

美国反垄断风声趋紧 企业需应对有策

■ 中国贸促会法律事务部 李薇

近期,中国贸促会组织赴美经贸摩擦应对培训班,培训班成员通过与美国相关机构交流学习,了解到美国反垄断调查风声日益趋紧,欲进入美国市场的我国企业需警惕应对,提前采取防范措施。

美国反垄断法的立法宗旨是促进公平竞争,保障经营主体及消费者利益。美国反垄断法系主要有两个层面的法规:联邦法和州法,联邦法层面包括《谢尔曼法》《克莱顿法》《罗宾森-派特曼法》《联邦贸易委员会法》等;州法层面包括反垄断及贸易相关规定。监管机构包括联邦层面的司法部、联邦贸易委员会、行业监管部门等以及州层面的州检察长。

美国反垄断法绝对禁止以下行为:价格固定与操纵投标、市场与客源分割、联合限制与第三方交易。衡量哪些行为可能被允许时,则主要考虑行为对于市场竞争可能产生的影响是促进还是抑制。行为人的市场地位是其中一个重要的考量因素,市场支配地位本身不构成垄断,对支配地位的滥用才是法律禁止的垄断行为。此外,市场独占、拒绝交易、强迫交易、掠夺性定价、价格歧

视和其他不正当竞争行为也可能成为被禁止的行为。

违反美国反垄断法要承担的刑事责任包括:企业可能受到1亿美元以上的罚款,责任人可判处高达10年的徒刑及100万美元罚款。相应的民事责任可以是三倍惩罚性赔偿。对企业而言,违反反垄断法还可能意味着正常经营活动难以顺利进行,企业名誉受到巨大损害甚至因经营不善破产。

美国反垄断法具有广泛的管辖范围及域外效力。根据美国司法部和联邦贸易委员会联合发布的反垄断执法指南,美国反垄断法域外效力发生的前提是:不正当竞争行为应当与美国市场和消费者之间存在充分的联系,政府执法可弥补对美国市场和消费者造成的损伤。该指南进一步规定,如果某可能被认定为垄断的行为对美国、美国进口商业或美国出口商的出口商业具有直接、实质、合理和可预见的影响,对于实施这种行为的境外企业及美国出口企业可适用美国反垄断法。也就是说,只要境外行为(例如在中国的销售行为)潜在对美国市场造成影响,就要受到美国反垄断法的管辖。

根据美方的统计,2016年,美国各级法院受理125起反垄断诉讼。仅在2015年,美国法院对垄断行为主体的罚款总额就高达91亿美元。近年来,由美国发起调查的重大反垄断案例包括中国苏州友达光电被处5亿美元罚款、三星被处3亿美元罚款、德国巴斯夫被处2.25亿美元罚款。

面对日益趋紧的反垄断趋势,企业如欲进入美国市场,如何理性对待?美国奥斯顿律师事务所律师莱斯利表示,美国反垄断法规则具有高度概括性,这为司法层面灵活适用创造了可能。他鼓励中国企业积极配合监管机构的调查,同时在美国寻求反垄断专业律师的指导和协助,会有更大的胜诉可能性。例如,中国维生素制造商由于价格过低被美国个人起诉一案,中国企业称中国政府对药品制定了指导价格,商务部出庭证明企业遵守药品指导价格是政府行为,最终中国企业在联邦上诉法院胜诉。

美方专家提示,商业合作伙伴在进行商业合作时需要特别注意进行反垄断风险核查以及合规审查,并应提前采取预防措施减少风险。



同时,行业协会也需要考虑反垄断问题。行业协会的行为不必然违反反垄断法,但也蕴藏着一些风险,判断是否违法的依据主要在于是否促进竞争。行业协会可通过采取以下行为来降低违反反垄断法的风 险:通过集体采购降低采购成本;促进有序经营、政策游说和行业推

广。如果措施得当,商业信息交换和统一标准制定是可以被允许的。而以下行为则被推定违法且不得开展:固定价格采购与销售、操纵投标、联合企业对特定经营主体禁止交易等。行业协会应当主动遵守相关法律法规,降低反垄断法违规风险。

战略性并购成美国审查敏感区

■中国贸促会法律事务部 李薇

近期中国贸促会组织经贸摩擦应对培训班访问美国,美国哥伦比亚大学法学院教授Jeffrey N. Gordon表示,近几年来,由于受国家安全威胁、政治因素、中美贸易赤字担忧、企业国有性质、贸易保护主义等问题影响,中国公司收购美国公司越来越难。2006年,中美之间的兼并重组和外国投资总量达到460亿美元,到2015年,这一数字增加了3倍多。他预测,中美双方相互投资都会减少,美国已经明显有限制外国并购的现象。

大致而言,中国企业在美国投资有两种常见的方式:第一种是新设投资,即通常所说的绿地投资;另一种是收购现有企业。绿地投资涉及的法律问题相对较少,很多情况下会被认为是美国公司之间的行为,因此相对容易。但在目前的跨国投资中,由于考虑到现有技术等因素,收购、并购的方式占主导地位。

对美方而言,限制并购是对冲汇率引起的风险。Gordon教授预测,美国正在慢慢收紧战略性并购,未来不会有太多大型收购活动,最明显的例子就是刚刚被拒绝的案例:中国企业收购美国半导体公司。一般来说,战略并购是以并购双方各自核心竞争优势为基础,出于企业的自身发展战略需要,达到公司发展战略目标,通过优化资源配置的方式在适度范围内继续强化企业核心竞争力,并产生协同效应,创造大于各自独立价值之和的新增价值的并购活动。而财务性并购是单纯以获利为目的的并购活动,如果中国投资者纯以获利为目的收购美国产业,美国一般不会拒绝。

美国向中国主要的听众或投资人发出的声音非常重要。在美国来看,跨国并购最基本的动机来源于经济方面受益的私营产业各个参与者,换句话说,公司为什么收购?为了寻找规模效益,给收益带来好处。以巧克力市场为例,这一业务在美国有非常完善的配售渠道,但在南美没有。美国买家可能去南美找零售商渠道,使得北美的销售可以辐射到南美,以获取更大的销量,这就是兼并重组的动机。因此,美方跨国并购方的最基本假设就是自己公司利益最大化。

那么什么时候并购会受到政府干预呢?主要出现在美国认为并购动机受到国家意志影响的时候。现阶段,很多中美之间的并购兼并被认为具有国家战略意义。例如科技振兴方面,要采购一些科技方面的优势公司,便以并购作为工具。另一方面,中美之间的对等原则并未很好地体现。例如,中国企业想并购美国某一行业企业,而美国企业想在中国并购同类企业的难度却很大,这样美国就认为未能体现对等原则,中美之间就容易产生摩擦。

美国法律是普通法系中一个重要的分支。美国法是在继承改造英国法的基础上创立起来的独具特色的发达的法律制度,在世界法制史中占有重要的历史地位。美国是一个法律地位崇高的国家,中国企业要走入美国,必须了解美国文化和美国市场规则。美国民众崇尚法律,整个社会体系都讲究程序。美方专家建议,中美所有的贸易投资磋商都应 有律师全程参与,并且要从谈判开始介入,才能充分保护权利并防止产生不必要的损失。



近期,中国贸促会组织经贸摩擦应对培训班访问美国。国家对并购交易的审查成为重要话题。

今年9月14日,美国外国投资委员会(CFIUS)发布声明称,美国总统特朗普下达行政指令,否决了有中国背景的私募股权基金收购美国芯片制造商莱迪思的交易。

无独有偶,2012年,三一重工在美关联公司在收购位于俄勒冈州的四个美国风电项目的过程中,也因该项目靠近美国海军军事基地,而以危害美国国家安全为由先后两次被CFIUS叫停,并得到奥巴马总统支持。最终,三一重工通过两轮法律诉讼程序取胜,与美国政府达成和解。

在这些引入关注的新闻背后,都有CFIUS的身影,该机构逐渐引起中国投资者的广泛关注。那么,CFIUS究竟是何方神圣?它的审查流程和标准是怎样的?中国投资者该如何应对?在中国贸促会组织的中美经贸摩擦应对培训过程中,多家美国律师事务所向我们详细介绍了CFIUS的方方面面。

CFIUS是一家由美国财政部领导的跨政府部门机构,其成员包括财政部、司法部、国土安全部、商务部、国防部、能源部、美国贸易代表办公室(USTR)、白宫科学技术政策办公室等等,其作用是审查外国投资者的兼并、收购或接管交易所导致的对美国商业实体的控制是否有可能损害美国的国家安全。

这里包含几个重要问题:第一,美国商业实体,含义广泛,任何在美国从事跨州商业活动的实体都被包括在内,即使是外国公司在美国的子公司或分公司亦被囊

括。曾有多起中国投资者意图收购欧洲公司的案件,因目标公司在美国有关联公司,就必须经过CFIUS审批。第二,何种程度可以被算作控制,法律对此并没有明确标准,因此,无论直接还是间接控制,只要有权力对美国商业实体的重要事项产生决定性影响,都可能被算作控制。第三,法律没有对此处的国家安全明确定义,也就可能包括对国土安全,以及外国人收购关键技术或关键基础设施的各种考量。因此,对以上概念的解釋的不确定性,将导致管辖范围和审查结果的不确定,这也是近几年案件争议产生的主要原因。

CFIUS有权审查管辖范围内的交易,包括可能导致外国人控制美国商业实体的交易。某些交易不在CFIUS管辖范围内,例如仅为投资目的进行的投资交易、不转移控制权的股权交易、创办新公司类型的交易等。2009年至2015年,总共有770件管辖范围内的交易被提交到CFIUS进行审查,涉及制造业(约占42%)、金融/信息/服务业(约占32%)、采矿/建筑/公共设施业(约占18%)和批发/零售/运输业(约占8%)。

CFIUS的审查过程非常不透明,几乎不向外披露任何信息,这也是让人感觉神秘的原因之一。

按惯例,应由交易当事人主动向CFIUS提交备案申请。当然,CFIUS也可以在任何时候自行发起调查,甚至在交易完成后,或者主动联系并要求交易各方提交申请。因此,提前备案报批虽非强制,而且比较耗时耗力,但总比事后被强行终止交易要风险小得多。

通常情况下,交易双方当事人先联合提交一个初步申请,探探CFIUS的口风,然后视情况提交正式申请。在正式申请被受理后,CFIUS必须在30天内完成审查。视需要,它可以决定是否启动额外的调查程序。如果决定启动,则调查期为45天。之后,如果CFIUS确定交易不危害国家安全,安全担忧可由其他法律解决或者在采取一定抵消措施后可消除,则会批准交易,相反,如果CFIUS确定存在无法解决的安全担忧,而当事人又不愿放弃交易,则会提交给总统在15天内裁定是否阻止/中止交易,总统必须向公众宣布其决定。虽然CFIUS流程看起来关隘重重,但事实上,九成的报批交易都会被通过。在未成功的案例中,极少案件会走到总统裁定阶段,甚至不是被CFIUS驳回,而是由当事人撤回申请或放弃交易。

下表中详细统计了2014年至2016年CFIUS管辖范围内的案件类型及数量。可以看出,一定数量的申请会被主动撤回,原因是多样的,有的是因为当事人无法解决CFIUS提出的国家安全问题或者不愿退让接受CFIUS提出的抵消措施,有的是因为情况发生变化或者需要更多时间答复而暂时撤回,随后再重新提交申请,还有的是因为当事人不愿走到总统裁定阶段或者由于其他原因想要放弃交易。不管怎样,CFIUS在审查和调查阶段都给当事人提供了主动撤回的机会。从2009年到2015年,在CFIUS收到的770件申请中,有3%的案件在审查阶段被撤回,7%的案件在调查阶段被撤回,考虑到一些案件会被重新提交,所以真正撤回的案子并不多。

CFIUS审查中所考虑的对国家安全的威胁因素到底有哪些呢?

CFIUS曾在2008年公开过相关审查指南,但这些因素多种多样,难以穷举。例如,外国人控制美国商业实体后,如果向与国家安全有关的政府部门提供产品或服务,可能参与美国重大基础设施、美国金融体系、能源或交通方面的建设或运营,可能掌控关键技术行业,可能接触到机密信息或敏感政府信息,可能参与武器、卫星、雷达或航空设备制造活动,可能从事与美国出口管制的产品或服务有关的研发,可能影响网络安全或行业性的个人信息安全,可能厂房靠近美国军事或政府敏感区。再比如,如果意图收购的外国人受外国政府控制(例如有国有企业)或者来自受美国制裁的

国家等等。还有一些与国防有关的因素,例如受外国人控制后可能影响美国为满足国防需求的生产能力等等。

尽管在CFIUS审查过程中可能会遇到多种挑战,但当事人并非没有解决良策,最常见的就是主动采取或与CFIUS协商采取一些抵消措施,来消除潜在的国家安全风险。

这些措施包括:确保只有被授权的人可以获得某些技术和信息;建立公司安全委员会和其他机制,以确保符合安全要求;为处理现有或未来的美国政府采购合同、政府客户信息和其他敏感信息而制定指导方针和条款;确保只有美国公民处理某些产品和服务,并确保某些活动和产品仅在美国发生;在外国人访问美国公司之前通知安全官员或有关的政府方批准;通知有关各方,加强易受攻击性或安全事故的意识;为政府提供审查某些业务决策的权利以及出于对国家安全考虑反对的权利等。在承诺采取必要的抵消措施后,CFIUS可能批准一些原本看起来有安全风险的项目。当然,CFIUS事后也会采取多种手段来监视和确保这些措施的执行。

来自中国的并购交易最近几年在CFIUS审查中的占比始终名列第一,2013年至2015年共有74件,约占19%,这反映了中美间投资活动的活跃。除此外,与日本、英国、加拿大、法国有关的案件分别有40、49、47和21件。与中国有关的案例除本文开始列举的两件外,还包括福建宏芯投资基金收购总部位于德国的爱思强公司在2016年被CFIUS否决,中国投资者收购Philips Lumileds被CFIUS否决,蚂蚁金服收购速汇金的交易2017年被撤回申请并重新提交。当然,坏消息总是传得更远,人们容易记住这些遭遇阻碍的案子,产生不必要的担忧,但其实更多的交易得到了批准。例如,中国化工集团收购瑞士先正达公司被CFIUS批准,建广基金收购Dutch NXP半导体业务两次被CFIUS批准等等。不过值得注意的是,由于存在CFIUS审查风险,美国企业在竞标时可能选择非最优竞标者,以避免后续麻烦或交易被阻止的风险,这也是某些中国投资者在条件更优的情况下被对方拒绝的深层次原因。

对于中国投资者而言,想要成功通过CFIUS审查,首先要熟知CFIUS审查中的国家安全考量因素,并认识到多数投资交易都

管辖范围内的交易 撤回和总统裁定的案量统计 2014-2016年								
年份	备案申请数量	进入调查阶段的案件数	总统裁定的数量	被CFIUS驳回的数量	被撤回的案件数	被撤回后又重新提交的案件数	被撤回申请且基于CFIUS相关安全考虑而放弃的交易	其他原因被撤回的案件数
2014	147	51	0	1	12	7	2	3
2015	143	66	0	1	13	9	3	1
2016	172	79	1	0	27	15	5	7