中国公司赴美投资所面临的 CFIUS 挑战

作者：Dara A. Panahy和陈力[1]

借助国家强劲的经济发展，中国公司在对外并购交易中正日益活跃，以应对它们在成长及发展方面的需要。由于全球金融危机及相关经济发展程度等因素，美国一直以来都是这些对外投资活动的关键目标市场。然而，某些涉及航空、国防、互联网技术及电信领域的中国公司在计划对美国公司进行投资或收购时就如何取得美国外国投资委员会（CFIUS）的批准一事上，却面临着种种挑战。

以华为技术有限公司（华为）为例，这是一家全球领先的中国电信公司，该公司因在美国的收购项目中被视为涉及了技术转让或在美国国家安全方面有令人担忧的地方，而不得不中途放弃了其在美国的几项预期交易。根据公开报道，2008 年，华为在征得 CFIUS 的意见后，撤销了它对美国本土网络公司 3Com 的收购计划；去年，华为对摩托罗拉无线设备业务的投标也因类似原因而夭折。此外，华为完成了对一家名为三叶（3Leaf）的已破产的美国服务器技术公司若干资产的收购，但在今年二月份，经 CFIUS 要求，华为撤销了这项已完成的交易。

什么是 CFIUS？它是如何影响中国公司赴美投资的？

CFIUS 是美国政府的一个跨机构委员会，由来自包括国防部、国务院、国土安全部等 9 个联邦机构的代表组成，并由财政部长亲自挂帅。如果外国人士的“并购及收购行为”使得美国公司或其资产被外国控制，则美国总统就有权就这些并购对国家安全产生的影响进行调查。一直以来，CFIUS 都被授权对这些交易进行审查及调查。须受 CFIUS 审查的对内投资或收购交易包括：被认为会引起国家安全顾虑的或涉及美国关键基础设施的美国公司资产、产品、服务或技术交易。一般来说，任何投资只要超过某家美国公司股权、投票控制权或可表决股权的 10%，均有可能触发 CFIUS 的审查；而对于何为国家安全顾虑、何为关键基础设施的定义可能很广泛，需要视个案一一确定。

在受到 CFIUS 审查的任何拟议交易中，外国投资人或买方的住所地是一个重要的考量因素。注意，CFIUS 有着保护国土安全及关键基础建设的使命，所以其审查过程必须经得起美国国会和总统的双重细查。如此一来，与涉及来自美国战略盟国的外国公司的拟议投资或收购相比，CFIUS 对涉及诸如中国等国的交

[1] Dara A. Panahy 是美邦华盛顿办公室的合伙人，他在跨国商业、并购及融资交易领域方面（包括CFIUS流程）有着丰富的经验；陈力是美邦北京办公室的高级顾问律师。

易可能更为关心。一般来说，CFIUS 会对涉及国有企业或主权财富或投资基金的任何拟议投资人或买方进行附加的详细审查，而不论其住所地位于何处。

给赴美投资的中国公司关于 CFIUS 的一般性指南

考虑自愿提交交易通告及尽早与 CFIUS 沟通

向 CFIUS 提交交易通告供其审查是自愿的且无需任何费用。与涉及反垄断相关的洛迪诺法（Hart-Scott-Rodino）合并前通告程序不同，公司不必仅因为交易达到了预设的投资规模门槛而向 CFIUS 通告。相反，是否需要通告 CFIUS 纯粹由交易是否会对美国国家安全或关键的基础设施产生潜在影响来确定。通告 CFIUS 的好处是双重的。首先，即使审查各方均未通告 CFIUS，美国总统和 CFIUS 也有权发起交易审查。自愿通告 CFIUS 避免了不当之嫌，尤其在美国政府无论如何都有可能对某交易进行调查的情况下。其次，如果未提交通告，且 CFIUS 随后确定交易会对美国国家安全考虑或关键的基础设施产生不利影响，交易各方则有可能被责令取消投资或收购。向 CFIUS 提交交易通告可能会降低交易的附属执行风险，因为这样做可以限制竞争对手或其他第三方游说国会成员或美国行政部门的官员敦促 CFIUS 在交易完成后再发起调查。

尽早咨询专业顾问

衡量通告 CFIUS 的利与弊可能会是个特别棘手的问题，需要向经验丰富的律师进行咨询。聘请声誉良好的专业顾问（尤其是 CFIUS 律师）并尽早使这些顾问参与到和 CFIUS 相关的事项评估中来，对节省不必要的开支或避免延误投资或收购交易的执行极为有利。

考虑将存有疑问的交易通告 CFIUS

当某交易界于 CFIUS 审查与不审查两可的边缘，或对其是否会触发 CFIUS 审查存有疑问时，最终确定是否将该交易通告 CFIUS 将在很大程度上取决于收购方的风险承受度。许多可能要在美国经常投资的公司（或希望经常在美国投资的公司）愿意在几乎所有这些两可的或存有疑问的情形下中选择通告 CFIUS。因为这样做不仅使这些公司在 CFIUS 对交易批准后获得了交易确定性，而且还显示了外国公司乐意与美国政府合作以及作为有责任心的企业公民的意愿，从而为未来的交易赢取商誉，并从该委员会处获得进一步的信任。

强烈建议提交 CFIUS 草案通告

CFIUS 通告由美国公司及其拟议的外国投资人或买方共同提交，他们应该事先协调整个程序并与 CFIUS 配合。协调流程通常包括在正式通告提交前，提交自愿通告的草案。事先通告草案不仅使 CFIUS 对交易有早期了解的机会，而且还向 CFIUS 事先提供了机会，使其能非正式地初步考虑拟议的交易是否会触及国家安全或美国关键基础建设等问题。事先通告草案还向 CFIUS 工作人员提供了

©2011 ChinaGoAbroad.com

就通告做出补充或修改内容建议的机会，以帮助避免审查过程中不必要的令人沮丧的延误。

尽早考虑减轻影响或加以补救的方法

如果 CFIUS 确定拟议的交易对美国国家安全构成了风险，则其可以立即反对该交易或要求各方采取措施以减轻 CFIUS 所担心的外国所有、控制或影响（FOCI）（问题）。例如，某些减轻 FOCI 顾虑的方式是通过对敏感设备或生产线进行分拆。就可能实施的分拆而言，务必了解已分拆部分是否存在任何技术或知识产权，可以或需要用于将被收购的剩余部分业务领域中。如果存在，剩余业务的所有人许可已被分拆出去的业务部分的新的所有人使用该等技术将可能是一个必要的步骤，以确保已拆分资产的新的所有人具有运作实际业务的能力。减轻 FOCI 顾虑的另一种方式为（若适用）：向美国政府提交经批准的涉及物质设备、信息系统或网络安全承诺保护/安全协议，或者设立安全的附属关联公司以隔离或限制外国人士接触任何敏感的美国资产、产品、服务或技术。CFIUS 是否会要求作出上述措施或接受其为有效的减轻其顾虑的方法，对此要做出肯定的预测是不可能的；但预测 CFIUS 可能会反对或干预某项拟议的交易却是可能的。积极地考虑可能的补救方法或减轻 FOCI 影响的措施能使交易各方（而非 CFIUS）在形成关于补救方法或减轻措施的讨论中采取初步措施。

不要假设 CFIUS 不会给予批准

尽管华为在CFIUS审批问题上历经坎坷，但许多其他中国公司已就多项重大投资或收购交易获得CFIUS的批准。以下是部分有公开报道的实例：联想于2005年收购IBM的PC业务；作为中国主权财富基金的中国投资有限责任公司于2010年对美国本土电力公司爱依斯（AES）的投资。最近，中航国际（中国航空工业集团公司的国际业务子公司）对美国通用航空引擎制造商Teledyne Continental的两家子公司收购中，在很短的期限内就获得了CFIUS的批准。这个交易之所以能够成为里程碑式的交易，不仅因为这是首次由一家中国航空业的公司收购美国航空业制造商，而且还因为中航国际的前身（公司）是迄今为止使美国总统在CFIUS对外国投资人收购美国公司的调查中唯一一次行使了否决权的外国投资人。

美邦律师事务所担任了中航国际上述交易的律师。美邦合伙人孙伟清律师认为："航空业中的外国投资对美国政府来说是非常敏感的。我们凭借对中国境外交易的深刻体会及我们对美国航空业的丰富经验，成功地谈成了这笔交易，还取得了CFIUS及其他监管机构的批准。"

©2011 ChinaGoAbroad.com

卢安霆 （Anthony Root） 中国区执行合伙人 +8610.5969.2777 aroot@milbank.com	孙伟清 合伙人 +8610.5969.2772 esun@milbank.com	Dara A. Panahy 合伙人 +1.202.835.7521 dpanahy@milbank.com	陈力 高级顾问律师 +86.10.5969.2775 Li.chen@milbank.com

This newsletter is for informational purposes only and does not constitute legal advice. Use of this newsletter does not create an attorney-client relationship between the contributing law firm and the reader. Readers should contact appropriate legal counsel for advice on any particular issue. Entire content copyright is owned by the contributing law firm. Reproduction and distribution of this newsletter in whole or in part without the written permission of the contributing law firm is expressly prohibited.

©2011 ChinaGoAbroad.com