

# Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

February 2020

Edition No. 39

## Tokyo Introduction:

In this February edition, we are delighted to present legal and industry updates from the firm’s global network of offices. The selection is based upon our experience of the wide variety of issues faced by our clients in their business operations and investments around the world.

We hope that you enjoy the edition and would welcome the opportunity to discuss further any matters which impact your business today.



**Chris Bailey**  
Partner, Tokyo

+81 (0)3 4510 5603  
[cbailey@kslaw.com](mailto:cbailey@kslaw.com)



**John McClenahan**  
Managing Partner, Tokyo

+81 (0)3 4510 5601  
[jmcclenahan@kslaw.com](mailto:jmcclenahan@kslaw.com)

## Directory Commentary:

*Named Most Impressive Firm in International Arbitration by Global Arbitration Review and International Arbitration Practice of the Year by both Law360 and Legal Business in 2019*

## GAR, Law360 and Legal Business 2019

## In This Issue:

Lead Article.....	Page 1
Resources & Links.....	Page 5
Our Team.....	Page 6

## The Future of Commercial and Investment Arbitration in South Africa

### *Mixed Signals & Serious Implications for Foreign Investors*

#### Introduction

In late 2017, South Africa modernized its International Arbitration Act (the “IAA”) and showed potential to become the arbitral seat of choice for arbitrations involving African parties. Just a few months later, however, South Africa took a step in the opposite direction when its Protection of Investment Act 22 of 2015 came into effect and replaced all of South Africa’s bilateral investment treaties (“BITS”) with watered-down protections for foreign investors and no right to investor-State arbitration.

These mixed signals have serious implications for foreign investors looking to invest in South Africa, who should assess their investment risks against this background. On balance, foreign investors entering into commercial contracts with South African parties may consider South Africa the agreed seat for arbitration, while new investors investing in South Africa should channel their investments through countries that have BITS with South Africa that have not yet been terminated.

#### **Background: Arbitration in Sub-Saharan Africa and South Africa**

In recent years, there has been an increase in the number of arbitrations involving sub-Saharan African parties, but no sub-Saharan African seat of arbitration has emerged for those disputes. According to dispute resolution statistics for 2017 from the International Chamber of Commerce (the “ICC”), the number of sub-Saharan African nationalities represented in 2017 filings rose from 109 in 2016 to 153 in 2017, and the number of cases involving South African parties doubled in 2017.

However, parties seldom selected a sub-Saharan African country as the seat of arbitration in 2017: they chose Burkina Faso once, Cameroon once, South Africa thrice and Tanzania once. South Africa is therefore a good option for a much-needed seat for arbitration within Africa.

#### **South Africa Adopts A New International Arbitration Act**

The new IAA, which entered into force on 20 December 2017, introduced three necessary improvements to the South African international arbitration system:

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

- 1) the legal framework that applies to South African seated arbitrations are aligned with international standards;
- 2) South Africa is now aligned with the New York Convention in terms of restrictive grounds to refuse recognition and enforcement; and
- 3) certain obstacles to arbitration of disputes have been removed and party autonomy restored.

**First**, South Africa abrogated its outdated Arbitration Act No. 42 of 1965 as regards international arbitrations seated in South Africa and replaced it with the United Nations Commission on International Trade Law (“**UNCITRAL**”) Model Law on International Commercial Arbitration (as modified in 2006), with a few minor variations. The Arbitration Act No. 42 of 1965 remains applicable to domestic arbitrations.

The UNCITRAL Model Law is widely regarded as encapsulating international norms and best practices for international arbitration, and with it in place, international businesses can have more confidence in arbitrations seated in South Africa. The main welcome changes under the new IAA are the severability of the arbitration agreement, the statutory power of arbitral tribunals to determine their own jurisdiction (which did not exist under the 1965 act) and narrower grounds to set aside awards aligned on the UNCITRAL Model Law. The new IAA further expressly specifies that it applies to any commercial international arbitration to which a public body is a party.

**Second**, the IAA replaced the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act No. 40 of 1977, which had been promulgated to give effect to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The IAA gives effect to South Africa’s obligations under the New York Convention, which it annexes as a Schedule 3. The grounds for South African courts to set aside an award rendered in South Africa are almost identical (Article 34). In short, the recognition and enforcement regime under the IAA allows for the setting aside or denial of recognition and the enforcement of an award only on limited grounds.

**Third**, the IAA removed an obstacle to arbitrating mining disputes by no longer requiring the permission of the minister of economic affairs to enforce foreign arbitral awards related to mining and production as was the case under the 1978 Protection of Businesses Act, which is no longer applicable. The IAA should encourage parties to arbitrate their mining disputes relating to South Africa,

armed with the confidence that their foreign awards can be enforced in South Africa.

Turning to arbitral institutions, the Arbitration Foundation of Southern Africa (the “**AFSA**”) was founded in 1996. AFSA created AFSA International in 2017 to administer cross-border disputes except for China-Africa ones, which are to be heard by the China-Africa Joint Arbitration Centre (the “**CAJAC**”) created in 2018. We are not aware of CAJAC having administered any arbitration yet. AFSA International itself is a young arbitral institution, although its international caseload has doubled since the enactment of the IAA.

Other alternatives involve having the ICC or other well established arbitral institutions administer their cases seated in South Africa.

### **South Africa Rejects Investment Treaty Arbitration**

Just as South Africa made substantial progress on the commercial arbitration front, however, it took steps back on the investment treaty arbitration front.

From terminating BITs to promulgating legislation with diluted substantive and procedural protections of foreign investors, South Africa’s actions have dramatically changed the legal climate and risk assessments for such investors.

In 2007, investors from Italy and Luxembourg commenced an investment treaty arbitration against South Africa under the applicable BITs, claiming that policies inspired by South Africa’s Black Economic Empowerment program - including requirements that foreign investors divest a portion of their equity stake to a local historically disadvantaged South African - amounted to expropriation of their investments in the granite sector.

The arbitration generated intense debate about the interaction between South Africa’s constitutional law and international investment law obligations and triggered South Africa’s review of its BITs. The investors ultimately reached a settlement with South African mining regulators in which the investors were permitted to sell only 5 percent (rather than 26 percent) of their company to local historically disadvantaged South Africans.

In 2010, the South African government concluded the three-year review of its BITs and found that they “*open the door for narrow commercial interests to subject matters of vital national interest to unpredictable international arbitration outcomes and are a direct challenge to constitutional and democratic policy making.*” The South African Cabinet therefore decided in July 2010 that South Africa would:

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

- (i) refrain from entering into new BITs unless there were compelling political or economic reasons to do so;
- (ii) terminate its existing BITs; and
- (iii) develop a new Foreign Investment Act.

To date, South Africa has terminated its BITs with Argentina, Austria, Belgium-Luxembourg Economic Union, Denmark, France, Germany, Netherlands, Spain, Switzerland and the UK by providing written notice of termination and/or by letting them expire. Further, South Africa has refrained from ratifying 27 BITs it had signed so that these never entered into force (e.g., with Angola, Canada, Ethiopia, Ghana and Tanzania). Only 13 South African BITs are in force as of today (with China, Cuba, Finland, Greece, Iran, Italy, Korea, Mauritius, Nigeria, Russia, Senegal, Sweden and Zimbabwe). South Africa has not entered into any new BITs since 2010.

Some of the terminated BITs contain so-called sunset clauses, meaning that the treaty continues to protect investments made prior to termination for a certain period of time following termination, such as 10 years (Denmark), 15 years (Netherlands) or 20 years (France, Germany, Switzerland and the UK). Some of the BITs (e.g., Mauritius) still in force can be terminated at any time by giving one year's written notice (and also subject to a sunset clause). Investors who channel their investments through Mauritius (as is common) will still be protected by a sunset clause of 20 years following termination of the Mauritius BIT. Other BITs have an ongoing period of validity - for example, in 2021 (Greece) and 2027 (Korea) - and could be terminated upon notice at least one year before the expiration of that period.

The government intends to phase out all its BITs and replace them with the Protection of Investment Act 22 of 2015, which came into force by publication of a notice in the *Government Gazette* on July 13, 2018. The Protection of Investment Act affords foreign investors less protection for their investments than they would typically receive under BITs. For example, investors are no longer guaranteed adequate compensation from expropriation under international law (and only have a right to property pursuant to Section 25 of the South Africa Constitution), and investors do not have the usual fair and equitable treatment protection (instead, they only have a right to administrative and procedural justice as provided for in the Constitution and applicable legislation).

The Protection of Investment Act also provides a carve-out of the government's right to "*take measures that are necessary for the fulfilment of the Republic's obligations*

*in regard to the maintenance, compliance or restoration of international peace and security, or the protection of the security interests, including the financial stability of the Republic.*" Crucially, the Protection of Investment Act does not provide for investor-State arbitration. Instead, an investor-State dispute is to be mediated, and an investor may resort to South African courts for the resolution of such a dispute.

The government may consent to international arbitration, subject to the exhaustion of domestic remedies, but such arbitration is limited to State-to State arbitration - i.e., arbitration between the home State and the host State. In sum, the Protection of Investment Act gives insufficient protection to investors investing in South Africa by limiting investors' substantive and procedural rights and is not a satisfactory substitute for investment treaty protection from the investor's perspective.

The same can be said of the only multilateral investment treaty to which South Africa is a party, the South African Development Community ("**SADC**") Protocol on Finance and Investment. The SADC was amended in 2016, with the amendment coming into force on August 24, 2017, to address concerns about investor-State arbitration. The amendment limits the application of the agreement to investors from SADC member States investing in another member State; preserves the right of host States to take regulatory measures consistent with social and economic policy objectives; and removes the right to investor-State arbitration, providing for settlement of such disputes through courts or tribunals of the host State.

With BITs terminated in favor of the Protection of Investment Act, foreign investors in South Africa are left exposed, and the investment protection options for foreign investors investing in South Africa are shrinking.

### Recommendations & Conclusion

Investors can still take advantage of treaty protection by structuring their investment - before a dispute is foreseeable - to fall within the scope of a South African BIT still in force and with a sunset clause (typically through the incorporation of a special-purpose vehicle in the counterpart country).

Further, foreign investors should attempt to negotiate robust investment agreements with South Africa containing, for instance, stabilization clauses to safeguard their economic bargain in the face of changing legislation, as well as arbitration clauses. Conversely, South African investors can take advantage of treaty protection by structuring their investments through a home State that has a BIT with the host State. For instance, a South African investor investing in the UK (a

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

top destination for South African foreign direct investment) could channel its investment through a special-purpose vehicle in Mauritius to benefit from the Mauritius-UK BIT.

In conclusion, foreign investors looking to invest in South Africa should consider structuring their investments to benefit from investment treaty protection despite South Africa's move away from investment treaties.

### About the Author and our Trial and Global Disputes Practice

Globally, King & Spalding has a **preeminent Disputes practice** that comprises more than 600 lawyers in 20 offices, combining strong litigation, arbitration, and regulatory expertise with deep-seated experience in common and civil laws. King & Spalding arbitrators and litigators have a passion for winning cases and are recognized for our accomplishments in hearing and the courtroom.

For **International Arbitration**, the firm also placed second globally in Global Arbitration Review's "GAR 30" ranking, a guide to the world's leading international arbitration practices. The GAR 30 highlighted the firm's large portfolio of cases as counsel valued at over US\$ 128 billion and 78 pending cases as arbitrator, the highest of any law firm. The GAR 30 commentary quotes King & Spalding's clients describing the firm's practice as "*the very best arbitration law firm we have ever worked with*," "*committed and highly skilled*," "*very pragmatic*" and "*amazing*". King & Spalding was also recognised as one of only three Band 1 International Arbitration firms in Chambers Global 2018. In addition, our Asia team have been recognised as elite international arbitration practitioners in the region, earning top tier rankings in Chambers Asia Pacific.

As for **US litigation**, forty-four of our trial lawyers are named in the prestigious The Best Lawyers in America. King & Spalding has (including nine retired partners) 20 members of the American College of Trial Lawyers, widely considered to be the premier litigation, trial practice and ethics association in the US. The partnership includes two past presidents, ten active members and nine retired members of the American College of Trial Lawyers. Thirty-nine of our litigation partners are named as leaders in their field by Chambers USA.

**Elodie Dulac** is a partner in King & Spalding's Singapore office, represents clients in international commercial and investment treaty arbitrations. She has particular expertise in the energy and mining sectors as well as in shareholders and joint venture disputes. In addition to

her work as counsel, Elodie sits as an arbitrator. She is a co-founder and member of the Organising Committee of the Annual East Africa International Arbitration Conference. She has taught international arbitration and international investment law at the Universities of Addis Ababa, Mekelle and Bahir Dar in Ethiopia.

## Resources & Links

The following links provide access to further King & Spalding Dispute Resolution and Crisis Management publications.

### Legal Updates

**Investment Treaty Protection:** Structuring Investments into Africa through Mauritius to Benefit from Investment Treaty Protection

**Private Equity Investment:** A Brewing Anti-Corruption Enforcement Storm: Private Equity Investments in SubSaharan Africa

**International Investment Agreement:** An Overview of Chile's International Investment Agreement Program

**Trade Agreement:** United States And China Reach "Phase One" Trade Agreement

**Foreign Investment:** CFIUS Proposes New Rules Scrutinizing Foreign Investment

**Trade Arsenal:** The European Commission Proposes to Boost Its Trade Arsenal Amid the Paralysis of the WTO Appellate Body

**WTO Dispute:** United States Wins WTO Dispute Against India Involving \$7 Billion In Export Subsidies

**Sanctions System Annual Report:** World Bank Group Issues Sanctions System Annual Report for 2019: Key Highlights

**Updated Disclosure Policy:** DOJ Releases Updated Export Control and Sanctions Voluntary Disclosure Policy

**Africa Investment:** Africa Investment Opportunities: Risk and Reward

### King & Spalding News

**Market Recognition:** Global Arbitration Review Names King & Spalding Most Impressive Firm in International Arbitration

**Market Recognition:** Legal 500 Latin America 2019 Ranks King & Spalding Among the Region's Top International Firms

**Partner Hire:** Asia-Pacific arbitration partner Peter Chow joins the firm's International Arbitration team in Singapore

**Market Recognition:** Lifetime Achievement Award: R. Doak Bishop, King & Spalding

**Market Recognition:** Chambers Asia-Pacific 2020 Recognizes King & Spalding Among the Region's Top Firms

**Market Recognition:** Chambers UK 2020 Guide Recognizes King & Spalding With Multiple Rankings

**Case News:** John Savage QC advises in a shareholder dispute over the corporate governance of India's largest airline, IndiGo

**Partner Hire:** Vanessa Alarcon Duvanel joins K&S as counsel to launch the firm's international arbitration practice in Geneva

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

### Global Contacts (with links to curricula vitae)

#### Global Arbitration Leadership



**Chris Bailey**  
England & Japan\*  
Head of Tokyo



**Ed Kehoe**  
New York Office  
Head of America



**John Savage, QC\*\***  
London Office  
Head of EMEA



**Wade Coriell**  
Singapore Office  
Head of Asia

#### The Regional Asia Disputes Team



**Stuart Isaacs, QC\*\***  
English Barrister  
Trial & Global Disputes



**Emerson Holmes (Partner)**  
English Barrister  
Construction



**Peter Chow (Partner)**  
Singapore  
Trial and Global Disputes



**Elodie Dulac (Partner)**  
France & Cambodia\*  
Investor Treaty



**Simon Dunbar (Partner)**  
New York & England  
Commercial



**Manuel Bautista, Jr. (Counsel)**  
New York & Philippines  
Commercial



**Donny Low (Senior Attorney)**  
New York & Australia  
Anti-trust & Investigations



**Anisha Sud (Senior Associate)**  
Texas  
Trial and Global Disputes



**Kevin Lim (Senior Associate)**  
Singapore  
Trial and Global Disputes



**Hanna Azkiya (Associate)**  
Indonesia  
Bahasa Indonesia



**David Park (Associate)**  
Australia  
Korean



**Xiaomao Min (Associate)**  
China  
Mandarin

#### Global Disputes Partners



**Reggie Smith**  
Houston



**Sarah Walker**  
London



**Craig Miles**  
Houston



**Tracie Renfroe**  
Houston



**James Berger**  
New York



**Marc-Olivier Langlois**  
Paris



**Adrian Cole**  
Abu Dhabi



**Tom Sprange, QC\*\***  
London

\* Registered Foreign Lawyer

\*\* Queen's Counsel

**東京オフィスの紹介：**

本2月号では、当事務所のグローバルなオフィスネットワークからの法律および業界の最新情報をお届けします。今回の選択は、お客様が世界中の事業運営および投資において直面するさまざまな問題に関わってきた当事務所の経験に基づいています。

本号をお楽しみいただけることを願うとともに、現在貴社のビジネスに影響のある事項がございましたらいつでもご相談に応じさせていただきます。



**クリス・ベイリー**  
パートナー、東京

+81 (0)3 4510 5603  
cbailey@kslaw.com



**ジョン・マクレナハン**  
マネージング・パートナー、東京

+81 (0)3 4510 5601  
jmcclellan@kslaw.com

**リーガル・ディレクターより：**

2019年において、*Global Arbitration Review*により国際仲裁の分野において最も印象的な事務所に、また、*Law360* および *Legal Business* の両者によって、年間最優秀国際仲裁プラクティスに選出されました

**GAR、Law360 および Legal Business 2019****本号：**

トップ記事.....	1頁
リソース&リンク.....	5頁
担当チーム.....	6頁

**南アフリカにおける商事仲裁および投資仲裁の将来****相反する兆候および外国投資家への深刻な影響****はじめに**

2017年下旬、南アフリカは、国際仲裁法（「IAA」）を近代化し、アフリカの当事者が関与する仲裁のための最適な仲裁地となる潜在力を示しました。ところが、わずか数ヶ月後、南アフリカは逆方向に歩を進めました。投資保護法（Protection of Investment Act 22 of 2015）が発効し、同法が南アフリカの全ての二国間投資協定（「BIT」）に置き換わり、それによって、外国投資家に対する保護が弱められたため、投資家・国家間の仲裁に対する権利が失われたのです。

これらの相反する兆候は、南アフリカへの投資に関心のある外国投資家に深刻な影響を及ぼすものであり、投資家らは、このような経緯に照らして自らの投資リスクを評価すべきです。結局のところ、南アフリカの当事者と商事契約を締結する外国投資家は、合意仲裁地として南アフリカを検討することもできますが、南アフリカに投資する新たな投資家は、投資に際して、南アフリカとの間で依然終了していないBITを締結している国を経由させるべきと考えられます。

**経緯：サハラ以南のアフリカ地域および南アフリカにおける仲裁**

近年、サハラ以南のアフリカ地域の当事者が関与する仲裁件数が増加していますが、サハラ以南のアフリカ地域の仲裁地は、そのような係争においてあまり選択されていません。国際商業会議所（「ICC」）の2017年の紛争解決統計によれば、2017年の申請におけるサハラ以南のアフリカ国籍の者の数は、2016年の109から2017年には153に増加し、南アフリカの当事者が関与する件数は2017年に倍増しました。

しかしながら、2017年においてサハラ以南のアフリカ国家を仲裁地として選択した当事者は、ほぼ皆無であり、ブルキナファソが1件、カメルーンが1件、南アフリカが3件、タンザニアが1件でした。南アフリカは、アフリカ地域内において切望される仲裁地として良い選択肢です。

**南アフリカが、新たな国際仲裁法を採択**

新たなIAAは、2017年12月20日に施行されており、南アフリカの国際仲裁制度に3点の必要な改善が次のとおり加えられました。

- 1) 南アフリカを仲裁地とする仲裁に適用される法的枠組みについて、国際基準との整合が図られています。
- 2) 南アフリカは、仲裁判断の承認および執行を拒否するための限定的な理由の点において、現時点でニューヨーク条約と整合しています。
- 3) 紛争の仲裁を阻む一定の障害が除去され、当事者自治が復活しました。

**第一の点**として、南アフリカは、南アフリカを仲裁地とする国際仲裁に関する時代遅れの仲裁法 (Arbitration Act No. 42 of 1965) を廃止し、同法を国際連合の国際商取引法委員会 (「UNCITRAL」) の国際商事仲裁に関するモデル法 (2006年改訂を含む。) に若干の軽微な変更を加えたものに差し替えられました。仲裁法 (Arbitration Act No. 42 of 1965) は、国内の仲裁に適用され続けます。

UNCITRAL モデル法は、国際基準と国際仲裁のベストプラクティスを取り込むものとして広く認知されており、その実施により、国際ビジネスにおいて、南アフリカを仲裁地とする仲裁に対する信頼が高まる可能性があります。新たな IAA において歓迎される主要な変更として、仲裁合意の分離可能性、仲裁廷が自らの管轄権を決定する制定法上の権限 (1965年法には存在していませんでした。)、および UNCITRAL モデル法に基づいて統一された仲裁判断を退けるための理由の縮小が挙げられます。更に、新たな IAA は、公共団体が当事者である商事国際仲裁にも適用される旨を明確に定めています。

**第二の点**として、IAA は、外国仲裁判断の承認および執行に関する法律 (Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act No. 40 of 1977) と差し替えられ、同法は、「外国仲裁判断の承認および執行に関するニューヨーク条約」に効力を生じさせるために公布されました。IAA は、ニューヨーク条約に基づく南アフリカの義務に効力を生じさせ、同条約が別添 3 として添付されています。南アフリカの裁判所が、南アフリカにおいて下された仲裁判断を退ける理由は、ほぼ同一です (第 34 条)。要するに、IAA に基づく承認および執行の制度により、仲裁判断の承認および執行の除外または拒否ができる事由が限定されています。

**第三の点**として、IAA によって、採掘および生産に関連する外国仲裁判断を執行するために経済省の許可を要しないものとするにより、採掘紛争の仲裁を阻む障害が除去されました。かかる許可は、事業保護法 (1978 Protection of Business Act) に基づき要求されていましたが、それが適用されなくなりました。IAA により、当事者は、外国仲裁判断が南アフリカにおいて執行可能であるという確信が得られ、南アフリカに関連する採掘紛争において仲裁を使いやすくなるでしょう。

仲裁機関に目を向けると、南アフリカ仲裁財団 (「AFSA」) が 1996 年に設立されました。AFSA は、中国・アフリカ間の紛争を除き、国境を越えた紛争を処理するため、2017 年に AFSA インターナショナルを創設しました。中国・アフリカ間の紛争は、2018 年に創設された中国・アフリカ共同仲裁センター (「CAJAC」) によって審理されます。当所では、CAJAC が処理した仲裁をまだ認識していません。AFSA インターナショナル自体は、国際的な処理件数は IAA の制定後、倍増しているものの、まだ若い仲裁機関です。

その他の選択肢としては、ICC または定評のあるその他の仲裁機関に対して、南アフリカを仲裁地とする事件の処理を委ねるという方法があります。

### 南アフリカが、投資協定による仲裁を拒絶

南アフリカが、商事仲裁関係において著しく進歩した一方で、投資協定の仲裁関係においては後退しています。

BIT の終了から、外国投資家の実質的および手続上の保護が弱められた法律の公布に至るまで、南アフリカの行動は、外国投資家にとっての法的な環境とリスク評価を劇的に変えました。

2007 年に、イタリアとルクセンブルクの投資家が、該当する BIT に基づいて、南アフリカに対して、投資協定仲裁を開始し、南アフリカの黒人経済力強化プログラムによって進められた政策 (外国投資家が、自らの持分の一部を現地の歴史的に不利な境遇にあった南アフリカ人に売却しなければならないという要件を含みます。) により、花崗岩セクターにおける自らの投資が政府により取用されるに至ったと主張しました。

当該仲裁により、南アフリカの憲法上と国際投資法上の義務間の相互関係に関する激しい論争が生じ、南アフリカによって BIT が見直されるきっかけとなりました。当該投資家は、最終的に南アフリカの採掘規制当局との間で和解に至り、当該投資家は、自らの会社の (26%ではなく) 5%のみを現地の歴史的に不利な境遇にあった南アフリカ人に売却することを許可されました。

2010 年に、南アフリカ政府は、自国の BIT の 3 年に亘る見直しを終了し、BIT は、「極めて重要な国益の対象物に対する限られた商業的利益を、予測不能な国際仲裁の結果に託すようなものであり、憲法上および民主的な政策立案に対する真っ向からの挑戦である」としました。そして、南アフリカ内閣は、2010 年 7 月に、南アフリカが次の事項を実行することを決定しました。

- (i) 政治的または経済的な理由のない限り、新たな BIT の締結を控えること
- (ii) 既存の BIT の終了
- (iii) 新たな外国投資法の策定



## 東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

現時点までに、南アフリカは、終了通知書を送付したり、期間を満了させたり、その双方を行うことにより、アルゼンチン、オーストリア、ベルギー・ルクセンブルク経済同盟、デンマーク、フランス、ドイツ、オランダ、スペイン、スイスおよび英国との BIT を終了しています。また、南アフリカは、効力が発生することのないよう、（例えば、アンゴラ、カナダ、エチオピア、ガーナおよびタンザニアとの間の）署名済みの 27 件の BIT の追認を控えています。本日現在効力を有しているのは、（中国、キューバ、フィンランド、ギリシャ、イラン、イタリア、韓国、モーリシャス、ナイジェリア、ロシア、セネガル、スウェーデンおよびジンバブエとの間の）13 件の南アフリカの BIT のみです。南アフリカは、2010 年以降、新たな BIT を締結していません。

終了した BIT には、いわゆるサンセット条項が含まれているものがあります。すなわち、終了前に実施された投資は、10 年間（デンマーク）、15 年間（オランダ）または 20 年間（フランス、ドイツ、スイスおよび英国）等、終了後も一定期間、協定によって保護され続けます。依然として効力を有する BIT（例えば、モーリシャス）には、1 年前までの書面による通知により、（サンセット条項も条件として）いつでも終了できるものもあります。（大半がそうであるように）モーリシャスを経由して自らの投資を行う投資家は、モーリシャスとの BIT の終了後も 20 年間のサンセット条項によって依然保護されます。その他の BIT は、例えば 2021 年（ギリシャ）および 2027 年（韓国）まで有効期間を有しており、かかる期間の満了の少なくとも 1 年前までに通知することにより終了が可能です。

南アフリカ政府は、自国の全ての BIT を段階的に廃止し、それらを投資保護法 (Protection of Investment Act 22 of 2015) に置き換える予定であり、同法は、2018 年 7 月 13 日に官報における公告をもって効力が発生しました。投資保護法において、外国投資家による投資に対して当該投資家に与えられる保護は、BIT に基づいて通常受けていた保護よりも弱いものです。例えば、国際法に基づく取用による十分な賠償は、投資家に対してはや保証されず（南アフリカの憲法第 25 条に基づく財産に対する権利のみを有します。）、投資家は、通常の公正かつ公平な取扱いによる保護を得られません（その代わりに、憲法および適用法に定められた行政上および手続上の公正さに対する権利のみを有します。）。

投資保護法は、「国際的な平和と安全の維持、遵守もしくは回復に関する共和国の義務の遂行のために、または共和国の財政の安定を含む担保権の保護のために必要な措置を講じる」政府の権利も設定しています。重要な点として、投資保護法は、投資家・国家間の仲裁について定めていません。その代わりに、投資家・国家間の紛争は調停に付され、投資家は、かかる紛争の解決のため、南アフリカの裁判所に訴えを起こすことができます。

政府は、国内における救済手段が他になくなったことを条件として、国際仲裁に同意することができますが、かかる仲裁は、国家間の仲裁、すなわちホーム国とホスト国との間の仲裁に限られます。要するに、南アフリカに投資する投資家に対して投資保護法に基づき与えられる保護は、投資家の実質的かつ手続上の権利が制限されていることから十分なものではなく、投資家の観点からすれば、投資協定に基づく保護に十分代わるものではありません。

南アフリカが当事者である唯一の多国間投資協定である南アフリカ開発共同体（「SADC」）の財務および投資に関するプロトコル (Protocol on Finance and Investment) についても、同じことが言えます。投資家・国家間の仲裁に関する懸念に対処するため、SADC プロトコルは 2016 年に改訂され、改訂は 2017 年 8 月 24 日に効力が発生しました。かかる改訂により、別の SADC 加盟国に投資する SADC 加盟国の投資家に対する契約の適用が制限されており、社会的および経済的な政策目標に沿った規制上の措置を講じるホスト国の権利が維持され、また、投資家・国家間の仲裁に対する権利が剥奪され、ホスト国の裁判所または裁定機関による紛争の和解が定められました。

投資保護法を優先して BIT が終了し、南アフリカにおける外国投資家は無防備な状態に置かれた状態となり、南アフリカに投資する外国投資家にとっての投資保護の選択肢は縮小しています。

## 提言および結論

投資家は、紛争が予見される前に、依然として効力を有し、サンセット条項が付された南アフリカの BIT の対象となるよう自らの投資を構成することにより（通常、相手国の特定目的ビークルの組込みにより）、依然として協定上の保護を利用することが可能です。

また、外国投資家は、南アフリカとの間で、例えば、法律の改正に備えて自らの経済的な契約を保護するための安定化条項、および仲裁条項を含む強力な投資契約の交渉を試みるべきです。逆に、南アフリカの投資家は、自らの投資をホスト国との間で BIT を有するホーム国を経由させることにより、協定に基づく保護を利用することができます。例えば、英国（南アフリカの直接外国投資の投資先のトップ）に投資する南アフリカの投資家は、モーリシャス・英国間の BIT の恩恵を受けるため、モーリシャスの特定目的ビークルを介して投資を行うことができます。

結論として、南アフリカに投資しようとする外国投資家は、南アフリカによる投資協定からの撤退にかかわらず、投資協定による保護の恩恵を受けられるよう投資を構成することを検討すべきです。

## 東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

## 著者およびキング&amp;スポールディング トライアルおよびグローバル紛争部門について

キング&スポールディングは、20のオフィスにおける600名超の弁護士を擁する**卓越したグローバル紛争担当部門**を有しており、訴訟、仲裁および規制関連の堅固な専門知識ならびにコモンローと民法に深く根差した経験を兼ね備えています。キング&スポールディングの仲裁および訴訟専門弁護士は、訴訟事件を勝ち取るための熱意に溢れ、彼等の審理および法廷での実績は評価されています。

**国際仲裁**に関しては、当事務所は、世界有数の国際仲裁専門誌 *Global Arbitration Review* の「GAR 30」ランキングにおいて、世界第2位にランクされました。GAR 30は、当事務所が手掛けた大規模ポートフォリオの訴訟案件が1,280億米ドルを超えたとして評価、また、78件の係争中の案件の仲裁人として、最高の法律事務所であることを強調しました。GAR 30は、当事務所のクライアントが、当事務所の実務部門を「これまでに共に案件を手掛けた事務所の中で最高の仲裁法律事務所」、「熱心で、高度な専門性を有している」、「非常に実践的」、そして「素晴らしい」と述べています。当事務所はまた、*Chambers Global 2018* の3つの国際仲裁を専門とする法律事務所 (Band 1) のうちの1つとして選出されました。さらに、当事務所のアジアチームは、この地域のエリート国際仲裁実務家として選出されており、*Chambers Asia-Pacific* においてトップレベルにランクされました。

**米国訴訟**を専門とするチームにおいては、当事務所の44名の法廷弁護士は、名誉ある「*The Best Lawyers in America*」により選出されています。また、当事務所は *American College of Trial Lawyers* のメンバーである(9名の引退したパートナーを含む)20名の弁護士を擁しており、彼等は *premier litigation, trial practice* および *ethics association* として米国において幅広く知られています。このパートナーのメンバーには、2名の前会長、10名の現職者および9名の引退者が含まれています。訴訟専門パートナーのうち39名は、*Chambers USA* により、その分野のリーダーとして評価されています。

**Elodie Dulac** は、King & Spalding シンガポールオフィスのパートナーであり、国際的な商事仲裁および投資協定仲裁においてクライアントの代理人を務めています。特に、エネルギーおよび鉱業セクターならびに株主および合弁事業における紛争について専門知識を有しています。弁護士としての業務に加え、仲裁人も務めます。また、東アフリカにおける年次国際仲裁会議の組織委員会の共同創設者兼委員です。エチオピアのアディスアベバ大学、メックエル大学およびバハルダール大学において、国際仲裁および国際投資法について教鞭をとってきました。

## リソース&リンク

下記のリンクから、King & Spalding による紛争解決および危機管理の発表内容にアクセスできます。

### 法務アップデート

**投資協定保護**：投資協定保護の恩恵を受けるための  
モーリシャス経由のアフリカへの投資の構成

**未公開株式投資**：腐敗防止執行の嵐の気配：サハラ  
以南のアフリカ地域への未公開株式投資

**国際投資合意**：チリの国際投資合意プログラム概観

**貿易協定**：米国と中国が「第一段階」の貿易協定に合意

**外国投資**：CFIUS が外国投資を精査するための新たな規則を提案

**貿易問題対抗措置**：欧州委員会が、WTO 上級委員会が  
機能停止する中、貿易問題対抗措置の強化を提案

**WTO 係争**：米国が、70 億ドルの輸出補助金が絡む  
インドとの間の WTO 係争において勝利

**制裁制度に関する年次報告書**：世界銀行グループが、  
制裁制度に関する年次報告書を発表：主要ポイント

**開示方針の改訂版**：DOJ が、輸出規制および制裁  
に関する自発的な開示方針の改訂版を発表

**対アフリカ投資**：対アフリカ投資機会：リスクと恩恵

### 当事務所ニュース

**市場評価**：Global Arbitration Review が、King &  
Spalding を国際仲裁における最も優れた事務所に選出

**市場評価**：Legal 500 2019 年ラテンアメリカ版が、  
King & Spalding を同地域におけるトップ国際法律事務  
所にランク付け

**パートナー採用**：アジア太平洋地域の仲裁パートナー  
である Peter Chow が、当事務所のシンガポールの国際  
仲裁チームに加入

**市場評価**：特別功労賞：King & Spalding の R. Doak  
Bishop

**市場評価**：Chambers Asia-Pacific 2020 が、King &  
Spalding をアジア太平洋地域におけるトップ法律事  
務所の一つとして評価

**市場評価**：Chambers UK 2020 Guide が、King &  
Spalding を複数のランキングに選出

**案件ニュース**：John Savage QC が、インド最大の航  
空会社である IndiGo のコーポレートガバナンスに関  
する株主紛争で助言

**パートナー採用**：Vanessa Alarcon Duvanel が、ジュネ  
ーブにおいて当事務所の国際仲裁プラクティスを立  
ち上げるためにカウンセラーとして K&S に加入

東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

グローバル担当者 (経歴へのリンク付き)

グローバル仲裁担当 主任



クリス・ベイリー  
英国および日本\*  
東京 国際紛争 主任



エド・キホー  
ニューヨーク・オフィス  
米国 紛争担当 主任



ジョン・サヴェージ QC\*\*  
ロンドン・オフィス  
欧州、中東およびアフリカ  
紛争担当 主任



ウェイド・コリエル  
シンガポール・オフィス  
アジア 紛争担当 主任

アジア地域紛争担当チーム



スチュアート・アイザクス QC\*\*  
(パートナー)  
英国法廷弁護士  
トリアルおよびグローバル紛争



エマソン・ホームズ  
(パートナー)  
英国法廷弁護士  
建設



ピーター・チョウ  
(パートナー)  
シンガポール  
トリアルおよびグローバル紛争



エロディー・デュラック  
(パートナー)  
フランスおよびカンボジア\*  
投資協定



サイモン・ダンバー  
(パートナー)  
ニューヨークおよび英国  
商業



マヌエル・パウティスタ Jr.  
(カウンセラー)  
ニューヨークおよびフィリピン  
商業



ドニー・ロウ  
(シニア・アトニー)  
ニューヨークおよびオーストラリア  
反トラストおよび捜査



アニシャ・スード  
(シニア・アソシエート)  
テキサス  
トリアルおよびグローバル紛争



ケヴィン・リム  
(シニア・アソシエート)  
シンガポール  
トリアルおよびグローバル紛争



ハンナ・アズキヤ  
(アソシエート)  
インドネシア  
インドネシア語



デイビッド・パーク  
(アソシエート)  
オーストラリア  
韓国語



シャオマオ・ミン  
(アソシエート)  
中国  
マンダリン

グローバル紛争担当 パートナー



レジー・スミス  
ヒューストン



サラ・ウォーカー  
ロンドン



クレイグ・マイルズ  
ヒューストン



トレイシー・レンフロ  
ヒューストン



ジェイムス・パーガー  
ニューヨーク



マークオリヴィエ・ラングロワ  
パリ



エイドリアン・コール  
アブダビ



トム・スプラング QC\*\*  
ロンドン

\* 外国法事務弁護士  
\*\* 勅選弁護士 (Queen's Counsel)