

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

第131辑



主办

中国国际经济贸易仲裁委员会

中国海事仲裁委员会

中国国际商会仲裁研究所

仲裁与法律

第 131 辑

主 编:岳 洁

副主编:杨 帆

编 委:陈 波 姚俊逸 梁 华 陆 菲

贾 坤 赵 英 湛 玲 卢雅函

邓 纯

编辑部地址:北京市西城区桦皮厂胡同 2 号国际商会大厦 6 层

邮 政 编 码:100035

电 话:(010)82217788 64646688

传 真:(010)82217766 64643500

电 子 信 箱:law@cietac.org

网 址:<http://www.cietac.org>

图书在版编目(CIP)数据

仲裁与法律. 第131辑 / 中国国际经济贸易仲裁委员会, 中国海事仲裁委员会, 中国国际商会仲裁研究所
主办. —北京: 法律出版社, 2016. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9601 - 8

I. ①仲… II. ①中…②中…③中… III. ①仲裁—研究—丛刊 IV. ①D915.704 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 128123 号

仲裁与法律·第131辑

主 编 岳 洁

副主编 杨 帆

编辑统筹 法律应用出版社

策划编辑 戴 伟

责任编辑 程 岳

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任印制 胡晓雅

责任校对 杜 进

印刷 三河市龙大印装有限公司

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 11.5

字数 158千

版本 2016 年 6 月第 1 版

印次 2016 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9601 - 8

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

域外研究

欧盟能源法:监管风险扩大及避险之道

Ana Stanić* 著 苏裴裴** 译

译者按:本文主要介绍欧盟能源领域近期立法,及其造成的监管风险扩大的问题。通过案例分析,对比了欧盟法以及双边投资协定项下,投资者权利受保护的差异。在此基础上分析了欧盟法作为能源合同适用法,为 ICSID 投资仲裁管辖及在欧盟执行仲裁裁决带来的不确定性,并相应提出建议,即通过在欧盟成员国法律范围之外选择合同适用法,隔绝欧盟法变化带来的风险,约定欧盟之外的地点作为仲裁地,在合同中加入稳定性条款,提起 ICSID 投资仲裁并将欧盟及成员国列为共同被申请人等,以确保仲裁裁决的顺利执行。

本文主要探讨在欧盟境内经营或想要在欧盟境内经营的能源公司,当前面临的监管风险以及降低此类风险的办法。

* Ana Stanić 是一名英国事务律师,她同时是邓迪大学矿产与自然资源中心的荣誉讲师,是 E&A 律所的创始合伙人。E&A 律所是一家专长能源领域与欧盟法、国际法及仲裁的创新性律所。她同时还是欧盟能源领域在竞争、国家援助以及能源法方面的专家。Ana 在澳大利亚新南威尔士大学获得商科学士学位(金融与银行)及法学学士学位,在英国剑桥大学获得法学硕士学位,能够使用英语,斯洛文尼亚语,波斯尼亚/克罗地亚/塞尔维亚语,意大利语,能够理解俄语及法语。

** 苏裴裴,毕业于北京外国语大学,获得法学学士学位及民商法硕士学位,曾赴台湾国立中正大学民商法研究所交流,参与编写《国际投资争端解决中心案例导读》,现就职于北京市中伦律师事务所争议解决部。

第一节主要介绍在能源及外商直接投资领域,2009年《里斯本条约》赋予欧盟权限的相关背景。第二节主要回顾欧盟近期能源立法,以及欧盟监管与投资框架下日益增强的不确定性。第三节主要审查解释欧盟能源法的不确定性,以及欧委会就能源项目作出决定所需时间。第四节主要分析欧盟法与能源投资领域的国际投资法,二者令人日益担忧的关系所带来的启示。第五节主要分析,欧盟法作为能源合同适用法,及在欧盟执行仲裁裁决的适用法所带来的不确定性。最后,针对所识别的监管风险,第六节就可能的合同架构为欧盟经营者提出了建议。

一、《里斯本条约》赋予欧盟能源领域新权限

2009年《里斯本条约》首次明示赋予欧盟在能源及外商直接投资(以下简称外商直接投资)领域的权限。尤其是《欧洲联盟运行条约》(以下简称《欧盟运行条约》)第194(1)条规定:“欧盟能源政策应致力于达到……:(a)确保能源市场运转;(b)确保欧盟能源供应安全;(c)提高能源利用率,促进节能,及新的可再生能源形式的开发;以及(d)促进能源网络的互相连接。”此外,欧盟还主张,《欧盟运行条约》第3(1)(e)条结合第206条及第207条,赋予欧盟在外商直接投资领域的排他权限。

在2011年2月4日的峰会上,欧洲理事会援引上述两个领域的新权限,提出能源政策的欧洲化,暗示一项新的更有力的能源政策正在制定之中。欧洲理事会同时呼吁,欧盟外部能源政策及关系需要更多协调,以确保欧盟成员国(以下简称成员国),在与欧盟重要合作方的双边关系中,以及在能源事项多边协商中,从欧盟整体利益出发。

2015年2月25日,在推进能源法律欧洲化的进程中,欧盟委员会(以下简称欧委会)采取了框架战略,主要涉及具有前瞻性气候的弹性能源协会。欧委会宣布,“弹性能源协会的核心即进取性气候政策,旨在为欧盟消费者——包括家庭及企业——提供安全、可持续、有竞争力且经济的能源”,而“达到此目的需欧洲能源体系的根本性变革”。欧委会的愿景是“能源协会的成员国能够

意识到,为国民提供安全能源需要互相支持,各成员国休戚与共,互相信赖,协会整体在国际事务中统一步调。”^①

为设立能源协会,欧委会已制定2015年及2016年的立法日程,包括:(i)电力供应安全《规定》修正案;(ii)第三能源套案(以下简称第三套案)修正案,旨在加强能源管理者协调机构的权限;(iii)发布关于地区合作及加强成员国能源政策协调的准则;(iv)编制主要能源基础建设新名单,考量其能否成为共同利益工程(以下简称共益工程)以获取欧盟资金支持;以及(v)就液化天然气及储量准备整体性战略。

二、近期重要立法

本节简要介绍欧盟近期通过的,影响能源公司的两项立法:(i)第994/2012/EU号《决定》(以下简称《决定》),^②该指令建立了成员国与第三方国家,在签订能源领域政府间协定(以下简称政府间协定)时的信息交换机制;以及(ii)第1219/2012号《规定》(以下简称《规定》),^③该规定建立了成员国与第三方国家签订双边投资协定时的过渡性约定。

(一)《决定》的关键性条款

《决定》首次赋予欧委会权限,可审查与欧盟外部能源供给相关的,现存及将来的政府间协定。第3(1)条特别要求成员国在2013年2月17日之前,向欧委会提供其与非欧盟国家签订的,全部履行中的能源领域政府间协定,以审查该协定是否违反欧盟法。该项义务亦延展至其他约定,包括东道国政府协定,即成员国通常与能源公司就一项大的能源投资签订的协议,在政府间投资协定中通常体现为“包含对内部能源市场运行,以及欧盟能源供应安全有影响的因素”。作为对能源公司的让步,私人主体之间的约定无须披露。

① 通讯《具有前瞻性气候的弹性能源协会之框架战略》,COM(2015)80,第1段。

② 第994/2012/EU[2012]OJ L 299/130号《决定》(欧盟)。

③ 第1219/2012[2012]OJ L 351号《规定》(欧盟)。

第3(3)条更进一步,要求成员国向欧委会提交全部新批准的能源领域政府间协定,以审查其是否违反欧盟法。鉴于成员国启动与非欧盟国家政府间协定协商时,并无义务通知欧委会,但批准后的协定有可能被认定违反欧盟法,成员国在此方面承担了风险。

考虑到上述权限尚不充足,欧委会计划在2016年修订《决定》,令其有权在政府间协定未定稿时审查其合法性,且有权参与政府间协定的协商过程。

(二)《规定》的关键性条款

《规定》就成员国与非欧盟国家签署新的双边投资协定(以下简称双边投资协定)及自由贸易协定(以下简称自由贸易协定)设定了框架,同时制定了现行双边投资协定的过渡性约定。截至本文撰写之时,欧盟成员国为超过1300个双边投资协定的当事方。依据《欧盟运行条约》第3.1(e)条,《规定》确认自此之后,欧盟将作为主体与非欧盟国家签订双边投资协定。成员国如需协商修订现存双边投资协定,或订立新的双边投资协定,需获得欧委会授权。《规定》第8~11条明确了欧委会批准上述授权的条件。

成员国应向欧委会告知,其于2009年12月1日前签署的,包含投资保护内容的全部双边投资协定及其他协议。依据《欧盟运行条约》第258条,欧委会有权就其认为违反欧盟法的双边投资协定,启动针对成员国的违法追究程序。事实上,2009年《规定》尚未通过之时已有此类实践先例,欧洲法院支持了相关主张,认为芬兰、瑞典及奥地利与他方签订的双边投资协定项下,投资者享有自由转移资金的权利,实际上违反了欧盟法。

最后,《规定》同时明确,成员国与非欧盟国家签订的双边投资协定“会逐步被欧盟签订的同样内容的协议所取代”。

在《规定》框架之外,欧委会意图解除内部双边投资协定(指欧盟成员国之间签订的双边投资协定),而非以类似投资保护协议予以取代。

(三)对现存及将来能源投资的启示

这两项立法结合欧委会相关行动,对现存及将来的能源项目有重要启示。首先,欧委会按照《决定》对政府间投资协定进行了审查,但在审查完成两年

后,仍未就协定合法性公布审查结果,这使欧盟现存重要基础设施及能源供应合同,仍持续面临不确定性。其次,欧委会审查对象包括《里斯本条约》生效前所签协定,甚至包括成员国加入欧盟前所签协定,该事实将减损欧盟法律确定性及投资框架稳定性。再次,一旦政府间投资协定被认定违反欧盟法,成员国将身处困境,其遵循欧盟法的努力,有可能构成对政府间投资协定的违反,对《能源宪章条约》以及任何适用的双边投资协定的违反。上述事实将进一步减损欧盟投资框架的稳定性,尤其是能源项目具有长期属性,成员国将无法明确在此情形下采取何种路径。最后,欧委会中期内解除内部双边投资协定,以及短期内将其条款纳入欧盟法律范围内的目标,亦增加了欧盟跨境投资相关风险。

南溪输气管道项目首当其冲,与新规定产生冲突。2013年8月,欧委会向部分中欧及东欧国家发出通知,认为其与俄罗斯就南溪输气管道签订的政府间投资协定违反了欧盟法。上述成员国管理者称,政府间投资协定签署之前,就签署事宜已从欧委会处获得非正式许可。2014年6月,欧委会对保加利亚启动了违法追究程序,称其南溪输气管道政府间投资协定违反了欧盟法。南溪输气管道项目自此被放弃。保加利亚政府称该项目仅在保加利亚的投入就高达逾10亿欧元。

三、欧盟能源法解释及适用的不确定性

本节主要通过两个案例,突出揭示欧盟能源法解释与适用过程中引发的不确定性。第一个案例主要涉及第三方准入豁免范围的解释,第三方准入的依据为欧洲议会以及欧洲理事会于2009年7月13日制定的第2009/73/EC号《指令》的第36条,该《指令》涉及产量显著增加的新建或现有天然气管道所产天然气在内部市场的一般规则(以下简称《天然气指令》)。^①《天然气指令》第36条明确规定,上述豁免仅适用于符合“互联线路”定义的输气管道,第2(17)条

^① [2009] OJ L 211.

将“互联线路”定义为“贯穿或覆盖成员国间边境的传输系统线路,且其唯一目的为连通上述成员国之间的国内传输系统”。

尽管上述指令要求传输系统线路必须“贯穿或覆盖”两成员国边境,且具有“唯一”的修建目的,但跨大西洋输气管道(以下简称跨大西洋管道)在未满足上述要求的前提下,仍获得了豁免。跨大西洋管道覆盖了希腊与阿尔巴尼亚,以及阿尔巴尼亚与意大利的边境。虽然阿尔巴尼亚并非欧盟成员国,但欧委会仍赋予该管道以豁免,根据这一事实可得出,“互联线路”一词应被解释为“覆盖(至少)两个成员国,且不论中间是否经过了非欧盟成员国领土的输气管道。”^①事实上,跨大西洋管道同时会向阿尔巴尼亚供气,导致其修建目的并非只是连接希腊、阿尔巴尼亚以及意大利传输系统,然而欧委会在决定中并未就此作出分析,尽管该点构成“互联线路”定义的关键要素。此后,其他项目发起者试图寻求上述豁免,或试图援引跨大西洋管道豁免先例以列入共益工程名单,但目前为止都被欧委会拒绝了。

第二个案例涉及欧委会就 Socar 收购 DESFA 作出决定所需时间,其中被收购方为一家希腊气体传输运营商。早在 2013 年 12 月,欧委会即鼓励 Socar 收购 DESFA, Socar 自此开始等待欧委会正式批准该购买行为。根据《天然气指令》第 9 条及第 11 条的规定,传输系统运营商的控制权变更,需发布通知且确认符合第三套案的要求。由于 Socar 是一家垂直一体化公司——从事天然气开发,运输及供应的公司——依据第 11 条规定,该公司将不能持有传输系统运营商的股份,除非该公司承诺放弃成为大股东且不行使投票权。由于 Socar 试图收购 DESFA 的 66% 的股份,欧委会显然仅会在条件满足的情况下批准收购。虽然依照《天然气指令》及《规定》,第 9 条项下的决定应于 2013 年 12 月请求提出后四个月内作出,但直到 2015 年 11 月欧委会也未能作出决定,希腊管理机构亦无法发布正式决定。上述案例中,欧委会未能遵守第三套案明确规定的安排,但该案例仅是日益增加的同类案例中的一个(另一案例为未能

^① 2013 年 5 月 26 日欧委会豁免跨大西洋管道《决定》第 55 段; https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2013_tap_decision_en.pdf, 最后访问日期:2015 年 12 月 10 日。

就使用 OPAL 管的剩余产量的申请作出决定)。除此之外,欧委会预期将引用竞争法,而非基于对第 11 条的违反,作为要求 Socar 仅保留 DESFA 49% 的股权的依据,这一点将增加《天然及指令》第 9 条及第 11 条在性质及意义上的不确定性,也将增加认证程序的不确定性。

四、欧盟法与国际投资法令人日益担忧的关系引发的不确定性

上文提到,欧盟成员国是超过 1300 个双边投资协定的当事方,他们与欧盟均为《能源宪章条约》的缔约方。《能源宪章条约》是首个特别为能源领域提供投资保护的多边条约。投资者在《能源宪章条约》及双边投资协定项下享有的主要权利包括:(i) 公平和公正待遇的权利(“公平公正待遇权”);(ii) 国民待遇,指给予投资者不低于成员国/欧盟给予本国/欧盟内投资者的待遇;(iii) 最惠国待遇,指给予投资者不低于成员国/欧盟给予任何外国投资者的待遇;(iv) 在征收和国有化或类似征收及国有化的情况下,获得补偿的权利;以及(v) 在上述权利被违反的情况下提起商事仲裁的权利。

欧盟法在赋予投资者权利的性质及范围上,与双边投资协定、《能源宪章条约》及国际法相比,差异日渐明显。

在 *Eureko B. V. v. The Slovak Republic* 一案(以下简称 *Eureko 案*)^①中,仲裁庭就欧盟法项下以及荷兰/斯洛伐克双边投资协定项下,投资者享有权利的性质及范围进行了对比。仲裁庭得出的结论为:“双边投资协定赋予投资者的权利,至少潜在地比欧盟法赋予投资者的权利多(或实际上比任何欧盟成员国法律赋予的权利多)。”仲裁庭制作了第 247 段如下裁决对比表格,就国际法及欧盟法赋予投资者的权利进行了对比。

^① 国际常设仲裁法院第 2008-13 号案,《关于管辖、可仲裁性及中止的仲裁裁决》,2010 年 10 月 26 日。

双边投资协定	欧盟法
资本自由转移	资本自由流动
公平公正待遇	禁止歧视
间接征收	自由设立原则
全面保护和安全原则	自由设立原则
仲裁条款	在一国法院对该国提起诉讼并主张赔偿

对比双边投资协定赋予投资者的公平公正待遇标准, Eureko 案仲裁庭认为“欧盟法尚未建立非歧视原则、比例原则、合理期待以及程序正义之外的任何原则。”将欧洲联盟法院(或彼时的欧洲法院,以下简称法院) *Vereniging voor Energie, Milieu en Water and Others v. Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie* 案(以下简称 VEMW 案)^①的判决,与就违反公平公正待遇作出的投资仲裁裁决进行对比,即发现上述观点是正确的。

VEMW 案中,某荷兰公司签订合同,就跨境系统进口到荷兰国内的电力做出部分保留。上述合同在签订时完全符合荷兰法及欧盟法相关规定。事实上,该合同项下电力准入的优惠政策,系当时生效的荷兰法律的明确规定。几年后,第一欧盟能源套案通过,该套案就电网电力分配,禁止了“系统用户以及批量系统用户之间的任何歧视”。暂不论法律本身不溯及既往,法院执意坚持,虽然保护合理期待是“欧盟法的基本原则之一”,但“谨慎投资者本应预见采取联盟措施将有可能影响其利益”,因此投资者不应引用合理期待原则进行抗辩。本案合同签订时,荷兰法律明确许可该优惠政策,在此前提下,如何期待一家电力公司能够预见上述风险?法院并未进行分析。VEMW 案的论证过程,与投资仲裁案中仲裁庭的观点形成鲜明对比。例如,在 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. Mexico* 一案中,仲裁庭认为公平公正待遇原则要求一国“不能影响外国投资者投资考量时的基本期待”。^②

^① ECR I-04983 (ECJ 2005, C-17/03).

^② ICSID 第 ARB(AF)/00/2 号案,《最终裁决》,2003 年 5 月 29 日。

关于保护投资者免于征收的问题, Eureko 案仲裁庭认为该项权利“不在欧盟自由设立原则涵盖的范围内,但确实与《欧盟基本权利宪章》第 17 条(以及在欧盟法项下适用的《欧洲人权公约第一议定书》)规定的财产权有重叠之处,双边投资协定中的征收条款的外延明显与之不同”。

意料之中的是,仲裁庭同时认为,投资者就双边投资协定或《能源宪章条约》项下违约,对成员国及/或欧盟提起商事仲裁的权利,与在国内法院或欧盟法院提起诉讼程序是不同的,原因主要在于上述对投资者实体权利解释的差异。

在 *European Commission v. Slovak Republic* [ECR I - 08065 (ECJ 2011, C-264/09)] 一案中,法院认定双边投资协定与《能源宪章条约》赋予投资者的权利,与欧盟法赋予的权利不尽相同。在与 VEMW 案事实接近的一个案件中,涉案合同赋予瑞士投资者电力传输线优先准入权,法院判定该合同在欧盟法项下有效,即斯洛伐克并未违反欧盟法。依据 VEMW 案的论证原理,法院会认定上述合同违反了第二能源套案中的非歧视条款。然而,从双边投资协定的具体条款来看,法院认为合同赋予瑞士投资者的优先准入权,本身为“一项涉及金钱的主张及具有履行经济价值的请求权”,符合斯洛伐克与瑞士签订的双边投资协定第 1(2)(c) 条约定中对“投资”的定义。基于《欧盟运行条约》第 351(1) 条,法院认为,依据《维也纳条约法公约》第 30(4)(b) 条规定项下的国际法原则,欧盟法就“成员国在加入欧盟之前,与非成员国签订的协议,并不影响成员国对非成员国履行义务”。因此,法院认为瑞士投资者在双边投资协定项下的权利(与 VEMW 中荷兰公司在欧盟法项下的权利不同)应受保护。若斯洛伐克试图通过立法修改合同的条款及效力,法院会将其认定为,对投资者传输权利的类似间接征收,同时构成对双边投资协定及《能源宪章条约》的违反。法院因此认定,斯洛伐克并未违反欧盟法项下的义务,而涉案合同投资者获得的优先准入权也因此应受保护。

该案法院判决明确,成员国在加入欧盟前签订的双边投资协定应予支持,这在一定程度上减轻了投资者的担忧。然而,成员国加入欧盟之后签订的双边

投资协定项下,投资者保护仍存在不确定之处。很多成员国作为当事方签署的双边投资协定,其签署时间可追溯到几十年前。2006年之前,没有任何双边投资协定违反欧盟法的预示。事实上,直到2012年批准《规定》之后,欧委会才开始对双边投资协定持反对态度。对欧盟以及非欧盟能源公司而言,其在欧盟的投资,依赖双边投资协定及能源宪章条约赋予的保护,但上述权利是否能得到法院的支持,目前仍存在很大的不确定性。这种不确定性,连同欧盟法与国际法之间的关系,共同对将来能源领域的投资造成阻碍。

上述不确定性,由于欧委会近期行为被进一步放大,2014年3月,欧委会阻止罗马尼亚履行《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称ICSID公约)项下义务,执行Ioan Micula, Viorel Micula, S. G. European Food S. A. et al v. Romania一案仲裁裁决^①。ICSID公约为多边条约,生效时间逾四十年,为国际投资框架的基石。依据ICSID公约第54(1)条,ICSID裁决自动具有可执行性。换言之,ICSID裁决的执行,不能通过援引一国公共政策,或援引1958年《承认和执行外国仲裁裁决公约》第5条中的其他事项来拒绝执行。

在此情况下,欧委会认定,对仲裁裁决的履行将构成欧盟法项下的非法国家援助,这种情况为欧盟及欧盟允许下成员国履行其国际法义务,制造了不确定性。无论法院如何认定Micula对欧委会决定的异议,我们能清晰地看到,无论是欧盟内部抑或外部的投资者,其双边投资协定项下权利是否受欧盟法保护,以及仲裁裁决能否在欧盟获得执行,都将面临巨大风险。

欧委会在2015年9月15日提出,以投资法院代替现存国家——投资者仲裁机制,来解决双边投资协定及《能源宪章条约》项下产生的纠纷。对欧委会该行为,尤其是欧盟外部的投资者都心存疑虑,这将进一步蚕食投资者对欧盟投资框架稳定性的信心。

五、欧盟法作为适用法律的不确定性

另一项能源领域投资的不确定性,体现在欧盟法作为适用法律方面,该不

确定性尤其包括:(i)可否以欧盟法作为适用法律为由,拒绝投资条约仲裁庭的管辖;(ii)是否可以欧盟法为依据,就双边投资协定及/或《能源宪章条约》项下违约进行抗辩;以及(iii)是否可主张欧盟法为适用法律,进而以公共政策为由拒绝执行仲裁裁决。

下文将结合Electrabel S. A. v. Republic of Hungary案^②(以下简称Electrabel案)的事实,逐次分析三种不确定性。该案中,Electrabel,一家比利时公司,依据《能源宪章条约》主张匈牙利涉嫌违反公平公正待遇原则并实施征收。该主张主要依据下列事实:MVM,一家匈牙利国有公司,与Dunamenti,一家匈牙利发电厂于1995年10月签订了《电力购买协议》,双方最初约定,2010年之前应收电费以固定价格收取,后展期至2015年。作为匈牙利政府能源领域私有化的一部分,Electrabel在1995年至2001年间收购了Dunamenti的股份。匈牙利自2004年加入欧盟一年后,欧委会开始调查上述《电力购买协议》是否构成国家援助。在国内公众要求减价的巨大压力下,匈牙利政府于2006年重新宣布了管理电价。2008年,欧委会发布一项决定,认定《电力购买协议》项下付款构成国家援助,违反了《欧盟运行条约》第107条的规定。鉴于欧委会上述决定,匈牙利政府决定《电力购买协议》自2009年1月1日起终止。

(一) 欧盟法作为拒绝仲裁管辖的依据

投资者面临的第一项不确定性,即欧盟法作为合同适用法律,能否成为拒绝双边投资协定及/或《能源宪章条约》项下仲裁庭管辖的依据。Electrabel案与Eureko案情况相同,欧委会及匈牙利试图以欧盟法系适用法为由拒绝仲裁庭管辖。

欧委会在法庭之友陈述书中认为法庭就欧盟法争议有专属管辖权。在Commission of the European Communities v. Ireland一案中(以下简称Mox Plant案)^②的判决中,欧委会认为在欧盟司法体系内,卢森堡法院就下述事项具有排他管辖权:(i)认定成员国是否履行了欧盟法义务;以及(ii)应欧盟国内法

^① ICSID第ARB/07/19号案,《关于管辖的决定》,2012年(适用法律及责任)。

^② ECR I-04635(ECJ 2006,C-459/03),该案被称为“Mox Plant案”。

^① ICSID第ARB/05/20号案,《最终裁决》,2013年12月11日。

院及仲裁庭的要求,就欧盟法问题作出初步裁决。因此,该案法院对欧盟法争议有排他管辖权。

欧委会的论证过程是存在瑕疵的。第一,欧委会援引 Mox Plant 案实属错误,因为该案争议双方为两成员国,而非成员国与投资者。第二,虽然依据《欧盟运行条约》第 344 条,成员国有义务“不得将涉及条约解释或适用相关争议,提交本条约之外的争议解决方式”,但上述义务仅约束成员国自身,并未也不能要求投资者将其与成员国的纠纷诉诸法院。

对投资者而言的利好消息在于,在 Eureko 案及 Electrabel 案中,仲裁庭均驳回了欧委会的申请,认定仲裁庭对欧盟法相关纠纷具有管辖权。

(二) 援引欧盟法作为抗辩

对于投资者而言,第二种不确定性来源于,能否援引欧盟法,作为双边投资协定及/或《能源宪章条约》项下违约的抗辩。在 Electrabel 案中,关于能否以欧盟法为依据,认定匈牙利是否违反《能源宪章条约》,争议双方及欧委会均提交了相关意见。由于本案由 ICSID 仲裁庭审理,仲裁庭需解决的首要争议,即欧盟法是否构成 ICSID 公约第 42(1) 条项下适用的国际法原则及规则。

Electrabel 认为,需以《能源宪章条约》中的国际法为依据审查匈牙利的行为,而欧盟法作为匈牙利的国内法,仅为事实问题。《电力购买协议》在 1995 年(匈牙利加入欧盟之前)签订时合法,因此匈牙利不能以欧盟法引发的国内法变更,作为其违反国际法的抗辩。匈牙利认为“欧委会条约提供了国际法规则,没有合理理由将其排除在国际条约范围外”。匈牙利进一步主张,欧盟竞争法在任何情形下都是国际公共秩序的一部分,因此解除《电力购买协议》不应视为对《能源宪章条约》的违反。

仲裁庭并未认可任何一方的意见,认为就欧盟内部争议案件,欧盟法作为区域国际法部分构成了国际法。令人惊讶的是,仲裁庭的结论为,欧盟法既是事实问题,也是法律问题。仲裁庭认为欧盟与《能源宪章条约》之间存在特殊关系,因此,《能源宪章条约》如可能应被解释为“与欧盟法和谐并存”。仲裁庭忽略了《能源宪章条约》中并未包含国家援助条款的事实,认为基于上述特殊

关系,“欧盟成员国包括匈牙利的外国投资者,就反竞争行为,不应合理期待《能源宪章条约》可保护其投资免受欧盟法影响。”仲裁庭认为,在任何情形下,欧盟法在国家援助方面属于强制法,也是国际公共政策,鉴于此,欧盟法应优先于《电力购买协议》的约定。

上述判决尤其对非欧盟投资者而言敲响了警钟,具体原因如下。第一,仲裁庭似乎认为,由于《能源宪章条约》与《欧盟运行条约》的特殊关系,《能源宪章条约》在解释时应与欧盟法保持一致,且允许欧盟及成员国援引内国法律变更,以抗辩《能源宪章条约》项下的违约,而投资者原本能在《能源宪章条约》项下得到的保护,现在均被否定。第二,仲裁庭认为欧盟有关国家援助的规则,构成国际公共规则,因此解除《电力购买协议》并不构成对《能源宪章条约》的违反。

(三) 欧盟法作为拒绝执行仲裁裁决的依据

第三种不确定性源于,是否可以欧盟法为依据拒绝执行国际仲裁裁决。正如上文所述,Electrabel 案仲裁庭认为,欧盟法关于国家援助的规定,构成强制性条款及国际公共秩序。这一观点存在两个层面的启示。第一,依据国际法,成员国不会因遵守国际公共秩序,而违反双边投资协定或者能源宪章条约项下义务。第二,若欧盟国家援助未被认定属于国际公共秩序,且仲裁裁决成员国或欧盟承担赔偿责任的情况下,成员国的法院可行使《纽约公约》第 V(2)(b) 条项下的裁量权,拒绝执行该仲裁裁决。

正如前述第四节的分析,欧委会在 2014 年 3 月作出了一项决定,命令罗马尼亚政府拒绝执行仲裁裁决,理由是该仲裁裁决本身构成非法国家援助,尽管 ICSID 裁决自动具备可执行性。时至今日,在界定是否构成欧盟法强制性规定以及欧盟公共秩序方面,法院采取了非常宽泛的态度,不仅包含条约如竞争法条款,甚至包括其认为对欧盟履行自身任务非常关键的指令,后者包括提高生活质量标准的指令 (Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV

案^①、Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira 案^②以及 Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc. 案^③。

回想法院审理 VEMW 案及 Slovakia 案,以及在 Eco Swiss 案及上述其他案件中适用法院论证原理时,所审查的第一及第二能源套案的具体条文,似乎可以判断法院及成员国国内法院会将非歧视管道准入权条款,及第三能源套案其他条款,认定为强制性条款。这反过来有可能导致,能源领域的诸多仲裁裁决,尤其是国际投资仲裁裁决,会被成员国依据欧盟或他方指示,通过援引《纽约公约》第5条,以公共政策为由拒绝执行,这是目前欧盟能源项目面临的又一不确定性。

六、风险管理方式

本节将列举五种重要方法,以管理上述不确定性并将其降至最低。第一种方法为,尽量在欧盟成员国法律范围之外选择合同适用法,以隔绝欧盟法及上述风险的变化。第二种方法为,在合同中约定仲裁作为争议解决方式,并选择欧盟以外的仲裁地,这将减少欧盟法作为仲裁地程序法,适用于合同的可能性。第三种方法,在合同中加入稳定性条款或法律变更条款,稳定性条款包括多种形式,例如禁止适用合同签署后发生的法律变更,或者约定法律变更后合同条款需重新协商。第四种管理风险的方法为,一旦争议产生,选择提起 ICSID 投资仲裁,从而尽可能确保有利仲裁裁决的自动执行。正如第五节所论述,成员国法院可以通过援引 1958 年《纽约公约》第十条,以公共政策为由拒绝执行非 ICSID 仲裁裁决。由于 ICSID 仲裁裁决不能通过援引《纽约公约》而拒绝执行,提起 ICSID 仲裁会减少与裁决执行相关的风险。第五种在争议发生后将风险降至最低的方法为,尽量同时将欧盟及成员国一起作为被申请人提起仲裁,可避免 Electrabel 在该案中所面临的困境。该案中,仲裁庭认定“匈牙利遵守欧盟

① ECR I-03055 (ECJ 1999, C-126/97).

② ECR I-09579 (ECJ 2009, C-40/08).

③ ECR I-09305 (ECJ 2000, C-381/98).

具有法律约束力的决定,不应为其招致国际责任”。在国际法项下,匈牙利仅为自身错误行为负责,仲裁庭认为若匈牙利依照欧盟指令行事,却导致其违反《能源宪章条约》,这一点将是非常“荒谬的”。^①

① Electrabel 案,第 6.72 段。