



## 美国外国投资委员会对外国并购交易之安全审查及 2012 年年报摘要

### 美国外国投资委员会机构设置及其作用

美国外国投资委员会（the Committee on Foreign Investment In the United States, 简称“**外资委**”），是一个跨部门的美国联邦政府委员会，专门负责管理审查外国在美国的投资。外资委设立于 1988 年，初衷是为了保障国家安全。现行的外资委由 14 个政府部门组成，其中美国财务部为委员会主席单位，负责委员会的总牵头工作。除此之外，外资委还有来自包括国务院、国防部、商务部及国土安全部在内的部门代表参与并协助其工作。根据 2007 年《外商投资与国家安全法案》（Foreign Investment and National Security Act of 2007），外资委的审查范围被扩大到任何一个可能影响美国国家安全的外商投资交易，即“**受辖交易**”（定义见下）。对涉及国家安全问题的那些受辖交易，外资委有权力发布、监督和执行减缓措施，并且如果外资委发现某个交易可能涉及国家安全，外资委有权通知美国总统，美国总统为了保护美国的国家安全可以最终阻止或撤销该交易。

### 美国外国投资委员会的审查制度

根据 2007 年《外商投资与国家安全法案》，外资委对“**受辖交易**”的审查一般建立在交易当事人自愿申报的基础上，也就是说外国投资人通常在投资收购某美国公司之前主动并自愿地向外资委提出审查请求申报其收购交易项目，并提供相关文件和信息供其审阅，以便外资委决定该交易是否会影响美国的国家安全。经审查，如果外资委认为某交易不影响美国的国家安全，那么，该收购交易就进入了安全港。这意味着该交易基本上已经扫除了美国政府对交易可能的后续干预。但是，如果经审查，外资委认为某交易会影响美国的国家安全，外资委将根据交易对美国国家安全的影响程度采取减缓措施，或提交美国总统，由美国总统最终决定是否阻止或撤销该交易。当某项外国收购美国公司的交易可能或实际上会影响到美国的国家安全，而交易当事人又没有主动申报该收购交易时，外资委或其任何组成成员均有权力对该交易进行项目调查。如果调查的结果表明该交易确实会对美国国家安全产生影响的，即使该收购交易已经结束，外资委也有权将交易递交给美国总统，由美国总统下令撤销该交易。

### 美国外国投资委员会的审查程序

外资委的审查程序一般分为两个阶段：第一阶段为 30 天的审查期。绝大多数申报审查的交易，若其不影响美国国家安全，在审查期结束后，外资委的审查即终止，交易双方可以继续履行收购交易。但是，如果外资委无法在 30 天的审查初期内确定某交易不会影响美国的国家安全，则该交易将进入到第二阶段，即 45 天的调查期。外资委将在 45 天的调查期内对申报审查的交易项目展开全面的调查，并且在 45 天内完成调查。调查期结束后，

外资委将向美国总统递交其调查报告。然后，美国总统有 15 天的时间来最终决定是否阻止或撤销交易。

## 美国外国投资委员会的审查范围

根据美国的法律法规，外资委有权审查任何一个“受辖交易”。同时，相关法律法规将“受辖交易”定义为：“任何一个在 1988 年 8 月 23 日后由外国主体提出的或未决的可能导致外国控制美国商业的交易”。“受辖交易”的范围包括“所有可能导致对从事美国州际贸易主体被外国控制的合并、收购和接管”。除了收购之外，“受辖交易”还包括长期租赁和合资。但是，下面的交易将不属于“受辖交易”：（1）绿地投资，（2）不包含其他商业成分的财产或设施，（3）资产或商品的购买，（4）服务或许可协议，（5）少数投资保护（如：不会导致控制情形的证券承销，保险和出租等消极投资），和（6）通过外资委审查后的增量收购。

根据《外商投资与国家安全法案》，外资委会特别关注收购美国“关键基础设施”或“关键技术”的交易。“关键基础设施”被定义为“对美国非常重要的，若其能力减弱或被摧毁将会削弱国家安全、国家经济安全、国家公共健康和安全的有形或无形的系统和资产。”据此，所有涉及“关键基础设施”的交易都被推定为涉及国家安全的交易。根据《关于外国人合并、收购和接管条例》（“外资委条例”）第 800.209 条的规定，“关键技术”包括《国际武器贸易条例》（“ITAR”）(22 C.F.R. parts 120-130)中美国军火清单列明的防御物品或服务，和《出口管理条例》(EAR)补充条例第 1 条到第 774 条规定中商业控制清单所列明的物品。其中包括有助核武器、化学武器和生物武器扩散，或导弹技术的物品。“关键技术”还包括《协助外国原子能活动规则》(10 C.F.R. part 810)中具体规定的特别设计和准备的核设备、零部件、材料、软件和技术，和《进出口核设备和核材料规则》(10C.F.R. part 110)中规定的核设施、设备和材料，及《受管制病菌和毒素法规》(7 C.F.R. part 331, 9 C.F.R. part 121, 及 42 C.F.R. part 7)中详细规定的病菌和毒素。

## 外资委 2012 年年报

外资委于 2012 年 12 月向国会公布了其 2011 年非保密版本的年报（“报告”）。该年报的全部内容和前 5 年的非保密的年报可以在下列网站获得：<http://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Pages/cfius-reports.aspx>。虽然公开发布的年报里没有披露交易的详细信息，但是，对正在考虑收购美国公司的外国公司而言，该年报就交易结构如何通过外资委安全审查提供了有价值的信息。

## 外资委增加了国家安全考虑因素

像之前发布的报告一样，2012 年的报告包含了一部分外资委审查交易时考虑的某些广泛的国家安全因素的清单。但是，与以往报告不同的是这个报告包括了外资委在此之前从未提过的考虑因素。这些额外的考虑因素包括将被外国控制的商业企业（1）是否邻近某些美国政府设施，（2）是否涉及能源生产的开采、生产、运输和销售等方面，（3）是否可以获取敏感的政府信息或政府合同信息，包括有关雇员的信息，和（4）是否涉及与卫星系统相关的活动。外资委已经声明在下次报告期间它将继续考虑其在审查交易中列举出来的所有国家安全考虑因素，包括此次报告首次列明的额外因素。

众所周知，在俄勒冈州风场收购案中，美国总统曾因俄勒冈州风场邻近美国海军空军基地，而下令撤销对俄勒冈州风场的收购。因此，外资委顺理成章地提出它在对“受辖交易”进行国家安全审查时，交易地点也是考虑的因素之一。遗憾的是，报告中仅仅提到“某些”美国政府设施，但是并没有详细说明具体是哪些类型的美国政府设施足以引起国家安全问题的交易关注。

## 外资委采用多种方式来识别交易

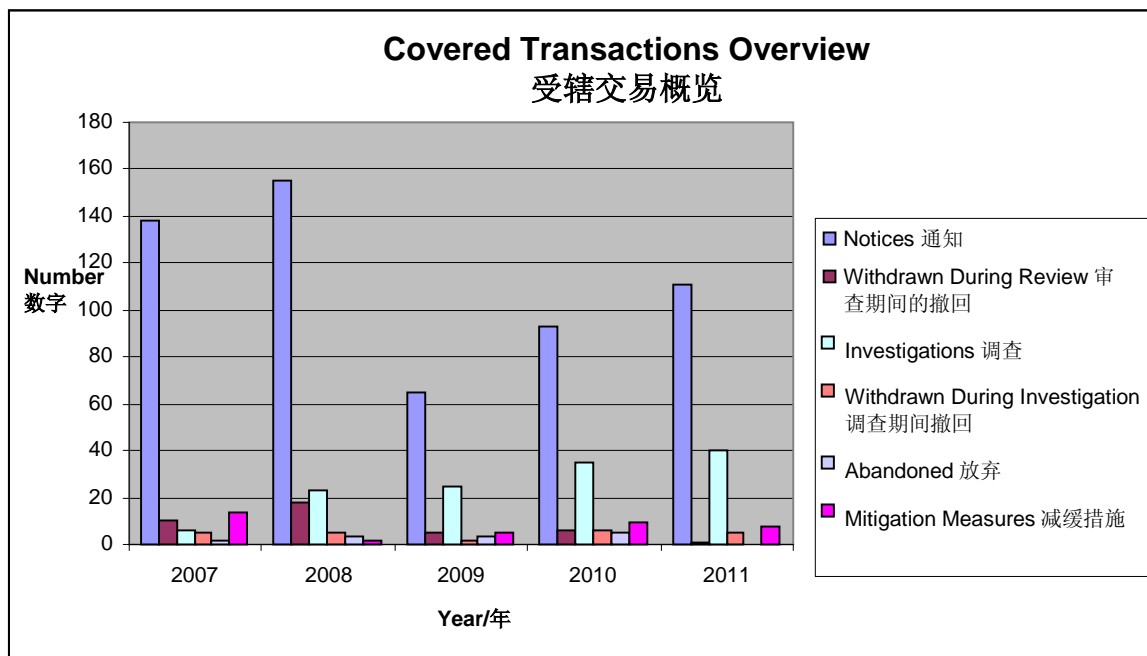
外资委通过审查公开信息、并购交易所涉及的非公开数据和美国出口控制管理机构的内部记录来识别涉及外国主体收购美国“关键技术”的受辖交易。美国国务院是一个识别涉及外国主体收购美国“关键技术”交易最有用的机构，因为其对涉及《国际武器贸易条例》中受控项的每一出口主体保持了一个强有力的登记、许可和合规程序。据此，有理由推定一旦美国国务院收到根据《国际武器贸易条例》登记的登记者进行重要变更，且该变更可能导致该登记者被外国控制时，其将通知外资委。

## 受辖交易概览

下面的图表列出了在 2007 年到 2011 年期间外资委收到的审查请求数目和进入到调查阶段的交易数目。这个图表同时也列出了每个阶段所撤回的审查请求数目，被放弃的审查请求数目和受制于减缓措施的交易数目。如下所示，美国总统在 2007 至 2011 年期间没有否决过任何“受辖交易”。

Year/ 年	Notices /通知	Withdrawn During Review/审 查期间撤回		Investigations /调查		Withdrawn During Investigation /调查期间撤 回		Abandoned /放弃		Mitigation Measures/ 减缓措施		Presidential Decisions/ 总统决定
		#	%	#	%	#	%	#	%	#	%	
2007	138	10	7%	6	4%	5	83%	2	1%	14	10%	0
2008	155	18	12%	23	15%	5	22%	3	2%	2	1%	0
2009	65	5	8%	25	38%	2	8%	3	5%	5	8%	0
2010	93	6	6%	35	38%	6	17%	5	5%	9	10%	0
2011	111	1	1%	40	36%	5	13%	0	0%	8	7%	0
<b>Total/ 总计</b>	<b>562</b>	<b>40</b>	<b>7%</b>	<b>129</b>	<b>23%</b>	<b>23</b>	<b>18%</b>	<b>13</b>	<b>2%</b>	<b>38</b>	<b>7%</b>	<b>0</b>

为表明上面图表中的数据，我们用下面的图形来阐明趋势。我们对数据和趋势的观察总结如下：



### 向外资委申请的审查请求稳定增长

正如上图所示，向外资委申请的审查请求在 2007 年至 2008 年间有所增长，随后在 2009 年有一个大幅度的下跌。2007 年到 2008 年后审查请求的减少可能与全球经济衰退和并购交易的减少有关。

自 2009 年起，向外资委申请审查的受辖交易的数量稳定增长。此增长可能与外资委及其成员机构对于潜在的交易进行更为主动的监察，并且采取了主动接触当事人并建议他们自愿向外资委提出审查请求的事实有关。

## 审查期间撤回的数量总体上减少

过去 4 年中，在 30 天审查期内撤回的审查请求比例普遍减少，然而，在调查期内撤回的审查请求比例则没有显著的差别。审查期间撤回审查请求的减少可能与申请审查前通过预备会议或电话会议进行了预审有关。通过预审，当事人能更好的预测美国政府部门可能要求提供的额外信息，和当前交易结构可能引起外资委关注的问题。

为了更好地理解形成上述趋势的根本原因，有必要了解为什么和在什么情况下当事人会撤回外资委已受理审查的交易。当事人一般只有在外资委同意当事人的书面撤回申请时才可以撤回已受理的审查请求。过去，当事人基于不同的原因要求撤回审查请求。有时，当事人要求撤回审查请求是因为外资委已通知当事人当前交易结构存在国家安全风险，并允许当事人撤回申请，改变交易结构和以后再重新申请，或放弃该交易。更多情况下，当事人撤回已受理案件的原因是外资委的某一部门要求当事人提供大量的信息，当事人知道他们在 3 天的回复期内将无法完成信息的收集而撤回申请。

虽然报告中没有提及，近几年交易当事人要求与外资委进行预备会议或电话会议的数量在增加。事实上，这样的预备会议或电话会议对交易当事人有帮助，也为外资委所鼓励。在预审前，外资委通常要求当事人在预定会议或电话会议前 1 个星期向外资委提交一份审查请求的草稿，以便外资委代表们对这份审查请求草稿进行预先审查，并且在考虑受理该审查请求前通知当事人需要修改的情况。与此同时，外资委代表通常会根据其经验通知当事人一个或多个外资委部门可能要求提交的其他信息，即便根据外资委的规则这些信息是不需要提交的。

## 进入到调查阶段的交易数量增加

从 30 天审查期进入到额外 45 天调查阶段的交易数量稳定增长。事实上，在过去 3 年中，向外资委申请审查的所有交易中有超过三分之一的交易进入到了调查阶段。如果外资委不能在最初的 30 天审查期解决所有存在的国家安全问题，那么，这些交易通常就会进入到调查阶段。这一增长可能与各个不同的外资委组成机构间协助工作和参与的增加有关，因为审查的机构越多所需要的审查时间就会越长。

## 收购美国关键技术的协作战略

值得关注的是，外资委第一次在报告中陈述说美国情报部门（“IC”）“比较有把握地断定在一个或多个外国政府或外国公司间**可能存在**一个‘协作战略’<sup>1</sup>，其目的是为了收购从事研究、开发或生产那些美国处于世界领先地位的‘关键技术’的美国公司。”

虽然支持这一论断的信息仅出现在保密版的报告中，非保密版的报告却举例说明了下列行为作为涉嫌“协作战略”的证据：

- 外国公司实际或企图收购美国公司的行为模式；
- 有证据表明已完成的或拟完成的对美国公司及其关键技术的收购是外国政府或由外国政府控制的公司所指使；或
- 为了收购持有关键技术美国公司，外国政府或由外国政府控制的公司提供了有针对性的特别是在市场看来是过分慷慨的激励措施（如：赠款、优惠贷款或税收优惠）。

上述指向似乎把中国包括在了那些可能是参与收购涉及研究、发展或生产那些美国处于世界领先地位的“关键技术”的美国公司的协作战略的国家之中。或许这与中国政府鼓励中国公司“走出去”，及越来越多的中国公司并购美国公司有关。

## 英国和法国在收购美国关键技术中占主导地位

2011 年外资委和美国情报部门认定了 114 个计划完成或已完成的涉及并购持有美国“关键技术”公司的交易，其中收购者来自 33 个不同的国家和行业。从事此类交易的前 10 个国家是：

1. 英国（30 宗交易）
2. 法国（13 宗交易）
3. 日本（8 宗交易）
4. 加拿大（7 宗交易）
5. 荷兰（7 宗交易）
6. 德国（6 宗交易）
7. 以色列（5 宗交易）

---

<sup>1</sup> 2012 年年报附录写到外资委部门继续使用下列“协作战略”的定义：一个有计划并能反映一个外国政府联合一个或多个外国公司直接努力发展和执行收购美国公司及其关键技术的行为。如某公司追求商业目的的努力，没有具体政府指导的指引，将不被考虑为一个协作战略。这一公司的商业战略目标可以包括：进入美国市场、增加市场份额、扩大销售、获取新技术、和在成熟行业中另辟蹊径。

8. 瑞士（5 宗交易）
9. 中国（4 宗交易）
10. 新加坡（4 宗交易）

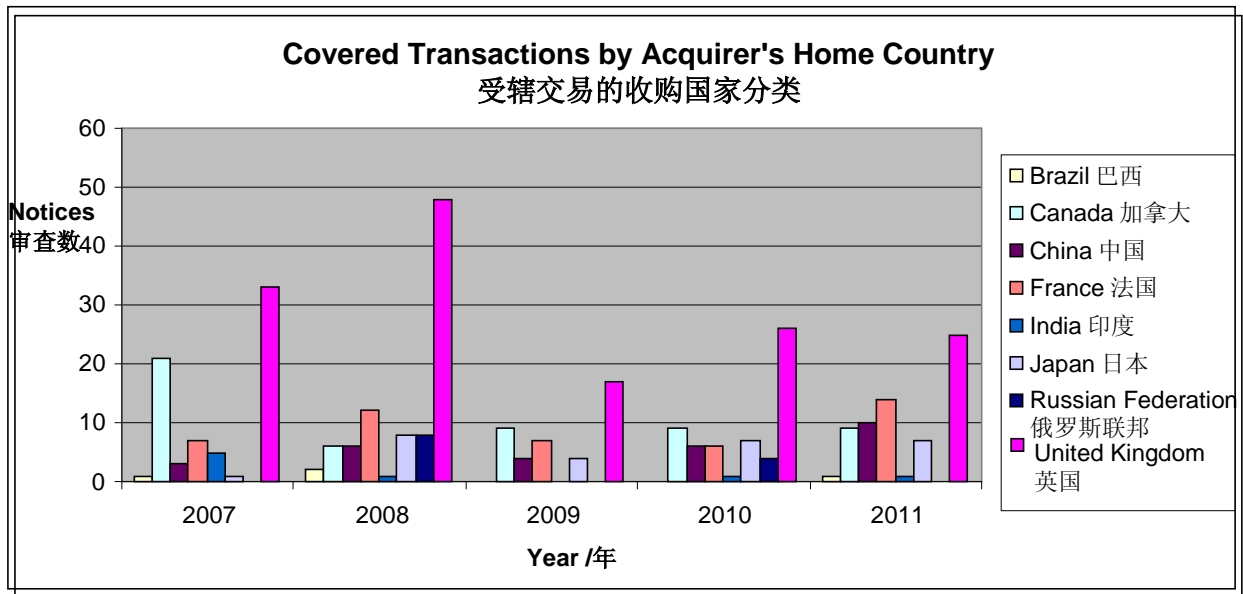
涉及“关键技术”收购交易的前 3 个行业是：（1）机器和设备：34 宗交易，（2）信息技术：26 宗交易，和（3）电子工业：22 宗交易。出乎意料的是，仅有 4 宗收购交易涉及航空航天和国防工业。

## 中国交易的增加

正如下图所示，虽然英国仍然在收购美国公司的交易中遥遥领先，但在过去的 3 年里，中国公司参与收购的交易量也有显著增长。

下面的图表列出了过去 5 年中，向外资委提出申请审查请求的前 5 个国家以及巴西、印度、俄罗斯联邦等有代表性的国家。

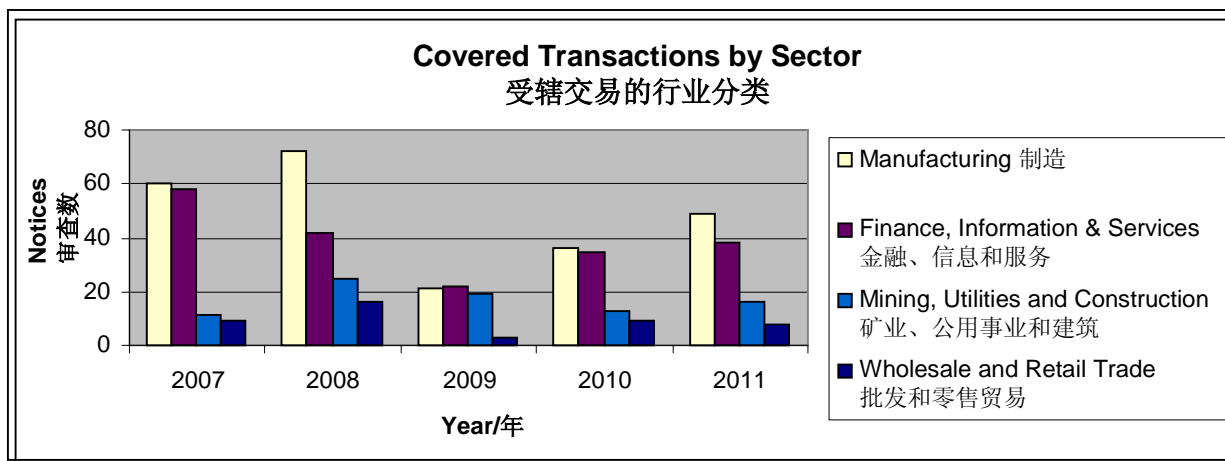
Country/ 国家	2007	2008	2009	2010	2011	Total/ 总计
<b>Brazil</b> 巴西	1	2	0	0	1	4
<b>Canada</b> 加拿大	21	6	9	9	9	54
<b>China</b> 中国	3	6	4	6	10	29
<b>France</b> 法国	7	12	7	6	14	46
<b>India</b> 印度	5	1	0	1	1	8
<b>Japan</b> 日本	1	8	4	7	7	27
<b>Russian Federation</b> 俄罗斯联邦	0	8	0	4	0	12
<b>United Kingdom</b> 英国	33	48	17	26	25	149



### 制造业继续是主导行业

正如下图所示，制造行业仍然在外资委审查的受辖交易中占主导地位，紧随其后的是金融、信息和服务行业。过去 5 年的审查交易中制造业的最大子类别是计算机和电子产品（约占 41%），其中包括导航、电子医疗测量和控制仪器制造、半导体和其他电子元件制造、通讯设备制造和计算机和外围设备制造。金融、信息和服务行业的最大子类别是计算机系统设计及相关服务，其次是建筑业、工程和相关服务业（占 33%）。下面的表格列出了制造业和金融、信息和服务业板块中主要涉及计算机和电子业的总交易数量。

Year/年	Notices/ 通知	Manufacturing/制造		Finance, Information & Services/金融、信 息和服务		Mining, Utilities and Construction/矿 业、公用事业和建 筑		Wholesale and Retail Trade/批发 和零售贸易	
		#	%	#	%	#	%	#	%
2007	138	60	43%	58	42%	11	8%	9	7%
2008	155	72	46%	42	27%	25	16%	16	10%
2009	65	21	32%	22	34%	19	29%	3	5%
2010	93	36	39%	35	38%	13	14%	9	10%
2011	111	49	44%	38	34%	16	14%	8	7%
<b>Total/ 总计</b>	<b>562</b>	<b>238</b>	<b>42%</b>	<b>195</b>	<b>35%</b>	<b>84</b>	<b>15%</b>	<b>45</b>	<b>8%</b>



### 计算机和电子工业行业领域的减缓措施

为了解决国家安全风险，外资委继续积极地对交易采取减缓措施。当外资委认定某交易将导致持有保密信息的美国公司被外国所有、控制或受到影响时，外资委通常使用减缓措施。外资委根据交易事实和情形采用不同的减缓措施。当少数外国投资者没有权利任命董事成员时，外资委可能要求当事人做出一个简单的董事会决议；但是，当一个外国母公司必须放弃其对美国公司直接的控制时，外资委可能要求当事人签署一份更加复杂的投票信托协议。

如下图示，下列行业是被要求采用减缓措施的重点行业。计算机和电子行业似乎成为被要求采取减缓措施最多的行业。2011 年，总共 8 个不同的减缓措施中涉及 6 个不同的行业。

Year /年	Total Notices/ 总通知数	Mitigation Measures/ 减缓措施		Industry Sector/行业领域
		#	%	
2007	138	14	10.1%	Basic manufacturing; energy; operations services for the aviation and maritime industries; and information technology, both hardware and software. 基础制造、能源、航空和航海业的运营服务、和硬件和软件的信息技术。
2008	155	2	1.3%	<i>industry sector information not provided*</i> 该行业信息未提供。
2009	65	5	7.7%	Computer software, telecommunications, and energy sectors. 计算机软件、通讯和能源行业领域。

2010	93	9	9.7%	Computer software, telecommunications, and energy sectors. 计算机软件、通讯和能源行业领域。
2011	111	8	7.2%	Software, computer programming, computer and electronic manufacturing, electrical equipment and component manufacturing, aerospace manufacturing and finance. 软件、计算机编程、计算机和电子制造、电子设备和电子元件制造、航空航天制造和金融。

## 我们对中国公司并购美国公司的几点建议

根据报告内容，和我们帮助客户通过外资委安全审查的经验，我们认为中国公司在考虑收购美国公司时应注意以下几点：

1. 中国公司在与作为卖方的美国公司讨论是否共同向外资委提交审查请求前，不应该承诺达成交易（包括签署任何购买协议、意向书或谅解备忘录）。
2. 中国公司和美国公司应当考虑是否将通过外资委的审查作为交易交割的条件，并考虑由哪一方承担交易不通过外资委审查或外资委要求采取减缓措施的风险。
3. 中国公司和美国公司应考虑以减少外资委审查关注的方式构建交易结构。
4. 中国公司应当安排足够的时间来收集那些在向外资委申请审查请求时所需要共同提交的文件。这些信息的收集以及起草相关的审查请求，通常需要花上几个星期的时间来完成。
5. 中国公司需要对美国目标公司进行自主调查，并且与有资质的律师或法律顾问合作就美国公司的出口控制和网络安全合规项目进行全面的尽职调查，并收集美国公司过去5年间与美国政府签订的合同信息，包括保密合同在内。
6. 如果美国目标公司受出口管制，询问该美国公司是否已经申请了向中国出口的出口控制许可，以及是否已经获得该出口控制许可。此外，还应要求美国目标公司提供其出口控制合规项目和网络安全计划的复印件。
7. 一旦外资委的审查请求被认定是适当的，中国公司和美国公司应当与外资委代表进行一个面对面的预备会议或电话会议，以便提前获悉外资委可能要求补充的相关信息和文件。

This article is published in the Summer 2013 issue of *The Michigan Business Law Journal*.  
This article is for general information only and should not be used as a basis for specific action without obtaining further legal advice.

DISCLOSURE UNDER TREASURY CIRCULAR 230: The United States Federal tax advice contained in this document and its attachments, if any, may not be used or referred to in the promoting, marketing or recommending of any entity, investment plan or arrangement, nor is such advice intended or written to be used, and may not be used, by a taxpayer for the purpose of avoiding Federal tax penalties. Advice that complies with Treasury Circular 230's "covered opinion" requirements (and thus, may be relied on to avoid tax penalties) may be obtained by contacting the author of this document.