

**RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain**

**ICSID Case No. ARB/14/34**

**가. 사실관계**

이 사건에서는 재생에너지 규제 체계의 변경에 따라 투자자가 입은 손해가 문제가 되었다.

스페인은 1997년부터 2007년까지 재생에너지 부문의 발전을 장려하기 위해 경제 특례 제도(Special Regime)을 통해 Royal Decree(RD) 661/2007를 포함한 일련의 입법 조치들을 시행하였다. 이와 같은 조치들에 따라, 사전 등록을 하면 재생에너지 발전 회사들은 생산 원가보다 높은 시세로 전력가격을 보장받는 발전차액(fixed feed-in tariff(FIT) 혹은 프리미엄을 수령할 수 있었다. 독일법에 따라 설립된 RWE Innogy GmbH와 스페인법에 따라 설립된 RWE Innogy Aersa S.A.U.는 (총칭하여 “RWE”) 이 사건의 신청인들로서 2001년부터 2011년 사이에 위 특례 제도가 적용되는 스페인의 수력발전소 4개소 및 풍력발전소 16개소의 지분을 취득하였다.

그러나 2008년 금융 위기를 맞으며 스페인의 재생에너지 관련 재정적 부담은 점점 지속 불가능해졌다. 이에 따라 2012년부터 스페인은 재생에너지 생산에 관한 규제 체계를 변경하기 시작하였다. 예컨대, 법 15/2012를 통해 전력 생산 및 전력 시스템 편입의 가치에 대한 7% 추가 부담금을 도입하고, 생산자에 대한 보수를 변경하고, 인센티브 지급 자격 요건을 제한하는 등의 조치를 취하였다. 나아가 특례 제도의 FIT와 프리미엄을 세전 7.398%로 책정된 합리적 수익 보장으로 대체하였다. (이하 “이 사건 조치들”)

위와 같은 이 사건 조치들에 반발하여, RWE는 스페인의 조치들이 1998.4.16.자로 독일과 스페인에 대하여 발효한 Energy Charter Treaty(“ECT”) 제10조 제1항을 위반하였다고 주장하며 ICSID에 중재 신청을 하였다. 구체적으로는, 적법한 기대수준의 위반, 규제 안정성, 공평하고 공정한 대우, 투명성 요건 위반을 주장하였다.

**나. 주요 쟁점별 이슈 및 판단**

**(1) 절차적 주장**

## A. 관할 위반 주장 ①: The Intra-EU Objection

스페인인 본 사안의 EU 내 분쟁에 대하여, ECT 하에 보호되는 투자자가 없으므로 중재판정부가 관할이 없다고 주장하였다. 즉, 스페인과 독일 모두 EU 회원국이고, EU 자체 또한 ECT의 계약 당사자이므로, RWE가 ECT 제26조 제1항 상의 중재 제기 요건을 충족하지 못하였다는 것이다. 이에 대하여 중재판정부는 ECT 제26조 제1항상 “지역(Area)”의 정의가 EU 전체가 아닌 개별 국가를 전제로 하며, ECT 제26조의 어떠한 내용도 스페인이 중재에 대한 동의를 비-EU 국가의 투자자들과의 분쟁에 국한하고 있음을 시사하지 않으며, EU 또는 EU 회원국이 EU 내 분쟁에 대한 중재를 제한하고자 하였다면 분리조항을 포함하였을 것인데 그러한 바 없으므로 위 스페인의 관할 부재 주장을 받아들일 수 없다고 판단하였다.

또한 스페인은 ECT 제26조 제6항을 근거로 EU법이 ECT의 우위에 있다고 주장하였는데, EU 내 분쟁을 ECT 제26조에 따라 중재 신청하는 것은 “조약에 규정되지 않은 방법으로 조약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁”을 제기하는 것을 금지하고 있는 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) 제344조에 반하기 때문에 중재판정부가 본 사안에 대하여 관할이 없다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 본 사안이 EU법이 아닌 ECT 위반이 문제되는 사안이고, ECT는 투자자들에게 추가적인 권리를 부여하는 것이기 때문에 EU법과 ECT가 충돌하지 않는다고 판단하며 스페인의 주장을 배척하였다.

스페인은 *Achmea* 판정을 인용하며 본 사안에서 EU 법이 적용되어야 하고, ECT 중재 조항에 따라 분쟁을 해결하는 것은 EU 투자자와 EU 국가 각국 법원의 관할을 배제함으로써 EU 법에 따라 분쟁이 해결되는 것을 충분히 보장하지 못한다고 주장하였다. 이에 대하여 중재판정부는 *Achmea* 사건의 경우 본 사안과 달리 EU가 당사자가 아니었던 양자간 투자협정(BIT)에 관한 사건이었기 때문에, 동일한 법리가 본 사안에 적용될 수 없다고 밝히며 스페인의 주장을 배척하였다.

## B. 관할 위반 주장 ②: The Taxation Objection

스페인은 ECT 제21조에 따라 2012년에 도입된 전기 에너지 생산 가치에 대한 세금 (Tax on the Value of the Production of Electrical Energy), 전기 에너지 생산을 위한 본토 해역 이용에 대한 부담금 (Levy on the Use of Mainland Waters for the Production of Electrical Energy)은

과세처분(taxation measures)에 해당하여, ECT의 규율 범위를 벗어난다고 주장하였고, 중재관정부 또한 이를 받아들여 관할이 없다고 판단하였다.

## (2) 정당한 기대 침해 - ECT 제10조 제1항 위반 여부

중재관정부는 스페인이 초기의 보상 체계를 유지하겠다고 구체적으로 약속한 바가 없었다고 판단하였다. ECT 상의 공정하고 공평한 대우 원칙은 엄격하게 해석되어야 하는데, 정당한 기대가 성립하기 위해선 RWE가 스페인이 (1) 구체적인 약속을 하였고 (2) RWE가 이를 사실상 신뢰하였으며 (3) 그러한 신뢰가 합리적이었다는 점을 입증해야 할 책임이 있다. 그러나 중재관정부는 특례 제도의 초기 조치들에 그러한 제도가 유지되리라 하는 점에 대한 확약이 포함되어 있지 않았다고 보았다. 나아가 국내법 형태의 표현(representation)은 일반적으로 적용되는 규범이며, 특정 약속이나 계약으로 생략될 수 있는 것이 아니고, 투자의 행정적 등록 또한 마찬가지로 판단하였으며, RWE 또한 투자할 당시 규제 변화의 가능성을 인지하고 있었으므로 그러한 표현을 신뢰하였다는 점에 대한 증거가 부족하다고 보았다.

그러나 중재관정부는 스페인이 불균형적인 조치를 도입함으로써 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment) 원칙을 위반하였다고 판단했다. 어떠한 조치가 비례성 요건을 충족하기 위해서는 규제 변화가 (1) 적절하며 (2) 입법 의도를 달성하기 위해 필요하며 (3) 투자자들에게 과도한 재정적 부담을 주지 않아야 한다. 본 사안에서 중재관정부는 비례성을 판단함에 있어, 국가의 조치라는 특성을 고려하였다. (1) 요건과 관련하여 중재관정부는 이 사건 조치가 재정 적자 상태를 해결하기에 적합하며, 실제로도 성공적이었다고 판단하였다. 또한 (2) 요건과 관련하여 스페인에게 덜 제한적인 다른 수단이 있었다는 RWE의 주장을 배척하며 필요성 또한 인정하였다. 그러나 일부 발전소의 내부 수익률이 스페인이 합리적이라고 판단한 수준에 미치지 못하는 등 RWE가 과도한 재정적 부담을 지게 되었으므로 (3) 요건이 충족되지 못하여, 이 사건 조치들이 불균형적이며 이에 따라 공정하고 공평한 원칙 위반이 있었다고 판단하였다.

## (3) 안정적 조건 형성 실패 (Failure to Create Stable Conditions) - ECT 제10조 제1항 위반 여부

RWE는 스페인이 초기 조치를 점차 폐지한 것이 ‘안정적 규제 조건’을 규정한 ECT 제10조 제1항의 위반이며 소급입법이라고 주장하였다. 이에 대하여 스페인은 (1) 기존 보상 체계의 필수적인 요소들은 유지하였으며, (2) 공공 정책에 따라 합리적이고 비례적인 거시 경제 조치들을 도입할 권한이 있으며 (3) 이 사건 조치들이 소급입법이 아니라고 주장했다.

중재판정부는 안정성 약속 위반 여부를 판단함에 있어서 “법 체계의 전적이고 부당한 변화 혹은 전복(total and unreasonable change to, or subversion of, the legal regime)이 있었는지 여부”를 판단해야 하고, 그에 있어 “용인할 수 없는 소급효가 있는지”가 핵심 쟁점이 된다고 하였다. 새로운 입법이 기본적으로 기존 체계의 핵심 요소를 유지하였다는 점을 고려하면, 중재판정부는 이 사건 조치들이 전반적으로 안정성 요건을 위반하지 않았다고 판단하였다.

그러나 이 사건 조치들에 따라 특별 지급금(Special Payment)을 받지 못한 10개 발전 시설에 대하여 스페인이 이미 지급한 194백만 유로를 사실상 상환하도록 요구한 것은 공정하고 공평한 대우 원칙 위반에 해당하며, RWE는 상환한 모든 금액을 받을 권리가 있다고 판단하였다.

#### **(4) 이 사건 조치의 비합리성 (The Disputed Measures were Unreasonable) – ECT 제10조 제1항 위반 여부**

비합리성 판단과 관련하여, 중재판정부는 *AES v. Hungary* 사건과 마찬가지로, ① 합리적인 정책의 존재(“the existence of a rational policy”) 및 ② 정책과 관련된 국가 행위의 합리성(“the reasonableness of the act of the state in relation to the policy”)이라는 두 가지 요소를 고려해야 하고, 국가의 공공 정책과 그것을 달성하기 위한 조치 간 적절한 연관성(correlation between the state’s public policy objective and the measure adopted to achieve it)이 있는지를 보아야 한다는 입장을 취하였다.

중재판정부는 인정된 사실관계에 비추어 이 사건 조치들은 재정 적자 상태를 해소하기 위한 정책의 일환으로, 정책의 합리성이 인정된다고 판단하였다. 나아가 어떠한 조치의 비합리성을 입증하기 위하여는 상당히 엄격한 기준을 충족해야 하는데, 이는 통상 ‘자의성(arbitrariness)’에 대판 판단으로 이어진다고 하였다. *EDF v. Romania* 사건의 판정

에 따르면 자의적 행위란 ① 정당한 목적이 없고 ② 법적 기준이 아닌 재량, 선입견, 개인적 선호에 따라 결정되며 ③ 적법한 절차를 거치지 않은 행위를 의미한다.

중재판정부는 위에서 이 사건 조치들이 불균형적이라고 판단된 부분에 한하여, 비합리성이 인정되나, 그 이외의 부분들에 대하여는 비합리성이 인정되지 않는다고 판단하였다. 그 이외의 부분에 관하여는 정당한 목적이 결여되거나 법적 기준이 아닌 재량 등의 요소에 의하여 결정이 내려지거나, 적법한 절차를 무시한 사정이 없기 때문이다.

#### **(5) 투명성 위반 (Breach of Transparency) – ECT 제10조 제1항 위반 여부**

중재판정부는 ECT 제10조 제1항이 ‘안정적 조건 형성’, ‘적법한 기대’와 별개의 독립적인 요건을 규정하고 있음을 인정하면서도, 투명성 위반을 입증하기 위해서는 엄격한 요건을 충족해야 함을 밝혔다. 그간의 중재 판정에 따라 확립된 관례법에 따르면, 공정하고 공평한 대우 원칙 위반에 상당하기 위해서는 ‘투명성의 전적인 결여’가 요구된다.

중재판정부는 스페인이 입법 초안을 발간하였고, 공개적인 협의를 진행하였으며, 이 사건 조치들에 대한 피드백에 대응하여 변경을 가하였다는 점을 고려하여, 투명성 결여로 인한 공정하고 공평한 대우 원칙 위반이 없다고 판단하였다.

#### **(6) 포괄적 보호 조항 위반 (Violation of the Umbrella Clause) – ECT 제10조 제1항 위반 여부**

RWE는 스페인이 ECT 제10조 제1항 마지막 문장에 규정된 포괄적 보호조항(umbrella clause)을 위반했다고 주장했다. 중재판정부는 위 조항 위반 여부 판단에 있어 ‘보호가 개입되기 위해서 특정한 형태의 합의에 기반한 의무가 요구되는지 여부’에 대한 판단이 선행되어야 한다고 하였다. 이에 대하여 중재판정부는 합의에 기반한 특정한 의무가 요구되며, 국가의 법상 요구되는 일반적인 의무는 보호의 대상에 포함되지 않는다고 보았다.

중재판정부는 RWE가 포괄적 보호조항의 보호 대상이 되는 합의에 기반한 의무를 특정한 바 없는 점을 지적하며, RWE가 주장하는 ‘발전 시설에 대한 등록(RAIPRE certificates of registration for the individual plants)’은 장래 수익률을 무기한 유지하겠다는 정부의 약속이 아니므로, 보호 대상이 되는 의무를 발생시키는 합의에 해당하지 않아, 본 사안에서 포괄적 보호 조항 위반이 없다고 판단하였다.

## 다. 평가 및 해설

2000년대 초반, 유럽 국가들은 재생에너지에 관한 투자를 유치하기 위해 다양한 인센티브 프로그램을 도입하였으나 2008년 금융 위기를 계기로 위와 같은 규제를 변경하였다. 이러한 규제의 급격한 변경은 본 사안을 포함하여 수많은 중재 사건으로 이어졌다. 본 사안은 정부의 환경보호 및 에너지 정책 관련 규제조치에 따른 투자 분쟁을 다루고 있고, 이와 같은 판정은 향후 급격히 변화하는 상황에 따라 정부가 규제 체계를 변경 혹은 수정함에 있어 어떠한 경우에 투자보장협정 및 ECT 위반이 있는지에 대한 판단 기준을 제시하고 있다.

본 사안은 관할 쟁점과 관련하여 EU 주체들 간 분쟁에 있어서, EU법에 의하여 ECT에 근거한 중재 관할이 배제되지 않는다는 점을 명확히 한 데 의의가 있다.

본안 판단과 관련하여는 유사한 선례와 다른 판단이 내려졌다는 점을 주목하여 볼 필요가 있다. 스페인의 동일한 조치를 대상으로 한 *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/1)* 분쟁에서 중재판정부는 스페인의 협정 위반이 없다고 판단한 데 반해, 본 사안에서는 스페인의 조치 중 일부가 비례성 요건을 충족하지 못하여 공정하고 공평한 원칙을 위반하였다고 판단하였다. 위 *Stadtweke v. Spain* 사안과 동일하게, 본 사안에서도 중재판정부는 일반적인 입법이 특정한 약속이 될 수 없다는 입장은 같이 하였으나, 스페인의 조치가 투자자에게 과도한 부담을 가하여 비례성 요건을 불충족하였다고 보았다는 점에서 차이가 있었다. 이처럼 동일한 국가 조치이더라도, 중재를 제기한 투자자와 그가 입은 손해에 따라 상이한 결론이 도출될 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

근본적으로는, 이와 같은 일련의 중재 사건들로 인하여 투자자-국가 분쟁 해결 제도 (ISDS)가 지속가능한 발전을 저해하는 것이 아닌지에 대한 의문이 제기될 수 있다. 국가가 중요한 정책적 문제들을 규제하고 이를 수정함에 있어서 규제 변화를 미리 예측하는 것은 매우 어려운 일인데, 투자 분쟁 제기 가능성에 대한 두려움으로 정부는 상황에 따라 규제를 수립하고 수정하는 것을 망설이게 될 수 있다. 즉, 소위 ‘규제당국의 뒤서리 효과(regulatory chill)’를 초래할 수 있는 것이다. 특히 환경 문제의 경우 예측이 더욱 어려운 분야이기에 이와 같은 문제가 더욱 심하게 나타날 수 있는데, 투자자 보호와 동시에

유연한 규제 형성을 모두 달성할 수 있도록 제도를 보완할 수 있는 방법에 대한 논의가 필요하다.

※ 별첨: 위 인용 협정 전문

**ECT**

**Article 1(2)**

Contracting Party' means a state or Regional Economic Integration Organization which has consented to be bound by this Treaty and for which the Treaty is in force.

**Article 10**

(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.

**Article 21**

(1) Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency.

(7) For the purposes of this Article:

(a) The term 'Taxation Measure' includes:

- (i) any provision relating to taxes of the domestic law of the Contracting Party or of a political subdivision thereof or a local authority therein; and
- (ii) any provision relating to taxes of any convention for the avoidance of double taxation or of any other international agreement or arrangement by which the Contracting Party is bound.

(b) There shall be regarded as taxes on income or on capital all taxes imposed on total income, on total capital or on elements of income or of capital, including taxes on gains from the alienation of property, taxes on estates, inheritances and gifts, or substantially similar taxes, taxes on the total amounts of wages or salaries paid by enterprises, as well as taxes on capital appreciation.”

**Article 26**



(1) Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

(6) [...] shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law

**Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)**

**Article 344**

Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein.

\* \* \* \* \*