

欧盟能源领域投资：监管风险扩大及避险之道

作者：Ana Stanič¹

译者：苏裴裴²

近年来，中国公司一直就欧盟能源项目及公司进行投资。其中，最大的一笔投资涉及中国广核电力股份有限公司以 230 亿欧元收购英国欣克利角核电项目的 335 股股权。该项目目前由于财务及管理综合原因，已正式搁置。

鉴于日益增长及变化的需求，欧洲如欲完成对能源基础设施的现代化与扩展，实现跨境网络互联，以及整合可再生能源发电，在 2020 年之前至少需要获得价值为一万亿欧元的投资。欧盟正积极劝说中国及其他外国投资者进行投资，但欧盟是否为合适的投资目的地？中国投资者如何确保其投资安全以及将监管风险降至最低？

整体而言，欧盟监管及投资风险增加有一系列原因，尤其体现在欧盟能源领域。第一项原因，即欧盟近期立法为现有能源项目带来了不确定性。第二项原因在于欧盟能源法范围及适用的解释引发了不确定性。第三项为欧盟与国际法令人日益担忧的关系所引发的不确定性。第四项涉及国际仲裁裁决在欧盟的可执行性。

一、对现有能源项目及欧盟投资框架产生的不确定性

欧盟仅在 2009 年《里斯本条约》项下，拥有能源及外商直接投资领域的立法权。此后，欧委会通过了多项能源领域的规定及指令。2012 年，欧委会获得职权，可以审查欧盟成员国与第三方国家之间现存及将来的《政府间投资协定》，该第三方国家包括中国。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签署的协定，该事实将减损欧盟内部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》以及《能源宪章条约》的违反，后者由欧盟成员国及欧盟签署，系旨在促进能源领域投资的多边条约。上述事实同样可能导致成员国违

¹英国律师，欧盟能源法及国际法专家，供职于 E&A 律所。

²北京市中伦律师事务所律师。

反签署的双边条约。中国与全部欧盟成员国均签订了《双边投资协定》，在上述谜题破解前，未来中国投资的不确定性将持续存在。

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。上述成员国的管理者坚称，《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。在最初的新闻报道中，欧委会称此举同时违反了《公共采购法》及《第三能源套案》（“第三套案”）。此后，俄罗斯迅速宣布停止南溪输气管道项目。保加利亚政府称彼时该项目仅在保加利亚的投入就高达逾2.5亿欧元。

今年2月份，欧委会提议赋予自身权限，以审查欧盟公司及成员国与第三方国家新签订的全部能源条约，包括商业性条约。如上述提议在今年后期获得通过，中国投资者需按照欧盟要求提供该等合同信息，并能合理期待欧盟代表将参与谈判过程。

二、欧盟能源法解释及适用的不确定性

欧盟能源法解释及适用的不明确，加之欧洲法院是否会作出对欧委会不利的判决，使得在欧洲贸易充满了不确定性。例如，对第三套案项下第三方准入豁免范围的解释即存在不确定性。天然气项目开发者试图援引，欧委会对《天然气指令》第36条关于第三方准入豁免的解释，却遭到拒绝。

第二种不确定性涉及欧委会作出决定所需的时间。其中，欧委会就 Socar 收购 DESFA（一家希腊气体传输运营商）作出决定所需时间，即为明显案例。虽然第9条规定欧委会应于请求提出后四个月内作出决定，但 Socar 自2013年12月起即等待欧盟正式批准该收购。事实上，欧盟预计将援引竞争法作为法律依据，认定 Socar 仅能持有 DESFA 49%的股权（Socar 目前持有 66%），但上述援引本身，就欧盟法的解释及适用而言存在疑义。《天然气指令》第9条及第11条从文义来看，似乎阻止了 Socar 作为非欧盟成员国公司持有 DESFA 49%以上的股权。而欧盟在 Socar 收购 DESFA 的讨论中，时至今日并未引用上述条款，同样引发了就上述条款的范围及证明过程性质的疑义。

三、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

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。虽然中国并非《能源宪章条约》的签署方，中国投资者可以重构投资以利用该条约项下赋予投资者的权利。如前文所述文，中国与欧盟全部 28 个成员国均签署了《双边投资协定》。

显而易见，目前欧盟法律赋予投资者权利的范围及性质，与投资者在《双边投资协定》、《能源宪章条约》及国际法项下获得权利并不相同。后者赋予投资者以公平和公正待遇的权利，与欧盟法律项下的非歧视原则、比例原则、合理期待以及程序正义原则相比，为中国投资者提供了更为广泛的保护。同样，针对征收和国有化或类似征收及国有化，投资者在双边投资协定、《能源宪章条约》及国际法项下获得的保护，与欧盟法项下的自由设立原则及欧盟人权法项下的财产权相比也不尽相同。最重要的是，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相比，显然也并不相同。由于仲裁庭不受欧盟成员国或欧委会的影响，上述条约赋予投资者提起商事仲裁的权利，为中国投资者提供了将监管风险降至最小化的关键方法。

近年来，欧委会采取了非常激进的反对《双边投资协定》的立场。欧委会力求否定仲裁庭对欧盟法争议的管辖权，且在欧洲法院成功挑战了芬兰、奥地利及瑞典同非欧盟国家（包括中国）签订的双边投资协定，在欧盟法项下的合法性，同时试图终止欧盟成员国之间的双边投资协定，亦未提供类似的替代性投资保护。上述行为极有可能，令试图投资欧盟的中国投资者望而却步。

四、欧盟执行仲裁裁决的不确定性

2014年3月，欧委会试图阻止罗马尼亚履行《解决国家与他国国民间投资争端公约》（“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。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，公约的成员国不能拒绝仲裁裁决的执行。

在此情况下，依据欧委会的决定，履行仲裁裁决项下条款本身将构成欧盟法项下的非法援助，该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。2014年11月21日，Micula 就欧委会的决定，向欧盟法院提出了异议。

不管上述异议的结果如何，就《双边投资协定》项下权利是否会得到欧盟法律的保护，以及仲裁裁决能否在欧盟获得执行，中国以及其他投资者面临着巨大的不确定性。鉴于欧委会日前的行动，针对其在 2015 年 9 月 15 日要求以投资法院取代现存国家与投资者仲裁机制，来解决双边投资协定以及能源宪章条约项下争议，中国投资者将持有怀疑态度。

管理风险的方法

然而，上述监管及投资风险是可以控制及降低的。其首要办法为，尽可能在欧盟成员国法律范围之外选择合同适用法，从而隔绝欧盟法变化及上述风险。

其次，在合同中约定仲裁，而非成员国法院诉讼作为争议解决机制。选择欧盟之外的地点作为仲裁地，降低欧盟法作为仲裁程序法适用的可能性。

再次，在合同中约定稳定性条款或法律变更条款。稳定性条款存在多种形式，包括禁止适用一切法律变更的条款，也包括约定法律发生变更后，应就合同条款重新协商的条款。

第四种管理风险的方式为，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。

第五种在争议发生后将风险降至最低的方式为，尽量同时将欧盟及成员国一起作为被申请人提起仲裁。

作者简介：

Ana Stanič 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。她是 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。

Ana 曾为国家与能源公司就海事边境纠纷、跨界油气储量纠纷、大型能源基础设施建设特许经营协议、跨境并购纠纷以及东道国政府管道建设协议纠纷提供法律服务。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。她经常在投资条约包括《能源宪章条约》争议商事仲裁中担任代理人，还曾代理过欧盟法院的案件。

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。在个人执业之前，Ana 曾于斯洛文尼亚经济关系与发展部以及中央银行任职，负责双边投资协定以及自由贸易协定的谈判工作。

Ana 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。

E&A Law 律所简介

E&A Law 律所是一家英国精品律所，擅长欧盟能源法、国际投资法、商事仲裁以及国际公法，近年来在能源、能源争议解决及国际公法领域被 Legal 500 及钱伯斯评价为领先英国律所。