

新冠疫情下西班牙外商直接投资的新障碍

西班牙于3月17日颁布了第8/2020号西班牙皇家法令（“《法令》”），针对新冠疫情 COVID-19 对经济和社会的影响采取紧急特别措施。《法令》自2020年3月18日起生效，无限期中断此前宽松的西班牙外商投资规制状态，直至西政府另行决定为止。《法令》修改了2003年7月4日关于外国资本流动和金融交易的第19/2003号法案，增加了新的第7条副款，并对第8条和第12条规定的制裁设置了新规则。《法令》以欧洲议会和理事会2019年3月19日第2019/452号欧盟条例（“《欧盟外商直接投资审查条例》”）为蓝本，几乎逐字复制了《欧盟外商直接投资审查条例》的部分规定。如我们此前报道，《欧盟外商直接投资审查条例》确立了欧盟境内外商直接投资的审查框架（请见2019年3月的[简报](#)）。

《法令》的出台意味着，如今对西班牙进行外商直接投资必须首先获得西班牙政府的行政审批。

该制度的实际目的是监管来自非欧盟国家或未签署《欧洲自由贸易协定》的国家的投资者对西班牙公司的收购行为，以避免投机者在新冠疫情期间趁西班牙上市、非上市公司股权价值下跌伺机收购。

1. 《法令》中的措施是否适用于来自所有国家的投资？

不是。来自欧盟成员国、挪威、冰岛、瑞士和列支敦士登的投资不被视为《法令》下的外商直接投资。

根据《关于大不列颠及北爱尔兰联合王国退出欧洲联盟和欧洲原子能共同体的协定》第127.6条，在脱欧过渡期间，英国仍保有欧盟成员国身份。过渡期将在2020年12月31日结束，到期后可延长一年或两年。

2. 新的行政审批制度是否有限期？

原则上，这是一项永久性规定。

但是，政府出台这项制度的起因是新冠疫情爆发后西班牙公司的大幅贬值，使其存在被外国投资者收购的明确威胁（引自《法令》前言部分的表述），因此政府保留了随时以决议形式取消该项举措的可能性。

重点

- 《法令》中的措施是否适用于来自所有国家的投资？
- 新的行政审批制度是否有限期？
- 什么是外商直接投资？
- 行政审批制度是否覆盖所有领域的外商直接投资？
- 哪些领域为需要获得行政审批的战略领域？
- 如果被投资公司在前述领域的涉足很少，还需要获得行政审批吗？
- 还有哪些外商直接投资需要获得行政审批？
- 行政审批制度是否影响进行中的交易？
- 未获得行政审批的投资交易是否有效？
- 是否应在西班牙国家证券市场委员会（CNMV）批准潜在收购要约前获得《法令》要求的行政审批？
- 《法令》规定的政府审批时限为多久？
- 《法令》是否取代其他外商投资制度？

3. 什么是外商直接投资？

就《法令》中的措施而言，外商直接投资是指欧盟和欧洲自由贸易联盟以外国家的居民对西班牙公司进行投资且因此持股达到或超过公司股本的10%，或基于公司运营、行动或合法交易获得对公司管理的有效参与或获得对公司的控制。

需要说明的是：

- 1) 《法令》仅适用于对西班牙公司的投资，不适用于资产收购等其他交易。
- 2) 我们认为，如果外国投资者通过任何形式的协议或协同交易与第三方共同获得了有效参与公司管理或控制的可能性，即使外国投资者持股未达到公司股本的10%，《法令》也将适用。
- 3) 投资者通过间接投资获得公司股本的10%或公司管理或控制的有效参与，也需获得行政审批。虽然《法令》没有明确规定，但西班牙最高法院在2013年3月4日就西班牙外商投资制度在与国防直接相关的业务中的适用性而作出的判决中明确，外商投资制度也适用于最终投资者控制被收购公司的间接投资。

同时，《欧盟外商直接投资审查条例》第2.1条对“外商直接投资”的定义也非常宽泛（“外国投资者任何形式的投资，旨在在外国投资者与接收资本的经营者或企业家之间建立或维持持久和直接的联系，从而在成员国开展经济活动，包括使投资者有效参与开展经济活动的公司的管理或控制的投资”），这意味着间接控股也包括在内。

事实上，《欧盟外商直接投资审查条例》的前言部分即重点提及了这一可能出现的问题，指出“具备审查机制的成员国应出台符合欧盟法律的必要措施，以防止出现规避审查机制和审查决定的情况。审查应覆盖在欧盟境内通过虚假安排规避审查机制和审查决定但不反映经济现实的投资，其投资者最终被非欧盟成员国的自然人或经营者最终拥有或控制”。

4. 行政审批制度是否覆盖所有领域的外商直接投资？

不是。尽管《法令》显著增加了外商直接投资需要获得审批的情形，不仅包括对《法令》定义的战略领域（与《欧盟外商直接投资审查条例》的规定基本一致）开展经营的公司的投资，也包括其他领域的投资，但前提是投资属于《法令》规定的需要获得事先审批的客观情形（对这些情形的规定也与《欧盟外商直接投资审查条例》基本一致）。

政府保留在公共安全、公共秩序或公共卫生可能受到影响时将行政审批制度扩展适用于其他领域的可能性。

5. 哪些领域为需要获得行政审批的战略领域？

- 1) 实体或虚拟的关键基础设施（包括能源、运输、水、卫生、通信、媒体、数据处理或存储、航空航天、国防、选举或金融基础设施和敏感设施）以及使用该等基础设施所需的关键土地和财产，即关于保护关键基础设施的4月28日第8/2011号法令所规定的关键基础设施。
- 2) 欧洲理事会第428/2009号条例第2条第1款定义的关键技术和军民两用产品，包括人工智能、机器人技术、半导体、网络安全、航空航天、国防、能源存储、量子和核技术、以及纳米技术和生物技术。

- 3) 基本用品（特别是能源）供应，即有关电力领域的12月26日第24/2013号法令以及有关碳氢化合物领域的10月7日第34/1998号法令所规定的用品，或涉及原材料和食品安全的用品。
- 4) 根据12月5日关于个人数据保护的3/2018号组织法，能够获得敏感信息、个人数据（尤其是获得对敏感信息、个人数据的控制）的领域。
- 5) 通信媒体。

如上所述，外商直接投资需要获得行政审批的领域很多。

6. 如果被投资公司在前述领域的涉足很少，还需要获得行政审批吗？

需要。《法令》没有就公司在前述领域的涉足情况进行区分，即使在某些情况下行政审批的设置并不合理。

7. 还有哪些外商直接投资需要获得行政审批？

符合下列情形的外商直接投资需要获得行政审批：

- 1) 如果外国投资者被第三国（欧盟成员国或欧洲自由贸易联盟成员国（挪威、冰岛、瑞士或列支敦士登）以外的国家）政府（包括公共机构或武装部队）直接或间接控制，应根据《商业法》第42条确定是否存在该等控制。
- 2) 如果外国投资者已对影响另一欧盟成员国的国家安全、公共秩序和公共卫生的领域（特别是战略领域）进行投资或参与业务活动。
- 3) 我们认为，在某些情况下，除非属于战略领域的投资，否则很难确定投资者在另一欧盟成员国其他领域中的活动是否会影响国家安全、公共秩序和公共卫生。
- 4) 如果外国投资者由于从事犯罪或非法活动而在另一欧盟成员国、投资母国或第三国面临行政或司法程序。

8. 行政审批制度是否影响进行中的交易？

根据《法令》使用的术语，行政审批制度适用于“已进行”或“已执行”的外商直接投资。因此，行政审批制度也适用于尚未实现投资效果的交易。换言之，仅完成签约的交易也要按照《法令》的要求获得行政审批。

但是，该项新政实施的目的是为了监控对西班牙战略公司进行收购的外商投资，而该等公司的估值因新冠疫情爆发而大幅贬值，因此要求已经签约但尚待执行的交易再获得行政审批不具备太大意义。这目前也是一个具有争议性的问题。

9. 未获得行政审批的投资交易是否有效？

除非获得相关审批实现合法化，未经强制审批擅自执行的投资交易无效，不具备任何法律效力。此外，投资者还可能受到其他制裁。

10. 是否应在西班牙国家证券市场委员会（CNMV）批准潜在收购要约前获得《法令》要求的行政审批？

是的，因为行政审批必须遵守7月27日关于证券收购要约制度的第1066/2007号皇家法令第26.2条的规定。

11. 《法令》规定的政府审批时限为多久？

政府应在行政审批申请提交后的六个月内批准或驳回该申请。如政府在期限届满时未作出决定则视为驳回申请。

12. 《法令》是否取代其他外商投资制度？

《法令》并没有取代其他外商投资制度，在特定情况下，例如投资与国防直接相关的活动，或收购能源公司的股权等，投资者需要遵守其他外商投资制度。

CONTACTS



符国成
中国区联席管理合伙人
T +86 10 6535 2299
E terence.foo
@cliffordchance.com



王彦峰
中国区联席管理合伙人
T +86 10 6535 2266
E tim.wang
@cliffordchance.com



马云
合伙人
T +86 21 2320 7217
E glen.ma
@cliffordchance.com



方刘
合伙人
T +852 2825 8919
E fang.liu
@cliffordchance.com



葛凯利 Kelly Gregory
合伙人
T +86 21 2320 7234
E kelly.gregory
@cliffordchance.com



柏勇
合伙人
T +86 10 6535 2286
E yong.bai
@cliffordchance.com



张宏
合伙人
T +86 10 6535 2256
E hong.zhang
@cliffordchance.com



Jaime Almenar
合伙人
T +34 91 590 4148
E jaime.almenar
@cliffordchance.com



Javier Amantegui
合伙人
T +34 91 590 7576
E javier.amantegui
@cliffordchance.com

以上有关中国的内容系基于我们作为国际法律顾问就客户在中国的经营活动中代表客户的经验，不应视为就中国法律的适用的法律意见。与所有在中国设有办公室的国际律师事务所相同，尽管我们可以提供有关中国法律环境影响的信息，但我们不能从事中国法律事务。我所具有中国法律职业资格的雇员现在不能作为中国律师执业。如您需要本地律师事务所的服务，我们将很乐意推荐。高伟绅律师事务所为本文的版权所有人，其中所提供的信息仅供本所客户读用。如需转载，请注明本文为本所的著作。本文仅供一般参考，其内容不一定论及各相关重要课题，也不一定涵盖论题的各个方面。本文并非为提供法律意见或其他咨询意见而编写，对于依赖本文的行动后果，本所概不负责。如欲进一步了解有关课题，欢迎联系本所。

www.cliffordchance.com

中国北京朝阳区建国门外大街 1 号国贸写字楼 1 座 33 层

中国上海静安区石门一路 288 号兴业太古汇香港兴业中心二座 25 楼

Paseo De La Castellana 110

28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • Newcastle • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.