

歐盟內部雙邊投資保障協定的末路

鐘苡甄 編譯

摘要

回顧歐盟內部雙邊投資保障協定之歷史，可追溯至歐盟東擴時期，雙邊投資保障協定的出現，係為了提供投資人更多保障以增加投資意願。然而，歐盟執行委員會以雙邊投資保障協定與歐盟法不合致為由，長期對於該類型之協定充滿敵意，不但針對使用雙邊投資保障協定之國家提起違反之訴，更常透過提交法庭之友相關文件干預仲裁程序。慶幸的是，歐盟成員國已同意終止彼此間之雙邊投資保障協定，並另訂立新協定以規範終止後的相關處理，亦即除了於 2018 年 3 月 6 日以前已被法院執行完畢或廢棄的仲裁判斷外，對於其他尚未了結的投資仲裁，提供了替代安排。不過，鑒於新協定尚賴成員國之批准而生效，故即將脫歐的英國是否會批准此協定，值得觀察。

(本篇取材自：Robert Hunter, Greg Fullelove & Michelle Radom, *End of the Road for Intra-EU BITs*, OSBORNE CLARKE: INSIGHTS (Nov. 7, 2019), <https://www.osborneclarke.com/insights/end-road-intra-eu-bits/>.)

如本刊第 261 期「試析歐盟國家補貼規範與投資仲裁判斷執行之衝突——以 Micula 案為中心」¹一文中所提及，歐盟成員國終於在今 (2019) 年 10 月就終止彼此間之雙邊投資保障協定 (bilateral investment treaties, BITs) 達成協議²。然而為何歐盟自 1993 年成立至今已逾四分之一世紀，境內卻仍有將近 200 個內部 BITs 存在，以致歐洲法院 (Europe Court of Justice) 仍需三番兩次認定這些 BITs 中的仲裁條款抵觸歐盟法？本文將說明相關背景，同時也介紹《終止歐盟內部 BITs 協定》(Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, 以下簡稱新協定) 之主要內容與效果³。

¹ 鍾子晴，試析歐盟國家補貼規範與投資仲裁判斷執行之衝突——以 Micula 案為中心，經貿法訊，261 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no261/3.pdf> (最後瀏覽日：2019 年 12 月 25 日)。

² *Statement: EU Member States Agree on a Plurilateral Treaty to Terminate Bilateral Investment Treaties*, EUROPEAN COMMISSION (Oct. 24, 2019), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/191024-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

³ 由於新協定之歐盟官方文件尚未出爐，然協議草案已出現在與國際投資法相關之智庫或律師事務所網站中，因此本文係依據該協議草案進行說明，正式條文內容仍應參考歐盟執委會後續公布之官方文件。 *Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, KLUWER ARBITRATION BLOG, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/wp-content/uploads/sites/48/2019/12/a-draft-agreement-has-been-leaked.pdf> (last visited Dec. 25, 2019) [hereinafter EU Agreement on Termination of Intra-

最後，鑑於新協定有賴成員國之批准生效，即將正式脫歐的英國對此事之立場，也格外值得重視。

壹、歐盟內部 BITs 之緣起

BIT 係兩國之間的國際協定，而根據該協定，各國須對另一締約國的民間投資人於其境內投資之保護提供特定保障。其目的為降低政治風險以刺激外來投資。許多歐盟內部 BITs 可追溯至 1990 年代，這些 BITs 是在歐盟東擴前所簽訂⁴，目的是為了保障有意於後來東擴的國家境內投資的民間投資人，以免彼等在當時因缺乏 BITs 之額外保障而卻步。某些 BITs 甚至能追溯至更久遠的時期，其中最早的當屬 1961 年之《德國—希臘 BIT》⁵。

貳、歐盟執委會的敵視

在過去十年，歐盟執行委員會(European Commission, 以下簡稱歐盟執委會)開始愈來愈頻繁地介入歐盟內部 BITs 仲裁，其是透過提交「法庭之友(amicus curiae)」書狀或其他書面意見，比較一般性的反對理由是歐盟內部 BITs 歧視性地授與部分歐盟投資人權利，使歐洲單一市場碎裂化，以及這些協定提供之保護與歐盟單一市場關於跨境投資之法律有所重疊或衝突⁶。然而，即使在 Achmea 案之歐洲法院裁決出爐後⁷，投資爭端之仲裁庭，尤其是根據《能源憲章條約》(Energy Charter Treaty)進行之仲裁，始終拒絕接受歐盟執委會的上述立場。

歐盟執委會於 2015 年針對五個成員國提出新的一輪「違反之訴(infringement procedures)」⁸，旨在迫使它們終止歐盟內部 BITs。同時，對於愛爾蘭及義大利

EU BITs].

⁴ 「歐盟東擴」係指有 13 個國家自 2004 年起陸續加入歐盟，這 13 個國家分別為：保加利亞、克羅埃西亞、賽普勒斯、捷克、愛沙尼亞、匈牙利、拉脫維亞、立陶宛、馬爾他、波蘭、羅馬尼亞、斯洛伐克、以及斯洛維尼亞。EU Member Countries in Brief, EUROPEAN UNION, https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries_en (last visited Dec. 25, 2019).

⁵ Treaty between the Federal Republic of Germany and Kingdom of Greece concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Mar. 27, 1961, BGBl. 1963 II, 216.

⁶ European Commission Press Release IP/15/5198, Commission Asks Member States to Terminate Their Intra-EU Bilateral Investment Treaties (June 18, 2015).

⁷ 於 Slovak Republic v. Achmea B.V. 一案中，歐洲法院認為歐盟內部 BITs 中的仲裁條款，對於歐盟法之自主性 (autonomy) 有負面影響，因此與歐盟法不相容。Case C-284/16, Slovak Republic v. Achmea BV, ¶59 (Mar. 6, 2018)；關於此案背景與判決內容請參考本刊第 234 期：林明億，歐洲聯盟法院裁決荷蘭—斯洛伐克雙邊投資協定之仲裁條款與歐盟法律不相容，經貿法訊，234 期，頁 14-19，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no234/3.pdf> (最後瀏覽日：2019 年 12 月 25 日)。

⁸ 這五個成員國分別為奧地利、荷蘭、羅馬尼亞、斯洛維尼亞、以及瑞典。European Commission, *supra* note 6；「違反之訴」係指歐盟執委會對不執行歐盟法律之成員國所採取之法律行動，包含最後可以將成員國告上歐洲法院，在特定情況下請求課以罰金等。Infringement Procedure, EUROPEAN COMMISSION, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_en (last visited Dec. 25, 2019).

此兩個已終止歐盟內部 BITs 之國家外⁹，歐盟執委會對前開五國以外拒絕終止歐盟內部 BITs 之成員國，則採取比較不正式的程序¹⁰。

參、新協定內容

經過歐盟執委會多年之努力，歐盟成員國終於在今 (2019) 年達成終止歐盟內部 BITs 之合意¹¹，除了透過新協定終止將近 200 個 BITs 以及其落日條款 (sunset clauses) 外，亦表明該協定並未觸及《能源憲章條約》之仲裁；此外，新協定對於在去 (2018) 年 3 月 6 日 Achmea 案裁決結果出爐以前已提起但至今尚未完成之「繫屬中仲裁案件 (pending arbitration proceedings)」¹²、以及於去年 3 月 6 日以後方提起之「新仲裁案件 (new arbitration proceedings)」¹³，加諸當事國通知仲裁庭有關 Achmea 案判決結果的義務，以及要求內國法院廢棄該仲裁判斷，並以特殊之和解程序、或允許利用內國法院進行訴訟來作為投資人因無法再使用仲裁之替代措施。以下逐一說明新協定之相關規範。

一、新協定不處理《能源憲章條約》之仲裁

對於依《能源憲章條約》第 26 條所進行之仲裁是否亦違反歐盟法一節，歐盟成員國之間仍有爭議¹⁴，是以新協定於前言中明文其不處理此部分，而留待歐盟及其成員國於後續階段再行處理¹⁵。

二、終止將近 200 個內部 BITs

新協定分別於兩附件中列出相關之 BITs 清單：附件 A 是將透過此協定終止之 BITs；附件 B 則是已終止但根據 BITs 落日條款仍有法律效果者¹⁶。根據新協

⁹ European Commission, *supra* note 6; 隸屬聯合國貿易和發展會議之投資政策中心網站 (Investment Policy Hub) 分別列有有義大利與愛爾蘭之 BIT 清單以及已終止 BIT 的終止日期：Italy: *Bilateral Investment Treaties (BITs)*, INVESTMENT POLICY HUB, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/103/italy> (last visited Dec. 25, 2019); Ireland: *Bilateral Investment Treaties (BITs)*, INVESTMENT POLICY HUB, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/100/ireland> (last visited Dec. 25, 2019).

¹⁰ 所謂「不正式程序」係指歐盟先導程序 (EU Pilot)，先導程序從 2008 年開始實施，係歐盟執委會在正式發動違反之訴之前，與成員國就可能違反歐盟法律的問題進行非正式對話，期望能在適當情況下，迅速且提早解決有違反歐盟法之虞的行為。European Commission Communication from the Commission EU Law: Better Results Through Better Application, 2017 O.J. (C 18) 10, 11-12.

¹¹ EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 2.

¹² EU Agreement on Termination of Intra-EU BITs, art. 1(5).

¹³ *Id.* art. 1(6).

¹⁴ EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 2; 《能源憲章條約》第 26 條係針對投資人與締約國間之爭端解決作規範。Energy Charter Treaty art. 26, Dec. 17, 1994, 2080 U.N.T.S. 95.

¹⁵ EU Agreement on Termination of Intra-EU BITs, pmbl. X.

¹⁶ *Id.* annex A, B.

定之規定，附件 A 所列之將近 200 個 BITs 將全數被終止¹⁷。

三、消除落日條款之影響

由於 BITs 中的落日條款對於在 BITs 終止前進行之投資，在 BITs 終止後之 10 年至 20 年間仍持續給予保護，為臻明確，所有列於附件 A 與附件 B 之 BITs 的落日條款將隨著協議的終止而失去法律效力¹⁸。

四、針對繫屬中仲裁程序及新仲裁程序提供替代安排

新協定要求「繫屬中仲裁程序」以及「新仲裁程序」之當事國應於雙方均成為歐盟成員國時，皆須通知仲裁庭 BITs 中之仲裁條款違反歐盟法且應不得再適用¹⁹；若該案已完成仲裁並進入法院程序，則應請求內國法院或第三國法院撤銷、不承認、或不執行該仲裁判斷²⁰。由於 BITs 並不拘束投資人，但 BITs 之終止勢必將使投資人無法再以仲裁作為救濟程序，然而投資人當初係因信賴 BITs 之保障才會在地主國境內進行投資，如此一來，應如何保障投資人之信賴利益？對此，新協定對「繫屬中仲裁程序」之投資人另設有替代措施²¹，敘述如下。

(一) 和解程序之相關規定

「繫屬中仲裁程序」的投資人在已同意終止仲裁程序、或承諾不會要求法院執行仲裁判斷等前提下，得請求地主國與其進行和解程序²²。若地主國不願配合和解，然內國法院或歐盟法院已在確定終局之裁決中表示地主國的措施違反歐盟法時，新協定強制要求雙方進入和解程序²³；但是若地主國的措施被法院認定無違反歐盟法之情事，則不應進行和解²⁴。另外，若法院已在處理某案之爭端，投資人仍要求和解，則地主國應通知投資人該案尚繫屬法院程序之事實，雙方於法院判決結果出爐以前不應進行和解²⁵；若某案並非在法院繫屬之情況，然投資人認為地主國有違反歐盟法之虞，得選擇不訴諸司法程序，直接進行和解程序²⁶。

(二) 法院程序之相關規定

若面臨和解未果之情形，「繫屬中仲裁程序」之投資人在已撤回仲裁程序或

¹⁷ *Id.* art. 2.1.

¹⁸ *Id.* arts. 2.2, 3.

¹⁹ *Id.* art. 7(a).

²⁰ *Id.* art. 7(b).

²¹ *Id.* art. 8.

²² *Id.* art. 9.1.

²³ *Id.* art. 9.3.

²⁴ *Id.* art. 9.4.

²⁵ *Id.* art. 9.5.

²⁶ *Id.* art. 9.6.

放棄尚未執行之仲裁判斷後，得利用內國法院進行訴訟程序²⁷，即使內國法院請求權基礎的時效已消滅，新協定亦表示時效得以重新起算²⁸。惟新協定亦針對提起訴訟之期間做出限制：無和解意願之投資人，應於 BITs 終止後六個月內提起訴訟²⁹；當投資人要求和解，但地主國不配合時，投資人應於地主國表示拒絕後六個月內提起訴訟³⁰；而若雙方已依據新協定第 9 條進行和解，則投資人應在和解不成立時起算的後六個月內提起訴訟³¹。

肆、未來發展

新協定大量終止歐盟內部 BITs 的結果，將使得部分對某些成員國司法體系保障投資的品質和可信度仍缺乏信心的歐盟內投資人，尋求投資佈局之他法，以便得以利用歐盟對外簽訂的投資保障協定。

另一方面，英國在即將脫歐之情況下，對於此事之立場亦為一有趣且熱門的議題。原因在於新協定附件 A 中包含了 10 個英國與保加利亞、羅馬尼亞等其他成員國所簽訂之 BITs，而這些 BITs 將在新協定被批准生效時終止³²。在與歐盟就貿易和投資關係的延續條件達成合意前，英國是否會實際上批准新條約仍有待觀察。

²⁷ *Id.* art. 10.1(a).

²⁸ *Id.* art. 10.2.

²⁹ *Id.* art. 10.1(a)(i).

³⁰ *Id.* art. 10.1(a)(ii).

³¹ *Id.* art. 10.1(a)(iii).

³² *Id.* art. 2.1.