

《外商投资与国家安全法案》（FINSAs）及其实施细则

I. 引言

美国《外商投资与国家安全法案》(Foreign Investment and National Security Act of 2007, 简称 FINSAs) 于 2007 年 7 月 26 日由布什总统签字, 并于 2007 年 10 月 24 日起正式生效。该法案旨在进一步加强美国对关系国家安全的外国投资行为的审查与限制; 同时也表明美国在当前国际形势下寻求保持投资开放与维护国家安全两者之间的平衡。

该法案对外资进入美国予以全方位的要求和管制, 并对外资并购涉及的国家安全问题给予了全新的诠释。美国外国投资委员会 (Committee on Foreign Investment in the United States, 简称 CFIUS) 将对“1988 年 8 月 23 日之后提议或待决的, 可能导致外国人控制美国商业的任何交易”进行审查。由此, 任何外国人控制的, 存在可能威胁美国国家安全问题的交易将被视为“受管辖的交易”而成为被审查的对象。

为配合 FINSAs 的实施, 美国财政部又公布了《关于外国人合并、收购和接管规定》(Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons) 作为 FINSAs 的实施细则, 于 2008 年 12 月 22 日起正式生效。该实施细则主要对外资并购国家安全的原则、范围、标准和程序等问题作了明确规定, 并在审查制度的实体规定和程序规定上均有相应发展。

根据最新出台的实施细则, 如果 CFIUS 对外资的投资目的存在疑虑, 不论其入股比例多少都可以对交易进行审查。换言之, 即任何外资并购从理论上都是可以被否决的。其次, CFIUS 有对已完成的外资并购的重新审查权, 即对外资企业而言即使交易完成也可能被制裁。另外, 该实施细则还规定, 如交易一方因故意或明显疏忽, 在自愿申报中向 CFIUS 提交的信息与事实不符, 存在遗漏, 或违反了缓解协议, 都将被处以 25 万美元以下的民事罚款。

II. FINSAs 及其实施细则的特点

1. 自愿审查及其流程

FINSAs 及其实施细则保持了原有立法的基本框架, 包括外资并购方自愿申报审查 (或由 CFIUS 发起的审查); 自愿申报之后 CFIUS 将进行最长不超过 30 天的审查; 若在审查过程中 CFIUS 认为该项交易是“受管辖的交易”, 将继续对该项交易进行最长不超过 45 天的调查过程; 如果有必要, 在 45 天的调查过程之后, 美国总统可以禁止或者暂停可能威胁美国国家安全的交易 (必须在 15 天之内作出决定)。

2. 非自愿申报

如果 CFIUS 认为某项交易可能为“受管辖的交易”且可能威胁美国国家安全，而该交易的外资并购方没有自愿申报审查，CFIUS 则有权要求外资并购方向其提供必要的材料以决定该项交易是否为“受管辖的交易”。如果 CFIUS 决定该项交易为“受管辖的交易”，外资并购方仍需按照实施细则所规定的要求申报审查。非自愿申报审查的审查时间从 CFIUS 启动该项交易的审查的当天开始起算，最长不超过 30 天。

3. 法定接受强制调查的交易

FINSA 及其实施细则规定，除非有例外情形以下两种交易必须接受强制调查：1) 交易由外国政府控制的；2) 交易导致“核心基础设施”受外国控制，并经过审查阶段后其对美国国家安全的威胁无法通过缓解协议（mitigation agreement）磋商得到解决。上述缓解协议是指 CFIUS 或其任命的主要审查部门与“受管辖的交易”的任一方通过谈判达成或者强制执行的关于减免对美国国家安全的威胁的协约或条件。上述例外情形指如果财政部长、财政副部长或者由财政部长任命的主要审查部门的同级官员，在审查之后认为该项“受管辖的交易”将不会损害国家安全，则可放弃对其调查。

4. 对于申报材料的要求

FINSA 及其实施细则还在原有基础上扩大了申报审查时外资并购方需要提供的信息内容，如包括了外资方董事会成员及该外资实体高层人员的个人信息，都需要明确标记出并且作为一份独立的文件在申报审查的同时提交给 CFIUS。在自愿申报审查的同时，并购交易方需要签署声明其所提供文件材料的准确性及完整性的证明，并连同材料一起上交。只有在外资并购方提供的文件材料及证明完全符合标准后，CFIUS 才会正式启动审查程序。另外，CFIUS 要求外资并购方所提交的文件资料必须为英文文本，其他补充材料，如年度报告等，如原文并非英文的，均需被翻译成英文。

5. “国家安全”及“受管辖的交易”

首先，何为“国家安全”？何种交易属于威胁美国国家安全的“受管辖的交易”的范畴？FINSA 法案及实施细则均没有规定“国家安全”的明确定义，只声明审查将会通过个案具体分析的方式进行，并以举例的方式列举属于“受管辖的交易”种种情况。任何交易若被认为是“受管辖的交易”则将成为被审查的对象。

以 2006 年的“迪拜并购案”为例，该并购交易为由阿联酋政府控制的迪拜世界港口公司（DPW）拟并购在美国 6 个主要港口拥有经营权的原英国半岛—东方航运公司（P&O），但该项交易最终以 62 票对 2 票的压倒性多数被否决。主要原因是这项交易导致的结果是将美国港口的管理权交给外国政府旗下的企业，触动了美国的“国家安全”。另外，FINSA 进一步明确了审查涉及外国国有企业的并购案的考量因素，明确要求对外资并购核心基础设施以及来自外国国有企业的并购交易进行国家安全审查。

6. 外资对美国企业的“控制”

对于判断某外国投资行为是否对美国企业形成“控制”，CFIUS 并没有设定任何固定的持股比例。相反，其判断标准是，只要该投资行为通过在董事会占有席位、代理投票权、持有特殊股、合同、及其他正式或非正式的安排直接或间接**拥有决定有关公司重要事项的权力**，该投资行为即被认为对美国企业形成“控制”。至于外国投资是通过直接或间接方式行使上述控制权，或行使控制权与否，都与判定是否对美国企业形成控制无关。同样，CFIUS 并未对何为重大事项作出明确的定义。这些重大事项通常包括，但不限于，企业对财产的处理、对日常运营的筹划、对企业合同的处置、企业自身存续的重大事件以及与以上各项活动相关的企业章程的修改。

举例而言，一外国公司 A 购买美国 X 公司 9% 的股份 – 如果该外国投资方通过上述股份并购将有权随意修改 X 公司的预算，则该外国投资方将被视为拥有决定 X 公司重要事项的权力，而该项交易被视为美国公司构成控制而被划入“受管辖的交易”的范畴，应接受审查。

反之，如果 1) 外资入股的目的只是单纯投资，即该外国并购方没有取得美国企业的决策权，**并且** 2) 持股比例不超过 10% 的投资行为将不会被视为“受管辖的交易”。由此，一外国公司 A 在公开市场上以单纯投资为目的购买美国企业 X 7% 的股份，假设 A 所持股份并不足以控制 X，在不考虑其他相关因素的前提下，该项交易则不会被归为“受管辖的交易”。若外国公司 A 购买美国企业 X 的股份超过 10%，CFIUS 还将考虑其他因素以判断该项交易是否为“受管辖的交易”。

7. “核心基础设施”

CFIUS 定义“核心基础设施”为所有对美国至关重要的，一旦被外资控制，或在被破坏或摧毁的情况下将对美国国家安全造成潜在影响的系统或资产（如银行、供水、通信等等）。如同“国家安全”，CFIUS 没有划定“核心基础设施”的具体领域，仍将以个案分析的方式审查外国投资。

对于外国投资者而言，这些“核心基础设施”即为投资时应该避免的“敏感项目”。以 2008 年备受关注的华为收购 3COM 为例 – 该并购正是由于触动了美国国家安全神经而遭夭折。尽管在这项交易公开之后，3COM 公司曾经指出，作为小股东，华为将无法获得敏感的美国技术或者公司对美国政府的销售资料，并表示 3COM 将严格控制敏感技术非法传递的情况。但此项交易仍然受到 CFIUS 的阻挠而中止，主要原因是 CFIUS 认为通信技术和网络设备与美国国家安全关系密切。

III. 审查程序方面的新发展

首先，FINSAs 及其实施细则明确了国会的监督及干预职能。例如在此之前的颁布之前的中海油并购案中，虽然美国很多专家均认为该并购交易并不会影响到美国的石油安全，但仍遭到多名美国国会议员出于政治原因的反对。而今 FINSAs 及实施细则在原有的基础上，增加了企业高层向国会报告并接受国会监督的条款，从而在立法上，为国会审查及批准外国投资提供了明确的法律依据。

其次，实施细则将申报前的非正式磋商正式纳入自愿申报程序。申报前的非正式磋商为 CFIUS 提供了充裕的时间来考虑并购交易是否涉及国家安全问题，从而使 CFIUS 可以有更多的时间与并购交易当事人商讨修改交易方式或达成协议以消除交易涉及的国家安全问题，由此缓解了因正式程序时间短暂而产生的压力。作为非正式磋商内容而提供给 CFIUS 的信息将成为正式申报内容的组成部分，受到保密。

正如美国财政副部长在 2008 陆家嘴论坛上所说的：“FINSAs 仅是解决国家安全的并购问题，而不是解决广泛的经济利益和产业方面的问题。此外，我们也致力于遵从总统开放投资的申明……”。尽管 CFIUS 在外国投资商进入美国市场的路上设置了重重关卡，美国国会视国家安全利益高于个别企业收购利益的态度提高了外商投资的风险性，及极富灵活性的弹性审查标准和考虑因素降低了投资的可预期性，我们仍应该看到，FINSAs 及其实施细则的最终目的仍是在维护美国国家安全和保持经济开放之间找到平衡点。此外，个案具体分析的审查方式由于增加了考量的余地和空间，也有其有利的一面。再者，引入申报前的非正式磋商和缓解协议等机制都增加了外资并购交易成功的比例。

IV. 对于中方投资人的寄语

我们希望 FINSAs 及其实施细则的颁布及生效能引起国内有关企业的注意，在投资方向的把握上更加谨慎选择，并应注意以下几点：

- 1) 尽量避开可能启动审查的敏感领域，如与国防科技有密切联系的民用技术，涉及“核心基础设施”，及属于国家战略资源的能源产业。从目前来看，对于房地产的直接投资被认定为受管辖的交易的可能性较小；
- 2) 而其他如持股比例不超过 10% 且以投资为纯粹目的的交易等仍是投资的安全领域；及
- 3) 在考虑并购美国公司时应尽早做规划，尽早准备好申报所必须的英文资料，并向在外国投资领域有经验的律师事务所咨询。

后记

在 FINSA 实施细则的草案出台之后，德恒美国律师事务所代表中国总商会集中了驻美中资公司对该法案进行了研究探讨，并将讨论结果以书面形式呈交给美国财政部关于该实施细则草案的意见采纳部门。最后正式生效的实施细则考虑并采纳了德恒美国律师事务以及其他社团组织所提交的意见书中的部分建议：其中包括 1) 明确或者增加了某些关键字词的概念，如“控制”、“核心基础设施”、“受外国政府控制的交易”等；2) 在对“控制”的定义上作了多处的修改，提供了更多的例子来说明构成“控制”的情形，并增加了详尽的解释及例子来排除不构成“控制”的情形，更好地保护了少数股东的利益；3) 将正式申报前的非正式磋商纳入自愿申报程序，规定至少在自愿申报的五个工作日之前可以向 CFIUS 递交申报草稿及相关文件，这样就可使审查更加迅速有效地进行，减少由于冗长的审查及调查对并购交易造成的影响；及 4) 补充解释了借贷交易的情形，阐明了担保借贷交易本身并不构成“受管辖的交易”，但如果外资借由这种方式取得对美国商业的控制，则将可能被认为是“受管辖的交易”。