

欧盟《外国政府补贴实施条例》（草案）明确并购交易与公共采购的新增申报义务

2023年2月6日，欧盟委员会（“欧委会”）公布了《关于扭曲内部市场的外国政府补贴的实施条例》（草案）以征求公众意见（“《实施条例》”）。《实施条例》就具体实施《外国政府补贴条例》适用的相关实务及程序方面的问题作出了说明，并同时发布了在触发申报时相关各方应填写的申报表格。

《实施条例》对在特定并购和公共采购程序的申报中可能需要提供的外国政府财政资助信息的范围进行了说明。企业可据此进行相关数据的收集工作，为即将在2023年10月生效的强制申报制度做好准备。各方可以对《实施条例》提交反馈意见的截止日期为2023年3月6日。

概况

2023年1月12日，《外国政府补贴条例》生效。该条例将自2023年7月12日起实施，而申报义务将自2023年10月12日起开始生效，以便欧委会评估交易和公共采购程序中是否存在具有扭曲效果的外国政府补贴。虽然该条例主要针对外国（即非欧盟）公司，但《外国政府补贴条例》也赋权欧委会可以干预欧盟和外国收购方进行的涉及欧盟目标公司的并购交易以及欧盟和外国投标人在欧盟的公共采购活动。欧盟和外国收购方及投标人均需遵守《外国政府补贴条例》规定的申报义务。

就并购和公共采购而言，触发申报的相关门槛之一是获得第三国（即非欧盟国家）提供的财政资助，包括从公共和私人实体获得的可归因于第三国政府的资助。根据《外国政府补贴条例》，财政资助的定义非常宽泛，包括提供或购买的商品或服务、融资安排（无论该融资是否基于公平条款），以及第三国政府放弃的本应得到的财政收入，例如税务减免或在未支付充足报酬的情况下给予的特殊或独家权利。外国政府财政资助的范围甚至包括最小规模的交易，例如，向外国国有运营商购买的车票或缴纳的水电费。因此，收集与非欧盟国家相关的每一项外国政府财政资助信息将成为大多数企业的行政负担。

为了消除《外国政府补贴条例》可能带来的过重的申报负担，欧委会在《实施条例》中也发布了申报表格，尽管公司仍然需要进行大量的准备工作，但这是朝着务实方向迈出的第一步。欧委会的目的是通过在表格中引入最低限额豁免以将重点集中在最具扭曲性的补贴类型（即《外国政府补贴条例》第5条规定

要点

- 欧委会公布了《外国政府补贴实施条例》（草案），旨在采纳一种更加务实的方法
- 最低限额门槛将关注最具扭曲效果的补贴类型，《实施条例》提供的豁免要求意在减轻公司在《外国政府补贴条例》项下的负担
- 在《外国政府补贴条例》实施之前，公司需要进行大量的准备工作——为准备2023年10月12日后提交的申报，企业仍然需要收集和评估大量且详细的信息
- 《实施条例》的征求意见稿截止日期为2023年3月6日

的情形），并提供申请豁免的选项来减轻公司的工作量。豁免申请一旦获批，将免除公司提供特定信息的义务。

除申报表以外，《实施条例》还在程序方面对几个问题作出了说明，例如深入调查的时间表、欧委会将如何使用收集的信息、文件访问、受托人的作用、透明度要求和时限的计算。

在征求公众意见之后，欧委会将向由成员国代表组成的外国政府补贴咨询委员会提交经修订的《实施条例》。待该委员会发表意见后，拥有最终决定权的欧委会将通过最终文本。在时间方面，欧委会表示，《实施条例》应“在 2023 年年中之前定稿并通过”。

并购申报

达到《外国政府补贴条例》申报门槛（见右侧文本框）的并购交易必须在交易交割前向欧委会申报并获得批准。

为了降低披露外国政府财政资助相关信息的繁琐要求，从相称性原则出发，欧委会作出的主要让步包括：

- 将披露要求限定在交易前三年内获得的符合以下两个条件的外国政府财政资助：
 - 单项外国政府财政资助的金额达到或超过20万欧元；以及
 - 外国政府财政资助来自第三国，且该国提供的外国政府财政资助的总金额达到或超过每年400万欧元；
- 除了与最有可能扭曲内部市场的补贴相关的信息以外（即《外国政府补贴条例》第5条规定的情形），限定了所需提供的外国政府财政资助信息的细节程度。

原则上讲，这些让步避免了公司为了填写申报表而甚至需要收集从外国国有运营商处购买的每一张车票或水电费账单的情况。但是，5,000 万欧元的申报门槛仍然是基于一公司获得的全部外国政府财政资助的价值，而不仅仅是超过《实施条例》规定的 20 万欧元门槛的部分。同样地，判定《实施条例》规定的 400 万欧元的披露门槛的部分看起来也是基于一公司获得的全部外国政府财政资助。因此，企业需要考虑两个选项：（1）收集全部外国政府财政资助的数据，以期证明无需申报或无需披露某一国家超过 20 万欧元的外国政府财政资助，或（2）直接承认达到申报门槛，进行申报并作出披露（有待欧委会确认该选项可行）。对于在欧盟境外存在大量业务活动的公司来说，后一种方案可以节约大量成本，并可以更有针对性地收集信息，因为在很多情况下，5,000 万欧元的申报门槛很容易达到。

虽然欧委会已经为符合相称性原则在披露的信息量方面作出了让步，但如果《实施条例》以目前的内容被采纳，企业在遵守拟议申报要求方面仍将面临重大挑战，包括：

- 确定交易对手是第三国的公共机构、国有实体，以及任何“*其行为可归因于第三国政府*”的私营实体（包括在欧盟注册的实体）。在很多情况下，更节省成本的做法是假设所有第三国的国有企业都属于此种类型。对于哪些私营企业的行为可归因于国家，可以参考大量的有关欧盟国家援助的判例法和裁

并购交易申报门槛

申报义务将适用于下列情况：

- 目标公司（或其子公司之一）在欧盟设立（例如，通过法律实体或分支机构），并且在**欧盟范围内的总营业额至少为5亿欧元**。就设立合营企业而言，合营企业须达到该门槛；就合并交易而言，合并双方中的任何一方达到该门槛即可；以及
- 交易方在前三个财务年度内，从第三国收到的合并“**财政资助**”**总额超过5,000万欧元**。相关交易方指目标公司和获得其控制或共同控制权益的每一方。

欧委会可以主动干预没有达到这些申报门槛的交易。

判实践，公司应与法律顾问进行详细的个案评估；

- 确定并计算“（第三国政府）放弃的本应得到的财政收入，例如税务减免或在未支付充足报酬的情况下给予的特殊或独家权利”的价值，计算该等价值可能经常需要税务和经济分析的协助；以及
- 提交某些类别的外国政府财政资助的详细信息（救助和重组补贴、无限额的国家担保、特定形式的出口融资和直接促进并购交易的外国政府财政资助，应提供与交易“可能有关联”的所有内部文件）、尽职调查文件的副本、出售目标公司的详细招标程序，以及对与交易“可能有关联”的任何外国政府财政资助接受方的业务条线和业务活动的影响；要获得这些文件（特别是从资助方获得文件）可能并不容易。

虽然欧委会在制度实施的前期阶段可能会进行某些公开澄清，但具体指引可能要等到制度实施若干年后才会由欧委会发布。因此，企业及其法律顾问在申报中需要与欧委会共同商讨以确定满足申报要求的可行方式。例如，通过灵活利用豁免免于提供当事方无法“合理获得的”或欧委会审查案件中非必要的信息。

从程序上讲，拟议的并购申报制度大量借鉴了《欧盟并购申报条例》，并基本采用了相同的第一阶段和第二阶段审查时间表以及相似的信息收集权。但是，两制度仍存在某些差异，例如在第二阶段调查中无召开口头听证会的权利、临时不利发现的披露更加提前并且范围更加有限、当事方的法律顾问查阅欧委会档案中的保密信息的范围更大，以及未规定根据第一阶段的救济措施批准交易的机制。

除非具有扭曲效果的补贴对欧盟市场或更广泛的政策目标的积极影响大于其产生的消极影响，就欧委会将如何实质性地评估一项并购交易是否涉及扭曲欧盟内部市场的补贴并因此施加救济措施，《实施条例》从三个方面提供了解读。首先，与欧盟国家援助规则的立场相反，由于申报表格要求提供大量信息证明是否产生了扭曲性影响，因此不会推定补贴本身即具有扭曲效果。第二，欧委会不会只评估补贴是否扭曲目标公司的潜在买方之间的竞争，而且还会考虑补贴是否会对欧盟市场产生更广泛的影响。第三，申报方需要在申报表格中证明具有扭曲效果的补贴的积极影响（但是，如申报方相信该补贴从一开始就不具有扭曲效果，申报方可选择不进行证明）；在不存在更具体的指引的情况下，有关欧盟国家援助的指引将对如何评估上述积极影响提供帮助。

公共采购申报

根据《外国政府补贴条例》，公共采购程序中具有扭曲性的外国政府补贴指“使经营者在工程、供货或服务投标时具有不正当优势”的补贴。满足申报门槛（见右侧文本框）的主要承包商以及主要供应商和分包商有义务进行申报。

在某些方面，拟议的公共采购申报中对外国政府财政资助的披露要求低于并购申报中的披露要求。具体而言，只有在同时满足以下条件的情况下，才需要披露外国政府财政资助：

- 接收方在申报前三年内收到的第三国外国政府财政资助的总额超过400万欧元；以及
- 外国政府财政资助属于被视为最可能具有扭曲效果的类别，即，救援和重组资助、无限额国家担保、特定形式的出口融资以及协助提供获得不正当优势投标的外国补贴（包括运营成本补贴、直接为投标提供融资的补贴以及提高

公共采购申报门槛

申报义务将适用参与欧盟招标的下述经营者：

- 采购合同的金额至少为**2.5亿欧元**（在公共采购程序被划分为多个标段的情况下，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亦需申报）；以及
- 在申报前三年内经营者从**每个第三国**获得的财政资助的总额至少为**400万欧元**。

投标产品或服务的产能或技术性能的补贴）。

由于对于多数企业而言，应披露补贴的类别并不常见并且容易甄别，因此应能大幅度降低申报方的负担。与并购申报制度相同，公共采购申报中应也可申请豁免，要求免于提供无法合理获得的或欧委会审查案件时非必要的信息。

然而，根据《实施条例》，公共采购中未达到申报门槛的投标人需要声明其未达到申报门槛，并通过披露所有外国政府财政资助予以证明（无论金额大小）。该要求可能只适用金额超过 2.5 亿欧元标准的采购合同，但还需经条例终稿进行确认。除非欧委会在《实施条例》终稿中能被说服采用更符合相称性原则的方式，与并购申报一样，一些企业可能会发现与收集有关收到的所有外国政府财政资助的信息相比，声明达到申报门槛并提交“完整”申报可能是更节省成本的方式。

公共采购申报表格草案中的多数信息和内部文件要求与并购申报表格中的要求相似，主要针对被视为最有可能具有扭曲效果的补贴。但是，交易各方有机会说明其收到的任何补贴并未导致其在投标中获得不正当优势。申报表格草案还免除了申报方提供在公开招标程序中已提供的特定信息的义务，例如当事方已通过欧洲单一采购文件（ESPD）提交的信息。

《实施条例》还进行了其他澄清。虽然主要承包商以及主要分包商和供应商均有义务进行申报并被视为“申报方”，但《实施条例》规定，主要承包商有义务确保在一份申报表格中代表所有申报方进行相关申报或作出声明（但涉及商业秘密的信息可通过不同的附件进行提交）。主要分包商和供应商指其参与构成履行合同重要一环的分包商和供应商，并且其在项目中的贡献比例应占投标金额的 20% 以上。

结论

随着《外国政府补贴条例》即将实施，《实施条例》的出台是向正确方向迈进的一步。虽然如此，欧盟和非欧盟投资者仍需对必要的信息收集和具体的分析开展大量的准备工作。公司应通过制定相关内部合规程序以应对《外国政府补贴条例》的远期及近期影响，确保在 2023 年 10 月 12 日申报义务生效时不会由于新申报要求的负担而延误申报交易的整体时间线。

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 2826 3467

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

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 2023

Clifford Chance LLP 是在英格兰与威尔士注册的
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