

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港

香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London
Riverside, London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

从石基公司在美投资案简评 FIRRMA 最新变化

作者: 潘永建 | 孔焕志 | 黄文捷 | 沙莎

一. 石基公司在美投资案

2020 年 3 月 6 日, 美国总统发布《关于北京石基信息科技公司收购 Stayntouch 的行政令》,¹禁止北京中石基信息技术股份有限公司(以下简称“石基公司”)及其全资子公司石基(香港)公司收购 StayNTouch, 要求石基公司在 120 天内剥离其所收购的 StayNTouch 相关的所有权益。如经美国外资审议委员会(CFIUS)核准, 剥离期限最多可延长 90 天。同时, 石基公司必须永久放弃对 StayNTouch 的收购。

StayNTouch 是一家特拉华州移动酒店物业管理公司, 石基公司自 2016 年起开始对 StayNTouch 进行首轮投资, 2018 年 9 月已经完成对 StayNTouch 的 100%收购。²此次美国总统依据修订后的《1950 年国防生产法》(Defense Production Act of 1950, DPA)第 721 章和《国际紧急经济权力法》(International Emergency Economic Powers Act)发布前述行政令, 认为有可靠证据表明石基公司作为中国上市公司, 其与子公司

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

¹ Order Regarding the Acquisition of Stayntouch, Inc. by Beijing Shiji Information Technology Co., Ltd., <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/order-regarding-acquisition-stayntouch-inc-beijing-shiji-information-technology-co-ltd/>最后访问时间为 2020 年 3 月 9 日。

² Shiji Completes Acquisition of StayNTouch, <https://www.stayntouch.com/news/shiji-completes-acquisition-of-stayntouch/>最后访问时间为 2020 年 3 月 9 日。

可能通过收购 StayNTouch 进行“威胁美国国家安全”的行动。该“可靠”证据主要是石基公司或其子公司可能接触 StayNTouch 酒店的顾客信息。尽管石基公司回应其不会接触到任何 StayNTouch 公司的顾客信息, 并提出了一系列重大措施建议(包括进一步限制对客户数据的访问并任命一名独立的监督员来确保以上保护行为), 以缓解美国政府可能存在的担忧, 但这些提议均遭到美国政府部门拒绝。该案例是《外国投资风险审查现代化法案》(FIRRMA)最终条例生效后, 第一起中国投资者对美投资被禁止的案例。

二. 美国外国投资审查制度概述

2007 年, 美国通过《外国投资与国家安全法》(FISA), 对 DPA 第 721 章进行了修订, 规定了进行国家安全分析时可能考虑的各种因素。FIRRMA 于 2018 年 8 月生效, 进一步修订 DPA 第 721 章, 延续了 CFIUS 对任何可能导致外国人控制美国企业的交易具有管辖权的规定, 并且扩大了美国总统和 CFIUS 的权限, 以管辖非控制投资和房地产交易引起的任何国家安全问题。2018 年 10 月, 美国财政部发布《2018 年暂行条例》(83 FR 51316)与《试点暂行条例》(83 FR 51322)。《2018 年暂行条例》对《关于外国人在美国进行若干投资的规定》(Provisions Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Persons, 31 CFR 800)进行了修订; 《试点暂行条例》对外国投资者在涉及关键技术的某些美国企业的投资进行管辖并要求强制申报。美国财政部还于 2019 年 9 月发布两个拟议条例 84 FR 50174 和 84 FR 50214 (以下合称为“拟议条例”)以具体实施 FIRRMA, 拟议条例 84 FR 50174 对 31 CFR 800 进行进一步修改, 细化了 CFIUS 对于外国人在美国的某些投资的审查权限和流程; 拟议条例 84 FR 50214 规定了 CFIUS 对美国境内某些房地产交易的审查权限。

2020 年 1 月 3 日, 美国财政部发布了 31 CFR 800 和《关于外国人在美国进行若干房地产投资的规定》(Provisions Pertaining to Certain Transactions by Foreign Persons Involving Real Estate in the United States, 31 CFR 802)最终条例(以下合称为“最终条例”), 修改并落实了拟议条例。其中, 最终条例 31 CFR 800 不仅包括并更新了《2018 年暂行条例》的某些规定, 还包括了《试点暂行条例》的许多内容。最终条例进一步确定了 CFIUS 对于外国投资风险审查的管辖范围与程序, 最终条例已于 2020 年 2 月 13 日生效。

三. 最终条例主要变化

1. 例外外国国家(Excepted foreign state)

按照最终条例, CFIUS 对 TID 美国业务³投资的管辖权不适用于来自“例外外国国家”的“例外投资者”。CFIUS 在最终条例中确定判断“例外外国国家”的两项条件: (1)该国被 CFIUS 认定为“合格外国国家(eligible foreign state)”; (2)该国已建立并正在有效利用一个健全的程序来分析外国投资对国家的风险, 并促进与美国在有关投资安全问题上的协调。目前, CFIUS 已指定澳大利亚、加拿大和英国作为例外外国国家。上述国家已满足第一项条件, 与美国建立了“健全的情报共享

³ 根据 31 CFR 800.248, TID 美国业务指生产、设计、测试、制造、组装或开发一种或多种关键技术的业务; 与涵盖投资的关键基础设施相关的业务; 以及直接或间接持有、收集个人敏感数据的业务。

和国防工业基地一体化机制”,⁴ 2022 年 2 月 13 日之后还需满足第二项条件才可继续作为例外外国国家。根据最终条例, 2020 年 2 月 13 日后新增的例外外国国家必须同时满足上述两项条件。

2. 例外投资者(Excepted investor)

最终条例修改了“例外投资者”的定义。⁵首先, 最终条例对例外投资者的董事会成员的国籍标准进行了修改, 要求董事会中美国国民、“例外外国国家”国籍的国民比例最低为 75%。其次, 在外国实体中单独或集合持有一定比例股权的外国人的国籍须为“例外外国国家”, 最终条例将这一股权比例限制由 5%调整为 10%。最后, 最终条例还将“最低例外所有权”⁶由 90%调整为 80%。“最低例外所有权”这一概念被用于定义“例外投资者”, “例外投资者”的“最低例外所有权”应当由满足特定要求的实体持有, 即确保至少 80%的表决权由例外外国国家或美国人持有。

此外, 最终条例规定, 在综合考虑特定因素后, 多个外国人可被认为构成一个集体, 从而其所有权应当累计。这些认定因素包括: 多个外国人之间具有关联关系, 订立关于一致行动的正式或非正式协议, 属于一国国家或地方政府的代理、机构或受其控制。

3. 个人敏感数据(Sensitive personal data)

直接或间接持有或收集美国公民个人敏感数据的美国企业属于 TID 美国业务, 外国人对非关联 TID 美国业务进行投资的交易构成“涵盖交易(Covered Transactions)”从而受到 CFIUS 管辖。最终条例进一步澄清了个人敏感数据的范围。美国企业若具有“展示业务目标(demonstrated business objective)”, 表明其将持有或收集 100 万以上主体的个人敏感数据并将该等数据与美国企业主要产品或服务相结合, 则该美国企业符合个人敏感数据项下的定义。最终条例举例说明, 美国企业向潜在投资者发放的宣传材料中所展示的商业计划可以表明该美国企业具有“展示业务目标”。

最终条例还通过示例阐明美国企业持有或收集个人敏感数据计算时间点以及持有或收集不同类别个人敏感数据的情况。对于持有或收集 100 万以上主体个人敏感数据的美国企业, 其持有或收集的时间范围为 800.104(b)中规定的四个时间节点或向 CFIUS 提交书面通知或申报之日(取最早的时间节点)前的十二个月内。受管辖的个人敏感数据包括金融数据、消费者数据、保险数据、电子通讯数据、健康数据、地理位置数据、生物识别注册数据等。如果美国企业收集或持有的不同类别个人敏感数据涉及的主体合计超过 100 万, 则其符合个人敏感数据项下的定义。

最终条例还对基因数据和金融数据的范围作出特别规定。TID 美国业务所涉及的基因数据仅限于《反基因歧视法》(Genetic Information Non-Discrimination Act of 2008)下规定的基因测试(包括任何相关基因序列)得出的个人可识别数据。来自美国政府持有的数据库、且为研究目的提供给私营企业的基因数据不在个人敏感数据的范围内。最终条例还说明, 属于个人敏感数据的金融数据仅限于用于分析个人财务困境或财务危机的金融数据。

⁴ 31 CFR 800.218

⁵ 31 CFR 800.219

⁶ 31 CFR 800.233

4. 涵盖交易(Covered transaction)

最终条例进一步明确了“涵盖交易”的范围。例如，当某一投资授予外国人在美国企业的董事会席位或观察权利，而这一美国企业又通过其子公司运营 TID 美国业务，那么这一投资构成涵盖交易。关于实施涵盖交易最低门槛，财政部认定，不能对低于最低门槛的涵盖交易实行分类豁免。CFIUS 将根据具体事实和情况，包括投资规模和其他因素，对每笔交易进行评估。

5. 关键技术(Critical technology)

由于财政部认为 FIRMMA 并未授权其对“关键技术”的定义作出变更，最终条例仍然延续了 FIRMMA 对“关键技术”的定义。与拟议条例一样，最终条例将《2018 年出口管制改革法案》(Export Control Reform Act of 2018, ECRA)管辖的“新兴技术和基础技术”(emerging and foundational technologies)纳入“关键技术”的范围，从而实现“新兴技术和基础技术”领域外国投资审查和技术出口管制的全面管辖。根据 ECRA，新兴技术和基础技术是指，未被列入任何依美国法律法规制定的出口管制清单，但对美国保持技术优势以及保障国家安全至关重要的技术。2018 年 11 月 19 日，美国商务部工业与安全局发布公告，提出影响国家安全的新兴技术可能涉及的 14 个领域⁷：(1)生物技术；(2)人工智能与机器学习技术；(3)定位、导航和定时技术；(4)微处理器技术；(5)先进计算技术；(6)数据分析技术；(7)量子信息和传感技术；(8)物流技术；(9)增材制造技术；(10)机器人；(11)脑机接口；(12)高超音速空气动力学；(13)先进材料；(14)先进监控技术。

6. 强制申报(Mandatory declaration)

最终条例维持了《试点暂行条例》中对关键技术涵盖交易的强制申报要求。根据最终条例，强制申报的范围包括以下几种：第一，涵盖交易中导致在某一外国(例外外国国家除外)的国家或地方政府拥有实质性权益的外国人收购 TID 美国业务的实质性权益的；第二，涵盖投资，以及可能导致外国控制生产、设计、测试、制造、组装或研发 TID 美国业务的一项或多项关键技术涵盖交易。不过，财政部预期将发布新的拟议条例，考虑将关键技术强制申报要求的基础由北美工业分类系统(NAICS)代码改为出口管制许可。此外，最终条例豁免了部分关键技术交易的强制申报要求。这些豁免适用于例外投资者、FOCI (foreign ownership, control, or influence)豁免实体、某些加密技术、由美国公民单独管理并最终控制的投资基金。

7. 增持收购(Incremental acquisition)

增持收购规则为外国投资者提供了安全港，如果某一交易属于增持收购，则其不属于涵盖交易从而无需受 CFIUS 审查。最终条例扩大了增持收购的适用范围，明确涵盖控制交易已向委员会申报、且委员会已完成所有程序之后，同一主体发生的股权增持交易或权利变更属于增持收购。⁸

⁷

<https://www.federalregister.gov/documents/2018/11/19/2018-25221/review-of-controls-for-certain-emerging-technologies> 最后访问时间为 2020 年 4 月 23 日。

⁸ 31 CFR 800.305

8. 重大权益(Substantial interest)

“重大权益”⁹指外国人收购美国业务时直接或间接持有的 25%或以上的表决权，或者外国人在外国政府直接或间接拥有的 49%或以上的表决权。外国政府拥有美国企业重大权益的涵盖交易应强制申报。最终条例明确，“重大权益”适用于外国国家和地方政府及其各自的部门、代理或机构。另外，在投资人为投资基金的情形下，最终条例还将“重大权益”定义为外国政府作为普通合伙人的利益，而排除了其作为有限合伙人的利益情形。

9. 外国人(Foreign person)

拟议条例规定，外国国民、外国政府和外国实体，以及由前述主体控制的外国实体，属于“外国人”。¹⁰最终条例在此基础上进一步明确，由外国人控制或可由外国人控制的任何实体也属于外国人。

10. 主要营业地(Principal place of business)

最终条例将“主要营业地”¹¹定义为管理层对实体进行管理、控制、协调的主要地点；在投资人为投资基金的情形下，主要营业地为普通合伙人或管理成员对基金的活动和投资进行管理、控制、协调的主要地点。

11. 例外房地产投资者(Excepted real estate investor)

与前述“例外投资者”的修改相同，第 802 章的“例外房地产投资者”的定义也在董事会成员国籍限制、个人投资者股权比例限制、最低例外所有权方面作出了相应修改。

12. 例外房地产交易(Excepted real estate transaction)

例外房地产交易被排除在涵盖房地产交易的范畴之外，无需受到 CFIUS 审查。

最终条例明确，如果某一项交易涉及涵盖房地产同时又属于第 800 章定义的“涵盖交易”，那么该交易属于第 802 章下的例外房地产交易，而不再同时受到第 802 章管辖。最终条例将与外国航空公司相关的特定房地产交易列为例外房地产交易。拟议条例将符合 NAICS 代码的零售、住宿、餐饮业房地产设施的租赁和特许列为例外房地产交易；最终条例将这一例外改为“仅用于向公众提供商品或服务的零售业房地产的租赁和特许”，进一步扩大了零售业房地产交易的豁免范围。此外，最终条例还说明，多单元建筑中的商业空间房地产交易是否构成例外房地产交易，应当根据拥有、租赁该商业空间或获得让与权的外国人占当事人总数的比例来判断。

⁹ 31 CFR 800.244

¹⁰ 31 CFR 800.224

¹¹ 31 CFR 800.239

13. 涵盖港口(Covered port)

最终条例将拟议条例 84 FR 50214 中的“机场”和“海港”两个定义合并为“港口”，并列明了供参考的由运输部发布的相关清单。此外，对于清单中新增的机场或海港，最终条例规定延缓 30 日生效。适用于特定交易的机场或海港清单应当是交易各方签订主要条款文件之日或交易完成日(取较早的时间节点)时有效的清单。

14. 涵盖房地产(Covered real estate)

拟议条例将位于美国海岸线向海 12 海里以内的离岸部分的某些军事设施包括在 CFIUS 的管辖范围内。最终条例将“12 海里”这一参考标准改为了“美国领海范围内”。

四. 合规建议

“国家安全”是美国外国投资审查制度的核心关注点。FIRRMA 指出，CFIUS 应当以维护国家安全的目的审查交易，而无需考虑与国家安全无关的其他国家利益问题。尽管最终条例仍未对“国家安全”进行明确定义，但实践中，CFIUS 一般会从商业性质和外国实体的性质两个方面出发，分析其审查的每一笔交易的具体事实和情况，以确定交易是否涉及“国家安全”。根据 DPA 第 721 章(f)条以及 CFIUS 于 2008 年出台的《关于 CFIUS 国家安全审查的指南》(Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in the United States)，CFIUS 可能从以下几个方面对“国家安全”进行考察：

- (1) 与国防生产需求、人力资源、产品、技术、材料以及其他物资和服务等相关的；
- (2) 国内产业和商业活动受外国公民控制，进而影响美国国家安全能力的；
- (3) 与特定国家¹²的交易对军用物品、设备或技术有潜在影响，或美国国防部长认定的对美国的利益构成了潜在的地区军事威胁，或核不扩散特别国家名单中的国家和地区；
- (4) 影响美国国家安全领域的国际技术领导地位的；
- (5) 对美国重要基础设施(包括主要的能源资产)、关键技术存在潜在国家安全相关的影响的；
- (6) 该交易是否会导致美国企业被外国政府控制或被外国政府控制的或代表外国政府行事的实体控制，以及相关国家遵守防扩散控制制度的记录和与美国反恐合作的记录；
- (7) 该交易具有军事应用技术的转运或转移的潜力；
- (8) 美国对能源和其他关键资源及材料需求的长期预测；
- (9) 其他因素，如总统或 CFIUS 确定为适当的、一般的或与特定的审查或调查有关的。

对 CFIUS 密切关注的行业进行投资时，必须重视外资审查问题，例如涉及敏感数据、生物科技、人工智能、通讯、金融、房地产等领域的投资。如果在美投资涉及的业务与 ECRA 管制的“新兴技术”有关，特别是新材料技术、机器人技术和人工智能技术等中国制造 2025 战略规划的重点领域技术，中国投资者应当特别关注该等新兴技术审查对投资活动的影响。企业投资时应当在了解和熟悉规则的基础上，判断受 CFIUS 审查的可能性，并预先采取有效措施避免或降低审查过程中出现交易被禁止的风险。

¹² 特定国家可能包括支持恐怖主义、生化武器扩散、导弹扩散的国家。

企业进行业务或商业宣传时，应注意是否表明将要收集个人敏感数据，包括金融数据、消费者数据、保险数据、健康数据等，且应注意收集数据的数量将合计计算。企业可以综合评估上述风险，自愿进行申报，避免交割后被否决而产生的更大损失。对于需要进行强制申报的投资，企业必须根据 FIRRMA 和最终条例的规定向 CFIUS 进行申报。

最终规则作为 FIRRMA 的实施条例，进一步细化和明确了美国在外商投资国家安全审查方面采取的措施，体现了美国在外商投资审查方面趋于严格的态势，也提醒在美国投资的中国企业必须了解和重视 CFIUS 审查。中国企业可以依情况将外资审查作为交割条件以降低投资损失。即使交易已经完成，也会出现因投资审查而被取消的情况，企业亦应针对这一情形谨慎考虑投资风险。

石基公司行政令发布同日，北京昆仑万维科技股份有限公司发布《关于转让控股子公司 Grindr Inc. 股权的公告》，¹³以履行 2019 年 5 月与 CFIUS 达成的《国家安全协议》，即因隐私和国家安全问题，其必须出售 2018 年 1 月已完成的对美国社交网站 Grindr 的收购。2019 年 4 月，CFIUS 以国家安全和商业秘密为由要求深圳碳云智能公司(iCarbonX)剥离其在 PatientLikeMe 的股权。¹⁴根据荣鼎咨询公司(Rhodium Group)公布的数据，2018 年中国在美国的直接投资下降至 48 亿美元，较 2017 年的 290 亿美元下降了 84%。¹⁵近年来多起中国在美外商投资被禁案例以及 FIRRMA 和最终条例的出台可能带来寒蝉效应。面对 CFIUS 的广泛管辖与严格监管，中国企业不必过度悲观，应当结合投资行业与投资比例等因素，综合判断投资风险，尽可能避免投资损失和由此带来的负面影响。

【根据相关实务经验，我们准备了详尽的评估 CFIUS 审查可能性的问题清单。我们欢迎客户与我们联系，索取并讨论问题清单。】

¹³ 《关于转让控股子公司 Grindr Inc. 股权的公告》

<http://www.cninfo.com.cn/new/disclosure/detail?plate=szse&orgId=9900023869&stockCode=300418&announcementId=1207350212&announcementTime=2020-03-06%2015:59> 最后访问时间为 2020 年 3 月 9 日。

¹⁴ The Trump administration is forcing this health start-up that took Chinese money into a fire sale, <https://www.cnn.com/2019/04/04/cfius-forces-patientlikeme-into-fire-sale-booting-chinese-investor.html> 最后访问时间为 2020 年 3 月 9 日。

¹⁵ Net Negative: Chinese Investment in the US in 2018, <https://rhg.com/research/chinese-investment-in-the-us-2018-recap/> 最后访问时间为 2020 年 3 月 9 日。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



潘永建
+86 21 3135 8701
david.pan@llinkslaw.com



孔焕志
+86 21 3135 8777
kenneth.kong@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

香港

T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: LlinksLaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。