



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

国际仲裁判例法

学术主任: **Ignacio Torterola**
Loukas Mistelis*

英波基洛 (Impregilo S.P.A.)

v.

阿根廷共和国 (Argentine Republic)

(国际投资争端解决中心案例编号: ARB/07/17),

裁决

案例报告: Bingen Amezaga**

编订: Natasha Dupont***

中文版翻译: 康庄****

中文版编订: 张潇剑*****

在 2011 年 6 月 21 日所作出的裁决中, 仲裁庭驳回了被申请人对中心管辖权和仲裁庭能力的抗辩, 在驳回了英波基洛关于征用的仲裁请求后, 仲裁庭宣布阿根廷违反了意大利-阿根廷双边投资协议第 2.2 款所确立的公平和公正待遇的标准。斯特恩教授 (Professor Stern) 和布劳尔法官 (Judge Brower) 分别写了并存和反对意见。

仲裁庭: Hans Danelius 法官 (主席), Brigitte Stern 教授和, Charles N. Brower 法官

申请人律师: R. Doak Bishop, Craig S. Miles, Roberto Aguirre Luzi, Silvia Marchilli, David Weiss, Joost Pauwelyn, King & Spalding 律所的

被申请人律师: Dra. Angelina Marian Esther Abbona Procuradora del Tesoro de la Nación, Procuración del Tesoro de la Nación (阿根廷)

*主任联系方式: ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com,
loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com

** Bingen Amezaga 是巴黎的 Castaldi Mourre & Partners 的合伙人, 他是国际诉讼及仲裁方面的专家。

***Natasha Dupont 是 The Brattle Group 的经济顾问, 其近期工作重点集中于国际仲裁中的损害评估。她具有工商管理硕士学位 (MBA) 和法律博士学位 (JD), 曾在一家知名律师事务所任商事诉讼律师。

****康庄是北京大学国际法学院学生。

*****张潇剑是北京大学法学院教授, 博士研究生导师, 中国仲裁法学研究会理事, 北京仲裁委员会仲裁员, 上海仲裁委员会仲裁员。

张老师：(英文版目录里缺少管辖权问题下的第三小点)

问题讨论的索引

1. 案件事实.....	3
2. 裁决中所讨论的法律问题.....	4
a) 管辖权问题.....	4
i. 双边投资协议和最惠国条款下的管辖权要求（裁决书 77-109 页；斯特恩教授 （Professor Stern）的并存和反对意见）.....	4
ii. 间接仲裁请求和重复赔偿风险（裁决书 137-139 页）.....	5
b) 法律依据.....	5
i. 征用（裁决书 268-283 页；布劳尔法官（Judge Brower）并存及反对意见，17-34 页...5	
ii. 公平和公正的待遇（裁决书 284-331 页；布劳尔法官（Judge Brower）并存及反对意见， 2-16 页.....	6
iii. 紧急状态（裁决书 336-360 页）.....	6
iv. 赔偿（裁决书 361-381 页；布劳尔法官（Judge Brower）并存和反对意见，35-38 页...6	
v. 利率（裁决书 382-384 页；布劳尔法官（Judge Brower）并存和反对意见，39-40 页）7	
3. 裁决.....	7

摘要

1. 案件事实

1996年，布宜诺斯艾利斯省决定将供水和排水服务私有化，于是组织了对布宜诺斯艾利斯省多个地方的供水和排水服务特许经营许可的竞拍。

英波基洛，一个意大利公司，和其他公司组成了合伙参加这次竞拍，并且获得了在某一地区的特许经营权利。英波基洛和它的合伙人必须在阿根廷组建一个公司才能履行特许经营合同，根据合同开展活动。因此，他们就组建了一个叫AGBA的阿根廷公司。

1999年12月7日，布宜诺斯艾利斯省和AGBA公司开始履行合同。根据合同规定，AGBA公司获得了三十年期限内排他的经营权利，包括获取、处理、运输、分发饮用水并且将饮用水商业化的权利，同时还有获取、处理、再利用污水和将污水商业化的权利。合同里所说的污水还包括这一地区的工业污水。

AGBA公司向布宜诺斯艾利斯省支付了1260000美元的首付款，同时它还有义务维护和更新设施。它还需要遵守一个“服务最优化和扩展项目”（“POES”），这个项目由六个连续的“五年计划”组成并且设立了一个特许经营者需要达到的质量和数量上的目标。在另一方面，合同规定AGBA公司有权为它所提供的服务收费，根据条款12.1.1的规定，这个收费应该可以“覆盖所有运行费用，维护费用和设备折旧，同时还能在特许经营者有效管理和运行、严格达到质量标准和扩展目标的条件下为特许经营者提供合理的回报。”

2000年1月3日，AGBA公司获得了特许经营权，第一个五年计划在2001年1月31日也得到了国家规划管理机构“Organismo Regulador de Aguas Bonaerense”（“ORAB”）的同意。

2001年5月，考虑到从顾客获得付款的相当大的困难，英波基洛写了一封信给公共事务和服务部长请求分析合适的解决方法，希望能够暂时取消在POES中所设定的扩展目标。部长拒绝了主要的请求，宣称无法获得付款的风险是应有英波基洛所承担的，但是他同意设立一个工作委员会来分析可能的合同变更。

2001年阿根廷的经济危机使英波基洛公司的收费变得更加困难，同时经济危机也使得阿根廷政府采取了一些经济措施，这些措施也影响了英波基洛公司的业务和生意。这些措

施包括，在公共事业合同一级的“比索化”，公共服务收费冻结（由 ORAB 于 2002 年 1 月 11 日开始实行）和供水服务管理模式的法令的出台。

ORAB 同时也作出决议禁止 AGBA 公司为其所做的工作收费，在 2002 年 8 月 27 日，取消了 AGBA 公司在顾客没有付款即可以中断供水服务的权利。

从 2001 年中期到 2005 年，在多个场合中，AGBA 公司都坚持向 ORAB 和其他政府部门提出重新协商合同以恢复这一特许经营合同中经济利益的均衡。AGBA 公司同时也抗议在布宜诺斯艾利斯省实行的新的供水服务管理模式的法令。

2002 年 12 月，ORAB 作出决定认为 AGBA 公司达到了第一年服务扩展和服务质量的目标，同时同意了 AGBA 公司提出的取消第二年满足 POES 所规定目标的请求，但是双方并没有在重新谈判和协商合同上达成任何协议。

2006 年 7 月 10 日，随着一个关于特许经营合同持有者履行合同情况的报告出台，新的管理机构，OCABA，基于报告所作出的 AGBA 公司违反了特许经营合同和 POES 中所规定的多项义务，处罚了 AGBA 公司。第二天，布宜诺斯艾利斯省省长终止了合同，两天后，AGBA 公司特许经营的权利被取消并转移到了一家由国家控股的叫 ABSA 的公司。

2. 裁决中所讨论的法律问题

a) 管辖权问题

i. 双边投资协议和最惠国条款下的管辖权要求（裁决书 77-109 页；斯特恩教授（Professor Stern）的并存和反对意见）

阿根廷对仲裁庭管辖权所提出的第一个反对理由是英波基洛没有遵守双边投资协议第八款第二条、第三条的规定，这两条规定要求投资者在提交案件至国际仲裁之前 18 个月将案件交由国内法庭审理。

仲裁庭认定相关条款应被解释为包含了管辖权要求，这一要求在将案件提交至国际仲裁之前需要得到满足，“英波基洛没有满足这一要求，根据双边投资协议第八款第三条的规定仲裁庭认为对本案没有管辖权。”（裁决书 94 页）

但是，当作出上述结论之后，仲裁庭多数意见考虑是否双边投资协议中第三款第一条的最惠国条款允许英波基洛公司依赖阿根廷-美国双边投资协议的第七款的规定。这一规

定允许投资者选择或者将争议提交至国内法庭，或者在争议出现六个月后，将争议提交至国际仲裁。

仲裁庭多数意见注意到，“最惠国条款的‘待遇’一词所适用范围比较广泛，可以适用如争议解决的程序性问题。此外，‘这个协议所规定的所有其他问题’这一用语包含的范围也比较广泛，足以包含争端解决规则。”（裁决书 99 页）仲裁庭多数意见同时驳回了阿根廷所提出的观点，这一观点认为“同类规则”这一原则的适用应将最惠国条款的适用限制在如“投资”等类似的问题上。

对于阿根廷所提出的由国内法庭裁决并不应视为对投资者不利的观点，仲裁庭多数意见认为“我们应该考虑的是投资者能在国内诉讼和国际仲裁间可以有选择这一方式，和在国际仲裁前必须有国内诉讼这一方式哪一种对投资者更有利”，仲裁庭所作出的结论是“一个给投资者以选择的体系比一个给投资者没有选择的体系对投资者来说更有利”。（裁决书 101 页）

最后，仲裁庭多数意见甚至承认“这些问题仍存在争议并且这些争议的法理性问题的解决和发展并没有被一致接受”，多数意见仍认为“对于在双边投资协议的最惠国条款所指的‘所有问题’或者‘任何问题’，所被几乎共同接受的观点认为它包括了争端解决规则。”（裁决书 108 页）¹

仲裁庭多数意见因此作出决定认为英波基洛公司可以依赖阿根廷-美国双边投资协议第七款的规定，并且“这个案子不能因为没有遵守阿根廷-意大利双边投资协议第八款第二条和第八款第三条的规定而被驳回。”（裁决书 108 页）

斯特恩教授（Professor Stern）在这一方面和多数意见持不同的看法，他认为最惠国条款不能被用来创造仲裁庭的管辖权。

在斯特恩教授并存和反对意见中，她承认现在相当多仲裁裁决运用最惠国条款到争端解决中，但是她注意到仲裁员在这一问题上存在对半的区分，同时她强调之前的决定不具有约束力，斯特恩教授指出阿根廷-意大利双边投资协议第三款和阿根廷-美国双边投资协议第七款根据的是完全不同的和不相符合的程序，最后，具体的结果并不是达到最惠国条

¹ 多数意见特别引用了以下这些裁决：*Maffezini v. Spain*, *Gas Natural v. Argentina*, *Suez v. Argentine Republic*, *Vivendi v. Argentina* 和 *Camuzzi v. Argentine Republic*.

款所要达到的目的，即赋予英波基洛最有利的争端解决机制，事实上赋予了它“自成一体”的由组成多数意见的仲裁员所推理论证形成的机制，但是这一机制既不在基本条约也不在第三方条约的设想中。(斯特恩教授(Professor Stern)并存及反对意见)

斯特恩教授利用这一机会又阐述了为什么她认为最惠国条款并不应该从第三方条约中抽取出争端解决机制而运用到双边投资协议中，除非相反的观点在条约中明确的表明。

斯特恩教授并没有采用其他仲裁庭达到相同结论所运用的理由（条款被“具体详细的协商”（*Plama, Tza Yap Shum v. Peru*），实质性和程序性问题的区别（*Telenor Mobile v. Hungary*），最惠国条款在投资和投资者之间的区别（*RosInvestCo v. Russian Federation*）），斯特恩教授提出分析这一问题应建立在获得权利所需要的条件和权利本身的区别上。最惠国条款仅仅是关于投资者可以享有的权利，但它不能改变享受这样的权利所需要的根本的条件。由于其他的可以获得管辖权的条件（对人管辖，对事管辖，暂时管辖）不受最惠国条款的影响，那么自愿管辖的条件也应不受影响。

ii. 间接仲裁请求和重复赔偿风险（裁决书 137-139 页）

仲裁庭需要解决阿根廷所提出的观点，阿根廷认为英波基洛的仲裁请求事实上是另一个公司 AGBA 公司的间接的仲裁请求，而这一请求仅仅是关于合同的执行。

仲裁庭注意到阿根廷 AGBA 公司的组成是阿根廷竞拍规则的要求。接着，仲裁庭认为因为双边投资协议第一款第一条 b 项的规定保护英波基洛在 AGBA 公司的股份，如果 AGBA 公司财产被征用或者遭受不公正待遇，这样的不法行为会因此影响在双边投资协议下英波基洛公司作为股东的权利。仲裁庭根据大量的案例表明股东所提出的仲裁申请在双边投资协议下受到保护，并且驳回了反对意见。

关于重复赔偿的风险，仲裁庭认识到如果在国内这一层级上给予赔偿，这会影影响英波基洛公司在双边投资协议下的仲裁申请，相反的，任何在双边投资协议下英波基洛公司所获得的赔偿会影响 AGBA 公司在国内的诉讼申请。

iii. 合同性仲裁申请和管辖权选择条款（裁决书 173-189 页）

当仲裁庭注意到是 AGBA 公司履行合同而不是英波基洛后，仲裁庭驳回了这样一种观点认为当争议可能违反合同和双边投资协议时，在合同中管辖权选择条款可以被视为排除了提出申请至仲裁这样的途径。

仲裁庭承认英波基洛公司的一些仲裁申请仅仅是合同中的问题，但是仲裁庭认为英波基洛公司所提出的关于征收，不公平和歧视待遇的问题超出了违反合同的范围，尽管他们有着同样的事实基础。

仲裁庭因此部分维持了阿根廷所提出的管辖权抗议，但它的范围仅仅是在合同违反领域，而它并不牵涉到阿根廷在双边投资协议下对投资者所承担义务的违反。

b) 法律依据

i. 征用（裁决书 268-283 页；布劳尔法官（Judge Brower）并存及反对意见，17-34 页）

仲裁庭认为应将征用和其他没有那么深远影响的规范或者限制财产使用权利的措施区别开来，同时仲裁庭也承认一些处于模糊地带的案例构成了财产的剥夺（间接征用和蚕食式征用）。

仲裁庭得出结论认为，尽管他们影响了 AGBA 公司的权利，没有一个阿根廷的行为造成了特许经营权利或者财产权利的损失。当布宜诺斯艾利斯省终止特许经营的时候，损失才发生。

仲裁庭认为，尽管阿根廷的目标是将供水和排水服务转为公共事业，在是否存在征用这一问题上起决定性作用的是布宜诺斯艾利斯省所给出的终止特许经营的行为根据合同是否有合法的根据。仲裁庭注意到在这一方面布宜诺斯艾利斯省所给出的原因是广泛和具体的，并且 AGBA 公司没有实施它的承诺。仲裁庭认为这些事实足以排除将终止合同视为一种征用的行为。

布劳尔法官（Judge Brower）持反对意见。他认为，仲裁裁决错误的忽视了间接征用的可能性，并且也没有考虑到阿根廷其他做法和不作为所具有的征用性，并且这些做法累计导致了 AGBA 公司价值的降低。

ii. 公平和公正的待遇（裁决书 284-331 页；布劳尔法官（Judge Brower）并存及反对意见，2-16 页）。

仲裁庭支持了在国际法和合同权力下合法期待的区分，并且得出结论认为，就布宜诺斯艾利斯省的行为而言是完全合同性的，他们不能构成在合法期待理论下对公平待遇标准的违反。

接着，仲裁庭分析布宜诺斯艾利斯省有关合同的行为是否不仅构成了对合同的违反，同时也是一种对阿根廷主权的滥用。仲裁庭并没有发现布宜诺斯艾利斯省的行为代表着一种对公权力的滥用，于是作出决定认为他们不能引发在双边投资协议下阿根廷的责任。

因此，仲裁庭分析了除了那些布宜诺斯艾利斯省作为合同一方的阿根廷的行为，特性是公共事业工合同比索化和冻结收费的紧急立法和 2003 年法令所建立的新的管理模式。

仲裁庭注意到 AGBA 公司没有得到承诺汇率会保持不变，或者合同结构会保持不变。但是，因为这些措施改变了合同第 12.1.1 条款所保证的经济平衡，阿根廷有义务重新恢复这样的平衡，但是事实上尽管在英波基洛公司数次请求下阿根廷仍没有这样做。仲裁庭作出结论认为由于阿根廷没有恢复在特许经营合同中的合理的平衡，阿根廷加剧了英波基洛公司困难的状况。这使得阿根廷构成了在双边投资协议下违反了自己的义务没有做到对英波基洛公司的投资提供公平和公正的待遇。

布劳尔法官（Judge Brower）认为不仅是由于多数意见所提供的理由阿根廷违反了自己应提供公平和公正待遇的义务，同时阿根廷违反很多其他的合同性规定，挫败了仲裁申请者的期望并任意的打乱了合同的平衡，这样的行为也违反了合同所规定的义务。

iii. 紧急状态（裁决书 336-360 页）

仲裁庭以国际习惯法，特别是以联合国国际法委员会制定的《关于国际违法行为国家责任的条文草案》为标准检视阿根廷紧急状态的抗辩。

在承认《条文草案》意思下阿根廷的经济危机对国家的根本利益构成了“严重的迫近的危险”后，仲裁庭考虑了其他《条文草案》所设定的标准是否也得到了满足。（裁决书 250 页）

英波基洛认为自己作为意大利的法律实体的利益应考虑进《条文草案》25款第一段(b)条所要求的平衡利益之中，仲裁庭驳回了这一观点，因为合同签署国的一小部分国民和小部分法律实体的利益不应被算成是那个国家的“根本利益”。

接着，仲裁庭考察了《条文草案》25款第2段(b)条的要求，根据这一条文，如果有关国家促成了紧急状态的出现，紧急状态的抗辩就不会适用。根据这一要求，仲裁庭确认国家的促成作用不需要是具体针对的或者计划的，也可以是本来用意良好但是未构想好的政策的结果。

对于所要求的促成作用的程度，仲裁庭指出《条文草案》的议论案规定促成作用必须是实在性的巨大的而不是附带或者偶然的。在这一点上，仲裁庭得出结论认为即使其他因素影响着阿根廷的经济，阿根廷在危机前数年的经济政策使得这个国家的经济面对对外来的冲击和压力显得比较脆弱，同时也对国家和地方两个层面经济模式的可持续性产生了负面的影响。

仲裁庭因此认为阿根廷对“紧急状态”的产生起了很大的促进作用，因此并没有满足在《条文草案》25款中设定的排除紧急状态适用的条件。

斯特恩教授(Professor Stern)认为，阿根廷当局对危机的巨大实质性的推动作用这一点并没有充分的证明，但是由于对公平和公正待遇义务的违反在危机之后一直延续，她同意了法律依据中所作出的决定。

iv. 赔偿(裁决书 361-381 页；布劳尔法官(Judge Brower) 并存和反对意见, 35-38 页)

仲裁庭提出实行在 Chorzow Factory 案中所提出的赔偿标准，最后重新建立起如果阿根廷违反双边投资协议这一情况没有出现英波基洛会是什么样的情形。

仲裁庭考虑了所有情况以后，特别是考虑到特许经营所覆盖的是非常贫困的有非常低的收费率的地区，在特许经营前期 AGBA 公司所经历的困难和从投资者方面来说对大量投资的需求，仲裁庭作出决定认为仲裁申请者没有充分的证明，即使没有阿根廷的非法行为，AGBA 公司也会从特许经营合同中获利。

因此，仲裁庭认为以成本或者资产为基础的方法，或是收入为基础的方法是不合适的，仲裁庭更倾向于对损失进行合理的估计。

仲裁庭最后决定阿根廷应该赔偿英波基洛公司在特许经营合同上的投资。

布劳尔法官（Judge Brower）没有同意多数意见所运用的“分担责任”的观点，他认为投资的价值应该运用贴现现金流分析方法，这一方法通常被用于企业的“持续经营”。

v. 利率（裁决书 382-384 页；布劳尔法官（Judge Brower）并存和反对意见，39-40 页）

关于计算利率的起始点，仲裁庭认为不公平待遇的发生没有明确的时间。仲裁庭接着选择合同终止的时间作为阿根廷应付利息的起始时间，因为这个时候毫无疑问阿根廷违反双边投资协议的行为达到了顶点。

布劳尔法官（Judge Brower）不同意多数意见，他指出被多数意见视为阿根廷违反公正公平待遇义务的行为发生在 2002 年（“比索化”），和 2003 年（新的管理模式），所以仲裁裁决应该将这三年所“失去”的包括在赔偿仲裁申请者的利率计算中。

3. 裁决

仲裁庭驳回了除仅仅是合同性的请求外被申请人对中心管辖权限和仲裁庭能力的抗辩。

在法律依据上，当驳回了英波基洛关于征收的仲裁申请后，仲裁庭决定阿根廷由于没有以公平和公正待遇对待英波基洛违反了双边投资协议。仲裁庭认为没有必要决定被申请人损害英波基洛的投资是通过不公正和歧视性的措施，还是没有对投资提供充足的保护和充分的安全。

最后，仲裁庭决定阿根廷应该赔偿英波基洛遭受的损失 21294000 美元，还有从布宜诺斯艾利斯省终止合同日期开始算起在此数额上每年 6% 的复利。