



Columbia Center
on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

Columbia FDI Perspectives

哥大国际投资展望

主编: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

执编: Riccardo Loschi (Riccardo.Loschi@columbia.edu)

哥大国际投资展望(Columbia FDI Perspectives)是一个公开辩论的论坛,作者所表达的观点并不代表 CCSI 或我们的合作伙伴与支持者的观点。

No. 331 2022 年 5 月 16 日

《能源宪章条约》的利益拒绝条款：是政策转向，还是转嫁举证责

Crina Baltag*

《能源宪章条约(ECT)》的现代化始于 2017 年 11 月 [在阿什哈巴德举行的能源宪章会议宣言](#)，其目的在于“全面修订能源宪章条约”。会议主要议题包括：投资的界定、投资者与特定保护标准的适用范围；监管权；最惠国条款；利益拒绝条款；损害赔偿估价；第三方融资；可持续发展；以及企业社会责任。尽管其进程并没有利益相关方期待的那样透明，但是凭藉现有信息我们仍可作出初步观察。

《能源宪章条约》的现代化响应了与时俱进的需要，特别是随着能源投资目标的变化，以及某些政策（例如 [2019 年欧盟清洁能源一揽子计划](#)）对条约适用范围的影响。条约还要考虑不断发展的法庭实务以及与之相关的批评。现代化进程或许还要考虑 [Achmea](#) 与 [Komstroy](#) 判决对在欧盟内部应用《能源宪章条约》的影响。

如前所述，一项重要议题是修订 [第 17 款](#) 中的利益拒绝条款，近年来援引该条款的被告方与日俱增。

利益拒绝条款旨在通过将只在形式上满足适用条件的投资者或投资排除在适用条约所提供的保护之外，以免造成权利滥用，同时保障投资条约所体现的互惠原则。《能源宪章条约》中的拒绝利益条款将以下两点排除在条约的保护之外：一、由第三国法律实体拥有或控制，且在母国缔约方没有重大商业活动的投资者；二、与被告方没有外交关系或对其实施经济制裁的第三国投资者的投资。

目前,《能源宪章条约》缔约方的主要目的是在定义“投资者”(第 1(7)款)时引入一项要求,即投资者必须在母国缔约方境内具有目前由第 17 款规定的“实质性商业活动”。¹ 提议修订条约的理由是利益拒绝条款很难取得仲裁法庭的支持,而且会给被告带来沉重的负担(例如,参见 [Amto v. Ukraine](#))。而这种“角色互换”将带来重大影响。首先,如果将“重大商业活动”的要求移至第 1(7)款,则前述情景一将不复存在。其次,拟议中的修订文本将把证明投资者在母国具有“实质性商业活动”的成本转嫁给申诉方。²

正如先前一篇[展望](#)所述,取得《能源宪章条约》保护的“实质性商业活动”要求亦表明,缔约方正在将其政策从对投资的促进与保护转向对投资的监管。按理来说,这一改变在程序上或许也是合适的:投资者更适合在其有所参与的缔约方中记录商业活动。

然而,这一改变并不具备“指导书”。³与其他现代投资条约不同(例如[《2019 年荷兰模式双边投资协定》](#)),《能源宪章条约》现代化草案没有对如何评估投资者在母国缔约方的“实质性商业活动”加以解释。

我们无法对“实质性商业活动”作出详尽的定义,这么作亦不可取,因为每项商业活动都应逐案加以评估。更好的解决方案是《荷兰模式双边投资协定》中所提出的,制定一份并非详尽无遗的“指标”清单,藉以协助确定母国是否存在实质性商业活动。这些指标可能包括:一、母国办公室、管理部门、公司总部和/或管理层的注册和存在;二、雇员人数及其资历;三、母国营业额;四、设在母国的生产设施和/或研究实验室。其他存有争议的问题是,这些指标应进行个体性评估还是全球性评估,以及应进行加总式解读还是替代式解读。

《能源宪章条约》缔约方还可以从税法中寻求指导,某些司法管辖区(例如[美国](#))秉持“实质高于形式”原则,防止以税收规避为目的的制度利用。在此之上,人们可以思考:要求投资者证实他们最终由一个《能源宪章条约》缔约方的公民或国民所拥有或控制,而非证实其“实质性商业活动”,上述互惠原则能否得以更好地实现。

《能源宪章条约》的[最新一轮](#)谈判协商了诸多问题,例如投资者的定义与利益拒绝条款。然而,目前尚不清楚能否达成共识。在任何情况下,评估“实质性商业活动”的深入指导将提高确定性与透明度,尤其是在考虑到复杂的公司结构有可能引发对《能源宪章条约》适用范围的担忧之后。

(南开大学经济学院郭子枫翻译)

* Crina Baltag (Crina.Baltag@juridicum.su.se) 是斯德哥尔摩大学国际仲裁副教授,兼国际商事仲裁法硕士项目主任。作者希望感谢 Nathalie Bernasconi, Jarrod Hepburn, Yulia Levashova 的同行评审。

¹ 该提议还考虑将“重大”一词改为“实质性”。

² 法庭直至最近才裁定被告方有效援引了利益拒绝条款；参见 [Littop Enterprises Limited and others v. Ukraine](#), Final Award, 4 February 2021, para. 639.

³ “实质性商业活动”检验有可能过于抽象，受到了与 [Salini](#) 检验所提出的“对东道国发展的贡献”标准相同的批评。

如果附带以下承认，这篇展望中的材料可以被重印：“Crina Baltag, 《<能源宪章条约>的利益拒绝条款：是政策转向，还是转嫁举证责任?》，哥大国际投资展望，No.331, 2022年5月16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，Riccardo Loschi, riccardo.loschi@columbia.edu; Luca Jobbagy, lj2406@columbia.edu。

哥伦比亚大学可持续投资中心(CCSI)是哥伦比亚大学法学院和哥伦比亚大学地球研究所的联合中心，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。我们的任务是制定和传播切实可行的解决办法，并分析当前的政策性问题，以便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 330, Karl P. Sauvant, Rebecca Chacon Naranjo, 《公民社会的参与将推动 WTO 谈判》 2022年5月2日
- No. 329, Stephen Pursey, 《无可遁形: 跨国公司与负责任商业行为》 2022年4月18日
- No. 328, Roger Strange, 《全球价值链的未来: 重中之重》 2022年4月4日
- No. 327, Ucheora Onwuamaegbu, 《为投资者-国家仲裁中的国家方提供完善的争端解决保险机制: 确保被告方的早期法律代表》 2022年3月21日
- No. 326, Meg Kinnear, 《新一代国际投资争端解决中心章程的诞生》 2022年3月7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>。