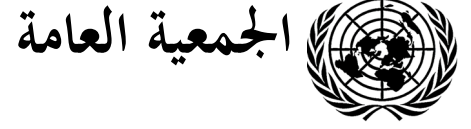


Distr.: Limited
2 August 2019
Arabic
Original: English



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

التمويل من طرف ثالث - الحلول الممكنة

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

٢	أولاً - مقدمة.....
٢	ثانياً - التمويل من طرف ثالث.....
٢	ألف - الشواغل المستبانة والإطار القانوني.....
٢	١ - الشواغل المستبانة.....
٣	٢ - الإطار القانوني.....
٥	باء - خيارات الإصلاح الممكنة.....
٦	١ - تعريف التمويل من طرف ثالث.....
٧	٢ - حظر التمويل من طرف ثالث.....
٩	٣ - تنظيم التمويل من طرف ثالث.....



أولاً - مقدمة

١ - خلص الفريق العامل، في دورته السابعة والثلاثين، إلى أنه سيكون من المستصوب أن تضع الأونسيترال إصلاحات لمعالجة الشواغل المتصلة بتعريف التمويل من طرف ثالث وباستخدام هذا التمويل أو تنظيمه في إطار نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٢٥). وبناءً على ذلك، طُلب إلى الأمانة أن تطلع بأعمال تحضيرية بشأن التمويل من طرف ثالث في المنازعات الاستثمارية استناداً إلى الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.157، وأن تقترح حلولاً ممكنة في ضوء مختلف الأسئلة المتعلقة بالسياسات (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٨٤).

٢ - وعلى غرار الوثائق الأخرى المقدمة إلى الفريق العامل، أُعدت هذه المذكرة بالرجوع إلى طائفة واسعة من المعلومات المنشورة عن هذا الموضوع، لكنها لا تسعى إلى الإعراب عن أي رأي بشأن خيارات الإصلاح المعروضة فيها، إذ إن هذا الأمر متروك لينظر فيه الفريق العامل.^(١)

ثانياً - التمويل من طرف ثالث

ألف - الشواغل المستبانة والإطار القانوني

١ - الشواغل المستبانة

٣ - في دورة الفريق العامل السابعة والثلاثين، شُدّد على أن ظاهرة التمويل المقدم من طرف ثالث تثير قلقاً كبيراً، وعلى ضرورة وضع إصلاحات في هذا المجال، لا سيما في ضوء الافتقار في الوقت الراهن إلى الشفافية والتنظيم الرقابي فيما يتعلق بالتمويل من طرف ثالث (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ١٨).

٤ - وقد استُبين عدد من الشواغل أثناء مداوات الفريق العامل (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرتان ١٨ و ١٩). وكان بعض هذه الشواغل يتعلق بتأثير التمويل من طرف ثالث في جوانب مختلفة من إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، بما في ذلك افتقار المحكمين للاستقلالية والحياد، سواء أكان ذلك الافتقار فعلياً أو ظاهرياً، وتكاليف دعاوى تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وضمائم التكاليف. وأعرب عن شواغل أخرى تتعلق بتأثير التمويل من طرف ثالث في النظام الحالي لحماية الاستثمار وتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، في حد

(١) أُعدت هذه المذكرة بالرجوع إلى طائفة واسعة من المعلومات المنشورة بشأن هذا الموضوع، بما في ذلك ما يلي: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration (نيسان/أبريل ٢٠١٨)؛ Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration, Nikolaus Pitkowitz Editor (٢٠١٨)؛ Funding in International Arbitration, Chapter 14 – Third-Party Funding in Investor-State Arbitration, Lisa Bench (٢٠١٩/مايو)؛ وانظر أيضاً الورقة المشتركة المقدمة من مركز كولومبيا للاستثمار المستدام، والمعهد الدولي للبيئة والتنمية، والمعهد الدولي للتنمية المستدامة بعنوان: Draft Text Providing for Transparency and Prohibiting Certain Forms of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement (١٥ تموز/يوليه ٢٠١٩)؛ ومنشورات من أعضاء المنتدى الأكاديمي، وهي متاحة عبر الرابط: <https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers> وتشمل: Stavros Brekoulaki and Catherine Rogers, 'A Framework for Understanding Practice and Policy Regarding Third-Party Financing in ISDS', *Academic Forum on ISDS Working Paper*. وقد استُشير أيضاً أعضاء فريق الممارسين.

ذاته. وفي هذا الصدد، قيل إن التمويل من طرف ثالث يُحدث خللاً هيكلياً في توازن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، لأنّ الدول المدعى عليها عموماً لا سبيل لديها للحصول على ذلك التمويل (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ١٩).

٥- وذكرت الشواغل التالية أثناء مداوالات الفريق العامل:

أثر التمويل من طرف ثالث في الدعاوى

- حالات تضارب المصالح التي تنشأ لدى المحكّمين بسبب التمويل من طرف ثالث؛
- تأثير التمويل من طرف ثالث في القرارات الصادرة بشأن توزيع التكاليف (تكبّد التكاليف وإمكانية نقل عبء الإثبات)؛
- صلة التمويل من طرف ثالث بالقرارات الصادرة بشأن ضمانات التكاليف؛
- حماية المعلومات السرية التي يُفصح عنها إلى طرف ثالث ممول ومدى تقييد الطرف الثالث الممول بالتزامات السرية؛
- تحكّم الأطراف الثالثة الممولة في عملية التحكيم وأثرها السلبي في تسوية المنازعات ودياً.

أثر التمويل من طرف ثالث في نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

- أثر التمويل من طرف ثالث في زيادة عدد قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول والدعاوى العبيثة؛
- أثر التمويل من طرف ثالث في تشجيع الاستثمارات وحمايتها؛
- اختلال التوازن بسبب ممارسة التمويل من طرف ثالث، لأنّ الدول المدعى عليها لا سبيل لديها للحصول عليه.

٦- وقيل أيضاً أثناء المداوالات إن هناك حاجة إلى تحديد واضح لنطاق التطبيق ومراعاة التوازن في أيّ حل يوضع، بحيث لا تؤدي الحلول المقترحة إلى تقييد إمكانية الوصول إلى العدالة، ولا سيما فيما يخص المنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٢٢).

٢- الإطار القانوني

٧- لعلّ الفريق العامل يودّ أن يلاحظ أنّ التمويل من طرف ثالث في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول لا يزال غير خاضع للتنظيم إلى حد بعيد. وفيما مضى، كان التمويل من طرف ثالث محظوراً في التشريعات الوطنية في العديد من البلدان التي تأخذ بنظام القانون الأنغلو-سكسوني، بموجب مبدأ حظر الوكالة بالأجرة، أو مبدأ حظر التدخل غير المبرر في الدعاوى، أو مبدأ حظر تشجيع الدعاوى الكيدية، أو مبدأ حظر الربا.^(٢) وهناك بعض الولايات القضائية التي تحظر اتفاقات

(٢) انظر Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration، الصفحة ٦.

الأتعاب المرهونة بنتيجة الدعوى.^(٣) بيد أن الآونة الأخيرة شهدت اتخاذ عدد قليل من الولايات القضائية، مثل سنغافورة وهونغ كونغ ونيجيريا، خطوات لتحرير الإطار القانوني بحيث يسمح بالتمويل من طرف ثالث في التحكيم التجاري.^(٤)

٨- ومن الجدير بالملاحظة أن عدّة معاهدات استثمارية مبرمة مؤخراً تتضمن أحكاماً تتناول التمويل من طرف ثالث. وتتسم تعاريف التمويل من طرف ثالث الواردة في هذه المعاهدات باتساع نطاقها نسبياً، وهي تتناول عموماً تمويل الدعاوى من جهة ليست طرفاً ولها مصلحة اقتصادية في نتيجة القضية، بما في ذلك الاتفاقات التي تبرم مع المحامين وشركات التأمين.^(٥) وهناك بعض المعاهدات التي تحظر التمويل من طرف ثالث تماماً.^(٦) وقد استحدثت عدّة معاهدات استثمارية متطلبات بشأن الإفصاح، معظمها يشترط الإفصاح عن وجود طرف ثالث ممول وعنوان ذلك الطرف إلى الطرف المتنازع الآخر وهيئة التحكيم.^(٧) وتنص معاهدة أخرى على أن تُراعي هيئة التحكيم وجود تمويل من طرف ثالث عند اتخاذ قرار بشأن ضمانات التكاليف.^(٨)

(٣) Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration, Nikolaus Pitkowitz Editor، الصفحة ٧.

(٤) في ١٠ كانون الثاني/يناير ٢٠١٧، عدلت سنغافورة القانون المدني لوضع إطار للتمويل من طرف ثالث في التحكيم التجاري الدولي (انظر: <https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/legal-industry-newsletters/note-by-senior-minister-of-state-for-law--indranee-rajah-s-c---o13.html>)؛ وتنص الصيغة المعدلة لسنة ٢٠١٧ لتشريعات التحكيم والوساطة في هونغ كونغ على أن التمويل من طرف ثالث ليس محظوراً بموجب مبدأ القانون الأنغلو سكسوني المتعلقين بحظر التدخل في الدعاوى دون مبرر وحظر دفاع المشاركة (انظر: <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>)؛ وانظر أيضاً مشروع (إلغاء وإعادة سن) قانون التحكيم والتوفيق النيجيري لعام ٢٠١٧، <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/03/jumping-tpf-bandwagon-nigerias-new-arbitration-bill-embraces-third-party-funding/>.

(٥) انظر الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين كندا والاتحاد الأوروبي (النافذ بصفة مؤقتة منذ ٢١ أيلول/سبتمبر ٢٠١٧)، المادة ٨-١؛ والاتفاق بين الاتحاد الأوروبي ونيجييا نام بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠١٩)، المادة ٣-٢٨؛ والاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وسنغافورة بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ١٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٨)، المادة ٣-١؛ واتفاق التجارة الحرة بين كندا وشيلي (النافذ منذ ٥ شباط/فبراير ٢٠١٩): المادة زاي-٢٣ مكرراً؛ ومعاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية السلوفاكية (بصيغتها المقتبسة في ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration، الصفحة ٦٢).

(٦) انظر الاتفاق بين الأرجنتين والإمارات العربية المتحدة بشأن تشجيع الاستثمارات وتوفير الحماية لها على أساس متبادل (الموقع في ١٦ نيسان/أبريل ٢٠١٨)، المادة ٢٤: "لا يُسمح بالتمويل من طرف ثالث".

(٧) انظر الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين كندا والاتحاد الأوروبي (النافذ بصفة مؤقتة منذ ٢١ أيلول/سبتمبر ٢٠١٧)، المادة ٨-٢٦؛ والاتفاق بين الاتحاد الأوروبي ونيجييا نام بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠١٩)، المادة ٣-٣٧؛ والاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وسنغافورة بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ١٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٨)، المادة ٣-٨؛ واتفاق التجارة الحرة بين كندا وشيلي (النافذ منذ ٥ شباط/فبراير ٢٠١٩): المادة زاي-٢٣ مكرراً؛ ومعاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية السلوفاكية (بصيغتها المقتبسة في Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration، الصفحة ٦٢)؛ وانظر أيضاً ورقة غير رسمية فرنسية بعنوان: "Vers un nouveau moyen de régler les différends entre Etats et investisseurs"، أيار/مايو ٢٠١٥، متاحة على الرابط:

https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf؛ وانظر أيضاً الاتفاق بين

رواندا والإمارات العربية المتحدة بشأن تشجيع الاستثمارات وتوفير الحماية المتبادلة لها (٢٠١٧)، المادة ١٨.

(٨) انظر الاتفاق بين الاتحاد الأوروبي ونيجييا نام بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠١٩)، المادة ٣-٣٧: "عند تطبيق المادة ٣-٤٨ (ضمانات التكاليف)، تُراعي هيئة التحكيم ما إذا كان هناك تمويل من طرف ثالث.

٩- وتجري معالجة مسألة التمويل من طرف ثالث في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول أيضاً في إطار العملية الجارية لتعديل قواعد ولائحة المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، مع التركيز على تجنب حالات التضارب في المصالح بين المحكمين والأطراف الثالثة الممولة^(٩). ويتطلب مشروع الحكم قيد النظر الإفصاح عن وجود تمويل من طرف ثالث وعن اسم الممول. ويُنظر أيضاً في حكم بشأن ضمانات التكاليف (المادة ٥١)، لكن هذا الحكم لا يشير في الوقت الراهن إلى التمويل من طرف ثالث باعتباره أحد المعايير^(١٠).

باء- خيارات الإصلاح الممكنة

١٠- بناءً على طلب الفريق العامل، يوفر هذا القسم لمحة عامة عن خيارات الإصلاح المتاحة، في ضوء الاقتراحات المقدمة خلال مداوالات الفريق العامل في دورته السابعة والثلاثين. وتشمل خيارات الإصلاح التي نوقشت حتى الآن ما يلي: '١' حظر التمويل من طرف ثالث تماماً في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول؛ '٢' تنظيم التمويل من طرف ثالث، وذلك مثلاً عن طريق استحداث آليات لضمان مستوى معين من الشفافية، بما في ذلك من خلال الإفصاح (مما يمكن أن يساعد أيضاً في كفالة حياد المحكمين)، وفرض عقوبات على عدم الإفصاح، ووضع قواعد بشأن الأطراف الثالثة الممولة ومتى يجوز لها أن توفر التمويل (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٢٠). وترد أيضاً اقتراحات بشأن الإصلاح في مجال التمويل من طرف ثالث في الأوراق المقدمة من الدول^(١١).

١- تعريف التمويل من طرف ثالث

١١- رُئي أنه، بغية ضمان فعالية أي إصلاح يُعتمد، هناك حاجة إلى وضع تعريف واضح لمفهوم "التمويل من طرف ثالث" (أو "الطرف الثالث الممول") (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة

وعند اتخاذ قرار بشأن تكاليف الدعوى. بموجب الفقرة ٤ من المادة ٣-٥٣ (قرارات التحكيم المؤقتة)، تراعي هيئة التحكيم ما إذا كانت المتطلبات المنصوص عليها في الفقرتين ١ و ٢ من هذه المادة قد احترمت".

(٩) انظر قائمة بالمواضيع المقترحة للتعديلات المحتملة على قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، متاحة على الرابط: <https://icsid.worldbank.org/en/amendments>؛ و ICSID Rules and Regulation Amendment Process, Working Paper 2, Vol. 1, para. 128.

(١٠) ICSID Rules and Regulation Amendment Process, amended ICSID Arbitration Rules, Working Paper 2, Vol. 1, Article 13.

(١١) الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.161، ورقة مقدمة من حكومة المغرب؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.162، ورقة مقدمة من حكومة تايلند؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.163، ورقة مقدمة من حكومات إسرائيل وشيلي واليابان؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.164، والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.178، ورقتان مقدمتان من حكومة كوستاريكا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.174، ورقة مقدمة من حكومة تركيا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.176، ورقة مقدمة من حكومة جنوب أفريقيا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.177، ورقة مقدمة من حكومة الصين؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.179، ورقة مقدمة من حكومة جمهورية كوريا.

- (٢١). ولعلَّ الفريق العامل يودُّ أن يلاحظ أنَّه توجد أنواع مختلفة من التمويل من طرف ثالث، وأن تعريفها يختلف باختلاف مصادر القانون. (١٣)
- ١٢- ولعلَّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في المسائل التالية عند إعداد العناصر التي يتألف منها تعريف التمويل من طرف ثالث:
- التمويل المقدم من محامي الطرف المتنازع. بموجب ترتيب قائم على تقديم الخدمات مجاناً، أو على الأتعاب المرهونة بنتيجة الدعوى، أو على الأتعاب المشروطة؛^(١٤)
 - الأشكال المختلفة من وثائق التأمين، بما في ذلك التأمين بعد وقوع الحدث المؤمن عليه؛
 - الاستثمارات في أسهم الملكية من جانب الأطراف الثالثة الممولة.
- ١٣- ولعلَّ الفريق العامل يودُّ أيضاً أن ينظر في تعاريف التمويل من طرف ثالث التي وردت في عدة معاهدات استثمارية مبرمة مؤخراً.^(١٥)

(١٢) انظر أيضاً مذكرة الأمانة بشأن التمويل من طرف ثالث، الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.157، الفقرات ٥-١٠، والوثيقة A/CN.9/935، الفقرة ٩٠.

(١٣) انظر Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration، الصفحة ١٧.

(١٤) يخضع المحامون عموماً بحكم مهنتهم لمتطلبات بشأن الإفصاح وقواعد أخلاقية.

(١٥) تشمل التعاريف الواردة في معاهدات استثمارية معينة مبرمة مؤخراً ما يلي:

الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين كندا والاتحاد الأوروبي (النافذ بصفة مؤقتة منذ ٢١ أيلول/سبتمبر ٢٠١٧)، المادة ٨-١:

"يقصد بالتمويل من طرف ثالث أي تمويل مقدّم من شخص طبيعي أو اعتباري ليس طرفاً في المنازعة ولكن يُبرم اتفاقاً مع طرف فيها بهدف تمويل جزء من تكاليف الإجراءات القانونية أو كلها إما من خلال تبرع أو منحة أو في مقابل أتعاب تتوقف على نتيجة المنازعة."

الاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وبييت نام بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠١٩)، المادة ٣-٢٨؛

"(ط) يُقصد بالتمويل من طرف ثالث أي تمويل مقدّم من شخص طبيعي أو اعتباري ليس طرفاً في المنازعة ولكن يُبرم اتفاقاً مع طرف فيها على تمويل جزء من تكاليف الإجراءات القانونية أو كلها مقابل أتعاب تتوقف على نتيجة المنازعة، أو أي تمويل مقدّم من شخص طبيعي أو اعتباري ليس طرفاً في المنازعة في شكل تبرع أو منحة"؛

الاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وسنغافورة بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ١٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٨)، المادة ٣-١، النطاق والتعاريف [...]:

"٢- لأغراض هذا القسم، ما لم يُنص على غير ذلك: "[...] (و) يُقصد بالتمويل من طرف ثالث أي تمويل مقدّم من شخص طبيعي أو اعتباري ليس طرفاً في المنازعة ولكن يُبرم اتفاقاً مع طرف فيها على تمويل جزء من تكاليف الإجراءات القانونية أو كل هذه التكاليف مقابل حصة من العائدات أو العائدات المحتملة التي قد يصبح من حق الطرف المتنازع الحصول عليها بناء على نتيجة الدعوى، أو مقابل مصلحة أخرى في تلك العائدات، أو في شكل تبرع أو منحة."

اتفاق التجارة الحرة بين كندا وشيلي (النافذ منذ ٥ شباط/فبراير ٢٠١٩): المادة زاي-٢٣ مكرراً:

"[...] ٣- لأغراض هذه المادة، يُقصد بالتمويل من طرف ثالث أي تمويل مقدّم من شخص ليس طرفاً متنازعاً ولكن يُبرم اتفاقاً مع طرف متنازع بهدف تمويل جزء من تكاليف الإجراءات القانونية أو كلها إما من خلال تبرع أو منحة أو في مقابل أتعاب تتوقف على نتيجة المنازعة."

١٤ - وبالإضافة إلى هذه الأشكال الموجودة من التمويل، هناك طائفة واسعة من نماذج التمويل الأخرى التي استُحدثت في الآونة الأخيرة، تشهد تطوراً سريعاً، وتتيح خيارات متنوعة ومتطورة على نحو متزايد. وتركز بعض التعاريف على تحمّل الأطراف الثالثة الممولة للمخاطر لدى قبول القضايا، ومدى سيطرة الممول على القضية، بدلاً من التركيز على أشكال الترتيبات المالية.

٢ - حظر التمويل من طرف ثالث

١٥ - أحد الحلول الممكنة لمعالجة الشواغل المستبانة هو حظر التمويل من طرف ثالث في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (الوثيقة A/CN.9/935، الفقرة ٩٢؛ والوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٢٠).^(١٦) ويرد ذكر هذا الخيار من خيارات الإصلاح أيضاً في الورقات المقدّمة من الدول.^(١٧) وفي إطار هذا الخيار، قد تكون هناك حاجة لاستخدام آليات أخرى لمعالجة احتمال الحد من إمكانية الوصول إلى العدالة، ومن هذه الآليات على سبيل المثال إنشاء آلية للمعونة القانونية.

حظر التمويل من طرف ثالث

١٦ - سوف يتطلب حظر التمويل من طرف ثالث تحديد أشكال التمويل المحظورة تحديداً واضحاً. وفضلاً عن ذلك، سوف يلزم النظر في عواقب عدم الامتثال للحظر. ويمكن أن تشمل هذه العواقب، على سبيل المثال، تعليق نظر الدعوى إلى حين الامتثال للحظر، أو وقف الدعوى، أو تحميل الطرف الذي خالف الحظر تكاليف الدعوى، أو عدم قبول المطالبة الممولة.

معاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية السلوفاكية (بصيغتها المقتبسة في Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration، الصفحة ٦٢):

"يجب أن يتضمن طلب إجراء المشاورات تحديد هوية أي جهة، سواء كانت حكومة أو شخصاً أو منظمة، تكون قد قدمت أي مساعدة مالية أو غير مالية، أو وافقت على تقديم هذه المساعدة، إلى المستثمر فيما يتصل بالمطالبة، أو تكون لها مصلحة في نتيجة المطالبة".

انظر أيضاً القاعدة ٧ (أ) من المبادئ التوجيهية بشأن تضارب المصالح في التحكيم الدولي الصادرة عن رابطة المحامين الدولية، المعتمدة بموجب قرار مجلس رابطة المحامين الدولية في يوم الخميس ٢٣ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٤، والتي تتطلب الإفصاح عن "أي علاقة، مباشرة أو غير مباشرة، بين المحكم والطرف (أو شركة أخرى من نفس مجموعة الشركات، أو فرد يتمتع بنفوذ يكفل له السيطرة على الطرف المشارك في التحكيم)، أو بين المحكم وأي شخص أو كيان لديه مصلحة اقتصادية مباشرة في القرار الذي سيصدر عن التحكيم، أو يتحمل واجباً بتعويض طرف مشارك في التحكيم عن الضرر الذي قد يلحق به نتيجة لذلك القرار".

(١٦) يمكن الاطلاع على مثال لحظر التمويل من طرف ثالث في الاتفاق بين الأرجنتين والإمارات العربية المتحدة بشأن تشجيع الاستثمارات وتوفير الحماية لها على أساس متبادل (الموقع في ١٦ نيسان/أبريل ٢٠١٨)، حيث تنص المادة ٢٤ من هذا الاتفاق على أنه "لا يُسمح بالتمويل من طرف ثالث"؛ وانظر أيضاً: The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, Brooke Guven and Lise Johnson, May 2019, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) Working Paper 2019، الصفحة ٣٨ وما بعدها.

(١٧) الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.176، ورقة مقدمة من حكومة جنوب أفريقيا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.161، ورقة مقدمة من حكومة المغرب.

آلية المعونة القانونية

١٧- لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر فيما إذا كانت هناك حاجة إلى أن يقتصر حظر التمويل من طرف ثالث بإنشاء آلية للمعونة القانونية، من أجل معالجة التأثير المحتمل لذلك الحظر في إمكانية الوصول إلى العدالة، وبخاصة فيما يتعلق بالمنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٢٢).^(١٨) ويمكن توفير التمويل لهذه الآلية من الدول أو من القطاع الخاص بوسائل متعددة، بما في ذلك تخصيص الأموال لها أو تمويلها من عائدات قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

١٨- ولعلّ الفريق العامل يودُّ أن يلاحظ أن آلية المعونة القانونية يمكن إنشاؤها كآلية قائمة بذاتها، أو في إطار مركز استشاري يُعنى بقانون الاستثمار الدولي (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.168).

١٩- وسوف يتطلب إنشاء آلية للمعونة القانونية النظر في عدد من العناصر، بما في ذلك تمويل الآلية وشروط الاستفادة من المعونة القانونية (على سبيل المثال، وجود قرائن ظاهرة على كون طالب المعونة معدماً أو له مصلحة مشروعة تكافئ كونه معدماً، كما في حالة المنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم ذات القدرات المالية المحدودة؛ وفرص نجاح المطالبة؛ وخلو المطالبة من سوء النية).

٣- تنظيم التمويل من طرف ثالث

٢٠- لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في وضع ضوابط لتنظيم التمويل من طرف ثالث في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول من أجل معالجة الشواغل المستبانة. ويمكن أن تشمل هذه الضوابط على العناصر التالية، التي ستعرض أدناه بمزيد من التفصيل: (أ) تقييد الاستفادة من التمويل من طرف ثالث بقصره على الحالات التي يكون فيها الطرف صاحب المطالبة معدماً أو لديه مصالح مشروعة تكافئ كونه معدماً؛ (ب) إلزام الأطراف بالإفصاح، للطرف الآخر و/أو لهيئة التحكيم، عن وجود التمويل وهوية الممول، أو عن شروط اتفاق التمويل؛ (ج) توضيح الحالات التي ينبغي فيها مراعاة التمويل من طرف ثالث عند اتخاذ قرار بشأن ضمانات التكاليف؛ (د) توضيح ما إذا كانت التكاليف المتكبدة من أجل الحصول على تمويل من طرف ثالث تشكل جزءاً من تكاليف التحكيم، ومن ثم يتعين مراعاتها عند اتخاذ هيئة التحكيم قراراً بشأن التكاليف. وبالإضافة إلى ذلك، فليحلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في أن يكملّ الضوابط التنظيمية — (هـ) آلية للمعونة القانونية و/أو (هـ) مدونة أخلاقيات للأطراف الثالثة الممولة ويمكن أيضاً أن تتناول الضوابط التي تنظم هذه المسائل العواقب القانونية في حالة عدم الامتثال.

(أ) تقييد التمويل من طرف ثالث بقصره على القضايا المتعلقة بأصحاب مطالبات معدمين

٢١- لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في القيود التي يمكن فرضها على إمكانية الحصول على التمويل من طرف ثالث. فعلى سبيل المثال، لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر فيما إذا كان يمكن تقييد التمويل من طرف ثالث في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بقصره على

(١٨) يرد ذكر المعونة القانونية أيضاً باعتبارها نموذجاً بديلاً للتمويل في: Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration, Nikolaus Pitkowicz Editor، الصفحتان ٧ و ١١٧ والصفحة ٣٩٤ وما بعدها.

القضايا التي يقيمها أصحاب مطالبات لن يكون بوسعهم من دون ذلك التمويل أن يتحملوا تكلفة المطالبة بحقوقهم في إطار دعاوى لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وقد ينطبق ذلك بصفة خاصة على أصحاب المطالبات المعدمين، أو المنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم ذات القدرات المالية المحدودة. ويمكن أن تستثني تلك القيود التمويل من طرف ثالث لأغراض إدارة المخاطر وخفض تكاليف التقاضي وإبقاء تكلفة التحكيم خارج كشوف الميزانية.^(١٩) وفي هذا السياق، لعل الفريق العامل يودُّ أن ينظر في المسائل التالية.

- كيفية إثبات كون صاحب المطالبة معدماً أو لديه مصالح مشروعة تكافئ كونه معدماً
٢٢- لعلَّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي إخضاع إمكانية قبول التمويل من طرف ثالث لشرط إثبات أن صاحب المطالبة إما معدم أو لديه أسباب أخرى مشروعة لطلب الحصول على التمويل من طرف ثالث.

٢٣- ويمكن إثبات كون صاحب المطالبة معدماً عن طريق الكشف الذاتي عن وثائق تثبت زعم صاحب المطالبة بأنه يواجه ضائقة مالية. ويمكن توسيع نطاق إمكانية قبول التمويل من طرف ثالث ليشمل الحالات التي لا يكون فيها صاحب المطالبة معدماً ولكن يكون لديه سبب مالي مشروع مكافئ لكونه معدماً يدعو إلى اللجوء إلى التمويل من طرف ثالث. ويمكن أن يشمل ذلك الحالات التي تواجه فيها منشأة صغيرة أو متوسطة الحجم قضية من قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتكون التكاليف القانونية متجاوزة لقدراتها المالية. وتشمل المسائل المطروحة للبحث كيفية إنفاذ التقييد والجهة التي يمكن تكليفها باتخاذ القرار في حال حصول صاحب المطالبة على التمويل من طرف ثالث قبل تشكيل هيئة التحكيم.

- ما إذا كان ينبغي أن تؤخذ في الحسبان فرص نجاح الدعوى و كيفية إثبات عدم إساءة استخدام الحقوق

٢٤- يمكن إخضاع إمكانية قبول التمويل من طرف ثالث أيضاً لاشتراط أن تكون دعوى صاحب المطالبة متمتعة بفرص نجاح كافية وليست مقامة بسوء نية.^(٢٠) وتعلق إحدى المسائل التي ينبغي النظر فيها بالكيفية التي سيجري بها إعمال هذا الشرط المسبق في الممارسة العملية.

- كيفية اتخاذ القرار بشأن إمكانية قبول التمويل من طرف ثالث
٢٥- لعلَّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في مختلف خيارات اتخاذ القرار بشأن إمكانية قبول التمويل من طرف ثالث في إطار هذا النهج. فالقرار بشأن إمكانية قبول التمويل من طرف ثالث يمكن أن تتخذه على سبيل المثال هيئة التحكيم التي تنظر في قضية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، أو آلية دائمة، أو مؤسسة يتم تعيينها بناءً على طلب أحد الأطراف. وقد يلزم أن يشتمل هذا الطلب على قرائن ظاهرة على كون صاحب المطالبة معدماً أو لديه أسباب مشروعة أخرى،

(١٩) انظر Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration الصفحة ٢٠.

(٢٠) سيلزم أن يكون الطلب مستنداً إلى قرائن ظاهرة، وهو ما يمكن أن يكون صعباً في الممارسة العملية.

وفرض نبحاح المطالبة، وحسن نية صاحب المطالبة، وكذلك اسم الطرف الثالث الممول وعنوانه وشروط اتفاق التمويل. وعلاوة على ذلك، فسوف يتعين تحديد توقيت تقديم هذا الطلب وإدماجه في إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

(ب) اشتراط الإفصاح عن التمويل من طرف ثالث

٢٦- لعل الفريق العامل يودُّ أن ينظر في اشتراط الإفصاح عن التمويل من طرف ثالث من أجل معالجة الشواغل المتعلقة بحالات تضارب المصالح المحتملة لدى المحكّمين.^(٢١) ويرد ذكر هذا

(٢١) على سبيل المثال، لعل الفريق العامل يودُّ أن يحيط علماً بالمعاهدات الاستثمارية التالية التي تتناول هذه المسألة:

الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين كندا والاتحاد الأوروبي (النافذ بصفة مؤقتة منذ ٢١ أيلول/سبتمبر ٢٠١٧)، المادة ٨-٢٦:

"١- في الحالات التي تنطوي على تمويل من طرف ثالث، يكون على الطرف المتنازع المستفيد من ذلك التمويل أن يفصح إلى الطرف المتنازع الآخر وإلى هيئة التحكيم عن اسم الطرف الثالث الممول وعنوانه. ٢- يكون الإفصاح في وقت تقديم المطالبة، فإن كان إبرام اتفاق التمويل أو تقديم التبرع أو المنحة قد وقع بعد تقديم المطالبة، يكون الإفصاح فور إبرام اتفاق التمويل أو تقديم التبرع أو المنحة."

الاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وفييت نام بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠١٩)، المادة ٣-٣٧:

"١- في الحالات التي تنطوي على تمويل من طرف ثالث، يكون على الطرف المتنازع المستفيد من ذلك التمويل أن يحظر الطرف المتنازع الآخر وشعبة هيئة التحكيم، أو رئيس هيئة التحكيم إن كانت شعبة هيئة التحكيم لم تنشأ، بوجود الترتيب الخاص بالتمويل وطبيعته، وباسم الطرف الثالث الممول وعنوانه. ٢- يكون هذا الإخطار المذكور في وقت تقديم المطالبة، فإن كان إبرام اتفاق التمويل أو تقديم التبرع أو المنحة قد وقع بعد تقديم المطالبة، يكون الإفصاح فور إبرام اتفاق التمويل أو تقديم التبرع أو المنحة."

الاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وسنغافورة بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ١٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٨)، المادة ٣-٨، التمويل من طرف ثالث:

"١- على أي طرف متنازع يستفيد من تمويل من طرف ثالث أن يحظر الطرف المتنازع الآخر وهيئة التحكيم باسم الطرف الثالث الممول وعنوانه. ٢- يكون هذا الإخطار في وقت تقديم المطالبة، أو دون إبطاء فور الاتفاق على التمويل من طرف ثالث أو التبرع به أو منحه، بحسب الحال."

اتفاق التجارة الحرة بين كندا وشيلي (النافذ منذ ٥ شباط/فبراير ٢٠١٩):

المادة زاي-٢٣ مكرراً: التمويل من طرف ثالث:

"١- في حال وجود تمويل من طرف ثالث، يكون على الطرف المتنازع المستفيد من ذلك التمويل أن يفصح إلى الطرف المتنازع الآخر وإلى هيئة التحكيم عن اسم الطرف الثالث الممول وعنوانه. ٢- يكون الإفصاح في وقت تقديم المطالبة، فإن كان إبرام اتفاق التمويل أو تقديم التبرع أو المنحة قد وقع بعد تقديم المطالبة، يكون الإفصاح فور إبرام اتفاق التمويل أو تقديم التبرع أو المنحة"

معاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية السلوفاكية (بصيغتها المقتبسة في ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration، الصفحة ٦٢)،

"يجب أن يتضمن طلب إجراء المشاورات تحديد هوية أي جهة، سواء كانت حكومة أو شخصاً أو منظمة، تكون قد قدمت أي مساعدة مالية أو غير مالية، أو وافقت على تقديم هذه المساعدة، إلى المستثمر فيما يتصل بالمطالبة، أو تكون لها مصلحة في نتيجة المطالبة."

الخيار من خيارات الإصلاح أيضاً في الأوراق المقدّمة من الدول.^(٢٢) ولعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في المسائل التالية فيما يتعلق باشتراط الإفصاح عن التمويل من طرف ثالث.

- الإفصاح عن وجود الطرف الثالث المموّل وهويته وشروط اتفاق التمويل

٢٧- يمكن أن يشتمل شرط الإفصاح على الإفصاح عن وجود التمويل من طرف ثالث، وهوية الطرف الثالث المموّل.^(٢٣) وسوف يلزم أن يكفل الشرط الإفصاح عن هوية المموّل الأصلي. ويجدر بالذكر أنّه بالنظر إلى أنّ من المعتاد أن يبيع الممولون استثماراتهم، فقد يلزم أن يظلّ شرط الإفصاح مستمراً.

٢٨- وتشمل المسائل التي ينبغي النظر فيها ما يلي: '١' ما إذا كان ينبغي أن يشمل اشتراط الإفصاح شروط اتفاق التمويل، وفي هذه الحالة، ما إذا كان سيتعيّن أن تتضمن الضوابط التنظيمية أيضاً أحكاماً بشأن حماية السرية؛^(٢٤) '٢' وما إذا كان ينبغي أن يكون نطاق الإفصاح عن الترتيب الخاص بالتمويل محدداً سلفاً أم يتحدّد بأمر من هيئة التحكيم في كلِّ حالة على حدة.^(٢٥) وتقترح الأوراق المقدّمة من الدول اشتراط الإفصاح عن شروط اتفاق التمويل.^(٢٦)

(٢٢) الوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.161، ورقة مقدّمة من حكومة المغرب؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.162، ورقة مقدّمة من حكومة تايلند؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.163، ورقة مقدّمة من حكومات إسرائيل وشيلي واليابان؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.164، ورقة مقدّمة من حكومة كوستاريكا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.174، ورقة مقدّمة من حكومة تركيا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.176، ورقة مقدّمة من حكومة جنوب أفريقيا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.177، ورقة مقدّمة من حكومة الصين.

(٢٣) فيما يتعلق بشروط الإفصاح القائمة المنصوص عليها في المعاهدات الاستثمارية انظر الفقرة ٧ أعلاه؛ وهناك مناقشة جارية أيضاً بشأن مسألة الإفصاح المنهجي عن وجود الطرف الثالث المموّل وهويته في إطار عملية تعديل قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية. وجدير بالذكر أنّ قواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي - التي لا تنص إلا على تأكيد أنّ هيئة التحكيم تتمتع بصلاحيّة الأمر بالإفصاح عن التمويل من طرف ثالث - وسعت نطاق هذه الصلاحيّة لتشمل "عند الاقتضاء، تفاصيل مصلحة الطرف الثالث المموّل في نتيجة الدعوى، و/أو ما إذا كان الطرف الثالث المموّل قد التزم بتحمّل المسؤولية عن التكاليف المتكبّدة في حال لم تأت النتيجة في صالحه".

(٢٤) انظر أيضاً: The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, Brooke

Guyen and Lise Johnson, May 2019, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) Working Paper 2019، الصفحة ٤٠؛ وقد يكون هذا الخيار مفيداً بصفة خاصة إذا كانت الضوابط التنظيمية تقيد إمكانية قبول التمويل من طرف ثالث بقصرها على الحالات التي تتعلق بمطالبيّن معدمين أو لديهم مصالح مشروعة تكافئ كونهم معدمين (انظر في القسم ثانياً - باء - ٣ - أ).

(٢٥) انظر على سبيل المثال قضية شركة EuroGas Inc. وشركة Belmont Resources Inc. ضد الجمهورية السلوفاكية، قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية رقم ARB/14/14، وقضية شركة South American Silver ضد دولة بوليفيا المتعددة القوميات، قضية المحكمة الدائمة للتحكيم رقم ٢٠١٣-١٥؛ وفيما يتعلق بالإفصاح عن تفاصيل الترتيبات المالية، انظر قضية شركة Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Tivaret Ltd. Sti ضد تركمانستان، قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية رقم ARB/12/6.

(٢٦) الوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.161، ورقة مقدّمة من حكومة المغرب؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.162، ورقة مقدّمة من حكومة تايلند؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.164، ورقة مقدّمة من حكومة كوستاريكا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.174، ورقة مقدّمة من حكومة تركيا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.176، ورقة مقدّمة من حكومة جنوب أفريقيا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/ WP.177، ورقة مقدّمة من حكومة الصين.

- الإفصاح المنهجي أم الاقتصر على تأكيد أن هيئة التحكيم تتمتع بصلاحيحة الأمر بالإفصاح

٢٩- لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر فيما إذا كان الإفصاح عن وجود طرف ثالث ممولّ ينبغي أن يكون ممارسة منهجية وإلزامية أم سيكون كافياً تأكيداً أن هيئة التحكيم تتمتع بصلاحيحة الأمر بالإفصاح عن التمويل من طرف ثالث في أي وقت.^(٢٧) ويمكن أيضاً أن يُصمّم اشتراط الإفصاح في شكل نموذج متدرج، بحيث يشمل اشتراط الإفصاح المنهجي عن وجود الممولّ وهويته وتأكيداً أن هيئة التحكيم تتمتع بصلاحيحة الأمر، بحسب كلِّ حالة على حدة، بالإفصاح فيما يتعلق بشروط اتفاق التمويل.

- الإفصاح إلى هيئة التحكيم وحدها أم إلى الطرف المتنازع الآخر أيضاً

٣٠- لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر فيما إذا كان سيلزم الإفصاح عن التمويل من طرف ثالث إلى هيئة التحكيم وحدها أم إلى الطرف المتنازع الآخر أيضاً. وفي حين قد لا يكون الإفصاح إلى الطرف المتنازع الآخر ضرورياً لتقف هيئة التحكيم على حالات تضارب المصالح المحتملة، فمن الممكن أن يطالب الطرف الآخر بالحق في التعليق على حالة تضارب مصالح محتملة. وفضلاً عن ذلك، لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر فيما إذا كان من المستصوب أن يكون اشتراط الإفصاح عاماً في نطاقه، بالنظر إلى الشفافية المطلوبة فيما يتعلق بالتمويل من طرف ثالث. وتنص معاهدات استثمارية مبرمة مؤخراً على الإفصاح عن التمويل من طرف ثالث "إلى الطرف المتنازع الآخر وهيئة التحكيم".^(٢٨)

- عواقب عدم الإفصاح

٣١- لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في عواقب عدم الإفصاح، التي يمكن أن تشمل، على سبيل المثال، تعليق النظر في الدعوى من أجل الأمر بالامتنال، أو وضع قاعدة تنصُّ على تحميل التكاليف للطرف الذي خالف الالتزام بالإفصاح.

- اشتراط إبلاغ اتفاق التمويل إلى سجل للشفافية

٣٢- في دورة الفريق العامل السابعة والثلاثين، اقترح تنظيم التمويل من طرف ثالث بما يضمن مستوى معيناً من الشفافية (الوثيقة A/CN.9/970، الفقرة ٢٠). وفي ضوء ذلك، لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في ألا يقتصر في سعيه إلى تعزيز الشفافية على اشتراط الإفصاح، بل أن يتجاوز ذلك، على سبيل المثال، عن طريق إتاحة المعلومات الضرورية عن التمويل من طرف ثالث في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول من خلال المعايير التي وضعتها الأونسيترال بشأن

(٢٧) انظر، على سبيل المثال، قواعد التحكيم الاستثماري الخاصة بمركز سنغافورة للتحكيم الدولي (٢٠١٧)، القاعدة ٢٤.

(٢٨) انظر على سبيل المثال الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين كندا والاتحاد الأوروبي (النافذ بصفة مؤقتة منذ ٢١ أيلول/سبتمبر ٢٠١٧)، المادة ٨-٢٦؛ والاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وفييت نام بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠١٩)، المادة ٣-٣٧؛ والاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وسنغافورة بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ١٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٨)، المادة ٣-٨.

الشفافية، بما في ذلك سجل الشفافية المنشأ بموجب قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.^(٢٩)

(ج) إمكانية استرداد تكاليف التمويل المقدم من طرف ثالث

٣٣- لعلَّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في وضع ضوابط تنظيمية توضِّح مدى إمكانية أن تأمر هيئة التحكيم بأن يرد الطرف الخاسر التكاليف المتكبَّدة في الحصول على تمويل من طرف ثالث. وتنشأ في هذا الصدد المسائل التالية: '١' ما إذا كانت التكاليف المتكبَّدة من أجل الحصول على تمويل من طرف ثالث يمكن أن تُعتبر من "تكاليف التحكيم"؛ '٢' ما إذا كانت التكاليف المتكبَّدة من أجل الحصول على تمويل من طرف ثالث قابلة للردِّ عندما يكون تكبُّدها معقولاً؛ '٣' ما إذا كان تكبد التكاليف من أجل الحصول على تمويل من طرف ثالث معقولاً إذا كان الطرف الذي حصل على التمويل صاحب مطالبة معدم ولم يكن بوسعها، من دون حصوله على ذلك التمويل، أن يطالب بحقه في إطار قضية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول (على سبيل المثال في إطار ضوابط تنظيمية على النحو المبين أعلاه، في القسم ثانياً-باء-٣-أ).

(د) تأثير التمويل من طرف ثالث في القرارات المتخذة بشأن ضمانات التكاليف

٣٤- لعلَّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر أيضاً في مدى مراعاة التمويل من طرف ثالث عند اتخاذ قرار بشأن ضمانات التكاليف، وفي هوية الطرف الذي سيتحمَّل عبء الإثبات. وفي الوقت الراهن، لا يزال الأساس القانوني والمتطلبات القانونية للأوامر بشأن ضمانات التكاليف في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول محل خلاف، بما في ذلك مدى مراعاة التمويل من طرف ثالث عند اتخاذ قرار بشأن هذه الأوامر.^(٣٠) وفي الأحوال التي يكون فيها إصدار هذه الأوامر ممارسة مقبولة، عادة ما يتحمَّل عبء الإثبات الطرف الذي طلب الأمر بتقديم الضمانات.^(٣١)

٣٥- وفي حالة أصحاب المطالبات المعدمين، يمكن اعتبار التمويل مؤشراً قوياً على أن من غير المرجح أن يدفع الطرف الممول التكاليف المتكبَّدة في حال لم يصدر قرار التحكيم في صالحه. ومن ثمَّ فإذا تقرر تقييد إمكانية قبول التمويل من طرف ثالث بقصرها على الحالات المتعلقة بأصحاب مطالبات معدمين (انظر في القسم ثانياً-باء-٣-أ أعلاه)، لعلَّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر فيما إذا كان من الملائم أن يُنقل عبء الإثبات بحيث يجب على الطرف المتلقي للتمويل أن يُثبت أنه لا ينبغي الأمر بتوفير ضمانات للتكاليف.

٣٦- وإذا كانت الضوابط التنظيمية المفروضة على التمويل من طرف ثالث في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول سوف تقتصر على اشتراط الإفصاح (انظر في القسم ثانياً-باء-

(٢٩) يتولى الأمين العام للأمم المتحدة مهام سجل الشفافية من خلال أمانة الأونسيترال، انظر المواد ٢ و ٣ و ٨ من قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول؛ انظر الرابط:

<http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/introduction.html>، تاريخ الاطلاع ٢٧ حزيران/يونيه ٢٠١٩.

(٣٠) انظر Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration، الصفحة ١٧٢ وما بعدها.

(٣١) انظر على وجه الخصوص قضية Manuel García Armas وآخرين ضد جمهورية فنزويلا البوليفارية، قضية المحكمة الدائمة للتحكيم رقم ٢٠١٦-٠٨.

٣-ب أعلاه)، فسوف يظل نطاق مجموعة الأطراف التي من المحتمل أن تتلقى التمويل واسعاً، وقد لا يكون وجود التمويل مؤشراً يدل على الأوضاع المالية للطرف المتلقي للتمويل. وفي هذه الحالة، لعل الفريق العامل يود أن ينظر في إسناد عبء الإثبات إلى الطرف الطالب.

٣٧- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كانت هناك حاجة إلى أن تنص الضوابط التنظيمية صراحة على جواز مراعاة التمويل المقدم من طرف ثالث في القرارات بشأن ضمانات التكاليف باعتباره عاملاً واحداً من بين ظروف أخرى ذات صلة.^(٣٢) وبدلاً من ذلك، يمكن أن يُترك لهيئة التحكيم اتخاذ القرار بشأن أهمية التمويل من طرف ثالث.^(٣٣)

٣٨- وبالإضافة إلى ذلك، يمكن جعل الأمر بتوفير ضمانات للتكاليف هو القاعدة في حالة وجود تمويل من طرف ثالث، كما اقترح في إحدى الورقات المقدمة من الدول.^(٣٤)

(هـ) آلية المعونة القانونية

٣٩- في حال تقييد التمويل من طرف ثالث بضوابط تنظيمية، يمكن أن تُكمل هذه الضوابط بإنشاء آلية للمعونة القانونية من أجل تعويض تأثير هذا التقييد في إمكانية الوصول إلى العدالة من جانب أصحاب المطالبات المعدمين والمنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم (انظر أيضاً في القسم ثانياً-باء-٢ أعلاه).

(و) وضع مدونة أخلاقيات للأطراف الثالثة الممولة

٤٠- بالإضافة إلى ما تقدم، لعل الفريق العامل يود أن ينظر في وضع مجموعة من القواعد التي تحكم مهنة الأطراف الثالثة الممولة في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، ويمكن أن يكون ذلك في شكل مدونة أخلاقيات مثلاً.^(٣٥) ويمكن أن تنص هذه القواعد على معايير دنيا للمؤهلات المهنية والشفافية والسرية.

٤١- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تشتمل هذه المدونة أيضاً على قواعد تحد من تأثير الأطراف الثالثة الممولة في إجراءات التحكيم، وخصوصاً فيما يتعلق بالمسائل

(٣٢) انظر، على سبيل المثال، الاتفاق بين الاتحاد الأوروبي وفييت نام بشأن حماية الاستثمار (الموقع في ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠١٩)، المادة ٣-٣٧، التي تنص على أن تراعي هيئة التحكيم وجود تمويل من طرف ثالث عند اتخاذ قرار بشأن ضمانات التكاليف (المادة ٣-٣٧)، التمويل من طرف ثالث [...] ٣- عند تطبيق المادة ٣-٤٨ (ضمانات التكاليف)، تراعي هيئة التحكيم ما إذا كان هناك تمويل مقدم من طرف ثالث. وعند اتخاذ قرار بشأن تكاليف الدعوى بموجب الفقرة ٤ من المادة ٣-٥٣ (قرارات التحكيم المؤقتة)، تراعي هيئة التحكيم ما إذا كانت المتطلبات المنصوص عليها في الفقرتين ١ و ٢ من هذه المادة قد احترمت).

(٣٣) هذا هو النهج الذي تجري مناقشته حالياً في إطار عملية تعديل قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية ولائحته، انظر ورقة العمل ٢، المجلد ١، الفقرة ٣٦٣.

(٣٤) انظر الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.176، ورقة مقدمة من حكومة جنوب أفريقيا.

(٣٥) انظر على سبيل المثال ورقة غير رسمية من إعداد الحكومة الفرنسية بعنوان: Vers un nouveau moyen de régler les différends entre Etats et investisseurs، أيار/مايو ٢٠١٥، متاحة على الرابط:

https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf

الحساسة مثل اختيار المحكمين ومفاوضات التسوية،^(٣٦) ويمكن أن تنص المدونة كذلك على وضع حد أقصى لأجر الممولين، كما اقترح في إحدى الورقات المقدمة من الدول.^(٣٧)

جيم - تنفيذ إصلاح متعلق بالتمويل من طرف ثالث

٤٢ - لعل الفريق العامل يود أن ينظر في مختلف وسائل تنفيذ إصلاح متعلق بالتمويل من طرف ثالث في المنازعات الاستثمارية.^(٣٨) فمن الممكن إعداد نص بشأن إخضاع التمويل من طرف ثالث للحظر أو التنظيم بحيث يُدرج في قواعد التحكيم، أو في شكل أحكام نموذجية تتضمن خيارات متعددة تُدرج في المعاهدات الاستثمارية، أو من خلال اتفاقية تأخذ بنهج الانضمام الاختياري على غرار اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول والاتفاقية المتعددة الأطراف المعقودة في إطار منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي بشأن تنفيذ التدابير المتصلة بالمعاهدات الضريبية والرامية إلى منع تآكل الوعاء الضريبي ونقل الأرباح.^(٣٩) ولعل الفريق العامل يود أن ينظر أيضاً فيما إذا كان سيلزم وضع أحكام نموذجية تشريعية بشأن هذه المسألة.

(٣٦) تمارس الأطراف الثالثة الممولة تأثيراً في دعاوى التحكيم، لا على أساس الحقوق التعاقدية فحسب، بل أيضاً على أساس

أسلوب الرصد الذي يتبعه الممول ومن خلال حقوق تحديد ميزانيات القضايا وإلحائها، انظر Report of the ICCA-

Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration، الصفحة ٧٤ وما بعدها؛ وانظر أيضاً

ورقة غير رسمية من إعداد الحكومة الفرنسية بعنوان "Vers un nouveau moyen de régler les différends entre Etats et investisseurs، أيار/مايو ٢٠١٥، متاحة على الرابط:

https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf

(٣٧) اقترح تقييد المبلغ الذي يُرد إلى الطرف الثالث الممول بحيث لا يتجاوز "جزءاً معقولاً من التعويض"، في الوثيقة

A/CN.9/WG.III/WP.174، ورقة مقدمة من حكومة تركيا.

(٣٨) انظر أيضاً مذكرة الأمانة بشأن "الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول"

(A/CN.9/WG.III/WP.166).

(٣٩) انظر أيضاً الوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.174، ورقة مقدمة من حكومة كولومبيا؛ والوثيقة A/CN.9/WG.III/WP.175،

ورقة مقدمة من حكومة إكوادور.