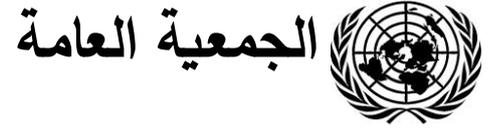


Distr.: Limited
5 July 2022
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام
تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول)
الدورة الثالثة والأربعون
فيينا، 5-16 أيلول/سبتمبر 2022

الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

تقييم الأضرار والتعويض

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

3	أولاً- مقدمة
5	ثانياً- تقييم الأضرار وتحديد التعويض في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول
5	ألف- الإطار القائم
6	1- نزع الملكية بصورة مشروعة
6	2- نزع الملكية بصورة غير مشروعة
7	3- خرق الالتزامات التعاقدية الأخرى
7	4- تقييد تعويض الأضرار
8	باء- المسائل الرئيسية
8	1- طريقة تقدير القيمة
11	2- العلاقة السببية - عزو المستثمر الخسارة إلى خرق ارتكبهته الدولة
11	3- عبء ومعياري الإثبات
12	4- الحكم بالفائدة وكيفية حسابها
14	5- دور الخبراء
15	6- عوامل أخرى تقلل من مبلغ التعويض



- 16 المسائل المطروحة للنظر والأعمال الممكنة جيم-
- 17 1- تعقد الممارسة الحالية وانعدام اليقين بشأنها
- 17 2- مبالغ التعويض المرتفعة وزيادة عدد المطالبات
- 19 3- سبل معالجة التباين بين الخسارة المطالب بها وتعويض الأضرار الذي يُحكم به، بما في ذلك المطالبات المفترقة ..
- 20 4- اختلاف حسابات الخبراء للأضرار
- 20 دال- الصلة بخيارات الإصلاح الأخرى

أولاً - مقدمة

- 1- نظر الفريق العامل، في دورته الرابعة والثلاثين في عام 2017، في مسألتني ترابط واتساق قرارات هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، ولاحظ وجود عدم اتساق في القرارات المتعلقة بتطبيق المبادئ القانونية على تقييم الأضرار والتعويض (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1، الفقرة 30).
- 2- وفي دورته السابعة والثلاثين المعقودة في عام 2019، أشير إلى أن مبالغ التعويض المرتفعة التي تحكم بها هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول تعد شاعلا لأنها تقوض قدرة الدول على التنظيم (A/CN.9/970، الفقرات 36-38).
- 3- وطلب الفريق العامل، في دورته الثامنة والثلاثين في عام 2019، إلى الأمانة أن تنظر في كيفية الاضطلاع بأعمال محتملة بشأن الأضرار والتعويض (A/CN.9/1004*، الفقرة 104). ورئي أن أي أعمال بشأن هذا الموضوع تتطلب دراسة متأنية للمرحلة التي تقوم فيها هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بتقييم الأضرار وتحديد التعويض، والمتطلبات الإثباتية، والمعايير المحاسبية والمالية المنطبقة، والعلاقة بتوزيع التكاليف (A/CN.9/1004*، الفقرة 102). وأشير أيضا إلى أثر التمويل المقدم من طرف ثالث على مبلغ التعويض المطالب به (A/CN.9/1004*، الفقرة 80).
- 4- وأشارت الورقات الواردة من الحكومات ("الورقات") إلى مسألة تقييم الأضرار والتعويض باعتبارها شاعلا، مسلطة الضوء على عدم اتساق قرارات تعويض الأضرار وعدم إمكانية التنبؤ بها⁽¹⁾.
- 5- وذكرت إحدى الورقات وجود "اختلافات كبيرة بين المبالغ المستثمرة والمبالغ التي يُحكم بها كتعويض؛ وبينت أن هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول "لا تأخذ ... عموما العوامل السياقية في الاعتبار؛" وشددت على أن مبالغ التعويض المرتفعة التي يُحكم بها يمكن أن يؤدي إلى "جمود تنظيمي"⁽²⁾. وأشارت ورقة أخرى إلى أن المدعين يميلون إلى المغالاة في المطالبة بالتعويض "على أمل أن يبدو مبلغ أقل مغالاة، ومع ذلك لا يمكن الدفاع عنه، معقولا بالمقارنة"⁽³⁾. وأشارت الورقة كذلك إلى الفجوة الكبيرة بين تقدير المدعين والمدعى عليهم لقيمة الأضرار، ودعت إلى اتباع طريقة واضحة في تقدير القيمة للحد من احتمال الاستغلال.
- 6- وشددت تلك الورقة على أن "المبادئ التوجيهية المتعلقة بالتعويض" ينبغي أن تتضمن آلية لضبط المطالبات، وطريقة معتمدة لتقدير قيمة المنشآت التجارية وفقا لمعايير الإبلاغ المالي المعترف بها دوليا، (...) وآلية لرفض المطالبات العبيثة في مرحلة مبكرة⁽⁴⁾.
- 7- واقترحت ورقة أخرى إعداد معايير موضوعية وشفافة لتحديد التعويض وأكدت أهمية تناسب مبلغ التعويض مع الضرر الفعلي المتكبد⁽⁵⁾.

(1) أشارت الورقات التالية إلى الأضرار: إندونيسيا (A/CN.9/WG.III/WP.156)، الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1)، كولومبيا (A/CN.9/WG.III/WP.173)، إكوادور (A/CN.9/WG.III/WP.175)، جنوب أفريقيا (A/CN.9/WG.III/WP.176)، إسرائيل وبيرو وشيلي والمكسيك واليابان (A/CN.9/WG.III/WP.182)، بوركينا فاسو (A/CN.9/WG.III/WP.199).

(2) A/CN.9/WG.III/WP.199، الفقرات 7 و9 و10.

(3) A/CN.9/WG.III/WP.156، الفقرتان 8 و9.

(4) المرجع نفسه؛ A/CN.9/WG.III/WP.176، الفقرة 73.

(5) A/CN.9/WG.III/WP.161، الفقرة 14؛ A/CN.9/WG.III/WP.199، الفقرة 11.

8- وبناء على ذلك، تبين هذه المذكرة المسائل الرئيسية ذات الصلة بتقييم الأضرار وتحديد التعويض بموجب معاهدات الاستثمار⁽⁶⁾، بما في ذلك المبادئ والمنهجيات القانونية الأساسية التي سينظر فيها الفريق العامل⁽⁷⁾.

9- وعلى غرار الوثائق الأخرى المقدمة إلى الفريق العامل، أُعدت هذه المذكرة بالاستناد إلى المعلومات المنشورة بشأن هذا الموضوع⁽⁸⁾. لكنها لا تعرب عن أي رأي بشأن خيارات الإصلاح الممكنة، فهذا الأمر متروك للفريق العامل لكي ينظر فيه.

(6) يستخدم مصطلحا "الضرر" و"التعويض" في هذه المذكرة تبعا للمصطلحات المستخدمة في مشاريع المواد التي وضعتها لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا مع التعليقات، 2001 (مواد لجنة القانون الدولي مع التعليقات)، وهي متاحة على الرابط: <https://legal.un.org/ilc/reports/2001/arabic/chp4.pdf>، وتشير عموما إلى "الضرر" بمعنى الضرر أو الخسارة و"التعويض" كمصطلح عام للمبالغ النقدية المستحقة الدفع عن الضرر الذي يلحق بالطرف المتضرر. وقد صيغت مواد لجنة القانون الدولي في عام 2001 وزُكيت مؤخرا بموجب قرار الجمعية العامة في عام 2019 (انظر قرار الجمعية العامة A/RES/74/180 المؤرخ 27 كانون الأول/ديسمبر 2019 والمتاح على الرابط: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/431/88/PDF/N1943188.pdf?OpenElement>). ومواد لجنة القانون الدولي ليست ملزمة للدول ولكن هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول تعترف بها وتطبقها على نطاق واسع.

(7) تستخدم هذه المذكرة مصطلحات مختلفة، مثل المبادئ والمعايير، لكنها لا تبدي رأيا بما إذا كانت تعتبر فعلا كذلك.

(8) على سبيل المثال، الدراسات والتقارير والمعلومات الأساسية الأخرى التالية: C. L. Beharry, ed., *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration* (Leiden, The Netherlands, Brill, 2018)؛
C. L. Beharry and E. Méndez Bräutigam, "Damages and Valuation in International Investment Arbitration" (Beharry/Bräutigam), in *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh (eds). (Springer Singapore, 2021)؛
J. Bonnitcha, M. Langford, J. M. Alvarez-Zarate, Daniel Behn, Damages and ISDS Reform: Between Procedure and Substance, 2021, *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, 00, 1–34, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idab034> (ورقة المنتدى الأكاديمي)؛
M. Hodgson, Y. Kryvoi, D. Hrcka, 2021 *Empirical Study: Costs, Damage and Duration in Investor-State Arbitration* (June 2021) (دراسة BIICL)؛
J. Y. Gotanda, Compound Interest in International Disputes Vol. 34 (2002–03) *Law & Policy in International Business*, p. 394 (Gotanda)؛
T. H. Hart and R. Velez, "Study of Damage Awards in Investor-State Cases", *Transnational Dispute Management*, (January 2021)، متاحة على الرابط: <https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1870> (Hart/Velez Study)؛
International Institute for Sustainable Development (by J. Bonnitcha, S. Brewin), Best Practices Series: Compensation under Investment Treaties, متاحة على الرابط: <https://www.iisd.org/publications/iisd-best-practices-series-compensation-under-investment-treaties> (ورقة المعهد الدولي للتنمية المستدامة)؛
J.E. Kalicki, A. Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Nijhoff International Investment Law Series, Band: 4 (BRILL, 2015)؛
Kantor, The Impact of Contributory Investor Conduct: Only with Difficulty Commensurable, in M. Kinnear, G. (Kantor) R. Fischer, et al., *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, 2015؛
M. Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (Kluwer Law International, 2008)؛
R. Knieper, *Rethinking Investment Arbitration* (München, SchiedsVZ, 2015), pp. 25–32؛
I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2017) (Marboe, Calculation)؛
I. Marboe, *Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges* (Leiden, The Netherlands, Brill, 2018), pp. 39–86 (Marboe, Damages)؛
P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds., *Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008) ("Schreuer")؛
OECD Working Papers on International Investment 2012/03, Investor-State Dispute Settlement, D. Gaukrodger, K. Gordon، متاحة على الرابط: http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf (ورقة عمل منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي)؛
PriceWaterhouseCoopers LLP (PWC), "International Arbitration damages research, Closing the gap between claimants and respondents" (PWC Study 2015)،

ثانياً - تقييم الأضرار وتحديد التعويض في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

ألف - الإطار القائم

- 10- بهدف اجتذاب الاستثمار والمساهمة في تعزيز إمكانية التنبؤ بالبيئة القانونية واستقرارها، توفر معاهدات الاستثمار الحماية للمستثمرين الأجانب من خلال ضمانات ومعايير موضوعية، مثل الحماية من نزع الملكية، والمعاملة العادلة والمنصفة، والحماية والأمن الكاملين، وحرية تحويل الأموال، وعدم التمييز. وتسمح معاهدات الاستثمار أيضاً للمستثمرين بالمطالبة بالتعويض في حال خرق تلك الالتزامات من خلال إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.
- 11- وفي حين تتضمن معاهدات الاستثمار معايير للتعويض عن نزع الملكية بصورة مشروعة، فإن التعويض عن نزع الملكية بصورة غير مشروعة وخرق الالتزامات الموضوعية الأخرى يستند عادة إلى مبدأ الجبر الكامل بموجب القانون الدولي العرفي⁽⁹⁾.

متاحة على الرابط: <https://www.pwc.com/sg/en/publications/assets/international-arbitration-damages-research-2015.pdf>؛
PWC, "Dispute perspectives, Tribunals' conflicts of interest" (PWC Study 2016),
متاحة على الرابط: <https://www.pwc.co.uk/tax/assets/tribunals-conflicts-on-interest-new.pdf>؛
PWC, "PwC International Arbitration damages research, 2017 update" (PWC Study 2017),
متاحة على الرابط: <https://www.pwc.co.uk/forensic-services/assets/pwc-international-arbitration-damages-research-2017.pdf>؛
S. H. Reisberg, K. M. Pauley, "An Arbitrator's Authority to Award Interest on an Award Until 'Date of Payment': Problems and Limitations", *Int. A. L. R.*, iss. 1 (2013), p. 25,
متاحة على الرابط: https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2013/04/an-arbitrators-authority-to-award-interest-on-an_/files/anarbitratorauthoritytoawardpdffileattachment/an_arbitrator_authority_to_award.pdf؛
B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice* (New York, Oxford University Press, 2011)
K. Sachs and N. Schmidt-Ahrendts, "Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence", in *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, vol. 15*, A. J. Berg, ed. (Kluwer Law International, 2011)
Ratner, "Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction", 111 *American Journal of International Law* 1 (2017),
متاحة على الرابط: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/compensation-for-expropriations-in-a-world-of-investment-treaties-beyond-the-lawfulunlawful-distinction/2F9D90327EC113E12FB7EDD415BBC935>؛
S. W. Schill, "Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodical Foundations of a New Public Law Approach", *Va. J. Int'l L.*, vol. 52, No. 57 (2011-2012)
M. W. Swinehart, "Reliability of Expert Evidence in International Disputes", *Mich. J. Int'l L.*, vol. 38, iss. 2 (2017), p. 287
(الأونكتاد) UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation: A Sequel (2013) 2013-02-19J. M. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012)
A. C. Weber, C. A. Pascuzzo S., et al., "Challenging the "Splitting the Baby" Myth in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, Volume 31, iss. 6 (2014), p. 720
The World Bank Group, *Legal framework for the treatment of foreign investment (Vol. 2): Guidelines*. (Washington) (World Bank, Vol.2),
متاحة على الرابط: <http://documents.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/Guidelines>. (مجموعة البنك الدولي، المجلد 2)
(9) انظر أيضاً ورقة عمل منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، الصفحة 29.

-1 نزع الملكية بصورة مشروعة

12- تشترط معاهدات الاستثمار عموماً التعويض لاعتبار نزع الملكية مشروعاً، وأيضاً تنفيذه وفق الأصول القانونية وبما يحقق غرضاً عاماً وبطريقة غير تمييزية⁽¹⁰⁾. وتتص معاهدات الاستثمار عموماً على أن يكون التعويض مكافئاً للقيمة السوقية العادلة للاستثمار الذي نزعت ملكيته قبل نزع الملكية (أو قيل أن يصبح ذلك معروفاً) وأن يشمل التعويض الفائدة⁽¹¹⁾، وأن يمنح دون تأخير، وأن يدفع بعملة قابلة للتحويل أو قابلة للاستخدام بحرية⁽¹²⁾.

13- وتذكر بعض معاهدات الاستثمار عناصر أخرى⁽¹³⁾، منها التعويض العادل والمناسب والعوامل السياقية⁽¹⁴⁾.

-2 نزع الملكية بصورة غير مشروعة

14- لا تتص معاهدات الاستثمار عادة على معيار للتعويض عن نزع الملكية بصورة غير مشروعة. ويرى البعض أن معيار نزع الملكية بصورة مشروعة ينبغي أن ينطبق في هذا السياق أيضاً. ويرى آخرون أن مبدأ الجبر الكامل ينبغي أن ينطبق⁽¹⁵⁾.

(أ) مبدأ الجبر الكامل

15- استُخدم مبدأ "الجبر الكامل" لأول مرة وشُرح بالتفصيل في حكم أصدرته المحكمة الدائمة للعدالة الدولية في عام 1928 في قضية مصنع خورجوف. وقررت المحكمة أن التعويض يجب أن "يمحو" عواقب الفعل غير القانوني الذي ارتكبه الدولة⁽¹⁶⁾. وقد أدرج هذا المبدأ لاحقاً في المادة 31 من مواد لجنة القانون الدولي، التي تلزم الدولة المسؤولة بجبر كامل الضرر الناجم عن الفعل غير المشروع دولياً.

(10) انظر، على سبيل المثال: Japan-Morocco BIT (2020), Article 9؛ Brazil-India BIT (2020), Article 6.

(11) على سبيل المثال، بـ"سعر تجاري عادي" (Pakistani-UK BIT (1994), Article 5(1))، أو "سعر معقول تجارياً" (United States of America- People's Republic of the Congo BIT (1990), Article III)، حتى تاريخ الدفع (Chile-Hong Kong Energy؛ Trans-Pacific Partnership Agreement (2016)(TPP), Article 9.8؛ China SAR BIT (2016), Article 10 Charter Treaty (1994), Article 13).

(12) الأونكتاد، الصفحة 40.

(13) على سبيل المثال، قد يشمل تحديد القيمة السوقية العادلة قيمة المنشأة العاملة، وقيمة الموجودات، بما في ذلك القيمة الضريبية المعلنة للممتلكات الملموسة، ومعايير أخرى حسب الاقتضاء (انظر، على سبيل المثال: Indonesia-Switzerland BIT (2022), Article 7؛ EU-Singapore Investment Protection Agreement, Article 2(6)).

(14) ينبغي أن يجسد التعويض "التوازن العادل بين المصلحة العامة ومصصلحة المتضررين، على أن تؤخذ بعين الاعتبار جميع الظروف الوثيقة الصلة بالموضوع مثل الاستخدام الحالي والسابق للعقار، وتاريخ الاستحواذ، والقيمة السوقية العادلة للعقار، والغرض من نزع الملكية، وحجم الربح السابق الذي حققه المستثمر الأجنبي من خلال الاستثمار، ومدة الاستثمار" (انظر، على سبيل المثال: SADC Model Bilateral Investment Treaty (2012), Article 6.2؛ وانظر أيضاً: Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area Agreement (the CCIA) وقانون الاستثمار الأفريقي).

(15) Beharry/Bräutigam، الصفحتان 11 و12.

(16) (A) No. 17 (Sept. 13 .P.C.I.J. (ser Factory at Chorzów, Germany v Poland, 1928).

(ب) الرد أو التعويض

16- من أجل "محو" نتائج الفعل غير المشروع، '1' يجب مقارنة الحالة الراهنة بعد الفعل غير المشروع بالحالة الافتراضية لولا الفعل غير المشروع، و'2' يلزم توفير سبيل انتصاف فعال. وشددت قضية مصنع خورجوف على أولوية الرد بدلا من التعويض، شريطة أن يكون الرد عمليا⁽¹⁷⁾. وتنص المادة 34 من مواد لجنة القانون الدولي على ثلاثة أشكال من سبل الانتصاف: الرد، التعويض، الترضية، وتتوخى المادة 35 من مواد لجنة القانون الدولي التعويض فقط إذا كان الرد مستحيلا أو غير متناسب⁽¹⁸⁾. ومع ذلك، حكمت الغالبية العظمى من هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بتعويضات مالية بدلا من الرد.

3- خرق الالتزامات التعاقدية الأخرى

17- فيما يتعلق بخرق الالتزامات الموضوعية الأخرى، مثل معيار المعاملة العادلة والمنصفة أو معيار الحماية والأمن الكاملين، وفي حال خلت المعاهدات من أي توجيهات بشأن التعويض، درجت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول عموما أيضا على تطبيق مبدأ الجبر الكامل المبين في قضية مصنع خورجوف ومواد لجنة القانون الدولي المتعلقة بالتعويض. ويفتضي مبدأ الجبر الكامل التعويض عن الخسائر الفعلية التي تكبدها الطرف المضرور. كما درجت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول عموما على تطبيق معيار القيمة السوقية العادلة على عمليات نزع الملكية أو الأفعال غير المباشرة التي تقوم بها دولة ما والتي ترقى إلى مستوى نزع الملكية.

4- تقييد تعويض الأضرار

18- شكك في تطبيق معيار القيمة السوقية العادلة: '1' في حال عدم حرمان المستثمر حرمانا دائما وكاملا من حق الملكية ومن قيمة العقار؛ '2' في حال واصل المستثمر تشغيل استثماره لكن مع انخفاض العائد على الاستثمار؛ '3' في حال عدم تضرر قدرة المستثمر على استخدام العقار أو التحكم فيه بصورة مجدية⁽¹⁹⁾.

19- وقد أخذت بعض معاهدات الاستثمار والمعاهدات النموذجية التي أبرمت حديثا بنهج أكثر تفصيلا وتقييدا فيما يتعلق بتعويض الأضرار. فقد تضمنت أحكاما بشأن تعويض الأضرار '1' تستبعد أنواعا معينة من تعويض الأضرار، مثل التعويضات العقابية⁽²⁰⁾؛ أو '2' تفرض قيودا على التعويض الذي يمكن الحكم به (على سبيل المثال، اشتراط ألا يتجاوز التعويض الخسارة التي تكبدها المستثمر وتخفيضه بقيمة أي تعويض

(17) المرجع نفسه، الفقرة 118.

(18) تذكر المادة 34 من مواد لجنة القانون الدولي من بين سبل الانتصاف "الترضية"، التي يجوز، وفقا للمادة 37 (2)، أن تتخذ شكل إقرار بالخرق، أو تعبير عن الأسف، أو اعتذار رسمي، أو أي شكل آخر مناسب.

(19) Beharry/Bräutigam، الصفحتان 14 و15.

(20) Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (2016), Article 8.39(4); The Netherlands Model BIT (2019), Article 22(4); EU-Singapore Investment Protection Agreement (2018), Article 3.18; SADC Model BIT, Article 29.19.

مسبقاً⁽²¹⁾؛ أو '3' تشترط وجود صلة وثيقة بما فيه الكفاية بين الخرق والضرر⁽²²⁾؛ أو '4' تنص على عوامل للتخفيف في حساب التعويض⁽²³⁾.

باء - المسائل الرئيسية

1- طريقة تقدير القيمة

20- هناك طرائق مختلفة لحساب مبلغ التعويض⁽²⁴⁾. ولا يقتضي القانون الدولي العرفي ولا معاهدات الاستثمار تطبيق طريقة بعينها في تقدير القيمة، بل عادة ما تملك هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول السلطة التقديرية للاختيار من بين المنهجيات التي يعرضها الأطراف.

21- ويمكن تصنيف المنهجية التي تستخدمها هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول لتحديد الأضرار عموماً إلى نهج قبلية ونهج بعدية.

(أ) النهج القبلية

النهج المستند إلى الموجودات

22- يستخدم النهج المستند إلى الموجودات القيمة الدفترية أو قيمة الاستبدال للموجودات المعنية. والقيمة الدفترية هي طريقة محاسبية تأخذ في الاعتبار قيمة إجمالي الموجودات صافية من مجموع الإهلاك والنضوب

(21) انظر: Netherlands Model BIT (2019), Article 22 (3); EU-Singapore Investment Protection Agreement (2018), Article 3.18; EU-Viet Nam Investment Protection Agreement (2019), Article 3.53; CETA, Article 8.12 (3) and 8.39(3); India Model BIT (2015), Article 26.3; India-Kyrgyzstan BIT (2019), Article 23(3); India-Belarus BIT (2018), Article 26.3; Canada Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (Canada 2021 Model FIPA), Article 40 (5).

(22) المادة(4)9.29: "... والأضرار الوحيدة التي يمكن الحكم بتعويضات عنها هي الأضرار التي أثبت المدعي أنه تكبدها في محاولة القيام بالاستثمار، شريطة أن يثبت المدعي أيضاً أن الخرق كان السبب المباشر في تلك الأضرار. (...)"؛ Canada 2021 Model FIPA, Article 40 (5).

(23) انظر: Indian Model BIT (2015), Article 26.3؛ India-Belarus BIT (2018), Article 26.3.

(24) قد يؤدي استخدام طرائق مختلفة لتقدير القيمة إلى نتائج مختلفة تماماً. فعلى سبيل المثال، تتناول قضية *Tethyan Copper Limited v Islamic Republic of Pakistan Company PTY* (قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ARB/12/1، قرار تحكيم صادر في 12 تموز/يوليه 2019) (شركة تيثيان كوبر ضد جمهورية باكستان الإسلامية)، وقضية *Bear Creek Mining Republic of Peru Corporation v* (قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ARB/14/21، قرار تحكيم صادر في 30 تشرين الثاني/نوفمبر 2019) (قضية شركة كريك مايننج ضد جمهورية بيرو)، مشاريع للتعدين في مرحلة الاستكشاف/الموافقة. وفي قضية شركة تيثيان كوبر، لم تصدر الدولة عقد الإيجار الخاص بالتعدين المطلوب، وفي قضية شركة كريك مايننج، ألغت الدولة الموافقة الممنوحة للمستثمر لبناء منجم. وفي كلتا القضيتين، لم يُبن المنجم، ومن ثم لم يكن الاستثمار منشأة عاملة. وخلصت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول كلاهما إلى حدوث نزاع ملكية غير مباشر وإلى وجوب أن تجسد التعويضات عن الأضرار القيمة السوقية العادلة. وفي قضية شركة تيثيان كوبر، أجرت هيئة التحكيم تحليلاً للتدفق النقدي المخصوم وقدرت كمية الرواسب من النحاس والذهب التي كان المستثمر سيقوم بتعدينها، وقدرت سعر السوق لهذه المناجم طوال العمر التشغيلي للمنجم وخضمت التكاليف المحتملة التي كان المستثمر سيقوم بها في تشغيل المنجم طوال عمر المنجم، مع احتساب مخاطر تشغيل المنجم أيضاً. وأمرت باكستان بدفع ما يقرب من 4 بلايين دولار من دولارات الولايات المتحدة (فيما يلي "دولار"، بالإضافة إلى الفوائد والتكاليف) (بلغ الإنفاق الفعلي للمستثمر حوالي 200 مليون دولار). ولم تستخدم هيئة التحكيم في قضية شركة كريك مايننج تحليل التدفق النقدي المخصوم، بل استندت إلى الإنفاق الفعلي للمستثمر، الذي بلغ نحو 18 مليون دولار. انظر أيضاً: Bonnitche, Brewin, IISD policy brief, Compensation Under Investment Treaties: What are the problems and what can be done? الصفحة 4.

والإطفاء مطروحا منها إجمالي الخصوم، في حين أن قيمة الاستبدال هي المبلغ الذي يتعين على المستثمر دفعه لاستبدال الموجودات المعنية.

النهج التاريخي

23- يأخذ النهج التاريخي في الاعتبار المبلغ الأصلي الذي استثمره المستثمر قبل الخرق (يشار إليه أيضا بالتكاليف الغارقة).

(ب) النهج البعدي

24- يسعى النهج البعدي إلى استخلاص عائدات الاستثمار المتوقعة والتنبؤ بالكيفية التي كان يمكن أن يتطور بها الاستثمار في المستقبل لولا الفعل غير المشروع الذي ارتكبه الدولة. ويسلم هذا النهج بأن قيمة المنشأة التجارية تستند إلى قدرتها على توليد الأرباح. وتُعد النهج المستندة إلى السوق والمستندة إلى الدخل أمثلة على النهج البعدي.

النهج المستندة إلى السوق

25- يقارن النهج المستند إلى السوق المصلحة التجارية محل الخلاف بقيمة المنشآت التجارية المماثلة في السوق، ويحدد ما كان مشتر افتراضي على استعداد لدفعه مقابل الاستثمار ذي الصلة قبل الفعل الصادر عن الدولة. وتتطلب هذه الطريقة توافر بيانات قابلة للمقارنة (إما معاملات مشابهة أو شركات متداولة مشابهة). ومع ذلك، قد تثير هذه الطريقة تعقيدات لأن الاستثمارات المعنية غالبا ما تكون فريدة من نوعها ولا يتوافر لها بيانات قابلة للمقارنة.

النهج المستند إلى الدخل

26- يحوّل النهج المستند إلى الدخل الفوائد الاقتصادية المتوقعة إلى قيمة حالية باستخدام طريقة التدفق النقدي المخصوم. ويُعد هذا النهج إلى حد بعيد أشيع الطرائق استخداما في حساب القيمة الحالية للتدفقات النقدية المتوقعة في المستقبل من أجل استخلاص الأرباح أو العوائد المستقبلية. وهو يحقق ذلك عن طريق تقدير المصادر المستقبلية للتدفقات النقدية ثم خصم المبلغ بمعدل يتضمن المخاطر ومرور الوقت.

(ج) اختيار طريقة تقدير القيمة

27- عند اختيار طريقة تقدير القيمة، درجت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول عموما على أن تأخذ في الاعتبار المنشأة التجارية المعنية أو الصناعة التي تعمل فيها. فعلى سبيل المثال، اعتُبر النهج المستند إلى الموجودات مناسبة في حال كانت قيمة المنشأة التجارية تُستمد إلى حد بعيد من قيمتها الأساسية وليس من أرباحها. ويتوقف هذا النهج كذلك على المعلومات والأدلة التي تنتجها الأطراف⁽²⁵⁾. وفي الممارسة العملية، كثيرا ما لجأت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول إلى مزيج من طرائق تقدير القيمة.

28- وقد يتوقف النهج الذي سيعتمد أيضا على الأداء السابق للمنشأة التجارية وإمكانية تحديد المدخلات بصورة موثوقة. ففي حال تمكنت منشأة تجارية من البرهنة من خلال أدائها السابق على إمكانية تحقيقها أرباحا

(25) انظر: Beharry/Bräutigam، الصفحة 17.

في المستقبل، فقد يكون من المناسب اتباع النهج البعدي. وفي الحالات الأخرى التي لا تملك فيها الاستثمارات قدرة راسخة على توليد الدخل ولا سجلات سابقة للربحية، يكون النهج القبلي مفيدا في توفير قدر أكبر من اليقين.

(د) التطبيق المناسب لطريقة التدفق النقدي المخصوم

29- تسعى طريقة التدفق النقدي المخصوم إلى استخلاص قيمة المنشأة التجارية بناء على قدرتها على توليد الأرباح في المستقبل، حيث تُخصم لاحقا مع مراعاة القيمة الزمنية للمال والمخاطر. وهي لذلك تعتمد على افتراضات ومعلومات بشأن النفقات وظروف السوق (بما في ذلك التضخم وأسعار الفائدة وأسعار السلع الأساسية) والمخاطر السياسية والمالية (بما فيها المخاطر في سوق الدولة المضيفة) والقوى التنافسية وآفاق الصناعة ذات الصلة. وقد شكك في تطبيق طريقة التدفق النقدي المخصوم على الموجودات غير العاملة وعلى الشركات ذات التاريخ المحدود من العمليات وفي الحالات التي تكون فيها المعلومات المولدة من السوق محدودة خاصة عندما يكون الاستثمار فريدا⁽²⁶⁾.

30- وكثيرا ما تؤدي الاختلافات في الافتراضات والتوقعات المستقبلية إلى تباين كبير في تقديرات القيمة، كما أن معدلات الخصم التي ينبغي أن تفسر أوجه عدم اليقين والمخاطر في المستقبل تشكل مصدرا كبيرا للخلاف⁽²⁷⁾. ومن أجل التنبؤ بالعوائد المستقبلية للاستثمار، فإن على هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول تقييم مجموعة من المتغيرات على مدى كامل المدة التي كان من المتوقع أن يولد فيها الاستثمار تدفقا نقديا مستقبليا، بما في ذلك جميع الإيرادات والنفقات المستقبلية، والنفقات الرأسمالية والتشغيلية أيضا، ومتطلبات رأس المال الإضافية، وغير ذلك من العناصر. وتزداد صعوبة تقدير هذه القيم تقديرا صحيحا ويزداد احتمال التكهن وفقا للإطار الزمني الذي وُضعت له التوقعات.

31- وبناء على ذلك، تتعامل التعليقات على مواد لجنة القانون الدولي⁽²⁸⁾ وكذلك المبادئ التوجيهية للبنك الدولي⁽²⁹⁾ بحذر مع طريقة التدفق النقدي المخصوم.

32- ورغم هذه الدعوات إلى توخي الحذر، فإن طريقة التدفق النقدي المخصوم هي أكثر طرائق تقدير القيمة التي تستخدمها هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وقد خلصت دراسة، حلت 95 قرار تحكيم متاحا للعموم، إلى أن هيئات التحكيم تعتمد بشكل متزايد على النهج القائم على الدخل، لا سيما طريقة التدفق النقدي المخصوم. فبين عامي 2011 و2015، استُخدمت هذه الطريقة في 69 في المائة من القضايا التي قُيم فيها التعويض، مقارنة بنسبة 17 في المائة فقط من القضايا قبل عام 2000. وقد أدى ذلك إلى مبالغ تعويض مرتفعة⁽³⁰⁾، يمكن أن تتجاوز إلى حد بعيد المبلغ الذي استثمره المستثمر.

(26) المرجع نفسه.

(27) انظر: دراسة PWC 2015، الصفحة 3.

(28) تعليق لجنة القانون الدولي على المادة 36، الفقرتان 26 و27.

(29) مجموعة البنك الدولي، المجلد 2، الفقرة 42.

(30) دراسة PWC 2015، الصفحة 3. وانظر أيضا: دراسة Hart/Velez (2021)، الصفحات 47 و50 و51، وهذه الدراسة لا تطل استخدام طريقة التدفق النقدي المخصوم بمرور الوقت لكنها تحسب متوسطا عاما. ومن ثم، تُعد طريقة التدفق النقدي المخصوم أكثر طريقة اعتمد عليها لحساب المبالغ الممنوحة، حيث استخدمت في 30,3 في المائة من القضايا (التكاليف المستثمرة بنسبة 23,0 في المائة، والقيمة السوقية بنسبة 5,7 في المائة، والكسب الفائت في 4,9 في المائة من القضايا).

(هـ) تاريخ تقدير القيمة

33- يمكن أن يترتب على اختيار تاريخ تقدير القيمة أيضاً تأثير كبير على مبلغ التعويض. وفي حالات نزع الملكية بصورة مشروعة، عادة ما يكون تاريخ تقدير القيمة هو التاريخ الذي نزع فيه الملكية أو قبل أن يصبح نزع الملكية الوشيك علنياً، لأن معرفة الجمهور لها تأثير فوري على القيمة. أما في حالات نزع الملكية بصورة غير مشروعة أو الخروق الأخرى للالتزامات التعاقدية، فهناك عموماً تاريخان ممكنان للمحكمة أن تنظر فيهما لتقدير القيمة تبعاً لظروف القضية: (أ) تاريخ الخرق؛ '2' تاريخ قرار التحكيم النهائي⁽³¹⁾.

2- العلاقة السببية - عزو المستثمر الخسارة إلى خرق ارتكبه الدولة

34- يجب أن تكون الخسارة التي يدعيها المستثمر معزوة إلى فعل غير مشروع ترتكبه الدولة لكي تكون قابلة للتعويض. وعموماً، لا تتضمن معاهدات الاستثمار معايير أو اختبارات مناسبة لإثبات العلاقة السببية. ولا يتضمن سوى عدد قليل من المعاهدات عبارات بشأن العلاقة السببية، على سبيل المثال، أنه لا يجوز للمستثمرين الحصول على تعويض إلا عن الخسائر التي تحدث "بسبب" أو "نتشاً عن تدبير تتخذه الدولة"⁽³²⁾. أما العبارات الأدق فتقتضي "أن يكون الاستثمار، أو المستثمر فيما يتعلق باستثماره، قد تكبد خسائر فعلية وليس ظنية نتيجة للخرق (...)" (و) أن تلك الخسائر كانت متوقعة وناجمة مباشرة عن الخرق"⁽³³⁾.

35- وتتص المادة 31 من مواد لجنة القانون الدولي على ضرورة أن يكون الضرر "ناجماً عن" فعل غير مشروع دولياً. ووفقاً للتعليق، يجب ألا تكون العلاقة السببية بين خرق اتفاق ما والخسارة المطالب بها ظنية أو بعيدة أو غير مؤكدة على نحو مبالغ فيه. وتستخدم مصطلحات عديدة لوصف هذه الصلة التي يجب أن تكون قائمة بين الفعل غير المشروع والضرر لكي ينشأ الالتزام بالجبر⁽³⁴⁾. والمصطلحات المستخدمة عموماً هي البعد والطابع المباشر والقرب وإمكانية التوقع. ولا تعبر مواد لجنة القانون الدولي عن تفضيلها لمعيار قانوني محدد للعلاقة السببية⁽³⁵⁾، ولكنها تلاحظ أن اشتراط وجود صلة سببية ليس بالضرورة نفسه في كل خرق للالتزام دولي⁽³⁶⁾.

3- عبء ومعيير الإثبات

36- هناك مبدأ قانوني مقبول عموماً وهو أن الطرف الذي يعتمد على واقعة ما يتحمل واجب إثباتها⁽³⁷⁾. وبناء على ذلك، وفيما يتعلق بالأضرار، يقع على المستثمر عموماً عبء الإثبات فيما يتعلق بمبلغ الخسارة

(31) ليس من الشائع استخدام تاريخ قرار التحكيم. فهو في العادة لا يُستخدم إلا في حال زادت قيمة الموجودات منذ تاريخ الخرق بسبب قوى السوق (مثل ارتفاع أسعار السلع الأساسية) أو سلوك الدولة.

(32) Canada-Costa Rica BIT (1998), Article XII (2); China-Korea BIT (2007), Article 9(1); US Model BIT (2004), Article 24 (1); Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (2007), Article 28 (1); CETA, Article 8.18; Canada 2021 Model FIPA, Article 40 (5).

(33) انظر: India Model BIT (2003), Article 23 (2).

(34) تعليق لجنة القانون الدولي على المادة 31، الفقرة 10.

(35) Marboe, Damages، الصفحات 39-86.

(36) الملحوظة 34 أعلاه.

(37) انظر المادة 27 (1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم وقواعد التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 2022، القاعدة 36 (2).

والعلاقة السببية، في حين يقع على الدولة المدعى عليها عبء الإثبات فيما يتعلق بدفعها، مثل الظروف التي تحد من العلاقة السببية أو مبلغ الخسارة⁽³⁸⁾.

37- ومعظم قواعد التحكيم لا تتطرق إلى موضوع معيار الإثبات وعادة ما تمنح هيئات التحكيم سلطة تقديرية واسعة في تقييم الأدلة. فعلى سبيل المثال، ينص كل من المادة 27 (4) من قواعد الأونسيترال للتحكيم والمادة 9 (1) من قواعد النقابة الدولية للمحامين على أن تبت هيئة التحكيم في مدى مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالدعوى وطابعها الجوهري ووزنها. وتنص القاعدة 36 (1) من قواعد التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 2022 أيضا على أن "تبت المحكمة في مقبولية الأدلة المقدمة والقيمة الإثباتية لمقبوليتها".

38- وتوضح المادة 36 (2) من مواد لجنة القانون الدولي أن التعويض يشمل الضرر القابل للتقييم ماليا والمؤكد. وفيما يتعلق بالكسب الفائت، يشير التعليق على مواد لجنة القانون الدولي إلى أنه حُكم به في قضايا كثيرة توفرت فيها بخصوص الأرباح المستقبلية المتوقعة خصائص جعلتها تُعتبر، بدرجة كافية من اليقين، مصلحة محمية قانونا. ويشير التعليق كذلك إلى وجوب إثبات أرجحية تحقيق أرباح مستقبلية متوقعة بأدلة مستتديّة كافية أو أدلة مناسبة أخرى، وهو ما يمكن تحقيقه من خلال ترتيبات تعاقدية أو تاريخ مثبت من المعاملات⁽³⁹⁾.

4- الحكم بالفائدة وكيفية حسابها

39- تشكل الفائدة جزءا لا يتجزأ من التعويض. وبالنظر إلى طول إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، يمكن أن تشكل الفائدة جزءا كبيرا من التعويض الإجمالي، وبالتالي فهي ذات أهمية اقتصادية بارزة⁽⁴⁰⁾.

40- وتعوض الفائدة المدعي عن الخسارة التي تكبدها نتيجة استخدام أمواله؛ حيث تعوضه تعويضا كاملا برده إلى الوضع الذي كان سيتمتع به لولا الخرق.

41- بيد أن المبدأ العام للجبر الكامل لا يحدد جميع العناصر الضرورية لحساب الفائدة، لا سيما سعر الفائدة وما إذا كان ينبغي أن تكون الفائدة مركبة، وكلاهما يؤثر على مبلغ الفائدة الذي سُحِكم به.

42- وتشير بعض معاهدات الاستثمار إلى الفائدة في سياق نزاع الملكية وتبين أنه ينبغي منحها "بسرعة معقول تجاريا" أو بعبارة قريبة من هذا المعنى⁽⁴¹⁾، وبأنها تُستحق من تاريخ نزاع الملكية إلى تاريخ الدفع. وتتوخى بعض المعاهدات الفائدة كتعويض عن الأضرار الناجمة عن أفعال أخرى غير نزاع الملكية⁽⁴²⁾. بيد أن المعاهدات لا تتناول عادة مسألة الفائدة البسيطة مقابل الفائدة المركبة وفترات الاستحقاق.

(38) Beharry/Bräutigam، الصفحة 7.

(39) تعليق لجنة القانون الدولي على المادة 36، الفقرة 27.

(40) تشكل الفوائد في المتوسط 24 في المائة من المبلغ الذي يُحكم به، وفي عدة قضايا، تجاوز مبلغ الفائدة الذي حُكم به قيمة الأضرار، انظر دراسة PWC 2016، الصفحة 1.

(41) من هذه العبارات "يسرع تجاري عادي" (CETA, Article 8.12(3)) و"يسرع يحدد وفقا لمعايير السوق" (Brazil-India BIT 2020, Article 6.2)). وفي حالات أخرى، تنص المعاهدات بشكل جوهري على ما هو أبعد من "سعر معقول تجاريا" (Cabo Verde-Hungary BIT 2019, Article 6.3).

(42) انظر على سبيل المثال: Cabo Verde-Hungary BIT 2019, Article 5.2.

43- وتتناول المادة 38 من مواد لجنة القانون الدولي مسألة الفائدة، لكنها بالمثل لا تتطرق إلى المسألة إلا بما يقتصر على المعيار الذي وضعته تلك المواد ومفاده أن "يحدد سعر الفائدة وطريقة الحساب على نحو يحقق تلك النتيجة". وفيما يتعلق بمدة سريان الفائدة، تنص المادة 38 على أنها تمتد "من التاريخ الذي كان يجب فيه دفع المبلغ الأصلي حتى تاريخ الوفاء بالتزام الدفع".

(أ) السعر قبل قرار التحكيم

44- بمجرد تحديد تاريخ تقدير القيمة، تحدد المحاكم سعر الفائدة قبل صدور الحكم. وكثيرا ما تطبق هيئات التحكيم سعرا مصرفيا، لأنه يؤدي إلى نتائج أكثر موضوعية وقابلية للتنبؤ مقارنة بسعر يستند إلى الجدارة الائتمانية لمستثمر بعينه. وكثيرا ما تطبق المحاكم أيضا علاوة إضافية على سعر الفائدة المصرفي تجسد بها القيمة السوقية للنقود بعمله معينة. ومن الخيارات الأخرى لسعر الفائدة المطبق سعر الفائدة على الودائع المصرفية، وسعر الفائدة "الخالي من المخاطر"، ومتوسط التكلفة المرجح لرأس المال، والعائد التنظيمي على الاستثمار، وتكلفة سعر الدين، والقيمة المطلقة (مثل الأسعار الإلزامية)، والسعر التعاقدية، وبعضها نادرا ما يستخدم.

(ب) الفائدة بعد قرار التحكيم - من المحتمل أن تكون أسعار الفائدة أعلى

45- تُحدد الفائدة اللاحقة لقرار التحكيم أساسا استنادا إلى ثلاثة عوامل: '1' الحفاظ على القيمة السوقية العادلة للمبلغ الذي حُكم به؛ '2' التعويض عن المخاطر في تحصيل المبلغ الذي حُكم به، بما في ذلك أي مخاطر تتعلق بالتخلف عن السداد؛ '3' الرغبة في التثبي عن التأخر في السداد واستخدام المبلغ الذي حُكم به كمصدر للتمويل غير المكلف.

46- ولدى تحديد أسعار الفائدة اللاحقة لقرار التحكيم، أخذت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بنهج مختلفة فيما يتعلق بحساب تاريخ بدء سريان الفائدة اللاحقة لقرار التحكيم، وسعر الفائدة الذي سيطبق، وطريقة الحساب. ومع أن الفائدة اللاحقة لقرار التحكيم تسري عادة من تاريخ صدور قرار التحكيم، فقد أثرت بعض هيئات التحكيم تحديد فترة سماح لتمكين الأطراف من اتخاذ الخطوات الداخلية اللازمة للترتيب للدفع. وبالإضافة إلى ذلك، اختار عدد قليل من هيئات التحكيم تطبيق سعر أعلى للفائدة اللاحقة لقرار التحكيم للتثبي عن التأخر في السداد. وعملا بنفس المنطق، اختارت بعض هيئات التحكيم تركيب الفائدة فقط في حالة الفائدة اللاحقة لقرار التحكيم أو اعتماد دورة فائدة أقصر للفائدة اللاحقة لقرار التحكيم⁽⁴³⁾.

(ج) الفائدة البسيطة أو المركبة

47- ثمة جانب آخر في حساب مبلغ الفائدة ينطوي على الاختيار بين الفائدة البسيطة أو المركبة، إلى جانب اختيار فترات استحقاق الفائدة.

48- وقد درجت هيئات التحكيم بصورة متزايدة على الحكم بفوائد مركبة⁽⁴⁴⁾. فوفقا لإحدى الدراسات، كانت نسبة هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول التي حكمت بفائدة مركبة 50 في المائة قبل عام 2005،

(43) Beharry/Bräutigam، الصفحة 30.

(44) المرجع نفسه، الصفحتان 29 و30.

لكنها ارتفعت بين عامي 2011 و2015 إلى 87 في المائة.⁽⁴⁵⁾ ودفع الفائدة المركبة هو ما يؤدي أساسا إلى الحكم بفوائد كبيرة للغاية، قد تتجاوز حتى المبلغ الرئيسي⁽⁴⁶⁾.

49- ولا تجيز نظم قانونية وطنية كثيرة الفائدة المركبة، ويشير التعليق على المادة 38 من مواد لجنة القانون الدولي إلى أن الحكم بفائدة بسيطة أكثر ملاءمة في حال عدم وجود سبب قاهر يدعو للحكم بفائدة مركبة⁽⁴⁷⁾. ويدعي مؤيدو الفائدة المركبة أن قرار التحكيم ينبغي أن يجسد مدى تطور المنشآت التجارية التي تتخرف في التجارة عبر الوطنية في العصر الحديث. ويحتجون كذلك بأن الحكم بفائدة مركبة مناسب عندما يؤدي عدم وفاء المدعى عليه بالتزاماته في الوقت المناسب إلى تكبد المدعي إما رسوما مالية تشمل فائدة مركبة أو إلى تفويته فرصا كانت لتعظم استثماراته.

50- وفيما يتعلق بفترات الاستحقاق، تنظر هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول عادة في مدة سريان الفائدة وفترات استحقاق الفائدة بوصفهما مسألتين منفصلتين. فعلى سبيل المثال، قد تختار هيئات التحكيم أن تأمر بتكريب الفائدة سنويا، أو في غضون فترة ستة أشهر، أو على العكس من ذلك، أن تركب الفائدة مرتين في السنة لمدة سنة واحدة. وقد خفضت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول دورة الفائدة عندما كان المبلغ المطلق للفائدة الناتج عن ذلك مرتفعا جدا⁽⁴⁸⁾، في حين قررت هيئات تحكيم أخرى أنه ينبغي زيادة دورة الفائدة بسبب طول مدة بقاء المدعي بدون تعويض⁽⁴⁹⁾.

5- دور الخبراء

51- تلتزم الأطراف عموما مساعدة الخبراء لتقييم مقدار التعويض. وغالبا ما يتطلب اختيار المنهجية وتطبيقها، وكذلك حساب التعويض، معرفة متخصصة وتقنية، خاصة عندما تتطلب طريقة تقدير القيمة معلومات متعمقة حول الصناعة أو الممارسة.

52- وينص عدد من قواعد التحكيم على مشاركة خبير (خبراء) في إجراءات التحكيم، ويعترف بالخبراء المعيّنين من قبل الأطراف ومن قبل هيئة التحكيم. وتتص قواعد الأونسيترال للتحكيم صراحة على الاستعانة بكلا النوعين من الخبراء⁽⁵⁰⁾. وتتوخى قواعد التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية إمكانية اعتماد الأطراف على الأدلة التي يقدمها خبراء وتجزير لهيئة التحكيم تعيين خبير مستقل أو أكثر⁽⁵¹⁾. ومع أن هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول تملك السلطة التقديرية لتعيين الخبراء الخاصين بها، فإنها نادرا ما تفعل ذلك⁽⁵²⁾.

(45) دراسة PWC 2016، الصفحة 2.

(46) انظر على سبيل المثال القضية: *S.A. v. Costa Rica, Compania Del Desarrollo De Santa Elena*: حيث حكم بمبلغ 4,15 ملايين دولار كتعويض رئيسي عن الأضرار، ومبلغ 11,85 مليون دولار كفائدة، استنادا إلى سعر مركب نصف سنوي (مقابل 5,7 ملايين دولار فيما لو حكمت هيئة التحكيم بفائدة بسيطة)، انظر الفقرتين 85 و107، متاحة على الرابط: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf

(47) تعليق لجنة القانون الدولي على المادة 38، الفقرات 8-12.

(48) دراسة PWC 2016، الصفحة 5.

(49) انظر: Gotanda، الصفحة 394.

(50) انظر المادتين 27 (2) و29.

(51) انظر القاعدتين 38 و39.

(52) بيد أن المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية لاحظ مؤخرا زيادة في الاستعانة بالخبراء المعيّنين من قبل هيئات التحكيم.

53- وتتناول قواعد النقابة الدولية للمحامين أيضا مسألة الخبراء المعيّنين من قبل أطراف التحكيم وهيئة التحكيم. وتتص المادة 5-2 (هـ) على أن تقرير الخبير يجب أن يشتمل على "وصف الأساليب والأدلة والمعلومات المستخدمة في الوصول إلى استنتاجاته"، حتى يتسنى للطرف الآخر وهيئة التحكيم إجراء تقييم مجدٍ للتقرير. وعلاوة على ذلك، يجب أن يتضمن تقرير الخبير إقرارا باستقلال الخبير. وتسمح المادة 5-4 من قواعد النقابة لهيئة التحكيم بأن تأمر الخبراء المعيّنين من قبل الأطراف، والذين قدموا تقارير عن نفس المسائل، بالاجتماع ومناقشة هذه التقارير وتقديم تقارير مشتركة، من أجل تحديد المسائل المتفق عليها ونقاط الخلاف. ويساعد ذلك في التقليل من تكاليف الإجراءات، حيث يمكن للخبراء من نفس التخصص تحديد أسباب تباين استنتاجاتهم بسرعة نسبيا والتوصل إلى نقاط اتفاق⁽⁵³⁾.

6- عوامل أخرى تقلل من مبلغ التعويض

54- قد تلجأ الدول إلى الدفوع تجنباً للوقوع في حالة خرق لالتزام تعاهدي. فعلى سبيل المثال، هناك حالة الضرورة وهي حالة تكون فيها الوسيلة الوحيدة للحفاظ على مصلحة وطنية/عامة أساسية يتهدها خطر جسيم وشيك هي اعتماد الدولة تدابير تخالف التزاماتها بموجب معاهدات الاستثمار⁽⁵⁴⁾.

55- وقد تنشأ حالات يتعين فيها أن يؤخذ في الحسبان قيام المستثمر بفعل أو امتناعه عن فعل عند حساب مبلغ التعويض على النحو المبين أدناه. والفعل هو عندما يكون المستثمر مخطئاً والامتناع عن الفعل هو عندما لا يتخذ المستثمر الإجراء المناسب للتخفيف من الخسائر. وقد تكون هناك عوامل أخرى من شأنها أن تقلل من مبلغ التعويض⁽⁵⁵⁾.

(أ) الإسهام في الخطأ

56- مع أن معاهدات الاستثمار لا تتناول هذه المسألة عموماً، فقد يخفّض مبلغ التعويض إذا كان سلوك المدعي قد أسهم في الخسارة التي تكبدها. ويتمشى هذا مع المبدأ القائل بمنح الطرف المضرور جبراً كاملاً، لكن بما لا يتجاوز الضرر الذي تسبب به الطرف الآخر.

57- ويتجسد مفهوم الإسهام في الخطأ في المادة 39 من مواد لجنة القانون الدولي، التي تنص على أن تراعى عند تحديد الجبر "المساهمة في الضرر الناجمة عن فعل أو إغفال مقصود أو إهمالي" من جانب الطرف المضرور. ويعبّر عن المبدأ نفسه في مجالات قانونية أخرى (مثل المادة 80 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ("اتفاقية البيع") أو المادة 7-4-7 من مبادئ اليونيدرو للعقود التجارية الدولية ("مبادئ اليونيدرو").

(53) التعليق على النص المعدل لقواعد النقابة الدولية للمحامين لعام 2010 الخاصة بتقديم وقبول الأدلة في التحكيم الدولي، الصفحة 23.

(54) Beharry/Bräutigam، الصفحة 25؛ وبموجب المادة 27 من مواد لجنة القانون الدولي، تنفي حالة الضرورة عدم مشروعية سلوك الدول، لكن يظل الحكم بتعويض ممكناً. وتتص عدة معاهدات استثمار على الدفع بالضرورة، التي يقصد بها تبرير الخرق.

(55) من العوامل الإضافية التي تحد من التعويض الحصول سابقاً على تعويض عن الأضرار أو تعويض فيما يخص الخسارة نفسها، ورد الممتلكات أو إلغاء أو تعديل التدبير الذي تسبب بالخرق.

58- وقد اعترفت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بمفهوم الإسهام في الخطأ عند الحكم بالتعويض⁽⁵⁶⁾. ويمكن أن يشمل الإسهام في الخطأ انتهاك القانون الداخلي للدولة وزيادة الخسارة من جانب المستثمر⁽⁵⁷⁾، على سبيل المثال نتيجة المجازفات التجارية⁽⁵⁸⁾. وتتمتع هيئات التحكيم عموماً بالسلطة التقديرية اللازمة لتحديد مدى تأثير إسهام المستثمر في الخطأ على مبلغ التعويض⁽⁵⁹⁾.

(ب) التقصير في تخفيف الخسائر

59- يعبر مبدأ التخفيف عن واجب الطرف المضرور في اتخاذ خطوات معقولة للحد من الخسارة التي يسببها الطرف المخالف. وإذا لم يحم الطرف المضرور بذلك، لم يسترد ذلك الجزء من الخسارة المعزوة إلى عدم تخفيفه من الأضرار.

60- ومبدأ التخفيف معترف به على نطاق واسع في مختلف مجالات القانون، على النحو المبين في المادة 77 من اتفاقية البيع والمادة 7-4-8 من مبادئ اليونيدروا. وفي مقرر يتعلق باسترداد الكسب الفائت، سلم مجلس إدارة لجنة الأمم المتحدة للتعويضات بواجب المدعي في أن يقلل من الخسائر حيثما كان ذلك ممكناً⁽⁶⁰⁾. وبناء على ذلك، فإنه ليس مسموحاً للمدعي باتخاذ الخطوات اللازمة للتخفيف من الخسارة فحسب، بل إنه ملزم أيضاً باتخاذ الخطوات اللازمة للتخفيف من خسارته.

61- ويتناول التعليق على المادة 31 من مواد لجنة القانون الدولي أيضاً التخفيف من الأضرار، حيث يوضح أنه ليس التزاماً قانونياً ينشئ مسؤولية، لكن التقصير في التخفيف قد يحول دون استرداد الخسارة بمقدار يتناسب مع ذلك التقصير⁽⁶¹⁾.

62- وقد درجت هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على قبول واجب التخفيف وأثره من حيث تقليل تعويض الأضرار القابلة للاسترداد بوصفه مبدأ من مبادئ القانون الدولي. وفيما يتعلق بنطاق واجب التخفيف من الأضرار، قضت هيئات التحكيم دوماً بوجود وفاء الطرف المضرور بواجب بذل قصارى الجهد واتخاذ خطوات معقولة وحسب الحد من الخسارة⁽⁶²⁾.

جيم- المسائل المطروحة للنظر والأعمال الممكنة

63- لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان من المستصوب الاضطلاع بأعمال مثلاً عن طريق: '1' وضع أحكام ذات صلة، مع إمكانية منحها أثراً ملزماً، بشأن المسائل الإجرائية المتصلة بتقييم الأضرار

(56) انظر: *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (MTD v. Chile); *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (Occidental v Ecuador); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227 (Yukos v Russia)

(57) انظر: *Occidental v Ecuador; Yukos v Russia; Copper Mesa v. Ecuador Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-2

(58) Kantor, p. 535; *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7.

(59) *Occidental v Ecuador*; Kantor, p. 540

(60) المقرر 15 للجنة الأمم المتحدة للتعويضات المؤرخ 18 كانون الأول/ديسمبر 1992.

(61) تعليق لجنة القانون الدولي على المادة 31، الفقرة 11.

(62) Beharry/Bräutigam، الصفحة 24.

والتعويض وإدراجها في معاهدات الاستثمار أو قواعد التحكيم أو صك متعدد الأطراف بشأن الإصلاح الإجرائي؛
'2' وضع مبادئ توجيهية ومعايير لفائدة هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بشأن هذا الموضوع.

1- تعقد الممارسة الحالية وانعدام اليقين بشأنها

64- كما هو مبين في القسم باء، تُظهر الممارسة الحالية في مجال تقييم التعويض درجة عالية من التعقد،
قد تعزى جزئياً إلى عدم تنظيم المحددات الرئيسية في حساب الأضرار، إلى جانب اختلاف الظروف الوقائية.
ويسهم هذا التعقد في زيادة تكاليف إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وقد يؤثر سلباً على
صحة⁽⁶³⁾ قرارات التحكيم المتعلقة بحساب التعويض واتساقها⁽⁶⁴⁾ وإمكانية التنبؤ بها⁽⁶⁵⁾.

مجالات العمل الممكنة

65- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في إعداد مشاريع أحكام تعاقدية أو مبادئ توجيهية بشأن المسائل
التالية:

- معيار التعويض، لا سيما في قضايا نزع الملكية بصورة غير قانونية والخروق غير المتعلقة بنزع الملكية؛
- طريقة تقدير القيمة (بما في ذلك مدى ملاءمة طريقة التدفق النقدي المخصوم وبما في ذلك استخدام تحليل الحساسية أو الافتراضات البديلة)؛
- تاريخ تقدير القيمة؛
- سلوك المدعي، الذي من شأنه أن يقلل من مبلغ التعويض؛
- العلاقة السببية بين الخرق والخسارة؛
- المتطلبات الإثباتية، بما في ذلك معيار الإثبات؛
- الفوائد قبل وبعد قرار التحكيم (سعر الفائدة وطريقة الحساب والأخذ بتركيب الفائدة أو عدم الأخذ به)؛
- مدى ملاءمة طلبات إضافة الضرائب لزيادة مبلغ التعويض بناء على افتراض تحصيل الضريبة على ذلك المبلغ؛
- الدور المحتمل للهيئات الوطنية والقانون الداخلي في حساب الأضرار؛
- دور الخبراء في تقييم الأضرار، بما في ذلك سبل تعيينهم والنظام الأخلاقي المنطبق عليهم؛
- توزيع التكاليف حيث يمكن النظر في عوامل مختلفة مثل نتيجة القضية وسلوك الأطراف والمعقولة⁽⁶⁶⁾.

(63) انظر ورقة المنتدى الأكاديمي، القسم 4.2.

(64) المرجع نفسه، القسم 4.1.

(65) انظر على سبيل المثال: IISD، الصفحة 30؛ ودراسة BIICL، الصفحتين 26 و29.

(66) انظر أيضا الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.219، القسم جيم.

2- مبالغ التعويض المرتفعة وزيادة عدد المطالبات

- 66- لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي تناول مسألة مبالغ التعويض المرتفعة والمتزايدة في الارتقاع التي يطالب به المستثمرون ويُحكم لهم بها في إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.
- 67- فحتى آب/أغسطس 2019، كان هناك 44 قرار تحكيم معروفاً بلغت فيها قيمة التعويض أو تجاوزت 100 مليون دولار، و9 قرارات تحكيم تجاوز فيها التعويض 1 بليون دولار⁽⁶⁷⁾. ومنذ القضية الأولى في عام 1981، استغرق الأمر 21 عاماً من تراكم قرارات التعويض لتبلغ 10 بلايين دولار. وفي عام 2006، تضاعف المبلغ التراكمي ليصل إلى 20 بليون دولار، وبعد 4 سنوات، تضاعف المبلغ مرة أخرى ليصل إلى 40 بليون دولار في عام 2010⁽⁶⁸⁾.
- 68- وعلاوة على ذلك، لاحظ الشراح أن المبالغ الممنوحة كثيراً ما تتجاوز إلى حد كبير ما أنفقه المستثمرون على الاستثمار، وأن حساب التعويض لا يأخذ في الاعتبار فائدة الاستثمار بالنسبة للدولة المضيفة ولا سوء سلوك المستثمر، مثل انتهاكات حقوق الإنسان⁽⁶⁹⁾.

مجالات العمل الممكنة

- 69- لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي وضع مشاريع أحكام تعاهدية أو مبادئ توجيهية تتبعها هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول فيما يتعلق بما يلي:
- استخدام طرائق تقدير القيمة، بما في ذلك سعر الخصم المناسب الذي يطبق على الحسابات باستخدام طريقة التدفق النقدي المخصوم وحساب الفائدة؛
 - وضع حد أقصى للتعويض، على سبيل المثال أن يكون المبلغ المستثمر فعلياً؛

(67) انظر أيضاً IISD، الصفحة 29.

(68) وتخلص دراسة Hart/Velez، الصفحة 13، إلى أن مبلغ المطالبات أخذ في الاستقرار في السنوات الأخيرة يبدو، وإن كان مستقراً عند مستوى مرتفع. أما ورقة المنتدى الأكاديمي فتشير إلى بيانات ودراسات مختلفة، كلها تظهر زيادة كبيرة على مدى العقود الماضية. فعلى سبيل المثال، استناداً إلى بيانات الأونكتاد/قاعدة ITALAW للبيانات، كان متوسط مبالغ التعويض التي حُكم بها بين عامي 1990 و1999 ما قدره 2 مليون دولار، وبين عامي 2000 و2009 ما قدره 16,7 مليون دولار، وبين عامي 2010 و2019 ما قدره 32,9 مليون دولار، انظر القسم 2-2. واستناداً إلى قاعدة البيانات الخاصة بالتحكيم الاستثماري التابعة لمركز (PITAD) PluriCourts، كان وسيط مبالغ التعويض التي حُكم بها بين عامي 1980 و1999 ما قدره 4,2 ملايين دولار، وبين عامي 2000 و2009 ما قدره 21,3 مليون دولار، وبين عامي 2010 و2019 ما قدره 27,8 مليون دولار، انظر القسم 2-3. والمبلغ الوسيط ليس المبلغ المتوسط، بل هو قيمة وسيطة لا تتأثر بمبالغ التعويض الصغيرة أو الكبيرة للغاية.

(69) ينص اتفاق الاستثمار النموذجي الهولندي "Netherlands Model Investment Agreement" (2019) في المادة 23 على أنه يجوز للمحاكم عند البت في مبلغ التعويض أن تأخذ في الاعتبار "عدم امتثال المستثمر لالتزاماته بموجب مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية المتعلقة بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان والمبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي المتعلقة بالمؤسسات المتعددة الجنسيات"؛ وانظر أيضاً: C. Baltag (Editor), 'Human Rights and Environmental Disputes in International Arbitration', Kluwer Arbitration Blog, 24 July 2018 <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/24/human-rights-and-environmental-disputes-in-international-arbitration/>

- العوامل السياقية، مثل قدرة الدول المضيفة على دفع المبالغ التي يُحكم بها، و"الأثر الخانق" المحتمل لقرار التحكيم على الدولة المدعى عليها، والفوائد التي يعود بها على الاستثمار أهداف التنمية المستدامة للدولة⁽⁷⁰⁾.

3- سبل معالجة التباين بين الخسارة المطالب بها وتعويض الأضرار الذي يُحكم به، بما في ذلك المطالبات المفرطة

70- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في الاختلاف الكبير بين مبلغ التعويض المطالب به ومبلغ التعويض الذي يُحكم به.

71- وقد حسبت دراسة أن متوسط المطالبات بلغ 910,6 مليون دولار مقابل متوسط تعويضات قدره 298,3 مليون دولار⁽⁷¹⁾. وبناء على ذلك، يطالب المستثمرون في المتوسط بثلاثة أضعاف المبلغ الذي يُحكم لهم به بالفعل. وفي دراسة مختلفة، وبعد استبعاد ثلاث قضايا شذت عن الوضع السائد، بلغ متوسط المبلغ المطالب به 275,3 مليون دولار، وبلغ متوسط مبلغ التعويض الذي حُكم به 55,2 مليون دولار⁽⁷²⁾. وعلى هذا الأساس، يطالب المستثمرون في المتوسط بخمسة أضعاف المبلغ الذي يُحكم لهم به بالفعل.

أثر الارتكاز وتوزيع التكاليف

72- نوقش ما يسمى بـ"أثر الارتكاز" كسبب محتمل للزيادة في القرارات التي تحكم بتعويضات ضخمة عن الأضرار⁽⁷³⁾. واستند في ذلك إلى ما لوحظ من المستثمرين يميلون إلى تقديم مطالبات مغالية كتكتيك قانوني، وبذلك يعتمدون على إحداهن تحيز معرفي محتمل لدى هيئات التحكيم حيث تُستخدم المطالبات المغالية أساساً لحساب التعويض⁽⁷⁴⁾.

73- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في إمكانية تناول مسألة المغالاة الجلية في مبلغ التعويض عن الأضرار من خلال توزيع التكاليف (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.219). فعلى سبيل المثال، قد يُلزم المدعي بتحمل جزء أكبر من التكاليف إذا تجاوزت الأضرار المطالب بها نسبة مئوية معينة من الخسارة الفعلية⁽⁷⁵⁾.

(70) IISD، الصفحة 31؛ وانظر أيضاً: M. Paparinskis, A Case Against Holding Compensation in International Law of State Responsibility, The Modern Law Review, Volume 83, Issue 6 (November 2020).

(71) دراسة Hart/Velez، الصفحة 7؛ وخلصت دراسة BIICL إلى الاستنتاج التالي: "عند مقارنة مبلغ تعويض الأضرار المطالب به مع مبلغ تعويض الأضرار الذي يُحكم به، نرى زيادة متواضعة في مبلغ تعويض الأضرار الذي يُحكم به عن المبلغ المطالب به، من نسبة مئوية بسيطة تبلغ 29 في المائة قبل حزيران/يونيه 2017 إلى 36 في المائة في السنوات الثلاث الماضية."، الصفحة 28.

(72) خلصت دراسة حللت 241 قرار تحكيم إلى أن "إجمالي تعويض الأضرار الذي حُكم به بلغ حوالي 71,91 بليون دولار لمطالبات تزيد قيمتها عن 219 بليون دولار، والنتيجة هي أن متوسط التعويض الذي حُكم به كنسبة مئوية من مبلغ المطالبة يبلغ 32,8 في المائة". ومع ذلك، بلغ متوسط المبالغ التي حُكم بها 298,3 مليون دولار، في حين بلغ متوسط المطالبات 910,6 مليون دولار. انظر دراسة Hart/Velez، الصفحة 7.

(73) انظر: Swinehart، الصفحة 310.

(74) A/CN.9/WG.III/WP.156، الفقرتان 8 و9.

(75) IISD، الصفحة 25؛ وانظر: Colombia Model BIT (2017)، الصفحة 21، التي تنص على أنه إذا تجاوز المبلغ المقدر للأضرار التي حدها المدعي المبلغ المثبت بنسبة خمسين في المائة أو أكثر، حكمت هيئة التحكيم بنسبة 15 في المائة من الفرق الناتج كتكاليف لصالح المدعي عليه.

-4 اختلاف حسابات الخبراء للأضرار

74- قد يكون من الأسباب الأخرى للتباين في تقييم الأضرار المطالب بها والتعويض الذي يُحكم به الاختلاف الكبير في مبالغ التعويض التي يقدمها الخبراء المعينون من كل طرف⁽⁷⁶⁾.

75- وقد خلصت دراسة إلى أن هذا الاختلاف في نتائج الخبراء يرجع جزئياً إلى كون الخبراء يتلقون تعليماتهم من محامين، وربما يجيبون عن الأسئلة المختلفة استناداً إلى افتراضات وقائية أو قانونية مختلفة، ويختلفون في معاملة المسائل الوقائية لأن آراءهم تختلف حقا. أما الشواغل المتعلقة بالجودة فلم تُذكر بوصفها شاغلا شائعا⁽⁷⁷⁾.

مجالات العمل الممكنة

76- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في إمكانية الاضطلاع بأعمال بشأن إعداد مشاريع أحكام تعاهدية أو مبادئ توجيهية⁽⁷⁸⁾ بشأن تعيين خبراء لمساعدة هيئات التحكيم في حساب تعويض الأضرار. وقد يعزز ذلك حياد واستقلال الخبراء في حساب تعويض الأضرار. وقد يؤدي هذا النهج إلى مزيد من التخفيف من التكاليف الإجمالية للإجراءات، التي ينبع جزء منها من التكاليف المتزايدة للخبراء.

77- وبدلاً من ذلك، يمكن وضع مبادئ توجيهية للخبراء المعينين من قبل الأطراف من شأنها:

- ضمان عمل الخبراء استناداً إلى مجموعة منسقة ومحددة بوضوح من التعليمات تقوم على افتراضات متشابهة؛
- اشتراط الحصول على حسابات بديلة في حالات عدم الاتفاق على الوقائع والنهج القانونية؛
- اشتراط تقديم الخبراء بياناً مشتركاً يشرح الاختلافات في حال اختلفت نتائج آرائهم كخبراء؛
- اشتراك فريق الخبراء المعينين من قبل الأطراف في إصدار تقرير مشترك وحق هيئات التحكيم في توجيه الخبراء.

دال - الصلة بخيارات الإصلاح الأخرى

78- لعل الفريق العامل يود أن يعتبر أن موضوع تعويض الأضرار والتعويض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بخيارات الإصلاح التالية:

- الرفض المبكر للمطالبات الظنية وغير المثبتة والمبالغ فيها (A/CN.9/WG.III/WP.219)؛
- تنظيم التمويل المقدم من طرف ثالث لمعالجة مسألة المطالبة بمبالغ تعويض مرتفعة (A/CN.9/WG.III/WP.219)؛

(76) دراسة PWC 2015، الصفحة 2: كان المبلغ الذي حدده الخبراء التابعون للمدعى عليه في المتوسط 13 في المائة من المبلغ الذي حدده الخبراء التابعون للمدعي؛ وانظر أيضاً: Beharry، الصفحات 3-8.

(77) المرجع نفسه، الصفحتان 2 و5.

(78) يمكن أن تستفيد هذه الأعمال من الصكوك القائمة، مثل البروتوكول المتعلق بتحديد تعويض الأضرار في التحكيم الصادر عن لجنة التحكيم الدولية التابعة للمعهد الدولي لدرء المنازعات وتسويتها.

- آليات الاستئناف الدائمة والمتعددة الأطراف لتناول مسألة الصحة الإجرائية والموضوعية للقرارات وتصحيح الأخطاء في قرارات هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول
(A/CN.9/WG.III/WP.185)؛
 - سبل التصدي للجمود التنظيمي؛
 - سبل تناول الإجراءات المتعددة، بما فيها تلك الناشئة عن دعاوى المساهمين والخسائر الانعكاسية
(A/CN.9/WG.III/WP.193 ؛ A/CN.9/WG.III/WP.170).
-