

欧委会发布《白皮书》提出针对外国政府补贴的新机制

2020年6月17日，欧盟委员会（“欧委会”）发布了关于针对外国政府补贴，旨在建立欧洲公平竞争环境的白皮书（“《白皮书》”）。《白皮书》希望通过提出新的工具填补现行欧盟监管制度的空缺，以解决外国政府补贴扭曲欧盟市场竞争的问题。

近几年，欧盟的外商投资，尤其是来自接受政府补贴的中国国有企业的外资流入欧洲显著增长。这引起了许多一直主张加强对该等外资流入进行控制和审查的欧洲国家的担忧。由于欧盟现行的贸易防御规则和世界贸易组织规则主要解决的是欧盟进口贸易情形下的政府补贴问题，而欧盟国家援助规则仅适用于欧盟成员国给予的政府支持，因此，在保护欧盟内部市场公平竞争不受外国政府补贴的影响，尤其是外国政府以资金流的形式支持境外企业在欧盟进行收购或开展经营活动的影响方面存在监管空缺。在该背景下，欧委会发布《白皮书》提出了填补这些空缺的新工具。

《白皮书》的公开意见征求期至2020年9月23日截止。《白皮书》中提出的新机制有望在2021年左右实施。

第一部分：背景

欧洲加强对外商投资的审查

鉴于外商投资不断涌入欧洲，尤其是由外国政府支持的投资者不断增加对欧投资，可能威胁欧盟成员国的安全和公共秩序，加强对外商直接投资的审查长期以来一直是欧盟探讨的相关话题。欧委会和欧盟成员国近年来提出了许多针对外商直接投资审查的新规则，并持续对现行外商直接投资机制进行改革，尤其是在新冠肺炎疫情爆发的背景下，以更好地防止外资抄底买断欧洲资产。

2019年4月10日，欧委会宣布首个欧盟范围的外商直接投资审查制度，《欧盟外商直接投资审查条例》（“《审查条例》”）生效，该《审查条例》自2020年10月11日起适用。《审查条例》确立了欧盟范围内审查外商（非欧盟成员国）投资的合作框架。为了应对新

C L I F F O R D

C H A N C E

高伟绅律师事务所

新冠肺炎疫情爆发，欧委会于 2020 年 3 月 25 日发布了一份通报，在《审查条例》适用前为外商投资审查制度提供指南（“《指南》”）。

聚焦由外国政府支持的投资者

与欧委会的《审查条例》及其后的《指南》相呼应，同时面对新冠肺炎疫情的爆发，一些欧盟成员国（例如，意大利、法国、西班牙、德国和捷克）陆续对其目前的外商直接投资审查规则进行了修订或引入了新的机制。有关这些新的修订的具体内容介绍和欧盟外商直接投资制度概览请参见我们此前发布的[简报](#)。

值得注意的是，许多新规则针对外国国有企业的投资活动进行了相关规定。例如，新规提出仅基于国家控制投资者这一要素本身即可触发外商投资审查（不论交易涉及何种行业），或者新规提出在审查过程中应仔细考察投资者与外国政府的联系。在西班牙，作为对新冠肺炎疫情的回应，新的外商直接投资法规于 2020 年 3 月 18 日生效。新规不仅要求对外商直接投资西班牙的战略性行业的交易进行事前审批，且要求对于外国政府控制的实体进行的投资（不论涉及何种行业和业务），均需进行事前审批。在法国，政府通过分别于 2019 年 12 月 31 日和 2020 年 4 月 27 日发布的《法令》和两项《部长令》对其外商直接投资规则进行了变更，变更后的规定扩大了法国现行外商投资审查制度的管辖范围，并对申报要求进行了澄清。此外，新规明确了申报需提交的信息还包括交易相关的非欧盟投资者是否与外国政府或公共机构存在关联的信息，该因素也将作为否决投资的理由之一。在德国，2020 年 4 月 28 日，德国联邦经济事务和能源部发布了一项《德国外商直接投资条例》的修正案，该修正案于 2020 年 6 月 3 日生效。为与欧盟《审查条例》保持一致，修正案规定对来自欧盟以外的外国国有投资者进行更严格的审查。该等严格审查标准同样适用于由欧盟境外的第三国政府提供融资的交易。

除欧洲之外，包括澳大利亚、日本、俄罗斯、美国等在内的其他国家近期也都采取了更为严格的外国投资审查制度。全球外国投资审查制度概览请参见我们此前发布的[简报](#)。

针对外国政府补贴采取新机制

欧委会长期以来面临来自成员国及其他各方就针对接受外国政府补贴的公司引入新的审查机制的压力，《白皮书》的发布是欧委会对此作出的反应。2019 年 7 月，法国、德国和波兰向欧委会提议，要求欧委会在并购交易反垄断审查中考虑第三国国家干预的因素。2019 年 12 月，在有关大修欧洲竞争规则的提议中，荷兰要求欧委会为现行欧盟竞争法引入新的支柱，规定如一家企业（不论其属于哪个国）由于其（1）接收政府补贴或（2）在第三国市场具有不受管制的支配地位，从而扭曲或可能扭曲欧洲内部市场的竞争，则欧委会应有权对该企业采取行动。2020 年 3 月，维斯塔格在其于欧洲学院发表的演讲中宣布，欧委会正在研究打击损害欧洲竞争的“外国政府补贴和国家所有权”的新权力。

由以上可见，《白皮书》的发布是欧盟及其成员国的贸易保护主义和外商投资审查制度整体收紧的大背景下的自然结果。

第二部分：《白皮书》

目前，外国政府补贴通常被作为在欧盟并购交易反垄断审查以及外商投资审查中的间接评估因素之一。在并购交易反垄断审查中，外国政府补贴通常用于评估经营者与其竞争者相比的财务实力；在外商投资审查中，外国政府补贴通常用于判断经营者与外国政府的联系从而评估交易对国家安全的影响。《白皮书》提出了新的机制，在该新机制下，欧委会或成员国可以评估外国政府补贴对欧盟市场产生的直接负面影响。

外国政府补贴如何对欧盟市场造成扭曲性影响

总体而言，外国政府补贴能够使得原本效率较低的经营者能够更好地参与市场竞争并占据更大的市场份额。具体而言，首先，经营者可能获得外国政府补贴促进其发展在欧盟的现有的业务活动，例如，以远低于市场价的价格进行竞标。该等政府补贴可以是由第三国政府向欧盟内的经营者直接提供，或者向在欧盟境内有业务的欧盟境外母公司提供。其次，政府补贴可能以选择性地降低国家税收负担的形式促进经营者在欧盟境内的业务发展、拓展新业务或进行投资。再次，在外国企业收购欧盟目标公司的情况下，外国政府补贴（例如优惠融资、贷款担保、专项退税）可能使得收购方能够支付高于其他投标方的价格，从而使未获补贴的经营者无法收购以实现效益回报或取得关键技术。同时，欧委会担忧国外政府补贴通常伴随着政治或者战略目的，其最终的目标是在此后将关键技术向欧盟境外的其他国家转移。这一担忧与外商投资审查的关注点（国家安全和公共秩序）息息相关。

为解决现行制度无法解决的上述担忧，欧盟的《白皮书》提出了由以下机制组成的法律框架。

新的工具——第一种机制

第一种机制旨在解决外国政府向已在欧盟境内设立或已经活跃于欧盟市场的经营者提供补贴对欧盟市场造成的扭曲。《白皮书》建议，在第一种机制项下，主管机关依职权（*ex officio*）审查（即，事后审查）外国政府补贴。

- 主管机关

《白皮书》建议欧委会和欧盟成员国均有权发起调查，并提议建立一个与现行欧盟竞争法制度框架的运作模式类似的欧委会和成员国之间的执法和合作机制。

- 第一种机制的管辖范围

第一种机制的管辖范围宽泛，欧委会能够解决从商品生产、服务到投资等任何情形下外国政府向在欧盟市场中活跃的经营者提供政府补贴造成欧洲市场扭曲的问题。第一种机制适用于向在欧盟

C L I F F O R D

C H A N C E

高伟绅律师事务所

境内设立的经营者，或未在欧盟设立但是在欧盟市场开展业务的经营者提供的外国政府补贴。

- 评估对欧盟市场的扭曲性效应

在评估补贴是否造成欧盟内部市场扭曲时，需考虑特定因素。以下几类外国政府补贴可被推定为会在欧盟市场上造成扭曲。

- 以出口融资形式提供的补贴
- 对经营不佳的经营者提供的补贴（根据特定标准，为严重的国家或全球经济动荡提供补救而给予的补贴不属于这一类别）
- 以政府担保的债务形式给予的补贴，且担保不限金额、责任和时限
- 在一般措施范围外，以税务减免的形式提供的运营补贴
- 直接支持收购的外国政府补贴

除上述类别外，对其他形式的外国政府补贴需进行更为细致的评估以确定其是否扭曲欧盟的公平竞争环境。需考虑的因素包括补贴的数额、受益人情况、涉及市场的情况、有关市场行为、受益人在欧盟市场的活跃程度，等等。如主管机关判定外国政府补贴扭曲了欧盟市场，则还需进一步考虑其带来的扭曲效果与其可能对欧盟产生的积极影响之间的平衡（欧盟利益测试）。

《白皮书》也考虑到规定最低限额豁免（*de minimis exception*），即如果连续三年提供的外国政府补贴数额低于 200,000 欧元，则可予以豁免。

- 程序

《白皮书》建议主管机关依职权审查（事后审查）第一种机制项下的外国政府补贴。这与第二种机制规定的补贴收购交易中的强制事前申报义务不同（详细请见下文）。

第一种机制的审查程序包括（1）对外国政府补贴可能扭曲竞争的初步审查以及（2）深入调查。在初步审查阶段，主管机关可以向涉及的经营者或者其他利害关系人发出问题清单，如经营者不如实答复或者提供不实、误导性信息，则可处以罚款。如主管机关认为存在可能扭曲欧盟市场的外国政府补贴，则可以启动深入调查。在深入调查阶段，主管机关可以使用额外的调查措施，例如，发出进一步的问题清单并访问经营者在欧盟的经营场所甚至是其位于第三国的经营场所，等等。在深入调查后，如主管机关发现外国政府补贴对市场有扭曲性影响，则其可以作出附带救济措施的决定要求经营者采取救济措施，或者由经营者作出相关承诺。

- 救济措施

监督机关可以在其决定中附加救济措施，以补救外国政府补贴造成的市场竞争扭曲。救济措施包括结构性救济措施和行为性救济措施。可能采取的救济措施包括：

- 剥离部分资产或减少与补贴挂钩的产能或市场占有率
- 禁止特定受补贴投资
- 禁止受补贴收购
- 允许第三方获取（相关信息或技术）
- 基于公平合理和非歧视条款进行许可
- 禁止与补贴挂钩的特定市场行为
- 发布研发成果
- 对欧盟或成员国的救济性付款

经营者可以主动提供承诺条件以缓解对市场带来的扭曲。如主管机关认为承诺充分可行，则其可以在决定中使该承诺对经营者具有约束力。如主管机关认为该等承诺是不充分的，则其将规定救济措施。

新的工具——第二种机制

第二种机制旨在解决，外国政府补贴支持外国收购方收购欧盟目标公司对欧洲市场造成的扭曲。《白皮书》提议第二种机制采取强制性的事前申报体系。如收购方未就应申报的收购交易进行申报，主管机关还可以依职权启动调查程序。

- 主管机关

在考虑了多种选择后，《白皮书》建议欧委会作为唯一的机构有权执行第二种机制，审查受补贴收购的事先申报（一站式审查）。成员国可以向欧委会提供信息且欧委会在作出最终决定前可与成员国进行磋商。

- 事前申报义务的触发

《白皮书》提出了以下触发条件以触发强制事前申报：

- “收购”：在第二种机制项下，“收购”是指：
 - i. 通过收购直接或间接取得对经营者的控制权 – 此处“控制”与欧盟并购交易反垄断规则中的“控制”意思一致；
 - ii. 通过收购直接或间接取得经营者至少特定比例的股份或投票权（《白皮书》草稿中提议为35%）或其他对经营者的“重大影响”。《白皮书》并未对“重大”进行定义。

C L I F F O R D

C H A N C E

高伟绅律师事务所

- “欧盟目标公司”：《白皮书》规定“欧盟目标公司”是指在欧盟范围内设立且未来能够产生一定数额营业额的资产，或者交易对价达到一定数额，或者在欧盟境内营业额到达一定数额（例如，欧盟营业额达到1亿欧元）的经营者。
- “可能由补贴支持的收购交易”：是指收到第三国政府机关提供的财政资助的收购方对欧盟目标企业的收购交易。《白皮书》建议将有关获得财务资助的相关期限限制在申报前的三个日历年度至收购完成后最多一年内（如为收购后才获得财务资助的情形）。

补贴金额的门槛可能为，在申报前三个日历年度内收购方收到的财政资助总额超过一定金额（例如，《白皮书》草稿中提议为1,000万欧元）或收购价款的一定比例（例如，《白皮书》草稿中提议为5% - 10%）。

- 评估对欧盟市场的扭曲性效应

实质性评估的法律标准为评估收购交易是否会由于外国政府补贴带来的支持而扭曲欧盟市场。为了判定是否存在扭曲，需考虑与第一种机制类似的因素，例如，补贴的数额、受益人情况、市场的情况、受益人在欧盟市场的活跃程度，等等。此外，也需对外国政府补贴带来的积极效果和扭曲效果进行评估（欧盟利益测试）。

- 程序

与第一种机制相似，《白皮书》也考虑就第二种机制采取“两步走”的程序。首先，收购方需向欧委会进行初步申报，提供交易的基本信息和涉及的补贴。此外，《白皮书》还提议，由于第二种机制采取未申报交易不得完成交割的机制，因此，在收到欧委会的申报完整通知后的[X]个工作日内，交易将处于不得交割的停顿期。该停顿期可以按需延长。《白皮书》并未明确停顿期的具体期限。

如审查进入深入调查阶段，则停顿期将进一步延长。最终的审查结果可能是批准、附条件批准（附承诺）或禁止交易。

- 救济措施

收购方可以作出与第一种机制项下类似的承诺，以对扭曲进行补救。

新的工具——第一种机制和第二种机制的结合

总而言之，《白皮书》建议采取第一种机制和第二种机制相结合的制度。规模较大的由补贴支持的收购交易将需根据第二种机制遵守交易交割前强制申报的要求，该等交易将集中由欧委会从欧盟层面进行审查。第一种机制可以覆盖未达到第二种机制申报标准的收购交易，欧委会和成员国可以根据需要对该等交易进行事后审查。此外第一种机制也可以在其他情况下对外国政府补贴进行审查。

与其他审查制度的关系

欧盟并购交易反垄断审查——如果一项交易同时落入补贴审查（第二种机制）和并购交易反垄断审查的范围内，则收购方需针对两项审查同时进行申报，该两项审查将分别且同时进行。虽然在欧盟并购交易反垄断审查中也可能考虑外国政府补贴的因素，但通常是为了评估合并实体相对于其竞争对手的实力（请参见下文讨论的*中车株洲收购福斯罗机车案*），而非评估补贴对市场产生的直接影响。

外商投资审查——一项收购交易也可能同时落入外商投资审查和补贴审查的范围，致使两个审查程序同时进行。外商直接投资审查中也会考虑外国投资者是否被外国政府控制或是否获得任何外国政府的财政支持的因素。但是，外商投资审查旨在评估外商投资是否可能影响欧盟或成员国的国家安全和公共秩序，这与补贴审查的审查目的并不相同。因此，补贴审查与外商直接投资审查互补。

除了第一种机制和第二种机制外，《白皮书》还提出了在欧盟政府采购中接受外国政府补贴的投标方需要进行的审查（第三种机制）以及外商获得欧盟资金支持的相关机制。

第三部分：案例研究——中车株洲收购福斯罗机车

最近，德国竞争主管机关在对一项交易的反垄断审查中考察了中国政府提供的国家补贴。2019年8月，福斯罗宣布其达成了一项协议将福斯罗机车（Vossloh Locomotives）出售给中车株洲电力机车有限公司（“中车株洲”）。交易方于2019年9月向德国竞争主管机关德国联邦卡特尔办公室（“FCO”）就该交易进行了申报。在审查进入了第二阶段后，FCO于2020年4月27日，宣布其批准了该交易。

尽管交易最终获得批准，但是FCO仔细地审查了该交易对市场产生的影响，在耗费长达7个月的时间后最终作出批准决定。FCO在评估中车株洲在市场上可能采取的市场行为时，首次明确表明其考虑了中车株洲获得中国政府的财政资助和补贴的因素。FCO指出，中车株洲根据“中国制造2025”及“一带一路”这两项国家计划获取政府补贴。其取得的补贴还包括中国政府以及其通过国有银行贷款的形式提供的融资。FCO还提到中车株洲一直在通过战略性降低价格的方式扩大市场份额，因此，FCO判定中车株洲采取低价策略的可能性较高。

尽管如此，FCO仍然批准了该交易，原因是其通过分析不同的情境并未发现合并会扭曲市场竞争。得出这一结论的主要原因之一是，拥有创新技术的新的竞争者不断进入市场，福斯罗机车的技术被认为在长期发展上没有竞争力。同时，FCO也认为中车株洲并非是欧盟市场上一个强有力的竞争者。

在一份新闻稿中，FCO的主席安德烈亚斯·蒙特（Andreas Mundt）表示，FCO在中车株洲收购福斯罗机车案中非常彻底地审查了中国国有企业收购一家欧洲公司所有相关细节。“在合并的竞争性评估中，

C L I F F O R D

C H A N C E

高伟绅律师事务所

潜在的国家补贴、技术和财政手段的可获得情况以及其他关联公司的战略优势均被纳入考量”。FCO 还审查了中国中车股份有限公司在许多其他市场的由国家补贴所支持的业务活动所带来的成本优势，以及低价和倾销战略的可能性。

第四部分：对中国企业的启示

由国家补贴支持的收购欧盟目标公司的交易可能会触发多项申报程序

如《白皮书》最终通过并实施，中国公司（尤其是获得政府补贴的国有企业）收购欧盟目标公司的交易可能需要同时进行三种不同的事前强制申报——并购交易反垄断审查、外商投资审查和补贴审查（第二种机制）。在欧委会层面和成员国层面、评估标准不同、同时进行的不同申报将极大地降低交易的确定性，并影响交割时间表。因此，以一个更具战略性且协调一致的方法完成不同的申报程序对于交易的成功至关重要。

如《白皮书》所述，补贴审查将考察外国政府补贴对欧盟市场的直接扭曲效果。此外，政府补贴也会在并购交易反垄断审查（例如，FCO 在 *中车株洲收购福斯罗机车案* 中对补贴的考察）和外商直接投资审查中被评估。指定一家律所就所有上述申报提供服务将确保在整个过程中对补贴及其他相关的问题采取一致和协调的应对措施。

欧委会还需回答的一个问题是，欧委会针对外国政府补贴作出的决定对成员国机关是否具有约束力。根据第二种机制项下的新工具，在收购交易的情形中，政府补贴对欧盟市场竞争的影响将由欧委会专门审查（一站式审查），但是该项收购交易也可能受限于成员国层面的并购交易反垄断或外商直接投资审查。《白皮书》并未明确欧委会作出的外国政府补贴审查的结果是否对成员国的国家机关具有约束力。当一项外国补贴同时在欧委会和成员国层面进行审查时，欧委会对这一问题的答复将为中国企业提供更高的法律确定性。

接受补贴的中国企业在欧盟市场的商业行为可能会受到审查

原本没有落入欧盟或成员国反垄断审查风险的特定商业行为现在可能受到《白皮书》第一种机制的审查。例如，在《白皮书》发布前，如一个受政府补贴的中国国有企业以明显低于市场的价格竞标欧盟合同，该等“掠夺性定价”行为仅在该国有企业在欧盟市场具有市场支配地位时才可能带来麻烦。但是，在《白皮书》的第一种机制项下，即便该国有企业在欧盟不具有市场支配地位，其受补贴的低价行为也可受到欧委会或成员国的反补贴调查。

中国国有企业易被认定接受政府补贴

《白皮书》附件一对于“外国政府补贴”的定义较为宽泛，其指包括以下的外国政府的财务支持：资金或负债（注资、赠款、贷款、贷款担保、财政鼓励、经营亏损抵消、政府机关造成财政负担赔偿、债务豁免、债务调整等）的转让、放弃或不收取公共收入（税收优惠待遇或财政鼓励）以及提供货物或服务，或采购货物或服务。《白皮书》

同时提到外国政府补贴可以有多种形式，例如，零息贷款、无限制国家担保、零税收协定或国家专项资金等。

鉴于中国大部分国有企业的运营模式，欧盟主管机关判定中国国有企业获得政府补贴可能相对容易。《白皮书》还列出了几个倾向于获得外国政府补贴的行业，包括铝、钢铁、半导体、船舶和汽车制造业，这些也是许多中国国有企业活跃的行业。

C L I F F O R D
C H A N C E
高伟绅律师事务所

联系我们



Richard Blewett
合伙人

T + 852 2826 3517
E richard.blewett
@cliffordchance.com



柏勇
合伙人

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

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

© 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.