

Distr.: Limited
17 July 2019
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام
تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول)
الدورة الثامنة والثلاثون
فيينا، ١٤-١٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٩

الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

ورقة مقدمة من حكومة إكوادور

مذكّرة من الأمانة

تحيل هذه المذكرة ورقة مقدّمة في ١٦ تموز/يوليه ٢٠١٩ من حكومة إكوادور، في سياق التحضير للدورة الثامنة والثلاثين للفريق العامل الثالث. والورقة المقدّمة واردة في مرفق هذه المذكرة بالصيغة التي تلقتها بها الأمانة.



الرجاء إعادة استعمال الورق



المرفق

[الأصل: بالإسبانية]

مقترح من جمهورية إكوادور بشأن الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، الجارية مناقشتها في الفريق العامل الثالث

حثَّ الفريق العامل في دورته السابعة والثلاثين الدول الأعضاء على تقديم مقترحات بغية وضع جدول زمني لمشروع لمناقشة خيارات إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ويرد كثير من هذه الخيارات في الوثيقة [A/CN.9/WG.III/WP.149](#).

وبالإشارة إلى الطلب الذي تقدمت به الأونسيترال في الوثيقة [A/CN.9/970](#)، أي اعتبار ١٥ تموز/يوليه ٢٠١٩ موعداً نهائياً لتقديم الاقتراحات، تود جمهورية إكوادور إثارة النقاط المبينة أدناه.

أولاً - معلومات أساسية

١ - ردّاً على شواغل الدول الأعضاء بشأن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، نُقِش عدد من التغييرات المقترحة.^(١) وقد نظرت الدول في التحديات والحلول بالاستناد إلى تجربتها الخاصة بصفتها أطرافاً في عمليات التحكيم.

٢ - وإكوادور عضو في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) منذ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٢. وغالباً ما أعربت عن شواغلها بشأن التحكيم بين المستثمرين والدول في اجتماعات الفريق العامل الثالث، وقدمت تعليقاتٍ مساهمةً في المناقشة حول كيفية تحسين نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٣ - وترى إكوادور أن الإصلاح ينبغي أن يشمل تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بصفة عامة - وليس معاهدات الاستثمار الدولية بين الدول فحسب - طالما أن الولاية القضائية للتحكيم تنبثق في بعض الحالات مباشرةً عن عقود مُبرمة بين الدول والمستثمرين.

٤ - ومن ضمن ما تعتبره إكوادور من الأولويات، أكدت على ضرورة إيجاد حلول للإطار الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول فيما يتعلق بما يلي:

١' إنشاء آلية لمعالجة مسائل الاتساق والقابلية للتنبؤ وصحة قرارات التحكيم وهيئات التحكيم، التي تتجاوز المهام المكلفة بها معالجةً كاملة؛

٢' ضمان استقلالية المحكمين ونزاهتهم؛

٣' السماح لأطراف ثالثة قد تتأثر بقرار التحكيم بالمشاركة في شكل توافق عليه هيئة التحكيم والأطراف.

وتُعالج هذه المسائل فيما يلي أدناه.

(١) انظر مذكرتين من أمانة الأونسيترال بشأن إمكانية إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (الوثيقتين [A/CN.9/WG.III/WP.142](#) و [A/CN.9/WG.III/WP.149](#)).

ثانياً - مسائل رئيسية بالنسبة لإكوادور

ألف - مراجعة قرارات التحكيم

٥ - يفتر التحكيم الاستثماري إلى الاتساق والقبالية للتنبؤ، وذلك من جراء عدم وجود اجتهادات قضائية ملزمة تتطلب من المحكمين اتخاذ قرارات تتسق مع قرارات سابقة. وعلى الرغم مما تقدم، غالباً ما تحتج أطرافٌ سابقة في التحكيم استشهدت بها هيئات تحكيم عند السماح بمطالبات أو رفضها.

٦ - وفي بعض القضايا، منها على سبيل المثال قضية الخطوط الجوية النمساوية وشركة *Burlington Resources*، قال المحكمون صراحةً إن القرارات الصادرة عن هيئات تحكيم أخرى ليست ملزمة. ومع ذلك، ارتأوا أنه، في ما عدا الظروف الاستثنائية، يجب على هيئات التحكيم احترام الحلول التي تم التوصل إليها باتساق في قضايا مماثلة. وقد ساعد هذا على تطوير قانون الاستثمار على نحو متجانس وضمان تلبية التوقعات المشروعة للدول والمستثمرين فيما يتعلق بالقبالية للتنبؤ.

٧ - وأما عدم الاتساق في قرارات هيئات التحكيم، بموجب النظام الحالي فطالما كان مصدر انتقاد متكرر. وعلى سبيل المثال، في قضية شركة *CMS* ضد الأرجنتين وشركة *Sempra* ضد الأرجنتين وشركة *Enron* ضد الأرجنتين، رفضت هيئة التحكيم حجة الضرورة التي أثارها الدولة. أما في قضية شركة *LG&E* ضد الأرجنتين وشركة *Continental Casualty* ضد الأرجنتين فقد قبلت هيئة التحكيم حجة الدفاع هذه ذاتها. وكان سبب عدم الاتساق بشأن براءات الاختراع بين قرارات التحكيم هو الاختلاف في تفسيرات مفهوم حالة الضرورة بموجب معاهدة استثمار ثنائية وبموجب القانون العرفي الدولي. وتبين مثل هذه القضايا أوجه القصور في النظام الحالي.

٨ - وبناءً على هذه الخلفية، وبالنظر إلى أن المنازعات بين المستثمرين والدول تثير مسائل تتعلق بالمصلحة العامة مع ما يترتب عن ذلك من عواقب اقتصادية خطيرة الشأن، يتعين على عملية الإصلاح أن تبحث عن حلول فعالة.

٩ - والقرارات الصادرة عن هيئات التحكيم نهائية وغير قابلة للاستئناف، علماً بأن الاستئناف هو عملية يمكن أن تحقق الاتساق في القرارات ومن ثم تحسّن التماسك والقبالية للتنبؤ بها. وعلاوةً على ذلك، لا يمكن تصحيح الأخطاء الخطيرة التي ترتكبها هيئة تحكيم. وسيبحث هذا الموضوع أدناه.

١٠ - وتتمثل إحدى المسائل الأكثر إلحاحاً في مجال التحكيم الاستثماري في مراجعة قرارات التحكيم. وحالياً، فإن المحاكم الوطنية هي الوحيدة التي تمارس السيطرة في هذا الصدد. وتعلق المراجعات عموماً بصحة شرط التحكيم أو تشكيل هيئة التحكيم أو الحياد أو مسائل السياسة العامة.^(٢)

١١ - ولاحظت إكوادور أخطاء جسيمة اقترفتها هيئات تحكيم من حيث تجاوز التكلفة المسند إليها. وقد تضررت أيضاً بسبب تفسيرات خاطئة للقانون المنطبق وقرارات تحكيم لا يمكن تطبيقها

(٢) اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، المادة ٥.

داخل الأراضي الخاضعة لسيادتها. وعلاوةً على ذلك، يتناول التحكيم الاستثماري مسائل معقدة بحكم الواقع وبحكم القانون.

١٢- وترى إكوادور بناءً على تجربتها الخاصة أنه سوف يكون من المناسب لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أن يسمح أيضاً بمراجعة الأسس الموضوعية للقضايا من خلال بعض الترتيبات التي تتيح اللجوء إلى الاستئناف.

١٣- وترى إكوادور أيضاً أنه ينبغي للتشريع أن يحدد صراحةً الأسباب التي يمكن على أساسها تقديم استئناف. ومن شأن القيام بذلك أن يمنع الأطراف من استخدام سبيل الانتصاف هذا بشكل غير صحيح أو استخدامه لتأخير إنفاذ قرار تحكيم. وفي هذا الصدد، ينبغي أن تقتصر الاستئنافات على الأخطاء التي ارتكبت في تطبيق القانون.

١٤- ومن شأن وجود مثل هذه الآلية أن يجعل بالإمكان مراجعة قرارات التحكيم وتصحيحها، مما يتيح للأطراف الحصول على قرار متسق وعادل. بمقتضى القانون.

باء- ضرورة ضمان استقلالية المحكمين وحيادهم

١٥- شدّد الفريق العامل على ضرورة أن تُعالج في إطار أي إصلاح الشواغل المتعلقة بتعيين المحكمين ونزاهتهم. وتقدّم الوثيقتان [A/CN.9/WG.III/WP.142](#) و [A/CN.9/WG.III/WP.146](#) معلومات ذات صلة بمسائل تتعلق بالسلوك السليم لأعضاء هيئة التحكيم وتعيينهم وسماتهم، وكلها مسائل تقوض شرعية النظام الحالي.

١٦- وعلى الرغم من الجهود المختلفة التي بُذلت لحل هذه المشاكل، بما في ذلك اعتماد المبادئ التوجيهية بشأن تضارب المصالح في التحكيم الدولي الصادرة عن رابطة المحامين الدولية، فقد أصبح من الواضح في الممارسة العملية أنه يجب وضع معايير واضحة لضمان حياد أعضاء هيئة التحكيم واستقلالهم في جميع مراحل عملية التحكيم.

١٧- وشهدت إكوادور، بفضل خبرتها في عمليات التحكيم، كيف أدى غياب المبادئ التوجيهية إلى اتخاذ المحكمين قرارات تدل على انعدام الاستقلالية والنزاهة، بل ويمكن أيضاً أن يكون لها تأثير شديد على إجراءات التحكيم. وهذا يسبب حالة من عدم اليقين للأطراف، وبخاصة بالنظر إلى التكلفة الكبيرة والوقت المستغرق في عمليات التحكيم.

١٨- والسلوك المهني للمحكم أثناء عملية التحكيم أمر أساسي لصحة قرار التحكيم وفعاليته. وينبغي توضيح أن معيار السلوك هذا يجب الحفاظ عليه حتى تضطلع هيئة التحكيم بولايتها بالكامل. ومن الضروري منع الحالات التي ينتج فيها المحكمون لأسباب مهنية في منتصف الإجراءات، حيث يمكن لرحيل محكم بهذه الطريقة أن يؤدي إلى حالات تأخير ويؤثر على النتائج.

١٩- وثمة مسألة أخرى أكثر أهمية تستوجب المناقشة هي "ازدواجية المهام". وفي حين يُسمح للمحكمين بالعمل بصفة محام في منازعات أخرى حول التحكيم، فإن هذه الممارسة تستلزم وضع ضوابط. وقد يتخذ المحكمون قراراً كي يُعينوا في منازعات مستقبلية أو كي تستفيد أطراف يمثلونها في منازعات أخرى.

٢٠- والمعيّار الواجب مراعاته من أجل تنحية محكم (إسقاط الأهلية عنه) هي أيضاً قيد النقاش. ولا يوجد أي اتساق في المعايير المستخدمة. وعلى سبيل المثال، تنص المادة ٥٧ من قواعد التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار على أنه يجوز للأطراف اقتراح (تنحية) أي عضو في هيئة التحكيم (إسقاط العضوية عنه) بسبب "الافتقار الواضح للمؤهلات" المطلوبة بموجب المادة ١٤ (١)، التي تشترط أن يكون المحكمون أشخاصاً "يمكن التعويل على استقلاليتهم في الرأي". وفي الوقت نفسه، تنص المادة ١٢ من قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على التنحية عند وجود "شكوك لها ما يبررها".^(٣)

٢١- وفي الممارسة العملية، يعني استخدام معايير مثل "الافتقار الواضح للمؤهلات" أو "شكوك لها ما يبررها" لتقييم سلوك المحكمين أن معيار التنحية يمكن استيفائه بسهولة في بعض الإجراءات أكثر من غيرها، بحسب قواعد التحكيم المستخدمة.^(٤)

٢٢- وتعتقد إكوادور أن من الأمور الأساسية أن يراعي إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أهمية وجود هيئة تحكيم محايدة ومستقلة. وبناءً على ذلك، من اللازم عقد مناقشات حول المسائل الموضوعية المتصلة بمعايير تنحية المحكمين، والإرشادات التوجيهية الواضحة بشأن الكشف عن تضارب المصالح ونزاهة أعضاء هيئة التحكيم.

جيم- مشاركة أطراف ثالثة في عملية التحكيم

٢٣- لا يحدد النظام الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول نطاق القرارات التي تتوصل إليها هيئات التحكيم. وهذا يعني أنه لم يؤخذ في الحسبان ما إذا كان قرار التحكيم سوف يؤثر على الأطراف في الإجراءات فحسب - أي المستثمرين أو الدولة - أو ما إذا كان قد يؤثر مباشرة على أطراف أخرى أيضاً.

(٣) المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار، المادة ٥٧: يجوز لأي طرف أن يقترح على لجنة التوفيق أو هيئة تحكيم تنحية أي من أعضائها بناءً على أي واقعة تدل على نقص واضح في الصفات المطلوبة في الفقرة (١) من المادة ١٤. ويجوز للطرف في إجراءات التحكيم، بالإضافة إلى ذلك، اقتراح تنحية محكم بناءً على أنه غير مؤهل للتعين في هيئة التحكيم بموجب المادة ٢ من الفصل الرابع.

المادة ١٤ (١): يجب أن يكون الأشخاص المعيّنون للعمل في الهيئات ممن يتحلّون بشخصية أخلاقية رفيعة وبكفاءة معترف بها في مجالات القانون أو التجارة أو الصناعة أو المالية، الذين يمكن التعويل عليهم لممارسة إصدار أحكام مستقلة. ويجب أن يكون للكفاءة في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الأشخاص في فريق المحكمين.

قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المادة ١٢ (١): على الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده واستقلاله. وعلى المحكم، منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها. [...]

(٤) انظر: *Participaciones Inversiones Portuarias SARL ضد Gabonese Republic* (قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم ARB/08/17)، قرار بشأن اقتراح تنحية محكم، ١٢ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٩؛ *Electricidad Argentina S.A. و EDF International S.A. ضد جمهورية الأرجنتين* (قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم ARB/03/22)، الفقرة ٦٤؛ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. و Vivendi Universal S.A. ضد جمهورية الأرجنتين* (قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم ARB/97/3).

٢٤- وشهدت إكوادور حالات تأثرت فيها حقوق فئات معينة ذات مصلحة مشروعة في منازعة من قرار تحكيم، ومع ذلك لم تُمنح هذه الفئات الفرصة لأن تكون أطرافاً في الإجراءات. وقد حصل ذلك في قضايا ترك فيها قرار التحكيم وثائق لاغية وباطلة تنص على مسؤوليات تجاه فئات أخرى غير الأطراف في الإجراءات.

٢٥- وتجدر الإشارة إلى أن مغزى هذا المقترح ليس إدراج أطراف ثالثة في جميع عمليات التحكيم، بل النص، بموافقة هيئة التحكيم والأطراف، ووفقاً للظروف، على شمول الأطراف، التي يمكن أيضاً أن تتأثر مباشرة بقرار التحكيم، إلى جانب وجود مصلحة مشروعة لها في منازعة.

٢٦- والسماح لهذه الأطراف بالمثل أمام هيئة تحكيم لن يمكنها من إبداء شواغلها فحسب، بل من شأنه أن يساعد أيضاً على ضمان استيفاء قرار التحكيم للمتطلبات الواقعية والقانونية الواجب تطبيقها. ويترك التأثير الممكن لتلك الشواغل على النتيجة النهائية للصلاحيات التقديرية الكاملة لهيئة التحكيم.

ثالثاً - الحلول المحددة التي اقترحتها إكوادور

٢٧- في حين تحترم إكوادور مختلف الآراء المعرب عنها بشأن الصك الذي يمكن أن يكون بمثابة أداة لإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، فإن من رأيها أنه يمكن تحقيق ذلك الإصلاح بشكل متعدد الأطراف أو من خلال الأعمال التي تضطلع بها كل دولة. وقد اختار بعض الحكومات تعديل قواعد التحكيم القائمة وإكمالها، واختار بعضها الآخر تقييد اللجوء إلى التحكيم أو استبعاده، واختار غيرها إلغاء معاهدات الاستثمار كلياً.^(٥)

٢٨- وفي هذا الصدد، فإن أحد الحلول الممكنة التي من شأنها معالجة الشواغل الحالية لإكوادور، من دون المساس بأي حلول أخرى قد يُتفق عليها، قد يكون في اعتماد اتفاقية دولية متعددة الأطراف تحكم العلاقات بين الدول الأطراف في جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم بين المستثمرين والدول. ويمكن أن تشمل هذه الاتفاقية على المسائل الإجرائية فحسب، وليس على المسائل الموضوعية.

٢٩- وتأييداً لحجة وضع مثل هذا الصك المتعدد الأطراف، سوف يكون من المفيد استذكار تجربتين سابقتين في مجال اعتماد صك يمتلك السمات المذكورة أعلاه.

٣٠- وتتعلق التجربة الأولى بمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، التي تستلزم العضوية فيها إنشاء صك متعدد الأطراف بهدف تعديل المعاهدات الضريبية الثنائية.^(٦) وقد أدى هذا إلى اعتماد الاتفاقية المتعددة الأطراف بشأن تنفيذ التدابير المتصلة بالمعاهدات الضريبية والرامية إلى منع تآكل الوعاء الضريبي ونقل الأرباح.

(٥) تقرير لجنة القانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الخمسين، الوثائق الرسمية للجمعية العامة (A/72/17)، الفقرة ٢٤٥.

(٦) انظر OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015 Final Report. https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report_9789264241688-en#page1

- ٣١- وتضمنت الحجج التي قُدمت لاعتماد ذلك الصك الصعوبة التي تُواجه في تعديل الاتفاقات الضريبية بسرعة وفعالية. وتكمن الصعوبة في أن كل اتفاق، من الناحية القانونية، هو صك مستقل، وتفسيره يستغرق وقتاً طويلاً، على الرغم من أن الاختلافات بين شتى الاتفاقات بسيطة.^(٧)
- ٣٢- وتتعلق التجربة الثانية باتفاقية موريثيسوس، التي تقدم مثلاً واضحاً على اتفاقية متعددة الأطراف اعتمدت من أجل وضع ضوابط للتحكيم الاستثماري مع إيلاء تركيز على الشفافية.
- ٣٣- ويمكن اتباع نهج مماثل عند معالجة تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في صك متعدد الأطراف بهدف ضمان الاتساق والأمن والكفاءة. ومن شأن ذلك الصك أن يشمل العناصر الأساسية وعناصر الانضمام الاختياري لجميع الدول التي تصدق عليه.

رابعاً - الاستنتاج

- ٣٤- تنبثق المشاكل المبيّنة أعلاه عن أوجه القصور في النظام الحالي، ومنها على وجه الخصوص، عدم وجود آلية رقابية لضبط أخطاء هيئات التحكيم ومراقبتها وتصحيحها، مما يؤدي إلى تأثير الأطراف سلباً بعدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم. وحسبما أوضح أيضاً، هناك حاجة إلى ضمان أن يكون أعضاء هيئة التحكيم نزيهين ومستقلين، وإلى ضمّ أطراف لها مصلحة مشروعة في منازعة ما في إجراءات التحكيم في مجال الاستثمار. وتهدف مقترحات إكوادور إلى تعزيز النظام الحالي لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ضمن حدود القانون الدولي العام وقانون الاستثمار.
- ٣٥- وتُقدّم المقترحات السالفة الذكر ببساطة كمساهمة في المناقشة. ولا ينبغي فهمها على أنها تمنع إكوادور من تحليل موقفها أو تغييره في المستقبل أو من تقديم مقترحات جديدة في اجتماعات الفريق العامل الثالث اللاحقة. وتحفظ إكوادور بالحق في تأييد حلول أخرى تقترحها الدول وقد تكون في مصلحتها. وأخيراً، لا تمثل هذه الوثيقة الموقف القانوني لإكوادور، وليس المقصود استخدامها في أي سياق آخر.

(٧) المرجع نفسه.