

印度封杀 59 款 APP — 国际投资法下的应对浅析

作者：金立宇 | 赵宇先 | 刘央¹

2020年6月29日，印度政府突然颁布一项禁令，禁止使用59款可能涉及中国投资者权益的App²。据报道，印度政府作出该禁令系基于印度《信息技术法》（Information Technology Act），引述的理由为这些App“有损印度的主权和完整，印度的国防、国家安全和公共秩序”（“prejudicial to sovereignty and integrity of India, defence of India, security of state and public order”）³。尽管印度将此次“封杀”这些App的行为视为国内执法行为，但根据《维也纳条约法公约》第27条确立的原则，“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约”。因此，该禁令仍有可能构成对国际投资法相关规定（尤其是《中华人民共和国政府和印度共和国政府关于促进和保护投资的协定》（2007年8月1日生效）（“中印BIT”））的违反。同时，该禁令也提供了一个评估和反思国际投资法是否可以充分保护国际投资中的新经济模式企业（尤其是互联网企业）的投资利益的机会。

本文试图简要分析禁令可能在何种程度上构成对中印BIT的违反，以及中国投资者潜在的救济手段。我们注意到，中国投资者在印度运营App存在不同的模式，并非一概由中国投资者在印度设立运营公司；印度的禁令打击的对象也并非全都是此类运营公司。本文着重关注的是中国籍自然人或注册在中国的法人在印度投资设立公司以运营App这一模式，以及该模式下中国投资者的权益保护问题。

一、印度对中印BIT的潜在违反

（一）间接征收条款

中印BIT第5条第1款规定了禁止征收，其中包括了，即间接征收。《中华人民共和国政府和印度共和国政府关于促进和保护投资的协定的议定书》（中印BIT议定）第III条进一步规定，间接征收措施是指使得某一投资“实质上无法具有生产力并无法产生回报”（substantially unproductive and incapable of yielding a return）。上述规定还提出了衡量东道国的措施是否构成间接征收的因素：措施的经济影响，措施在多大程度上有歧视性，措施在多大程度上干预了基于投资的合理期待，措施的性质和目的（是否为了善意的公共目的及措施与征收之间是否有合理的关联）。中印BIT议定书对间接征收条

¹ 实习生马浩洋对本文写作亦有贡献。

² <https://pib.gov.in/PressReleaseDetailm.aspx?PRID=1635206>，2020年6月30日最后一次访问。

³ 同上。

款的细化与国际仲裁庭的实践一致。例如，在 *Link Trading v Moldova* 案中，仲裁庭认为间接征收是指东道国的行为 “so substantially interfere[s] with the investor’s business activities that they are considered to be ‘tantamount’ to an expropriation”⁴。

本次印度的禁令对 App 运营公司的影响理应是巨大的，这些运营公司的最主要资产往往是无形的用户流量和数据。如 App 无法运营，则根据互联网公司常用的估值逻辑，运营公司的价值将大幅贬损，由此也将导致中国投资者的股权（即案涉的“投资”）价值相应折损。

此外，中印 BIT 第 5（1）条还规定了东道国合法征收的其它条件，包括“为了公共目的”和“依照法律在非歧视性的基础上采取并给予公平和公正的补偿”。显然，在印度政府并未作出任何补偿表示的情况下，应当认为其征收行为有违中印 BIT。当然，如果运营公司的行为确实违反了印度法律，则禁令可能构成合法的执法行为，而不构成征收。

（二）公平和公正待遇条款

中印 BIT 第 3 条第 2 款规定了公平和公正待遇。这一保护标准通常意味着东道国必须尊重投资者在作出投资时形成的合理期待。（*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v Argentina*⁵）东道国可以改变其监管框架，但是这种变化不能阻却投资者的合理期待。如 *Georg Gavrilovic and Gavrilovic D.O.O. v Croatia* 一案的仲裁庭所述，“Legitimate expectations founded on specific assurances or representations made by the State to the investor are protected. The reasonableness of an asserted expectation is to be determined objectively at the time the investment is made, with due regard to the circumstances of the case.”⁶

如果中国投资者可以证明其投资印度运营公司时，印度的法律许可其经营互联网信息服务业务，甚至印度政府曾提供了一些吸引外国投资者进入该业务领域的政策，则有较大的可能性认为投资者存在合理的预期，认为其可以持续经营禁令所禁止的互联网信息服务业务。在运营公司没有任何具体违法行为的情况下，如禁令仅因为运营公司与中国相关即禁止其之前许可的 App 运行，则可以认为禁令阻却了中国投资者的合理预期。

此外，在衡量预期的合理性时，也应当考虑投资者在进行投资时是否尽到了合理的注意义务。如果投资者通过合理的调查可以充分预见到东道国的监管框架将发生变化，则不能主张其在作出投资时已形成合理的期待。（*Belenergia S.A. v Italy*⁷）因此，中国投资者需要提供证据证明其在设立印度运营公司前已经对印度的法律进行了合理的调查，其当时并不能预见印度可能禁止禁令中包含的 App 在印度运营。

（三）国民待遇条款

中印 BIT 第 4 条规定了国民待遇标准，即东道国给予另一方投资者和投资者投资的待遇，不应低于其给予本国投资者的待遇。对国民待遇的违反一般无需基于歧视性目的或动机（尽管考虑到当前中印冲突的背景，印度的措施很可能带有以反击中国的歧视性目的），只需考虑措施对投资或投资者的实际

⁴ Award IIC,154。

⁵ ICSID Case No. ARB/09/1, para. 669。

⁶ ICSID Case No. ARB/12/39, para. 956。

⁷ ICSID Case No. ARB/15/40, para. 587。

影响 (*SD Myers Inc v Canada*⁸)。其中，外国投资者与本国投资者所受到的监管政策不同可能构成对国民待遇的违反 (*Apotex v United States*)⁹。印度本次禁令包含了一些中国投资者投资设立的运营公司的 App，并未对本国投资者作出类似限制。如可以证明中国投资者与相同行业的印度投资者处于类似的市场竞争地位，则这将有利于证明印度违反了国民待遇。

(四) 最惠国待遇条款

除国民待遇外，中印 BIT 第 4 条同时规定了最惠国待遇，即东道国给予另一方投资者和投资者投资的待遇，不应低于其给予任何第三国投资者的待遇。本次禁令禁止了一些中国投资者运营的 App，但并未普遍地对其它国家的投资者运营的 App 作出同样的限制。如可以证明中国投资者与相同行业的第三国投资者处于类似的市场竞争地位，则从表面上看印度已违反了最惠国待遇。

(五) 自由汇出资本和收益条款

中印 BIT 第 7 条规定，“缔约任何一方的投资者在履行完东道国缔约方法律所要求的义务后，可以无不合理延迟地转移其资本和收益”。禁令在客观上将导致其所禁止的 App 的运营公司无法将其在印度生产的数据资产移出该国。从表面上看，该等数据资产并不属于资本和收益。但我们认为，对于 App 运营公司等几乎完全依赖数据生存的公司而言，可以在一定程度上认为数据带有资本的属性¹⁰。因此，是否应当对 BIT 第 7 条中的“资本”作扩大解释，以更好的保护目前普遍存在的新经济下投资者的合法利益，是一个值得探讨的问题。

(六) 印度可能的抗辩

1. 中印 BIT 下的抗辩

印度可能援引中印 BIT 第 14 条（“非排除性措施”条款）作为禁令的正当化理由。该条规定：“本协议不妨碍东道国缔约方根据其正常、合理和非歧视地适用的法律，采取保护其**基本安全利益**的措施或**极端紧急状况**下的措施。”该条属于典型的“非排除性措施”（“Non-precluded Measures”）条款。如印度的禁令落入该条的范围之内，则意味着中印 BIT 中的相关保护标准将不适用于该禁令。

从我们收集到的报道来看，印度政府发出禁令的理由是该 59 款 App 有损印度的主权和完整、国防、国家安全和公共秩序¹¹。禁令称：印度电子与信息技术部收到了许多来自不同来源的投诉，其中包括几起关于滥用 Android 和 iOS 平台上的某些移动应用程序的报告，这些应用程序以未经授权的方式窃取用户数据和秘密地将其传输到印度以外的服务器。通过对印度国家安全和防卫带有敌意的数据挖掘和分析，这些数据最终将影响印度的主权和完整性。但这一理由的具体内容并不明确。最终禁令是否构成“非排除性措施”仍需将来的仲裁庭根据印度政府的举证来判定。

2. 习惯国际法下的抗辩

除条约项下抗辩之外，印度还可能援引国际习惯法上的抗辩事由以主张其并未违反中印 BIT 的相关规定。在国家责任法上有排除不法性事由（Circumstances Precluding Wrongfulness）的概念。国际法

⁸ 8 ICSID Rep 3, IIC 249, para 252。

⁹ At para 8.15。

¹⁰ The Rise of Data Capital, MIT Technology Review, March 21, 2016, available at <https://www.technologyreview.com/2016/03/21/161487/the-rise-of-data-capital/>, 2020 年 6 月 30 日最后一次访问。

¹¹ 参见 <http://newsonair.com/Main-News-Details.aspx?id=392552>, 2020 年 6 月 30 日最后一次访问。

委员会起草的国家对国际不法行为的责任条款（Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts）第 25 条第 1 款规定了“危急情况”（Necessity）抗辩：

*“Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:(a) is **the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril**; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.¹²”*

该条中“essential interest”具有较大的弹性，一般认为可以包含国家安全等与国家根本利益相关的事由。但印度仍需证明（1）国家安全受到了急迫性的威胁；（2）禁令是保护国家安全的唯一手段。但如上所述，由于印度政府尚未对禁令的理据作出说明，我们仍有待进一步的事实方可加以判断。

二、中国投资者的救济

（一）仲裁索赔

根据中印 BIT 第九条的规定，投资者与东道国发生争议的，首先可以在双方同意的情况下提交东道国司法、仲裁或行政机构解决，或者根据《联合国国际贸易法委员会调解规则》进行调解。如上述方式不能解决争议，则投资者可以根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》将争议提交临时仲裁，其中首席仲裁员将由国际法院院长指定。

1. 适格投资者与适格投资

中国投资者（无论是中国国籍的自然人或根据中国法律设立的公司）属于中印 BIT 项下的适格投资者，有权提起仲裁。根据中印 BIT 第二条第二款的规定，“投资”包括“公司的股份、债权、股票或对公司的其他类似形式的参股”。因此，中国投资者在印度运营公司的股权属于中印 BIT 项下的投资。为获保护，投资应在中印 BIT 终止前作出。

2. 用尽当地救济

根据中印 BIT 第九条第四款，“涉及争议的缔约方可要求有关投资者在根据第九条第二款第二项将争议提交国际调解或根据第九条第三款提交仲裁前先行用尽国内复议程序”。该条并未强制要求中国投资者用尽当地救济，但印度政府有权根据该条要求中国投资者在提起仲裁前先用尽印度国内的复议程序（Review Process）。

（二）损害赔偿

如禁令被认定为违反了中印 BIT，则中国投资者将有权获得损害赔偿。从根本上说，中国投资者的损失是其持有的股权价值的贬损。这里将涉及 App 运营公司的损失如何转化为股东损失的问题。首先，一般而言，巨大的用户量流失将使得中国投资者持有的印度运营公司的股权价值实际上无法产生回报。App 运营公司的主要营业收入一般来自于广告收入，并与用户量紧密挂钩，因此用户量是对该等公司估值时考量的重要因素。禁令将导致印度用户无法正常下载和访问运营公司的 App，继而导致大量用户流失。其次，由于转换成本的存在，这种用户流失可能是不可逆的，即使后来运营公司的 App 可以重新访问，亦难以赢回已经适应其他 App 的用户。股权价值损失的问题具有高度专业性，但往往可以

¹² 参见 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf。

通过专家进行评估。

同时，中国投资者还可以就固定资产（如有）提出索赔。如果运营公司旗下的 App 无法正常在印度境内使用，此类资本投入的价值将大幅贬损，甚至成为沉没成本。

三、结论

根据本文的分析，印度的禁令有一定的可能性违反了中印 BIT 中的一系列条款，包括征收条款、公平和公正待遇条款、国民待遇和最惠国待遇条款。当然，如中国投资者向印度提起仲裁索赔，印度将有较大可能援引中印 BIT 和国际习惯法上的抗辩事由。但当前阶段，我们尚缺乏足够的信息来判断这些抗辩的成功可能性。以上分析还展示了现存的国际投资法规则在保护互联网经济企业时的挑战，其根源在于互联网逐渐模糊了投资与贸易的界限，使得两者不再泾渭分明。本次禁令事件也表明，中国投资者在海外投资前应当对国际投资保护的法律规定进行研究，包括进行适当的国籍规划（Nationality Planning），以便更好地享受双边投资协议的保护。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

金立宇

电话： +86 21 6080 0968

Email: denning.jin@hankunlaw.com