

CFIUS 修订强制申报标准

2020年5月27日

2020年5月20日，美国财政部发布新规议案，拟修订适用于牵涉从事关键技术相关特定活动的美国业务的交易的强制申报规则（“**拟议强制申报新规**”）。拟议强制申报新规将重新设定强制申报的适用触发条件，实际上用新的规则取代此前的“试点计划”（Pilot Program），重点关注若向交易引入的外国投资人出口、转口、转让或再转让交易涉及的关键技术是否需要取得出口许可证。拟议强制申报新规还拟对现行规定中的一些定义进行修订，包括进一步明确“实质性权益”的含义。

拟议强制申报新规以财政部2020年1月13日颁布的《外国投资风险审查现代化法案》（“FIRRMA法案”）的最终执行条例为基础，我们在[此前的文章](#)中也对执行条例进行过介绍。拟议强制申报新规旨在借助现行的国家安全出口管制制度设定强制申报的适用触发条件，该制度根据对出口、转口、转让或再转让涉及的特定物品或技术、最终用户和特定外国进行的国家安全影响分析，提出应取得许可证或授权的要求。

拟议新规不会立即生效，公开征求意见截至2020年6月22日。现有的关键技术强制申报规则在最终规则实施前将继续适用。目前美国外国投资委员会（“CFIUS”）尚未明确最终规则预期生效的具体时间。

除了对拟议强制申报新规进行分析外，本文最后部分还将简要概括最近发布的CFIUS就2018年交易审查情况向国会提交的年报的内容。

拟议强制申报新规下的显著变化

修订申报范围

在现行FIRRMA法案条例项下，除某些例外，交易当事方在以下情况下必须向CFIUS进行申报：(1)拟进行适用投资或适用控制权交易，(2)拟议交易涉及生产、设计、测试、制造、装配或开发一种或多种关键技术的美国业务，且(3)相关技术与27个特定行业（每个行业均通过特定的NAICS代码确定）中的某一个有关联。这一标准与CFIUS最早在2018年施行试点计划时采用的标准基本一致。

拟议新规将建立一套全新制度，取消与特定行业相关联的要求，而是将申报要求与出口管制紧密结合，将外国投资人（以及某些情况下，投资人的投资人）视作所涉技术的外国最终用户。具体而言，就任何涉及从事生产、设计、测试、制造、装配或开发一种或多种关键技术¹的“TID美国业务”²的适用交易，如果向参与交易的一名或多名外国投资人出口该等关键技术需要“美国监管授权”，则依据拟议新规，相应交易必须申报。另外，要触发这一条件，拟议交易中需要取得“美国监管批准”的外国当事方必须：

- (i)通过交易能够直接控制美国业务；

¹ 拟议新规未修改“关键技术”的定义，该定义规定于FIRRMA法案，通过FIRRMA法案条例第800部分第800.215条实施。

² “TID美国业务”的定义依然按照现有条例规定，未发生变化。

- (ii)直接收购美国业务权益，构成适用投资；
- (iii)取得美国业务中的新增或额外权利，构成适用控制权交易或适用投资；
- (iv)是任何旨在或意图回避或规避 CFIUS 的管辖的交易或协议的一方；或
- (v)单独持有，或作为某外国人士团体的一部分，该团体合计持有属于前述第(i)-(iv)项范围的另一外国人士的“达到关键技术强制申报标准的表决权”。

上述新规中的两个概念值得进一步详细说明：

- 首先，“美国监管授权”实质上被定义为依据适用的出口管制制度，相关关键技术需要取得的许可证或其他正式授权/批准。
 - 在判断是否需要取得“美国监管授权”时，不考虑《国际武器贸易条例》项下的许可豁免或《出口管理条例》项下的许可豁免（见下一段有限例外）。因此，如果美国人士向交易外国当事方出口关键技术需要取得许可证，则通常情况下就构成了需要“美国监管授权”，无论法规项下是否有可能适用的一般豁免。
 - 前述一般规则的例外是《出口管理条例》项下的一些豁免情形，规定于《美国联邦法规汇编》第 15 卷第 740.13 条（TSU 许可豁免）、第 740.17(b)条（ENC 许可豁免）³、第 740.20(c)(1)条（SAT 许可豁免）。
 - 为判断是否需要美国监管授权，出口技术的“目的地”依据外国人士的（如为实体）主要营业地或（如为个人）国籍确定。
 - 为判断是否需要美国监管授权，外国人士被视为技术的“最终用户”。
- 其次，“达到关键技术强制申报标准的表决权”将被定义为 25%或以上的表决权。
 - 如果外国人士的活动主要由一名普通合伙人或管理成员指示或控制（例如多数基金投资人的情形），则只有在外国人士持有该普通合伙人或管理成员 25%或以上权益的情况下才符合“表决权”要求。因此，基金中的外国有限合伙人通常不会被视为持有“达到关键技术强制申报标准的表决权”。
 - 如果多名外国人士有关联、达成正式或非正式的一致行动安排、或受同一外国政府控制，则在确定是否拥有“达到关键技术强制申报标准的表决权”时，该等外国人士各自所持权益将合计计算。

拟议新规的影响

如果按照当前版本实施，拟议强制申报新规将对外国投资人和美国收购标的产生诸多影响。其中一些（非全部）潜在影响如下：

³ 拟议新规修改了针对加密产品、软件及技术（“ENC”）的豁免情形，明确仅该豁免条款的(b)项适用。财政部在评论中解释称“拟议新规缩小豁免范围是为明确在强制申报意义上该豁免条款特定款项的适用性。”

- 拟议新规将扩大至少理论上要求强制申报的交易范围。在拟议新规下，非豁免投资人直接开展的在生产、设计、测试、制造、装配或开发一种或多种关键技术的美国业务的任何适用投资或适用控制权交易均可能受强制申报规则约束。交易各方无法再利用行业关联要求规避这一规则（尽管实践中，一些外国投资人本身也并不愿利用这一规则）。
- 但是，对于从美国公司获得关键技术无需出口许可证的外国投资人，拟议新规未要求强制申报。举例来说，如果一名比利时人士收购一家制造《出口管理条例》“NS Column 2”项下受管制物品的美国业务的控股股份，仅就这一事实，交易各方无需向 CFIUS 申报，因为向比利时出口仅属于“NS Column 2”管制范围的物品不需要出口许可证。但如果收购方是中国或巴西实体，则将适用强制申报，因为向中国或巴西出口这一物品必须取得许可证。
- 在前述例子中，请注意，如果向美国业务投资的依然是比利时实体，但中国或巴西投资人拥有该实体 25%或以上表决权，则同样必须向 CFIUS 申报。这种情况下，中国或巴西投资人将被视为拥有“达到关键技术强制申报标准的表决权”。

实质性权益定义的修订

拟议强制申报新规对“实质性权益”的定义进行了增补，明确第 800.224(b)条仅适用于普通合伙人、管理成员或类似人士在实体活动的指示、控制或协调上起主要作用的情形。拟议新规还明确，第 800.224(c)条规定的确定一实体间接持有另一实体的权益比例的分析方法适用于第 800.224(a)条和第 800.224(b)条所述情形。

拟议新规的适用性

拟议强制申报新规对第 800.104 条进行了修订，以明确 FIRRMA 法案条例第 800 部分条款的适用期间。具体活动发生于 2018 年 11 月 10 日当日或之后及 2020 年 2 月 13 日之前的交易继续适用试点计划暂行规定。具体活动发生在 2020 年 2 月 13 日至拟议强制申报新规生效之日的交易适用于现行 2020 年 1 月 13 日发布的基于 NAICS 编码的关键技术强制申报规定。

展望

拟议强制申报新规进一步完善了 FIRRMA 法案从出口分类角度定义关键技术的方法。将外国投资人视为目标公司关键技术的最终用户使得不同国家的投资人之间的差异化对待更加明显，而无需创设“黑名单”或扩大豁免国家名单。但是，根据拟议新规，投资人的国家归属取决于任何 25%权益持有者的国家归属，这进一步增加了交易早期阶段的复杂性，使直接投资人上层的间接投资人的主要营业地成为了目标公司评估投标时需关注的问题。如果按照现有版本通过实施，拟议强制申报新规很可能会扩大强制申报覆盖的交易数量，因此需要在投资或收购交易过程的更早期阶段就开始考虑 CFIUS 策略。

CFIUS 向国会提交的年报

2020 年 5 月，CFIUS 发布了其向国会提交的年报，内容涉及 CFIUS 在 2018 年审查的外国投资交易（“年报”）。这是在 2018 年 8 月 FIRRMA 法案颁布后 CFIUS 首次呈现其掌握的数据。尽管 FIRRMA 法案条例在 2020 年 2 月 13 日（晚于年报涵盖期间）之前尚未完全实施，但也有一些 FIRRMA 法案条款在颁布后立即生效，报告至少可以部分反映相应变化带来的影响。此外，CFIUS 的试点计划自 2018 年 11 月 20 日起实施，因此报告也会反映一些该计划（包括强制申报）产生的影响。

以下列出年报提供的主要信息：

- CFIUS 在 2018 年共收到 229 份通知，略低于 2017 年的 237 份，但仍远高于其他有记录的年份。但如果计入依据试点计划向 CFIUS 提交的 21 笔申报，CFIUS 收到的申报总数是有所增长的。
 - CFIUS 对收到通知的 229 笔交易中的 158 笔（69%）开展了调查，同样略低于 2017 年的 73%。
 - CFIUS 对收到通知的 229 笔交易中的 29 笔（13%）适用消解措施后结束审查，与 2017 年的比例基本持平。
- 在收到通知的 229 笔交易中，66 笔交易（29%）撤回了通知。
 - 就其中 34 笔交易，当事方在 2018 年提交了新的通知，另有 8 笔交易的当事方在 2019 年提交了新的通知。
 - 有 18 笔交易的当事方因 CFIUS 告知当事方无法设定消解措施以解决国家安全顾虑，或 CFIUS 提出了当事方不接受的消解措施而撤回通知，放弃了交易。
 - 有 3 笔交易的当事方因与 CFIUS 无关的商业原因撤回通知，放弃了交易。另有 2 笔交易，CFIUS 在施加一定条件的前提下同意交易当事方撤回通知。
- 在 2018 年收到的 229 份通知中，有 55 份（24%）涉及中国投资人的收购。
- 2018 年商议和采纳的消解措施有：
 - 禁止或限制某些知识产权、商业秘密或专有技术的转让或共享；
 - 制定处理现有或将来的美国政府合同、美国政府客户信息以及其他敏感信息的指引和条款；
 - 确保只有获授权人员能够接触特定技术，只有获授权人员能够获得美国政府、公司或客户信息，外国收购方无法直接或远程访问包含此类信息的系统；
 - 确保只有美国公民才能操作特定的产品和服务，且特定活动和产品仅位于美国境内；
 - 建立公司安全委员会及其他机制，以确保遵守所有要求采取的行动，包括任命经美国政府批准的安全官或董事会成员，以及安全政策、年度报告和独立审计要求；
 - 确保在规定期限内连续供货，做出某些业务决策前进行通知和协商，同时在公司决定退出业务线的情况下享有某些权利。召开会议，讨论可能影响美国政府供货或国家安全考虑的业务计划；及
 - 将特定敏感资产排除在交易之外，或剥离全部或部分美国业务。
- 2018 年，CFIUS 收到 21 份依据试点计划提交的申报。
 - CFIUS 仅批准了其中的 2 笔交易。
 - 对于其余 19 笔交易：
 - 就其中 11 笔交易，CFIUS 确定无法完成审查；
 - 就其中 5 笔交易，CFIUS 要求交易当事方提交通知；

- 就其中 1 笔交易，CFIUS 认为交易不属于试点计划管辖范围；及
- 就其中 1 笔交易，当事方因商业原因撤回申报。

如您就本文所涉事项有任何问题，请联系下列任意一位律师或您在达维律师事务所的常用联系人。

John Reynolds	+1 202 962 7143	john.reynolds@davispolk.com
Joseph Kniaz	+1 202 962 7036	joseph.kniaz@davispolk.com
Will Schisa	+1 202 962 7129	will.schisa@davispolk.com
Kendall Howell	+1 202 962 7068	kendall.howell@davispolk.com
Charles Klug*	+1 202 962 7168	charles.klug@davispolk.com

© 2020 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 notice](#) for further details.