

欧盟外国政府补贴条例立法进展及其影响

作者：林熙翔 寇梅若 王宁

引言

关于逆全球化的讨论以及全球限制或监管性投资政策措施的出台渐成趋势。许多国家于近年收紧其外商投资监管政策与执法力度，以保护其国家利益，相关政策与执法的背后体现其关于国家安全、经济和产业政策等方面的考量。

就欧洲而言，2020年10月11日正式生效的《欧盟外商直接投资条例》^[1]确立了欧盟对外商直接投资审查框架，是欧盟层面首个基于国家安全和公共秩序理由的外商直接投资审查工具。欧盟成员国层面，德国亦于2021年5月1日起施行新的外资审查法规《德国对外贸易和支付条例》^[2]，大幅度扩大需向政府进行强制申报的外国直接投资交易的适用范围。2021年4月29日，英国议会通过了《国家安全和投资法》^[3]，确立英国首个国家安全与外商投资的独立审查制度。因此，近年以来中国企业赴欧投资，通常将面临目标集团（包括目标公司及其下属实体）业务开展地区以及设立地惯常的经营者集中反垄断审查（或称“**合并控制审查**”）以及日益趋严的外商投资审查。

除国家安全以及市场竞争影响方面的关注之外，欧盟对于具有扭曲市场效果的非欧盟国家政策补贴的关注由来已久。欧盟此前已经存在一项运行多年且执行严格的国家援助制度，用于监管和规制欧盟成员国授予的补贴，以防止成员国通过对某些企业或者生产部门的财政援助而影响欧盟市场的有效竞争。而对于在欧盟市场竞争并得益于非欧盟国家政府提供的财政补贴的企业而言，一方面欧盟国家援助制度仅规制欧盟成员国，另一方面世贸组织的补贴规则仅针对世贸组织成员国提供的针对货物的特定外国政府补贴。因此，自2020年以来欧盟委员会（“**欧委会**”）即开展创设新的审查机制对外国补贴进行监管的讨论^[4]。

2022年11月10日，欧洲议会通过一项《关于外国补贴扭曲欧盟内部市场的条例》^[5]（“**《条例》**”），条例将于2023年7月12日起施行，条例项下的申报义务将于2023年10月12日起适用，欧委会将就条例项下规定的特定交易和公共采购程序具有管辖权，如针对欧盟企业的特定投资并购或者公共采购的投资涉

及非欧盟国家政府补贴支持而且达到相关申报门槛，则投资方/竞标方需要向欧委会进行申报，进行外国补贴审查，以评估其是否存在具有扭曲效果的外国政府补贴。2023年2月6日，欧委会公布了《关于扭曲内部市场的外国政府补贴的实施细则》（草案）（“**《条例》实施细则草案**”）^[6]，旨在就《条例》适用中的具体问题提供说明和指引，同时发布申报适用的申报表格，明确申报需提交的信息范围。征求意见的期限已于2023年3月6日届满。

整体而言，《条例》为欧盟规制中国企业赴欧的投资并购以及参与公共采购活动增加一项监管工具，就赴欧投资并购交易而言在惯常的经营者集中审查、外商投资审查之外需评估是否受限于外国补贴审查。这一新的监管工具将增加投资者和经营者的合规成本，投资环境的不确定性亦将增强。

我们注意到中国企业客户对于《条例》的立法进展非常关注，同时积极评估其影响以及筹备应对工作。本文拟从管辖权问题（即是否达到申报标准）、程序性问题（程序、时限和法律后果）和实体性问题（如何评估具有扭曲性影响）等方面，介绍欧盟外国补贴条例的监管框架、立法进展以及实务关注，供企业参考。

1.管辖权问题：是否达到申报标准

1.1.三种监管工具：涵盖并购交易、公共采购程序和一般商业活动

《条例》将引入一种基于特定营业额和资产价值门槛的新的申报义务，涉及三种监管工具，以应对扭曲性的外国补贴。

监管工具	申报标准	提示
经营者集中 事前审查 (《条例》第3章第19条及其以下条款)	针对合并、收购或设立全功能式合营企业的交易创设一项新的强制审查程序(《条例》第3章第19条及其以下条款)。如果一项交易满足以下条件则需要事先向欧委会申报审查,未经批准不得完成交割: (1) 参与集中的一方(例如合并交易中的一方、收购交易中的目标公司、合资交易中的拟设立合营企业)是在欧盟设立的主体,以及其上一个财政年度内在欧盟产生的营业额合计至少达到5亿欧元; <u>以及</u> (2) 参与集中的所有企业在申报前的三个财政年度内从欧盟之外第三国获得的所有财政资助金额合计超过5,000万欧元。	(1) 时间因素:相关交易的交易文件在2023年7月12日或之后签署,且在2023年10月12日尚未完成交割的,则可能受限于外国补贴审查。2023年7月23日前签署交易文件或者在2023年10月12日之前完成交割的交易则不受《条例》管辖; (2) 地域联结:目标公司或者拟设立合资企业(或其至少一家子公司)设立于欧盟境内,则可能受限于外国补贴审查。反之,则不受《条例》管辖。换言之,一项全球性的并购交易,如果目标集团涉及欧盟境内的子公司,则需要审慎评估可能涉及的欧盟外部补贴审查; (3) 交易类型:与欧盟合并控制

		审查制度相似，外国补贴审查针对的交易仅适用于涉及控制权变更的交易（即所谓“经营者集中”。换言之，取得目标公司或者合营企业反垄断法意义下“控制权”的少数股权投资交易亦可能受限于《条例》管辖。
公共采购 事前审查 (《条例》第4章第27条及以下条款)	《条例》关注公共采购程序中是否涉及使经营者接受使其能够提交在工程、供应或服务方面具有不当优势的投标的外国政府补贴。为此，如果一项欧盟公共采购程序达到如下条件的，主要承包商以及主要供应商和分包商应当向欧委会申报，进行外国补贴审查： (1) 采购合同的金额预计至少为 2.5 亿欧元（如果公共采购程序涉及多个标段的，则在经营者投标的各标段总价值超过 1.25 亿欧元的情形下亦需申报）；<u>以及</u> (2) 在申报前三年内经营者从单一非欧盟国家获得的财政资助的总额至少为 400 万欧元。	如未达到申报标准，投标人亦需在投标时向招标方出具一项声明，声明其过去 3 年收到的外国财政资助，并且确认该等外国财政资助未达到申报标准。
依职权审查 事后审查 (《条例》第2章第9条及以下条款)	《条例》赋予欧委会依职权随时就一般商业活动启动调查的权限，其中包括对于未达到法定申报门槛的经营者集中和公共采购程序。	鉴于欧委会将有权利审查在适用日期之前的 3-5 年内授予的外国补贴，就《条例》生效之前的补贴，最早可以追溯至 2018 年，涵盖所有非欧盟国家提供的政府补贴。

1.2.非欧盟财政资助：一个过度宽泛的概念

如上文提及的，“**非欧盟财政资助**”这一概念对于企业评估是否超过申报义务门槛而言至关重要，而这一概念在《条例》项下的界定非常宽泛。“非欧盟财政资助”的概念由两个要素构成：“财政资助”和相关行为“对第三国的可归因性”。

(1) “**财政资助**”。财政资助包括(i) 任何资金或债务的转移，（ii）放弃到期收入，（iii）提供或购买货物或服务（《条例》第3条第2款）。《条例》先定义何为财政资助，要求企业自行收集和申报，而就“财政资助”是否构成“外国补贴”，则将在实体性程序中进一步评估。

(2) “**对第三国的可归因性**”。“对第三国的可归因性”是指可归因于非欧盟国家的所有行动（《条例》第3条第3款）。这些行动包括非欧盟国家中央政府采取的行动，也包括非欧盟国家的所有其他级别的公共机构（市政当局）采取的行动，而且在综合考虑其他所有相关情况之后，除了公共机构外，公共实体（特别是国有企业，例如非欧盟国家的国有银行）甚至私人实体的行为亦均可能被认为“可归因于第三国”的行动（《条例》第3条第3款b项和c项）。

因此，“**非欧盟财政资助**”的概念在最广泛的意义上涵盖了非欧盟国家的任何类型的对公共资源的调用。除了公共拨款，亦包括了国家担保、税收优惠、土地租赁、放弃收入以及在第三国涉及公共部门的任何类型的业务。在此意义上，无论产品、服务或者对价是否在公平条件下提供（即是否符合市场条件），均不影响申报义务的评估，当然这些这些问题可以在实质性评估程序中具体审查（即是否构成扭曲内部市场的外国补贴）。

2.程序性问题：程序、时限、法律后果

2.1.程序和时限

欧委会的三种监管工具均可以分为初步调查和进一步调查两个阶段：

(1) 就经营者集中而言，初步调查时限为收到完整申报后25个工作日。进一步调查时限为90个工作日，在经营者提交救济方案承诺时可以延长15个工作日，在特定情形下可以额外延期20个工作日（《条例》第24条第1、4款，第25条第2、4款）。

(2) 就公共采购而言，初步审查时限为收到完整申报后20个工作日，可以延长10个工作日。进一步调查时限为110个工作日，在特定情形下可以额外延长20个工作日（《条例》第30条第2、5款）。

(3) 就一般性调查而言，《条例》规定欧委会需尽力在18个月内完成进一步调查（《条例》第11条第5款）。

2.2.法律后果和调查措施

符合申报门槛或者欧委会依职权调查的经营者集中，在取得欧委会外国补贴审查批准之前不得交割（《条例》第24条第1款），未依法申报实施集中可能被处以高额罚款（最高为相关企业全球营业额的10%）（《条例》第26条第3款）。公共采购程序中未依法申报也可能被处以高额罚款，罚款上限与未依法申报实施集中的情形相同

（《条例》第33条第3款）。

此外，在主动申报或应对欧委会的事后调查时，如企业故意或过失地提交了不准确或者误导性的信息，可能面临最高为企业上一年度营业额1%的罚款（《条例》第17条第1、2款；《条例》第26条第2款；第33条第2款）。

欧委会在《条例》项下有权采取的调查措施很大程度上受合并控制审查制度的启发，特别是关于向企业或利益相关方“出具问题清单”和实施“黎明突袭”（《条例》第13条及以下条款）。此外，《条例》亦规定，如果被调查的企业和/或有关第三国未能与欧委会合作，则欧委会在相关调查中的举证责任可以得到很大程度的减轻（《条例》第16条）。

3.实体性问题：如何评估扭曲性影响

欧委会对外国财政资助的实质性评估包括以下四个步骤：

3.1.识别外国补贴

评估非欧盟财政资助是否构成《条例》第三条第1款意义上的“外国补贴”。如果第三国的财政资助符合以下条件，则应被视为存在外国补贴（参见《条例》前言第11段）：

（1）给在内部市场上从事经济活动的企业带来“利益”；以及

（2）是“选择性的”，即仅授予一个或多个特定的企业或行业，

这些概念与欧盟国家援助法项下广泛使用的“优势”和“选择性”概念非常相似，并可能按照判例法和欧委会关于欧盟国家援助法下概念的实践进行解释（参见《条例》前言第9段）。宽泛而言，如果一个企业/行业从非欧盟国家的国家资源（或可归属于外国国家的资源/实体）中获得了财政资助，而该企业又无法从市场上的私营企业中获得该等财政资助，而且这种财政资助亦未提供给处于类似情况的其他所有企业/行业，则很可能被视为“外国补贴”。

3.2.评估扭曲性影响

如果非欧盟财政资助构成外国补贴，欧委会将会进一步评估该补贴是否“扭曲欧盟内部市场”。为对该等评估作出指引，《条例》区分了以下三类外国补贴：

(1) **风险较高的补贴类型**。《条例》列举了个别“最有可能”被视为扭曲欧盟内部市场的外部补贴（《条例》第5条）。这类补贴包括：（i）在没有可行重组计划的情况下授予陷入困境企业的外国补贴；（ii）对受益企业的债务/负债的无限责任担保；（iii）不符合经合组织（OECD）关于官方支持的出口信贷安排的出口融资措施；以及（iv）直接促成经营者集中、或促成企业通过提交“具备非正当优势的投标”而赢得公共合同的补贴；

(2) **风险较低的补贴类型**。《条例》明确了个别类型的外国补贴应当被更宽容对待（《条例》第4条第2、3、4款）：（i）如果外国补贴的总额不超过欧委会1407/2013号条例中定义的最低限度的补贴金额（即从每个第三国任意连续三个财政年度内收到的补贴不超过20万欧元），则该外国补贴不应视为扭曲欧盟内部市场；（ii）如果一项外国补贴在任意连续三个财政年度内的总金额不超过400万欧元，则应被视为有较低可能扭曲欧盟内部市场；（iii）如果一项外国补贴的目的是为了弥补自然灾害或特殊事件造成的损失，则可以被认定为不扭曲欧盟内部市场；

(3) **其它补贴**。对于所有其他的外国补贴，《条例》提供了一个非穷尽的指标列表，以帮助评估相关补贴是否可能提高有关企业在内部市场的竞争地位从而实际或潜在地对欧盟内部市场的竞争产生负面影响（《条例》第4条第1款）。这一列表中的指标包括：补贴的金额和性质、企业和相关市场的经济和竞争状况、外国补贴的目的和条件、以及其在内部市场的用途。这一列表同样为欧委会留下自由裁量空间。

3.3.进行利弊“平衡测试”

如果欧委会认为一项外国补贴扭曲了欧盟内部市场，将进一步评估这一扭曲性影响是否可以因“相关受补贴经济活动在内部市场的发展产生的积极影响”而被抵消甚至超过，同时应考虑外国补贴的其他积极影响，特别是与欧盟的政策目标相关的更广泛的积极影响（《条例》第6条第1款）。

遗憾的是，《条例》未就如何在实践中应用“平衡测试”提供任何指导。欧委会在权衡外国补贴的消极和积极影响以及决定其认为合适的救济措施或承诺时，拥有宽泛的自由裁量权。据此，欧委会可能可以利用“平衡测试”及其权力要求企业承诺或提供救济措施以重塑外国补贴，以确保外国补贴的接受者和欧盟成员国国家援助的接受者之间的平等待遇。

3.4.承诺：可能施加的限制性条件

如果平衡测试得出结论认为外国补贴的影响是负面的，则欧委会将禁止该项交易或者公共采购程序，除非各方提供可以充分和有效地补救欧盟内部市场扭曲的承诺措

施。根据《条例》第7条第4款，承诺可以包括以下内容：（1）在公平、合理和非歧视（FRAND）条件下开放曾经获得或得到支持的必要设施；（2）减少产能或市场参与；（3）避免特定投资行为；（4）对通过外国补贴取得或开发的资产根据“FRAND原则进行许可；（5）公布研究和开发的结果；（6）剥离特定资产；（7）撤销集中；（8）偿还外国补贴，包括确定适当的利率（前提是欧委会能够确定该等偿还还是透明、可核查和有效的）；以及（9）调整经营者的公司治理结构。

4.最新进展：《条例》实施细则草案

按照在《条例》第47条中所作的承诺，欧委会已于2023年2月6日公布了《条例》实施细则草案，并在2023年3月6日前公开征求意见。《条例》实施细则草案的主体内容是关于外部补贴申报表以及一些介绍性的解释，《条例》实施细则草案一经通过，各方将有望更清楚地了解如何处理“非欧盟财政资助”的概念，以及为申报所需要准备的其他信息。《条例》实施细则草案展示了欧委会试图作出的一些信息要求方面的让步，但同时也细化了一系列繁琐的信息披露要求^[7]。

关于如何适用《条例》下的实体性评估和其它非程序性问题，《条例》实施细则草案只给出十分有限的说明，例如《条例》实施细则草案只涉及程序性问题，没有对《条例》在实体性问题中的关键术语做出任何说明，例如“补贴”“扭曲内部市场”或“平衡测试”如何具体适用等。在《条例》实施细则草案中，与“财政资助”部分相比，“可能的积极影响”部分的篇幅非常简短。《条例》实施细则草案未包含具体示例以说明哪些情形构成积极影响。

5.观察和建议

在欧委会的后续动作方面，关于《条例》适用的详细指南可能要到《条例》生效三年后即2026年中期才会出台（《条例》第46条）。但是，欧委会承诺最迟在适用日期的12个月后（即2024年年中），初步阐明“内部市场扭曲”的概念和“平衡测试”的应用。

整体而言，《条例》将对合并交易、公共采购程序产生重大影响，并将极大增加许多在欧盟内部市场开展业务的欧盟和非欧盟公司的成本和行政负担，这已经构成市场参与者们的重要担忧。例如，2023年3月份，包括Intel，Raytheon等21家跨国企业联名向欧委会提交信函，认为欧委会严重低估了《条例》可能给企业带来的负担，且鉴于企业目前不具备监测补贴相关活动的制度和体系，《条例》将导致繁重的行

政负担且公共采购程序可能面临短期停滞，或有竞争力的投标将大幅减少^[8]。

从非欧盟投资者的角度，包括欧盟外国补贴审查在内的具有不同要求和目标的平行审查制度组成了一个复杂的监管体系。建议中国企业从如下角度评估和应对欧盟外国补贴制度的影响：

从合并交易和参与公共采购交易的角度：（1）在选择融资方式时，政策性银行贷款、国有企业等主体参与的交易可能因《条例》的出台而具有更高的敏感性，企业在选择融资对象时可以适当考虑该等因素的影响；（2）在设计交易时间表时，将资料准备、提交申报、预沟通和审查的期限考虑在内；（3）在交易文件中应对潜在审批风险，包括设置适当的交割条件、保证、与申报程序相关承诺条款以及合理的审批风险的分担机制；（4）联合参与公共程序采购的情形下，审慎选择可能涉及较高申报风险的联合竞标方。

从企业合规管理的角度：（1）持续关注欧盟相关制度的立法进展以及执法实践、中国有关部门作出的回应以及协调、相关中国企业的可借鉴经验；（2）在必要的情形下，在外部顾问的协助或指导下，利用成熟的表格工具，考虑建立系统收集非欧盟国家财政资助制度的可行性，收集的口径包括过去3年以及未来持续的财政资助的相关信息：接受财政资助的主体、资助的类型、资助的时间、资助的来源主体、资助金额、资助所附加的条件。就此，海问与境外从事欧盟国家援助和欧盟外国补贴实务具有丰富经验的欧洲律师事务所建立了良好和高效的工作关系，共同在许多中国企业赴欧投资或者政府审查事务中提供法律服务；（3）预先就可能需向欧委会披露的非欧盟财政资助信息、可能需作出的承诺，向主管部门沟通，在遵守欧盟的法规的同时遵循境内监管部门的指导。



