

# Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

August 2020

Edition No. 45

## Tokyo Introduction:

In this August 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:

### Ranked No 1 International Arbitration Practice Worldwide

*"King & Spalding built its name on results," "the very best arbitration law firm we have ever worked with," "committed and highly skilled," "very pragmatic" and having "the guts to stick to a strategy."*

### Global Arbitration Review - GAR 30 2020

## In This Issue:

Lead Article.....	Page 1
Resources & Links.....	Page 6
Our Team.....	Page 7

## Mining Arbitration in the Asia-Pacific\* *A Complex Environment Ripe for International Disputes*

### INTRODUCTION

The Asia-Pacific region integrates the mining industry within the life cycle of the global economy more fluidly than perhaps anywhere else in the world.

Metals and minerals extracted from the region are transported to the manufacturing hubs and population centres of South and East Asia, creating much of the world's technologically sophisticated manufacturing as well as supporting much of the world's construction. The mining industry in the Asia-Pacific region is driven by insatiable global demand for technological goods, coupled with the pressing infrastructure needs of a rapidly urbanising region with over half the world's population.

The economic dynamism of the region sometimes masks the fact that many mineral-rich countries in the Asia-Pacific have diverse and often challenging systems of governance. Policies relating to natural resource extraction can shift, sometimes dramatically, as governments change or as environmental and indigenous peoples' concerns come to the fore. These factors help make the Asia-Pacific region ripe for mining disputes.

This article looks backward and forward, providing a brief introduction to the types of mining disputes that have arisen and may yet arise in the Asia-Pacific region, given the numerous non-state stakeholders attending many mining projects as well as the state-created political risks mining companies in the region face, including from governmental policies animated by resurgent resource nationalism.

### A. The Region's Centrality to the Global Mining Industry

The Asia-Pacific region is home to some of the most mineral resource-rich countries in the world, including Australia, China, Indonesia, Papua New Guinea and the Philippines. In addition, many of the largest mining companies in the world reside in the region – of the top 40 mining companies by market capitalisation globally, close to half are in or closely tied to the region.

Perhaps reflecting the Asia-Pacific region's clout as both producer and consumer of mining products, some of the largest recent mining deals involve the region. With the increasing prominence of the mining industry, international legal disputes have proliferated. The mining industry is also not insulated from the changing regulatory frameworks

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

in many countries in the region, which has made more sophisticated strategies for risk mitigation and dispute resolution necessary.

### **B. Ripe Ground for Mining Disputes – Political Risk in the Asia Pacific**

Similar to energy and infrastructure projects, mining projects are particularly vulnerable to political risk.

That risk is heightened in the Asia-Pacific with countries like China and the Philippines, which belong to the 10 least attractive jurisdictions based on the Policy Perception Index (PPI), a composite index that measures overall mining policy attractiveness.

Broadly defined, political risk means the probability that political forces or events, whether occurring in a host country or resulting from changes in the international environment, will disrupt an entity's operations. Political risk has numerous manifestations. For instance, mining companies in the region have had to contend with a recent wave of changes in environmental regulations that impact mining operations. In 2017, the Philippine Secretary of Environment and Natural Resources ordered the suspension or closure of at least 23 mining companies because of alleged environmental violations and banned open pit mining. The outright banning of open pit mining in the Philippines exemplified a broader awareness of the need to consider the environment when undertaking mining operations at all levels.

While recent governmental actions in the Philippines have not thus far led to international arbitration, measures taken by other states in the region have. In Thailand, the government suspended gold-mining operations in 2017 because of concerns over environmental pollution, giving rise to an investment treaty arbitration under the Australia –Thailand Free Trade Agreement. Similarly, when Mongolia enacted a new Nuclear Energy Law in 2009 because of environmental concerns, Canadian mining company Khan Resources commenced arbitration against Mongolia under the Energy Charter Treaty after the government cancelled its uranium licences. Khan Resources prevailed in that arbitration.

Political risks take many forms, but they are particularly acute when governments enact policies animated by resource nationalism.

### **C. The Rise of Resource Nationalism**

In almost all states in the Asia-Pacific, minerals are considered the property of the sovereign. States have always exercised ownership over their mineral resources through their regulatory powers, which swing – like a pendulum – between climates in favour of investors on

some occasions, and the opposite, whenever governments decide to exert greater control over mineral resources (i.e., resource nationalism).

Resource nationalism often manifests itself through regulatory uncertainty and abrupt policy changes, and therefore may pose one of the biggest risks mining companies face in their operations. Resource nationalism is on the rise in the Asia-Pacific and across the globe generally, driven in large part by the uptick in commodity prices and a wave of populist governments ascending into power. That upward movement in prices has incentivised governments to extract a larger share of or exert greater control over mineral resources.

In the Philippines, President Rodrigo Duterte proposed the imposition of a royalty tax equivalent to 5 percent of the market value of mineral products, in addition to an already existing moratorium on new mining projects pending revision of mining revenue sharing schemes. Exercise of greater control and extraction of more benefit from mineral resources go beyond taxation, however. In 2014, Indonesia imposed a ban on unprocessed ore exports to promote higher-value smelting domestically. That ban backfired when in 2017, the government eased the ban under certain conditions to help address a budget deficit. In the same year, however, Indonesia enacted new regulations requiring foreign mining companies to divest 51 per cent of their stake in mining projects to the local government or local companies.

Because the pendulum can swing in both directions, governments must find the proper balance between principles of state ownership and protection of investors' rights. When that pendulum disrupts that balance or investors perceive that the balance has tipped against their favour, then disputes can arise.

For example, Indonesia has faced arbitrations as a result of government measures that have been alleged to be steeped in resource nationalism. As a result of the Indonesian ban on unprocessed ore exports, in June 2014, the Indonesian subsidiaries of the US company Newmont Mining and Japan's Sumitomo Corporation commenced an investment treaty arbitration against Indonesia pursuant to the Indonesia – Netherlands bilateral investment treaty. Although Indonesia terminated that treaty in the same year with effect from 1 July 2015, a sunset clause in the agreement provided that its provisions would continue to remain in force until 2030.

In a filing with the World Bank's International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), the subsidiaries alleged that the Indonesian government's imposition of the export conditions, a new export duty, and a ban on the export of copper concentrate violated the treaty and certain contractual provisions that: (1)

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

established all the taxes and duties required to be paid; (2) included the obligation to produce and the right to export copper concentrate; and (3) specified rights and obligations that continued to govern their operation of the copper and gold mine, notwithstanding numerous changes in Indonesian law and regulations. The claimants withdrew their ICSID claims in August 2014 after receiving commitments from the Indonesian government to negotiate a memorandum of understanding.

Similarly, in 2017, US mining company Freeport-McMoRan triggered a 120-day pre-arbitration requirement to resolve a dispute with Indonesia arising from new export regulations requiring Freeport to acquire a new licence that subjected it to additional export duties and the requirement to reduce foreign ownership to no more than 49 per cent within 10 years. Freeport alleged that the regulations breached a 30-year “contract of work” pertaining to the Grasberg mine, one of the world’s largest gold and copper mines. Freeport eventually reached a deal with the Indonesian government in 2018 allowing for the issuance of a special mining permit to Freeport Indonesia until 2031, and for the government to take majority control over the Grasberg mine through state mining holding company PT Indonesia Asahan Aluminium.

Resource nationalism, and the expropriatory measures that often manifest it, can also take more overt forms. In 2013, Papua New Guinea enacted a law that purported to cancel the shares held by PNG Sustainable Development Program Ltd in Ok Tedi Mining Limited, which had a Special Mining Lease over the Ok Tedi mine, an open pit copper and gold mine in the Star Mountains of Papua New Guinea. The company commenced arbitration, where the tribunal held that it did not have jurisdiction because there was no ‘consent in writing’ to arbitration from Papua New Guinea.

### ***D. Multiple Stakeholders, Multiple Potential Disputes***

Despite the significant developmental impact mining plays, particularly in (but not limited to) the states of the Asia-Pacific region that are least developed, disputes have arisen on numerous occasions, often prompted by forces operating outside governmental auspices. It is thus difficult to predict how and when issues arise – and disputes have indeed occurred at every stage of a mining project, from the exploration phase, to commercial operations, to winding-down, to remediation.

Mining companies must be prepared to balance what can often be conflicting interests from a multitude of stakeholders, each of which can be governed by different laws, regulations and contracts, as well as international law. Outlined below are typical disputes that mining

companies have faced in the Asia-Pacific region based on the stakeholders involved.

### ***E. States and State Entities***

First consideration must, of course, be given to states and state entities themselves. Coincident with the principle of “permanent sovereignty” over natural resources in international law, many states will have some version of the “Regalian Doctrine”, wherein states retain ownership over mineral resources. The Asia-Pacific region is no different, and mining companies operating there will need to deal with numerous incarnations of the state, which can include national and local governments, as well as Byzantine networks of ministries, and state-owned or affiliated entities.

In 2017, for example, the Ras al-Khaimah Investment Authority, an investment authority from the United Arab Emirates, commenced a nearly US\$50 million investment treaty arbitration against India. The dispute pertained to a contract for the construction and operation of an alumina and aluminium refining plant, which was signed not with the Indian government, but with a company controlled by the provincial government of Andhra Pradesh. The provincial government had ordered the cancellation of the contract because of purported “public agitation” over bauxite mining. The potentially overlapping jurisdictions of the national government, the provincial government, and the state-owned company, together with the non-governmental “agitation”, all contributed to the complexity of interests involved in that dispute.

Issues can arise as early as the permitting stage. This was the case when the Indian metal producer Indian Metals & Ferro Alloys Ltd confronted a mix of Indonesian governmental instrumentalities, all of which were involved in the issuance of mining maps and mining concessions. Indian Metals filed a treaty claim against Indonesia in 2016 under the India–Indonesia bilateral investment treaty, alleging that its subsidiary was unable to extract coal because its concession area overlapped with mining concessions granted to third parties, and the area fell within boundaries disputed by other Indonesian provinces.

### ***F. Joint Venture Partners***

Foreign ownership limitations often necessitate the formation of joint ventures between international mining companies and prominent local companies or businesspersons who may or may not possess a background in the mining industry.

As much as disputes can arise at any point in a mining project, joint venture disputes can also occur at any stage of the parties’ partnership. These disputes can be triggered by a project’s commercial failure or success, or

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

even just concerns about the viability of a mine. Similar concerns, for example, animated an arbitration by a subsidiary of Australian miner Berkeley Resources against Enusa Industria Avanzadas SA, a Spanish state-owned uranium producer. Berkeley alleged that Enusa did not honour its obligation to form a joint venture for uranium mining because of its doubts over a feasibility study completed for the mining project. The parties settled the dispute, however.

An important but often underestimated risk in joint venture partnerships is the mutual responsibility each partner has for the acts of the other, including acts that they did not know but could have known, had they conducted due diligence. In *Churchill Mining and Planet Mining v. Indonesia*, UK and Australian mining companies partnered with a group of seven Indonesian companies over the East Kutai coal project in Indonesia. After the foreign companies made their investment, the local partner obtained mining licences, part of which was later shown to overlap with other mining concessions issued. The local government revoked all the licences granted to the local partner, which prompted an investment treaty arbitration claiming expropriation.

Indonesia defended itself by showing that the licences were forgeries and won, with the tribunal holding the foreign investors accountable for having failed to exercise due diligence in discovering the forgery, even if the investors had not participated in nor had knowledge of their local partner's illegality.

### **G. Local and Indigenous Communities**

While mining projects can make significant contributions to local communities, those relationships can also turn sour and undermine the viability of a mine.

A prominent example is the Panguna mine in Papua New Guinea's autonomous island of Bougainville, where violent protests from local communities precipitated the shutdown of the mine in 1989. A peace agreement reached in 2001 established autonomy for Bougainville and provided for an independence vote.

More recently, in Thailand, concerns about suspected levels of manganese and arsenic in villagers living in the vicinity of the Chatree Gold Mine, as well as concerns regarding environmental pollution, were used as justification by the government to close the mine. That dispute led Kingsgate Consolidated Ltd., Chatree's Australian operator, to commence an investor-state arbitration against Thailand in 2017 in which Kingsgate claimed that the government had expropriated its investment and violated its right to fair and equitable treatment under the Australia-Thailand Free Trade Agreement.

### **H. Contractors and Subcontractors**

Mining projects typically require mammoth infrastructure projects with not just one, but several contractors and subcontractors. Mining projects can therefore result in a web of EPC and other affiliated contracts, each of which could have different counterparties. Because of the interconnected nature of these construction agreements, a default in one can potentially trigger breaches in downstream or upstream agreements.

### **I. Offtakers**

Since mineral resources are ultimately destined for offtakers, they too, are crucial stakeholders, and disputes with them can cripple a mining project. These supply disputes typically arise when price fluctuations in the commodities market occur.

When iron ore suddenly became cheaper in the spot market at the height of the financial crisis in the late 2000s, offtakers sought to default on year-long supply contracts. The plummeting of iron ore prices resulted in disputes and subsequent legal proceedings, such as the arbitration between Australia's Mount Gibson Iron Ltd. and Rizhao Steel, a Chinese steel mill owner. Both parties had signed a supply contract under which Rizhao agreed to purchase up to 1.5 million tons of iron ore annually. Mount Gibson settled that dispute, together with two similar disputes with other customers from Hong Kong and China.

Conversely, mining companies as suppliers can seek to take advantage of upward fluctuations in commodity prices. In March 2011, a sole arbitrator found in favour of the Steel Authority of India Ltd. (SAIL) against Vale Australia Pty Ltd and AMCI Pty. Ltd., two Australian mining companies that entered into a long-term coal supply agreement with SAIL. SAIL argued in the arbitration that Vale and AMCI had deliberately breached the supply agreement because of "a manifold rise in the price of coal" in the late 2000s, which resulted in SAIL having to procure the shortfall from other sources at much higher prices.

### **J. Conclusion**

Although already a major producer, as well as the pre-eminent market for minerals, immense mining potential remains in the Asia-Pacific region. The mining industry has attracted billions of dollars in investment, and yet the region still possesses vast amounts of untapped mineral resources.

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

Governments in the region play a crucial role in balancing policies to attract and protect mining company investments, with generally accepted principles of state sovereignty over mineral resources, as well as concerns over the damage that mining inflicts on the environment and to local and indigenous communities. Mining companies, for their part, must also balance commercial interests, the concerns of numerous local, national and international stakeholders, and political risk, which rising sentiments of resource nationalism can amplify. When governments and mining companies fail to find that balance, disputes arise.

The region will likely continue to see an uptick in mining-related disputes handled in international fora, as established international conglomerates and junior miners alike step up to meet ever-increasing demand from an Asia-Pacific region that continues to pose political and environmental challenges.

*\* Extract of 1st ed. of GAR's Guide to Mining Arbitrations – First Edition (July 2019). The whole publication is available [here](#).*

### About the Authors

**Aloysius (Louie) Llamzon** is a partner at King & Spalding's Washington, D.C. and New York offices and a member of its International Arbitration practice group. His practice centers on the representation of corporate and sovereign clients in commercial, investment, and public international arbitrations. He has appeared before tribunals under the ICC, ICSID, UNCITRAL, HKIAC, SIAC, and CRCICA rules in cases seated throughout the world, involving natural resources, energy, infrastructure, manufacturing, shareholder, and financial services disputes in Southeast and South Asia, the Middle East, Latin America, Africa, and Europe. He has also sat as arbitrator.

**William B. Panlilio** is a Senior Associate in the Singapore office of King & Spalding and a member of the firm's Trial & Global Disputes practice, with a focus on international arbitration and cross-border disputes. William represents clients in the energy, infrastructure, construction and mining sectors, and in arbitrations involving States and State-owned or affiliated entities. He also has experience in cross-border litigation disputes, including in the enforcement of foreign arbitral awards, foreign sovereign immunities, and discovery in aid of foreign proceedings.

### About 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**, with one of the largest dedicated international arbitration practices of any firm, we are consistently ranked among the top practices in the world. Global Arbitration Review has selected King & Spalding as the No. 1 international arbitration practice worldwide in its "GAR 30" guide to the world's leading international arbitration practices.

According to Global Arbitration Review, "*If any US firm has succeeded in emerging from the pack to threaten the traditional rulers of the roost, then it's King & Spalding,*" citing the firm's first-place ranking as "*the culmination of a four-year climb to the top of the GAR 30 following extensive expansion of its international arbitration practice.*" The publication also praised the international arbitration group's track record in obtaining strong results for clients. The GAR 30 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 having "*the guts to stick to a strategy.*" Commentary is available [here](#) and [here](#), and King & Spalding's full GAR 30 commentary can be found [here](#).

King & Spalding was also recognised as one of only three Band 1 International Arbitration firms in Chambers Global. In addition, our Asia team have been recognised as elite international arbitration practitioners in the region, earning top tier rankings in Chambers Asia Pacific. Further, in the UK, four of our London partners are Queen's Counsel, recognized as the UK's most lauded advocates.

## Resources & Links

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

### Legal Updates

**Oil & Gas Disputes:** Best Practices for Effective and Quick Dispute Resolution in the International Oil & Gas Industry

**Aerospace Disputes:** Houston, We Have an Arbitration: International Arbitration's Role in Resolving Commercial Aerospace Disputes

**Construction Disputes:** Building a case: controlling time and cost in construction arbitrations

**Climate Change Disputes:** The ICC Releases Report on Resolving Climate Change Disputes through Arbitration

**Mining Arbitrations:** Arbitration of Social Disputes in Connection with Mining Projects

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

**Oil & Gas Energy:** Chambers Energy: Oil & Gas Energy: Oil & Gas - Indonesia

**Cybersecurity for Energy:** Is the U.S. Energy Sector Prepared for a Cyber Attack?

**APAC LNG Annual Review:** 2019 – A Year in Review for LNG in Asia Pacific

**Liquidated Damages Recovery:** Maximizing Recovery of Liquidated Damages

### King & Spalding News

**Market Recognition:** Chambers Global Again Recognizes King & Spalding as a Leading International Law Firm

**Market Recognition:** Legal 500 Asia-Pacific Recognizes King & Spalding Among Region's Top Law Firms

**Market Recognition:** Chambers Europe Ranks King & Spalding Among Top International Law Firms in its 2020 Guide

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

**Market Recognition:** King & Spalding Wins Two Dispute Resolution Awards at 2019 American Lawyer Industry Awards

**Partner Hire:** King & Spalding Broadens Construction and International Arbitration Bench With Addition of Stephen O'Neal

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

**Partner Hire:** International Arbitration partners Javier Rubinstein, Lauren Friedman, and Luli Hemmingsen join the firm in Chicago and New York

## 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



**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



**Peter Brabant (Counsel)**  
Singapore  
Trial and Global Disputes



**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 Members



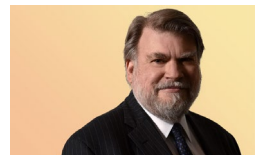
**Reggie Smith**  
Houston



**Sarah Walker**  
London



**Craig Miles**  
Houston



**James Castello**  
Paris



**Aloysius Llamzon**  
Singapore



**Stephen O'Neal**  
San Francisco



**Luan Tran**  
Los Angeles



**William Panlilio**  
Singapore

\* Registered Foreign Lawyer  
\*\* Queen's Counsel

## 東京事務所 序文：

本8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

## ディレクトリ コメント：

Ranked No 1 International Arbitration  
Practice Worldwide

「King & Spalding はその成果により名声を得た」、「これまで依頼したことのある事務所の中で、まさしく最善の仲裁法の法律事務所である」、「熱心で高度な技術を持つ」、「非常に实际的」、「戦略をやりとおすガッツがある」

Global Arbitration Review's GAR 30  
2020

## 本号：

トップ記事.....	1頁
リソース&リンク.....	6頁
担当チーム.....	7頁

アジア太平洋地域における鉱業関連紛争の仲裁\*  
国際紛争が生じやすい複雑な環境

## はじめに

アジア太平洋地域は、おそらく世界の他のどの地域よりも鉱業を流動的に世界経済のライフサイクルに統合しています。

この地域で採掘された金属や鉱物は、東南アジアの製造拠点や人口集中地域に輸送され、技術的に洗練された世界的な製造業の多くを生み出すと同時に、世界の建設業の多くを支えています。アジア太平洋地域の鉱業は、世界人口の半分以上が居住する急速に都市化する地域の差し迫ったインフラニーズと相まって、技術商品への止まることのない世界的需要によって牽引されています。

当該地域の経済的な力強さは、時として、アジア太平洋地域の鉱物資源国の多くの統治制度が、多様性があり難題をはらんだ統治制度を有しているという事実を見えなくしてしまいます。天然資源の採取に関する政策は、政府が変わったり、環境懸念や原住民の懸念が表面化したりすれば、時には劇的に変化する場合もあります。これらの要因で、アジア太平洋地域は採掘関連紛争の起こりやすい地域となっています。

本記事では、アジア太平洋地域で発生し、または今後発生するであろう鉱業関連紛争の類型について簡単にご紹介し、膨大な数の非政府の利害関係者が多数の鉱業プロジェクトに参加している事実や、よみがえった資源ナショナリズムにより活気づく政府政策によるものを含んだ、当該地域において鉱業会社が直面している各国家の政治的リスクの観点から、過去を振り返り、将来を展望します。

## A. 世界の鉱業におけるこの地域の重要な地位

アジア太平洋地域は、オーストラリア、中国、インドネシア、パプアニューギニアおよびフィリピンを含む、世界で最も鉱物資源が豊富な国々が集まっている地域です。加えて、世界有数の大手鉱業会社の多くがこの地域に所在し、世界の時価総額上位40社の鉱業会社のうち、その半数がこの地域に所在するか、この地域と密接に関連しています。

鉱業製品の生産者および消費者の両者の見地からアジア太平洋地域における影響力があるせいか、最大規模の鉱業関連取引のいくつかは最近この地域で行われました。鉱業の重要性が増すにつれて、国際的な法的紛争も増えてきました。鉱業も、この地域の多くの国々において変化する規制上の枠組みから隔離されているものではないため、リスク軽減と紛争解決のためのより洗練された戦略が必要となっています。



## B. 鉱業紛争が生じやすい土壌 アジア太平洋地域における政治リスク

鉱業プロジェクトは、エネルギープロジェクトやインフラプロジェクトと同様に、政治リスクに対しとりわけ脆弱です。

このリスクは、中国やフィリピンなどを抱えるアジア太平洋地域において高くなります。というのも、これらの国々は、全体的な鉱業政策の魅力を測定する複合指数である政策認識指数[Policy Perception Index (PPI)]に基づく、魅力が最も少ないとされる下位 10 の法域に属しているためです。

広く定義すると、政治リスクとは、招致国で生じるか、または国際環境の変化に起因するかを問わず、政治的な力や事象が企業の操業を中断させる可能性を意味します。政治リスクは、さまざまな形となって現れます。例えば、この地域の鉱業会社は、採鉱運営に影響を与える環境規制の昨今の変化の波に対応しなければなりません。2017年、フィリピンの環境天然資源省の長官は、環境法の違反の疑いを理由に 23 社以上の鉱業会社の操業停止や閉鎖を命じ、露天採鉱を禁止しました。フィリピンでの露天採鉱の全面禁止は、鉱業活動を行うためにはあらゆるレベルにおいて環境を考慮する必要があるとの認識を広めた範例となりました。

フィリピン政府の最近の措置は、今のところ国際仲裁には至っていませんが、この地域の他の国々がとった措置は国際仲裁に至ったものがあります。タイでは、環境汚染の懸念を理由に 2017年に金採掘事業を停止したことで、豪タイ自由貿易協定に基づく投資協定仲裁が発生しました。同様に、モンゴルが環境懸念を理由に 2009年に新たな核エネルギー法を制定した際には、カナダの鉱業会社である Khan Resources は、モンゴル政府がウラン採掘免許を取り消した後、エネルギー憲章条約に基づきモンゴルに対し仲裁を開始しました。Khan Resources はこの仲裁で勝利しました。

政治リスクはさまざまな形となって現れますが、政府が資源ナショナリズムを背景にした政策をとる場合には、そのリスクが特に顕著になります。

## C. 資源ナショナリズムの台頭

アジア太平洋地域のほとんどすべての国において、鉱物は国の財産とみなされています。国はその規制権限により鉱物資源に対し常に所有権を行使してきましたが、この規制権限は、まるで振り子のように、ある時は投資家に有利な方向に、あるいは、政府が鉱物資源に対しより大きな支配権を行使しようとするときはその反対の方向（すなわち、資源ナショナリズム）に揺れ動きます。資源ナショナリズムは、規制の不確実性や突然の政策変更

によってしばしば現れ、したがって鉱業会社とその操業において直面する最大のリスクの 1 つといえます。

資源ナショナリズムは、アジア太平洋地域や全世界でも一般に台頭してきており、その大部分は商品価格の上昇と、権力の座につくポピュリズム政府の増加によるものです。このような価格上昇傾向は、政府が鉱物資源のより大きなシェアを得ようとすることや、より大きな支配権を行使しようとすることのインセンティブとなっています。

フィリピンでは、ロドリゴ・ドゥテルテ大統領が、鉱業収益分配スキームの改定が未決の間は新たな鉱業プロジェクトに対しすでに一時停止が課されていることに加えて、鉱業製品の市場価額の 5%相当のロイヤリティ税を課することを提案しました。しかし、政府にとって、より大きな支配権を行使し、鉱物資源からより多くの利益を引き出すことは、課税よりも重要です。2014年、インドネシア政府は国内の精錬価値を高めるために未加工鉱物の輸出を禁止しました。この禁止措置は、2017年に政府が財政赤字に対処することを目的として一定の条件に基づき禁輸を緩和した際に失敗に終わりました。ところが同じ年に、インドネシア政府は、外国鉱業会社に対し、鉱業プロジェクトの持分の 51%を現地政府または現地会社に売却することを要求する新たな規則を制定しました。

振り子はどちらの方向にも振ることができるため、政府は国の所有権の原則と投資家の権利の保護の間で適切なバランスを見つける必要があります。振り子はそのバランスを崩し、または投資家はそのバランスが自らの不利益に傾いたと思った場合に、紛争の火種となります。

例えば、インドネシアは、資源ナショナリズムに染まっているとされた政府の措置の結果、仲裁に直面することになりました。インドネシア政府による未加工鉱物の輸出禁止の結果として、2014年 6月、米国会社 Newmont Mining と日本の住友商事の在インドネシア子会社らは、インドネシア・オランダ二国間投資協定に従い、インドネシア政府を相手に投資協定仲裁を開始しました。インドネシア政府は同年、当該協定を 2015年 7月 1日付で撤廃しましたが、協定のサンセット条項は、協定の規定が 2030年まで引き続き有効であると定めていました。

世界銀行の投資紛争解決国際センター (ICSID) への届出書類において、子会社らは、インドネシア政府が課した輸出条件、新たな輸出関税および銅精鉱の輸出禁止は協定に違反しており、さらに、インドネシアの法令の数々の変更にかかわらず、契約上で、(1)一切の公租公課の支払いを課した条項、(2)銅精鉱を生産する義務およびそれを輸出する権利を規定した条項、ならびに(3)子会社らによる銅山および金山の操業を引き続き統制する権利および義務を特定した条項等にも違反すると主張しました。申立人らは、覚書の交渉を行うというインドネシア

政府の確約を受けた後に、2014年8月にICSID請求を取り下げました。

同様に、2017年に米国の鉱業会社 Freeport-McMoRan は、インドネシア政府との紛争を解決するために120日の仲裁前審議要求を発動しました。この紛争は、Freeportに追加の輸出関税を課し、10年以内に外国企業の所有権を49%以下に減少させるという条件が課された新たな許可をFreeportが取得することを要求することを内容とした新たな輸出規制により生じたものでした。Freeportは、その規制が、世界最大級の金・銅鉱山であるグラスベルグ鉱山に関する30年間の「採鉱契約」に違反すると主張しました。Freeportは最終的に2018年にインドネシア政府との合意に達し、これにより、2031年までFreeportのインドネシア法人に対し特別採掘許可が発行され、インドネシア政府は国営鉱業持株会社であるPT Indonesia Asahan Aluminiumを通じてグラスベルグ鉱山の過半数の支配権を持つことが可能となりました。

資源ナショナリズムや資源ナショナリズムを顕在化させる取用措置は、さらにあからさまに行われる場合もあります。2013年、パプアニューギニア政府は、パプアニューギニアのスター山地にある露天の銅・金鉱山のOk Tedi鉱山において特別採掘リース権を有するOk Tedi Mining Limitedに関してPNG Sustainable Development Program Ltdが保有していた株式を消却させることを意図した法律を制定しました。同社は仲裁を開始しましたが、仲裁廷は、パプアニューギニア政府の仲裁に対する「同意書」が存在しないため、仲裁廷には管轄権がないと決定しました。

#### D. 複数の利害関係者、複数の紛争の可能性

鉱業が果たす開発上の重要な影響にもかかわらず、特に発展途上のアジア太平洋地域の国々（これらに限りませんが）においては、政府の影響力を受けない勢力によってしばしば引き起こされる紛争がさまざまな契機に発生しています。そのため、いつ、どのように問題が生じるかを予測するのは困難であり、実際、紛争は、採鉱段階から商業的操業、閉鎖、修復に至るまで鉱業プロジェクトのあらゆる段階で発生しています。

鉱業会社は、多数の利害関係者との間で利害衝突となり得る問題点についてバランスを取る準備ができていなくてはならず、これらは、各場面に応じて、それぞれの法令、規則、契約、国際法に準拠することになります。関与する利害関係者に応じて、鉱業会社がアジア太平洋地域において直面してきた典型的な紛争について、以下で概説します。

#### E. 国および国家機関

まず考慮しなければならないのは、もちろん、国および

国家機関そのものです。国際法における天然資源に対する「永久的主権」の原則と同時に、多くの国には何らかの形の「国有制度」が存在し、この制度では国が鉱物資源の所有権を保有します。アジア太平洋地域も例外ではなく、アジア太平洋地域で操業する鉱業会社は、国と地方の政府のみならず、複雑怪奇な省庁ネットワーク、さらに国有企業や国営企業などの数々の国の化身と取引する必要があります。

例えば、2017年には、アラブ首長国連邦の投資当局であるラスアルハイマ投資庁は、インドに対し5,000万米ドル近い金額の投資協定仲裁を開始しました。この紛争は、アルミナおよびアルミニウム製錬工場の建設契約に関するものであり、同契約はインド政府との間ではなく、アーンドラ・プラデーシュ州政府が管理する会社との間で調印されました。州政府は、ボーキサイト採掘に対するいわゆる「民衆運動」を理由に、契約の取消しを命令しました。国の中央政府、州政府および国有企業の管轄権の重複に、非政府系の「運動」が加わって、すべてはこの紛争に関与する利害の複雑性が増長する結果となりました。

早ければ、許認可段階でも問題が発生する場合があります。例えば、インドの金属生産者であるIndian Metals & Ferro Alloys Ltdが、複数のインドネシアの関係政府機関に立ち向かったのがその例であり、これらの政府機関のすべてが鉱区図および採掘権の発行に関与していました。Indian Metalsは、インド・インドネシア二国間投資協定に基づき2016年にインドネシアに対し協定請求を提起し、自社子会社の採掘権のある鉱区が第三者に付与された採掘権と重複しており、その鉱区がインドネシアの別の県によって争われている境界内にあるために、子会社は石炭を採掘できないと主張しました。

#### F. 合弁パートナー

外資規制により、国際的な鉱業会社と著名な現地企業や事業者との間で合弁事業を設立する必要が生じる場合が多々ありますが、これらの現地事業者は鉱業経歴がある場合も無い場合もあります。

紛争が鉱業プロジェクトのいずれの段階でも生じる可能性があることと同様に、合弁事業の紛争も、当事者間のパートナーシップのいずれの段階でも発生する可能性があります。これらの紛争は、プロジェクトの商務上の失敗または成功だけでなく、鉱山の持続可能性に関する単なる懸念によってすら誘発されることがあります。例えば、オーストラリアの鉱山事業者であるBerkeley Resourcesの子会社が、スペインの国有ウラン生産者であるEnusa Industria Avanzadas SAに対し仲裁を提起したのはそういった懸念が発端でした。Berkeleyは、Enusaが鉱業プロジェクトのために完了した実現可能性調査に疑問を持ったことを理由にウラン採掘のための合弁事業を立

ち上げる義務を遵守しなかったと主張しました。但し、両当事者は後に和解しました。

合弁事業パートナーシップにおいて重要であるものの過小評価されやすいリスクとして挙げられるのは、各パートナーが相手方の行為（知らなかったとしてもデューデリジェンスを行っていれば知り得た行為を含む。）につき有する相互責任です。Churchill Mining 及び Planet Mining 対インドネシア政府の事件では、英国およびオーストラリアの鉱業会社がインドネシアの東クタイ県の炭鉱プロジェクトのため、インドネシアの7社のグループと提携しました。外国会社が投資を行った後に、現地パートナーは採鉱許可を取得しましたが、その一部は発行済みの他の採掘権と重複することが後に判明しました。現地政府は、現地パートナーに付与されたすべての許可を取り消し、その結果、収用を主張する投資協定仲裁が行われました。

インドネシア政府は許可が偽造であることを証明して抗弁し勝訴しました。仲裁廷は、外国投資家らが現地パートナーによる違法行為には参加しておらず、それを知らなかったとしても、偽造を発見するためのデューデリジェンスの実施を怠ったことにつき責任があると判断しました。

#### G. 地域社会および先住民族

鉱業プロジェクトは地域社会に多大な貢献ができる一方で、これらの関係が悪化し、鉱山の持続可能性を損なう場合があります。

その顕著な例として、パプアニューギニアのブーゲンビル自治州の島にあるパングナ鉱山があり、1989年、地域社会の暴力的な抗議によって閉山に追い込まれました。2001年に成立した和平合意により、ブーゲンビルの自治権が確立され、独立投票が定められました。

最近では、タイにおいて、Chatree 金鉱山の周辺に住む村民の間の、疑わしいマンガンおよびヒ素の濃度に関する懸念や環境汚染に関する懸念が、政府による閉山のための正当理由として利用されました。この紛争は、Chatree 金鉱山のオーストラリアの操業者である Kingsgate Consolidated Ltd.による、2017年のタイ政府に対する投資家対国の仲裁の開始へとつながり、この仲裁において Kingsgate は、タイ政府が投資を没収し、豪タイ自由貿易協定に基づく公正かつ公平な取扱いを受ける権利を侵害したと主張しました。

#### H. 請負業者および下請業者

鉱業プロジェクトは一般に、1社のみならず複数の請負業者や下請業者との巨大なインフラプロジェクトを必要とします。そのため、鉱業プロジェクトでは、網の目の

ような EPC やその他の関連契約が結ばれることとなり、そのそれぞれが異なる相手方当事者との契約となることもあります。これらの建設契約の相互関連的な性質のため、1つの契約の不履行が上流または下流の契約の違反を誘発する可能性があります。

#### I. オフテイカー (引取業者)

鉱物資源が最終的に行き着く先はオフテイカーであるため、オフテイカーもまた重要な利害関係者であり、オフテイカーとの紛争によって鉱業プロジェクトの機能が失われる可能性があります。供給紛争は、一般に商品市場での価格変動が起きたときに生じます。

2000年代終盤の金融危機の高まりを受け、鉄鉱石の価格がスポット市場で急落しましたが、オフテイカーは、年間供給契約を履行しないことを求めました。鉄鉱石価格の急落により、紛争およびその後の法的手続きが生じる結果となり、その1つの例が、オーストラリアの Mount Gibson Iron Ltd.と、中国の鉄鋼メーカーの Rizhao Steel (日照鉄鋼)の間の仲裁です。両当事者が調印した供給契約に基づき、Rizhao は年間150万トンまで鉄鉱石を購入する約束でした。Mount Gibson は、香港および中国の他の顧客との同様の2件の紛争とともにこの紛争についても和解しました。

反対に、供給者としての鉱業会社は、商品価格の上方変動を利用しようとする場合があります。2011年3月、Steel Authority of India Ltd. (SAIL)による、SAIL との長期の石炭供給契約を締結していたオーストラリアの鉱業会社2社 Vale Australia Pty Ltd および AMCI Pty. Ltd.を相手とする仲裁事件において、単独仲裁人は SAIL の勝訴と判断しました。SAIL は仲裁において Vale と AMCI が 2000年代終盤の「石炭価格の度重なる上昇」を理由に故意に供給契約に違反したと主張し、その結果、SAIL は不足分をより高い価格にて他の供給源から調達しなければならなかったと主張しました。

#### J. 結論

すでに鉱物の主要生産者であり、かつ傑出した鉱物市場であるにもかかわらず、アジア太平洋地域には膨大な鉱業のポテンシャルが残されています。鉱業は数十億ドルという投資を集めていますが、この地域はなお、膨大な量の未開発の鉱物資源を抱えています。

この地域の政府は、鉱業会社の投資を集め、また鉱業会社を保護するために、鉱物資源に対する国家主権という一般に承認されている原則と、鉱業による環境への負荷、および地域社会や原住民族に対し与える損害への懸念とのバランスをとることに重要役割を果たします。鉱業会社もまた、その役割として、商業的利益、現地、国および国際的なさまざまな利害関係者の懸念、ならば

に政治リスクのバランスをとることが必要であり、政治リスクは資源ナショナリズムの心情の高まりによって増幅される可能性があります。政府と鉱業会社がこのバランスを見いだせないときに紛争が生じます。

政治課題、環境課題を提示し続けるアジア太平洋地域からのこれまでになく増え続ける需要を満たすために、定評のある国際的複合企業も新参の鉱業事業者も同じように参入してくるため、この地域では、国際法廷で取り扱われる採鉱関連紛争が今後も増加し続けると考えられます。

\*GAR の『*The Guide to Mining Arbitrations*』(2019年7月)第1版の抜粋。出版物全体は[こちら](#)にて入手可能。

### 著者について

**Aloysius (Louie) Llamzon** は、キング&スポールディングのワシントンDCおよびニューヨーク事務所のパートナーであり、国際仲裁プラクティスグループのメンバーです。そのプラクティスは、商事仲裁、投資仲裁、および公的国際仲裁において企業や国のクライアントを代理することを中心としています。これまでに東南アジア、南アジア、中東、ラテンアメリカ、アフリカおよびヨーロッパにおいて、ICC、ICSID、UNCITRAL、HKIAC、SIACおよびCRCIAの規則に基づき、天然資源、エネルギー、インフラ、製造業、株主、金融サービス等の紛争が関与する事件で世界中の法廷に出廷した経験があります。また仲裁人も務めています。

**William B. Panlilio** は、キング&スポールディングのシンガポール事務所のシニアアソシエイトであり、当事務所のトライアル&グローバル紛争プラクティスのメンバーでもあります。エネルギー、インフラストラクチャー、建設および鉱業の分野のクライアントを代理し、国家および国有企業や国営企業が関与する仲裁も担当します。また、外国仲裁裁定の執行、外国主権の免責特権、および外国訴訟手続の支援のための証拠開示など、クロスボーダーの訴訟や紛争にも経験が豊富です。

### 当事務所の裁判及び国際紛争プラクティスについて

King & Spalding は、世界的に卓越した紛争プラクティス部門を有しており、20の事務所に600名を超える弁護士を抱え、コモンロー及び大陸法の双方に深く根差した経験とともに、訴訟、仲裁及び規制に関する強力な専門性を結集しています。King & Spalding の仲裁及び訴訟担当の弁護士は、情熱をもって勝訴をめざし、審理及び裁判における成果が認められています。

国際仲裁では、最大手の国際仲裁専門プラクティス部門の1つとして、常に世界でもトップクラスとして評価されています。Global Arbitration Review は King & Spalding

を、世界の主要国際仲裁プラクティスの「GAR 30」ガイドにおいて世界第1位の国際仲裁プラクティスに選びました。

Global Arbitration Review によると、「群れの中から頭角を現してかつての支配者を脅かす米国の事務所があるとすれば、それは King & Spalding である」とし、「国際仲裁プラクティスの幅広い拡張に続く、GAR 30 の頂上への4年間の登山の最高点」として当事務所の首位ランキングを称えました。また Global Arbitration Review は、国際仲裁グループが依頼者のために勝ち得た成果の記録も称賛しました。GAR 30 は、King & Spalding の依頼者が、当事務所のプラクティスを「これまで依頼したことのある事務所の中で、まさしく最善の仲裁法の法律事務所である」、「熱心で高度な技術を持つ」、「非常に实际的」、「戦略をやりとおすガッツがある」と表現したのを引用しています。コメントリーは[こちら](#)および[こちら](#)からご覧ください。また、King & Spalding の GAR 30 コメントリーの全文は[こちら](#)でご覧になれます。

King & Spalding は、Chambers Global においてもたった3つしかない Band 1 の国際仲裁事務所の1つとして認められています。さらに、当事務所のアジアチームは、Chambers Asia Pacific における上位層ランキングを獲得して、エリート国際仲裁弁護士として認められています。また英国では、当事務所のロンドンの4名のパートナーは王室顧問弁護士であり、英国で最も称賛される弁護士として認められています。

## 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

**石油・ガス紛争：** 国際石油ガス産業における効果的で迅速な紛争解決のためのベスト・プラクティス

**航空宇宙紛争：** ヒューストン、仲裁事件です：商業宇宙紛争の解決における国際仲裁の役割

**建設紛争：** 訴訟提起：建設仲裁における時間と費用の管理

**気候変動紛争：** ICC が気候変動紛争の仲裁による解決に関する報告を発表

**鉱業紛争：** 鉱業プロジェクトに関連する社会紛争の仲裁

**IIA プログラム：** チリの国際投資契約プログラムの概要

**石油・ガスエネルギー：** Chambers Energy：石油ガスエネルギー：石油ガス-インドネシア

**エネルギー業界のサイバーセキュリティー：** 米国のエネルギー・セクターはサイバー攻撃に対する用意ができていますか？

**APAC LNG 年次報告：** 2019 年—アジア太平洋における LNG のためのレビューの年

**損害賠償の回収：** 確定損害賠償の回収を最大化する

### 当事務所ニュース

**市場評価：** Chambers Global が再び King & Spalding を国際法律事務所のリーダーと認める

**市場評価：** Legal 500 Asia-Pacific が King & Spalding を同地域の首位の法律事務所と認める

**市場評価：** Chambers Europe は 2020 年版ガイドのトップ国際法律事務所に King & Spalding をランクイン

**市場評価：** Chambers Asia-Pacific 2020 が King & Spalding を同地域の上位法律事務所の 1 つと認める

**市場評価：** King & Spalding、2019 年 American Lawyer Industry Awards にて 2 件の紛争解決賞を受賞

**パートナー採用：** King & Spalding が Stephen O'Neal の参加により建設および国際仲裁のベンチを広げる

**市場評価：** Chambers UK 2020 年ガイドが King & Spalding を複数のランキングで認める

**パートナー採用：** 国際仲裁のパートナーである Javier Rubinstein、Lauren Friedman および Luli Hemmingsen がシカゴおよびニューヨークの当事務所に加入

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)

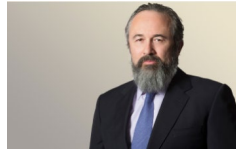
グローバル仲裁担当 主任



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



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  
トライ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



ピーター・ブラバント  
(カウンセル)  
シンガポール  
トライアルおよびグローバル紛争



マヌエル・パウティスタ Jr.  
(カウンセル)  
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  
トライ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  
トライ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 メンバー



レジュー・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



ジェイムス・カステロ  
パリ



アロイシウス・ラムゾン  
シンガポール



スティーブン・オニール  
サンフランシスコ



ルアン・トラン  
ロサンゼルス



ウィリアム・パンリリオ  
シンガポール

\* 外国法事務弁護士

\*\* 勅選弁護士 (Queen's Counsel)