

## 美国财政部根据 FIRRMA 出台新 CFIUS 实施细则

根据 2018 年《外商投资风险评评估现代化法案》（“FIRRMA”），美国财政部投资安全办公室出台了实施细则草案（“《实施细则》”），旨在具体实施 FIRRMA 为美国外国投资委员会（“CFIUS”）带来的变化。《实施细则》带来的变化包括，将 CFIUS 的管辖范围扩展至外国投资者未获控制权的“被涵盖投资”、创设了“白名单”程序以使某些国家投资者在 CFIUS 审查中受益，并对不动产交易规定了细则。对《实施细则》草案的反馈意见应在 2019 年 10 月 17 日之前提交。

### 简要摘要

对于国际投资者而言，《实施细则》既带来了风险，也带来了佳音。新规则大大扩张了 CFIUS 对非控制性交易和绿地项目收购的管辖范围。新规则还要求非美国买方继续就 FIRRMA 试点计划所涵盖的投资进行强制申报、将强制性申报的范围扩大至非美国政府在交易中拥有权益的特定投资，并将应报未报行为的对应罚款上限提高至交易总金额，这些变化均增加了非美国买方的风险。此外，考虑到 CFIUS 对于发现未申报交易的新权限，以及其日益激进的执法态势，决定是否提交 CFIUS 审查对交易的规划和执行更加具有战略重要性。

但《实施细则》也为特定投资者带来了重大利好。《实施细则》首次界定了多个重要的 CFIUS 概念，例如：

- 哪些数据构成敏感个人数据，何时获取该等数据会引发 CFIUS 审查；
- 将会引发 CFIUS 关注的被收购场地与“敏感”美国设施之间距离的门槛；以及
- 哪些设施构成 CFIUS 需加强审查的“关键基础设施”。

这些定义所提供的细节信息有助于澄清何时应当向 CFIUS 进行申报，可能帮助交易方节省大量交易时间，在很多情况下能够避免提请 CFIUS 审查。

同样重要的是，《实施细则》为非美国投资者在某些情况下规避 CFIUS 管辖创造了新的可能性。如果投资者在交易之时及之后的三年内符合“例外投资者”的要求，则其非控制性投资将无需接受 CFIUS 的审查。这可能会为受到偏好的投资者带来潜在的关键优势，因为他们在为交易展开竞争时无需接受 CFIUS 审查，而其竞争对手可能受此要求的约束，从而为其竞争节省成本和时间。认定“例外投资者”的标准非常复杂，主要涉及其是否排他地从属于美国的盟国，且该等盟国也实施 CFIUS 类似的投资管控制度，并在出口管控、国家安全和刑事法律方面与美国持有同一立场。但是，认定“例外投资者”身份的规则并不是简单累加的，《实施细则》并未明确“例外投资者”身份的认定程序。目前

### 重点

- 美国财政部颁布了《实施细则》草案，以具体实施 FIRRMA 为 CFIUS 引入的变化
- CFIUS 管辖权扩展至“被涵盖交易”，该等交易中如果非美国买方获得重大非公开信息的访问权，则不要求其取得控制权，也需经审查
- 作为国家安全组成部分的敏感个人数据被落实为成文规定
- 就“被涵盖投资”而言，关键基础设施获得界定
- 囊括了绿地投资不动产交易、界定了临近距离
- 对于同样确立了健全外国投资审查程序的国家，引入了“白名单”
- 向所有交易开放“声明”程序
- 保留试点计划
- 申报费的相关规定有待出台

尚不清楚投资者是否可能提前了解其具备资格与否，以及是否因此能够规避非控制性投资的 CFIUS 申报。我们鼓励对这一制度感兴趣的各方在 10 月截止日期之前向 CFIUS 提出反馈意见，例如提议设立一项参与性流程，从而在设计交易架构之前能够确定非美国投资者是否具备“例外投资者”资格。

## 对“被涵盖投资”的管辖权

在 FIRRMA 之前，CFIUS 的管辖权仅触及可能导致对美国企业产生“控制”的交易。但继 2018 年 10 月关键技术试点计划推出后（请参见本所之前的[简报](#)），《实施细则》继续扩大了 CFIUS 的管辖范围。根据《实施细则》，除对控制性投资和绿地投资外，CFIUS 还将对非控制性的“被涵盖投资”享有管辖权。这些“被涵盖投资”是指非美国投资者就涉及关键技术、关键基础设施和敏感个人数据的技术、基础架构和数据业务进行的交易。该等外国投资并未获得 CFIUS 传统意义上的控制权，但赋予了外国投资者：

- 对“重大非公开技术信息”的访问权；
- 董事会或类似管理机构的成员或观察员席位；或
- 对美国企业涉及关键技术、关键基础设施或敏感个人数据的特定行动作出实质性决策的参与权。

《实施细则》基本延用了关键技术试点计划对“重大非公开技术信息”和关键技术的规定。前者的定义为：(1) 尚未被公众所知的关于关键基础设施的设计、地点或操作的知识、专有知识或理解，包括但不限于与物理安全或网络安全相关的漏洞信息；或 (2) 尚未被公众所知的，需用于设计、装配、开发、测试、生产或制造关键技术的信息，包括但不限于工艺、技术或方法。

《实施细则》扩展了 CFIUS 对“关键技术”的非控制性投资的管辖权。“关键技术”被界定为包括：

- 《国际武器贸易条例》(ITAR)（联邦规则汇编第 22 卷第 120-130 部分）中列出的美国军需物品清单 (USML) 中包含的国防物品或国防服务；
- 《出口管制条例》(EAR) 第 774 部分 1-774 号附录（联邦规则汇编第 15 卷第 730-774 部分）中列明的商业管控清单中包含并受到管控的项目；
- 联邦规则汇编第 10 卷第 810 部分（协助外国原子能活动）所涵盖的专门设计和制备的核设备、零件和组件、材料、软件和技术；
- 联邦规则汇编第 10 卷第 110 部分（涉及核设备和材料的进出口）所涵盖的核设施、设备和材料；
- 联邦规则汇编第 7 卷第 331 部分、第 9 卷第 121 部分或第 42 卷第 73 部分所涵盖的试剂和毒素；以及
- 根据《2018 年出口管制改革法案》（美国法典第 50 编第 4817 章）受管控的新兴基础技术。

## 对数据的关注

CFIUS 对涉及敏感个人数据的交易愈发关注，本次《实施细则》将 CFIUS 的关注正式确立为成文规定。在过去的几年中，CFIUS 介入了几起涉及持有美国公民数据的美国公司的交易，包括蚂蚁金服/速汇金案、复星国际/ Wright & Co 案、Grindr / 昆仑案以及 PatientsLikeMe / 碳云智能案（请参见本所之前的简报，点击

[这里](#)和[这里](#)）。简言之，《实施细则》将敏感个人数据定义为遗传信息或美国企业为满足某些参数而维护或收集的数据。

首先，除遗传信息（始终归入 CFIUS 对敏感个人数据的扩张管辖权内）以外，美国企业必须满足下列任一条件：**(1)** 面向与国家安全相关的美国政府机构或承包商或为其提供定制产品或服务；或**(2)** 在过去十二（12）个月内的任何时间节点，曾维持或收集超过 100 万人的该等数据；或**(3)** 具有明确的业务目标，需维持或收集超过 100 万人的该等数据，且该等数据对于美国企业的主营产品或服务而言，是不可分割的组成部分。

其次，如果美国企业满足上述一项或多项条件，实际数据还必须至少属于下列类别中的一项：

- 有关个人财务困难或困境的数据；
- 消费者报告中的数据；
- 多种类型的保险数据；
- 与个人的身体、精神或心理健康状况相关的数据；
- 非公共电子通讯；
- 地理位置数据；
- 生物识别数据；
- 州或联邦政府身份证数据；
- 有关美国政府人员安全检查状况的数据；或
- 美国政府人员安全检查申请或公共信托的工作申请数据。

但《实施细则》要求，如果以美国企业对敏感个人数据的访问权为依据，对非控制性投资适用 CFIUS 管辖权，该数据对于美国企业而言必须是**可识别的**。如果美国企业因为加密的原因无法访问个人的可识别数据，则其将不会受制于 CFIUS 的扩张管辖。

## 关键基础设施得以明确

在近期对关键技术展现出关注之前，CFIUS 就已经从国家安全的角度对关键基础设施的定义范围进行了扩大。过去十多年来，投资者和美国企业一直在要求 CFIUS 澄清哪些设施构成关键基础设施。《实施细则》就此提供了部分答案，但仍然留有一些未决事项。FIRRMA 要求通过这些实施规定，将对“被涵盖投资”的扩大管辖权限定在具体的关键基础设施范围之内。《实施细则》将该具体范围划定为 28 个基础设施领域，总结如下：

- 支持对等互联的 IP 网络和互联网交换；
- 电信服务；
- 海底电缆系统、相关设施和位于海底电缆着陆点、着陆站或终端站的数据中心；
- 直接向国防部提供服务的卫星或卫星系统；
- 为大型国防采购计划或 DPAS（国防资产责任制）订单制造或运营的国防设备和相关资源，或由多个国防部计划提供资金支持的国防设备和相关资源；

# CLIFFORD CHANCE

## 高伟绅律师事务所

- 特种金属、覆盖材料、化学武器解毒剂或装甲板的制造设施；
- 发电及相关基础设施；
- 石油和天然气精炼厂、管道和相关基础设施；
- LNG 进口或出口终端；
- 金融市场公用设施和证券交易所；
- 铁路、机场、海港和港口码头；以及
- 公共供水系统、工业控制系统和处理工程。

对非控制性投资的扩大管辖权仅适用于为上述基础设施履行特定职能的美国企业。但应指出的是，该清单只适用于 CFIUS 对“被涵盖投资”的管辖权，并不限制 CFIUS 在其传统的“控制”管辖权内对关键基础设施的界定。此外，《实施细则》并未对上述类别的具体内容进行界定，因此保留了进一步分析的余地。

### 不动产交易被纳入

地理位置的邻近问题长期以来一直是 CFIUS 风险的一个重点。早在 2012 年，涉及罗尔斯公司/三一集团关于俄勒冈州风力发电场交易的剥离指令就引发了人们对 CFIUS 的关注。在过去的十年中，地理位置问题和 CFIUS 风险时常引起交易担忧。事实上，到目前为止，CFIUS 都未向投资者提供正式的指引，说明哪些地点应视为敏感地点或何种距离会产生邻近问题。

《实施细则》在这一方面有所进步，提供了一定的明确性。《实施细则》将“邻近”界定为距离特定美国军事设施一英里，而将“延展范围”界定为距离其他设施的一英里至一百英里之间。此外，新规定还提供了一份军事设施清单，该清单分为四个部分，每个部分均具有不同的邻近定义。根据美国交通部的信息，《实施细则》还适用于 25 个美国最大的吨级、集装箱和干散货港口以及战略海港。

《实施细则》还将 CFIUS 的管辖权扩展至外国人士在美国购买、租赁特定不动产或获得该等不动产特许经营权的情况，前提是外国人士获得了下列财产权的至少三种：实际访问、排他、改进或开发，或附加构筑物或物件。但须关注的是，《实施细则》将在“城市化区域”或“城市群”（由人口普查局定义）内购买不动产的交易排除在新的不动产管辖范围之外（但如果与相关港口有关以及“邻近”特定军事设施的交易除外）。《实施细则》还就与单个住房单元和多单元建筑物中的商业办公空间有关的交易作出了有限的例外规定。

### 重启“白名单”

《实施细则》不再要求 CFIUS 对“例外投资者”进行的非控制性投资进行审查，这对于特定非美国投资者而言是重大利好。“例外投资者”可包括属于（且在交易完成后三年里仍属于）以下情形的外国人士：

- 排他性属于一个或多个“例外国家”的国民；
- “例外国家”的外国政府；或
- 根据“例外国家”的法律或在美成立且主营地点位于“例外国家”或美国的外国实体（同时需符合其他条件）。

在该制度下，CFIUS 可在同时考虑其外国投资规则与美国利益的前提下，将特定国家指定为“例外国家”。未来两年内如发生上述情况，该等“例外国家”的投资者则可能被认定为“例外投资者”，并不再受制于 CFIUS 对非控制性投资扩大的管辖权。换言之，该等例外投资者对涉及关键技术、关键基础设施或敏感个人数据的美国企业进行非控制性投资时，将免于遵守 CFIUS 的申报要求（无论是自愿还是强制申报）。《实施细则》未说明“例外投资者”身份是自动授予还是必须由交易方主动申请、在不明确的情况下 CFIUS 将如何确定哪些人士具备“例外投资者”的资格，以及交易方应如何通过申请获得这一身份（如有必要）。

在《实施细则》反映的所有变化中，对于来自与美国关系密切的国家的投资者而言，这一“白名单”程序可能最为重要（对于来自不被视为“例外国家”的国家的投资者也许也很重要，只是原因相反）。如非美国买方有资格成为“例外投资者”，则其可在很多情况下避免 CFIUS 审查中固有的不确定性、相关费用和交易延迟，而与其竞争的买方则可能无法避免该等弊端。除了前述优势外，成为“例外投资者”还将提高交易成功的可能性，因为较之需经 CFIUS 审查的投资，卖方可能更青睐于具有确定性的“例外投资”。

从实际角度出发，有必要详细说明确定“例外投资者”的过程，且必须提前确定投资者。买方必须在提交竞价前知晓其是否具备成为“例外投资者”的资格，并进而确定是否能够免于提交潜在的 CFIUS 强制申报。鉴于目前《实施细则》中没有对此进行界定，两类投资者（无论是自身希望寻求“例外投资者”的身份还是希望限制具有潜在竞争关系的竞买人获得该等身份）可能均希望在截止日期（即 10 月 17 日）之前就如何解决上述问题提供相关意见。

## “声明”程序可在所有程序中采用

根据关键技术试点计划，交易方可提交传统的申报或“声明”（即篇幅较短的简易通知（约五页）），CFIUS 对该等声明的审查时间为 30 天。CFIUS 提供了可填写的在线表格供交易方提交声明。CFIUS 可通过以下方式对声明作出回复：1) 结案，不采取进一步行动；2) 要求交易方提交完整的申报，这样会导致审查程序延长至少 4 个月；3) 驳回声明并留待交易方自行决定提交完整申报（如其决定如此行事）；或 4) 启动单方面的审查。在上述所有结果中，与按照标准程序提交完整申报相比，只有第一种结果（即结案）会加快 CFIUS 的审查流程。关键技术试点计划尚未公布数据，用以分析声明对交易方是否具有价值，但坊间有证据表明，大多数选择提交 CFIUS 声明的投资者并未从声明程序中获益。

## 其他模糊之处获得澄清

最后，《实施细则》还澄清了 CFIUS 程序的其他几个方面。“被动投资”被界定为投资者并未计划或未打算行使控制权、且符合下列几项条件的交易：(1) 未获得一旦行使即可获得控制权的任何权利；(2) 未获得对《实施细则》规定事项的任何访问权、权利或参与权；(3) 除被动投资外，不存在也未产生任何其他目的；(4) 仅出于被动投资目的而持有或获得权益，未展开任何与此相违背的行动。

此外，《实施细则》还修改了“工作日”的定义，将美国联邦人事管理局宣布将华盛顿特区的联邦政府停止办公（近期政府停摆期间曾出现的情况）的日期排除在外。

## 未决问题

投资者应注意，《实施细则》没有解决两大问题：1) CFIUS 收取申报费的权限，以及 2) CFIUS 对关键技术执行强制性申报的权限。这两大问题将成为未来规则制定的重点。同时，FIRRMA 试点计划已确定将继续实施，并且在另行通知前 CFIUS 申报将继续免收申报费，这一发展应该会受到所有潜在申报方的欢迎。

## 结论

尽管自 2018 年 8 月 FIRRMA 颁布以来，公众就预期将会有进一步的细则出台，但本次《实施细则》草案仍反映了至少二十年来对 CFIUS 规定进行的最全面、最重要的修订。CFIUS 的许多问题（例如邻近问题、关键基础设施和敏感个人数据管制等）如今被落实为成文规定，使相关各方在交易交割之前和交割之后都能获得更大的确定性。同时，CFIUS 如今也带来了更大的风险，原因是 CFIUS 对不动产交易和非控制性投资的管辖权范围扩大、特定交易明确需要遵守强制性申报要求。最后，“白名单”程序有望重塑竞买方之间的竞争格局，对能够从“例外投资者”程序中受益的竞买方而言有利，对其他竞买方则不利。“白名单”程序在实践中将如何操作还有待观察。

有关各方可在 2019 年 10 月 17 日之前向财政部提交反馈意见。我们鼓励非美国投资者以及寻求外国投资的美国公司对《实施细则》发表意见。许多关键问题仍未解决，包括“例外投资者”程序如何操作、申报费的确定程序（针对每笔交易，最高可达 30 万美元），以及交易如何遵守强制性申报要求。这次反馈意见的机会不可错失，因为在可预见的未来，可能不会再有其他能够影响该等问题和 CFIUS 实践的机会。

## 联系我们

### 符国成

中国区联席管理合伙人

**T** +86 10 6535 2299

**E** terence.foo

@cliffordchance.com

### 王彦峰

中国区联席管理合伙人

**T** +86 10 6535 2266

**E** tim.wang

@cliffordchance.com

### 马云

合伙人

**T** +86 21 2320 7217

**E** glen.ma

@cliffordchance.com

### Kelly Gregory

合伙人

**T** +86 21 2320 7234

**E** kelly.gregory

@cliffordchance.com

### 柏勇

合伙人

**T** +86 10 6535 2286

**E** yong.bai

@cliffordchance.com

### 张宏

合伙人

**T** +86 10 6535 2256

**E** hong.zhang

@cliffordchance.com

以上有关中国的内容系基于我们作为国际法律顾问就客户在中国的经营活动中代表客户的经验，不应视为就中国法律的适用的法律意见。与所有在中国设有办公室的国际律师事务所相同，尽管我们可以提供有关中国法律环境影响的信息，但我们不能从事中国法律事务。我所具有中国法律职业资格的雇员现在不能作为中国律师执业。如您需要本地律师事务所的服务，我们将很乐意推荐。高伟绅律师事务所为本文的版权所有人，其中所提供的信息仅供本所客户读用。如需转载，请注明本文为本所的著作。本文仅供一般参考，其内容不一定论及各相关重要课题，也不一定涵盖论题的各个方面。本文并非为提供法律意见或其他咨询意见而编写，对于依赖本文的行动后果，本所概不负责。如欲进一步了解有关课题，欢迎联系本所。

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Clifford Chance, 33/F, China World Office 1, No. 1 Jianguomenwai Dajie, Chaoyang District, Beijing 100004, People's Republic Of China

© Clifford Chance 2019

Clifford Chance LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC323571

Registered office: 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ

We use the word 'partner' to refer to a member of Clifford Chance LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • Newcastle • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.