

如何通过美国外国投资委员会审查?

姜尚 陈小敏

近期,并购界热议的三一重工诉美国总统奥巴马案,再度引起各方对美国投资审查制度的关注。于1975年设立的美

国外国投资委员会(Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS)以国家安全为基准,负责审核调查外国投资并购交易。

德恒纽约所曾协助数家中国企业,顺利通过CFIUS审批,完成对美国公司或资产的收购交易。结合过往经验和其他中国企业的审批案例,德恒总结了实践中需要注意的几点事项。

重点1: 审核关键:控制权和国家安全

美国2007年颁布的《外国投资与国家安全法案》(Foreign Investment and National Security Act)将CFIUS的审核范围限定为:除绿地投资和创业投资外,任何外国人士发起或执行的、并将由此获得美国业务控制权的交易。此外涵盖的交易,不仅包括跨国并购,也包括外国对美国的直接投资。

法律对于CFIUS审核范围的界定比较宽泛和模糊。通常,“控制权”和“国家安全”是判断交易是否需要提交至CFIUS审查的两个重要因素。

“控制权”是指确定、指导或决定某个实体重要事项的直接或间接权力。如果表决权股票少于10%,且目的只是为了进行消极投资,投资方一般不会被认定为已取得“控制权”,而CFIUS也就不会过问这笔交易。在出具法律意见书时,德恒律师通常会提醒客户,即使目前不存在控制权问题,将来的股权变动也可能使作为外国投资方的一方获得控制权,从而触发CFIUS调查。

而CFIUS在审查“国家安全”时,一般着眼于两个方面:一是“威胁”,即外国投资者是否有能力或意图危害国家安全;二是“脆弱”,即美国业务方的行业特性、系统漏洞或者组织结构是否存在脆弱性和安全风险。实践中,以下行业的并购业务极有可能被认定为涉及国家安全:关键基础设施、关键技术、军事国防、电信设施、能源和金融等领域。通常情况下,如果交易一方是外国国有企业、高科技公司、能源公司,或者交易中有涉及国防、国土安全、出口管制相关的合同文件时,交易会提交CFIUS审查的可能性就比较

大。比如,一家由德恒代理的中国企业成功竞得了一个同时涉及民用和国防的美国项目,由于国防部分无法从项目中剥离,中方最终决定撤出交易。这是因为CFIUS一旦过问,很有可能因为构成“国家安全”风险而否决整个交易。

另外,有些交易本身虽不属于国家安全行业,但其地理位置可能会构成威胁。交易项目如果靠近军事基地等敏感区域,就有被审查的可能。如2009年,中国西色国际投资有限公司欲收购美国内华达州金矿公司Firstgold Corp.,由于Firstgold在内华达州有四项资产靠近美国海军航空训练设施,CFIUS认定其威胁国家安全,西色最终不得不放弃收购计划。同样在最近的三一重工案中,交易受阻也是基于类似原因:在CFIUS看来,被收购的发电厂项目过于靠近美国俄勒冈州海军军事基地。因而,在企业进行交易立项之初,就必须考虑地域问题是否会招致CFIUS审查的隐忧。

值得关注的是,表面看来与国家安全沾不着边的房地产和建筑行业,也需要考虑CFIUS审查的问题。德恒代理的一家中国建筑公司在美国收购当地建筑公司时,由于控制权和建筑项目可能的地域原因,选择了向CFIUS申报。2014年10月,中国安邦保险集团以高价收购纽约地标性建筑华尔道夫酒店,并决定对酒店进行大规模的重新装修,这也可能会触发CFIUS审查。由于纽约华尔道夫是美国驻联合国官员和外交人员常住的酒店,装修活动可能存在窃听和间谍活动的风险。

重点2: 未雨绸缪:主动申报

对CFIUS的申报并不是强制性的,但如果交易属于审核范围,交易双方一般会主动申报。偶尔,CFIUS也会自行启动审核程序。即使交易已经完成,CFIUS也可以开始审核,这就是所谓的回溯审查。当无法确定交易是否需向CFIUS申报时,德恒律师的建议是谨慎起见,主动申报。

如果没有在前期主动申报,而在交易完成后遭遇CFIUS回溯审查,那么一旦被否定,交易双方将不可避免地蒙受经济损失。比如,2010年华为斥资200万美元收购美国3Leaf公司的知识产权,并聘用了十几名3Leaf公司的员工。也许交易规模较小,且不存在对整个公司的收购,华为没有向CFIUS申报。半年后,CFIUS对这项交易展开回溯审查,并认为交易存在国家安全风险。最终,

华为不得不剥离3Leaf资产。而本次三一重工的收购项目,也同样遭遇了回溯审查。在审查决定中,CFIUS要求三一重工拆除已经建设完成的设施。

有时,即使交易不涉及美国国家安全,交易方仍可选择主动申报,以除后顾之忧。2013年,双汇在签订收购美国猪肉生产商Smithfield公司的最终协议之前,就已经提前通过了CFIUS审查,扫除了并购中的政治障碍。主动报备,既表明了交易方同CFIUS合作的良好愿望,也提升了CFIUS对外国投资方的信任,有助于当前和未来交易的审批通过。比如,联想集团继2005年完成CFIUS审查、成功收购IBM个人电脑业务后,又于近期再次通过审查,完成对IBM低端服务器业务的收购。



陈小敏 1982年毕业于厦门大学哲学系,获哲学学士学位;1986年毕业于厦门大学法学院,获国际经济法硕士学位;1989年毕业于美国宾州州立大学法学院,获比较法硕士学位;1993年毕业于美国约翰霍普金斯大学法学院,获法学博士学位。陈律师拥有中国、纽约州、美国最高法院和美国国际法院律师执照。陈小敏律师在美国从事律师的十多年实践中,积累了丰富的经验。他是国务院新闻办2000年中国文化美国行大型文化活动的负责律师。

重点3: 投石问路:申报草案与细节

在递交正式申报材料之前,交易双方可以提前至少5个工作日,向CFIUS提交申报草案(Draft Notice)。申报草案中的所有信息都将保密。可以想象,CFIUS审查的范围囊括了许多高科技领域,由于法律规定的审查期限较短,CFIUS往往无法对交易有全面细致的了解。而该申报草案机制能够更好地帮助CFIUS理解交易,避免延长正式审查的时间。因此,德恒建议交易双方充分利用提交申报草案的机会,增进与CFIUS的沟通。

德恒曾协助一家中国太阳能企业在美国投资。由于该项交易涉及大量复杂的专业技术知识,在递交申报草案之后,CFIUS工作人员多次致电交易方,询问相关技术细节问题。德恒律师均给予了详细的回答和积极的配合。该笔交易最终顺利通过了CFIUS审查。2005年联想收购IBM

个人电脑业务的交易中,在递交申报材料之前,联想也同CFIUS进行过非正式的沟通,以确保审批过程的顺畅。

在申报材料的准备环节中,除了严格按照法律规定提供所需信息外,交易方可以灵活处理涉及政治方面的细节问题。例如,法律要求交易方提供企业董事会成员和高层管理人员的简历,但并未明文规定简历中必须罗列兼任的政治职务。因此高管的非商业职务和党派信息最好不要出现在公司官方网站中,以免引起误解。由于公司治理文化的差别,CFIUS往往会对中国国有企业存有偏见,无法理解企业所有权和经营权实行分离的原则。如果CFIUS征询相关信息,交易方一方面应该如实作答,另一方面也可以借此机会向CFIUS解释企业是如何实行经营与党务分离的。

重点4: 众口铄金:舆论与公关

一般来说,州政府基于增加就业、刺激经济的考虑,更欢迎外国资本进入;而联邦政府侧重于国家安全的考虑,管控较为严格。虽然CFIUS宣称其审查不受制于公众或政治压力,具有独立性,但中国企业仍应协同美国方面做好政治和媒体公关。

通常,德恒律师会建议客户在交易之初应有公关预算。这笔预算将主要用于争取工会、媒体、民众和地方政府对交易项目的支持。德恒曾经协助一家中国企业通过CFIUS审查收购一家濒临破产的美国汽车制造企业。由于该企业拥有几项核心的知识产权,该交易有被CFIUS勒停的风险。可相对地,一旦交易无法进行,这家美国公司的破产将会令旗下6000多名工人失业,无数家庭丧失经济来源。在进行了大量公关之后,该项交易获得了各界人士和地方政府的大力支持,并最终顺利通过CFIUS审批。

2005年,中海油收购美国能源公司Unocal,正是由于国会和公众抵制而失败。时隔八年,中海油于2013年成功完成对加拿大能源公司尼克森Nexen的收购。由于该项交易涉及对美国境内资产的收购,交易还需通过美

国批准。汲取上次交易的教训,中海油出色地完成美国政府和公众公关工作,使得收购计划能够顺利进行。

美国政界波谲云诡,关系错综复杂,没有人能够保证某笔交易一定会通过CFIUS审查。但是,联邦政府在作出决定时,往往深受民意的影响。再加上,美国工会组织强大,政府经常不得不做出让步。如何做好当地公关工作,成为投资美国的中国企业家需要学习的一门新学问。

以往经验说明,对于CFIUS审查时所关注的技术焦点问题,美国目标公司或合资方常常更有发言权。由美方进行上报材料的起草和准备,由中方进行补充和审阅,是德恒比较推荐的做法,这样还可以节省中方的费用,更好地对法律资源进行配置。

综上,美国对外国投资者的基本态度是欢迎的,外国投资者享有同本国投资者相同的国民待遇。中国企业在与美国CFIUS打交道的过程中,也无需抱定“人为刀俎,我为鱼肉”的想法。只要熟悉美国监管环境,积极配合政府审查,树立良好的公众形象,攻克政府贸易壁垒就绝非难事。(作者单位:德恒纽约律师事务所)

问题3: 各类监管部门的审批流程与收购时间表的配合

中国企业进行境外投资一般要履行政府审批或备案手续,如发展和改革委员会、商务部门以及外汇管理部门。

如果收购方同时是国内的上市公司或国有企业,还可能需履行中

国证监会或国资委的审批手续。同时,收购还可能需取得目标公司所在东道国的一些政府审批,例如,证监会批准、反垄断申报、国家安全审查(如美国CFIUS)等。

(作者单位:德恒律师事务所)

美国投资移民:如何选择好的投资项目

贾辉

2014年8月23日,美国国务院公告2014财年EB-5投资移民签证名额满员,说明美国EB-5投资移民签证达到每年配额供不应求的局面。自10月1日起,美国2015年年度EB-5配额重新开放,但很多业内专家预测,该年度的EB-5配额很可能会于明年5月份之前即用完,这将迫使很多有意投资美国移民的中国投资人不得不尽早提出申请。

美国EB-5投资移民要求,海外投资者投资100万美元或50万美元(在失业率较高的“特定就业领域”),创造或者维持至少10个美国工人岗位项目,即可申请获得美国绿卡。美国投资移民的一个特性即为风险性投资,即投资人需要承担所投资项目失败的投资风险,如果投资没有风险,例如投资美国国债,即无法获得EB-5投资移民签证。然而,面临众多的投资项目如何选择适宜的项目,避免发生投资风险呢?

选择有实力的开发商和区域中心

投资项目中需要EB-5投资人提供融资的是美国开发商,项目运营最终能否成功的关键也在于开发商。因此,需要选择正规有实力的开发商,并需要看看该开发商是否有成功运营项目的经验,是否有良好的信誉。

区域中心(Regional Center),是指根据美国1993年“区域中心移民法案”经美国政府核准的“指定区域中心”,通过区域中心在美国“目标就业区域(Targeted Employment Area,即人口低于2万乡村地区或者失业率高于美国平均失业率50%的高失业率地区)”,投资移民金额可以下调到不少于50万美元,并且移民申请条件中对“须直接创造十个就业机会”的规定,可放宽为“直接或间接创造十个就业机会”。目前绝大部分EB-5申请人都选择了通过区域中心投资的方式。目前,美国获批的区域中心已经超过300家,在如此众多的区域中心中选择有实力的区域中心是非常重要的。这需要从以下几个方面来看,比如,看该区域中心有没有跟政府合作,是否被美国政府认可;看该区域中心是否有专业完整的团队,包含有经验的商业经理、律师、会计师等完整的团队;看该区域中心是否有成功的项目运作经验。

选择经济上可行且可靠的投资项目

考察投资项目可以从经济可行性、融资架构、创业就业人数、是否获得政府支持等多个方面来考察。

从经济可行性上,适宜的投资项目应经过扎实的经济可行性分析,具有商业上的运营价值。

从投资项目融资架构来看,看投资项目是否有适宜的融资来源比例,看分别来自开发商、银行贷款和EB-5融资的比例,其中来自EB-5融资的比例一般不要超过50%。

从创业就业人数上来看,要看投资项目所创造的就业人数是否多于EB-5投资人获得绿卡所必要的在美国创造就业人数。多出的就业人数越多,相应安全系数也就越大。

从政府支持角度来看,看投资项目是否获得政府的书面支持和认可。

另外,选择好的投资移民服务中介,有助于鉴别投资项目的真实性和可行性。甄选服务中介时,要看该中介公司是否有成功案例及成功案例的比例,考察其背景实力、专业水平及诚信度,看该中介的团队是否完整可靠,是否包含律师等专业人员。不要盲目听信移民中介公司的宣传材料,尤其是保证某投资项目100%成功的许诺,往往这种承诺是不负责任的。好的开始是成功的一半,选择好的投资移民服务中介,有助于顺利选择好的投资项目并最终获得绿卡。

(作者单位:德恒律师事务所)



贾辉 中国人民大学国际经济专业学士,中国政法大学法律硕士,美国纽约大学法学院法律硕士(LLM)。

在公司领域,曾为多家跨国公司在中国的投资活动提供法律咨询;在并购领域,曾代表多家中国大型石油企业参加多起境外并购交易;在国际贸易纠纷解决领域,曾代表一家中国大型上市公司参与在加拿大发起的复合地板反倾销和反补贴调查。他还代表过多家外国公司参与在中国发起的冷轧板反倾销案、铜板纸反倾销案、聚酯薄膜反倾销案、光纤反倾销案、双酚A反倾销案等。