit-emerging-and-exponential-technologies>。

大趋势

CFIUS工作正承受巨大压力。CFIUS的案件量之多，已经超出其现有资源合理承担的范围；政府对其针对可能构成国家安全威胁的快速技术变革的监控能力，也存在质疑；同时，中国作为技术投资增长最快的来源国，正在成为美国最强劲的技术竞争对手，但中国并不是其他国家参与的技术共享安全联盟成员。在这种情况下，企业评估、适应和应对CFIUS风险的能力已经变得越发不足。修改CFIUS的法定权限可有助于重新调整工作重心，推动形成一个新的平衡状态，在此之下，理智的企业可以在不确定性可控的前提下预测哪些交易可能是常规交易，哪些交易的问题可以用温和措施加以解决，以及哪些交易最终不太可能被批准，这些评估关系到CEO和公司董事会作出影响公司前途命运的决策。FIRRMA法案将授权在对待“特别关注”国方面作出正式区分，同时对维持类似于CFIUS的外国投资审查程序的美国条约盟国投资者豁免特定要求，这是一种务实的处理方式，但难免会存在覆盖面过于宽泛的问题。同时，据传CFIUS于2017年收到235例申报（而2016年则为172例，2015年为143例），¹³工作重负导致所有交易的处理速度放慢，即便处理难度相对较低的交易也是如此。一些亲历者甚至提出，担心政府资源不足以监督正在履行的消解措施协议，导致CFIUS直接拒绝一些此前可通过严格（但需要消耗大量资源）消解措施条款批准的交易。在以数据保护、网络安全或网络漏洞为核心的案件中，CFIUS可能会担心消解措施形同虚设，甚至无法将敏感数据与拥有少数权益的被动投资者实现有效隔离。

从积极的方面来看，美国依然秉持真诚欢迎外国投资的承诺，包括中国在内的外国投资将继续得到批准。即便是最激进CFIUS改革的支持者，他们仍然将重点放在保护美国国家安全方面；无人提出将CFIUS作为改善贸易不平衡、市场准入限制或产品倾销的工具。FIRRMA也并未提出依照部分国家的做法（美国也曾有人提出过）去评估外国投资对美国的“净收益”。有理由相信，作为现在面临的安全风险与长期维持创业活力之间的新平衡，CFIUS程序将会进行调整，以使得政府获得应对不断变化威胁所需的灵活性，同时使得企业获得持续创新所需的可预测能力。

¹³ CFIUS, 《2014-2016年适用交易、申报撤回和总统决定案件》，详见美国财政部网站：https://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/CFIUS_Stats_2014-2016.pdf（最后更新于2017年9月20日）。我们注意到，CFIUS的统计数据将每一个被撤回并重新提交的案件作为一个单独申报。2015年有9起案件被撤回并重新申报。2016年有15起此类案件。2017年的数据尚未公布。

如果阁下对本文讨论的事项有任何问题，请联系以下律师或者阁下在达维的经常联系人。

George R. Bason, Jr.	212 450 4340	george.bason@davispolk.com
John B. Reynolds, III	202 962 7143	john.reynolds@davispolk.com
Thomas J. Reid	212 450 4233	tom.reid@davispolk.com
Howard Zhang 张新华	+86 10 8567 5002	howard.zhang@davispolk.com
Miranda So 苏雯华	+852 2533 3373	miranda.so@davispolk.com
Annie Yan 晏丽璐	+86 10 8567 5010	annie.yan@davispolk.com
Jeanine P. McGuinness	202 962 7150	jeanine.mcguinness@davispolk.com
Will Schisa	202 962 7129	will.schisa@davispolk.com
Joseph Kniaz	202 962 7036	joseph.kniaz@davispolk.com
Britt Mosman	202 962 7151	britt.mosman@davispolk.com

以上律师由衷感谢律师助理Brooklynn Moore为准备本文提供的帮助。

© 2018 Davis Polk & Wardwell LLP | 450 Lexington Avenue | New York, NY 10017

This communication, which we believe may be of interest to our clients and friends of the firm, is for general information only. It is not a full analysis of the matters presented and should not be relied upon as legal advice. This may be considered attorney advertising in some jurisdictions. Please refer to the firm's [privacy policy](#) for further details.