

Distr.: Limited  
9 August 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

### دعاوى المساهمين والخسائر الانعكاسية

#### مذكرة من الأمانة

#### المحتويات

الصفحة	
٢	أولاً - مقدمة .....
٣	ثانياً - دعاوى المساهمين والخسائر الانعكاسية .....
٣	ألف - نُهج التعامل مع دعاوى المساهمين والخسائر الانعكاسية .....
٧	باء - العلاقة بالشواغل التي استبانها الفريق العامل .....
٩	جيم - أحكام المعاهدات الاستثمارية ودعاوى المساهمين للتعويض عن الخسائر الانعكاسية .....
١٣	دال - الملاحظات الختامية .....



## أولاً - مقدمة

١ - اضطلع الفريق العامل في دوراته الرابعة والثلاثين إلى السابعة والثلاثين بأعمال بشأن الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (نظام تسوية المنازعات)، استناداً إلى الولاية التي أناطتها به اللجنة في دورتها الخمسين عام ٢٠١٧. (١) ويرد ما أجراه الفريق العامل من مداولات وما اتخذ من قرارات في دوراته من الرابعة والثلاثين إلى السابعة والثلاثين في الوثيقة A/CN.9/930/Rev.1 والإضافة إليها؛ والوثائق A/CN.9/935 و A/CN.9/964 و A/CN.9/970، على التوالي. وفي تلك الدورات، حدد الفريق العامل الشواغل المتعلقة بنظام تسوية المنازعات وناقشها، واعتبر أن الإصلاح أمر مستصوب في ضوء الشواغل المحددة.

٢ - واتفق الفريق العامل، في دورته السابعة والثلاثين، على أن يقوم بمناقشة حلول متعددة وممكنة للإصلاح وبلورتها وتطويرها بشكل مترام (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٨١)، فطلب إلى الأمانة، بناء على ذلك، أن تضطلع بأعمال تحضيرية بشأن عدد من المواضيع، بما في ذلك الدعاوى غير المباشرة والدعاوى المرفوعة من المساهمين والخسائر الانعكاسية. وقيل إن تلك الأعمال يمكن أن تأخذ في الاعتبار العمل الذي تضطلع به منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (منظمة التعاون والتنمية) وأن تستكمل العمل المضطلع به سابقاً بشأن موضوع الإجراءات المتعددة (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٨٤).

٣ - ومن ثم، فإن الهدف من هذه المذكرة هو توفير معلومات تساعد الفريق العامل على تناول مسألة دعاوى المساهمين والخسائر الانعكاسية. وكما هو الحال بالنسبة للوثائق الأخرى المقدمة إلى الفريق العامل، فقد أعدت هذه المذكرة بالاستناد إلى طائفة من المعلومات المنشورة بشأن هذا الموضوع، بما فيها ورقات العمل التي أعدتها منظمة التعاون والتنمية. (٢) ولا تسعى هذه المذكرة إلى الإعراب عن أي رأي بشأن خيارات الإصلاح الممكنة، إذ إن هذا الأمر متروك لنظر الفريق العامل.

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والسبعون، الملحق رقم ١٧ (A/72/17)، الفقرتان ٢٦٣ و ٢٦٤.

(٢) انظر مقالة منظمة التعاون والتنمية المعنونة "The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors" والمنشورة في كتاب OECD Business and Finance Outlook 2016، وضمن ورقات عمل المنظمة بشأن الاستثمار الدولي التي كتبها ديفيد غاوكروجر (Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency (2013/03), Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law (2014/02) and Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice (2014/03))؛ وانظر أيضاً منشور المنتدى الأكاديمي، بقلم جوليان آراتو، وكاتلين كلاوسن، وجيامن لي، وجيوفاني زارا، والمعنون: "Reforming Shareholder Claims in ISDS" (إصلاح دعاوى المساهمين في نظام تسوية المنازعات)، في ورقة عمل المنتدى الأكاديمي ٢٠١٩/٩ بشأن نظام تسوية المنازعات، وهي متاحة على الموقع التالي: [http://bit.ly/ISDS\\_AF\\_SRL\\_2019](http://bit.ly/ISDS_AF_SRL_2019) (ويشار إليها بـ "الورقة الأكاديمية").

## ثانياً - دعاوى المساهمين والخسائر الانعكاسية

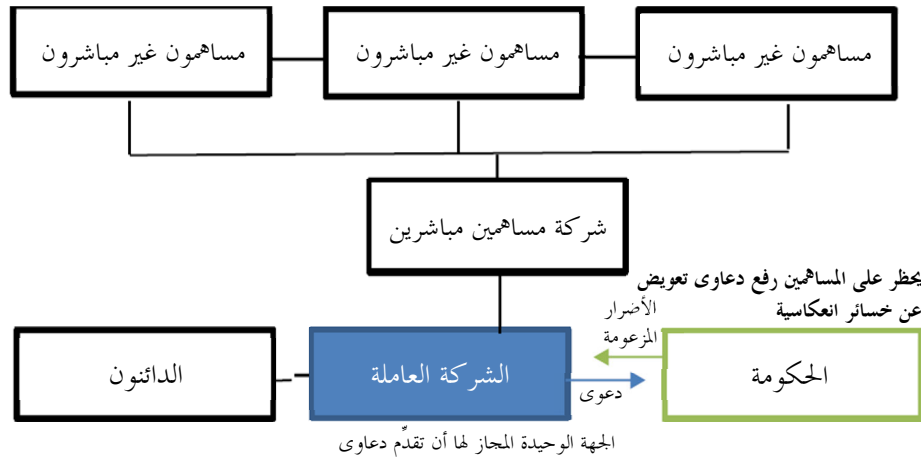
## ألف - نهج التعامل مع دعاوى المساهمين والخسائر الانعكاسية

٤ - يمكن أن يتضرر المساهمون في الشركات عموماً بطريقتين مختلفتين، تتمثل أولاهما في احتمال تعرض حقوقهم كمساهمين لضرر "مباشر" (بالاستيلاء مثلاً على أسهمهم في الشركة أو التدخل في توزيع أرباح الشركة المعلن عنها)، مما يدفعهم إلى رفع دعاوى مباشرة؛ وتتمثل ثانيهما في تعرضهم لضرر "غير مباشر"، وهو ما يطلق عليه اسم "الخسائر الانعكاسية"، من خلال تعرض "شركتهم" للضرر. فالتخاذ الحكومة لإجراءات معينة تضر شركة ما قد يؤثر في القيمة الإجمالية لتلك الشركة مما قد يؤدي، على سبيل المثال، إلى خسائر في قيمة أسهمها.

٥ - والمحاكم المحلية في الدول ذات النظم القانونية الوطنية المتقدمة المعنية بالشركات عادة ما ترفض دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية التي يرفعها المساهمون وذلك لأسباب متصلة في معظمها بالسياسة العامة، تتعلق بالاتساق والقابلية للتنبؤ وتجنب الاسترداد المزدوج والاقتصاد في الموارد القضائية. فيجوز للمساهمين رفع دعاوى تعويض عن الأضرار المباشرة ولكن لا يجوز لهم رفع دعاوى تعويض عن الخسائر الانعكاسية التي يتعرضون لها. والشركة المتضررة مباشرة هي وحدها التي يمكنها رفع دعاوى في هذا الشأن. فرفع الشركة دعوى واحدة وتقديم مطالبة واحدة بالتعويض عن أي أضرار يعتبران أكثر كفاءة وإنصافاً للمدعى عليهم ولأصحاب المصلحة في الشركة، بمن فيهم الدائنون والمساهمون. وعدد دعاوى المساهمين المرفوعة لدى المحاكم المحلية ضد الحكومات لتعويضهم عن خسائر انعكاسية قليل جداً؛ وعادة ما ترفض تلك الدعاوى القليلة على أساس أن الشركة هي وحدها التي يمكنها رفع الدعاوى (انظر الشكل ١).<sup>(٣)</sup>

الشكل ١

القانون الداخلي - يحظر مبدأ "عدم قبول دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية" دعاوى المساهمين (الشكل مستمد من منشور منظمة التعاون والتنمية)<sup>(٤)</sup>



(٣) منظمة التعاون والتنمية، الحاشية ٢ السابقة، ورقة العمل ٣/٢٠١٣، الصفحة ١١.

(٤) منظمة التعاون والتنمية، الحاشية ٢ السابقة، Business and Finance Outlook 2016، الصفحة ٢٣٢ (الشكل ٨-٢).

٦- وتقر القواعد العامة في القانون الدولي أيضاً التمييز بين الأضرار المباشرة التي تلحق بالمساهمين والخسائر الانعكاسية التي تقع عليهم كما تقر الحظر العام على رفع دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية. وقد سبق أن أكدت محكمة العدل الدولية على ذلك التمييز والحظر في عدد من الحالات.<sup>(٥)</sup>

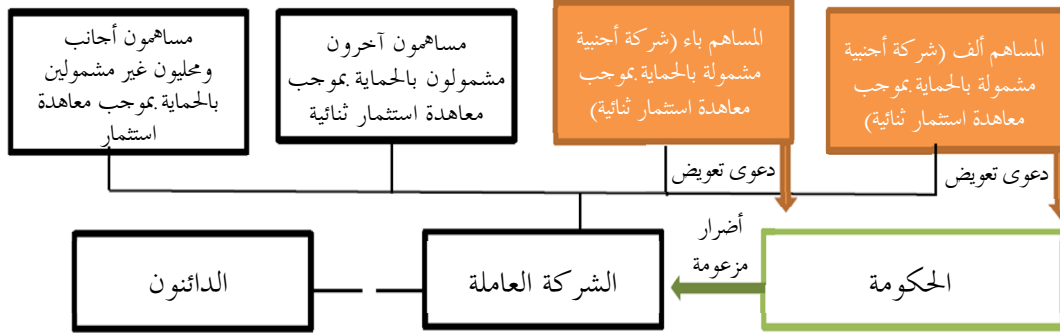
٧- وفي المقابل، فسرت معاهدات استثمارية حالية كثيرة على أنها تتيح للمساهمين المشمولين بالحماية بموجب تلك المعاهدات رفع دعاوى تعويض عن الخسائر التي تكبدها الشركات التي يمتلكون فيها أسهماً.

٨- وغالباً ما تكون هيكلية الاستثمارات الأجنبية قائمة على شركات مسجلة في الدولة المضيفة؛ وبصورة أعم، تزايد شراء أجانب لأسهم شركات مدرجة في سوق الأوراق المالية زيادة كبيرة في السنوات الأخيرة في كثير من الولايات القضائية. وينتج عن إتاحة رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية دعاوى متعددة، حيث يرفع المساهمون دعاوهم في محفل قضائي وترفع الشركة المتضررة أيضاً دعاوها في محفل قضائي آخر. وقد تنشأ حالة تعدد الدعاوى عن رفع عدة دعاوى من جانب مساهمين في نفس الشركة المتضررة دون أن تكون لهم علاقة ببعضهم (انظر الشكل ٢). وتقابل هذه الحالات حالة رفع دعوى وحيدة من جانب الشركة بموجب المبادئ العادية لقانون الشركات. ومبدأ جواز رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية يتيح للمساهمين في شركات محلية المشمولين بالحماية بموجب معاهدة استثمارية الوصول مباشرة إلى نظام تسوية المنازعات والحصول على تعويض بشكل مباشر. ويعزز هذا المبدأ الحماية الممنوحة للمساهمين المشمولين بالحماية، ولكنه يعرض الشركة المتضررة والمستثمرين الآخرين فيها والحكومات لمخاطر جديدة، كما أنه يزيد كثيراً من العدد المحتمل لدعاوى تسوية المنازعات.

(٥) على سبيل المثال، القضية المتعلقة بأحمدو ساديو ديالو (جمهورية غينيا ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية)، الحكم الصادر بشأن الدفوع الابتدائية (٢٠٠٧)، المادة ٦٧ (التمييز بين الدعاوى المقبولة المستندة إلى حقوق المساهمين المباشرة والدعاوى غير المقبولة القائمة على طلبات تعويض عن خسائر انعكاسية)؛ وقضية *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (بلجيكا ضد إسبانيا)، المرحلة الثانية، الحكم (١٩٧٠) المادة ٤٧ ("يجب التمييز بين الانتهاك المباشر لحقوق المساهمين والصعوبات أو الخسائر المالية التي قد يتعرضون لها نتيجة لسوء أوضاع الشركة"). وتنص مبادئ معهد القانون الأمريكي المتعلقة بحوكمة الشركات على ما يلي: "ينبغي اعتبار أي فعل غير مشروع يستنفد موجودات الشركة مما يلحق الضرر بالمساهمين بصورة غير مباشرة كنتيجة للضرر الذي لحق بالشركة على أنه فعل ذو طابع ثانوي. وعلى العكس من ذلك، فإن أي فعل غير مشروع منفصل و متميز عن أي ضرر يمس الشركة، كحرمان مساهم من ملكيته لحصته في الشركة أو التدخل في حقوقه المشروعة في تلك الملكية، يستتبع رفع دعوى مباشرة". انظر معهد القانون الأمريكي، مبادئ حوكمة الشركات، المادة ٧-١ (١٩٩٤) والملحق لعام ٢٠١٢.

## الشكل ٢

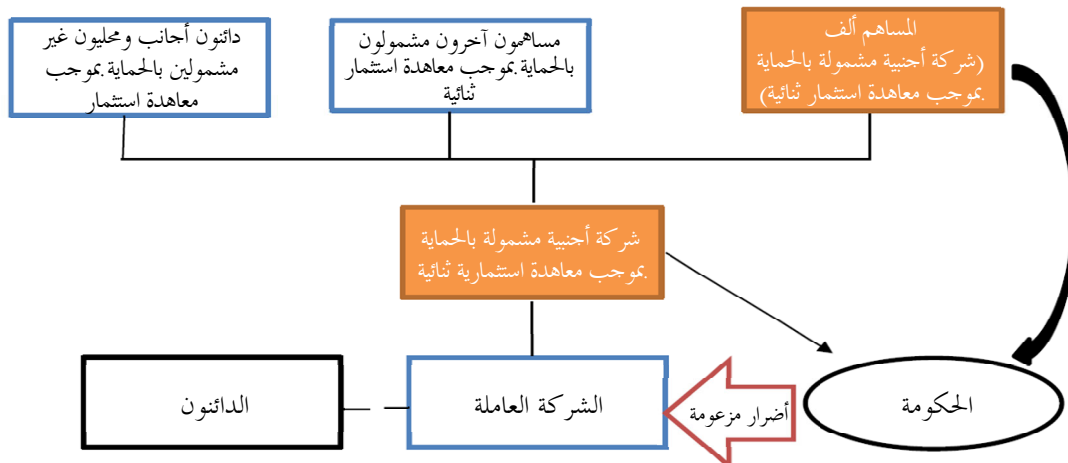
تعدد دعاوى التعويض عن خسائر انعكاسية المرفوعة من جانب مساهمين لا تربط بينهم علاقة (الشكل مستمد من منشور منظمة التعاون والتنمية)<sup>(٦)</sup>



٩- ويمكن أيضا أن تنشأ حالة تعدد الدعاوى عندما يرفع عدة مساهمين في الشركة نفسها تربط بينهم علاقة (مثلا هو الحال عندما ينقسم المساهمون في الشركة المتضررة بين مساهمين في الشركة الأم ومساهمين في شركة فرعية لها) دعاوى منفصلة في إطار معاهدات استثمارية مختلفة (انظر الشكل ٣ أدناه). ويمكن أن يحظى مالك مستفيد وحيد بفرص متعددة لرفع دعاوى باستخدام مختلف الكيانات التابعة له. فكل ما يحتاج إليه هو أن يكسب واحدة من تلك الدعاوى، في حين أن الدولة المدعى عليها تحتاج لأن تكسب جميع الدعاوى المرفوعة ضدها.

## الشكل ٣

تعدد الدعاوى المرفوعة من جانب كيانات تربط بينهم علاقة: مستويان مختلفان من المساهمين الأجانب يحظيان بإمكانية الوصول إلى نظام تسوية المنازعات (الشكل مستمد من منشور منظمة التعاون والتنمية)<sup>(٧)</sup>



(٦) منظمة التعاون والتنمية، الحاشية ٢ السابقة، Business and Finance Outlook 2016، الصفحة ٢٣٤ (الشكل ٨-٣).

(٧) المرجع نفسه، الصفحة ٢٣٥ (الشكل ٨-٤).

١٠ - وبما أن دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية عموماً ما تكون ممنوعة بموجب قانون الشركات المحلي وغيره من النظم القانونية، فإن القبول العام لدعاوى المساهمين بشأن التعويض عن الخسائر الانعكاسية والنهج المتساهل المتبع في محاكم تسوية المنازعات يمكن أن يعتبراً فريدين من نوعهما. وقد ينتج عن هذا النهج الفريد استرداد خسائر الشركات على نحو مجزأ. ويتسع نطاق هذا التجزؤ لأنه كثيراً ما يسمح للمساهمين غير المباشرين، الأعلى مكانة في تسلسل ملكية الشركة، أيضاً باسترداد الخسائر الانعكاسية.

١١ - وتتخذ معظم هيئات التحكيم المعنية بتسوية المنازعات إجراءاتها على أساس جواز رفع دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية بموجب المعاهدات الاستثمارية دون إيلاء اعتبار للعواقب، ولم يقر إلا قلة من هذه الهيئات باحتمال وجود بعض المشاكل في هذا الشأن.<sup>(٨)</sup>

١٢ - وقد خلصت المناقشات الحكومية الدولية في إطار منظمة التعاون والتنمية مبدئياً إلى أن دعاوى تعويض الخسائر الانعكاسية تثير فعلاً شواغل هامة في مجال السياسة العامة ولكن لا يبدو أن هناك أساساً منطقياً من ناحية السياسة العامة لقبول عام لدعاوى تعويض الخسائر الانعكاسية في إطار المعاهدات الاستثمارية.<sup>(٩)</sup> وقد اعترضت حكومات على دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية في عدد من قضايا تسوية المنازعات. ومع ذلك، فقد رأت هيئات التحكيم عموماً أن من حق المساهمين الحصول على تعويض عن الخسائر الانعكاسية.<sup>(١٠)</sup>

(٨) شركة *Eskosol S.p.A* قيد التصفية ضد الجمهورية الإيطالية، قضية تسوية المنازعات رقم ARB/15/50، قرار بشأن طلب المدعى عليه بموجب المادة ٤١ (٥) (٢٠ آذار/مارس ٢٠١٧)، الفقرة ١٧٠، حيث بينت هيئة التحكيم ما يلي: "من الواضح أنه قد تكون هناك أسباب متعلقة بالكفاءة والإنصاف تدعو إلى تفضيل إمكانية الاستماع في محفل قضائي واحد وفي نفس الوقت إلى جميع المساهمين في كيان ما متأثر بتدبير حكومي معترض عليه، جنباً إلى جنب مع الكيان الذي يشتركون معاً في ملكيته. والمحكمة تفهم الظروف التي تواجهها إيطاليا إذ تجد نفسها اليوم أمام دعاوى مرتبطة بشكل وثيق بدعاوى سبق لها أن كسبتها تماماً في إجراءات سابقة. ولكن تظل الحقيقة أنه لا نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بشكله الحالي، ولا معاهدة ميثاق الطاقة ذاتها يتضمنان (ولا يشترطان بطبيعة الحال) ضم جميع دعاوى المساهمين المحتمل تضررهم من نتيجة الإجراءات في دعوى واحدة. وفي غياب هذا الضم - وهو ما تملك الدول صلاحية اشتراطه إذا رغبت في ذلك - لا ينبغي لهيئات التحكيم أن تمنع المستثمرين المؤهلين من رفع دعاوى تحكيم،...". وأضافت هيئة التحكيم، في إحدى الحواشي، أنه: "لو أن إيطاليا خسرت القضية في الإجراءات السابقة وكانت قد أمرت فيها بدفع تعويضات للمدعين في قضية *Blusun*، فإن هيئة التحكيم كانت بالتأكيد ستتهم بمنع الاسترداد المزدوج من إيطاليا كتعويض عن نفس الخسائر. ولكن بما أن إيطاليا كسبت قضية *Blusun*، فلا داع هنا للاهتمام بهذه المسألة."

(٩) اجتماع المائدة المستديرة رقم ١٩ التي عقدتها منظمة التعاون والتنمية بشأن حرية الاستثمار (١٥-١٦ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٣) - موجز مناقشات المائدة المستديرة الذي أعدته أمانة منظمة التعاون والتنمية، الصفحة ١٨، وهو متاح على الموقع التالي: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/19thFOIroundtableSummary.pdf>. وانظر أيضاً موجز اجتماع المائدة المستديرة رقم ١٨ لمنظمة التعاون والتنمية بشأن حرية الاستثمار (٢٠ آذار/مارس ٢٠١٣)، وهو متاح على الموقع التالي: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18thFOIroundtableSummary.pdf>

(١٠) في المقابل، انظر قضية "يلكون أوف دلوير وآخرون" ضد حكومة كندا، قضية محكمة التحكيم الدائمة رقم ٢٠٠٩-٤، حكم بشأن التعويض عن أضرار (١٠ كانون الثاني/يناير ٢٠١٩)، الفقرة ٣٨٩. حيث ذكرت هيئة التحكيم: "... أنه يتعين تفسير المادتين ١١١٦ و ١١١٧ (من اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (نافتا)) على نحو يمنع رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية بموجب المادة ١١١٦ (...). وعلاوة على ذلك،

## باء- العلاقة بالشواغل التي استبأها الفريق العامل

١٣- لا يمكن النظر في المسائل التي تنشأ عن دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية ومعالجتها بصورة مستقلة، فهي وثيقة الصلة بالشواغل التي استبأها الفريق العامل بشأن المجالات التي تجدر إدخال إصلاحات بشأنها. وفيما يلي بعض أشكال العلاقات المحتملة.

زيادة عدد القضايا والإجراءات المتعددة

١٤- لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كانت إتاحة رفع دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية يمكنها أن تزيد من العدد الإجمالي للقضايا التي يمكن أن ترفع بشأن نفس الأضرار. فعندما يبين الفريق العامل عدم وجود إطار لمعالجة الإجراءات المتعددة بوصفه أحد الشواغل المتعلقة بنظام تسوية المنازعات خلال دورته السادسة والثلاثين، ذكر أن قبول هيئات التحكيم دعاوى تعويض عن الخسائر الانعكاسية يمثل إحدى الحالات التي تؤدي إلى وجود دعاوى متعددة في إطار نظام تسوية المنازعات (الوثيقة A/CN.9/964، الفقرة ٤٣). وإتاحة رفع دعاوى تعويض عن الخسائر الانعكاسية يؤدي بالفعل إلى رفع دعاوى متعددة (في إطار نظام تسوية المنازعات وفي إطار محافل قضائية أخرى على السواء) في حالات كثيرة إذ إنه يمكن نظرياً لكل مساهم مشمول بالحماية بموجب المعاهدة أن يرفع دعوى تعويض تضاف إلى الدعاوى المحتملة من جانب الشركة المتضررة.

١٥- ولعلّ الفريق العامل يود أن يلاحظ في هذا الصدد أن كل كيان اقتصادي واحد يملك فرصاً متعددة لرفع دعاوى (بما في ذلك عن طريق المساهمين فيه)، ويكفيه أن يكسب واحدة منها فقط، في حين أن على الدولة المدعى عليها أن تكسب جميع تلك الدعاوى. ويعرّض هذا السيناريو الدولة لخطر الاضطرار إلى أن تدافع عن نفسها عدة مرات في دعاوى تتعلق أساساً بنفس الضرر المزعوم تجاه نفس الكيان الاقتصادي، حتى وإن نجحت في كسب واحدة منها.

١٦- ويمكن لاستخدام آليات دمج الدعاوى وضمها وتنسيقها أن يجد من الإجراءات المتعددة الناجمة عن دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية، إلا أن المعاهدات أو قواعد التحكيم لا تتضمن جميعاً أحكاماً ذات صلة بتلك الآليات. وعلاوة على ذلك، فإن قواعد التحكيم الحالية ليست مصممة تحديداً لتناول دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية.

١٧- وحتى عندما تنص معاهدة أو قاعدة إجرائية على دمج الدعاوى، فإنه يمكن الالتفاف عليها، حيث يمكن لعدة مدعين من شركة متضررة واحدة أن يرفعوا دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية استناداً إلى معاهدات استثمار مختلفة وأمام مؤسسات تحكيم مختلفة. ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى إنشاء هيئات تحكيم متعددة لا ترتبط ببعضها، بل يمكن أن ينظر إليها كهيئات متنافسة (انظر أيضاً الفقرتين ٣٢ و ٣٣ أدناه).

فإن هيئة التحكيم تأخذ في الاعتبار المواقف المشتركة للأطراف في اتفاق نافذ بشأن رفع دعاوى إلى هيئات التحكيم المنشأة بموجب الفصل الحادي عشر.

١٨- وبصورة أعم، حتى وإن لم ترفع فعلياً دعاوى متعددة، فإن احتمال رفعها يمكن أن يُصعب على الأطراف المتنازعة التوصل إلى تسوية ودية بسبب وجود مدعين محتملين كثر وغير معروفين في أي قضية ما.<sup>(١١)</sup>

الآثار المترتبة على تكاليف إجراءات تسوية المنازعات ومدتها

١٩- الاهتمام بالحد من تكاليف التقاضي، الذي غالباً ما يشار إليه بتعبير الاقتصاد في الإجراءات القضائية، هو السبب الرئيسي الذي توردته المحاكم المحلية التي تحظر عموماً رفع دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية، حيث إن رفع دعاوى متعددة بشأن نفس الأضرار يمكن أن يفرضي إلى تكبد تكاليف إضافية، كما أن تسوية تلك الدعاوى يمكن أن تستغرق وقتاً أطول.

٢٠- ولدى النظر في هذه المسألة، لعل الفريق العامل يود أن يلاحظ أن دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية عادة ما تتطلب إجراء تقييم لمقدار ما ينأب المساهمين والأطراف المعنية الأخرى (كالدائنين من غير المدعين، مثلاً) من خسائر الشركة أو يؤثر عليهم. ويمكن لذلك التقييم أن يؤثر أيضاً على تكاليف الإجراءات ومدتها.

عدم اتساق النتائج والتفسيرات

٢١- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في أثر إتاحة رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية على المنازعة نفسها وعلى نظام تسوية المنازعات بأكمله.<sup>(١٢)</sup> فعدم اتساق نتائج الدعاوى التي تتمثل وقائعها وقضاياها، على سبيل المثال، فضلاً عن تباين تفسيرات نفس أحكام المعاهدة قد يشكل تحديات لنظام التسوية بأسره.

الاسترداد المزدوج الذي يمكن أن يؤدي إلى المبالغة في التعويض

٢٢- لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كانت إتاحة رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية تزيد من مخاطر الاسترداد المزدوج (بل الاسترداد المتعدد). وبعبارة أخرى، قد تكون الدولة ملزمة بدفع نفس التعويضات عدة مرات في حال خسرت أكثر من قضية واحدة. وتكاليف محاولة معالجة هذه المسألة قد تقع على عاتق الدولة أو الشركة الأخرى (ومن ثم تقع على عاتق شركات أخرى). ولعل الفريق العامل يود مع ذلك أن يلاحظ أن بعض هيئات التحكيم في نظام تسوية المنازعات أظهر اهتماماً بهذه المسألة واتخذ خطوات استباقية لتفادي ذلك، وشملت خطواتها على سبيل المثال النظر في الدعاوى المعلقة والدعاوى السابقة والتحديد النسبي للتعويضات.<sup>(١٣)</sup> ولعل الفريق العامل يود أيضاً أن يلاحظ أن تسلسل الدعاوى والأحكام الناجمة عنها يمثلان عنصرين آخرين ينبغي النظر فيهما عند معالجة الشواغل الناجمة عن الاسترداد المزدوج.

(١١) تشير الورقة الأكاديمية في الفقرة ١٤ إلى ما يلي: "وإتاحة رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية يُصعب على الدول الوثوق في أي تسوية مع إدارة الشركة، أو مع فرادى المساهمين، إذ يمكن للمساهمين الآخرين بالرغم من تلك التسوية أن يرفعوا دعاوى منفصلة للحصول على تعويض عن خسائر انعكاسية متعلقة بنفس الأضرار المزعومة."

(١٢) منظمة التعاون والتنمية، الحاشية ٢ السابقة، ورقة العمل ٢٠١٣/٣.

(١٣) جيوفاني زارا، *Parallel Proceedings in Investment Arbitration* (2016)، الصفحة ٣٩.



تشوه قانون الشركات وتمويلها

٢٣- لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كانت إتاحة رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية تقوض الشخصية القانونية المنفصلة للشركة من خلال تمكين المساهمين من الحصول على أموال الشركة. فعندما يرفع مساهم دعوى تعويض، يستطيع ذلك المساهم الحصول على تعويضات من موجودات الشركة التي عادة ما يضعها المساهمون بمنأى عن عملية التصفية، وقد يكون لمختلف الدائنين أولوية فيها، ويتوقع المساهمون الآخرون أن يحظوا على أجزاء متساوية منها.<sup>(١٤)</sup>

ملخص

٢٤- يمكن للعناصر المذكورة أعلاه المتعلقة بدعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية إذا ما جمعت معاً أن تسهم في تقويض القدرة على التنبؤ واليقين القانوني للدول والمستثمرين والمساهمين على السواء، مما قد يؤدي إلى ارتفاع تكاليف نظام تسوية المنازعات. كما يمكنها على وجه الخصوص أن تؤثر سلباً على إمكانية التنبؤ بنظام تسوية المنازعات من منظور الدولة المدعى عليها، إذ سيكون من الصعب تقييم ما إذا كانت سترفع دعاوى إضافية ومن هم أصحاب تلك الدعاوى.

## جيم- أحكام المعاهدات الاستثمارية ودعاوى المساهمين للتعويض عن الخسائر الانعكاسية

٢٥- ثمة قلة من المعاهدات الاستثمارية تتناول صراحة دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية، بل قد لا يتناول أي منها تلك الدعاوى. ونجحت بعض الحكومات في الدفع بأن بعض المعاهدات الاستثمارية تستبعد تلك الدعاوى. كما أدرجت في بعض المعاهدات أحكاماً لمنع اتخاذ إجراءات متعددة (قد تنجم عن رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية) أو للحد من أثرها.

تعريف "المستثمر" و"الاستثمار"

٢٦- تعريف مصطلحي "المستثمر" و"الاستثمار" في المعاهدات الاستثمارية يحدد نوع المستثمرين الذين يتمتعون بالحماية والقادرين على رفع دعاوى ضد الدول المضيفة. وقد منحت التفسيرات التي اعتمدها هيئات التحكيم المعنية بنظام تسوية المنازعات المساهمين حماية واسعة.

٢٧- وقد صيغت أحكام المعاهدات على نحو يمنع رفع أنواع معينة من الدعاوى من جانب مستثمرين محددين.<sup>(١٥)</sup> فبعض المعاهدات الاستثمارية تتضمن، على سبيل المثال، أحكاماً توضح المستوى المطلوب من الملكية المباشرة (أو المستوى العالي من التأثير داخل الإدارة) الذي ينبغي للمساهم أن يتمتع به كي يصبح مؤهلاً لرفع دعاوى بموجب معاهدة الاستثمار.<sup>(١٦)</sup> وقد اعتمدت

(١٤) منظمة التعاون والتنمية، الحاشية ٢ السابقة، ورقة العمل ٢/٢٠١٤، الصفحة ٢٠.

(١٥) تقرير الاستثمار العالمي (٢٠١٥) لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الفصل الرابع، وهو متاح على الرابط التالي: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf).

(١٦) منها على سبيل المثال، معاهدة الاستثمار الثنائية بين تركيا وأذربيجان، المادة ١ (٢٠١١) (التي تستبعد المساهمين بنسبة أقل من ١٠ في المائة من الوصول إلى نظام تسوية المنازعات). وعلى نحو مماثل، تستبعد معاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية للجماعة الإنمائية للجنوب الأفريقي الاستثمار في الحوافظ، المحدد بملكية حصص بنسبة أقل من ١٠ في المائة. انظر نموذج معاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية لعام ٢٠١٢ للجماعة الإنمائية للجنوب الأفريقي،

دول، في بعض المعاهدات النموذجية في الآونة الأخيرة، "نهجاً مؤسسياً" في تحديد الاستثمارات المشمولة بالحماية، يستبعد الاستثمارات في الحواظ القصيرة الأجل.

٢٨- وعلاوة على ذلك، كثيراً ما يرد ذكر النهج المتبع في اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (نافتا) الذي يخصص نظاماً محدداً يطبق على دعاوى المساهمين المشمولين بالحماية. فبالإضافة إلى الدعاوى التي يرفعها المساهمون المشمولون بالحماية بالأصلالة عن أنفسهم (المادة ١١١٦)، يجيز اتفاق نافتا دعاوى المساهمين الاشتقاقية، أي الدعاوى التي يرفعها المساهمون المسيطرون نيابة عن الشركات وتصب المبالغ المستردة كتعويضات في حساب الشركة (المادة ١١١٧). وقد ذكرت الحكومات الأطراف في اتفاق نافتا أنه لا يجوز للمساهمين المشمولين بالحماية رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية بالأصلالة عن أنفسهم. وقد ذهبت قرارات هيئات التحكيم في هذا الشأن في اتجاهات متنوعة، إلا أن القرارات التي صدرت مؤخراً عن هيئات تحكيم كانت في صالح التفسير المتسق للأطراف في اتفاق نافتا بعدم جواز رفع دعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية.<sup>(١٧)</sup> وقد اتبعت معاهدات أبرمت في الآونة الأخيرة نهجاً مماثلة.<sup>(١٨)</sup>

٢٩- وبالإضافة إلى النهج المذكورة أعلاه، لعل الفريق العامل يود أن ينظر في وسائل أخرى للحد من دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية، مثل: '١' حظر رفع دعاوى من جانب المستثمرين في الحالات التي تكون فيها الشركة نفسها تسعى إلى سبل انتصاف في محفل قضائي آخر؛ '٢' عدم السماح للمستثمر برفع دعوى إلا بعد أن يسحب هو والشركة المحلية أي دعوى معلقة ويتنازلا عن حقوقهما في التماس الانتصاف لدى محافل قضائية أخرى؛ '٣' حصر خيارات انتقاء محافل التقاضي في الدعاوى التي لم تثبت بعد في مكان آخر.

منع إساءة استعمال الإجراءات القضائية

٣٠- يمكن أن توفر الأحكام التعاهدية المتعلقة بحظر إساءة استعمال الإجراءات القضائية الآليات الضرورية لتمكين هيئات التحكيم من رفض بعض دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية، ومن ثم، تشجيع المستثمرين على الموافقة على اللجوء إلى محفل قضائي واحد للفصل في دعاوهم. ويمكن النظر في وضع معايير واضحة بشأن دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية التي تعد تعسفية، مما قد يمكن الأطراف المتنازعة من التوصل إلى فهم واضح لذلك النوع من الدعاوى، وقد يجد من الدعاوى المرفوعة.

٣١- فعلى سبيل المثال، خلصت هيئة تحكيم في قضية تسوية منازعات إلى أن قرار التحكيم السابق المتعلق بشركة معينة له أثر ملزم على المساهمين في الشركة، من خلال الاحتجاج بمبدأ

٩-١١ (٢٠١٢)، المتاح على الموقع التالي:

<https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>

(١٧) الحاشية ١٠ السابقة.

(١٨) انظر، على سبيل المثال، اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الوسطى (DR-CAFTA)، والاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين الاتحاد الأوروبي وكندا (CETA)، واتفاق الشراكة الشاملة والتدرجية عبر المحيط الهادئ (CPTPP)، واتفاق التجارة الحرة بين كوريا والولايات المتحدة (KORUS).

الإغلاق النهائي للقضية. وكان المساهمون الثلاثة في الشركة قد رفعوا دعوى تعويض عن خسائر انعكاسية ناجمة عن ضرر لحق بالشركة التي يملكونها بالكامل، وكانت كندا هي المدعى عليها.<sup>(١٩)</sup> وفي قضية ثانية، رأت هيئة تحكيم في قضية تسوية منازعات أن الدعوى التي رفعها أحد المساهمين والدعوى التي رفعتها شركة فرعية مملوكة بنسبة ١٠٠ في المائة لذلك المساهم أمام محفل قضائي مواز تمثلان "مقاضاة مزدوجة بشأن نفس الدعوى المتعلقة بنفس المصلحة". وبينت المحكمة كذلك أنه نظراً لتأكيد الولاية القضائية في الدعويين معاً، فإن ذلك يعد "إساءة استعمال للإجراءات القضائية"، لأن القضية، في حقيقة الأمر، سترفع بأسسها الموضوعية أمام هيئتي تحكيم.<sup>(٢٠)</sup> وفي قضية ثالثة، رأت هيئة تحكيم في قضية تسوية منازعات أن المستثمر الذي يسيطر على عدة كيانات ضمن هيكل تسلسلي عامودي للشركات يمكن أن يرتكب "إساءة استعمال للإجراءات القضائية" إذا سعى إلى الطعن في صحة إجراءات نفس الدولة المضيفة ورفع دعاوى تعويض عن نفس الضرر على مختلف مستويات الهيكل التسلسلي للشركات بالاستناد إلى عدة معاهدات استثمارية مبرمة مع الدولة المضيفة.<sup>(٢١)</sup>

(١٩) قضية "غرينبيرغ وآخرون" ضد غرينادا، قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم ARB/05/14، قرار التحكيم، الفقرة ٧-٥-١-٧ (١٣ آذار/مارس ٢٠٠٩). حيث قالت هيئة التحكيم: "إن شركة RSM هي بطبيعة الحال كيان قانوني ذو شخصية اعتبارية منفصلة عن المساهمين الثلاثة فيه. غير أن هذا لا يغير تحليل القضية. فمن ناحية أولى، يتمثل الاستثمار الوحيد للمساهمين المدعين في عقد شركة RSM طرف فيه، في حين أن المساهمين الآخرين ليسوا أطرافاً فيه؛ ويطلب المساهمون بتعويضهم عن الأضرار التي يدعون أنها أصابتهم على نحو غير مباشر، "من خلال شركة RSM"، بسبب انتهاكات لحقوقها القانونية. ومن ناحية ثانية، يملك المدعون الثلاثة معاً نسبة ١٠٠ في المائة من أسهم شركة RSM، ومن ثم فهم يسيطرون تماماً على تلك الشركة. وفي ظل هذه الظروف، ... لا يوجد أي إجحاف في إخضاعهم لنتائج عملية التحكيم السابقة بشأن شركة RSM. وصحيح أنه يجوز للمساهمين، بموجب العديد من النظم القانونية، أن يرفعوا دعاوى لتحصيل حقوق تملكها الشركة أو للدفاع عن تلك الحقوق، إلا أنه لا يجوز لهم استغلال هذه الفرص كوسائل للهجوم وللدفاع على حد سواء. فإذا أرادوا المطالبة بحق لهم على أساس مصالحهم غير المباشرة في موجودات الشركة، فإنه لا بد لهم أن يخضعوا للدفع المقدمة ضد الشركة - بما في ذلك الإغلاق النهائي للقضية."

(٢٠) شركة أمبال-أمريكان إسرائيل ضد مصر، قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم ARB/12/11، قرار بشأن الاختصاص، الفقرات ٣٣٠ إلى ٣٣٣ (١ شباط/فبراير ٢٠١٦)، حيث ذكرت هيئة التحكيم أيضاً ما يلي: "يستنتج من ذلك أنه لا يحتمل إساءة تطبيق أحكام العدالة بسبب عدم وجود هيئة تحكيم مختصة لتحديد الجزء من المطالبة الخاص بشركة MAGL. وتنتظر هيئتنا التحكيم في الأسس الموضوعية للقضية. ولم تبلغ أيًا منهما بقرارها بشأن تلك الأسس الموضوعية."

(٢١) شركة Orascom TMT Investments ضد الجزائر، قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم ARB/12/35، قرار التحكيم، الفقرتان ٥٤٢ و ٥٤٣. أفادت المحكمة أيضاً بأنه "غني عن القول إن توزيع استثمار ما على عدة طبقات من الشركات في مختلف الدول جائز قانوناً. ويمكن فعلاً أن يسعى ذلك الاستثمار الموزع إلى تحقيق أغراض مشروعة متعلقة بالشركة نفسها أو بالضرائب أو متعلقة بالتخطيط المسبق للمنازعة بشأن الجنسية في معاهدة استثمار ثنائية. وفي مجال معاهدات الاستثمار، فإن وجود هيكل تسلسلي عامودي للشركات وحماية متضمنة في المعاهدة تشمل الاستثمارات "غير المباشرة" يعني أن عدة شركات داخل الهيكل التسلسلي يمكنها أن تطالب بالحماية التي تنص عليها المعاهدة، وخصوصاً في الحالات التي تكون الدولة المضيفة قد أبرمت عدة معاهدات استثمار. وبعبارة أخرى، فإن عدة شركات ضمن الهيكل التسلسلي يمكنها مقاضاة الدولة المضيفة فيما يتعلق بنفس الاستثمار. ولكن هذه الإمكانية لا تعني أن الدولة المضيفة تقبل بأن يرفع عليها عدة دعاوى من جانب مختلف الشركات الخاضعة لنفس الجهة المسيطرة والتي تشكل جزءاً من الهيكل التسلسلي العامودي فيما يخص نفس الاستثمار ونفس الإجراءات ونفس الأضرار." وبرت هيئة التحكيم استنتاجها بالقول: "عندما تلتزم شركة في مستوى معين من الهيكل التسلسلي العامودي الحماية من الأضرار بموجب معاهدة الاستثمار، لا سيما تلك الموجودة على المستوى الأول من المساهمة الأجنبية، يمكن أن يتحقق لها هذا الغرض ولكن السماح للشركات الأخرى ضمن الهيكل التسلسلي العامودي، التي يسيطر عليها نفس المساهمين، بالتماس الحماية من

## دمج الدعاوى وضمها

- ٣٢- يتزايد إدراج أحكام متعلقة بدمج الدعاوى وضمها في معاهدات الاستثمار. ويمكن لهذه التدابير الإجرائية أن تتناول إجراءات متعددة ناشئة عن دعاوى المساهمين.<sup>(٢٢)</sup>
- ٣٣- ويمكن أيضاً دمج الإجراءات التي تستهل بموجب قواعد تحكيم منطبقة في نفس مؤسسة التحكيم، ولكن لا يمكن عادة دمج إجراءات استهلت بموجب قواعد تحكيم مختلفة و/أو تديرها مؤسسات تحكيم مختلفة.<sup>(٢٣)</sup> وقد يكون من الصعب دمج الدعاوى المستندة إلى معاهدات مختلفة لأنها قد تحتوي على التزامات جوهرية مختلفة، فضلاً عن التباين في الحدود الزمنية والالتزامات الإجرائية ومحافل تسوية المنازعات. ولعل الفريق العامل يود أيضاً أن ينظر في تردد الأطراف المتنازعة في كثير من الحالات في دمج الإجراءات وفي كيفية التغلب على هذا الأمر عند تناول دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية.

## اعتبارات أخرى

- ٣٤- لعل الفريق العامل يود أيضاً، عند تناوله للمسائل التي تنشأ عن رفع المساهمين لدعاوى تعويض عن خسائر انعكاسية، أن يأخذ في الاعتبار العناصر الإضافية التالية:
- درجة الحماية التي يتمتع بها المساهمون الأجانب في إطار معاهدات الاستثمار
  - الأثر المحتمل الذي يمكن لتناول دعاوى المساهمين أن يتركه على حقوق الدائنين وغيرهم من المساهمين غير المدعين وعلى هياكل الشركات/الاستثمارات
  - احتمال استمرار مفاضلة المساهمين بين المعاهدات
  - توزيع تكاليف دعاوى المساهمين وضمانة تسديد التكاليف، مع ملاحظة زيادة مخاطر عدم تسديد رافعي دعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية للتكاليف المقررة في قرارات التحكيم
  - تمويل طرف ثالث لدعاوى التعويض عن الخسائر الانعكاسية

نفس الأضرار التي لحقت بالاستثمار لا يخدم ذلك الغرض. فالتماس حماية إضافية من هذا النوع يؤدي إلى احتمال استعادة مبالغ التعويض عدة مرات وإلى حدوث تضارب في القرارات، ناهيك عن تبديد الموارد التي يسببها تعدد الإجراءات. ووجود تلك الاحتمالات يتعارض مع عملية تعزيز التنمية الاقتصادية عندما تكون إجراءات حماية الاستثمار قد استهلت. ولذلك، عندما تتيح معاهدات متعددة لشركات ضمن هيكل تسلسلي عامودي حقوقاً إجرائية مماثلة في رفع دعاوى أمام محفل تحكيمي وتتيح لها ضمانات أساسية متوازنة، فإن استهلال إجراءات متعددة للحصول على تعويضات عن نفس الضرر الاقتصادي تقريباً يعني ممارسة حقوق لأغراض لا تمت بصلة للأغراض التي أنشئت من أجلها تلك الحقوق."

- (٢٢) على سبيل المثال، تنص المادة ١١١٧ (٣) من اتفاق نافتا على ضم دعاوى المساهمين والشركة المتعلقة بنفس الوقائع، إلا إذا كان من شأن ذلك أن يمس مصالح أحد الأطراف. وتنص المادة ٨-٤٣ من الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين الاتحاد الأوروبي وكندا (CETA) على إدراج قواعد ضم للدعاوى أكثر شمولاً داخل هيكل هيئة التحكيم الدائمة التابعة للاتفاق. وتخول المادة ١١٢٦ (٩) من اتفاق نافتا والمادة ٨-٢٤ من اتفاق CETA هيئات التحكيم إصدار أمر بإيقاف الإجراءات ريثما تتم تسوية التداخل أو الترابط في دعاوى تسوية المنازعات.
- (٢٣) لعل الفريق العامل يود أن يلاحظ أن هناك معاهدة حديثة تتيح الدمج فيما بين آليات تسوية المنازعات (انظر المادة ٩-٢٩ من اتفاق التجارة الحرة بين الاتحاد الأوروبي وسنغافورة).

## دال- الملاحظات الختامية

٣٥- على اعتبار أن عددا من المسائل المشمولة بهذه المذكرة لم يخضع بعد لنقاشات الفريق العامل، وبما أن هذه المسائل ترتبط ارتباطا وثيقا بالشواغل الأخرى وخيارات الإصلاح المحددة، فلعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي للأمانة أن تواصل بحث هذا الموضوع بالتعاون مع أمانة منظمة التعاون والتنمية وغيرها من المنظمات الدولية المعنية والمهتمة، بوسائل منها، على سبيل المثال، عقد مؤتمر أو اجتماع لفريق خبراء بين الدورات. ويمكن عقد اجتماع من هذا القبيل في مقر منظمة التعاون والتنمية في باريس في ربيع عام ٢٠٢٠ لتحقيق الأهداف التالية: '١' مواصلة بحث المسائل الواردة في هذه المذكرة، و'٢' تجميع آراء الدول بشأن الخيارات الممكنة للإصلاح فيما يتعلق بدعاوى المساهمين والخسائر الانعكاسية. ويمكن للأمانة أن تلخص نتائج ذلك الاجتماع وترفع تقريراً بشأنها إلى الفريق العامل في دورة مقبلة.