



Columbia Center on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND COLUMBIA CLIMATE SCHOOL

Columbia FDI Perspectives

哥大国际投资展望

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

执行编辑: Matthew Conte (msc2236@columbia.edu)

哥大国际投资展望 (Columbia FDI Perspectives) 聚集各方观点以供讨论, 作者所表达的观点并不能代表哥大可持续投资中心 CCSI 及其相关方的立场。

No. 372 2023 年 12 月 11 日

欧盟战时外资监管框架下的间接 FDI: 反规避条款是否有效?

Fabrizio Di Benedetto*

2023 年 7 月 13 日, 欧洲法院 (ECJ) 根据《欧洲联盟运行条约》(TFEU) 第 207(2)项条款, 作出有关 《外资审查监管条例》 (下称《条例》) 的初步 裁决。《条例》确立了成员国间 FDI 管控的共同规制, 并赋予欧盟委员会干预国内机制的能力; 成员国必须考虑委员会的意见。

1. 简而言之, 匈牙利政府以国家安全为由, 阻止了一家德国控制的匈牙利企业收购一家国家建材公司——而这家德国公司归一家百慕大企业所有。发起人在布达佩斯高级法院提起上诉, 认为这是对行为自由的不正当限制。国家法院决定暂停诉讼程序, 并要求欧洲法院作出初步裁决。

尽管收购方的最终控股人是爱尔兰公民, 但是借助这项案例理解《条例》框架下对间接外国直接投资的处置是很有趣的。间接外国直接投资即第三国投资者 (非欧盟公民或非依据成员国法律注册的公司——《条例》 第 2 项条款) 通过一家欧盟公司 (依据成员国法律注册的公司) 对欧盟公司的收购或入股。

欧洲法院和总检察长 Čapeta 就 《条例》 在间接外国直接投资上的适用问题得出相反结论。根据总检察长的 意见, 间接外国直接投资处于《条例》的适用范围内。实际上, 《条例》 规定外国直接投资是“外国投资者旨在与欧盟公司或企业家建立或保持持久和直接联系的任何形式的投资” (《条例》 第 2(1)项条款)。Čapeta 认为, 其他解释将与《条例》的宗旨相违背。实际上, 《条例》 第 3(6)项条款要求成员国采取行动, 辨识和防范规避国家机制的行为, 例如通过特别安排从欧盟内部进行投资, 而该投资者最终为第三国的国民或企业所拥有/控制 (第 10 条)。Čapeta 认为, 间接外国直接

投资必须首先处于《条例》的适用范围内，由此确定其是否试图规避国家审查机制（第 47 段）。

与此相对，[欧洲法院](#)认为，间接外国直接投资并不处于《条例》的适用范围内。根据《条例》第 2 项条款，外国投资者的概念涵盖根据第三国法律注册或以其他方式组织的企业（第 31 段）。因此，[《条例》](#)第 4(2)(a)项条款和第 9(2)(a)项条款建议成员国考虑外国投资者的所有权结构，只应限于第三国企业，而不能扩展至第三国个人或公司控制的欧盟企业进行的投资（第 37 段）。

[总检察长](#)推论，如果间接外国直接投资不处于《条例》的适用范围内，反规避条款就无法适用于间接外国直接投资。相对地，如果其认为案例中完全不涉及[《条例》](#)第 3(6)项条款（第 6 段），[欧洲法院](#)将允许《条例》在间接外国直接投资上的适用。因此，如果案件被认为试图规避，欧洲法院就会将《条例》适用于相关的间接外国直接投资。

虽然总检察长的论点始终令人信服，在欧洲法院作出裁决之后，很明显地，间接外国直接投资只有在存在规避风险的情况下才会受到《条例》的约束。然而，在战争时期，如果最终控股方是其安全利益与欧盟（现在是俄罗斯）相异的国家的公司或国民，即使不存在规避，纯粹的间接外国直接投资也可能会带来安全威胁。尽管如此，欧盟委员会有权在存在规避的案例中就间接外国直接投资发表意见，而纯粹的间接外国直接投资将被留给那些无法独立确保欧盟共同安全的成员国——例如，像[跨欧盟能源网络](#)¹这样有利于欧盟的项目。

因此，欧盟的共同安全保障在《条例》中存在空缺。填补该空缺的方式之一，是对《条例》进行修订（[公众咨询](#)已经启动），应用[欧盟合并控制规则](#)中的“集团”概念来更好地定义[《条例》](#)第 2(2)项条款中的“外国投资者”概念。根据该定义，同一最终控制实体能够对其施加支配性影响的所有企业都从属于同一集团。因此，这样该集团的国籍将会是最终控制公司或国民的国籍。这将使欧盟委员会能够发表更多意见，以更好地保护欧盟的共同安全。应用集团概念还能将欧盟投资者通过第三国公司进行的外国直接投资排除在《条例》的适用范围之外。

最后，如果欧盟依据 TFEU 第 207(2)项条款作出的共同商业政策不涉及纯粹的间接外国直接投资，则可以通过在其法律基础上增加有关内部市场协调的 TFEU 第 114 项条款内容来拓展《条例》的适用范围。

* Fabrizio Di Benedetto (f.dibenedetto@unilink.it) 是罗马联合校园大学反垄断与监管特聘教授。作者希望感谢 George Bermann, John Gaffney and Giorgio Sacerdoti 的同行评审。

¹ 参见[《欧盟委员会有关能源领域公共安全意见的重要性》](#)。

如果附带以下承认，这篇展望中的材料可以被重印：“Fabrizio Di Benedetto, 《欧盟战时外资监管框架下的间接 FDI: 反规避条款是否有效? 》, 哥大国际投资展望, No.372, 2023 年 12 月 11 日。经哥伦比亚可持续投资中心许可转载 (<http://ccsi.columbia.edu>)。” 请将复印件发送至哥伦比亚可持续投资中心 ccsi@law.columbia.edu。

获取更多信息，包括关于提交给哥大国际投资展望的信息，请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Matthew Conte, msc2236@columbia.edu。

哥伦比亚大学可持续投资中心(CCSI)作为哥伦比亚大学法学院和哥伦比亚大学气候学院的联合中心，是一个领先的应用研究中心和论坛，致力于可持续国际投资的研究、实践和讨论。我们的任务是制定与传播切实可行的解决办法，和分析当前的政策性问题，以最大限度地发挥国际投资对可持续发展的影响。该中心通过跨学科研究、咨询项目、多方利益相关者对话、教育项目以及资源和工具的开发来承担其使命。获取更多信息，请访问我们的网站<http://ccsi.columbia.edu>。

最新的哥大国际投资展望

- No. 371, Nitesh Dullabh, 《发展中国家与促进可持续 FDI 的行业重要性评估》, 2023 年 11 月 27 日
- No. 370, N. Jansen Calamita, 《藉由 WTO 投资便利化促进发展协定支持投资者-国家争端防范的意外机会》, 2023 年 11 月 13 日
- No. 369, Karl P. Sauvart and Zbigniew Zimny, 《如何达成获取大规模外资激励措施的最佳交易》, 2023 年 10 月 30 日
- No. 368, Julien Chaisse, 《反思国际投资协定的保护伞条款》, 2023 年 10 月 16 日
- No. 367, Brian Egan and Katie Clarke, 《CFIUS 第二部分? 美国采取行动限制对华直接投资》, 2023 年 10 月 2 日

所有先前的哥大国际投资展望均载于: <https://ccsi.columbia.edu/content/columbia-fdi-perspectives>. 南开大学国经所郭子枫译