

## 获取中国政府的政策扶持与在欧盟投资经营可否兼得？——聚焦欧盟《针对外国政府补贴的促进公平竞争白皮书》

作者：吴昊思（汉坤香港联营律师行） | 仕达（汉坤律师事务所）

### 一、引言

在过去的一年中，多个西方国家提出或者实施了新的外商投资审查制度，以禁止或者限制来自中国的投资。例如，(1)在美国，于2020年2月13日生效的《关于外国人士在美国进行特定投资的规定》（*Provisions Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Persons*）<sup>1</sup>，以及美国的出口管制规则，包括不断增加中国实体的美国出口管制“实体清单”<sup>2</sup>；(2)加拿大政府于2020年4月18日发布的《关于外商投资审查和COVID-19的政策声明》（*Policy Statement on Foreign Investment Review and COVID-19*）；(3)立法进程中的《英国国家安全和投资法案》（*National Security and Investment Bill*）；(4)在澳大利亚，于2020年3月29日生效的对《外国收购与接管法案》（*Foreign Acquisitions and Takeovers Act*）的临时修订，以及后续新提出的外商投资法律；(5)在德国，于2020年5月20日生效的对《德国外商投资和支付条例》（*German Foreign Trade and Payment Ordinance*）的修订，以及审议中的对《德国外商投资和支付法案》（*German Foreign Trade and Payment Act*）的修订；(6)在法国，2020年4月1日生效的针对外商投资出台的法令和部门命令；以及(7)在意大利，于2020年4月8日生效的第23号法令。

2020年6月17日，欧盟委员会发布了《针对外国政府补贴的促进公平竞争白皮书》（*White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*, “白皮书”），提出了反外国政府补贴审查制度的框架，并将于2020年9月23日前接受公众意见，预计制度将于2021年正式落地。白皮书将在外商投资审查中引入新的元素，也即外国政府补贴以及其对于欧盟市场和欧盟利益的影响。如同其他法域的外商投资审查制度，白皮书并未特别指出其目的是针对中国投资，但其内容和框架明显指向了来自中国的投资。有鉴于此，中国投资者需要就其在欧盟的绿地投资以及对欧盟目标公司的投资做详细的审查。

本文的前两部分对于白皮书所提出的外国政府补贴的定义以及外国政府补贴审查机制进行了介绍，第三部分分析比较了外国政府补贴审查机制与欧盟既有的反垄断、反补贴以及外商投资审查制度的关系，第四部分简要分析了反外国政府补贴审查机制对相关企业的的影响。

<sup>1</sup> 对于该规定的汉坤评述，[《CFIUS 最终规则及最新相关动态及其对中国境外投资之潜在影响》](#)。

<sup>2</sup> 对于该等规则的汉坤评述，[《渐行渐远—美国《出口管制新规》和美国证监会《公开声明》等对中国和非中国实体及投资者的影响综述》](#)。

## 二、白皮书中“外国政府补贴”的定义

白皮书中，“外国政府补贴”指同时满足下述两个条件的非欧盟国家的政府或公共主体的“财务支持”：(1)向接受方输送了利益，以及(2)在法律上或事实上局限于特定的（一个或多个）经营者或行业。

而该等“外国政府补贴”仅在下列三个情形下受制于白皮书所提出的审查机制，也即(1)直接被授予在欧盟设立的经营者；(2)授予了在欧盟外设立的经营者但被在欧盟设立的关联经营者使用；以及(3)授予了欧盟外设立的经营者，且被用于收购欧盟的经营者或者参与欧盟的政府采购程序。

白皮书对于“财务支持”的形式也进行了列举，例如：

- (1) 资金或责任转移（注资，赠款，贷款，贷款担保，财政激励，运营损失弥偿，对于公共机关施加的财务负担的补偿，债务豁免或改期）；
- (2) 豁免或不征收公共收入，例如税收优惠或财政激励；
- (3) 提供商品或服务，或采购商品或服务。

并非所有的财务支持都构成补贴，例如符合市场行情的贷款可能就因为“输送利益”而不构成补贴。类似的考量因素包括：私人投资者的通常投资做法，市场上的融资条件，商品或服务的正常价格等。

另外，值得注意的是，国资（含非国有独资的）金融机构也可能被认定为“非欧盟国家的政府或公共主体”。在近日终裁的欧盟玻璃纤维织物反补贴案中，欧盟委员会就未将相关中国金融机构和生产企业作为独立市场主体，而认定为公共机构或受政府委托或指示的机构，并在此基础上认定补贴项目<sup>3</sup>。

## 三、白皮书所提出的反外国政府补贴审查机制

白皮书提出的反补贴审查机制主要包含三个互补的组成部分，机制一为通用的审查机制；机制二专门适用于并购审查；机制三专门适用于政府采购的审查。本文将介绍前两个机制。

### （一）机制一 —— 通用的审查机制

#### 1. 执法机关

在机制一中，欧盟委员会和成员国有关机关均可能是适格的执法机关。欧盟委员会和成员国均有发起审查的裁量权，欧盟委员会和成员国间的案件协调的具体机制将类似于竞争执法的协调机制。

#### 2. 管辖范围

作为通用的审查机制，机制一的审查涵盖受外国政府补贴企业的生产经营以及投资活动中发生的各类行为。机制一既适用于外国政府向在欧盟设立实体的企业提供的补贴，也适用于外国政府向在欧盟未设立实体但是有业务活动的企业提供的补贴。管辖权的确立不要求相关企业已经实际接受了补贴，而仅需要其获得了获取补贴的权利。执法机关可以对最长十年前获得的补贴实施审查并附加救济措施。

如果一项补贴是提供给在欧盟以外设立的实体，执法机关需要证明在何等程度上，该补贴能够被分配至设立在欧盟的实体（或在欧盟有业务活动的实体），包括外国政府补贴的目的和授予条件，以及资

<sup>3</sup> 参见：<https://www.chinabidding.com/infoDetail/245034662-News.html>。

金的实际用途（例如可以通过被调查人的账户记录证明）。

### 3. 审查的流程及终止事项

审查分为初步审查和进一步审查两个阶段。

执法机构将可能在三种情况下在初步审查阶段即终止审查：(1)不存在外国政府补贴；(2)没有迹象表明扭曲了欧盟市场的竞争；以及(3)该案并不需要优先处理。

若案件不满足上述任一种情况，进入了进一步审查阶段，则在下述三种情况下仍会终止调查，即：(1)外国政府补贴最终未被确认；(2)没有迹象表明扭曲了欧盟市场的竞争；以及(3)对欧盟市场竞争的扭曲被在欧盟的积极影响或者欧盟认可的公共政策利益所抵消。

### 4. 对于欧盟市场扭曲效应的评估

在考虑扭曲效应时，实际发生的和潜在的效应均将被考虑在内。白皮书界定了几类较有可能扭曲欧盟市场的行为，包括：

- (1) 出口融资形式的补贴。
- (2) 对于经营不佳的企业的补贴。但若该等补贴是因为严重的国家或全球经济危机（例如此次疫情可能被认定为严重的经济危机）而在有限的时间里适当授予的，则不在此类。
- (3) 政府给予的无限数量或者无限时间的债务或责任担保。
- (4) 税收豁免形式的经营补贴，但不包括一般税收政策内的豁免。
- (5) 直接用于收购融资的外国政府补贴。

对于其他类型的补贴，白皮书则列举了一系列非穷尽的审查考虑因素，包括：

- (1) 补贴的金额。补贴金额越大，风险越高。
- (2) 补贴的对象。补贴对象越大，产能利用率越低，风险越高。
- (3) 相关市场情况。例如，产能过剩的市场或高增长的高科技市场风险较高。
- (4) 被调查的市场行为。例如，在收购或者政府采购程序中的报价行为。
- (5) 被调查人在欧盟市场的活跃程度。活跃程度越低，风险越小。

此外，在三年内授予的低于 20 万欧元的外国政府补贴将因为金额过低而被推定为不会扭曲欧盟市场。这一金额门槛与用于评价欧盟政府补贴行为的政策是一致的。

### 5. 欧盟利益测试

即便一项外国政府补贴被认为有能力扭曲欧盟市场，若有证据表明该等扭曲效应可以被积极影响（包括支持经济活动或投资，或促进欧盟认可的公共政策利益）所抵消或积极影响更大，则该外国政府补贴也不会被追究。

在欧盟利益测试中，欧盟的公共政策目标包括创造工作岗位、气候和环境保护、数字化、安全、公共秩序等。在考察时，应当关注多方的利益，包括消费者的利益。

## 6. 救济措施

如果一项外国政府补贴被认定具有扭曲效应，执法机关将可以采取救济措施以消除该等扭曲效应。原则上，最恰当的救济措施应当是要求被调查人将其收到的补贴返还外国政府，但是实践中可能很难保证外国政府补贴真实地并且不可逆地返还给了第三国政府，因此白皮书还列举了几类替代性的救济措施，包括：

- (1) 剥离或削减补贴相关的资产、产能或市场占有率。
- (2) 禁止一项投资，尤其是该等投资收到了外国政府补贴。
- (3) 禁止获得补贴支持的收购。
- (4) 授予第三方使用的权利。
- (5) 以公平、合理、无歧视的条件许可。
- (6) 禁止一项特定的与外国政府补贴相关的市场行为。
- (7) 公开特定的研发成果，以使第三方可以复制该等成果。
- (8) 向欧盟或成员国进行救济性支付。

此外，经营者也可以主动提出承诺，以消除扭曲效应的影响。如果执法机关认为该等承诺是充分的，其可以做出决定使该承诺有法律约束力，从而无需另外附加救济措施。

## 7. 信息收集

鉴于被调查人与外国政府的经济联系往往并不透明，获取审查所需的必要信息对于有关机关构成一项挑战。为此，白皮书中包含了一些政策措施以应对这项挑战，包括：

- (1) 允许执法机关采取丰富的调查手段，包括从第三方获取市场信息；
- (2) 对于提供不完整、不准确或有误导性的信息的行为处以罚款；以及
- (3) 执法机关将可能仅依据可获得的证据做出决定。

### (二) 机制二 —— 专门适用于并购审查

#### 1. 执法机关

与机制一有所不同，白皮书建议由欧盟委员会单独负责机制二中的事前申报审查工作。但若交易未达到机制二的申报标准，成员国可以依据机制一依职权审查交易

#### 2. 管辖范围

机制二的管辖范围比机制一窄，仅涵盖外国政府补贴支持收购欧盟目标的行为，包括(1)直接为收购提供一笔补贴，或者(2)以通过补贴增强收购方的财务实力的方式间接支持收购。在满足下述条件时，收购人将有义务进行申报：

- (1) “收购”属于构成经营者集中的交易，或者通过收购取得了对目标公司的“实质影响”或特定比例以上的股份或投票权。

- (2) 收购的目标，也即“欧盟目标”，为在欧盟设立同时满足一系列标准的经营者。该等经营者的资产预计未来将产生较大的欧盟境内营业额（应当考虑到具有关键资产或营业额低但高增长或高技术等情况），和/或为收购该经营者需要付出一定的对价，或者已经产生了较大的欧盟境内营业额（例如1亿欧元）。
- (3) 申报前三年至收购交割后一年内，收购从第三国政府所获得的“财务支持”<sup>4</sup>需要达到一定的数额。

### 3. 对于欧盟市场扭曲效应的评估和欧盟利益测试

与上述机制一类似的，机制二下的审查，在评估外国政府补贴对欧盟市场的扭曲效应时，需要考察包括补贴的数额、经营者的情况、相关市场的情况、在欧盟市场的活跃程度等因素。如果该等扭曲效应被证明，还应当将其与投资的积极效应或欧盟公共政策利益相权衡。

### 4. 程序

在机制二下，执法机关将对于拟进行的交易进行事前审查，在审查通过前不得实施交易<sup>5</sup>。但是在申报义务人应报未报的情况下，执法机关也将可以依职权审查。

机制二同样分为两个步骤，即初步审查和进一步审查。在初步审查中，收购方将被要求提交一份包含下列信息的申报材料：

- (1) 股权结构以及公司治理、营业额、业务介绍等基本信息；
- (2) 融资相关的信息，包括交易融资的信息以及收购方整体上融资的主要来源；
- (3) 从第三国政府收到的为交易提供的财务支持；
- (4) 过去三年从第三国政府收到的任何财务支持；
- (5) 关于过去三年其他潜在收购方的信息，以及目标公司收到的其他出价。

交易的简要总结将会公示，利益相关方可以在规定时间内提出意见。

机制二下的审查可能有三种结案方式，包括无条件批准，附条件批准以及禁止收购。对于附条件批准中的救济措施，白皮书指出，退还外国政府补贴在机制二下可能并不十分有可操作性，更可能适用机制一中列举的其他救济措施。

## 四、反外国政府补贴审查机制与其他审查制度的关系及比较

### （一）反垄断制度

对于并购交易，未来在欧盟的反垄断申报和反补贴申报可能平行存在，并且审查互不影响。在反垄断审查中，在竞争分析时虽然也可能会考虑到外国政府补贴对于经营者财务实力的影响，但其并非分析的着力点。与之类似的，对于其他的经营行为，按照反垄断相关规则下的分析思路该行为对欧盟市场竞争的扭曲可能达不到政府干预的标准；但在反补贴制度下，扭曲效应的标准可能会因外国政府补贴的存在而下调，使得政府能够出手干预仅依据一般的竞争分析并不需要优先执法的行为。

<sup>4</sup> “财务支持”不同于外国政府补贴，白皮书的附录一对“财务支持”的类型进行了列举，本文在第一部分中做了引述。

<sup>5</sup> 执法机关可以在收购方的合理请求下批准交易在审查通过前提前交割。

## （二）贸易反补贴制度

欧盟委员会在贸易反补贴案件中的经验（例如，对于外国政府补贴是否存在的判断）也将被用于白皮书下的反补贴制度。相比于只能管辖受补贴的进口商品的贸易反补贴制度，白皮书提议的反补贴制度覆盖了服务贸易中的外国政府补贴，以及对于在欧盟设立公司及从事经营的外国政府补贴。

## （三）外商投资审查制度

未来，部分收购将可能同时面临欧盟及其成员国的外商投资审查和反外国政府补贴审查。

外商投资审查制度的目标是审查外商直接投资是否会影响安全和公共秩序，具体的考虑因素包括关键基础设施、关键技术、关键供应、敏感信息的获取以及媒体的多元化等等。外国政府的补贴也是外商投资审查关注的一个方面，主要用于判断投资者是否直接或间接被外国政府控制，然而显然并非外商投资审查的关注重点，不能起到反外国政府补贴审查制度所将发挥的作用。

# 五、反外国政府补贴审查机制对相关企业的影

在欧盟委员会 2019 年 3 月 12 日发布的联合通告中，将中国定义为“体制竞争对手”（systemic rival）。反外国政府补贴审查机制的提出看上去即是针对中国“集中力量办大事”的制度特点所采取的自我保护措施。

## （一）对企业在欧盟收购的影响

在外商投资审查、反垄断审查和反外国政府补贴审查的三重审查下，未来中国企业在欧盟的收购将面临很大的不确定性，在交易价格上也将体现为“中国溢价”。

成功的收购可能需要在收购资金来源方面提前下功夫，选择低于市场价格利率的贷款、接受政府引导基金的支持等将可能导致交易被禁止或者附加救济条件。

有趣的是，鉴于中国的招商引资政策优惠有向外资倾斜的历史，即便该等补贴几乎不可能是直接为收购提供的，也可能构成增强收购方的财务实力的间接支持收购，从而导致欧盟企业在欧盟的收购也可能需要进行反外国政府补贴申报审查。

## （二）对中国企业在欧盟直接投资及经营活动的影响

其次，未来中国企业在欧盟的直接投资以及既存的投资经营活动也可能受到影响。如上文对于救济措施的介绍，企业面临的风险将包括被要求剥离或削减在欧盟的业务，或者授予、公布或者以公平、合理、无歧视的条件许可相关专利等。

欧盟业务维持自负盈亏或许可以作为安全港，但(1)机制一仍可能从最初投资资金来源的角度进行干预；(2)对于研发中心等需要持续输血的业务似乎并不可行。

国家重点扶持行业的企业、经营状况不佳却“大而不倒”的企业尤其需要尽快审视乃至积极调整其在欧盟的投资经营活动。以低价策略在欧盟参与竞争的活动很可能成为竞争对手的重点举报对象，也将成为未来机制一的执法重点。

## （三）中国企业应及时进行内部审查评估

在欧盟有重要经营活动的中国企业有必要进行细致的内审，以确保不违反白皮书中的反外国政府

补贴规则。为此，中国企业需重点关注最终生效的规则中，是否就企业如何合规做出了进一步的指引，例如是否可以通过区隔欧盟的业务运营、保证欧盟的经营活动是独立且未接受中国业务活动支持的，来降低甚至消除违规风险。

中国企业和基金也应当仔细对照白皮书反外国政府补贴规则审查收购欧盟目标时的资金来源，并重点关注最终生效的规则中是否将来自于国家控制或补贴的有限合伙投资一概认定为外国政府补贴。对于中国国有战略投资者来说，反外国政府补贴规则的存在将很大程度上抑制其在欧盟的投资活动。对于中国的民营战略投资者来说，还需考虑是否在中国市场的准入方面获得了优待，也即白皮书所指出的：“应当考虑受补贴者是否在其母国市场（通过等同于授予特殊或者独家权利的政策）获得了准入的特权，该等人为造成的竞争优势是否会被用于欧盟市场，强化任何外国政府补贴的扭曲效应。”

## 六、结语

反外国政府补贴审查制度的框架在 2021 年落实生效后很可能成为未来欧盟委员会干预中国企业在欧盟投资最为有力的手段，在目前紧密进行的中欧投资协定谈判<sup>6</sup>中，预计白皮书也将是绕不开的重要一环。

以往，“反补贴”在国内仅仅是国际贸易领域的常用概念，且多涉及传统产业，部分从事跨国投资及企业管理领域的人士并不熟悉。相反，很多企业都在经营过程中重视争取政府在税收、土地、信贷等方面的优惠政策（而这些都很可能落入白皮书的“补贴”范围）。法律层面，在我国《反垄断法》中，虽然有滥用行政权力排除、限制竞争的专门章节，法条上及执法实践中，却局限于禁止政府限定交易的行为以及妨害全国统一市场的行为。

可以预计的是，未来中国企业将在反外国政府补贴合规方面遇到很大的挑战。反补贴项下的调查涉及执法机关与被调查企业在事实、反竞争效果和欧盟利益等多个方面的交锋，被调查方能否组织有效的抗辩可能很大程度上影响调查结果。因此，中国企业有必要在现阶段就采取行动，审查相关欧盟活动的资金来源，积极对白皮书提出反馈意见，为未来反外国政府补贴制度的生效做好充分准备。

---

<sup>6</sup> 参见：<https://www.yicai.com/news/100676644.html>。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 吴昊思

电话： +852 2820 5617

Email: [charles.wu@hankunlaw.com](mailto:charles.wu@hankunlaw.com)