

투자조약 사례로 본 최근 국제 투자 분쟁의 추이

(캐나다 국제지속개발연구소)



대한민국국회

외교통상통일위원회
국회의원

박주선

목 차

투자조약 사례로 본 최근 국제 투자 분쟁의 추이

1. 서론	6
2. “투자”의 정의	7
3. “투자자”의 정의	16
4. 최혜국 대우	18
5. 몰수	22
6. 공정하고 공평한 대우	28
7. 해외투자법률에 의거하는 분쟁 해결	36
원문	38

투자자 국가 분쟁해결절차(ISD) 자료집 시리즈를 펴내며

한국은 더 이상 투자자-국가 분쟁해결절차(ISD)의 중립지대가 아닙니다. 국제투자자의 도전이 시작됐습니다. 미국계 사모펀드 론스타는 지난 5월 21일 한-벨기에 투자보장협정(BIT)을 내세워 금융당국의 공공정책과 조세정책에 대해 국제중재를 신청하겠다 중재의향서를 통보했습니다. 냉각기간 6개월은 11월 20일 종료됩니다.

공공정책에 대한 국내 투자자의 도전의 기미도 보이기 시작합니다. 한국전력은 올해 7월 지식경제부의 전기요금 인가 권한의 무력화를 염두에 두고 ISD가 가능한지에 대해 국내 법무법인에 법률검토를 의뢰했습니다. 승소가능성이 낮다는 판단으로 ISD절차를 개시하지는 않았으나, 한전의 이같은 움직임은 ISD가 외국인 투자자뿐 아니라 국내 기업까지도 정부의 공공정책을 무력화시키는 수단으로 활용될 수 있다는 것을 여실히 보여주는 최초의 사례입니다.

정부의 ISD 대응은 느리기만 합니다. 지난 5월 론스타가 ISD를 제기할 수 있었던 것은 ‘허술한 협정’ 탓입니다. 한-벨기에 BIT에 상대국 내 기업이라도 실제 영업을 하지 않는 서류상의 회사(페이퍼 컴퍼니)라면 협정에 따른 혜택을 받지 못하도록 하는 ‘혜택의 부인(Denial of Benefits)’ 규정이 있었다면 론스타는 ISD를 제기할 수 없었습니다.

그러나 한-벨기에 BIT에는 이 조항이 없습니다. 2012년 10월 현재 우리나라가 체결한 BIT 또는 FTA에서 ‘혜택의 부인’ 규정은 한·칠레 FTA와 한·미 FTA에만 있고, 22개 OECD 회원국과 체결한 모든 BIT에는 존재하지 않습니다. 거기에 더해 현재 한·미 FTA, 한·칠레 FTA, 한·헝가리 BIT를 제외한 나머지 BIT에서는 투자를 광범위하게 정의하고 있기 때문에, 투자의 부존재를 이유로 페이퍼 컴퍼니에 대한 협정상 보호를 배제하는 것이 매우 어렵게 되어 있습니다. 이대로라면 한국 정부는 ‘ISD라는 국제법률시장의 각축장’이 될 것임은 불보듯 뻔합니다.

정부는 이제야 ISD의 심각성을 조금씩 알아가고 있습니다. 론스타가 제기한 ISD에 대응하기 위해 범정부 차원의 태스크포스가 만들어졌습니다. 국제통상대응에 소극적이던 법무부는 이제야 예산과 조직을 조금씩 확충하고 있습니다. ‘허술한 협정’을 체결한 원죄를 가진 외교통상부는 한국에 대한 투자실적, 페이퍼 컴퍼니 현황, 조세피난처 여부 등을 감안해 투자보장협정 개정협상 대상국을 선정하기 위한 관계부처 간 협의를 진행 중입니다.

이제 국회가 나서야 합니다. **국회 차원의 ISD 대응이 필요합니다.** ISD 대응을 위한 정부 내의 관련예산을 적극적으로 편성하고, 전담조직을 통해 미리 준비하도록 정부에 촉구해야 합니다. 국회 스스로는 국회 입법조사처나 국회 도서관과 같은 국회 내 정책보조기관과 함께 ISD의 최근 추이나 사례에 대해 면밀히 검토하고, 행정부의 보다 빠른 대응을 위해 채찍질을 가해야 합니다. 투자보장협정에 ‘혜택의 부인’ 조항을 포함시키는 개정작업도 하나하나 체크해야 합니다.

이 보고서는 그 노력의 일환입니다. 본 의원은 올해 국정감사에서 ISD와 관련된 세 개의 자료집을 발간합니다. 하나는 유엔무역개발회의(UNCTAD)에서 펴낸 「투자자-국가 간 분쟁 해결절차의 최근 추이」 이고, 둘은 캐나다 국제지속개발연구소에서 펴낸 「투자조약 사례를 통해 본 최근 국제 투자 분쟁의 추이」 입니다. 투자자-국가소송제의 최근 현황을 알 수 있는 국제기구와 국제연구소에서 펴낸 보고서를 국회도서관에 의뢰하여 번역해 이를 널리 공유하고 함께 공부해 나갈 것을 제안합니다.

세 번째 자료집은 ISD와 관련한 국내에서의 우려사항 등을 모은 자료집입니다. 한미FTA 협상과정에서 ‘법무부의 대응방안’, ‘대법원의 의견’, ISD 민관TF에 대한변호사협회에서 제시한 의견은 국내에서의 우려사항입니다. 미국 내 주요 움직임으로 언론을 통해 이미 알려진 미국 주(州)의회 의원들이 TPP협상을 담당하는 무역대표부(USTR)에 보내는 ISD 거부 촉구 관련 공개서한 번역본을 함께 담았습니다.

투자자-국가 분쟁해결절차와 관련한 국내연구가 부족한 지금, 이번에 펴내는 세 권의 자료집이 ISD의 최근 추이를 통계적으로 접근하고, 사례를 통해 이해할 수 있는 기초자료로 활용되기를 바랍니다. 또한 이 자료집에서 분석하는 보고서가 외교통상부와 법무부 차원에서도 정례적으로 진행되는 계기가 되기를 바랍니다.

지금 정부는 지난 3월부터 ‘투자자-국가소송 민관 태스크포스’를 구성해 한미FTA ISD 개정 초안을 만들고 있습니다. 국내외에서 제기되는 ISD의 위험성에 대한 의견을 기초로, 현재 진행되는 ISD 민관 TF의 초안 마련작업에 좀더 많은 관심을 갖는 계기가 되기를 진심으로 기대합니다. <끝>

최근 국제 투자 분쟁의 추이 : 2010년 9월부터 2011년 10월까지 투자 조약 사례



1.0 서론

본 문서는 2010년 9월부터 2011년 10월까지 국제 투자 분쟁의 관련 추이를 강조한다. 본 문서는 본질적으로 이 시기 중재 판정이 갖는 광의의 정책 영향 가운데 일부를 개괄하고자 한다.

본 문서는 이 시기에 발행된 결정에서 언급된 모든 국제 투자 분쟁이나 쟁점은 상술하지 않지만, 관할권 및 책임에 관한 각종 판정에서 발생한 “투자” 및 “투자자”의 정의, 최혜국 대우, 몰수, 공정하고 공평한 대우, 해외투자법률에 의거하는 분쟁 해결 같은 주요 쟁점에 대한 설명을 제공한다.

본 보고서는 다음과 같이 총 17개 판정을 분석한다.

- 국제투자분쟁해결기구(ICSID: International Centre for the Settlement of Investment Disputes) 재판소 판결 14건
- 유엔국제무역법위원회(UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law) 재판소 판결 2건
- 스톡홀름상공회의소(SCC: Stockholm Chamber of Commerce) 재판소 판결 1건

이 중 대다수 분쟁은 양자간투자협정(BIT), 2건은 에너지헌장조약(ECT)(AES v. Hungary 및 Libananco v. Turkey)에서 발생하였다.

관할권 판결은 6건에 불과했으며, 이 가운데 3건은 관할권이 거부되고 나머지 3건은 관할권이 확정되었다. 이 가운데 한 건에서 재판소는 원고의 계약 주장을 심리하기 위해 관할권을 인정하였지만, 조약 주장에 대한 적격성 여부에 대한 문제는 다음 단계로 연기하였다(Perenco v. Ecuador).

나머지 11개 판결에서 5건에 대해서는 국가가, 나머지 6건은 투자자가 승소하였다. 투자자가 승소한 책임에 관한 6개 판결 가운데, 재판소는 손해배상 문제를 별도의 소송절차로 유예한 1건을 제외하고 전부 투자자에 대한 손해배상을 판정하였다(Total v. Argentina).

아래에서는 2010년 9월부터 2011년 10월까지 국제 투자 분쟁에서 발생하는 각종 주요 쟁점을 자세히 살펴본다.

2.0 “투자”의 정의

“투자”의 정의는 지속적으로 논쟁의 대상이 되는 쟁점으로, 전년도에서 논란의 소지가 많은 것으로 입증되었다. 예를 들어, 특히 주목할 만한 판결에서, 재판소는 아르헨티나 채권 소지자 수만 명에 대한 관할권을 인정하고, 국가 부채 증서는 이탈리아-아르헨티나 양자간투자협정(BIT)과 ICSID 협약에 의거하는 피보호 투자를 구성한다고 간주하였다(Abaclat v. Argentina). 그러나 Georges Abi-Saab 교수의 반대의견(비공개)뿐 아니라 그 후 이어진 학계 및 실무진의 논쟁에 따르면, 일부에서는 과반수 재판소가 “투자” 용어에 대해 국가가 예상한 범위를 벗어나 지나치게 광의의 관점을 채택했다고 판단하고 있다.

전년도에 대한 기타 다수의 판결은 계약이 투자로 인정될 수 있는지, 그렇다면 어떤 상황에서 인정되는지 검토하였다. 일례로, 한 사건은 투자자가 의무를 이행하지 않았다는 것을 이유로 이집트 정부가 해지한 계약과 관련되었다(Mallicorp v. Egypt). 그러나 재판소는 계약의 약정은 대부분 이행되지 않았다고 하더라도 얼마든지 투자로 인정될 수 있다고 판시하였다. 다른 재판소는 우크라이나 정부가 체결한 구매계약을 검토한 후, 이는 단순한 상업계약으로 투자를 구성하지 않는다고 판단하였다(Global Trading v. Ukraine). 다른 재판소는 투자자가 타사에 전환용 오일을 공급해야 하는 계약은 투자를 구성한다고 판시하였다. 그러나 동일 판결에서 재판소는 다른 중재의 중재판정은 투자로 간주될 수 없다고 판단했다(GEA v. Ukraine). 마지막으로 다수의 판결은 간접 투자도 투자조약에 의거하여 피보호 투자로 인정받은 초기 사건에서 채택된 접근방식을 확정하였다.

“투자”의 정의에 대한 논쟁은 ICSID 협약에 의거하여 판정된 사건에 대한 복잡성을 강화하였다. 이러한 사건의 과제는 ICSID 협약 및 관련 투자조약의 관점에서 분쟁은 반드시 “투자”와 관련이 있어야 한다는 사실에서 발생하지만, ICSID 협약은 “투자” 용어의 정의 문제에 관한 한 침묵을 지키기로 유명하다. 재판소는 이러한 딜레마를 해결하는데 다양한 접근방식을 채택하였다. 예를 들어, 한 재판소는 ICSID 협약과 BIT 기준은 상이하지만 본질적으로 “상보적인” 2개 검정을 명시한다고 판단하였다(Mallicorp v. Egypt). 또 다른 재판소는 “ICSID 협약의 의미 안에서 활동이 ‘투자’를 구성한다는 국가의 이해를 반영한다고 BIT를 해석하는 것이 적절하다”고 판시하였다(Alpha Projektholding v. Ukraine).

이러한 사건에서 “투자” 용어에 대한 재판소의 해석은 본질적으로 준거 조약에 사용되는 언어를 토대로 하였다. 그러나 해당 규정은 광의의 의미를 띠는 경향이 있다. 사건의 추이는 “투자”의 개념은 중재인이 전혀 상이한 해석 방식을 채택할 수 있는 여지를 남겨두고 있음을 확정한다. 아울러 제반 사건은 재판소가 조약에 명기되지 않는 용어의 정의에 제한을 부과할 의사가 없다는 점도 확정하였다. 명확한 초안 작성을 통하거나, 기

존 조약의 경우 개정이나 공동 또는 일방적 해석을 통하여 국가에서 지침을 제공할 수 있다.

2.1 Abaclat and others v. Argentine Republic 판결(2011)

Abaclat and others v. Argentine Republic 사건에 대한 2011년 8월 판결에서 Pierre Tercier 와 Jan van den Berg로 구성된 ICSID 재판소 과반수는 이탈리아-아르헨티나 BIT에 의거하여 이탈리아 국민 약 6만 명이 아르헨티나를 상대로 제기한 집단 청구를 심리할 관할권이 있다고 판단하였다. 한편 Abi-Saab 교수의 반대의견은 아직 공표되지 않았다.

각종 아르헨티나 국채에 대한 “증권 권리”를 보유한 원고인단은 아르헨티나의 채무불이행과 국가부채 구조조정이 BIT에 의거하는 아르헨티나의 의무를 위반했다고 주장했다. “증권 권리”는 이른바 해당 위반으로 인하여 피해를 입은 “투자”였다.

이탈리아-아르헨티나 BIT는 “투자”가 본국의 법규에 따라 본국 영토에 소재하는 본국 투자자가 “투자 또는 재투자하는 수역나 자산”이라고 정의하였다. 동 BIT는 계속해서 여기에 적용되는 자산의 예시 목록을 규정하였다.

아르헨티나는 “증권 권리”는 “아르헨티나 영토 안에서 이루어지지” 않았기 때문에 투자가 아니라고 주장했다. 아르헨티나의 주장에 따르면 해당 요건에 관한 결함 가운데 증권 권리는 아르헨티나 국내로 자금의 이전을 초래하지 않았으며 아르헨티나 국외에 소재하였다.

재판소는 다수결로 조약에 제시된 광의의 “투자” 관점에 주목하고 해당 채권은 협정에 명시적으로 포함되는 “채무”나 “증권”이라고 판단하였다. 아울러 채권에 포함된 증권 권리 역시 피적용 “투자”의 형태로 기재된 “증권”이라고 판단하였다.

투자 장소에 관한 아르헨티나의 주장에 대해 재판소는 증권 권리와 채권은 동일한 경제 증서의 일부이며, 증서는 궁극적으로 “경제 개발 자금을 조달”하기 위하여 아르헨티나에 제공되는 기금을 창출하기 위한 것이라고 판시하였다. 이에 따라 재판소는 다수결로 채권과 증권 권리는 아르헨티나 국내에서 “투자”를 구성한다고 판단하였다.

재판소는 아울러 대규모 원고인단은 당사자능력에 대한 장애물을 구성하지 않는다고 다수결로 지적하였다. 재판소의 의견에 따르면, “집단소송절차에 관하여 침묵하고 있는 ICSID 체계는 ‘정당한 침묵’이 아니라 ‘간극’으로 해석되어야 한다.”

2.2 Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt 판결(2011)

ICSID 재판소는 2011년 Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt 판결에서 피보호 투자에 관한 분쟁이나 순수한 계약 행위 여부에 대한 판결을 맡았다. 원고 Malicorp는 2000년 국제공항 건설 및 운영을 위해 양허계약을 체결하였다. 그러나 Malicorp는 사업을 출범시키는데 필요한 법률이나 재무, 기술적 조치를 전혀 취하지 않았으며 특허권 소유자가 될 현지 회사도 설립하지 않았다. 이에 따라 정부는 2001년 양허계약을 해지하였다. Malicorp는 자사의 투자가 몰수되었다고 주장했다. 계약만으로 ICSID 협약(“투자”를 정의하지 않음)과 BIT(“투자”를 “모든 자산 유형”으로 정의하고 범례의 예시 목록에 “청구”와 “계약에 의거하는 이행”, “법률이나 계약에 의거하여 수여되는 사업 면허”가 포함됨)에 의거하여 투자로 인정할 수 있는가에 대한 판단이 재판소에 의뢰되었다.

재판소는 이것이 투자를 구성한다고 판단했다. 재판소는 계약이 BIT에 의거하는 “자산”이라고 판단하는데 큰 어려움이 없었으며, 이는 “청구”와 “계약에 의거하는 이행”, “사업 면허”와 같이 수많은 조약의 “자산”에 포함된다고 판단하였다.

재판소는 Malicorp가 계약과 관련된 요건을 대부분 이행하지 않았지만, 계약을 준수할

의무가 있었으며 향후 중요한 출자를 해야 할 의무가 있다고 언명하였다. 재판소에 따르면, 투자는 “당사자가 향후 계약상 준수해야 하는 이행을 위해 출자를 하겠다는 약속을 수반한다.” 따라서 재판소는 분쟁이 투자에서 발생한다고 인정하였다.

2.3 GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine 판결(2011)

3인 ICSID 재판소 역시 GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine 사건에서 “투자” 정의 문제를 다루었다. 분쟁은 독일 기업 New Klöckner(원고 GEA Group Aktiengesellschaft [GEA]에 의해 최종 인수됨)와 New Klöckner가 전환용 연료를 제공해야 하는 우크라이나 화학회사 Oriana와 체결된 계약에서 발생하였다. 전환계약이 악화되기 시작하자 연료 125,000톤이 누락되었다. 추후 당사자는 누락된 연료에 대한 청산 및 상환 계약을 체결하고 분쟁은 국제상공회의소(ICC)에서 해결하기로 규정하였다. 분쟁은 결국 ICC에 제기되었으며, ICC는 Oriana가 약 3,000만 달러를 책임져야 한다고 판시하였다. 그러나 우크라이나 법원이 상환계약이 부적절하게 허가되었다고 판시하자 판정을 집행하려는 노력은 무산되었다. 결국 GEA는 2008년 독일-우크라이나 BIT에 의거하여 우크라이나를 상대로 ICSID에 의뢰서를 제출하고 우크라이나가 GEA에 제품 대금을 지급하겠다는 “거듭된 약속”을 준수하지 않았다고 주장했다.

원고는 투자가 ICC 판정과 마찬가지로 연료 전환을 위한 원계약과 후속 청산 및 상환 계약으로 구성된다고 주장했다. 준거 BIT에는 “모든 유형의” 자산이라는 다소 일반적인 광의의 “투자” 정의가 포함되었으며, 비배타적 목록에 일부 범례를 기재하였다.

그러나 재판소는 “투자” 용어에는 BIT에 의거하는 용어의 의미를 평가할 때 “무시해서는 안 되는” 고유의 객관적 의미가 있다는 개념이 일정 부분 입증되었다고 첨언하였다 (UNCITRAL, ICSID, 기타 중재 분쟁을 불문하고). 이러한 별도의 의미는 “투자”가 일정한 시간 동안 연장되고 일정한 위험을 수반하는 출자를 포함해야 한다는 것이었다. 재판

소는 자산이 BIT의 “투자” 목록에 의거하여 열거된 항목에 포함되더라도, “고유의 정의”에서 요구하는 특성이 있을 경우에는 조약이 적용되는 “투자”에 불과하다고 설명했다.

ICSID 재판소는 GEA가 전환계약의 형태에서만 투자 보호를 받는다고 판단하였다. 해당 계약은 적어도 조약에서 구체적으로 언급되는 자산 유형에 속했으며, “객관적”이거나 “고유한” “투자” 정의도 충족시켰다는 것이다. 이에 비해 청산 계약은 “미납 물품의 재고에 불과하고 부채의 차이를 기록한 것”이었으며 상환 계약은 “상환 수단만 확정하였다.” 아울러 재판소는 ICC 판정이 투자로 간주되어야 한다는 주장을 기각하였다. 재판소는 “판정 자체는 관련 경제 활동에 대한 출자를 수반하지 않는다”라고 지적하였다.

2.4 CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela 판결(2010)

CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela 관할권 판결에서 ICSID 재판소는 네덜란드-베네수엘라 BIT에 의거하여 “간접” 투자의 조약 위반 주장에 대한 네덜란드 투자자의 청구를 심리할 관할권이 있다고 판결하였다.

제1원고, CEMEX Caracas Investments B.V.와 전액 출자 자회사 CEMEX Caracas II Investments B.V.는 양사 모두 네덜란드에 설립되었다. CEMEX Caracas II는 베네수엘라에 설립 및 운영되는 시멘트회사 CEMEX Venezuela (CemVen)의 주식을 75.7퍼센트 보유한 케이맨제도 회사 Vencement Investments의 주식을 100퍼센트 보유했다. 따라서 원고는 이들이 간접 보유한 시멘트회사 CemVen이 보상 없이 몰수되었다고 주장했다.

재판소는 간접 소유권을 취급한 Siemens v. Argentina(2007) 사건의 유사한 BIT 해석을

인용하여, 이 사건에서 BIT는 간접투자에도 적용되며 원고는 조약 위반 주장을 이유로 손해배상을 주장할 수 있다고 확인하였다.

2.5 Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine 판결(2010)

ICSID 사건에 속하는 Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine에서 미국회사 2곳은 우크라이나가 원고가 우크라이나 고위 공무원과 협상한 가금류 매매계약에 의거하여 선적인 가금류의 납품 대금을 지불하지 않고 이를 인수하지 않았다고 주장했다.

그러나 재판소는 원고가 체결한 매매계약은 ICSID 협약에 의거하는 “투자”로 간주될 수 없는 순수한 상업적 거래이기 때문에 원고의 주장을 심리할 관할권이 없다고 판단하였다. 재판소는 ICSID 협약은 명시적 정의가 없지만 ICSID 체계 안에서 “객관적”인 투자 정의가 있다고 판시하였다. 재판소는 “특정 물품의 교역이 구매국의 우선정책을 추진하는 것으로 보였다는 사실은 모든 합법적 교역이 창출하는 경제적 편익의 질적 변화를 초래하지 않는다. 아울러 계약 체결 약속을 준수하겠다는 공무원의 약정은 매매계약을 투자로 변환하지 않는다(56호)”라고 지적하였다 따라서 재판소는 Global Trading Resource Corp와 Globex International, Inc가 제기하는 손해배상청구가 어떤 법적 실익도 없는 것이 명백하다고 판정하였다.

재판소는 결론을 도출하는 과정에서, 자사의 상업적 거래가 미국-우크라이나 BIT에 의거하여 투자 자격이 있다는 회사 주장의 전면적 분석을 피하였다. 무엇보다 재판소는 “법률이나 계약으로 부여되는 권리”라고 투자를 정의한 BIT의 조항을 검토하였다. 재판소는 이 조항이 모든 권리가 포함되는 광의로 해석될 수 있으며, 동 재판소는 자체적으로 투자를 구성할 수 있는 권리만 참작할 수 있다고 판시하였다. 재판소는 본 조항을 독

자적으로 평가하는 대신 원고의 “권리”가 ICSID 협약에 의거하여 투자 자격이 있는지 판단하였다. 이는 투자가 아니라고 판단되었기 때문에 재판소는 BIT 조항의 잠재적 의미를 상세히 분석하지 않았다.

2.6 Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine 판결(2010)

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine 사건에서 ICSID 재판소는 키예프의 우크라이나국 영 기업 Hotel Dnipro와 Alpha가 체결한 호텔 재건 실패로 인하여 분쟁을 판결하였다.

여기에서도 BIT는 광의의 자산을 기반으로 하는 “투자” 정의와 적용 자산의 유형에 대해 포괄적이지 않고 예시적인 목록을 사용하였다. 단, “경제 활동”과 관련하여 주최국의 법규에 따라 투자가 이루어졌어야 한다고 명시되었다.

재판소는 투자자가 호텔 리노베이션 프로젝트의 이익이나 수익의 분배를 주장할 권리가 있기 때문에, BIT에서 정의하는 “투자”의 의미 안에서 “금전을 청구할 권리”가 있다고 판시하였다. 아울러 각종 계약에 의거하는 투자자의 권리는 적용 자산의 예시 목록에 구체적으로 포함되지 않았더라도 광의의 “투자” 정의에 의거하여 적용되는 경제적 권리라고 판시되었다. 그러나 재판소는 참가자 일방이 프로젝트에 기여했다고 주장하는 “노하우”는 “그 자체가 경제적이거나 법적 권리의 생성을 초래”하지 않았기 때문에 투자라고 하는 투자자의 주장을 기각하였다.

그런 다음 재판소는 Alpha가 “ICSID 투자”를 했는지 판단하였다. 재판소는 ICSID 법리에 의거하여 “투자”가 있었는지 판단하기 위하여 무엇보다 먼저 ICSID 투자는 주최국의 경제발전에 기여해야 한다고 간주하는 *Salini v. Morocco* (2001) 검정을 고찰하였다.¹⁾

1) 살리니 검정에 의거하여 재판소는 아래의 요소가 존재하는지 확인해야 한다. 1) 경제적 가치가 있는 금전이나 기타 자산의 출자, 2) 특정 지속기한, 3) 위험 요소, 4) 주최국 발전에 대한 기여.

재판소는 계속해서 이러한 특정 기준에 의구심을 표하며 재판소는 투자를 촉진한 투자자의 사업, 경제, 재정, 정책 평가의 사후평가에 개입할 수 있다고 주장했다.

BIT에 의거하여 투자가 존재한다고 판단되는 경우에는 대부분 ICSID 협약에 의거하는 “투자”의 정의에도 부합한다는 것이 중재인의 의견이었다.

BIT 당사국이 특정 유형의 경제 활동을 보호하기로 합의하고, BIT는 해당 활동에 관하여 투자자와 국가 간에 발생하는 분쟁은 ICSID 중재를 통하여 해결할 수 있다고 규정하는 경우에는, 해당 활동이 ICSID 협약의 의미에 속하는 “투자”도 구성한다는 국가의 이해를 반영하는 것으로 BIT를 해석하는 것이 적절하다. [...] 재판소는 국가가 상호 합의하는 투자 정의가 파기되어야 한다고 판시할 만한 설득력 있는 사유가 있어야 한다 (para.315).

재판소는 Alpha가 BIT에 의거하는 “투자” 정의의 의미에 따라 “ICSID 투자”를 이행하였다고 판단하였지만, 제 당사자가 원고의 투자가 살리니(Salini) 기준에 부합하는지 논쟁하는데 상당한 시간을 소요했다는 점을 고려하여 살리니 검정을 적용하였다. 재판소는 살리니 기준에서 BIT 정의가 ICSID 협약의 목적을 위하여 투자로 간주되지 않는 거래에 적용된다는 우려를 조성할 만한 사안은 없다고 판단하였다. 재판소는 Alpha가 투자 정의를 위한 4대 살리니 기준, 즉 충분한 지속기한, 위험의 인수, 재정적 기여나 약정, 우크라이나 개발에 대한 공헌을 충족시켰다고 판단하였다.

2.7 Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador 판결(2011)

Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador 사건은 Perenco가 바하마제도에 설립되고 프랑스 국민이 지배권을 갖는 회사라는 이유를

들어 에콰도르에 프랑스-에콰도르 BIT에 의거하는 ICSID 재판소의 관할권에 반대한다고 판단하였다.

Perenco의 주장에 따르면 기업 소유권 체인이 프랑스인인 고 Hubert Perrodo가 지배하는 Perenco의 최종 모회사를 이끌었다. Perenco는 Perenco International Limited의 주식이고 Perrodo의 상속인에게 귀속되기 때문에 프랑스인의 “간접” 지배를 받는다고 주장하였다. 그러나 Perenco의 국적 문제는 본안 소송절차의 후속 단계로 유예되었다. 클레임을 제기한 것은 프랑스 투자자가 아니라 투자였기 때문에 Perenco는 프랑스인인 비당사 4인의 지배를 받는 방식에 대한 증거를 중재에 인용해야 한다는 것이 재판소의 견해였다. 재판소가 이 사건에서 조약에 기반을 두는 관할권을 판정하는 방식을 살펴보는 것은 흥미로울 것이다.

3.0 “투자자”의 정의

3.1 Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey 판결(2011)

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey에서 Libananco는 ECT 위반을 이유로 터키를 상대로 약 101억 달러에 달하는 클레임을 제기하고 ICSID 재판소에 분쟁을 회부하였다. 그러나 재판소는 원고 회사가 ECT에 의거하는 “투자자”가 아니라는 이유를 들어 현안에 대한 관할권을 거부하였다.

분쟁은 Uzan 가문 구성원에게 귀속되는 전기사업체 CEAS 및 Kepez의 몰수 주장과 관련이 있었다. Uzan 가문은 전 세계 법률 분쟁에 연루된 터키의 부유한 가문으로 상당수는 이들을 상대로 주장되는 사기와 관련이 있다. 키프로스에 등록된 회사 Libananco는 2개 기업의 주식 소유권은 테슬림(teslim)의 3개 주요 행위, 즉 터키법에 의거하는 소유권

의 법적 이전을 통하여 몰수 주장 이전에 자사에 이전되었다고 주장했다. 그러나 Libananco가 이미 취득한 주권과 관련하여 테슬림을 입증할 증거가 부족하다는 것이 재판소의 견해였다. 아울러 재판소는 관할권 단계에서 주권의 소유권에 대해 일단 채택된 증거만 제출하면 된다는 Libananco의 주장을 기각하였다. 따라서 재판소는 Libananco가 몰수 주장 당시 CEAS와 Kepez를 보유했다는 것을 입증하지 못했기 때문에 ECT에 의거하는 “투자자”가 아니라고 판단하였다.

흥미롭게도 유럽인권재판소는 최근 면허 해지 및 주식 상장 폐지에서 나타난 터키의 조치를 이유로 유럽인권협약 위반을 주장하며, CEAS와 Kepez의 소액주주 47인이 제기한 클레임을 기각하였다. 재판소는 터키가 주식 상장을 폐기할 때 국내법을 준수하였으며 주주는 터키의 조치에 반대하기 위하여 국내 수단을 이용하였다고 지적하였다. 이에 따라 재판소는 클레임을 “근거가 박약”하고 “용인할 수 없는 것”으로 기각하였다.

3.2 Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic 판결 (2011)

Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic 사건에서 UNCITRAL 재판소는 원고가 스위스-슬로바키아가 BIT에서 의도하는 “투자자”가 아니라고 판시한 후 슬로바키아를 상대로 제기된 클레임에 대한 관할권을 거부하였다.

Alps Finance는 파산 채무자가 보유한 신용을 매입하기 위하여 슬로바키아 민간기업과 계약을 체결하였다. Alps Finance는 슬로바키아 지방법원에 의하여 신용을 집행하려는 노력이 차단당하자 슬로바키아를 상대로 클레임을 제기하고 슬로바키아가 “투자”를 보호하지 않았다고 주장했다.

그러나 재판소는 원고가 피보호 투자자가 아니라는 점을 이유로 관할권을 거부하였다.

원고는 스위스 원고가 스위스 국내에 “소재지”를 두고 “실제 경제 활동”을 입증해야 하는 “BIT에 의거하여 부과되는 표준을 준수하지 않았다”는 것이 재판소의 견해였다.

원고는 자사가 스위스에 설립되고 세금을 신고한다는 점을 들어 스위스 투자자라고 주장하였다. 그러나 재판소는 원고가 전화번호나 사무실 임대료, 직원과 같이 스위스 국내 “소재지”의 증거를 제출하지 않았다고 판단하였다. 아울러 원고는 스위스 국내에서 “실제 경제 활동”에 종사한 사실을 입증하지 못했다고 한다.

재판소는 원고가 “투자자”가 아니라는 점을 들어 관할권을 거부한 후, 원고의 사업은 “투자”로 인정되지 않는다고 판결하였다. 재판소는 해당 계약은 일회성 매매계약으로 “투자”에 귀속되는 기준에 부합하지 않는다고 판단하였다.

대다수 투자조약에는 주로 설립 원칙에 의존하는 스위스-슬로바키아 공화국 BIT에 포함되는 정의보다 훨씬 광의의 “투자자” 정의가 포함된다. 광의의 정의는 주최국에서 “실제 경제활동이나 소재지”를 갖추지 않고도 BIT 보호에 의지할 수 있는 유명회사의 설립을 허용한다. 이에 따라 투자자는 우편함만 설치한 국가에서는 투자자라고 간주되지 않기 때문에 유명회사의 클레임은 주최국의 허를 찌르는 경우가 많다. 협의로 입안된 조항에 따르면 본국은 실제로 자국의 경제발전에 기여하는 기업을 보호할 수 있다.

4.0 최혜국 대우

작년에 언도된 일련의 판결은 BIT에 포함된 최혜국(MFN: Most-Favoured Nation) 조항의 목적과 범위, 특히 MFN 지위에 따라 투자자가 주최국이 체결한 BIT에서 가장 유리한 조항을 도입할 수 있는가를 판단하였다. 이러한 논쟁은 새롭지 않다. 2000년 Maffezini 사건(MFN 조항을 통하여 다른 BIT에서 절차상의 권리도 도입할 수 있다고 최초로 판시한 판결) 이후, 일련의 사건이 실제적 권리뿐 아니라 절차상 권리에 대해 본쟁점을 취급하였다. 지난 10년간 재판소는 동일한 법률 쟁점에 대해 모순된 결론에 도달하였으며

이러한 반대 의견은 작년에도 지속되었다.

사건은 MFN 조항의 적절한 범위와 투자자가 각종 BIT에서 최적의 조항을 선택할 수 있는 가능성을 둘러싼 논쟁을 계속 자극하고 있다. 일부 국가는 현재 기존의 조약에 규정되는 대우를 개척하거나 다른 조약에 포함되는 절차상 권리가 MFN 조항에 포함되지 않는다는 점을 명확히 하는 조항을 도입하여 이러한 추이에 대응하고 있다.

4.1 Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic 판결(2011)

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic 중재에서 Hans Danelius 및 Charles N. Brower 판사로 구성되는 ICSID 재판소는 이탈리아 투자자인 원고는 이탈리아-아르헨티나 BIT의 MFN 조항을 이용하여 아르헨티나-미국 BIT에서 분쟁해결 규칙을 도입할 수 있다고 다수결로 판시하였다.

아르헨티나-이탈리아 BIT 제3조 (1)은 “각 계약 당사국은 자국의 영토 안에서 계약 당사국 투자자의 투자와 해당 투자와 관련된 소득과 활동, 본 협정이 규제하는 기타 일체의 현안에 대해 제3국이 자국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 않은 대우를 제공해야 한다”라고 규정한다.

다수 의견에서 “대우”는 분쟁해결에 관한 현안을 포괄할 정도로 광의의 의미를 갖는다. 아울러 재판소는 “기타 일체의 현안”으로 범위를 확대하는 MFN 조항의 규정을 특히 중시하였다. MFN 조항이 BIT에서 규제되는 “일체의 현안”이나 “모든 현안”을 언급할 경우에는 분쟁 해결 조항도 포함하는 것으로 간주할 수 있다는 것이 재판소의 견해였다.

Maffezini를 비롯한 후속 사건과 마찬가지로, Impreso 사례는 투자자가 국제중재절차를 제출하기 전에 18개월 동안 국내법원에 분쟁을 제출해야 하는 조항과 관련이 있었다. (전

부는 아니지만) 일부 이전 사건과 마찬가지로 재판소는 다수결로 원고가 이러한 요건을 피하도록 허용하였으며, 이탈리아 투자자들에게는 미국-아르헨티나 BIT의 단축된 대기 기간이 적용되어야 한다고 판결하였다.

그러나 아르헨티나가 재판소에 지명한 Brigitte Stern 교수의 적극적인 반대의견을 주목할 가치가 있다. MFN 조항이 분쟁 해결 조항으로 범위를 확대한다고 구체적으로 규정하지 않는 한, 본 조항은 투자자가 다른 BIT에서 유리한 분쟁 해결 조항을 도입할 수 있다고 해석해서는 안 된다는 것이 교수의 견해였다.

교수는 투자자가 “2개 조약에서 최적의 조항”을 이용할 수 있다고 허용한 다수 의견을 강도 높게 비판하였다. 특히, Impregilo는 미국-아르헨티나 BIT에 의거하여 이른바 조약의 “갈림길” 조항으로 말미암아 국내 소송절차나 국제 중재를 택일해야 했다. 그러나 다수결에 따라 Impregilo는 “갈림길” 조항의 제약을 받지 않고 미국-아르헨티나 BIT의 단축된 대기 기간을 향유할 수 있었다. 따라서 Impregilo는 미국-아르헨티나 BIT에 따라 대기 기간이 단축되고 이탈리아-아르헨티나 BIT에서 허용하는 대로 국내외 클레임을 동시에 추구할 수 있는 “2개 조약의 최적” 혜택을 향유하였다.

따라서 Stern 교수에 따르면 이탈리아-아르헨티나 BIT나 미국-아르헨티나 BIT만 적용되는 투자자에 비해 유리한 지위를 누릴 수 있는 “현존하지 않는 유리한 대우”가 Impregilo에 부여되었다. Stern 교수는 투자자가 관할권 조항 전체가 아니라 관할권 조항에서 유리해 보이는 측면만 도입하고 있다는 사실은 MFN 조항을 시행할 때 “엄선” 정책의 심각한 문제를 초래할 수 있다고 지적하였다.

4.2 RosInvestCo v. Russian Federation 판결(2010)

아울러 분쟁 해결 조항에 적용될 수 있는 MFN 조항의 처리에 대해 RosInvestCo v.

Russian Federation 사건의 SCC 재판소가 언도한 판정은 주목할 가치가 있다. 본 분쟁은 Impregilo 사건과 마찬가지로 투자자가 BIT의 맥락을 무시하고 BIT에서 유리한 조항, 특히 분쟁해결에 관한 투자자의 권리를 축소하거나 한도를 부여할 수 있는 조항을 “엄선”할 수 있는 MFN 조항의 수준을 취급하였다.

RosInvestCo 사건에서, 준거 미-소 BIT는 몰수의 존부를 판단할 권한을 부여하지 않았다는 것이 재판소의 의견이었다. 그럼에도 불구하고 동 사건의 재판소는 2007년 미-소 BIT의 MFN 조항에 따라 RosInvestCo는 덴마크-러시아 BIT의 광의의 분쟁 해결 조항을 도입할 수 있기 때문에 관할권이 있다고 판시하였다.

2010년 9월 본안 판정에서(수 개월 후에야 공개되었다) 재판소는 덴마크-러시아 BIT 분쟁 해결 조항의 한계, 특히 RosInvestCo 사건과 관련이 있는 쟁점이었던 과세 관련 분쟁에 대한 배제도 참작해야 하는지 심의하였다. 러시아는 덴마크-러시아 BIT에는 광의의 투자자-국가 분쟁 해결 조항이 포함되었지만, 해당 조항은 협약의 범위에서 “과세”를 배제한 11조(3)의 예외조항에 의해 제한을 받는다고 주장하였다. 따라서 러시아에 따르면 RosInvestCo의 클레임은 러시아 과세를 토대로 하기 때문에 재판소는 분쟁에 대해 관할권을 보유할 수 없다. 그러나 재판소는 해당 주장을 기각하였다. 영국 투자자가 협정의 과세에서 분리된 덴마크-러시아 BIT의 유리한 분쟁 해결 조항이나 기타 예외조항을 향유하도록 허용함으로써, 재판소는 이론의 여지는 있으나 덴마크-러시아 BIT가 적용되는 덴마크 투자자보다 유리한 대우를 영국 투자자에게 부여하였다.

이에 따라 본 사건은 투자자가 주최국이 체결하는 조약에 포함되는 유리한 조항을 엄선하고 불리한 조항을 무시하여 비현실적인 슈퍼 조약에 의지하도록 허용하는 Impregilo와 유사한 쟁점과 관련이 있다.

4.3 Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia 판결(2011)

마지막으로 Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia 사건에서 UNCITRAL 재판소는 투자자가 러시아-몽골 BIT의 MFN 조항을 이용하여 미국-몽골 및 덴마크-몽골 BIT에서 보호에 무제한 적용되는 공정하고 공평한 대우를 도입할 수 있다고 판시하였다.

5.0 몰수

투자자는 일반적으로 투자 조약 중재에서 몰수 주장에 호소하지만, 지난 12개월간 공개된 사건 가운데 몰수 주장으로 원고가 승소한 사건은 한 건에 불과하다. ICSID 재판소는 호텔 리노베이션 거래에서 합의한 리노베이션에 착수하기 위한 투자자 대금 지급을 중지함으로써 피고는 투자의 경제적 가치를 박탈하였으며 이는 몰수에 해당된다고 판시하였다(Alpha v. Ukraine). 아울러 투자자는 이 사건에서 공정하고 공평한 대우 주장에도 승소하였다.

투자자는 일반적으로 몰수 주장과 함께 공정하고 공평한 대우 위반에 호소한다. 공정하고 공평한 대우에 대해서는 원고가 승소하고 몰수에 대해서는 패소하는 경우는 드물지 않다. 예를 들어 Impregilo v. Argentina뿐 아니라 Total v. Argentina 사건에서 투자자는 몰수 문제에 대해서는 패소하였으나 공정하고 공평한 대우 주장에는 승소하였다.

5.1 Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic 판결(2011)

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic 사건에서, Impregilo는 부에노스아이레스주에 상하수 서비스를 제공하는 30년 면허를 운영하는 컨소시엄인 Aguas del Gran Buenos Aires

(AGBA)의 최대주주였다.

일련의 정부 조치에 따라 주지사는 2006년 면허를 해지하며 AGBA가 면허에 의거하는 계약 의무 다수를 위반하였다고 비난하였다. 그 후 Impregilo는 투자가 몰수당했다고 주장했다.

Danelius 판사와 Stern 교수로 구성된 재판소는 Impregilo의 몰수 주장을 다수결로 기각하였다. 이들에 따르면 면허의 해지는 계약에 따라 수행되었기 때문에 “공공당국이 계약 당사자 자격으로 수행한 행위”였다. 당국이 AGBA가 계약 의무를 이행하지 않았다고 판단한 후에만 면허가 해지되었으며, 이에 따라 이는 직간접적인 몰수 행위로 간주되어서는 안 된다는 것이 이들의 견해였다.

아울러 재판소는 국가가 상하수 서비스를 공유화할 “정치적” 의욕이 있었기 때문에 해지는 몰수로 간주되어야 한다는 Impregilo의 주장도 기각하였다. 아르헨티나는 정치적 목표가 있을 수 있지만, 그렇다고 해지가 반드시 몰수행위로 간주되어서는 안 된다는 것이 이들의 견해였다.

그러나 Brower 판사는 몰수 주장에 대한 다수의견의 논거에 반대하였다. Brower 판사는 중요한 법률문제는 국가의 조치가 투자가치에 미치는 누적 영향이라고 주장했다. Brower 판사는 투자 가치의 전면적 저하를 초래한 정치적 동기가 개입된 주정부의 조치로 말미암아 몰수가 있었다고 판단하였다. 몰수 판결을 확정하는데 도움이 된다면 몰수 의사도 관련이 있다고 덧붙였다.

그러나 재판소는 아르헨티나가 이탈리아-아르헨티나 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 대해 책임이 있다고 만장일치로 판단하였으며 뒷부분에는 이를 논의한다.

5.2 Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia 판결(2011)

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia 사건에서 UNCITRAL 재판소는 원고의 몰수 주장을 기각하였다. 원고의 주장에 따르면 몽골이 온스당 500달러 이상에 판매된 금에 징수한 세율 68퍼센트는 몰수에 해당되었다. 재판소는 불로소득세는 원고의 투자에 과중한 부담을 부과하였으나 원고가 기록한 손실은 투자 “파괴”로 인정되지 않는다고 판시하였다. 따라서 재판소는 몰수 주장을 기각하고 원고는 소유권을 보유하고 투자 관리를 유지했다고 지적하였다. 아울러 재판소는 몽골이 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 의무를 위반했다는 투자자의 주장도 기각하였다.

5.3 Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt 판결(2011)

2011년 Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt 사건에서 ICSID 재판소는 몰수가 국내에서 유효한 계약 해지에서 유래될 수 있는지 심의하였다. 원고 Malicorp는 2000년 국제공항 건설 및 운영을 위해 자사에 부여된 양허 계약은 불법적으로 해지되었기 때문에 투자 몰수에 해당된다고 주장하였다. 그러나 재판소는 양허 계약 해지는 국내법상 적법하다는 판시를 통하여 몰수 주장을 기각하였다. Malicorp에 대한 계약 착오 및 불이행의 근거가 있었기 때문에 이집트는 국내법상 계약을 해지할 유효한 사유가 있었다는 것이 재판소의 견해였다.

5.4 Total S.A. v. The Argentine Republic 판결(2010)

Total S.A. v. The Argentine Republic 사건에서 ICSID 재판소는 투자의 간접 몰수에 대한 Total의 주장을 기각하였다. Total은 아르헨티나 가스 운송과 탄화수소 탐사 및 생산, 발전업에 대규모 투자를 시행하였다. 재판소에 제기된 Total의 주장은 2001~2002 금융위기 도중과 이후 아르헨티나가 제정한 일련의 대책은 투자 몰수 효과가 있기 때문에 미국-아르헨티나 BIT에 의거하는 의무를 위반했다는 것이다. 그러나 재판소는 Total이 “투자를 통제하고 정부는 회사의 일상적 운영을 관리하지 않으며 투자의 전적인 소유권과 통제권은 투자자에게 있다”고 판단하였다. 추후 논의하겠지만, 그럼에도 재판소는 아르헨티나의 특정 조치는 이탈리아-아르헨티나 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 의무를 위반한다고 판시하였다.

5.5 AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary 판결(2010)

AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary 사건은 영국 에너지 회사 AES와 체결하고 헝가리가 민영화 제도에 의거하여 발전 가격 관리를 중지할 경우 적용될 가격 책정 공식을 수립하는 전력 매입 협정(PPA)에 집중되었다. 그러나 헝가리는 2006년과 2007년 공익사업체의 고수익 주장을 반대하는 여론의 질타 이후 관리 가격 제도를 복원하고 가격 부령을 제정하였다. AES는 관리가격의 회복으로 인하여 상당한 수익 손실을 입었다. 가격 부령은 투자에 대한 AES의 소유권이나 통제권을 박탈하지 않았다는 것이 재판소의 견해였기 때문에 AES는 헝가리 정부를 상대로 몰수 주장을 제기하였으나 패소하였다. 재판소는 외국인 투자자에 부정적 영향을 미치는 모든 국가 규정이 몰수에 해당되는 것은 아니라고 판시하였다. 영국 회사는 헝가리 투자에 대한 불공정하고 불공평한 대우 주장에도 실패하였다.

5.6 Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama 판결 (2010)

Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama의 ICSID 사건에서 원고는 파나마가 제3자에게 양도되는 원고의 세금 공제를 허용하지 않은 조치와 관련하여 미국-파나마 BIT에 의거하는 간접 몰수를 주장하였다. 그러나 재판소는 몰수 주장을 기각하고 세금 공제를 양도할 수 있는 “가설적 권리”는 몰수 주장을 정당화하는 재산 소유의 “진정한 속성”이 아니라고 판시하였다. 아울러 투자자는 파나마가 공정하고 공평한 대우 의무를 위반했다는 주장에도 패소하였다.

5.7 Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine 판결(2010)

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine 사건에서 ICSID 재판소는 호텔 리노베이션 계약에 대한 분쟁에서 Alpha Projektholding의 투자가 몰수되었다고 판시하였다.

우크라이나 국영기업 Hotel Dnipro과 합작 활동 협정(JAA)을 다수 체결한 Alpha는 리노베이션에 착수하는 기업에 대금을 지급하기 위하여 Dnipro로부터 매월 대금을 수취할 예정이었다. Dnipro는 재정 여건이 악화되자 2004년 Alpha에 대한 지급을 중단하였다. 그 후 Alpha는 우크라이나를 상대로 오스트리아-우크라이나 BIT에 의거하는 ICSID 중재를 제기하였으며 다수의 조약 의무 위반을 주장하였다.

몰수 주장에 대해 재판소는 우크라이나나 Dnipro는 2004년 지급이 중지된 후 지급을 재개하거나 JAA에 대한 지분을 Alpha에 지급하겠다는 의향을 적시하지 않았다고 판단하였다. 재판소는 증거를 고려하여 우크라이나가 투자의 경제적 가치를 실질적이고 영구히 박탈함으로써 제반 협정에 의거하는 Alpha의 권리를 몰수하였다고 판단했다. 아울러 우크라이나는 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 의무를 위반했다고 판시되었다.

5.8 RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation 판결 (2010)

2010년 RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation 사건에서 SCC 재판소는 러시아 연방이 RosInvestCo의 재산을 불법적으로 몰수하였다고 판시하였다. RosInvestCo는 러시아 과세와 벌금, 단속 조치는 재산을 몰수하여 이에 준용되는 영국-소련 BIT를 위반하였다고 주장했다.

본안 사건에서 러시아는 제반 대책이 정당한 단속 및 과세 권한의 행사이기 때문에 몰수가 아니라는 근거로 클레임에 항변하였다. 아울러 러시아는 정부의 조치는 투자자에게 실질적이거나 영구적인 손실을 초래하지 않았으며 정당한 기대를 방해하지 않았다고 주장하였다.

RosInvestCo는 이에 대해 분쟁의 중심에서 과세 주장을 제거할 수 있도록 클레임의 입안을 꺾었다. RosInvestCo는 과세액이 몰수를 위한 구실로 그 자체가 RosInvestCo의 재산을 몰수한 것은 아니라고 주장하였다. 원고에 따르면 재산은 과세액 추심을 위해 열린 경매를 통하여 몰수되었다.

재판소는 책임을 평가할 때 “과세에 의한 몰수”가 있었는가가 아니라 과세 조치 및 그로 인한 경매의 “누적 결합”이 RosInvestCo의 재산을 몰수했는가를 심의하였다. 재판소는 결국 “제반 정황의 전체성”은 RosInvestCo의 재산이 러시아에 의해 불법적으로 몰수되었다는 결론을 도출한다고 판단하였다.

6.0 공정하고 공평한 대우

전년도 투자 분쟁은 BIT에 포함된 공정하고 공평한 대우 기준에 부여되는 광의의 해석 경향을 적시한다. 한 재판소는 공정하고 공평한 대우 의무에서 파생되는 광범위한 원칙 목록을 인용하였다. “투명성, 선의, 자의적이거나 불공정하거나 부당하거나 특이하거나 차별적일 수 없는 행위, 정당한 과정이나 절차상의 적절성과 합리적이고 정당한 투자자 기대의 존중 결여(Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia).”

다수의 사건은 정부와 투자자 간에 체결되는 계약에 관한 클레임이 수반되었다. 이에 대해서는 명확한 추세를 확인할 수 없다. 일부 중재인은 주권 행위와 계약적 성격의 행위를 구분하는 것으로 보이지만, 모호한 접근방식을 택하는 것으로 보이는 중재인도 있다 (Impregilo v. Argentina의 다수 의견과 반대 의견 참조). 예를 들어, 한 사건에서 재판소는 계약에서 법률을 제정할 국가의 주권을 제한하는 “안정화 조항”이 부재할 경우, 투자자는 가격 제도가 변경된다는 정당한 기대를 할 수 없다고 단언하였다(AES v. Hungary). 다른 사건에서 재판소는 정당한 기대의 훼손에 대한 투자자의 정밀한 표현 없이 투자자는 피고가 계약상 의무를 이행한다는 정당한 기대를 했다고 지적하였다. 따라서 피고는 불이행에 대해 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 기준을 위반했다고 판시되었다 (Alpha v. Ukraine).

마지막으로 한 재판소는 입찰과정에 이를 적용하여 공정하고 공평한 대우 기준에 대해 특히 광의의 해석을 채택하였다(Lemire v. Ukraine).

6.1 Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic 판결(2011)

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic 사건에서 ICSID 재판소는 Impregilo의 투자에 대한 아르헨티나의 조치는 이탈리아-아르헨티나 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 기준에 위배된다고 판시하였다.²⁾

Impregilo는 부에노스아이레스 주에 상하수 서비스를 제공하는 30년 면허를 운영하는 컨소시엄인 Aguas del Gran Buenos Aires (AGBA)의 최대주주였다. 면허가 서비스와 확충 목표를 달성하기 위하여 노력하고 있는 와중에서 주 정부 당국의 특정 조치로 문제가 악화되었다. 아르헨티나 금융위기는 면허의 재정적 어려움을 악화시키는 영향을 미쳤다.

Impregilo 고소의 근거는 AGBA 사용자 데이터베이스를 업데이트하지 않은 아르헨티나의 불이행과 면허 지역에 속하는 하수처리장 3곳의 건설 불이행, 기금 확보에 대한 지원 부재, 양허 계약의 해지였다.

Danelius 판사와 Stern 교수로 구성되는 다수 의견은 주당국의 상기 조치는 계약적 성격을 취하며 아르헨티나가 BIT 위반에 책임을 져야하는 국가의 주권 행위가 아니라고 판단하였다.

그러나 Brower 판사는 다수 의견에 반대하고 아르헨티나의 조치는 단순히 계약적 성격의 조치가 아니라 정치적 동기에 의한 것이라고 판단하였다. 따라서 판사에 따르면, 아르헨티나는 공정하고 공평한 대우를 제공할 조약 의무를 위반하였다.

2) 이탈리아-아르헨티나 BIT 제2조제2항에 따라 투자는 항상 공정하고 공평한 대우를 받아야 한다. 아울러 국가는 자의적이거나 차별적인 대책을 통하여 외국 투자자가 자국 영토에서 단행하는 투자의 관리나 유지, 향유, 변혁, 중지, 처분을 훼손하지 않는다고 덧붙였다.

그러나 중재인 3인은 이전 10년간 금융위기에 대한 아르헨티나의 대응, 특히 면허의 합리적 평형을 복원하지 못한 불이행은 Impregilo 투자에 공정하고 공평한 대우를 부여해야 할 의무 위반을 구성한다고 만장일치로 합의하였다. 중재인단은 금융위기에 대한 아르헨티나의 긴급 대응은 위기가 진화된 후에도 오랫동안 지속되었다고 합의하였다. 따라서 재판소는 아르헨티나가 공정하고 공평한 대우를 제공할 의무를 위반하였다고 판시하고 “필요성”의 항변 주장을 불허하였다.

흥미롭게도 아르헨티나가 투자에 전면적인 보호와 보안을 제공하지 않았다는 Impregilo의 주장에 대해 재판소는 투자에 공정하고 공평한 대우를 제공하지 않았을 경우 전면적인 보호와 보안도 확보되지 않았는지 검토하지 않아도 된다고 판단하였다.

6.2 Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia 판결(2011)

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia 사건에서 UNCITRAL 재판소는 금 매출에 징수된 몽골의 불로소득세는 러시아-몽골 BIT의 요건에 의거하여 공정하고 공평한 대우를 제공해야 할 의무를 위반했다는 투자자의 주장을 기각하였다.

불로소득세는 세법을 제정할 정부의 주권에 속하며 “과도함”에도 불구하고 BIT 위반을 구성하지 않는다는 것이 재판소의 견해였다. 재판소는 “이는 현명한 경제정책이 아니라고 주장하겠지만, 특히 국가가 적극적으로 주권을 보호하는 과세 분야에서 BIT 위반을 구성한다는 것을 의미하는 것은 아니다”라고 언명하였다.

사건의 다른 측면은 원고가 몽골의 중앙은행, MongolBank와의 협정을 통하여 불로소득세 납부의 지연을 시도하는 것으로 취급하였다. 그 후 원고는 은행의 조기 금 수출 및 판매는 계약을 위반하였다고 고발하였다. 재판소는 국가가 은행의 조치에 대해 책임이 있

다고 간주될 수 있다고 판시한 후, 원고는 MongolBank에 예치한 금의 소유권이 “조기에 어떤 권리도 없이” 박탈당했으며 이는 BIT의 공정하고 공평한 대우 조항에 위배된다고 판단하였다.

뿐만 아니라 공정하고 공평한 대우의 정의를 정당한 기대와 차별금지의 보호로 제한하는 것은 부당하다고 판단되었다. 재판소는 “투명성, 선의, 자의적이거나 불공정하거나 부당하거나 특이하거나 차별적일 수 없는 행위, 정당한 과정이나 절차상의 적절성과 합리적이고 정당한 투자자 기대의 존중 결여” 등의 원칙을 비롯하여 본 조약 의무에서 파생되는 다양한 원칙 목록을 인용하였다.

6.3 Total S.A. v. The Argentine Republic 판결(2010)

Total S.A. v. The Argentine Republic 사건에서 ICSID 재판소는 공정하고 공평한 대우 문제도 논의하였다. 아르헨티나 가스 수송과 탄화수소 탐사 및 생산, 발전업계에 대규모 투자를 단행한 Total은 2001~2002년 금융위기 도중과 이후 아르헨티나가 제정한 일련의 조치는 미국-아르헨티나 BIT에 의거하는 의무를 위반했다고 주장했다.

재판소는 아르헨티나의 특정 조치가 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 의무를 위반하였으나 위반 조치는 다르다고 최종 판시하였다.

Giorgio Sacerdoti 교수와 Luis Herrera Marcano 박사로 구성된 다수의견은 금융위기가 최고조에 달할 당시 아르헨티나가 취한 조치는 “예외적이고 재앙적인 성격으로 인정된 경제 비상 상황에 성실히 처해 있었다”라고 판단하였다(para. 163). 안정화 조항이 부재할 경우 일반법에 단행된 변화는 “주최국 정부 권한의 정당한 행사”였다는 것이 이들의 견해였다. 이에 따라 다수의견은 아르헨티나의 조치가 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 의무를 위반했다고 판단하지 않았다.

흥미롭게도 이러한 다수의견은 아르헨티나가 2001~2002년 금융위기 중 채택한 대책에 대해 미국-아르헨티나 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 기준을 위반하였다고 판시되었던 CMS v. Argentina (2005)에 대한 조기 판결에서 크게 벗어났다는 점이다.

원고의 지명자 Henri Alvarez는 아르헨티나의 조치는 금융위기 중이라고 하더라도 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 의무를 위반했다고 주장했다.

그러나 재판소는 아르헨티나 가스부문 관세의 지속적 동결과 같이 금융위기가 정점을 지난 후 아르헨티나가 채택한 조치는 공정하고 공평한 대우 의무에 저촉된다고 만장일치로 판단하였다. 재판소는 아르헨티나의 지속적 관세 재조정 부족은 관세 평형 재확립을 위한 재협상을 규정하고 있는 아르헨티나법의 원칙에 저촉되기 때문에 공정하고 공평한 대우 기준 위반을 구성한다고 지적하였다.

6.4 AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary 판결(2010)

AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary 사건에서 AES는 ECT에 의거하여 ICSID 중재를 제기하였으며 헝가리는 공정하고 공평한 대우를 제공할 의무를 위반한다고 주장했다.

회사는 헝가리와 체결한 PPA가 관리 가격 제도가 재도입되지 않는다는 정당한 기대를 조성하였다고 주장했다. 그러나 PPA는 법률을 제정할 헝가리의 주권을 제한할 “안정화 조항”이 포함되지 않았기 때문에 AES는 정당한 기대를 할 수 없다는 것이 재판소의 견해였다. 따라서 관리 가격 제도를 복원하고 가격 부령을 제정한 헝가리의 조치는 유효하고 합리적이며 타당한 규제 권한의 행사로 ECT를 위반하지 않는다고 판시되었다.

재판소는 전면적 보호 및 보안 기준은 합리적 공공 정책을 토대로 하는 국가 규제에 반하는 투자자 보호 수준까지 상승되지 않는다고 덧붙였다.

6.5 Joseph Charles Lemire v. Ukraine 판결(2011)

Joseph Charles Lemire v. Ukraine 사건에서 ICSID 재판소는 우크라이나가 미국-우크라이나 BIT에 포함되는 공정하고 공평한 대우 의무를 위반했다고 판단하였다.³⁾ 미국 국적의 Lemire씨는 정부가 민간 부문에 문호를 개방한 후 우크라이나 라디오 방송업에 투자하였다. Lemire씨의 회사는 사업에 필요한 무선주파수를 일부 취득하였으나, Lemire씨는 1998년부터 2008년까지 정부는 추가 주파수에 대한 입찰을 부적절하게 반복적으로 거부하고 다른 회사에 방송 허가를 부여함으로써 전국 무선망을 다수 개발한다는 계획을 방해했다고 주장하였다.

우크라이나는 Lemire씨의 회사가 신청에 성공하는데 필요한 자원과 능력이 부족하기 때문에 입찰 과정을 담당하는 국가 기관이 타 신청인에게 주파수를 부여한 것은 정당하다고 주장했다. 그러나 재판소 다수의견은 관할권과 책임에 관한 2010년 1월 판결에서 입찰 과정이 불규칙하고 자의적이며 차별적이었으며 공정하고 공평한 대우 의무의 위반에 해당되었다고 판단했다. 재판소는 2011년 3월 발행된 판정에서 2010년 판결 이후 미결로 남아 있었던 손해 문제를 다루었으며, Jürgen Voss 박사가 제출한 판정에 대한 반대의견에 대응하여 관할권과 책임 문제도 재검토하였다.

반대의견은 다수의견이 적용한 공정하고 공평한 대우 기준은 지나치게 광의의 기준으로, 특히 입찰과정의 재검토에 적용할 때 주최국에 피해를 입힌다고 비판하였다. 다수의견이 해석한 공정하고 공평한 대우 기준은 투자 조약 보호의 범위를 위험하게 확대하

3) 전문은 “안정적인 투자 구조와 경제자원의 효과적인 활용 극대화를 유지하기 위해서는 투자의 공정하고 공평한 대우가 바람직하다는 점에 합의하여”라고 규정하고 있다.

여 국가가 공공 입찰에 실패한 외국인에게 손해배상을 지급해야 한다는 것이 Voss 박사의 의견이었다. 그러나 다수의견은 Voss 박사가 주장하는 대로 지나치게 광의의 방식으로 기준을 적용하지 않았다고 반박하였다. 다수의견은 계속해서 공정하고 공평한 대우 의무는 국가 당국의 행위가 준거 입찰 규칙의 “노골적인 무시”가 될 경우 보상을 제공해야 한다는 입장을 천명하였다.

6.6 Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama 판결 (2010)

2010년 11월 Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama 사건에서 ICSID 재판소는 파나마 발전소에 대한 미국 투자자 컨소시엄인 Nations Energy Inc., Jaime Jurado, Electric Machinery Enterprises, Inc의 주장을 모두 기각하였다. 미국-파나마 BIT에 의거하여 원고는 제3자에 대한 세금 공제의 양도 불허에 대해 불공정하고 불공평한 대우를 인용하였다.

그러나 재판소는 불공정하고 불공평한 대우 주장을 기각하고 BIT는 몰수 주장과 같이 협의의 상황에서만 “과세 현안”에 대한 클레임을 허용한다고 지적하였다.⁴⁾ 재판소는 조세 정책은 공정하고 공평한 대우 클레임의 매개변수를 벗어난다고 판단하였다.

José María Chillón Medina 박사는 반대의견에서 공정하고 공평한 대우에 관한 BIT 조항은 과세를 수반하는 분야에서도 구체적인 공정성 기준을 위한 요건이라고 간주하였다.

4) 미국-파나마 BIT 제11조

1. 각 당사국은 조세정책에 대해 상대국의 국민 및 기업의 투자 대우에 있어서 공정성과 형평성을 부여하기 위해 노력해야 한다.
2. 그럼에도 불구하고 본 조약은 아래의 경우에 대해서만 과세 현안에 적용된다.
 - (a) 제4조에 의거하는 몰수
 - (b) 제6조에 의거하는 양도
 - (c) 제7조 (1)(a) 또는 (b)에 언급되는 투자협정이나 허가 요건의 준수와 단속

박사는 그렇지 않을 경우 투자를 보호한다는 조약의 대의는 언제든지 무의미해질 수 있다고 주장하였다.

6.7 Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine 판결(2010)

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine 사건에서 Alpha는 호텔 건물의 재건을 위하여 키예프에 소재하는 우크라이나 국영기업 Hotel Dnipro와 다수의 JAA를 체결하였다. Alpha는 제반 협정에 의거하여 리노베이션에 착수할 회사 Pakova에 대금을 지불하기 위하여 은행 대출을 받고 Dnipro로부터 최소 월 지급액을 수취해야 했다.⁵⁾

그러나 Dnipro의 재정이 악화되고 내무부에 경영권이 이전됨에 따라 Alpha는 JAA에 의거하는 대금을 수취할 수 없었다. 오스트리아와 우크라이나 정부의 협이가 결렬된 후 Alpha는 오스트리아-우크라이나 BIT에 의거하여 우크라이나를 상대로 ICSID 중재를 제기하였다. Alpha는 Dnipro와 우크라이나 정부의 지급 중지를 비롯한 기타 조치는 공정하고 공평한 대우를 비롯하여 각종 BIT 조항의 위반에 해당된다고 주장하였다.

재판소는 우크라이나가 Dnipro에 Alpha에 대한 지급 중지를 명령하였으며 Dnipro의 지속적인 계약상 의무 불이행에 대해 책임이 있다고 판시하였다. 재판소는 Alpha가 우크라이나에 의해 훼손된 정당한 기대를 정확하게 표현하지 않았다는 점에 대해서는 우크라이나와 일치했지만, Alpha는 우크라이나가 JAA를 방해하지 않는다는 정당한 기대가 있다고 판단하였다. 따라서 재판소에 따르면 우크라이나와 내무부는 사실상 JAA를 무효화하고, 계속해서 BIT에 의거하는 공정하고 공평한 대우 기준을 위반함으로써 이러한 기대를 좌절시켰다.

5) 오스트리아-우크라이나 BIT 2조는 관련 절에서 “각 계약당사국은 자국의 영토 안에서 가급적 상대 계약국 투자자의 투자를 촉진하고 자국의 법률에 따라 해당 투자를 인정하고 해당 투자에 공정하고 공평한 대우를 부여해야 한다”라고 규정하고 있다.

7.0 해외투자법률에 의거하는 분쟁 해결

베네수엘라를 상대로 제기된 최근은 사건 2건에서 재판소는 베네수엘라의 「투자진흥보호법」에 의거하여 투자자의 클레임을 심리할 관할권이 있는지 판단하였다. 두 사건 모두 재판소는 법률에 규정된 분쟁해결 조항의 모호한 문구를 감안하여 관할권을 기각하였다. 일부 국가는 중재에 관한 조항이 포함되고 정부를 상대로 국제중재절차를 제기할 가능성을 해외 투자자에게 제공하는 경우도 있는 투자법을 시행하고 있다.

7.1 CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela 판결 (2010)

CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela 관할권 판결에서 재판소는 원고가 지정한 대로 베네수엘라 「투자진흥보호법」(Investment Promotion and Protection Law) 제22조에 의거하여 현안에 대한 관할권을 기각하였다.

베네수엘라 「투자진흥보호법」 제22조는 아래와 같다.

원산지가 베네수엘라에 유효한 투자 진흥 및 보호를 위한 조약이나 협정을 체결하는 국제 투자자 간에 발생하는 분쟁이나 국제투자보증기구(MIGA: Multilateral Investment Guarantee Agency) 정관 조항이나 국가와 타국 국민 간에 발생하는 투자분쟁 해결 협약(ICSID)이 적용되는 분쟁은 해당 베네수엘라 현행법에 규정되는 소송제도 이용 가능성을 훼손하지 않고 각 조약이나 협정에 규정되는 요건에 의거하여 국제중재에 회부해야 한다.

CEMEX는 이에 덧붙여 ICSID 재판소는 네덜란드-베네수엘라 BIT에 대해 베네수엘라 법령에 의거하여 사건을 심리할 관할권도 있다고 주장하였다. 이들은 베네수엘라 「투자진흥보호법」 제22조가 해외 투자자의 국제중재에 대한 사전 동의를 규정한다고 주

장하였다. 그러나 베네수엘라는 두 가지 근거를 들어 관할권에 반대하였다. 재판소는 베네수엘라의 「투자진흥보호법」은 ICSID 관할권에 대한 동의가 포함되지 않는다고 판단하였다. 법령 초안 작성자가 ICSID 관할권에 사전 동의를 제공하고 싶었다면 보다 명확히 이를 제공할 수 있었다는 것이 재판소의 견해였다.

7.2 Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela 판결(2011)

최근 Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela 사건에서 ICSID 재판소는 1999년 베네수엘라 「투자진흥보호법」에 의거하여 Brandes가 제기한 클레임의 관할권을 거부하였다. 미국 투자자문사 Brandes는 베네수엘라가 몰수했다고 주장되는 통신회사 투자에 대한 보상을 주장하였다. Mobil v. Venezuela(2010) 및 CEMEX v. Venezuela(2010) 사건에서 채택된 접근방식 이후, 본 사건 재판소는 ICSID 관할권에 대한 베네수엘라의 동의가 포함되지 않는다고 규정하는 베네수엘라 「투자진흥보호법」 제22조에 의거하여 관할권도 거부하였다.

*Recent Developments in
International Investment Disputes:
Investment treaty cases from
September 2010 to October 2011*

Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Vyoma Jha

October 2011

International Institute for Sustainable Development

The International Institute for Sustainable Development (IISD) contributes to sustainable development by advancing policy recommendations on international trade and investment, economic policy, climate change and energy, and management of natural and social capital, as well as the enabling role of communication technologies in these areas. We report on international negotiations and disseminate knowledge gained through collaborative projects, resulting in more rigorous research, capacity building in developing countries, better networks spanning the North and the South, and better global connections among researchers, practitioners, citizens and policy-makers.

IISD's vision is better living for all—sustainably; its mission is to champion innovation, enabling societies to live sustainably. IISD is registered as a charitable organization in Canada and has 501(c)(3) status in the United States. IISD receives core operating support from the Government of Canada, provided through the Canadian International Development Agency (CIDA), the International Development Research Centre (IDRC), and from the Province of Manitoba. The Institute receives project funding from numerous governments inside and outside Canada, United Nations agencies, foundations and the private sector.

Head Office

161 Portage Avenue East, 6th Floor, Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4
Tel: +1 (204) 958-7700 | Fax: +1 (204) 958-7710 | Web site: www.iisd.org

Recent Developments in International Investment Disputes: Investment treaty cases from September 2010 to October 2011

October 2011

Written by Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Vyoma Jha



IISD REPORT OCTOBER 2011

Recent Developments in International Investment Disputes:
Investment treaty cases from September 2010 to October 2011

Table of Contents

1.0 Introduction	1
2.0 Definition of “Investment”	2
2.1 <i>Abaclat and others v. Argentine Republic (2011)</i>	2
2.2 <i>Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt (2011)</i>	3
2.3 <i>GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine (2011)</i>	4
2.4 <i>CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (2010)</i>	4
2.5 <i>Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine (2010)</i>	5
2.6 <i>Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (2010)</i>	5
2.7 <i>Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (2011)</i>	6
3.0 Definition of “Investor”	7
3.1 <i>Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (2011)</i>	7
3.2 <i>Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic (2011)</i>	7
4.0 Most-Favoured Nation Treatment	9
4.1 <i>Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (2011)</i>	9
4.2 <i>RosInvestCo v. Russian Federation (2010)</i>	10
4.3 <i>Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (2011)</i>	10
5.0 Expropriation	11
5.1 <i>Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (2011)</i>	11
5.2 <i>Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (2011)</i>	12
5.3 <i>Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt (2011)</i>	12
5.4 <i>Total S.A. v. The Argentine Republic (2010)</i>	12
5.5 <i>AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary (2010)</i>	12
5.6 <i>Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama (2010)</i>	13
5.7 <i>Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (2010)</i>	13
5.8 <i>RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation (2010)</i>	13

6.0 Fair and Equitable Treatment.....	14
6.1 <i>Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (2011)</i>	14
6.2 <i>Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (2011)</i>	15
6.3 <i>Total S.A. v. The Argentine Republic (2010)</i>	15
6.4 <i>AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erözü Kft. v. Republic of Hungary (2010)</i>	16
6.5 <i>Joseph Charles Lemire v. Ukraine (2011)</i>	16
6.6 <i>Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama (2010)</i>	17
6.7 <i>Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (2010)</i>	17
7.0 Dispute Resolution Under Foreign Investment Laws.....	19
7.1 <i>CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (2010)</i>	19
7.2 <i>Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela (2011)</i>	19
8.0 References.....	20

Acronyms

AGBA	Aguas del Gran Buenos Aires
BIT	Bilateral Investment Treaty
CEMVEN	CEMEX Venezuela
ECT	Energy Charter Treaty
GEA	GEA Group Aktiengesellschaft
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
JAA	joint-activity agreements
MFN	most-favoured nation
PPA	Power Purchase Agreement
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

1.0 Introduction

This note highlights relevant developments in international investment disputes from September 2010 to October 2011. In essence, it attempts to outline some of the wider policy implications of the arbitral awards in this time period.

While this note does not detail every international investment dispute or issue addressed in decisions issued in this time period, it provides an account of the following substantive issues that arose in some of the various awards on jurisdiction and liability: definitions of “investment” and “investor”; most-favoured nation treatment; expropriation; fair and equitable treatment; and dispute resolution under foreign investment laws.

In total, we analyze 17 awards: 14 decisions by International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) tribunals, two by United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) tribunals and one by a Stockholm Chamber of Commerce (SCC) tribunal. While most of the disputes arose from bilateral investment treaties (BITs), two cases arose under the Energy Charter Treaty (ECT) (*AES v. Hungary* and *Libananco v. Turkey*).

There were six decisions just on jurisdiction; of these, jurisdiction was rejected in three cases and upheld in the other three. Interestingly, in one of those decisions, while the tribunal accepted jurisdiction to hear the contract claims of the claimant, it deferred the question of whether it had competence over the treaty claims to a later stage (*Perenco v. Ecuador*).

Of the remaining 11 decisions, the award was in favour of the state in five cases and in favour of the investor in other six. Of the six decisions on liability in favour of the investor, the tribunal awarded damages to the investor in all but one case, where it deferred the question of damages to a separate quantum phase of the proceedings (*Total v. Argentina*).

What follows is a closer look at the various substantive issues that arose in the international investment disputes in the period September 2010 to October 2011.

2.0 Definition of “Investment”

The definition of “investment” is a perennially contentious issue, and one that continued to prove controversial over the last year. In a particularly notable decision, for example, a tribunal granted jurisdiction to tens of thousands of holders of Argentinian bonds, having deemed that sovereign debt instruments constituted a protected investment under the Italy-Argentina Bilateral Investment Treaty (BIT) and the ICSID Convention (*Abaclat v. Argentina*). However, the dissent of Professor Georges Abi-Saab (not yet public), as well as the ensuing debate among academics and practitioners, indicates that some believe that the majority tribunal took an overly broad view of the term “investment,” one that goes beyond what states intended.

Several other decisions over the last year considered whether, and in which situations, contracts can qualify as investments. One case, for instance, concerned a contract that had been terminated by the Egyptian government, on the grounds that the investor had not performed its obligations (*Malicorp v. Egypt*). The tribunal, however, found that the commitments in the contract were enough to qualify as an investment—even if they were largely unfulfilled. Another tribunal looked at a purchase contract signed by the Ukrainian government and concluded that it was merely a commercial contract, and did not constitute an investment (*Global Trading v. Ukraine*). Another tribunal found that an agreement under which the investor was to provide oil to another company for conversion constituted an investment. Yet, in the same decision, the tribunal concluded that an arbitral award from a different arbitration could not be considered an investment (*GEA v. Ukraine*). Finally, several decisions confirmed the approach taken in earlier cases that indirect investments also qualify as protected investment under investment treaties.

The debate over the definition of “investment” has an added layer of complexity in cases decided under the ICSID Convention. The challenge in these cases arises from the fact that a dispute must be related to an “investment” in the eyes of the ICSID Convention and the relevant investment treaty; yet, the ICSID Convention is famously silent on the matter of defining the term “investment.” Tribunals have taken widely divergent approaches to solving this dilemma. For example, one tribunal was of the view that the ICSID Convention and BIT criteria set forth two different, yet essentially “complementary,” tests (*Malicorp v. Egypt*). Another tribunal found that it is “appropriate to interpret the BIT as reflecting the state’s understanding that the activity constitutes an ‘investment’ within the meaning of the ICSID Convention” (*Alpha Projektholding v. Ukraine*).

Tribunals’ interpretations of the term “investment” in these cases were based fundamentally on the language used in the governing treaties. That language, however, tends to be broad. Case developments confirm that the notion of “investment” continues to leave much room to arbitrators to adopt very different interpretative approaches. The cases also confirm that tribunals are unwilling to impose limits on the definition of the term that are not expressly stated in the treaty. Direction could be provided by states through clearer drafting or, in the case of existing treaties, through amendments or joint or unilateral interpretations.

2.1 *Abaclat and others v. Argentine Republic (2011)*

In the August 2011 decision of *Abaclat and others v. Argentine Republic*, the majority of an ICSID tribunal, comprising of Pierre Tercier and Jan van den Berg, concluded that it had jurisdiction under the Italy-Argentina BIT to hear the mass claims brought by nearly 60,000 Italian nationals against Argentina. Meanwhile, the dissent of Professor Abi-Saab has not been made public yet.

The claimants, who held “security entitlements” in various Argentinian sovereign bonds, alleged that Argentina’s default and its sovereign debt restructuring were in breach of Argentina’s obligations under the BIT. The “security entitlements” were the alleged “investments” harmed as a result of those breaches.

The Italy-Argentina BIT defined an “investment” to be “any conferment or asset invested or reinvested” by an investor of the home country in the territory of the host country in compliance with the host country’s laws and regulations. It then provided an illustrative list of assets that were covered.

Argentina contended that the “security entitlements” were not investments because they were not “made within the territory of Argentina.” Argentina argued that, among the defects relating to that requirement, the security entitlements did not cause any transfer of money into Argentina, and were located outside of Argentina.

In its decision, the majority took note of the broad view of “investments” given in the treaty, and determined that the bonds at issue were “obligations” or “securities” explicitly covered by the agreement. It further determined that the security entitlements in the bonds were also “securities” listed as a form of covered “investment.”

With respect to Argentina’s argument regarding the location of the investment, the tribunal determined that the security entitlements and the bonds were part of the same economic instrument, and that that instrument was designed to generate funds ultimately made available to Argentina to “finance its economic development.” As such, the majority concluded, the bonds and security entitlements constituted an “investment” in Argentina.

The majority also noted that the large number of claimants did not constitute an impediment to their admissibility. In their view, “the silence of the ICSID framework regarding collective proceedings is to be interpreted as a ‘gap’ and not as a ‘qualified silence.’”

2.2 *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt (2011)*

In the 2011 decision in *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, an ICSID tribunal had to determine whether it was a dispute about a protected investment or a purely contractual action. Malicorp, the claimant, had signed a concession contract in 2000 to build and operate an international airport. However, Malicorp had taken almost none of the legal, financial and technical steps required to launch the project, nor had it incorporated the local company that was meant to become the concessionaire. As a consequence, the government terminated the concession contract in 2001. Malicorp alleged that its investment had been expropriated. The tribunal was faced with the question of whether the contract alone was sufficient to qualify as an investment under the ICSID Convention (which does not define the term “investment”) and the BIT (which defined “investment” as “every kind of asset” with an illustrative list of examples including “claims,” “performance under a contract” and “business concessions conferred by law or under contract”).

The tribunal concluded that this *did* constitute an investment. It had little difficulty determining that the contract was an “asset” under the BIT, viewing that it fell within a number of the examples of “assets” the treaty listed, such as a “claim,” “performance under a contract” and a “business concession.”

The tribunal stated that even though Malicorp had not performed many of the requirements in connection with the contract, it was still bound by the contract and under an obligation to make major contributions in the future. An investment, according to the tribunal, “entails the promise to make contributions in the future for the performance of which that party is henceforth contractually bound.” Thus, the tribunal accepted that the dispute arose out of an investment.

2.3 *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine (2011)*

A three-member ICSID tribunal in the case of *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, also dealt with the question of defining “investment.” The dispute arose out of an agreement between a German firm, New Klöckner (which was ultimately acquired by the claimant GEA Group Aktiengesellschaft [GEA]) and a Ukrainian chemical company, Oriana, wherein New Klöckner was to provide fuel to Oriana for conversion. Once the conversion agreement began to deteriorate, however, 125,000 tons of fuel went missing. The parties subsequently entered into a settlement and repayment agreement for the missing fuel, which stipulated that disputes would be settled at the International Chamber of Commerce (ICC). A dispute was eventually lodged with the ICC, which found Oriana liable for some US\$30 million. However, efforts to enforce the award failed when Ukrainian courts determined that the repayment agreement had been improperly authorized. Ultimately, in 2008, GEA filed a request against Ukraine with ICSID under the German-Ukraine BIT, claiming that Ukraine failed to honor its “repeated promises” to ensure that GEA was paid for its products.

The claimant argued that its investment consisted of the original agreement to convert fuel, the subsequent settlement and repayment agreement, as well the ICC award. The governing BIT contained the rather common broad definition of an “investment” as “any kind” of asset, and listed several examples in a non-exclusive list.

The tribunal added, however, that there was at least some support for the notion that the term “investment” has a separate inherent and objective meaning that “cannot be ignored” when evaluating the meaning of the term under a BIT (irrespective of whether the dispute is an UNCITRAL, ICSID, or other arbitration). That separate meaning was that an “investment” must entail a contribution that extends over a certain time and that involves some risk. The tribunal explained that, even if an asset fell within the enumerated items under a BIT’s list of “investments,” it would only be an “investment” covered by the treaty if it had those characteristics required by the “inherent definition.”

The ICSID tribunal concluded that GEA had a protected investment only in the form of a conversion agreement. That agreement, it determined, fell within at least one of the types of assets specifically referenced in the treaty, and also satisfied the “objective” or “inherent” definition of an “investment.” In contrast, the settlement agreement was “merely an inventory of undelivered goods and recorded the difference as a debt” and the repayment agreement “merely established a means for repayment.” The tribunal also rejected the argument that the ICC award should be viewed as an investment. It noted that the “award itself involves no contribution to, or relevant economic activity.”

2.4 *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (2010)*

In the Jurisdictional Decision of *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, an ICSID tribunal ruled that it had jurisdiction under the Netherlands-Venezuela BIT to hear a claim by Dutch investors for alleged treaty violations of their “indirect” investments.

The first claimant, CEMEX Caracas Investments B.V., and its wholly owned subsidiary, CEMEX Caracas II Investments B.V., were both incorporated in the Netherlands. CEMEX Caracas II owned 100 per cent of the shares in a Cayman Islands company, Vencement Investments, which in turn owned 75.7 per cent of the shares in CEMEX Venezuela (CemVen), a cement company incorporated and operating in Venezuela. The claimants, thus, complained that their indirectly owned cement company, CemVen, was expropriated, without compensation.

Citing a similar BIT interpretation in the case of *Siemens v. Argentina* (2007) dealing with indirect ownership, the tribunal affirmed that the BIT in this case covered indirect investments and entitled the claimants to assert their claims for alleged treaty violations.

2.5 *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine (2010)*

In another ICSID case, *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, a pair of American companies alleged that Ukraine failed to pay for and take delivery of the poultry shipped pursuant to the poultry sales and purchase contracts negotiated by the claimants with senior Ukrainian officials.

The tribunal, however, concluded that it did not have jurisdiction to hear the claim on the grounds that the sale and purchase contracts entered into by the claimants were pure commercial transactions that cannot be considered as “investments” pursuant to the ICSID Convention. It held that, although not explicitly defined in the ICSID Convention, there is an “objective” definition of investment under the ICSID framework. The tribunal noted that “the fact that the trade in these particular goods was seen to further the policy priorities of the purchasing state does not bring about a qualitative change in the economic benefit that all legitimate trade brings in its train. Nor can an undertaking by officials of the State to honour the contractual commitments to be concluded transform a sale and purchase agreement into an investment” (para. 56). Thus, the tribunal decided that the claims brought by Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. were manifestly without any legal merit.

In reaching its conclusion, the tribunal avoided a full analysis of the companies’ claim that their commercial transaction qualified as an investment under the US-Ukraine BIT. Among other things, the tribunal looked at the provision of the BIT that defined investments as “rights conferred by law or by contract.” It found this provision could be understood broadly to include any rights or that it might refer only to rights that are capable of constituting investments in themselves. Instead of assessing this provision independently, the tribunal went on to identify if the claimants’ “rights” qualified as investments as such under the ICSID Convention. Since it concluded this was not the case, it did not further analyze the potential meaning of the BIT provision.

2.6 *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (2010)*

An ICSID tribunal in the case of *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine* ruled on a dispute that arose out of a failed hotel reconstruction deal entered into by Alpha with a Ukrainian state-owned enterprise in Kiev, Hotel Dnipro.

Here, again, the governing BIT used a broad, asset-based definition of an “investment,” and an illustrative, rather than exhaustive, list of the types of assets covered. It also, however, specified that the investment had to be invested in connection with “economic activity” and in accordance with the host state’s laws and regulations.

The tribunal found that the investor did have a “claim to money” within the meaning of the BIT’s definition of “investment,” as it had a claim to share in the profits or revenues from the hotel renovation project. It also determined that the investor’s rights under various contracts were economic rights covered under the broad definition of “investments,” even if they weren’t specifically included in the illustrative list of covered assets. It rejected, however, the investor’s contention that the “know how” allegedly contributed to the project by one participant was an investment as it did not “in itself result in creation of economic or legal rights” (para. 306).

The tribunal then went on to determine whether Alpha had made an “ICSID investment.” In order to determine whether there was an “investment” under ICSID jurisprudence, the tribunal began by looking into the *Salini v. Morocco* (2001) test, which, among other criteria, considers that an ICSID investment must make a contribution to the host state’s economic development.¹ It went on to express doubts about that particular criterion, arguing that it allows tribunals to engage in a post hoc evaluation of the investor’s business, economic, financial or policy assessments that prompted the investment.

The arbitrators were of the opinion that in most cases when an investment is found to exist under the BIT, it also meets the definition of “investment” under the ICSID Convention.

When the State party to a BIT agrees to protect certain kinds of economic activity, and when the BIT provides that disputes between investors and States relating to such activity may be resolved through ICSID arbitration, it is appropriate to interpret the BIT as reflecting the State’s understanding that the activity constitutes an “investment” within the meaning of the ICSID Convention as well. [...] A tribunal would have to have very strong reasons to hold that the States’ mutually agreed definition of investment should be set aside. (para. 315)

Though the tribunal decided that Alpha had made an “ICSID investment” by implication of the definition of “investment” under the BIT, it still applied the *Salini* test, given that the parties had spent considerable time arguing whether the claimant’s investment met the *Salini* criteria. The tribunal saw nothing in the *Salini* criteria that would create any concern that the BIT definition covers transactions that would not be deemed investments for the purposes of the ICSID Convention. It concluded that Alpha satisfied the four *Salini* criteria for defining investment—sufficient duration, assumption of risk, financial contribution or commitment, and contribution to Ukraine’s development.

2.7 *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (2011)

The case of *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* saw Ecuador object to the ICSID tribunal’s jurisdiction under the France-Ecuador BIT on the grounds that Perenco was a company incorporated in the Bahamas and not controlled by French nationals.

Perenco’s claim was that a chain of corporate ownership led Perenco’s ultimate parent company to being controlled by the late Hubert Perrodo, a French national. It argued that the shares of Perenco International Limited belong to the heirs of the late Mr. Perrodo and therefore are “indirectly” controlled by French nationals.

However, the question of the nationality of Perenco was deferred to a later stage of the merits stage of the proceedings. The tribunal was of the view that since it was the *investment* rather than a French *investor* that had brought the claim, Perenco must adduce evidence of how it is controlled by four non-parties to the arbitration who are nationals of France. It will be interesting to see how the tribunal decides the treaty-based jurisdiction in this case.

¹ Under the *Salini* test, the tribunal would ascertain whether the following elements were present: 1) a contribution of money or other assets of economic value, 2) a certain duration, 3) an element of risk and 4) a contribution to the host state’s development.

3.0 Definition of “Investor”

3.1 *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (2011)*

In *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, Libananco brought an approximately US\$10.1 billion claim against Turkey for alleged breaches of the ECT and submitted the dispute before an ICSID tribunal. The tribunal, however, declined jurisdiction over the matter on grounds that the claimant company was not an “investor” under the ECT.

The dispute revolved around the alleged expropriation of the electricity businesses, CEAS and Kepez, which belonged to the members of the Uzan family. The Uzans are a wealthy Turkish family that has been enmeshed in multiple legal disputes around the world, a number related to fraud allegations against them. Libananco, a company registered in Cyprus, claimed that the ownership of shares in the two companies had transferred to it prior to the alleged expropriation through three main acts of *teslim*, that is to say, the legal transfer of possession under Turkish law. The tribunal, however, was of the view that there was insufficient evidence to prove *teslim* in relation to the share certificates Libananco had allegedly acquired. The tribunal also rejected Libananco’s claim that it was only required to provide prima facie evidence of ownership of the share certificate at the jurisdictional stage. Thus, the tribunal concluded that Libananco was not an “investor” under ECT, owing to its failure to prove that it owned CEAS and Kepez at the time of their alleged expropriation.

Interestingly, the European Court of Human Rights recently dismissed claims brought by 47 minority shareholders in CEAS and Kepez, who alleged violations of the European Convention on Human Rights on account of Turkey’s actions in terminating the concession and share delisting. The tribunal noted that Turkey had complied with the domestic law while delisting the shares and that the shareholders had domestic recourse to challenge the actions of Turkey. Therefore, the tribunal dismissed the claims as “ill-founded” and “inadmissible.”

3.2 *Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic (2011)*

An UNCITRAL tribunal in the case of *Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic* declined jurisdiction over a claim against Slovakia after determining that the claimant was not an “investor” as intended by the Switzerland-Slovakia BIT.

Alps Finance had entered into an agreement with a private Slovak company to purchase credit owed by a bankrupt debtor. When efforts to enforce the credits were blocked by a Slovakian regional court, Alps Finance brought a claim against Slovakia, alleging that it had failed to protect its “investment.”

However, the tribunal declined jurisdiction on the grounds that the claimant was not a protected investor. The tribunal was of the view that the claimant was “far from meeting the standard imposed under the BIT,” which requires a Swiss claimant to have its “seat” and show “real economic activity” in Switzerland.

The claimant argued that it was a Swiss investor, on the basis of its incorporation in Switzerland and a tax declaration. But the tribunal concluded that the claimant failed to provide evidence of a “seat” in Switzerland, such as telephone, office rental and staff. Moreover, it noted that the claimant failed to demonstrate that it was involved in any “real economic activity” in Switzerland.

Having declined jurisdiction on the grounds that the claimant was not an “investor,” the tribunal also went on to decide that the claimant’s business did not qualify as an “investment.” The tribunal concluded that the contract in question was a one-off sale-purchase agreement and failed to meet the criteria attributed to an “investment.”

It should be noted that most investment treaties include a definition of “investor” that is much broader than the definition included in the Switzerland-Slovak Republic BIT, which primarily relies on the principle of incorporation. Those broader definitions allow for the setting up of shell companies that can rely on BIT protections without actually having “real economic activity and seat” in the home country. The claim of a shell company can therefore sometimes take the host country by surprise, because it never considered that investor as being an investor from the state where it simply set up a mailbox. More narrowly drafted clauses allow home states to protect those companies that are actually contributing to its own economic development.

4.0 Most-Favoured Nation Treatment

A series of decisions over the past year addressed the purpose and scope of the most-favoured nation (MFN) clause in BITs; in particular, whether MFN status allows investors to import more favourable provisions from BITs that have been concluded by the host state. This debate is not new. Since the *Maffezini* case in 2000 (which was the first to conclude that even procedural rights could be imported from other BITs through the MFN provision), a series of cases addressed this issue with respect to both substantive as well as procedural rights. Over the past decade, tribunals have come to contradicting conclusions on the same legal issues, and these opposing opinions have continued over the past year.

The cases continue to fuel the debate over the appropriate scope of the MFN clause, and the possibility for investors to pick and choose the best provisions from a variety of BITs. Several states are now responding to this development by introducing clauses that either carve out treatment provided under existing treaties or make it clear that procedural rights in other treaties are not covered by the MFN clause.

4.1 *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* (2011)

In the *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* arbitration, the majority of an ICSID tribunal, comprising of Judge Hans Danelius and Judge Charles N. Brower, held that the claimant, an Italian investor, was entitled to rely on the MFN clause of the Italy-Argentina BIT to import dispute-settlement rules from the Argentina-US BIT.

Article 3(1) of the Argentina-Italy BIT provides that “each Contracting Party shall, within its own territory, accord to investments made by investors of the Contracting Party, to the income and activities related to such investments and to all other matters regulated by this Agreement, a treatment that is no less favourable than that accorded to its own investors from third-party countries.”

In the majority’s opinion, the term “treatment” was wide enough to encompass matters relating to dispute settlement. Furthermore, the tribunal attached special weight to the language of the MFN clause, which extends its scope to “all other matters.” It was of the view that where the MFN clause refers to “all matters” or “any matter” regulated in the BIT, it can be considered to encompass dispute settlement provisions as well.

As in *Maffezini* and several subsequent cases, the *Impregilo* case concerned a provision requiring investors to submit their dispute to domestic courts for 18 months before filing international arbitration proceedings. As in several (though not all) previous cases, the majority allowed the claimant to avoid this requirement, ruling that the Italian investors would instead be subject to the much shorter waiting period in the US-Argentina BIT.

Notably, however, a strong dissent came from Argentina’s nominee to the tribunal, Professor Brigitte Stern. In her view, unless the MFN clause specifically provides that it extends its scope to dispute settlement provisions, these clauses should not be interpreted to allow investors to import more favourable dispute settlement provisions from other BITs.

She strongly criticized the majority opinion for allowing the investor to have the “best of both treaties.” In particular, under the US-Argentina BIT, *Impregilo* would also have been required to choose between pursuing either domestic proceedings or international arbitration due to that treaty’s so-called “fork in the road” provision. However, the majority’s decision allowed *Impregilo* to enjoy the reduced waiting period of the US-Argentina BIT without being restricted by the “fork in the road” provision. Thus, *Impregilo* enjoyed the “best of both treaties” with a reduced waiting period as per the US-Argentina BIT and the option of pursuing simultaneous domestic and international claims as permitted under the Italy-Argentina BIT.

Thus, according to Professor Stern, *Impregilo* was granted an “inexistent favourable treatment” that put it in a better position than an investor under either the Italy-Argentina BIT or US-Argentina BIT alone. Professor Stern noted that the fact that investors are not importing the jurisdictional clause as a whole, but rather only those aspects of a jurisdictional clause that appear more favourable, can lead to the serious problem of a “pick and choose” policy in the implementation of the MFN clause.

4.2 *RosInvestCo v. Russian Federation (2010)*

Also notable for its treatment of the applicability of the MFN clause to dispute settlement provisions was the award rendered by an SCC tribunal in *RosInvestCo v. Russian Federation*. Like the *Impregilo* case, this dispute also dealt with the degree to which the MFN provision allows investors to “cherry-pick” favourable clauses from BITs, while disregarding the context of that BIT, especially those provisions that might narrow or put limits on investors’ rights relating to dispute settlement.

In the *RosInvestCo* case, the tribunal was of the opinion that the governing US-Soviet BIT did not grant it the authority to determine whether there had been an expropriation. Nevertheless, in 2007 the tribunal in the case found it had jurisdiction, because the MFN provision in the UK-Soviet BIT allowed *RosInvestCo* to import the broader dispute settlement provision of the Denmark-Russia BIT.

In the September 2010 award on the merits (which only became public several months later), the tribunal considered whether it would also have to take into account limitations of the Denmark-Russia BIT’s dispute settlement provisions, in particular, the carve-out for disputes related to taxation—an issue that was relevant for the *RosInvestCo* case. Russia had argued that even though the Denmark-Russia BIT contained broader investor-state dispute resolution provisions, those provisions were limited by an exception in Article 11(3) that carved out “taxation” from the scope of the agreement. Thus, according to Russia, since *RosInvestCo*’s claims were based on Russian taxation, the tribunal could not have jurisdiction over the dispute. However, the tribunal rejected that argument. By allowing a U.K. investor to enjoy the more favourable dispute resolution provisions of the Denmark-Russia BIT that was divested from that agreement’s taxation or other exceptions, the tribunal arguably granted the U.K. investor more favourable treatment than a Danish investor covered by the Denmark-Russia BIT.

This case therefore relates to similar issues as in *Impregilo*, allowing investors to rely on non-existing super-treaties by picking and choosing the favourable provisions and ignoring the less favourable ones contained in the treaties concluded by the host state.

4.3 *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (2011)*

Finally, in the case of *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia*, an UNCITRAL tribunal allowed the investor to use the Russia-Mongolia BIT’s MFN clause to import the unrestricted fair and equitable treatment standards of protection from the US-Mongolia and Denmark-Mongolia BITs.

5.0 Expropriation

While investors routinely invoke expropriation claims in investment treaty arbitration, only one known case over the past 12 months saw the claimant succeed in its expropriation claim. An ICSID tribunal found that, by stopping payments to the investor in order to undertake renovation as agreed upon in a hotel renovation deal, the respondent deprived the investment of economic value, which thus amounted to expropriation (*Alpha v. Ukraine*). The investor also succeeded in its claim of fair and equitable treatment in this case.

Investors typically invoke a violation of fair and equitable treatment along with the expropriation claim. It is not rare that a claimant prevails with respect to the fair and equitable treatment claim and loses with respect to expropriation. For example, in both *Impregilo v. Argentina* and *Total v. Argentina* we see that the investor failed on the question of expropriation, but succeeded in its claim of fair and equitable treatment.

5.1 *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (2011)*

In the case of *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, *Impregilo* was the largest shareholder in Aguas del Gran Buenos Aires (AGBA), a consortium that was operating a 30-year concession to provide water and sewerage services in the Province of Buenos Aires.

Following a series of governmental measures, the provincial governor terminated the concession in 2006, blaming AGBA for violating several contractual obligations under the concession. *Impregilo* then claimed that it had suffered expropriation of its investment.

A majority of the tribunal, comprised of Judge Danelius and Professor Stern, dismissed *Impregilo's* claim of expropriation. According to them, the termination of the concession was carried out in accordance with the contract and thus was "an act performed by the public authorities in their capacity as a party to the Contract." They were of the view that concession was terminated only after the authorities had considered that AGBA failed in fulfilling its contractual obligations and therefore, it could not be regarded as an act of direct or indirect expropriation.

The majority also dismissed *Impregilo's* claim that since the State had a "political" desire to put water and sewerage services under public ownership, the termination should be deemed as expropriation. They were of the opinion that even if Argentina may have had a political objective, that did not mean the termination should necessarily be considered an act of expropriation.

Judge Brower, however, disagreed with the majority's reasoning of the expropriation claim. He argued that the key legal question was the cumulative impact of the state's actions on the value of the investment. He concluded that there had been an expropriation owing to the province's politically motivated actions that caused the total devaluation of the investment. He added that an intention to expropriate is also relevant if it helps in establishing a finding of expropriation.

The tribunal unanimously concluded, however, that Argentina was liable for breach of the fair and equitable treatment obligation under the Italy-Argentina BIT, which we will discuss subsequently.

5.2 *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (2011)*

In the case of *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia*, an UNCITRAL tribunal rejected the claimants' allegations of expropriation. The claimants alleged that Mongolia's 68 per cent tax levied on gold sales at prices over US\$500 an ounce amounted to expropriation. The tribunal held that the windfall tax imposed a heavy burden on the claimant's investment, but the losses recorded by the claimants did not qualify as "destruction" of the investment. The tribunal, thus, rejected the claim for expropriation, noting that the claimants retained ownership and continued to manage their investment. The tribunal also rejected the investors' claims that Mongolia was in breach of the fair and equitable treatment obligation under the BIT.

5.3 *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt (2011)*

In the 2011 case of *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, an ICSID tribunal considered the question of whether expropriation could flow from domestically valid contract termination. Malicorp, the claimants, alleged that the concession contract granted to it in 2000 to build and operate an international airport had been terminated illegally, thus amounting to an expropriation of their investment. The tribunal, however, rejected the claim for expropriation through its finding that the termination of the concession contract was legal under domestic law. In the tribunal's view, since there were grounds of mistake and non-performance of the contract made out against Malicorp, Egypt had valid reasons in domestic law to terminate the contract.

5.4 *Total S.A. v. The Argentine Republic (2010)*

An ICSID tribunal in *Total S.A. v. The Argentine Republic* dismissed Total's claim of indirect expropriation of its investment. Total had made a number of investments in Argentina in the gas transportation, hydrocarbons exploration and production, and power generation industries. Total's claim before the tribunal was that a series of measures enacted by Argentina during and after its 2001-2002 financial crisis was in breach of its obligations under the US-Argentina BIT, as it had the effect of expropriating its investment. However, the tribunal concluded that Total "is in control of the investment; the Government does not manage the day-to-day operations of the company; and the investor has full ownership and control of the investment." As we will discuss subsequently, the tribunal nevertheless found certain actions of Argentina to be in breach of the fair and equitable standard obligation under the US-Argentina BIT.

5.5 *AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary (2010)*

The case of *AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary* centred on a Power Purchase Agreement (PPA) with AES, a British energy company, which established a pricing formula to be applied once Hungary ceased to administer energy generation prices under a privatization scheme. However, Hungary restored the administrative pricing regime and enacted price decrees in 2006 and 2007 following a public outcry against the allegedly high profits of public utility companies. AES suffered significant losses of revenue as a result of the return of administered prices. AES brought a claim of expropriation against the Hungarian government, but was unsuccessful, as the tribunal was of the view that the price decrees did not deprive AES of its ownership or control over its investment. The tribunal held that not every state regulation with negative effects on a foreign investor amounts to expropriation. The British company also failed in its claims of unfair and inequitable treatment towards its investment by Hungary.

5.6 *Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama (2010)*

In the ICSID case of *Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama*, the claimants alleged indirect expropriation under the US-Panama BIT, in relation to Panama's refusal to allow the claimants to transfer tax credits to a third party. However, the claim of expropriation was rejected by the tribunal, which ruled that a "hypothetical right" to transfer tax credits was not a "true attribute" of property ownership that justifies an expropriation claim. The investors had also failed in their claims of breach of the fair and equitable treatment standard by Panama.

5.7 *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (2010)*

The ICSID tribunal in *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine* held that there had been an expropriation of Alpha Projektholding's investment in a dispute over a hotel renovation deal.

Alpha, which had concluded several joint-activity agreements (JAAs) with Ukrainian state-owned enterprise Hotel Dnipro, was supposed to receive monthly payments from Dnipro in order to pay the company that would undertake the renovation. Given its deteriorating financial condition, Dnipro stopped payments to Alpha in 2004. Alpha then initiated ICSID arbitration against Ukraine under the Austria-Ukraine BIT claiming a breach of several treaty obligations.

On the point of expropriation, the tribunal considered that neither Ukraine nor Dnipro indicated an intention to resume payments after they were terminated in 2004 or to pay Alpha its share in the JAAs. In light of the evidence, the tribunal concluded that Ukraine expropriated Alpha's rights under the agreements, by substantially and permanently depriving the investment of economic value. Ukraine was also found to be in breach of the fair and equitable treatment obligation under the BIT.

5.8 *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation (2010)*

In the 2010 case of *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, an SCC tribunal found that the Russian Federation had unlawfully expropriated RosInvestCo's property. RosInvestCo claimed that Russia's tax assessments, penalties, and enforcement actions expropriated its property in violation of the governing UK-Soviet BIT.

On the merits, Russia defended the claim on the grounds that the measures were not expropriatory because they were legitimate exercises of its police and taxation powers. Russia further asserted that the government's actions had not caused the investor any substantial or permanent losses, nor interfered with any legitimate expectations.

In response, RosInvestCo attempted to frame its claims so as to remove the tax assessments from the crux of the dispute. It argued that the tax assessments were pretexts for the expropriation and did not themselves expropriate RosInvestCo's property. According to the claimant, its property was expropriated through the auctions held to collect the tax assessments.

The tribunal explained that, when assessing liability, it would not consider whether there was "an expropriation by way of taxation," but instead whether the "cumulative combination" of the taxation measures and the consequential auctions expropriated RosInvestCo's property. Ultimately, the tribunal decided that the "totality of the circumstances" led to the conclusion that RosInvestCo's property was unlawfully expropriated by Russia.

6.0 Fair and Equitable Treatment

The investment disputes over the past year indicate a trend of broad interpretations being given to the fair and equitable treatment standard in BITs. One tribunal cited a long list of principles that flow from the fair and equitable treatment obligation: “transparency, good faith, conduct that cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, lacking in due process or procedural propriety and respect of the investor’s reasonable and legitimate expectations” (*Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia*).

Several cases involved claims relating to contracts between the government and the investor. No clear trend can be identified in this respect: while some arbitrators appear to distinguish between sovereign acts and acts of a contractual nature, others appear to take a more blurred approach (see majority opinion and dissent in *Impregilo v. Argentina*). In one case, for instance, the tribunal maintained that, in the absence of a “stabilization clause” in the contract that limits the state’s sovereign right to enact legislation, the investor cannot have any legitimate expectations that the pricing system would not change at all (*AES v. Hungary*). In another case, the tribunal, without a precise articulation from the investor as to what legitimate expectation was undermined, noted that the investor had a legitimate expectation that the respondent would perform its contractual obligations. Thus, it held that the respondent was in breach of the fair and equitable treatment standard under the BIT for non-performance (*Alpha v. Ukraine*).

Finally, one tribunal took a particularly broad interpretation of the fair and equitable treatment standard by applying it to the tender process (*Lemire v. Ukraine*).

6.1 *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (2011)*

In *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, an ICSID tribunal held actions by Argentina towards Impregilo’s investment to be in breach of the fair and equitable treatment standards under the Italy-Argentina BIT.²

Impregilo was the largest shareholder in AGBA, a consortium that was operating a 30-year concession to provide water and sewerage services in the Province of Buenos Aires. The concession was struggling to meet its service and expansion goals, when certain actions of the authorities in the province aggravated its problems. Argentina’s financial crisis also had the effect of exacerbating the concession’s financial woes.

The basis of Impregilo’s complaint was Argentina’s failure to update the database of AGBA’s users, its failure to build three sewage treatment plants in the concession area, its modification of the Regulatory Framework, its lack of support to obtain funding and the termination of the Concession Contract.

The majority, comprised of Judge Danelius and Professor Stern, was of the opinion that the above actions of the provincial authorities were of a contractual nature and not a sovereign act of the state that would make Argentina liable for breaches of the BIT.

Judge Brower, however, dissented from the majority and was of the opinion that the Argentine actions were politically motivated rather than being merely of a contractual nature. Thus, according to him, Argentina breached its treaty obligation of providing fair and equitable treatment.

² According to Article 2, para. 2 of the Italy-Argentina BIT, investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment. It is added that neither State shall impair by arbitrary or discriminatory measures the management, maintenance, enjoyment, transformation, cessation or disposal of investments made in its territory by the other state’s investors.

The three arbitrators, however, unanimously agreed that Argentina's response to the financial crisis of the previous decade, particularly its failure to restore a reasonable equilibrium in the concession, constituted a breach of its duty to afford fair and equitable treatment to Impregilo's investment. They agreed that Argentina's emergency response to the financial crisis continued long after the crisis had subsided. Thus, the tribunal held Argentina to be in breach of its obligations to provide fair and equitable treatment and disallowed it from arguing the defense of "necessity."

Interestingly, with respect to Impregilo's allegations that Argentina failed to provide full protection and security to its investments, the tribunal was of the view that where there has been a failure to give an investment fair and equitable treatment it is not necessary to examine whether there has also been a failure to ensure full protection and security.

6.2 *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (2011)*

In the case of *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia*, an UNCITRAL tribunal rejected the investor's claims that Mongolia's windfall taxes levied on gold sales breached its obligation to provide fair and equitable treatment under the terms of the Russia-Mongolia BIT.

The tribunal was of the view that the windfall tax was within the government's sovereign powers to enact fiscal legislation and did not constitute a breach of the BIT in spite of being "excessive." It stated that, "many will argue that this is not wise economic policy but this does not mean it would constitute a breach of a BIT, particularly in the area of taxation, in respect of which States jealously guard their sovereign powers."

Another aspect of the case dealt with the claimant trying to delay payment of the windfall tax through an agreement with Mongolia's central bank, MongolBank. The claimant then charged the bank with exporting and selling the gold prematurely in breach of their agreement. After determining that the state could be held accountable for the actions of the bank, the tribunal concluded that the claimant had been "prematurely and without any right" deprived of its ownership of the gold deposited with MongolBank, in breach of the BIT's fair and equitable treatment provision.

Additionally, the tribunal went on to opine that it was wrong to restrict the definition of fair and equitable treatment to protection of legitimate expectation and non-discrimination. It cited a longer list of principles that flowed from this treaty obligation, including: "transparency, good faith, conduct that cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, lacking in due process or procedural propriety and respect of the investor's reasonable and legitimate expectations."

6.3 *Total S.A. v. The Argentine Republic (2010)*

An ICSID tribunal in the case of *Total S.A. v. The Argentine Republic* also discussed the issue of fair and equitable treatment. Total, which had made a number of investments in Argentina in the gas transportation, hydrocarbons exploration and production and power generation industries, alleged that a series of measures enacted by Argentina during and after its 2001-2002 financial crisis was in breach of its obligations under the US-Argentina BIT.

The tribunal ultimately found certain actions of Argentina to be in breach of the fair and equitable treatment obligation under the BIT, but differed on which actions in particular did so.

The majority, comprised of Professor Giorgio Sacerdoti and Dr. Luis Herrera Marciano, concluded that the measures taken by Argentina at the peak of the financial crisis were “in good faith in a situation of recognized economic emergency of an exceptional, even catastrophic, nature” (para. 163). They were of the view that, in the absence of a stabilization clause, any changes made to general legislation was a “legitimate exercise of the host State’s governmental powers.” Thus, the majority did not find Argentina’s actions in breach of the fair and equitable treatment obligations under the BIT.

Interestingly, this opinion of the majority was a major departure from an earlier ruling for *CMS v. Argentina* (2005), where Argentina was held to be in breach of the fair and equitable treatment standard under the US-Argentina BIT for the measures it took during the 2001-2002 financial crisis.

Henri Alvarez, the claimant’s nominee, maintained that Argentina’s actions, even during the financial crisis, were in breach of the fair and equitable treatment standard under the BIT.

The tribunal, however, unanimously concluded that the measures taken by Argentina after the peak of the financial crisis, such as Argentina’s continued freezing of tariffs in the gas sector, were in breach of the fair and equitable treatment obligation. The tribunal noted that the persistent lack of any tariff readjustment by Argentina constitutes a breach of the fair and equitable treatment standard, since it is contrary to the very principles in Argentina’s law that provides for renegotiations to re-establish the equilibrium of the tariffs.

6.4 *AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary* (2010)

In *AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary*, AES initiated ICSID arbitration under the ECT, alleging that Hungary breached its obligation to provide it fair and equitable treatment.

The company maintained that the PPA with Hungary created legitimate expectations that the administered pricing system would not be reintroduced. However, in the tribunal’s view, AES could have no legitimate expectations since the PPA did not contain any “stabilization clause” that would limit Hungary’s sovereign right to enact legislation. Thus, Hungary’s actions to restore the administrative pricing regime and enacted price decrees were held to be a valid, reasonable and proportionate exercise of regulatory power and not in breach of the ECT.

The tribunal added that the full protection and security standard does not rise to the level of protecting the investor against regulation by the state based on rational public policy grounds.

6.5 *Joseph Charles Lemire v. Ukraine* (2011)

An ICSID tribunal in the case of *Joseph Charles Lemire v. Ukraine* concluded that Ukraine violated the fair and equitable treatment obligation in the governing US-Ukraine BIT.³ Mr. Lemire, an American national, had invested in the radio broadcasting business in Ukraine after the government opened that sector to private participation. While his company had obtained some radio frequencies for that business, Mr. Lemire alleged that from 1999 through 2008, the government improperly and repeatedly denied his bids for additional frequencies, awarded broadcasting licenses to other companies and thereby thwarted his plans of developing several nationwide radio networks.

³ The Preamble states, “Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources.”

Ukraine argued that the state entity responsible for the tender processes justifiably awarded the frequencies to other applicants, as Mr. Lemire's company lacked the necessary resources and capabilities to prevail in its applications. However, in its January 2010 decision on jurisdiction and liability, the majority of the tribunal concluded that the tender process was irregular, arbitrary and discriminatory, and amounted to a breach of the fair and equitable treatment obligation. In the award issued in March 2011, the tribunal tackled the issue of damages that had been left outstanding after the 2010 decision and also revisited issues of jurisdiction and liability in response to the dissenting opinion to the award filed by Dr. Jürgen Voss.

The dissenting opinion criticized the majority's application of the fair and equitable treatment standard as being overly broad and having harmful consequences for host states, particularly as applied to review tender processes. Dr. Voss was of the opinion that the majority's interpretation of the fair and equitable treatment standard was a dangerous expansion of the boundaries of investment treaty protection, obliging states to pay damages to foreigners who bid unsuccessfully in public tenders. The majority, however, retorted that it had not applied the standard in the overly broad manner suggested by Dr. Voss. It went on to clarify its stand that the fair and equitable treatment obligation should provide for compensation in cases where state authorities act in "blatant disregard" of applicable tender rules.

6.6 *Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama (2010)*

In the November 2010 case of *Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama*, an ICSID tribunal rejected all claims by Nations Energy Inc., Jaime Jurado, and Electric Machinery Enterprises, Inc., a consortium of U.S. investors in a Panamanian power plant. Under the US-Panama BIT, the claimants cited unfair and inequitable treatment in relation to the refusal to allow the transfer of tax credits to third parties.

The tribunal, however, rejected the claim of unfair and inequitable treatment and noted that the BIT permits claims over "matters of taxation" in just a few narrow circumstances, such as alleged expropriation.⁴ Tax policies, the tribunal determined, fell outside the parameters of a fair and equitable treatment claim.

In a dissenting opinion, Dr. José María Chillón Medina considered the BIT's provision on fair and equitable treatment as a requirement for a specific standard of fairness, even in areas involving taxation. He argued that a large purpose of a treaty—to protect investments—could otherwise easily be rendered meaningless.

6.7 *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (2010)*

In *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, Alpha concluded several JAAs with Hotel Dnipro, a Ukrainian state-owned enterprise in Kiev, for the reconstruction of the hotel building. Under the agreements, Alpha would take a bank loan to pay Pakova—the company that would undertake the renovation—and would receive minimum monthly payments from Dnipro.⁵

⁴ Article XI US-Panama BIT:

1. With respect to its tax policies, each party should strive to accord fairness and equity in the treatment of investment of nationals and companies of the other party.
2. Nevertheless, this Treaty shall apply to matters of taxation only with respect to the following:
 - (a) expropriation, pursuant to Article 4;
 - (b) transfers, pursuant to Article 6; or
 - (c) the observance and enforcement of terms of an investment agreement or authorization, as referred to in Article 7 (1)(a) or (b).

⁵ Article 2 of the Austria-Ukraine BIT states, in pertinent part, that "each Contracting Party shall in its territory promote, as far as possible, investments of investors of the other Contracting Party, admit such investments in accordance with its legislation and in each case accord such investments fair and equitable treatment."

However, with Dnipro's deteriorating finances and its management shifting to State Administration of Affairs, Alpha stopped receiving payments under any of the JAAs. After consultations between the Austrian and Ukrainian governments broke down, Alpha initiated ICSID arbitration against Ukraine under the Austria-Ukraine BIT. It claimed that the cessation of payments and other acts by Dnipro and the Ukrainian government amounted to breaches of several BIT provisions, including fair and equitable treatment.

The tribunal found that Ukraine had ordered Dnipro to stop payments to Alpha and was responsible for Dnipro's continued failure to fulfill its contractual obligations. Although the tribunal agreed with the Ukraine that Alpha did not precisely articulate what legitimate expectations were undermined by Ukraine, it found that Alpha had a legitimate expectation that Ukraine would not interfere with the JAAs. Thus, according to the tribunal, Ukraine and the State Administration of Affairs frustrated this expectation by effectively negating the JAAs, in turn breaching the fair and equitable treatment standard under the BIT.

7.0 Dispute Resolution Under Foreign Investment Laws

Tribunals in two recent cases against Venezuela faced the question of whether they had jurisdiction to hear claims of investors pursuant to Venezuela's Investment Promotion and Protection Law. In both cases, tribunals rejected jurisdiction given the ambiguous wording of the dispute settlement clause in the law. Several countries have investment codes that contain clauses on arbitration, sometimes providing foreign investors with the possibility of initiating international arbitration proceedings against the government.

7.1 *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (2010)*

In the Jurisdictional Decision of *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, the tribunal refused jurisdiction over the matter under Article 22 of Venezuela's Investment Promotion and Protection Law as pointed out by the claimants.

Article 22 of Venezuela's Investment Promotion and Protection Law reads:

Any disputes arising between an international investor whose country of origin has a treaty or agreement for promotion and protection of investments in force with Venezuela, or any disputes to which the provisions of the Articles of Association of the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and the Nationals of other States (ICSID) are applicable, shall be submitted to international arbitration under the terms provided for in the respective treaty or agreement, should it so provide, without prejudice to the possibility of using the systems of litigation provided for in the Venezuelan laws in force, when applicable.

CEMEX claimed that, in addition, to the Netherlands-Venezuela BIT, an ICSID tribunal also had jurisdiction to hear the case under the Venezuelan statute. They argued that Article 22 of the Investment Promotion and Protection Law provided advance consent to international arbitration with foreign investors. Venezuela, however, contested jurisdiction on both grounds.

The tribunal concluded that Venezuela's Investment Promotion and Protection Law does not contain consent to ICSID jurisdiction. It was of the view that if the drafters of the statute wanted to give advance consent to ICSID jurisdiction, they would have done it more explicitly.

7.2 *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela (2011)*

In the recent case of *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*, another ICSID tribunal refused jurisdiction in a claim brought by Brandes pursuant to the 1999 Venezuelan Investment Promotion and Protection Law. Brandes, an American investment adviser, claimed compensation for an investment in a telecom company that was allegedly expropriated by Venezuela. Following the approach taken in the cases of *Mobil v. Venezuela (2010)* and *CEMEX v. Venezuela (2010)*, the tribunal in this case also declined jurisdiction pursuant to Article 22 of Venezuela's Investment Promotion and Protection Law stating that it did not contain consent of Venezuela to ICSID jurisdiction.

8.0 References⁶

Abaclat and others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (2011). The tribunal comprised of Professor Pierre Tercier (President), Prof. Georges Abi-Saab (Respondent's nominee) and Prof. Albert Jan van den Berg (Claimant's nominee).

AES Summit Generation Limited and AES-Tiza Erömü Kft. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22 (2010). The tribunal comprised of Mr. Claus von Wobeser (President), J. William Rowley QC (Claimant's nominee) and Prof. Brigitte Stern (Respondent's nominee).

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16 (2010). The tribunal comprised of Hon. Davis R. Robinson (Chairman), Dr. Yoram Turbowicz (Claimant's nominee) and Dr. Stanimir A. Alexandrov (Respondent's nominee).

Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic, UNCITRAL (2011). The tribunal comprised of Antonio Crivellaro (Chair), Hans Stuber (Claimant's nominee) and Bohuslav Klein (Respondent's nominee).

Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3 (2011). The tribunal comprised of Rodrigo Oreamuno (President), Prof. Karl-Heinz Böckstiegel (Claimant's nominee) and Prof. Brigitte Stern (Respondents' nominee).

CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15 (2010). The tribunal comprised of Judge Gilbert Guillaume (President), Prof. Georges Abi-Saab (Respondents's nominee) and Robert B. von Mehren (Claimant's nominee).

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (2005).

Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 (2000).

GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16 (2011). The tribunal comprised of Albert Jan van den Berg (President), Toby Landau (Claimant's nominee) and Prof. Brigitte Stern (Respondent's nominee).

Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11 (2010). The tribunal comprised of Sir Frank Berman (President), Prof. Emmanuel Gaillard (Claimant's nominee) and J. Christopher Thomas (Respondent's nominee).

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17 (2011). The tribunal comprised of Judge Hans Danelius (President), Judge Charles N. Brower (Claimant's nominee) and Prof. Brigitte Stern (Respondent's nominee).

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18 (2011). The tribunal comprised of Professor Juan Fernández-Armesto (President), Jan Paulsson (Claimant's nominee) and Dr. Jürgen Voss (Respondent's nominee).

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8 (2011). The tribunal comprised of Michael Hwang (President), Henri Alvarez (Claimant's nominee) and Sir Frank Berman (Respondent's nominee).

⁶ Case summaries and updates can also be found at: Investment Treaty News (IISD) (www.iisd.org/itn) and International Arbitration Reporter: (www.iareporter.com).

Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18 (2011). The tribunal comprised of Prof. Pierre Tercier (President), Prof. Luiz Olavo Baptista (Claimant's nominee) and Pierre-Yves Tschanz (Respondent's nominee).

Mobil v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27 (2010).

Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19 (2010). The tribunal comprised of Alexis Mourre (President), Dr. José María Chillón Medina (Claimant's nominee) and Dr. Claus von Wobeser (Respondent's nominee).

Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6 (2011). The tribunal comprised of Judge Peter Tomka (President), Neil Kaplan (Claimant's nominee) and J. Christopher Thomas (Respondent's nominee).

RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005 (2010). The tribunal comprised of Prof. Dr. Karl-Heinz Bockstiegel (President), Hon. Lord Steyn and Sir Franklin Berman.

Salini Costruttori SpA v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4 (2001).

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia, UNCITRAL (2011). The tribunal comprised of Hon. Marc Lalonde (President), Dr. Horacio A. Grigera Naón (Claimant's nominee) and Prof. Brigitte Stern (Respondent's nominee).

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID CASE No. ARB/02/8 (2007).

Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01(2010). The tribunal comprised of Prof. Giorgio Sacerdoti (President), Henri C. Alvarez (Claimant's nominee) and Dr. Luis Herrera Marcano (Respondent's nominee).

Published by the International Institute for Sustainable Development.

International Institute for Sustainable Development

Head Office

161 Portage Avenue East, 6th Floor, Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4

Tel: +1 (204) 958-7700 | Fax: +1 (204) 958-7710 | Web site: www.iisd.org

투자조약 사례로 본 최근 국제 투자 분쟁의 추이



외교통상통일위원회
국회의원

박주선

광주 동구
국회

광주광역시 동구 학동 44-4번지 3층 TEL. 062-227-8115~7 FAX. 062-225-8115

서울시 영등포구 의사당대로1 국회의원회관 768호 TEL. 02-784-5288 FAX. 02-788-2014