

欧盟发布外国政府补贴条例

2022年11月10日，欧洲议会通过了关于扭曲内部市场的外国政府补贴的条例（“条例”），据此，欧盟委员会（“欧委会”）能够对扭曲市场的非欧盟外国政府补贴采取措施。若收购欧盟公司的交易或公共采购投标是由第三国政府补贴支持且达到相关申报门槛，则需要申报至欧委会进行反补贴审查。

总体背景

2021年5月5日，欧委会提出了关于扭曲内部市场的外国政府补贴的条例草案，其中规定了一系列工具，旨在为所有在欧盟单一市场开展业务的、接受非欧盟国财政支持的公司提供公平的竞争环境。由于目前只有欧盟成员国提供的援助会因受到欧盟国家援助规则的约束而需要由欧委会进行审查，所以本条例具有一定必要性。2022年6月30日，三家欧盟机构完成了谈判并形成了条例的终稿，欧洲议会和欧盟理事会只对草案进行了微小改动，并未改变欧委会提出的草案的范围。

条例将赋予欧委会专门的权限以评估在交易和公开招标中是否存在具有扭曲效果的外国政府补贴。虽然条例主要针对非欧盟公司，但条例也将赋予欧委会权力干预欧盟和非欧盟收购方涉及欧盟目标公司的并购交易，以及欧盟和非欧盟投标者在欧盟的公共采购活动，前提是欧委会认为收购方或投标者（或其集团成员）从第三国获得的“财政资助”构成了一项具有扭曲效果的补贴。

外国政府补贴的定义及范围

条例草案规定，“如果第三国直接或间接提供的财政资助令在欧洲内部市场从事经济活动的经营者受益”，即存在外国政府补贴。“财政资助”的定义宽泛，包括：i) 资金或负债的转让（例如注资、拨款、贷款）；ii) 其他形式的应得收入（如税务减免）；iii) 提供或采购货物或服务；或 iv) 在不存在充足报酬的情况下提供的特殊或独家权利。

第三国可包括中央政府和任何其他各级公共机关、任何外国公共实体，及任何私人实体（只要这些主体的行为可归因于第三国）。

外国政府补贴评估程序

指标

为了确定外国政府补贴对内部市场是否存在扭曲效果，条例规定了一组非穷尽的指标，包括补贴的金额和性质、接受补贴的企业在内部市场的经济活动水平及发展情况、外国政府补贴的目的和附带条件等。

连续三个财年不超过 400 万欧元的外国政府补贴将被视为不太可能扭曲内部市场，任何连续三个财年低于 20 万欧元的外国政府补贴不应被视为具有扭曲效果。

关键问题

- 针对在欧盟的交易和公共采购投标新增设一层审查
- 其涉及从第三国或非欧盟国家获得“财政资助”的欧盟及非欧盟经营者
- 若一项交易中欧盟目标公司的营业额超过 5 亿欧元，且有关经营者在过去三个财年间从第三国收到的财政资助等于或超过 5,000 万欧元，则需要申报该交易；
- 若参与涉及价值等于或超过 2.5 亿欧元合同的欧盟招标的竞标者从第三国收到 400 万欧元或以上的财政资助，则该竞标者必须向作为合同方的相关公共机构提供有关外国政府补贴的信息，后者必须将信息转呈欧委会；
- 欧委会可自行介入低于申报标准的交易或投标；
- 欧委会拥有采取临时措施、要求做出承诺和处以罚款的额外权力。

此外，条例规定了最有可能致使内部市场产生扭曲效果的外国政府补贴的指示性清单，例如向陷入财务困难的经营者提供的援助、直接促成经营者集中的援助、为欠款或负债提供无限担保、违反经合组织有关官方支持的出口信贷安排的出口融资措施，或使经营者在投标中获得不当优势的支持。

权衡测试

在评估来自第三国的财政资助是否扭曲了欧盟内部市场时，欧委会应对外国政府补贴对市场产生的积极影响以及扭曲内部市场带来的负面影响进行权衡。因此，条例要求欧委会就权衡测试的适用出台指引，根据其执法实践定期对指引进行更新，并同时考虑与相关欧盟政策目标有关的更广泛的积极影响。关于公共采购，条例规定，欧委会应考虑相关货物或服务是否存在替代供应渠道。

承诺和救济措施

为使外国政府补贴导致的扭曲得到救济，欧委会可施加救济措施或接受被调查的经营者提出的承诺。有关该等措施的非穷尽清单包括剥离特定资产、向第三国偿还外国政府补贴并支付利息、降低产能或缩小市场规模、公布研发成果、提供第三方准入，或甚至要求经营者撤销交易。

欧委会审查

欧委会可选择三种方式进行干预：**(i)**在经营者集中申报后干预、**(ii)**在公开投标申报后干预，以及**(iii)**主动干预。

经营者集中

如我们之前发布的关于欧委会草案的[简报](#)所述，条例的一个创新点是其将针对合并、收购或设立全能式合营企业的交易创设一项新的强制审查程序。如果一项交易达到了相关申报门槛，则必须事先向欧委会进行申报，并且在欧委会结束审查之前不得完成交割（静止义务）。

条例规定的将触发向欧委会进行申报的门槛标准是：

- 任意一家公司（即，至少是参与合并的一家公司、被收购的公司，或合营企业）在欧盟成立，并且在欧盟产生的总营业额至少为5亿欧元；**并且**
- 相关经营者在过去三个财年获得的第三国财政资助合并总额超过5,000万欧元。

考虑到没有设定全球合并营业额的门槛，可能会有一些交易虽然不会触发欧盟《合并条例》项下的反垄断申报，但仍要进行外国政府补贴申报并接受审查。

通过将财政资助额（而非由该等财政资助产生的任何补贴的金额）作为第二项门槛标准，条例将为欧盟或非欧盟经营者新设一项申报义务，前提是该等经营者拟进行涉及欧盟目标公司的交易，且该等经营者（或其集团其他成员）从一个或多个第三国获得财政资助（无论该资助是否构成一项外国政府补贴）。

与欧盟反垄断审查程序相似，欧委会在收到完整申报后有 25 个工作日审查交易，如果欧委会启动深入调查，审查时间将延长 90 个工作日。如果相关经营者提出承诺，审查期限将进一步延长 15 个工作日。

如果欧委会“怀疑相关经营者”在过去三年“可能受益于外国政府补贴”，欧委会便可以要求任何本无需申报的交易在实施之前的任何时间提交事前申报。条例规定，由于该条款的范围较大并具有通用性，欧委会应发布有关该条款适用的指引。

公共采购

就公共采购程序而言，具有扭曲效果的外国政府补贴是指“使经营者能够提交在工程、供应或服务方面具有不当优势的投标”的补贴。

如参与涉及价值等于或超过 2.5 亿欧元采购合同的欧盟招标的经营者，在申报前三个财务年度从每一第三国获得的财政资助总额至少为 400 万欧元，则该经营者必须向作为合同方的公共机构提供其获得的财政资助的相关信息，作为合同方的公共机构必须将相关信息告知欧委会。

如果公共采购程序被划分为多个标段，则在该企业投标的各标段总价值超过 1.25 亿欧元的情况下需要进行申报。主要分包商和供应商也有义务就其参与投标的情况进行申报。

同样地，通过将财政资助额（而非由该等财政资助产生的任何补贴的金额）作为第二项门槛标准，条例将为欧盟或非欧盟经营者新设一项申报义务，前提是该等经营者拟就欧盟公共采购项目进行投标，且该等经营者（或其集团其他成员）从一个或多个第三国获得财政资助（无论该资助是否构成一项外国政府补贴）。

欧委会应在收到完整申报后的 20 个工作日（可延长 10 个工作日）内进行初步审查，并可在收到申报后 110 个工作日（可延长 20 个工作日）内结束深入调查并做出决定。

与经营者集中的情况一样，如果欧委会怀疑某经营者可能从外国政府补贴中受益，其保留要求该经营者在本无需申报的公共采购程序中申报外国政府财政资助的权利。

条例承认，招投标过程中之所以使用框架协议是因为其有助于形成有效且灵活的采购程序。为保持其灵活性，条例澄清，申报外国政府资助的义务应限于框架协议达成之前的程序，不应适用于根据框架协议达成的合同。

依职权审查

在评估可能存在扭曲效果的外国政府补贴时，欧委会将有权主动审查相关信息并启动两阶段审查程序。初步审查主要包括要求经营者提供信息及欧委会进行调查。如欧委会在初步审查完成后得出结论，认为有充分迹象显示某一经营者已收到具有扭曲效果的外国补贴，欧委会将启动深入调查。在深入调查期间，欧委会将通过要求经营者提供更多信息对外国政府补贴进行进一步评估，如欧委会认为外国政府补贴扭曲了内部市场，则欧委会可要求经营者采取救济措施或接受经营者的承诺。

如果欧委会认为“存在对内部市场竞争产生严重且不可弥补损害”的风险，其还可以决定采取临时措施。临时措施可能包括上文所述的救济措施。但是，不得针对公共采购程序采取临时措施。

为收集相关证据，欧委会还可在欧盟境内与境外进行调查。在第三国境内进行的调查需要事先获得经营者同意，并需要通知相关政府机关并获得相关政府机关的同意。第三国会多大程度上同意在其境内进行调查，还有待观察。

罚款

欧委会有权：

- 处以不超过经营者全球总营业额10%的罚款（例如，经营者故意或因疏忽未申报交易或违反静止义务实施交易）；
- 处以不超过日均全球总营业额5%的定期罚款（例如，提供错误或误导性信息）。

欧委会的授权法案、实施法案及指引

条例终稿授予欧委会制订授权法案和实施法案并就需要进一步澄清的问题提供指引的权力。

具体而言，条例授权欧委会通过授权法案以便在必要时修改申报门槛（最多 20% 的修改幅度）或缩短初步审查和深入调查的时间。

此外，欧委会将通过实施法案，具体规定申报的形式、内容和程序细节。欧委会公布申报表和程序细节的实施法案将在条例实施之日通过。

此外，欧委会还需要就个别条款的适用发布指引，如有关各项指标适用、权衡测试适用以及审查无需申报的交易的指引。

过渡性条款

虽然条例不具有溯及既往的效力，但如果某外国政府补贴是在条例实施之日前五年内授予的，且该等补贴在条例实施之日后扭曲了内部市场，则条例将适用于该外国政府补贴。如果外国财政资助是提供给一家正在申报交易的企业，或是在条例规定的公共采购程序中涉及的财政资助，则该五年期将缩短为三年。

条例不适用于：

- 在条例实施之日前已签署协议、公布招标结果或取得控制权权益的集中；
- 在条例实施之日前已中标或已启动程序的公共采购合同。

实际影响

条例在控制国家援助方面进行了重大变更，将欧盟法律和欧委会的相关权力扩展到了欧盟境外。迄今为止，根据世贸组织《补贴与反补贴措施协议》，欧盟只可能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进行国与国之间的争议解决。随着条例的生效，希望在欧盟投资的外国公司将需要间接遵守欧盟有关国家援助和公共采购的规则，特别是考虑到欧委会将有权施加救济措施。

该条例还将影响那些在欧盟以外经营但希望通过收购在欧盟扩张或希望参与欧盟公共采购的欧盟公司。如果他们或其集团成员接受了外国资助，他们也将受到该条例的约束。

通过条例，欧委会实际上在已存在的反垄断审查和外国投资审查之上，针对涉及第三国提供财政资助的交易或公共采购投标新设了一项额外的审查程序。这一申报义务将使这些公司（尤其是中国公司）的交易成本增加、交易时间延长、面临更繁复的披露要求，并可能在将做出承诺的情况下给交易增添更多的不确定性。在计算是否达到申报门槛时，即使是根据正常商业条件接受的财政资助，也必须考虑在内，这可能会把许多交易都纳入到这个新的申报要求范围内。在条例通过后，经营者需要设立相关合规计划，并做好准备能够判断哪些属于条例范围内的来自第三国的财政资助。

收购方或采购中的投标方将需要能够计算他们或其集团成员在过去三个财年内从第三国收到“财政资助”的总金额，以确定是否达到了规定的门槛。如果达到门槛，申报时可能会被要求提供所收到的财政资助的进一步细节。因此，相关收购方及投标方需要能够识别与外国政府和与外国政府有联系的实体进行的广泛交易，并能够计算交易金额，这些交易包括其他商品或服务（包括金融服务）的销售或购买，即使这些交易是按公平条件进行的。因此，与相关实体进行的属于“财政资助”定义范围内的所有交易都将根据其总金额或价值计算在内，不论这些交易是否涉及补贴因素。这对于许多非欧盟公司及在欧盟外开展

业务的欧盟公司来说可能是一项具有挑战性的工作，并且在某些情况下是难以做到的。

欧委会将发布的指引肯定会为该申报程序和欧委会将在其审查过程中考虑的因素提供指导。但是，已从非欧盟成员国获得财政资助或将从非欧盟成员国获得财政资助的投资者在做出投资决定或在欧盟提出投标申请之前，需要对潜在交易或投标可能带来的风险进行详细评估，筛查来自第三国的任何财政资助，并评估该等资助是否可能被认定为具有扭曲市场的效果。

下一步行动

条例已提交欧盟理事会审批，预计将在未来几周内获得批准。在获得批准后，新条例将在欧盟官方公报刊发后第 20 日生效。

条例将在生效六个月后实施（即在 2023 年年中实施），而上文所述的申报义务将在生效九个月后适用（即在 2023 年第三季度）。

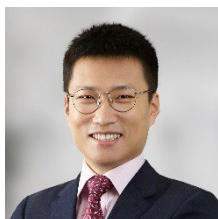
联系我们



柏勇

合伙人，北京
大中华区反垄断业务主管

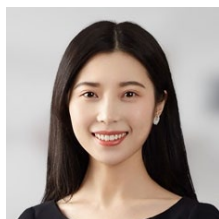
T +86 10 6535 2286
E yong.bai
@cliffordchance.com



满大宇

外国法律顾问，香港

T +852 5209 2989
E dayu.man
@cliffordchance.com



刘子博

资深顾问律师，北京

T +86 10 6535 4925
E zibo.liu
@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证书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参阅。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 2022

Clifford Chance LLP 是在英格兰与威尔士注册的有限责任合伙，注册编号 OC323571。

注册办事处地址：10 Upper Bank Street,
London, E14 5JJ

文中采用“合伙人”字眼表示 Clifford Chance LLP 的成员，或者具有同等地位和资格的雇员或顾问。

阿布扎比·阿姆斯特丹·巴塞罗那·北京·布鲁塞尔·布加勒斯特·卡萨布兰卡·迪拜·杜塞尔多夫·法兰克福·香港·伊斯坦布尔·伦敦·卢森堡·马德里·米兰·慕尼黑·纽卡斯尔·纽约·巴黎·珀斯·布拉格·罗马·圣保罗·首尔·上海·新加坡·悉尼·东京·华沙·华盛顿特区。

利雅得的 Abuhimed Alsheikh Alhagbani 律所是高伟绅在当地的合作律所

乌克兰 Redcliffe Partners 律师事务所是高伟绅在乌克兰的合作律所