

## 國際投資法下之任擇法庭

### — 評析 Lao Holdings N.V. 案中寮國之主張

李宜芳

今 (2014) 年 2 月底，國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 下稱 ICSID) 針對荷蘭籍 Lao Holdings N.V. 公司與寮國的投資地主國爭端解決仲裁案做出管轄權的判斷，認為 ICSID 享有管轄權。本案的管轄權爭議來自於 Lao Holdings N.V. 轉化公司國籍的行為是否構成任擇法庭 (forum shopping)，導致仲裁庭於本案無管轄權。

外國投資人於地主國的保護取決於其母國是否與地主國簽訂投資保障協定，因而，外國投資人之國籍將相當地影響其投資保障。任擇法庭，係指透過持股轉讓、股權結構調整等安排，進行公司的國籍轉化，使公司得以享有較佳的投資協定保障<sup>1</sup>。此行為之爭議在於可能將本質為國內爭訟的案件轉化為國際投資法之爭端，如澳洲菸品包裝案<sup>2</sup>，亦逸脫了國際投資法促進投資與經濟發展、保障投資之宗旨，非投資保障協定的簽署國所得預見、同意者<sup>3</sup>。因應此狀況，可於投資保障協定中設置拒絕授予利益 (denial of benefit) 條款，將第三國之投資人實質控制、於其母國並無實質之營業活動者排除於投資協定保障之外<sup>4</sup>。仲裁庭亦曾以程序濫用 (abuse of process)、時效等方式處理任擇法庭所形成的管轄權議題。

本文首先將針對本案事實、仲裁庭判斷進行簡單之介紹，並探討任擇法庭狀況下，可能之主張方式，並針對寮國之主張進行評析。

#### 背景事實

Sanum 是一間設籍於澳門，經營賭博事業之公司，於 2007 年開始與寮國籍 ST Corporation 合作<sup>5</sup>，簽署 Master Agreement，於寮國經營三個專案：Savan Vegas、Paksong Vegas 與吃角子老虎俱樂部<sup>6</sup>。兩間公司以合夥<sup>7</sup>形式合作，於 Savan Vegas

<sup>1</sup> M. SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 327 (3d ed. 2010).

<sup>2</sup> 李宜芳、王耀誠，試析納「投資地主國爭端解決機制」於 TPP 投資專章之可能－澳洲之觀點與現存僵局，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，153 期，頁 21，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no153/4.pdf> (最後瀏覽日：2014 年 4 月 10 日)。

<sup>3</sup> *Supra* note 1, at 328.

<sup>4</sup> 經濟部投資業務處，國際投資協定分析釋義，頁 56，2012 年。

<sup>5</sup> Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, ¶ 15 (Feb. 21, 2014). [hereinafter Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision]

<sup>6</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 17.

<sup>7</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 16.

與 Paksong Vegas 專案中，兩間公司各擁有百分之四十的股權，其餘百分之二十的股權則由寮國政府持有<sup>8</sup>。

由於賭博事業是以現金為基礎的交易，考量到政府可能無法針對鉅額的現金流進行查帳、審計，寮國政府於是根據單一稅協定 (Flat Tax Agreement，下稱系爭協定)，准許 Savan Vegas 自 2009 年開始 5 年每年繳納定額的稅金。原告並主張，寮國政府承諾在系爭協定期滿後，寮國政府將根據系爭協定執行的狀況，再與原告簽訂另一長達 50 年之單一稅協定特許契約 (concession)<sup>9</sup>，使原告確信系爭協定將可以展期 (renew)。

2011 年 5 月，寮國政府的稅務部舉辦大型的研討會、公聽會以研擬修訂稅務法規之可能。同年 6 月，寮國國會提案將賭博業的稅率提高至利潤的百分之六十<sup>10</sup>，並將適用於 Savan Vegas，於該年 12 月國會通過新的稅務法規，將賭場的稅率提高至利潤的百分之八十<sup>11</sup>。Sanum 於 2011 年 7 月提案重組公司以取得荷蘭國籍，並使新的荷蘭籍公司取得 Sanum 於寮國的投資以便享有荷蘭寮國雙邊投資協定之保障<sup>12</sup>，然而執行的進度緩慢，直到隔 (2012) 年 1 月，荷蘭籍 Lao Holdings N.V. 才宣告成立<sup>13</sup>。同時，Sanum 與寮國政府對於系爭協定展期的談判於 2012 年 3 月宣告破局，因寮國認為新的協定將不採取原本的定額稅金，Sanum 應遵守新稅法所制訂的稅率<sup>14</sup>，Sanum 於是於同年 8 月將本案依荷蘭寮國雙邊投資保障協定提付 ICSID 仲裁<sup>15</sup>。

### 管轄權判斷—禁止溯及既往原則 (non-retroactivity) 與「屬時理由 (ratione temporis)」

寮國認為 Sanum 於 2011 年進行的公司重組、改變公司國籍以尋求荷蘭寮國雙邊投資協定保障之行為構成任擇法庭。於管轄權上，寮國主張因 Sanum 公司國籍轉換發生於 2012 年 1 月，換言之，僅 2012 年 1 月後發生之爭端方有荷蘭寮國投保協定之適用，然而本案爭端發生於 2012 年 1 月以前，因此根據禁止溯及既往原則，仲裁庭欠缺管轄權，應拒絕受理 (denial of jurisdiction)<sup>16</sup>。然而，寮國並未將「程序濫用」作為管轄權之主張，僅要求仲裁庭於分配仲裁費用時將此因素納入考慮<sup>17</sup>。

<sup>8</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 18.

<sup>9</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 22.

<sup>10</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 37.

<sup>11</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 56.

<sup>12</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 49.

<sup>13</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 51.

<sup>14</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 60.

<sup>15</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 5.

<sup>16</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 68.

<sup>17</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 81.

仲裁庭首先回顧過去 ICSID 之案例以區辨「程序濫用」、「屬時理由」作為管轄權主張之不同。

關於程序之濫用，仲裁庭援引 Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic 案，該案仲裁庭說明為尋求法律保護而進行的投資與投入經濟活動而為的投資並不相同，前者僅係將既存的國內爭端包裝為受 ICSID 管轄的國際爭端，並非基於善意 (bona fide) 的投資。若仲裁庭承認以如此方式取得之管轄權，與解決國家與他國國民間投資爭端之公約 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other)、雙邊投資協定之保護目的並不相容<sup>18</sup>。換言之，仲裁庭應排除於變換公司國籍前已知法律爭端存在的情形。而關於屬時理由之主張，仲裁庭援引 Venezuela Holdings B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela 案，說明屬時理由所關注者，是公司國籍變換前、或持續至公司變換後所發生之行為<sup>19</sup>。簡言之，如同 Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador 案所述，若公司變換國籍以取得 ICSID 管轄權係在情況開始惡化、爭端發生之可能性極高之狀況之時，則可能成立程序之濫用；若爭端發生先於國籍轉換之關鍵日期 (critical date)，則較有可能涉及國際條約禁止溯及既往的「屬時理由」問題。基此，於認定是否存在程序濫用時，應考量在公司變換國籍之時，公司是否有高度的確信爭端已經是可以預見、或可得預見<sup>20</sup>；於認定「屬時理由」之問題存在與否時，應判斷國籍轉換之關鍵日期，若爭端發生於關鍵日期之前，則可能產生「屬時理由」的管轄權抗辯<sup>21</sup>。

寮國政府認為 Sanum 於 2011 年 3 月即提出展延系爭協定的要求，同年 6 月寮國政府以 Notice 1121 拒絕該要求，寮國政府於同年 11 月並通知 Sanum 在系爭協定到期後，即應受新稅法的規範<sup>22</sup>，而 Sanum 遲至 2012 年 1 月才完成國籍的轉換，因而於 2012 年 1 月前所發生之稅務爭端，不具備「屬時理由」，無荷蘭寮國投資保障協定之適用<sup>23</sup>。原告 Sanum 則是提出 Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania 一案，主張「關鍵日期」是爭端發生的實際日期，而非引發爭端的事件。原告認為，在 2011 年 11 月所發的通知雖然拒絕系爭協定的展延，然而許多寮國的官員卻明確指出僅是將須透過不同之程序，展延仍有可能<sup>24</sup>。原告於 2013 年 4 月採取暫時性的保全措施<sup>25</sup>，於同年 7 月，於保全措施聲請過程中，

<sup>18</sup> Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, ¶ 142-144 (Apr. 15, 2009). [hereinafter Phoenix Arbitration]

<sup>19</sup> Venezuela Holdings B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, ¶ 205 (June 10, 2010).

<sup>20</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 77.

<sup>21</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 83.

<sup>22</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 87.

<sup>23</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 90.

<sup>24</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 98.

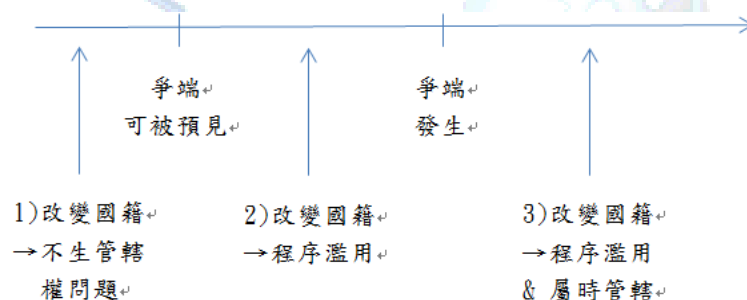
<sup>25</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 107.

原告才確知其將適用新稅法，爭端於是發生<sup>26</sup>。

仲裁庭認為，2011 年 6 月的 Notice 1121 語意模糊，加以有部分誤解了與 Sanum 的安排<sup>27</sup>，因而不足以被判定為拒絕的決定，僅指出是否展延系爭協定必須由總理層級來處理<sup>28</sup>。是以，同年 11 月由財政部所做出的通知文件，僅是部會層級的拒絕，並非總理層級<sup>29</sup>。直到 2012 年 3 月，由總理做出拒絕展延之決定時，才能視為爭端發生<sup>30</sup>。仲裁庭同時也指出寮國政府提供人證時，無法提出與爭端關係最密切之證人，所提出證人多為與爭議關係較疏遠之證人，且部分未出席<sup>31</sup>，寮國也未提出能挑戰原告證據之證人、未針對原告所提出之不利證據提出反駁之證據<sup>32</sup>，因此舉證上無法證明爭端在關鍵日期前已然發生<sup>33</sup>。

### 寮國訴訟主張之分析

在 Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador 案當中，仲裁庭曾提到「程序之濫用」、「屬時理由」的判準實質上是不同的<sup>34</sup>，並且，「程序之濫用」成立的時點應先於「屬時理由」的時點<sup>35</sup>。在此脈絡下思考，應可繪製時間軸如下：



換言之，在爭端確實發生、可見以後，亦可以提出「程序濫用」之管轄權主張<sup>36</sup>，因為爭端若確實發生後才進行國籍轉換，更可能被認定為欲將現存之爭端包裝為受投資保障協定保護之爭端之投資保障協定的濫用。相反地，程序濫用之主張，則僅能存在於爭端發生後。

<sup>26</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 110.

<sup>27</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 47.

<sup>28</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 130.

<sup>29</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 136.

<sup>30</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 146.

<sup>31</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 148.

<sup>32</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 99.

<sup>33</sup> ICSID, Lao Holdings N.V. Jurisdiction Decision, ¶ 154.

<sup>34</sup> Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on Respondent's Jurisdiction Objections, ¶ 2.101 (June 1, 2012). [hereinafter Pac Rim Cayman Jurisdiction Decision]

<sup>35</sup> ICSID, Pac Rim Cayman Jurisdiction Decision, ¶ 2.107.

<sup>36</sup> ICSID, Pac Rim Cayman Jurisdiction Decision, ¶ 2.99.



在 Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador 案中，原告同時主張「程序濫用」、「屬時理由」，本文認為或許於本案亦可嘗試使用相同之主張<sup>37</sup>。邏輯上，本文認為可嘗試先主張「屬時管轄」，證明爭端發生於改變國籍之前，若法院並不認同關於原告主張之爭端發生時點，則可轉而主張於該時點時，爭端雖未發生，然而係「可預見」，以成立「程序濫用」。另一方面，成立「程序濫用」在 Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador 案中之判准為爭端相關的兩方皆能看見爭端之發生、或可得預見特定的爭端發生有極高的可能性<sup>38</sup>，滿足此判准所需之爭端程度，顯然較「爭端確實發生」為低。以本案而言，仲裁庭認為爭端確實發生的時點為 2012 年 3 月，執此，2012 年 1 月 Sanum 改變國籍以前，主張爭端可被預見、而成立「程序濫用」應有較高之可能被仲裁庭接受。此外，Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic 案中，認定「程序之濫用」是否成立時，仲裁庭亦點出原告公司的「投資」與經濟活動並無關聯，僅是為了取得外國國籍。於本案，Sanum 轉為荷蘭國籍，此新設之荷蘭公司取得 Sanum 之投資是否係為參與察國的經濟活動，亦有挑戰之空間<sup>39</sup>。是以，應可考慮納入「程序濫用」之主張。

然而，縱提出「程序濫用」之主張，察國於「屬時管轄」時舉證不足之問題亦可能存在，且「可預見與否」之判准相較之下較為模糊，加以過去主張「程序濫用」中，仲裁庭肯認管轄權不存在者亦為少數<sup>40</sup>，因而「程序濫用」之主張實存在一定挑戰。

## 結語

全球化時代下，跨國企業日漸興盛，於各國設立子公司、分公司，進行股權交換、調整公司國籍以取得較佳之法律保護亦屬多見。然而，調整國籍以尋求最佳法律保護與任擇法庭之指控間，存在許多灰色地帶，且若能在管轄權的層次排除任擇法庭現象所招致之控訴，能相當減輕地主國之訟累，亦能確保投資保障協定保護外國投資人、促進投資之目的不致遭到濫用，是以任擇法庭之議題之發展，值得持續之關注。

<sup>37</sup> 事實上，本案仲裁庭亦一再確認原告是否欲提出「程序濫用」之管轄權主張，可見於本案管轄權決定第 68、82 與 83 段。

<sup>38</sup> ICSID, Pac Rim Cayman Jurisdiction Decision, ¶ 2.99.

<sup>39</sup> ICSID, Phoenix Arbitration, ¶ 142.

<sup>40</sup> Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Claimant Pac Rim Cayman LLC's Rejoinder on Respondent's Objection to Jurisdiction, ¶ 55 (June 1, 2012).