



VALE COLUMBIA CENTER
ON SUSTAINABLE INTERNATIONAL INVESTMENT
A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL AND
THE EARTH INSTITUTE AT COLUMBIA UNIVERSITY

哥伦比亚国际直接投资展望

哥伦比亚大学维尔可可持续投资中心 FDI 热门问题的观点
系列 48 2011 年 10 月 10 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

编辑: Ken Davies (Kenneth.Davies@law.columbia.edu)

执行编辑: Alma Zadic (az2242@columbia.edu)

新荷兰三明治：滥用投资协定问题

George Kahale, III*

多年前，国际税务律师为我们引入新词汇“荷兰三明治”。这一概念是指在 A 国投资者和其投资的 B 国中夹着一个荷兰公司。荷兰税收协定的广泛延伸和国内税法对投资者的优待可以减少 A 国投资者从 B 国取得收益应缴的所得税；而如果通过荷兰公司调整其投资结构，甚至可完全消除资本收益税。

过去十五年出现了很多不同类型的荷兰三明治。这篇文章涉及的与税收无关，而是荷兰双边投资协定（BITs）延伸框架的产物。全世界的跨国公司都在争取获得荷兰国籍，从而利用荷兰双边投资协定对其提供保护。

这种国籍策略被许多投资者-国家争议仲裁领域内的投资者所推崇，但也给双边投资协定带来了恶名。成立一家荷兰公司并不需要投入太多：公司不需要实际的办公室和雇员，甚至可以不在荷兰。而好处是不仅能获得实质性的协定保护，而且能通过投资争端解决中心（ICSID）解决争议——大多数荷兰双边投资协定都视其为解决争端的法庭。

许多外商投资的东道国越来越担心滥用协定问题。他们不断地重新审视过去二十年内加入的协定，而结果通常不令人满意。原因有很多，也包括一些法庭给

*George Kahale, III (gkahale@curtis.com) 是美国可达律师事务所 (Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP) 主席。他代表了一些国家和国家实体在合同谈判和再谈判以及投资争端的利益，包括本文提及的美孚公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国。作者希望感谢 Alejandro Faya Rodriguez, Matthew Skinner 和 Felix Alberto Vega Borrego 对本文的有益建议。本文中作者的观点不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴及支持者的观点。哥伦比亚国际直接投资展望 (ISSN 2158-3579) 是同行评议刊物。

出的对诸如“公正和公平待遇”条款的扩大解释。¹但更关键的问题是“谁能进来”——许多国家从未料到与一国签订的协定可以向全世界潜在投资者开放。

由于最近许多案例涉及投资重组而非绿地投资，滥用协定问题已经引起高度重视。投资重组可以有很多合法的商业缘由，但通常仅仅旨在进入一个协定签订国并获得通过 ICSID 解决争端的权利。由于重组均在公司预期诉讼时进行，因此进行重组的有效性就值得怀疑。²一个基本问题是通过重组进入协定签订国的能力是否会受到约束，换句话说，是否会出现协定滥用的情况。然而两个案例的判决表明存在这种情况，分别是凤凰行动有限公司 (*Phoenix Action Ltd*) 诉捷克共和国案³和美孚公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案。⁴

尽管凤凰案之前的一些仲裁案也讨论过构成滥用协定的要件，但在凤凰案中讨论更为激烈。在该案中，公司进行的集团内部交易明显旨在使投资进入协定签订国，而该公司正与东道国进行争议诉讼。仲裁庭判决这种行为无效，并用严厉的措辞强调必须保护以免滥用投资争端解决中心：

这里提到的法庭具备国际诚信原则，适用于投资争端解决中心的国际仲裁机制。法庭根据“解决投资争端国际中心公约”(ICSID Convention)，来阻止滥用国际投资保护系统，以确保投资遵守国际诚信原则并且不试图滥用保护系统……根据“解决投资争端国际中心公约”和“双边投资协定”，阻止滥用国际投资保护系统的操作是法庭的职责。⁵

美孚案件法庭援引凤凰案件言论，认为通过重组进入协定签订国不能将未决案件移交 ICSID。⁶

这些判决已成为国际仲裁界的多项讨论议题，但内容远不止这些。其他仲裁庭也将面临进一步界定滥用协定概念的问题，而这又将引发对这一投资者-国家争议仲裁中热点问题的更多讨论。将来，“新双边投资协定”条款可能会解决滥用协定问题（前提假设“双边投资协定”不断完善），但与此同时，法庭也必须找出限制投资进入协定国的方法。像凤凰案和美孚案那样在提交仲裁请求时仅仅

¹ 参阅“Public statement on the international investment regime, August 31, 2010”。获取网址：www.osgoode.yorku.ca

² 参阅 Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), at 551.

³ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID 案例 No. ARB/06/5, award (April 15, 2009).

⁴ *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID 案例 No. ARB/07/27, decision on jurisdiction (June 10, 2010).

⁵ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, op. cit., at 113 和 144 (内部引用略)。

⁶ *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, op. cit., at 205.

满足于国籍的法律要求还远远不够。

(南开大学国际经济研究所 田珍翻译)

转载请注明 “George Kahale, III, ‘新荷兰三明治：滥用协定问题’，哥伦比亚国际直接投资展望

No.48, 2011 年 10 月 10 日。转载需经哥伦比亚维尔可持续国际投资中心授权

(www.vcc.columbia.edu)。”

请将副本发送至哥伦比亚维尔中心 vcc@law.columbia.edu。

如需详细信息请联系：维尔哥伦比亚国际可持续投资中心，Jennifer Reimer, FDIPerspectives@gmail.com.

由 Karl P. Sauvant 博士领导的哥伦比亚维尔可持续国际投资中心 (VCC) 是由哥伦比亚法学院和地球研究所联合建立的研究机构。它力图成为全球经济环境下的对外直接投资事务的领导者。VCC 致力于分析和讲授对外直接投资公共政策和国际投资法的含义。